

PERCORSI

*Dedicato alla cara memoria
di Angelo Arpa,
maestro di libertà,
e alle sue permutazioni*

FRANCESCO DI DONATO

LA RINASCITA DELLO STATO

Dal conflitto magistratura-politica
alla civilizzazione istituzionale europea

SOCIETÀ EDITRICE IL MULINO

Il presente volume è stato realizzato nell'ambito di un Programma di ricerca scientifica di rilevante interesse nazionale (PRIN), cofinanziato dal Miur e dall'Università della Calabria, per il biennio 2006/2008, dal titolo «Magistratura e politica nello Stato moderno e contemporaneo. Origini e sviluppi storici del conflitto tra potere politico e potere giurisdizionale»; responsabile nazionale prof. Guido Salvatore Melis.

Una quota aggiuntiva del cofinanziamento è stata erogata dal Dipartimento di Studi Aziendali dell'Università di Napoli «Parthenope», nel quadro delle risorse annuali (2009) destinata alla ricerca di ateneo.

I lettori che desiderano informarsi sui libri e sull'insieme delle attività della Società editrice il Mulino possono consultare il sito Internet: **www.mulino.it**

ISBN 978-88-15-13437-0

Copyright © 2010 by Società editrice il Mulino, Bologna. Tutti i diritti sono riservati. Nessuna parte di questa pubblicazione può essere fotocopiata, riprodotta, archiviata, memorizzata o trasmessa in qualsiasi forma o mezzo – elettronico, meccanico, reprografico, digitale – se non nei termini previsti dalla legge che tutela il Diritto d'Autore. Per altre informazioni si veda il sito **www.mulino.it/edizioni/fotocopie**

INDICE

Prefazione: La storia delle istituzioni e la teoria del diritto, <i>di Michel Troper</i>	p. 11
Ringraziamenti	21
Fonti	23
Abbreviazioni	25
Introduzione: Dallo Stato immaginario alla concretezza della civiltà statale	27
1. Libertà, diritti dell'individuo, statualità	27
2. Dominio sociale della tecnica e programmazione organizzativa statale	31
3. Dal Rinascimento giuridico medievale al Rinascimento giuridico dello Stato	34
4. Una via (ancora?) «lunga e tortuosa»	38
Poscritto 1 alla logica della ricerca storico-istituzionale	48
Poscritto 2 alla logica della ricerca storico-istituzionale	49
PARTE PRIMA: L'IDEOLOGIA DEL GIURECONSULTO MEDIEVALE E MODERNO E LE ORIGINI DEL CONFLITTO TRA POTERE GIUDIZIARIO E SOVRANITÀ POLITICA	
I. La potenza occulta della toga	53
1. La giurisdizione come potenza «invisibile»	53
	5

2. Le origini dell'ideologia giuridica nel Medio- evo	p. 56
3. La finzione giuridica del <i>consensus gentium</i>	62
4. L'alleanza tra corona e giuristi e l'origine del loro conflitto	66
5. L'indispensabile ricorso alla «mediazione pa- triarcale» dei giuristi e l'estinzione della re- sponsabilità dell'agire politico	70
6. Il trionfo dell'ideologia della toga: l'oppo- sizione del segreto di Stato al re e l'attacco giurisdizionale alla sovranità politica della co- rona	75
7. La giurisdizione come «pratica continua» del politico	82
8. L'istituzione chiave della sovranità giurisdiz- ionale occulta: la «registrazione» degli atti legislativi come «legge delle leggi»	90
9. Ideologia della toga e costituzionalismo: l'ar- chitettura di un potere invincibile	97
II. La civilizzazione statale nell'esperienza mo- derna francese	103
1. Il Leviatano sommerso	103
2. Dall'apologia dottrinale alla costruzione dell'idealtipo	118
3. Lo Stato-macchina: un congegno desacraliz- zato?	124
4. Momenti e problemi storici e storiografici dello Stato	128
5. La genesi medievale dello Stato	131
6. L'espansione degli apparati e il trionfo del ceto giuridico	138
7. Le «politiche sociali» dello Stato moderno e la preparazione del percorso verso il <i>welfare</i> contemporaneo	146
III. La gerarchia delle norme e l'organizzazione politico-istituzionale nello Stato assoluto	153
1. <i>Hors d'œuvre</i>	p. 153

2. Questione fondamentale e sfida politico-storiografica	155
3. Gerarchia delle norme e governo dei giudici	163
4. Gerarchia normativa e tecniche occulte di dominio	171
5. La gerarchia normativa come presupposto del controllo giurisdizionale di costituzionalità	177
6. La costruzione di una gerarchia normativa statica e dinamica <i>ante litteram</i>	213
7. Il letto di (morte della) giustizia	217
8. Il Parlamento giudice <i>a quo</i>	221
9. Conclusione: la gerarchia delle norme pilastro dello Stato assoluto nella concezione della toga	226

PARTE SECONDA: LA SVOLTA MACHIAVELLIANA E IL SUPERAMENTO DEL CONFLITTO NELLA COSTRUZIONE DELLA STATUALITÀ MODERNA

IV. Machiavelli e i sacerdoti del giure. Aspetti del pensiero politico e giuridico europeo e dell'esperienza istituzionale dai giuristi francesi moderni al Medioevo attuale dell'astualità italiana	233
1. Realismo politico contro idealismo giuridico	233
2. Dalla retorica dei valori alla conoscenza dei fatti	241
3. Machiavelli contro la lingua (e l'ideologia) della giurisprudenza medievale	246
4. L'accanita difesa dell'ontologismo giuridico contro l'irruzione della «verità effettuale»	259
5. Il superamento della sapienza morale nell'etica della scienza politica	266
6. Il vero <i>quid</i> dello scontro: l'eterogenesi dei fini morali come perno dell'andamento storico	275
7. Il machiavellismo antimachiavellico dei <i>robins</i> francesi	283
8. Il diritto contro lo Stato	289

9. La restaurazione del fondamento morale nei manuali di diritto (in)civile	p. 295
10. Alle origini della società aperta: la demolizione del paradigma idealgiuridico	301
11. L'attualità medievale dell'ideologia giuridica italiana	311
V. La Pasqua dello Stato. Passione, morte (apparente) e risurrezione dell'organizzazione istituzionale moderna nella storiografia giuridica e politica contemporanea	323
1. La sindrome da stress antistatuale	323
2. La proposta statuale nel paradiso della legalità illegale	334
3. Il regressivo progetto egemonico della storiografia contemporaneistica	340
4. Il superamento della metodologia marxiana nell'analisi funzionalista delle istituzioni	353
5. I vantaggi della <i>civilisation étatique</i>	362
6. Lo Stato come fatto storico e (in Italia) come «problema» storiografico	367
7. Stato: sovranità organizzativa della società plurale o «contratto» costituzionale?	380
8. Il parto del Leviatano: dal contratto metafisico al contratto a favore del Terzo	390
9. La «svolta» della Rivoluzione: principio di eguaglianza o principio di responsabilità?	401
10. Lo Stato abrogato	413
11. La statualità come unica garanzia dei diritti in una società precaria	421
12. Pensare e costruire lo Stato tra spirito laico e indipendenza della società civile	432
13. L'invenzione storiografica dello «Stato regionale»	442
14. Lo Stato: strumento del trionfo dell'azione socio-politica sull'eterogenesi dei fini	449
15. Conclusione: assenza della statualità e crisi dell'opinione pubblica nella medievalità italiana moderna e contemporanea	454

VI. Dalla mediazione patriarcale alla mediazione burocratica: il regresso barbarico verso il governo occulto dei giudici	p. 463
1. La metamorfosi dell'ideologia giuridica nel mondo postmoderno	463
2. Le nuove vesti della «mediazione patriarcale» nel quadro dell'ideologia positivista	470
3. Percorsi storici	478
4. Considerazioni disattuali	490
5. Poteri occulti: la donna, la Chiesa, la magistratura...	501
Riferimenti bibliografici	515
Indice dei nomi e dei principali argomenti	595

L'autore esprime un grato sentimento alle colleghe Diana Thermes e Anna Jellamo, componenti dell'unità di ricerca PRIN dell'Università della Calabria, che hanno consentito di far confluire su questa pubblicazione una quota-parte dei fondi propri e alla dottoressa Antonella Maluccio, dirigente amministrativa del Dipartimento di Scienze giuridiche «C. Mortati».

Un ringraziamento molto sentito vada alla dottoressa Sonia Scognamiglio per la collaborazione costante prestata nella preparazione editoriale del volume e ai dottori Rocco Giurato e Giuseppe Ambrosino per l'aiuto fornito nell'allestimento degli indici.

Il IV capitolo è dedicato a Silvio Gambino, uno dei giuristi più atipici nell'Italia antimachiavelliana, con la ragionevole speranza che la forma mentis degli operatori del diritto possa evolvere verso caratteri che sostituiscano al verbalismo elusivo e retorico odierno l'impegno alla costruzione di un diritto per lo Stato, ossia per ciascun individuo che ne fa parte e che opera e vive nella comunità.

PREFAZIONE

LA STORIA DELLE ISTITUZIONI E LA TEORIA DEL DIRITTO

A che cosa serve la storia del diritto? A farci conoscere il passato, a far comprendere le cause delle quali noi e la nostra società siamo oggi gli effetti, a distinguere dei mutamenti o dei punti di continuità, a tentar di scoprire eventuali leggi evolutive delle istituzioni, a giustificare certe azioni o certe istituzioni attuali attraverso la tradizione sulla quale esse si basano, a fondare dei giudizi di valore che ci permettano d'inventare delle istituzioni più efficaci o ancora a fornirci degli esempi per classificazioni generali.

Tutte queste risposte potrebbero essere valide per ogni altra disciplina storica, come la storia militare, la storia economica o la storia delle religioni. Vi è tuttavia una specificità della storia istituzionale, che non si coglierebbe se ci si accontentasse di assimilarla alle altre discipline affini. *La rinascita dello Stato* di Francesco Di Donato illustra magnificamente questa specificità. Si tratta della relazione del tutto particolare che la storia del diritto e delle istituzioni intrattiene o dovrebbe intrattenere con la teoria del diritto.

Questa relazione è manifestamente ambigua e subisce attualmente una mutazione importante, alla quale – il lettore non tarderà a convincersene – questo libro contribuisce potentemente. S'incontra, per un verso, una tradizione della filosofia del diritto, che si nutre della storia e legittima la storia. È il caso di una filosofia del diritto di tendenza normativa, che cerca nella storia il fondamento di legittimità delle istituzioni che essa difende e che affida alla storia i suoi obiettivi. Ma è la stessa cosa per una teoria del diritto di apparenza positivista, che pretende di trovare nella storia le diverse tappe della formazione di una scienza del diritto.

Così, ad esempio, Carré de Malberg diede alla sua opera maggiore, *Contributi alla Teoria generale dello Stato*, il sottotitolo: *Specialmente in conformità ai dati forniti dal diritto costituzionale francese*; ciò perché egli pretendeva di dimostrare che i principi che fondano il diritto positivo di una scienza dello Stato, che non è specificamente francese, costituissero una teoria generale dello Stato e che essi fossero stati «scoperti» dalla Rivoluzione francese. L'analisi storica diventava quindi, in questo caso, una via d'accesso privilegiata alla teoria del diritto.

All'opposto, la teoria del diritto contemporanea di tendenza analitica, specialmente nella sua versione kelseniana, si è voluta risolutamente a-storica. In primo luogo, alla filosofia del diritto normativa essa oppone il principio di neutralità assiologica, che vieta di cercare una qualche giustificazione nel passato storico o altrove. Egualmente, al modo di procedere di Carré de Malberg essa obietta che semmai si possa concepire una scienza del diritto, questa sarebbe una scienza analoga alle scienze empiriche. Esattamente come queste ultime, essa è distinta dal suo oggetto (il diritto positivo) e si limita a descriverlo. Le proposizioni di questa scienza possono essere enunciate solo da un punto di vista esterno e in nessun caso possono essere «scoperte» da giuristi pratici, per quanto prestigiosi possano essere.

D'altra parte, vi è l'ambizione di questa teoria di essere *generale* in modo da poter descrivere il diritto positivo di tutti i paesi e di tutte le epoche. Questo diritto positivo è soggetto a variazioni considerevoli e i differenti diritti hanno in comune solo i caratteri formali, come il fatto di essere tutti dei sistemi di norme, strutturati in un certo modo e garantiti dalla sanzione. Questa teoria del diritto si limita dunque alla descrizione di questi caratteri formali e trascura deliberatamente i contenuti, poiché è impossibile sottometerli a un trattamento generale. Ma ciò che si deduce da questa concezione è che le norme non sono definibili o identificabili indipendentemente dal sistema al quale appartengono. Ciò che fa di un qualunque atto umano una norma giuridica non è mai

la concatenazione dei fatti che ne sono la causa, ma soltanto la precisa circostanza che una norma prescrive di riconoscerla come norma. Così, quella concatenazione dei fatti è perfettamente indifferente alla teoria del diritto e lo studio delle ideologie o la congiunzione delle forze che conducono alla produzione di un atto umano riguarda altre discipline, come la sociologia o la storia. Si può anche accompagnare l'aggettivo «giuridico» alla denominazione di queste discipline (sociologia *giuridica*, antropologia *giuridica*, storia *giuridica*...), non per questo esse entreranno a far parte della famiglia delle scienze normative; apparterranno invece a quella delle scienze che Kelsen chiama «scienze della natura», poiché esse studiano il loro oggetto facendo uso del principio di causalità e non del principio d'imputazione. Quanto alle categorie che la teoria generale del diritto utilizza per descrivere la forma di ogni sistema giuridico, esse sono, per ipotesi, universali e atemporal.

La storiografia del diritto – almeno quella di tipo positivisticò – non soltanto si preoccupa in primo luogo dei contenuti e ricerca le cause delle trasformazioni, ma, appunto perché è storiografia e vuole evitare l'anacronismo, descrive il passato utilizzando concetti del passato stesso e si discosta dai concetti offerti dalla teoria generale del diritto.

Si può tuttavia osservare da qualche anno un doppio movimento. Per un verso gli storici hanno iniziato a impiegare, per descrivere una società del passato, dei concetti sconosciuti a quella società. Si tratta in realtà di meta-concetti, ossia di un meta-meta-linguaggio, creato per rendere conto di una serie di concetti analoghi che erano usati in quelle diverse società del passato che s'intendono descrivere. Ad esempio, si può adoperare il concetto di «società feudale» per studiare l'Europa medievale o la società giapponese prima dell'Era Meiji (1868-1912). Gli storici del diritto possono anche utilizzare il concetto di «gerarchia delle norme», o quello di «atto giuridico», per analizzare la struttura del sistema giuridico o il modo di argomentare dei giuristi che non conoscono quei concetti.

Per un altro verso, la teoria contemporanea del diritto, anche quella d'ispirazione analitica, ha realizzato una svolta importante e oramai non si occupa più solo della forma, ma anche di tutto ciò che vi è *prima* della normatività, ossia del *quid* che sta al fondo, alla radice del diritto. Le ragioni di questo interesse per il *fondo* sono molteplici. Senza dubbio ha giocato un ruolo importante la sensazione che l'analisi formale abbia raggiunto il limite delle sue possibilità e che i concetti che essa ha prodotto siano ormai stati recepiti da tutte le discipline giuridiche, nelle quali sono oggi correntemente impiegati, ancorché in versioni spesso semplificate. Ma il motivo principale è altrove e proviene da una doppia constatazione.

In primo luogo, se è scontato che il contenuto del diritto positivo varia considerevolmente da un sistema all'altro, esso è però, tutto sommato, enunciato e descritto ricorrendo a termini che denotano dei concetti comuni. Che si tratti di autorizzare il divorzio o di vietarlo, si ha comunque bisogno di un concetto di «divorzio». Per riconoscere o rifiutare la capacità giuridica a una determinata categoria d'individui, bisognerà in ogni caso impiegare un concetto di «capacità giuridica». E così, una teoria giuridica che analizzi questi concetti non è meno generale di una teoria che si limiti a studiare la forma di ogni sistema giuridico.

D'altra parte, se è indubbio che il *fondo* del diritto e i concetti, attraverso i quali si enuncia, riflettono le ideologie dominanti e i rapporti di forza esistenti all'interno dell'apparato politico, può capitare anche che esso sia il prodotto di coazioni o di sollecitazioni argomentative che a loro volta derivano dalla forma stessa del sistema giuridico. Pensiamo, ad esempio, all'argomento principale che si usa per giustificare l'introduzione di un controllo di costituzionalità delle leggi: esso, si dice, è necessario per realizzare una *vera* gerarchia delle norme. Non si tratta qui di sottoporre questo argomento a critica, tanto più che esso non sembra affatto sprovvisto di una sua logica – in quanto presenta il giudizio di costituzionalità come uno strumento necessario in vista di realizzare un

certo fine – ma di osservare che questo fine (la gerarchia delle norme) è esso stesso qui considerato come un valore in sé.

Questo doppio movimento è ricco di promesse che il libro di Francesco Di Donato non si limita a farci percepire e sperare, ma che in gran parte già realizza. Sono promesse per la storia del diritto e delle istituzioni, ma anche per la teoria.

Per quel che riguarda il metodo storiografico utilizzato in questo libro, non è necessario riassumere, più o meno accuratamente, le molteplici dimostrazioni fattuali e argomentative che mi sembra siano perfettamente calibrate e la cui solidità e persuasività il lettore potrà giudicare da sé; mi accontenterò di sottolineare solo due esempi che mi sembrano perfettamente rappresentativi di quelle promesse di cui parlavo, che sono qui soddisfatte attraverso uno scrupoloso impiego di alcuni tra i principali concetti della teoria del diritto.

Il primo è l'affresco molto convincente che ritrae la costruzione dello Stato nella Francia medievale e di Antico Regime: il libro ha il merito di mostrare che in quel contesto socioculturale, giuridico e istituzionale il potere politico dei giudici poteva essere esercitato solo perché *invisibile*.

I giudici non possono, in effetti, mostrare di disporre di un potere discrezionale che permette loro di creare il diritto con un atto di volontà, perché essi non sono formalmente abilitati a farlo e perché quel loro potere non è coperto da alcuna legittimità. Si rende perciò loro necessario il mascheramento della creazione del diritto come attività di applicazione di regole preesistenti nella formulazione di una decisione giurisprudenziale. Grazie a questa forza dei precedenti i magistrati di Antico Regime pretendevano che le loro decisioni avessero un'autorità superiore a quella delle leggi positive emanate dal re. In altri termini, se il potere dei giudici è invisibile, è perché esso si dissimula dietro la gerarchia delle norme dando luogo, secondo una bella formula di Di Donato, a «un Leviatano sommerso».

Ecco qui meravigliosamente incrociata l'analisi di Kelsen, al quale domandarono una volta che cosa vi sia «dietro il diritto»; rispose: «Chi vuol sapere che cosa si celi dietro il diritto non scoprirà, temo, né la verità assoluta di una metafisica, né la giustizia assoluta di un diritto naturale. Chi sollevi il velo e non chiuda gli occhi, non vedrà che l'orrendo volto della Gorgone e il terrificante potere dello sguardo che lo pietrifica»¹.

Il secondo esempio riguarda la descrizione delle ambiguità e delle contraddizioni interne all'ideologia dei magistrati dei parlamenti. Da un lato fu necessario che essi partecipassero alla costruzione di una sovranità monarchica, nella consapevolezza che l'affermazione di questa sarebbe stata la fonte del loro potere, ma dall'altro, per riuscire a imporre allo stesso monarca la loro autorità, fu altrettanto necessario affermare che questa sovranità non fosse illimitata: così i giuristi-magistrati giocarono, avvantaggiandosene, sulla distinzione tra monarchia e dispotismo.

La teoria del diritto si arricchisce considerevolmente di queste analisi storiche, ma anche di alcune difficoltà, che non sono evidentemente specifiche del periodo studiato in questo libro. Anche qui mi limiterò a segnalare due casi.

Il primo oggetto di riflessione è legato all'identificazione del diritto positivo. Francesco Di Donato è tra gli storici che sostengono che il controllo di costituzionalità delle leggi non sia poi così contrario alla tradizione francese, come si è spesso sostenuto, poiché questo controllo esisteva già sotto l'Antico Regime. Vorrei sottolineare, di sfuggita, l'impiego – del resto perfettamente consapevole e giustificato – del concetto di «controllo di costituzionalità delle leggi», che è qui un meta-concetto con il quale si può cercare di tradurre le pratiche di un'epoca nella quale esse erano definite utilizzando altri termini diversi

¹ L'episodio è citato da R. Metall, *Hans Kelsen. Sein Leben und Werk*, Wien, Deuticke, 1969.

da questo attuale. Ora, se è del tutto legittimo cercar di comprendere se questo istituto esisteva già oppure no nell'epoca considerata – allo stesso modo che un antropologo può ricercare se tale o tal'altra pratica costituisca una religione perché utilizza un meta-concetto di religione – ci si può interrogare sul modo di rispondere a questa questione, vale a dire sui segni della presenza dell'istituto considerato nel diritto positivo. Francesco Di Donato dimostra in modo assai convincente che i parlamentari dell'Antico Regime affermavano l'esistenza di una costituzione, che limitava i poteri del re e in rapporto alla quale essi potevano controllare gli atti legislativi della corona. Tuttavia, ciò che egli ha dimostrato è solo l'esistenza di ciò che egli definisce molto bene come l'«ideologia» dei giuristi-parlamentari. Per sostenere che questa ideologia s'identifica con il diritto positivo, è necessario presupporre una teoria del diritto che definisca il «diritto positivo» quale insieme di norme giuridiche identificate come norme giuridiche dai giudici. Questa teoria è la teoria realista. Ma questa teoria vale solo nella misura in cui l'identificazione operata dai giudici riesce ad imporsi nel sistema giuridico, e per far questo è necessario che essa sia accettata dall'insieme degli attori che operano nel sistema medesimo. A queste condizioni, che valore bisogna attribuire alla resistenza del re a questa «ideologia»?

La seconda questione ha una portata ancora più estesa. Essa concerne la gerarchia delle norme. Sappiamo bene, secondo una tesi oggi generalmente condivisa, che il diritto è un sistema di norme gerarchizzate le quali acquisiscono il carattere di norme giuridiche dalla loro appartenenza al sistema medesimo. Nella sua versione kelseniana, la teoria della gerarchia delle norme è l'affermazione di una proprietà che ogni sistema giuridico – quale che esso sia – presenta. Questa teoria precisa anche i caratteri della struttura del sistema giuridico, vale a dire gli elementi che lo distinguono da ogni altro tipo di sistema normativo: mentre la gerarchia di un sistema morale è solo statica, la gerarchia del sistema giuridico è statica e dinamica, investe cioè anche il modo di produzione delle

norme e non solo la loro disposizione verticale. Secondo Kelsen il sistema giuridico così strutturato s'identifica con lo Stato.

Abbiamo già considerato come questa tesi sia presentata da Kelsen come a-storica, poiché essa descrive una proprietà che si riscontra in ogni sistema. È nondimeno possibile comprenderla in altri e diversi modi.

Ad esempio, si può innanzitutto considerarla come una proposizione descrittiva che rileva dalla teoria generale del diritto. In quanto proposizione descrittiva, è suscettibile di essere vera o falsa e, se appartiene alla teoria generale, essa è falsa se alcuni sistemi giuridici (o anche uno solo), identificati per esempio con ordini coattivi perentori, non comportano alcuna gerarchia di norme. In questo caso la tesi può essere allora riformulata così: alcuni sistemi giuridici comportano una gerarchia delle norme.

Ma si può anche ritenere che si tratti di una definizione del sistema giuridico. In questo caso siamo di fronte a una definizione stipulativa, che non è suscettibile di essere vera o falsa, ma che conduce a definire «sistemi giuridici» solo i sistemi normativi che presentano una gerarchia, e non quelli che non la presentano.

In entrambi i casi, la tesi assume un carattere storico. Non vi è sempre e dovunque un sistema giuridico gerarchizzato e si può ben identificare il luogo o l'epoca in cui un sistema giuridico acquisisce questo carattere, oppure il luogo o l'epoca in cui un sistema normativo meriti di essere qualificato come «giuridico». Bisogna allora tentare di comprendere come questo fenomeno ha potuto prodursi e la ricerca di Francesco Di Donato ci apre a questo riguardo prospettive preziose.

Vi è, invero, una terza concezione possibile della gerarchia delle norme, che si manifesta, fino ai giorni in cui viviamo, in certe pratiche argomentative. Secondo questa concezione, esiste un principio la cui enunciazione è: «Lex superior inferiori derogat». In base a questo principio i giudici *devono* far prevalere certe norme su altre. Si vede perfettamente qui tutto il vantaggio che i giudici

possono ricavarne: quando scartassero una norma, essi non eserciterebbero alcun potere discrezionale, perché non esprimerebbero alcuna propria volontà. Essi possono apparire come semplici esecutori di un principio obiettivo che s'impone loro con una forza propria, un principio che non sarebbe posto da un'autorità umana, ma che atterrebbe alla natura stessa del sistema giuridico, quella natura chiamata «sistema giuridico», come facciamo noi oggi, oppure «monarchia assoluta», come si faceva nell'Antico Regime.

Beninteso, quest'argomento non è che un artificio. La verità è che la gerarchia delle norme non esiste *prima* della decisione del giudice, ma soltanto *dopo*. Essa non è che il prodotto di quella decisione. Ma si comprende meglio com'essa appare o – se si preferisce – come il sistema giuridico si costituisce nella storia: come il risultato di una *forma mentis*, o in altri termini come il prodotto di coazioni e sollecitazioni argomentative che conducono il giudice ad attribuirsi un potere invisibile.

Considerando questo sforzo di Francesco Di Donato – e non è certo il suo merito minore – si comprende altresì che il sistema giuridico non sarebbe stato possibile senza gli utensili concettuali della teoria del diritto, ma anche, all'inverso, che i teorici del diritto non possono fare a meno della storia se non vogliono rimpiazzare la religione del diritto naturale con quella della natura del diritto.

MICHEL TROPER

RINGRAZIAMENTI

Il varo di un un libro, come quello di una nave che esce dal suo cantiere, è sempre un evento che produce sentimenti misti: emozione e perplessità. Solcherà mari, tragherà persone da un continente concettuale all'altro, metterà in comunicazione mondi vitali tra loro sconosciuti, o si arenerà alla prima secca, cozzerà contro *iceberg* alla deriva, colliderà contro incrociatori corazzati e sarà silurato da sottomarini potenti e occulti? Come all'età della ragione il figlio si separa dal padre e dalla madre, così un libro, quando esce dal cantiere tipografico che gli ha dato la vita materiale fissando su fogli stampati il tumultuoso e perenne incedere che nella mente dell'autore gli ha dato vita e forma, prende il largo e va verso il suo destino, in quel momento ignoto. Il padre guarda la scena silenzioso e un po' stordito, come si osserva dalla scogliera il puntino bianco della vela che si allontana verso un orizzonte che l'illusione dell'occhio e dei sentimenti umani vuole senza confini.

Entrare in quel mondo chiuso – che è la mente di uno studioso – da cui si genera un universo infinito di pensieri che con libera e assoluta imprevedibilità si accoppieranno o si scontreranno, producendo il vissuto degli uomini che è la storia di tutti e di ciascuno, è, esattamente come nella creatività di un artista, sempre impresa difficile, anzi, nel senso che vi avrebbe dato un Michel Foucault, «folle». Un libro è sempre la manifestazione di una «folia», poiché se non avesse la mirabolante pretesa di cambiare il mondo sarebbe o bugiardo o inutile. Avendola, rischia di essere presuntuoso e velleitario. È una creatura contesa tra due padri, entrambi dèi, entrambi folli. Occorre sperimentare le logiche del de-lirio, letteralmente la fuoriuscita dal solco seminato, occorre saper

sentire il fascino del deserto e dell'oceano, il terrificante e irresistibile richiamo di Moby Dyck, per avventurarsi nei sentieri, quasi sempre interrotti, del pensiero, proprio o altrui. Entrare in quel mondo, dove l'ingresso è mobile e i confini assumono spesso le sembianze di miraggi, è come entrare nella camera buia di una macchina da presa nelle mani di un regista: una «zona» dove tutto diventa possibile, ma tutto si può trasformare in un abbaglio.

Per questo pur essendo grato a tanti compagni di strada cui debbo suggestioni, idee e percorsi diventati comuni, anche per via dialettica, mi parrebbe ora futile adempiere al rito accademico, farisaico, odioso e venato di un che di ridicolo come quasi tutti i riti della vita pubblica italiana, di manifestar loro i miei sentimenti di gratitudine, che sono veri e profondi. Preferisco custodirli gelosamente in me, certissimo che i tanti che si riconosceranno in questo mio sentimento e che hanno contribuito con sincera dedizione e pazienza alla nascita della *Rinascita dello Stato* sapranno leggere ciascuno il proprio nome, la propria cultura e la propria storia in queste righe e nel bianco che le segue, lasciando a me solo la piena responsabilità per ciò che vi è espresso, nonché per i percorsi che le idee – se i pensieri che vi sono dispiegati possono assurgere a quella dignità – compiranno e per gli esiti che (forse) produrranno.

FONTI

Il capitolo introduttivo, *Dallo Stato immaginario alla concretezza della civiltà statale*, è inedito.

Il capitolo I, *La potenza occulta della toga*, prende spunto dal saggio *La puissance cachée de la robe. L'idéologie du juriconsulte moderne et le problème du rapport entre pouvoir judiciaire et pouvoir politique*, in Olivier Cayla e Marie-France Renoux-Zagamé (a cura di), *L'office du juge: part de souveraineté ou puissance nulle?*, Atti del Congresso internazionale di Rouen, 26-27 marzo 1998, Paris, LGDJ, 2001, pp. 89-116, che modifica e integra in molti punti.

Il capitolo II, *La civilizzazione statale nell'esperienza moderna francese*, ripubblica con diverse modifiche, il saggio *Lo Stato moderno di ancien régime. L'esperienza francese*, in Laura Barletta e Giuseppe Galasso (a cura di), *Lo Stato moderno di ancien régime*, Atti del Convegno di Studi, San Marino, 6-8 dicembre 2004, Università degli Studi della Repubblica di San Marino, Scuola Superiore di Studi Storici, San Marino, Aiep Editore, 2007, pp. 129-168.

Il capitolo III, *La gerarchia delle norme e l'organizzazione politico-istituzionale nello Stato assoluto*, traduce in italiano, con molti adattamenti e modifiche, il saggio *La hiérarchie des normes dans l'ordre juridique, social et institutionnel de l'Ancien Régime*, in Pierre Brunet (a cura di), *Les juristes et la hiérarchie des normes*, Actes du Colloque international, Rouen, 18-19 giugno 2004, Paris, Bruylant, (in corso di stampa).

Il capitolo IV, *Machiavelli e i sacerdoti del giure. Aspetti del pensiero politico e giuridico europeo e dell'esperienza istituzionale dai giuristi francesi moderni al Medioevo attuale dell'attualità italiana*, per una larga parte è inedito e per un'altra parte riprende la struttura e i temi di un saggio intitolato *Machiavelli e i «sacerdoti del giure»*. *Aspetti del pensiero machiavelliano e del machiavellismo occulto dai robins francesi del XVIII secolo al Medioevo dell'attualità italiana*, pubblicato in Artemio Enzo Baldini (a cura di), *Machiavellismo e machiavellismi nella tradizione politica europea (secoli XVI-XIX)*. Una prima ricognizione, Atti del Congresso, Torino, 8-9 settembre 2005, Firenze, Olschki (in corso di stampa).

Il capitolo V, *La Pasqua dello Stato. Passione, morte (apparente) e risurrezione dell'organizzazione istituzionale moderna nella storiografia giuridica e politica contemporanea*, destinato a essere pubblicato come saggio in «Storia Amministrazione Costituzione. Annale dell'Istituto per la Scienza dell'Amministrazione Pubblica», si pubblica inedito in questa sede.

Il capitolo VI, *Dalla mediazione patriarcale alla mediazione burocratica: il regresso barbarico verso il governo occulto dei giudici*, trae spunto dal saggio *De la médiation patriarcale à la médiation bureaucratique. Considérations sur le «gouvernement des juges»*, in Denys de Béchillon, Pierre Brunet, Véronique Champeil-Desplats e Éric Millard (a cura di), *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, pp. 387-406, ma lo integra e lo emenda in modo così incisivo e diffuso da potersi considerare inedito.

ABBREVIAZIONI

BNF = Bibliothèque Nationale de France « François Mitterrand » (Quai François Mauriac, 75013 Paris)

— LB-39-151 [LE PAIGE], *Lettre à M. * * *; conseiller au Parlement*, Paris 1774.

BPR = Bibliothèque de la Société de Port-Royal (169, rue St. Jacques, 75005 Paris)

— LP = *Fonds (o Collection) Le Paige*

— CF = *Fonds Fourquevaux*

BS = Bibliothèque du Sénat (Palais du Luxembourg, 15, rue de Vaugirard, 75006 Paris)

— BA = *Fonds Boissy d'Anglas*

INTRODUZIONE

DALLO STATO IMMAGINARIO ALLA CONCRETEZZA DELLA CIVILTÀ STATUALE

1. *Libertà, diritti dell'individuo, statualità*

Rinascita, Rinascenza, Rinascimento sono termini che presuppongono una morte e, per opposizione, una nuova vita. Vi è una sfumatura concettuale recondita che rinvia a una reinsorgenza che può essere unica o ciclica, eventuale o inesorabile come il succedersi delle stagioni. In ogni caso una reazione a una precedente scomparsa che ha lasciato il segno: *exoriare aliquis nostris ex ossibus ultor*¹.

Quando confidai a Ettore Rotelli, il decano degli storici istituzionalisti italiani, che avrei intitolato questo libro *La rinascita dello Stato*, mi rispose con sfumatura ironica e lievemente interrogativa: «Rinascita storiografica!?!». La battuta è molto meno «innocente» di quanto non sembri a prima vista. Rotelli aveva colto nel segno. Non può rinascere ciò che non è mai nato.

Se per «Stato» s'intende, come io credo debba intendersi, non solo l'apparato istituzionale e l'ordinamento giuridico, ma soprattutto un diffuso «spirito delle istituzioni»² che si fa «mentalità sociale»³ e realizza un «processo di civilizzazione» attraverso pratiche consolidate⁴, in Italia lo Stato – evidenza *ictu oculi* – non c'è stato e non c'è. E non saranno i libri – men che mai i libri di storia – a crearlo. Perché, dunque, un libro, fuori del coro, che s'impenna sul valore positivo della «sta-

¹ Virg., *En.*, lib. IV, v. 625.

² Richet [1998].

³ Maravall [1991].

⁴ Elias [1988]. Sul concetto di «civilizzazione statale», cfr. Di Donato [1998a; 2002].

tualità»? Perché una «predica inutile» sulla «(ri)nascita» e non piuttosto una proposta *à la page* sulla «crisi», sul «declino» o sulla definitiva «scomparsa» dello Stato?

In tempi di «ritorno allo (o dello) Stato»⁵ soprattutto (ma non solo credo) a causa della crisi economico-finanziaria di questa contingente fase storica, vorrei subito rassicurare i (pochi, autentici) liberali che vi sono in Italia – da Angelo Panebianco a Piero Ostellino – che, a dispetto del titolo, questo non è uno studio ispirato a valori statalistici, bensì liberali e libertari. Questa distinzione è del resto odiosa e – come molte operazioni linguistiche disinvolute – serve a mascherare un'ipocrisia: l'ostilità di fondo (che non si ha il coraggio di affermare o che si ha l'astuzia di non dichiarare) al pensiero moderno e all'autonomia dell'individuo, un valore che implica la responsabilità derivante dal suo agire. Non si può essere interamente «liberali» senza essere «libertari». I liberali non libertari sono liberali dimezzati (e quindi finti liberali). Il motivo è elementare. Per chi pone la libertà al vertice dei valori sociali tutto è permesso, tutto *deve* essere permesso («uno de' più veri principii», scrive Giacomo Leopardi, «è quello di lasciar fare più che si può, libertà più che si può»)⁶; con solo due condizioni oppositive: 1. che l'azione dell'individuo non arrechi danno (materiale o morale) ad altri individui altrettanto liberi di agire e che sia pertanto «onesta», ossia ispirata alla buona fede (*principio di opportunità*); 2. che l'individuo assuma interamente su di sé gli effetti risultanti dal suo agire (*principio di responsabilità*).

Essere liberali-libertari non significa affatto essere anarchici. Al contrario, per difendere la libertà dell'individuo dagli effetti che le esigenze libertarie degli altri possono (volontariamente o involontariamente) produrre, occorre il potere; un potere, però, regolato dall'oggetti-

⁵ Cfr. Almond [1988 e (nella seconda variante, non corrispondente nel titolo all'originale americano) 2005].

⁶ *Zib.* 4192.

vità di norme preposte e corroborate dall'esperienza pratica (*principio di organizzazione*): l'indispensabilità di queste norme è ciò che struttura il potere in forma giuridica. Ora, il potere, quando assume «forma giuridica», ha propriamente il nome di «Stato»⁷. La legge di uno Stato liberale-libertario non può allora che derivare dalle due condizioni appena evidenziate: non è lo strumento per educare, ma solo per limitare gli eccessi dei comportamenti soggettivi dannosi per gli altri e per tutelare i diritti di ciascun individuo (*principio di legalità*). Lo Stato liberale potrebbe, in tal senso, definirsi come uno Stato «moderato», se non fosse che nell'Italia senza Stato questo termine ha assunto il significato sinistro di limite soffocante che implica la giustificazione di poteri di controllo (per di più quasi sempre occulti e non legittimati dalla piena giuridicità), mentre nel suo senso etimologico greco (*fronesis* e *sofrosyne*) indica la capacità del soggetto di autolimitarsi per meglio godere dei piaceri desiderati, evitando di sciuparli con la loro banalizzazione o trasformandoli in comportamenti abitudinari.

Senza entrare nella *vexata quaestio* – intorno alla quale i filosofi si arrovellano da sempre – su quale sia il fondamento dei diritti (se essi cioè preesistono allo Stato o se vengano creati dallo Stato), lo storico del diritto e delle istituzioni si chiede semplicemente, sulla base dell'osservazione empirica, chi tutelerà e renderà *effettivi* quei diritti, quale che sia la fonte e la legittimità della loro verbale affermazione. La risposta è che quei diritti, fondamento della libertà, sono molto più tutelati dove vi sia la presenza di un'organizzazione istituzionale che implichi una diffusa affermazione di paradigmi comportamentali condivisi perché introiettati nella psicologia sociale. Dove cioè si affermino delle «solidarietà verticali» che istituiscano legami fiduciari reciproci tra base sociale e dirigenze istituzionali. Coloro che negano «ogni sovranità allo Stato», noti come studiosi «pluralisti», si privano di un concetto

⁷ Troper [1998a, 170-1; 2001, 267-81, spec. 275].

molto utile alla comprensione della realtà e con esso della possibilità di definire il profilo «di un'organizzazione in grado di correggere le ingiustizie e di fornire la sicurezza fondamentale»⁸. «Stato» e «statualità», se intesi correttamente (ossia non solo come un ordinamento formale di norme e di apparati istituzionali, ma come un complesso «fenomeno socioculturale»)⁹, sono quindi condizioni indispensabili per la difesa della libertà dell'individuo e dei suoi diritti. Sono strumenti interpretativi, inoltre, che consentono la comparazione tra le diverse tipologie di organizzazione socioistituzionale sulla base del criterio dell'«assenza» o della «presenza di un concetto di Stato ben sviluppato» che «si ricollega – identificandole – a importanti differenze empiriche tra queste società»¹⁰.

Ora, se è innegabile che questo «Stato ben sviluppato» è solo lo Stato moderno europeo-occidentale – un fenomeno cioè rigorosamente tipizzato nel tempo, nello spazio e nei caratteri essenziali – e che questa entità, come tutte le forme storiche, sia destinata a mutare, ad evolvere e anche ad esaurirsi, è altresì difficile non riconoscere che, in quanto bisogno antropologico rispondente

⁸ Almond [2005, 378]. Ricorrendo a diversi politologi specialisti del tema dello Stato (tra i quali G. Sabine, F. Watkins, J.P. Nettl, A. Stepan, E. Nordlinger, H.J. Laski), Almond mostra nel corso del saggio come molti «pluralisti», di fronte alle difficoltà teorico-pratiche incontrate nell'applicare i diritti e far rispettare i doveri e nel far funzionare in concreto l'organizzazione sociale, siano stati costretti «a reintrodurre ciò che avevano in precedenza bandito». Trovando «quasi impossibile concepire i processi politici senza l'intervento intenzionale e l'aiuto dello Stato, specie perché la competizione interna tra gruppi e le minacce esterne mettevano a rischio la praticabilità di un ordine politico pluralista», questi studiosi «furono alla fine costretti a riconoscere bisogni più fondamentali di una vivace vita associativa» (ivi, p. 392: Almond trae la citazione da H. Kariel).

⁹ Ivi, p. 383. Per Stato come «fenomeno socioculturale» s'intende «che gl'individui che ne sono membri ne hanno una generale cognizione e consapevolezza». In questa prospettiva perde di senso la «dominante visione angloamericana dello Stato» che contrappone frontalmente «l'area generale del governo centrale» alla società, ossia l'«istituzionale» al «civile».

¹⁰ *Ibidem*.

ai vantaggi dell'organizzazione umana e sociale, il fenomeno statale provenga da un percorso molto più lungo nel quale si differenziano diverse tipologie proto-organizzative che, pur senza determinare una univoca linea di tendenza, possono essere osservate in «un *continuum* di forme» evolutive alla ricerca di un perfezionamento che si determina soprattutto sulla base dell'osservazione e della sperimentazione delle criticità precedenti¹¹. L'orizzonte della statualità, senza sfondare i limiti dettati dall'esigenza di una definizione scientifica, quindi rigorosa del fenomeno-Stato come prodotto dell'epoca moderna, si allarga diventando un carattere determinante del percorso di civilizzazione delle società umane¹².

Mi sembrano tutti buoni motivi per cui una visione liberale della politica e della società non possa evitare di occuparsi dello «Stato» e della «statualità», descrivendone la genesi, gli sviluppi, l'attualità, le prospettive. L'approccio statale risponde meglio di qualunque altro all'auspicio, espresso da autorevoli studiosi di scienze sociali, secondo cui «la posizione "statalista"» è destinata ad attrarre l'attenzione dei politologi «sulla storia istituzionale, e in particolare amministrativa, come oggetto della ricerca in scienza politica»¹³. Sono esattamente queste le linee fondamentali lungo le quali si è mossa la ricerca che ha dato origine alle pagine che seguono.

2. *Dominio sociale della tecnica e programmazione organizzativa statale*

Vi è anche un altro aspetto per cui la presenza dello Stato è indispensabile a una società che intenda fondarsi sulla libertà degli individui che la compongono. Nel

¹¹ Cfr. Giusti [2002, 126-7]. Sull'evoluzione storica come gioco di azione/reazione, cfr. Starobinski [2001].

¹² Cfr. Giusti [2002, 108 ss.].

¹³ Almond [2005, 412].

mondo post-moderno, il trionfo della tecnica¹⁴ ha comportato una sostanziale modifica fenomenologica anche nel campo sociopolitico¹⁵. Il concetto – e soprattutto la pratica – della libertà non potevano non risentire di un mutamento così profondo. La tecnicizzazione della società – oltre che determinare cambiamenti decisivi nella vita delle istituzioni, il cui funzionamento non può più prescindere da questo dato oggettivo – implica l'impossibilità di concretare l'asserzione astratta dei diritti, e della libertà che essi tutelano, al di fuori della partecipazione ai mezzi tecnici attraverso i quali il corpo sociale vive e si sviluppa, soddisfacendo i suoi bisogni e le sue passioni, fabbricando i suoi dèi¹⁶ e i suoi simboli¹⁷. La gestione integrata della tecnica e la possibilità di allargarne la fruizione, e di conseguenza l'estensione «democratica» dell'effettivo godimento dei diritti di libertà, comporta di per sé un elevato livello di organizzazione sociale. Il senso generalizzato dell'organizzazione – e le teorie della pratica¹⁸ che s'imperniano sulle dinamiche organizzative – diventa quindi, in un paese moderno che abbia raggiunto un elevato livello di civilizzazione sociopolitica, il presupposto della realizzazione della libertà individuale¹⁹ attraverso processi di razionalizzazione istituzionale²⁰.

Dove non si afferma la mentalità razionale manca il senso dell'organizzazione e questa inadeguatezza si riflette immediatamente nell'assenza o nel carattere asfittico della statualità. Sono caratteristiche che chi vive in Italia conosce e sperimenta quotidianamente: l'assoluta scarsità di mentalità statale si coniuga con la mancanza dello spirito

¹⁴ Cfr. Galimberti [1999]; Irti e Severino [2001].

¹⁵ Cfr. Blumenberg [1987, 11-49].

¹⁶ Cfr. Moscovici [1991].

¹⁷ Cfr. Elias [1998].

¹⁸ Cfr. Bourdieu [2003, spec. 171-316 e 2005, 125-52].

¹⁹ Cfr. North [1994]; Scott [1994 e 1998]; Bertalanffy [2004].

²⁰ Sull'«istituzionalizzazione organizzativa», cfr. Lanzalaco [1995, 123-30].

organizzativo e dello spirito istituzionale, che è invece, come ha scritto Edgard Morin, la questione fondamentale della scienza e del pensiero moderni²¹.

In Italia pesa ancora – enormemente – il retaggio della mentalità medievale, adatta a pensare l'unità solo nell'iperuranio della metafisica e per converso immersa in una totale frammentazione dispersiva nella pratica della vita concreta. Questo carattere tipico ha permeato in profondità il tessuto psicosociale di tutte le aree geopolitiche che compongono il paese, determinando i fondamenti essenziali dell'identità italiana²². Quell'eredità si comprende bene se si osserva e si analizza con gli strumenti descrittivi e interpretativi della storiografia giuridico-istituzionale. Essa è il frutto della riproduzione nella *forma mentis* assunta dai giuristi delle matrici identitarie proprie della Chiesa cattolica, in primo luogo del carattere arcano del potere e della consequenziale separazione tra il suo esercizio (occulto) e la responsabilità dell'agire. Nel Medioevo italiano, «dove l'autorità imperiale non riuscì ad affermarsi e non fu sostituita da un potere monarchico centrale» persino la rappresentazione iconografica della giustizia «sviluppo caratteri propri, diversi da quelli di altre realtà politiche europee», diventando il supporto d'immagine più potente del micropotere comunale e cittadino²³. Questo *modus* mentale, culturale e psichico, che si rafforzò con la Controriforma diventando un carattere radicato e diffuso di tutti gli agglomerati sociali delle aree «regionali» italiane, non poteva non trasmettersi alle (pseudo-)élites politiche, prima e dopo l'unità, restando fino ai giorni nostri l'intelaiatura fondamentale del con-

²¹ Morin [1977, 95].

²² Sul tema cfr. Galli della Loggia [1998].

²³ Prospero [2008, 96 e 98]. Va da sé l'evocazione del celebre affresco senese di Ambrogio Lorenzetti sull'*Allegoria del Buon Governo* del 1337-1340 (Palazzo Pubblico, Sala della Pace), come esempio particolarmente rappresentativo di questa idea tipicamente «peninsulare» della giustizia a supporto della «nuova (e incerta) realtà politica del Comune».

formismo assiologico farisaico, del «cinismo asociale», del «verbalismo elusivo», della «misericordia crudele», della fuga truffaldina dalle responsabilità e della voluta incapacità alla programmazione²⁴.

3. *Dal Rinascimento giuridico medievale al Rinascimento giuridico dello Stato*

Il principale effetto – storico e storiografico – di questa situazione è stata la morte sul nascere dello Stato e del senso organizzativo che vi è connesso; e nel contempo il trionfo dell'esegesi giuridica e della *forma mentis* dei giuristi. È così che gli storici del diritto italiano hanno potuto coerentemente celebrare il momento tipico di quella morte e di quel trionfo battezzandoli con l'enfatica definizione di «Rinascimento giuridico medievale»²⁵.

²⁴ Le espressioni virgolettate in Ajello [2009, *passim*].

²⁵ «Rinascimento giuridico medievale», com'è noto, è la formula apologetica – usata già dalla vecchia scuola ottocentesca e primo-novecentesca di storia giuridica, da Brugi a Tamassia, da Besta a Ermini – che fu rilanciata soprattutto da Calasso [1965; cfr. 1954, 345-65]. L'immagine del «Rinascimento medievale», costantemente ripresa nella manualistica e nella saggistica storico-giuridica [fino a Cavanna 1982, 105; 2005, 17-22; Cortese 1996], sembra ora appannata ed è sostituita da altre decisamente più sobrie: cfr. Grossi [1995, 37 ss.] (che preferisce «fondazione d'una esperienza giuridica»); Padoa-Schioppa [2003, 123-79] (che usa «nuova scienza del diritto»), mentre in Padoa-Schioppa [1995, 195 ss.], aveva adoperato «rinascita dei secoli XI-XII» (si veda, in proposito, la «nota bibliografica», *ivi*, pp. 279 ss.). Sul significato della «svolta calassiana», e sull'esaltazione leggendaria del diritto romano (poi «comune») ad opera della storia giuridica italiana nel più ampio quadro della mancata realizzazione della statualità, cfr. le considerazioni critiche (e molto penetranti) di Ajello [2002, spec. 113-80] e *passim*. In questa prospettiva si sottolinea come l'apologia del Medioevo giuridico comporti di per sé il «corollario» dell'«ostilità contro lo Stato moderno», con la conseguenza rilevantissima di «una sostanziale incomprensione della capillare e profonda influenza che il nuovo assetto istituzionale ha prodotto sul fenomeno giuridico, e quindi sulla mentalità dei giuristi». Su quest'ultimo punto (la mutazione antropologico-culturale dei giuristi nell'ambito dell'affermazione moderna del fenomeno-Stato), cfr. *infra*, cap. IV, parr. 1 e 10.

Con questa formula si è inteso indicare la fase nascente della *Scientia juris* fondata sull'esegesi giurisprudenziale che prese inizio con la riscoperta dei testi del diritto romano-giustiniano ad opera della cosiddetta «Scuola di Bologna» e del suo fondatore Irnerio tra XI e XII secolo. Fu certamente una svolta capitale nella storia del diritto occidentale e «uno dei momenti più importanti della storia generale della cultura europea»²⁶. Nacque lì la dimensione eminentemente tecnica dell'attività giuridica²⁷, una peculiarità che il ceto dei giuristi seppe sfruttare alla perfezione per costruire, modellandolo sul *ministerium* ecclesiale, il suo potere arcano e sacerdotale²⁸. Il «sagace mito» di una «scienza giuridica pura» costruì una «favola edificante» che fu il fondamento della concezione del diritto come tecnica esoterica e «imparziale», immune dalla politica e quindi capace di strutturare una logica (e una pratica) di dominio invisibile e perciò incontrollabile²⁹.

Fu così che, fin dalle origini medievali della vicenda politica moderna, la giurisdizione si pose come il più profondo strumento della politica occulta condotta dal ceto dei «sacerdoti del diritto». La potenza arcana di quel ceto, però, poté dispiegarsi appieno solo nelle aree dove il diritto non fu uno strumento al servizio dell'impresa organizzativa statale, ma costituì il presupposto per il successo della mediazione patriarcale e per il radicamento dello spirito compromissorio. Era naturale che la culla di quel diritto fosse l'Italia disgregata e priva di un progetto politico.

²⁶ Cfr. Haskins [1972, 165-92, spec. 175].

²⁷ Il passaggio è descritto con precisione da Cortese [1996, 39], che indica in Azzone il maggiore autore della svolta tesa a rivendicare «la tecnicità assoluta» dell'attività esegetica e le conseguenti «specificità», «autonomia» e «autosufficienza» del giuridico rispetto a ogni altro ambito disciplinare.

²⁸ Ivi, p. 40 (Cortese considera, però, l'autodefinizione di *sacerdotes*, basata su un testo di Ulpiano, che fu «presa per buona» da Azzone e «molto gonfiata» da Accursio, come una «vanitosa pretesa» e «una millanteria»); cfr. anche Ajello [1999] che, ironicamente, definisce la svolta iberiana come «la fase "eroica" della Glossa».

²⁹ Ajello [1999, 323-6, spec. 325].

La mostruosità di porre al centro dell'esperienza sociale un potere arcano, privo di controllo e di responsabilità, fu percepita nitidamente nel versante occidentale dell'Europa, dove proprio per evitare questo grave rischio si costruirono potenti rimedi fondati su un radicale mutamento di prospettiva teoretica (quindi religiosa) e politica. La genesi dello Stato è qui, in questa acuminata consapevolezza che venne acquisita precocemente – già nel XII secolo con evidenza palmare – soprattutto nelle monarchie francese e inglese. Circondatisi di «legisti» persuasi dell'utilità di mettere la loro tecnica al servizio del progetto monarchico-statuale, i sovrani di quei regni compresero la necessità e l'importanza di affrontare *de visu*, in uno scontro aperto e intrepido, i nemici del potere sovrano, in primo luogo la feudalità e la Chiesa. Quella scelta fu di per sé un fatto rivoluzionario che ruppe l'ipocrisia lassa della *Respublica christiana* e schiuse l'orizzonte a una nuova dimensione politica.

In quel contesto la funzione del giurista perse immediatamente la sua carica eversiva della statualità e si dispose in compatibilità con un assetto nel quale il potere politico diveniva «sovrano», inglobando in sé, limpidamente, tutte le espressioni del comando. Dire «legista» non significò più dire solo «legge» e «potere», secondo l'espressione di Pierre Legendre³⁰, ma «funzionario» al servizio di una grande impresa sociale e istituzionale.

L'esatto contrario avveniva nelle gracili realtà regionali al di qua delle Alpi, dove «il *modus vivendi* instaurato dai glossatori italiani era stato», invece, «blando, compromissorio, diretto a evitare scontri netti», generando così una mentalità volta a produrre «confusioni» che si ripiegavano «su se stesse» ed erano destinate a riprodursi «all'infinito»³¹. In quel marasma, nel quale non poteva attecchire neppure l'idea della «sovranità» statuale, i giuristi potevano gestire indisturbati un diritto gravido di politicità

³⁰ Legendre [1995].

³¹ Ajello [2009, 32].

occulta, secondo gli efficacissimi strumenti arcani di cui disponevano. Le loro carriere e la loro posizione sociale crebbero a dismisura. Ma insieme ad esse si diffuse e si radicò una mentalità del compromesso al ribasso e una generale tendenza ad acquattare le contraddizioni, a spegnere la dialettica, a non affrontare i problemi «per evitare gli scandali»³². Fu, nella stagione controriformista, il trionfo del metodo gesuitico detto del machiavellismo, o del tacitismo, «nero»³³. La «doppiezza», tratto tipico e trasversale dell'agire politico, ebbe origine in quel contesto, nel quale non si preparò il terreno alle «idee chiare e distinte» che stavano diventando il nerbo della mentalità sociale affermatasi con la rivoluzione scientifica³⁴ e, «per l'uomo moderno, la massima espressione dell'integrità morale»³⁵.

Così, mentre il giurista italiano continuava ad avere facile gioco nel convertire la *jurisdictio* in potere politico³⁶, in Francia e in Inghilterra la sovranità conquistava ampi terreni assicurandosi «il principale rapporto di fedeltà politico-sociale»³⁷. A quest'opera collaborarono in modo determinante i giuristi diventati ormai «funzionari dei governi laici» i quali «coscienti di ciò che stava avvenendo, poterono realizzare una deliberata strategia per assicurarsi la fedeltà del popolo»³⁸. Fu questa «solidarietà verticale» l'elemento-chiave della costruzione della statualità. La vera fucina del «Rinascimento» medievale, quindi, «fu il Duecento francese e inglese» dove si affermò l'or-

³² Ivi, p. 33.

³³ Cfr. Toffanin [1972, 147-70].

³⁴ Cfr. Cassirer [1967]; Koyré [1988 e 2000]; Rossi [1997].

³⁵ Ajello [2009, 305].

³⁶ Costa [1969]; cfr. Grossi [1995, 130], che sottolinea, all'inverso, il carattere «giurisdizionale» del potere politico medievale. A mio avviso, tuttavia, le due affermazioni («la *jurisdictio* come potere politico» e «il potere politico come *jurisdictio*») sono perfettamente riflessive e quindi deducibili l'una dall'altra.

³⁷ Strayer [1940; 1980, spec. 36-99 (*The king and His Officers*)]. Specificamente per la formazione medievale dello Stato inglese, cfr. Corrigan e Sayer [1985, spec. 15-42].

³⁸ Strayer [1940].

ganizzazione statale e non il frammentario Medioevo italiano della mediazione patriarcale di giuristi e canonisti³⁹.

Quella svolta fu vincente e garantì alle società che la supportarono con il loro consenso razionalità organizzativa, crescita economica, maturità sociale, benessere diffuso, servizi efficienti ed efficaci e – in definitiva – un lungo percorso di civilizzazione che continua tutt'ora a dispiegare i suoi tangibili effetti. In quei contesti è inimmaginabile parlare di «Stato immaginario», poiché lo Stato è percepito come un'entità fattuale che si concretizza in un principio ordinatore che sorge dal basso e che implica la piena consapevolezza politica del corpo sociale e una disposizione mentale, psicologica e culturale.

4. *Una via (ancora?) «lunga e tortuosa»*

Questo è il più rilevante motivo per cui non convince affatto la formula – che è stata recentemente proposta in un seminario di studio svoltosi a Trento⁴⁰ e che intende sintetizzare la pretesa «crisi» o il «declino» dello Stato – secondo la quale oggi saremmo nella condizione di passaggio «dallo Stato che c'era allo Stato che non c'è più». La realtà, a me pare, è ben diversa, quando solo si abbia l'intenzione di uscire dal cortile di casa e guardare comparativamente oltre la barriera alpina che troppo spesso «il guardo esclude». Allora ci si rende agevolmente conto – se proprio si vuol restare agli slogan storiografici – che la formula che dovrebb'essere adoperata è un'altra: «Dalla civiltà statale che c'era alla civiltà statale che c'è; e dalla statualità mancata alla statualità mancante».

³⁹ Ajello [2009, 151-6]. Cfr. Strayer [1940]. Sull'affermazione degli Stati come «nuove strutture politiche» (e non «rinascita dello Stato» come arbitrariamente tradotto nell'ediz. cit.) cfr. Mousnier [1959, 86 e 108 per l'ed. fr.].

⁴⁰ Da Elena Fasano Guarini, secondo una linea condivisa da molti studiosi presenti, tra cui Schiera, Fioravanti, Meriggi e De Benedictis. Cfr. ora gli «Atti» introdotti da Blanco [2008b].

Questa «mancanza» non è, del resto, un affare da intellettuali che si accapigliano vanamente su formule e concetti, ma è tangibile nell'esperienza che ogni giorno ciascuno di noi sperimenta nella sconquassata vita (a)sociale e (a)politica dell'Italia astatale e disorganizzata⁴¹ e, per irrisorio converso, iperburocratizzata all'inverosimile e con un numero sbalorditivo di leggi⁴². In questo quadro desolante, bearsi per la «crisi dello Stato» mi sembra un atteggiamento culturalmente beffardo e politicamente irresponsabile. Il portato più evidente di questa *animi indoles* non è un poetico «pluralismo giuridico», che lascia viaggiare la mente verso l'immagine di un diritto più «democratico», più partecipativo, più rispettoso della realtà sociale e delle forze vive pullulanti sui territori di un'area geografica, o di un idilliaco diritto, libero dalle catene di un potere politico bieco e oppressivo, un diritto – com'è stato scritto da uno studioso francese in evidente rivolta contro il «capestro» della razionalità organizzativa – «senza lo Stato»⁴³, ma, al contrario, è l'apologia del fallimento e dello sfacelo, e l'acme della logica compromissoria; nella quale – è bene non dimenticarlo – prevale la prepotenza del più forte in un quadro di «garanzie» solo apparenti e formalistiche. Cosicché, mentre tutto è impeccabilmente ineccepibile, è di fatto impedita la giustizia (tanto sul piano sociale quanto individuale).

Chi, guardando i fenomeni dall'interno della civilizzazione statale, ritiene per assuefazione intellettuale che lo «Stato razionale» sia solo «un'utopia»⁴⁴, è animato da intenti prevalentemente ideologici che qualunque osservatore spassionato della realtà può confutare. Quanto al mito della «società contro lo Stato», esso è, appunto, un mito, tipico delle «società primitive», che sono (eufemisticamente) società «incomplete»⁴⁵. È questo il tipo di

⁴¹ Cfr. Pellizzetti e Vitritto [2006].

⁴² Cfr. Ainis [1999 e 2002].

⁴³ Cohen-Tanugi [1985].

⁴⁴ Abensour [2004, 45-56].

⁴⁵ Clastres [1974, 161 ss.].

società «senza Stato»⁴⁶. In ogni caso, se per «Stato» non s'intende solo l'espressione del politico e dell'apparato istituzionale, ma il radicarsi di una mentalità e di una psicologia sociale imperniata sul senso dell'organizzazione razionale⁴⁷, allora non ha senso opporre dicotomicamente «società» e «Stato». La «statualità» non è, infatti, che la forma razionalmente ordinata della vita sociale. Cosicché, in definitiva, non vi può essere una «società» *senza* «Stato», poiché è propriamente la «statualità» che trasforma un agglomerato d'individui o di gruppi (comunque intesi) in una «società»⁴⁸. La quale non è altro che un'organizzazione strutturata (dalla statualità) che disciplina individui e gruppi rapportandoli allo svolgimento di funzioni riconosciute utili sul piano generale⁴⁹.

Con la nascita della società statualizzata sorge l'esigenza di conservare e custodire (ad esempio gli atti ufficiali delle decisioni assunte nell'interesse ritenuto co-

⁴⁶ *Ibidem*. Nella sua impostazione del problema, Clastres adopera l'approccio antropologico secondo il quale la comparazione tra diversi tipi di società è, a rigore, impossibile. Il punto, però, non sta – ovviamente – nel sostenere «l'inferiorità tecnica delle società primitive» (ivi, pp. 162 e 164) comparandole a quelle tecnologicamente avanzate (questo sarebbe un atteggiamento valutativo e non descrittivo e quindi non scientifico bensì assiologico), ma nell'osservare *dentro i rispettivi contesti* gli effetti delle diverse tipologie di sistemi applicati in rapporto ai valori e ai bisogni prodotti da quella stessa società che si esamina. Sulle «società non statali» nei contesti extraeuropei e nell'Europa preistorica, cfr., in una prospettiva storico-antropologica, Giusti [2002, 31-103].

⁴⁷ Per ricostruire e comprendere la quale occorre integrare l'esame giuridico-politico con un approccio psico-socio-analitico: cfr. Cassani e Varchetta [1990].

⁴⁸ Clastres [1974, 181], dove pone in evidenza l'aspetto demografico-quantitativo come elemento dirimente tra comunità primitive e società avanzate: la «condizione fondamentale di esistenza» delle prime è la «debolezza della dimensione demografica». L'aumento quantitativo della popolazione comporta la crisi di quel modello e il passaggio evolutivo a una società progressivamente statualizzata. Altro aspetto della distinzione tra «comunità» primitive e «società» moderne è la «parcelizzazione» delle prime (in «tribù», «gruppi locali» ecc...) in rapporto a un tasso decisamente più elevato di omogeneità delle seconde.

⁴⁹ Su questo fondamentale tema delle «istituzioni come elementi costitutivi della realtà sociale», cfr. Lanzalaco [1995, 57-9].

mune). Si afferma l'esigenza di un «deposito», il bisogno dell'*archivio*, che è quindi per definizione «di Stato». In quel contesto razionalizzato «il Tempo diventa Storia»⁵⁰, poiché la memoria non basta più da sola ad assicurare il fondamento delle decisioni, ma ha bisogno di un supporto che a sua volta risponde al criterio della precisione razionale⁵¹. La società statale si pone perciò come la forma politica e giuridica che corrisponde alla nuova *forma mentis* basata sull'idea dell'evoluzione⁵². Il mutamento dei contesti comporta un adeguamento delle decisioni. E queste vanno assunte su basi razionali certe, che solo il confronto critico con il precedente può assicurare.

Il percorso storico verso questo stadio di raffinamento delle mentalità e delle culture non è pianeggiante. L'affermazione della statualità è una via irta di asperità e di «strappi» dolorosi. Essa corrisponde a ciò che nella vita di un individuo è il passaggio sinuoso e impervio verso l'età della ragione e dell'equilibrio emotivo e psicologico. Sintomo tipico di questa fase difficile, come i dolori di crescita di un giovane corpo umano, è l'emergere del conflitto tra i poteri e in particolare tra magistratura e potere politico. La giurisdizione tende allora a rappresentarsi come uno dei due corpi del sovrano e non come la funzione applicativa della legge emanata dal sovrano. È una fase dialettica che può durare anche a lungo, come avvenne nella Francia tardo-medievale e di Antico Regime e come avviene tutt'ora in Italia. «La rivalità del giuridico e del politico» si situa, così, alle origini «dello Stato moderno nel Medioevo e cresce in modo esponenziale con il suo potenziamento nella monarchia assoluta»⁵³. In un primo momento vi fu «l'alleanza tattica del potere regio con i legisti per costruire la teoria giuridica dell'assolutismo e imporla al di sopra dell'ordine giuridico feudale

⁵⁰ Clastres [1974, 170].

⁵¹ Cfr. Koyré [2000].

⁵² Cfr. Lovejoy [1966, 339-56, spec. 340-1].

⁵³ Cohen-Tanugi [1985, 61].

esistente»⁵⁴. Una volta liquidati i contropoteri «plurali» e stabilizzata la monarchia – soprattutto nella coscienza sociale –, tramite il potente fondamento legittimante del diritto divino, si aprì il «corpo a corpo» tra i due nuclei istituzionali dello Stato, tra giuristi e corona⁵⁵. Ma poi, in quel contesto caratterizzato dalla civilizzazione istituzionale, la statualità finì col prevalere e la Rivoluzione la potenziò, liquidando la mediazione patriarcale dei magistrati e il loro potere occulto. Si aprì allora una nuova fase nella quale i giureconsulti si sarebbero trasformati in tecnocrati⁵⁶. In quel frangente, il rischio del governo arcano dei giudici fu allontanato e la conflittualità tra i due poteri sembrò superata in vista di un interesse più elevato: l'efficienza e l'efficacia dell'organizzazione sociale⁵⁷.

Ben diversa fu la vicenda italiana di cui è erede diretta la situazione contemporanea, nella quale permane

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ Ivi, p. 62. Nella sostanza Cohen-Tanugi (che ha il non lieve merito di mettere in rilievo il nesso tra la nascita dello Stato e la dialettica intrinseca dei due poteri) descrive correttamente questo cruciale passaggio storico, ma vi sovrappone una marcata e dichiarata «simpatia» per la funzione giurisdizionale. Quest'orizzonte precomprensivo lo porta a forzare i termini storici obiettivi della questione, cosicché nella sua interpretazione fu il potere politico dei sovrani, dopo aver utilizzato i giuristi con l'obiettivo di stabilizzarsi sbarazzandosi dei poteri feudali ed ecclesiastici, ad attaccare la giurisdizione per «limitarla dall'alto». In definitiva, quindi, la sua tesi è fondata sulla convinzione che «le monarchie occidentali e i loro eredi moderni» si siano «serviti del diritto e dei giuristi per legittimare un potere senza condivisione» (ivi, p. 63). È fin troppo agevole opporre a questa visione delle cose che l'interpretazione storiografica non deve servire a manifestare le proprie «simpatie» soggettive e che, per quanto sia molto difficile che queste propensioni individuali dell'interprete non pesino sulla ricostruzione, il lavoro dello storico deve sforzarsi di inquadrare i problemi descritti al fine di osservare nell'esperienza vissuta – questo il punto nodale – quali siano gli *effetti oggettivi* delle diverse soluzioni attuate. Ora, chi può dubitare del *fatto* che l'autorità di poteri arcani, i quali attingono le loro fonti sapienziali a un' incontrollabile sfera metafisica, sia di gran lunga più dispotica e «assoluta» di quella esercitata da poteri palesi e democraticamente controllati?

⁵⁶ Arnaud [1993].

⁵⁷ Cohen-Tanugi [1985, 86-94 (*Per finirla con il «governo dei giudici»*)]. Sugli sviluppi attuali del problema, cfr. Troper [2002].

un elevato livello di conflittualità istituzionale tra poteri deboli che si scontrano per mantenere alta la propria visibilità sociale (ossia mediatica) e perpetuare la rispettiva e stentata sopravvivenza politica. L'incapacità di superare il conflitto nel quadro di una solida statualità che dia luogo a un diffuso spirito delle istituzioni e il risorgere perenne della mediazione patriarcale dei giuristi come depositari, attraverso la tecnica esegetica, di una *Veritas* eterna, configura una regressione a uno stadio di pre-civilizzazione istituzionale, o al più di civilizzazione *in itinere*. Ciò che impressiona di più lo studioso delle origini storiche del conflitto magistratura-politica è constatare come nel ripetersi attuale di quello scontro i linguaggi siano rimasti identici a quelli di tre o quattro secoli fa, talvolta addirittura con l'uso delle stesse espressioni letterali.

Del resto, ogni magistratura è figlia del sistema giuridico e sociale nel quale si trova ad operare. E se opera in un contesto nel quale il diritto è *contro* lo Stato e la statualità, essa non potrà che pensarsi, pensare e agire di conseguenza. Il magistrato che ha rilasciato il giovane automobilista cocainomane che ha investito e ucciso nei pressi di Roma una ragazza irlandese di vent'anni, per poi tornare sulla decisione e arrestarlo dopo alcuni giorni in seguito alla pressante richiesta rivoltagli dal padre del reo dilaniato dai sensi di colpa per il gesto del figlio, quel giudice potrà sempre invocare una o più norme dell'ordinamento vigente che gli hanno «dettato» la decisione, sciagurata sul piano sociale, ma inoppugnabile sul piano del rispetto delle forme giuridiche. È un caso-limite, certo. Ma emblematico di una mentalità e di una realtà che rasenta l'inverosimile. Una realtà, è proprio il caso di dire, che supera la più fervida fantasia.

Siamo in flagranza di una illegalità del diritto italiano, di un diritto, cioè, che da secoli si attua «*contra legem*» e che favorisce i «delitti di Stato»⁵⁸. Siamo ancora bloccati alla diagnosi, purtroppo attualissima, di Giuseppe Maria

⁵⁸ Ajello [2009, 50-3].

Galanti, il grande giurista sannita, coraggioso anticonformista del suo tempo, il quale denunciò al pubblico ludibrio «giudici generalmente misericordiosi a spese della giustizia» che realizzavano con la loro ipocrita clemenza «un dispotismo mascherato»⁵⁹. L'atteggiamento «buonista» di molti giudici, che paradossalmente si somma alla loro pignoleria cavillosa e burocratica, produce decisioni che, ieri come oggi, tornano loro in lucro sociale e in aumento del potere giudiziario, anche se demoliscono il paradigma della certezza del diritto. L'adozione di quel metro di giudizio «scoraggia l'adozione di comportamenti rigorosi» e «invita ad un facile, pio, "decorativo" lassismo»⁶⁰.

Se si guardano i fenomeni dal punto di vista della concretezza socio-giuridico-istituzionale (e non solo al formalismo delle norme giuridiche astratte, le quali, peggio dei trattati di Metternich, sono ancor meno che pezzi di carta) occorre riconoscere che di fronte a un fossato così ampio, scavato da differenze tanto profonde che hanno investito tutta la struttura sociale, nella sua mentalità, nella sua dinamica politica, nelle sue istituzioni, nei suoi ordinamenti normativi, c'è seriamente da chiedersi se si possa descrivere il caso italiano e i suoi paradigmi comportamentali e psicologico-sociali definendoli come quelli dell'«altra Europa»⁶¹ e non piuttosto come quelli prodotti da un contesto socioculturale totalmente «altro» rispetto allo spirito e alla pratica europei.

Nella dimensione – fascinosa quanto si vuole – del «diritto senza Stato» o del «diritto plurale» riemerge prepotentemente in tutta la sua drammatica evidenza il problema del controllo del potere (giurisdizionale). Chi giudica i giudici? Chi custodisce i custodi? E come si fa a determinare, in un assetto (a)politico di quel tipo, la responsabilità dell'agire e ad esercitare il giudizio sui risultati prodotti dall'azione?⁶² Il trionfo del «diritto senza

⁵⁹ Ivi, p. 402.

⁶⁰ Ivi, p. 405.

⁶¹ Cfr. Galasso [1982, spec. 453-62].

⁶² Sono questi i problemi di fondo che rendono difficile persua-

Stato», segnando l'immediata reinsorgenza della «mediazione patriarcale» dei «giuristi-inventori» che soppiantano i giuristi-interpreti ed esecutori, determina un tipo di assetto politico incompatibile con i valori più profondi del mondo moderno⁶³ nel quale si è affermata e radicata l'esigenza della limpidezza intenzionale⁶⁴, del controllo democratico del sapere scientifico⁶⁵ e del pieno dominio della volontà del «singolo» realizzata attraverso una «centralizzazione delle sue funzioni psichiche sotto l'egida protettiva dell'egemonia della ragione»⁶⁶.

Si può anche cedere per un attimo – sul piano puramente intellettuale – alla suggestione di un «diritto senza Stato», capace di rappresentare «dal basso» la realtà consuetudinaria degli agglomerati sociali, riottosa a lasciarsi disciplinare con un comando positivo e volontaristico discendente, frutto della scelta razionalistica di un potere centrale considerato *a priori* «demoniaco». Si può gioire dell'abbandono della «cultura del codice» e più in generale della «crisi» o del «declino» della dimensione positivistico-legicentrica statuale che vi è sottesa. Ma poi, di là dalle espressioni meramente verbali, occorre pur sempre risolvere il problema dell'organizzazione del potere e della libertà (per dirla con il titolo di una nota e fortunata opera di Nicola Matteucci)⁶⁷. Si fa presto a parlare di «governo senza Stato» e di simili fantasticherie. Bisogna comunque poi, in concreto, stabilire come si organizzano le funzioni sociali e politiche, chi le promuove e le coordina, chi sanziona le trasgressioni, come si garantisce l'attuazione concreta dei diritti e l'assunzione dei doveri

dersi degli argomenti, pur finemente adoperati, dei teorici del «diritto senza Stato» a favore delle «virtù non trascurabili» attribuibili al «governo dei giudici»: cfr. Cohen-Tanugi [1985]; Grossi [1995, 1998, 2001 e 2007].

⁶³ Cfr. Blumenberg [1992].

⁶⁴ Cfr. Taylor [1993].

⁶⁵ Cfr. Feyerabend [1981].

⁶⁶ Cfr. Bodei [1991, 234].

⁶⁷ Cfr. Matteucci [1976].

astrattamente statuiti⁶⁸. E questo «stabilire» implica un atto di decisione che non si trova certo in natura⁶⁹.

Spesso i teorici del superamento dello Stato non considerano abbastanza questi aspetti, tra cui l'inesorabile imporsi del potere giurisdizionale che fatalmente acquisisce la posizione di fulcro assoluto di quella ineliminabile funzione di decisione, quando non sia inserito nel solco del processo di civilizzazione istituzionale. L'assenza di statualità comporta, insomma, la liquidazione di ogni contrappeso politico e di ogni garanzia per i diritti dei soggetti. Nel dominio del diritto giurisdizionale nulla può frenare la deriva totalizzante del potere dei giudici, che finirebbe con l'assorbire di fatto tutte le altre funzioni⁷⁰. La modernità ha voltato questa pagina e ha costruito la dimensione politica e istituzionale sviluppandola in aderenza con la vicenda «fenomenica della "psicologia" del soggetto»⁷¹. L'insicurezza determinata da una dinamica sociale dominata dalla violenza delle passioni in conflitto drena le energie intellettive e attive verso «la promozione di un ordine che suscita il bisogno di restringere l'area della discordia e di allargare quella della ragione. E insieme, di trovare uno strumento, la volontà dello Stato, che realizzi questo scopo con la necessaria energia»⁷². Questa è la forza della civilizzazione statale che s'impose in Francia e in Inghilterra fin dal tardo Medioevo e che si rafforzò nell'Europa moderna per l'esigenza ineludibile d'instaurare «un crescente dominio del potere centrale sulle parti politiche e religiose in conflitto»⁷³. Si determinò, così, tanto «a livello politico» quanto «a livello personale» una stretta «compenetrazione tra razionalità e

⁶⁸ Cfr. Castrucci [1981, 1984 e 2003].

⁶⁹ In questa prospettiva è condivisibile la tesi – su altri versanti discutibile – di Beaud [2002].

⁷⁰ Cfr. Berger [1977]; Tate e Vallinder [1995].

⁷¹ Cfr. Bodei [1991, 234-5].

⁷² Ivi, p. 235.

⁷³ *Ibidem*. Bodei mette in evidenza come il ruolo dello Stato «è diventato tanto più importante quanto più si è frantumata l'unità religiosa».

disciplina, controllo sociale e autocontrollo delle passioni individuali»⁷⁴.

Nulla di tutto questo è accaduto al di qua delle Alpi. E l'attualità non può che essere figlia di quel disastroso e accidentato percorso⁷⁵. Nel campo delle scienze sociali gli osservatori più acuti, seri e non obnubilati dai fumi ideologici ed escatologici, ma solo dalla *curiositas* per l'osservazione della realtà quale essa è (non quale si desidererebbe che sia), lo hanno spiegato con puntualità. Come ha scritto un noto studioso americano di scienza politica, la società italiana resta bloccata ai suoi secolari nodi irrisolti: «Frammentazione, isolamento, alienazione», che implicano una «stratificazione sociale rigida» e una «imperfetta socializzazione politica»⁷⁶.

La via italiana alla modernizzazione resta, insomma – come cantavano i Beatles nel loro celebre pezzo musicale –, ancora «lunga e tortuosa»⁷⁷. La tradizionale assenza di statualità ci mette davvero, come credono i suoi detrattori, in una condizione migliore? Questo libro propone, attraverso un'analisi storica comparata, la tesi opposta. Il *Leit-motiv* dell'antistatualità è giunto al suo capolinea. La prova che l'Italia deve (ancora) superare è nella costruzione della statualità non nella ricerca, più o meno ingegnosa e fantasiosa, dell'ennesima formula compromissoria che le permetta di perpetuare l'inganno contro se stessa. Per giungere a una fase di maturità sociale e politica c'è bisogno che questa Italia sappia raccontarsi il suo passato senza deformato, facendo emergere i punti critici e problematici per affrontarli e risolverli nei processi di decisione istituzionale. C'è bisogno, cioè, di una storiografia critica e nel contempo *scientifica* e *politica*; una storiografia che aiuti il presente a comprendere i nodi irrisolti e a fornire strumenti di azione.

⁷⁴ *Ibidem*. Sul punto cfr. il classico di Hirschman [1990]. Molti spunti utili in Moreau [2006].

⁷⁵ Si consideri, ad esempio, l'impantanata situazione delle «politiche istituzionali», ben descritta da Lanzalaco [2005].

⁷⁶ La Palombara [1965].

⁷⁷ Marini [2006].

Mentre meditavo queste idee, il caso Englaro, specchio di un paese senza Stato dove tutti i valori politici della modernità sono stati intervertiti, è venuto per un momento a incrinare la linea teorica di fondo qui sostenuta, facendola vacillare. Di fronte a un potere politico tutt'altro che illuminato e trasparente, tutt'altro che autonomo e lungimirante, che usa il poco di sovranità di cui dispone per bloccare le libertà e l'autonomia dell'individuo, la magistratura, che tradizionalmente si è posta come potere occulto e conservatore, è intervenuta, invece, a salvare il diritto di libertà individuale. La sentenza della Corte di cassazione che ha dato avvio alle procedure per porre fine alla sofferenza pluriennale di Eluana Englaro è un piccolo capolavoro di tecnica e di logica giuridica poste al servizio della libertà e della responsabilità di scelta dell'individuo⁷⁸. I magistrati che l'hanno scritta (non è inutile sottolineare: su cinque membri del collegio, due donne, di cui una presidente)⁷⁹ devono andare fieri della loro *Juris peritia* posta al servizio non del proprio interesse corporativo, ma della più giusta delle cause: la libertà dell'individuo nel contesto di una società aperta. Che la magistratura abbia assunto, nella dismissione del potere politico di fronte ai suoi compiti naturali di protettore della libertà, una posizione così limpida in favore di diritti civili tanto ineludibili quanto sconosciuti all'ordinamento giuridico positivo italiano, ha costituito un'enorme e straordinaria novità in un paese senza Stato la cui storia è tutta segnata dal peso degli *arcana juris*, delle mediazioni patriarcali e degli adattamenti compromissori indotti dalla presenza di poteri occulti dei quali i sacerdoti del giure hanno ereditato la potenza, i metodi e lo stile. Molte delle conclusioni pessimistiche del presente studio sulla situazione italiana sarebbero state di colpo ridimensionate.

⁷⁸ Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748.

⁷⁹ Maria Gabriella Luccioli (presidente), Massimo Bonomo, Paolo Giuliani, Maria Rosaria San Giorgio, Alberto Giusti (relatori).

Invece, quello di una palingenesi moderna della funzione giurisdizionale è stato un «sogno» durato lo spazio di un mattino, poiché quella stessa magistratura ha senza indugio rivelato il suo consueto volto (questo sì «demoniaco») rientrando al più presto nei ranghi della propria «ideologia» tecnocratico-patriarcale e ponendo sotto inchiesta per omicidio lo stesso soggetto (Beppino Englaro, padre di Eluana) che aveva prima autorizzato a «staccare la spina» (Procura della Repubblica di Udine, 27/2/2009)⁸⁰. Questa decisione è un evidente rigurgito di formalismo burocratico e di miopia causata da ipernormativismo congenito, elementi questi che desterebbero prolungata ilarità se non fossero tanto insensati e produttivi di effetti catastrofici per la mentalità sociale (oltre che giuridica).

Di fronte a decisioni così oscillanti ogni sforzo di costruire un livello – almeno minimo – di fiducia sociale nella giustizia e più in generale nel sistema istituzionale del paese si frantuma in mille pezzi, lasciando un'immagine desolante che ricorda più il caos dello sgangherato *Far West* ritratto nei celebri fumetti jacovittiani che una parvenza, fosse pure embrionale, di ordinata e credibile organizzazione statale.

Poscritto 2 alla logica della ricerca storico-istituzionale

Sempre nei giorni in cui la composizione di questo volume stava giungendo al suo epilogo, mi è capitato di visitare, con la *International Commission for the History of Representative and Parliamentary Institutions*, la Camera

⁸⁰ L'argomento che l'inchiesta fosse tecnicamente un «atto dovuto», come si usa dire nel linguaggio curiale, non rileva, poiché ciò che importa è il funzionamento di un sistema giuridico nel suo complesso. Troppo facile replicare, allora, che nella valutazione complessiva di un sistema giuridico un atto ingiusto non determinerà un'ingiustizia (o un'incertezza del diritto) minore solo perché «dovuto». Cfr. al riguardo Stella [2006]. Con decreto del gip Paolo Milocco del Trib. di Udine è stata poi disposta l'11 gennaio 2010 l'archiviazione del caso dopo quasi un anno d'indagini, con la motivazione che la morte di Eluana è avvenuta sulla base di un protocollo autorizzato dalla magistratura.

dei Deputati mentre si svolgeva una seduta dell'aula. Vi erano nella delegazione studiosi provenienti da diversi paesi (uno di loro era stato membro del senato brasiliano). Lo «spettacolo» che ci si è presentato davanti agli occhi è di un tale degrado da risultare indescrivibile a parole. Indescrivibile, come la sensazione provata da chi era lì ad assistere ai «lavori» parlamentari. Lo sguardo e i volti di quei colleghi stranieri sono stati una fonte storica «comparativa» che ha rivelato a chi li ha osservati molto più di quanto avrebbe fatto la lettura di cento, mille trattati di storia del diritto comparato. L'aula era gremita, ma nessun deputato prestava la minima attenzione. Ognuno era intento ai casi suoi. Molti parlavano comodamente al telefono cellulare ad alta voce (non vi è alcuna disposizione regolamentare che lo impedisca). Altri, i meno indisciplinati e i più «innocui» leggevano il giornale a pagina spiegata. La gran parte faceva capannello chiacchierando con disinvoltura, mentre l'oratore di turno parlava stancamente nella più totale indifferenza generale. Lo specchio del paese, il riflesso dell'insensibilità istituzionale elevata a sistema (pseudo-)istituzionale, il controspirito delle istituzioni...

Ma il fondo non è stato ancora toccato. Lo si raggiungerà nel momento in cui, per puro caso fortuito, a qualcuno di quei «protagonisti» della vita parlamentare dovesse capitare di leggere queste poche righe; allora, sorridendo con lieve intonazione beffarda, quel galantuomo o quella gentildonna penserà all'ingenuità un bel po' melensa (e condita, dirà, in salsa «moralistica») di chi le ha scritte. Darà un colpo di spalla. Chiuderà il libro accantonandolo con indifferenza. E tornerà nell'Aula dei miracoli.

Santa Venere, presso Vigne di Castrovillari
ospite di casa Marini⁸¹
luglio 2009

⁸¹ Matteo Marini, economista, professore all'Università della Calabria, legato a chi scrive da profonda e nobile amicizia e da molte idee e gusti (ossia valori) comuni.

PARTE PRIMA

L'IDEOLOGIA DEL GIURECONSULTO MEDIEVALE
E MODERNO E LE ORIGINI DEL CONFLITTO
TRA POTERE GIUDIZIARIO
E SOVRANITÀ POLITICA

LA POTENZA OCCULTA DELLA TOGA

1. *La giurisdizione come potenza «invisibile»*

«In un sistema giuridico che funzionasse bene, il giudice sarebbe invisibile». Ha risposto così il noto magistrato del *pool* milanese «Mani pulite» Gherardo Colombo a una domanda che gli era stata posta su quale fosse a suo parere il sistema giuridico-politico ideale in uno Stato moderno¹.

Ai suoi occhi, la sovraesposizione mediatica del potere giudiziario e la sua eccessiva visibilità nei confronti dell'opinione pubblica sono fattori strettamente dipendenti da situazioni eccezionali: «Ci ritroviamo ora in un sistema abnorme. È per questo che la magistratura è obbligata a debordare dal quadro delle sue funzioni naturali». La natura del potere giudiziario è dunque una natura nascosta. Ma questo potere è portato a scoprirsi quando gli altri poteri, e specialmente il potere politico, non assolvono più in modo pieno alle loro funzioni. Questo, in sostanza, il *quid* che si evince dal discorso del magistrato attuale.

Lungi dall'essere una *boutade* giornalistica, la frase del giudice Colombo – non importa se o quanto pronunciata con piena consapevolezza delle sue implicazioni teorico-pratiche – riveste una straordinaria importanza anche sotto il profilo storiografico. In effetti, si tratta di una perfetta sintesi di uno dei più gravi problemi (irrisolti) che caratterizzano la vita dello Stato moderno e contemporaneo, le cui origini sono addirittura medievali. Il tema è di quelli che hanno quindi un *background* storico molto

¹ TG 3 ore 14.30 del 16 marzo 1998.

profondo. Vi si percepisce il nucleo eterno della visione del mondo del magistrato, una visione che s'inscrive nel solco di una continuità di lunga durata che si situa alle sorgenti del pensiero giuridico e dell'azione politica europeo-occidentale².

Come ha osservato uno studioso francese recentemente scomparso, Yan Thomas³, il diritto è stata la principale forma di acculturazione dell'Occidente europeo. Questa palmare constatazione aumenta lo sconcerto di fronte al paradosso per cui questa disciplina – certo non senza responsabilità dei giuristi e della loro *forma mentis* – sia stata progressivamente emarginata dai circuiti delle scienze umane e sociali e si sia rinchiusa in un tanto orgoglioso quanto sterile campo «specifico» che nell'esaltare gli aspetti ipertecnici non ha favorito l'apertura interdisciplinare, che invece connota sempre di più l'avanzamento scientifico in molti campi del sapere⁴. Questo vero e proprio ostracismo – particolarmente accentuato in Italia senza dubbio per reazione verso il tipo di formalismo giuridico, così esteso e radicato, che caratterizza la mentalità dei giuristi peninsulari – si è accen-

² Va da sé che questa espressione si riferisce alla situazione dell'Europa continentale, segnatamente alla Francia e all'Italia, mentre l'esperienza anglosassone è caratterizzata da valori di fondo e da una prassi a sé stanti.

³ In una comunicazione tenuta al Congresso internazionale di Rouen: *L'office du juge: part de souveraineté ou puissance nulle?*, 26-27 marzo 1998, poi non confluita nella pubblicazione degli atti curati da Cayla e Renoux-Zagamé [2001].

⁴ Cfr., su questi fondamentali temi di metodo, Ajello [1976, 3-4]. Nel complesso l'opera di questo eminente storico del diritto ha avuto il merito di sottolineare quanto «la difesa del “genere” e dello “specifico” giuridico» abbia prodotto un effetto particolarmente grave nel campo della storiografia giuridica che «obbedisce più o meno consapevolmente all'esigenza positivista d'isolare il diritto dalla politica e quindi la storia del diritto dalla storia generale». La causa di questo fenomeno deve essere individuata nella «crisi settecentesca della visione pangiuridica e sintetica, propria dei “dottori” del diritto comune, e dal rifugio post-rivoluzionario nella pura tecnica, contro ogni contaminazione politica».

tuato con il diffondersi delle dottrine «pure» del diritto, che miravano a conferire alla scienza giuridica un proprio autonomo statuto epistemologico definendo l'ordinamento normativo alla stregua di un oggetto specifico d'indagine scientifica⁵.

Malgrado le lodevoli intenzioni sottese a questa complessa operazione gli effetti sono stati sul lungo periodo decisamente dannosi, isolando scienza giuridica e giuristi da quei salutarî processi di rinnovamento che Edmund Husserl chiamava di «crisi delle scienze europee»⁶. La struttura culturale dei giuristi, stratificata nel corso di secoli di consolidamento mentale e psicologico, è rimasta, nel suo nucleo indefettibile, ispirata a uno spirito autoreferenziale, endogiuridico e dogmatico-sistematico⁷.

Questa dimensione ha paradossalmente alimentato il mito di un diritto interamente dominato dal «paradigma della scientificità» nello stesso momento in cui esso s'isolava dalle altre discipline scientifiche e sociali. L'illusione che il formalismo positivistico *stricto sensu* potesse fondare una scienza obiettiva del diritto ha contribuito a rafforzare gli scudi normativistici delle discipline giuridiche. A dispetto delle apparenze il formalismo positivistico viene ordinariamente a trovarsi intrecciato a diverse forme d'idealismo. Anziché al positivismo tipico delle altre scienze quindi, nel campo del diritto l'atteggiamento formalistico-

⁵ Non mancano, peraltro, seri tentativi di superamento di questa frattura tra diritto e scienze sociali: cfr., al riguardo, il bel contributo di Ferrajoli [1996].

⁶ Cfr. Husserl [1987].

⁷ Il carattere autoreferenziale dei sistemi (non solo giuridici) è stato sottoposto, nel corso del Novecento, a critiche molto penetranti soprattutto dal punto di vista della logica formale, il cui punto di approdo più significativo è costituito dall'opera di Kurt Gödel: cfr. Shanker [1991] e anche G. Prodi [1982]. Per la teoria dei sistemi politici, oltre all'opera classica di Bertalanffy [2004, spec. 35-94 e 285-311], cfr. Eisenstadt [1967]; per i sistemi giuridici, cfr. Cappellini [1984], opera ampia e complessa ma che in definitiva finisce con lo sviluppare una prospettiva più asseverativa che critica nei confronti del sistema (soprattutto mentale) dell'ideal-tipo del giurista italiano contemporaneo ricavato dal modello della dogmatica tedesca.

normativistico-positivistico dà luogo a una forma (che genera un ossimoro concettuale) d'«idealpositivismo»⁸. Il paradigma epistemologico che viene così a formarsi non è solo un «paradigma della dottrina giuridica», ma anche, anzi soprattutto, un «paradigma della figura dello stesso giurista»⁹. Attingendo, attraverso strumenti esegetici sempre più tecnici, sofisticati e impenetrabili, a una incontrollabile dimensione metafisica nella sua ordinaria attività di «dicitore» del diritto, il giurista finisce inevitabilmente, anche nel quadro di un ordinamento interamente positivizzato, con l'operare nelle vesti di un *sacerdos juris*¹⁰.

In tal senso si può osservare come anche la *forma mentis* del giurista contemporaneo, come quella dei suoi predecessori, componga la dimensione di una vera e propria «ideologia» connessa all'attività giurisdizionale. È una visione del mondo che affonda le sue radici nelle strutture psicologico-culturali profonde delle esperienze medioevali e dell'antico regime. È dunque a quelle esperienze che occorre guardare per comprendere non solo le origini storiche dei problemi della vita giuridica e politico-istituzionale che abbiamo davanti, ma anche per poter individuare e definire il nucleo dell'identità del giurista contemporaneo, il quale agisce e opera in un mondo caratterizzato dall'«assenza di una ragione giuridica capace di governare il diritto»¹¹.

2. *Le origini dell'ideologia giuridica nel Medioevo*

Fin dai secoli XII e XIII il problema dell'«invisibilità del giudice» appare strettamente connesso alla legittima-

⁸ Cfr. Ajello [1990, 155, 160] e *passim*.

⁹ Ferrajoli [1996, 562].

¹⁰ Sulle origini e gli sviluppi di questa figura del «giurista-sacerdote», cfr. Ajello [1976], *passim*; Arnaud [1977]; Renoux-Zagamé [1997 e 2003]. Rinvio, inoltre al mio volume Di Donato [2003a], *passim*, e qui *infra*, cap. VI.

¹¹ Cfr. Arnaud [1993, 277].

zione del potere, specialmente giudiziario. Donde trae il giudice il suo potere di pronunciare la sentenza? La *potestas terribilis* di *jus dicere* si trova confrontata a situazioni mai sperimentate in precedenza, nel momento in cui la teologia cristiana sta fondendosi con la metafisica greca. Un evento decisivo interviene allora: la riscoperta del diritto romano ad opera della Scuola di Bologna.

Irnerio e i suoi discepoli inaugurano, in effetti, una nuova forma di legittimazione del potere giuridico-politico: la legittimazione fondata non solo su un testo di diritto, ma soprattutto sull'opera tecnica di giuristi, che da quel momento divengono esegeti professionisti organizzati in una protostruttura socioistituzionale a numero chiuso e autoreferenziale nella scelta dei soggetti legittimati a prendervi parte¹². Questa nuova dimensione determinò la base di una nuova legittimazione dell'azione pubblica, sia nella sua forma giurisprudenziale sia, più tardi, nella sua forma

¹² Cfr. Grossi [1995, 166]: l'esperienza dei glossatori produsse, come principale effetto, la determinazione dei «soggetti legittimati alla interpretazione». La comune tradizione storico-giuridica ha mitizzato, ricalcando all'evidenza il modello neotestamentario dei discepoli di Gesù, il momento leggendario della costituzione del primo nucleo dei giuristi-esegeti. Attorno al fondatore Irnerio si sarebbero radunati «quattro dottori» a ciascuno dei quali egli sul letto di morte avrebbe dato un appellativo: Bulgaro («os aureum»), Martino («copia legum»), Ugo («mens legum») e Jacobo («id quod ego»); cfr. Haskins [1972, 172]. Al numero dei quattro primi «dottori» viene fatto coincidere, in un ordine di corrispondenza che mima la perfezione divina, il numero delle figure legittimate a procedere all'interpretazione dei testi normativi; queste figure sono: il «principe», la «consuetudine», il «giudice» e il «maestro» [Grossi 1996, 166]. È fin troppo evidente tuttavia che nelle condizioni di fatto dell'ordine sociogiuridico medievale centro-italiano (l'assenza di un sovrano territoriale; la necessità che la consuetudine necessiti per essere conosciuta e applicata dell'interpretazione di qualcuno; la cultura mitico-metafisica instillata dal tipo di religiosità universalistica diffusa) le quattro figure si riducono a una sola: quella del giurista-interprete, la cui *Scientia juris* è considerata come un frammento della *divinitas*. Nella già citata comunicazione al Congresso internazionale di Rouen (*supra*, nota 3), Yan Thomas ha mostrato magistralmente, ricorrendo a una glossa di Azzone, questo passaggio capitale verso la costruzione di una scienza del diritto fondata sulle procedure tecniche dell'interpretazione.

politico-amministrativa. Da allora in poi ogni atto giuridico deve fondarsi non solo su un testo normativo ma piuttosto su un lavoro eminentemente specializzato, effettuato da un corpo di «dottori» che si autocostituiscono in un novero esclusivo di «saggi». Essi attribuiscono a quest'ultima definizione lo stesso valore di quella che si può ricavare dalla *Repubblica* di Platone. Fin dalle origini, al momento della fondazione della *Scientia juris*, i *legum doctores* pensano la *Res Publica*, ossia lo spazio pubblico istituzionalizzato che ordina attraverso il diritto la multiforme e caotica realtà sociale, come una *Respublica* dei giuristi la cui costituzione è fondata sull'esegesi giurisprudenziale. Giustamente uno storico americano fece notare già negli anni Venti del Novecento che «il rinascimento giuridico non consistette semplicemente nel riportare alla luce dei testi dimenticati, ma fu una vera e propria rinascita della giurisprudenza»¹³. Tutto il problema si situa allora nei modi in cui questo esercizio di dominio è destinato a realizzarsi, celandosi dietro le forme paludate dell'oggettività normativa e della scientificità divina della sua traduzione giurisprudenziale.

Destinata a grandi sviluppi nell'Età moderna, soprattutto tra Cinque e Seicento, il concetto di «Respublica dei togati»¹⁴ deriva chiaramente dal contesto medievale e dalle costruzioni ideal-mitologiche che ne caratterizzano l'identità culturale e religiosa. La ricostruzione della genesi di un fenomeno non può fare a meno di considerare le condizioni effettive nelle quali esso si è prodotto. Queste condizioni – che la storiografia giuridica prevalente ha continuato deliberatamente e per molto tempo a trascurare, celebrando agiograficamente il momento della fondazione della *Scientia juris* europeo-occidentale come un

¹³ Haskins [1972, 166].

¹⁴ Cfr. al riguardo, Rovito [1981]; questa importante monografia applica all'assetto costituzionale del regno di Napoli indirizzi metodologici maturati oltr'alpe soprattutto nella scuola mousnieriana e osserva in atto le principali strutture mentali dell'ideologia giuridica.

vero «Rinascimento»¹⁵ – sono state di recente messe in luce da una storiografia più critico-scientifica¹⁶.

Benché designato in termini di valore astratto come «interprete» naturale della legge, il principe medievale, la cui immagine nella «psicologia collettiva» è quella del *roi-justicier*, resta molto parco nella creazione del nuovo diritto¹⁷. Quest'assenza del potere «sovrano» apriva uno spazio immenso all'azione del tecnico del diritto che, in quanto esegeta-creatore, vedeva spalancarsi dinanzi ai suoi occhi una larga prospettiva politica esercitabile in funzione di «supplenza» destinata a colmare un vuoto che nessun altro soggetto avrebbe potuto riempire¹⁸.

Nello stesso tempo i giuristi bolognesi e i loro successori concepivano l'idea che questa nuova scienza del diritto come tecnica interpretativa di rinvenimento-creazione della norma giuridica poteva rivelarsi uno strumento utilissimo alla loro posizione sociopolitica. Essi, infatti, venivano a trovarsi tra i due fuochi del potere imperiale e delle prerogative papali. Questa difficile e imbarazzante posizione politica corrispondeva, del resto, al loro intimo conflitto di coscienza, che era tipico dell'uomo medievale¹⁹. L'imperversare di questa furibonda lotta politica non permetteva la neutralità ed esigeva di schierarsi da una parte o dall'altra. Ma, per altro verso, entrare direttamente nella competizione politica significava, in primo luogo, scegliere il proprio campo, decidere la propria fazione, compromettendo così la propria imparzialità che

¹⁵ Cfr. Calasso [1965 (opera che, per altri versi, conserva più di un aspetto suggestivo)]; Cortese [1996].

¹⁶ Cfr. al riguardo, Ascheri [1994, spec. 224-7] e *passim*; Caravale [1994, spec. 285-322]; per la valutazione storiografica del fenomeno da prospettive molto diverse tra loro, si vedano Grossi [1995] e Ajello [1999].

¹⁷ Grossi [1995, 152-3].

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Cfr. Duby [1973 e 1987]. Cfr., inoltre, Le Goff [1981]; Gurevich [1983]. Da vedere, infine, il classico di Volpe [1999, 141-2]. Diversi spunti di riflessione su questi temi nel gran libro (scritto intorno al 1930) di Falco [1988, 39].

era (e resta) la vera forza della giurisdizione, la forza legittimante sulla quale si fondano l'autorevolezza e il prestigio del *judex*. La potenza del diritto è fondata proprio sulla sua equidistanza dalle forze e dai soggetti che in una controversia domandano il *quid juris* a un giudice (o anche a un giureconsulto privato): *da mihi factum, tibi dabo jus*.

Così «mentre la partecipazione alla lotta politica creava pericoli e faceva vittime, la partecipazione al potere scientifico dava al ceto un'influenza certa e sottratta ad ogni esito imprevedibile». Nella temperie della lotta per le investiture il gruppo dei glossatori colse un'opportunità senza precedenti scoprendo «una verità di enorme, decisiva portata, tale da influenzare il comportamento dei giuristi fino ad oggi: il tecnico si avvantaggia sempre della dialettica politica, comunque essa vada e qualunque ne sia l'esito, purché ponga al servizio delle parti soltanto il suo armamentario professionale, ed almeno in apparenza non si lasci coinvolgere»²⁰.

Fin dalle sue origini la *jurisdictio* si qualifica dunque come potere imparziale, anche se nient'affatto neutro. In effetti, attraverso la mediazione patriarcale della *Scientia juris* il vantaggio per il giurista è assicurato in ogni caso in quanto egli mette in atto una strategia «politica senza rischi politici» alla sola condizione che non si lasci coinvolgere nella disputa e mantenga inalterate le apparenze²¹.

Fu questa geniale intuizione a determinare l'enorme successo della nuova scienza bolognese in tutt'Europa e a sancire la fortuna dell'università felsinea. Contrariamente alla spiegazione tradizionale fornita della storiografia giuridica quel successo non fu determinato solo dall'insegna-

²⁰ Ajello [1999, 325].

²¹ *Ibidem*. Per questa ragione – aggiunge l'autore – «immaginare», come ha fatto e fa talvolta la storia giuridica o la filosofia giuridico-politica, «che l'organizzazione sociale sia nata immune dalla politica, non ha senso. La favola edificante della scienza giuridica “pura” appare un limite infantile inammissibile in ogni intelligenza adulta» ancorché si voglia considerare la mentalità del secolo XI «estremamente ingenua» (ivi, p. 326).

mento delle *subtilitates juris*, vale a dire delle «sottigliezze puramente tecnico-scientifiche» e delle abilità tecniche che s'insegnavano agli aspiranti giuristi convenuti nello *studium*. Certo giocavano un ruolo strumentale importante l'apprendimento dell'interpretazione e della manipolazione dei testi normativi e dei diversi materiali giuridici presenti nel *Digesto*. Ma la riuscita dell'operazione fu, soprattutto, l'effetto dell'ambivalenza politica della *Scientia juris*.

Il principio che esprime meglio questa linea ideologica e strategica è il celebre brocardo dei glossatori secondo il quale «omnia in corpore juris inveniuntur»: dal corpo del diritto (romano) si poteva ricavare qualsiasi soluzione giuridica. Il *mare magnum* del diritto romano racchiudeva un vero *thesaurus* che doveva essere adeguatamente custodito e amministrato e per questo quel diritto era destinato a diventare «comune» a tutti i popoli che aspiravano a un livello superiore di civiltà. In base a questo principio trionfò la convinzione che «la tecnica sia la più efficace politica del diritto». Nell'epoca di Azzone e di Accursio s'inaugura l'«autarchia culturale dei giuristi»²². Grazie a quella scelta i *legum doctores* poterono inserirsi nel gioco alto del potere, utilizzando una scienza apparentemente apolitica. In un contesto segnato da un alto grado di asperità dello scontro, la *jurisdictio* si presentò come rassicurante competenza neutrale di un gruppo di specialisti *super partes*, mentre in realtà nascondeva un vero potere politico nascosto, un potere *invisibile*.

Da allora l'ufficio del giureconsulto, e segnatamente del giudice, è sempre rimasto formalmente tecnico in quanto fondato sull'attività esegetica ma, al tempo stesso, si è sempre più qualificato come produttore di esiti altamente politici. Esso, anzi, attinge alla sfera della politica più raffinata e subdola: quella che attraverso l'attività tecnica afferma un potere incontrollabile in quanto impercettibile come tale²³.

²² Ivi, p. 332.

²³ Sulla classificazione delle tipologie di potere si veda lo studio sistematico di Stoppino [2001].

3. La finzione giuridica del «consensus gentium»

In virtù di questa formazione eminentemente tecnica gli studenti di diritto provenienti da tutt'Europa erano destinati a diventare giureconsulti politici in grado di «operare nei contesti più diversi»²⁴. La *Scientia juris* permetteva ai suoi adepti di «realizzare delle funzioni di supplenza in rapporto a poteri politici deboli e precari»²⁵ (come accadeva nella realtà italiana) oppure di collaborare con il potere monarchico (come in Inghilterra e in Francia)²⁶, fornendogli gli strumenti e la legittimazione per affermare la propria sovranità contro le forze centrifughe (Chiesa e poteri feudali). In primo luogo, la loro azione serviva l'interesse corporativo. Così, nel corso di questo processo vennero gettate le fondamenta della nascita dell'apparato politico-giurisdizionale ossia di ciò che è stato definito il «grand corps de l'État»²⁷.

Da questo momento di fondazione della scienza giuridica occidentale, il potere interpretativo dei giurecon-

²⁴ Ajello [1999, 333].

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Ivi, pp. 337-9. La situazione inglese si presenta come un caso molto specifico in Europa, in quanto in quest'area geopolitica l'utilizzazione della glossa e della scienza del diritto medievale ha operato nel senso della trasformazione interna dell'ordine feudale. Le «soluzioni costituzionali» della tradizione giuridica inglese «si sono evolute in base alle strutture cetuali in senso stretto ossia come evoluzione dell'ordinamento feudale e la pretesa di considerare il diritto una scienza dottrinale ha suscitato a lungo una forte e radicata diffidenza». Nell'Europa continentale, ossia in Francia, in Germania, in Spagna e in Italia, al contrario, «il percorso del costituzionalismo è stato diverso che in Inghilterra: la via fu ministeriale (e poi burocratica), non cetuale»; in queste aree la forte presenza del potere ecclesiastico e del baronaggio feudale obbligò la monarchia ad una strenua lotta – dalle alterne vicende – finalizzata a indebolire le rappresentanze cetuali (ivi, pp. 338-9); così laddove «lo Stato prese piede e si rafforzò, l'apparato statale riuscì addirittura a far abolire le rappresentanze cetuali, ossia gli Stati generali». Si spiega allora perché in Francia la difesa della sovranità monarchica «fu affidata all'apparato tecnico-giuridico e non alle assemblee cetuali» che rappresentavano gli ordini e gli *status* (ivi, p. 339).

²⁷ Autrand [1981].

sulti assume una natura del tutto particolare, fondandosi su una magistrale *fictio juris*. Questa finzione si precisa in un sistema di legittimazione dell'*ordo juris* che permetteva al ceto giuridico di assumere una posizione di mediazione patriarcale tra il divino e il mondano, collocandosi in una strategica posizione intermedia tra il *rex* e il *populus*. I giuristi stessi chiamarono questo sistema *consensus gentium*²⁸. Si tratta della presunzione che i popoli «dotti», «civilizzati», non possano non fondare il loro ordine sociale, politico e giuridico sul diritto romano-comune, così come elaborato dagli esegeti autorizzati. Quel diritto non è più considerato allora come un diritto, ma come *il* Diritto, la *Ratio Scripta*, la ragione stessa materializzata in un testo²⁹. Dai glossatori a Giambattista Vico³⁰ il *consensus gentium* ha costituito il principale strumento di legittimazione dell'ordine giuridico e di conseguenza del corpo dei giuristi chiamati a interpretarlo, a comprenderlo e a rivelarlo³¹.

²⁸ Sull'argomento cfr. ora l'ampia sistemazione concettuale di Luongo [2007-2008].

²⁹ Un giurista dell'Italia meridionale, Donato Antonio D'Asti, di Bagnoli Irpino, pubblicò nel 1720 una dotta opera per dimostrare che il diritto romano non era mai stato accantonato in Europa da Giustiniano in poi e che di conseguenza esso poteva a legittimo titolo essere considerato come «l'unica e vera "Ragion Civile" del mondo occidentale»: Ajello [1999, 343].

³⁰ Vico prende posizione a favore del *consensus*. All'inizio della *Scienza nuova prima* (1725), afferma che «il diritto naturale delle Nazioni egli è certamente nato coi comuni costumi delle medesime: [...] il comun desiderio della natura umana esce da un senso comune nascosto nel fondo della umana mente, che gli animi umani sono immortali. [...] Per tutto ciò, quella che or qui si desidera ella sarebbe la scienza del Diritto Natural delle Genti, quale appunto ricevuto da' lor maggiori, i giureconsulti romani il diffiniscono: Diritto ordinato dalla Provvidenza Divina coi dettami di esse umane necessità, o utilità, osservato egualmente appo tutte le Nazioni» (Milano, Sonzogno s.d., pp. 35 e 40). Tra l'altro, è alla luce di quest'orientamento teorico, considerato retrogrado dai filosofi moderni, che si spiega l'isolamento vichiano nel *milieu* intellettuale (e non solo giuridico) napoletano della prima metà del Settecento. Su questo tema, cfr. l'esautivo saggio di Ajello [1998a].

³¹ Cfr. Ajello [1990, 1-36].

L'affermazione di una linea ideologica fondata sull'equazione tra «civiltà», diritto romano-comune e *consensus gentium*, equazione che ne presupponeva un'altra tra valori «atemporalmente»³² e istituzioni giuridiche di lunghissima durata, strutture capaci cioè di oltrepassare la barriera del tempo e di superare le contingenze storiche, costituisce uno dei pilastri fondamentali dell'ideologia dei giuristi medievali, un tratto che si riprodurrà anche nei moderni. La tecnica degli interpreti diventò così non soltanto lo strumento per risolvere secondo un metodo scientifico – e perciò pienamente legittimato e credibile – i casi giudiziari o i conflitti politico-sociali, ma anche il veicolo per attingere le verità eterne contenute nello «scritto» dei valori assoluti. In questo senso il *Thesaurus juris* – come veniva chiamato il diritto romano³³ – non era considerato solo come il *corpus* normativo per eccellenza, il «codice» da interrogare per estrarne delle soluzioni ai problemi che emergevano dalla prassi sociale, ma piuttosto come l'oggetto sacro nel quale erano custoditi i segreti più profondi della struttura sociale e della vita civile.

È così che si spiega il processo di costruzione del mito del *Digesto* inteso come vera e propria reliquia. Questa santificazione delle *Pandectae*, divenute in breve oggetto di un culto religioso, deriva direttamente dalla disposizione psichica dei giuristi medievali, che «vedevano un vincolo strettissimo tra antichità, razionalità, eccellenza oggettiva e divinità»³⁴. I giuristi moderni non ne furono a loro volta esenti³⁵.

³² Cfr. Renoux-Zagamé [1998, 17-38, spec. 19].

³³ L'espressione è molto frequente nelle fonti e si trova utilizzata in alcuni titoli di opere di compilazione che raccoglievano vari materiali giuridici, che venivano utilizzati soprattutto dai magistrati: cfr. *Thesaurus juris romani*, [1741-1744].

³⁴ Ajello [1999, 343].

³⁵ *Ibidem*. Guillaume Budé e Jacques-Auguste de Thou riferiscono di aver visto i voluminosi libri del *Digesto* esposti «funalibus accensis», alla lettera «con i candelabri accesi» posti davanti in segno di riverenza e di rispetto. Bernardo Tanucci, il grande ministro pisano prima di

Da allora il *Corpus Juris Civilis* divenne il fondamento di un ontologismo laico. Si può vedere in questo fondamentale passaggio storico una prima avanzata dello spirito laico e dell'atteggiamento critico³⁶ opposto al dogmatismo papale che aveva trovato in Gregorio VII il suo campione³⁷. Ma nello stesso tempo la religiosità ispirata dal *Digesto* in virtù di una *Scientia* considerata – ricalcando il celebre frammento di Ulpiano – «divinarum atque humanarum rerum notitia», segna l'inizio di una *Weltanschauung*, quella dei giuristi, destinata a precisarsi, o meglio a cristallizzarsi in una ideologia fondata su un rapporto molto particolare tra diritto e politica.

A partire dal momento della fondazione della scienza giuridica, il diritto diventa un vero e proprio culto e i giuristi dei veri propri ministri sacerdotali degli *arcana juris*. Questo mito dura ininterrotto fino al XVIII secolo. Una delle sue manifestazioni più significative la ritroviamo in Louis-Adrien Le Paige, il celebre *avocat* al Parlamento di Parigi, dal 1757 balivo dell'*enclos du Temple* e *leader* del «partito» giansenista³⁸, una minoranza ag-

Carlo e poi di Ferdinando IV di Borbone, re di Napoli, ricorda il curioso episodio scrivendo a Ferdinando Galiani nel 1767. Ma già Angelo Poliziano aveva, a sua volta, riportato che nella Firenze del XV secolo, come del resto si usava a Pisa in precedenza, il *Digesto* (*littera pisana* poi in seguito *littera florentina* e *littera bononiensis*) era custodito *in sacrario* sotto la responsabilità del supremo magistrato della città. Poteva essere mostrato periodicamente, proprio come il santissimo sacramento, con l'autorizzazione del Signore della città di Firenze; in queste occasioni lo si venerava solennemente accendendovi i candelabri davanti: cfr. Calasso [1954, 600-1].

³⁶ Cfr. De Lagarde [1961 e 1965].

³⁷ Questo celebre papa toscano, il monaco Ildebrando di Soana, aveva pubblicato nel 1073 i *Dictatus Papae*, un testo nel quale vengono esplicitate per la prima volta le pretese politiche del potere ecclesiastico-papale, affermando il primato, anche temporale, del vescovo di Roma *urbi et orbi*.

³⁸ Per il profilo del personaggio, la cui importanza capitale per la storia politico-istituzionale della Francia assolutistica è ormai definitivamente riconosciuta, cfr. Swann [1995]; Rogister [1995]; Di Donato [2003a e 2003b]; si veda ora la voce curata da R. Scialom per il *Dic-*

guerrita di *robins* che riuscì sotto la sua guida a conquistare l'egemonia del Parlamento imponendo la sua linea politica di decisa opposizione alla corona e al governo ministeriale:

La magistratura – afferma – è un sacerdozio civile e l'amministrazione della giustizia è uno di quei prodigi di politica, che raffigura, il più vivamente possibile, ai nostri occhi la divinità³⁹.

4. *L'alleanza tra corona e giuristi e l'origine del loro conflitto*

Si potrebbe sintetizzare questo rapporto tra diritto e politica o meglio, tra potere giurisdizionale e potere legislativo e amministrativo, con la bella espressione di Pietro Costa, che, sulla scorta delle sue fonti medievali, ha definito la *jurisdiction* come una «semantica del potere politico»⁴⁰. Era questa, fin dalla rinascita del XII secolo, l'idea della relazione tra sfera giuridica e ambito politico che i giureconsulti avevano maturato. Questa formula sembra la più appropriata e precisa per descrivere i fondamenti medievali dell'ideologia dei *legum doctores*. A partire dalla fondazione della *Scientia juris* l'attività giuridica si qualifica sempre più nella *forma mentis* dei giuristi come struttura portante di ogni azione politica. Di fatto, da quel momento l'azione decisionale di ogni titolare di strumenti potestativi (re sovrani, imperatori, papi) non poté fare a meno della scienza del diritto e dell'apporto dei giuristi-interpreti.

Questo apporto fu particolarmente importante – e soprattutto produsse effetti ben concreti sul piano istituzionale – nelle realtà politiche, come la Francia, dove la

tionnaire historique des juristes français: Arabeyre, Halpérin e Krynen [2007, 492-3].

³⁹ Le Paige [1754b, 99].

⁴⁰ Costa [1969].

royauté aveva sommo bisogno dell'opera dei giuristi per consolidare il suo primato sui poteri concorrenti. Con Filippo il Bello i re di Francia compresero che la collaborazione dei *legum doctores* – ormai definiti «hommes de robe» in quanto sedevano in organi giudiziari, come il Parlamento, divenuti sedentari e stabili e si vestivano con la toga lunga considerata un simbolo di distinzione sociale – era divenuta indispensabile per rafforzare e legittimare il potere. In questa fase (secoli XIII-XIV) un'alleanza naturale si realizzò tra potere politico e potere giurisdizionale. I giuristi condussero magistralmente il loro gioco svolgendo il loro ruolo con discrezione ed efficacia e intanto rafforzandosi progressivamente come gruppo socioistituzionale compatto. Il re e il rafforzamento del suo potere fu il principale strumento della loro strategia per raggiungere il vero scopo.

Questo appoggio determinante che i giuristi avevano dato ai re all'alba della formazione dello Stato venne poi continuamente richiamato con orgoglio dalla magistratura nei suoi atti ufficiali, in particolare nelle rimostranze, fino al XVIII secolo, quando l'evocazione di quella vicenda si fece più insistente e venne usata come arma dialettica nella polemica contro la corona e il governo regio da parte dei parlamenti. Non c'è bisogno d'inoltrarsi troppo nel secolo dei Lumi per imbattersi nei primi esempi di questo orientamento della magistratura. Nel suo trattato *Les prérogatives de la robe*, del 1701, François Bertaut de Fréauville attribuì esplicitamente al Parlamento – sede istituzionale suprema degli *homines legum* – il merito per l'indipendenza della monarchia e di conseguenza per la formazione di uno Stato potente:

È il Parlamento – afferma – che in tutte le nefaste congiunture in cui la Monarchia Francese è venuta a trovarsi l'ha sorretta contro le intraprese dei Papi e contro le pretese degli stranieri; lo ha fatto mediante le sue solenni sentenze emanate in favore dell'indipendenza della Corona, per difendere la libertà della Chiesa Gallicana durante gl'interdetti e gli scismi, e per fissare la maggiore età dei Re a quattordici anni ancorché

non compiuti; infine per la conferma della Legge Salica tutte le volte che la famiglia regia è caduta in difficoltà⁴¹.

Intorno alla metà del secolo, quando il conflitto dei parlamenti con Luigi XV si fece più duro, la stessa idea venne ripresa con un tono più altero da uno dei più noti magistrati del «partito» giansenista, Charles-François-Henri de Revol⁴², tra i più fedeli allievi di Louis-Adrien Le Paige, il celebre avvocato, *leader* della *robe parlementaire*. Per de Revol i giuristi, fin dal Medioevo,

non lavorarono che al fine di riunire nelle mani del Re ogni potere che la rivoluzione feudale ancora gli permetteva. Essi avvertivano chiaramente che, eludendo poco alla volta e scuotendo le basi di questa condotta tenuta dalla moltitudine dei tirannelli sorti per la pusillanimità dei discendenti di Carlomagno, lavoravano tanto per il benessere generale della Nazione quanto per gl'interessi sostanziali del Principe. Venne quindi a formarsi tra i giudici associati ai Pari, e anche prima della loro fissazione nella capitale, uno spirito di attaccamento alla Casa regnante unitamente alle massime politiche più favorevoli all'autorità sovrana e alla polizia generale dello Stato⁴³.

Il rapporto politico-istituzionale che s'instaurò tra sovrano e giuristi-magistrati generò dunque una reciproca legittimazione: il re legittimava i giuristi delegando loro le funzioni giurisdizionali e governando in diverse occasioni sulla base dei loro consigli e pareri; i giuristi, a loro

⁴¹ Bértaut de Fréauville [1701, cap. IX, 358-9]. Più avanti egli ricorda che inoltre «è il Parlamento che ha emanato le sentenze [...] che hanno riunito tutti i Pari alla Corona».

⁴² Consigliere al Parlamento di Parigi dal 1733, de Revol ne venne nominato «*président-à-mortier*» nel 1758. Particolarmente attento all'evoluzione del diritto pubblico del regno, tradusse in francese opere di Bolingbroke e Pope. Cfr. Bluche [1986a, 221-2, 271, 273-4 e 386]. Si veda anche *infra*, cap. III, testo corrispondente alle note 128 e 129, par. 5.7.

⁴³ BPR, LP 42, c. 570 (12): «*Observations relatives à la première partie des Lettres sur l'origine du Parlement*», di de Revol, 1° gennaio 1754.

volta, legittimavano il re attraverso i fondamenti giuridici che estrapolavano dal *Corpus* del diritto (*legittimazione testuale*)⁴⁴, sostenendo in seguito che quei valori erano assoluti in quanto presuntivamente corroborati dall'unanime consenso dei popoli civili (*legittimazione consensuale*)⁴⁵. Fu così che la *Scientia juris* entrò a pieno titolo – benché in modo arcano – nel cuore della *potestas* sovrana, iniziando una inesorabile marcia verso la conquista del potere politico. Si può considerare questo passaggio storico come l'origine lontana del conflitto tra corona e giurisdizione e più tardi tra governo e magistratura. Una fonte manoscritta anonima del XVIII secolo – ma lo stile e il contenuto fanno supporre che l'autore provenga dall'*entourage* di Le Paige e quindi dall'ambiente della magistratura parlamentare – ci spiega, con esemplare chiarezza, lo sviluppo degli eventi nella visione dei giureconsulti:

I Parlamenti sono stati sempre i più fermi sostegni del trono. [...] È principalmente grazie a loro se l'autorità regia ha potuto a poco a poco raggiungere la pienezza dei suoi poteri. Essi hanno abbattuto in successione ogni altro potere lasciando in piedi solo quello del monarca, mettendo tutto ai suoi piedi e riconducendo ogni cosa all'unità essenziale del governo monarchico. Ma dopo essersi servita dei Parlamenti per affermarsi, l'autorità regia, non vedendo più in essi che degli scomodi sorveglianti e dei censori importanti, ha cercato di liberarsene. Essa

⁴⁴ È per questa ragione che la Chiesa, temendo le potenzialità filostatuali del diritto romano in Francia, un diritto suscettibile di creare e di rinforzare il potere laico e autonomo del sovrano («rex, superiorem non recognoscens, in regno suo est imperator»), ne aveva fatto vietare l'insegnamento a Parigi (con la bolla *Super Speculam* emanata da Onorio III nel 1219). Tuttavia il diritto romano, espulso dalla Sorbona, non tardò a risorgere, solo qualche decennio più tardi, a poche leghe dalla periferia parigina, a Orléans; sul punto l'efficace disamina di Krynen [2008]. Bisogna, al riguardo, anche considerare che in tanto il diritto romano ebbe in Francia l'effetto di rafforzare il potere monarchico in quanto fu ben presto «subordinato alla normazione regia»: cfr. Ajello [1999, 323].

⁴⁵ Cfr. Renoux-Zagamé [1999, 189], che osserva opportunamente come le leggi dell'*Ancien Régime* «sono suffragate da una forma di consenso» e che questo consenso non è che «quello espresso dai giudici».

ha voluto rovesciare queste barriere antiche che difendevano ancora la Nazione contro le intraprese del potere assoluto⁴⁶.

Il periodo decisivo, a questo riguardo, era stato senza dubbio il XVI secolo. Tutti i grandi giuristi di quell'epoca si erano impegnati, per vie diverse ma convergenti verso il medesimo risultato: il rafforzamento del potere monarchico dei re. Essi erano stati perfettamente coscienti del fatto che fortificare la sovranità avrebbe significato innescare un vero e proprio processo di acculturazione politica e in definitiva di civilizzazione, stimolando nel corpo sociale ciò che molto più tardi uno storico del Novecento, Denis Richet, avrebbe chiamato «lo spirito delle istituzioni»⁴⁷. Questa forma di civilizzazione (che si può definire statutale e istituzionale)⁴⁸ caratterizza, più di ogni altra, la società e il sistema del diritto pubblico e delle istituzioni francesi. Come ha spiegato ancora una volta Yan Thomas questo sistema non fu affatto costruito dal solo diritto consuetudinario – come ha a lungo sostenuto la storiografia giuridica tradizionale – ma piuttosto a un complesso reticolato di fonti del diritto all'interno del quale il diritto romano giocò un ruolo di primo piano.

5. *L'indispensabile ricorso alla «mediazione patriarcale» dei giuristi e l'estinzione della responsabilità dell'agire politico*

Nella visione dei giuristi moderni le istituzioni giuridiche sono delle strutture di lunga durata destinate a

⁴⁶ BPR, LP 534, doc. n. 35, c. 10: *Mémoire ms.* anonimo, s.d.

⁴⁷ Cfr. Richet [1998].

⁴⁸ Per il concetto di *civilisation étatique*, che è stato contestato da una parte della storiografia modernistica francese (Robert Descimon, Alain Guery, Jean-Frédéric Schaub) e italiana (Aurelio Musi, sulla cui tesi in opposizione a chi scrive cfr. *infra*, capp. IV nota 104 e V note 210, 229 e 243), e accettato invece da altri studiosi di diversa estrazione (ad esempio Jean-Pierre Brancourt, Jacques Krynen, Albert Rigaudière, Michel Troper e in Italia Giangiacomo Ortu), cfr. Di Donato [1998a, VII-LII; 2002].

realizzare la sintesi tra diritto e politica. Nessuna istituzione può esistere senza regole giuridiche che ne determinino le modalità di funzionamento. Il termine stesso «istituzione», la cui radice στα στη, dall'indoeuropeo *stha* (da cui il verbo greco ἵσστημι e quello latino *sistere* con l'identico significato di «disporre», «stabilire», ma anche «essere stabile», «star fermo, fisso», «essere posto, innalzato o eretto», «durare», «dimorare nel tempo»), è la stessa di «Stato» e di «costituzione», rinvia all'idea della regolamentazione stabile, della struttura non effimera, ma destinata a oltrepassare il limite cronologico di una generazione umana.

Dal momento che si fissano delle norme giuridiche, e anzi nel momento stesso della loro elaborazione e formulazione è indispensabile che vi sia un personale tecnico, ossia dei giuristi, che sia in grado di crearle e poi d'interpretarle, di applicarle e di sanzionarne la violazione. La *civilisation étatique* implicava pertanto *naturaliter* un fondamento normativo e al tempo stesso un rafforzamento del corpo dei giuristi. Di qui la necessaria formazione di organi giudiziari che danno luogo al nucleo dell'apparato statale. Questi organi avevano il compito di assicurare il funzionamento del sistema istituzionale e di tradurre in concreto la sua forza decisionale⁴⁹.

La genesi dello Stato moderno si materializza in questo sviluppo dell'apparato istituzionale creato e governato dai giuristi e tra essi, specialmente, dai magistrati dei grandi tribunali, gli *hommes de robe*. La tecnica da essi utilizzata compone un ventaglio di formidabili «arti di governare»⁵⁰. Gli organi nei quali il ceto giuridico si

⁴⁹ Su questo tema della forza decisionale come elemento originario dei poteri politici e quindi come elemento fondamentale della costruzione statale, cfr. Beaud [2002], che elabora la celebre tesi schmittiana sul decisionismo politico.

⁵⁰ Su questa tematica di grande importanza per la comprensione del funzionamento effettivo dell'apparato di governo nell'Antico Regime, cfr. Senellart [1995], che insiste opportunamente sulle categorie del «segreto» e dell'«arcano».

erige in magistratura non si contentano di esercitare solo la giustizia contenziosa loro delegata dal sovrano, che – in quanto immagine di Dio in terra e quindi re-giustiziere – ne è il legittimo titolare. Essi avanzano la pretesa – del resto coerente con le premesse medievali della loro creazione – di partecipare attivamente alla formazione della volontà sovrana attraverso la confezione degli atti legislativi. Del pari pretendono di formulare il loro parere – considerandolo vincolante per il re – sulle principali questioni amministrative e in primo luogo sugli atti fiscali. La *jurisdictio*, ben lungi dal considerarsi un semplice strumento tecnico atto a risolvere le controversie tra soggetti privati, si presenta ormai come il fondamento stesso della sovranità.

Tuttavia i giuristi vogliono a ogni costo evitare di esporsi. La loro strategia mira a tenerli dietro il sipario. La magistratura non intende apparire come protagonista palese sulla scena politica. La mediazione patriarcale va esercitata nella penombra, come si conviene a un potere che si presenti nella sua veste puramente tecnica. La stessa immagine del re come «sovrano dei sovrani», come «re-eroe» o «superuomo», come figura «onnipotente» fatta a somiglianza di Dio, è funzionale a questa strategia dei *legum doctores* che la esaltano e la diffondono nei loro trattati. Celebrare la figura del sovrano serviva a coprire con una liturgia solenne e paralizzante per mascherare il crescente potere dell'apparato di Stato. Ecco perché ai primordi della struttura politica occidentale, tra il potere occulto della magistratura e il processo di civilizzazione statale vi è uno stretto legame.

Per altro verso, il potere sovrano non ha scelta di evitare quest'ascesa del cetto giuridico. La mediazione patriarcale degli organi giudiziari si rivela indispensabile all'esistenza stessa della *royauté*. La cessione di una parte almeno dei suoi poteri politici agli organi giurisdizionali nei quali siedono gli *hommes de robe* diviene per i re una necessità ineluttabile, un duro fatto che essi non possono più rifiutarsi di constatare. L'ascesa politica della magistratura si rivela irrefrenabile, un destino inscritto

nei codici genetici della statualità monarchica. Tutto ciò che si può fare è tentare di razionalizzare il sistema. Ed è quello che la corona e i suoi governi cercarono di fare tra il Cinquecento e il Settecento. Nel corso del XVII secolo, la stabilizzazione della venalità degli uffici e l'ascesa della formula «assolutistica» risposero a quest'obiettivo. Ma lo stesso sviluppo dell'assolutismo monarchico fu largamente debitore all'opera dei togati. Esso fu «in gran parte figlio dell'imposta», ossia dell'accumulazione delle risorse finanziarie che, dal 1604 – data decisiva al riguardo – derivarono in larga misura dal mercato degli uffici, razionalizzato (e reso più redditizio per le tesorerie statali) con il cosiddetto sistema della *Paulette*⁵¹.

Tuttavia tanto l'uno quanto l'altro fenomeno presentano un rovescio della medaglia. La *Paulette*, rendendo ereditarie le cariche stabilizzò definitivamente il corpo dei giuristi-*officiers*. Grazie all'acquisizione della proprietà dell'ufficio e alla possibilità di trasmetterlo per eredità ai successori dei veri e propri «lignaggi togati» vennero a formarsi. Così il corpo dei giuristi, reso in sostanza inamovibile dalle cariche occupate, divenne in breve un vero contropotere istituzionalizzato alla corona⁵².

Quanto all'assolutismo e alla legittimazione per diritto

⁵¹ Cfr. Richet [1998, 74]. Sulla venalità degli uffici, d'obbligo il rinvio al classico pionieristico di Mousnier [1971 (pubblicato la prima volta nel 1946)]. Più recentemente cfr. Descimon [1990 e 1997]; Doyle [1996]; Nagle [2008]. La *Paulette*, così chiamata dal nome del suo inventore, il finanziere Charles Paulet, stretto collaboratore del ministro delle finanze di Enrico IV, Maximilien de Béthune Sully, era una tassa corrisposta dal titolare e proprietario di un ufficio in cambio del diritto di trasmissione ereditaria del medesimo.

⁵² Richet [1998, 76-7 ss.]. Secondo Richet le gerarchie che si creano nei ranghi della *robe* non erano che «strascichi della vecchia piramide feudale, che oggi appaiono come una caricatura»; tuttavia, queste strutture «erano per i sovrani la migliore garanzia possibile, in quanto i reticolati sociali paralleli assicuravano, molto meglio delle istituzioni ufficiali, la continuità dello Stato». Insomma, tra il re e i suoi *officiers* «i vantaggi erano reciproci». Sulla rigida inamovibilità che venne a determinarsi a vantaggio del ceto dei giuristi-magistrati, cfr. Antoine [1994] e *infra*, cap. III, par. 5.1, nota 68.

divino, si possono leggere entrambi come una geniale soluzione per separare il potere esercitato dall'apparato dello Stato a qualsiasi forma di responsabilità (politica e giuridica). La *jurisdictio* dei corpi giudiziari s'interpose, in tal modo, nel processo politico di decisione, divenendo, grazie alla mediazione patriarcale degli apparati istituzionali, il vero potere politico (occulto) – si direbbe il vero «motore immobile» – dell'assolutismo regio. Il re rispondeva solo a Dio delle sue decisioni e del suo comportamento e di conseguenza dell'azione del suo apparato che dipendeva direttamente da lui. L'apparato, a sua volta, non era responsabile che verso il re. Veniva a determinarsi così un gigantesco meccanismo estintivo della responsabilità derivante dall'agire politico, poiché nessun controllo poteva essere previsto – se non appunto quello divino – sul re, vertice supremo dello Stato. Il re non era responsabile dei suoi atti e a maggior ragione degli atti adottati dagli organi competenti del suo apparato di governo. Questi organi, manifestando la volontà sovrana, agivano in suo nome (quindi in nome di Dio).

Le uniche figure che potevano essere sostituite erano i ministri i quali, essendo scelti *ad libitum* dal re, potevano essere da lui licenziati in ogni momento. Fu proprio questo carattere precario degli incarichi ministeriali a determinare, per tutto il tempo della monarchia assoluta, ossia per tutta l'Età moderna fino alla Rivoluzione, la difficoltà di considerare il ministero come una «istituzione» in senso proprio. Al contrario l'apparato dello Stato del quale le istituzioni giudiziarie costituiscono il fulcro, è stabile e neppure il re stesso può determinarne la sorte, poiché la sua sostanza deriva da una sfera originaria sacra che oltrepassa i limiti delle prerogative regie. Il re non può disporre dei fondamenti costitutivi del suo regno di cui egli è solo l'amministratore tenuto a conservare, non a modificare. Non si muta ciò che è stabilito *ab imis fundamentis* dalla Volontà del Creatore e cristallizzato nel diritto divino. E quando un re intese impiegare le maniere forti per innovare il funzionamento consuetudinario dell'apparato – come fece Luigi XIV con la riforma

del diritto di rimostranza dei parlamenti o Luigi XV nel 1753-'54 o nel 1771-'74 con la riforma-Maupeou⁵³ – delle gravissime crisi costituzionali si aprirono nel seno della monarchia. E fu proprio in seguito agli sviluppi di queste crisi provocate dal conflitto tra potere politico regio e apparato magistratuale che la vicenda politica francese s'incuneò nell'imbuto obbligato della Rivoluzione. L'Antico Regime crollò per effetto dell'exasperarsi dello scontro tra quei due poteri avvitatosi in una spirale senza fine che conduceva all'*impasse* funzionale.

La Nuova Era che si aprì credette di risolvere definitivamente quel problema affermando, non senza violenza, il primato (questa volta realmente e non solo nominalmente «assoluto») del potere «governamentale», e confinandolo il ruolo del giurista a mero e pedissequo applicatore di una norma giuridica tutta e integralmente decisa in sede politica.

6. *Il trionfo dell'ideologia della toga: l'opposizione del segreto di Stato al re e l'attacco giurisdizionale alla sovranità politica della corona*

Prima di pervenire a quella drastica soluzione, molti secoli avevano stratificato l'assetto politico-istituzionale in cui la magistratura riusciva a convertire la *jurisdictio* in potere squisitamente politico senza controllo e senza attribuzione di responsabilità all'apparato agente. Attraverso questo complesso percorso gli *homines legum* erano divenuti i veri possessori dei segreti dello Stato. Gli ar-

⁵³ Sulla storia del conflitto tra Luigi XV e la magistratura parlamentare disponiamo ormai di una consistente e consolidata bibliografia, di cui mi limito qui a segnalare solo alcune tra le opere più significative: cfr. Egret [1970]; Van Kley [1975, 1984 e 2002]; Alatri [1977]; Antoine [1986, 197 ss., 1989 e 1994]; Rogister [1995]; Swann [1995]; Vergne [2006]. Rinvio, inoltre, sul punto, alla mia ricerca pubblicata in Di Donato [2003a], prima tappa di un più ampio percorso euristico che sta per essere presentato in un'opera di prossima pubblicazione.

cana juris avevano ormai assorbito gli *arcana imperii*. In una prima fase i giuristi erano stati molto accorti a consolidare il proprio potere, mettendo il potente arsenale tecnico e argomentativo della *Scientia juris* al servizio del re. Nel contempo essi lavoravano silenziosamente, sotteraneamente per preparare l'affermazione decisiva del potere togato. Al termine di questa parabola, solo nel corso del XVIII secolo, essi poterono uscire allo scoperto e dichiarare apertamente – come fece Niccolò Fraggianni, il maggiore giurista e magistrato del regno di Napoli nel Settecento, le cui idee politiche erano imbevute degli argomenti della *thèse parlementaire* – che gli affari coperti dal segreto di Stato riguardavano solo i giuristi, in quanto gli unici competenti a comprenderli e a gestirli, e che di conseguenza per il bene del regno non era né saggio né opportuno che il re ne fosse messo al corrente. L'espressione utilizzata da Fraggianni è molto forte e merita di essere debitamente messa in rilievo, soprattutto per l'esplicita antitesi che vi è posta tra l'esercizio del potere effettivo e la sovranità monarchica, a quel punto svuotata di ogni prerogativa politica:

Arduum nimis est principes meruisse secretum⁵⁴.

Con la completa estromissione del re dal governo degli affari politici e il suo confinamento nella sfera meramente simbolica dell'immagine, si era giunti all'epilogo del percorso intrapreso dal ceto giuridico nel Medioevo. La magistratura aveva sostanzialmente espulso il potere regio-ministeriale dal governo dello Stato e se ne serviva solo come copertura istituzionale all'indisturbata tirannia degli apparati giurisdizionali.

Visto retrospettivamente sulla base dell'esito il percorso può apparire lineare. Ma sappiamo bene che le cose – come sempre accade, del resto, nella vicenda po-

⁵⁴ Per i riferimenti archivistici esatti di questa citazione, cfr. Di Donato [1996, I, 482].

litica – si erano sviluppate in modo ben più complesso e articolato. Nella temperie cruciale delle guerre di religione⁵⁵ si era sborzata la forma politica che lo Stato moderno stava per assumere e si era fatta più chiarezza sulle dinamiche interne dei suoi poteri. In questa grande svolta la funzione giudiziaria, e in particolare la *jurisdictio* parlamentare, che era stata lo strumento essenziale della costruzione della sovranità regia, diventava ora il suo più grande, subdolo e pervicace nemico.

Non è difficile mostrare come quest'ambiguità intrinseca al potere giurisdizionale si ponga all'origine di tutti i problemi contemporanei derivanti dal rapporto conflittuale irrisolto tra politica e magistratura. Una volta che i giuristi erano divenuti padroni incontrastati dei «segreti di Stato», ossia degli affari politici più delicati e che grazie alla loro azione – al tempo stesso teorica e pratica – il potere monarchico aveva trionfato sui suoi tradizionali nemici, il conflitto tra i due poteri – magistratura e corona – era destinato ad emergere con sempre maggior veemenza. Ciò che prima restava in uno stato latente diveniva sempre più una realtà politica e istituzionale tangibile. La giurisdizione comincia ad opporsi palesemente al potere politico del re. E la dicotomia diritto/politica o, se si preferisce giurisdizione/legislazione, emerge allora in tutta la sua forza dirompente.

Già all'inizio del XVII secolo Enrico IV fu il primo sovrano ad accorgersene concretamente. Quando cercò d'imporre la propria volontà regia, si trovò immediatamente di fronte alla feroce opposizione dei magistrati del Parlamento di Parigi che gli rinfacciarono senza mezzi termini che se egli era riuscito a superare la terribile crisi della sovranità monarchica provocata dalla Lega cattolica e a farsi riconoscere come monarca legittimo ciò era dovuto unicamente all'intervento della magistratura. Quest'argomento sarà del resto ripetuto come un assil-

⁵⁵ Su questo tema, cfr. Crouzet [1990]; e, per i problemi più specificamente giuridico-politico-istituzionali, Descimon [1983 e 1985].

lante ritornello nel corso degli anni successivi, durante la Reggenza⁵⁶, e tornerà a più riprese, come un martellante artificio retorico utilizzato nella lotta parlamentare contro Luigi XV nel corso del XVIII secolo.

Nella crisi costituzionale degli anni 1753-'54 Le Paige non mancherà di utilizzare quest'artificio, con il suo tipico tono di scherno erudito che ricorreva continuamente all'utilizzazione della storia del regno come arma di lotta politica per dimostrare al re e ai suoi *partisans* che la monarchia non era per niente un suo appannaggio, bensì una struttura istituzionale complessa nella quale la magistratura parlamentare aveva sempre giocato il ruolo decisivo:

È in questa celebre Compagnia [del Parlamento] – afferma in un passaggio saliente di un manoscritto intitolato *Remarques d'un praticien du Palais sur les nullités de la Declaration portant établissement de la Chambre Royale [à la place du Parlement]* – che è stata resa quella grande e solenne sentenza nell'anno 1327 per la conferma della Legge Salica nella persona di Filippo di Valois, contro il re d'Inghilterra che pretendeva la corona; la quale [sentenza] è stata poi confermata da un'altra del 28 giugno 1593 che ha conservato la corona alla casa di Borbone nella persona di Enrico IV. Ricordo ancora che nel 1721 nell'affare del duca de la Force, si citarono le lettere patenti di Carlo VIII dell'aprile 1485 di cui ecco l'estratto che ho ripreso: che vi è a Parigi una corte sovrana chiamata corte del Parlamento della quale il Re è il capo e nella quale *e non altrove* si deve tenere il letto di giustizia, e che al di sotto del Re il cancelliere presiede, e della quale fanno parte i Pari di Francia⁵⁷.

E ancora, nelle note manoscritte in preparazione di un *mémoire* per i principi di sangue nel 1753:

Prima sotto il nome di *judicium francorum*, poi sotto quello di *placitum generale*, infine sotto quelli di Parlamento, di Corte di Francia sede del baronaggio, o di Corte dei Pari, [il potere

⁵⁶ Per la citazione esatta concernente questo importante episodio cfr. il mio saggio Di Donato [1997, 837].

⁵⁷ BPR, LP 530, doc. n. 8.

giurisdizionale] è costantemente esistito per i 15 secoli che si sono susseguiti fin dai predecessori di Clodoveo fino a Luigi XV. Si può affermare che *è alla perpetuità di questo tribunale e alle sue funzioni importanti che lo Stato è debitore più di una volta della sua salvezza*; che molti dei nostri stessi re, e specialmente la casa di Borbone, hanno dovuto la loro corona. È questo tribunale ad aver ristabilito due volte Luigi il Buono sul trono, ed è sempre il medesimo che ha mantenuto in piedi la Legge Salica difendendo la corona di Filippo il Lungo...⁵⁸.

Il Parlamento – l'antica *Curia Regis* – reso sedentario da Filippo il Bello all'inizio del XIV secolo, è dunque nella visione della magistratura il pilastro dello Stato. Su questa istituzione considerata dal corpo dei togati coeva alla monarchia stessa, s'imperniava tutta la strategia politica e la stessa costruzione dottrinale del diritto pubblico elaborata dagli *homme de robe*. Così il conflitto tra potere giurisdizionale e potere politico assumeva nella Francia di Antico Regime la forma di una dialettica istituzionale permanente del Parlamento nei confronti della corona⁵⁹. I *robins* si consideravano come gli eredi diretti dei sapienti giureconsulti medievali. Si sentivano pienamente inseriti

⁵⁸ BPR, LP 530, doc. n. 9.

⁵⁹ Bluche [1986a, 217], ha potuto scrivere che a quest'epoca «il giudice è tentato dagli affari pubblici e ciò che è solo una prerogativa secondaria della corte diventa, di fatto, la sua preoccupazione principale». È appena il caso di osservare, sul punto, che questo processo pur subendo un'indubbia accelerazione dopo la morte di Luigi XIV [cfr. Shennan 1966] e durante il regno di Luigi XV (cfr. gli autori citati *supra*, nota 53), non è una specificità del XVIII secolo, ma si distende su un arco temporale molto più lungo che, come abbiamo visto, parte dal Medioevo. Inoltre, se si osserva il fenomeno non solo dal punto di vista dei fatti istituzionali ma anche da quello storico-culturale che prende in considerazione l'ideologia del magistrato, appare chiaro che l'esercizio di una giurisprudenza che deborda dai suoi limiti, sconfinando nella sfera degli affari pubblici, non è affatto una prerogativa «secondaria» ma, al contrario, primaria della magistratura. Essa è iscritta nella struttura stessa del potere giurisdizionale così come concepito fin dalla sua fondazione medievale. I giuristi mirano a questo risultato già al momento della nascita della *Scientia juris* nella Scuola di Bologna.

in una lunga tradizione che identificavano con il processo di civilizzazione europeo-occidentale di cui si sentivano i depositari esclusivi⁶⁰. Questo grave compito, che richiedeva solennità delle forme e austerità dei comportamenti, non era assolto solo grazie al possesso della *Scientia juris* ma necessitava anche di solide, potenti istituzioni giudiziarie capaci di far sentire il loro peso sull'andamento degli affari di Stato e di commutare la competenza a decidere sulle singole cause in potere d'intervento e di negoziazione più generale sui provvedimenti legislativi. In tal modo il corpo dei giuristi riusciva a trasformare il *munus* della *jurisdictio* concretizzandolo in governo politico.

Una pregevole fonte testuale manoscritta ci lascia entrare in questa *forma mentis* tipica dell'ideologia del giurista di Antico Regime (principalmente, anche se non unicamente, del giurista-magistrato). Nel corso di un lungo e articolato ragionamento dedito a dimostrare che la presenza del Parlamento era indispensabile in una monarchia assoluta, Le Paige affermò che:

questo tribunale, depositario delle leggi, [è] destinato attraverso le sue rimostranze e con la sua fermezza a opporsi a [ogni] proliferazione dei mali. Ma *se è così necessario conservarlo per i nostri discendenti con la stessa fedeltà con la quale i nostri predecessori lo hanno trasmesso a noi stessi*, è ugualmente necessario che il re non tolleri che i suoi successori o dei primi ministri troppo intraprendenti possano annientarlo di fatto, con una dispersione [dei membri]; e ancor meno che si possa sostituirlo con un tribunale estraneo [al corpo della magistratura], poiché questo significherebbe non conservare il tribunale essenziale ma insegnare ai re successori o a ministri con pochi scrupoli a sfarsene in un colpo solo quando essi lo volessero⁶¹.

Conseguenza principale e diretta di questa impostazione era la certezza alimentata dai magistrati di compiere con la loro attività una missione salvifica dal male e per-

⁶⁰ Sul punto l'indispensabile classico è il ben noto a tutti studio di Elias [1988].

⁶¹ BPR, LP 530, doc. n. 9.

ciò di rispondere a un destino che aveva insegnato loro a «governare il mondo»⁶².

Certo, questa «missione» si precisava soprattutto nell'abilità esegetica tanto dei testi regi quanto del diritto consuetudinario. I *robins* si credevano tenuti a «far pervenire ai piedi del trono la verità»⁶³. In pratica ciò significava che dopo aver costruito e difeso la sovranità regia contro tutti i soggetti che avevano cercato d'insidiarla o di resistere alla sua affermazione, i giuristi miravano a diventarne, dall'interno dell'apparato istituzionale monarchico, i veri dominatori occulti.

A questo carattere recondito del loro potere, che rendeva paradossale e talvolta di difficile comprensione il loro atteggiamento verso la monarchia (per un verso la difendevano a spada tratta in quanto assetto istituzionale, per l'altro attaccavano violentemente re e ministri ostacolando in ogni modo gli *itinera* legislativi) erano sottese due ragioni essenziali: in primo luogo la natura stessa del potere giurisdizionale non permetteva di accedere palesemente al livello della decisione politica se non attraverso l'uso della tecnica esegetica; in secondo luogo, perché, come si è visto, mantenere la forma di Stato monarchico-assolutistica legittimata dal diritto divino-parlamentare era funzionale all'esigenza decisiva di eliminare la responsabilità dell'apparato e segnatamente l'azione del corpo degli *officiers de justice*.

⁶² L'espressione è di Niccolò Fraggianni: cfr. Di Donato [1996a, I, 1].

⁶³ Questa è la formula di rito usata nelle rimostranze e più in generale nel linguaggio degli atti parlamentari e della dottrina giuspolitica proveniente dal *milieu de robe* (ad es. nei manoscritti del fondo Le Paige presso la BPR): per un caso particolarmente significativo, cfr. la *Remontrances du Parlement de Paris du 9 avril 1753* da me analizzata in Di Donato [1996a, II, cap. 3, parte seconda, par. 9, 567-664 (e *ad indicem*, voce «retorica della verità»)].

7. *La giurisdizione come «pratica continua» del politico*

Il problema di fondo resta, ora come allora, la legittimazione dell'attività giurisdizionale e conseguentemente la sua estensione. In via di principio l'esercizio della giustizia appartiene, come ogni potere sovrano, al re. Nonostante una sua evidente attenuazione nel corso dell'Età moderna, l'immagine del Re-Giustiziere non si cancella mai completamente nell'immaginario collettivo. Ma, neppure volendo, il re potrebbe esercitare direttamente tutta la giustizia del suo regno. Ricorriamo di nuovo alle parole illuminanti di Bertaut de Fréauville:

La più bella funzione dei Re è di rendere la giustizia: e i Re di Francia l'hanno resa di persona fin quando non l'abbiano affidata al Parlamento⁶⁴.

La crescente complessità dei rapporti socio-economici, oltre che l'aumento vertiginoso del contenzioso giudiziario, spinse i sovrani ad affidarsi a una competenza specifica e sempre più tecnicamente dotata. Fu lo sviluppo, quantitativo e qualitativo, del ceto dei giuristi professionali. Le Paige estrasse da un celebre giurista del Cinquecento, Jean du Tillet, la ricostruzione di questo decisivo mutamento politico:

Si trovano in quei tempi ben pochi giudizi resi dal Consiglio privato [del re] da solo, e quando le cause vi erano trattate se vi era qualche punto di diritto, i signori del detto Consiglio essendo in numero ristretto e a corto di sapere giuridico e di esperienza di giudizi, [le] hanno inviate al detto Parlamento per avere il suo decisivo parere⁶⁵.

A partire appunto dal XVI secolo, l'enorme espansione delle attribuzioni dello Stato domandò sempre di più, per quanto riguardava tanto la branca dell'ammini-

⁶⁴ Bertaut de Fréauville [1701, cap. I, 1].

⁶⁵ BPR, LP 532, doc. n. 8.

strazione quanto quella della giustizia, una specializzazione delle capacità possedute dai funzionari regi come mai ve ne era stato bisogno prima di allora⁶⁶. S'impose allora il modello moderno del pubblico funzionario. Il re non poté che delegare una quantità sempre maggiore di poteri decisionali ai suoi *officiers*, ai tecnici e professionisti del diritto, ossia – per riprendere alla lettera il linguaggio dei parlamentari parigini del XVIII secolo – «a coloro che ne fanno uno studio e una pratica continua»⁶⁷.

Non solo dunque per rendere la giustizia, ma anche per legiferare e amministrare, il potere sovrano non poté più fare a meno dei giuristi, degli *hommes de robe*. Nacque allora la figura, destinata a costituire uno dei pilastri della granitica amministrazione francese fino ai giorni nostri, del *grand commis d'État*. E quando i re assoluti ebbero bisogno di strutturare meglio il loro consiglio privato per razionalizzarlo e conferirgli autorevolezza ed efficienza – dice ancora Fréauville –, è del pari ai giuristi che s'indirizzarono:

Ne scelsero allora qualcuno dal corpo del Parlamento. [...] Fin dalla creazione di questo nuovo Consiglio di Stato, l'ambizione di tutti i funzionari del regno è stata di prendervi parte; ciò nonostante il Parlamento ha sempre conservato l'onore di essere la sede dei nostri Re [... nella quale] gli editti sono verificati e registrati; la giustizia vi è resa continuamente in loro nome, e i consiglieri del Gran-Consiglio e del Consiglio di Stato non vi prendono più parte come accadeva un tempo, quando anche loro facevano parte di questo corpo⁶⁸.

⁶⁶ Su questo tema, cfr. l'ampia ricerca di Mannoni [1994-1996].

⁶⁷ *Monumens précieux de la sagesse de nos rois* (= BNF, F. 25312-25313, pp. 3-6): cfr. Di Donato [1996a, II, 1049].

⁶⁸ Bertaut de Fréauville [1701, cap. I, 19 e 21]. Non è inutile osservare che in questo passaggio Fréauville (che, ricordiamolo, scriveva tra la fine del Seicento e l'inizio del Settecento) anticipa, con una fine intuizione, uno degli elementi sociopolitici più importanti della storia della magistratura parlamentare nel corso del XVIII secolo: egli coglie infatti il processo di differenziazione ideologica prim'ancora che istituzionale tra due diverse categorie di giuristi a partire dalla funzione concretamente esercitata nell'apparato statale. Questa intuizione rin-

I giuristi erano dunque chiamati dallo stesso re ad assolvere molteplici funzioni che investivano il piano del governo dello Stato. Tuttavia quest'attività autorizzata e sollecitata dai sovrani non metteva in crisi l'effettività del potere politico, che continuava a essere formalmente esercitato dal re, e si qualificava piuttosto come una preziosa collaborazione alla costruzione e al rafforzamento della struttura statale. Ma i giuristi miravano ben più in alto. Essi non potevano rassegnarsi a prestare la loro indispensabile opera alla *royauté* e nel frattempo restare fuori delle leve del potere effettivo. Sapevano perfettamente che il governo politico dei giureconsulti non poteva che realizzarsi attraverso la mediazione patriarcale e la guida occulta degli affari politici, e questo restò sempre il loro vero obiettivo. Anche quando singole individualità coronarono la carriera passando dalla giurisdizione parlamentare all'amministrazione ministeriale, non per questo la *robe*, in quanto corpo socioistituzionale, dispense mai le armi, accettando passivamente di essere estromessa dal potere politico.

Dal canto suo il sovrano sperava, in senso opposto, che blandendo le ambizioni dei singoli giuristi con il proporre loro l'ascesa alla fortuna ministeriale, avrebbe ottenuto la divisione dei ranghi magistratuali e indebolito la resistenza del *milieu parlementaire* e, più ampiamente, delle corti di giustizia. Tenendo i maggiori giuristi agganciati alla causa e alle sorti della monarchia la corona sperava di condurre a soluzione il problema del conflitto

via a un'interpretazione più generale della conflittualità interna tra le *élites* dirigenti dell'*Ancien Régime*. Si può rilevare agevolmente che lo scontro non era l'effetto di semplici strategie personali o di sottogruppi in competizione tra loro per la conquista della guida egemonica dell'intero ceto (anche se questi aspetti potevano rivelarsi non trascurabili in diverse occasioni), quanto piuttosto di un antagonismo generato dall'esercizio di differenti funzioni pubbliche e dalla conseguente diversità di vedute sulle medesime questioni osservate da angoli prospettici divergenti.

apertosi nel nucleo dello Stato assoluto⁶⁹. Ma questa strategia non produsse risultati apprezzabili. E non poteva

⁶⁹ Questo processo produsse un effetto molto rilevante che la corona seppe sfruttare abilmente a suo favore: si determinò la cesura tra due categorie di *officiers*: da un lato coloro che compivano tutta la loro carriera all'interno del Parlamento; dall'altro coloro i quali, a un certo punto, accettavano l'opportunità di passare dai ranghi dell'alta magistratura a quelli dell'amministrazione regia, divenendo perciò (secondo la definizione venata di malcelato snobismo che ne davano i *robins*) «gens du roi» e, nei casi più fortunati, intendenti, consiglieri di Stato e infine ministri («secrétaires d'État»). Sul punto, cfr. Richet [1998, 75-91], che tuttavia tende a sfumare l'importanza di queste «divisioni interne» nel corpo degli *officiers* del re e definisce questi ultimi «servitori-dominanti» per il carattere nel contempo subordinato (al re e ai vertici dell'amministrazione finanziaria) ed egemone sul territorio e negli uffici dell'amministrazione medesima (p. 75). Gli *officiers* che appartenevano a questo sottogruppo che si potrebbe definire per brevità «amministrativo» erano destinati a giocare un ruolo di «cinghie di trasmissione» tra i diversi settori dell'apparato statale (pp. 88-91). Essi garantivano la diffusione e l'uniformità di applicazione degli ordini regi in tutto il territorio del regno. Gli ufficiali superiori si formavano in una «istituzione-vivaio» che dal 1670 si chiamò «Consiglio di Stato privato, finanze e direzione». Era questo «piccolo mondo (meno di duecento persone in tutto) che governava il regno» (ivi, p. 88; sul punto cfr. anche Mousnier [1947 e 1970b]; Antoine [1970, 1973 e 2003]). Per Richet le divisioni interne a questo ceto di *officiers* non sono che «secondarie» poiché tutto il corpo dei giuristi-funzionari, nella sua totalità, costituiva il «pilastro più solido della monarchia» (ivi, p. 80) e di conseguenza «il fatto saliente è che attraverso i loro prelievi, le loro funzioni e la loro cultura, essi partecipavano in primo piano al gigantesco lavoro di razionalizzazione, ossia nel contempo di progresso e di oppressione, che si stava compiendo tra il Cinque e il Settecento». A mio avviso, al contrario, approfondire lo studio di queste differenze tra gli *officiers* che esercitavano funzioni pubbliche diverse, può contribuire a chiarire le diverse venature dell'ideologia giuridica di Antico Regime. Il caso più importante al riguardo è quello del cancelliere Maupeou. È evidente che il modo di pensare di questo gran personaggio della *robe*, poi passato nelle fila del ministero, è sensibilmente cambiato in occasione del suo mutamento di *status*, da primo presidente del Parlamento di Parigi a cancelliere di Francia. Come membro del Parlamento egli non avrebbe mai concepito la celebre «réforme» che invece realizzò da cancelliere e guardasigilli nel 1771. Si può vedere in quest'esempio la prova che l'ideologia giuridica dipendeva meno da fondamenti teorici e dottrinali che da motivazioni legate all'esercizio di una ben determinata funzione. Così lo scontro

produrne poiché il problema non stava nella semplice ambizione di un ceto, bensì nella struttura psicologico-culturale dei giuristi stratificata in secoli di coerente sviluppo in una *forma mentis* per la quale la *jurisdictio* conteneva *in re ipsa* la propensione a trasbordare nella discrezionalità politica.

Questo aspetto sfuggiva completamente ai re e ai suoi funzionari ministeriali che dovettero apprenderlo a loro spese. Nel corso del Settecento apparve con sempre maggiore evidenza che l'esercizio delle funzioni giurisdizionali non si lasciava ridurre facilmente al potere di decisione solo sulla giustizia contenziosa, ma che obiettivo prioritario dei giuristi-magistrati era di rendere il corpo parlamentare completamente autonomo dal potere politico incarnato dal re e dai suoi ministri. Era fatale perciò che i parlamenti, che ben presto si posero con successo alla guida di tutte le altre corti sovrane assumendo la *leadership* dell'intero ceto giuridico-giudiziario del regno, non si lasciassero contenere «nei limiti del potere che il re aveva loro conferito»⁷⁰.

Il Parlamento – scrisse le Paige nel pieno della *querelle* politico-giudiziaria – si è mostrato talmente necessario e si è sempre mantenuto in tale gravità, onore e rispetto, che non vi è chi nel regno, per grande e furioso che sia, che non tremi di terrore quando solo ne senta parlare. L'integrità delle sue sentenze giungendo perfino alle nazioni straniere ha spinto diversi re e principi a venire a sottomettersi alla loro autorità⁷¹. [...]

tra potere politico e potere giudiziario dev'essere piuttosto interpretato come un conflitto per così dire «oggettivo», un conflitto che deriva cioè dalla struttura stessa dello Stato moderno, di là dalle singole personalità che di volta in volta impersonavano i ruoli dei protagonisti della dialettica istituzionale. Su questo clima restano piene di suggestioni e per nulla datate le pagine di Flammermont [1883]; più recentemente, cfr. anche la bella sintesi di Echeverria [1985].

⁷⁰ BPR, LP 530, doc. n. 8. L'espressione è dovuta sempre al pennino di Le Paige.

⁷¹ *Ibidem*. Le Paige adduce qui tutta una serie di esempi con peso probatorio: «Così l'imperatore Federico [II di Svevia] con il papa Innocenzo IV; il re di Castiglia con il re del Portogallo; Carlo di Valois

Una così grande e così alta reputazione è senza dubbio un gran vantaggio per lo Stato. Essa è soprattutto di una grandissima importanza per i re e per la casa regnante, poiché è a questa stessa reputazione, a questo rispetto per le sue sentenze che essa deve oggi la corona⁷².

Di là da ogni evidente e strumentale intento autocelebrativo, Le Paige rivela in brani come questo delle basilari verità: tra la teoria delle regole di diritto e la pratica del sistema si era ormai instaurato un circolo virtuoso. Il Parlamento non poteva essere considerato come una semplice corte di giustizia, ma come un organo (anzi come il supremo organo) costituzionale del regno:

L'amministrazione della giustizia particolare – conclude Le Paige – non è l'unico dovere del Parlamento. La parte capitale *del potere che gli è stato attribuito* è di difendere le prerogative del re e della sua corona e di mantenere la pace pubblica⁷³.

Le Paige allude qui, restando volutamente nel generico, ad attribuzioni suscettibili di amplissima elasticità interpretativa. Gli ambiti di competenza che se ne potevano ricavare erano in pratica illimitati. Le Paige mirava a fare del Parlamento il vero «sovrano nascosto» dello Stato monarchico-assoluto. Ma, benché la sua elaborazione teorica si presenti in una veste la più matura e anche la più raffinata possibile, bisogna considerare che essa

con il conte di Namur; il duca di Lorena con il conte di Chatillon; Filippo di Taranto con il duca di Borgogna e altri di cui le storie traboccano, hanno mostrato in quale reputazione essi tenevano [il Parlamento] per l'osservanza che gli hanno volontariamente tributato».

⁷² *Ibidem*: «Ora – si domanda retoricamente – non ci si espone al rischio di far perdere allo Stato e ai suoi re questi inestimabili vantaggi, facendo sfiorire una reputazione così fortunatamente conservata fin qui, e così necessaria per il principe e per i suoi Stati? E quali spaventose disgrazie possono abbattersi su di noi a causa di ciò nei tempi di crisi ai quali non siamo ormai che troppo vicini? Ecco dunque ciò che mi spaventa; e non posso esimermi dallo stupirmi che non si sia così spaventati quanto me».

⁷³ *Ibidem*.

non rappresenta che l'ultimo passo di un lungo percorso. Mezzo secolo prima di lui Fréauville – che, ricordiamolo, scriveva ancora sotto il regno del re-sole, in un'epoca cioè che non era certo la più favorevole all'impegno politico dei giuristi⁷⁴ – aveva già dimostrato chiaramente che la potenza della toga non derivava dalla giurisdizione sulle cause il cui oggetto era costituito da interessi meramente intersoggettivi: «I parlamenti – scrisse – non sono stati soltanto stabiliti per la distribuzione della giustizia civile ai soggetti privati, ma per la conservazione degli interessi del Re e del Pubblico»⁷⁵. È per difendere questi due capitali interessi che

essi hanno, in ogni tempo, altrettanto efficacemente che gli Stati [generali], fatto delle rimostranze ai Re sui disordini che si commettevano nel Regno: attraverso le proposizioni che sono state fatte in diversi incontri o attraverso la pacificazione dei disordini, i maggiori affari di Stato sono stati risolti e le risoluzioni le più vigorose sono state prese⁷⁶.

Nei cinque densi capitoli della sua opera Fréauville si sforza di mostrare che tutte le «risoluzioni» più importanti della storia di Francia (tra le quali egli menziona l'editto di Crémieu del 1536; l'ordinanza di Moulins del 1566 e ancora gli Stati Generali e l'ordinanza di Blois rispettivamente del 1576 e del 1579) erano state assunte

⁷⁴ Cfr. Church [1967]. Luigi XIV aveva, tra l'altro, drasticamente limitato l'esercizio del diritto di rimostranza (che peraltro non aveva mai pensato di abolire), ammettendolo solo dopo la registrazione degli editti. Aveva inoltre imposto la sostituzione dell'espressione «corti sovrane» con quella di «corti superiori». Gli ambienti giudiziari avevano preso questa decisione come una *capitis deminutio*. Tuttavia, il fatto stesso che le velleità politiche della magistratura non siano state sradicate per sempre durante un periodo così lungo e di fronte a un potere regio così forte, e che anzi si sia risvegliata d'improvviso solo poche ore dopo la morte del gran re, è da solo un dato sufficiente a provare la consistenza del potere giurisdizionale e la difficoltà di ridurlo entro i confini di una dimensione puramente tecnica e processuale.

⁷⁵ Bertaut de Fréauville [1701, 359-60].

⁷⁶ *Ibidem*.

con il consenso del Parlamento, espresso sotto forma di registrazione delle ordinanze e degli editti⁷⁷.

Se ne poteva dedurre la regola costituzionale vigente nel regno di Francia secondo la quale questo consenso parlamentare era indispensabile per dare «forza di legge» a ogni atto che manifestava la volontà regia. Il re, per «assoluto» che fosse considerato, non poteva dunque emanare alcuna legge se questa non fosse approvata dalla magistratura parlamentare. A differenza del Parlamento d'Inghilterra, dove era il re ad avere l'ultima parola, nel regno del fiordaliso erano i giudici a statuire di fatto il contenuto della legalità.

Questa non era, naturalmente, tutta la realtà, ma solo la visione della *robe*. Nei fatti la pretesa del Parlamento di partecipare all'esercizio del potere legislativo incontrava fortissime resistenze da parte del re e del suo governo. Così nella pratica del sistema il testo della legge finiva spesso con l'essere il frutto di una negoziazione e di un compromesso tra i due poteri. Un compromesso che non si realizzava su ogni singolo provvedimento, ma che diventava un metodo generale di regolazione dei rapporti politici. E poteva ben darsi che su un singolo atto la volontà regia e ministeriale riuscisse a prevalere. Ma poi il Parlamento riscuoteva la sua rivincita su altri provvedimenti.

Come ogni sistema politico l'assolutismo era un mondo complesso nel quale al disegno teorico presentato dalla propaganda di regime corrispondeva una realtà effettuale molto diversa e infinitamente più complessa. Certo sul potere legislativo si giocava una partita di grande importanza perché nell'immaginario collettivo questo potere rappresentava il simbolo tangibile della sovranità. Tuttavia, occorre notare che il conflitto sulla partecipazione restò a lungo ben al di qua dell'ufficialità. Ai *robins* non interessava la vetrina, che anzi essi lasciavano volentieri alla *royauté*.

La magistratura puntava, al contrario, a costruire un potere tanto più sostanziale e incisivo quanto meno visi-

⁷⁷ Ivi, cap. X.

bile e trasparente. I giudici volevano partecipare all'attività nomotetica, ma senza portarne il peso della responsabilità. La monarchia assoluta era il sistema perfetto al riguardo. Essa consentiva ai giuristi di realizzare questa quadratura del cerchio e di conseguenza di esercitare un ruolo di controllo del potere senza essere mai controllati. In tal modo veniva a realizzarsi la metamorfosi della giurisdizione in potere politico occulto.

8. *L'istituzione chiave della sovranità giurisdizionale occulta: la «registrazione» degli atti legislativi come «legge delle leggi»*

Lasciamo ancora una volta parlare le fonti. Il concetto che si è appena cercato di riassumere si trova chiaramente espresso in numerosi manoscritti (è fin troppo evidente che la costruzione di un potere occulto non possa essere esplicitata in trattati o testi stampati di larga diffusione: sarebbe una contraddizione in termini). Lo storico deve quindi munirsi dello specillo e andare a cercare pazientemente tra righe sepolte e non sempre di facile lettura e interpretazione.

Ma nella ricerca la costanza spesso paga. Ed ecco dunque saltar fuori un passaggio importante tratto da un testo redatto ancora una volta da de Revol e intitolato *Observations relatives à la première partie des «Lettres sur l'origine du Parlement»* di Le Paige⁷⁸. Si tratta di un commentario alla celebre opera dell'*avocat* nella quale, fondandosi su una vastissima dottrina, egli aveva tracciato una sorta di programma giuspolitico per la magistratura parlamentare. De Revol parte da un'aspra critica alla tesi di Dubos sull'origine della monarchia e dei parlamenti, e prosegue enunciando quello che definisce l'«eccellente principio [...] per cui il Parlamento è diventato la sola e

⁷⁸ BPR, LP 42, cc. 559-78 (1-20), 1° gennaio 1754. Va segnalato che questo volume presenta una doppia collocazione essendo classificato anche sotto LP 580 (4).

vera Corte di giustizia dei nostri Re»⁷⁹. A differenza degli Stati Generali, la maggiore prerogativa parlamentare era, per de Revol, la partecipazione al potere legislativo. La «differenza», argomenta, tra queste due istituzioni «consiste in ciò: che ogni membro dei Campi di Marzo aveva un voto deliberativo su ogni materia e specialmente sulla statuizione delle leggi. Al contrario, i deputati degli Stati Generali, parlando per suppliche, non hanno mai avuto che il voto consultivo tranne che in materia d'imposte»⁸⁰. Di conseguenza, non bisognava

urtare [la] moltitudine degli ordini dello Stato oggi esclusi dal Parlamento per effetto delle attuali regole di composizione di questa corte. Non vi è nulla, al contrario, di più importante che d'interessare tutti i cittadini alla conservazione di questa pietra angolare sulla quale risiede ancora tutto l'edificio della monarchia, benché le rivoluzioni dei tempi sembrino aver diminuito l'ampiezza e la forza di questa base così rispettabile⁸¹.

Così, si poteva «far sentire l'inutilità di questo diritto nazionale se il Parlamento fosse stato distrutto»⁸².

In effetti, per de Revol, come per tutta la magistratura che parlava qui attraverso la sua *plume*, «è il Parlamento l'unico [organo] che conserva il deposito dei principi sui quali questo diritto è fondato, e da qualche anno, [il Parlamento] ha mostrato che questo deposito è molto presente ai suoi occhi»⁸³. Questa «natura [...] del Parlamento com'è oggi», vale a dire natura di un'istituzione che si vuole politica *attraverso* il suo potere giudiziario, «lo rende prezioso tanto per i sudditi quanto per il Principe, mentre il ricorso agli Stati Generali è una risorsa pressoché chimerica per lo Stato. Questa proposizione non è affatto un paradosso»⁸⁴, ma

⁷⁹ Ivi, c. 566 (8).

⁸⁰ Ivi, c. 567 (9).

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ Ivi, c. 568 (10).

contiene un principio che coniugato con la nostra storia fa sentire in tutto il suo peso questa verità e prova al tempo stesso quanto il Parlamento è necessario al Sovrano. Questo principio consiste in questo dogma storico: che il Parlamento è divenuto nel contempo la vera Corte del Re. Da qui nasce questa difficoltà di abrogare il Parlamento senza sollevare in tutto il Regno uno sconvolgimento generale, senza mettere una moltitudine di ufficiali nella necessità di disobbedire agli ordini momentanei del Principe per non violare il giuramento che essi gli hanno prestato e le sue leggi che ne ordinano l'esecuzione, e infine senza forzare tutta la costituzione dello Stato, ciò che è forse del tutto impossibile quando si voglia eseguirla sul campo, e quando non sia una moltitudine di cause secondarie che prepara durante molti secoli Rivoluzioni di questa portata⁸⁵.

Coniugando la teoria montesquiviana del «deposito legale» con la ricostruzione storico-istituzionale di Le Paige, de Revol perviene insomma a sostenere che la corte del Parlamento, ossia la magistratura, è l'unica «depositaria dei principi della nostra Costituzione»⁸⁶. Di conseguenza, i rapporti tra il potere giurisdizionale e il potere politico non potevano che essere pervasi dallo spirito di conflitto se la corona non accettava la sostanziale subordinazione (mascherata dal clima di accordo) alla magistratura. Qui de Revol perviene a un passaggio di estrema e rara chiarezza che costituisce una sintesi preziosa per la comprensione di uno dei fenomeni più complessi della storia dello Stato:

Il Re – egli afferma – è il vassallo immediato della legge; il Parlamento è il vassallo mediato. Quando i due poteri sono d'accordo essi non ne formano che uno solo, sotto gli ordini della legge. [...] Ma quando i ministri fanno in modo che il Principe sembra arrogarsi un potere distruttivo di quello del Parlamento, allora questo vassallo mediato reclama la legge suprema dello Stato⁸⁷.

⁸⁵ *Ibidem* e c. 569 (11).

⁸⁶ *Ivi*, c. 584.

⁸⁷ *Ivi*, c. 699.

Nel caso di conflitto, dunque, tra i due poteri, falliti tutti i tentativi di composizione, era infine l'autorità del Parlamento che doveva prevalere. Questo primato era dovuto al potere che la costituzione del regno attribuiva al Parlamento di verificare e registrare gli atti regi. La procedura della registrazione diveniva perciò lo strumento mediante il quale si concretizzava l'interesse politico della magistratura e la sua difesa della monarchia assoluta come struttura che – a dispetto delle apparenze ed anzi proprio utilizzando a vantaggio dei giuristi quelle apparenze – poteva consentire la realizzazione di quell'interesse che i giuristi consideravano prioritario: «La verifica delle leggi – sosteneva Le Paige – è il seguito naturale del carattere di depositari delle leggi [che i magistrati incontestabilmente posseggono]; e questi depositari devono essere necessariamente perpetui e irrevocabili, come le leggi di cui hanno la custodia e il deposito»⁸⁸. Di conseguenza una legge non era considerata valida dalla magistratura, ossia dal potere che avrebbe poi dovuto vigilare sulla sua concreta applicazione e giudicare sulle eventuali trasgressioni, se non fosse stata preventivamente registrata dal Parlamento.

Tutta la dottrina giuridica parlamentare concordava su questo punto: «I nostri autori – ricordava ancora Le Paige – affermano che la legge [non registrata]⁸⁹ è considerata per questo solo fatto nociva; che essa è discredita agli occhi dei popoli; e che presto o tardi il principe l'abbandona. Non è dunque possibile considerare questa procedura né legale né legittima»⁹⁰. «La registrazione – conti-

⁸⁸ BPR, LP 569, doc. n. 48, ff. 1-2.

⁸⁹ È il caso di aggiungere che i giuristi lepaigiani consideravano anche la legge registrata in un letto di giustizia alla stregua di un atto regio non registrato. Le Paige scrisse, curandone poi personalmente la diffusione, un fortunato trattatello (*Lettre sur les lits de justice*) per illustrare questa tesi: Le Paige [1756]; il *pamphlet* fu significativamente ristampato più tardi, alla vigilia della Rivoluzione, sotto il titolo *Réflexions d'un citoyen sur les lits de justice par L.-A. Le Paige*, s.l. né d. [Paris 1787].

⁹⁰ BPR, LP 42, f. 432.

nua – suppone un esame; e agire o senza esame o contro il risultato di questo esame, significa agire contro lo spirito e la lettera di quel saggio caposaldo [della nostra tradizione giuridica] che è la legge delle leggi, cosa possibile solo in caso di pericolo per la salvezza dello Stato, circostanza che non può che essere che rara e che comunque solo il buon fine giustifica»⁹¹.

Tuttavia, la registrazione implicava un potere potenzialmente pericoloso per la mediazione patriarcale e per la costruzione del potere occulto. Consistendo comunque nell'assunzione di un palese potere di decisione sulla legge, la procedura della verifica e della registrazione esponeva, infatti, la magistratura alla critica di voler impadronirsi del potere politico che non le spettava (e che, del resto, essa per prima affermava di non voler assumere). Di qui la necessità di rispingere il potere giurisdizionale nell'ombra della pura competenza tecnica. Fu appunto questa la sofisticata operazione che Le Paige e i suoi fedelissimi *robins* tentarono di realizzare intorno alla metà del XVIII secolo. Nella sua *Lettre à M. * * *, conseiller au Parlement*, un *pamphlet* pubblicato anonimo nel dicembre del 1774, questo proposito divenne piuttosto esplicito⁹²:

Si dirà dunque che il Parlamento si attribuisce la potenza legislativa? Falsa conseguenza, la cui imputazione annuncerebbe o ignoranza o malafede. Il principe solo è legislatore; sia quando egli invia la legge [al Parlamento], sia quando, dopo aver ascoltato le rimostranze del suo Parlamento e aver dato soddisfazione ai giusti allarmi lanciati [dai suoi magistrati], egli provvede all'esecuzione; sia quando, convinto dalle loro rappresentazioni che le loro lagnanze sono fondate, egli ritira un editto che resta perciò un semplice progetto [di legge] e che egli ha sentito non poter essere rivestito delle forme essenziali alla legislazione⁹³.

⁹¹ Ivi, f. 433.

⁹² Le Paige [1774]. Il testo è anonimo come la quasi totalità delle opere lepaigiane; per la sua attribuzione a Le Paige, cfr. Maire [1998, 691].

⁹³ Le Paige [1774, 24-5].

Le Paige delinea qui lo schema più tipico del potere togato, un potere di natura femminile e al tempo stesso ecclesiale. La magistratura *mater et magistra* della *royauté*, intendeva sempre mantenersi nell'ombra e manovrare, con gli strumenti tecnici esclusivi dell'attività squisitamente giuridica, per imprimere la sua volontà insindacabile nei contenuti della legislazione.

In definitiva, l'interesse recondito della magistratura era che lo schema della dialettica permanente corona/parlamenti dovesse essere salvaguardato, in quanto era indispensabile per separare l'esercizio del potere dall'attribuzione della responsabilità. Lo scontro era dunque, esso stesso, funzionale al secolare «gioco» politico aperto dai giuristi. In altri termini, tenere alta la tensione con la corona e il suo governo era per i giuristi indispensabile al fine di mantenere nascosta la potenza effettiva della toga.

I *robins* furono sempre molto attenti a questo aspetto e su questa base edificarono la loro strategia di corpo, puntando a divenire, tramite l'esercizio della *jurisdictio* i veri arbitri occulti della vita politica del regno. Sotto le vesti formali della monarchia di diritto divino tentarono d'instaurare, come ha scritto con suggestiva formula uno storico americano, «una sorta di repubblica assoluta e indipendente nel cuore dello Stato» monarchico⁹⁴.

Questa strategia che mirava ad assorbire il potere politico nella giurisdizione, benché le rivendicazioni politiche della magistratura si facciano indubbiamente più pressanti nel corso del Settecento, partiva da molto lontano. Le sue radici rimontavano alle sorgenti medievali dello Stato moderno. Se si osservano le cose da questo punto di vista, l'opposizione concettuale tra assolutismo e costituzionalismo che la tradizionale teoria e storiografia del diritto pubblico ci ha tramandato, perde di senso. Occorre riconoscere invece che quelle due linee teoriche sono nate e si sono sviluppate insieme per motivi assai

⁹⁴ Bell [1994, 67].

meno dottrinali che politici⁹⁵. I giuristi del XVIII secolo ne erano perfettamente coscienti ed è solo la propaganda giacobino-rivoluzionaria ad aver di fatto offuscato una realtà che non era funzionale al nuovo ordine costituzionale che s'intendeva affermare.

Un altro *robin* molto vicino a Le Paige, il consigliere al Parlamento di Parigi Alexandre-François de Murard, lo scrisse con la maggiore chiarezza possibile:

Poiché non si poteva senza incorrere nei più grandi inconvenienti limitare la potenza del sovrano alla sua amministrazione, [...] quale poteva essere il mezzo per apporre una barriera all'abuso del potere sovrano? Non ce n'era che uno: [...] il Monarca non ha potuto fare le leggi per governare i suoi sudditi senza sottoporle in qualche modo all'esame [del Parlamento] al fine di metterlo nelle condizioni di decidere secondo una conoscenza piena e intera di tutto ciò che poteva aver rapporto agli oggetti che costituiscono la materia delle leggi⁹⁶.

Per de Murard, i magistrati sono dunque «i naturali esecutori delle leggi»⁹⁷. Certo, è al re solo che «spetta fare le leggi». Ma in questo suo delicatissimo compito egli «è necessariamente istruito [dai magistrati] di tutti gli inconvenienti che potrebbero comportare le leggi che egli vuol fare, o di tutto ciò che potrebbe contribuire a renderle più perfette»⁹⁸.

La medesima idea aveva espresso anche Fréauville, a riprova che si trattava di idee largamente circolanti, e da tempo, nel *milieu parlementaire*. Egli aveva visto muoversi i primi passi concreti del costituzionalismo parlamentare fin dalla fondazione del Parlamento di Rouen che riteneva addirittura essere stato il modello istituzionale del

⁹⁵ Cfr. David [1954].

⁹⁶ *Mémoire et réflexions* [Le Paige aggiunge, di suo pugno, *de M. de Murard*] *sur les différens objets qui peuvent avoir rap[p]ort à l'affaire du Parlement et à son rétablissement* (= BPR, LP 42, c. 486), 2 mai 1771.

⁹⁷ *Ivi*, c. 487.

⁹⁸ *Ibidem*.

Parlamento inglese, tramite Guglielmo il Conquistatore che lo aveva fondato «sull'esempio di quello stabilito nel suo Ducato di Normandia» che a sua volta era stato creato «sull'esempio di quello della Nazione [di Parigi]». Questa corte normanna «che si denominò *Eschiquier*» si riuniva «con grande solennità e senza badare a spese di tanto in tanto a Roüen *ed era chiamata sovrana*»⁹⁹.

9. *Ideologia della toga e costituzionalismo: l'architettura di un potere invincibile*

Tutti questi testi – che non sono che un piccolo campione rappresentativo degli scritti parlamentari – sono più che sufficienti per dare l'idea di qual fosse la reale dimensione e profondità dello scontro tra magistratura e potere politico nell'Antico Regime e rinviano a un quadro che compone un discorso abbastanza unitario che si può qualificare come «ideologia della toga» e nel quale emergono due linee fondamentali.

La prima è che l'esercizio della funzione giudiziaria comportava *in se stesso* una partecipazione al potere sovrano. La seconda è che questa partecipazione non era affatto concessa *ad libitum* dal monarca (che in più di un'occasione cercò infatti di annientarla senza mai riuscirci definitivamente), ma emergeva – quando di forza quando con il ricorso alla mediazione politica – nel farsi stesso della dialettica tra i protagonisti della vita istituzionale. Per i *robins*, soltanto una giustizia «sovrana» (e non, riduttivamente, «superiore» come volle Luigi XIV), poteva assicurare ai sudditi le condizioni e le garanzie fondamentali della libertà¹⁰⁰, evitando lo scivolamento dell'assolutismo in tirannia.

Era questo il formidabile argomento della retorica parlamentare di cui Le Paige e i suoi discepoli divennero

⁹⁹ Bertaut de Fréauville [1701, 23-4].

¹⁰⁰ Sul punto rinvio al mio specifico contributo Di Donato [1996b].

gli ineguagliabili maestri. È ancora una volta al geniale *avocat* parigino che bisogna chiedere in prestito le parole per delucidare il concetto. Eccettuato il Parlamento non vi era un'altra istituzione della monarchia, neppure quelle, come il *Grand Conseil*, nel quale sedevano giuristi di stretta fiducia della corona, che potessero «giudicare in ultima istanza né sovranamente alcun processo, né sulle lettere attributive di giurisdizione né sui rinvii [...]»; e il tutto sotto pena di nullità¹⁰¹. Siamo qui al cuore della questione. Era la magistratura, attraverso la sua competenza tecnico-scientifica, a stabilire *in ultima istanza* che cosa era diritto e che cosa non poteva esserlo. Il vero potere finale spettava ai togati e la *royauté*, nella loro *arrière pensée*, non era che il quadro istituzionale destinato a proteggere il carattere arcano di quel potere.

Si potrebbero allora tracciare, alla luce di queste linee che i testi lepaigiani ci hanno aiutato a disegnare, i tratti fondamentali dell'ideologia del magistrato di Antico Regime, che possono essere raggruppati intorno a due assi fondamentali: il potere occulto e il costituzionalismo parlamentare¹⁰². Quest'ultimo non era che la forma giuridico-istituzionale destinata a «rivestire» l'arcana volontà di potenza politica della magistratura.

Esso presenta, molto sinteticamente, i seguenti caratteri di fondo:

1. ha natura giurisdizionale e si fonda sul potere interpretativo della magistratura;

¹⁰¹ BPR, LP 532, doc. n. 18.

¹⁰² Non vi è ragione di opporre in modo così rigido come ha fatto la storiografia tradizionale i due concetti di «assolutismo» e «costituzionalismo», in quanto se si esamina la pratica del sistema giuridico-politico dell'Antico Regime (e non unicamente la dottrina dei giuriconsulti), ci si può facilmente rendere conto di come gli stessi protagonisti della vita politico-istituzionale considerino quei due ambiti intrecciati l'un l'altro tanto da essere talvolta indistinguibili, in quanto concepiti come due inseparabili gemelli siamesi. Sull'argomento, cfr. Matteucci [1976 e 1983]; e per un punto di vista alternativo, i miei lavori: Di Donato [1998a e 2003a].

2. non è, come si è a lungo creduto, solo orale e consuetudinario, ma è soprattutto *scritto* poiché scritti erano i provvedimenti della magistratura conservati negli archivi parlamentari di cui la magistratura stessa era unica custode; questo vero e proprio arsenale di materiali e di documenti costituiva il *dépôt légal*, fondamento della costituzione del regno;

3. non si tratta di un costituzionalismo «liberale» nel senso che comunemente siamo abituati fin dalla Rivoluzione ad attribuire a questo termine, ma intende presiedere alla conservazione della stratificazione sociale della società di ordini e di corpi;

4. è indisciungibile dal conflitto istituzionale (che contribuisce ad alimentare) tra funzione giudiziaria (giurisdizione) e funzione d'indirizzo politico (governo)¹⁰³.

Se questa interpretazione storiografica delle cose corrisponde – o si avvicina – alla realtà storica, si può comprendere meglio il senso dell'espressione, a primo acchito paradossale, usata da Montesquieu. In uno dei momenti più acuti della tensione tra i due poteri il *président* bordeaux parlò dell'ufficio del giudice, ossia del potere giurisdizionale come «potenza nulla». In realtà egli pensava, come molti dei suoi colleghi, a come salvare la «parte di sovranità» insita nel potere di giudicare.

Se si ha ben presente la *forma mentis* del magistrato di Antico Regime, non si farà fatica a comprendere il senso profondo di questo paradosso: *il giudice può partecipare alla sovranità solo annullando, ossia nascondendo, la potenza politica insita nella giurisdizione*. Fin dalle sue origini medievali e per tutta l'Età moderna la potenza

¹⁰³ Se si tiene conto di questi caratteri, non vi è più motivo di trascurare nella genesi del costituzionalismo moderno il ruolo giocato dagli aspetti ideologici della magistratura. Se lo si intende correttamente, cioè allo stesso modo in cui lo intendono i testi contemporanei, il costituzionalismo parlamentare è, in effetti, lo strumento attraverso il quale quell'ideologia si esprime pienamente nel XVIII secolo. È la sola riserva che si può formulare a proposito della voce «*constitution et constitutionnalisme*», per altri versi molto ben concepita, redatta da Beaud [1996]; cfr., sul punto, anche Morel [1996].

politica della toga si era costruita sulla tecnica esegetica come politica del diritto. I giuristi avevano così trovato il modo di partecipare al potere politico senza entrare direttamente nella competizione tra le fazioni in gioco, mantenendo cioè alla lettera le «mani pulite».

In tal modo il giudice aveva acquisito una parte della sovranità politica ritraendosi dalla lotta che opponeva le parti per la conquista del potere formale. Egli va a situarsi in uno spazio neutro, ma non neutrale, posto al di sopra di tutti i conflitti. In tal modo acquisisce la libertà (e il potere incontrollabile) di giudicare tutto in una posizione che, sul piano formale, si vuole (e riesce credibilmente a farsi considerare) imparziale. Nella realtà essa non lo è affatto. Non lo è mai e non può esserlo mai, poiché non si può estirpare la motivazione politica insita in un giudizio, di qualsiasi natura esso sia.

Così la toga conquista la «giurisdizione sovrana», mascherando la sua potenza politica sotto il mantello della pura tecnica. In questo senso, come aveva genialmente compreso Montesquieu, la potenza della toga è tale solo in quanto riesce a presentarsi come «potenza nulla», ossia sguarnita di ogni sovranità politica dichiarata e palese. Annullando la sua sovranità politica, la funzione giudiziaria si legittima come potere di controllo di ogni altro potere dello Stato, rassicurando tutti sulla sua oggettiva terzietà. Attraverso questo sottile e abilissimo *escamotage* essa riesce a esercitare, di fatto, una sovranità politica assai più estesa e incontrollata della sovranità politica propriamente detta, ancorché sprovvista della legittimazione tipica di questa (che si tratti del diritto divino nell'Antico Regime o di un consenso elettivo oggi).

Ci si potrebbe domandare sensatamente a che cosa sia servito (e serva) tutto questo meccanismo così arcano e complicato. La risposta – che è anche un convincente chiarimento del concetto, in origine piuttosto nebuloso, espresso dal giudice Colombo¹⁰⁴ – attiene alla natura del

¹⁰⁴ Cfr. *supra*, nota 1.

vero potere, che è il potere invisibile. Poiché, come ebbe a dire una volta James Joyce in una conversazione con sua moglie, tutto ciò che è invisibile è, per ciò stesso, invincibile.

CAPITOLO SECONDO

LA CIVILIZZAZIONE STATUALE NELL'ESPERIENZA MODERNA FRANCESE

Il dramma della Germania è di non avere avuto un Montaigne. Che fortuna, per la Francia, aver *cominciato* con uno scettico!

E.M. Cioran¹

1. *Il Leviatano sommerso*

La *jurisdictio* è, dunque, potere «invisibile», pensato e voluto «invincibile» dai giuristi-magistrati che lo esercitano. Da questa semplice constatazione parte, nella storia europea – soprattutto franco-inglese – la costruzione dello Stato moderno. I giuristi muniti di quel potere, strutturatisi in «corpo» istituzionale (in Francia nei parlamenti), tendevano a utilizzarlo per costruire un Leviatano sommerso, una sorta di Stato nello Stato. Nella loro concezione politica lo Stato doveva essere solo la cornice di un quadro istituzionale sottostante e non percepibile all'osservazione puramente descrittiva delle regole giuridiche formali. Queste, anzi, dovevano servire da «copertura» di una pratica del sistema nel quale gli *arcana juris* potessero operare incontrastati.

Ma la velleità dei giureconsulti trovò il suo maggiore contrappeso nell'idea opposta, fattasi poi pratica istituzionale nelle grandi monarchie assolute, della «visibilità» del potere. Ne nacque una dialettica, ideale e politica, tra funzione giurisdizionale e funzione governamentale che caratterizzò l'assetto costituzionale dello Stato assoluto per tutta l'Età moderna. Fu una dialettica

¹ Cioran [1986, 142].

tra due vie entrambe enucleate dalla scienza del diritto, ma ciascuna delle quali era destinata a produrre effetti politico-istituzionali molto diversi. L'epilogo di questa vicenda, che vide per circa quattro secoli contrapporsi con alterne fortune quelle due soluzioni dell'assetto costituzionale, fu la Rivoluzione francese, che risolse l'oscillazione politico-istituzionale annientando, con la completa soppressione dei parlamenti, la «politicità» insita nel potere della giurisdizione autoproclamatasi «sovrana» e affermando il primato – questa volta alla lettera «assoluto» – della legislazione politica. Fu il tempo della «governamentalità» dispiegata, che diede l'illusione del definitivo superamento del problema del governo politico dei giureconsulti.

L'esigenza di «visibilità» del potere nacque dalla necessità di «prevedere» e governare gli eventi sociali e politici. Per realizzare questo fondamentale passaggio occorreva demolire la metafisica medievale che si era affermata tanto nella veste religiosa (con il dominio della Chiesa) quanto nella sua veste laica (con la tecnica dei giuristi-esegeti fine a se stessa). Fu appunto ciò che le grandi monarchie intesero realizzare passando da una tecnologia della giurisdizione a una «tecnologia dell'autorità» e risolvendo gli «arcana» del potere togato in «diritti della sovranità»². La loro linea programmatica mirava quindi a «demistificare gli *arcana juris*, inquadrarli nella difficile arte di governare, prendere coscienza dell'impossibilità di conciliare sul piano razionale la giustizia arbitraria patriarcale delle grandi magistrature ed i fini sociali» cui il potere statale, fin dalla sua prima gestazione, aspirava³. L'affermazione dello «spirito di Stato» aveva come principale obiettivo l'annientamento del potere occulto (di chiese e magistrature) e con esso l'eliminazione della causa prima dello scontro istituzionale tra potere giurisdizionale e potere politico. Fu, dunque, in primo luogo

² Senellart [1995, 211-42, spec. 230 ss.; 245-77, spec. 262].

³ Ajello [2009, 304].

il bisogno di costruire una macchina istituzionale capace «di dominare gli eventi», ossia di vincere la forza, insita in ogni azione individuale e sociale, dell'eterogenesi dei fini⁴ e in particolare di evitare, attraverso l'azione razionale realizzata, quel fenomeno che la sociologia politica contemporanea ha elaborato come teoria degli «effetti perversi»⁵.

Elaborata tra il tardo Medioevo (dal XII al XIV secolo) e l'inizio dell'Età moderna (XV-XVI secolo) la teoria dello Stato si focalizzò con sempre maggiore precisione sul potenziamento della monarchia assoluta⁶. La costruzione del Leviatano statale e della sua immagine fu certamente il prodotto di forze e condizioni complesse che trovarono la loro propulsione e la loro sintesi nel sapere giuridico e nell'azione teorico-pratica del corpo dei magistrati⁷.

1.1. *Lo Stato assoluto: il capolavoro dell'ideologia giuridica*

Utilizzando con raffinata maestria il patrimonio di testi e di esperienze medievali, i maggiori giuristi e teorici politici francesi, tra il secondo Duecento e il secondo Cinquecento, individuarono, dunque, nell'entità sovrana dello «Stato» il formidabile strumento per neutralizzare i loro avversari (feudi, Chiesa e Impero). Quei vecchi poteri coincidevano con i «nemici» della sovranità regale. Puntando sull'edificazione di istituzioni politico-giuridiche rette da materiali normativi che necessitavano di un corpo di tecnici del diritto per essere redatti, interpretati e applicati, i giuristi, costituitisi in corpo istituzionalizzato, costruirono, in quella fase, una naturale ed esclusiva alleanza con la monarchia. Di qui l'esaltazione incondi-

⁴ Sul punto, cfr. *infra*, cap. V, par. 14.

⁵ Definita anche, più appropriatamente, «teoria degli effetti di composizione»: cfr. Boudon [1996b, 52 ss.].

⁶ Cfr. Krynen [1981 e 1993].

⁷ Cfr. Serra [2005, 3].

zionata della *royauté* in una sontuosa letteratura politica volta a celebrare la figura mitico-simbolica del Re-unto-del-Signore, la cui «volontà» venne identificata con la «legge» dello Stato: *Rex est Lex, Lex est Rex*⁸.

Questo convenzionalismo positivistico, imperniato sulla *lex regia*, solo strumento ritenuto pienamente idoneo ad adeguare l'ordinamento giuridico-politico «alle circostanze» fattuali⁹, consentì di «pensare e costruire lo Stato nel Medioevo»¹⁰. Di là dal *nomen juris* assunto da questa entità organizzativa del potere – e da tempo oggetto di vivaci contestazioni e dissensi sul piano e politologico e storiografico¹¹ –, il dato essenziale resta ineludibile, almeno per alcune delle più significative realtà nazionali europee tra le quali l'esperienza francese rappresenta il caso più rappresentativo. Fin dal XIII secolo la politica dei sovrani, ispirata e guidata dai giuristi, riuscì in Francia a «dare coesione a un insieme che, se non può avere ancora il nome di Stato, nondimeno riunisce in sé pressoché tutti gli elementi costitutivi che un paziente lavoro legislativo modella, orienta e amalgama»¹². Tutto ciò «traduce in tutta evidenza, una volontà di pensare e di costruire lo Stato, la cui esistenza attiene tanto alla sfera dello spirito e al mondo della riflessione quanto alla fenomenologia tangibile e alla politica vissuta»¹³.

Fu grazie a questa solida costruzione, nel contempo sociale, giuridica e politica, se le istituzioni pubbliche ri-

⁸ Sul punto, il classico Kantorowicz [1989, 87 e 110-23]; e il recente Petit-Renaud [2001, spec. 55-229]; cfr. anche l'antologia di testi raccolti da Floridia [2005]. Sulla formazione e lo sviluppo della «sovranità», nella prospettiva del pensiero politico, cfr. Cazzaniga e Zarka [2001].

⁹ Petit-Renaud [2001, 113].

¹⁰ Cfr. Rigaudière [2003, spec. 175-341].

¹¹ Cfr. Galasso [1996, 135], secondo cui lo «Stato moderno» pur essendo una «categoria molto discussa» è tuttavia un concetto al quale «sarebbe difficile rinunciare in qualsiasi profilo della storia d'Europa».

¹² Rigaudière [2003, 209].

¹³ *Ibidem*.

uscirono a svilupparsi e rafforzarsi a tal punto da non essere travolte dalla «tempesta» culturale aperta, più tardi, dal pirronismo scettico rinascimentale e dal libertinismo erudito affermatosi nella «crisi» tra Sei e Settecento¹⁴. Movimenti, questi, che riuscirono a sorgere e a svilupparsi, ma in un quadro complessivo che nella sostanza non incrinò, ma al contrario – pur tra innegabili momenti di profonda crisi e di opposizione talvolta anche radicale al sistema – finì col rafforzare la vita nazionale e la ricchezza delle posizioni culturali e politiche che sostenevano la statualità¹⁵.

Lo stesso razionalismo cartesiano (il metodo che più d'ogni altro ha permeato il carattere della società francese fino a diventare un *habitus* mentale egemone), provocando una profonda faglia nell'ontologismo aristotelico e nella *forma mentis* modellata su di esso e ponendo perciò problemi teoretici eversivi dell'assetto sociopolitico del vecchio ordine¹⁶, finì col determinare in quel contesto un ulteriore rafforzamento della stabilità istituzionale e aprì la strada a una vera e propria «scienza dell'amministrazione», alla gestione razionale del territorio, al controllo dello sviluppo sociale¹⁷. Venne così aperta la via a strumenti di governo più rigorosi ed efficaci. Si affermò «l'abitudine al calcolo» e questo sempre più elevato grado di precisione e di dominio tecnico fu messo al servizio di un potente senso dell'organizzazione pubblica. Fu quest'ultima a favorire e sostenere lo spirito d'intrapresa individuale e lo «sviluppo del capitalismo commerciale»¹⁸, senza per questo incrinare l'*esprit de société*, che venne anzi a sua volta accresciuto e consolidato. Si determinò

¹⁴ Cfr. Mousnier [1959, 190-247]. Sul punto, cfr. anche Battista [1989].

¹⁵ Cfr. Galasso [1996, 119-65, spec. 162-4]. Sugli effetti della critica radicale al sistema nell'antico regime, cfr. Richet [1998, 107-22 e tutta la parte terza del volume].

¹⁶ Cfr. Hazard [1983, 164-8].

¹⁷ Su questo cruciale tema, cfr. per tutti Brian [1994].

¹⁸ Mousnier [1959, 4-5].

in tal modo un processo di civilizzazione socioculturale e politico-economica fondato su un diffuso «spirito delle istituzioni»¹⁹.

Tuttavia, ben oltre la splendida retorica delle formule politico-dottrinali assolutistiche che fiorirono dal secondo Duecento a tutto il Cinquecento e al primo Seicento, emerse, negli sviluppi successivi, l'interesse recondito e il programma politico dei *messieurs de robe*: erigere una macchina onnipotente e impersonale, governata, secondo procedure arcane e corporative, dagli apparati giurisdizionali e legittimata attraverso una geniale invenzione nel contempo giuridica, politica, istituzionale e religiosa: il diritto divino.

1.2. La formidabile invenzione del «droit divin»

Il principio della legittimazione del potere per diritto divino fu inteso in Francia come lo strumento più efficace per attuare appieno la dottrina della statualità secondo la quale il potere pubblico è inteso come entità autonoma *superiorem non recognoscens*. Nelle teorie costituzionali che si svilupparono tra Duecento e Cinquecento la *potestas* del re non si generava attraverso la mediazione dell'*auctoritas* pontificia romana, ma con un'investitura diretta di Dio. Il sovrano riceveva così uno specifico *munus* impresso sulla sua persona con la cerimonia di «sacra unzione» che si svolgeva durante l'incoronazione nella cattedrale di Reims²⁰. Il complesso e suggestivo rituale che si svolgeva in quel solenne e periodico momento «nazionale» era la potente rappresentazione simbolica di questa saldatura diretta tra il sovrano, rappresentante dell'intero *populus*, e la suprema *potestas*

¹⁹ Cfr. Elias [1988]; Richet [1998]. Sul concetto di *civilisation étatique* rinvio a Di Donato [1998a e 2002].

²⁰ Sull'importanza simbolica, psicologica e politica della cerimonia-rito d'incoronazione dei sovrani, cfr. Descimon e Guery [1989, spec. 194-5].

divina da cui egli traeva tutti i suoi poteri e i suoi doveri verso i suoi sudditi²¹.

Questa sofisticata operazione teoretica e ideologica produsse effetti assai penetranti in quanto riuscì a convogliare enormi energie psicologico-popolari sulla *royauté* e con essa sulle istituzioni pubbliche. Si determinò così lo sviluppo di una «religione civile» che viene indicata – anche nel mondo contemporaneo – come l'indispensabile collante di una società solida, governabile e ben ordinata²². Non a caso la reazione più energica al riscito tentativo dei giuristi di saldare sovranità regia e religiosità popolare venne dai teologi, «più ostili che mai contro i legisti», contro i quali scagliarono l'accusa di essere degli «idioti politici incapaci di prudenza», erigendosi nel contempo ad unici «filosofi morali» in grado di formulare «proposte moderate» e a loro dire sensate²³. Ma i giuristi vinsero la loro sfida. La «santità regale» si rivelò un formidabile e decisivo strumento nelle loro mani per lo sviluppo della statualità²⁴. Già tra la fine Cinquecento e l'inizio del Seicento «Dio, Sovrano e Stato» formavano in Francia una intangibile «Trinità» dalla quale dipese in larga misura «la sostanziale stabilità e continuità del potere regale»²⁵. Se ne può quindi concludere che nell'esperienza francese, teologia e diritto si fusero in un amalgama funzionale alle esigenze e agli interessi politici del

²¹ Cfr. Mousnier [2002, 117-8 e 133]: «Una volta incoronato e unto del sacro olio, il re rappresentava in tutto e per tutto Dio in terra [...]. Diventava l'immagine vivente di Dio in terra [...]. Ciò gli conferiva un immenso prestigio e rafforzava enormemente il suo potere [...]. Ne conseguiva per lui il dovere di trattare i propri sudditi con la stessa bontà e giustizia di Dio».

²² Cfr., con riferimento *ex contrario* alla infantile società (o pseudo-società) italiana, priva di questa «religiosità laica» soprattutto a causa di un rapporto d'ipocrita sottomissione alla «religione formale», catechistica, governata dalla Chiesa cattolica, Rusconi [1999].

²³ Cfr. Krynen [1991].

²⁴ Sul punto rinvio alle considerazioni svolte nel mio Di Donato [2002, par. 12, XCI-XCVI].

²⁵ Cfr. Tenenti [1987, 299-333 («Dio, Sovrano e Stato in Francia tra la fine del Cinquecento e la prima metà del Seicento»)].

ceto giuridico che li fece coincidere per larga parte con la costruzione del *Leviathan* statale²⁶.

La geniale invenzione del «diritto divino», oltre che a legittimare la sovranità regia senza ricorrere a mediazioni ecclesiali, servì anche a un altro scopo, di estrema importanza per gli *officiers*: rese possibile l'estinzione delle responsabilità dell'apparato giuspolitico e amministrativo e quindi costituì uno strumento per assicurare al *corps* dei funzionari pubblici un'azione giuspolitica sostanzialmente immune da ogni conseguenza contro di loro. Attraverso la schermatura del sovrano – che rispondeva dell'operato suo e dei suoi funzionari solo alla propria coscienza e a Dio – il ceto giuridico realizzò un gigantesco meccanismo istituzionale estintivo delle responsabilità dell'agire politico²⁷. Ciò favorì l'autonomizzazione dell'apparato dal potere diretto dei sovrani e determinò nel lungo periodo il primato delle istituzioni statuali sulla persona del re. La storia dello Stato moderno è eminentemente legata – al punto da identificarsi per larghi tratti – a questo processo di autonomizzazione dell'apparato, ossia al trionfo inesorabile dell'oggettività impersonale delle istituzioni sulla soggettività rappresentata dalla semplice *voluntas* arbitraria di un monarca²⁸. Luigi XIV, il sovrano francese più «assoluto», simbolo vivente di una sovranità paragonata, secondo un'immagine tradizionale già presente nel Cinquecento²⁹, al sole, non poté fare a meno di riconoscere questo principio costitutivo della realtà istituzionale del suo regno: «I re vanno via – sostenne nelle sue riflessioni sul mestiere di

²⁶ Molti spunti di grande interesse al riguardo nel volume collettaneo *Théologie et Droit* [1991].

²⁷ Sul punto, di estrema importanza in una ricostruzione politico-istituzionale della storia dello Stato, rinvio al mio *Di Donato* [2002, CII e CIX].

²⁸ Ivi, pp. CI-CIII. Per la descrizione del progressivo svuotamento delle prerogative personali del re a beneficio dell'apparato statale, cfr. Mousnier [2002, 89-181].

²⁹ Cfr. Descimon e Guéry [1989, 194].

re (1679) e confermò sul suo letto di morte –, mentre lo Stato resterà sempre»³⁰.

Dietro questa grande costruzione dell'*État* si cela la mano occulta degli *hommes de robe*, dei giuristi che con sapiente maestria e con insuperabile, machiavellica abilità riuscirono a legare indissolubilmente le sorti dello Stato all'emersione socioistituzionale del proprio *corps*, facendone il perno della vita pubblica³¹. In tal senso si può dire che la *civilisation étatique* divenne per il ceto giuridico la via maestra per la propria affermazione cetuale e corporativa³². Dalla stabilità e centralità delle istituzioni pubbliche, formalmente e simbolicamente imperniate sulla figura mitica e sacrale del sovrano e da essa legittimate, i giuristi trassero la principale fonte del loro potere e delle loro fortune.

Il diritto, identificato con lo Stato, si manifestava solo – come scrissero Nicolas De La Mare e l'*abbé* Dinouart – «per bocca dei magistrati», gli unici soggetti competenti e legittimati a «salire in cattedra» per parlare di affari pubblici³³. Ma di affari pubblici i magistrati si guardarono bene dal parlare *ad personam*. Essi privilegiarono sempre l'*esprit de corps* e parlarono sempre attraverso gli atti formali tipizzati delle istituzioni nelle quali operavano. La loro strategia corporativa e cetuale fu sempre legata alle istituzioni. L'*esprit de corps* fu sempre fatto abilmente coincidere con l'*esprit des institutions*³⁴.

In tal modo essi non si esposero mai alle responsabilità dell'agire politico, ma governarono l'apparato pubblico orientandone occultamente – nello stile dell'eminenza grigia – l'azione e le scelte: un metodo tipicamente «ecclesiastico», mutuato dalla dottrina del papato medievale. Si può vedere nell'azione della *robe* l'applicazione

³⁰ Mousnier [2002, 135].

³¹ Sul punto rinvio al mio saggio: Di Donato [2002, XCV].

³² Ivi, p. C.

³³ Delamare [1722, f. 284]; Dinouart [1989, 78-9].

³⁴ Cfr. Richet [1998].

più rigorosa dell'assunto, proclamato da Bonifacio VIII nella celebre bolla *Unam Sanctam* (1302), secondo cui

entrambe le spade sono in potere della Chiesa, ossia la spada spirituale e quella materiale; ma l'una viene gestita direttamente dalla Chiesa, l'altra in favore della Chiesa, l'una è in mano al sacerdote, l'altra in mano ai re e ai cavalieri, ma viene adoperata secondo la volontà del sacerdote e dietro sua autorizzazione. Pertanto l'una spada è sottoposta all'altra e l'autorità temporale deve essere sottomessa al potere spirituale [...]. Inoltre, dichiariamo che ogni creatura umana deve essere sottomessa al pontefice romano e affermiamo che questo è necessario alla sua salvezza³⁵.

In Francia la magistratura si pose rispetto al re proprio come il papa e la Chiesa si erano posti di fronte al potere politico imperiale. I giuristi francesi ripresero alla lettera quel modello e lo adattarono alla realtà che avevano di fronte. Il loro fu un tentativo di instaurare un governo mediato, occulto e depurato di ogni responsabilità: un *Léviathan caché*. Tuttavia nel costante confronto che si determinò tra il loro potere giurisdizionale e il potere politico incarnato dal re e dai suoi ministri, la mentalità dei giuristi subì profondi cambiamenti. Essi furono portati ad abbandonare sempre più la loro veste di «giureconsulti» per adattarsi all'emergente quadro statale che finì con il trasformarli in *officiers*, in funzionari al servizio di un grande progetto antropologico, politico, organizzativo della società.

L'esatto opposto di quanto avvenne nella disunita e disorganizzata penisola italiana, dove l'assenza di uno Stato e di uno spirito istituzionale unitario determinò nel ceto giuridico l'affermazione di un egoismo corporativo e di una mentalità formalistica e farisaica volta all'affermazione astratta di grandi valori e alla realizzazione di comportamenti pratici di segno del tutto opposto. Si determinò così quella disastrosa frattura tra valori e fatti

³⁵ Cit. in Fumagalli Beonio-Brocchieri [2000, 113].

che divenne il *quid* caratteriale radicato sia delle *élites* sia delle popolazioni stanziato nelle diverse aree regionali. Quanto più venivano esaltati nella roboante retorica verbale i valori tanto più si aveva il gusto di disattenderli nella pratica sociale e individuale. Il giurista italiano divenne un raffinato campione della «dissimulazione onesta» e incarnò in sé, nella propria attività, nella propria dottrina e nella propria mentalità tutti i maggiori vizi del carattere peninsulare.

Certo non va né omesso né sfumato il fatto che anche di là dalle Alpi il processo di omologazione del ceto giuridico al progetto politico statale fu lungo, accidentato e tutt'altro che lineare; fu anzi caratterizzato e scandito da momenti di acceso conflitto tra giuristi e potere politico con punte di crisi che rischiarono di distruggere l'intero edificio statale. Neppure in Francia fu facile ricondurre i *legum doctores* a un quadro di compatibilità della loro *Scientia* con il progetto moderno della civiltà statale. Ma, se si guarda retrospettivamente con sguardo scevro da ogni pregiudizio, si constata che ciò che alla fine si affermò in quel contesto sociopolitico – e che perfino la Rivoluzione accentuò – fu la «statualità» come valore condiviso da tutti, anche dai giuristi che, con il loro prezioso bagaglio tecnico, svolsero un ruolo di primo piano nella costruzione e nell'evoluzione della «macchina» pubblica e contribuirono non poco all'affermazione di quell'indipendenza e laicità delle istituzioni che ancor oggi solidamente caratterizzano l'esperienza sociopolitica transalpina.

Fu questa la tipologia fondamentale dello Stato e della «statualità» nell'esperienza francese, un modello che divenne un'esperienza di riferimento per tutte le principali realtà «monarchico-assolute» in Europa, come notò Montesquieu nei suoi celebri resoconti di viaggio³⁶. Quello francese fu dunque uno Stato costruito dai giuristi³⁷ e da

³⁶ Per una riflessione sul giudizio «comparativo» di Montesquieu durante la sua permanenza italiana, cfr. il mio saggio: Di Donato [1998b].

³⁷ Sul contributo dei giuristi alla costruzione dello Stato, cfr. Padoa-Schioppa [1999].

essi governato – ovviamente con variazioni, anche significative, a seconda delle epoche e delle vicissitudini storiche – mediante l'uso degli strumenti della giurisdizione. Un carattere, questo, che fece pervenire un grande *juris doctor* e *leader* della *robe* nella seconda metà del Settecento, l'*avocat* Louis-Adrien Le Paige, alla orgogliosa conclusione che la *jurisdictio* fosse il vero cuore pulsante dell'intero «corpo politico» dello Stato. La magistratura, che era l'unica istituzione legittimata ad esercitarla, era «nata simultaneamente alla monarchia», ossia allo Stato medesimo. Il *Parlement*, massima espressione socioistituzionale del ceto giuridico, non poteva essere considerato, dunque, un'articolazione istituzionale della *Respublica*, ma ne formava il nerbo, identificandosi con l'*État* e con la *civilisation* che esso veicolava e propugnava. Per i *robins* l'intero «ordine giuridico» francese era fondato su un «diritto natural-parlamentare». Pertanto *Monarchie* e *Magistrature* essendo nate insieme erano destinate a dimorare insieme e insieme a cadere: *simul stabunt, simul cadent*³⁸.

Pur essendo evidente nelle parole di Le Paige l'intento iperbolico e polemico finalizzato alla lotta politica, nel suo tempo particolarmente accesa tra magistratura e corona, la sua posizione coglieva indubbiamente un aspetto reale. E l'esito della *Révolution*, con l'annientamento e della monarchia e dell'illimitato potere dei *robins*, avrebbe dimostrato che la provocazione dell'*avocat* era stata fondata su un'analisi molto ragionata e che essa, per quanto condita ad arte con numerosi elementi immaginari o mitico-legendari – per altro sapientemente intrecciati con altri frutto di una ineguagliabile erudizione storica e di sconfinata perizia giuridica –, aveva colto, per gli aspetti essenziali, nel segno.

Fatte le debite differenze di contesto, di metodi e di obiettivi, la recente storiografia medievistica è giunta a

³⁸ Un'ampia disamina della genesi teoretico-ideologica e degli effetti politico-istituzionali della visione lepaigiana nel mio Di Donato [2003, spec. 173-389 e 550-3 (sul «diritto natural-parlamentare»)].

conclusioni non molto lontane da quelle del battagliero e ostinato avvocato parigino del Settecento. Gli autori delle ricerche di maggiore entità sulla Francia medievale sono oggi propensi a sottolineare quel profondo carattere giuridico-istituzionale nella formazione dello Stato³⁹. Il periodo cruciale è individuato nella seconda metà del Duecento e nella prima del Trecento⁴⁰. Se mai «nel corso della storia di Francia, il potere regio sia stato esaltato in modo così sistematico come nei cinquant'anni che seguono la morte di San Luigi», altrettanto può dirsi sul fatto che la nozione di «sovranità» – e naturalmente il suo esercizio concreto – inizi già in quegli anni a essere considerata indipendente dalla «persona dei re»⁴¹. Perciò quando «pamphlettisti e pubblicisti, laici ed ecclesiastici, dissertano senza sosta su questi temi» lo fanno facendo prevalere «la nozione di Stato» e «l'idea che essa rappresenta, simbolizzata dall'attributo maggiore della regalità: la corona»⁴².

La costruzione del potere sovrano, laico e indipendente, segue dunque in Francia un costante sviluppo dal Medioevo all'Età moderna senza soluzioni di continuità⁴³. La profonda simbiosi tra istituzioni e società si radica in un complesso, ma inesorabile processo di «sottomissione degli interessi privati all'interesse generale»⁴⁴. La «legge

³⁹ Cfr. Krynen [1993]; Rigaudière [2003].

⁴⁰ Come – è giusto ricordarlo – riteneva già quarant'anni fa un grande studioso italiano di teorie e d'istituzioni politiche, Gianfranco Miglio, che dello Stato fu irredento «nemico», ma comprendendone, da acutissimo osservatore, gli aspetti fondamentali. Cfr. ora gli scritti più significativi sull'argomento in Miglio [1988].

⁴¹ Carpentier [1970, 186].

⁴² *Ibidem*.

⁴³ Su questa genesi dello Stato moderno dalle premesse teorico-pratiche medievali, resta di grande utilità il classico di Strayer [1975]. Cfr. anche Guénée [1967]; Mayali [1992]; Krynen [1993]; Kerhervé [1998]; Rigaudière [2003]. La tesi di Strayer è stata messa in discussione, ma con argomenti a mio giudizio non persuasivi, da Beaud [2002], che identifica la nascita della sovranità statuale «moderna» solo con l'opera di Jean Bodin. Cfr., al riguardo, *infra*, nota 75.

⁴⁴ Petit-Renaud [2001, 84-91].

del re» è lo strumento-principe con il quale si «privilegiano gl'interessi del popolo e del regno» su tutti gl'interessi privati inclusi quelli personali dello stesso sovrano⁴⁵. Il concetto di *utilitas* viene in tal modo convogliato verso la prevalenza dei «biens publics à l'usage de tous» e la motivazione che sorregge gli atti pubblici in generale è sempre suffragata da un esplicito riferimento all'interesse generale e solo eccezionalmente al «profit particulier du roi»⁴⁶. Quest'ultimo – e i suoi *conseillers-juristes* – assumono come loro «missione specifica di salvaguardare la *res publica*» e ogni decisione legislativa trova in questo scopo precipuo il «suo fondamento»⁴⁷. Il valore fondamentale della «patria» è richiamato costantemente negli atti sovrani e segnatamente negli atti legislativi⁴⁸.

La vicenda storica francese va perciò a identificarsi per tanti versi con «una storia statale in costante dilatazione»⁴⁹. E questa «dilatazione» progressiva dello Stato è contemporaneamente «dilatazione» progressiva del corpo dei giuristi e delle istituzioni giudiziarie, sempre più caratterizzate come istituzioni di natura politica. Osservata da questa prospettiva «la precoce e lenta formazione dello Stato moderno»⁵⁰ assume nell'esperienza transalpina le sembianze di un gigantesco *Leviathan* sommerso dominato dai giuristi-politici.

La preoccupazione principale di questo «grand corps de l'État»⁵¹, vale a dire dell'ossatura su cui prese forma l'intera organizzazione sociopolitica, fu costantemente di qualificare il potere regio non come semplice *potentia* (ossia come un puro dato di fatto basato sulla forza del principe), ma come *potestas* ordinata (ossia come una «costruzione giuridica tale che il suo esercizio obedisce

⁴⁵ Ivi, p. 89.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Ivi, pp. 98-9.

⁴⁸ Ivi, p. 72.

⁴⁹ Krynen [2004, 433].

⁵⁰ *Ibidem*. Cfr. anche Krynen [2009].

⁵¹ Autrand [1981].

a principi e regole che imponessero obblighi e limiti»)52. La determinazione di questi obblighi e limiti all'esercizio del potere costituì la pertinace rivendicazione degli *hommes de robe*, sulla base dell'assunto – che è stato sempre il nerbo dell'ideologia giuridica francese in ogni tempo – che «lo Stato non è altro che il nome che si dà al potere politico quando si esercita in una certa forma», che è, per l'appunto, «la forma giuridica»53.

Fu questo il postulato costitutivo sul quale – per riprendere una bellissima e assai chiara espressione usata dal *président* Durey de Meinères, uno dei maggiori esponenti della *robe parisienne* nel Settecento – tutta l'«échafaudage»54 (alla lettera: «impalcatura») ideologica dei giuristi e *hommes d'État* si fondò. E questo è anche il motivo determinante per cui si può definire la struttura statale francese come una forma di Stato che fu nel contempo assolutistica e costituzionale; una *monarchie* e contemporaneamente una *république des robins*. *République* che si servì della *monarchie* per affermarsi e dimorare nel tempo. Il costituzionalismo togato fu, naturalmente, assai diverso dal pensiero costituzionale e dalla prassi istituzionale che si affermò con la Rivoluzione55, pur essendovi tra i due «regimi» più analogie di quanto la storiografia di solito riconosca. La «constitution» dei *robins* si fondò sulla struttura monarchico-assolutistica, si sviluppò grazie alla legittimazione teologico-giuridico-istituzionale (fondata sul concetto di *Tradition*), operò e prese forma concreta attraverso la giurisdizione degli apparati magistratuali. Gli obblighi e i limiti più efficaci al potere dei sovrani e dei loro organi ministeriali furono determinati di fatto, nel contesto della monarchia assoluta, dall'azione di controllo e dai provvedimenti emanati dalla magistratura (in ultima istanza) parlamentare.

52 Goyard-Fabre [1997, 2].

53 Troper [1998a, 170-1].

54 Bibliothèque Nationale de France, *Fonds français*, «Cabinet du Président Durey de Meinères», ms. 7559 III, c. 3r.

55 Sul quale, da ultimo, Martucci [2001].

Non a caso, sulla scorta dell'esperienza «assolutistica» di Luigi XIV, la Rivoluzione tentò di scardinare lo strapotere di quegli apparati sostituendoli con altri apparati tecnocratici interamente dominati dal potere politico⁵⁶. Un progetto che solo in parte e per un tempo limitato si riuscì a tramutare in realtà; ma al prezzo – molto elevato – di una sensibile compressione della libertà⁵⁷.

2. *Dall'apologia dottrinale alla costruzione dell'idealtipo*

L'esperienza francese, riguardo all'organizzazione delle istituzioni politiche e della società, gode, dunque, nell'Età moderna di una posizione in un certo senso privilegiata, consistente in una sorta di «modello» destinato a fungere da punto di riferimento per molte realtà del «Vecchio Continente» (e non solo). È una costante durata per diversi secoli che il «royaume des lys» sia stato diffusamente considerato un progetto socioistituzionale da emulare o quantomeno una realtà politica con cui obbligatoriamente confrontarsi.

Le fonti pullulano di brani in cui si magnificano le «sorti» e le «virtù» congenite, di origine divina, del regno di Francia. Soprattutto i giuristi, gli uomini di Stato e i commentatori di «cose politiche», già a partire dal secondo Duecento e dal primo Trecento (si pensi solo a Jean de Paris) e con un forte incremento nel corso del Cinquecento, producono una splendida letteratura retorica – si può ben dire «agiografica»⁵⁸ – per esaltare «la più perfetta tra le forme di governo» e il più sicuro e stabile «organismo» sociale e politico che una *civilisation* avesse saputo creare. «Tutti convenivano su una precisa

⁵⁶ Cfr. Richet [1969]. Per l'osservazione della continuità amministrativa e istituzionale tra antico e nuovo regime, cfr. Mannoni [1994-1996].

⁵⁷ Sull'evoluzione del rapporto tra potere dei giuristi e potere politico nei decenni successivi alla Rivoluzione, cfr. Arnaud [1993].

⁵⁸ Cfr. Fumaroli [1994].

nozione dello Stato inteso come personificazione giuridica e morale della nazione, come ente ideale e permanente titolare della sovranità»⁵⁹.

Basta, al riguardo, leggere Charles Loyseau, (non a caso un) giurista che più di tutti condensa nei suoi trattati, all'inizio del Seicento, una sintesi esplicita e chiara sulla natura del sistema politico-istituzionale francese:

Il regno di Francia è la migliore monarchia stabilita che vi sia e che mai vi sia stata al mondo, essendo in primo luogo una monarchia regia e non signorile: una Sovranità perfetta, nella quale gli stati non hanno alcuna parte, attribuita dalla legge fondamentale dello Stato per successione e non per elezione, [...] mai alle donne, bensì ai maschi più prossimi⁶⁰.

Molti altri autori seguono questa linea, teorica e ideologica, che punta sull'identificazione tra Stato e forma monarchica di Stato. Magnificare lo Stato significava necessariamente, anzi propedeuticamente, esaltare i re. Si può dire che la dottrina giuridico-politica componga, in sfumature ovviamente differenziate, i caratteri di un unico gigantesco trattato «pour Un» a favore della convergenza di tutti i poteri sulla persona sacra dei re⁶¹. Questi ultimi – scrive un altro trattatista contemporaneo di Loyseau – vengono elevati ad «eroi», a «semidei» che hanno

l'onore di essere alla testa dei re dell'intera cristianità [...], di essere dei Soli, non delle semplici e basse stelle [...], di essere dei mari di grandezza e degli oceani di dignità e magnificenza. Sono le loro Virtù che li hanno portati progressivamente a questo sovrano teatro d'onore; e in particolare i doni di cui Dio ha voluto munirli non sono comuni agli altri Re; sono le meraviglie che rendono i Re di Francia stupefacenti agli occhi dei più lontani Re del mondo⁶².

⁵⁹ Mousnier [2002, 114].

⁶⁰ Loyseau, *Traité des seigneuries* (1608): cfr. Descimon e Guéry [1989, 209].

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² Duchesne [1609, 2-3].

Si possono considerare testi di questo tipo – come spesso è stato fatto – solo come manifestazioni del tradizionale orgoglio nazionalistico che darà luogo al proverbiale sciovinismo transalpino? E per converso, fino a che punto bisogna credere alla «rhétorique absolutiste» sfoderata dai giuristi, naturalmente campioni della legittimazione del potere e specialisti delle costruzioni dottrinali fondate sull'*artificium dicendii*?⁶³

In realtà, l'insistenza sul carattere religioso, o ancor meglio divino della *royauté* è frutto di una concezione della *République* produttiva di effetti polivalenti. Per un verso non vi è dubbio che essa produca un discorso retorico fondato su una *fictio juris* e sulla calcolata costruzione di un mito, il mito, appunto, dello Stato⁶⁴. E parimenti non vi è dubbio che l'apologia incondizionata della regale persona servì a mascherare le «redoutables ambiguïtés dont la monarchie n'arrive jamais à sortir»⁶⁵. Il «dogma dell'unione consustanziale del re e del regno», convergente nella celebre metafora del matrimonio tra *Souverain* e *République*⁶⁶, comportò inevitabilmente la restrizione di tutte quelle «identità che aspiravano all'alterità»⁶⁷. Così come appare evidente che «la celebrazione del corpo storico del re» sia funzionale a una «trasposizione della struttura del corpo teologico nel campo politico» in modo da determinare *de facto* un «assorbimento» della sfera istituzionale nella dimensione inafferrabile, e quindi per definizione sottratta a ogni controllo, del trascendente⁶⁸. Con la conseguenza, secondo alcuni, che questa «natura teologico-politica del governo monar-

⁶³ È necessario cioè riflettere con un supplemento di attenzione sul problema d'interpretazione storiografica opportunamente sollevato da Descimon e Guéry [1989, 210], i quali hanno segnalato il rischio che «le grand œuvre des juristes, fausse conscience qui viendrait amplifier nos propres illusions, risque bien de duper l'historien».

⁶⁴ Cfr. Cassirer [1946]. Cfr. anche Ritter [1958].

⁶⁵ Descimon e Guéry [1989, 240].

⁶⁶ Descimon [1992].

⁶⁷ Descimon e Guéry [1989, 237-8].

⁶⁸ Marin [1981].

chico», dando luogo a una irrisolta e funesta ambiguità, determini di per sé un'indifferenza all'alto «costo sociale» comportato dall'esercizio del potere. Di qui l'impossibilità d'identificare la funzione pubblica costruita nello Stato di antico regime con l'idealtipo weberiano della moderna struttura politico-economico-istituzionale fondata sull'efficacia degli strumenti amministrativi⁶⁹.

Questa considerazione ha portato alla formulazione di una più generale domanda che si sostanzia nel «sapere se la costruzione dello Stato» di antico regime abbia determinato (e in che misura) lo «sviluppo economico e commerciale della Francia» o se questa «via francese» alla «modernizzazione» (intesa obbligatoriamente tra virgolette) non sia stata piuttosto di freno e d'ostacolo a un autentico progresso socioeconomico⁷⁰. È una questione di grande interesse, non solo squisitamente storiografico, tutt'ora aperta.

Ma, per un altro verso, non si può negare che la sacralizzazione della figura del sovrano sia anche la diretta conseguenza di una precisa e convergente strategia discorsiva e prettamente politica che è – logicamente e praticamente – propedeutica a una potente azione organizzativa tanto nella società quanto nell'apparato istituzionale. Nelle condizioni reali della Francia post-medievale quest'azione non poteva che svilupparsi intorno alla figura del sovrano, sul quale volutamente fu proiettata l'immagine simbolica dello Stato-Nazione. La divinizzazione del monarca non fu quindi prevalentemente funzionale all'edificazione di un sistema di potere sganciato da ogni forma di controllo e di limitazione, sideralmente lontano dalla società. Comunque non fu questo l'effetto più duraturo e importante che produsse. Essa contribuì, invece, potentemente alla costruzione di un ordine del discorso politico, funzionale a una poderosa acculturazione

⁶⁹ Descimon [1997, 77].

⁷⁰ Ivi, pp. 92-3. Sul punto, efficacemente, Scognamiglio Cestaro [2008, 129-33].

dai caratteri unitari. Come si sarebbe potuta realizzare, senza la centralizzazione dello Stato «assoluto», l'unità linguistica del paese? E il sistema fiscale? E l'organizzazione militare? E l'apparato amministrativo e giudiziario? E l'ordine giuridico positivo, ossia un sistema normativo efficace che riuscì a portare nell'ambito del *droit écrit* persino le *coutumes*?

L'asserzione secondo la quale questi risultati si sarebbero potuti ottenere con minor costo sociale resta indimostrabile e in ogni caso esula dal campo dell'indagine rigorosamente storiografica per entrare in quello, assai più rarefatto, degli indirizzi politici e delle aspirazioni ideali. L'osservazione comparata dello sviluppo dello Stato e della società su di (e da) esso modellata ci mostra inequivocabilmente che il trionfo del modello transalpino fu un fenomeno storico denso di effetti di primaria importanza che altri paesi realizzarono (quando riuscirono a realizzarli) con più lentezza e minore efficacia di risultati.

Fu, insomma, il processo di centralizzazione politico-istituzionale a favorire in Francia quella forma di civilizzazione che chiunque metta piede nell'esagono – oggi come cinque o sei secoli fa – immediatamente percepisce. Fu la *civilisation étatique*⁷¹.

Ora, se si vogliono studiare e comprendere appieno la genesi e le matrici culturali di quel processo, la letteratura agiografica sui re assume un rilievo fondamentale. Quella che a noi oggi può apparire un'acritica e prona sottomissione a un monarca, compiuta mediante espressioni bolse e ridondanti, è invece perfettamente comprensibile nella temperie politica e culturale della prima Età moderna, nella quale i contemporanei non avevano ancora di fronte a loro strutture politiche e istituzionali solide e corroborate, ma avvertivano profondamente il bisogno di realiz-

⁷¹ Sulla divinizzazione della figura del sovrano e i suoi relevantissimi effetti sociopolitici, il rinvio d'obbligo è naturalmente a Bloch [1989]. Sul concetto di *civilisation étatique*, elaborato a partire dal classico di Elias [1988], cfr. *supra*, cap. I, nota 48.

zarle. Puntare sull'esaltazione incondizionata del sovrano era, in quel contesto, il mezzo più diretto per costruire intorno a un centro di gravità permanente quella sicurezza e stabilità nelle quali essi vedevano i valori sociopolitici più importanti e urgenti, propedeutici al benessere e al progresso. Di qui la necessità di blindare l'apologia regalistica mediante l'identificazione del monarca con la Suprema Autorità trascendente.

I re, scrive un altro scrittore politico all'inizio del Seicento:

sono stati chiamati «Dei», dal momento che essi sono, nella loro potenza, l'immagine di Dio; «Maestri», per l'obbedienza che i sudditi devono loro; «Signori», in quanto proprietari dei beni e delle vite degli uomini loro soggetti; «Sovrani», non avendo nessuno sopra di loro; «Protettori», per essere scudo e baluardo contro i pericoli [...]. Era necessario che i Re esistessero poiché noi non sappiamo esistere senza di loro, ed era indispensabile che noi li avessimo, poiché senza i Re la vita umana non sarebbe che confusione e disordine. Essi sono stati elevati al di sopra degli uomini, allo stesso modo di Dio che sta al di sopra degli Angeli. [...] Il mondo non può esistere senza i Re. È come una seconda anima dell'universo, un'architrave che sostiene il mondo⁷².

Se si valutano con attenzione fonti di questo tipo, reinserendole correttamente nell'ambito da cui emergono, si giunge alla conclusione che il «sistema costituzionale della monarchia assoluta» –secondo l'espressione adoperata già da Olivier Martin⁷³ – in formazione nella Francia del tardo Cinquecento anticipa già nei fatti ciò che il *Leviathan* hobbesiano avrebbe non molto più tardi (1651) sistemato al livello teorico-dottrinale⁷⁴. E del resto, a parte la geniale immagine biblica del mostro marino trasfigurata dal grande filosofo di Malmesbury, non descrive

⁷² Du Boys [1604, 14 e 21-3].

⁷³ Olivier-Martin [1997, 17-192].

⁷⁴ Cfr. Descimon e Guéry [1989, 238].

forse già una «*machina perfecta*» Jean Bodin nei *Six livres de la République* (1576)?⁷⁵

3. *Lo Stato-macchina: un congegno desacralizzato?*

L'identificazione tra «Stato» e «macchina» è frutto di una precisa visione del mondo e della società secondo la quale l'organizzazione civile è appunto uno stabile congegno complesso che è frutto di molteplici equilibri e di numerose procedure tanto normativo-positive quanto convenzionali e consuetudinarie. Il funzionamento della «macchina-Stato» è quindi legato non solo alla produzione di norme, ma alla formazione e al consolidamento di una mentalità diffusa tra gli attori-protagonisti della *vita activa* all'interno dello spazio politico costituito e delimitato dall'esistenza dello Stato medesimo. Tutto ciò era ben chiaro ai giuristi e ai teorici francesi del Cinquecento e *in nuce* già nei due secoli precedenti.

Nella teoria giuridica contemporanea, a partire da Carl Schmitt, questa concezione retrospettiva dello Stato, inteso come *machina machinarum*, è divenuta un *topos* della riflessione politologica, ma – paradossalmente – la dottrina giuridica ha proceduto recidendo, con una netta cesura, il collegamento con quelle originarie radici e puntando tutto sulla discontinuità determinata dalla svolta rivoluzionaria⁷⁶. Recentemente il tema è stato ripreso, in un importante «Colloquio» dedicato proprio al concetto di *machina* nel pensiero occidentale, da Natalino Irti⁷⁷, che ha insistito sull'«artificialità meccanica» dell'organismo

⁷⁵ La «svolta» costituita dalla *summa* bodiniana sulla concezione dello Stato e della sovranità, non è a mio avviso, come sostiene Beaud [2002, 19-188 (cfr. *supra*, nota 43)], *determinata*, ma *descritta* dal capolavoro del giurista angevino.

⁷⁶ È diffusa la tendenza tra gli studiosi – anche i più autorevoli – di teoria e di scienza politica o di diritto pubblico a ritenere che la storia costituzionale prenda avvio solo con il 1789. Cfr. per tutti Sartori [1995, spec. 13-31].

⁷⁷ Irti [2004b].

statuale in rapporto a una condizione umana di «originaria naturalità». Anche Irti s'inscrive in questa falsariga della discontinuità, il cui segno più evidente sarebbe la perdita di sacralità dello Stato. In quanto «apparato di congegni tecnici e procedure funzionali», lo Stato-macchina non avrebbe più «alcuna impronta di sacro». Esso sarebbe invece caratterizzato da una dimensione «tutta profana e secolare» e si contrapporrebbe alla «regalità» che «serviva ancora a stabilire un rapporto fra l'ordine civile e Dio»⁷⁸.

Questa visione osserva le cose dalla prospettiva dello Stato contemporaneo, quella cioè secondo cui con «la fine della regalità» (ossia con l'età delle rivoluzioni al termine del XVIII secolo) si determina la vera «morte di Dio» e «lo Stato cade per intero nel potere della volontà umana»⁷⁹. Da quel momento il trono diventa, e per sempre, «vuoto»⁸⁰.

Ma una impostazione di questo tipo – pur avendo dalla sua molti elementi di realtà – non rende fino in fondo ragione del profondo legame teorico e culturale che l'idea dello Stato come «prodotto» della pura artificialità umana ha contratto con l'esperienza teorico-pratica che caratterizza la vicenda statale «moderna dell'antico regime». L'osservazione dell'esperienza francese può essere da questo punto di vista molto utile alla riflessione. I giuristi e teorici francesi dello Stato non s'illudevano affatto che lo Stato fosse dato «per natura». Sapevano perfettamente che esso costituiva una «creatura», ossia una entità artificiale costruita dalla ragione (e dagli interessi) dell'uomo. E ritenevano che l'unica razionalità capace di pervenire a quel risultato fosse data dai «lumi del diritto», ossia da quell'enorme bagaglio di materiali e di procedimenti consolidati che davano luogo, attraverso una tecnica da loro elevata ad attività divina, a una pre-

⁷⁸ Ivi, pp. 309 e 314.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ *Ibidem*. Cfr. Viola [1989].

cisa e identificabile *forma mentis*, quella del *legum doctor*, dell'esperto di cose giuridiche.

Questa razionalità giuridica che dà luogo alla creatura artificiale dello Stato è appunto una razionalità che agisce in condizioni di esclusività e di monopolio di un particolare ceto socioistituzionale: per l'appunto i giuristi. La formazione dello Stato è quindi inscindibile dal *corpus* dottrinale che nutre l'ideologia giuridica e che quest'ultima contribuisce, a sua volta, a rafforzare e ad ampliare⁸¹. E questa identificazione tra ideologia-interessi del ceto giuridico e costruzione monarchico-giurisdizionale-costituzionale dello Stato-macchina, lungi dall'essere totalmente desacralizzata, passa invece proprio attraverso un processo di radicale sacralizzazione.

Lo Stato moderno, inteso come apparato-macchina nel quale ogni procedura è regolata dall'interpretazione dei giuristi, è legittimato da una duplice investitura religiosa: per un verso il diritto divino dei re, «unti» e quindi voluti dalla Volontà Suprema del Creatore; per un altro il diritto divino dei giuristi, chiamati dall'Altissima Sapienza a entrare negli impenetrabili arcani dell'*ordo juris* e a irradiare al mondo i veri Lumi della Ragione Civile. Il processo di costruzione dello Stato non è dunque affatto alternativo al processo di sacralizzazione, ma identificandosi con quest'ultimo, arriva anzi a costituirne il vertice. «In Francia», com'è stato scritto di recente in una condivisibile sintesi, «la *religio* si trasferì dalla metafisica alla socialità»⁸². E se la figura del re realizzò la mediazione tra l'ordine civile e l'Ordine Celeste, tra Umano e Divino, essa lo fece alle condizioni e con le modalità determinate dal sapere giuridico. Proprio da questa «sacralità», i giuristi trassero per secoli, fino a quando Illuminismo e Rivoluzione non ne erosero e infine distrussero le basi, la legittimazione propria, dei propri re e del proprio apparato istituzionale. Appunto per questo, quando con la

⁸¹ Cfr. Padoa-Schioppa [1999].

⁸² Ajello [2009, 261-4].

Rivoluzione si decise di sopprimere ogni potere politico insito nella giurisdizione si dovette necessariamente partire dall'attacco contro la sfera religiosa⁸³ e tentare di costruire una sacralità totalmente laicizzata e in tutto alternativa a quella esistente, troppo compenetrata con i valori giuridico-politici della *royauté*.

Fare il punto sulla complessa tematica dell'organizzazione politica e sociale nella Francia moderna significa imbattersi necessariamente nella connessa questione della natura e della struttura dello Stato monarchico-assoluto. La questione principale può essere formulata così: lo «Stato assoluto» deve (o almeno può) essere considerato come la forma di Stato necessaria per pervenire alla forma evoluta di organizzazione socioistituzionale del potere che identifichiamo con lo «Stato moderno»?⁸⁴

Certo *État* e *royauté* appaiono come due entità concettualmente distinguibili, ma indissolubilmente intersecate tra di loro nella pratica del sistema⁸⁵. Ciò implica oggi la necessità di leggere il fenomeno della nascita e dello sviluppo della forma-Stato da molteplici punti di osservazione, considerando gli aspetti tanto politico-materiali (istituzioni, ordinamenti giuridici, rapporti economici) quanto socio-culturali (mentalità sociali, strutture antropologico-parentali, acculturazione religiosa).

Per drenare i diversi e articolati elementi che il nostro argomento presenta verso una prospettiva che aspiri nel contempo a una esposizione nitida e sintetica dei nuclei problematici suscitati dall'emergere del fenomeno statale fra Tre e Settecento, sembra utile far convergere nel discorso due linee tra loro strettamente complementari e intersecate. Poiché la «storia» non è conoscibile che attraverso la ricostruzione storiografica⁸⁶, una ricognizione

⁸³ Cfr. Merrick [1990].

⁸⁴ Cfr. Descimon e Cosandey [2002].

⁸⁵ Sull'importanza metodologica determinante dell'osservazione storiografica fondata sulla *pratique du système*, cfr. Richet [1998, 61-122].

⁸⁶ Su questa complessa tematica, di natura assieme teoretica e storiografica, cfr. Galasso [2000].

dei principali problemi storici è possibile solo se essa è dichiaratamente anche un *excursus* dei principali assi interpretativi determinati dalla storiografia.

4. *Momenti e problemi storici e storiografici dello Stato*

Senza pretendere di svolgere in questa sede una trattazione sistematica per singoli punti, è utile tracciare un rapido schizzo dei principali elementi strutturali che caratterizzano l'entità Stato nell'esperienza francese, ossia nella realtà nazionale che più di ogni altra si è modellata su questa tipologia organizzativa del potere e della società. Una disamina dei più importanti fenomeni che emergono dall'osservazione della vicenda dello Stato può coagularsi intorno a tre linee problematiche fondamentali.

1. *La genesi dello Stato.* Su questo fondamentale problema la storiografia è divisa tra due orientamenti principali. Da un lato vi è l'idea che per rintracciare i nuclei originari della formazione e dello sviluppo delle strutture politico-istituzionali che vengono tradizionalmente indicate come elementi indispensabili dello «Stato» occorra risalire oltre le barriere fissate dalla tradizionale periodizzazione che separa con una cesura netta il «Medioevo» dall'«Età moderna». Secondo questa linea, definita «evolutiva», lo «Stato moderno» ha avuto una gestazione assai più complessa, profonda e diluita nel tempo di quella compresa nella specificazione classica di «antico regime». Vi sono quindi delle «radici» o «origini» medievali dello Stato moderno⁸⁷. L'altro punto di vista sottolinea, all'opposto, l'incommensurabile «discontinuità» tra la «sovranità medievale» definita «ante-statale» e la «sovranità sta-

⁸⁷ Lo studio più rappresentativo in questo senso è Strayer [1975]. È curioso ma al tempo stesso significativo che la traduzione italiana di questo splendido classico della storiografia costituzionale anglofona abbia soppresso l'aggettivo «medievale» dal titolo, che si presenta quindi come le (vaghe) «origini dello Stato moderno».

tale moderna»⁸⁸. Questa visione mantiene la tradizionale periodizzazione rigida, distinguendo nettamente tra Medioevo ed Età moderna.

Pur propendendo decisamente per la tesi della continuità e delle origini medievali dello Stato moderno, a mio avviso questa disputa è ormai superabile. E proprio il caso francese ci indica che l'emersione del fenomeno-Stato è in realtà un processo, che come tutti i processi storici presenta percorsi tortuosi, non di rado ricadute all'indietro e talvolta accelerazioni fulminee e grandi balzi in avanti. Mai come in questo caso si tocca con mano l'interazione fra teorie e pratiche. Tutto il problema si può ridurre alla necessità di scoprire se la dottrina dello Stato ha determinato il fenomeno o ha descritto un fenomeno materiale in atto.

In realtà la nascita e lo sviluppo dello Stato moderno in Europa assomiglia molto alla questione – tornata di recente attualissima nell'«Italia senza Stato» – dello statuto ontologico dell'embrione. Quando, in che momento preciso si può, per l'embrione, parlare di vita? Quando – si chiedono gli storici – in che momento preciso si può asserire che si sia formato lo Stato moderno? Le tesi scientifiche più sensate sembrano essere quelle che vedono lo sviluppo embrionale come un processo nel quale solo convenzionalmente è possibile stabilire un preciso momento nel quale si realizzerebbe il passaggio da un agglomerato di cellule a un essere vivente munito di apparato neurovegetativo. Come ha ricordato recentemente Emanuele Severino, l'embrione è un uomo in potenza⁸⁹. Allo stesso modo si può dire che lo Stato medievale non sia che lo Stato moderno in potenza. È lo Stato nel suo momento di formazione, nel suo momento embrionale. Sarebbe allora il caso di evitare dispute puramente accademico-linguistiche e parlare semplicemente di «Stato»,

⁸⁸ Cfr. Beaud [2002]. Cfr. *supra*, note 43 e 75.

⁸⁹ In diverse occasioni tra cui *Perché l'embrione-persona è la negazione dell'uomo*, in «Corriere della Sera», 16 maggio 2005, p. 10.

senz'aggettivi qualificativi che ne amputino, logicamente e cronologicamente, il processo. Vanno invece colte le sfumature di un fenomeno complesso che si articola sul duplice piano dottrinale e politico. La migliore formula storiografica è forse allora quella che pone l'accento più che sullo «Stato», come struttura politico-giuridica, sul processo socio-istituzionale di civilizzazione imperniato sulla «statualità» come forma di organizzazione del potere e della società in funzione di garanzia dei diritti e di rispetto dei doveri da parte dei soggetti che ne fanno parte. Come ricordava Strayer, nel mondo di oggi «la peggior sorte che possa toccare a un individuo è quella di essere “senza Stato”». Perché se un individuo «è senza Stato, allora non è niente. Non ha diritti né garanzie, e scarse possibilità per una attività proficua. Non vi è insomma salvezza sulla terra al di fuori dello Stato»⁹⁰.

2. *L'espansione degli apparati*, con le sue inevitabili conseguenze istituzionali, sociali, politiche, economiche, militari e giuridico-amministrative:

a) la connessa centralità acquisita dal ceto giuridico degli *officiers* (funzionari e magistrati) e dei *commissaires* (intendenti e governatori);

b) il relativo bagaglio tecnico e ideologico da parte di questo potentissimo gruppo sociale;

c) la stabilità corporativa conquistata dagli *officiers* attraverso la venalità delle cariche e la loro dialettica attuale e istituzionale con il potere politico rivendicato dal sovrano e dai ministri di sua diretta emanazione;

d) il conseguente aumento progressivo della conflittualità interna tra le principali strutture funzionali dello Stato e il suo riflesso sui maggiori organi costituzionali;

e) un sempre più marcato governo dell'economia, nel duplice senso di un accentuato dirigismo centralistico e di una predisposizione di condizioni favorevoli all'espansione dei mercati, agli investimenti, al profitto e all'accumulazione della ricchezza e dei capitali.

⁹⁰ Strayer [1975, 57].

3. Le «politiche sociali» (e qui le virgolette sono d'obbligo), con le delicate implicazioni che comporta lo studio di quelle manifestazioni endemiche e talvolta esplosive «nelle quali si liberavano pulsioni psichiche latenti», che tanta attenzione hanno riscosso da parte degli studiosi interessati a ricostruire il *dark side* della *civilisation étatique*, da Michel Foucault a Denis Richet⁹¹, fino, più recentemente, a Robert Descimon e Alain Guéry⁹².

5. La genesi medievale dello Stato

Il tema delle «radici medievali» della *civilisation* moderna non è, dal punto di vista storiografico, recente; ma negli ultimi lustri ha avuto una ripresa e una notevole diffusione sulla scia di una interpretazione globalmente volta a superare le barriere cronologiche imposte dalla periodizzazione tradizionale e interessata a ricercare le origini e le continuità dei fenomeni e le ragioni di uno sviluppo di lunga durata⁹³.

La storiografia sulle «origini dello Stato moderno» in Europa, e specificamente in Francia, ha preso le mosse dall'osservazione del fenomeno più visibile e – sul piano sociopolitico – di maggior impatto in quanto provvisto della maggior forza evocativa delle grandi energie psichiche collettive: la *royauté sacrée*⁹⁴. Sulla scorta dei due capolavori di Ernst Kantorowicz (*I due corpi del re*) e di Marc Bloch (*I re taumaturghi*)⁹⁵, la «riflessione sulla sacralità regale» ha acquisito «un'importanza nuova e centrale» poi consolidatasi nel dibattito storiografico⁹⁶. La li-

⁹¹ Richet [1998, 119-22].

⁹² Descimon e Guéry [1989].

⁹³ Si veda, come esempio rappresentativo di questa linea, il recente Grant [2001].

⁹⁴ Cfr. i saggi contenuti in Boureau e Ingerflom [1992], spec. quelli di Revel [1992], dello stesso Boureau [1992], di Le Goff [1992]; Guéry [1992].

⁹⁵ Kantorowicz [1989]; Bloch [1989].

⁹⁶ Revel [1992, 7].

nea prevalente tra gli specialisti è stata quella di mettere a fuoco diversi aspetti e problemi, convergenti sulla formazione originaria del fondamentale collante sociopolitico che ha dato luogo a quella complessa entità che è stata indicata con l'endiadi «Stato-Nazione»⁹⁷. Questo filone, caratterizzato da un'analisi interpretativa basata sulla «semantica del potere regio», si è sviluppato a tal segno da dar luogo «alla costituzione di un campo di ricerche» che si può ormai dire abbia raggiunto una propria e ben visibile autonomia⁹⁸.

Proprio questa «piena sacralità» del potere costituisce il nucleo attorno al quale molti elementi eterogenei si coagulano, dando vita a quel processo di tacita ed effettiva adesione-identificazione del *peuple* con la *royauté* e, attraverso essa, con l'*État*. «L'esistenza, nella Francia medievale», di questa «sacralità diffusa» e «inseparabile dalla funzione regia» è riconosciuta – anche da quegli studiosi che per altri versi ne attenuano la portata⁹⁹ – come il fattore-cardine dell'agglomerazione socioculturale e politica che conduce alla formazione dell'entità statale tipizzata. Ed è ormai un metodo storiografico riconosciuto e consolidato l'interrogarsi «sulle forme, l'intensità e la natura dell'efficacia simbolica delle sacralità monarchiche» per intravedere nella «recezione dei segni, dei gesti e delle parole su cui la credenza [collettiva] poteva fondarsi» i

⁹⁷ Sul punto, cfr. il recente, specifico studio di Slimani [2004].

⁹⁸ Revel [1992, 8-9]; Le Goff [1992, 19; 2006].

⁹⁹ Cfr. Boureau [1992 e 2000]. Nella sua originale prospettiva, Boureau sostiene che nella «costruzione dell'assoluto statale determinatosi alla fine del Medioevo, la figura del re non può emergere in modo autonomo» in quanto essa è inserita in una «poliarchia» determinata dalla pluralità delle «gerarchie sacrali» ciascuna considerata «imperativa e rivelata», ossia munita della medesima forza coercitiva sulle coscienze [Boureau 1992, 33-4]. Va osservato che ciò, tuttavia, non implica in alcun modo la negazione del rapporto di mediazione instauratosi tra la sacra figura del monarca e Dio di fronte alla comunità dei governati e in definitiva quindi rafforza la convinzione che nella Francia medievale si sia verificato un «glissement de la sacralité cléricale vers l'absolu étatique» (ivi, p. 36), che è appunto uno degli elementi decisivi a suffragio della tesi della genesi medievale dello Stato moderno.

fondamenti contrattuali della strutturazione istituzionale. Nel contempo questo orizzonte metodologico si rivela un *outil conceptuel* in grado di agevolare la riunione sotto un medesimo denominatore di materiali eterogenei e dispersi in siti differenziati e, anche cronologicamente, distanti¹⁰⁰.

Il «campo semantico del potere regale» diventa così un potente strumento d'indagine sulla «construction chronologique» e sulle «représentations symboliques» del potere statale in una precisa e delimitata area geopolitica, quella appunto francese¹⁰¹. Il tema fu, com'è noto, già all'inizio degli anni Sessanta del Novecento al centro della riflessione storiografica di uno tra i maggiori eredi intellettuali di Ernst Kantorowicz, Ralph Giesey, secondo il quale nelle cerimonie funerarie dei re si celava un concentrato di evocazione simbolica dal quale è possibile espungere la prova della *perennitas* statale contro l'apparente mortalità corporale del singolo sovrano¹⁰². A partire dai risultati di quest'indagine, Giesey sostenne che dietro tutto l'immaginario collettivo focalizzato nella ritualità funeraria regale si celava una gigantesca costruzione teoretico-dottrinale da parte dei giuristi che miravano con lungimirante e strategica lucidità alla costruzione dello «Stato» come struttura istituzionale stabile capace di trascendere la figura individuale del monarca che pure, per altro verso, veniva a identificarsi con esso¹⁰³.

Secondo Jacques Le Goff «le cerimonie che fondano la sacralità del potere regio» iniziano a formare un vero «sistema» a partire dalla fine del regno di S. Luigi, anche se numerose pratiche taumaturgiche attestano l'esistenza di un condiviso carattere sacrale attribuito ai precedenti sovrani¹⁰⁴. Quest'affermazione contribuisce a focalizzare tra la seconda metà del Duecento e la prima metà del

¹⁰⁰ Revel [1992, 11 e 13].

¹⁰¹ Le Goff [1992, 19-20]. Sul tema della regalità e della sua legittimazione sacrale nel Medioevo, cfr. anche Le Goff [2006].

¹⁰² Giesey [1960].

¹⁰³ Giesey [1961].

¹⁰⁴ Le Goff [1992, 22].

Trecento il periodo cruciale entro il quale si determina lo sviluppo degli archetipi sociopolitici di quello che un altro acuto medievista transalpino, Jacques Krynen, ha definito «l'empire du roi» e che porterà alla creazione di una forma già tutta compiuta di «assolutismo medievale»¹⁰⁵.

Ciò significa, in sintesi, che quei caratteri tipici che gli storici modernisti, fin dal celeberrimo saggio di Federico Chabod sull'esistenza di uno «Stato» nel Rinascimento¹⁰⁶, hanno individuato come gli elementi tipici della forma-Stato in Europa occidentale (eserciti permanenti, accentramento del potere, politica estera, organizzazione del prelievo fiscale, apparati giudiziari e amministrativi) iniziano a essere visibilmente e stabilmente presenti nell'esperienza francese fin dai decenni che collegano il regno di S. Luigi a quello di Filippo il Bello¹⁰⁷.

Se dunque per «Stato» dobbiamo intendere in primo luogo il processo – e, come tale, l'*iter* mai interamente «compiuto» – di concrezione istituzionale, ossia la strutturazione in quelle dimensioni tangibili e «solide» del potere pubblico che sono le istituzioni giuridico-politiche e la loro capacità «effettuale» di entrare in relazione autoritativa ma al tempo stesso fiduciaria con il corpo sociale da cui emergono e che sono chiamate a governare, non si può allora fare a meno di riconoscere che il Medioevo francese esprima, sia pure *in fieri*, l'essenziale di quei caratteri¹⁰⁸. Oggi la tesi secondo cui l'assolutismo «s'inscrive nella storia lunga della monarchia» ed è la risultante politico-istituzionale «già antica della funzione regia, sviluppata fin dal Medioevo»¹⁰⁹, è largamente condivisa tra i modernisti e comincia a essere esposta anche nei manuali universitari¹¹⁰.

¹⁰⁵ Krynen [1993, spec. 339-455; cfr. anche 1981].

¹⁰⁶ Chabod [1981, spec. 602-4].

¹⁰⁷ Cfr. Strayer [1980].

¹⁰⁸ Cfr. Ajello [2009, *passim*].

¹⁰⁹ Cfr. Cornette [1994, 184].

¹¹⁰ Per rendersi conto dell'evoluzione intervenuta nei manuali sul tema in questione, basta confrontare quelli più tradizionali (ad es.

Per la verità, con larga anticipazione, Roland Mousnier espose fin dal 1955 al Congresso internazionale di scienze storiche di Roma questa idea a conclusione di un suo articolato *excursus* sulla Francia assolutistica:

Se si vogliono cercare – affermò – le origini della monarchia assoluta sarebbe meglio risalire fino al Duecento o alla rinascita del diritto romano e forse ancor più indietro, alle concezioni ecclesiastiche del IX secolo (pensiamo a Hincmar di Reims o a Jonas d'Orléans). In questa prospettiva ci si può legittimamente chiedere se la monarchia di Ugo Capeto nel X secolo fosse meno «assoluta» di quella di Luigi XIV¹¹¹.

Ernesto Sestan aveva notato, già nel 1952, in un libro che si può considerare oggi un classico, che non vi è ragione, pur riconoscendo una «incompiutezza dello Stato medievale rispetto alla pienezza degli attributi dello Stato moderno [...], per negare la qualifica di Stato a quegli organismi politici medievali che si pongono come autorità ed ottengono obbedienza dalla universalità degli abitanti di un determinato territorio»¹¹². Quei poteri, infatti, devono essere considerati nel contesto di riferimento come gli unici «tutori della pace pubblica nell'interno secondo norme generali di diritto, consuetudinarie o scritte, e

Timbal e Castaldo [1993, spec. 199-207]), nei quali il punto di vista prevalente è espresso dall'affermazione che «il ruolo della monarchia non appare, a prima vista, nell'Europa medievale», con quelli più recenti nei quali invece «l'idea generale dominante» è che «lo Stato si è progressivamente ricostruito intorno al potere regio che si afferma e s'impone»: Rigaudière [1994, spec. 113-179]; nella stessa linea, cfr., da ultimo, anche Saint-Bonnet e Sassier [2004, 155-227 (*Le origini medievali: la nascita dello Stato regale*)].

¹¹¹ Mousnier [2000, 180]. Il tema era molto dibattuto negli anni Cinquanta e Sessanta del Novecento: se ne ha un panorama rappresentativo nei saggi di Theodor Mayer, Werner Näf, José Antonio Maravall, Erwin Hölze, tradotti in italiano nell'antologia curata da Rotelli e Schiera [1971], tutti dedicati all'idea delle «origini» o dei «fondamenti» o ancora delle «prime forme» dello Stato moderno; si vedano anche gli altri due voll., per molti versi ancora attuali, della medesima raccolta: Rotelli e Schiera [1973 e 1974].

¹¹² Cfr. Sestan [1952, 22-3]; Galasso [1993].

come difensori verso l'esterno contro chi non appartiene alla collettività»¹¹³. Gli organi istituzionali che esprimevano queste funzioni potestative rivendicavano e riuscivano a ottenere «dai membri della collettività prestazioni personali (contribuzioni di ogni specie e titolo, in danaro e in natura) ai fini asseriti della collettività o degli aventi autorità in essa»¹¹⁴.

Queste conclusioni di Sestan trovarono, del resto, un'eco pressoché immediata nella storiografia francese. Due anni dopo la pubblicazione di *Stato e Nazione*, uno storico del diritto transalpino, Marcel David pubblicava un'importante ricerca sulla «sovranità» tra alto e basso Medioevo, dimostrando che non solo vi era fin dal IX secolo una vera e propria dimensione «sovrana» del potere politico, ma che questa dimensione era già pervenuta a tal punto di maturazione da generare, tanto all'interno quanto all'esterno, il problema dei suoi «limiti»¹¹⁵. Un tema, quest'ultimo, «moderno» quant'altri mai che non a caso, costituirà uno dei grandi argomenti di attacco degli apparati – in particolar modo giurisdizionali – all'assolutismo del potere regio quando esso tenderà, per riprendere la celebre espressione di Montesquieu, a «scivolare» nel «dispotismo» e nella «tirannia» con la stessa naturalezza con cui «i fiumi si gettano nel mare»¹¹⁶.

Questa idea che contempla lo sviluppo della forma-Stato come una dimensione organizzativa, i cui fondamentali connotati sono presenti già nel mondo medievale, è oggi, dopo vaste ricerche che ne hanno approfondito numerosi aspetti e messo a fuoco diverse problematiche, comunemente accettata anche dalla storiografia medievistica. Un primo momento di approdo è costituito al

¹¹³ Sestan [1952, 23]. L'idea di Sestan è stata poi ripresa e sviluppata da Giuseppe Galasso, sulla scorta di Jellinek, in un importante congresso di una quindicina d'anni fa: cfr. Galasso [1993].

¹¹⁴ Sestan [1952, 23].

¹¹⁵ Cfr. David [1954].

¹¹⁶ Montesquieu [1996, I, lib. VIII, cap. XVII, 227]; cfr. Richet [1998, 155].

riguardo già dalla sintesi di Michel Mollat del 1977 dedicata appunto alla *Genèse médiévale de la France moderne*¹¹⁷, nella quale le «forces de l'avenir», tra cui «l'éveil de la conscience nationale» e «la vitalité de l'État» imperniata sulla «puissance monarchique», venivano rintracciate tra il XIV e il XV secolo¹¹⁸.

Altre ricerche sono poi venute a confermare e a dar maggior corpo alla linea indicata da Sestan, da Mousnier e da Mollat. Basti pensare ai lavori recenti di due tra i maggiori studiosi dei fenomeni giuridico-istituzionali, i cui titoli costituiscono chiare indicazioni metodologiche e interpretative: Albert Rigaudière (*Penser et construire l'État dans la France du Moyen Age. XIII^e-XV^e siècle*)¹¹⁹ e Jacques Krynen (*L'empire du roi. Idées et croyances politiques en France. XIII^e-XV^e siècle*)¹²⁰. Si tratta di due volumi assai ricchi di spunti e di un'analisi condotta spesso su fonti di prima mano e, per più di un motivo, di grande importanza. Nella naturale diversificazione dei percorsi euristici e nella varietà degli'interessi tematici, entrambi convergono sull'idea che chi intenda ricostruire la vicenda dello Stato moderno in Francia trova, a cavallo tra basso e alto Medioevo, pressoché tutti gli elementi tipici del suo costituirsi.

Si può dire che i più recenti e significativi contributi della storiografia sullo Stato moderno siano venuti o siano stati stimolati quindi dalla riflessione e dalle ricerche dei medievalisti. Si veda il caso emblematico di Philippe Contamine, organizzatore di una importante *table ronde* su *Lo Stato e le aristocrazie in Francia Inghilterra e Scozia tra il XII e il XVII secolo*, tenutasi nel 1986 a Oxford e i cui atti sono stati editi tre anni più tardi a Parigi¹²¹. E, soprattutto, non costituisce un dato casuale che la maggiore

¹¹⁷ Mollat du Jourdin [1977].

¹¹⁸ Ivi, pp. 113-51.

¹¹⁹ Rigaudière [1994 e 2003]. Cfr. anche Guillot, Rigaudière e Sasnier [1994].

¹²⁰ Krynen [1981 e 1993]; cfr. anche Krynen e Rigaudière [1992].

¹²¹ Cfr. Contamine [1989].

impresa scientifica progettata e finanziata dal CNRS e dalla *Fondation Européenne de la Science sulla Genèse de l'État moderne* in Francia e nel resto d'Europa, sia stata animata da un noto studioso del Medioevo come Jean-Philippe Genet¹²².

6. *L'espansione degli apparati e il trionfo del ceto giuridico*

Se quindi sembra ormai diffusamente accettata l'idea che la formazione dello Stato vada inserita in uno sviluppo di lungo periodo che travalica le barriere cronologiche imposte dalle periodizzazioni storiografiche canoniche per distendersi lungo un arco temporale più ampio, non si può tuttavia non prendere atto che un mutamento semantico – il che ci dice qualcosa anche sul fenomeno materiale – del termine «Stato» interviene in Francia, come in altre aree europee, nella prima metà del Cinquecento, quando pur «permanendo genericamente il significato originario della parola, modo di essere di un'entità [...] si comincia a usarla più frequentemente come essenza o costituzione dell'ente politico, anche con riferimento al suo complesso territoriale e geografico»¹²³. Questo sviluppo del significato del termine andrà poi completandosi nel corso del Seicento, quando «esso diventa praticamente lo stesso che ne facciamo noi oggi»¹²⁴.

Questo dato di fondo che, inserendo la svolta moderna in uno sviluppo di lungo periodo, pone tuttavia

¹²² Cfr. Genet [1990]; Coulet e Genet [1990]. La serie degli studi (lanciata con una *Action Thématique Programmée* nel 1985 dal CNRS) sulla «genèse de l'État moderne» conta ad oggi 7 volumi pubblicati nelle edizioni PUF (cit. *infra*, cap. III, nota 2 e cap. V, nota 132). Vi sono, inoltre, svariati altri contributi pubblicati nelle stesse PUF o in altre case editrici: cfr. Genet e Le Mené [1987]; Blockmans e Genet [1993].

¹²³ *Enciclopedia Italiana*, vol. XXXII, pp. 613-4; cfr. Galasso [1993, 96].

¹²⁴ Ivi, p. 97.

l'accento sul decisivo *tournant* costituito dalla concezione e dalla costruzione istituzionale dello Stato-apparato è riconosciuto dalla storiografia francese attuale¹²⁵. Viene sottolineata in particolare, come momento centrale del processo costitutivo dell'entità statale, l'importanza della formazione degli apparati di governo e, nel contempo, la stretta interazione di questo fenomeno materiale con le «espressioni teoriche» costitutive del «potere monarchico»¹²⁶.

Viene in tal modo metabolizzata nella divulgazione storiografica l'intuizione di Roland Mousnier che già nel corso degli anni Sessanta del secolo scorso aveva presentato, in saggi che erano e restano di grande importanza per la storia dello Stato moderno e delle istituzioni politiche, la costruzione della statualità come il risultato di uno sforzo teorico-pratico gestito dai giuristi e funzionale a una precisa azione strategica da parte dei corpi magistratuali¹²⁷. L'idea di una centralità della *robe*, intesa tanto come autonomo «ordine istituzionale» quanto come «gruppo sociale» capace di esprimere una propria ideologia, nella costruzione dello Stato, è stata poi ripresa da Denis Richet¹²⁸ e recentemente sviluppata in Italia da Antonio Padoa-Schioppa¹²⁹.

Quest'azione strategica del ceto giuridico si realizza attraverso la teorizzazione della «sovranità monarchica», intesa «come attributo fondamentale dello Stato», e contestualmente con l'attuazione di una prassi istituzionale mirante a determinare una «progressiva razionalizzazione» delle funzioni di governo e «l'oggettivazione del potere

¹²⁵ Si veda per tutti, la sintesi di larga diffusione (molto utilizzata nella preparazione dei concorsi per il *capès* e l'*agrégation*) di Fogel [2000].

¹²⁶ Ivi, pp. 65-116.

¹²⁷ Alcuni tra i più significativi di questi saggi, sono oggi disponibili in trad. it.: cfr. Mousnier [2002, spec. la parte seconda, 87-181].

¹²⁸ Cfr. Richet [1998, spec. 75-91].

¹²⁹ Cfr. Padoa-Schioppa [1999]. Sul tema sia anche consentito un rinvio ai miei due specifici saggi: Di Donato [1998a, spec. XXX-XXXII e 2002, spec. XCVII-CIX].

decisionale»¹³⁰. Fu questa decisiva svolta a determinare lo sviluppo dello «Stato» nella forma destinata ad assumere i connotati a noi oggi noti, ossia di apparato esteso e complesso, munito di legittimazione a intervenire in svariati settori della vita associata. Per realizzare quest'obiettivo era necessario passare attraverso una fase di strutturazione istituzionale del potere politico. Questa fase fu assicurata dalla monarchia assoluta che realizzò «un compito non semplice da svolgere: ridurre ad unità una complessa e articolata gerarchia di signori, di ordini, di corpi, di strutture religiose, cittadine, di mestieri, ciascuna delle quali conservava gelosamente i suoi diritti e privilegi»¹³¹. In una situazione sociale nel complesso assai dura e difficile come quella della vita quotidiana dell'antico regime la tutela dei diritti individuali non poteva che essere garantita da un potere forte e imparziale come quello del re:

In una condizione sociale così precaria come quella dell'antico regime, la vera garanzia dei diritti era la sovranità regia. Di qui l'insistenza dei trattatisti sull'idea di sovranità e i loro sforzi per renderla effettivamente operante e il più perfezionata possibile. Ciò può sembrare agli occhi degli osservatori attuali un'anomalia, ma in realtà era una necessità, un imperativo categorico, intellettuale ed etico, dettato dalle condizioni di vita¹³².

Gli effetti di quella politica di rafforzamento dell'autorità regale si fecero presto sentire in modo sensibile: una stabilizzazione del corpo sociale in virtù dell'idea di «nazione»¹³³; un sensibile incremento razionalizzato degli

¹³⁰ Cfr. Mousnier [2002, 114-8, 130-3 e 155-8].

¹³¹ Ivi, p. 127.

¹³² Ivi, p. 128.

¹³³ Ivi, pp. 163-6. L'idea di *Nation*, concetto-chiave la cui gestazione è naturalmente complessa, snodandosi sulla lunga durata, assumerà nel corso del XVIII secolo caratteristiche politico-ideologiche cariche di senso e di energie esplosive che determineranno una «erosione irrimediabile della coppia re-nazione» e condurranno al crollo dell'Antico Regime le cui strutture venivano ormai percepite come non più sufficienti a garantire un'adeguata rappresentanza nazionale: sul punto, cfr. Slimani [2004, spec. 241-99].

investimenti nella ricerca scientifica e tecnologica¹³⁴; un più razionale governo dell'economia capitalistica¹³⁵; una netta separazione dello Stato dalla Chiesa con il conseguente dispiegarsi appieno nella mentalità sociale di una coscienza politica fondata su un'antropologia della laicità¹³⁶. In una parola, la strutturazione dello Stato assoluto favorì quello sviluppo ordinato – ordinato, naturalmente, quanto può esserlo lo sviluppo di una società grande e complessa di difficile governabilità qual era quella francese dell'antico regime – che mi è sembrato utile denominare *civilisation étatique*. Com'è stato di recente e condivisibilmente affermato, questa è non solo «un altro modo di riconoscere alla dimensione della politica un primato su ogni altra dimensione della vita in società, oltre che il ruolo di primo motore nel progresso civile»¹³⁷, ma una forma di crescita e di sviluppo più articolata e complessa, non limitata al solo aspetto politico, ma comprendente tutto l'insieme della vita e delle relazioni sociali, dai rapporti pubblici e istituzionali a quelli individuali e privati. In tal senso è ormai convinzione sempre più condivisa nella storiografia modernistica che l'affermarsi dello Stato assoluto rappresenti «il passaggio decisivo verso un più evoluto e implicitamente superiore modello di convivenza civile»¹³⁸.

La strutturazione dello Stato-apparato fu, in primo luogo, determinata dalla formazione e dall'ascesa politica del ceto giuridico degli *officiers*, che a sua volta contribuì enormemente a produrre e a rafforzare. I *legum doctores* medievali diventarono in Francia moderni *grands commis d'État*, funzionari-tecnici al servizio dello Stato con il quale s'identificavano *in toto*. Questo fenomeno presenta due versanti: da un lato la produzione, come ha scritto

¹³⁴ Mousnier [2002, 167-8]. Si pensi solo alla fondazione delle grandi istituzioni scientifiche (l'Accademia delle scienze nel 1666 e l'Osservatorio l'anno seguente) immortalate nei dipinti di Lebrun.

¹³⁵ Cfr. Mousnier [2002, 168-70].

¹³⁶ Ivi, pp. 126-9. Cfr. anche Galasso [1993, 97].

¹³⁷ Cfr. Ortu [2001, 74].

¹³⁸ *Ibidem*. Sul punto, cfr. anche Di Donato [2002].

Robert Descimon proseguendo sulla falsariga tracciata da Denis Richet, di una vera e propria «aristocrazia di Stato»¹³⁹, con propri lignaggi (che riproducono il medesimo schema della nobiltà di sangue e della successione regale)¹⁴⁰, proprie strategie matrimoniali e proprie alleanze sociali, un proprio stile di vita e di comportamento; dall'altro, in parallelo, la genesi di una «ideologia», cioè di una visione globale del mondo, coerente con la posizione socioistituzionale occupata dai giuristi nel «cuore dello Stato»¹⁴¹. La formazione e lo sviluppo dello Stato moderno di *ancien régime* determinarono inevitabilmente l'ascesa sociopolitica del ceto giuridico e soprattutto dalla magistratura parlamentare, capace in pochi decenni di conquistare «un ruolo eminente in seno alle *élites* del potere e della cultura, della ricchezza e dell'onore»¹⁴².

Questa posizione socioistituzionale, strategica e indispensabile, della *haute robe* è il tratto più caratteristico dell'affermazione della forma-Stato nella Francia moderna. Si può anzi dire, con Carl Schmitt, autore di una acutissima (e precoce, data l'assenza ai suoi tempi di strumenti storiografici adeguati) sintesi su questo punto, che l'interazione tra giuristi e Stato-Nazione fu nella Francia moderna tale da poter qualificare l'intero popolo francese come un «popolo giuridico». Questa è, a suo giudizio, propriamente la specificità della Francia tra le realtà politiche europee:

La nazione francese in un modo particolare, unico e incomparabile, è stata forgiata da un determinato tipo di giurista e che ha custodito fino al giorno d'oggi così fortemente questa impronta, che tutte quelle peculiarità dell'essenza francese di *raison, clarté, mesure*, come anche la particolarità della *langue bien faite*, senza la considerazione di un ingrediente tipicamente giuridico sono generalizzazioni fuorvianti. Carattere nazionale e

¹³⁹ Cfr. Descimon [1989].

¹⁴⁰ Cfr. Richet [1998, 76].

¹⁴¹ Cfr. Antoine [2005].

¹⁴² Descimon [1989, 358].

tipo di giurista nel nostro caso concreto non sono uno di fronte all'altro come estranei, senza alcun rapporto o persino del tutto ostilmente contrapposti. Attraverso una evoluzione millenaria si sono fortissimamente compenetrati e influenzati¹⁴³.

Per questo:

la nitidezza e il carattere del giurista francese come figura definita sul piano della storia del diritto e della sociologia delle professioni è parte costitutiva essenziale della nitidezza e del carattere dello stesso tipo nazionale francese; tanto quanto, d'altra parte, particolari presupposti popolari e una determinata posizione intermedia tra gli imperi e le confessioni religiose hanno reso possibile appunto per il giurista francese il suo straordinario ruolo di guida nazionale. [...] La figura del giurista francese è [quindi] così poco separabile dal quadro generale [...] della definita individualità nazionale della Francia, quanto la figura dell'ufficiale prussiano dal quadro generale della storia dello Stato prussiano, o quella del prete dal quadro generale della nazione spagnola. [...] Lo spirito francese è perciò spirito giuridico e la lingua francese è perciò più di ogni altra una lingua giuridica, poiché lo stesso divenire nazionale della Francia ha ricevuto attraverso i legisti l'impronta decisiva¹⁴⁴.

Questa identificazione tra giuristi e Stato-Nazione si realizza in Francia a partire da un complesso interscambio teorico-pratico nel quale gioca una funzione essenziale la costruzione di quella particolare entità concettuale – che è una geniale *fictio juris* e nel contempo costituisce una potentissima arma politica munita di un formidabile potere evocativo mitico-simbolico – che è racchiusa nel termine «sovranità»¹⁴⁵. In un momento preciso che coin-

¹⁴³ Schmitt [1995].

¹⁴⁴ *Ibidem*.

¹⁴⁵ Sulla teoria della «sovranità» come *fictio juris* concettuale dietro la quale si cela una pura volontà di potenza dei giuristi, oltre ai classici di Legendre [1976, 1977 e 1995]; e, in chiave di ricostruzione storica, il sempre attuale David [1954]; cfr. Troper [1998a e 2001]. Di grande interesse, in una prospettiva più squisitamente filosofico-politica, anche Senellart [1995]. Cfr. anche gli importanti saggi contenu-

cide con la svolta «moderna» nella storia dello Stato, tra Quattro e Cinquecento, i giuristi, costituitisi ormai in «grand corps de l'État»¹⁴⁶, operano una importantissima inversione concettuale e politica iniziando a considerare la potestà sovrana come un attributo tipico ed esclusivo del monarca che viene così denominato definitivamente con l'appellativo di «sovrano»¹⁴⁷.

I termini-chiave *souverain* e *souveraineté* che – come affermò Étienne Pasquier – erano in precedenza adoperati in relazione ai grandi uffici del regno e in particolare alla magistratura parlamentare, iniziano ad essere ora riferiti in via esclusiva al monarca¹⁴⁸. Questa operazione, che apparentemente sembrerebbe una dismissione di potere, una cessione di prerogative dall'apparato alla persona del monarca, fu in realtà, all'esatto opposto, una riappropriazione definitiva di competenze dell'apparato attraverso una sottilissima e assai raffinata azione teorico-politica. La «teoria della sovranità» che si nutriva di numerosi addentellati tratti sia dal diritto romano sia dal costituzionalismo medievale¹⁴⁹, e che trovò in Jean Bodin il suo punto di convergenza e di sistemazione dottrinale¹⁵⁰, costituì una «rottura epistemologica» necessaria a inserire il potere del principe in un quadro tutto istituzionale, legittimandolo per limitarlo¹⁵¹.

Una cartina di tornasole per osservare l'ascesa sociale della *robe* e degli *officiers* è costituita dal vertiginoso au-

ti nel recente Cazzaniga e Zarka [2001]; e le considerazioni svolte da Beaud [2002, 26-42 e *passim*].

¹⁴⁶ Cfr. Autrand [1981]. Le attribuzioni del *Parlement de Paris* crescono e si estendono, tuttavia, già tra i regni di Filippo il Bello e di Carlo VII, tra il 1314 e il 1422: cfr. Aubert [1890].

¹⁴⁷ Per due informate panoramiche sulle principali teorie della sovranità dei giuristi francesi nel periodo cruciale indicato, cfr. Mousnier [2002, *ad indicem* (voce «sovranità»)]; Descimon [2002, 40-9].

¹⁴⁸ Fogel [2000, 71].

¹⁴⁹ Mc Ilwain [1990]. Cfr. anche Descimon [2002, 44].

¹⁵⁰ Su questo punto, cfr. Beaud [2002, 19-188].

¹⁵¹ Cfr. Descimon [2002, 41], che riprende sul punto Mesnard [1936 e 1964].

mento della conflittualità del *corps d'État* con la nobiltà, l'altro pilastro dello Stato monarchico medievale e di antico regime¹⁵². Già Claude de Seyssel avvertiva fortemente il terremoto in atto: «Il popolo» – scrive sulla medesima scia il noto medievista Philippe Contamine – «era difeso dal re e dalla giustizia dall'insolenza dei nobili». E «i diritti di costoro sono a ogni istante contestati dagli ufficiali regi»¹⁵³. Lo scontro tra i due ordini ebbe eco ed effetti di lungo periodo e continuarono a suscitare passioni politiche ancora nella seconda metà del Settecento tutt'altro che sopite.

Ma la dialettica principale restò quella politico-istituzionale tra magistratura e corona. Numerose fonti¹⁵⁴ suffragano documentandola la precoce intuizione di Federico Chabod, secondo il quale la novità sostanziale dello Stato moderno consiste appunto nel «fatto nuovo» per cui «lo Stato si concentra ora attorno a questi due poli, il potere del sovrano e la gerarchia degli “ufficiali”». Pertanto «l'azione effettiva di governo emana, ogni giorno, dal principe e dai suoi “ufficiali”»¹⁵⁵. Il vero potere nello Stato cosiddetto «assoluto» è dunque un potere intrinsecamente bicefalo e dialettico, come notò nel 1771 con una perspicacia davvero straordinaria M.me d'Épinay scrivendo a Ferdinando Galiani:

È certo che questa discussione sull'autorità, o piuttosto sul potere, tra il re e il Parlamento esiste fin dalla nascita della monarchia francese. Questa indecisione fa, per l'appunto, parte integrante della costituzione monarchica; poiché se si decidesse la questione in favore del re, tutte le conseguenze che ne deriverebbero lo renderebbero un sovrano assolutamente dispotico. Se, invece, si decidesse in favore del Parlamento, il re di Fran-

¹⁵² Cfr. Mousnier [1969]; Labatut [1972, 1978 e 1987]; Moro [1981].

¹⁵³ Contamine [1989, 12].

¹⁵⁴ Oltre a quelle custodite in BPR, si considerino i pregevoli e numerosi mss. in BS. Per indicazioni più dettagliate, rinvio a Di Donato [2003, 865-74].

¹⁵⁵ Chabod [1981, 604].

cia non avrebbe, a conti fatti, più potere del re d'Inghilterra; e così, in un modo o nell'altro, decidendo la questione una volta per tutte, si muterebbe la costituzione dello Stato¹⁵⁶.

Se ne può concluderne, variando i termini della celebre teoria di Ernst Kantorowicz, che lo Stato moderno in Francia ha effettivamente «due corpi»¹⁵⁷: uno è quello (immortale) del re; l'altro è il corpo dell'apparato, la cui *magna pars* è costituita dall'apparato magistratuale¹⁵⁸. Questo difficile equilibrio resse, tra conflitti endemici che divennero a tratti drammatici, per circa quattro secoli, esplodendo infine nella Rivoluzione.

7. *Le «politiche sociali» dello Stato moderno e la preparazione del percorso verso il «welfare» contemporaneo*

Non vi è dubbio che il processo di *civilisation étatique*, influenzando sul duplice livello delle istituzioni e della struttura sociopolitica, incida anche sulla composizione e sullo sviluppo del corpo sociale e produca politiche di razionalizzazione e di coazione. Tuttavia nello Stato moderno di antico regime si può parlare di «politiche sociali» solo in senso molto relativo. Gli studi prevalenti hanno focalizzato la loro attenzione sulla progressiva trasformazione degli enunciati di principio nel campo giuridico-morale in considerazioni di ordine più squisitamente sociale e politico-amministrativo, con ricadute in termini istituzionali¹⁵⁹.

Lo Stato di antico regime è pressoché sprovvisto di vere e proprie istituzioni pubbliche dedite alle «politiche sociali» e si affida alla diffusa percezione della obbliga-

¹⁵⁶ Épinay [1818, vol. III, lettera XII, 11 aprile 1771, 392-3]; il testo è cit. da Carcassonne [1927, 456-7]. Cfr. *infra*, cap. III, note 171-173.

¹⁵⁷ Kantorowicz [1989].

¹⁵⁸ Per l'approfondimento di questo concetto, rinvio a Di Donato [2003, 20-31 e 70-6].

¹⁵⁹ Cfr. Duprat [1993, XXVIII].

torietà della *charité* e della *bienveillance* come attributi necessari della «virtù cristiana»: l'amore del prossimo «è comandato e ispirato dall'amore di Dio»¹⁶⁰.

Di «politiche sociali» nell'antico regime si può quindi parlare in un senso molto distante da quello normalmente attribuito oggi a quest'espressione, anche se non è difficile intravedere anche in questo campo una linea di sviluppo che prese le mosse dal processo di razionalizzazione organizzativa tipica della civilizzazione statale. Il problema era visto da un duplice e interconnesso angolo visuale: per un verso la verità del messaggio cristiano (del quale il re era il massimo depositario) implicante il dovere di aiutare i poveri; dall'altro la necessità – tramutatasi poi in vera fobia – di tenere a freno le pulsioni distruttive e devianti che la condizione d'indigenza determinava in sempre più consistenti masse di sbandati pronti a tutto perché ormai non in grado di difendere una «dignità», vera struttura-perno della *socialitas* di antico regime (va ricordato che tutti i ruoli sociali erano muniti di una propria specifica *dignitas* e di conseguenza di privilegi protettivi di essa)¹⁶¹. Questi due sentimenti collettivi, interpretati dalla *royauté* determinano tutto l'indirizzo politico-amministrativo nei confronti delle problematiche emergenti dal sottosuolo del tessuto sociale.

L'interesse della storiografia ha seguito queste linee interpretative imposte dalla scarsità delle fonti documentarie che diventano più consistenti solo nel corso del Seicento e in particolare durante il regno di Luigi XIV¹⁶². L'idea di fondo circolante nella società francese tra Cinque e Seicento si sostanzia in una definizione po-

¹⁶⁰ Ivi, pp. XIII-XIV.

¹⁶¹ Cfr. Mousnier [2002, *ad indicem* (voci: «dignità sociale»; «privilegi sociali e politici»)].

¹⁶² Nel 1971 due interi numeri della rivista storica «XVII^e siècle» (nn. 90-91) vennero dedicati alle *œuvres de charité* con saggi che si occupavano specificamente dell'«assistenza ai malati e ai poveri» o dell'«insegnamento agli indigenti». Cfr. Chalumeau [1971]; Poutet [1971].

lisemica del «povero» che nella prima e più diffusa accezione accredita e diffonde l'immagine del «vagabond», del «sans métier» che i più reputano al fondo «onesto», ma al tempo stesso, proprio a causa dell'infima condizione sociale ed economica tipica di chi non ha più nulla da perdere né da guadagnare, capace di concepire pericolose stravaganze o addirittura di mettere in atto comportamenti dannosi o distruttivi contro cose e persone¹⁶³. Vi erano poi i «mendicanti occasionali: artigiani ormai troppo vecchi per lavorare, infermi temporanei, manovali che un'annata particolarmente cara riduceva in miseria, lavoratori avventizi o stagionali»¹⁶⁴.

Occorre debitamente considerare al riguardo, come ha evidenziato Roland Mousnier, «la fragilità della società di antico regime», che era

sempre al limite della sussistenza. È una società in cui bastavano due raccolti scarsi per provocare la carestia e la crisi economica. Si scatenavano, così, furibondi conflitti sociali e venivano gettati sul lastrico migliaia di vagabondi che non tardavano ad inurbarsi, ingrossando le fila dei diseredati e degli zingari spesso al colmo della disperazione o, nel migliore dei casi, dei piccoli artigiani sempre in collera contro il governo. Si formavano in tal modo delle masse d'indigenti molto turbolente e reattive, pronte ad ogni momento a sollevarsi. Bastava la protesta di un «grande» o l'incitamento di un parlamento per causare una sommossa. Così rivolte e guerre civili erano sempre incombenti ed endemiche in questo tipo di società¹⁶⁵.

Nei confronti di queste – talvolta anche ampie – masse di diseredati e di sbandati la parola d'ordine, che traduceva in linguaggio politico un sentimento diffuso e pressoché istintivo del corpo sociale era «renfermer», ossia «circoscrivere», «de-limitare», «rinchiudere»¹⁶⁶. La

¹⁶³ Poutet [1971, 89].

¹⁶⁴ *Ibidem*.

¹⁶⁵ Mousnier [2002, 128; sul punto cfr. anche 1959, 1ª parte, libro II, cap. 1, parr. 2-3, 141-55; 1984].

¹⁶⁶ Poutet [1971, 89].

«politica sociale» era perciò spesso identificata con una politica repressiva, l'unica energica risposta da parte dei poteri pubblici in grado di tenere a bada il turbinoso ribollire che emergeva dal sostrato della *foule* e dalle sue imprevedibili, incontrollate e temibilissime reazioni.

È nota, in proposito, la teoria del «grande internamento» di Michel Foucault. Fin dalla metà del Cinquecento le città – e le metropoli in particolare – vanno ingrossandosi di folle sempre più consistenti di diseredati e di sbandati, «di vagabondi e di erranti, espulsi dal processo produttivo agricolo da più annate di magra e dalle conseguenti carestia e miseria» e alla ricerca di «protezione e rifugio»¹⁶⁷. Così le città si popolarono di torme di «gente senza legge e senza disciplina, falsi mendicanti e scippatori» che resero molto meno sicura la vita, specialmente notturna, degli agglomerati urbani soprattutto in «certi quartieri» interdetti persino «alle forze di polizia»¹⁶⁸. Si rese a quel punto necessario organizzare una politica di contenimento. E sorsero istituzioni che assunsero un carattere nel contempo «caritatevole e repressivo», come l'«ufficio dei poveri» o le «elemosine generali», che avevano come scopo fondamentale l'epurazione della città¹⁶⁹. Fu un clamoroso insuccesso, fino a quando Luigi XIV prese di petto il problema e fece costruire «l'Ospedale Generale» nel quale si riuscì a portare però solo cinquemila indigenti circa su quarantamila che vi erano nella sola Parigi¹⁷⁰.

Va qui tra l'altro considerato che il concetto a noi oggi noto come «sanità pubblica» rimase pressoché sconosciuto fino almeno alla seconda metà del Seicento. Solo con il re-sole, appunto, iniziò una qualche forma «organizzata» di politica sanitaria che possiamo avvicinare all'idea di «assistenza pubblica»¹⁷¹. Prima i pochi

¹⁶⁷ Richet [1998, 120].

¹⁶⁸ *Ibidem*.

¹⁶⁹ Ivi, p. 121; cfr. Zemon Davis [1980].

¹⁷⁰ *Ibidem*.

¹⁷¹ Chalumeau [1971, 76-7].

«ospedali» esistenti erano tutti d'«iniziativa privata» e la maggior parte di essi era in uno stato di totale fatiscenza. All'inizio del XVII secolo gli ospedali assomigliavano, più che a «centri di cura» per ammalati, a veri e propri «vestiboli cimiteriali»¹⁷². Ciò era anche frutto della mentalità sociale egemone, secondo cui «strappare un ammalato alla famiglia» era visto come un atto «tirannico e ingiusto». La «sola prospettiva dell'ospedale faceva orrore a molti»¹⁷³.

Perciò, quando con l'editto del 27 aprile 1656 Luigi XIV creò l'*Hôpital général*, ciò che fu percepito fu per un verso lo «scopo caritatevole» consistente nel «ricoverare i poveri mendicanti», ma per un altro la volontà politica di «sopprimere la mendicizia e liberare le strade della capitale dalla teppaglia di nullafacenti che era diventata inquietante persino per la polizia»¹⁷⁴.

Su questa esperienza s'innestò poi, nel corso del Settecento, la nuova stagione delle *Lumières* e dell'«umanità filantropica» che prese corpo con maggiore consapevolezza nella concezione di «soccorso pubblico». Quest'ultimo costituirà sempre più all'interno dell'apparato istituzionale pubblico una specifica funzione chiamata a organizzare la «beneficenza», pianificandola con gli strumenti razionali tipici dello Stato organizzatore¹⁷⁵. Il «discorso» costruito dai *philosophes* in questo campo non era concepito per restare circoscritto entro limiti spazio-temporali, ma (ed è questo l'aspetto di maggiore interesse, di là dai risultati materiali conseguiti nell'immediato) puntava deliberatamente alla prospettiva di un nuovo assetto normativo capace d'individuare ed erigere una funzione pubblica fondata sull'«esercizio di virtù sociali»¹⁷⁶.

Questa prospettiva, che trionferà durante la Rivoluzione, determinando alcune importanti «creazioni istitu-

¹⁷² Ivi, p. 76.

¹⁷³ *Ibidem*.

¹⁷⁴ Ivi, p. 84.

¹⁷⁵ Cfr. Duprat [1993].

¹⁷⁶ Ivi, pp. 477-8.

zionali» in materia assistenziale, produrrà un'«azione politica» fondata sulla «socialità filantropica»¹⁷⁷: una svolta che fu resa possibile dall'«ancoraggio» di queste «pratiche civiche» nella precedente tradizione delle «pratiche caritatevoli»¹⁷⁸. Queste nuove istituzioni e queste nuove «pratiche» costituiranno a loro volta la base per gli ulteriori sviluppi del secolo successivo, quando assumeranno la veste di «previdenza mutualistica», un approdo che venne subito considerato come «il *nec plus ultra* della civilizzazione [statuale]»¹⁷⁹, aprendo la via all'affermazione del contemporaneo «Stato sociale»¹⁸⁰.

¹⁷⁷ Ivi, pp. 156-73 e 239-46.

¹⁷⁸ Ivi, p. 173.

¹⁷⁹ Ivi, p. 485.

¹⁸⁰ Cfr. Ritter [1996].

CAPITOLO TERZO

LA GERARCHIA DELLE NORME E L'ORGANIZZAZIONE POLITICO-ISTITUZIONALE NELLO STATO ASSOLUTO

1. «*Hors d'œuvre*»

Il controllo di costituzionalità, di cui la magistratura parlamentare dell'Antico Regime rivendicava il pieno diritto, non si fondava unicamente sulle leggi fondamentali del regno, ma sull'insieme dei principi (le cosiddette *maximes*) ricavati dalla «Tradizione», che i magistrati enunciavano attraverso la loro attività interpretativa nell'esercizio della giurisdizione.

Che cos'era in realtà la «Tradizione»? I giuristi ritenevano che essa fosse composta in primo luogo dal diritto divino e dal diritto naturale, ossia da sistemi giuridici metafisici che necessitavano, per la traduzione in concrete decisioni, di una mediazione «sapienziale». L'attività esegetica dei *sacerdotes juris* era dunque «rivelatrice» di volta in volta di massime attinte da un corpo di valori eterni ai quali solo la *Scientia juris* dei magistrati poteva accedere.

Nella sfera della «Tradizione» rientrava però anche il *dépôt légal*, ossia l'insieme di tutte le leggi esistenti e delle decisioni giurisprudenziali adottate in applicazione di quelle. «Leggi» non erano solo le cosiddette «leggi fondamentali», ma anche – soprattutto – il *mare magnum* delle leggi «ordinarie», quelle emanate per la semplice manifestazione di volontà di un sovrano, «car tel est notre plaisir» secondo la formula di rito che chiudeva i provvedimenti (moderna riformulazione del principio del diritto romano: «*Quidquid principi placuit legis habet vigorem*»).

Queste «leggi del re» non venivano pressoché mai abrogate in modo esplicito, poiché l'abrogazione era mal vista nel contesto ideologico dell'Antico Regime, caratterizzato da una visione del mondo basata sull'idea di ar-

monia, di stabilità e di continuità dell'ordine divino. Di conseguenza le antiche leggi si erano consolidate nell'ordine giuridico del regno, assumendo una forza, una «durezza» molto maggiore rispetto alla legge così come noi la concepiamo oggi (provvedimento provvisorio e modificabile in ogni momento). In sostanza, era pressoché impossibile o estremamente difficile per un re-legislatore modificare norme giuridiche precedenti per via di abrogazione esplicita.

Sottesa a questa prassi istituzionale, vi era una precisa visione del mondo: l'ordine politico doveva riflettere fedelmente l'ordine cosmico naturale. Era inevitabile, in questa dimensione, che i giuristi-magistrati finissero con l'utilizzare quel potere di «rivelare» il diritto che era inerente alla *jurisdictio* come uno strumento di controllo politico sull'azione del re e del suo governo. Per realizzare questo obiettivo era indispensabile procedere alla costruzione di una gerarchia normativa. Attraverso questa gerarchia, la magistratura acquisiva il potere di stabilire ciò che si accordava e ciò che non si accordava con l'immenso corpo normativo che condensava il concetto di «Tradizione».

Così la giurisdizione parlamentare dava luogo a un vero e proprio giudizio di costituzionalità e quest'ultimo diventava lo strumento principale di un enorme potere d'intervento politico della magistratura sulla sfera politica¹. La sottile abilità dei giuristi era di esercitare questo potere in modo molto flessibile, modellandolo sulle circostanze e sugli interessi politici momentanei ch'essa intendeva proteggere. La gerarchia delle norme fu, in tal modo, lo strumento utilizzato dai giuristi-magistrati per proteggere non solo l'*ordo juris*, ma l'intera struttura socioculturale di cui essi si sentivano i tutori.

Fatalmente, quindi, il tema della gerarchia normativa si collega al governo politico dei giudici. La ricostruzione

¹ Rinvio, sul punto, a Di Donato [2004 e 2005] e alla bibliografia ivi citata.

storiografica di come questa complessa struttura gerarchica delle norme giuridiche operasse nella pratica del sistema politico-istituzionale diventa dunque un passaggio indispensabile per la comprensione dello Stato assoluto e perciò dello Stato moderno *tout-court*.

2. *Questione fondamentale e sfida politico-storiografica*

Esiste una gerarchia delle norme giuridiche nell'Antico Regime? Lungi dall'essere ciò che può sembrare a prima vista, ossia una questione retorica e ispirata dalla pura erudizione storiografica, la domanda riveste la più grande importanza. Dalla risposta, infatti, dipende tutta l'interpretazione del sistema giuridico e della struttura sociale dei secoli prima della Rivoluzione che siamo soliti indicare convenzionalmente con la definizione di Età moderna.

Lo stesso crollo dell'Antico Regime e l'affermazione del nuovo ordine sociogiuridico, che è poi nella sostanza quello ancora attuale fondato sul principio di legalità costituzionale e sulla rappresentanza politica, può essere meglio compreso se s'individuano le cause della crisi dell'assetto precedente. Per capire le ragioni che spinsero alla svolta occorre però conoscere in profondità il funzionamento del sistema superato e pochi argomenti come la gerarchia delle norme ci offrono elementi decisivi per farlo.

In primo luogo la posta in gioco storiografica sottesa dalla questione se esista o no una gerarchia normativa nell'Antico Regime è strettamente collegata all'idea che ci si forma del cosiddetto «Stato assoluto»². Molte ricostru-

² Le ricerche più aggiornate su questo tema, provenienti soprattutto dagli studiosi del Medioevo, suggeriscono che il processo di formazione dello Stato moderno assoluto dev'essere anticipato almeno di due/tre secoli in rapporto alla periodizzazione tradizionale. Lo Stato moderno è visto come un organismo evolutivo la cui struttura embrionale inizia a formarsi già tra l'XI e il XIII secolo. Questa tesi ha sviluppa-

zioni storiografiche di questo fenomeno storico-politico hanno preso in considerazione il solo livello dottrinale, per concludere che la monarchia francese, tra Cinque e Settecento, assoluta lo era davvero nel senso che il re disponeva di una sovranità piena ed effettiva, tanto da giungere a identificarlo con lo Stato *tout-court*³. Se le cose stessero realmente in questo modo, di gerarchia delle norme non avrebbe neppure senso parlare, poiché l'unica fonte normativa sarebbe stata la volontà del re. Alla monarchia effettiva corrisponderebbe un rigido monismo anche nel sistema di produzione delle norme giuridiche.

Questo indirizzo storiografico ha fatto il suo tempo. Molto ha contribuito al suo superamento l'opera di un grande studioso francese, Roland Mousnier, il quale, nel proseguire una già solida linea di studi e di ricerche⁴, demolì il paradigma storiografico tradizionale osservando lo sviluppo di quei legami sociali e politici che, in coerenza con il suo metodo realistico, definì «relazioni effettive»⁵. Da allora non si è più smesso di approfondire l'osservazione della «pratica del sistema», per riprendere l'espressione di Denis Richet, che proprio di questo metodo, opposto alle ricostruzioni basate solo sui «fondamenti» teorico-dottrinali, fece un punto di grande originalità della

to la linea di Strayer [1970] che si ritrova nella fine analisi semantica compiuta da Tenenti [1987]. Per la storiografia francese, cfr. Krynen [1993]; Rigaudière [2003] e il monumentale sforzo compiuto da diversi specialisti coordinati da Jean-Philippe Genet nel quadro di una importante *Action Thématique Programmée* del CNRS, intitolata *Genèse de l'État moderne*, che ha dato vita a numerose importanti pubblicazioni sull'argomento: cfr. Genet e Le Mené [1987]; Genet [1990]; Coulet e Genet [1990]; Blockmans e Genet [1993]; Reinhard [1996]; Bonney [1996]; Coleman [1996]; Blickle [1998]; Contamine [1998]; Padoa-Schioppa [2000]; Ellenius [2001].

³ Ultimo esempio di questa visione tradizionale, Vonglis [1997 e 2006].

⁴ Doucet [1948a e 1948b]; Zeller [1948]; Olivier-Martin [1948, 1988, 1997a e 1997b]. Questi autori avevano già messo in crisi il dogma storiografico che vedeva nell'assolutismo il trionfo effettivo del potere monocratico del re.

⁵ Cfr. Mousnier [1970a; 1974-1980; 2002, 5, 7 e 153].

propria ricostruzione della storia politico-istituzionale della Francia moderna⁶.

Nei lavori di questi studiosi si rileva una costante verifica del piano teorico che viene continuamente messo a confronto con il funzionamento effettivo dei sistemi politici e istituzionali. Ciò permette di toccare con mano come le norme si realizzano (o non si realizzano o si realizzano parzialmente) nella realtà dei comportamenti individuali, sociali e politici. Si comprende così quale sia il diritto effettivamente vigente e si distingue tra il piano dei valori e quello dei fatti.

Questa distinzione produce, tra l'altro, un immediato effetto sul piano dell'interpretazione storiografica nel campo istituzionale: osservando i fatti (ossia la prassi che concretamente s'instaura in un determinato ambito politico-istituzionale) e non solo i valori (ossia i programmi e i proclami propugnati dalle dottrine ovvero gli ideali dei quali è imbevuta una mentalità sociale) tendono a sfumarsi molte delle cesure che la storiografia spesso sottolinea come svolte epocali. Il feticismo della discontinuità si sgretola di fronte all'evidenza di concatenazioni che nella concretezza dei fenomeni mostrano come nessuna società sia completamente indipendente da quelle che l'hanno preceduta⁷. La domanda più sensata che andrebbe posta, allora, di fronte all'osservazione della storia nel suo svolgersi è: che cosa si è salvato (e perché), nonostante la rottura ideologica, del patrimonio precedente?

Se applichiamo questo metodo d'indagine al nostro tema dovremo allora domandarci: la gerarchia delle norme fa parte delle cose che si sono salvate dopo la grande svolta rivoluzionaria oppure questa gerarchia costituisce il fatto davvero nuovo sul quale si edifica il nuovo assetto giuridico, sociale, politico e istituzionale?

⁶ Richet [1998], la cui prospettiva ha aperto una scia ancora attualmente feconda: tra le opere più recenti cfr. Harouel *et al.* [1987]; Sueur [1993 e 1994]; Barbiche [1999]; Carbasse, Leyte e Soleil [2000]; Saint-Bonnet e Sassier [2004].

⁷ Cfr. Hadot [2006, 59 e 65].

La tesi che in questo capitolo cerco di dimostrare si fonda sull'idea secondo la quale, nonostante le grandi differenze socioculturali e istituzionali, la gerarchia normativa era sentita come un pilastro dell'edificio giuridico (e non solo giuridico) dell'Antico Regime. Questa conclusione deriva dalla decostruzione dell'immagine del re assoluto considerato come un autocrate davvero *legibus solutus*, slegato cioè da ogni legge, che agisce al di fuori di ogni ordine giuridico assumendo le proprie decisioni senza freni né sollecitazioni di alcun genere. La realtà storica è ben diversa. L'ordine giuridico dello Stato assoluto che le dottrine rivoluzionarie descrissero sotto l'etichetta di «Ancien Régime» (per distaccarsene) era molto più complesso dello schema semplificato che quelle dottrine tesero a trasmettere. Le «politiche della Rivoluzione» presero il sopravvento – come sempre accade nel mezzo di una svolta epocale – sull'esigenza di obiettività storica⁸. Contrariamente alla vulgata rivoluzionaria che identificava l'Antico Regime con il dispotismo, il sistema politico-istituzionale dello Stato assoluto prevedeva tutta una serie di vincoli (*contraintes*) che impedivano la corrispondenza totale tra la mera volontà del sovrano e la legge. Il *droit public* era indipendente dalla *volonté royale* e si componeva di tutta una serie di articolazioni cui si attaglia perfettamente il termine di *constitution*⁹.

Si è visto (nel cap. I) come proprio grazie a questa costituzione la *jurisdictio* parlamentare avesse assunto progressivamente un ruolo politico centrale negli equilibri politico-istituzionali dello Stato assoluto. Questo ruolo aveva nella gerarchia normativa il suo maggior fondamento. Ciò spiega il motivo per cui così come l'idea stessa di una giurisdizione politica era oggetto di aspre

⁸ Baczko [2008], la cui terza parte è dedicata proprio al dislivello tra la «continuità della storia» in relazione alla «conflittualità della politica» (pp. 339 ss.).

⁹ Cfr. Mousnier [2002]; Di Donato [1998a; 2003a]. Si veda, inoltre, Vergne [2006]. *Contra* Richet [1998]; Descimon e Guéry [1989]; Descimon e Cosandey [2002].

contese tra magistratura e corona, lo stesso può dirsi dell'esistenza della gerarchia normativa.

Se si guardano infatti le cose dal punto di vista della *royauté* si è portati a concludere che l'idea stessa di una gerarchia di norme era incompatibile con il più elementare degli schemi assolutistici fondato sul brocardo *Rex est Lex* e sul suo inverso speculare *Lex est Rex*. Se avessero passivamente accettato l'esistenza di una gerarchia (quindi di una pluralità) di norme, i sovrani avrebbero avuto molta più difficoltà a svolgere l'opera di positivizzazione del diritto e di redazione scritta delle *coutumes*¹⁰. Durante l'Età moderna il diritto romano nelle aree del sud e la *coutume* nel nord erano stati progressivamente assorbiti dal diritto positivo regio e non dovrebbero in alcun caso essere considerati come fonti giuridiche alternative al diritto regio¹¹. L'idea dell'esistenza di diversi livelli normativi era dunque negata in radice dalla *thèse absolutiste*. L'assolutismo conteneva nel suo principio fondatore una volontà di potenza che si precisava in un progetto politico e giuridico livellatore, teso a ridurre tutto al monopolio supremo della legge del re.

Almeno nella costruzione teorica del concetto, la sovranità assoluta non poteva quindi che essere fondata sul principio dell'indivisibilità del potere dal quale discendeva il corollario dell'unicità della legge, atto tipico della manifestazione di volontà del sovrano. Fin dal XVI secolo Bodin aveva tracciato la linea dottrinale di questo postulato, subito divenuto un *topos* della letteratura politica: chi ha il potere di fare la legge ha tutto il potere¹². In uno Stato

¹⁰ Cfr. Krynen e Rigaudière [1992]; Rigaudière [2004].

¹¹ Cfr. Piano Mortari [1962, 1977, 1980, 1989, 1991]; Guizzi [1969, *passim* e spec. 27]; più di recente, Rousselet-Pimont [2005, 501-5 («L'assimilazione della consuetudine redatta alla legge»)].

¹² L'identificazione tra «legge» e «ordine sovrano» è compiuta esplicitamente da Bodin, come ricorda la curatrice dell'ed. it. della *République* Isnardi Parente [1964, 32], «in vari punti dell'opera». Cfr. Bodin [1964], lib. I, cap. II, p. 181 («Le leggi sono cosa pubblica e comune, e dipendono dal sovrano»); cap. VIII, pp. 345-406, spec. 358 («Chi è sovrano, insomma, non deve essere in alcun modo soggetto al coman-

assoluto di diritto divino era di tutta evidenza che questo potere spettava solo al re. «Fare leggi» fu considerata a lungo, anche nell'immaginario collettivo della società di Antico Regime, la prerogativa principale ed esclusiva del solo sovrano¹³. La volontà del re – riflesso di quella di Dio – era l'unica fonte del diritto così come la legge che ne scaturiva era l'unica fonte delle norme giuridiche. Non vi era alcuno spazio per altre fonti del diritto, né subordinate né, a maggior ragione, concorrenziali o addirittura superiori. Il monopolio del potere legislativo concentrato nelle mani del re era dunque il pilastro di tutto il sistema monarchico-assolutista ed è più che comprensibile che la dottrina politica elaborata dai sostenitori della modernizzazione imperniata sull'accentramento monarchico insistesse sull'esclusività del potere legislativo del sovrano esercitato «sans dépendance et sans partage», come affermò Luigi XV nella famosa *séance royale* detta della «flagellazione» il 3 marzo 1766¹⁴.

E tuttavia questa immagine potente del re legislatore unico e assoluto, ancorché molto utile sul piano della psicologia collettiva per rinforzare il legame sociale, non corrispondeva affatto alla realtà empirica della vita politica e all'effettivo ordine giuridico-istituzionale della monarchia assoluta, che era molto più conflittuale dell'immagine di coerenza e perfezione che le dottrine *royalistes* diffondevano. A dispetto delle apparenze, «fare leggi» era, fin

do altrui, e deve poter dare la legge ai sudditi [...]. Per questo la legge dice che il principe non è soggetto all'autorità delle leggi; e anche in latino la parola legge significa il comando di chi ha il potere sovrano»; p. 365 («La legge dipende da colui che ha la sovranità»); p. 374 («È ormai chiaro che il punto più alto della maestà sovrana sta nel dar la legge ai sudditi in generale e in particolare, senza bisogno del loro consenso»); cap. X, p. 485 («La legge è il comando del sovrano che riguarda tutti i sudditi in generale, o che riguarda cose di interesse generale»); p. 491 («Perciò possiamo concludere che la prima prerogativa sovrana è il potere di dare la legge a tutti in generale e a ciascuno come singolo [...] senza bisogno del consenso di nessuno»).

¹³ Cfr. Richet [1998, 25-6 e 53].

¹⁴ Ivi, pp. 27 e 159. Cfr. anche Alatri [1977, 383].

dal Medioevo, un processo assai complicato e faticoso nel quale il re rientrava come uno, ma non certo l'unico, dei poteri attivi¹⁵. Se non si resta alla superficie dei valori dichiarati e si scava pazientemente nei fatti concreti ci si accorge che la funzione nomotetica è intrecciata a triplo filo con la funzione giurisdizionale e che la magistratura – specialmente, anche se non solo, parlamentare – attraverso la sua funzione ordinaria di «dire le droit» s'insinuava continuamente nell'esercizio della legislazione. La *jurisdictio* dei magistrati divenne, di fatto, una cifra essenziale del potere di «condere leges», secondo l'antica formula medievale che i giureconsulti adoperavano costantemente¹⁶.

I giudici finirono con il considerarsi apertamente come i «co-legislatori del regno»¹⁷. Essi fondavano questa pretesa sull'asserzione che la funzione di giudicare derivava da una doppia rappresentanza: per un verso vi era il mandato del sovrano che delegava la giustizia alla magistratura (e, come si è visto, si trattava di una delega obbligata)¹⁸, per un altro il giudice riceveva un *munus* divino in virtù del quale la *Scientia juris* poteva esplicitarsi in tutta la sua incontestabile autorevolezza¹⁹. Il giudice diventava, in quest'ottica, un mandatario di Dio e nel contempo del re, e di conseguenza assumeva *naturaliter* la funzione di *magister* del diritto secolare. In questo schema, il re non era che il «canale attraverso il quale

¹⁵ Cfr. al riguardo le due esemplari ricerche di Petit-Renaud [2001] e di Rousselet-Pimont [2005].

¹⁶ Costa [1969].

¹⁷ Sul punto, Di Donato [2003a, 342-7].

¹⁸ *Supra*, cap. I, par. 7. Sulla *justice déléguée* o, al contrario, *retenuë*, cfr., ampiamente, Sueur [1993 e 1994, I, 144-5, 197, 229-32, 312 e 354-5; II, 162-81, 229, 246-68 e 278-9].

¹⁹ Cfr. Renoux-Zagamé [2003]. Sulla relazione atavica tra diritto e sacralità, si veda Chiappini [2006, 151-70, spec. (per ciò che concerne la «mobilitazione delle potenze divine al servizio dell'ordine giuridico» e sui «preti-magistrati» chiamati a gestirle) cap. I della seconda parte («Il sacro all'opera nel diritto»)].

Dio trasmetteva [ai magistrati] la funzione di giudicare gli uomini»²⁰.

Fin dal XIII secolo si era affermata quest'«idea di una giustizia sovrana» a causa della sua «essenza divina»²¹. Il potere esegetico del giurista che giudicava non era frutto di una libera e perciò revocabile scelta del re, ma derivava direttamente dal *munus* divino infuso nella *Scientia juris*, una concezione che era stata scolpita per sempre nel celebre frammento di Ulpiano che, non a caso, Triboniano aveva scelto d'inserire nell'*incipit* del Digesto: da allora la giurisprudenza era stata considerata «scienza delle cose divine e umane»²². E questa «divinità» della giustizia era entrata nel regno di Francia, caratterizzandone l'identità profonda, attraverso l'indispensabile mediazione patriarcale del corpo – che era un vero e proprio *corpus mysticum* – dei *juristes-savants*, ossia ispirati dall'Alto²³. Il diritto si poneva, allora, come un'«eccezione» – l'unica – al sapere del principe²⁴. Un sapere che si vuole sempre più indispensabile tanto per «pensare e costruire lo Stato» quanto per governarlo²⁵. Per tal via fin dai secoli XIV-XV il «baluardo» (il linguaggio giuridico dei *robins* usa alla lettera il termine *rempart*) della statualità costituito dal «grande corpo» della magistratura togata acquisì in Francia un enorme peso politico e istituzionale che condizionò pesantemente le sorti della *royaute*²⁶.

²⁰ Rousselet-Pimont [2005, 546].

²¹ Jacob [2001, 36 e 71]: «L'idea che la funzione di giudicare è di essenza divina e che, da questa essenza, essa attinge una parte diretta di sovranità, indipendentemente dalla delega che gli conferisce il capo politico, attraversa la storia della giustizia fin dal Medioevo».

²² D. I. I. 10. 2: «*juris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*»; cfr. anche *Institutiones*, I. I. I. Il celebre passaggio è oggetto di un acuto commentario di Kantowicz [1957, cap. IV, par. 2, 119]. Cfr. ora Schiavone [2005, 60].

²³ Cfr. Arnaud [1977].

²⁴ Cfr. Krynen [2002].

²⁵ Cfr. Rigaudière [2003]; e, sul ruolo dei giuristi nella costruzione dello Stato, Padoa-Schioppa [1999, 2000 e 2003].

²⁶ Cfr. Autrand [1981].

È in concomitanza con questa crescita vertiginosa della propria funzione politica che il discorso giuridico rileva con sempre maggior forza il valore assoluto e inattaccabile della «coscienza» del giudice e del «libero suffragio» (*libera existimatio*). Più che una mera applicazione della legge, il giudizio si configura allora come un frammento dell'illuminazione divina che il magistrato risolve «par intime conviction», ossia nel foro intimo della sua coscienza, che diventa – esattamente come per il re – l'incontrollabile camera oscura della decisione giurisprudenziale²⁷.

La costruzione dello Stato moderno passa attraverso questo passaggio dialettico cruciale del rafforzamento – che è tanto teologico-politico quanto giuridico-istituzionale²⁸ – della struttura degli uffici giudiziari e della costituzione di un corpo politico-giurisprudenziale, sempre più autonomo dalla corona²⁹.

3. *Gerarchia delle norme e governo dei giudici*

In questa trasformazione decisiva dello Stato moderno, i *legum doctores* e specialmente coloro che erano muniti della giurisdizione suprema, pur continuando a far professione di fede nella dottrina monarchico-assolutistica (che era indispensabile per evitare il rischio del repubblicanesimo³⁰ e, come si è visto, per estinguere la responsa-

²⁷ Cfr. Carbasse e Depambour-Tarride [1999].

²⁸ *Théologie et droit* [1991].

²⁹ Cfr. Richet [1998]; Mousnier [1970a e 1974-1980].

³⁰ I giuristi dell'Antico Regime temevano più di ogni altra cosa l'instaurazione di un regime repubblicano perché, come mostrava loro l'esperienza in Europa – e soprattutto nell'Italia del nord – il potere della mediazione patriarcale vi era praticamente annullato. Se ne può trovare una eloquente testimonianza nel diario del viaggio italiano di Montesquieu, specialmente nei giudizi opposti che il grande *président* di La Brède formulò sulle due città di Genova (repubblicana) e di Napoli (dove vigeva un sistema monarchico-assolutistico propenso al modello francese). Contrariamente all'impressione iniziale che dà al lettore (loda la bellezza urbana genovese e critica il caotico e turbolento disordine napoletano), egli esprime invece un giudizio nettamente sfa-

bilità dell'apparato pubblico), proseguirono nella costruzione di un ordine giuridico pragmatico il cui carattere essenziale era la struttura normativa gerarchizzata.

La gerarchia, in effetti, era il presupposto indispensabile al controllo di legalità costituzionale che i *robins* pensavano come lo strumento-principe della partecipazione parlamentare all'esercizio della sovranità legislativa. Il fine ultimo di questa complessa operazione era chiaramente di limitare il potere del sovrano e di situare la volontà di quest'ultimo all'interno di un reticolato di vincoli e di verifiche, nel quale l'interpretazione giurisdizionale potesse giocare un ruolo decisivo³¹.

Non bisogna mai dimenticare che tanto nella costruzione dottrinale quanto nella strategia politica concreta della *robe* vi era questo aspetto bivalente: da un lato i giuristi proclamavano la necessità di conciliare sovranità regia e giurisdizione; ma dall'altro essi miravano ad affermare la sovranità effettiva (e questa volta davvero «assoluta», ossia priva di controlli e di sanzioni) della legge interpretata da loro stessi attraverso gli atti (non necessariamente quelli ufficiali) del Parlamento³². Quest'ultimo pretendeva d'«immischiarsi» (è l'espressione che adoperano i protagonisti dello scontro: in originale «s'immiscer») negli affari di Stato e segnatamente nella formazione degli atti legislativi. Il paradosso è che nei discorsi ufficiali i *robins* riconoscevano che questo potere era prerogativa esclusiva del re – poiché altrimenti non vi sarebbe più stata monarchia – e di conseguenza essi si dichiaravano indisponibili ad assumerlo direttamente nelle loro mani. Occorreva quindi trovare la quadratura del cerchio: salvare la forma del principio monarchico e riempirlo, nei contenuti, della volontà della magistratura. Questa soluzione fu indivi-

vorevole sul primo sistema ed entusiastico sul secondo. Per un'analisi più dettagliata rinvio al mio specifico saggio Di Donato [1998b].

³¹ Per l'approfondimento, in sede di analisi teorica, dei «vincoli giuridici» (*contraintes juridiques*), cfr. Troper *et al.* [2005].

³² Cfr. Di Donato [2003, cap. II, parr. 25-6, 326-36].

duata nel controllo di costituzionalità effettuato attraverso l'*enregistrement* parlamentare³³.

La gerarchia delle norme fungeva quindi da presupposto alla nascita di questo controllo di legalità costituzionale che era appannaggio esclusivo dei giuristi-magistrati del Parlamento. La dottrina giuridica fu allora chiamata a giocare il suo ruolo. Ed ecco fiorire in una prima fase i trattati sui «freni» (Claude de Seyssel 1519), poi le teorie sul diritto divino, sulla legge di natura e sulle leggi fondamentali (Charles Loyseau 1608); e parallelamente l'esigenza autocelebrativa circa l'autorità del Parlamento in materia di giurisprudenza politica (Jean Montaigne 1512; e più tardi, La Roche Flavin 1617)³⁴. Che gli autori lo dicano in modo esplicito o no, lo scopo di questa copiosa letteratura era sempre il medesimo: affermare che vi erano più fonti del diritto, che queste fonti erano disposte secondo una scala gerarchica e che questa gerarchia dava luogo *eo ipso* ad un controllo di conformità costituzionale delle leggi del re. Questo controllo era determinato in Parlamento secondo un *iter* procedurale che atteneva secondo i giuristi alla struttura provvidenziale – e dunque immutabile – del regno. Era Dio stesso ad aver stabilito quelle regole, le quali, come la Legge Salica che disciplinava la linea di successione al trono, non potevano essere modificate *ad libitum* dal re. Erano regole oggettive di natura divina. La legittimazione del controllo parlamentare di legalità costituzionale non passava dunque attraverso la delega del re alla magistratura, ma atteneva al livello superiore della struttura ontica del regno. Il Parlamento si trovava ad essere investito del compito divino di vigilare sul sovrano e sulla sua condotta di re cristianissimo e ricondurlo, nel caso deviasse dalla retta via, nel solco della legalità divina e naturale prescritta per il mantenimento e lo sviluppo del regno.

³³ Cfr. *infra*, par. 5 e spec. 5.3.

³⁴ Montaigne [1512]; Seyssel [1519]; Loyseau [1608, II, parr. 1-9]; La Roche Flavin [1617].

Questo intendevano i giuristi quando parlavano di «leggi fondamentali»³⁵.

Questa struttura gerarchica produceva in primo luogo l'effetto giuridico-istituzionale di mettere sotto controllo il potere del re e del suo governo ministeriale. I loro atti erano legittimi solo se non erano in conflitto con l'ordine giuridico superiore. E i contenuti normativi concreti di quest'Ordine erano di volta in volta precisati attraverso l'interpretazione giurisprudenziale. Ciò portava i giuristi ad affermare, di fatto, la superiorità dello Stato e delle istituzioni sul re-persona. Era lo Stato non il re l'entità suprema della *Respublica*. Lo Stato costituiva l'interesse superiore al quale tutti, il re per primo, dovevano prestare obbedienza. Tradotto in linguaggio giuridico ciò significava che i principi costituzionali erano gerarchicamente superiori alle leggi che questo o quel sovrano, questo o quel governo potevano emanare. Queste erano leggi «ordinarie» (l'aggettivo ha in francese una venatura peggiorativa), ossia di secondo livello rispetto alle leggi fondamentali e, più ampiamente, alla «constitution du royaume» integrata dall'*ordo juris*. Va da sé che le une non potevano contraddire le altre, né integrarle, né modificarle³⁶.

Il sovrano e la stessa monarchia erano, in questa visione della *robe*, strumenti per la realizzazione dello Stato. Non erano affatto il fine, come appariva dalle dottrine assolutistiche bensì il veicolo provvidenziale e prioritario attraverso il quale si realizzava la vita civilizzata e l'ordine politico e sociale voluto da Dio. La gerarchia delle norme era quindi l'indispensabile ossatura della civilizzazione statale, la *Ratio* fondamentale dello Stato, che determinava la precondizione della sua esistenza e del suo sviluppo.

I magistrati, e più generalmente i giuristi, pensavano che la giustizia non potesse essere assicurata se «in ogni

³⁵ Oltre al classico di Lemaire [1907], cfr. più di recente Lovisi-Saguez [1984]; Vergne [2006].

³⁶ Cfr. Mousnier [2002, 133].

giudizio» i giudici non ponevano «in esecuzione le leggi che esprimevano la volontà del Creatore». Le sentenze erano perciò considerate dei «commentari della legge divina». E la giustizia – questo si diceva – era «la sorella della religione e della natura divina della legge»³⁷. L'*ordo juris* era, in definitiva, concepito dai «giudici-preti» come una vera e propria «teocrazia giudiziaria»³⁸.

Questo fondamentale principio, che i giuristi francesi hanno da sempre considerato il nucleo immutabile non solo dell'ordine giuridico ma dell'assetto generale del regno, è limpidamente enunciato in una gran quantità di fonti testuali. Tra queste, una delle più rappresentative è costituita dalla celebre «arringa» che uno dei più famosi magistrati del suo tempo, Achille de Harlay, primo presidente del Parlamento di Parigi, tenne al letto di giustizia del 15/16 giugno 1586. Parlando alla presenza di Enrico III, Harlay scelse parole pesate che, anche a distanza di tanto tempo, non possono prestarsi ad alcun malinteso:

Abbiamo, Sire, due tipi di leggi: le une sono le leggi e le ordinanze dei re, che si possono cambiare secondo la diversità dei tempi e degli affari; le altre sono le ordinanze del regno, che sono immutabili e inviolabili, e per effetto delle quali voi stesso siete salito al trono reale e questa corona è stata conservata dai vostri predecessori fino a voi. [...] Questa tra le altre leggi è una delle più sante e quella che i vostri predecessori hanno più religiosamente custodito; [essa prescrive] di non pubblicare nessuna legge né ordinanze che non siano *verificate* in questa Compagnia [del Parlamento]. [Quei re vostri predecessori] hanno stimato che violare questa legge era violare quella per la quale essi sono stati fatti re. [...] Così dovete osservare le leggi dello Stato del regno, che non possono essere violate senza revocare in dubbio la vostra stessa potenza e sovranità³⁹.

³⁷ Sull'identità divina dell'ordine giuridico dell'Antico Regime e sulle complesse problematiche determinate da questa concezione teologico-politica, l'opera di riferimento è Renoux-Zagamé [2003 (le citazioni nel testo sono ivi, p. 175)].

³⁸ Ivi, pp. 121-9.

³⁹ Questo discorso del presidente de Harlay è stato interpretato,

De Harlay espone qui un vero e proprio sistema delle fonti di produzione del diritto tutto impostato sulla gerarchia normativa che a suo dire era vigente nel regno. Le norme di livello superiore erano imm modificabili e va da sé che una volta affermato il dislivello tra norme di tipo diverso s'imponeva l'esigenza di comparare le une alle altre per attestarne la conformità o sanzionarne la violazione. Solo la *jurisdictio* del Parlamento poteva assicurare quel controllo stabilendo di volta in volta l'ampiezza di quei principi fondamentali e la loro effettiva applicazione.

È precisamente per questa ragione che la gerarchia delle norme è posta da De Harlay alla base di una determinata forma politico-istituzionale, quella «assolutistica» (nella forma) controllata dalla magistratura (nella sostanza).

L'esistenza di un «corpo» o sistema normativo che né il re né, *a fortiori*, alcun altro potere estraneo alla sovranità nazionale poteva modificare, rappresentava agli

dalla quasi totalità degli studiosi che se ne sono occupati, come un'acanita difesa della registrazione parlamentare, trascurando però in tal modo l'aspetto – che a mio avviso costituisce invece l'elemento decisivo – concernente la gerarchia delle fonti di produzione del diritto: cfr. Lemaire [1907, 148-9]; Doucet [1948a, 66]; Richet [1998, 22]; Olivier Martin [1997a, 8]. Sarah Hanley ha posto in evidenza che la fonte primaria cui tutti gli storici si sono rifatti per la ricostruzione di questo preteso letto di giustizia del 15 o 16 (la data resta incerta) giugno 1586 non sono affatto i registri del Parlamento (ossia una documentazione ufficiale e istituzionale), bensì «una raccolta di discorsi approntata per l'occasione dal consigliere Guillaume du Vair (1560-1621). Sulla base di questa critica delle fonti la storica americana ha avanzato l'«ipotesi verosimile che quei discorsi del 1586» furono o «pronunciati nel corso di una riunione del Consiglio reale alla quale presero parte diversi parlamentari, tra cui il primo presidente» (quindi non un vero letto di giustizia che non ebbe affatto luogo), o addirittura che essi non furono «mai pronunciati» pur restando «nei fogli di Guillaume du Vair» che li aveva trascritti prima: Hanley [1991, 211-2]; cfr. Du Vair [1641]. Quale che sia la realtà, ciò che più importa è il fatto che questi discorsi circolassero sotto una forma o sotto un'altra, più o meno ufficiale, negli ambienti politici dell'*establishment* e che in essi sia ravvisabile l'essenza della visione politica e istituzionale della magistratura e più in generale il nucleo concettuale del pensiero giuridico.

occhi dei giuristi la più credibile garanzia della stabilità dell'ordine giuridico e sociale, un ordine grazie al quale si realizzava lo Stato di diritto e non una monarchia arbitraria. Del pari l'esistenza di un *Parlamento* e non di una qualsiasi corte di giustizia (ancorché suprema) era legittimata proprio da questo fondamento concettuale: parallelamente al «corpo» strutturato di norme, gerarchicamente disposte, non poteva che esservi un «corpo» istituzionale composto da magistrati professionali legittimati a tradurre in pratica quella gerarchia normativa, che altrimenti sarebbe restata lettera morta.

I giuristi insistevano molto su questo punto cruciale, considerandolo la vera specificità della civilizzazione che lo Stato monarchico francese – così affermavano – aveva portato nel mondo. Di là da quelle «sante e sagge regole» non vi era che la barbarie del dispotismo orientale. Come affermava Du Vair: «Noi stimiamo che gli Stati sono le principali ed eccellenti opere di Dio, senza la condotta e provvidenza del quale le menti di così tanti uomini dissoluti e inclini alla licenza mai si lascerebbero riunire e assoggettare al legame di una sola legge e di un solo principe»⁴⁰.

Se volessimo utilizzare le categorie concettuali e di conseguenza il linguaggio del diritto contemporaneo che ci sono familiari dovremmo concluderne che il discorso del presidente de Harlay attesta l'esistenza di una costituzione rigida; rigida al punto da non poter essere modificate da alcun potere, fosse pure un potere costituente (il cui concetto era ovviamente impensabile nel quadro culturale dell'Antico Regime)⁴¹. Quella che reggeva lo Stato assoluto era dunque una costituzione immodificabile in quanto direttamente dedotta per via giurisprudenziale da

⁴⁰ *Œuvres de Du Vair* [1641]; cfr. Lemaire [1907, 143].

⁴¹ Sulla rigidità della costituzione dello Stato assoluto, cfr. Mounier [2002, 118-23]. È questo, del resto, il senso dell'espressione usata da de Harlay «Stato del regno» (*Estat du royaume*) che ricorre nei principali giuristi dell'epoca da du Haillan a Hotman fino a Bodin e l'Hôpital: cfr. Doucet [1948a, 66, nota 1].

un *corpus* di principi metafisici di cui nessuno – salvo i giuristi – poteva avere il controllo.

L'evoluzione del diritto (quella che oggi chiameremmo «riforma») era allora assicurata per altre vie e con altri strumenti: essenzialmente attraverso le *subtilitates* dell'interpretazione della giurisprudenza parlamentare che non necessariamente dovevano essere istituzionalizzate in atti formali tipizzati, ma potevano passare per trattative sotterranee (che nelle fonti sono chiamate «conférences») convocate nei «cabinets ministériels»⁴². C'era un «non-detto» di fondamentale importanza nel discorso giuridico che consisteva essenzialmente nel presupporre che nessun controllo di legalità costituzionale tra livelli normativi diversi avrebbe potuto essere realizzato al di fuori del processo d'interpretazione di cui la magistratura era l'unica depositaria⁴³.

La testimonianza del presidente de Harlay non è l'elucubrazione isolata di un intellettuale radicale o di un *outsider* che si muoveva liberamente fuori da ogni vincolo istituzionale; al contrario, il suo valore storiografico sta proprio nel fatto che si tratta di un grande protagonista della vita dell'apparato. È evidente che dietro le sue parole vi è il *background* della lunga elaborazione dottrinale che si è descritta nel primo capitolo. La concezione di fondo espressa da de Harlay è dunque una delle manifestazioni più tipiche dell'*humus* ideologico che caratterizzava la visione del mondo e il modello dell'*ordo juris* concepito dai giuristi dell'Antico Regime. Non a caso la formula di de Harlay divenne immediatamente un *topos* del discorso giuridico che non fu mai più abbandonata fino alla Rivoluzione, continuando a influenzare la *forma mentis* e la psicologia dei giuristi anche nel XIX e nel XX secolo.

Da quel momento i magistrati dei parlamenti iniziarono a considerarla «una massima legata alla costituzione

⁴² Per l'esame di questa problematica, cfr. Di Donato [2007a].

⁴³ Rinvio, su questi concetti, che sono – come ognuno può constatare – di grande attualità, a Troper [1994, 1996, 1999, 2001 e 2003].

della monarchia, praticata in tutte le età». Ancora nel marzo 1768, in piena *bagarre* tra magistratura e corona, si trova ripetuta con grande enfasi in numerosi documenti parlamentari. Un testo esemplare al riguardo è rappresentato dai *cabiers* parlamentari del consigliere Glandres de Brunville⁴⁴. E, a maggior ragione, durante i *troubles* della *réforme* del cancelliere Maupeou la formula-Harlay divenne un formidabile argomento contro lo sconvolgimento istituzionale messo in atto dal governo. Fu utilizzata, ad esempio – con qualche lieve adattamento –, nei celebri *Principes avoués et défendus par nos pères* di Le Paige, che la considerava tra le massime che componevano la costituzione del regno «una delle più sante», e perciò quella che tutti i sovrani «hanno più religiosamente rispettato»⁴⁵.

La distinzione tra *lois fondamentales* e *lois ordinaires* formava, dunque, un luogo comune nella letteratura giuridica dell'Antico Regime. In breve essa fu considerata come una nozione giuridica basilare e imprescindibile in ogni analisi teorica e in ogni azione politica. Né Étienne Pasquier né Jean Bodin né Cardin Le Bret – che furono, com'è noto, gli araldi meno cedevoli in difesa della *royauté* e dell'indivisibilità del potere sovrano – riuscirono a rimettere in causa questa visione delle cose.

4. Gerarchia normativa e tecniche occulte di dominio

All'opposto di quanto numerose fonti documentarie mostrano così chiaramente, sia la dottrina giuridica sia la storiografia del diritto tradizionali sono rimaste appiattite sull'idea che un «diritto superiore», ossia l'esistenza di una gerarchia delle norme, sarebbe in contraddizione con «l'assolutismo della legge, espressione della sovranità» totale e indivisibile del monarca⁴⁶.

⁴⁴ BS, BA, vol. 803, f. 347r.

⁴⁵ Cfr. Le Paige [1771, 23-4 (corsivo nel testo originale)].

⁴⁶ Cfr. Favoreu *et al.* [2003, 237-8].

Le «lois du roi» (per riprendere la formula divenuta usuale grazie al titolo dell'opera di François Olivier-Martin)⁴⁷ sarebbero dunque l'unica fonte del diritto nello Stato assoluto. La semplice manifestazione di volontà del sovrano era considerata legge dello Stato. Questa tesi prende alla lettera l'immagine del re come perno dello Stato. Si afferma in tal modo una concezione della sovranità intesa come un'attribuzione reale del monarca (e non invece come una teoria politica). Il re era lo Stato⁴⁸. Ecco la formula magica che spiegherebbe la struttura politica e istituzionale dell'Antico Regime, opponendola al nuovo assetto costituzionale inaugurato dalla Rivoluzione: sovranità monarchico-assoluta *versus* sovranità costituzionale rappresentativa⁴⁹.

Nell'Antico Regime mancherebbero, quindi, secondo questa visione tradizionale, i presupposti stessi di una gerarchia delle norme. Di conseguenza non si riconosce nell'azione dei parlamenti alcun controllo di costituzionalità sulle leggi del re. Il ruolo politico della magistratura, il cui conflitto con il potere politico è allora considerato un inconveniente del sistema costituzionale rappresentativo che lo Stato assoluto, al contrario, non aveva conosciuto, scompare del tutto nella ricostruzione di quel sistema dell'Antico Regime. I provvedimenti parlamentari (*remontrances*, *arrêts*, *arrêtés*, *arrêtés de règlement*) sono considerati solo vane e querule contestazioni provenienti da un gruppo di esagitati (gli *enragés*) senza effetti sostanziali sulla vita politica e sugli affari di Stato. Ci si sbarazza in fretta del discorso parlamentare consideran-

⁴⁷ Cfr. Olivier-Martin [1997a].

⁴⁸ Cfr. Vonglis [1997].

⁴⁹ Sul concetto di «sovranità» vi è stata di recente una efflorescenza di studi che hanno tentato di rimettere in discussione idee che sembravano consolidate. Mi limito a segnalare: Cazzaniga e Zarka [2001]; Barberi [2002]; Ferrajoli [2004]; Quaglioni [2004]. La critica più penetrante alla sovranità come sostanza materiale del potere è di Troper [1998a, 2001 e 2006a]. *Contra* Beaud [2002], che, sulla scorta della nota teoria schmittiana, insiste sull'efficacia dell'atto decisionale come effetto *realizzativo* del potere sovrano.

dolo solo una sterile e vacua «retorica protestataria»⁵⁰. Su questa falsariga si è giunti a svalutare a tal punto l'azione politica dei parlamenti da considerarli «un partito evanescente» destinato a sciogliersi come neve al sole. La strategia dei giuristi è giudicata un completo fallimento che produsse, nel migliore dei casi, qualche «vittoria di Pirro». Il loro discorso politico e le loro dottrine sarebbero totalmente autoreferenziali: il Parlamento «parla per fare esistere ciò di cui parla»⁵¹.

Tuttavia, sulla base di prove testuali schiaccianti, un nuovo filone di ricerca è venuto a smentire quest'impostazione. Se si parte dalle fonti coeve e si ascoltano i protagonisti della vita politica e istituzionale (ed è il miglior metodo nel campo delle discipline storiche, piuttosto che procedere per interpretazioni d'interpretazioni), il quadro si chiarifica e lo scontro tra magistratura e potere politico emerge in tutta la sua forza dirompente. Al piano dell'elaborazione dottrinale va poi sempre accoppiata l'osservazione parallela dei fatti politici e istituzionali, per verificare quanto di quei discorsi s'invera poi nella pratica dei sistemi⁵².

Partiamo, ad esempio, da un discorso pronunciato dal cancelliere François Olivier al Parlamento di Rouen nell'ottobre 1550⁵³. In quel testo, il grande giurista identificava tutti gli affari di Stato con ciò che apparteneva «al pubblico e all'universale»⁵⁴. Con quest'espressione egli in-

⁵⁰ Cfr. Levinger [1990].

⁵¹ Cfr. Maire [1998, 371, 396, 521].

⁵² È il metodo che ho proposto in Di Donato [2003a] (cui rinvio per i rif. bibl.) seguendo passo dopo passo l'evolversi degli eventi politico-istituzionali in rapporto all'elaborazione delle dottrine lepaigiane e viceversa l'adattamento continuo di queste a quelli. Cfr. in merito Krynen [2009].

⁵³ Cfr. *Proposition faite en la Court de Parlement de Rouen, par Noble Homme et saige, Messire François Olivier, Chevalier, Chancelier de France, le Roy present, Tenant audict lieu son Siege Royal de Iustice, le huitiesme iour d'Octobre, 1550*, Rouen, 1551 (= BNF, inv. Lf-25. 127).

⁵⁴ *Ibidem*.

tendeva trasferire il discorso dal piano storico-politico ad una dimensione giuridico-metafisica, destinata a favorire una visione carismatica ed esoterica del potere fondato sui «lumi» della *Scientia juris*. La presenza istituzionale della «Compagnia» aveva garantito l'unità della giurisdizione sovrana, unico potere nella monarchia assoluta ad essere legittimato ad unire «le materie di Stato e le cause di giustizia di grande importanza»⁵⁵. La sovranità giurisdizionale del Parlamento era necessaria a porre fine all'incontrollabile proliferazione delle «opinioni in tutte le materie, tanto civili quanto criminali»⁵⁶. E ciò poteva avvenire solo se si fosse garantita la totale libertà di suffragi ai magistrati.

Proprio in ragione di questa libertà di giudizio della magistratura su questioni che travalicavano la giurisdizione contenziosa per estendersi agli affari di Stato, Olivier conclude che la monarchia francese era una via «intermedia» tra i due sistemi, entrambi eccessivi, della repubblica e della tirannia. Grazie all'esistenza del Parlamento si era affermato in Francia un mirabile equilibrio politico-istituzionale che produceva «tanta libertà e tanta segretezza quanta un uomo dabbene potesse desiderare»⁵⁷. Infatti, in questa ai suoi occhi perfetta forma di Stato non mancavano dei contrappesi alla potenza dei magistrati. Essi non potevano giudicare *ad libitum* ma dovevano rispettare «le ordinanze del Re [...] perché facendo altrimenti la loro sarebbe piuttosto un'assemblea di burloni che un legittimo Senato»⁵⁸.

Questa preoccupazione di mantenere l'equilibrio tra i diversi centri istituzionali del potere indusse Olivier a concepire una precisa gerarchia di fonti giuridiche. Al vertice di questa piramide egli vedeva il diritto divino e le leggi fondamentali insieme alla «consuetudine» (*coutume*) e un po' più in basso la «legge» e le «ordinanze

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ *Ibidem*; nel testo originale compare «manières» in luogo di «matières», ma il *lapsus calami* è evidente.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ *Ibidem*.

del re», che potevano essere «estorte per importunità e circonvenzione e contro la perpetua intenzione del Re»⁵⁹. La *Scientia juris* dei magistrati, proponendosi come sapere imparziale, aveva il compito di attenuare questo rischio, mostrando al re e a tutti le distorsioni alle quali una volontà sovrana arbitraria e senza freni poteva pervenire.

Ai giudici apparteneva il dovere di formulare la corretta e legittima interpretazione della volontà sovrana, poiché era questa l'unica maniera di «assolvere la coscienza del re» e contestualmente quella degli stessi magistrati⁶⁰. Principio ineccepibile in teoria. Ma la sua applicazione pratica significava di fatto attribuire alla magistratura un decisivo peso politico. Se infatti per un verso i giudici non potevano «mai andare contro i termini [della legge] e il senso evidente che essa presentava, sotto pretesto d'interpretarla»⁶¹, per un altro era evidente che gli strumenti raffinati della tecnica esegetica e la consumata abilità dei *sacerdotes juris* avrebbero avuto regolarmente ragione di ogni volontà regale testualmente espressa. Non vi sono testi tanto chiari ed evidenti da sottrarsi alla manipolazione interpretativa del giurista.

I *robins* operavano pertanto sotto lo scudo del principio di legalità. Era questa l'incontrastabile forza che i giuristi-magistrati riuscivano con sapienziale destrezza a far valere sullo scacchiere politico e nelle complesse relazioni istituzionali con la corona. Con la prudente gestione di questa tecnica ermeneutica le *decisiones* parlamentari potevano spingersi fino a contraddire e a rovesciare la volontà legislativa del sovrano ribaltandone il senso in nome del rispetto della legalità.

Analizziamo attentamente, al riguardo, il testo così espressivo dei *Monumens précieux de la sagesse de nos rois*, allegato in appendice a una delle più celebri rimozioni della storia parlamentare, quella del 9 aprile 1753:

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ Cfr. Olivier-Martin [1997a, 411].

Rifiutando di obbedire a questi ordini irregolari, i magistrati non fanno che osservare le ordinanze, che sono le volontà costanti e immutabili del sovrano, e preferire tra due ordini contrari quello che egli stesso ordina di preferire; [...] essi non potrebbero agire diversamente senza essere veramente disobbedienti al re, trasgressori delle ordinanze e spergiuri, senza tradire il bene pubblico, l'ordine della giustizia, la loro coscienza, e un giuramento che è loro comune con il principe. [...] Sarebbe assurdo guardare l'osservanza di queste leggi come un conflitto tra il sovrano e il magistrato; quest'ultimo non diminuisce nulla del suo rispetto, della sua sottomissione, e del suo attaccamento inviolabile al sovrano, che sono gli attributi e l'essenza stessa della magistratura: rifiutandosi a un'obbedienza perfida, egli obbedisce in un altro modo; non è affatto l'autorità che egli combatte, è l'importunità da cui essa è assediata; quando rende il Trono inaccessibile a ogni ingiustizia, egli compie il voto del legislatore⁶².

Risulta, dunque, evidente che *i giuristi utilizzavano la gerarchia normativa come strumento principe della mediazione patriarcale*, vale a dire come il fondamento del potere politico intrinseco all'attività giurisdizionale⁶³. La gerarchia delle norme era quindi direttamente funzionale al governo politico occulto dei giudici. Essa era il presupposto fondamentale tanto del discorso dottrinale quanto dell'azione politico-istituzionale. Disporre di una scala gerarchica dei valori giuridici significava, per la magistratura, rendere più agevole la trasformazione del potere giurisdizionale in strumento d'influenza politica. Questa velleità di conversione della *jurisdictio* in potenza occulta di governo era la più radicata e sentita prerogativa della magistratura di Antico Regime⁶⁴.

⁶² *Monumens précieux de la sagesse de nos rois* (= BNF, F-25312-25313), «Avertissement», 5; cfr. Di Donato [1996], II, pp. 567-647 (per il commento alla rimostranza), pp. 647-64 (per l'analisi dettagliata dei *Monumens précieux*) e pp. 1050-1 (per il testo del documento).

⁶³ Sulla «mediazione patriarcale», cfr. *supra*, cap. I, par. 5.

⁶⁴ Su questa persistenza di lunga durata dello spirito di governo inerente alla magistratura e sui suoi riflessi attuali, *infra*, cap. VI.

5. *La gerarchia normativa come presupposto del controllo giurisdizionale di costituzionalità*

Risulta chiaro a questo punto che, come il principio gerarchico delle norme giuridiche situava la legge del re a un livello inferiore al diritto divino, alla legge di natura, alle leggi fondamentali e alla Tradizione, così allo stesso modo nell'assetto politico dello Stato assoluto si strutturava una gerarchia delle istituzioni⁶⁵. Ma questa gerarchia effettiva non era evidente, ma era, per così dire, sotterranea. La realtà apparente delle istituzioni regie faceva vedere e *doveva* far vedere un'altra immagine.

La gerarchia normativa era in realtà una strutturazione dell'*ordo juris* che i giuristi dei parlamenti consideravano indispensabile per realizzare di fatto la sottomissione del diritto positivo regio al diritto giurisprudenziale creato dalla *jurisdictio* del Parlamento. Il vero scopo nascosto della magistratura, come rivela un manoscritto del XVIII secolo proveniente dall'*entourage* del *Grand-Conseil*, era di costruire in modo occulto «un'autorità al di sopra di quella del re medesimo», ciò che in un sistema monarchico sembrava una palese «assurdità»⁶⁶. Per realizzare questo disegno la gerarchia delle norme si rivelò lo strumento più efficace.

5.1. *La dinamica di un paradosso politico: la gerarchia normativa a copertura della sovranità collegiale*

Nella struttura dell'apparato istituzionale così come nell'immaginario collettivo dell'Antico Regime, il re occupava indiscutibilmente il vertice della piramide. Rappresentante di Dio in terra francese e sua «immagine»

⁶⁵ Cfr. Mousnier [1974-1980]; Barbiche [1999].

⁶⁶ BS, ms. n. 21 [8932]: *Recueil de Traittés [sic] de droit public. Différentes matières*; t. V, f. 34 (i ff. 5-70 di questo volume sono dedicati tutti al «Grand-Conseil»): cfr. Di Donato [2003a, 681-4].

vivente era lui il capo supremo dello Stato⁶⁷. Questa dimensione mitico-simbolica era indispensabile, a più livelli, alla legittimazione e al funzionamento dello Stato assoluto. In primo luogo essa serviva ad assicurare una protezione sostanziale all'azione dei funzionari pubblici. Grazie al primato assoluto del re e alla sua investitura per diritto divino essi potevano operare in assenza di responsabilità.

I magistrati specialmente, *officiers de judicature*, godevano della più rigida inamovibilità⁶⁸. Fin quando non contravvenissero manifestamente a un ordine del re o a una legge in vigore (in questi casi si parlava di «forfaiture», «haute trahison» o «lèze-majesté»)⁶⁹ essi non potevano essere rimossi. La carica era di loro proprietà, e un'eventuale rimozione coattiva da parte del sovrano sarebbe stata considerata una violazione gravissima dei suoi doveri di «re cristianissimo» chiamato da Dio per difendere la proprietà, la sicurezza e la libertà dei sudditi⁷⁰. Il pastore – questa la metafora biblica di cui ci si serviva – è chiamato a governare il gregge, non a sbranarlo. Anche nei casi più flagranti, occorreva un regolare processo per condannare un magistrato come qualsiasi altro suddito. E il processo, per essere regolare, doveva essere celebrato dalla magistratura medesima⁷¹.

⁶⁷ Bodin [1964, lib. I, cap. X, 477].

⁶⁸ Cfr. Antoine [1994]; cfr. *supra*, cap. I, nota 52.

⁶⁹ Cfr. Sbriccoli [1974].

⁷⁰ Come sintetizzò molto bene Bodin affermando che il rispetto assoluto della proprietà dei sudditi era una legge universale: «A questa regola non fanno assolutamente eccezione né l'imperatore né il papa, come vorrebbero certi adulatori, i quali sostengono che essi possono, senza alcun motivo, togliere i beni ai loro sudditi: ma molti giuristi e persino canonisti considerano odiosa una simile opinione, come contraria alla legge di Dio»: Bodin [1964, lib. I, cap. VIII, 396].

⁷¹ Fu appunto questa la motivazione dell'agitazione parlamentare al momento di due celebri episodi avvenuti in momenti diversi durante il regno di Luigi XV: quello del giudice Carré de Montgeron e quello del procuratore generale al Parlamento di Rennes La Chalotais. In entrambi i casi il re fece arrestare i magistrati senza processo, scatenando una durissima reazione del Parlamento che provocò due gravi crisi istituzionali. Il racconto dettagliato dei fatti e del seguito politico del

Anche i ministri beneficiavano di una forma d'immunità nel loro agire⁷², ma di minore entità poiché potevano essere rimossi *ad libitum* dal sovrano e, a differenza dei magistrati, erano esposti agli umori della folla, la cui pressione poteva convincere il re a liquidare un ministro scomodo.

Nella dottrina giuridica del XVI secolo, il re era stato celebrato come un semidio. Questa strategia discorsiva era stata funzionale, nella prospettiva dei giuristi, alla costruzione dello Stato. E in effetti tutto l'apparato istituzionale ruotava intorno alla figura del sovrano⁷³. Tuttavia se si scava sotto le apparenze, non si tarderà ad accorgersi che quest'immagine celebrativa non corrispondeva precisamente alla realtà delle relazioni politico-istituzionali effettive. Il «mestiere di re», per riprendere la formula di Michel Antoine, era ben più difficile e «duro» di quello esaltato dal suo mito⁷⁴.

Dal punto di vista formale, il sistema era organizzato in conformità a una precisa gerarchia istituzionale che corrispondeva a quella funzionale ma non a quella sulle fonti normative costruita dalla dottrina parlamentare⁷⁵. Sotto il re vi erano i suoi Consigli privati i cui membri, ministri segretari di Stato, erano da lui nominati e revocati. Poi veniva il *Grand-Conseil* che era un vero e proprio organo giudiziario composto di giuristi scelti dal re

primo episodio è in un manoscritto conservato in BS, BA 799 [9260]: «Extrait des choses les plus importantes qui se sont passées au Parlement – 1719-1746», scritto da Guy Nouet, ff. 246r-v. e ss. Sul punto, cfr. Di Donato [2003a, 91-2]; e per La Chalotais, Richet [1998, 159]; Meyer [1995].

⁷² Cfr. Mousnier [1947 e 1970b]; Antoine [1951, 1970, 1973 e 1975].

⁷³ Un significativo esempio tra le numerose fonti disponibili: Bignon [1610]. Suggestive interpretazioni storiografiche al riguardo in: Marin [1981]; Boureau [2000]; Mousnier [2002, spec. 43-72, 110-81 (in partic. 172-4: «Il re assoluto immagine vivente del potere»)].

⁷⁴ Cfr. Antoine [1986].

⁷⁵ Su questa distinzione tra gerarchia delle norme e gerarchia delle funzioni, cfr. l'ampia disamina di Béchillon [1996].

(e di fatto dal cancelliere che di regola era anche guardasigilli) con diverse competenze, spesso in concorrenza conflittuale con quelle dei parlamenti. Questi ultimi erano disposti, nella scala gerarchica, un gradino più sotto⁷⁶.

Questo schema era puramente formale. Nella realtà concreta erano i parlamenti a giocare il ruolo maggiore. Attraverso l'uso del potere di verifica e di registrazione dei provvedimenti ministeriali i magistrati acquisivano una posizione ben più importante di quella riconosciuta alle istituzioni parlamentari nella gerarchia ufficiale. Sotto l'esaltazione formale del principio dell'«unicità del potere sovrano», come ha scritto molto efficacemente Jacques Krynen, si celava in realtà una «regalità collegiale»⁷⁷.

La controprova di questa realtà viene dall'osservazione dei momenti di crisi. Nei casi in cui il re s'irrigidiva e si rifiutava di far pesare il parere della magistratura negli affari di governo, i parlamenti si mettevano in agitazione e più di una volta arrivarono a proclamare lo sciopero, astenendosi dalle udienze. Si paralizzava così, di fatto, tutta la giustizia del regno, creando gravi disagi anche all'azione ministeriale, perché il blocco dell'attività parlamentare coinvolgeva anche le procedure di registrazione dei provvedimenti del governo, che non diventavano perciò esecutivi. A nulla valevano i provvedimenti regi, anche i più severi: il re giunse perfino a decretare l'esilio dei magistrati più attivi nella protesta e in qualche occasione dell'intero Parlamento (come nella crisi costituzionale del 1753-'54). Sempre i togati riuscirono a tornare in sede più altèri di prima e gli equilibri istituzionali restarono immutati. E quando il re mostrò di voler usare il pugno di ferro, la magistratura non esitò a reagire con forza, rispolverando le teorie monarcomache che giungevano a minacciare la soppressione fisica

⁷⁶ Cfr. Mousnier [1947, 1970b]; Antoine [1951, 1970, 1973, 1975]; Hamscher [1987, 1989]; Harouel *et al.* [1987, 415-553]; Barbiche [1999, 117-311 e 335-58]; Saint-Bonnet e Sassier [2004, 200-27].

⁷⁷ Cfr. Krynen [1993]; cfr. anche Saint-Bonnet e Sassier [2004, 208].

del sovrano che si facesse tiranno, come dimostrò l'affare Damiens nel 1757⁷⁸.

5.2. *La gerarchia dei valori normativi nelle trattative politiche sommerse*

Lo strumento istituzionale di cui la magistratura parlamentare disponeva per convertire la giurisdizione in partecipazione all'esercizio della sovranità era il giudizio di verifica costituzionale sulle leggi del re.

Si commetterebbe però un grave errore se si pensasse che questo giudizio funzionava con le stesse forme procedurali di quello che conosciamo oggi. Spesso il potere di verifica connesso alla registrazione era solo il vessillo innalzato dal Parlamento per sbloccare situazioni di *impasse* politica. I conflitti che emergevano (e che hanno lasciato tracce nei documenti ufficiali che gli storici consultano negli archivi) non erano che la punta di un grande iceberg sommerso.

Nella realtà della prassi politico-istituzionale, una legge era il risultato di molteplici e serrate trattative che erano compiute in via informale, nella discrezione dei gabinetti ministeriali a Versailles, dove i presidenti e alcuni membri delle camere parlamentari (specialmente delle *chambres des enquêtes*) si recavano regolarmente per discutere, alla presenza del cancelliere o di altri ministri (solo raramente del re in persona), degli affari più disparati (non attinenti quindi solo all'ambito più strettamente politico e costituzionale). Le decisioni che maturavano in questi confronti dovevano poi essere tradotte in provvedimenti legislativi ed essere ratificate, attraverso la

⁷⁸ Cfr. Van Kley [1984]. La tesi dell'implicazione diretta dei *robins* nell'attentato a Luigi XV, avvenuto il 5 gennaio 1757, non è condivisa dalla maggioranza degli studiosi, ma a mio avviso è suffragata da almeno due importanti documenti d'archivio, assai chiari in merito: cfr. Di Donato [2003a, 372-9]. Sull'esilio del *Parlement*, cfr. Daubresse, Morgat-Bonnet e Storez-Brancourt [2007]; cfr. *infra*, cap. VI, nota 71.

procedura di registrazione, dal Parlamento. Questi «negoziati» vertevano sulle materie più disparate e ciò dà l'idea dell'estensione del potere della magistratura su tutta la vita della società. In pratica non vi era ambito o settore che sfuggisse al controllo del Parlamento.

Va da sé che queste pratiche erano del tutto informali. Non se ne trova, per motivi più che ovvi, alcuna traccia negli atti ufficiali, mentre molti «incontri» si possono ricostruire consultando o le minute dei resoconti parlamentari (ad esempio delle *enquêtes*, che talvolta riportano qualche eco degli incontri versagliesi)⁷⁹ o, più proficuamente, le carte manoscritte personali dei protagonisti di quegli incontri o di altri giuristi che ne erano informati⁸⁰. Erano riunioni molto riservate (spesso convocate di sera dopo la chiusura ufficiale del *Palais*) nelle quali il potere politico della magistratura aveva occasione di concretarsi nello scontro dialettico con il ministero. L'osservatore storico viene qui a trovarsi di fronte a una realtà difficilmente conosciuta, che può essere descritta con l'immagine del «Leviatano sommerso».

Le *conférences versaillaises* (così sono indicate nelle fonti) erano il vero crogiuolo della legislazione regia. Cioè le norme legislative della monarchia assoluta erano di fatto il risultato terminale di negoziati preventivi e sotterranei, che si tenevano ben prima che il testo ufficiale della legge fosse redatto, nero su bianco, dai *maîtres de requêtes* della cancelleria, per essere poi trasferito in Parlamento dal procuratore generale per la registrazione⁸¹. Al termine della procedura formale la legge poteva essere promulgata come atto unilaterale del sovrano «assoluto».

⁷⁹ Molti documenti utili al riguardo si trovano in BS (Annèxes des Archives) spec. (ma non unicamente) in BA.

⁸⁰ Ad esempio l'immenso archivio di Le Paige (in BPR, LP), il quale disponendo di una rete di discepoli e di alleati nelle *chambres* parlamentari era regolarmente informato in dettaglio di quanto accadeva nel *Palais* e, grafomane com'era, riportava tutto molto ordinatamente nelle sue carte.

⁸¹ Per i dettagli procedurali di questo complesso *iter*, cfr. l'ampia e approfondita ricostruzione di Payen [1997 e 1999].

Ma questa era una pura vetrina, una *factio juris* che serviva per tenere in piedi il sistema. Il re doveva apparire come l'unico centro del potere e la sua volontà doveva essere considerata da tutti *eo ipso* legge dello Stato. Di là da questa *réclame*, necessaria alla legittimazione consensuale della monarchia, lo Stato assoluto era una gigantesca macchina caratterizzata da una «suntuosa complessità»⁸², nella quale l'attività di governo era molto più partecipata e diffusa di quanto la successiva propaganda rivoluzionaria non ci abbia lasciato credere⁸³. Di fatto la legge della monarchia assoluta era un testo stratificato che veniva composto in un equilibrio nel quale convergevano molteplici interessi e pressioni, talvolta persino organizzate in strutture para-istituzionali⁸⁴.

Nel concreto *iter* di un progetto di legge potevano accedere diversi imprevisti che davano luogo alle situazioni più disparate. La lunghezza della procedura consentiva un'elasticità notevole nella gestione delle relazioni istituzionali. Le trattative potevano dispiegarsi in diversi momenti anche durante l'esame parlamentare. «Rimostranze» da un lato e «lettere di comando» dall'altro potevano rappresentare i momenti d'irrigidimento e l'occasione per puntualizzare in modo formale gli elementi controversi. Spesso il testo era modificato nel corso della «navetta» tra Parlamento e cancelleria regia. Se invece non si raggiungeva un accordo, il re poteva troncare d'imperio ogni trattativa e imporre il «letto di giustizia»⁸⁵. Ma, a parte

⁸² Rinvio su questo concetto a Di Donato [2002, par. 15, CXV-CXXVI].

⁸³ Mousnier [2002, 205-46].

⁸⁴ Per il periodo medievale questa pratica del sistema è stata ricostruita da Petit-Renaud [2001]. Sul punto, cfr. anche il magistrale lavoro di Rigaudière [2003, II parte, 175-341]. Sul Cinquecento, cfr. Rousselet-Pimont [2005]. Per il Sei e Settecento manca ancora uno studio specifico che sarebbe fortemente auspicabile. Una tesi di dottorato, presso l'Università di Messina e l'*École des Hautes Études en Sciences Sociales* di Parigi, è in corso d'opera da parte di G. Ambrosino.

⁸⁵ Cfr., sull'argomento, da differenti prospettive, Hanley [1991] e Brown e Famiglietti [1994].

i grandi problemi politici e istituzionali che questa decisione apriva⁸⁶, di fatto la registrazione di una legge stabilita in letto di giustizia era considerata illegittima e come tale disapplicata dai magistrati in sede di decisione giurisprudenziale.

Il ricorso al *lit de justice* era, ad ogni modo, un rimedio straordinario che non poteva essere utilizzato su ogni provvedimento legislativo. Pur essendo innegabile il grande impatto simbolico che provocava, il suo peso oggettivo come strumento per ridimensionare le velleità politiche della magistratura fu, in fin dei conti, abbastanza limitato. Nonostante la possibilità formale di giocare nella partita con la magistratura quest'asso, l'autorità regia conosceva bene le conseguenze che la scelta del letto di giustizia comportava: l'inasprimento delle relazioni con i *robins* fu quasi sempre temuto dai sovrani e dai loro ministri per gli effetti deleteri sull'azione di governo che in fin dei conti quella soluzione comportava.

Perciò, rimedi straordinari a parte, erano il negoziato e il compromesso le vie maestre più battute. L'opposizione della magistratura all'azione governamentale si svolgeva, nella maggior parte dei casi, nella riservatezza delle trattative sommerse. Lì, ben più che nei momenti eccezionali di crisi istituzionale, si faceva sentire il potere d'interferenza – che spesso si presentava come azione d'intralcio – della *robe* sul governo. E in quest'azione il Parlamento era tutt'altro che isolato, ma fruiva di un vasto consenso sociale e corporativo⁸⁷. La trattativa poteva riguardare anche più leggi contemporaneamente. In quel caso si estendeva a diverse materie che finivano fatalmente con l'intracciarsi tra loro, anche quando non vi era

⁸⁶ Basta al riguardo riferirsi al *pamphlet* scritto da Le Paige [1756].

⁸⁷ Ad esempio, la magistratura trovava spesso dalla sua parte anche il *barreau*: in più di un'occasione gli *avocats* fecero anzi da apripista alla crisi costituzionale e alla *grève* della magistratura: dopo il bel volume classico di Delbeke [1927], cfr. Bell [1990, 567-90; e più diffusamente 1994]. Da vedere al riguardo anche la ricostruzione sulla *longue durée* di Karpik [1995]; e il recente Leuwers [2006].

un apparente nesso tra i rispettivi contenuti normativi. Allora poteva accadere che i veti reciproci s'incrociavano determinando un ingolfamento delle relazioni diplomatiche tra le due delegazioni incaricate di condurre la trattativa. Spesso l'*impasse* si risolveva con un compromesso multiplo: cedendo su un punto ciascuna delle parti poteva ottenere la prevalenza su un altro.

Ciò significa che nelle negoziazioni tra Parlamento e governo regio ciascuna delle due parti metteva necessariamente in campo una gerarchia di valori, senza la quale non sarebbe stata possibile la soluzione di alcuna trattativa. Questa gerarchia era imposta dalla struttura stessa della relazione istituzionale tra i due poteri, in quanto ciascuno sapeva che occorreva rinunciare a una pretesa se voleva prevalere su un'altra. Per massimizzare le possibilità di successo occorreva allora sapere con anticipo a che cosa si era disposti a rinunciare e a che cosa no. Nella maggior parte dei casi si arrivava, dopo estenuanti discussioni, a trovare una composizione. Quando non si riusciva a stringere su una soluzione di compromesso, poiché entrambe le parti consideravano un punto del provvedimento in discussione ugualmente irrinunciabile, scoppiava la crisi politica che si trasformava rapidamente in crisi costituzionale. Ciò capitò, ad esempio, nel 1730-'31 con la «grève des avocats»; nel 1753-'54 con il famoso affare del «rifiuto del sacramenti» che portò all'esilio parlamentare di Pontoise; nel 1756-'57 con il braccio di ferro che sfociò nell'attentato di Damiens e poi nell'arresto dei *seize* deciso dalla Pompadour; nel 1766 a proposito dell'affare La Chalotais; e infine nel 1771-'74 con la riforma Maupeou.

In tutti questi casi il potere del Parlamento, anche quando il risultato fu ottenuto faticosamente, venne sempre rafforzato dallo scontro con il potere regio-ministeriale. L'estensione dell'influenza parlamentare su tutti gli aspetti della vita sociale regolamentata dalla legislazione si mantenne nella sostanza a un livello molto elevato. Di fatto, la magistratura riuscì ad accumulare un immenso potere di controllo attraverso i raffinati strumenti della

retorica giuridica, frutto di una secolare esperienza e di una stratificazione concettuale e linguistica che aveva composto un imponente patrimonio argomentativo, costruendo un ordine del discorso giuridico capace di trarre risultati utili persino dalle situazioni in apparenza più svantaggiate.

I giuristi maneggiavano la logica in modo impeccabile e sapevano servirsene per dimostrare i loro argomenti con un disarmante rigore concettuale e una forza dialettica ineguagliabile. Utilizzando l'assimilazione o la disgiunzione concettuale degli enunciati testuali, essi non avevano la minima difficoltà a far emergere le contraddizioni interne alle disposizioni normative di una legge o di questa stessa legge con altre leggi precedenti o con le leggi fondamentali. L'interpretazione sapienziale dei *sacerdotes juris* era capace di snidare antinomie e discordanze anche dove non ve ne fossero, ingigantendo – o viceversa sminuendo, a seconda delle convenienze – quelle esistenti. L'esegesi giurisprudenziale diventava, nelle loro mani, uno strumento inattaccabile di potere politico occulto.

I giuristi più abili, celebrati nelle sale del *Palais* come *idola fori*, divennero a tal riguardo degli esempi permanenti le cui citazioni riempivano le pagine degli *arrêts* e delle *remontrances*. Nei momenti topici della tensione con la *royauté*, i loro argomenti erano ripresi e ripetuti per suffragare con l'*auctoritas* dottrinale dei maestri del passato le posizioni assunte dal Parlamento. Esemplare al riguardo il *rappel* del *président* de Harlay questa volta indirizzato a Enrico IV nel 1605 e ripreso poi continuamente dai magistrati del Settecento: «Gli editti – aveva affermato quel grande *robin* – sono inviati al Parlamento non solo per procedere alla verifica formale ma per deliberare su di essi secondo le regole ordinarie della Giustizia»⁸⁸.

⁸⁸ Richet [1998, 29].

5.3. *Il paradosso supremo: una gerarchia tra norme di rango equivalente*

L'applicazione di quelle regole «ordinarie» significava che la magistratura si sentiva legittimata a trattare gli affari di Stato con gli stessi strumenti della giurisdizione, ossia, in buona sostanza, utilizzando la tecnica degli *ar-cana* insiti nella *Scientia juris*. Essenzialmente è questo il motivo per cui nell'Antico Regime il controllo di costituzionalità coincideva con il tentativo della magistratura d'instaurare una vera e propria tirannia occulta dell'apparato giurisdizionale.

Che di un effettivo giudizio di legalità costituzionale portato sulle leggi del re si tratti è divenuta ormai opinione diffusa nella storiografia giuridica più recente⁸⁹. L'inesistenza di un testo costituzionale formalizzato non era di alcun ostacolo al giudizio di costituzionalità esercitato dalla magistratura parlamentare sulle leggi del re⁹⁰.

Come si è già avuto modo di vedere, i parlamenti consideravano che la costituzione del regno era scolpita nelle leggi fondamentali, nel diritto divino e naturale e nella «Tradizione» giuridica la cui precisazione era riservata di volta in volta alla magistratura stessa, unica custode del *dépôt légal*. Le deliberazioni del Parlamento, ossia il patrimonio giurisprudenziale, formavano l'insieme dei principi applicati che per i magistrati costituivano il nucleo del diritto francese e integravano perciò la «Tradizione» e il *corpus* dei valori costituzionali del regno⁹¹.

Si può osservare al riguardo che nella pratica del si-

⁸⁹ Cfr. Mestre [1992]; Gojoso [1999, 2001 e 2002]; Saint-Bonnet [2001]; Di Donato [2004 e 2005]. Talvolta si è, tuttavia, esagerato nell'estendere i limiti cronologici del controllo di costituzionalità, finendo implicitamente con lo sminuire l'importanza e il significato di quel controllo esercitato nel quadro della monarchia assoluta: cfr. Léca [1987].

⁹⁰ Cfr. Di Donato [2007a].

⁹¹ Cfr. Di Donato [2003a, spec. 466-70 (cap. III, par. 13: «Il controllo di costituzionalità: uno strumento giuridico di controllo politico»)].

stema era l'azione dell'alta magistratura a far vivere la gerarchia tra differenti fonti normative determinandone la portata. Questo aspetto, come ognuno vede, è di grande importanza perché implica che «la gerarchia delle norme e quindi l'esistenza di una costituzione in vigore nello Stato assoluto era» – a dispetto delle apparenze che la dottrina ufficiale faceva invece di tutto per mettere in rilievo – «il frutto (e non il presupposto) delle scelte giurisprudenziali che il Parlamento compiva»⁹².

Ciò porta a concludere che se si vuol parlare di controllo di costituzionalità nell'Antico Regime occorre prescindere dall'esistenza di un testo costituzionale formalizzato e presupporre una forma particolare di gerarchia normativa. Questa particolarità, che sembra assurda agli occhi dei giuristi attuali, si sostanzia nel fatto che *la gerarchia normativa dell'Antico Regime poteva determinarsi non solo tra fonti giuridiche di livello differente, ma anche tra fonti di equivalente rango formale*. La verifica che precedeva la registrazione consisteva, dunque, non solo nel «libero esame» sulla compatibilità della nuova legge con le leggi fondamentali, ma anche «con le altre già esistenti»⁹³. In più di un'occasione le rimostranze parlamentari rimarcarono questo punto cruciale: la verifica, affermarono i consiglieri del Parlamento di Parigi nelle rimostranze dell'1-5 giugno 1767, «consiste nell'esame che i magistrati fanno per comparare la legge nuova con le antiche, di cui sono depositari»⁹⁴. Questo concetto confligge con l'idea che è alla base dei nostri ordinamenti positivisticici nei quali la gerarchia normativa presuppone necessariamente l'esistenza di fonti di diverso livello, come ad esempio la costituzione e le leggi ordinarie. Ma il contesto socioculturale dell'Antico Regime era molto diverso. Vediamo allora più in dettaglio com'era possibile la realizzazione di questo paradosso.

⁹² Sul concetto di «costituzione nello Stato assoluto», cfr. Mousnier [2002, *passim*, spec. 110-29].

⁹³ Bickart [1932, 197].

⁹⁴ Ivi, p. 213.

Il controllo sulla legittimità di una nuova legge si fondava non solo sul criterio della comparazione tra leggi ordinarie e leggi fondamentali, ma ben più ampiamente sul confronto tra leggi ordinarie e *ordo juris* considerato come sfera giuridica amplissima nella quale confluivano tanto i materiali del *dépôt légal* quanto i valori della Tradizione⁹⁵. Entrambe queste sfere erano enunciate e precisate – diventavano cioè concrete decisioni – dai magistrati in sede d'interpretazione giurisprudenziale. Ciò implicava che il giudizio di costituzionalità effettuato dai parlamenti tendeva a sfumare le rigide distinzioni gerarchiche tra leggi fondamentali e leggi «ordinarie», poiché anche queste ultime potevano assumere – attraverso la qualificazione giuridica dei valori della Tradizione – lo stesso rango e quindi la stessa «durezza», delle leggi costituzionali.

Quest'«assimilazione» – il termine fu usato da François Olivier-Martin⁹⁶ – tra i due tipi di leggi estendeva illimitatamente il raggio d'azione del potere magistratuale e finiva di fatto con l'attribuire alla *jurisdictio* parlamentare la suprema funzione regolativa dello Stato. Diventando gli interpreti esclusivi della Tradizione, i *robins* miravano ad acquisire un ruolo politico strategico che si fondava sui sofisticati ed esclusivi strumenti analogici e analitici tipici della *Scientia juris*. Applicando quegli strumenti al giudizio di costituzionalità sulle leggi del re essi potevano adattare i contenuti alle situazioni più diverse, coprendo la quasi totalità dei fatti giuridici suscettibili d'implicazioni politiche⁹⁷.

Spesso i *robins*, se non gradivano una legge presentata in Parlamento per la registrazione, argomentavano

⁹⁵ Cfr. Di Donato [2004, *passim* e 2005, spec. 77-82].

⁹⁶ A proposito dell'«assimilazione delle leggi ordinarie alle leggi fondamentali», Olivier-Martin [1988, cap. I, 24-52], sottolineava l'«astuzia» della magistratura che parlava «semplicemente di leggi, e non più di leggi costitutive» (ivi, p. 29).

⁹⁷ Per lo sviluppo di quest'argomento rinvio a Di Donato [2004, 2005 e 2007a].

nelle rimostranze di diniego che quel testo era in conflitto con altre leggi in vigore, che erano state emanate in precedenza da altri re. Questo argomento aveva una grande presa. In effetti, nonostante sul piano puramente formale non era affatto illegittimo che un re potesse abrogare o modificare un atto legislativo emanato da uno dei suoi predecessori (era utilizzato al riguardo un principio del diritto romano secondo il quale «*lex posterior derogat priori*»), in pratica ciò era fortemente sconsigliato ai sovrani. Abrogare una legge era un atto simbolicamente dirompente per la *royauté*, poiché rappresentava una sconfessione pubblica della volontà regale. Se il re non era *personalmente* re, ma prestava il proprio corpo mortale al corpo immortale della regalità («il re – si diceva – non muore mai»)⁹⁸, allora ogni re era parte di quel corpo mistico e non poteva da solo decidere di escludersi. La regalità era conferma non dissenso.

Ci troviamo, dunque, davanti a un caso classico di «vincolo giuridico» (*contrainte juridique*, per riprendere alla lettera l'espressione di Michel Troper)⁹⁹, che operava nell'effettività delle relazioni politiche. Bodin sintetizzò questo concetto con quest'espressione: «Se gli atti del predecessore sono stati diretti al bene pubblico, il successore è obbligato sempre ad osservarli, in qualsiasi veste egli assuma il potere»¹⁰⁰. Un re, essendo investito della divina *potestas*, non poteva essere smentito clamorosamente dal successore senza che l'intero sistema non ne ricevesse una terribile scossa, che poteva rivelarsi assai pericolosa per la stabilità socioistituzionale. L'ordine giuridico e politico era legittimato dall'alto, ma si reggeva sul consenso diffuso e quel consenso era stato costruito in secoli di duro lavoro nel quale i giuristi avevano avuto una parte decisiva. Il mito dello Stato corrispondeva in Francia al

⁹⁸ L'espressione, comunemente diffusa nella Francia di Antico Regime, è in Bodin [1964, lib. I, cap. VIII, 404]. Cfr. Kantorowicz [1989]; Giesey [1960, 1961, 1987a, 1987b e 2004].

⁹⁹ Troper [2005].

¹⁰⁰ Bodin [1964, lib. I, cap. VIII, 405].

mito della regalità. Il re incarnava la Giustizia Divina. Non ci si può sbagliare quando si parla in nome di Dio.

Ora, la legislazione era non solo l'aspetto rivelatore della sovranità umana del re, ma soprattutto l'espressione della sua divinità: nella *forma mentis* dell'uomo di Antico Regime Dio solo era legislatore e il re poteva legiferare solo in virtù del fatto che con la sacra unzione ricevuta al momento dell'ascesa al trono, aveva assunto direttamente da Dio la delega a enunciare leggi in suo nome. Il re è «assoluto per far regnare la giustizia»¹⁰¹. Un re che legiferasse norme ingiuste era inconcepibile nel contesto socioculturale dell'Antico Regime. Avrebbe avuto lo stesso effetto di un papa che bestemmiasse *urbi et orbi* durante la celebrazione della messa.

Questa idea fondamentale costituiva il presupposto della stabilità politica. Il regno era considerato eterno, come eterno è il potere dispositivo di Dio sulle cose umane. Si trattava di un valore culturale prima che giuridico e i giuristi lo avevano assorbito in quanto uomini del loro tempo prima che come *legum doctores*. Di questa perpetuità essi si consideravano i più gelosi custodi. Se nessun re poteva dunque legiferare in modo palesemente ingiusto, non si poteva contraddire frontalmente questa volontà eterna con l'espressione di una volontà legislativa opposta. Questa idea si nutriva di una potente visione teorica di fondo che innervava tutta la mentalità sociale e politica dell'Antico Regime. Con la speculazione di San Tommaso si era assorbita la prospettiva aristotelica che, com'è noto, era apertamente sfavorevole al mutamento legislativo¹⁰².

Il re-legislatore, pur essendo «sovrano e imperatore nel suo regno» non era libero di emanare norme giuridiche a suo piacimento, ma doveva rispettare un gran nu-

¹⁰¹ Rinvio, per un approfondimento sul punto, a Di Donato [2002, CXXXIV].

¹⁰² Cfr. Aristotele, *La politica*, lib. II, par. 3 (*La tradizione e l'innovazione delle leggi*). Sull'influenza dell'aristotelismo sul pensiero giuridico, cfr. Villey [2003, 78-99, 149-176 e *passim*].

mero di limiti. La legislazione regia non era ciò che faceva credere la (per altro verso necessaria) propaganda assolutistica, che gli stessi giuristi contribuivano a diffondere. La *potestas* di produrre nuove norme era, al contrario, inserita in una sfera di principi fondamentali che la legittimavano e la orientavano. Questi principi non erano astratti, ma diventavano concreti per mezzo dell'interpretazione giurisdizionale della magistratura parlamentare, grazie a ciò che i magistrati chiamavano i «lumi» del diritto. I giudici applicavano ai casi concreti principi che essi stessi forgiavano ricavandone delle «massime» che costituivano l'esplicitazione di quei medesimi principi. Era un procedimento circolare dal quale la magistratura traeva tutta la sua arcana forza d'intervento sugli affari di Stato.

5.4. *La giurisdizione come fondamento ultimo della sovrallegalità costituzionale*

Diversi autori, tra Sei e Settecento si preoccuparono di dimostrare che l'ordine giuridico della monarchia assoluta era complesso e che il diritto francese non era solo fondato sull'identificazione tra legge e volontà del sovrano. Una delle testimonianze più chiare al riguardo è quella di Étienne Pasquier, secondo il quale

il diritto comune della Francia si connota di quattro elementi: le ordinanze regie [*ordonnances royales*], le consuetudini delle diverse province [*coutumes*], le sentenze delle corti sovrane [*arrests généraux*] ed alcune proposizioni morali che per lungo e antico uso noi consideriamo degne di fede in ossequio al [diritto] romano¹⁰³.

Occorre sottolineare in questo passo, così importante per la comprensione del diritto francese moderno, il rilievo di vera fonte normativa accordato alla giurisprudenza delle corti sovrane? È evidente che per Pasquier,

¹⁰³ Pasquier [1560-1567]. Cfr. Richet [1998, 24].

che raccoglieva qui tutta una tradizione di pensiero, il ruolo della giurisprudenza è il più ragguardevole, poiché ai giudici è affidato il compito decisivo di ricordare la legislazione regia ai grandi principi (espressamente lasciati fluidi, sia nel numero sia nei contenuti normativi in modo da poterli ampliare o restringere secondo l'interesse politico contingente)¹⁰⁴ che formavano il nucleo del diritto pubblico e quindi l'ossatura giuridica dello Stato.

Ciò conferma non solo che nella Francia di Antico Regime vi era un sistema strutturato di fonti e che queste fonti erano disposte in un sistema gerarchico, ma soprattutto che questa gerarchia esisteva per creazione giurisprudenziale.

La giurisprudenza «sovrana» dei parlamenti si autocostituiva quindi come il centro originario della sovralegalità costituzionale, poiché era la magistratura parlamentare a stabilire la legittimità di una legge sulla base di principi di cui essa stessa si considerava depositaria. Questa struttura giuspolitica imperniata sull'attività giurisprudenziale era considerata dai giuristi-magistrati come lo strumento fondamentale che assicurava il bicefalismo politico-istituzionale¹⁰⁵.

Questo è davvero l'elemento che più di ogni altro caratterizza lo Stato monarchico-assoluto. Questa formula politico-istituzionale fu davvero una geniale invenzione capace di realizzare una vera e propria quadratura del cerchio: salvaguardare l'astratta potestà legislativa del sovrano (in assenza della quale si sarebbe passati a un sistema repubblicano) senza tuttavia annullare l'*auctoritas* della *Traditio* della quale la «costituzione del regno» era la massima espressione. Ciò permetteva ai giureconsulti, senza palesarsi, di esercitare un ruolo politico molto penetrante, tanto attraverso i contenuti della legislazione quanto nell'attività di applicazione amministrativa.

¹⁰⁴ Cfr. Duverger [1987, 28-31].

¹⁰⁵ Quel bicefalismo colto da M.me d'Épinay, cfr. *supra*, cap. II, nota 156.

5.5. La legge prigioniera della legge

Il sistema legislativo doveva ispirarsi, insomma, al duplice criterio dell'osservanza dei principi di livello superiore e della coerenza nomotetica. Per essere inserita nel sistema la legge doveva rispettare quel doppio vincolo. Nessuna norma emanata dal re poteva apertamente deviare dal solco, dal *lirium*, tracciato dalla Provvidenza divina. Sul piano del valore teorico prim'ancora che giuridico, la deviazione da questa *recta via* era considerata un *de-lirium*, un salto nel vuoto, alla lettera una follia¹⁰⁶. Per esplicita ammissione di molti tra gli stessi re l'ordine giuridico del regno era stretto da «un vincolo che teneva i sovrani “prigionieri” della loro legislazione»¹⁰⁷.

Per estensione, questo principio finiva con l'investire anche il diritto giurisprudenziale. Infatti se la giurisdizione doveva essere il completamento necessario della legge, la quale non poteva esistere senza il processo d'interpretazione-applicazione, bisognava per coerenza logica affermare che una eventuale nuova legge del sovrano non poteva contraddire, oltre alle leggi precedenti, neppure l'interpretazione che di quelle leggi era stata data dalla giurisprudenza parlamentare. Il Parlamento asseriva che la sua attività interpretativa era al servizio del re. La magistratura si considerava il baluardo della legislazione regia e da ciò faceva discendere il corollario che il preventivo intervento parlamentare nel procedimento legislativo era l'unica funzione capace di evitare una legislazione disordinata e incoerente fondata solo sull'impellenza de-

¹⁰⁶ Cfr Bodei [2000].

¹⁰⁷ Richet [1998, 23]. Era un luogo comune all'epoca che «il re di Francia, a differenza di un sultano turco, deve sempre rispettare la legge». Anche Enrico IV e Luigi XIV, per limitarsi a due esempi particolarmente significativi di sovrani «forti», riconobbero questo principio di fondo. Il primo affermò perentoriamente: «La prima legge del sovrano è di osservare tutte le leggi». Luigi XIV fu «più solenne e più vago»: «La perfetta felicità di un regno sta nel fatto che un principe riceva piena obbedienza dai suoi sudditi e che il principe, a sua volta, obbedisca alla legge».

gli interessi contingenti o, peggio ancora, sul capriccio del re. Quest'ultimo, pur essendo indiscutibilmente «sovrano», poteva cambiare ben poco nel corpo della legislazione consolidata, che faceva ormai parte della «Tradizione».

Questo problema era, del resto, ben noto ai giuristi e ai teorici del diritto fin dal XV-XVI secolo. Cosciente di questa difficoltà intrinseca al sistema, e preoccupato di sottolineare maggiormente la «puissance souveraine», Jean Bodin, la cui sterminata cultura di «umanista dotato di sapere enciclopedico»¹⁰⁸ può essere a giusto titolo considerata come il maggiore incrocio della tradizione giuridica con la nuova cultura politica¹⁰⁹, creò la formula destinata a diventare celebre della tacita conferma («par souffrance») della precedente legislazione da parte del nuovo re: fin quando egli non interveniva con una esplicita volontà legislativa contraria dichiarando soppresse le norme esistenti, queste continuavano a restare in vigore¹¹⁰.

Quest'astuzia della ragione giuridica si rivelò molto opportuna nel difficile contesto bodiniano e contribuì a stabilizzare il diritto regio come fondamentale perno del regno evitando il vuoto legislativo che avrebbe aperto le porte all'anarchia e all'arbitrio. L'«artificio (necessario) dei giuristi» era concepito in modo da evitare che il sovrano potesse comportarsi come un erede frivolo e disinvolto, o più semplicemente per impedire che un nuovo re con uno spirito riformatore avrebbe potuto azzerare «tutto il lavoro legislativo precedente»¹¹¹. Bodin sapeva benissimo quando scriveva queste cose che nessun re si sarebbe sentito tanto forte (e competente) da procedere da solo all'abrogazione esplicita delle leggi precedenti e perciò la sua posizione va interpretata – come correttamente ha

¹⁰⁸ Cfr. Richet [1998, 44].

¹⁰⁹ Cfr. Goyard-Fabre [1989]; Quaglioni [1992a e 1992b]; Franklin [1993]; Zarka [1996]; Spitz [1998]; Themes [2002].

¹¹⁰ Richet [1998, 23].

¹¹¹ *Ibidem*.

fatto Denis Richet – come una teoria dell'equilibrio e non come una epocale svolta in favore dell'accentramento del potere nelle mani del solo sovrano assoluto. Lungi dall'essere «l'araldo più puro del più radicale assolutismo», come molta storiografia lo ha considerato¹¹², Bodin fu un giurista «che, pur affermando rigorosamente la sovranità monarchica», restava in primo luogo «preoccupato dei limiti del suo esercizio»¹¹³.

Coniando la formula del «tacito consenso» («per tacita tolleranza») è la formula esatta adoperata da Bodin) egli sapeva benissimo che la volontà abrogativa del nuovo re sarebbe stata chimerica. Nessun re aveva interesse ad apparire come il distruttore dell'ordine giuridico consolidato. Al contrario l'immagine che i sovrani tenevano ad accreditare di se stessi, coerente con l'educazione che avevano ricevuto, era quella del «buon padre di famiglia», dolce, temperante e saggio. Il loro credo era scolpito in queste parole: «Io sono colui che è chiamato dalla volontà di Dio a conservare il regno nelle sue tradizioni». Poiché la «fedeltà» era «la linfa vitale del corpo politico», ogni suddito era fedele a qualcun altro; il re era «fedele al regno»¹¹⁴. Contrariamente al nostro *habitus* mentale l'idea di mutamento assumeva un valore negativo nella mentalità dell'uomo di Antico Regime, mentre i concetti di stabilità e di ripetizione erano considerati altamente positivi¹¹⁵. Il successo del brocardo di un padre della Chiesa provenzale del V secolo, Vincent de Lérins, spiega come meglio non si potrebbe questa *forma mentis imperante*:

¹¹² Cfr. Beaud [2002, 19-188: 187]: la «lezione» di Bodin consisterebbe nella «specificazione dello Stato mediante la sua sovranità» che viene da lui «riformulata a partire dalla constatazione dell'apparizione di una nuova configurazione del potere politico percepito come centro unico di decisione e d'azione».

¹¹³ Richet [1998, 45].

¹¹⁴ Cfr. Mousnier [2002, 58-60].

¹¹⁵ Ivi, *passim*, spec. capitoli IV della prima parte; I, II e III della seconda parte; I della terza parte; e *ad indicem* (voce «valori»).

Quod semper, quod ubique, quod ab omnibus creditum est, hoc teneatur.

La stabilità era dunque un valore assoluto, in quanto conseguenza diretta della struttura ontologica della *forma mentis* diffusa e dello Stato che ne era l'espressione terrena più alta. Il valore della *perennitas* discendeva direttamente dall'idea di unicità del *Verbum* e della *Veritas*. Questi valori erano unici e perfetti, ossia non suscettibili di miglioramento e di evoluzione. In un'organizzazione sociale così strutturata, l'idea stessa di mutamento comportava un grave turbamento negli spiriti. L'*essentia rerum* non poteva mutare senza recare un irreparabile *vulnus* al corpo sociale e al corpo giuridico e politico. Sarebbe venuta meno la legittimazione dell'intero sistema su cui l'autorità regia (ma qui anche quella della Chiesa, che perciò in questo faceva blocco con i giuristi a difesa della «Tradizione») era fondata.

Ciò spiega anche perché l'abrogazione non rientrava a pieno titolo nei concetti giuridici fondamentali dell'Antico Regime, e non aveva neppure un posto di rilievo negli studi univertari basilari di diritto. Negli *studia* si preferiva discettare sulla nozione di «desuetudine» delle leggi. Restando formalmente inserita nella raccolta delle leggi formalmente in vigore nel regno, una legge desueta poteva ancora produrre effetti giuridici qualora una corte di giustizia lo ritenesse all'occorrenza conveniente. La desuetudine era una quiescenza della norma. La sua riviviscenza poteva tornare utile al momento opportuno. Concependo il diritto come un «deposito di leggi», la magistratura trovava utile che nel *corpus* normativo di cui era custode vi fossero quante più disposizioni possibili. La loro eventuale contraddittorietà non faceva che aumentare il potere dell'interprete che nel *mare magnum* dei materiali normativi desueti poteva trovare sempre il precedente a suffragio della propria volontà decisionale.

La desuetudine aumentava perciò a dismisura il potere discrezionale delle corti di giustizia. E, a ben vedere, essa rafforzava l'idea di gerarchia delle norme che

la magistratura propugnava. Una legge desueta poteva infatti rientrare all'improvviso nel gioco politico-giurisdizionale come un fulmine a ciel sereno: era un colpo di teatro che poteva essere utilizzato per sconvolgere la gerarchia conosciuta e spargliare le carte di una situazione stagnante (ad esempio nelle trattative tra camere parlamentari e ministero). Poiché vi potevano essere diversi gradi di desuetudine, era facilissimo per l'interprete, anche per il neofita, far valere un argomento a supporto della riviviscenza di una o di più norme (parzialmente o debolmente) desuete.

In definitiva: *mentre l'abrogazione sottraeva potere all'attività giurisprudenziale e interpretativa della magistratura, la desuetudine l'aumentava a dismisura.*

È questa la vera ragione per cui un'opera come il *Legum abrogatarum et inusitatarum tractatus* di Philibert Bugnyon, pubblicata per la prima volta nel 1563, fu vista con grande diffidenza dal corpo dei giuristi e giudicata dai magistrati-parlamentari come particolarmente pericolosa per l'equilibrio politico-istituzionale che andava profilandosi¹¹⁶. Non fu casuale che il suo autore pagò il suo insolente spirito inventivo con una magra carriera e con la messa ai margini. Non gli si poteva perdonare l'audacia di aver osato censire sistematicamente tutte le leggi abrogate e desuete del regno¹¹⁷. Quel prezioso catalogo

¹¹⁶ Cfr. Bugnyon [1702]. Il *Traité* ebbe quattro edizioni (tre in francese e una in latino) tra il 1563 e il 1578 e poi aggiornato a più riprese (tra l'altro anche da un giurista di primo piano come Pierre Guésnois, la cui edizione fu pubblicata dalla Veuve G. Chaudière, Paris, 1602). L'ultima e più completa edizione fu quella apud Petrum de Dobbeleer, Bruxellis, 1702. Sul tema cruciale della desuetudine, cfr. Olivier-Martin [1997a, 409-10].

¹¹⁷ Philibert Bugnyon visse tra il 1530 e il 1590: dottore in diritto ad Avignone, avvocato nella *sénéchaussée siège présidial* di Lyon e al Parlamento di Dombes, fu consigliere e poi avvocato del re nell'*élection* (un tribunale fiscale) di Lyon. La fortuna del *Traité* fu decisamente postuma e non riguardò mai l'alta magistratura (il nome di Bugnyon non è mai citato nei resoconti parlamentari e neppure nelle carte dei privati, ad esempio da Le Paige o da Durey de Meinières, da de

doveva restare segreto e inaccessibile, perché solo i magistrati potessero all'occorrenza rinvenire quelle leggi e servirsi come arma politica nei confronti della *royauté*.

Di fronte a una nuova legge, i *robins* erano dunque già psicologicamente prevenuti e diffidenti. Perciò molto spesso utilizzavano la procedura di verifica trovando mille *subtilitates* per dimostrare al re che quella legge era contraria ad altre sagge disposizioni emanate dai re predecessori e ormai consolidate nell'ordine giuridico e nella coscienza pubblica (che essi affermavano di conoscere alla perfezione essendone gli unici interpreti autorizzati). Bastava rilevare questa incompatibilità per disporre nei confronti della corona (e dell'opinione pubblica) di un argomento molto efficace per bloccare la volontà legislativa del re o per frapporre pesanti ostacoli sull'*iter* di un nuovo provvedimento ministeriale.

5.6. *La gerarchia delle norme come spada di Damocle sospesa sulla testa del re*

Snodo cruciale di tutto era l'*enregistrement* parlamentare che i *robins* consideravano «la più essenziale delle leggi fondamentali»¹¹⁸. Se la magistratura poteva aspirare ad assolvere un ruolo politico ciò era dovuto soprattutto al diritto parlamentare di verifica che preludeva alla registrazione dell'atto legislativo.

La possibilità di non registrare un provvedimento del re e di diffondere attraverso le rimostranze stampate in migliaia di copie e diffuse dai *colporteurs* vicini alla *robe* conferiva ai magistrati la possibilità di essere in costante

Revol, da de Murard, da Angran, da Drouyn de Vandeuil o da Robert de Saint-Vincent...).

¹¹⁸ Sulla procedura della registrazione e sull'ampiezza del controllo («di legalità, di opportunità e di equità») esercitato dal Parlamento sulla legislazione regia, cfr. Richet [1998, 28]; e più ampiamente Di Donato [2003a, 470-85]; Rousselet-Pimont [2005, *ad indicem* e spec. 136-57]; Vergne [2006, *ad indicem* e spec. 438-48].

sintonia con l'opinione pubblica. Era fondamentalmente questo il terribile sottinteso che faceva da sfondo alle relazioni politiche tra magistratura e corona: l'azione dei *robins* faceva un larvato e continuo riferimento a una permanente minaccia di denunciare apertamente – come gli estensori delle rimostranze amavano ripetere – al «popolo governato» la perversione dei comportamenti tenuti dai ministri. In un primo momento i giuristi fecero attenzione a dissociare i membri del governo dalla persona sacra del re, che un abile *escamotage* retorico considerava intrappolato e ingannato dai ministri a sua insaputa malversatori e corrotti¹¹⁹. Questo tema costituisce un *Leit-motiv* nei documenti parlamentari; consultando i quali non è raro imbattersi in brani come questo nel quale si poneva in rilievo quale grande

differenza vi sia per un sovrano di non prestare la sua autorità che alle leggi, o di prestarla soltanto alle volontà arbitrarie di un ministro. Nel primo caso [...] è il re stesso a governare in un modo equo con il soccorso delle leggi; nel secondo, è il ministro che regna in modo bizzarro sotto il nome del re¹²⁰.

In questa strategia comunicativa che non si rivolgeva all'*establishment* istituzionale ma direttamente all'opinione pubblica, la magistratura non si serviva dello stile sostenuto che utilizzava negli atti giudiziari ufficiali, ma di un linguaggio molto più efficace e comprensibile da tutti i sudditi (anche da coloro che non sapevano leggere): iniziò così a far incidere da disegnatori di fiducia delle ac-

¹¹⁹ Questa dissociazione (tra re e ministri) non fu più possibile dopo la riforma Maupeou, quando la magistratura lanciò un'offensiva senza precedenti contro la persona del re, assimilato ai suoi ministri corrotti. Secondo Darnton [1997] questa desacralizzazione del re fu il punto di svolta che condusse al crollo dello Stato assoluto e aprì gli spiriti all'idea della Rivoluzione. Su quest'importante argomento, cfr. lo studio specifico di Merrick [1990].

¹²⁰ BPR, LP 539, doc. n. 33, f. 16. La grafia è quella, inconfondibile, di Le Paige, ma il contenuto potrebbe essere stato ricopiato dall'*avocat* da altra fonte.

queforti satiriche che venivano stampate e largamente diffuse¹²¹. Erano questi gli strumenti del «ricatto permanente» della magistratura al re e ai suoi governi¹²².

Il Parlamento disponeva di una formidabile organizzazione: la sua era una vera e propria macchina di propaganda, molto efficace, nella quale lavoravano scrittori-giornalisti, stampatori, disegnatori, distributori ambulanti, tutte figure di cui i magistrati sapevano servirsi con grande tempismo al momento opportuno.

Nelle «conférences» di Versailles i *robins* sapevano come far pesare i vincoli che l'interpretazione giurisdizionale aveva costruito e stratificato intorno alla legge. Quei vincoli potevano essere strettamente giuridici, ma anche di altra natura, ed era la sottigliezza della mente giuridica a far sì che quando non lo fossero si potessero far comunque rientrare a pieno titolo nel quadro del diritto del regno e come tali esser imposti al re e al suo governo.

In definitiva i *legum doctores* mettevano in opera la gerarchia delle norme facendola pesare già nelle relazioni informali che la magistratura intratteneva con il governo ministeriale nella fase segreta del processo legislativo. In tal modo la gerarchia normativa operava molto più efficacemente che se fosse stata proclamata *ex post* sul piano puramente formale¹²³.

La specificità del lavoro dei giuristi consisteva proprio in questa capacità di utilizzare le forme giuridiche per coprire una pratica politica di segno opposto. Essi sapevano perfettamente che l'immagine del re identificata con la legge giocava un ruolo potente nell'immaginario sociale.

¹²¹ Su questo affascinante argomento cfr. ora la gran bella tesi dottorale, in corso di pubblicazione da Droz, di Wachenheim [2004]; da vedere anche i saggi di anticipazione: [1998, 2001a, 2001b, 2005 e 2005-2006] Cfr. Gouzi [2007].

¹²² Cfr. Di Donato [2003a, 440-52].

¹²³ È la ragione per cui una storiografia del diritto che si fondi sul metodo formalistico dell'analisi testuale delle norme o dei sistemi giuridici è destinata a descrivere una realtà di carta, e si rivela perciò non adatta a comprendere e a far comprendere il funzionamento effettivo della pratica politica, sociale e istituzionale.

Il sovrano era definito *lex animata, nomos empsukos*. Ma per i giuristi questa definizione occultava una realtà molto più vasta: la «legge» aveva una struttura ben più complessa di un semplice atto di volontà monocratico, che costituiva solo l'ultimo stadio di un lungo processo istruttorio. La volontà del re non era che il «rivestimento» formale di una struttura ontica nella quale la legge giocava il ruolo di frammento in una dimensione universale cui solo la tecnica della *Scientia juris* poteva accedere. La legge era quindi parte autonoma di un *ordo juris* le cui fonti erano disposte in scala gerarchica secondo il disegno assiologico concepito dal Creatore d'ordine giuridico era lo specchio dell'ordine divino.

Spettava quindi solo ai magistrati valutare se la singola legge era inserita, o, al contrario, se non lo era – per incompatibilità – in quell'ordine universale. La legge, che dopo la valutazione del Parlamento fosse giudicata incompatibile con quei fondamenti costituzionali dello Stato, non poteva essere considerata legge ed era quindi preventivamente dichiarata nulla, in modo da impedirne l'entrata in vigore. Come si vede, a rigore non si trattava neppure di un vero «annullamento», ma più precisamente di una constatazione di fatto circa la non corrispondenza tra le norme sottoposte ad esame e la sfera del «diritto» nel quale i giuristi vedevano l'essenza costitutiva del regno. Pertanto il giudizio di costituzionalità dell'Antico Regime deve essere considerato e descritto nelle sue caratteristiche specifiche, senza snaturarne l'identità, che resta quella di un atto di decisione giurisdizionale portato sulle leggi del sovrano con possibilità di bloccarne l'entrata in vigore e quindi d'impedire che a quegli atti presuntivamente legislativi si attribuisse la qualificazione giuridica di «leggi» dello Stato¹²⁴.

¹²⁴ Alcuni autori manifestano dubbi circa la possibilità che questo giudizio parlamentare sulle leggi del re possa essere definito come un vero «controllo di costituzionalità» nel senso che noi attribuiamo oggi a questo istituto (tra queste voci perplesse vi è quella particolarmente autorevole di Michel Troper, prefatore di questo libro). Di recente

Il giudizio parlamentare che veniva formulato nella procedura di registrazione implicava quindi un vero e proprio controllo sulle leggi del re sulla base del presupposto fondamentale che una legge non poteva violare i principi che i magistrati consideravano «scoperti nel diritto» del regno («gravé dans notre droit» è l'espressione testuale che si ritrova costantemente nelle fonti). Di prassi i rilievi d'incostituzionalità erano formulati dai magistrati ai ministri già durante le trattative per la confezione del testo legislativo. Ma laddove la trattativa non dava buon esito per la magistratura quel controllo continuava a operare anche in seguito, tanto nell'*iter* procedurale della re-

anche Rotelli [2008, 66 e 132] si è opposto al mio argomento in virtù della constatazione che la procedura di controllo parlamentare interveniva nel corso del procedimento legislativo e quindi nel momento in cui la «legge» non era ancora tale. Ma è agevole replicare a questa obiezione che il giudizio di costituzionalità dei parlamenti di Antico Regime va classificato nella tipologia dei giudizi *preventivi* di costituzionalità (non è lo stesso nel sistema francese della V Repubblica con il *Conseil constitutionnel*?). In questi casi il giudizio di costituzionalità diventa parte integrante del procedimento legislativo, ma non per questo perde la sua natura di controllo di costituzionalità. Tra l'altro questo sistema evita un grave inconveniente, che è invece tipico dei sistemi basati sul principio del giudizio di costituzionalità successivo all'entrata in vigore della legge (com'è quello basato sul ricorso incidentale vigente in Italia): si evita che una legge sospetta d'incostituzionalità entri in vigore producendo per un certo tempo irreparabili effetti giuridici. Occorre ancora osservare che il giudizio di costituzionalità pronunciato dai parlamenti di Antico Regime poteva realizzarsi *anche dopo* l'entrata in vigore dell'atto legislativo del re (che, ricordiamo, almeno sul piano formale poteva essere in fin dei conti anche imposto con la convocazione di un «letto di giustizia»). La legge che i magistrati consideravano «incostituzionale», poteva, dunque, nonostante l'opposizione parlamentare entrare lo stesso in vigore. Ma alla prima occasione processuale nella quale la stessa legge doveva essere applicata, i parlamenti, magistratura di ultima istanza, la disapplicavano affermando che si trattava di un testo «contrario alla costituzione del regno»; e anche quando non si spingevano a questa esplicita formula, manipolavano in sede di applicazione, il testo della legge e arrivavano per via interpretativa a far dire a quella legge ciò che essa non prevedeva e, talvolta, persino il contrario di ciò che essa statuiva [cfr., al riguardo, Di Donato 2003a, cap. III, par. 16, pp. 490-5: «La sistematica disapplicazione del diritto regio sgradito alle magistrature»].

gistrazione quanto nell'*iter* processuale in sede di applicazione della legge a un caso concreto deciso in via giurisprudenziale.

Se ne può allora concludere che *la gerarchia delle norme operava sia prima che il controllo di costituzionalità si dispiegasse formalmente durante la procedura parlamentare di registrazione sia dopo, nel caso in cui la legge fosse registrata*. In questa seconda eventualità si potevano verificare due ipotesi: o la legge era registrata d'imperio in «letto di giustizia»; oppure la legge era approvata con il consenso del Parlamento, ma sulla base di puri motivi di opportunità strategico-politica emersi durante le trattative con il ministero. In entrambi i casi la magistratura disponeva degli strumenti idonei a stroncare gli effetti giuridici di una legge sgradita. E sgradita poteva essere anche una legge che i *robins* avevano approvato e registrato non per autentico convincimento ma solo perché in quella fase non avevano potuto farne a meno per valutazione di opportunità, mentre nella sostanza essi la giudicavano negativamente. In tali casi, nonostante l'approvazione formale del Parlamento, la legge risultava nella prassi effettiva sminuita o annullata nella sua forza cogente. E ciò avveniva per effetto del giudizio di costituzionalità della magistratura parlamentare *che assumeva quindi un'efficacia permanente*, come una spada di Damocle perennemente sospesa sul capo del re.

Qui si misura tutta l'estensione del potere occulto, femminile, della magistratura: essa possedeva un'arma sempre pronta a essere brandita, per cui non c'era neppure bisogno di *realizzare* il controllo; bastava la minaccia, insita *in re ipsa*, di poter intervenire in qualsiasi momento sulle disposizioni testuali di una legge attraverso una gamma di strumenti la cui potenza consisteva soprattutto nel loro carattere arcano e imprevedibile.

È vero che il re e il governo potevano tentare di reagire a questo stato di cose, con atteggiamenti tipici del potere fallocratico maschile che talvolta rompe gli argini della moderazione e ostenta tutta la sua potenza scatenata. Oloferne può sempre brandire il gladio per terro-

rizzare i nemici. Così, talvolta, re e governo decidevano un *Blitzkrieg* contro il Parlamento, ossia una operazione fulminea nella speranza di contare sull'effetto-sorpresa: sotto pretesto di una grave urgenza la magistratura non veniva informata preventivamente e si trovava di fronte al fatto compiuto senza avere il tempo di organizzare una trattativa; oppure il ministero poteva giocare machiavellamente d'astuzia, trasformandosi da «leone in golpe», e facendo perciò scivolare le disposizioni che presumeva controverse in atti non tipizzati che quindi sfuggivano al controllo parlamentare in quanto non soggetti all'*enregistrement*.

In entrambi i casi era però difficile che la magistratura si lasciasse sorprendere: la sua reazione poteva anche non essere immediata (era proprio qui la sua forza più temibile). Fuori dal campo di battaglia, Oloferne è sedotto e sgozzato da Giuditta. Sul momento i *robins* incassavano il colpo, ma preparavano silenziosamente la rivalse. Fu proprio per attuare questa strategia che la magistratura parlamentare provvide nel Settecento a organizzare una fitta rete di «spionaggio» all'interno dei *Conseils privés*¹²⁵. Sul piano generale, comunque, situazioni di questo tipo accendevano un conflitto talmente infuocato tra corona e Parlamento da sconsigliare il governo di ricorrere con frequenza a stratagemmi di quel genere¹²⁶. L'esperienza

¹²⁵ Fu Le Paige il grande tessitore di questa «rete», che risultò talmente efficace da mettere l'*avocat* e con lui tutto il suo *entourage* di *robins* al corrente quasi in tempo reale circa le decisioni assunte dal governo nei *Conseils privés*. Addirittura Le Paige riusciva a essere informato sui nomi dei ministri che avevano votato i provvedimenti e di coloro che invece avevano manifestato parere contrario o si erano astenuti: cfr. Di Donato [2003a, 222].

¹²⁶ È questa la ragione per cui non possono essere condivise le conclusioni di Kadlec [2007 e 2008], che svaluta l'*enregistrement* come efficace strumento politico nelle mani della magistratura parlamentare sulla base della constatazione, valida semmai solo per il breve periodo preso in considerazione nella sua indagine (una parte del regno di Luigi XIII nel secondo quarto del XVII secolo), che molti atti regi erano registrati in non meglio precisate *chambres de justice* o nella *Grande Chancellerie*, sfuggendo perciò al controllo parlamentare che

consigliava al potere politico di procedere con prudenza poiché, a conti fatti, la paralisi della giustizia e il rallentamento degli affari di governo si toccavano con mano nei momenti di crisi istituzionale con grave danno all'immagine del re e alle casse dello Stato. Fu la constatazione dell'insuperabile potere interdittivo della magistratura a convincere, dopo l'ennesima crisi istituzionale irrisolta, la *royauté* ad effettuare il *blitz* del 20-21 gennaio 1771 quando su ordine del cancelliere Maupeou i magistrati furono arrestati, il Parlamento sciolto e il valore degli uffici rimborsato. Fu, come gridarono subito i *robins*, un «colpo di Stato». Il giudizio era esatto, ma quel *coup de force* era il solo rimedio che la *royauté* potesse ormai tentare per superare un ostacolo che si era rivelato impossibile da rimuovere con i mezzi ordinari.

5.7. *La gerarchia delle norme come presupposto indispensabile per «dare un'esistenza giuridica alle volontà del sovrano» cristallizzate nella legge*

Agli occhi dei magistrati dell'Antico Regime questa osmosi tra il diritto formale e la mentalità sociale, assicu-

la monarchia giudicava «lungo e fastidioso». La strategia ministeriale di aggirare la procedura di registrazione con gli *arrêts* del Consiglio (atti ai quali però la magistratura si rifiutò sempre fieramente di riconoscere «valore legale») era, per altro, già stata segnalata da Alatri [1977, 119-22], che si fondava a sua volta sulla precedente ricostruzione di Esmonin [1964, 175-7]. Ma ad essa i parlamenti si opposero sempre con fermezza vigilando attentamente sui tentativi della corona e del governo di eludere il controllo della magistratura. Esempio, al riguardo, la reazione del Parlamento di Parigi nell'*arrêté* del 4 settembre 1732: «Atteso [...] il difetto di comunicazione di alcune materie che dovevano essere trattate, la Corte non ha potuto, né dovuto, né inteso dare il suo parere»; e del pari il 21 agosto 1756 per bocca del suo primo presidente il Parlamento intero fece sapere al re che se voleva «proteggere e mantenere inviolabilmente le leggi nel suo Stato» si sarebbe dovuto degnare di ordinare che gli atti sottratti al libero esame del Parlamento gli fossero subito «rimessi per esservi deliberati nella maniera accostumata»: Bickart [1932, 231-2].

rata attraverso la cerniera dell'interpretazione giurisprudenziale, sembrava una verità tanto evidente da considerarla «naturale».

Il diritto era (e doveva essere) l'espressione più elevata dell'ordine cosmico. L'*ordo juris*, così concepito, assicurava la stabilità e nel contempo la riproduzione nell'assetto socioistituzionale dell'ordine universale stabilito da Dio. Lo Stato «di diritto» era, nella visione dei giuristi, l'organismo supremo capace di tradurre in strutture organizzative e in regole di diritto positivo questo legame tra il piano metafisico-religioso e quello politico-secolare. In quest'ottica, il diritto era divino e *di conseguenza* umano. L'armonia tra la *Veritas* oltremondana e la *Ratio* terrena, ovvero tra il *Verbum* e la *Res (publica)*, era assicurata da questo fondamentale anello di congiunzione che era l'*ordo juris*, i cui interpreti autorizzati, i giudici, erano gli unici agenti.

Un re senza diritto era solo un tiranno. E del pari uno Stato senza magistratura sarebbe divenuto immediatamente un regime dispotico, perdendo la caratteristica, così tipica – già secondo Machiavelli – della civilizzazione¹²⁷ francese imperniata appunto sul processo di costruzione statale. Quest'ultima era fondata sul diritto ed era inseparabile dal diritto. Se la funzione per eccellenza dello Stato di diritto monarchico-assoluto era dunque di rendere civilizzata la società, era attraverso l'opera della magistratura che questo risultato diventava concretamente raggiungibile.

Questa visione pangiuridica del mondo è illustrata in modo esemplare in un passaggio che si legge in un manoscritto stilato tra il 1754 e il 1755 da de Revol¹²⁸. Partendo dalla constatazione che «le forme di cui il Parlamento è custode sono essenziali tanto per il monarca

¹²⁷ Su questo concetto classico della cultura occidentale, oggi sottoposto a una penetrante riflessione critica [cfr. al riguardo Binoche 2005 e 2007], cfr. le opere classiche di Braudel [1993] e di Elias [1988] e il saggio, acuto ed elegante, di Starobinski [1990].

¹²⁸ Cfr. *supra*, cap. I, nota 42.

quanto per i sudditi», egli considerava un «dogma politico» che bisognava «far apparire in tutta la sua forza» e al quale occorreva dare «il più grande livello di evidenza», il fatto che la volontà legislativa del sovrano non poteva esprimersi senza essere rivestita della forma giuridica e che questa forma poteva essere conferita solo dalla magistratura attraverso la registrazione parlamentare dell'atto dispositivo. In virtù di questo principio de Revol riteneva di poter formulare il contenuto di una fondamentale norma costituzionale, secondo cui il giudizio politico del Parlamento consisteva simbolicamente nell'apposizione del suo «sigillo» ai testi normativi presentati dal re e dai suoi ministri. Lungi dall'essere una pura formalità, questa procedura era indispensabile «*per dare un'esistenza giuridica alle volontà del sovrano* consegnate in diversi strumenti, come dichiarazioni, delibere del Consiglio ecc...»¹²⁹. Senza l'accordo del Parlamento, la volontà del re, fondamento della legge, non esisteva neppure, e la sua manifestazione pubblica restava *tamquam non esset*.

La valutazione portata dalla magistratura sulle leggi del re attecchiva dunque a una tipologia di giudizio del tutto particolare. Era in effetti un giudizio fondato su dei punti di riferimento completamente eterogenei e «mobili», di conseguenza incontrollabili in quanto non individuabili. Per quanto i magistrati odiassero l'espressione, tenendo a qualificarsi come «servi legum», si trattava nei fatti di un giudizio prossimo all'arbitrio. È attraverso questa tipologia di giudizio, d'altronde, che nell'esperienza giuridica di gran parte dell'Europa medievale e moderna «l'intrinseca ambiguità delle fonti» giuridiche «non meno che la celebrata, solida, estrinseca loro oggettività era strumento primario della mediazione sociale e del potere giuridico», poiché «i materiali normativi ereditati offrivano ai *sacerdotes juris* tante possibilità e libertà di scelta

¹²⁹ BPR, LP 534, doc. n. 33. L'espressione, di de Revol, è apertamente ispirata all'opera più rappresentativa di Le Paige [1753-1754]; sul punto, cfr. Di Donato [2003a, 454].

in più, quanto più quel *mare magnum* fosse ampio, vario, fluido, incoerente, mentre era descritto come stabile e sicuro»¹³⁰.

Così, i controllori-vigilanti giudicavano senz'appello se una legge del re violava i principi superiori che essi stessi fissavano rivestendoli poi del sigillo della sacralità e dell'intangibilità.

Nei momenti di crisi politica (ad esempio nel corso del XVIII secolo durante il regno di Luigi XV), queste dottrine emersero con enfasi veemente dando luogo a una vera e propria guerra di *pamphlets*. Ciò che i magistrati rimasero con insistenza era il valore costituzionale della procedura di registrazione. Secondo la dottrina parlamentare la volontà del re non munita del sigillo della registrazione non poteva considerarsi legge dello Stato, ma restava allo stadio embrionale di semplice «progetto di legge». La legalità della legge poteva stabilirsi solo in Parlamento. È questo era un principio che nessun monarca aveva mai osato mettere in causa. Lo stesso Luigi XIV, il re-sole, non si spinse oltre la posticipazione del diritto di rimostranza al momento successivo alla registrazione, misura certamente forte, ma che tuttavia non era la completa soppressione dell'istituto, a conferma del suo radicamento nella tradizione costituzionale del regno¹³¹.

Da questa continuità istituzionale che sfidava il tempo e che aveva resistito anche nei momenti più bui della storia della magistratura e dello Stato¹³², i *robins* deducevano

¹³⁰ Ajello [1990, 8].

¹³¹ Per un sintetico ed efficace profilo delle diverse posizioni storiografiche sul tentativo (fallito) di Luigi XIV di cambiare la costituzione del regno, limitando l'influenza politica della magistratura, cfr. il «dibattito a più voci sul concetto di assolutismo» in Mousnier [2002, 99-109 (con la partecipazione, tra gli altri, di Méthivier, Reinach, Lajusan, Bluche, Esmonin, Hyslop, de Berthier, Lévy, Lefebvre, Gadrat, Soboul)]. Questo dibattito ebbe luogo il 6 novembre 1955 a Parigi nella sede della «Società di Storia Moderna».

¹³² La retorica dei *robins* arrivò a descrivere questi momenti cruciali ricorrendo all'immagine biblica della «traversata nel deserto» del po-

che l'ordine giuridico del regno s'imponeva sugli stessi re, essendo fondato su una scala gerarchica di norme delle quali la magistratura era depositaria e garante. Era per l'appunto quest'affermazione circa l'esistenza della gerarchia normativa a far sentire i giuristi legittimati a opporsi ad ogni tentativo di rendere il potere regio davvero «assoluto». Per i magistrati quel potere doveva invece restare simbolico. Ogni tentativo di conferirgli effettività appariva ai loro occhi un rischio incombente di tirannia e dispotismo¹³³. Diversi re – e il giovane Luigi XV fu tra costoro – furono educati in un autentico terrore di poter essere accusati di governare da tiranni. Essi non volevano essere despoti. Volevano essere sovrani¹³⁴.

Ma per essere sovrani e non tiranni occorreva rispettare la gerarchia delle norme. Nel regno di Luigi XV, durante i momenti più accesi del conflitto tra magistratura e corona¹³⁵, concetti come «dispotismo», «costituzione», «controllo parlamentare sulle leggi del re» furono utilizzati come delle entità teoriche e politiche collegate tra loro e tutte convergenti nell'affermare l'esistenza di una gerarchia normativa¹³⁶. Una gran quantità di fonti dimostrano l'esistenza di questa piramide gerarchica la cui operativa esistenza rinvia direttamente al modo di essere – nel contempo dottrinale, strategico e psicologico – della magistratura parlamentare nello Stato assoluto¹³⁷.

polo di Dio in marcia verso la Terra promessa: cfr. Di Donato [2003a, 158-71; 2003c, 101-22].

¹³³ Un'ampia riflessione su questo argomento, così centrale nella storia del potere e delle dottrine politiche e giuridiche, è stata proposta da diversi autori i cui contributi sono stati editi a cura di Felice [2001-2002].

¹³⁴ Antoine [1986 e 1989]. Cfr. anche Bluche [2000].

¹³⁵ Su cui mi limito, per brevità, a segnalare Carcassonne [1927]; Bickart [1932]; Diaz [1962]; Cocatre-Zilgien [1963]; Egret [1970]; Alatri [1977]; Rogister [1995]; Swann [1995]; Van Kley [2002]; Vergne [2006]; Daubresse, Morgat-Bonnet e Storez-Brancourt [2007, 537-731]; Bidouze [2008]. Un ampio ventaglio bibliografico nel mio volume Di Donato [2003a, 821-61].

¹³⁶ Cfr. Schmale [1987 e 1990].

¹³⁷ Rinvio il paziente lettore interessato a queste numerose fonti a

È il caso di soffermarsi in questa sede su una sola di queste fonti che sembra particolarmente probante per il collegamento tra la gerarchia normativa e la legittimità del controllo parlamentare di costituzionalità sulle leggi del re. In una lunga «dissertazione» manoscritta, vergata nel 1771 nel pieno della crisi-Maupeou, su richiesta «dei principi di sangue», il *leader* e ideologo della *robe* parlamentare, Le Paige, sostenne, citando a suo fondamento le autorevoli opinioni di Bossuet e Massillon, che il fondamento costituzionale del regno era fondato sul corpo normativo della Tradizione. Questa era per lui la «specificità giuridica dello Stato francese», espressione che significava semplicemente che la monarchia assoluta non era altro che uno Stato governato dalla «giurisdizione dei magistrati in toga».

Da questo ruolo decisivo della giurisprudenza politica esercitato dalla magistratura parlamentare nel quadro dell'«essenza originaria dello Stato» (il Parlamento era per lui «antico quanto la stessa monarchia») derivava in linea retta la necessità di un controllo di legalità su tutti gli atti dispositivi del re:

Custodite le antiche massime sulle quali la monarchia è stata fondata e sostenuta [...] fin dalla sua origine dall'ordine della divina provvidenza, la migliore costituzione dello Stato che sia possibile, e la più conforme a quella che Dio stesso ha stabilito. Ci si deve dunque legare alla forma del governo stabilita. Esso deve restare nello stato in cui un lungo tempo ha accostumato il popolo. Si deve seguirlo come un ordine divino, in quanto Dio è un Dio di pace che vuole la tranquillità delle cose umane. Così è proprio vero, Sire, che voi siete un monarca dipendente da Dio solo. Ma è vero altrettanto che voi siete un monarca vincolato da leggi fondamentali, e che dovete custodire e rispettare le antiche massime della vostra monarchia. Vale a dire che voi non siete affatto un monarca che possa assomigliarsi ai monarchi d'Asia, ma siete un monarca francese. Voi

una mia prossima opera, attualmente in corso di stesura, dedicata specificamente alla ricostruzione del conflitto tra magistratura parlamentare e potere politico nella Francia del Settecento.

non siete un sultano, ma un re di Francia. Ed è proprio questo, Sire, ciò che fa il fondamento incrollabile del vostro trono. Poiché quei monarchi d'Asia sono spesso rovesciati [...] presto o tardi. Del pari è incontestabile che la vostra autorità derivi da Dio: è per il rango di primogenitura nel quale Egli vi ha fatto nascere che ve l'ha conferita. Quest'autorità viene quindi da Dio. Tutti i vostri sudditi lo riconoscono. Ma quale autorità Dio vi ha conferito? Quella di un monarca. E di quale natura di monarchia? Non certo quella di un monarca d'Asia né quella di un sultano. È quella di un monarca francese, assoggettato di conseguenza alla costituzione della monarchia francese. Voi non potete dunque, Sire, cambiare né alterare questa costituzione francese senza snaturare l'autorità che esercitate in nome di Dio. Cambiarla sarebbe esigere dalla sottomissione di un popolo più di quanto le leggi permettano ai re di esigere, sarebbe non essere più suoi padri e suoi protettori, ma suoi nemici e suoi oppressori: questo non è più regnare sui propri sudditi, è soggiogarli¹³⁸.

Gerarchia delle norme, diritto divino-naturale, Tradizione, civilizzazione: ecco gli ingredienti fondamentali della dottrina giuspubblicistica parlamentare. Ora, tutto il problema storiografico che riguarda il ricercatore interessato a ricostruire il funzionamento effettivo del sistema giuridico, politico e istituzionale dell'Antico Regime consiste nel sapere se e in qual misura la magistratura riusciva a tradurre in pratica i suoi propositi, o se, al contrario, questi propositi debbano essere considerati solo i punti salienti di un programma ideologico e politico puramente teorico, destinato a restare nella sfera dei *desiderata* che, per definizione, non arrivano mai a realizzarsi.

¹³⁸ BPR, LP 569, doc. n. 75. Questo brano è tratto da un «projet de mémoire ou let[t]re au roi» scritto da Le Paige su commissione dei principi di sangue e che, come lo stesso Le Paige annota, «non ha avuto seguito, nonostante fosse stato consensualmente deliberato dai principi».

6. *La costruzione di una gerarchia normativa statica e dinamica «ante litteram»*

Nella complessa procedura di valutazione che la magistratura parlamentare metteva in atto per esercitare il controllo di costituzionalità, le leggi fondamentali restavano certamente il punto di riferimento maggiore, lo strumento più penetrante di cui i giuristi disponevano.

Nelle dottrine che miravano a dare un fondamento di legittimità a questo tipo di giudizio sulle leggi del re non è facile individuare una teoria chiara che vada di là delle leggi fondamentali e che espliciti il concetto paradossale di gerarchia costruita tra norme di pari livello formale. I teorici filo-parlamentari sapevano perfettamente che la costruzione di un discorso troppo manifesto concernente una giurisdizione senza limiti avrebbe suscitato una reazione durissima da parte della corona e dei suoi partigiani. I *robins* erano ben consci che questo sarebbe stato un passo falso che avrebbe prodotto un effetto contrario.

Di conseguenza lo storico che voglia sviluppare un'analisi profonda del fenomeno in questione dev'essere attento a non assorbire integralmente il discorso parlamentare prendendolo alla lettera senza nulla filtrare, ma deve apprendere a scavare al di sotto della superficie per saper leggere tra le righe e rintracciare i significati reali che si celano sotto le formule apparentemente ordinarie e sotto le dichiarazioni del principe. Così, bisogna svelare il vero significato – sovente polisemico – dei concetti che quelle teorie costituzionali illustrano con un'enfasi straordinaria. Questa operazione risulterebbe impossibile senz'aver una costante attenzione alla situazione politica reale che esisteva al momento della redazione del testo preso in considerazione, vale a dire senza considerare le «relazioni effettive» e quelle che Pierre Bourdieu chiamava le condizioni di «precomprensione» che determinavano la produzione del discorso¹³⁹.

¹³⁹ Sulle «relazioni effettive», cfr. *supra*, nota 5; sul concetto, che ri-

La costruzione teorica della dottrina parlamentare – e la storiografia specialistica appresso – insiste quasi esclusivamente sull'importanza delle leggi fondamentali¹⁴⁰. Ma va rilevato che ciò costituiva solo una parte della strategia discorsiva e politica della magistratura. Il nucleo del discorso non stava in ciò che il discorso stesso intendeva rendere più manifesto. In effetti, la percezione della cosa domanda una sottigliezza storiografica almeno pari a quella dimostrata dai *robins*: si tratta di cogliere la differenza tra la valutazione del contrasto di una legge del re con un principio di diritto naturale o divino o ancora con le leggi fondamentali, e la valutazione del contrasto di una legge del re con una o più leggi «ordinarie» ma che avevano ormai acquisito un carattere «tradizionale», ossia una sorta di forza supplementare derivante dalla loro durata.

Questa differenza era alla base di un principio chiaro tanto ai giuristi teorici quanto ai magistrati che avevano il compito di procedere alla disapplicazione di norme giudicate contrarie alla costituzione (cioè ai fondamenti assiologici) del regno. Tuttavia questo principio operava sul solo piano della teoria. Nella pratica del sistema politico-giudiziario la differenza tra le due situazioni era molto più sfumata di quanto si possa pensare, poiché normalmente i magistrati decidevano prima di tutto se una legge meritava per motivi di opportunità di essere annullata e solo in seguito a questa decisione cercavano (nel *dépôt légal*, nelle leggi fondamentali, nella Tradizione, nella giurisprudenza parlamentare, nella dottrina giuridica più autorevole...) l'argomento formale e dottrinale che giustificasse la decisione e le desse peso e credibilità pubblica. E se l'argomento si fondava sulla violazione non di una legge fondamentale ma di un'altra legge «ordinaria» che

veste grande importanza nelle scienze sociali, di «precomprensione», cfr. Bourdieu [1995].

¹⁴⁰ Cfr. Lemaire [1907]; Bickart [1932]; Cocatre-Zilgien [1963, spec. 62-9]; Lovisi-Saguez [1984]; Olivier-Martin [1997b, 217-28]; Vergne [2006, *ad indicem* e spec. 129-48].

il Parlamento considerava «superiore» il risultato finale non cambiava per questo: la nuova legge del re in contrasto con la precedente legge di un altro (o del medesimo) re non sarebbe stata registrata.

La magistratura parlamentare disponeva perciò di molteplici strumenti d'intervento riguardo al controllo di costituzionalità. La costruzione della gerarchia delle norme, rigida nello schema formale, era invece molto elastica nella precisazione dei contenuti normativi, cioè nella grande libertà che gli interpreti avevano di agganciare un determinato argomento a una o più leggi fondamentali ovvero a una o più leggi «ordinarie» stratificate dalla tradizione, procedendo così *ex ante* al rifiuto della registrazione o *ex post* alla disapplicazione (per via diretta ovvero per manipolazione interpretativa) delle norme prese di mira.

Lo stesso può dirsi per i tentativi di modificare la procedura della registrazione parlamentare. Le Paige lo spiegò con chiarezza, utilizzando un argomento che, se non si trattasse di un anacronismo concettuale, potremmo definire ricorrendo alla definizione kelseniana di «gerarchia dinamica» delle norme giuridiche. «Gerarchia dinamica», com'è noto, fu la formula impiegata da Hans Kelsen per indicare le norme di rango superiore che disponevano le regole atte alla creazione delle norme ordinarie. L'argomento lepaigiano riguardava, per l'appunto, gli *itinerari* del procedimento legislativo. Nello Stato monarchico-assoluto la procedura stabilita per creare una nuova legge era fissata da altre leggi, che non potevano quindi non essere, agli occhi dell'*avocat*, di rango superiore. Perciò attaccare l'istituto della registrazione, perno della procedura legislativa, significava per Le Paige «attaccare le leggi che a loro volta la dispongono»¹⁴¹.

Le Paige traccia qui le linee portanti di una sorta di teoria costituzionale dell'ordine giuridico la cui sussistenza dipendeva non solo dalla disposizione gerarchica

¹⁴¹ BPR, LP 580-ter, doc. n. 207.

delle norme (ciò che, per stare sempre alle categorie kelseniane, è definibile come una «gerarchia statica»)¹⁴², ma anche dal fatto che vi fosse un potere giurisdizionale-costituzionale (nel caso di specie: il Parlamento) che fosse in grado di assicurare il rispetto effettivo delle procedure stabilite (dalla gerarchia dinamica) per la formazione dell'atto legislativo.

Istituzioni come la verifica e la registrazione degli atti legislativi del re implicavano, insomma, la costruzione non solo di una «gerarchia statica» ma anche di una «gerarchia dinamica» delle norme giuridiche, poiché costituivano strumenti di controllo non solo sulla compatibilità degli atti del governo regio con la superiore sfera delle norme costituzionali (intese nel modo in cui si è detto), ma anche sulla correttezza della procedura seguita per la confezione di quei medesimi atti.

Grazie alla «gerarchia statica» il Parlamento procedeva all'esame normativo dei testi deliberati dal governo regio, mentre grazie alla «gerarchia dinamica» si pronunciava sulla questione preliminare se il nuovo atto aveva rispettato, nel procedimento della sua formazione, tutte le forme e le procedure previste e consolidate anch'esse da una inveterata Tradizione.

I *robins* insistettero sempre con martellante coerenza su questo punto che consideravano un pilastro del diritto pubblico non soltanto francese, ma addirittura «universale e assoluto»¹⁴³. Una legge – affermavano – formata in violazione delle norme superiori che stabilivano come si doveva legittimamente procedere alla creazione delle leggi, non poteva assolutamente essere considerata una legge valida in nessun ordine giuridico. La questione era logica prima che storica e politica. Fondandosi su questo assioma i *legum doctores* asserivano che la «costituzione del regno» prescriveva che la procedura della veri-

¹⁴² Su «gerarchia statica» e «gerarchia dinamica», cfr. Troper [1998a, 154-64].

¹⁴³ BPR, LP 539, doc. n. 179.

fica parlamentare degli atti regi doveva essere considerata «essenziale» nel processo legislativo. Di conseguenza, una legge non registrata, o registrata al di fuori delle procedure rituali non poteva essere considerata come una «legge del regno» poiché era stata formata violando la procedura fissata dal «diritto pubblico della Nazione». Questo *droit public* conteneva regole giuridiche che dovevano essere assimilate in tutto e ad ogni effetto alle leggi fondamentali.

7. *Il letto di (morte della) giustizia*

Oltre all'*escamotage* di confezionare l'atto in una veste formale non tipizzata in modo da sottrarlo alla registrazione aggirando la «procedura accostumata», quello che a giudizio dei *robins* configurava il caso più tipico di violazione della gerarchia dinamica stabilita dal diritto pubblico del regno era il «letto di giustizia». Secondo la dottrina parlamentare tutti gli organi muniti di giurisdizione dovevano disapplicare *d'emblée* una legge registrata in letto di giustizia poiché quella legge era manifestamente incostituzionale per flagrante violazione della procedura rituale¹⁴⁴.

Le Paige sottolineò a più riprese questo aspetto, invitando tutti i parlamenti a considerare «non validamente registrati», e di conseguenza «come non avvenuti», tutti gli atti regi che erano stati «trascritti forzatamente in letto di giustizia»¹⁴⁵. Contrariamente a ciò che credevano il re e i suoi inesperti partigiani, sottolineava con ironica stizza l'avvocato, «un letto di giustizia non conclude proprio niente» e dopo la sua celebrazione «le cose non sono più

¹⁴⁴ Le Paige [1753-1754, 1754b, 1755 e (in particolare) 1756].

¹⁴⁵ BPR, LP 558, doc. n. 72. Questa breve nota manoscritta è posta a margine della copia a stampa di una «déclaration du roi concernant le cadastre général, la liquidation et le remboursement des dettes de l'État, donnée à Versailles le 21 novembre 1763».

avanzate di prima»¹⁴⁶. Questo significava che «nel circondario del Parlamento i giudici inferiori si rifiuteranno di registrare [e quindi di applicare] gli editti che non siano stati registrati dal Parlamento»¹⁴⁷. E la stessa cosa doveva avvenire «da parte degli altri Parlamenti»¹⁴⁸.

Agli occhi dei giuristi e in particolare dei magistrati il letto di giustizia infliggeva un terribile *vulnus* costituzionale alla «Tradizione» e al «giusto ordine di cose stabilito dalla divina Provvidenza» per la «salvezza» dello Stato. La volontà del sovrano imposta («brutalmente» dicevano i *robins*) nel letto di giustizia violava gravemente, prim'ancora delle legittime prerogative della magistratura parlamentare, i diritti dei sudditi. La convocazione del letto di giustizia al fine d'imporre ai giudici la registrazione di un atto legislativo doveva perciò essere considerata secondo i giuristi un atto di «potenza arbitraria» che rispingeva il regno indietro nel tempo facendolo ripiombare in uno stadio di precivilizzazione nel quale non si era ancora instaurato un ordine giuridico. Responsabile quindi d'infrangere clamorosamente le norme costituzionali del regno, il letto di giustizia era assimilato a un «atto di barbarie» che determinava un fortissimo «allarme nel pubblico»¹⁴⁹. Costringere con la forza i magistrati a manifestare il loro consenso alla registrazione significava violare apertamente il diritto pubblico del regno. Perciò bisognava levare alta la voce e «protestare contro tutto ciò che si è fatto al letto di giustizia come contrario alle leggi del re»¹⁵⁰. Per i *robins* il letto di giustizia era il letto di morte della giustizia (politica).

¹⁴⁶ BPR, LP 539, doc. n. 179: «Billet de moi à monsieur le prince de Conti. 25 aout 1756». Documenti come questo e quello citato nella nota precedente sono a mio avviso di eccezionale valore storiografico, poiché condensano i principali elementi dell'ideologia del giurista di Antico Regime e contribuiscono a spiegare degli aspetti reconditi circa le cause del conflitto tra magistratura e potere politico.

¹⁴⁷ *Ibidem.*

¹⁴⁸ *Ibidem.*

¹⁴⁹ *Ibidem.*

¹⁵⁰ *Ibidem.*

Questa linea teorica difesa con accanita tenacia per diversi decenni era naturalmente destinata a indurirsi ancor più durante la riforma Maupeou. Il 27 aprile 1771, ad esempio, Le Paige scrisse in un commento inviato al suo discepolo de Murard¹⁵¹: «Non mi riconcilio affatto con queste trascrizioni forzate. Esse reclamano contro se stesse. Il re ha nelle sue mani l'esecuzione forzata. Ma ha contro di lui la legalità; e queste trascrizioni sono sempre illegali»¹⁵². La pratica instaurata dal governo sradicava il diritto pubblico del regno dalle convenzioni consuetudinarie inveterate: «Sono sempre impuntato – continuava l'avvocato – su questa registrazione d'impatto, che è illegale e ridicola se è fatta senza libertà di deliberare, e peggio che illegale se è fatta contro il risultato della deliberazione [negativa]»¹⁵³. Era una conclusione condivisa a suo avviso da tutta la maggiore dottrina giuridica francese: «I nostri autori dicono che sulla legge pubblicata in questo modo grava una presunzione d'iniquità; che essa è screditata presso i popoli; e che presto o tardi il principe stesso l'abbandonerà. Non è dunque possibile considerare questa maniera [di fare] né legale né legittima»¹⁵⁴.

L'unica eccezione ammissibile al principio di legalità era lo stato di necessità che per sua natura doveva essere strettamente limitato a un evento eccezionale e imprevisto: «Che si violino pure le forme legali quando lo esige la legge suprema [della salvezza dello Stato]». In questo caso «la legge è violata ma la sua infrazione è causata dalle circostanze [eccezionali]». Tuttavia «è indispensabile che vi sia questa necessità della salvezza pubblica; e questa necessità non può che essere rara»¹⁵⁵. Circa un mese

¹⁵¹ Alexandre-François de Murard era consigliere al Parlamento di Parigi fin dal 1738 e poi *président-à-mortier* dal 1758. Con de Revol e il presidente Durey de Meynières costituiva il nucleo dei fedelissimi di Le Paige: cfr. Bluche [1986a, 188, 195, e 221-2].

¹⁵² BPR, LP 42, f. 431.

¹⁵³ Ivi, ff. 431-2.

¹⁵⁴ Ivi, ff. 432.

¹⁵⁵ *Ibidem*.

più tardi lo stesso Le Paige tornò sull'argomento con un vigore ancor più energico:

Non vi sono [ormai] che trascrizioni illegali. Ma io desidero far vedere: 1° che la registrazione deliberata in libertà [dai magistrati del Parlamento] è una delle forme pubbliche dello Stato più saggiamente stabilite; 2° che ogni legge non deliberata, quand'anche buona, non rispetta le forme pubbliche stabilite; e questo i re stessi lo hanno riconosciuto, perfino sotto il [governo del] cardinal Richelieu; 3° che le leggi pubblicate [ugualmente] dopo questa deliberazione, e nonostante il risultato contrario della deliberazione stessa, ancorché possano essere buone (poiché anche i parlamenti possono sbagliarsi), non per questo feriscono meno gravemente le forme pubbliche; 4° che il re, nel caso di pericolo per la salvezza pubblica o quando il segreto di Stato non gli permette di spiegare pubblicamente le sue ragioni, di cui del resto lui solo è giudice, non solo ha certamente il potere di passare con la forza oltre [il Parlamento], ma ne ha anche il diritto; però solo il successo [della sua iniziativa] può far dismettere agli occhi della Nazione i sospetti che queste vie d'autorità destano contro la legge, e far constatare il verificarsi effettivo di questo caso d'eccezione; che questi sospetti sono comunque sempre odiosi, e queste vie d'autorità di conseguenza sempre pericolose; che queste vie giuste allora non sono che un'eccezione legittima a una regola tanto saggia; che queste eccezioni non possono che essere rarissime, e che è interesse dello Stato e del Trono che esse siano in effetti così infrequenti. [...] La registrazione presuppone un esame; e agire o senza esame o contro il risultato di questo esame, significa agire contro lo spirito e contro la lettera di questo saggio istituto, salvo il caso di salvezza pubblica che è la legge delle leggi, ma che non può essere invocata in ogni momento, e che solo il successo [in guerra] giustifica¹⁵⁶.

Agire diversamente da questi principi significava ridurre la registrazione a nulla di più di una «vana formalità, [...] un atto sterile che [...] non aggiunge alla legge che l'apparato di una pubblicità ch'essa può acquisire con ben altri mezzi». In breve, la registrazione sarebbe

¹⁵⁶ Ivi, f. 433.

divenuta «un vano simulacro che solo la tolleranza dei re lascia sussistere, e che deve a cadere all'istante quando loro piacerà di ordinarlo»¹⁵⁷.

8. Il Parlamento giudice «a quo»

Nulla quæstio, dunque, per il caso della legge palesemente in contrasto con leggi fondamentali o con leggi precedenti che integravano i valori della Tradizione. Era pacifico nella dottrina giuridica parlamentare che una legge simile dovesse essere contrastata prima e, nel caso di fallimento dell'opposizione, disapplicata poi. Il problema più delicato si poneva però in altre fattispecie: ad esempio quando la legge del re non violava alcun princi-

¹⁵⁷ BS, BA, vol. 805, f. 157r. Olivier-Martin [1988, cap. I], vedeva in questa pretesa della «registrazione libera» un tentativo di «grave mutamento apportato alla costituzione della monarchia» (ivi, p. 28). La dimostrazione del grande studioso transalpino non è tuttavia molto convincente. Egli è costretto a ricorrere a contorsioni logiche sorprendenti per affermare il principio della sovranità regia «sans partage» di fronte alla pratica del sistema che egli stesso osservava essere tutt'altra cosa, poiché spessissimo le corti, anche di livello inferiore, si ostinavano a non applicare un provvedimento regio non registrato o irregolarmente registrato lasciandolo cadere in desuetudine. Di fronte a questo pervicace ostruzionismo il re pur disponendo a suo avviso «degli strumenti per far applicare la legge», ad esempio la cassazione nel Consiglio privato o nel Gran Consiglio dell'«atto che la violava», «per non prolungare oltremodo il conflitto, poteva decidere di chiudere gli occhi» e di far finta di non vedere. Ciò non bastava però all'insigne studioso – cui non era qui estranea qualche influenza ideologica filomonarchica – per evitare di sottoscrivere la conclusione che «il principio [della sovranità piena del re] sussisteva». Sul medesimo argom. cfr. anche Olivier-Martin [1997a, 210-24, 290-358 e spec. 223] dove afferma senza sfumature che nonostante tutto «la sovranità resta intatta». Senza nulla togliere al valore dell'opera di Olivier-Martin, la storiografia giuridico-istituzionale ha, dai suoi tempi, molto evoluto e nella ricerca e nella valutazione del rapporto conflittuale tra magistratura e *royauté*: sull'*enregistrement* nella pratica istituzionale, mi limito a segnalare Vilar-Berrogain [1958, spec. 13-28]; Richet [1998, 27-8]; e più di recente Gojoso [2002]; Renoux-Zagamé [2003, 212-43]; Di Donato [2003a, 470-85]; Vergne [2006, *ad indicem*, e spec. 438-53].

pio delle leggi fondamentali né era in contrasto con altre leggi «ordinarie» precedenti. Se tuttavia il Parlamento trovava comunque questa legge «scomoda», aveva lo stesso gli strumenti per dichiararla «illegittima» e/o «inopportuna». In questo caso, argomentavano i magistrati, essa, pur non contrastando formalmente con altre disposizioni superiori, violava principi «di rango costituzionale». Vi erano qui diverse ipotesi che è interessante esaminare per comprendere meglio come la gerarchia delle norme operava in concreto. O la legge messa sotto giudizio, pur non violando alcuna legge fondamentale, si prestava però a un'interpretazione secondo la quale la sua applicazione era suscettibile di produrre effetti giuridici in conflitto con principi costituzionali; oppure la medesima legge collideva con alcuni valori giuridici o più *lato sensu* sociali e politici che la magistratura riteneva altrettanto «fondamentali» delle *lois fondamentales* propriamente dette; ovvero ancora, la medesima legge affermava molto semplicemente dei «principi nuovi» che erano in quanto tali mal visti, poiché «far novità» era considerato, come si è già notato, un male in sé nella visione del mondo dominante nelle società di Antico Regime e i giuristi si consideravano in prima linea nella difesa dello *status quo*¹⁵⁸.

Questo ruolo di «guardiani» dell'esistente permetteva ai giuristi-magistrati di fare argine all'introduzione delle novità. Lo «spirito di riforma» era guardato con grande circospezione nei *milieux* giuridici. Il misoneismo imperava. È la ragione per cui Montesquieu consigliava, nel caso in cui si volesse procedere a modifiche istituzionali profonde in uno Stato, di avere l'accortezza di non mutare i nomi degli istituti, in modo da dare l'impressione che nulla si muovesse; un consiglio molto apprezzato dai giuristi di tutt'Europa¹⁵⁹.

¹⁵⁸ Cfr. Borrelli [2000].

¹⁵⁹ Cfr. Di Donato [1996a, 1008-9]: il montesquiviano Niccolò Fraggianni, il maggiore giurista del suo tempo nella Napoli del Settecento affermava che le «novità» che «si tentan di fare nella forma di governo, ne' magistrati e nell'amministrazione della Giustizia [...] non

In tutti i casi analizzati il Parlamento poteva ricorrere a uno stratagemma molto ingegnoso: pronunciava nel corso di una causa una decisione di autoricorso davanti a se stesso come giudice delle leggi. In questo caso il Parlamento diventava il giudice *a quo* che sollevava davanti a sé medesimo una questione di «costituzionalità». Questa operazione consentiva ai *robins* di estendere a dismisura il loro potere d'intervento sui provvedimenti legislativi o a qualsiasi titolo dispositivi del re e del governo. Attraverso l'estensione analogica che partiva da un giudizio incidentale emerso in un processo particolare, il suo potere d'intervento sui testi normativi diventava in pratica illimitato investendo il piano generale.

In altri casi il Parlamento poteva scegliere, all'inverso, di avocare una causa pendente davanti a un altro tribunale, qualora rilevasse che quella causa poteva contenere un germe suscettibile d'implicare una o più questioni di rango costituzionale o che poteva, in qualche misura e a qualsiasi titolo, rivestire un'importanza politica.

Chiunque si dedicasse a studiare i registri parlamentari non tarderebbe a rendersi conto che l'alta magistratura disponeva di un vero arsenale di strumenti d'intervento e che se non li usava era solo perché aveva raggiunto i suoi obiettivi ovvero che ragioni politico-strategiche di più larga dimensione le rendevano più

solamente non tendono al conseguimento della fermezza del Regno (che è il fine per cui si fanno) ma anzi offendono la Nazione, et alienano i vassalli dall'amore verso il Sovrano», poiché lo spirito di riforma e d'innovazione sono «contro tutte le regole della buona politica». E seguendo Montesquieu concludeva coerentemente al riguardo che «non si fa agli uomini maggiore affronto se non quando si oltraggiano le loro cerimonie, et i loro antichi istituti. [...] Cercare di opprimerli è qualche volta una prova della stima che voi ne fate. Offendere le loro usanze è sempre una dimostrazione di gran dispregio». Perciò nelle arti del governo, bisognava, secondo Fraggianni, seguire l'esempio saggio di Cesare, il quale «governò ma sotto i medesimi titoli delle antiche cariche della Repubblica, di Pretore, di Console etc... Non volle mutare i titoli, perché gli uomini non sono quasi mai toccati che da nomi».

conveniente l'inerzia o una sorniona e vigilante attesa degli eventi.

Quello che si evince dall'esame di tutti questi sofisticati istituti è che nella concezione parlamentare del diritto e dello Stato, la giurisprudenza costituiva il fondamento ontico dell'ordine giuridico. Il Parlamento applicava la legge solo nel momento in cui ne riformulava gli enunciati tanto attraverso gli interventi sulla disposizione testuale originaria quanto (nel caso in cui quell'operazione non riuscisse) attraverso le sue interpretazioni successive nell'esperienza processuale. «Applicare» e «creare» il diritto era, per i giuristi-magistrati, la stessa cosa. La norma giurisprudenziale, vale a dire la vera norma, non quella astratta della legge, ma quella effettivamente applicata, era il frutto del potere giurisdizionale, un potere che a giusto titolo si definisce ancor oggi «originario» per indicarne la caratteristica intrinseca alla funzione di *jus dicere* in quanto tale¹⁶⁰.

Quando esercitava questo potere il Parlamento effettuava due diverse operazioni: da un lato realizzava il controllo di costituzionalità, ossia una verifica concernente la corrispondenza di norme di livello inferiore ad altre stimate di livello superiore; queste ultime non essendo scritte offrivano all'esegeta un margine di fatto illimitato d'interpretazione/creazione. Dall'altro lato, partecipava attivamente (benché sotto la veste formale di un giudizio *ex post*) alla funzione legislativa.

Nella dottrina giuspolitica dell'avvocato Le Paige, quella che – più di ogni altra prodotta nel quadro dello Stato monarchico-assoluto – focalizza con chiarezza il tema della gerarchia delle norme come elemento strutturale di assoluta importanza per l'assetto istituzionale, costante è il legame che viene tracciato fra leggi fondamentali e ordine giuridico, ossia tra *jurisdictio* e *Respublica*. Per lui questi termini erano intrecciati e quasi identificati in un rapporto di reciprocità. Così in quest'ottica non vi era «Stato» senza «diritto» e non poteva darsi alcun «di-

¹⁶⁰ Béchillon [1996, 133-7].

ritto» che non fosse gerarchicamente ordinato (sia dal punto di vista «statico» sia dal punto di vista «dinamico») dall'attività interpretativa della magistratura.

Per applicare la legge, o meglio per farla esistere nella realtà concreta e non unicamente nella pura forma dell'enunciato testuale, non bastava secondo i *robins* la manifestazione di volontà di un sovrano e le deliberazioni dei suoi Consigli privati. Occorreva la *jurisdictio* del Parlamento. La funzione di *jus dicere* non poteva ridursi alla semplice applicazione di norme preesistenti, perché quelle norme non esistevano fuori dalla giurisdizione parlamentare. Quest'ultima era quindi inseparabile dalle norme. Essa non le applicava. Le creava. Ne costituiva l'essenza. Giudicare non significava dichiarare il contenuto di un testo che esisteva già. Giudicare significava *produire* il senso dell'enunciato testuale. Per la dottrina giuridica di espressione parlamentare, la norma non era dunque affatto costituita dalla sola volontà del sovrano (come affermava la *thèse royaliste*), ma era forgiata dall'interpretazione della magistratura nel momento in cui doveva applicarla.

Erano queste le convinzioni, profondamente radicate, di Le Paige che per tutto il lungo corso della sua vita attiva (nato nel 1712, lo stesso anno di Jean-Jacques Rousseau, morì nel 1802) perseguì la difesa di questa concezione – apparentemente caratterizzata da un alto grado di tecnicità, ma intrisa in realtà di grandi potenzialità politiche – dell'ordine giuridico come perno della civilizzazione francese ed europea. Araldo dell'ideologia del giureconsulto di Antico Regime ed erede della tradizione giuridica che rimontava alle origini medievali il geniale avvocato parigino pensava prendendo a prestito le parole di La Roche Flavin, insieme a Bertaut de Fréauville il maggiore teorico della *robe* nel XVII secolo, che «i parlamenti non sono stati istituiti solo per i giudizi delle cause e dei processi tra parti private; ma sono stati destinati agli affari pubblici»¹⁶¹. Pur essendo sempre accorto a

¹⁶¹ La Roche Flavin [1617]. Cfr. Cocatre-Zilgien [1963, 67].

non travalicare il limite oltre il quale la *royauté* si sarebbe dissolta a beneficio di un sistema repubblicano, Le Paige dichiarava apertamente che «il giudizio [del Parlamento], fermo, solido, decisivo negli affari [privati]» possa estendersi «fino agli orizzonti della politica»¹⁶². E del pari poteva affermare che «la giurisdizione del Parlamento era universale per tutte le materie»¹⁶³ e che fin dal Medioevo questa potenza giurisdizionale era stata considerata da tutti e dagli stessi re «un segno essenziale di sovranità»¹⁶⁴.

9. *Conclusion: la gerarchia delle norme pilastro dello Stato assoluto nella concezione della toga*

La gerarchia delle norme – tanto quella «statica» che disponeva verticalmente le fonti del diritto quanto quella «dinamica» che prescriveva il diritto di verifica del Parlamento e la registrazione obbligatoria di tutti gli atti dispositivi del sovrano – era dunque, nella visione della magistratura, il pilastro centrale dello Stato monarchico-assoluto. Quest'ultimo era concepito come uno «Stato di diritto». E il diritto – ora come allora – produceva le sue regole, ma era anche produttore di regole necessarie a produrre le regole¹⁶⁵. Il diritto che dettava le regole per produrre le regole era il diritto della Tradizione. E la Tradizione era il substrato costitutivo dell'ordine giuridico. In tal senso era una Tradizione costituzionale.

L'istituto della registrazione parlamentare dei provvedimenti dispositivi del re rappresentava, in questa concezione, il cardine dell'intero assetto organico dei poteri, l'istituzione «che serve da baluardo a tutte le altre», come

¹⁶² Le Paige [1755, 201-2].

¹⁶³ Le Paige [1753-1754, II, 216].

¹⁶⁴ Ivi, p. 231.

¹⁶⁵ In sede di teoria generale, resta utile sul punto la riflessione di Béchillon [1997, spec. parte III, 161-286] dove si pone il fondamentale problema della «definizione della regola di Diritto nello Stato moderno».

afferstavano Le Paige e i *robins lepaigiani*¹⁶⁶. Nessuna gerarchia di norme – né statica né dinamica – avrebbe potuto esistere senza un organo *ad hoc* deputato a crearla e a farla vivere nei rapporti giuridici e politici concreti. Tutti i fili del sistema politico e istituzionale convergevano nella giurisdizione costituzionale del Parlamento. Era questo il cuore pulsante del sistema dello Stato assoluto. Il Parlamento faceva vivere la gerarchia delle norme e la gerarchia delle norme permetteva a sua volta al Parlamento di far vivere il suo potere, convertendo la giurisdizione in partecipazione agli affari politici.

La teoria giuridica dello Stato elaborata nel *milieu parlementaire* e rilanciata con grande enfasi da Le Paige si fondava sulla sostanziale (ancorché non dichiarata) identificazione tra «legge» e «giurisdizione». In definitiva: si pensava che non potesse esservi Stato senza diritto; che non potesse esservi diritto senza giurisdizione; che non potesse esservi giurisdizione senza magistratura; e infine che non potesse esservi magistratura senza Parlamento, ossia senza quel «grande corpo dello Stato»¹⁶⁷, istituzionalizzato e composto di giuristi autonomi – anche per il fatto di essere proprietari dell'ufficio – in rapporto al potere politico del sovrano.

Questa concezione comportava, a rigor di logica, un annientamento della monarchia assoluta, il cui principio basilare era l'unità della sovranità. Ma i *robins* erano troppo scaltri e navigati per cadere in questa banale trappola e si guardavano bene dall'affermare apertamente le velleità politiche della magistratura. Essi dichiaravano invece che solo il re doveva avere la responsabilità (formale) di «fare le leggi». I parlamenti non volevano assumere la diretta responsabilità del potere. Avevano bisogno della facciata costituzionale della struttura monarchico-assoluta, ma non ne volevano subire gli effetti politici. Il loro potere si costruiva perciò intorno alla dimensione

¹⁶⁶ BPR, LP 539, doc. n. 33, f. 16.

¹⁶⁷ Autrand [1981].

dell'arcano, l'unica che consentiva loro di agire in una perenne doppiezza: tra valori proclamati e fatti realizzati.

È questa la ragione principale per cui la gerarchia delle norme, il loro principale strumento d'azione, era destinata a restare nascosta con la conseguenza – che sarebbe letale per lo storico del diritto e delle istituzioni che seguisse un metodo d'indagine formalistico – che le sue tracce non sono visibili con evidenza palmare nei documenti ufficiali, ma emergono solo nell'articolazione su piani multipli dell'ordine del discorso togato e della sua traduzione in attività pratica. Come la potenza della toga era nascosta¹⁶⁸ così lo era anche la gerarchia delle norme, principale strumento di quel potere.

Proprio questo carattere occulto del potere togato fu uno dei motivi profondi dell'incompatibilità teoretica e ideologica (di là dalle possibili e contingenti alleanze e delle intese sotterranee che poterono realizzarsi a difesa dei reciproci interessi)¹⁶⁹ tra i giuristi e i *philosophes*; e ciò spiega anche perché tra i primi atti istituzionali della Rivoluzione vi fu la radicale abolizione dei parlamenti, per i quali tutti provavano oramai la più sviscerata idiosincrasia¹⁷⁰. Il nuovo valore della trasparenza istituzionale si collocava agli antipodi del tortuoso e arcano funzionamento del sistema di Antico Regime che aveva prodotto quella permanente oscillazione tra i due centri del potere che era stata colta con grande finezza di osservazione da Madame d'Épinay¹⁷¹. Eppure in quel momento l'idea così

¹⁶⁸ Cfr. *supra*, cap. I.

¹⁶⁹ Alleanze e intese che invece mi sembrano piuttosto sopravvalutate nel lavoro, per altri versi interessante, di Cottret [1998].

¹⁷⁰ Cfr. Carré [1912]; Alatri [1977, 506-10]: «Chi l'avrebbe creduto?» – si chiese con retorica sorpresa l'anonimo autore del *pamphlet* intitolato *Les Parlements à tous les diables*, uscito nel settembre del 1789 – «Quei parlamenti che si dicevano i padri del popolo, che furono reclamati dalla nazione nel 1788, sono, un anno dopo, rifiutati dal voto generale. Il loro annientamento è deciso: nessuno li rimpiange. [...] Magistrati dei parlamenti, terribili robinocrati, despoti, aristocratici, avete meritato la vostra sorte».

¹⁷¹ Cfr. *supra*, cap. II, nota 156.

acuta di questa donna di straordinario talento, che sapeva studiare la realtà ben di là dalla sua superficie e che non si lasciava abbacinare dalle scintillanti schermaglie tra i pamphlettisti degli opposti schieramenti, non ebbe seguito. La quasi totalità dei partigiani della *thèse royaliste* restava cocciutamente legata alle obiezioni tradizionali rivolte alla magistratura, ma della sottile strategia di questa comprendeva solo la minima parte, quella enfaticamente declamata che si contrapponeva frontalmente alla *royauté*. È lo stesso Le Paige a riassumere sinteticamente, in una delle sue innumerevoli lettere inviate a un interlocutore immaginario (un genere molto in voga in quegli anni), i principali argomenti dei suoi avversari:

Prima di finire è bene, Signore, che io vi metta al corrente di una bella obiezione che intendo fare a persone che si credono molto importanti. Se il re, dicono costoro, non può cambiare la forma e le leggi dello Stato, vi sono allora in Francia due autorità, di cui l'una può opporsi all'altra. Ecco il gran campo di battaglia¹⁷².

La risposta dello stesso Le Paige alla spinosa questione della «diarchia» costituisce, in un perfetto stile dalla venatura pascaliana, un piccolo capolavoro dell'*esprit de finesse* accoppiato alla solida architettura logica dell'*esprit de géometrie*, entrambi tipici – anzi con la celeberrima espressione weberiana potrebbe dirsi «idealtipici» – dell'ideologia giuridica di Antico Regime, e sembra perciò il modo migliore per congedarsi dal paziente lettore di questo capitolo e di questa prima parte del volume, lasciandolo a riflettere sull'inevitabile radicamento di quest'eterno conflitto tra i due corpi del *Leviatano*:

Essendo il re sempre obbligato a essere giusto, e potendo essere spesso sorpreso, è necessario che vi siano nello Stato dei ministri della giustizia che siano incaricati di rappresentargliela, e specialmente obbligati a non prestarsi a far apparire giusto

¹⁷² BPR, LP 539, doc. n. 33, f. 17.

ciò che non lo è. Se il re non vuole ascoltarli, allora egli sottomette l'autorità della giustizia a quella della forza: se egli si arrende alle loro rappresentazioni, sottomette l'autorità della forza a quella della giustizia. Nell'uno e nell'altro caso, è sempre il re che decide e che agisce; così come siamo sempre noi stessi che agiamo, sia che sottomettiamo la ragione alle passioni, sia le passioni alla ragione¹⁷³.

¹⁷³ Ivi, ff. 17-8.

PARTE SECONDA

LA SVOLTA MACHIAVELLIANA
E IL SUPERAMENTO DEL CONFLITTO
NELLA COSTRUZIONE DELLA
STATUALITÀ MODERNA

CAPITOLO QUARTO

MACHIAVELLI E I SACERDOTI DEL GIURE

Aspetti del pensiero politico e giuridico europeo e dell'esperienza istituzionale dai giuristi francesi moderni al Medioevo attuale dell'astatalità italiana

Si corrompono quindi i buoni principi e la lealtà, si incoraggiano gli adulatori e i perfidi e infine trionfano gli avversari degli onesti, poiché si è lasciata via libera alla loro ira e chi comanda è divenuto un settario della loro dottrina, di cui essi sono i maestri. Per questa via essi osano usurpare l'autorità e il diritto dei poteri sovrani; né arrossiscono nel vantarsi di essere eletti direttamente da Dio, o nel sostenere che le loro decisioni sono divine, mentre quelle dei poteri sovrani soltanto umane; dunque – così essi pretendono – da sostituire con quelle divine, cioè con le loro decisioni. Tutte cose che, nessuno può ignorarlo, sono totalmente contrarie alla salvezza dello Stato¹.

1. *Realismo politico contro idealismo giuridico*

Assorbiti nelle alte sfere celestiali della beatitudine giuridica e della celebrazione autoreferenziale e corporativa della *Scientia juris*, un'attività – come il corpo mistico di Cristo – di natura duplice, «divina e umana» (secondo la celebre definizione di uno dei capostipiti della dottrina giuridica occidentale, Domizio Ulpiano)², gli storici del diritto italiano non hanno avuto tempo sufficiente da dedicare alle «ruminazioni ingloriose» (l'espressione è di Francesco Calasso)³ costituite dall'«attività pratica» (il senso di

¹ Spinoza, *Trattato teologico-politico* [1670, XX, 16 e 2007, 734-5].

² Cfr. *supra*, cap. III, nota 22; inoltre cap. I, testo tra note 37 e 38 e *infra*, cap. VI, testo preced. nota 124.

³ Cfr. Calasso [1936, 328-32, spec. 331]; per una efficace critica a

quest'aggettivo è sempre dispregiativo nella *forma mentis* tradizionale dei giuristi e nel loro linguaggio) e dall'azione politico-sociale degli apparati giurisdizionali.

Questo è il principale motivo per cui il pensiero di Machiavelli – che è pensiero nel contempo filosofico, politico e giuridico⁴ – e tutto il filone empiristico-critico che

questa impostazione calassiana, cfr. Ajello [1976, 281-2; 1993, 61-102, spec. 70].

⁴ Fin dalle prime letture delle opere machiavelliane mi è apparso con chiarezza che il Fiorentino sia un autentico *filosofo* e non solo un acuto osservatore di cose politiche e storiche. Un'analisi attenta del suo pensiero mostra che la sua è un'ampia riflessione sulla vita umana e sulle dinamiche intersezioni di essa che si danno convegno nella compagine sociale. Come tutti i grandi filosofi, Machiavelli costruisce una sua logica, adeguata alla speculazione teoretica che propone. Il giudizio che lo vuole, nel migliore dei casi un filosofo *della politica* o il fondatore della *scienza politica*, a me pare fuor di dubbio sia stato forgiato – e continui a essere utilizzato – dai nemici di quel pensiero che erano e sono intenzionati a screditarlo o quanto meno a ridimensionarlo perché caratterizzato da forti connotati empirico-realistici e «sensisti» in opposizione alla visione organicistica, ontologica e assiologica che fonda la sua visione del mondo a partire da una *Veritas* identificata secondo qualità metafisiche. L'analisi machiavelliana si generò infatti, per opposizione, in un ambiente come quello dell'Italia del primo Cinquecento, egemonizzato da caratteri idealistici, universalistici e trascendenti. Machiavelli fu tra i primi a osservare e comprendere come quei caratteri generavano sul piano dell'organizzazione pubblica nichilismo politico e indifferentismo sociale: una situazione dove le consorterie portatrici d'interessi «particolari» trionfavano proprio attuando con insuperabile maestria una cinica e disinvolta gestione dei valori dogmatici e assoluti a difesa dei propri «meschini, inconfessabili interessi ideologici e corporativi». E tra questi in primo luogo vi era il ceto dei giuristi, che ebbe un ruolo di primo piano nella potente reazione antimachiavelliana e nel discredito gettato sulla teoresi trasversale del Fiorentino. Quest'ultima era infatti il frutto di un «metodo scientifico rigoroso» e perciò «ostile alla tendenza italiana, e tipicamente giuridica, alle conciliazioni fittizie»: su questa fondamentale tematica, cfr. Ajello [2005, 33-74, spec. 40-50]. Per l'interpretazione della teoresi machiavelliana come visione «non confinabile nell'ambito specialistico della storia del pensiero politico» in quanto «il Machiavelli “politologo” presuppone un Machiavelli “antropologo”, di un'antropologia integralmente laica e sconsolatamente nuova», cfr. Procacci [1995, spec. VI-VII]. Diversa, invece, soprattutto sui presunti fondamenti «giuridici» del pensiero machiavelliano, l'interpretazione di Diego Quagliani, su cui *infra*, par. 3.

da esso ha preso origine, ricompreso nel collaterale fenomeno del «machiavellismo»⁵, non ha costituito e continua a non costituire oggetto d'interesse e di riflessione né per i giuristi né per la storiografia giuridica. È un argomento delegato (ma in realtà «relegato») dalla corporazione degli storici del diritto all'attenzione degli storici «politici» (com'essi chiamano coloro che non appartengono allo stretto novero degli storici-giuristi o dei giuristi-storici) o agli studiosi delle dottrine e del pensiero politici. Per gli storici del diritto, gli storici «politici» non si occuperebbero che di fatti, di «volgari fatti», i quali da soli non hanno per i giuristi alcun valore se non producono situazioni «giuridicamente rilevanti», ossia, in pratica, se non hanno un riscontro normativo acclarato da un organo munito di funzioni giurisdizionali; quanto agli studiosi di dottrine politiche, per gli storici-giuristi essi si occuperebbero, per motivi speculari ai primi, di questioni puramente astratte, «di un'astrazione spaventosa» – come disse a chi scrive uno storico del diritto – prive di qualsiasi «riferimento alla realtà», intesa non come dimensione empirico-fattuale, bensì, all'esatto opposto, come «realtà normativa».

Il diritto non è per i giuristi né solo fatto né solo pensiero, ma la coniugazione di queste due sfere attraverso la mediazione tecnico-esegetica della *Scientia juris*: *da mihi factum, tibi dabo ius* resta la formula cui s'ispira l'attività giuridica⁶. Per il giurista ciò che conta non è il mero o – come usa dire – «nudo fatto», ma la sua «qualificazione giuridica». Il «fatto» non è apprezzabile che

⁵ Sul punto, cfr. l'efficace sintesi di Senellart [1989]. Sempre attuali e suggestive restano le pagine di Toffanin [1972]. Da vedere anche Barbuto [1994].

⁶ La formula romanistica *da mihi factum, tibi dabo jus* era nata nel suo contesto (ossia nel pragmatismo giurisprudenziale tipico della mentalità romana) come aggancio del diritto al fatto e quindi come antidoto all'astrattismo delle formulazioni universalistiche e metafisiche, che invece s'imporranno, utilizzando la stessa formula, nel diritto comune medievale.

nella misura in cui esso determina effetti «giuridicamente rilevanti».

Questa è, in sintesi, la formazione impartita al giurista italiano, nel Medioevo come oggi⁷. Fu proprio questa formazione «specialistica», basata in gran parte sul tecnicismo formalistico e sull'affinamento della *habilitas* a manipolare il diritto attraverso l'interpretazione, a creare quella mentalità, per un verso idealmente astratta (sul piano della proclamazione dei valori formali) e per un altro compromissoria e cinicamente attentissima a realizzare nella pratica i propri interessi corporativi, che si è radicata per secoli come un tratto tipico del ceto giuridico⁸. In quella stessa fase (tra XII e XIV secolo), mentre in Italia si forgiavano gli apparati mentali del *legum doctor* e si rappresentava «la *Scientia legum* come la nuova *sapientia civilis*»⁹, oltralpe si ponevano le premesse teoriche e concrete per la formazione degli apparati istituzionali¹⁰. Già quindi nel tardo Medioevo i giuristi francesi iniziavano a qualificarsi come «serviteurs de l'État»¹¹, gettando così le basi di quella profonda integrazione tra mentalità giuridica e funzione pubblica che ha fatto divenire in quella realtà gli operatori del diritto degli «spiriti di Stato»¹². Fin dalle sue premesse medievali – e non, come per molto tempo si è impropriamente creduto, solo a partire dalla svolta del *mos gallicus* – il diritto francese (e con esso la mentalità giuridica affermatasi in quell'area geopolitica),

⁷ Cfr. Ajello [1993, 77].

⁸ Si veda al riguardo l'interessante ricostruzione di Gilli [2005, 113-30], che giustamente sottolinea la «sclerosi» della cultura giuridica formatasi negli *studia* italiani dove si formavano i *legum doctores* (p. 125) e conclude ponendo in collegamento quella struttura del sapere giuridico giunta al suo apogeo nel Medioevo con «la crisi della cultura giuridica nel XVI secolo» (ivi, p. 130).

⁹ Cortese [1996, 39-42].

¹⁰ Cfr. Padoa-Schioppa [1995, 265-79]; si veda anche ivi, pp. 255-65.

¹¹ Cfr. *Les serviteurs de l'État* [1999]; si veda ivi spec. il saggio di Contamine [1999, 9-20]; e la «Conclusion» di Autrand [1999, 299-303].

¹² Cfr. Bourdieu [1995, 89-119].

si è strutturato come diritto al servizio dell'edificazione istituzionale dello Stato¹³. Come si è già notato, in Francia fin dal tardo Duecento si sviluppò sempre più marcatamente una dialettica tra «statisti» di formazione giuridica (e cattolica) e giuristi d'impianto tradizionale che si coagularono nei parlamenti, diventando poi (anche grazie alla venalità delle cariche) il «gran corpo» stabile che oppose – a partire dal XVI secolo – il potere giurisdizionale al potere politico della corona¹⁴. Quella dialettica condizionò entrambe le funzioni (e le rispettive *formae mentis*), ma determinò influssi importanti soprattutto sulla mentalità giuridica e favorì la «capacità di aggiornamento delle mentalità sociali»¹⁵.

L'esatto contrario accadde al di qua delle Alpi, dove, «sul piano della coesione collettiva, il dissesto era stato totale»: sulla base di un micidiale intreccio tra valori morali e valori giuridici, si affermò «un miscuglio d'ispirazioni legali deduttive e non induttive, quindi incontrollabili, in sostanza arbitrarie, ed aliene da ogni concetto sia di efficienza e di produttività, sia di certezza e di controllo sociale» con «conseguenze disastrose» sul piano della maturazione delle mentalità sociali e politiche¹⁶. Ne nacque un diritto ostile alla sovranità e soprattutto al

¹³ Cfr. *supra*, cap. II, spec. par. 1.2. Tra i molteplici studi attestati su questa linea interpretativa, cfr. Krynen e Rigaudière [1992]; Krynen [1993]; Rigaudière [2003]. Lo storico del diritto italiano che si è maggiormente occupato di storia del diritto francese (con un'impostazione solida ancorché chiaramente improntata, almeno nei metodi adoperati, alla classica tradizione storico-giuridica peninsulare) è PIANO Mortari [1962 e 1991, 111-44]; in quest'ultimo vol. sono raccolti anche altri studi sul tema, tra cui segnalo *Tradizione romanistica e tradizione giuridica europea nella Francia del secolo XVI*, pp. 67-78 (originariamente pubblicato in Segoloni [1980]); *L'ordo juris nel pensiero dei giuristi francesi del secolo XVI*, pp. 365-98 (originariamente pubblicato in «Clio – Rivista trimestrale di studi storici», 1989, pp. 245-67).

¹⁴ Cfr. Ajello [2009, 217-21].

¹⁵ Ivi, p. 221.

¹⁶ *Ibidem* e p. 263.

processo di civilizzazione statale¹⁷ e la stessa espressione linguistica *status* acquisì, fin da principio, un senso privatistico del tutto inconciliabile con l'*esprit de société*¹⁸. Da questo «coacervo di cinismo e metafisica» è nata una mentalità asociale, tanto attenta agli interessi di parte e – a *fortiori* corporativi e privati – quanto ferocemente ostile a quelli generali e pubblici¹⁹.

¹⁷ Sul concetto di «sovranità» – che naturalmente è in viso a tutti i neo-teorici della «crisi dello Stato» – cfr. Ferrajoli [2004]; Quagliani [2004], nel quale non mancano pronunciati accenti critici (si vedano, ad esempio, le pp. 12-16 dedicate alla «sovranità come categoria storica»). Da vedere, sul tema, Matteucci [1997, 81-99]. Un'ampia riflessione sul tema è stata proposta in un importante congresso internazionale franco-italiano (tenutosi in due sessioni) i cui materiali sono stati poi pubblicati da Cazzaniga e Zarka [2001]. Va solo aggiunto che nessuno di questi lavori (e altri consultati sul tema) affronta l'argomento della «sovranità» tenendolo in parallelo con il simultaneo e collegato processo di acculturazione e di autodisciplinamento psicologico-sociale della *civilisation étatique*. Qualche accenno, al riguardo, solo nella eccellente ricerca di Tenenti [1987] (spec. nel saggio intitolato «*Civiltà*» e *civiltà in Machiavelli*, pp. 119-36); cfr., sul punto, Starobinski [1990].

¹⁸ Rinvio lo sviluppo di questa fondamentale tematica a un mio volume di prossima pubblicazione intitolato, *Il diritto contro lo Stato*; cfr. *infra*, in sintetica anticipazione, par. 8 di questo capitolo. La migliore analisi storico-politica che segue comparativamente in Francia e in Italia origini etimologiche ed evoluzione semantica del termine-concetto *status* è quella di Tenenti [1987, 15-52 e 53-97].

¹⁹ Molto puntuale al riguardo la disamina critica di Ajello [2007, 5-72, spec. 40-4]. Va precisato altresì che nella mentalità italiana il «gioco» culturale è in realtà molto sottile e complesso, non limitandosi a contrapporre ideale e pratica, valori e fatti, piano metafisico e realtà politica. Nel concreto sviluppo delle relazioni e degli eventi – nella macro come nella micro storia quotidiana del paese – si è sviluppata una particolare e imbattibile *habilitas* per la quale l'esaltazione acritica dell'ideale, del valore formale, della norma funge da *presupposto necessario* per garantire impunità, irresponsabilità e disinvoltura nell'agire pratico. Nell'arena sociopolitica *more italico*, come ha scritto molto efficacemente Ferrarotti [2002, IX-X], convivono cumulativamente «burocrazia razionale e pirateria politica, valutazione scientifica e rapina a mano non armata [...] a beneficio, più o meno occulto, di partiti e uomini politici» creando un «virtuosismo italico» che lo stesso Weber non avrebbe potuto «neppure immaginare [...] perché l'uomo politico per lui non può a tal punto mancare di senso dello Stato». Così occorre constatare come «in Italia oggi Guicciardini ha vinto e ha avuto

In un simile contesto, occuparsi di Machiavelli e del machiavellismo comporterebbe la necessità di un completo superamento critico dell'ipostasi assiologico-dottrinale su cui tanta parte del diritto, della mentalità dei giuristi e della storiografia giuridica italiana ancora orgogliosamente si fondano – ossia dell'aratura dell'aria – e imporrebbe una faticosa indagine euristica condotta su più livelli. Nella ricerca della «verità effettuale della cosa» devono essere lavorati terreni cretosi e indocili all'aratro dello storico-giurista, avvezzo invece a fresare campi nei quali impera incontrastato il formalismo astratto delle *regulae juris*, delle costruzioni interpretative e dei sistemi dottrinali, tutte dimensioni tenute insieme dall'ideologia endogiurisprudenziale che caratterizza l'identità e la *forma mentis* dei *legum doctores* di ieri e di oggi. L'abitudine alla comoda (e sterile) storiografia normativistica, fondata sulla ricostruzione-descrizione degli istituti giuridici più che delle istituzioni giuspolitiche immerse nel fluttuante movimento della storia, rende il metodo «specifico» adoperato dai giuristi-storici – se inteso isolatamente – del tutto inadatto alla comprensione della vita di una società²⁰. I giuristi, e al loro seguito gli storici del di-

nettamente la meglio rispetto a Machiavelli», poiché «hanno vinto la piccola politica del “particolare”, gli inconfessabili interessi dei partiti, dei ristretti gruppi di potere, delle fazioni e delle logge, contro la politica come lotta ideale, condotta innanzitutto coerentemente per l'accesso al potere inteso in senso pieno, come *imperium* dello Stato e come *servizio* alle esigenze fondamentali della comunità». Si è affermato, insomma, nella storia e nella mentalità italiana quell'*habitus* mentale, quell'attitudine al compromesso, quella destrezza a dire ciò che non si pensa e fare ciò che non si dice, che Michel Foucault chiamava con ironico eufemismo «primato della diplomazia» imposto dall'«equilibrio delle forze plurali, non ancora unificate e forse non unificabili»: Foucault [2007, 229]; sul punto cfr. Borrelli [2008]. A questo *status quo* il diritto e l'ideologia giuridica hanno contribuito in modo determinante, in misura ancora maggiore della cultura (pseudo)religiosa diffusa.

²⁰ Sulla incompatibilità tra la linea teorica machiavelliana e le strutture mentali dei giuristi (e degli storici del diritto), cfr. Ajello [2005, 40-50]. Il dato più significativo che l'A. sottolinea con vigore è che se già a partire dal Cinquecento e per tutta l'Età moderna non vi

ritto, si estasiavano di questo «piacere non-malizioso»²¹ che li proietta nella beatitudine celestiale della perfezione normativa delle forme, volutamente e pervicacemente distanti dalle orrende contraddizioni che la realtà squaderna sotto gli occhi di chiunque abbia l'onestà di prenderne coscienza.

I giuristi italiani sono diventati, allora, in seguito a questo percorso, campioni di un formalismo tanto raffinato nelle tecniche esegetiche quanto ipocrita e interessato in primo luogo alla difesa corporativa del ceto giuridico medesimo. L'assenza dello Stato in Italia impedì la dialettica con i giuristi-statisti e cristallizzò la *forma mentis* del leguleismo in un unico ceto dai contorni amorfi. Il metodo apologetico, ossia acritico o meglio ancora anticritico, divenne allora *habitus* mentale e «comportamento obbligatorio»²², la trasgressione del quale dava (e dà tuttora) luogo all'inesorabile espulsione dal novero dei munificati dal frammento divino della *Scientia juris*. Come intuì alla perfezione Machiavelli, già ai suoi tempi, in Italia era «male dir male del male»²³. Una diagnosi tuttora pienamente vera.

Raramente questa staticità di tanta parte della dottrina giuridica italiana è stata messa in rilievo. Vi riuscì Gianfranco Miglio, quando, nel criticare duramente il modo d'insegnare il diritto nella facoltà universitarie, prospettò la necessità di studiare gli istituti giuridici non nella immobile piattezza delle descrizioni normative, ma nel divenire della realtà effettiva²⁴. L'attività dei giuristi si fonda invece sulla *factio juris* che si possa procedere a una com-

era mai stato un buon rapporto tra il pensiero del segretario fiorentino e i *legum doctores*, nel corso del Novecento e fino ai giorni nostri «dagli studi storico giuridici» quel pensiero «scomparve» del tutto (ivi, p. 46) cosicché «la storiografia giuridica tende ad ignorare» oggi gli aspetti più significativi «delle diagnosi machiavelliane» (ivi, p. 47).

²¹ Il riferimento *ex contrario* è ovviamente al noto studio, dedicato alla struttura concreta della società, di Furbank [1988].

²² Ajello [2009, 204].

²³ Ivi, p. 203. Machiavelli [1999b, III, I].

²⁴ Cfr. Miglio [1990, 22-3].

preensione del mondo a partire dalle *regulae* stabilite per disciplinarlo²⁵ e non, invece, attraverso un serrato confronto con «i fermenti che affiorano dal tumultuoso» incedere delle «realità sociali e culturali nuove»²⁶.

2. Dalla retorica dei valori alla conoscenza dei fatti

Prendere in considerazione i «fatti» sociali e politici – come fa Machiavelli – e porli al centro della speculazione è per il giurista (allora come ora) una imperdonabile «eresia», un *de-lirium*, alla lettera una «fuoriuscita dalla retta via», dalla via della salvezza²⁷; è un lordarsi le mani con elementi spuri, indegni della sapienziale *peritia* del *juris doctor*, appunto la *juris prudentia*.

Questa *forma mentis* trapassa *telle quelle* anche nella mentalità e nei metodi di lavoro degli storici-giuristi, che poi, in larga maggioranza, ritengono di essere in primo luogo dei giuristi che intendono occuparsi di fatti storici, pretendendo così d'incapsulare la multiformità del reale nelle rigide griglie paradigmatiche della giuridicità. Tentar di ricostruire l'ordito delle relazioni e degli interessi che si muovono sullo scacchiere della vita concreta e il loro

²⁵ Sul punto resta di notevole interesse lo studio di Todescan [1979], il quale però conclude – a mio avviso in modo non persuasivo, ma molto significativo – nel senso della assoluta ineliminabilità della finzione, per colmare lo scarto fisiologico tra fatti reali e valori giuridici (chissà perché però a beneficio solo di questi ultimi). La «realità giuridica» per l'A. implicherebbe sempre di per sé «una trasformazione della realtà sensibile alla luce delle forme qualificanti» del diritto, in quanto «il tipo di logica che condiziona la “realità giuridica” e le sue figure è necessariamente diversa dalla logica che guida lo sviluppo tanto della realtà sensibile degli accadimenti [...] quanto della realtà intellegibile delle forme» (ivi, pp. 464-5).

²⁶ Labruna [2007, 11-2], che sviluppa una efficace critica dello slittamento nella formazione universitaria dei giuristi verso il normativismo e l'aridità settoriale delle singole aree tematico-disciplinari.

²⁷ Su questo suggestivo tema, cfr. le riflessioni, sempre molto acute, di Bodei [2000]; e sulla perdita del senso storico nella cultura e nella società contemporanee, cfr. Bodei [1997, spec. 71-80].

esito e cercar di comprendere come e in qual misura quel magma si riversi nella formulazione, nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme giuridiche, è per il giurista così come per lo storico del diritto, soprattutto in Italia, una prova d'imbastardimento e di debolezza metodologica e teoretica. L'empirismo è, secondo questo modo di vedere, per definizione «volgare». È un sacrilegio che infanga la purezza della *divinitas* insita nell'attività «scientifica» e apodittica di cui il giurista si sente depositario esclusivo e assoluto. È «vulgus pragmaticorum», secondo la formula diffusa nell'epoca del trionfo dello *jus commune*²⁸. Vi è una «miseria dell'empirismo» agli occhi del giurista.

Questa posizione, che per secoli – almeno sei, dal Due al Settecento, ma con riflessi evidenti fino ai giorni nostri, come attestato da documentate ricerche condotte sul mondo giudiziario attuale²⁹ – ha costituito il nerbo

²⁸ Cavanna [1982, 207]. Per un'efficace critica alle categorie del «diritto comune» e ai paradigmi mentali che lo sorreggevano e che da esso a sua volta si sviluppavano e rafforzavano, cfr. le mai datate pagine dedicate a questo fondamentale tema da Lombardi Vallauri [1967, 79-199], secondo cui la specificità del diritto comune, nell'epoca del suo trionfo nell'ordine giuridico medievale e dei suoi strascichi in Età moderna, fu proprio il suo fondarsi su un procedimento deduttivo e su un «atteggiamento “sapienziale”» contrapposto *in toto* «al procedere empirico-induttivo», tipico dell'antico diritto romano «politeista e politico». Alla base di questo gigantesco «sistema architettonico di pensiero», fondamento della struttura sociale e degli equilibri politici vi era la fede nel «Dio unico» e «personale» comunicato attraverso la rivelazione cristiana. In quel contesto si riteneva che «nulla esiste, nell'universo visibile e invisibile, nell'ordine dell'essere e del valore, se non in dipendenza da Dio; nulla quindi è “intelligibile” fino in fondo se non in riferimento, immediato o mediato, all'idea stessa di Dio» (ivi, p. 96). L'idea essenziale di tutto questo sistema di valori era la svalutazione se non il rifiuto dell'esperienza e l'esaltazione della *Scientia*, divinamente ispirata alla *mens* dell'interprete: cfr. Grossi [1995, 151-3], che sintetizza alla perfezione il concetto con la formula: «L'esperienza affida alla scienza la propria edificazione».

²⁹ Cfr. Bancaud [1993]. Sulla perenne ripeterpetuazione delle grandi *familles de robe* ai vertici delle istituzioni giudiziarie e, a monte, della loro *idéologie*, cfr. anche il monumentale studio, sempre molto suggestivo nel metodo e nei contenuti, di Bourdieu [1990].

dell'ideologia cetual-giuridica³⁰, è, naturalmente, solo un paravento che serve a occultare una realtà ben più complessa e significativa, incentrata sul rapporto tra gestione del diritto e costruzione del potere occulto nei grandi apparati giuspolitici dell'Europa moderna³¹. La partecipazione, e per lunghi tratti l'egemonia, di quegli apparati nella vita politica dei grandi Stati continentali – primi tra tutti la Francia e la Spagna – è ormai un'evidenza storiografica che importanti e consolidate ricerche in diverse aree europee (è il caso di sottolineare? quasi mai provenienti da storici «del diritto» propriamente detti) hanno da tempo portato alla luce³².

Il machiavellismo è un tema particolarmente fecondo in questa prospettiva; perché costringe l'osservatore storico ad ampliare notevolmente il proprio orizzonte conoscitivo: dall'esegesi delle norme o dalla formulazione delle idee e delle dottrine egli è costretto a passare a un'analisi molto più articolata e complessa che lo porta a «temprare lo scettro a' regnatori» sfrondandone «gli allori» e facendo emergere il reticolato d'interessi sociali e cetuali che sorreggono – e spiegano – l'agire politico. L'osser-

³⁰ Su cui rinvio a Di Donato [2003a]. Sul punto cfr. ora Krynen [2009].

³¹ Un'illustrazione efficace e sintetica di questo fenomeno è stata fornita da Legendre [1995, 23-44]. Per le origini medievali del potere occulto dei giuristi, cfr. i saggi raccolti nel vol. di Kantorowicz [2005], scritti tra il 1944 e il 1957, ossia nel periodo antecedente il capolavoro *The King's two Bodies* (molti spunti utili alla comprensione del tema soprattutto nel primo saggio: *La regalità*, pp. 37-65, la cui ed. or. *Kingship under the impact of scientific jurisprudence*, venne pubblicata prima in *Twelfth-Century Europe and the Foundations of Modern Society*, a cura di M. Clagett, G. Post e R. Reynolds, Madison, Wisconsin, 1961, pp. 89-111, poi in *Selected Studies by Ernst H. Kantorowicz*, New York, Locust Valley, 1965, pp. 151-66).

³² Cfr. Battista [1998]; Richet [1998]; Mousnier [2002]; Descimon [1989, 357-86] (si cita qui solo questo saggio come rappresentativo di una vasta e continua produzione dell'A. nella quale il ruolo dei giuristi nelle vicende dello Stato è considerato sempre fondamentale); Van Kley [1975, 1984 e 1996, 447-65]; Pelorson [1980]; Hespánha [1986]; Hinrichs [1982, 199-227]; Velema [1993].

vazione della «verità effettuale della cosa» consente di forgiare strumenti d'indagine assai penetranti nel campo delle istituzioni politiche e giuridiche, formulando di continuo una domanda che è cruciale per lo storico che non si accontenti di accedere al mero piano delle enunciazioni formali di principio che sono insite nei dettati normativi: che cosa si cela dietro la spessa coltre di norme e di dottrine che i giuristi hanno generato? Quali interessi politici «effettuali» emergono dall'analisi non puramente testuale, ma comparativa rispetto all'andamento degli affari politici e alla disposizione degli assetti sociali? Quale reticolato di relazioni – e di che genere – è sotteso ai processi decisionali che pervengono a cristallizzarsi in un dettato legislativo o, *latiore sensu*, normativo?

A queste tematiche fondamentali se ne possono aggiungere alcune altre parallele, ma di non minore interesse. Ad esempio: perché il pensiero del Fiorentino venne e viene tuttora così ferocemente osteggiato dai giuristi e deliberatamente messo ai margini del sapere giuridico?³³ Qual è il significato del suo rifiuto radi-

³³ Basta consultare, come controprova di quest'affermazione, gli indici dei nomi delle opere a firma di giuristi o di storici del diritto: per qualche esempio particolarmente significativo, cfr. Tarello [1976] (che pure costituì a suo tempo un «manuale» molto innovativo per tanti aspetti: incredibilmente il nome di Machiavelli non è mai citato); Kelly [1996] (Machiavelli è citato solo due volte – contro, ad es., le oltre quaranta citazioni di San Tommaso – e il suo pensiero liquidato in una mezza paginetta nella quale si spiega in tono deliberatamente dimesso che gli «interessi politici si connettevano per Machiavelli alle pubbliche virtù dei momenti migliori dell'antichità classica pagana, virtù che egli pensava non fossero le stesse che la società cristiana ispirava, né fossero compatibili con esse»: *ivi*, p. 220; e che l'importanza delle opere machiavelliane sul pensiero giuridico è ridotta poi all'«esplicito sollevare lo stato [scritto rigorosamente con la minuscola], i suoi interessi ed il governo concreto su un piano dove questi sono gli unici valori visibili»: *ibidem*); Hespanha [1999] (Machiavelli non è mai citato, Aristotele e San Tommaso poco meno di una ventina di volte ciascuno); Padoa-Schioppa [2003] (Machiavelli è citato una sola volta, *ivi*, p. 367, ma il suo pensiero, inserito nel capitolo dedicato a «gli Stati assoluti» e nel paragrafo sulle «teorie della sovranità», è esposto in sedici righe – su oltre seicento pagine di cui si compone

cale, così evidente e volutamente marcato, ad esempio, in un'opera-simbolo della cultura giuridica moderna come la *République* di Bodin³⁴, e più in generale da tutti i principali teorici cinque-seicenteschi della monarchia assoluta?³⁵ E come spiegare il paradosso per cui al rifiuto

il volume – ed è compendiato nell'idea che il pensiero machiavelliano afferma l'«autonomia della categoria della politica rispetto a quelle del diritto, dell'etica e della teologia»). Una parziale eccezione alla regolarità di questo evidente ostracismo verso il pensiero del Segretario fiorentino è costituito dal recente sforzo di Birocchi [2002] (Machiavelli è citato dodici volte e, pur non essendo il suo pensiero oggetto di una trattazione sistematica e compiuta, esso è colto nel suo aspetto storico essenziale: il rigetto che subì da parte della cultura dominante di cui il diritto e l'«ideologia» che vi era sottesa erano i fondamenti, provvisti di «armi efficacissime»: ivi, p. 277).

³⁴ Cfr. Isnardi Parente [1964, 69-70], che sottolineava come i motivi «motivi machiavellici» disseminati nell'opera di Bodin non debbano trarre in inganno poiché il pensiero di Machiavelli non produce «un reale e significativo influsso» sull'opera del giurista angevino, il quale si limita «semplicemente [a] mutuare al Machiavelli spunti adattabili alla propria opera, inserendoli in un ambito di pensiero così diverso da quello originario dal quale sono avulsi»; cfr. anche ivi, pp. 77, 80, 90 e 95. Sul rapporto dell'autore della *République* con il pensiero machiavelliano, cfr. anche Quaglioni [1989, 198-207]. In questo limpido saggio l'A. dimostra, con molta finezza argomentativa, la sottile ambivalenza dell'«impronta decisamente machiavelliana» (ivi, p. 202) presente nell'opera di Bodin che però nel contempo la fondeva «con motivi risalenti alla tradizione giusdottrinale italiana» (ivi, p. 207); cfr. anche Id. [1992, 1143-59, spec. 1147]. Sul significato dell'estrinseco «rifiuto» di Machiavelli da parte di Bodin, cfr. Richet [1998, 182-3, 226-7 e *passim*]: l'A. dà rilievo alla polemica di Bodin «contro la teoria del governo misto» della quale egli vedeva in Machiavelli uno dei maggiori difensori; per Bodin «il modello di reggimento politico» è dato dalla *monarchie royale*, ossia un sistema nel quale «se la sovranità del re era assoluta, essa si esercitava tuttavia nel rispetto delle leggi e delle consuetudini e avendo in vista l'interesse dei governati». Sul difficile rapporto Bodin-Machiavelli, cfr. il saggio di Tenenti, *La prima edizione della République di Jean Bodin e l'opera di Machiavelli*, in Id. [1978, 221-36, ora in 1987, 243-57]. Sulla «svolta» di Bodin nella cultura giuridica dell'Occidente moderno, soprattutto in tema di «sovranità», cfr. (molto efficacemente, anche se con prospettive non sempre condivisibili) Beaud [2002, 19-188, spec. (in rapporto a Machiavelli) 40, 81 e *passim* (*ad indicem*)].

³⁵ Cfr. Mousnier [2002, 99-100]. Sul punto cfr. anche De Mattei

pubblico della dottrina machiavelliana corrisponde una sua applicazione sostanziale nella prassi politica?³⁶ Una cinica gestione, questa, che ebbe molto di «sapienziale» nell'attività politica dei giuristi, che fecero del pensiero del Fiorentino la base fondamentale dell'azione pratica dello *status* togato negli apparati giurisdizionali di governo specialmente nei suoi rapporti conflittuali con il potere regio³⁷.

Sono queste alcune delle domande basilari che una ricerca sul machiavellismo nei giuristi dell'Età moderna dovrebbe porsi, proiettando, a partire da questi punti, le proprie congetture, le proprie ipotesi e le proprie verifiche o confutazioni.

3. *Machiavelli contro la lingua (e l'ideologia) della giurisprudenza medievale*

Una prima «ricognizione» del problema prende spunto dall'osservazione di Anna Maria Battista che – sulla scorta di Eugenio Garin e Gennaro Sasso – sottolineava come il pensiero di Machiavelli si coaguli attorno all'idea-concetto del primato assoluto della politica e (conseguentemente) della scienza politica. La politica per il Fiorentino è «la sola condizione di riscatto della personalità umana» e la

[1982], spec. il saggio intitolato *La vertenza tra «filosofi politici» e «legisti»*, ivi, pp. 64-87. Sul punto è da vedere anche il numero de «Il Pensiero politico», II, 1969, dedicato al quinto centenario della nascita di Machiavelli nel quale comparvero saggi di grande interesse di molti autori [tra cui D'Addio 1969, 329-36; Firpo 1969, 337-367; De Mattei 1969, 368-75].

³⁶ Esempio al riguardo il caso dei gesuiti: cfr. Toffanin [1972, spec. 147-70 («tacticismo nero»)]; Barbuto [1994, *passim*: cfr. *infra* nel testo]. Ma i giuristi non furono da meno.

³⁷ Due esempi particolarmente calzanti di questo *machiavélisme caché* possono vedersi nell'esperienza del maggiore magistrato italiano del Settecento, Niccolò Fraggianni [su cui cfr. la mia specifica monografia in due tomi: Di Donato 1996a]; e del *leader* del *milieu parlementaire* durante il regno di Luigi XV, Louis-Adrien Le Paige (argomento sul quale rinvio al mio volume Di Donato [2003a]): cfr. inoltre *infra*, par. 7.

scienza chiamata a occuparsene, la scienza della politica appunto, deve essere considerata come la disciplina cui è affidato il compito di trovare «la soluzione globale della condizione umana»³⁸.

Questo «primato assoluto della politica», così chiaramente e nettamente affermato da Machiavelli, costituisce l'orrore assoluto per i giuristi, che non hanno mai smesso di sentirsi eredi di quell'«ordine giuridico medievale» che consideravano (e in alcuni casi considerano ancora) come esempio massimo di perfezione formale e materiale di una società civile dove il «giuridico» – neanche a dirlo – gode di un assoluto primato rispetto al «politico» e l'*interpretatio* assume una *dignitas* incomparabilmente più elevata dell'azione fenomenica (e dell'intelligenza delle cose «effettuali») su cui si fonda l'opera del politico veicolata attraverso le sue decisioni³⁹. In questa visione, la stessa nozione di *civilitas* viene a identificarsi con quell'«autonomia del giuridico» sulla quale si fonda il potere (occulto) degli esegeti.

Nell'orizzonte machiavelliano, invece, il concetto di «civiltà» è imperniato sui «fattori politici», che per il Fiorentino costituiscono «l'intelaiatura e il condizionamento del vivere civile»; «civiltà» è, in questo senso, «il patrimonio strutturale ch'egli attribuisce alla vita associata» intesa come «adesione collettiva ai valori ed agli interessi comuni, al di sopra delle vedute e delle passioni individuali». «Civiltà» è quindi «sinonimo di soli-

³⁸ Battista [1998, 120-2]. I riferimenti dell'A. sono rispettivamente a Garin [1967]; Sasso [1958 e 1967].

³⁹ Cfr. Grossi [1995 e 2001, 23]: il diritto medievale è «un diritto che non sta nei progetti di un Principe, che non scaturisce dalla sua testa, che non esplicita le sue volontà benefiche o malefiche, comunque potestative, che non è controllato da un burattinaio manovrante a suo beneplacito tutti i fili. Questo diritto ha una sua *onticità*, appartiene a un ordine oggettivo, è all'interno della natura delle cose dove si può e si deve scoprirlo e leggerlo. Intima sapienzialità del diritto: scritto nelle cose da una suprema sapienza e la cui decifrazione e traduzione in regole non può che essere affidata a un ceto di sapienti, gli unici capaci di farlo con provvedutezza».

darietà e di compattezza civile» per assicurare la quale non bastano leggi e norme giuridiche formali, né, men che meno, poteri corporativi – come quello costruito dai *sacerdotes juris* – che pretendono di operare mediazioni sacrali, ma occorre un radicamento antropologico-culturale della mentalità sociale che si può ottenere solo con una decisione politica condivisa, ossia rappresentativa dei fondamenti del sentire comune: «I membri di una comunità sono buoni non solo in quanto si attengono agli ordinamenti di essa – si tratti della religione, dei costumi o delle leggi – ma altresì in quanto respingono deliberatamente e attivamente ogni attentato alla “civile equalità”».

Questa fondamentale e radicale «politicalità» è tanto costitutiva in Machiavelli della «civiltà» da giustificare per la sua realizzazione l'efficace «azione di un solo uomo» piuttosto che la vaga, diluita e incerta iniziativa «di un gruppo», anche se la decisione del singolo va a sua volta inscritta in un reticolato di regole volte ad assicurare un ordinato e duraturo esercizio del potere; va, in altre parole, istituzionalizzata. All'opposto dei giuristi e dei teologi, la cui *forma mentis* restava radicata nell'ideale medievale (che era ancora forte e diffuso fra Tre e Quattrocento) per cui il concetto di civiltà era riferito «ad un patrimonio comune» appannaggio esclusivo dei popoli cristiani ed eminentemente legato alla dimensione religiosa, «civiltà» divenne per Machiavelli la cifra di una sensibilità profondamente diversa che s'imperniava sui classici greco-romani e perciò si fondava su valori che «vedevano sbiadire fortemente la loro accentuata coloritura ecclesiastica», sostituita con «un universalismo etico-filosofico che spingeva i suoi influssi fin nel campo delle posizioni religiose».

Machiavelli faceva così «valere i diritti di una logica in sé nient'affatto morale» nella quale la «civiltà» emerge come lo strumento concettuale portante della sua critica frontale alle strutture idealgiuridiche tradizionali, qualificandosi «come la categoria fondamentale, o almeno l'elemento catalizzatore, del vivere politico e delle sue forme

sane». Questo – e non le strutture morali veicolate dal diritto e dalle sue impalcature interpretative – è l'unico «senso morale» da lui considerato legittimo, in quanto giudicato «la sola etica terrestre concessa all'uomo». La «civiltà» non può intendersi perciò come «un mondo di valori spirituali» né come «un insieme di archetipi ideali» cristallizzati in *regulae juris*, ma deve essere concepita come «un'istanza direttrice, universale da un lato, ma valida dall'altro solo entro la dimensione concreta del vivere in società, normativa in quanto operativa». Per Machiavelli si può, insomma, agire «barbaramente» nel rispetto di tutte le forme giuridiche prescritte dall'ordinamento legale, dissipando «tutte le civiltà degli uomini». E viceversa si può giungere ad assicurare la *civilitas* attraverso l'instaurazione (anche violenta) di un regime che prescindendo, nella sua fondazione, dal diritto⁴⁰.

Viceversa, nell'ideale che informa di sé la *forma mentis* del giurista non si dà «civiltà» se non nella dimensione «ontica» dei principi giuridici, espunti, attraverso il procedimento ermeneutico, dallo scrigno eterno dei valori fondativi della realtà sociale. Questa è l'eredità che ogni giurista sente su di sé come un perpetuo *respondere* nei confronti di una intramontabile *Traditio* – che è nel contempo di natura morale e culturale – nella quale la tecnica ermeneutica e creativa dei «sacerdoti del giure» diviene in realtà il caposaldo di una formidabile azione politica imperniata sull'apparente neutralità del diritto. Questa Tradizione, costitutiva dei cardini fondamentali del mondo giuridico, pesò a lungo – e per molti versi continua a pesare – sulla mentalità e sulla visione del mondo dei giuristi, persuasi che si potesse e che si possa ancora esercitare un incontrollato dominio sulla società a partire da una «sapienziale» gestione delle norme giuridiche e dei presupposti ontici da esse rivelati.

⁴⁰ Cfr., per tutte le citazioni riportate tra virgolette, Tenenti [1987, 120-1, 124, 126-7, 129, 131 e 134-6]. Cfr. sull'argomento anche il classico di Febvre [1966]; e Starobinski [1990].

Inizia a essere sempre più chiaro come quel metodo derivava dalla mediazione ecclesiastica imperniata su una complessa e raffinata forma di «rappresentanza bivalente» (cielo/terra; terra/cielo)⁴¹. Su questo fondamento, che faceva diventare le istituzioni giudiziarie dei «corpi intermedi» (come avrebbe molto più tardi scritto Montesquieu), ossia delle cerniere indispensabili tra potere politico e società (ma anche tra potenza celeste e sovranità terrena), il sapere giuridico fu capace di edificare un colossale *échafaudage*⁴², una (alla lettera) «impalcatura» culturale e mentale che servì a strutturare un formidabile sapere/potere esclusivo e specifico⁴³.

Si costruì così la cittadella turrita della *peritia* giuridica e giurisprudenziale intesa come strumento precipuo delle tecniche di dominio dei togati e direttamente funzionale a quell'operazione di «assoggettamento dei saperi» alternativi, «squalificati come non concettuali o non sufficientemente elaborati: saperi ingenui, saperi gerarchi-

⁴¹ Senza scomodare la celeberrima sintesi di Carl Schmitt secondo il quale tutti i concetti politici nell'Occidente moderno non sarebbero che «concetti teologici secolarizzati» (formula che ha dato recentemente luogo a molti attacchi critici), intendo riferirmi a Guyon [2003, 77-93]; cfr. anche il mio saggio Di Donato [2003b, 68-73], nel quale tento di descrivere e spiegare il *transfert* di questa duplice rappresentanza nell'azione giuspolitica della magistratura parlamentare in opposizione al potere assoluto del sovrano.

⁴² Questa espressione, straordinariamente chiara e a mio avviso tutt'altro che puramente simbolica, è di uno dei maggiori magistrati francesi del Settecento, Jean-Baptiste-François Durey de Meinières, presidente della *Chambres de Comptes* e della *deuxième chambre des requêtes* del Parlamento di Parigi. Grande sodale di Le Paige e membro del suo *groupe* di *robins*, Durey manifestò come meglio non si sarebbe potuto il sentimento di orgogliosa appartenenza all'universo mentale e psicologico dei giureconsulti, sottolineando come nessun estraneo al ristretto nucleo dei possessori della *Scientia juris* potesse considerarsi munito di quelle *échafaudages*, ossia di quelle categorie previe, di quella *forma mentis*, di cui solo il giurista poteva disporre e senza le quali l'attività giuridica – storiografia compresa – era inconcepibile: BNF, *Fonds français*, Cabinet du Président Durey de Meinières, ms. 7559 III, c. 3r.

⁴³ Sul tema, cfr. *Sapere e/è potere* [1990].

camente inferiori, saperi collocati al di sotto del livello di conoscenza o di scientificità richiesto», la cui individuazione e riemersione ha costituito il compito, specifico e originale, dell'indagine storiografica di Michel Foucault⁴⁴.

Il sapere machiavelliano, non meno tecnico del *sapere* tradizionale giuridico e quindi non tacciabile di scarso rigore logico-formale, fu subito inquadrato dai sacerdoti del giure come un sapere «alternativo», gravido di veleni letali per la mediazione patriarcale dei giureconsulti stessi. E tale, in realtà, esso era. La reazione dei togati non poteva perciò che manifestarsi in tutta la sua avvelenata durezza. Tra il pensiero del Fiorentino e il mondo del diritto veniva a scavarsi così un fossato che non sarebbe stato mai più richiuso.

La dimensione radicale di questa frattura, frutto dell'incomponibile alternatività tra due visioni del mondo così opposte, vanifica ogni proposito – anche il più elegante e sfumato – di smussare gli angoli levigando le superfici dei due paradigmi culturali e mentali per renderli accostabili, sia pure solo per mostrare che tra Machiavelli e il pensiero giuridico del suo tempo vi sarebbe stata una certa convergenza «linguistica» e che di conseguenza ciò costituirebbe un chiaro segno dell'inserimento del Fiorentino nella sfera di «un patrimonio concettuale, del quale [egli], sia stato o no ignaro di studi giuridici, partecipa *naturaliter*»⁴⁵. Par-

⁴⁴ Cfr. soprattutto il corso tenuto al *Collège de France* nel 1976 poi pubblicato sotto il suggestivo titolo *Il faut défendre la société*: cfr. Foucault [1998, 16-17]: «Con “saperi assoggettati” intendo tutta una serie di saperi [la cui] insurrezione [opera] non tanto contro i contenuti, i metodi o i concetti di una scienza, quanto innanzitutto contro gli effetti di potere centralizzatori legati all'istituzione e al funzionamento di un discorso scientifico organizzato all'interno di una società...»; e p. 31: «Il sistema del diritto e il campo giudiziario sono i tramite permanenti di rapporti di dominazione e di tecniche di assoggettamento polimorfi. Il diritto va visto, credo, non dal lato di una legittimità da stabilire, ma da quello delle procedure di assoggettamento che mette in opera». La mia lettura della proposta foucaultiana mette in stretto collegamento i due concetti espressi nei brani testè citati.

⁴⁵ Quaglionì [1999, 174]. La tesi di fondo di questo saggio è poi rifluita nella parte di Id. [2004, 35-44 (parr. 6-8)], dedicata al «doppio

tendo da un dato di fatto incontestabile, e cioè che al tempo di Machiavelli «il diritto non è “dato”, ma deve essere “trovato” mediante l’attività interpretativa» dei giureconsulti, questa impostazione deborda però subito verso una conclusione molto opinabile: proprio la *jurisdictio* dei *sacerdotes juris* sarebbe «il vero ponte gettato tra la scienza e la prassi, tra diritto e politica», cosicché la *forma mentis* giuridica «fra XV e XVI secolo» rappresenterebbe «anche un fenomeno di rilievo per la nascita della moderna letteratura politica», anticipando addirittura la machiavelliana «verità effettuale della cosa»⁴⁶.

In questa prospettiva si assimila la «prassi» giuridica – fenomeno, come si è già sottolineato, guardato con sprezzante distacco dai giureconsulti – alla realtà «effettuale» che Machiavelli eleva a dignità teoretica, attribuendole il primato metodologico nell’osservazione «utile» dei fenomeni sociali e politici⁴⁷. Ciò che conta per Machiavelli non è stabilire una qualche relazione tra «scienza» e «prassi», perché già questo modo di porre il problema è tipico di una *forma mentis* (che egli critica frontalmente e supera) nella quale è prioritariamente sancito il primato della «scienza» (giuridica), ossia della teoresi, della logica formale, della «ragion pura», della speculazione morale-razionale. Solo in un secondo momento, di fronte alle evidenti difficoltà di tenere quel piano aulico legato in

volto della sovranità. L’analisi del pensiero machiavelliano è annunciata (a mio avviso correttamente ma in controtendenza rispetto al senso del discorso sviluppato dall’A.) dal titolo del par. 6 dedicato alla «crisi del paradigma giuridico».

⁴⁶ Quaglionì [1999, 172] La medesima idea è espressa anche a proposito di un tema particolarmente caro all’A., in quanto altamente rappresentativo delle linee-guida della mentalità del giurista medievale e fino a tutto il XVI secolo e oltre, come quello della «letteratura consiliare»: cfr. Quaglionì [1985, 430], dove ritiene che «nonostante la critica dell’Umanesimo giuridico, i *consilia* hanno rappresentato un punto di grande rilievo per la nascita della moderna letteratura politica, svincolata, appunto, dai paradigmi medioevali e tesa ad andare “dietro alla effettività delle cose”».

⁴⁷ Machiavelli [1995, 102 (XV, 3)].

qualche modo alla storia e alla vita, il giurista si pone la questione di un possibile (e oscuramente presentato anche come necessario) avvicinamento dei due piani. Ma questo avvicinamento, in un'ottica che non intende rinunciare al primato assoluto dei principi primi, della *Veritas* o dello Spirito primigenio, non presuppone affatto una riduzione del divario tra fatti e valori, ma al contrario la postula in misura costante o perfino crescente.

Il collegamento teoria-prassi può dunque realizzarsi, nell'orizzonte di senso tipico della visione del mondo dei giuristi, solo per «aggiustamenti» progressivi, spesso occulti, e mai per limpida accettazione delle contraddizioni esistenti nella realtà vissuta. Come i teologi, i giuristi erano al tempo di Machiavelli (e sono rimasti tutt'oggi) i grandi maestri della *coincidentia oppositorum*. Proprio in questo senso Machiavelli compie la celebre affermazione – che va colta in tutta la sua portata rivoluzionaria, appunto in rapporto al *sapere* giuridico oltre che a quello teosofico imperante nel suo tempo e prima di lui – nella quale sancisce il primato della «prassi» sulla teoria «scientifica», capovolgendo così *ab imis fundamentis* la logica del giurista e del teologo.

La logica machiavelliana è, come spesso sono le grandi intuizioni sovversive rispetto al sapere consolidato, stringata, diretta e perfettamente aderente al concetto enunciato: nel trattare di cose politiche occorre lasciare «adunque addreto le cose [...] immaginate», e discorrere di «quelle che sono vere»⁴⁸. Rispetto alla logica giuridica, che procedeva (e procede) in direzione discendente (dai valori-principi ai fatti) quella di Machiavelli realizza un'inversione totale, affermando una direzione di marcia concettuale ascendente: dall'apprezzamento dei fatti alla valutazione relativa (e in permanente comparazione) di questi con i valori. Questi ultimi diventano quindi, nella sua ottica, entità in perenne evoluzione, non – come nella visione dei giureconsulti – strutture fisse, immutabili,

⁴⁸ Ivi, 103 (XV, 7).

perché espressione di un Verbo assoluto, di una parola (onni)potente che veicola Verità incontrovertibili ubicate nell'iperuranio dell'*aeternitas*. Nella nuova teoresi storico-politica inaugurata da Machiavelli, i valori seguono i fatti, pur senza identificarsi mai del tutto con essi. La storia non è concepita come l'inveramento necessario d'idee preesistenti, ma come una dimensione fluttuante che *produce* valori.

In questo magma in perenne ebollizione «la varietà della materia»⁴⁹ è tale che sarebbe vano e insensato tentar di conoscere tutto il reale a partire da un novero ristretto di principi primi che non domanderebbero che di essere «interpretati» per essere poi rinvenuti in ogni aspetto della vita, anche il più incompatibile e contraddittorio con essi. Per questo si può dire che quello che Machiavelli adotta nell'osservazione dei fenomeni reali è, propriamente, un «canone inverso», da lui stesso illustrato con la suggestiva immagine di «coloro che disegnano e' paesi» i quali «si pongono bassi nel piano a considerare la natura de' monti e de' luoghi alti», mentre «per considerare la natura de' monti e de' luoghi bassi, si pongono alto sopra ' monti»⁵⁰.

Questa prospettiva basterebbe da sola a confutare l'idea che, imbevuto del linguaggio e del patrimonio concettuale espresso dalla cultura giuridica, Machiavelli avesse assorbito quella *civilis sapientia* che componeva il *thesaurus* «della dimensione sapienziale del diritto comune pubblico», o «i *mores* del vocabolario curiale», o, addirittura, la «tradizione bartolista»⁵¹. Se in un sapere

⁴⁹ Ivi, p. 5 («Dedica», p. 4).

⁵⁰ *Ibidem*, 5.

⁵¹ Quaglioni [1999, rispettz. 172, 177 e 185]. Sul legame bartolismo-machiavellismo, cfr. Id. [1992b]. È appena il caso di precisare che non si tratta qui ovviamente di negare qualsiasi nesso tra Machiavelli e Bartolo da Sassoferrato (inteso soprattutto quale massimo simbolo della lingua della giurisprudenza e del pensiero giuridico medievale), né di sottovalutare l'acutezza e il valore di molte sue opere, a partire dal *De Tyranno* (di cui lo stesso Quaglioni ha fornito un'eccellente edizione critica accompagnata da un pregevole saggio introduttivo: Quaglio-

così vasto e profondamente meditato come quello che emerge dal *background* machiavelliano non è ragionevole ipotizzare una «rimozione della cultura filosofica, letteraria e giuridica della quale il pensiero politico si era fino allora nutrito», sembra tuttavia altrettanto implausibile persuadersi che l'opera del Fiorentino possa essere considerata come «la *Magna Glossa* di un nuovo Digesto»⁵² e

ni [1983]) nel quale sono contenute intuizioni e idee che certamente hanno prodotto influenza sul pensiero politico successivo e dunque anche su Machiavelli. Il problema è però di non considerare – se non si vuole forzar troppo l'interpretazione e svilire il senso della rivoluzionaria sintesi machiavelliana e del nuovo modo di pensare la politica e l'assetto giuridico che essa aprì – queste possibili influenze come un indice di assorbimento *diretto* del pensiero giuridico che era espressione del diritto comune e del mondo sociale, politico e culturale che esso veicolava. In altre parole, non risponderebbe alla realtà «effettuale» una visione delle cose che ponesse in chiave di serena continuità intellettiva piuttosto che di drammatica (e coraggiosa) rottura epistemologica la svolta machiavelliana evitando quindi di valorizzarne la precisa e dirompente scelta politico-culturale (o attenuandone la forza d'urto).

⁵² Quaglioni [1999, 180]. Nel contesto l'A. si riferisce specificamente ai *Discorsi sulla prima deca di Tito Livio*. Mi rendo perfettamente conto che nella complessa economia del discorso di Quaglioni – sempre molto fine e misurato – questa espressione si può considerare poco più che una battuta a effetto. Tuttavia non è il caso neppure di sottovalutare che, senza opportune precisazioni, questa lettura dell'opera machiavelliana rischia d'ingenerare qualche serio equivoco di fondo. Machiavelli non si poneva certo la questione di fondare un nuovo Digesto né, men che meno, di aggiornare lo strumentario logico e interpretativo dei giuristi. Gli *exempla* che egli trae dalla storia e sui quali costruisce la sua linea teoretica e discorsiva non costituiscono affatto quel serbatoio di «esperienza» consolidata che le massime fabbricate dall'interpretazione giurisprudenziale pretendono di condensare, ciò che più tardi, con Montesquieu, assumerà il nome di *dépôt légal*. In Machiavelli è del tutto (e deliberatamente) assente qualsiasi forma di cognitivismo giuridico-prudenziale, così come nulla è più lontano dal suo modo d'intendere l'evoluzione umana e sociale dell'idea che l'evento storico possa essere giudicato o anche semplicemente acquisito attraverso una mediazione patriarcale fondata su un *depositum regularum* o su una «casistica» perfezionata dall'intendimento di un interprete, autorizzato da una *Scientia* di origine divina. Fin dal *Proemio* dei *Discorsi* il Fiorentino conduce una serrata – e neanche troppo implicita – critica proprio al *depositum* arcano degli «exempli degli

che la sua poderosa riflessione condotta nei *Discorsi* possa configurare «una scienza di tipo sapienziale della politica

antichi» gestito dai giuristi: mentre «le leggi civili non sono altro che sentenze date dagli antichi iureconsulti, le quali, ridotte in ordine, a' presenti nostri iureconsulti giudicare insegnano [...] *nondimeno* nello ordinare le repubbliche, nel mantenere gli stati, nel governare i regni, nello ordinare la milizia e nel amministrare le guerre, nel giudicare i sudditi, nello accrescere lo imperio, non si truova principe né repubblica né capitano né cittadino che agli exempli degli antichi ricorra»: Machiavelli [1999, 414-5 (Libro primo, *Proemio*): il corsivo alla parola «nondimeno» è ovviamente mio]; a me pare evidente, infatti, che il senso del brano si colga proprio in quella congiunzione avversativa che mette in opposizione da una parte il formalistico «storicismo» dei «iureconsulti», dediti alla santificazione del diritto romano-comune in quanto utile solo alla costruzione del potere patriarcale dell'*interpretatio*, e dall'altra il recupero storiografico di un complesso e caotico reticolato di «tracce» che viene limpidamente riportato alla luce e ordinato dall'intendimento razionale di un osservatore per renderlo utilizzabile a quei fini («ordinare le repubbliche, mantenere gli stati» ecc...) reputati davvero supremi e che si riassumono in breve nella costruzione e nel mantenimento dell'organizzazione sociostatuale. Tra i due metodi e i due mondi non potrebbe, agli occhi di Machiavelli, esserci distanza più siderale: da una parte il *systema juris* dei «iureconsulti», strutturato per interpolazioni logico-formali che procedono a continui aggiustamenti compromissori in costanza dei fondamenti ontici; dall'altra il procedimento gnoseologico del moderno politologo, che impegna in prima persona la propria osservazione razionale della realtà storica in funzione del presente («ho giudicato necessario scrivere, sopra tutti quegli libri di Tito Livio [...] quello che io secondo le antiche e le moderne cose giudicherò essere necessario per maggiore intelligenza a essi; acciò che coloro che questi miei discorsi leggeranno possano trarne quella utilità per la quale si debba ricercare la cognizione delle istorie»: ivi, pp. 416-417). L'operazione di «riduzione in ordine» delle antiche «sentenze», ossia l'attività compiuta dai giuristi del *mos italicus*, è con tutta evidenza giudicata dall'autore dei *Discorsi* insufficiente (se non ostantiva) a riscoprire l'«antica virtù» e ad avvalersi di «quegli giudicii» o di «quegli rimedii che dagli antichi sono stati giudicati o ordinati» (ivi, p. 414), cosicché in quel contesto la loro «imitazione» risulta «non solo difficile ma impossibile» (ivi, p. 416). Proprio per ovviare al fallimento del metodo giuridico e «trarre gli uomini di questo errore» diventava allora indispensabile compiere un'opera di «archeologia» (per usare un termine caro alla lingua foucaultiana) del sapere antico, facendo emergere i segni della sua grandezza e della sua virtù che «dalla malignità de' tempi non ci sono stati involati» (ivi, pp. 416-417).

come interpretazione che si svolge sopra un complesso normativo, frutto di esperienza»⁵³.

Lungi dal ricalcare «le formule in uso nella letteratura giurispubblicistica» e dall'accettare supinamente che la *magistralis auctoritas* degli interpreti potesse soccorrere «al difetto dell'autorità normativa»⁵⁴, il pensiero machiavelliano opera una potente rigenerazione critica dei tessuti socioculturali che i giuristi-teosofi credevano di dominare con l'uso strumentale della *Scientia juris*. Un punto, quest'ultimo, colto acutamente dalla nota critica rivolta al Segretario fiorentino da Guicciardini, che a ragion veduta sottolineò come il giudizio dell'autore del *Principe*, il cui pensiero egli considerava «estragante» e «inventore di cose nuove et insolite», non era affatto «fondato sulla *communis opinio*», ma al contrario era «sovvertitore di ogni sentenza di carattere tralatizio»⁵⁵.

Se inteso non come indispensabile struttura normativa volta a stabilizzare il potere e conferirgli veste istituzionale (il che costituisce agli occhi del Fiorentino un'osservazione tanto imprescindibile quanto ovvia nella prospettiva di voler governare «quelli stati [...] consueti a vivere con le loro leggi e in libertà»)⁵⁶, ma piuttosto come orizzonte di senso, stile idiomatico o metodo interpretativo, il diritto non rappresenta affatto agli occhi di Machiavelli «una dimensione fondante della società», ovvero «un *ordo iuris* che scandisce i diritti positivi e le forme del reggimento»⁵⁷. Il fondamento costitutivo di quell'*ordo juris*, infatti, era un immutabile ed «essenziale» nucleo assiologico-metafisico che è quanto di più lontano si possa immaginare dalla concezione machiavelliana della storia e della vita, fondata sulla percezione «sorprendente» della realtà per sua natura sempre «accidentale» (è poi, per inciso, proprio su questa «accidentalità» che si fonda

⁵³ Quaglioni [1999, 180].

⁵⁴ Ivi, p. 179.

⁵⁵ Ivi, pp. 181-2.

⁵⁶ Machiavelli [1995, 29 (V, 1)].

⁵⁷ Quaglioni [1999, 178].

l'apertura alla «fortuna» e alla «sorte» nel famoso capitolo XXV del *Principe*)⁵⁸.

Il metodo dei giuristi-interpreti, «costruttori di architetture sapienziali, nel diritto e nella politica»⁵⁹ e fondato sulla mediazione patriarcale occulta della funzione giurisdizionale, non poteva riscuotere la simpatia di Machiavelli, per il quale il raggirio è legittimo solo se usato dal potere politico in vista di realizzare l'unità e il mantenimento dello Stato⁶⁰. Il qual fine non può altresì realizzarsi fondandosi unicamente sul magistero delle «leggi», insufficienti da sole a raggiungere lo scopo, ma deve valersi anche della «forza». All'uomo civile deve sapersi unire l'uomo bestiale⁶¹; al principe virtuoso e onesto quello astuto e impietoso⁶², che sappia anche venir meno ai patti stipulati e alla parola data se il rispetto di essi può nuocere a sé e alla causa statale che egli ha intrapreso⁶³.

In quest'opera grandiosa, nella quale svetta il primato del politico sul giuridico, vengono liquidati senza scrupoli, qualora necessario, i fondamenti morali del diritto a cominciare dal più antico e fondamentale di essi, la *fides*, pilastro dell'identità culturale dei giuristi di diritto comune⁶⁴:

Quello [principe] che ha saputo meglio usare la golpe, è meglio capitato. Ma è necessario questa natura saperla bene colorire ed essere gran simulatore e dissimulatore: e sono tanto semplici gli uomini, e tanto ubbidiscono alle necessità presenti, che colui che inganna troverà sempre chi si lascerà ingannare⁶⁵.

La radicalità di questo proposito e la sua basilare alterità rispetto ai fondamenti del diritto e dell'ideologia

⁵⁸ Machiavelli [1995, 161-7 (XXV, 1-27)].

⁵⁹ Quaglioni [1999, 178].

⁶⁰ Machiavelli [1995, 115-20 (XVIII, 1-19)].

⁶¹ *Ibidem*, 115 (4).

⁶² *Ibidem*, 116 (7).

⁶³ *Ibidem*, 116-7 (8-10).

⁶⁴ Cfr. Montorzi [1984].

⁶⁵ Machiavelli [1995, 117 (XVIII, 10-11)].

giuridica sono sviluppate e chiarite ancor meglio poco oltre, quando, con disinvoltura che non si fatica a credere quanto potesse risultare sconcertante agli occhi del lettore giurista del tempo (ancor più amplificata in quel contesto nel quale l'*ordo juris* poggiava su postulati universalistici), Machiavelli demolisce in un solo lemma tutti insieme i quattro pilastri del vecchio edificio giuspolitico:

E hassi a intendere questo, che uno principe e massime uno principe nuovo non può osservare tutte quelle cose per le quali gli uomini sono chiamati buoni, sendo spesso necessitato, per mantenere lo stato, operare contro alla fede, contro alla carità, contro alla umanità, contro alla religione. E però bisogna che egli abbia uno animo disposto a volgersi secondo che e' venti della fortuna e la variazione delle cose gli comandano; e [...] non partirsi dal bene, potendo, ma sapere entrare nel male necessitato⁶⁶.

Non può meravigliare che di fronte a un simile attacco frontale alle colonne portanti dell'assetto culturale, morale, religioso e giuridico – di cui si sentivano i legittimi e primi depositari – i sacerdoti del giure si mobilitassero in forze a difesa dell'ordine costituito e del sistema socioistituzionale da cui dipendevano la loro posizione e le loro fortune. Ma reggendosi quell'organizzazione giuridica e politica su una precisa visione del mondo, fu precisamente – ed esattamente – alla difesa di quei presupposti «ideologici», di quell'«impalcatura» concettuale e antropologico-culturale, che essi si dedicarono in primo luogo.

4. *L'accanita difesa dell'ontologismo giuridico contro l'irruzione della «verità effettuale»*

Di questa feroce reazione dei giuristi al pensiero machiavelliano, non mancano gli esempi significativi, che anzi potrebbero moltiplicarsi a iosa. Valga, per tutti, quel-

⁶⁶ *Ibidem*, 118 (14).

lo del cardinale Giovan Battista De Luca, considerato tra i maggiori giuristi del Seicento italiano:

Alcuni empî scrittori – scrisse ne *Il cavaliere e la Dama* – descrivono la politica che sia un'arte di disprezzare ogni legge divina et umana e di attendere a quel che sia utile e profittevole a gl'interessi di Stato, senza soggettarsi all'accennato asso o freno della giustizia, ovvero alla necessità d'aver unite le due ruote eguali, acciò il carro camini diritto, seguendo il detto di Tacito che il conservare e ricuperare il suo sia cosa di uomo privato, ma che la lode regia consista nell'usurpare e contrastare quel d'altri; o pure seguendo il detto che da Seneca si mette in bocca del tiranno, che la santità, la fede, la pietà e la giustizia siano beni privati et appropriati a' sudditi, ma non a' sovrani, la legge de' quali sia di fare tutto quel che sia loro espediente, ancorché sia illecito, supponendo che non si dia cosa illecita e proibita all'imperante, secondo il detto dello stesso Tacito⁶⁷.

La presa di distanza dal pensiero del Fiorentino non avrebbe potuto essere più netta e volutamente fragorosa:

Altra è quella politica – precisò il cardinale in un'altra opera – la qual riguarda l'interesse proprio del regnante ad effetto di conseguire o conservare et accrescere il suo dominio e l'impero, et altra è la politica la qual riguarda l'interesse et il ben publico de' popoli sudditi per la loro vita felice, dovendosi la prima specie di politica [chiamare] tirannica che è appunto quella che insegnano Machiavello et altri suoi pari e la seconda la politica buona da vero e buon principe, quale in ciò si distingue dal tiranno⁶⁸.

Rispetto alla sussiegosa alterigia del giurista, il pensiero di Machiavelli, «inequivocabilmente “nuovo”» aveva fatto irruzione «con la sua veemenza popolana e con il

⁶⁷ De Luca [1675, 9]. La migliore ricostruzione del personaggio è quella di Lauro [1991], i passi citati di De Luca sono alle pp. 34-5.

⁶⁸ *La nemicizia tra la corte e il principato*, ms. inedito (= Biblioteca Apostolica Vaticana, *Vat. Lat.* 8194, ff. 234-42, cit. al f. 241v; e, altro esemplare, in *Vat. Lat.* 12073, ff. 96-101); Lauro [1991, 34-5].

suo crudo realismo» squassando gli «schemi stantii e ripetitivi»⁶⁹ nei quali il pensiero politico e morale sotteso alla mediazione giuridica si trovava a suo perfetto agio.

I giuristi erano, ormai da tempo, diventati fautori di una «politica senza rischi politici»⁷⁰. E il diritto era, per loro scelta di convenienza corporativa, divenuto un *corpus* di regole governate da una scienza – la scienza giuridica appunto – che si era costruita come una entità metafisica, sottratta a ogni controllo empirico e impermeabile al mutamento sociale: una scienza (giuridica) «senza società»⁷¹. La tecnica dell'esegesi «neutrale» (o meglio che teneva a presentarsi come neutrale) attuata nella *jurisdictio* – ma anche in altre forme di espressione della *juris peritia* come la letteratura consiliare⁷² – ossia la ne-

⁶⁹ Baldini [2006].

⁷⁰ Ajello [1999, 325]. Va precisato che, giusta la prospettiva di questo A., il processo di «posizionamento al centro», ossia di deresponsabilizzazione della propria azione politica fondata sull'uso sapienziale della giurisdizione, era cominciata già nel Medioevo, nel clima della lotta tra potere imperiale e potere ecclesiastico-papale per le investiture. Fu in quella temperie che i giuristi inventarono l'uso della giurisprudenza «come politica del diritto», una scelta che consentì loro di non schierarsi per l'una o per l'altra parte, ma di differire la scelta di volta in volta a seconda delle convenienze corporative del momento.

⁷¹ Ajello [1993, 69-73].

⁷² Quaglioni [1985, 427], che evidenzia perfettamente come persino nello stesso autore (nel caso di specie l'esempio è costituito da alcuni *consilia* di Baldo degli Ubaldi) si potessero inventare «soluzioni differenziate, in qualche modo addirittura opposte, ad un identico problema» e ciò in ragione del fatto che quei pareri erano formulati sotto la spinta dell'interesse di «situazioni contingenti». È possibile anche imbattersi in clamorose difformità da se stesso a seconda che il giurista trattasse dei «medesimi argomenti da un punto di vista rigorosamente dottrinale» oppure in una sede più squisitamente difensiva o di parte. Questo «io diviso» si è radicato nella *forma mentis* e nella struttura psicologica del giurista fino ai giorni nostri. È noto l'episodio di un celebre avvocato penalista anche cattedratico e prolifico autore, Alfredo De Marsico, il quale nel corso di un processo venne attaccato da un pubblico ministero che citò un passo di un suo studio monografico nel quale l'avvocato-professore sosteneva la tesi diametralmente opposta a quella che difendeva in quel processo. Si sentì rispondere: «Ma qui parla l'avvocato De Marsico, non il professore!».

gazione *in re ipsa* di ogni limpido primato politico nel governo della società, costituì il fondamento del potere cetuale (e occulto) dei giuristi⁷³. Espungere dall'attività propriamente giuridica i caratteri della politicità e qualificare la *decisio* del giureconsulto come imparziale e di conseguenza inattaccabile e suprema fu il compito della *Scientia juris* medievale che si preoccupò soprattutto di costruire uno strumentario utile ad assicurare al *corpus* dei giureconsulti l'arbitrio giurisdizionale. Quest'ultimo era tanto più occulto, quindi realizzabile senza ostacoli e senza controlli, quanto meno il giudizio si presentasse imbevuto di politicità. La straordinaria abilità (e il successo politico) dei giuristi fu di presentare la giurisdizione come attività apolitica e perciò *super partes*. La costruzione di un potere «scientifico», «metafisico», cioè disincarnato dai vizi e dalle passioni umane (da ciò che nell'orizzonte di senso cristiano, egemone nel Medioevo, era conosciuto come «il peccato»), legittimava il diritto, ponendolo in una intangibile, immateriale e incontrollabile sfera divina, e con esso anche l'attività dei giuristi, tenendola al riparo dai pericoli tipici della lotta e della responsabilità politica. Lo strumento per l'attuazione di questo programma – e al tempo stesso il risultato di quella consolidata *forma mentis* dei *legum doctores* – fu il diritto comune, ossia un diritto «conoscibile solo da giuristi»⁷⁴.

In tal modo i *sacerdotes juris* realizzarono la saldatura, per loro vitale, tra diritto e morale. L'*ordo juris* divenne lo strumento di difesa di una sfera di valori intangibili in

⁷³ Su questa intrinseca «politicità» del potere interpretativo-giurisdizionale dei giuristi e sulle sue origini medievali, cfr. Costa [1969]; Bellomo [1976].

⁷⁴ Lombardi Vallauri [1967, 191]. Ben diversa la sorte evolutiva della giurisdizione in Francia dove i contrappesi istituzionali non si fecero attendere e malgrado i suoi ripetuti e indomiti tentativi di *revanche* il potere giurisdizionale venne inglobato in un contesto politico ben più solido nel quale il peso della *royauté* e della struttura sociale assunsero un ruolo importante e a tratti (ad esempio nel regno di Luigi XIV) decisivo: cfr. Anagnostou-Canas [2006, 133-325].

quanto considerati astorici. La struttura del diritto ricalcò i fondamenti della teologia cristiana: l'incarnazione del Verbo divenne lo schema fondamentale anche del diritto e della vita giuridica. E i giuristi si sentirono *naturaliter* investiti di quella funzione di «cani da guardia», di custodi insindacabili dei supremi valori morali e giuridici, che non avrebbero più perso fino al XIX secolo e oltre⁷⁵. Di qui il loro misonismo congenito e il pervicace attaccamento all'ideologia del «non far novità» che contribuì non poco al rafforzamento della «cultura italiana della conservazione politica»⁷⁶. Il loro machiavellismo supremo fu di essere machiavellici (già *ante literam*) negando validità teorica ed etica al pensiero machiavelliano. L'autore del *Principe* e dei *Discorsi* divenne, nelle mani di giuristi e teologi uniti nella difesa del canone morale, il cattivo maestro per eccellenza, la causa prima di tutti i vizi capitali del mondo.

In una *pièce* rappresentata per la prima volta dai gesuiti nel loro collegio di Ingolstadt nel 1615, gli effetti dell'insegnamento di Machiavelli vennero identificati con il male assoluto. Il Fiorentino, definito «hominem sceleratum, sathanæ organum, nebulonem impium, naturæ iuris et religionis hostem, atheismi inventorem», conduceva il suo discepolo Leonzio «prima alle leggi dell'ateismo e poi alla morte del corpo e dell'anima»⁷⁷. Il povero allievo, «docile di carattere» (quindi incarnazione spontanea del Bene innato nell'uomo e poi turbato dalla perfidia della dottrina machiavelliana) fu per tutta la vita

infelice, perché non incontrò un maestro migliore. E del resto che altro avrebbe potuto apprendere se non il male da uno che fu l'incarnazione del male? E che altro poteva assorbire dall'in-

⁷⁵ Su questo aspetto, cfr. Arnaud [1993].

⁷⁶ Cfr., sul punto, l'acuta riflessione proposta da Borrelli [2000].

⁷⁷ L'opera teatrale antimachiavelliana è del gesuita Zehentner [1643], sul quale cfr. Macchia [1991, 177-89, spec. 178]. Il personaggio machiavelliano di Leonzio ebbe una importante *suite* nella costruzione del mito di Don Giovanni.

segnamento di Machiavelli se non il veleno, che tanto profondamente sarebbe penetrato nelle sue vene? Sotto vaghe apparenze la pestilenziale dottrina di quella volpe gli offriva dolci lusinghe. Così pian piano, sciolto da ogni legge, egli prese a obbedire solo all'impeto delle sue voglie. Fu regola per lui il non rispettare alcuna regola, misurare le proprie azioni secondo il piacere o l'utile⁷⁸.

Ecco dunque il vero *quid* dell'antimachiavellismo unitario dei teologi e dei giuristi: lo stravolgimento delle *regulae*, la destrutturazione dell'*ordo juris* era vista come conseguenza diretta del primato dell'*utilitas* e della *voluptas*. Come si sarebbe detto alla fine del XVII secolo, dopo la sintesi di Spinoza, era il «sensismo» individualistico e l'autodeterminazione del soggetto il vero bersaglio della polemica condotta dalla teosofia giuridica organicistica contro il pensiero politico impersonato dal Fiorentino. Quando l'essere umano volle «obbedire solo a se stesso e soddisfare ogni sua passione divenne un malvagio»⁷⁹. E questa malvagità sociale non tardò a indirizzarsi anche nel versante religioso, poiché i due piani erano, nella visione ontologica, intimamente e indissolubilmente legati: così l'uomo machiavelliano divenne

inviso anche a Dio, la cui Maestà santissima fra le continue scelleraggini egli degradò a tal punto da negare, con incredibile follia, la sua Provvidenza in questo o nell'altro mondo, [e perciò] fu colpito da gravissimi castighi, e imparò a sue spese in questa e nell'altra vita che esiste un Dio al cui giudizio e punizione deve soggiacere l'umana perfidia⁸⁰.

Nella *Machiavellica*, un'opera del 1619, un giurista decisamente atipico come Gaspare Scioppio, che schierandosi contro la cultura egemone del suo tempo aveva compreso il grande valore innovativo dell'impostazione machiavelliana, riferisce che dopo la rappresentazione

⁷⁸ Ivi, pp. 179-80.

⁷⁹ Ivi, p. 180.

⁸⁰ *Ibidem*.

dell'opera i gesuiti avevano bruciato in scena un pagliacetto che raffigurava l'immagine di Machiavelli⁸¹.

In questa prospettiva, il torto massimo e imperdonabile del Fiorentino agli occhi dei sacerdoti del giure era stato quello di aver rivoltato come un guanto la loro ideologia e di conseguenza smascherato la loro strategia. Con il suo realismo radicale l'autore del *Principe* aveva squadrato i presupposti teorici e pratici della cultura giuridica del suo tempo – spesso intrecciata alla dimensione ecclesiastica e teologica – portandoli alla luce del sole. Ne aveva denunciato l'occulta alleanza con la metafisica, contrapponendo all'ipocrisia dei valori morali formali la forza squassante dell'etica emergente dai fatti.

Questo passaggio dalla morale all'etica, dalla sapienza alla scienza, attraverso la previa distinzione teoretica delle due categorie e dei due diversi orizzonti di senso che sostengono, fu uno dei punti di maggior forza dell'innovazione machiavelliana⁸². La dimensione «sapienziale», che i giuristi spacciavano per «scientifica», esaltando l'interpretazione giurisdizionale come *Scientia juris*, lasciava il posto nell'analisi machiavelliana alla cruda osservazione della realtà. Alla prescrittività delle *regulae juris* subentrava così la pura descrittività dell'accadimento, alla deontologia la fenomenologia, all'accettazione dell'assoluto per fede l'indagine epistemica del relativo, al mondo chiuso del dogma l'universo della scoperta senza fine⁸³.

⁸¹ Biblioteca Nazionale, Napoli, ms. XII C 81. Il manoscritto è inedito e meriterebbe un'accurata edizione critica. Devo la sua segnalazione alla mia allieva Sonia Scognamiglio Cestaro, infaticabile e appassionata ricercatrice «affetta» da quell'ingenito «morbo» che Jacques Derrida ha definito «mal d'archive»: Derrida [1996]. La ricerca di riferimento su Scioppio (1576-1649) resta quella, monumentale, compiuta da D'Addio [1962].

⁸² Sulla distinzione tra morale ed etica e sulla sua storia nel sapere filosofico occidentale, cfr. Crespi [1991a, 13-31]; tema poi ripreso anche in Id. [1994, 38-44]. Sull'argomento mi soffermavo già nel mio saggio: Di Donato [1991, 364-405, spec. 364-5], che riprendeva uno spunto di Mancini [1990, 27-42].

⁸³ Il rinvio d'obbligo, su questo cambio di mentalità che costituisce il fondamento del pensiero moderno, è al classico di Koyré [1988].

5. *Il superamento della sapienza morale nell'etica della scienza politica*

In questo fondamentale passaggio è molto plausibile che Machiavelli prendesse di mira non solo e non tanto il pensiero teologico in sé, quanto soprattutto l'armonica consonanza del pensiero giuridico con quello. Non credo sia mai stato posto in sufficiente rilievo questo aspetto che appare invece fondamentale nell'ottica del Fiorentino così come nella storia del machiavellismo, quando solo si guardino le cose dalla prospettiva di una storia del diritto non deformata da lenti ideologico-corporative (ossia quando ci si disfi, smontandole, di quelle «impalcature» di cui parlava Durey de Meinières): uno dei moventi primari della teoria politica machiavelliana e della sua conseguente interpretazione della storia fu la volontà di demolire il presupposto ontologico della Santa Alleanza tra la dimensione teologica e la sfera giuridica. Il giurista e il suo pesante bagaglio costituito dal *sapere* tecnico del diritto (comune) vennero dal pensiero machiavelliano espulsi dall'ingegneria sociale e politica⁸⁴.

⁸⁴ Appare molto significativo, ad esempio, che in un'opera di sintesi molto conosciuta e diffusa sul Rinascimento, accanto a numerosi profili (il «condottiero», il «cardinale», il «cortigiano», il «filosofo», il «mercante», l'«artista»...) manchi del tutto quello del «giurista», del «legum doctor»: cfr. Garin [1988]. Peraltro, in una intervista coeva alla pubblicazione del volume, Garin non mancò di sottolineare come la cultura rinascimentale sia caratterizzata da una grande trasformazione che investe in pieno la cultura giuridica a causa in primo luogo dell'azione culturale esercitata da «uomini nuovi» e in primo luogo dagli uomini di cultura filosofica i quali «si battevano *contro le togate e rispettate sedi del sapere* e contro la cultura ufficiale» (corsivo mio): intervista rilasciata a Serri [1988]. Alcuni aspetti della frattura interna alla cultura giuridica, attraversata anch'essa tra Quattro e Cinquecento dai venti di novità che scossero l'intera cultura europea, sono nelle pagine, sempre valide, di Maffei [1956]. Sul punto sono da vedere con interesse, anche se in qualche caso appaiono piuttosto datati, gli «Atti del Congresso Internazionale di studi umanistici» usciti sotto il titolo *Umanesimo e scienza politica*: Castelli [1951 (nel quale vennero pubblicati molti saggi dedicati proprio al tema del pensiero machiavelliano)].

Del resto non è difficile accorgersi di questa palmare evidenza con una prova *a contrario*. La reazione dei giuristi e del pensiero giuridico alla visione machiavelliana fu veemente e duratura. Questa reazione, che si concretizzò in un vero e proprio ostracismo verso il pensiero del Segretario fiorentino – con punte che diedero luogo a manifestazioni parossistiche che all’occhio contemporaneo appaiono causate da forme evidenti di fobia paranoica⁸⁵ – non si spiegherebbe e risulterebbe affatto incomprensibile utilizzando la normale opposizione azione/reazione che si determina abitualmente nei fenomeni storici, segnatamente nel campo politico-culturale⁸⁶. Essa si determinò, invece, in forme così violente proprio perché agli occhi dei giuristi – non meno che dei teologi e degli uomini di chiesa o più semplicemente della comunità dei credenti fomentati dalla propaganda del clero – Machiavelli era colpevole di aver individuato e messo apertamente in chiaro quel connubio tra fede e diritto, tra principi teologico-metafisici e regole giuridico-sociali, sul quale si basavano ancora nell’Italia del tardo Quattrocento e del primo Cinquecento sia la struttura bloccata delle relazioni politiche sia i grandi vantaggi socioeconomici del *corpus* degli operatori del diritto⁸⁷. Questi ultimi

⁸⁵ Come scrisse Macaulay [1860], «i termini con cui viene comunemente descritto [Machiavelli] sembrerebbero indicare che egli sia stato il Tentatore, il Principio del Male, colui che avrebbe scoperto l’ambizione e la vendetta, colui che avrebbe per primo inventato lo spergiuro, e si direbbe che prima della pubblicazione del suo fatale *Principe*, non ci sia mai stato un ipocrita, un tiranno o un traditore, una virtù simulata o un conveniente delitto [...]. Col suo cognome hanno coniato un epiteto che serve a indicare un farabutto, e hanno fatto del suo nome di battesimo un sinonimo del demonio»: cit. in Cassirer [1946, 206].

⁸⁶ Cfr. Starobinski [2001].

⁸⁷ In nessuno dei numerosi «manuali» di storia del diritto da me consultati si trova un accenno a questa decisiva questione del rapporto conflittuale della cultura giuridica con il pensiero machiavelliano. La frattura tra questi due mondi non comunicanti tra loro determinò – tra altre cause – la cesura tra diritto (essenzialmente privato) e scienza politica, che i giuristi ripugnavano considerandola «impura»

continuarono nel complesso, ad attestarsi, di fronte al frenetico incedere di eventi e di nuove culture, su posizioni conservatrici di difesa dello *jus commune* e del *mos italicus* che nei casi di maggiore apertura cercarono al più di adattare, per via interpretativa e dottrinale, alle nuove situazioni sociali generatrici di una casistica del tutto sconosciuta prima⁸⁸. E quando il vento nuovo sfiorò qualcuno dei giuristi più colti e sensibili alle altre dimensioni del sapere si verificarono fenomeni di clamoroso sdoppiamento della personalità: parlando da umanisti quei *legum doctores* furono costretti, per non rinnegare apertamente il diritto e i suoi metodi, a ignorarlo deliberatamente⁸⁹.

Erano comunque isolate eccezioni. Nell'ortodossia diffusa nel ceto giuridico continuò a lungo a prevalere l'ontologia della *fides* nei confronti delle strutture immutabili dell'*ordo juris divinus* che assumeva nella maggioranza dei casi la veste del più pedissequo pedantismo. Poiché nella dimensione ontologista tutto è contenuto nell'Ordine dato di cui il diritto è specchio e rappresentazione fedelissima, il giurista non doveva che ingegnarsi a reperire *in corpore juris* la soluzione normativa per ogni «evento» possibile. L'attività giurisprudenziale si sostanzialmente così in una continua e assillante *inventio nominis* in quanto l'assunto paradigmatico che stava a fondamento dell'*interpretatio* era il principio dell'assoluta corrispondenza delle cose ai nomi usati per indicarle: *nomina sunt res*⁹⁰.

perché non sufficientemente imbevuta della specifica tecnica giuridica, e che i politologi a loro volta consideravano proprio appannaggio esclusivo per evitare inquinamenti tecnicistici e formalistici da parte della scienza giuridica. Questo fossato determinatosi tra i due ambiti disciplinari isolò soprattutto il diritto mettendolo «al riparo» dalle contaminazioni dell'interdisciplinarietà e rallentò, tra l'altro, di molto la piena emersione del diritto pubblico come disciplina autonoma e nel contempo pienamente legittimata nel quadro degli studi giuridici universitari: sul punto, cfr. Birocchi [2002, 74-82].

⁸⁸ Cfr. Bellomo [1976]; Ascheri [1977, 43-73]; Cortese [1995, spec. II, 453-84].

⁸⁹ Cfr. Cortese [1995, 464]. Sull'argomento, Maffei [1956].

⁹⁰ Cfr. Montorzi [1984, spec. 147-55].

Il linguaggio del giurista non poteva, di conseguenza, che costituirsi in una dimensione «oracolare» in quanto egli operava «l'ostensione della norma da lui evocata» nella convinzione di possedere una intangibile «qualità sacrale» per individuarla, interpretarla e applicarla⁹¹. Questo «nesso strettissimo, quasi d'identità, tra *mens* e *res*» costituiva il fondamento della cultura e della mentalità giuridica che la svolta umanistico-rinascimentale attaccò frontalmente⁹².

Quando Machiavelli irruppe sulla scena culturale serpeggiava insomma già da qualche tempo nel panorama culturale italiano quel contrasto sempre più marcato che aveva portato la cultura emergente a mettere sotto scacco l'ideologia giuridica e la sua visione del mondo, dichiarandone senza mezzi termini l'inadeguatezza e le molteplici carenze. Ma quella critica non aveva ancora, prima di lui, trovato un coagulo, un punto di sintesi, non aveva cioè ancora individuato il motivo essenziale che avrebbe consentito di «minare una tradizione ermeneutica, di sovvertire prassi giudiziarie [e politiche], di sconvolgere insomma un intero sistema ormai affermato»⁹³. Nella sua opera – non solo nel *Principe* e nei *Discorsi*, ma anche nelle composizioni letterarie e negli scritti politici cosiddetti «minori» – il Fiorentino denunciò coraggiosamente il crogiuolo d'ipocrisia sociale e inefficienza politico-istituzionale – soprattutto italiana – e lo riferì direttamente al rapporto sinallagmatico discendente tra morale e diritto, tra teosofia metafisica e *interpretatio* giurisdizionale, insomma tra teologi e giuristi. Lo «stato di cose» che caratterizzava la paralisi peninsulare era la conseguenza di quella simbiosi teoretica e psicologica che diventava anche un'alleanza politico-sociale⁹⁴.

⁹¹ Ivi, p. 159. Opportunamente l'A. sottolinea il carattere «ideogrammatico» del linguaggio giuridico sotteso al «mistico potere di *invenire* le qualificazioni giuridiche di tutto».

⁹² Cfr. Ajello [2006, 47 ss.].

⁹³ Cortese [1995].

⁹⁴ Cfr. Ajello [2006, 53], che sulla scorta di Koschaker [1962] op-

Con l'annientamento del razionalismo logico-metafisico e l'emersione della «verità effettuale della cosa», ossia di un razionalismo empirico, Machiavelli assestava un colpo mortale non solo alla vecchia filosofia aristotelico-tomistica, ma – con essa – anche alla vecchia dimensione dell'ontologismo giuridico, spianando così la strada al trionfo del pragmatismo utilitaristico fondato su una valutazione socialmente positiva del *self-interest*⁹⁵. In questo passaggio dalla *Veritas* alla *res*, la *methodus* giuridica si dissolveva per lasciar posto al metodo sperimentale, pilastro del pensiero moderno⁹⁶. Per questo egli fu bersaglio di strali concentrici da parte di sacerdoti-ecclesiastici e sacerdoti-giuristi. Entrambi continuarono a lungo a praticare il loro machiavellismo pre-machiavelliano, nel contempo esaltando pubblicamente, farisaicamente, i grandi valori formali (religiosi e giuridici) che essi erano, nella vita vissuta, i primi a violare.

In realtà soprattutto i giuristi trovarono estremamente conveniente utilizzare a loro vantaggio la pratica machiavelliana della simulazione, attraverso la quale facilitarono di molto la loro azione di governo nell'ambito di apparati che restavano formalmente soggetti all'auto-

portunamente sottolinea la profonda diversità di fondo tra la situazione italiana e dell'area germanica da un lato e quella anglofrancese dall'altro. Sulla relazione tra opere letterarie e idee politiche in Machiavelli, cfr. la suggestiva pista di riflessione aperta da Ordine [2008, 87-160].

⁹⁵ Cfr. Hirschman [1990, 31, 33-4, 36 e 42]. Pur mettendo in rilievo che la «diagnosi [machiavelliana] era davvero troppo pessimistica per poter essere largamente accettata» (ivi, p. 42) e che occorrerà attendere la seconda metà del Seicento perché «l'estremo pessimismo di Machiavelli e di Hobbes sulla natura umana cede[ss]e il passo ad una concezione più temperata» di cui saranno Locke, Spinoza e Adam Smith a raccogliere il testimone (pp. 44 e 82), Hirschmann attribuisce alla svolta compiuta dal Fiorentino il merito di aver aperto la strada al pensiero economico moderno fondato sull'individualismo metodologico.

⁹⁶ S'innescò così una formidabile accelerazione del processo che avrebbe con molteplici sviluppi portato alla critica del razionalismo morale e all'apertura verso il problematicismo empiristico: cfr. Juvalta [1945]; molti spunti anche nel sempre attuale Preti [1957].

rità regia ma che in realtà gestivano occultamente o con sapiente sotterfugio una enorme quantità di potere effettivo⁹⁷. E, come sappiamo, occorrerà un lungo processo di «secolarizzazione» per giungere alla piena formulazione e stabilizzazione di un diritto moderno⁹⁸ prima dell'avvento della grande crisi dei valori occidentali, tra Nietzsche e Heidegger, dopo la quale le «grandi parole» («etica», «morale», «cultura», «umanità...») già affievolitesi nel loro senso originario furono ormai scritte – come affermò in un'efficace metafora Karl Löwith – «solo tra virgolette»⁹⁹. I prodromi di quella crisi si erano avvertiti già, proprio sulla scorta di Machiavelli, tra Cinque e Seicento, prima con lo scetticismo critico e utilitaristico di Montaigne e Charron¹⁰⁰, poi con il trionfo del metodo sperimentale in Francis Bacon¹⁰¹, infine con l'as-

⁹⁷ Questa situazione si riprodusse pressoché in tutt'Europa, ovunque si affermò il modello del cosiddetto «Stato assoluto», nel quale gli apparati giurisdizionali ebbero un ruolo (anche politico) fondamentale. In Italia si può osservare il fenomeno, da una prospettiva privilegiata, nel Regno di Napoli e nella cultura giuspolitica (soprattutto di derivazione francese) che si diffuse tra i maggiori giuristi che furono chiamati a svolgere importanti funzioni di governo: cfr. il mio Di Donato [1996a, spec. I, 359] (la simulazione machiavelliana venne considerata da Fraggianni, il maggiore giurista della Napoli settecentesca, come «una delle più efficaci tecniche del potere»).

⁹⁸ Cfr. Lombardi Vallauri e Dilcher [1981].

⁹⁹ Cfr. Rohs [1988, 85].

¹⁰⁰ Cfr. Battista [1989, spec. 7-50] (Sul «machiavellismo» di Montaigne: saggio che propone, con la consueta finezza analitica dell'A., molti spunti critici e riflessivi sul tema); sul fondamento utilitaristico nel pensiero politico di Montaigne, che lo spinge «a considerare lo Stato e la norma [giuridica] esclusivamente in funzione del loro valore strumentale e coattivo», cosicché l'organizzazione politica statale è da lui intesa «non più come espressione di assoluti valori [corrispondenti] a premesse etiche o razionali [ciò che invece continuava a caratterizzare il pensiero giuridico dominante], ma come condizione necessaria al vivere civile», cfr. *ivi*, pp. 25 e 33. Si veda ora anche la fine disamina critica di Ajello [2009, *ad indicem* e spec. 305-8, 346-52 e 358-61].

¹⁰¹ Il quale, non a caso, «trovò in Machiavelli uno spirito affine» vedendo «in lui il filosofo che si era distaccato da tutti i metodi scolastici e aveva cercato di studiare la politica secondo metodi empirici»: Cassirer [1946, 210].

sunto dimostrativo di Spinoza che giunse a considerare il Fiorentino «come un campione della libertà»¹⁰². Aveva preso corpo con questo lineare percorso lo «studio critico della fenomenologia esistenziale» che aveva definitivamente superato «l'inquinamento metafisico» di cui era portatore l'ontologismo della «consorteria di privilegiati *sacerdotes juris*». Si era così consolidata soprattutto in Francia quella «razionalità sociale» che, «ben radicata fin dalle origini gallico-visigotiche», aveva puntato tutto «sull'organizzazione consuetudinaria istituzionale»¹⁰³. Avevano vinto lo «spirito delle istituzioni» e la *civilisation étatique*¹⁰⁴.

Fu questo, per altri versi, uno dei principali argomenti – se non il principale – che pose i giuristi in frontale contrapposizione e ostilità ai gesuiti, baluardo come loro dell'assiologia fondata sulla *Weltanschauung* cristiano-cattolica e fautori concorrenziali e temibilissimi di una tecnica di mediazione politica imperniata sui medesimi presupposti della mediazione patriarcale giuridica. Nei «machiavellisti vestiti di nero», il cui livello di sofisticazione giunse a rimpiazzare Machiavelli con Tacito¹⁰⁵,

¹⁰² Ivi, p. 211.

¹⁰³ Ajello [2006, 85-7; 2009, *passim*].

¹⁰⁴ Richet [1998]. Sulla *civilisation étatique*, concetto che la storiografia italiana sullo Stato moderno fa ancora una certa fatica ad assimilare, rinvio ai miei saggi: Di Donato [1998a, spec. par. 5, XIX-XXIII; 2002, spec. par. 9, LXVIII-LXXVI; 2007b, 159]. Cfr. anche Ortu [2001, 74 e 240, nota 4], che mostra di apprezzare la categoria concettuale, anche se finisce con l'assimilarla *tout-court* al grande fenomeno descritto nel capolavoro di Elias [1988], appiattendone in tal modo le specificità. Per un netto rifiuto (che giunge persino a esplicitarsi in una ripetutamente erronea trascrizione ortografica) del concetto, ma secondo motivazioni che al momento appaiono piuttosto vaghe e nelle quali si riscontra una (forse volontaria) determinazione di non discuterlo entrando nel merito del problema, cfr. Musi [2007b, spec. 213-6].

¹⁰⁵ Toffanin [1972, 100, 103, 147 ss.], che parla di «letteratura machiavellica antimachiavellista» e di tacitismo «per forza di pseudo-antimachiavellismo». Va solo osservato che la definizione di «machiavellisti vestiti di nero» si attaglia perfettamente anche ai giuristi, la cui toga nera acquisiva un valore altamente simbolico del loro *status*, della

quella mediazione veniva innovata con la sostituzione del procedimento teologico-introspettivo del prete (soprattutto, anche se non esclusivamente, nel dialogo privilegiato e discreto della confessione) alla tecnica interpretativo-normativa del *sacerdos juris*. Come quest'ultimo, anche i *militēs christiani* seguaci d'Ignazio applicavano alla perfezione i principi machiavelliani dell'azione politica con la stessa *nonchalance* con cui ne negavano in sede speculativa l'attendibilità teorica e il valore morale¹⁰⁶. Tra le due posizioni passava tuttavia una differenza sostanziale. Nei gesuiti il riferimento alla norma morale era funzionale alla gestione delle coscienze attraverso la metafisica del perdono. Nei giuristi il dettato della *regula iuris* era invece un riferimento obbligato per fondare la legittimazione della tecnica esegetica e la manipolazione interpretativa. Le forme tradizionali e neoscolastiche del probabilismo gesuitico, costituivano il perno del polo opposto al rigorismo giansenistico cui si era legata, per motivi evidenti, l'ideologia dei *robins*¹⁰⁷. Eppure le due mediazioni erano entrambe legate a doppio filo dalla medesima dimensione sacerdotale¹⁰⁸. La preferenza per il giansenismo da parte dei giuristi fu nel contempo il risvolto di questa feroce azione antigesuitica e l'evidente compatibilità di quella dottrina con i propri interessi attuali e le proprie matrici ideologico-culturali. Il rigorismo giansenista si coniugava alla perfezione con la necessità di impennare tutta la vita politica sulla norma, una operazione

loro *dignitas*, e della funzione che esercitavano tanto nelle istituzioni quanto nella società.

¹⁰⁶ *Ibidem*; cfr. anche Barbuto [1994].

¹⁰⁷ Nell'impossibilità di trattare qui anche solo *en passant* questo affascinante (e fondamentale) argomento, rinvio al mio Di Donato [2003, 243 ss. e 315 ss.]; e alle opere di Van Kley [1975 e 2002], nonché ai saggi contenuti nel vol. curato da Maire [1990], tra cui segnalo quello dello stesso Van Kley [1990], di Campbell [1990], di Swann [1990]. Considero, invece, del tutto inattendibile sul punto il – per altri versi anche pregevole – volume della stessa Maire [1998, spec. 396-420, 428-34 e *passim*].

¹⁰⁸ Su questo argomento, molto efficacemente, Renoux-Zagamé [2003].

teorico-pratica, questa, propedeutica alla mediazione giuridico-patriarcale¹⁰⁹.

Nelle mani dei giuristi il diritto costruiva, dunque, il suo primato occulto sulla decisione politica diventandone l'essenza imprescindibile. Il potere politico e socio-culturale dei giuristi si edificava sull'affermazione del diritto (e sulla tecnica esegetica dei suoi gestori) come elemento determinante della costruzione sociale della *civitas* e della *civilitas*.

Il machiavellismo giuridico è quindi un machiavellismo di particolare caratura, si direbbe un machiavellismo «alla seconda»: se il pensiero del geniale autore del *Principe* fu così osteggiato nelle fila dei giuristi, i loro comportamenti concreti si fondarono a pieno titolo sulle sue osservazioni. Fu grazie a questo contributo del ceto magistratuale se il machiavellismo venne favorito nei fatti a dispetto delle asserzioni teoriche e morali che lo denigravano come pensiero diabolico. Come hanno dimostrato gli studi ormai classici di De Caprariis¹¹⁰, di Vivanti¹¹¹ e di Mastellone¹¹², fino alla notissima sintesi di John Pocock¹¹³, seguita da quella di Skinner¹¹⁴, già nella seconda metà del Cinquecento il pensiero di Machiavelli venne applicato pressoché alla lettera e divenne di là dalle Alpi – specialmente in Francia e in Inghilterra¹¹⁵ – la pratica politica,

¹⁰⁹ Sul punto (e sulla mediazione patriarcale dei giuristi), cfr. *supra*, cap. I, par. 5 e cap. III, *passim*.

¹¹⁰ Cfr. de Caprariis [1959].

¹¹¹ Cfr. Vivanti [1963].

¹¹² Cfr. Mastellone [1972]. L'A. ha seguito, con particolare cura, genesi, motivi ed evoluzione dell'antimachiavellismo francese in pagine (spec. 35-92) che restano epiche sull'argomento; la sua conclusione pone l'accento sulla considerazione che nella Francia del Cinquecento «l'antimachiavellismo era, in realtà, una polemica fatta in nome del bene pubblico, e poteva essere vista tanto come una semplice opposizione ai consiglieri italiani [dell'*entourage* di corte], quanto come avversione a una mentalità utilitaristica e venale» (p. 71).

¹¹³ Cfr. Pocock [1980].

¹¹⁴ Cfr. Skinner [1999].

¹¹⁵ Sulla fortuna francese e inglese di Machiavelli, cfr. Procacci [1995, rispettivamente 171-212 e 213-51]. Per comprendere il machia-

aggiungendo «pulsioni ulteriormente realistiche alle tradizioni empiristiche» già profondamente radicate in quelle realtà culturali e politico-istituzionali¹¹⁶.

6. *Il vero «quid» dello scontro: l'eterogenesi dei fini morali come perno dell'andamento storico*

Quanto le determinazioni insite nella disamina storica e nell'analisi teorica del Fiorentino contenessero lieviti destinati a far crescere lo «spirito delle istituzioni» e ad irrobustire le mentalità sociali a supporto del senso civico nazionale è stato dimostrato in numerosi studi¹¹⁷. Eppure, appare d'immediata evidenza a chiunque affronti senza pregiudizi morali o teoretici, con libero esame, i fondamenti della sua opera che essa è *ab imis fundamentis* quanto di più radicalmente opposto si possa dare rispetto al metodo e alla *forma mentis* che i giuristi europeo-continentali avevano costruito a partire da quella che non senza enfasi agiografica gli storici del diritto definiscono il «Rinascimento giuridico medievale»¹¹⁸ e al filone detto del *mos italicus* che ne seguì.

Per mostrare sinteticamente la distanza siderale tra quei due mondi e quanto il realismo etico di Machiavelli avesse demolito in radice lo schema adottato dall'ideo-

vellismo dei giuristi francesi (negato in teoria e applicato in pratica) basta l'esempio, molto calzante, di Étienne Pasquier, il quale definiva Machiavelli un autore «degnò del fuoco», ma poi lo leggeva avidamente saccheggiandone le pagine e utilizzandone i contenuti verificati nella pratica: *ivi*, p. 179. La penetrazione del pensiero del Fiorentino oltralpe non si limitò solo all'area occidentale. Secondo recenti ricerche vi fu una consistente diffusione dell'empirismo machiavelliano anche nell'area tedesca: cfr. il recente congresso *Machiavellismus in Deutschland* i cui Atti sono in corso di pubblicazione a cura di Meyer e Zwierlein [2007].

¹¹⁶ Cfr. Ajello [2005, 43-4; 2009, spec. 208-12]. Sul punto, l'ampio studio classico di Thuau [1966, spec. 33-102].

¹¹⁷ Mi limito a ris segnalare qui solo Thuau [1966]; Pocock [1980]; Senellart [1989].

¹¹⁸ Cfr. *supra*, *Introduzione*, par. 3.

logia giuridico-morale è il caso di soffermarsi solo, tra i molteplici argomenti possibili, sulla concezione della storia in riferimento alle motivazioni morali dell'azione che in essa si compie. I giuristi si conformavano al canone ontologico secondo il quale una decisione poteva qualificarsi come «giusta» solo quando essa era «conforme alla “verità oggettiva delle cose”, anche a prescindere dalle prove addotte (o non addotte) in udienza dalle parti»¹¹⁹. Questo paradigma era dettato da una più generale convinzione di fede: la *Veritas* incarnata nel Verbo cristiano costituiva un *momentum a quo* assoluto, un punto di partenza, una Causa efficiente, un *prius* categorico e immutabile che domandava solo di essere conosciuto *sic et simpliciter* dal *legum doctor* e applicato (o meglio riscontrato) nelle diverse circostanze fattuali sulle quali era chiamato a *jus dicere*.

Il carattere «accidentale» del fatto in rapporto al carattere «essenziale» del diritto non poteva che esaltare ancor più l'essenza oggettiva del valore che s'imponeva attraverso la Verità morale alla coscienza del *judex*¹²⁰. Questo *status quo*, fondato sull'accettazione assoluta dello schema aristotelico e sulla fede incrollabile nell'identità sostanziale del diritto – e quindi sulla natura dichiarativa della *juris prudentia* –, determinò un *imprinting* indelebile nella *forma mentis* del giurista. E anche se con l'affermarsi del sistema del diritto comune si determinò un indubbio passaggio «dal campo morale e religioso (che è quello della coscienza) al campo del diritto» con particolare influenza sulla «deontologia giudiziaria» e sui «doveri dei giudici»¹²¹, è altrettanto innegabile che ciò non significò affatto un superamento della struttura mentale precedente quanto semmai una sua cumolazione e un adattamento alle nuove circostanze.

¹¹⁹ Padoa-Schioppa [2003, 260].

¹²⁰ Sul punto cfr. Carbasse e Depambour-Tarride [1999] e in particolare i saggi di Carbasse [1999]; Thireau [1999]; Renoux-Zagamé [1999]; Sériaux [1999].

¹²¹ Padoa-Schioppa [2003, 261].

Il *judicium* restò sempre nella mentalità dei giureconsulti chiamati a pronunziarlo un'entità pienamente inserita nel «*domaine de l'œuvre divine*»¹²² e la sentenza o il responso del magistrato furono sempre, per tacito assenso condiviso da tutto il mondo della *robe*, considerati un frammento della *divinitas*. La *jurisdictio* era in realtà il diretto riflesso di un «*avant-dire-droit*» dal quale attingeva la sua essenza¹²³. La *decisio* ricalcava l'esatta dimensione della *Veritas* divinamente preordinata. E il giureconsulto era il mediatore tra la *Mens* e la *res*, tra il Verbo universale e il fatto transeunte. La sua presenza nell'ambito dell'Ordine rivelato era, a sua volta, un segno inoppugnabile del Destino supremo e provvidenziale nel quale la sua attività, volta alla rivelazione di *jus* e *justum* coincidenti nel suo *responsum*, si esplicava. La sua *honestas* era perciò presunta. Di qui la ritenuta inutilità di ogni motivazione¹²⁴.

«Dire il diritto» era considerato in tale contesto un'attività «trascendente». Nella metafisica tramandata dalla Tradizione aristotelico-cristiana «il cosmo è una totalità ordinata da Dio sovrano signore e creatore dell'universo». Ogni entità ha il suo proprio posto in questo schema oggettivo, dato una volta per sempre e un principio ordinatore «unifica l'insieme senza tuttavia renderlo uniforme». Così, «esercitando la sua normale attività di *iurisdictio*, ogni giudice partecipa all'attività propria della divinità»¹²⁵, in quanto «ogni interpretazione partecipa al sovrappiù dell'universo ch'essa interpreta»¹²⁶. Nell'espletare la sua normale funzione di reperire la norma prevista nella fattispecie, il giurista esercita la «Ragione universale» che è posta «a fondamento dell'ordine giuridico». Nel porsi «all'ascolto del *logos* della situazione che deve giudicare», il giudice «procede legittimamente a una qualificazione»

¹²² Jacob [2001, 36].

¹²³ Ivi, p. 47. Si veda anche Id. [1996b].

¹²⁴ Cfr. Giuliani e Picardi [1978; 1987]; Ascheri [1989, 24].

¹²⁵ Sériaux [1999, 293].

¹²⁶ Ivi, p. 298.

del fatto e «scopre il diritto incluso nella situazione medesima»¹²⁷. Poiché il *justiciabile* che è davanti a lui ha «diritto al diritto» e «non a una semplice applicazione» di una norma preesistente, il giudice si configura per eccellenza «come ministro di equità». Egli è la garanzia vivente della Giustizia. Il suo «sapere», in teoria vincolato dalle grandi strutture metafisiche che lo sovrastano, è quindi di fatto sempre «libero» e sempre egli deve avere «l'audacia generosa di esprimersi»¹²⁸. Il giudice è dunque colui che subordina «il suo volere al suo sapere» e «pone l'intelligenza là dove dev'essere: al vertice dell'ordine interiore» tributario della Verità¹²⁹. Egli diventa allora *speculum justitiae*, un puro riflesso dell'astro centrale ed eterno, il «*sol justitiae* nel quale la saggezza giudaico-cristiana scopre la fonte di ogni giustizia: il Messia»¹³⁰.

Con questi strumenti, penetrantissimi e in sommo grado efficaci, il giurista sa di porsi in una posizione di autonomia e indipendenza dal potere transeunte «di un principe, di un cetto ristretto, di una classe» e intende operare nella piena consapevolezza di «colmare il vuoto lasciato dallo sfacelo politico»¹³¹. È la sua stessa specifica «scientificità» a porlo in una dimensione sovrastorica o metapolitica. Ed è il suo collegamento diretto col piano divino a legittimarne la «libertà» interpretativa cosicché «nel momento di applicazione della norma» egli può decidere che quest'ultima sia «susceptibile di differente applicazione: sarà talora il pieno rigore (*rigor*), talora la moderazione (*moderatio/temperatio*), talora addirittura la non-applicazione (*relaxatio*)»¹³². Nessuna responsabilità né

¹²⁷ Ivi, p. 303.

¹²⁸ Ivi, p. 304.

¹²⁹ Ivi, p. 309.

¹³⁰ Ivi, p. 310.

¹³¹ Grossi [1995, 51 e 53].

¹³² Ivi, p. 122. Nel suo contesto l'A. si riferisce al diritto canonico (e in particolare a un «trattato metodologico» della fine dell'XI secolo, il *Prologus in Decretum* di Ivo di Chartres), ma questa dimensione tecnica e al tempo stesso psicologica fece scuola, divenne un modello e si estese a tutto il *mos italicus*.

alcun controllo è possibile sul suo operato, perché la sua decisione «potestativa lo impegna frontalmente davanti a Dio»¹³³.

La legge che il giureconsulto applica, o meglio forgia attraverso l'*interpretatio*, non è un comando responsabile proveniente da un potere politico-istituzionale precisamente identificato. È, invece, una *lex* contenuta in una superiore *Ratio insita naturae*, secondo la celebre definizione ciceroniana recuperata e adattata al nuovo contesto. Uno dei maggiori giuristi italiani del Trecento, Alberico da Rosciate, lo dirà nel suo *Dictionarium ad utriusque iuris facilitatem* con un brocardo destinato a restare celebre tra i colleghi non solo del suo tempo: «La legge umana è interprete dell'*aequitas*»¹³⁴. La *lex* non è dunque un testo che si può apprendere per applicarlo, ma è creazione *rivelata* al giureconsulto. E anche quando un principe decide di tradurre questa *aequitas* in precise norme giuridiche positive, egli non fa che trasporre il contenuto e l'opera della *jurisdictio* in *imperium*. Il diritto, così inteso come *ordo juris* preesistente la *lex*, diventa il limite dell'azione politica¹³⁵, limite costitutivo, ontico, nel quadro di un orizzonte di senso governato dall'ineffabile «Oltre» cui solo la fede (così in Dio come nel giureconsulto da Lui illuminato) può attingere. La giuridicità si sostanzia di «radicazioni oggettive» giustificandosi «unicamente in esse»¹³⁶. Su questo insondabile *quid* giurisprudenziale-divino si costruisce «il primato ontologico del diritto»¹³⁷, quello stesso che Machiavelli impietosamente demolisce sostituendovi il primato della politica e delle relazioni sociali effettive.

Se il giurista medievale aveva puntato tutto sulla *Scientia juris* come strumento di rivelazione della *Veritas* insita nella natura divina delle cose, e sulla *jurisdictio* come «il

¹³³ Ivi, p. 123.

¹³⁴ Ivi, pp. 142-43.

¹³⁵ *Ibidem*.

¹³⁶ Ivi, p. 144.

¹³⁷ *Ibidem*.

tramite sicuro per conseguire la piena contemplazione di questa» verità¹³⁸, essenza immutabile, il politico moderno, la cui nuova *forma mentis* è inaugurata dalla speculazione del Fiorentino, rovescia completamente questo schema e pone al centro della sua speculazione l'esperienza dei fatti. In questo percorso, la speculazione machiavelliana attingeva a piene mani dal solido pragmatismo classico consolidatosi nell'esperienza giuridica romana, e dalle correnti materialistiche, democritee ed epicuree, rinfocolate nel corso della stagione umanistica¹³⁹. Il pilastro portante di questa svolta era costituito dall'enunciato di Lorenzo Valla per il quale la legge non deve fondarsi sulla *honestas* (ossia sui valori morali) bensì sulla *utilitas populi*¹⁴⁰. Su questa base Machiavelli procede verso la formulazione di una generale teoria giuridica di stampo realistico fondata cioè sull'osservazione dei fatti storico-politici e non più sulla ricezione interpretativa di una preesistente verità ipostatizzata nel circuito *fides/ratio*, appannaggio esclusivo dei *sapientes*.

È in questo contesto che bisogna leggere l'opera machiavelliana e dare il giusto peso alla forza dirompente del celebre «appello» metodologico alla «verità effettuale della cosa»¹⁴¹. Porre il dato empirico, ossia ogni elemento suscettibile di verifica sperimentale, al centro della valutazione dell'azione politica, costituiva una rivoluzione rispetto a quella dimensione ontologica di cui soprattutto i giuristi si sentivano depositari.

In tal senso, il pensiero di Machiavelli non separa affatto etica e politica¹⁴² (secondo la prospettiva idealistica che in Italia si è imposta grazie soprattutto all'interpre-

¹³⁸ Ivi, p. 145.

¹³⁹ Sul punto cfr., tra studi che compongono ormai una bibliografia sterminata: De Mattei; Filiasi Carcano; Guzzo; de Lagarde; Merleau-Ponty; Lamanna; Chaix Ruiz; Kristeller; tutti [1951].

¹⁴⁰ Valla, *De Voluptate*, c. 29: cit. in Ajello [1976, 109]: «Quare hoc mihi concedatis necessario, leges non ad honestatem populi intendere, sed utilitatem».

¹⁴¹ Machiavelli [1995, 102 (XV, 3)].

¹⁴² Cfr. Dotti [1979; 2003].

tazione crociana), ma conferisce alla politica una sua propria etica, l'etica della fattualità¹⁴³. Quest'ultima è in stretta connessione con la storia, ossia con la dinamica infinitamente mutevole degli eventi e delle situazioni. Di conseguenza, una sana percezione del fenomeno storico-politico non può che assumere come dato di partenza l'imprevedibile varietà dei comportamenti umani e dei loro significati etici. Inserita in un determinato contesto, quella che in base al paradigma morale verrebbe giudicata come la più turpe delle azioni può rivelarsi inaspettatamente produttrice di effetti benefici¹⁴⁴. Siamo di fronte a quello che per il giurista del suo tempo (e ancora per tanti giuristi dell'attualità) sarebbe suonato come un incomprensibile (o addirittura blasfemo) paradosso: un'etica immorale.

Machiavelli lo illustra in uno dei passaggi teoretici più profondi della sua opera scegliendo accuratamente anche la sequenza concettuale del discorso. Non è affatto un caso che lo stesso capitolo (il XV) del *Principe* che si era aperto con l'esposizione del principio di effettività quale fondamento metodologico dell'intera costruzione discorsiva proposta si chiuda con questa limpida presa di coscienza della natura eterogenetica dell'azione (im)morale nei suoi effetti politici. Vale la pena di ricordare integralmente quel formidabile passaggio nel quale il Fiorentino celebra il funerale della *Scientia juris* medievale e della poderosa impalcatura ontologica e morale ad essa sottesa:

E io so che ciascuno confesserà che sarebbe laudabilissima cosa uno principe trovarsi, di tutte le soprascritte qualità, quelle che sono tenute buone. Ma perché le non si possono avere tutte né interamente osservare, per le condizioni umane che non lo consentono, è necessario essere tanto prudente

¹⁴³ *Ibidem*.

¹⁴⁴ Su questo importantissimo fenomeno (l'eterogenesi dei fini), centrale nelle scienze sociali, rinvio al volume molto suggestivo di Merton e Barber [2002]. Da vedere, sul punto, anche Boudon [1985]. Interessanti notazioni in Fedriga [2002].

ch'è sappi fuggire la infamia di quegli vizi che gli torrebbono lo Stato; e da quegli che non gliene tolgono guardarsi, s'è gli è possibile: ma non possendo, vi si può con meno rispetto lasciare andare. Ed etiam non si curi di incorrere nella infamia di quelli vizi, senza e' quali possa difficilmente salvare lo Stato; perché, *se si considera bene tutto, si troverà qualche cosa che parrà virtù, e seguendola sarebbe la ruina sua: e qualcuna altra che parrà vizio, e seguendola ne nasce la sicurtà e il bene essere suo*¹⁴⁵.

Di fronte a un attacco così frontale alla *forma mentis* imperante nelle fila dei *legum doctores* ci sarebbe stato da stupirsi se essi non avessero organizzato una strenua difesa delle proprie posizioni ideologiche e, con esse, della mediazione patriarcale e di tutto l'apparato di concretissimi privilegi e vantaggi di cui, grazie al suo esercizio, il ceto giuridico godeva. Ma attaccare il Fiorentino su questo versante era rischioso. La difesa del vecchio ontologismo, messo così potentemente e *apertis verbis* sotto accusa, presentava difficoltà non agevolmente superabili da parte della cultura giuridica, che non era attrezzata – neppure sotto il profilo psicologico – a fronteggiare l'offensiva sul piano del confronto teoretico diretto.

Il terreno dello scontro dialettico era improvvisamente mutato e i giuristi comprendevano bene il rischio di avventurarsi in un dibattito dal quale era molto più probabile uscire perdenti che vittoriosi. L'ontologismo fideistico franava sotto i fendenti della cultura umanistica. Lo sconfinato allargamento del mondo geografico conosciuto poneva ormai problemi teologici e teoretici irrisolvibili con le tradizionali categorie teologiche, divenute improvvisamente asfittiche quando non contraddittorie¹⁴⁶. E lo stesso universalismo religioso e teoretico stava per subire colpi che non potevano essere parati o assorbiti restando

¹⁴⁵ Machiavelli [1995, 104 (XV, 10-12) (corsivo mio)].

¹⁴⁶ Si pensi solo alla celebre disputa di Valladolid tra Bartolomé de Las Casas (1474-1566) e il teologo gesuita Juan Gines de Sepulveda sull'«animalità» degli indios (nell'estate del 1550 e nel 1551 nell'Aula Triste del Palacio de Santa Cruz): cfr. Mahn-Lot [1998].

abbrabicati alle vecchie categorie logico-metafisiche e ai loro corollari mentali e psicologici. Bisognava attaccare il Fiorentino da un altro punto di vista, quello della sua immoralità. Partì allora la campagna denigratoria volta a screditarne il pensiero come la manifestazione del «volto demoniaco del potere»¹⁴⁷.

7. *Il machiavellismo antimachiavellico dei «robins» francesi*

Quest'ultimo aspetto è decisivo anche per spiegare il machiavellismo *in nuce* del ceto giuridico nei confronti dei poteri politici, soprattutto in quelle realtà nelle quali una poderosa costruzione statale s'impennava sulla figura mitico-simbolica di un monarca.

L'esempio di maggiore interesse, come non mancò di notare lo stesso Machiavelli nei *Discorsi*, è quello della Francia assolutistica. I giuristi francesi si erano costituiti, già a partire dal regno di Filippo il Bello e con uno slancio decisivo nel corso del Quattrocento, in un «gran corpo dello Stato»¹⁴⁸, saldando la loro posizione alla presenza di istituzioni forti e sempre più indispensabili nel funzionamento dell'apparato pubblico. In breve essi acquistarono il cinismo, raffinato e spietato, di chi conosce alla perfezione l'andamento del gioco politico nell'ambito delle istituzioni pubbliche e fondarono la loro strategia su un formidabile arsenale argomentativo, tratto dal deposito di esperienze giuridiche e politiche accuratamente controllate attraverso oramai collaudati filtri ideologici. Sentendosi forti di una infallibile *Tradition* di fatti e d'idee, essi maturavano in quegli anni con sempre maggiore chiarezza una visione completa della storia e dello sviluppo dello Stato francese e delle funzioni giuridiche e sociali assolute nel suo ambito dalla magistratura.

¹⁴⁷ Il riferimento obbligato, sul tema, è al classico di Ritter [1958].

¹⁴⁸ Autrard [1981].

A dispetto dell'aulico proposito del re, che affermò di non voler lasciare la sua autorità «a nessuno in terra francese» (come scrisse Luigi XV in una lettera inviata l'11 maggio 1753 al duca di Richelieu, maresciallo di Francia e ministro della casa reale), i *robins*, guidati da Louis-Adrien Le Paige, il geniale *leader* politico del *milieu parlementaire*, campione di un pragmatismo machiavellico di formidabile raffinatezza ed efficacia, s'ingegnarono di dimostrare che la storia dello Stato s'identificava alla perfezione con la storia del loro ceto. Secondo questa ricostruzione, con la quale la magistratura utilizzava la storia come arma di lotta politica contro la corona¹⁴⁹, i giuristi e gli apparati istituzionali da essi governati erano «coessenziali alla monarchia» fin dai tempi remoti e oscuri della sua fondazione¹⁵⁰. Neppure nelle vicissitudini più buie e avverse per la vicenda politica della *robe* il potere centrale era riuscito a sbarazzarsi dell'attiva partecipazione delle magistrature alle *affaires d'État* e ad affermare un suo primato assoluto effettivo, avulso dalla mediazione patriarcale dei giuristi¹⁵¹.

L'originalità della dottrina costituzionale dell'*avocat* (così veniva spesso chiamato Le Paige dai suoi *disciples* e simpatizzanti), nella quale è sintetizzata tutta la posi-

¹⁴⁹ Cfr. Richet [1998, 147-9]; Di Donato [2003a, 138-71 e 456-63; 2003c]; sullo scontro politico nella Francia di Luigi XV, cfr., inoltre, Diaz [1962]; Egret [1970]; Van Kley [1975 e 1984]; Alatri [1977]; Swann [1995]; Rogister [1995].

¹⁵⁰ La tesi qui utilizzata strumentalmente da Le Paige, nello scontro dialettico e politico con la corona e il ministero, è divenuta, ben oltre il suo contesto storico, un *topos* dell'antropologia giuridica contemporanea. Secondo Habermas [1992, 59]: «diritto sanzionato dallo Stato e potere statale giuridicamente organizzato *mostrano di nascere insieme*. Sembra proprio che siano gli sviluppi arcaici del diritto ad aver reso possibile la nascita di quella forma peculiare di dominio in cui *potere statale e diritto statale* si costituiscono a vicenda» (primo corsivo mio).

¹⁵¹ Persino sotto Luigi XIV la magistratura, pur così compressa come fu, riuscì a mantenere intatto lo statuto costituzionale del regno che la vedeva titolare di diritti e prerogative inalienabili: cfr. Ford [1953]; Lloyd Moote [1971]; Hamscher [1976]; El Annabi [1989]; Hurt [2002].

zione machiavelliana della *robe*, consiste proprio in questo sovrano orgoglio della «ragione giuridica» per cui la Francia, con l'affermazione del modello politico assolutistico-parlamentare, si poneva alla testa di un processo di civilizzazione, imperniato sul diritto e sugli apparati magistratuali, e destinato a costituire un punto di riferimento per tutte le nazioni progredite del Vecchio Continente. È molto significativa in proposito la citazione che Le Paige riserva nelle sue *Lettres historiques* ai celebri passi del *Principe* (cap. XIX) e dei *Discorsi* (lib. I, cap. 16 e lib. III, cap. 1) nei quali:

Machiavelli, con tutto che era Machiavelli, non ha potuto esimersi dal confessare che «tra i regni ben ordinati e ben governati vi è quello di Francia. Poiché» afferma, «vi si trovano una infinità di buone istituzioni, dalle quali dipende la libertà e la sicurezza del re; tra le prime di queste istituzioni vi è il Parlamento e la sua autorità... e d'altro canto», aggiunge ancora, «il Regno di Francia non è sicuro che per il fatto che i Re sono vincolati a una infinità di Leggi, nella qual cosa si trova la sicurezza di tutti i popoli... delle quali Leggi e Ordinanze, i Parlamenti sono i guardiani e i protettori, e principalmente quello di Parigi; e per il Parlamento queste Leggi sono rinnovate ogni volta che esso procede a una esecuzione contro un principe del regno, e che condanna il Re nelle sue sentenze» (in materia civile)¹⁵².

Il principale riferimento lepaigiano è dunque al celebre passo dei *Discorsi* nei quali Machiavelli loda l'equilibrio del sistema transalpino proprio per la presenza attiva dei Parlamenti, custodi dell'*ordo juris* e depositari del corpo di leggi che costituisce il fondamento primo dello Stato ben ordinato. Rileggiamo e confrontiamo il passo del Fiorentino con la citazione di Le Paige:

Hanno ancora i regni bisogno di rinovarsi e ridurre le leggi di quegli verso i suoi principii. E si vede quanto buono effecto fa questa parte nel Regno di Francia, il quale regno vive sotto

¹⁵² Le Paige [1753-1754, I, 23].

le leggi e sotto gli ordini più che alcuno altro regno. De le quali leggi et ordini ne sono mantenitori e parlamenti e maxime quel di Parigi; le quali sono da lui rinovate qualunque volta ei faceva executione contro ad un principe di quel regno, e che ei condanna il re nelle sue sentenze¹⁵³.

Si può notare come l'abilissimo *avocat* parigino riprenda nel suo brano, decontestualizzandola, la costruzione discorsiva machiavelliana, omettendo di specificarne il significato originario. Machiavelli scriveva infatti sui *Parlements* in una fase nella quale, benché già istituzionalmente strutturatasi, la magistratura parlamentare era ancora lontana dalla lotta politica «militante» – l'espressione è dello stesso Le Paige¹⁵⁴ – condotta cioè con lo scopo d'indebolire la sovranità del re per obbligare di fatto quest'ultimo a dividerla con il potere giurisdizionale. Come si è giustamente osservato, «per tutto il corso del XVI secolo la questione della natura e delle funzioni del Parlamento» era ancora «particolarmente controversa» e fluida¹⁵⁵.

Gli eventi successivi – soprattutto nel corso della Fronde e più tardi del regno di Luigi XV – avrebbero clamorosamente smentito la teoria machiavelliana dei «freni» magistratuali al potere regio, ripresa e rilanciata solo pochi anni dopo la composizione del *Principe* da Claude de Seyssel, facendola apparire piuttosto ingenua¹⁵⁶. La ragione di fondo per cui Machiavelli aveva individuato proprio nel regno di Francia il tipo ideale del regno ben ordinato e governato non era certo lo strapotere paralizzante

¹⁵³ Machiavelli [1999b, 956-7 (lib. III, par. 1)]; altri due riferimenti al sistema francese nell'opera: pp. 525-6 (lib. I, par. 16) e ivi, p. 707 (par. 58).

¹⁵⁴ «La magistratura è una milizia che ha le sue prove, e che richiede coraggio e fermezza, come la milizia delle armi. È per le leggi che essa deve armarsi di fermezza. La fermezza sola può impedire il progresso del male, e salvare tutto»: BPR, LP 569, doc. n. 97, 30 aprile 1771. Cfr. Di Donato [2003a, 527].

¹⁵⁵ Procacci [1995, 178].

¹⁵⁶ Ivi, pp. 177-8. Sulla «teoria dei freni», cfr. Richet [1998, 44-5]; Mousnier [2002, 91-3]. Sul Parlamento nella fase cruciale del XVI secolo, cfr. Daubresse [2005].

della magistratura, alla quale nel proprio contesto egli non avrebbe potuto mai pensare. Al contrario ciò che aveva colpito il Segretario fiorentino, come tanti spiriti colti del suo tempo, era stata proprio l'efficienza e la modernità dell'organizzazione socioistituzionale di quel regno, una struttura «ben temperata» proprio perché capace di realizzare una sorta di equilibrio moderato tra le diverse funzioni necessarie alla vita della *Respublica*, un «modello valido per eccellenza» che egli considerò «quale espressione di un potere costituzionale rigorosamente regolato»¹⁵⁷.

Pur vero è che Machiavelli non sottace il fatto che la specificità del modello francese era data dalla presenza attiva dei parlamenti e questa constatazione era stata – Le Paige ha buon gioco nel rimarcarlo – ripetuta dai più celebri *savants* del regno, da Seyssel a du Haillan¹⁵⁸. Ma in quel momento i *robins* erano ancora nella fase iniziale «della loro ascesa»¹⁵⁹ e non avevano conquistato o quanto meno consolidato tutte le posizioni istituzionali e corporative che ne avrebbero fatto i protagonisti assoluti della vita dello Stato tra Cinque e Settecento. In ogni caso, sottolineava non senza malizia intellettuale e politica l'*avocat*, la *Scientia juris* era «naturalmente concentrata» nel supremo organo titolare della *jurisdictio*:

In questo consiste veramente la saggezza della nostra costituzione, che i pubblicisti e Machiavelli stesso hanno tanto ammirato: che cioè è bello aver istituito in una monarchia degli uomini incaricati per dovere di essere gli oratori e i martiri del bene pubblico! Ecco qua il Parlamento¹⁶⁰.

Infatti:

è nel Parlamento solo che, attraverso la concentrazione dei lumi e per il gran numero dei loro membri, [i magistrati] sono molto meno soggetti a sviste, e che [l'autorità regia] è sicura

¹⁵⁷ Ajello [2005, 47 e 49].

¹⁵⁸ Le Paige [1753, I, 23-9].

¹⁵⁹ Cfr. Ajello [2005, 86].

¹⁶⁰ BPR, LP 574, doc. n. 14.

di trovare le vere massime dello Stato e i principi fondamentali del diritto pubblico nazionale¹⁶¹.

Nella sapiente e infallibile tecnica interpretativa dei giuristi si condensavano dunque il «savoir philosophique» e il «savoir politique». Mentre non poteva dirsi l'inverso, perché i *théologiens* e i *philosophes* – come i sovrani – erano sguarniti di tecnica giuridica¹⁶².

L'ambito assiologico nel quale la *robe* inscriveva la griglia dei propri valori era ispirato a una dimensione complessa che conciliava alla perfezione l'ontologismo aristotelico con la più studiata delle strategie machiavelliche. Nei fedelissimi *disciples* di Le Paige, specialmente in Durey de Meinières e in de Revol, ciò che a noi oggi può apparire come un contorsionistico tentativo di conciliare gli opposti assume forme particolarmente significative e lineari, rivelatrici di quali potessero essere i risultati del machiavellismo giuridico. De Revol applica sistematicamente uno schema logico che coniuga uno dei cardini dell'aristotelismo scolastico, che distingueva «sostanze» e «accidenti», con la necessità machiavelliana della *fiction* per preservare il potere. Perciò, se da un lato

la certezza¹⁶³ dei principi storici è indipendente da ciò che il sovrano ordina per una provincia particolare, sia che egli segua esattamente questi principi, sia che la sua più grande autorità lo obblighi a contraddirli in qualche luogo con leggi che il maggior bene dello Stato gli detti,

tuttavia dall'altro

in ogni materia, un fatto universale [...], quando è constatato,

¹⁶¹ BPR, CF 213, 1, cc. 5-6. Alcuni esempi, tra i numerosi altri, sull'uso in tal senso del termine *lumières* nel linguaggio lepaigiano: BPR, LP 553, doc. n. 21, c. 2; LP 558, doc. n. 16, f. 14; LP 558, doc. n. 72, f. 3.

¹⁶² Cfr. Krynen [1991; e soprattutto 2002]. Cfr. *infra* nota 195, 199-201 e 218-222; cap. V, nota 114.

¹⁶³ Nel ms. originale il termine *certitude* sostituisce quello originario di *vérité* cancellato con due tratti di pennino.

fa la prova che questo era il diritto pubblico su quest'oggetto, poiché è sempre esistito fin quando una legge universalmente recepita non gli abbia sostituito un altro principio¹⁶⁴.

Il machiavelliano «principio di effettività» determinava cioè il crinale distintivo tra ciò che poteva essere considerato vero diritto e ciò che invece restava solo nel novero delle astrazioni deontologiche e nelle buone intenzioni. Difendendo questo principio, De Revol perorava, in realtà, la causa della giurisprudenza parlamentare. Il diritto «vigente», infatti, non poteva che essere quello applicato dai tribunali e in ultima istanza dal *Parlement*. Considerando quindi valido il solo diritto «vigente», de Revol non faceva altro che ritenere efficace il solo diritto giurisprudenziale, salvaguardando così il ruolo politico occulto della mediazione patriarcale della magistratura.

Da fonti testuali come queste – e se ne possono espungere quante se ne vogliono dalle carte lepaigiane che attestano l'attività giuspolitica del *milieu parlementaire* – emerge la tipologia della venatura machiavelliana presente nell'ideologia giuridica e nella pratica del potere togato, nonché l'importanza della struttura gerarchica degli uffici giudiziari non tanto come fattore di razionalità dell'organizzazione istituzionale, quanto, soprattutto, per il suo intrinseco nesso con la *forma mentis* degli *hommes de robe*.

8. *Il diritto contro lo Stato*

Si dirà che da allora a oggi molta strada si è fatta per la modernizzazione degli ordinamenti giuridici e politici; e che molti giuristi sono ormai pienamente integrati nella mentalità positivista tipica dell'epistemologia contemporanea.

Questa visione delle cose cela in realtà un equivoco di fondo che si può chiarificare con una domanda reto-

¹⁶⁴ BPR, LP 580 *bis*.

rica: quello che caratterizza la mentalità dei giuristi contemporanei è davvero un positivismo affine al positivismo critico dell'epistemologia moderna? Quanto «realismo» (machiavellianamente inteso) vi è nel «positivismo» giuridico? Il diritto e la scienza giuridica odierni sono il frutto del travaglio, della crisi – per usare la terminologia husserliana¹⁶⁵ – attraversata dalle scienze europee nel corso del Novecento? O invece il «positivismo» (l'uso delle virgolette è d'obbligo in questo caso) dei giuristi è da essi ritenuto con fierezza di tutt'altra natura rispetto al positivismo delle altre scienze (anche sociali)?¹⁶⁶ Può il diritto dar luogo a una «scienza» giuridica fin tanto che dimora la confusione tra l'oggetto studiato e gli strumenti metodologici fissati per la sua comprensione?¹⁶⁷ La ragione giuridica contemporanea non si è forse chiusa in un nor-

¹⁶⁵ Husserl [1987].

¹⁶⁶ Cfr. Ferrajoli [1996], che opportunamente sottolinea il progressivo distacco della scienza giuridica dalle altre aree disciplinari affini (in primo luogo sociologia e politologia), ma anche la «sua separazione, quale disciplina tecnica, dalla cultura generale» (ivi, p. 563). La loro presunta «autosufficienza culturale» ha fatto sì che i giuristi, soprattutto coloro che appartengono al «ceto statale», abbiano realizzato una vera e propria «immunizzazione politica» e con essa una «doppia impermeabilità»: quella del diritto nei confronti «della cultura umanistica» e quella di quest'ultima nei confronti della cultura giuridica. Ciò comporta il fatto che «l'uomo di legge, dotato di cultura giuridica [sia] spesso privo di qualunque altra cultura, e spiega *la straordinaria capacità di resistenza della scienza giuridica ai mutamenti politici e culturali*» (*ibidem*; corsivo mio). Per un giurista altamente rappresentativo della cultura giuridica del suo tempo (e non solo) come Salvatore Pugliatti la crisi delle scienze europee, salutata da Husserl come il grande e profondo rinnovamento epistemologico della nuova era della storia umana, diventava una tremenda stagione d'irreversibili sconvolgimenti, nella quale «tra i marosi delle critiche e delle polemiche» solo la scienza giuridica aveva saputo resistere proprio grazie alla chiusura nel proprio tecnicismo, cosa che le aveva consentito di risentire assai meno «dei rivolgimenti che si sono prodotti negli altri campi del sapere»; il tal modo, scriveva sempre Pugliatti, «essa ha operato quasi in un territorio cintato, preservandosi da ogni influenza esterna: ha mantenuto un carattere dogmatico, ma ha conquistato una considerevole capacità di resistenza» (*ibidem* e p. 564).

¹⁶⁷ Su questo punto, molto chiaramente Troper [2001; 2003].

mativismo tecnicistico, che ha liquidato ogni contatto con l'evoluzione della società e che, attraverso l'esaltazione acritica delle proprie «specificità», ha in realtà operato una pervicace impermeabilizzazione ai metodi delle scienze storico-sociali¹⁶⁸ e ai loro più recenti sviluppi? In altre parole, quanto della tradizionale «ideologia giuridica», combattuta frontalmente da Valla, da Machiavelli, da Bacone, da Hobbes, da Pufendorf, da Barbeyrac, da Voltaire e da Rousseau quanto di quell'ideologia persiste ancora, pur in un contesto così mutato e sotto vesti tanto diverse?

Quando si parla oggi di «positivismo» riferito al campo del diritto s'intende, in realtà, la centralità della norma giuridica nell'attività degli operatori del diritto. Ma questa «centralità» della norma, questa sacralizzazione del valore intrinseco nella giuridicità della disposizione formale serve, oggi come ieri, a coprire la libertà interpretativa e la supremazia incontrastata e incontrollabile della giurisdizione, ossia della mediazione ancora patriarcale, ancora «sapienziale» del giurista a dispetto di ogni limpido «primato» della politica. Quest'ultimo viene così soppiantato occultamente con effetti devastanti per la trasparenza del potere e per la tenuta del principio di responsabilità, fondamentale in ogni Stato democratico di diritto, riferito a chiunque eserciti funzioni decisionali¹⁶⁹. Normativismo e formalismo restano dunque, a dispetto degli astratti proclami di aggiornamento della mentalità giuridica, gli effetti concreti del «positivismo» dei giuristi. E così anche i bei propositi espressi da alcuni storici del diritto che si dichiaravano più sensibili ai temi della *socia-*

¹⁶⁸ Il riferimento implicito è, ovviamente, al classico di Weber [1958].

¹⁶⁹ A che altro se non a questo stato di cose si deve quella reazione (non meno pericolosa della mediazione patriarcale dei giuristi) del mondo politico che nel tentativo di contrastare la persistenza del potere occulto dei nuovi giureconsulti-tecnocrati e di recuperare un certo peso nei processi decisionali parla ormai apertamente di *soft-law*? Su quest'ultimo concetto, cfr. *infra* cap. V, par. 2, testo corrispondente alle note 28 e 29.

litas, della politica, dell'economia e della vita istituzionale sono in buona parte rimasti lettera morta¹⁷⁰.

L'elevazione agli altari della norma «posita» – ossia, non sembra pleonastico ricordarlo, di un dover-essere, non di una realtà «effettuale» – è fondata su una visione che resta in buona sostanza improntata al più radicato, furbo e interessato idealismo¹⁷¹. I giuristi restano latori di una mentalità, di una visione del mondo – che si può ben qualificare come «ideologia»¹⁷² – improntata a una sempre più raffinata tecnica di gestione del divario tra fatti e valori (un divario che è fisiologico ma che aumenta di pari passo con l'irrigidimento formalistico del diritto «positivo»).

I valori, si sa, sono un comodo scudo quando si vuole operare indisturbati nell'illegalità¹⁷³: «L'abbandono della cultura della legalità» è strettamente collegata a «un'interpretazione delle regole letterale, ottusa o casuale e quindi sempre sostanzialmente ingiusta» con un riverbero immediato sulla (in)civiltà statuale; lo Stato finisce allora con l'assumere azioni che sono lo «specchio e [la] sponda dei comportamenti illegali e antisociali», oscillando «spropositatamente fra il nulla e l'esagerazione, fra la tolleranza sostanziale e la tonante verbosità»¹⁷⁴. E quanto più gli ideali vengono esaltati in teoria, tanto più la vita pratica viene lasciata a se stessa, come una barca senza timone.

Il disastro della vita giuridica – giudiziaria e politico-amministrativa – italiana dipende in larga misura da que-

¹⁷⁰ Cfr. al riguardo il volume di «Atti» di un importante «incontro di studio» svoltosi a Firenze il 26 e 27 aprile del 1985 e pubblicati a cura di Grossi [1986].

¹⁷¹ Sulla commistione tra idealismo e (pseudo)positivismo nella *forma mentis* e nell'attività pratica dei giuristi, cfr. Ajello [1990, 119-26].

¹⁷² Nell'estesissima bibliografia sul tema, mi limito a indicare Baechler [1976]; Boudon [1991]. Sull'argomento specifico dell'ideologia giuridica, oltre al mio Di Donato [2003a], cfr. Krynen [2009].

¹⁷³ Si leggano al riguardo le illuminanti pagine di Fatelli [1999], spec. il capitolo dedicato a *La cultura della legalità come problema*, pp. 13-67 (par. intitolato: *Cultura della legalità e cultura giuridica*, pp. 37-55).

¹⁷⁴ Ivi, pp. 63-4.

sta espulsione dalla formazione del giurista del realismo empirico e dall'ancoraggio sempre più retorico al vecchio molo dei «valori» in luogo dei «fatti». Per paradosso beffardo, questa espulsione si realizza proprio all'insegna dell'esaltazione incondizionata del diritto positivo, un diritto – com'è stato giustamente osservato – sempre più oscuro, pletorico e farragginoso¹⁷⁵.

Ne nasce il *monstrum* che è la vita sociale, giuridica e politico-istituzionale dell'Italia contemporanea e che risulta incomprendibile ai nostri concittadini (e perfino ai giuristi e agli studiosi di cose giuridiche e politiche) europei e, più largamente, all'opinione pubblica occidentale. Questo *monstrum* è riassumibile sotto la formula sintetica del «diritto contro lo Stato»¹⁷⁶.

Ed è, purtroppo, il *quid* che continua a perpetuarsi in larga misura nelle Facoltà giuridiche nelle quali «la diserzione culturale che si notava già prima del 1975»¹⁷⁷ si è approfondita e in un certo senso incancrenita. Le discipline e le «categorie giuridiche hanno [sempre più] difficoltà ad intessere rapporti con quelle delle altre discipline»¹⁷⁸. In nome della «specificità del diritto» si sono costruite barriere insormontabili che ricordano assai più le delimitazioni microfeudali che le aperture gnoseologiche della scienza moderna. Di qui la diffidenza e la «tradizionale animosità tra i giuristi e i ricercatori delle scienze sociali»¹⁷⁹ e la repulsione dei giuristi positivisti per tutto ciò che esce dal recinto dell'esegesi normativa

¹⁷⁵ Cfr. Ainis [1999, 2002 e 2006]. Ainis ritiene incostituzionali le leggi oscure (ossia una gran parte delle norme giuridiche dell'ordinamento italiano), ma la sua proposta non sembra essere stata presa sul serio dalla dottrina costituzionalistica prevalente e, men che meno, dai giudici della Corte costituzionale. Sull'argomento si tornerà *infra*, cap. V, par. 2, nota 41.

¹⁷⁶ Sarà il titolo di un mio prossimo lavoro di sintesi sul (mancato) «ordine giuridico» italiano dal Medioevo premoderno al Medioevo attuale.

¹⁷⁷ Cfr. Arnaud [1993, 267].

¹⁷⁸ *Ibidem*.

¹⁷⁹ *Ibidem*.

e si apre al «confronto» tra il diritto (e i giuristi stessi) da un lato e le esperienze sociali, politiche e istituzionali dall'altro. «Un simile confronto» era, resta e – si ha tutta l'impressione – resterà «impossibile... oppure non se ne deve parlare»¹⁸⁰. Chiunque osi farlo è immediatamente espulso dalla comunità paludata dei *sapientes* riconosciuti, dei «veri giuristi», diventa un *outsider* da trattare con sufficienza o con indifferenza, o, nel migliore dei casi, un esperto di altre discipline, quindi implicitamente un non-giurista che guarda al fenomeno giuridico senza la necessaria, specifica e soprattutto riconosciuta competenza per farlo.

Quest'ultimo aspetto è il più delicato. Spesso si percepisce negli *entourages* universitari gravitanti intorno alle Facoltà giuridiche un'istintiva avversione verso le discipline sociali, dai giuristi chiamate con malcelato disprezzo «culturali» (come se la «cultura» dovesse e potesse esser rinchiusa in un ghetto). E tuttavia il pericolo maggiore non viene da questa (pur deplorabile) ripugnanza diretta, quando essa è espressa senza remore e *apertis verbis*. La vera insidia si annida invece in quei giuristi (e in quelle Facoltà) che tengono ad *apparire* interessati al dialogo con le scienze sociali, ma nella sostanza restano improntati a metodi e mentalità che sono quanto di più lontano si possa concepire dallo sperimentalismo empiristico di quegli àmbiti disciplinari.

Che la mentalità e i metodi dei giuristi italiani attuali – e di una rilevante parte degli storici del diritto – sia tutt'ora informata a quelle «impalcature» ideologiche di origine medievale¹⁸¹ sarebbe un luogo comune da percepire *ictu oculi* se non ci trovassimo di fronte a un macroscopico tentativo di occultamento. Ma l'esperienza (il criterio per antonomasia «machiavelliano» di valutazione dei fatti) smaschera con il tempo ogni scaltro sot-

¹⁸⁰ Ivi, p. 250.

¹⁸¹ Cfr. Ajello [2002, 10-3 e *passim*], con moltissimi spunti di riflessione, tra l'altro, su Machiavelli e il rifiuto del metodo machiavelliano da parte delle discipline giuridiche italiane (*ad indicem*).

terfugio e molti indici ci danno oramai il quadro chiaro di una realtà inequivocabile: la cultura ha «disert[ato] le Facoltà di giurisprudenza», poiché i giuristi sono restati «impassibili nei confronti dei nuovi indirizzi della cultura giuridica», politica e istituzionale e si sono ostinati «a considerare, nella loro formazione, soltanto gli elementi tecnici in uso nei Palazzi di giustizia, nelle amministrazioni o nelle imprese, ignorando tutto del “giuridico” che sempre si nasconde negli interstizi del diritto ufficiale, spesso scorre come un fiume tranquillo in margine al diritto dello Stato, e talvolta turbinava come un torrente in piena quando rompe gli argini»¹⁸².

Le incertezze e le difficoltà del diritto e del mondo giuridico attuale dipendono in larga parte dal rifiuto del confronto con l'esperienza storico-politica analizzata dalle scienze sociali e dalle conseguenti «incongruenze dei fondamenti epistemologici»¹⁸³ della cosiddetta «scienza» giuridica.

9. *La restaurazione del fondamento morale nei manuali di diritto (in)civile*

Non è difficile reperire esempi calzanti al riguardo. Vi sono giuristi che a dispetto di altisonanti – e vacui – proclami di apertura alle scienze sociali¹⁸⁴ – che per defini-

¹⁸² Arnaud [1993, 267-8].

¹⁸³ Ivi, p. 269. «Bisogna», aggiunge l'A., «abbandonare il vecchio schema positivista-normativista che ha ormai fatto il suo tempo, per adottare le linee delle epistemologie costitutive».

¹⁸⁴ Cfr. Perlingieri [1975, 1]: «Lo studio del diritto non può prescindere dall'analisi della società nella sua storicità locale e universale. [...] In questa prospettiva la Facoltà di giurisprudenza è una facoltà di studi sociali avente per oggetto di ricerca e di didattica gli aspetti economici e sociologici, tradizionali e consuetudinari, psicologici e biologici, normativi e convenzionali della realtà. La giurisprudenza è scienza sociale bisognosa di sempre maggiori aperture, necessariamente sensibile a qualsiasi modificazione della realtà intesa nella sua più ampia accezione». In questo studio, pionieristico nel campo del diritto civile italiano, non si fa cenno alla sfera morale e al suo rapporto

zione sono «scienze analitiche dell'azione»¹⁸⁵, fondate quindi su metodi empirici – continuano a insegnare, sfidando ogni senso della coerenza (e della ragionevole misura), che «il discorso giuridico» non sarebbe che «il discorso morale condotto con particolari procedure e con finalità di regolazione dell'intera comunità in modo non soltanto persuasivo ma anche coattivo»¹⁸⁶.

A imbattersi in simili asserzioni vien quasi istintivo dubitare che esse debbano essere prese sul serio, se non fosse che la sede in cui sono pubblicate – un manuale diretto a giovani studenti dei primi anni universitari – rende particolarmente grave e avvelenante la loro

con la sfera giuridica. Tuttavia qualche germe degli sviluppi successivi – e quindi contraddittori con le precedenti e decantate «aperture» del diritto alle scienze sociali: cfr. *infra*, note 186 e ss. – s'intravedeva già nel netto rifiuto della «tecnica della sussunzione» e nella ben strana definizione del positivismo giuridico (*infra*, testo corrispondente a nota 248) inteso come ordine giuridico fondato non su *regole* bensì su *principi* (ivi, pp. 120-1). Ma in tal modo è evidente che la mediazione patriarcale del giureconsulto, cacciata dall'ingresso principale, rientra dalla scala di servizio. Su quest'ultimo specifico punto, cfr. le considerazioni molto chiare e penetranti di Friedman [1978, 93-9], secondo il quale «i principi attribuiscono molta discrezionalità» all'interprete (ivi, p. 95); quest'ultimo, attraverso il noto stratagemma dell'inversione dell'argomentazione giuridica (studiata da Leonardi [1968] e ripresa da Ajello [1990, 170]), decide in realtà sulla base di «qualcosa di diverso dalle norme ufficiali» (che pure formalmente invoca); in definitiva, in un ordinamento «per principi» il giurista-interprete decide sulla base dei propri personali e incontrollabili «valori», di modo che è «di fatto la sua ideologia a decidere le cause» (ivi, pp. 97-8).

¹⁸⁵ Parsons [1965, 543]: «I sistemi sociali sono sistemi empirici». Cfr. anche la medesima posizione nel precedente (notissimo) studio di Parsons [1986, 745 ss., 768-75, 778-81, 819-26]. Si vedano anche le aperture al metodo empirico anche nel più teorico degli analisti sociali del Novecento: Luhmann [1990a e 1990b].

¹⁸⁶ Perlingieri [2002, 6]. In una confusione totale tra «etica» e «morale» (che, come accade in molti autori giuristi, vengono arbitrariamente identificate e usate indifferentemente in contesti diversi disorientando il lettore), si aggiunge che «in sintesi: senza etica non v'è diritto [*sic!*] ma la considerazione morale della convivenza richiede la presenza del diritto». Sulla distinzione tra etica e morale, cfr. *supra*, nota 82 di questo capitolo.

diffusione. Sembra davvero inverosimile che tutto il travaglio del pensiero moderno non abbia sortito sulla *forma mentis* del giurista contemporaneo alcun effetto, al punto da sfumare, quando non annullare del tutto, persino la distinzione tra morale e diritto, che costituisce – soprattutto a partire dalla svolta valliana e machiavelliana – uno dei pilastri fondanti della cultura (non solo giuridica) dell'Occidente¹⁸⁷.

La dottrina giuridica basata sull'insegnamento secondo il quale esisterebbe una «congruenza» oggettiva «tra morale e diritto», la qual cosa consequenzialmente giustifica «il richiamo di norme morali entro l'ordinamento giuridico»¹⁸⁸, oppure – *in pejus* – che il diritto va inteso «come particolare metodo morale»¹⁸⁹ (quasi fosse un sinistro *remake* del braccio secolare della *Veritas* incarnata dall'inquisizione), da almeno quattro secoli – dall'epoca di Valla e Machiavelli appunto – e per tutto il corso dell'Età moderna e contemporanea, è stata screditata, accantonata come residuo di vestigia medievali e attaccata frontalmente come espressione di un passato «barbarico» che i «lumi» della ragione hanno avuto il compito di dissolvere

¹⁸⁷ Ivi, p. 7: «Non esistono contenuti intrinsecamente morali o giuridici, né materie morali impossibili da trattare secondo diritto. “Non rubare” o “rispetta le promesse” sono imperativi morali e giuridici; la distinzione tra diritto e morale sarebbe così «connessa ad una concezione della morale quale puro affare di coscienza e ad una concezione del diritto quale formale meccanismo di ordine privo di sostanza, idoneo a raccogliere qualsiasi contenuto». C'è bisogno di sottolineare che quella «concezione della morale [o più correttamente dell'etica] quale puro affare di coscienza» è per l'appunto il *quid* in cui si sostanzia il pensiero moderno e la lotta per il diritto giusto? Ed è il caso di rimarcare che la concezione che vede nel diritto un «ordine privo di sostanza, idoneo a raccogliere qualsiasi contenuto» è giustappunto la concezione giuridica del pensiero moderno, che rifiutando ogni riferimento metagiuridico (al diritto naturale, al diritto divino, al diritto morale, ecc...) pone il *jus condendum* in termini di volontà e responsabilità? Si vedano al riguardo – ma la bibliografia da citare sarebbe sterminata sul punto – i saggi raccolti nel volume di Troper [1998a e 1999].

¹⁸⁸ Perlingieri [2002, 7].

¹⁸⁹ Perlingieri e Femia [2000, 9].

per sempre. Questo è l'insegnamento che, in nome delle «idee chiare e distinte», ha operato la netta separazione del diritto dalla sfera morale¹⁹⁰ e nel cui ambito si distinguono i più bei nomi della cultura giuridica e politica affermatasi in tutt'Europa e nell'intero mondo occidentale: da Alciato a Bodin, da Hobbes a Pufendorf, da Voltaire a Beccaria, da Kant a Weber da Hägerström a Kelsen, da Olivecrona ad Alf Ross fino ai più recenti Bobbio, Hart, Troper...

E quest'insegnamento, questo metodo di lavoro, questo *habitus* della mente, ha preso le mosse dall'analisi di Machiavelli, ossia da un metodo sobrio e disincantato, ispirato al realismo critico, che in tutt'Europa, meno che in Italia – il paese dove i giuristi si sentono ancora sacerdoti-interpreti di uno *Jus-depositum* di «valori» e di «principi» supremi ed eterni che la loro mediazione dottrinale e sapienziale avrebbe l'esclusivo potere di «rivelare» nei casi concreti – ha attecchito, ha messo solide radici e prodotto frutti giuridici maturi, ma soprattutto ha

¹⁹⁰ Sono sufficienti poche battute a Paul Hazard per descrivere in modo esemplare questa decisiva svolta del pensiero giuridico moderno e la sua portata epocale focalizzata nell'opera di Samuel Pufendorf: cfr. Hazard [1983, 341 (di cui cfr. anche la più recente ed. Torino, Utet, 2007)] con ampio e penetrante saggio introduttivo di Giuseppe Ricuperati, che ricostruisce la genesi del capolavoro hazardiano e ne ricontestualizza la profonda attualità: pur non negando «la potenza divina» e l'importanza della morale sociale, Pufendorf «la relega in un altro piano: c'è il piano della ragione pura e quello della rivelazione; il piano del diritto naturale e quello della teologia morale. [...] La teologia concerne il cielo, la ragione naturale la terra; solo la terra interessa il Pufendorf, il cielo gli sembra troppo lontano». Su questi aspetti del «giusnaturalismo positivistic» pufendorfiano, cfr. Fiorillo [1992 e 1996]. A partire dalla celebre distinzione tra *entia physica* ed *entia moralia* – poi ripresa da Thomasius e da Barbeyrac [cfr. Orestano 1989; e il mio Di Donato 2007c] –, il grande giurista sassone sviluppò una precisa separazione tra il piano della *voluntas* (fondamento del diritto) e quello dell'«obbligazione morale», giungendo ad affermare «il principio di determinazione della condotta morale come iniziativa interiore dell'individuo» e di conseguenza a proporre una radicale divisione tra la sfera della morale e quella del diritto: Fiorillo [1992, 136, 169-95, 196-201].

determinato riverberi socioculturali di grande importanza con risultati tangibili su tutta l'organizzazione sociale e la cultura civica.

L'insegnamento di Machiavelli costituì la formidabile spinta che l'Europa attendeva verso una concezione del diritto più sobria e disincantata, non più cioè debitrice ai presupposti teologici e ai principi morali, né ispirata da una *Ratio* universale e assoluta, ma ad una ragion pratica che non affidandosi ciecamente alle concatenazioni logico-deduttive cerca sempre la verifica nella realtà delle cose. Delle cose come esse sono, e non come si vorrebbe che fossero sulla base di «valori», ossia in definitiva di preferenze soggettive o indotte negli individui dalla forza inerziale di una Tradizione acriticamente introiettata.

Dopo Machiavelli «il richiamo alla *recta ratio* della scolastica non poteva più bastare»¹⁹¹. I teorici delle generazioni successive non si posero più il problema – che aveva dominato la speculazione teologica e giuridica medievale – della corrispondenza ideale tra *Mens* e *res*, tra valori e fatti, ma si posero il ben più concreto e utile problema di come un diritto potesse «essere generalmente valido», di come cioè esso dovesse «porre norme per tutti gli uomini, non quali cristiani, ma quali uomini»¹⁹². Era nata la società aperta. Nella quale s'imponeva la necessità di conciliare la saldezza giuridico-istituzionale con il pluralismo dei valori sociali e culturali. Dal diritto monistico-divino si passava al diritto pragmatico-umano.

In questo *iter* che dalla Riforma condusse l'Europa ai Lumi si produsse tanto una profonda «mutazione intellettuale quanto una crisi sociale»¹⁹³. Era iniziato il percorso che avrebbe portato a trasformare il *droit de Dieu* in *droit de l'Homme*¹⁹⁴. Il *legum doctor* si trovò allora di

¹⁹¹ Welzel [1965, 166].

¹⁹² Ivi, p. 167.

¹⁹³ L'espressione di Mousnier [1959] è riportata da Trevor-Roper [1972, 11]. Molti spunti al riguardo anche nel più recente Van Kley [2002].

¹⁹⁴ Cfr. Renoux-Zagamé [2003].

fronte all'imperativa necessità di mutare il suo ruolo nella società, passando dallo statuto (che era stato tipico della cultura medievale) di teologo-giurista a quello di giurista-politico, ossia da artefice incontrastato della mediazione patriarcale a coadiutore (secondo i casi attivo o passivo) del potere politico¹⁹⁵. E in questo mutamento nacque una nuova *forma mentis*: il grande problema non fu più quello di espungere dal *corpus* ispirato di valori e principi giuridici di origine divina la *Veritas* che esso comunicava attraverso la *Scientia juris*, ma quello di «elevare il diritto naturale al di sopra delle contestazioni sul modo particolare di venerare Dio»¹⁹⁶.

In quel nuovo diritto, ispirato al valore pratico della *utilitas* e non più al valore metafisico e teologico della *honestas* (secondo i termini anticipati, come si è detto, da Valla), «l'interesse principale si sposta[va] dai principi supremi alle conclusioni». S'iniziò a riconoscere di conseguenza che «i principi superiori sono formali e non dicono molto, salvo che in relazione alla loro tendenza generale; solo i principi intermedi comprendono le norme sociali concrete, secondo le quali il singolo deve comportarsi»¹⁹⁷.

¹⁹⁵ Sulla relazione tra teologi e giuristi, cfr. Quagliani [1991]; Krynen [1991]. Partendo dall'esempio altamente rappresentativo di Bartolo da Sassoferrato, il campione del diritto e dell'ideologia giuridica medievale, il pregevole saggio di Quagliani dimostra perfettamente come «alle soglie dell'Età moderna» vi sia in Italia ancora una pressoché totale «convergenza» fra «teologia [tomista] e diritto» (ivi, p. 170). Nel medesimo arco temporale, quella stessa convergenza va in frantumi, invece, in un quadro politico-culturale già completamente diverso come quello francese: è quanto documenta la fine ricerca analitica di Krynen.

¹⁹⁶ Welzel [1965, 166].

¹⁹⁷ Ivi, p. 168. Welzel descrive accuratamente questo processo, mostrando come mentre la *ratio* del diritto naturale cristiano-scolastico era improntata «in tutto e per tutto» alla «metafisica teologica» (era propriamente la *recta ratio*), la razionalità del diritto naturale moderno comprese «i tratti caratteristici dell'uomo empirico, conquistati attraverso l'osservazione penetrante, acuta e rivelatrice di se stesso e degli

10. *Alle origini della società aperta: la demolizione del paradigma idealgiuridico*

Questo processo fu facilitato, non a caso, laddove il pensiero realistico si era più diffuso e meglio radicato, trovando condizioni culturali e politiche favorevoli. In Francia, ad esempio, l'essor dello Stato durante il regno di Filippo il Bello corre di pari passo al trionfo dei giuristi come perno dell'apparato istituzionale pubblico. Ma quei giuristi non erano già più i giureconsulti italiani. Avevano radicalmente invertito la rotta perché avevano compreso la svolta epocale in atto e ne avevano colto l'opportunità. Le condizioni sociopolitiche francesi li avevano spinti a mutare completamente il proprio orizzonte teorico e psicologico in rapporto allo *stylus* italiano.

I teologi avvertirono immediatamente questa metamorfosi genetica e presentarono il gravissimo pericolo che essa rappresentava per la centralità del *sapere* metafisico che trovava nella *Politica* di Aristotele, tomisticamente interpretata, il suo baluardo¹⁹⁸. Fu il loro campione, Egidio Romano, a lanciare l'anatema contro i (nuovi) giuristi definendoli senza mezzi termini «idioti politici»¹⁹⁹. È chiaro che nella sua invettiva Egidio prendeva di mira i legisti francesi e non certo i giureconsulti italiani. Galvanizzata dalla propaganda ecclesiastica, che fin dai tempi di Filippo Augusto (re dal 1180 al 1223) aveva indiriz-

altri» (*ibidem* e p. 170). È appena il caso di osservare che questi «tratti» sono esattamente quelli individuati da Machiavelli.

¹⁹⁸ Sulle vicende della traduzione della *Politica* di Aristotele (prima in latino da parte di Guillaume de Moerbeke) e sulle sue implicazioni concettuali, cfr. Mager [1991].

¹⁹⁹ Cfr. Krynen [1991, 172]: «Legistae [...] appellari possunt idiotae politici» è la formula precisa usata da Egidio (nato a Roma tra il 1243 e il 1247, morto ad Avignone nel 1316) nel *De regimine principum* [1277-1279, II, II, c. 8]. Sull'adattamento della *Politica* di Aristotele, riscoperta intorno al 1260, «alle strutture della società cristiana», cfr. Senellart [1995, 30], e su Gilles de Rome (Aegidius Colonna o Romanus), interessato a una «politicizzazione del *regimen* sull'asse di una teologia morale», *ibidem* e *passim* (*ad indicem*), spec. pp. 180-203.

zato veementi critiche all'ingresso dei «seigneurs ès lois» nelle «hautes charges», ossia negli organi politici, diffondendo così una pessima reputazione verso i *legum doctores*, «l'opinione medievale sentì l'ascesa dei giuristi come una maledizione»²⁰⁰. I giuristi, affermava Nicole Oresme, poiché «apprendono in primo luogo le leggi non possono poi apprendere la filosofia» e sono perciò «incapaci di prudenza politica»²⁰¹. Ma oltralpe la solidità delle strutture istituzionali – supportate da grandi sintesi teoriche come quelle di Jean de Paris (ca. 1240-1306) e di Jean de Jandun (1280-1328)²⁰² – e sostenute dalla forza dell'*élite* di governo che ormai puntava decisamente sulla potenza dello Stato²⁰³, riuscì a superare questa difficoltà. E così nel corso del Trecento, e specialmente durante il regno di Carlo V il Saggio (dal 1364 al 1380) l'alleanza dei giuristi e della monarchia si consolidò facendo trionfare l'«impero» della sovranità statale impersonata dalla figura del re²⁰⁴.

A conclusioni non dissimili in un arco temporale molto prossimo pervenne, in Inghilterra, la speculazione di William Ockham (ca. 1285-ca. 1349), la cui prospettiva logico-teoretica produsse influenze determinanti sul

²⁰⁰ Krynen [1991, 181].

²⁰¹ Ivi, p. 184. Traduttore in francese di fondamentali opere del pensiero classico, tra cui la *Politica* di Aristotele (da lui commentata in lunghe e articolate glosse), Oresme (ca. 1323-1382) fu un intellettuale a tutto campo: filosofo, teologo, economista e scienziato (soprattutto dedito alla matematica e alla fisica) di grande fama ed è considerato «uno dei maggiori spiriti» del Trecento europeo; dal 3 agosto 1377 fu nominato vescovo di Lisieux dove morì e nella cui cattedrale fu sepolto (ivi, pp. 173 ss.).

²⁰² Cfr. Fumagalli Beonio Brocchieri [2000, 121-6 e *passim* (per Jean de Paris detto anche Quidort), 166, 180 (cenni su Jean de Jandun)].

²⁰³ L'*entourage* di Filippo il Bello era composto di giuristi di straordinaria caratura, come Pierre Flotte e Guillaume de Plaisians: cfr. Richet [1998, 41]. Cfr. anche lo specifico saggio di Favier [1969].

²⁰⁴ Krynen [1991, 181 ss.; 1993, 110-24, 403-8 e *passim*]; e, sul ruolo politico-istituzionale della magistratura, il classico di Aubert [1886-1890].

processo di civilizzazione statale e sull'affermazione diffusa del valore concretizzato della libertà²⁰⁵. Informato a un potente empirismo, il pensiero di Ockham «si sforza di accrescere la distanza tra governo secolare e governo spirituale» e propugna «una radicale desacralizzazione del potere temporale, opponendo un netto rifiuto alla concezione discendente dell'autorità politica, che subordinava la legittimità di qualsiasi dominio all'approvazione del papa, unico rappresentante di Dio in terra»²⁰⁶. Questa critica «mossa da Ockham all'indirizzo della concezione discendente del potere e del diritto» aveva come diretto corollario la negazione dell'«esistenza di un fondamento specificamente religioso per l'autorità secolare»²⁰⁷.

Come accadeva negli stessi anni in Francia per Jean de Paris, anche oltremontana la sintesi teorico-politica ockhamiana s'innestava su un'ormai consolidata tradizione di studi e di pratiche nelle relazioni politiche. Fin dai Trattati di York – all'inizio del XII secolo – nei quali era stata affermata «sul tema del rapporto potere civile/potere ecclesiastico» una dottrina frontalmente opposta a quella pontificale romana, sui territori dell'isola si era fatta strada una visione decisamente ispirata alla separazione tra sfera teologico-morale e affari politici e di conseguenza alla laicità del potere regale, culminata poi nelle Costituzioni di Clarendon (1164) emanate da Enrico II il Plantageneto²⁰⁸, cui si era opposto strenuamente Thomas Beckett, il celebre arcivescovo di Canterbury il cui dramma personale sarebbe divenuto un *topos* della cultura anglosassone di opposizione (soprattutto catto-

²⁰⁵ Coleman [1991]; Miethke [1991]; Fumagalli Beonio Brocchieri [2000, 149-64]. Sull'argomento sono ora anche da vedere, nella traduzione italiana, le fini osservazioni di Tierney [2002, 29-69 e 135-292].

²⁰⁶ Fumagalli Beonio Brocchieri [2000, 154], che riprende la tesi del classico De Lagarde [1961-1965, II, *ad indicem*] e spec. pp. 381-419, spec. p. 419 dove attribuisce a Ockham «lo slittamento filosofico verso una concezione positivista e nominalistica dell'universo», portando sul piano politico «ad opporre lo Stato alla Chiesa».

²⁰⁷ Fumagalli Beonio Brocchieri [2000, 155].

²⁰⁸ Ivi, p. 38. Sul punto cfr. Strayer [1940].

lica) e sarebbe stato immortalato molto più tardi nella celebre *pièce* di Thomas Stearns Eliot, *Assassinio nella cattedrale*²⁰⁹.

Solo pochi anni dopo Ockham, la sua proposta teorica sarebbe stata raccolta e sviluppata da John Wyclif (ca. 1328-1384), che riassunse nella sua visione i principali presupposti enunciati da Marsilio da Padova, Jean de Paris e Jean de Jandun, gettando solide basi alla dottrina dello Stato e della sovranità politica nell'Inghilterra pre-anglicana. La teoria politica di questo grande riformatore inglese, geniale antesignano di processi culturali e storici che si sarebbero sviluppati in Europa occidentale fino alla Rivoluzione francese e oltre, era anch'essa caratterizzata da una forte impronta realistica. Il nucleo centrale della sua proposta consiste nel legare il giudizio sui comportamenti umani agli atti concreti e non all'adesione formale a principi o a valori astrattamente proclamati. Partendo da questo postulato fondamentale, egli giunse a formulare una lineare concezione politica e istituzionale imperniata su un «netto rifiuto delle pretese ierocratiche» della Chiesa romana, con una critica diretta e coraggiosa alla Donazione di Costantino (che in anni non lontani i maggiori giuristi italiani avevano invece ipocritamente difeso)²¹⁰, considerata l'avvio «verso un declino inesora-

²⁰⁹ Eliot [1947] (edizione italiana che venne significativamente «dedicata a S.E. Monsignor Giuseppe Siri Arcivescovo di Genova» che sarebbe più tardi divenuto il più attivo e politicamente vigile presidente della Conferenza Episcopale Italiana e in più di un'occasione considerato tra i maggiori cardinali papabili). La *pièce* di Eliot, che costituisce il frutto più maturo della fase (successiva al 1927) della conversione al cristianesimo anglicano (ma con forti contiguità con il cattolicesimo) dello scrittore statunitense, ha avuto in Italia larga fortuna e ampia circolazione soprattutto negli ambienti cattolici. Due anni prima dell'uscita di *Murder in the Cathedral*, ossia nel 1933, Eliot, che aveva già ricevuto la cittadinanza inglese, si era trasferito a Londra nella parrocchia della St. Stephen's Church, anglo-cattolica, e sarebbe di lì a poco divenuto *Vicar's Warden*, la più alta posizione di un laico nella chiesa.

²¹⁰ Sul punto, concernente soprattutto Bartolo da Sassoferrato e il suo allievo Baldo degli Ubaldi, rinvio a Di Donato [1996a, 63, nota

bile» della Chiesa, approdando infine a una concezione sacrale della monarchia come presupposto indispensabile nel processo di costruzione dello Stato territoriale ben governato²¹¹. Sul piano della maturità teoretica e politologica, l'Inghilterra era già uscita dal Medioevo.

Tutto ciò, com'è evidente, creava nelle grandi aree geopolitiche d'Europa un terreno molto favorevole all'affermazione della statualità²¹² e nel contempo preparava condizioni culturali e psicologico-sociali incomparabilmente più propizie alla recezione del realismo machiaveliano che in quelle aree era stato per così dire anticipato

112]; cfr. Ajello [1999, 404-8, spec. 407 e 2009, 332-3]. Pur definendo privatamente la Donazione «fabulosa» i due giuristi centro-italiani avevano per opportunismo sostenuto in pubblico la tesi opposta, poiché – così affermarono – «hic sumus in terris amicis Ecclesiae» e sostenere l'illegittimità del potere temporale del papa avrebbe significato «percudere caput ad Montem Murellum». Mentre la teoria della sovranità laica, fondamento della costruzione statale, fu in Francia e in Inghilterra «il frutto del lavoro dei giuristi» [Strayer 1940], di giuristi che avevano messo il loro sapere a disposizione del grande progetto politico dell'organizzazione pubblica, i loro colleghi italiani lavoravano, nella più turpe delle ipocrisie, ad avvalorare l'autenticità della Donazione di Costantino conoscendone perfettamente il carattere apocrifo. Sul punto, cfr. il classico e ampio studio di Maffei [1964].

²¹¹ Cfr. Fumagalli Beonio Brocchieri [2000], pp. 180-98, spec. pp. 184-6 (sulla critica alla mediazione patriarcale e alla potestà temporale del papa), p. 190 (sulla critica alla Donazione di Costantino), pp. 193-4 (sulla sovranità territoriale del re come presupposto indispensabile al governo degli Stati) e p. 196 (sulla sacralità del potere politico direttamente investito da Dio della sua autorità). La concezione di Wyclif è talmente preoccupata di difendere e potenziare la sovranità statale, considerata il presupposto indispensabile della civilizzazione e del buon governo, da portare ad alcuni evidenti eccessi teorici come la giustificazione dell'eventuale degenerazione in tirannia del potere temporale, al quale i sudditi – a differenza che nei confronti del clero corrotto – devono sempre e comunque obbedienza (ivi, p. 191).

²¹² Cfr. Coleman [1985]; Genet [2003], spec. p. 230 (sullo scambio fecondo d'idee filosofico-politiche tra Francia e Inghilterra nel XIV secolo) e p. 303 (sull'attacco dei filosofi e pubblicisti insulari, Ockham in testa, alle dottrine ecclesiastiche volte a garantire «la suprématie du pape»). Per la Francia basterà riferirsi al monumentale e molto persuasivo lavoro di Rigaudière [2003]. Per il processo di costruzione dello Stato in Inghilterra, cfr. Corrigan e Sayer [1985].

nei fatti. Mentre Machiavelli elaborava le sue formidabili idee, il sapere ufficiale restava ancorato alla tradizione aristotelica e nell'università imperavano ancora gli «ultimi rappresentanti di una tradizione scolastica medievale» i quali però oltralpe già «sembravano fuori posto, e in qualche modo senza contatto con la realtà, nel nuovo mondo teorico e pratico che stava prendendo piede»²¹³.

Invece, nella condizione – che fu soprattutto una mentalità – microfeudale della penisola, dove, a fronte della proclamazione eristica dei supremi valori astratti, stava il particolarismo frammentario degli interessi corporativi, individuali o di fazione²¹⁴, la cultura giuridica rimase legata ai vecchi schemi della morale formalistica, con il conseguente adattamento pratico al compromesso, e una naturale propensione all'ambiguità e all'opportunismo²¹⁵. Attraverso l'uso raffinato di uno strumentario logico e concettuale tanto elegante nella forma quanto disastrosamente deleterio per l'interesse *super partes*, anche perché la funzione del giurista non poté mai porsi con decisione al servizio di uno «Stato introvabile»²¹⁶, la *juris prudentia* restò sempre in bilico tra forze contrapposte e

²¹³ Tierney [2002, 358-9].

²¹⁴ Pur nella sensibile diversità tra le condizioni della feudalità al nord (dove «la frammentazione consentì il sorgere delle autonomie comunali») e al sud della penisola, si può dire, com'è stato fatto con formula sintetica ed efficace, che in generale nell'area italiana al «Medioevo del diritto» formale corrispose un «Medioevo dell'arbitrio» sostanziale: cfr. Ajello [1999, 245-96 e 318-9], in frontale polemica con l'impostazione tradizionale di Calasso [1954]. Sullo «Stato in Italia prima di Machiavelli» come «dominio di una fazione», cfr. Ajello [2009, 198-201].

²¹⁵ Non per nulla l'attenuazione e poi il definitivo «declino del *consilium* deve essere messo in rapporto con la generalizzazione dei grandi tribunali», ossia con la strutturazione dei grandi apparati giuridici e politici tipici dell'organizzazione statale: cfr. Quagliani [1985, 429], che segue sul punto Ascheri, di cui si veda, tra altri numerosi saggi dedicati all'argomento: Ascheri [1982].

²¹⁶ Uso qui, anticipandola già al contesto dell'Italia medievale, la fortunata formula che Sabino Cassese [1998], ha ideato per l'attualità contemporanea.

quasi equivalenti e perciò si rese disponibile a mettere il suo «armamentario professionale» a beneficio della parte disposta a elargirgli di volta in volta i maggiori benefici²¹⁷. Questa fu anche la precisa accusa che i teologi professori della Sorbonne rivolsero ai giuristi francesi che ai loro occhi erano «capables d'épouser toutes les causes» e per questo meritavano «d'autant l'opprobre, qu'ils ravissent des bénéfiques qui devraient échoir aux docteurs en divines écritures»²¹⁸. Ma, per l'appunto, oltralpe questa critica non andò oltre l'invettiva verbale e non riuscì mai a trasformarsi in azione politica concreta in grado di arrestare – e neppure di rallentare – la grande marcia della *civilisation étatique*.

I giuristi francesi vinsero perché legarono le loro sorti all'affermazione della sovranità statale, favorendo poi *de plano* la separazione machiavelliana tra teologia e politica che essi avevano in gran parte già realizzato di fatto sciogliendola nella «nascita e affermazione di una ideologia spécificamente francese, l'ideologia nazionale dello Stato»²¹⁹; specularmente al loro successo, i teologi naufragarono in un «atteggiamento disperato in effetti»²²⁰ e la dimensione metafisica venne tutta drenata verso la costruzione del mito dello Stato e dell'assolutismo²²¹ e contestualmente volta a rafforzare l'autorevolezza sacrale del re²²², resa cioè funzionale al potenziamento dei grandi ap-

²¹⁷ Cfr. Ajello [1999, 325; 2006, 55-9].

²¹⁸ Krynen [1991, 197]; Guenée [1987, 183].

²¹⁹ Krynen [2003, 395-412, spec. 396]: i propositi dei giuristi francesi non si perdevano nelle nebbie delle speciose astrusità italiane, ma si specificavano in problematiche molto concrete come, ad esempio, «quale pace (civile e straniera) per la Francia? Quali compiti e quale governo per il re? Quali diritti per la comunità dei sudditi?». Cfr. Ménessier [2001, 27-49]; Jouanna [2001, 51-62].

²²⁰ Krynen [1991, 198].

²²¹ Cfr. Cassirer [1946]; Henshall [2000]; Ajello [44-7, 261-4 e 315-8].

²²² Oltre al celebre classico di Bloch [1989], cfr. Bulst, Descimon e Guerreau [1996]; e, in una originale prospettiva critica (anche se non sempre persuasiva), Boureau [2000]. Sul tema cfr. le splendide pagine

parati istituzionali. Così «l'antica idea della santità regale fu utilissima per assicurare la massima efficacia alla forza dello Stato»²²³ e produsse un vero e proprio «culto delle istituzioni» che arricchì enormemente la vita politica²²⁴, stabilizzandola e determinando un fondamentale processo virtuoso di autodisciplinamento sociale.

Per questo quando sopraggiunsero «le novità rinascimentali», prima tra tutte l'irruzione del pensiero machiavelliano sulla scena del pensiero giuspolitico europeo, esse «ebbero effetti pratici solo dove poterono inserirsi in strutture sociali capaci di riceverle e di valorizzarle»²²⁵. I giureconsulti italiani restarono invece paladini di un'ideologia che, adattandosi flessibilmente allo *status quo*, ostacolò pesantemente l'ascesa della formazione statale e favorì il perenne scontro tra potentati locali da cui la mediazione patriarcale della *juris prudentia* traeva enormi profitti²²⁶. Il rovescio della medaglia fu però uno stato disastroso della giustizia e delle relazioni sociali dominate da perenni «malversazioni» e inguaribili «arbitri»²²⁷. Fu una «scuola di abiezione» che si protrasse per «un quarto di millennio, attraverso pietose lamentazioni e mediante indegni compromessi»²²⁸.

Così nella penisola il progresso realizzato oltralpe «fallì». La mentalità italiana restò microfeudale e non ascese mai alla «maturità del pensiero politico-sociale inglese e francese», il quale risulterebbe incomprensibile «senza partire dalla base machiavelliana»²²⁹. La «diagnosi» del Fiorentino resta, se riferita alla sua – e nostra – terra, attualissima e ancor oggi insuperata «quanto a profon-

di Tenenti [1986, ora in Id. 1987, 299-333]; e di Mousnier [2002, 119 ss.]. Sul punto, cfr. anche Ajello [2007, 20-28].

²²³ Mousnier [2002, 135].

²²⁴ Ajello [2007, 43].

²²⁵ *Ibidem.*

²²⁶ Cfr. Ajello [2006, 66-71 e 71-5].

²²⁷ Ivi, p. 83.

²²⁸ Ajello [2007, 44].

²²⁹ Ivi, p. 43.

dità di analisi e di prognosi»²³⁰, specialmente se essa si rivolge – come in larga misura fu nelle intenzioni dell'autore – al tipico leguleismo farisaico italiano che fondeva in un solo crogiuolo valori morali, principi giuridici, regole politiche, con il risultato di legittimare nella prassi la più vieta disinvoltura dei comportamenti politici e la più losca e totale indifferenza per l'interesse generale delle comunità dei governati. Non fu un caso se una ripresa d'interesse spontaneo per Machiavelli si ebbe in Italia e in Germania – le due aree che vi giunsero, com'è noto, più tardivamente in Europa – proprio nella fase storica, alla fine del secolo XIX, in cui si produsse finalmente uno sforzo volto alla costruzione di uno Stato nazionale²³¹.

Il pensiero del Fiorentino ebbe quindi un destino paradossale: in Italia, dove sotto le mentite spoglie della virtù formale il cinismo particolaristico ed egoistico era la norma, il crudo realismo di Machiavelli ebbe il medesimo effetto di un insulto rivolto pubblicamente a una «bocca di rosa» che si è faticosamente costruita una fama di verginità. Subì una sprezzante e inesorabile *damnatio* e «fu respinto sul piano deontologico proprio perché era già dominante sul piano esistenziale empirico»²³². La «concretezza machiavelliana» venne quindi aspramente combattuta e perseguitata, identificandola ad arte con una radicale «critica ateistica»²³³, che in quel contesto idealizzato e dominato dalla teosofia politica scolastica e dall'assiologia metafisica suonava «asociale».

In un contesto egemonizzato dal misoneismo e dall'universalismo assiologico, e dalla conseguente ipocrisia sociale, Machiavelli metteva «semplicemente fine» a un'intera visione del mondo²³⁴. La sua «rivoluzione» fu radicale, perché colpiva al cuore, pur nutrendosi indubbiamente di essi (ma metabolizzandoli in un altro oriz-

²³⁰ Ivi, p. 44.

²³¹ Fontana e Tabet [2004, 487-97, spec. 491].

²³² Ajello [2007, 43].

²³³ *Ibidem* e p. 44.

²³⁴ Fontana e Tabet [2004, 487].

zonte di senso), i fondamenti della filosofia politica greco-giudaico-cristiana²³⁵. Fu allora che l'aggettivo «machiaavellico» assunse il significato di «turpe», «ignominioso», «abietto», «empio», «infame» «nefando», «spregevole», «scellerato». La penisola continuò a esaltare «valori» e «principi» e a combattere il metodo empirico, restando nel contempo in uno stato di «disgregazione sociale» sempre più profondo e irreversibile.

Al contrario oltralpe, dove le strutture istituzionali e le mentalità sociali erano ormai già molto avanti nel processo di civilizzazione, la visione machiavelliana risultò la conferma filosofica e intellettuale della direzione socio-politica già intrapresa e fu quindi per un verso avallata, ma per un altro considerata già obsoleta. Specialmente in Francia, dove l'ossatura dello Stato era già largamente strutturata, la visione machiavelliana subì quella specie di snobismo *nonchalant*, tipicamente francese, nei confronti delle «novità» esterne che si considerano per partito preso *déjà vues*. Inoltre l'antimachiavellismo francese era l'«espressione di una élite intellettuale anti-italiana» e segnatamente «anti-fiorentina» (il termine «politica fiorentina» era usato nella Francia del Cinquecento per indicare una politica di basso profilo) che aveva grande e diffusa influenza nei *milieux* di peso della cultura e della politica d'oltralpe²³⁶.

²³⁵ *Ibidem*.

²³⁶ Il riferimento obbligato è qui ai noti studi di Battista, *La penetrazione del Machiavelli in Francia nel secolo XVI*; Pasquier e Machiavelli; e soprattutto *Sull'antimachiavellismo francese del sec. XVI*: Battista [1998, rispettivamente 27-51; 53-73; 75-107, 76]. Nello stesso volume cfr. il saggio, d'interesse metodologico, *Direzioni di ricerca per una storia di Machiavelli in Francia* (109-135). Si vedano anche, sul medesimo argomento, gli studi di Sciacca [2005; e il vol. postumo 2007, spec. 46, 121, 135, 137, 147 e 157-8]. Il caso di Le Roy è particolarmente significativo dell'atteggiamento della cultura politica francese nei confronti del Fiorentino: per un verso il suo pensiero era considerato «empio» e perciò confutato e respinto, ma per un altro esso costituiva una «fonte» imprescindibile dalla quale attingere a piene mani. Interessanti cenni sulla polemica francese «contro lo "stile" della politica fiorentina» in Quagliani [1992b, 1145].

In ogni caso, è del tutto evidente in gran parte dell'Europa il legame instauratosi tra la prospettiva metodologica osservazionale e operazionistica aperta dal razionalismo realistico – di cui il pensiero machiavelliano costituisce un fondamentale pilastro – e la costruzione delle società moderne, culturalmente aperte e politicamente governate (e protette) da possenti apparati organizzativi e ispirate dal principio di laicità della sfera pubblica²³⁷.

11. *L'attualità medievale dell'ideologia giuridica italiana*

Fu poi, in epoca più matura, Max Weber a riconoscere questo debito intellettuale del realismo critico moderno – di cui egli si sentiva, in controtendenza verso la cultura tedesca del suo tempo, erede – nei confronti del Fiorentino²³⁸. Il destino italiano di questo campione eu-

²³⁷ Condivido pienamente in tal senso la tesi di fondo di Procacci [1995], secondo cui la «fortuna» del pensiero di Machiavelli nell'Europa moderna si fonda sul suo «approccio laico e impietoso alla realtà del mondo», ossia, in definitiva sul suo empirismo fenomenologico. Fu questo aspetto in primo luogo a interessare le maggiori personalità della cultura europea moderna da Cardano a Campanella, da Bacon a Bayle fino ai libertini eruditi francesi, ai puritani inglesi e agli illuministi. Per questo si può dire che la «storia della fortuna» di Machiavelli corra «parallela a quella del processo formativo e dello sviluppo della cultura moderna» della quale costituisce un decisivo e potente avvio (ivi, pp. VI-VII).

²³⁸ Apprendo di recente, non senza sconcerto, che qualche settore della storiografia modernistica italiana (che, malgrado dichiararsi non senza enfasi una sua affinità con i metodi, per definizione empirici, della sociologia, si dimostra invece alla prova dei fatti ancora imbevuta d'idealismo, neppure troppo *caché*) considera la proposta metodologica di Weber tutt'«altro che [ispirata al] realismo ed empirismo», e quindi al filone inaugurato dal pensiero machiavelliano, bensì caratterizzata da un percorso che andrebbe viceversa «dal fatto al valore [*sic!*] restando dentro la storia in una condizione di polarità che non può trovare soluzione e pacificazione»: Musi [2007b, 215]. In tal senso si pretenderebbe di dimostrare (ma non si vede dove sia la dimostrazione, poiché questa è ben altra cosa dalla semplice asserzione) la incongruità della comune appartenenza di Machiavelli e di Weber al filone realistico (chissà perché da Musi definito «cosiddetto “realistico”») da

ropeo del pensiero realistico è stato (ed è) paradossale: osannato dai sociologi che lo venerano come un padre fondatore dei loro metodi scientifici²³⁹ che considerano opposti a quelli sui quali continua a fondarsi la maggior parte dei giuristi e degli esegeti della metafisica assiologica, egli è tanto citato quanto spesso frainteso e disatteso, ovvero smontato e rimontato come meglio conviene all'interprete del momento²⁴⁰.

L'analisi di Weber è una coraggiosa e lucida descrizione dei salutarî effetti socioculturali di un diritto teso a realizzare, limpidamente e responsabilmente, un dichia-

me proposta nel mio: Di Donato [2002, LXVIII] (e non LXXXIX, come erroneamente cit. da Musi, il quale, tra l'altro, non si è accorto che in quella pagina parlo di Foucault e non di Weber; la svista è chiaro indice di una lettura frettolosa e quindi di per sé inidonea a fondare i presupposti per un vero dibattito scientifico; siamo di fronte al classico caso di «incomprensione per non conoscenza»: l'espressione, di Giuseppe Ricuperati, individua uno tra i più diffusi tratti ricorrenti del costume accademico italiano che a sua volta è un inequivocabile indice della mancata metabolizzazione del pensiero realistico, che mira alla conoscenza e non al primato di una corrente metodologica o di una posizione culturale). L'affinità tra Machiavelli e Weber in base al metodo realistico-empiristico di osservazione e valutazione dei fatti storico-sociali si fonda, oltre che su una serie di riscontri testuali (primo tra tutti, ovviamente, proprio Weber [1965, 64]), anche su autorevoli analisi convergenti sul punto: cfr. Aron [1993, 235-4]; più di recente, Ajello [1999, 111-4], che dimostra in modo molto persuasivo al riguardo. L'interpretazione di Weber empirista è convalidata dal maggiore esegeta italiano del suo pensiero: cfr., tra le numerose opere da lui dedicate all'argomento, Rossi [1988 e 2007].

²³⁹ Da ultimo, nella sterminata bibliografia sul tema, cfr. Poggi [2004].

²⁴⁰ Cfr. Fioravanti [1993, 7-104, spec. 22 ss.]. L'analisi di questo A., elegante e con tratti di sontuosità, dà l'impressione di cristallizzare tuttavia l'opera weberiana in categorie un po' troppo rigide, forzandola a entrare in un calco precostituito che è funzionale alla linea interpretativa propria. Lo Stato weberiano finisce così col diventare nel mondo post-moderno una sorta di ectoplasma destinato ad arenarsi «nelle secche del positivismo agnostico» prima di imboccare un «processo inesorabile ed irreversibile di "privatizzazione", quindi di dissoluzione della sostanza politica originaria, minata [...] già alla radice» (pp. 41-2). Circa lo «smontaggio» e «rimontaggio» dell'opera weberiana in un'ottica non propria, ma funzionale alle finalità dell'interprete, cfr. il caso emblematico di Musi [2007b].

rato scopo politico (e, come prova *ex contrario* di questa corroborata convinzione weberiana, sta l'indagine critico-storiografica su quell'«ordine» giuridico, vago e fondato sul valore affettivo della Tradizione, vigente negli ordinamenti precedenti la svolta moderna). Nell'intento di «spiegare il particolare carattere del razionalismo occidentale, ed in seno a questo, di quello moderno, e le sue origini», Weber ne sottolinea la dipendenza «dalla capacità e dalla disposizione degli uomini a determinate forme di condotta pratico-razionale nella vita»²⁴¹.

Questa forma di razionalità pragmatica (che «conosce il pragma», è la letterale espressione weberiana) deve caratterizzare per Weber anche le scienze umane e sociali, e in primo luogo il diritto e la scienza giuridica. Il tratto distintivo della cultura occidentale si coagula intorno a tre momenti topici che Weber individua nello «schema aristotelico», nella costruzione storiografica di Tuciddide e nella visione politica di Machiavelli che ha avuto sì sotto il profilo squisitamente concettuale dei precursori nella cultura indiana, ma non nel senso che essa, com'è accaduto in Occidente, si sia cristallizzata «senza scampo nell'armatura di una organizzazione burocratica specializzata» in grado di occuparsi di (e d'inglobare in sé) «tutta la nostra esistenza, tutte le condizioni fondamentali della nostra vita, e politiche e tecniche ed economiche»²⁴².

Per ottenere questo risultato era indispensabile che il processo di razionalizzazione del diritto si tingesse di venature «agnostiche», a-valutative. Era cioè ineludibile un processo di secolarizzazione e di laicizzazione²⁴³. Per l'appunto quello inaugurato, sul piano dell'osservazione teorico-pratica, da Machiavelli²⁴⁴. Non a caso nel terzo

²⁴¹ Weber [1965, 76-7].

²⁴² Ivi, pp. 64 e 66.

²⁴³ Quello descritto da Strayer [1940, 76 ss.]; poi ripreso una decina d'anni dopo da Kantorowicz [2005, 67-97, la citazione è a p. 77]. Sul punto resta una insuperata pietra miliare l'*opus magnum* di de Lagarde [1961-1965].

²⁴⁴ Cfr. Jankélévitch [1951, 229-36].

volume di *Economia e società*, dedicato com'è noto alla «sociologia del diritto», Weber spende lunghe e dense pagine per descrivere comparativamente gli effetti del «diritto teocratico» e del «diritto profano». Gli ordinamenti del primo tipo – il diritto islamico ad esempio – producono inevitabilmente uno «specifico diritto di giuristi» e l'idealtipo del «magistrato infallibile»²⁴⁵.

Il concetto sotteso è chiaro: un ordinamento basato su un diritto teocratico, ossia su una identificazione tra precetti morali e norme giuridiche, determina di per sé la mediazione patriarcale di una «casta» di sacerdoti-giuristi. E viceversa, quando si afferma quest'ultima si genera un affievolimento dello spirito laico e si rafforzano i legami tra diritto e morale.

Applicato al caso italiano questo schema interpretativo spiega perfettamente perché per salvaguardare il loro potere, che volevano (e vogliono) occulto e incontrollato, nel governo della società attraverso gli strumenti della *juris prudentia*, i giuristi italiani sono stati a lungo (e in larga maggioranza restano) refrattari alla psicologia del realismo. Essere realisti significa «spiazzare» i «valori», che vengono relativizzati e relegati nella sfera individuale e privata sterilizzando lo spazio pubblico che diventa così ideologicamente neutrale e apre la via alla realizzazione di quello «spirito delle istituzioni» indispensabile presupposto per l'affermazione di un processo di acculturazione che è sempre alla base della civilizzazione statale²⁴⁶.

²⁴⁵ Weber [1999, vol. III (*Sociologia del diritto*), 130-153, spec. 142].

²⁴⁶ Rinvio sul punto al mio: Di Donato [1998, spec. par. 7, XXVII-XXX]; e per una prospettiva più legata all'attualità, North [1994, spec. 23-108]; Donolo [1997, spec. 26-9 e 226-32]. Non è questa la sede per discutere approfonditamente il tema della relativizzazione dei valori come presupposto del processo di costruzione di uno spazio istituzionale neutro o viceversa dell'indispensabilità di fondare la *koiné* di una società istituzionalizzata su «valori comuni»; ritengo solo doveroso segnalare che in dottrina non vi è accordo sul punto e che le due scuole di pensiero continuano a dibattere animatamente. Mi limito a citare qui alcuni contributi ispirati alla visione del secondo tipo: Maffettone [1989]; Valadier [1996, 1997 e 1998]; non è certo per caso

Quando nei contesti occidentali, per immanenza storica, i giuristi hanno dovuto subire gli inarrestabili successi dell'empirismo realistico veicolato dal trionfo dell'*esprit scientifique* (che spingeva tra l'altro il diritto al confronto interdisciplinare) essi hanno parato il colpo tendendo, con una forma raffinatissima di astuzia della ragione (giuridica), a spacciare ad arte il «positivismo» giuridico (inteso alla loro maniera) con il positivismo critico moderno²⁴⁷.

Un esempio testuale? «Il positivismo giuridico – si sostiene – non esige il rispetto della tecnica della sussunzione [ossia del rigoroso rispetto di una regola posta dalla legge], anzi la scelta di questa tecnica significa talvolta rifiuto del positivismo in termini sostanziali. Positivismo giuridico è rispetto dei valori caratterizzanti l'ordinamento, delle discipline giuridiche previste dall'ordinamento e compatibili coi fatti concreti storicamente determinati»²⁴⁸. Il positivismo dei giuristi è quindi, dichiaratamente, un falso-positivismo in quanto considera i fatti se e solo se sono «compatibili» con le strutture disciplinari di cui il diritto stesso (o meglio il diritto secondo l'interpretazione dei giuristi) è espressione. Naturalmente non mancano, nella stessa cultura giuridica contemporanea delle energiche contromisure a questa deriva verso un nuovo autunno medievale²⁴⁹.

che l'analisi di Valadier avverte il bisogno teorico di «fare i conti» con il pensiero machiavelliano, ritenuto giustamente all'origine della svolta anti-assiologica. Sempre denso di spunti originali, nella medesima prospettiva (ostile all'empirismo), è il classico di Köhler [1969]. Ma da vedere, al riguardo, è soprattutto Boudon [1997 e 2003].

²⁴⁷ Questa operazione è stata facilitata nel contesto italiano dalla generale difficoltà teoretica alla diffusione del positivismo nelle scienze sociali: cfr. Papa [1985], spec. il saggio di Barbano [1985].

²⁴⁸ Perlingieri [1975, 121].

²⁴⁹ Un recente esempio di questa necessaria e opportuna (ma nel contempo indicativa del clima) confutazione nei confronti dei sostenitori di una visione antipositivistica (qui «positivismo» è usato nella sua accezione epistemologica ordinaria, non in senso «idealguridico») è nel bel saggio recente di Guastini [2007], che nel recensire il contributo di Baldassarre [2005], traccia con estrema chiarezza la distinzione

Il realismo delle scienze moderne è, tutto all'opposto, un metodo di pensiero nel quale, secondo l'immortale espressione machiavelliana, la «verità effettuale» dev'essere appresa e analizzata per ciò che essa è, non in base a presupposti assiologici, a strutture deontologiche o a griglie interpretative previe, per di più occulte. Il metodo machiavelliano fu all'origine di questa opzione di fondo per una «economia delle pratiche» che pose al centro della speculazione e dell'interesse delle scienze sociali una «pragmatica», ossia «una dottrina dell'azione» di cui egli fu «il primo a indicare i fondamenti»²⁵⁰.

Questo «realismo» diretto a spezzare il dominio della Santa Alleanza tra teologia e giurisprudenza non poteva essere seguito dai giuristi, neppure dopo che le svolte politiche e culturali della modernità dispiegata avevano imposto nuovi regimi e nuovi ordinamenti giuridici. Ancor oggi al di là dalle mere dichiarazioni astratte e formali di adesione alla centralità della legge negli ordinamenti moderni (ossia al postulato fondamentale della modernità

tra il piano della giuridicità e quello della moralità come fondamento dello Stato costituzionale di diritto moderno e contemporaneo, confutando, tra l'altro, «la malintesa e stanca polemica contro la sussunzione» (pp. 1378-80: «Applicare un principio significa concretizzarlo, cioè usarlo come argomento per costruire una regola inespressa»). Poiché «i valori non sono altra cosa dalle preferenze» soggettive (ivi, p. 1376), come riteneva già Axel Hägerström (su cui cfr. Faralli [1982]) è un controsenso sostenere che il diritto possa mai «positivizzare» i «veri» (giusti, corretti) valori morali», così come significa avventurarsi su un terreno scivoloso accettare la distinzione (proposta dai neo-anti-positivisti) tra «regole» e «principi». Questi ultimi sarebbero «regole senza fattispecie», ossia norme che «dovrebbero essere intese nel loro *ethos*», norme con «un denso contenuto di valore» (ivi, pp. 1377-8). Ma in tal modo si finisce col sostenere che «un documento normativo» è tale se e solo se è portatore di «principi e/o valori morali» con la conseguenza di ricollocare il diritto nell'ambito della sfera assiologica sopprimendo così la più faticosa conquista della civiltà giuridica moderna: la formulazione della norma giuridica come espressione della volontà responsabile (e democraticamente controllata) di chi esercita il potere e non come il frutto sapienziale di un arcano processo esegetico che è appannaggio esclusivo di una «casta» d'intoccabili sacerdoti del giure.

²⁵⁰ Fontana e Tabet [2004, 487].

giuridica coronato nel grande mutamento dell'illuminismo realizzato nella Rivoluzione Francese)²⁵¹, il primato effettivo non spetta, per i giuristi, alla legge ma a se stessi. I neo-sacerdoti dell'interpretazione non sopportano «regole puramente logiche», ma perorano ordinamenti fondati su «norme di diritto, strumenti per l'attuazione dei «valori» dell'ordinamento», pretendendo che solo «in questa chiave esse stesse devono essere interpretate»²⁵².

Il problema del rapporto tra norme e fatti, da cui dipende quel valore supremo di un ordinamento che è la certezza del diritto²⁵³, s'inscrive, invece, in un reticolato di senso molto più complesso. E del pari può dirsi della relazione tra morale e diritto la cui polarizzazione è andata, proprio dalla cesura machiavelliana in poi, costituendo la base fondamentale degli ordinamenti moderni e contemporanei. Potendo qui solo sfiorare – a conclusione del capitolo – questo imponente e decisivo tema, mi limito ad osservare che in tutto il mondo i teorici del diritto e della politica anche quando riconoscono un qualche ruolo alla sfera morale, dei valori e dei principi, nell'ambito giuridico, lo fanno oramai con un approccio talmente problematico (teso a sottolineare, tra l'altro, la profonda «trasformazione della coscienza morale» intervenuta in Occidente negli ultimi secoli) da non rendere più possibile anche un semplice accostamento tra i due mondi, senza suscitare l'idea di una costruzione teorica obsoleta sul nascere²⁵⁴. E costituisce un impoverimento sempre più

²⁵¹ Ancora validi, sul tema, D'Amelio [1965]; Cattaneo [1966] Cfr. *infra* cap. V, nota 28 e testo corrispondente.

²⁵² Perlingieri [1975, 121].

²⁵³ Cfr. Luzzati [1999].

²⁵⁴ L'esempio più calzante è quello di Habermas [1996 e 1992, spec. 54-78, la citazione sulla «trasformazione della coscienza morale» nel mondo moderno e post-moderno è a p. 65]. La tesi di Habermas, che si colloca in una posizione «intermedia» tra i due orizzonti metafisico-morale e giuridico-positivo, si riassume nell'idea per cui «le norme giuridiche e le norme morali, dopo essersi *simultaneamente* differenziate dall'eticità tradizionale al livello post-metafisico di fondazione, si sviluppano *parallelamente* come due tipi di norme d'azione diverse,

evidente e grave delle discipline giuridiche il fatto che i giuristi positivi, nell'interessato desiderio di salvaguardare il proprio «recinto» caratterizzato dall'imperio del nor-

e tuttavia capaci d'integrarsi a vicenda» [1996, 129]. Ciò significa che se per un verso morale e diritto positivo (che è «sempre bisognoso di fondazione») «si collocano in un rapporto di complementarità», dall'altro però questo «incancellabile riferimento alla morale [...] non deve indurci a subordinare il diritto alla morale nel senso di una gerarchia di norme» (ivi, p. 130). Pur convinto quindi che «ridurre le norme giuridiche a semplici comandi del legislatore politico equivale a sostenere che, nella modernità, il diritto si risolve integralmente in politica» con una conseguente disgregazione dello stesso «concetto di politica», il quale venendo sganciato da ogni «tipo di riferimento morale alle varie facce della giustizia che va senz'altro al di là delle singole decisioni del legislatore» verrebbe a dissolvere «la stessa identità del diritto che non potrebbe che farsi confusa» [1992, 63], Habermas insorge tuttavia alla prospettiva di una restaurazione neokantiana che reinserisca il diritto *sic et simpliciter* nella sfera morale «in modo tale che il diritto positivo risulta alla fine sussunto al diritto naturale» (ivi, p. 66). Che il diritto rischi «di risolversi in morale» venendo «quasi ridotto a modalità insufficiente della morale» appare al grande filosofo francofortese un'aberrazione assurda, anche perché egli tiene a salvaguardare (pur temendolo, da buon tedesco, per la sua sempre latente possibilità intrinseca d'imporre il «male assoluto») lo «spazio per quell'aspetto strumentale del diritto di cui si avvale il legislatore politico nel perseguire i suoi programmi» (*ibidem*). Habermas non si nasconde che «da quando è crollato al suolo il baldacchino del diritto naturale cristiano, le due colonne portanti di una politica naturalisticamente disincantata, da un lato, e di un diritto convertitosi in decisione politica, dall'altro lato, si ergono come scoperchiate rovine»; ma nel contempo è perfettamente consapevole che la ricostruzione dell'«edificio rovinato» con la «semplice sostituzione» di un diritto naturale «autonomamente fondato sulla ragione» (magari giuridica) al posto del vecchio «diritto di natura classico, di tipo religioso-metafisico» è impossibile (*ibidem*, e p. 67). Nella prospettiva che qui adotto l'aspetto di maggiore interesse che emerge dalla lettura di Habermas è la chiarificazione del legame concettuale e pratico-politico che corre tra il tipo di fondazione (e di legittimazione) teorica dell'ordinamento giuspolitico e istituzionale e «il ruolo di mediazione ch'era tipico della giurisdizione: prima essa serviva a trasferire sul sovrano e sul suo potere burocratico la legittimazione sacrale, adesso essa si subordina al legislatore politico, limitandosi ad amministrarne i programmi» (*ibidem*). In altre parole, negli ordinamenti moderni è stata la de-sacralizzazione morale del diritto a comportare una perdita secca del potere politico connesso all'esercizio della giurisdizione.

mativismo ap problematico, non tengano in alcun conto nei loro insegnamenti della riflessione proveniente dalle aree tematiche più sensibili e avvertite agli stimoli interdisciplinari e alla relazione tra diritto e realtà fattuale²⁵⁵. Anche dagli studi di psicologia sociale emerge ormai chiaramente come il legame tra «normatività» e «punto di vista morale» vada affievolendosi sempre più nelle società contemporanee nelle quali gl'individui «obbediscono alle norme» prevalentemente per stimoli di altra natura²⁵⁶.

²⁵⁵ Cfr., ad es., Gianformaggio e Lecaldano [1986]. Ma si noti soprattutto la scarsissima attenzione che i giuristi italiani hanno riservato al filone, che al contrario ha avuto larga circolazione olttralpe, del realismo giuridico scandinavo. L'opera di autori come Axel Hägerström, Alf Ross o Karl Olivecrona, fondamentali nel diritto contemporaneo, non è neppure ancora tradotta integralmente e organicamente in Italia. E anche i loro saggi sporadicamente pubblicati sono rimasti come splendide cattedrali nel deserto, visitate di tanto in tanto da qualche sparuto esploratore solitario mosso dalla forza della curiosità individuale: cfr. Olivecrona [1967] (su «i sentimenti morali e il diritto» e «l'influenza delle idee morali sul diritto», cfr. rispettivamente pp. 126-34 e 134-9); Ross [1965]: molto significativa, in questo libro, l'avvertenza inserita in esergo nella pagina a fronte alla titolazione interna: «L'edizione italiana di quest'opera è stata realizzata per consiglio di Norberto Bobbio e di Alessandro Passerin d'Entrèves» (su «diritto, moralità e altri fenomeni normativi», cfr. le splendide e davvero chiarissime pagine 57-68 e 345-9. Per Ross «come tutte le altre scienze sociali, lo studio del diritto deve essere in ultima analisi studio dei fenomeni sociali, della vita di una comunità umana; e la *jurisprudence* deve porsi il compito di interpretare la «validità» del diritto in termini di effettività sociale e cioè di una certa corrispondenza fra un contenuto ideale normativo e i fenomeni sociali»: ivi, pp. 65-6). Di Ross sono pubblicate in trad. it. altre tre opere: Ross [1972, 1978, 1982]. Il compito di far conoscere questo (altrove fondamentale) indirizzo interpretativo come si suol dire «di nicchia» è stato in Italia assolto (ma, nell'ottica dei giuristi positivi, confinato), da alcuni teorici del diritto: cfr. Pattaro [1982]; Castignone e Guastini [1989]. Si veda anche Tarantino [1984]. Tralasciando l'estesa lista bibliografica anglosassone, quella tedesca, anch'essa consistente, e oramai anche quella spagnola, si segnala qui solo la recente raccolta francese: Ross [2004].

²⁵⁶ Cfr. Paolicchi [1991, 77-108], che sottolinea come spesso gl'individui obbediscano alle norme perché «prevedono una ricompensa e invece una punizione agendo in contrario» oppure «perché obbedendo prevedono di mantenere l'approvazione degli altri e una positiva

L'evoluzione delle analisi fattuali e i progressi di conoscenza compiuti dalle scienze sociali compongono un quadro che si orienta sempre più a concepire il diritto come risultato di un processo di osservazione socio-fenomenologica e non come il portato di un'ascendenza metafisica, che sacralizza le norme e/o i «valori» da cui esse attingerebbero legittimazione²⁵⁷. La tendenza, in atto da tempo in tutta la cultura occidentale, è ormai più che consolidata²⁵⁸. Idealismo e realismo sono orizzonti di

immagine ai loro occhi» (ivi, p. 77). Da vedere anche gli altri saggi contenuti nel medesimo vol. tra cui segnalo in part. quelli di Cerroni [1991, 31-40] (che insiste sul concetto di «laicizzazione della norma») e di Rusconi [1991, 41-62] (che discute criticamente, in un dialogo habermasiano a distanza, la possibilità nelle società contemporanee dell'inveramento di valori etici veicolati dal *medium* della comunicazione, in una prospettiva che non esiterei a definire neo-machiavelliana in quanto improntata a un'ispirazione anticognitivistica). Di grande interesse sul tema, il recente saggio di Moscovici [2006a, spec. 82-4 (par. 4, *L'altruisme égoïste et l'égoïsme altruiste*)].

²⁵⁷ Questa prospettiva è scontata nei giuristi e teorici del diritto dell'area angloamericana: per Friedman [1978, 95], ad esempio, gli stessi «principi» e «valori» di un ordinamento non sono quelli espunti dal sistema normativo formale (attraverso la mediazione patriarcale di un giurista-interprete autorizzato), ma quelli ai quali la comunità dà la propria «adesione etica». Quanto a quest'ultima, «alcuni principi ed alcune norme la ottengono, altri no. I principi che ottengono adesione etica sono quelli che, di fatto, reggeranno l'uso delle norme; essi ci suggeriranno *perché* in quella data società alcune norme valgono ed altre non valgono o *perché* alcune norme valgono più di altre». Perciò è disonesto affermare che in un determinato ordinamento giuridico tutte le norme formalmente in vigore sono anche *vigenti ed effettive*. In realtà «alcune norme, come i maiali di Orwell, sono più uguali delle altre» (ivi, p. 93).

²⁵⁸ Significativo al riguardo il caso di un autore come Chaïm Perelman, attestato su una posizione particolarmente misurata («prudente» com'egli stesso afferma) e di stampo decisamente «conservatore», il quale già negli anni Sessanta sosteneva che se per un verso «la regola generale, o almeno la presunzione, è la conformità tra le regole morali e le regole giuridiche», tuttavia «nulla di più naturale del fatto che, in molti casi, ne derivi un trattamento assai diverso della stessa situazione, a seconda che la si consideri da un punto di vista morale o da quello del diritto» e perciò, in definitiva «è naturale che le regole

senso non componibili e tra loro alternativi²⁵⁹. È questa la scelta di fondo dalla quale dipende il destino degli Stati e delle comunità d'individui che vi sono governate.

In una società nella quale persino il «senso comune» e la vita quotidiana sono oramai sempre più ispirati alla dimensione empirica²⁶⁰ e la pluralità degli stili di vita individuali compone un quadro così variegato da rendere impossibile una *reductio ad unum* fondata sui tradizionali paradigmi monovaloriali²⁶¹, quanto può ancora durare l'arroccamento dei giuristi italiani nel proprio «specifico» orticello idealnormativistico sul quale piogge sempre più acide hanno scaraventato critiche tanto corrosive? E che cosa occorrerà per persuadere i sacerdoti del giure che è finito il «tempo dei valori» e si aperta ormai inesorabilmente l'«era dei fatti»? E che, parallelamente, nell'Occidente moderno e contemporaneo si è chiusa la lunga stagione delle mediazioni patriarcali e si è entrati in quella delle verifiche empiriche attraverso il nesso inscindibile potere-controllo-responsabilità?

Molti studiosi s'interrogano, con buone ragioni, sull'attualità del metodo machiavelliano nel mondo contemporaneo²⁶². Ma è motivo di sconforto che proprio nel paese che diede i natali all'iniziatore di quel poderoso filone culturale destinato a tanto successo in Europa – ma con Federico II, geniale ispiratore del modello statale moderno, non si è fatta forse la medesima cosa? – si debba ancora, a distanza di oltre cinque secoli, combattere per confutare e respingere i ripetuti tentativi di un

giuridiche differiscano dalle regole morali»: Perelman [1973, 301-10, le citazioni sono rispettivamente 310, 309, 308 e 304].

²⁵⁹ Ross [1965, 66], avvertiva già negli anni Cinquanta del Novecento come si stessero confrontando due posizioni radicalmente inconciliabili tra loro: «l'idealismo metafisico e il realismo scientifico» e come «la lotta finale tra di esse non p[otesse] risolversi nell'ambito interno della *jurisprudence* stessa, ma d[ovesse] essere combattuta esternamente sul terreno della filosofia generale».

²⁶⁰ Cfr. S. Poggi [1977]; Jedlowski [2008].

²⁶¹ Cfr. Inglehart [1998].

²⁶² Cfr. Fontana e Tabet [2004]; Carta e Tabet [2007].

certo mondo giuridico di asseverare una *Weltanschauung* prescientifica, spacciandola per obiettiva. Quella dei giuristi italiani è rimasta ancora un'«ideologia» fondata su un sostanziale rifiuto di riconoscere che la sobria disciplina del progresso si fonda sulla serena e disincantata osservazione del mondo (e del diritto che è chiamato a governarlo) come onesta ed esplicita volontà (politica) e limpida rappresentazione della realtà. Una realtà intesa e percepita, come ha insegnato Machiavelli, qual è e non quale dovrebbe essere in base a convinzioni o intenzioni soggettive (per quanto nobili possano essere o sembrare).

Le quali convinzioni, anche quando vogliono accreditarsi come «vere» e «oggettive», e ispirate al «bene comune» o all'«interesse generale», sono sempre fondate su valori etici individuali, quindi per definizione preferenziali, parziali e relative; oppure sono dedotte da precetti morali, che sono sempre imposti dall'alto da parte di qualche potere che si sente Depositario assoluto di un incontrollabile e incontrovertibile Verbo. Quindi, per definizione, illiberali²⁶³.

Quando si vuol conoscere la storia d'Italia, bisogna evitare prima di tutto gli scrittori generalmente approvati: in nessun paese è stato meglio conosciuto quale valore ha la menzogna, in nessuno è stata meglio pagata.

Standhal, *La badessa di Castro*

²⁶³ Cfr. Wittgenstein [1992, 5-18]; Rensi [1912, 1914, 1925, 1942, 1991 e 1993, 55 ss.]. Più di recente, cfr. Holmes [1995].

CAPITOLO QUINTO

LA PASQUA DELLO STATO

Passione, morte (apparente) e risurrezione
dell'organizzazione istituzionale moderna
nella storiografia giuridica e politica contemporanea

L'Inghilterra è più liberale che democratica. La Francia è più democratica che liberale. La Germania non è né democratica né liberale. Il caso italiano è particolare in rapporto al resto d'Europa. [...] Bisogna distinguere tra diverse aree geografiche del Paese. Il Mezzogiorno italiano è caratterizzato da una civilizzazione pre-democratica. Non ci si può meravigliare se lì esplodono i problemi tipici di una democrazia per così dire «in via di sviluppo».

F. Furet¹

Governare significa rettitudine: se voi amministrare un popolo correttamente (con giustizia), chi oserà non essere corretto?

Confucio²

1. *La sindrome da stress antistatuale*

L'Italia è il paese che più di ogni altro si è distinto per l'ostilità allo Stato e alla statualità. Nel nord della penisola lo Stato è l'aguzzino che toglie risorse all'iniziativa privata. Al sud è il complice della malavita organizzata, del malaffare e degli intrighi di palazzo. Ovunque è il mostro burocratico che cavilla su tutto, frena l'innovazione, espelle le energie migliori e più sane ed è poi del tutto assente quando si tratta di difendere la libertà dell'individuo e i suoi diritti. Questa è l'immagine che si è radicata

¹ Furet [1995a, 166; cfr. anche 1995b, 314].

² *Lun-yü*, XII, 17: cit. in Sonnino [1986, 555].

e diffusa nella pubblica opinione. Un'immagine perversa e a tratti persino caricaturale alla quale la storiografia giuridico-istituzionale si è passivamente rassegnata voltando le spalle a quello che dovrebbe invece essere il principale dei suoi obiettivi: la descrizione delle condizioni e delle cause storiche che hanno favorito o viceversa penalizzato la formazione e lo sviluppo dell'organizzazione socioistituzionale moderna che con il termine di «Stato» comunemente si indica.

Nella migliore delle ipotesi l'attenzione per lo Stato (ma non per la statualità che è rimasta sempre al di fuori degli interessi giuridico-istituzionali) non è andata oltre le pagine dei libri – i pochi libri che hanno eletto lo Stato ad argomento d'indagine e di studio –, senza mai trovare la forza di uscirne, diventando vita civile, stile politico, mentalità sociale. La vicenda dello Stato è rimasta nelle carte. Non si è mai fatta storia. E dalle polverose scaffalature degli archivi (che dello «Stato» recano il fregio onomastico che accompagna la loro denominazione) non è riuscita a tramutarsi nella storia del presente. Ed era naturale che ciò accadesse in un'area nella quale la tendenza culturale e psicosociale risente ancora pesantemente della parcellizzazione microfeudale. Superato sul territorio, il feudo (in realtà mai sconfitto da una forte e riuscita iniziativa politica) si è trasferito negli spiriti e nella personalità dei più, diventando una *forma mentis* generalizzata.

Studi e ricerche sono immersi in questa struttura pre-comprendiva (per usare l'espressione di Pierre Bourdieu). Quasi quarant'anni sono ormai trascorsi dalla pubblicazione della celebre antologia in tre tomi curata da Ettore Rotelli e Pierangelo Schiera e dedicata a *Lo Stato moderno*³. Era sembrata, allora, un'operazione rivoluzionaria. Si pubblicavano in Italia saggi di autori di diversa provenienza e di differenti scuole che da tempo circolavano in Europa e che al di qua delle Alpi erano invece rimasti nell'ambito ristretto di pochi lettori interessati che li ave-

³ Rotelli e Schiera [1971, 1973, 1974].

vano conosciuti e consultati nelle lingue originali. Erano, nella maggioranza dei casi, storici il cui lavoro aveva assunto la caratteristica dell'indirizzo pionieristico, soprattutto per i metodi di ricerca e d'interpretazione – sovente molto innovativi – che applicavano ai dati di base tratti dalle fonti d'archivio.

Nell'Italia delle frontali contrapposizioni ideologiche e dei dogmi teosofici interessavano invece molto di più gli aspetti «politici» – legati all'«Ideale» – che le tematiche propriamente scientifiche. Queste ultime restavano circoscritte agli orticelli «oricellari» coltivati con artigiana dedizione dai pochi volenterosi, spesso confinati nell'ombra del proprio *atelier de l'histoire*, che erano attratti molto di più dalla dimensione euristica – il «materiale» costituito dai dati della realtà e dalla loro organizzazione in una sfera concettuale intelligibile secondo una linea corroborata da prove empiriche⁴.

Costoro non erano rimasti indifferenti al dibattito – non di rado acceso da un vigoroso confronto metodologico nel quale si scontravano in realtà diversi modelli ermeneutici degli eventi storici e opposti orientamenti politico-culturali – che in quegli anni infiammava le maggiori sedi accademiche e scientifiche del mondo e ne avevano percepito gli echi⁵. Ma nel contesto italiano quegli

⁴ Sul tema dell'opposizione dialettica tra «ideale» e «materiale», restano suggestive, anche se per certi aspetti un po' troppo impregnate del clima culturale che le generò, le pagine di Godelier [1985]. Più di recente cfr. la prospettiva di Galasso [2000], una pregevole sintesi di teoria della storia e della storiografia che meriterebbe un'attenta discussione (e in alcuni aspetti confutazione) che in Italia non ha avuto (ad ulteriore riprova della minor attenzione che persiste nel nostro paese per le tematiche metodologiche concernenti la ricerca in rapporto a quelle più squisitamente – e sterilmente – d'indirizzo politico-ideologico concernenti la stratificazione «culturale»).

⁵ Si pensi per tutti al celebre scontro tra Mousnier e gli storici marxisti della scuola russa (in particolare Skaskin e Poršnev) al X Congresso Internazionale di Scienze Storiche, svoltosi a Roma dal 4 all'11 settembre 1955 (si veda in proposito R. Mousnier e F. Hartung, *Quelques problèmes concernant la monarchie absolue*, Sez. Storia moderna, vol. IV, *Relazioni*, Firenze, Sansoni, 1955, pp. 1-55, ora in Mou-

echi erano rimasti appunto tali, riverberando alla lontana un clima culturale di ben altro vigore. Fino al testo di Rotelli e Schiera la circolazione di quelle idee era stata ristretta a qualche ambiente accademico-storiografico la cui qualità intellettuale (elevata) era inversamente proporzionale alla loro diffusione (molto limitata).

L'antologia faceva emergere infatti il ritardo culturale italiano rispetto ai progressi compiuti nelle principali storiografie europee e occidentali e tentava d'inaugurare un percorso di riflessione su un tema, quello appunto, dello «Stato moderno», ritenuto essenziale per comprendere non solo la svolta politico-istituzionale determinatasi in Europa già a partire dal basso Medioevo, ma l'intero percorso della civilizzazione occidentale compiutamente realizzata nel tardo Settecento, con l'Età delle Rivoluzioni e con gli assetti culturali e costituzionali successivi, debitori di quelle fondamentali svolte politico-sociali⁶.

In questo senso l'antologia curata da Rotelli e Schiera realizzava anche un indubbio progresso sul piano della periodizzazione e della cronologia, saldando in un *continnuum* sincronico problematiche in genere frammentate dallo schema diacronico tradizionale. È impossibile – questo era il messaggio sotteso all'operazione – comprendere i problemi connessi alla nascita e all'espansione dello Stato moderno e alle dinamiche socio-economico-culturali delle società da esso governate senza mettere a fuoco le origini medievali e gli sviluppi contemporanei di quei fe-

snier [2002, 130-81]). Cfr., inoltre, Mousnier [1970a, 335-68; 1984]; Poršnev [1998]. Sulla polemica storiografica Mousnier e Poršnev, cfr. infine l'efficace sintesi di Rotelli [1971, spec. 35-46].

⁶ Cfr., in tema, le sempre attuali e suggestive pagine di Heer [1968]. Sul periodo rivoluzionario come coronamento di un processo di lunga durata, cfr. Godechot [1975]; Richet [1991, 389-416]; Trevor-Roper [1972]; e più di recente Van Kley [2002]. La migliore e più ampia sintesi del percorso evolutivo europeo-occidentale, in confronto con le altre e più significative *civilisations* del mondo resta a mio parere quella – oggi introvabile in italiano – di Mousnier [1959]; e di Mousnier e Labrousse [1959].

nomeni⁷. Nella prospettiva della storia dello Stato venivano così ad essere drasticamente superate quelle barriere temporali che la tripartizione tradizionale – Medioevo, Età moderna, Mondo contemporaneo – aveva abituato gli storici a metabolizzare nella loro *forma mentis*, quasi fossero un intangibile apriori ontologico, intrinseco al fluire stesso degli eventi, e non invece dei semplici picchetti cronologici convenzionali, modificabili secondo l'esigenza interpretativa dell'osservatore o sopprimibili del tutto⁸.

Era, detto in estrema sintesi, un tentativo di sprovincializzazione della cultura – accademica e non solo accademica – italiana, una salutare «forzatura» tesa a decorticare un contesto ancora fortemente intriso dei valori teoretici e storiografici dell'idealismo crociano e/o gentiliano⁹. Il valore di fondo di quella pregevole trilogia era

⁷ Non a caso il sottotitolo del primo volume poneva in evidenza la continuità *dal Medioevo all'età moderna*, sottolineando implicitamente l'importanza della prospettiva di lunga durata nella ricostruzione della genesi e degli sviluppi dei fenomeni politico-istituzionali: cfr. Rotelli e Schiera [1971].

⁸ Si veda a tal proposito, come caso esemplare, rappresentativo di un metodo che attraversa tutti e tre i volumi di Rotelli e Schiera, il saggio di Guenée [1971], nel quale vi è una parte dedicata alla ricostruzione dell'assetto viario della Francia moderna inquadrato nel suo aspetto evolutivo a partire dalla struttura stradale romana (ivi, p. 138). È interessante sottolineare come nella conclusione di quel saggio, Guenée si dichiarasse fiducioso che «la storia dello Stato in Francia alla fine del Medioevo malgrado il suo già lungo passato e la sua passeggera sventura», avesse «ancora l'avvenire davanti a sé», in quanto «molte ricerche» potevano «servire alla storia dello Stato e, attraverso essa, alla storia *tout-court*» (ivi, p. 144).

⁹ Non intendo sottovalutare le differenze, anche molto pronunciate (soprattutto negli effetti sociopolitici), tra i diversi orizzonti di senso che originano dal pensiero e dalla proposta teoretica dei due patriarchi dell'idealismo italiano. Non è tuttavia neppure il caso di attenuare, per eccesso di distinzione, gli aspetti chiaramente comuni tesi ad attribuire maggiore importanza all'ideale e allo spirituale sul reale e sul materiale, con una decisa avversione al metodo empiristico. Sul punto vi è stato, com'è noto, in Italia un intenso e ampio dibattito, a testimonianza del quale indico qui solo: Ajello [1992b e 1995]; Galasso [2000 e 2002]. Sullo sviluppo, specialmente italiano-meridionale, dell'idealismo tedesco, cfr. Oldrini [1964 e 1973].

contenuto nell'indicazione di una via d'uscita dalla stagnazione metodologica che da tempo caratterizzava nel complesso gli studi storico-politici e storico-giuridici (e più in generale le ricerche storiche *tout-court* attente al problema dello Stato) peninsulari¹⁰, ed era contestualmente un segnale di apertura al confronto con esperienze ormai consolidate in altre realtà europee. Il passaggio da una prospettiva etico-politica ad una – molto più empiricamente descrittiva – politico-istituzionale realizzava una vera e propria rivoluzione, nel contempo metodologica e tematica, che sarebbe stato salutare introdurre soprattutto nelle facoltà giuridiche¹¹.

Partendo dunque dal presupposto di una «tradizionale carenza della storiografia italiana» in tema di storia istituzionale, un risultato prodotto dall'«influenza crociana» che aveva rallentato molto, quando non annullato del tutto, l'interesse «per la produzione straniera»¹², la raccolta promossa da Rotelli e Schiera poneva al centro della ricostruzione storiografica e della riflessione politologica la nascita, lo sviluppo e il destino dello Stato moderno, vale a dire della forma concettuale e pratica che l'organizzazione giuridica e politico-istituzionale assume fin dal tardo Medioevo e con caratteri sempre più definiti

¹⁰ Tra le poche eccezioni, precedenti o coeve al volume di Rotelli e Schiera, di storici che dedicavano attenzione alla tematica dello Stato moderno mi limito a segnalare, Astuti [1957]. Si veda anche il corso universitario di Marongiu [1997].

¹¹ Rotelli e Schiera [1971, 7]. Va notato che quest'obiettivo resta a tutt'oggi disatteso, perché soprattutto nelle facoltà di giurisprudenza si è assistito a una progressivo ripiegio delle discipline positivistiche su se stesse, a una netta chiusura del diritto ai metodi delle scienze sociali e a una difesa sempre più arcigna dello «specifico» giuridico alla quale la storia del diritto nel suo complesso, lungi dal porsi in una prospettiva critica, ha addirittura dato manforte; si è giunti così al paradosso per cui le discipline giuridiche hanno rinunciato a produrre una ricerca e un insegnamento fondati sulla comprensione «della storia umana», e si sono votate solo all'affinamento (sempre più infruttuosamente approfondito) degli strumenti e degli «sviluppi formali della tecnica giuridica»: sul punto, molto efficacemente, cfr. Ajello [1993, spec. 77].

¹² Rotelli e Schiera [1971, 7].

nel corso dell'Età moderna¹³. Questo filone, che in Italia, eccettuati i noti studi di Chabod¹⁴, era «rimasto sempre piuttosto limitato», aveva invece conosciuto all'estero un «forte sviluppo»¹⁵.

Lungi dall'essere una mera proposizione didascalica, questa della «modernità» dello Stato, inteso tanto come entità concettuale quanto, nel contempo (e anzi prioritariamente), pratico-fattuale, era – e resta – uno dei nodi centrali della questione storiografica che assume come protagonista (per usare la terminologia di Miglio) il «termine-concetto “Stato (moderno)”»¹⁶, che oggi, come ha di recente precisato Rotelli, si può tranquillamente scrivere senza parentesi, senza virgolette e facendo anche a meno dell'aggettivo¹⁷.

La riflessione sullo Stato aveva invero avuto negli anni precedenti la pubblicazione dell'antologia di Rotelli e Schiera una certa ripresa – dopo la stagione dell'«agiografia» fascista, viziata *ab origine* dall'intento ideologico

¹³ Va notato che grosso modo negli stessi tempi dell'uscita in Italia del primo volume di Rotelli e Schiera, J.R. Strayer completava in America *On the Medieval Origins of the Modern State* (1970).

¹⁴ Cfr. soprattutto Chabod [1962, 141-73; e 1981, 591-604].

¹⁵ Rotelli e Schiera [1971, 7].

¹⁶ Cfr. Miglio [2007, 5-38]; significativa per i suoi tempi l'ortografia dell'espressione riportata in testo che il grande studioso comasco utilizzava, anche se oggi non sarebbe riproponibile *sic et simpliciter*, per le ragioni che si cerca di spiegare in questo saggio; cfr. *infra*.

¹⁷ Cfr. Rotelli [2007] spec. «*Lo Stato moderno*» *venticinque anni dopo* e *L'amministrazione nella storia moderna* rispettivamente alle pp. 124 e 242. In frontale dissenso con «gli epigoni della storiografia crociana», l'A. sottolinea efficacemente come «anziché indulgere ancora, per farsi comprendere, alla espressione “Stato moderno”, si sarebbe dovuto parlare esclusivamente di Stato giacché prima dello Stato moderno non c'è un altro tipo di Stato: semplicemente non c'è Stato». Le organizzazioni politico-istituzionali che hanno preceduto lo Stato erano caratterizzate da altri presupposti che l'organizzazione statale capovolge. Lo Stato non è dunque che una specie particolare rispetto al genere «sistema politico-istituzionale», una specie che «presuppone il prevalere dei legami territoriali sui legami personali e consiste nel consolidamento del potere intorno alla figura del principe attraverso gli strumenti dell'esercito, del fisco e della burocrazia» (ivi, p. 242).

e propagandistico funzionale al regime e alla sua strategia comunicativa¹⁸ – soprattutto per merito di alcuni filosofi del diritto e teorici della politica: Passerin d'Entreves, Treves, Bobbio e Miglio¹⁹. In questi contributi prevaleva tuttavia la riflessione concettuale e l'indagine logico-speculativa, con riguardo soprattutto alla produzione dei discorsi dottrinali costitutivi dei fondamenti teorici dell'entità statale, trattata più come un'idea che come un fenomeno empirico-fattuale. Era pur sempre un indubbio passo in avanti in rapporto alla visione puramente sintetica della teoresi idealistica, dal momento che questi studi ponevano al centro dell'interesse euristico e speculativo un *oggetto* storico e storiografico che fino ad allora era stato inteso nella sua dimensione puramente «spirituale»²⁰. Tra gli storici politici dell'Età moderna aveva infatti continuato a lungo ad avere influenza la retorica della storiografia idealistica, per nulla propensa a indagare sulle strutture istituzionali e a sviluppare un'analisi dei gruppi intermedi operanti nella società. Interesse assorbente dell'idealista era individuare i nessi tra particolare e universale, trascurando deliberatamente il generale²¹.

¹⁸ Si pensi a «Lo Stato. Rivista bimestrale di scienze politiche giuridiche ed economiche», diretta da Ettore Rosboch e Carlo Costamagna.

¹⁹ Treves [1937, 17]; Passerin d'Entreves [1967 e 1962]; Bobbio [1985, che raccoglie quattro «voci» scritte per l'*Enciclopedia Einaudi*]; quanto all'opera di G. Miglio, oltre al già ricordato *Genesi e trasformazioni del termine-concetto «Stato»*, si veda la sua amplissima «bibliografia degli scritti» in Ornaghi e Vitale [1992, 417-26], dalla quale emerge come fin dagli anni Cinquanta [cfr. al riguardo l'esemplare studio di Miglio 1955] egli non cessò mai di mettere il concetto di «Stato» al centro della sua poliedrica speculazione.

²⁰ Cfr., per un approfondimento su questo punto: Di Donato [1998, spec. par. 2, X-XII, *Il dibattito sullo Stato moderno più «esprit che «pratique»*].

²¹ Nei lustri successivi alla pubblicazione del volume di Rotelli e Schiera la disamina critica e più documentata delle posizioni teoretiche e storiografiche dell'idealismo è stata compiuta da Raffaele Ajello [a partire dal 1976 fino al 2002]. Cfr. inoltre l'intensa attività saggistica,

Il fenomeno istituzionale restava così schiacciato tra due costruzioni universali di senso, diventando quindi privo di consistenza. Nella letteratura storiografica prevalente si oscillava ancora tra le formule ben note dello Stato «opera d'arte» e dello «Stato-etico», concentrando l'attenzione sugli aspetti giuridico-formali o dottrinali, senza considerare il fenomeno dal punto di vista istituzionale e socioeconomico e neglignendo quasi del tutto il processo di civilizzazione socioculturale connesso al rafforzamento dell'organizzazione pubblica²².

La questione cruciale della nascita e dello sviluppo degli apparati (soprattutto di quelli giurisdizionali e amministrativi) era quasi completamente ignorata in Italia, con la sola, parziale eccezione, come si diceva, di Chabod (i cui studi di storia istituzionale restarono invero piuttosto isolati), che non a caso fu l'unico studioso italiano citato nella prefazione al primo volume dell'antologia di Rotelli e Schiera. Sul finire degli anni Cinquanta, il grande storico valdostano, portando l'impianto crociano al suo massimo punto possibile di tensione interna senza tuttavia distaccarsene²³, aveva pubblicato un importante

costantemente orientata al medesimo tema, pubblicata sulle pp. della rivista semestrale «Frontiera d'Europa. Società, economia, istituzioni, diritto del Mezzogiorno d'Italia», Napoli, Esi, 1995 (si veda il saggio programmatico di presentaz. nel n. 1).

²² Basti pensare a questo riguardo che due anni prima dell'uscita del primo volume dell'antologia curata da Rotelli e Schiera era stato pubblicato in Germania il volume di Norbert Elias dedicato appunto al «processo di civilizzazione», un'opera destinata in breve a diventare celebre in tutto il mondo ma che sarebbe stata tradotta in italiano solo diversi anni dopo, nel 1982: cfr. Elias [1988]. Quella nuova prospettiva, inaugurata dal grande sociologo tedesco, non poteva certo essere sfuggita a fini germanisti impegnati proprio in quegli anni nella fondazione dell'Istituto storico italo-germanico a Trento (il cui atto di fondazione ad opera di Paolo Prodi e Hubert Jedin è del 3 novembre 1973, contemporanea quindi alla pubblicazione del secondo volume dell'antologia di Rotelli e Schiera).

²³ Rotelli e Schiera [1971, 8]. Le tensioni interne all'edificio metodologico crociano, che esplosero con accentuazioni molto conflittuali in occasione della morte di Carlo Antoni, e l'impossibilità per Chabod di concepire anche un solo parziale distacco da quella linea di fondo,

studio sulla «busta paga» dei funzionari milanesi in Età moderna²⁴. Era stato certamente un momento storiografico importante, un'innovazione indubbia rispetto all'impostazione della storiografia tradizionale figlia dell'idealismo per così dire «ortodosso», ma che non riuscì, nonostante tutto, a fare scuola, anche se vi fu in seguito qualche lodevole tentativo di applicare la più generale questione dello Stato moderno al caso italiano²⁵.

Ma fu, è proprio il caso di dire, un fuoco di paglia. Al contrario, iniziò da quel momento al di qua delle Alpi una lunga sequela d'interpretazioni antistataliste. Non è il caso di ripercorrere passo per passo quel lungo percorso, che appare regressivo secondo l'ottica proposta dall'antologia di Rotelli e Schiera. Valga solo, come esempio recente che corona e riassume il clima affermatosi nella teoria e nella storiografia politica, un volumetto collettaneo intitolato *Lo stato dello Stato*²⁶, in cui l'avversione antistatale arriva all'acme di un violento negazionismo addirittura dei fondamenti, tanto teorici (e finanche linguistici) quanto fattuali, della «statualità»²⁷.

si colgono molto bene nel carteggio tra lo stesso Chabod e Arnaldo Momigliano di recente pubblicato a cura e con un importante saggio introduttivo di G. Sasso (pp. 3-77) e una postfazione di R. Di Donato (pp. 153-161): cfr. Chabod e Momigliano [2002].

²⁴ Chabod [1958, 187-363].

²⁵ Cfr. Caracciolo [1960].

²⁶ Cfr. Guaraldo e Tedoldi [2005].

²⁷ Cfr. Meriggi [2005, 24-5], secondo il quale non si può più parlare di «Stato», ma sarebbe più corretto utilizzare «metafore che non lo chiamino esplicitamente all'appello». Filosofi della statualità, come Bodin e Hobbes (ma vien da chiedere perché non anche, a questo punto, Spinoza, Montesquieu, Rousseau?...), devono perciò essere considerati «in larga sostanza come epifenomeni o come opzioni interpretative tra le tante possibili e non come proposte di discontinuità o di cesura radicale». Nei secoli «moderni» (e immagino che le virgolette d'obbligo preludano all'eliminazione anche di quest'altro termine incriminato) «la sostanziale evanescenza della nozione di Stato» lascerebbe quindi il posto a «quella, certo più plastica, ma anche fatalmente più sfuggente e liquida, di governo», con la conseguenza conclusiva che «nell'antico regime le istituzioni si condensano in un governo, ma non in uno stato». Confesso candidamente, per quanto mi sforzi, di non compren-

Questa vera e propria volontà di «azzerramento» dello Stato e della statualità, identificati lapidariamente con una volontà di potenza cieca, fine a se stessa, dedita solo all'autoperpetuazione e quindi incapace di percezione e di ascolto dei bisogni effettivi dei governati, ha dato luogo, in chi avesse maturato una linea interpretativa dei fenomeni che emergono dalla vicenda storica del mondo moderno in chiave istituzionalistica, a una sindrome da stress antistatuale. Una patologia – della psiche e della conoscenza – aggravata dal fatto che al continuo bombardamento teorico e storiografico contro lo Stato cui si è assistito da più direzioni corrisponde ogni giorno di più sotto i nostri occhi uno slabbramento della realtà pubblica e dell'organizzazione socio-politica; di quel poco di statualità, verrebbe da dire, di cui la realtà socioculturale italiana è stata capace da quel fatidico – e forse un po' troppo mitizzato – marzo 1861.

dere il senso di quest'ultima asserzione: pur essendo due concetti ben distinti tra loro, mi sfugge come si possa concepire un «governo» che è una funzione eminentemente infra-statuale, all'infuori di una (per quanto embrionale o imperfetta) «statualità». Non è questa comunque la sede per aprire una lunga discussione su questi temi (che meritano certamente un'attenzione – e a mio avviso una radicale confutazione – a parte). Mi limito qui solo a osservare che diametralmente opposta a questa visione sta pressoché tutta la storiografia francese, su cui cfr. *infra* (non tenuta in alcuna considerazione dalla storiografia italiana prevalente, che si volge invece a una storiografia «latino-mediterranea», specialmente italo-iberica, oppure tedesca); da vedere, al riguardo, per la dimostrazione dell'idea imperniata sul carattere di *novitas* assoluta dello Stato moderno in rapporto all'organizzazione tanto politico-istituzionale quanto giuridico-sociale precedente, in particolare l'opera di Beaud [2002] che colloca la svolta decisiva proprio in Bodin. Quanto alla «questione hobbesiana», crocevia di tutta l'elaborazione politologica moderna, mi limito a segnalare che il pensiero del filosofo di Malmesbury è tornato recentemente al centro del dibattito internazionale – da Leo Strauss ad Habermas e Zarka – sullo Stato liberale: cfr. al riguardo, per una efficace messa a punto del problema, Jaime [2007, 199-216].

2. *La proposta statutale nel paradiso della legalità illegale*

Da questo punto di vista, occorre riconoscere che non si è fatta molta strada nella storiografia italiana, il che ci rimanda alla condizione istituzionale irrisolta – e divenuta ormai drammaticamente incancrenita – del nostro paese. Si può constatare che le condizioni socio-istituzionali si aggravano sempre più. L'avanzata della globalizzazione rende molto più fragili ed esposti quei sistemi, come il nostro, nei quali a una scarsa coesione sociale corrisponde un ordinamento giuridico-istituzionale tanto rigido e faraginoso quanto inefficiente, inefficace e scandalosamente costoso.

Le istituzioni sono ormai identificate – disgraziatamente non a torto, ma con effetti culturali e psicologico-sociali devastanti – con la «casta» che le domina. E ci accorgiamo di vivere ogni giorno di più in un mondo nel quale la legge, faticosa conquista di un travaglio secolare che da Cicerone all'Illuminismo giuridico ha determinato la vicenda occidentale diventandone un carattere assiologico e antropologico dominante e radicato²⁸, diventa ormai niente di più che una *soft law*; naturalmente, inevitabilmente, tanto più *soft* quanto più elevato sia il livello di potere economico e politico posseduto dai soggetti ai quali essa va applicata. Con buona pace del moralismo giuridico e del *politically correct* formalistico di giuristi e di generosi dispensatori di precetti morali di varia formazione e provenienza, la legge tende a divenire, con un'evidenza che solo una buona dose d'ipocrisia può nascondersi, una norma a valenza multipla e differenziata a seconda del potere e delle capacità di negoziazione che i soggetti cui essa è destinata possiedono nei confronti dei centri effettivi di decisione²⁹. Sempre meno frequen-

²⁸ Cfr. Cattaneo [1966]; cfr. anche, sul medesimo tema, ma centrate sulla situazione italiana, le pagine di D'Amelio [1965].

²⁹ Genialmente premonitrice, in tal senso, è stata l'opera cinematografica *Nirvana* di G. Salvatores (1997), nella quale si descrive un mondo tecnologicamente molto avanzato in cui i diritti non sono at-

temente questi ultimi corrispondono a quelli visibili e istituzionali.

Da questa prospettiva il ritorno al Medioevo non è «prossimo venturo» – come preannunciava un fortunato titolo di alcuni anni fa –, ma è attualità dispiegata³⁰. Generalità e astrattezza di rousseauiana memoria divengono ormai un pallido, scolorito ricordo, delle vestigia destinate a polverosi libri di storia dottrinale, principi di una società ideale mai realizzata, ritenuta irrealizzabile e di conseguenza confinata nelle fumose brume della fuga utopica.

Così trionfa la rassegnazione allo *status quo* in nome di un male inteso «realismo», compromissorio e triviale, per nulla aperto alla sperimentazione e cristallizzato nei propri dogmi grossolani e antiquati, malgrado la loro smaltata originalità: l'esatto opposto del sobrio realismo empiristico, che ha dato luogo nei paesi più avanzati del mondo a quella cultura dello Stato che ha favorito il processo di civilizzazione imperniato sulla fiducia diffusa nelle istituzioni, le solidarietà verticali (ascendenti e discendenti) e orizzontali (si pensi solo alla mutualità tra regioni o aree diverse del paese)³¹ e, *last not least*, il continuo aggiornamento delle regole e delle pratiche politi-

tribuiti in modo eguale a tutti i soggetti, ma solo in rapporto al grado di partecipazione gerarchico-funzionale di ciascuno di essi al «Sistema» gestito dai grandi e anonimi potentati economici multi e sovranazionali. Si vedano anche, sul punto le riflessioni sviluppate da P. Bourdieu in diverse sue opere [cfr. la bibliografia completa in Bourdieu 1992, 223-33] e nella rivista da lui fondata e diretta «Actes de la recherche en sciences sociales»; cfr. anche le recenti, acute riflessioni proposte in Italia da Rodotà [2006b, spec. la prima parte (*Il diritto e il suo limite*), 9-72].

³⁰ Cfr. *supra*, cap. IV, par. 11. Sul punto, cfr. anche Ajello [1999, spec. 413-7, *Alcuni residui del Medioevo* [in Italia]].

³¹ I casi del *Midi* francese o dell'est tedesco, aree un tempo depresse e poi rifiorite grazie allo sforzo cumulativo e solidale di tutto il paese, sono a questo riguardo emblematici e stridono se comparati con la situazione in cui versa il Mezzogiorno italiano senza che da un secolo e mezzo (ossia dalla proclamazione dell'unità) si sia mai seriamente affrontato il problema in un'ottica sistemica nella quale sia coinvolta l'intera comunità nazionale.

che e giuridiche in presa diretta con l'evoluzione dei costumi, delle culture e delle mentalità sociali.

E del pari avvertiamo di non godere più della libertà assicurataci – secondo il celebre brocardo ciceroniano – proprio dall'ordine giuridico posto a presidio di una società regolata³², ma di essere eterodiretti, come nel copione già scritto del *Truman show*³³, dai grandi e oscuri centri planetari del potere finanziario-pubblicitario³⁴. Ci sentiamo sempre meno protetti dallo Stato e dal potere pubblico, che, grazie alla «pirateria politica» e alla corruzione di chi lo esercita con metodi di fatto ancora «patrimonialistici» – ossia in senso weberiano «pre-statali»³⁵ –, vediamo sempre più come un don Rodrigo arrogante e rapace, anziché come una struttura organizzativa benevola, destinata ad agevolarci fornendo servizi utili, volti all'accrescimento del nostro benessere e al miglioramento della qualità della vita. Entriamo facilmente nell'incubo kafkiano dello Stato-mostro, del macchinario terrificante³⁶, perfetto nella sua malvagità sorda, del con-

³² «Legum ministri magistratus, legum interpretes iudices, legum denique idcirco omnes servi sumus ut liberi esse possimus»: Cicerone, *Pro Cluentio*, LIII, 146: cfr. Cicerone [1981, 464-5].

³³ Cfr. *The Truman show*, Usa, 1998, regia di Peter Weir.

³⁴ Si vedano al riguardo, esemplari per capacità di sintesi e chiarezza espositiva le pagine di Cassese [1998, 2002 e 2006].

³⁵ L'aggettivo è, com'è noto, tipico dell'analisi weberiana che oppone la gestione «patrimonialistica» del potere a quella «funzional-burocratica» tipica dello Stato «moderno»: Weber [1999, vol. I: *Teoria delle categorie sociologiche*, spec. 226-237; vol. IV: *Sociologia politica*, cap. IX, sezioni III e IV, 102-217, spec. 106-110; 2001, 50]. Sulla coniugazione, tutta italiana, tra «razionalità» e «pirateria politica», cfr. Ferrarotti [2002, IX-X]: Ferrarotti è stato tra i primi a osservare lucidamente questo fenomeno, pressoché unico al mondo, per cui nella prassi politica italiana convivono cumulativamente «burocrazia razionale e pirateria politica, valutazione scientifica e rapina a mano non armata [...] a beneficio, più o meno occulto, di partiti e uomini politici» creando un «virtuosismo italico» che lo stesso Weber non avrebbe potuto «neppure immaginare [...] perché l'uomo politico per lui non può a tal punto mancare di senso dello Stato».

³⁶ Sullo Stato-macchina, cfr. Irti [2004b], sul quale rinvio alle mie riflessioni critiche sviluppate qui *supra*, cap. II, par. 3.

gegno imperturbabile, come lo strumento di tortura della *Colonia penale*³⁷, che pone la sua spietata razionalità organizzativa al servizio di un disegno disumano e crudele, per sua natura totalitario e insensibile, che s'impadronisce di ogni spazio di libertà e reprime con la medesima forza livellatrice ogni dissenso, ogni stile alternativo, ogni reazione al progetto omologante³⁸.

Dello Stato e in generale delle istituzioni pubbliche, in Italia, è folle o insensatamente ingenuo fidarsi. È constatazione tanto elementare e ovvia quanto sempre sconcertante e disarmante che i pubblici poteri italiani si comportino di regola come devianti rispetto a leggi che essi stessi hanno statuito. Nella penisola regna il paradosso dell'illegalità della legge e dei legali³⁹. Ma a questa sobria e disincantata lucidità sono pervenuti – e la cosa non può che sconcertare – più i romanzieri e i drammaturghi che gli storici⁴⁰. E quanto ai giuristi, a qualche lucida *vox cla-*

³⁷ Kafka [1966, 175-218].

³⁸ Su questi temi, cfr. Barcellona [1994 e 1998]; Schiera [2004].

³⁹ Cfr. *supra*, cap. IV. Per una disamina storica, assai ben argomentata, cfr. Ajello [1998b, 5-79, e 2009].

⁴⁰ Impossibile non riandare con la mente a molte delle indimenticabili pagine dell'opera di Sciascia, di cui mi limito qui a ricordare solo *Le parrocchie di Regalpetra* [1956]; *Il contesto: una parodia* [1994]; e la silloge dei discorsi parlamentari e degli interventi politici raccolti in *Leonardo Sciascia deputato radicale 1979-1983* [2004, spec. 29-70]. Più recentemente, su una linea analoga si è posto un altro scrittore siciliano, Camilleri [1993 e 1995]. Soprattutto quest'ultimo scrittore ha pennellato in modo esemplare il (ri)sentimento con cui viene percepito lo Stato in Italia per effetto della mancata civilizzazione statale della società, dell'assenza pressoché completa di spirito delle istituzioni e di fiducia nei poteri pubblici e in chi li esercita: «“Io, commendatore, non ho putiri, sono una cosa da niente, una pezza da piedi. E il fatto che ho famiglia significa che appena mi muovo, mi catamino, m'armino, appena protesto o faccio voci, lo Stato me la fa pagare col palmo e la gnutticatura, ci mette il buon peso, il carico di undici, quello che lo Stato vuole. E io, il giorno dopo, mi trovo a insegnare come si scrive la parola Italia in un perso paese di Sardegna. Mi spieghi?”. “Lo Stato?” fece calmo Restuccia taliandolo negli occhi. “Lo Stato, lo Stato. O crede che il prefetto rappresenti la Società per lo sviluppo agricolo? Il consorzio di Bonifica? L'Associazione del Bel Canto? È lo Stato, commendatore, con le sue leggi, i carabinieri, i magistrati, la

mantis in deserto corrisponde un generale atteggiamento snobistico e sostanzialmente indifferente (quando non insofferente) alle analisi critiche⁴¹. La «criminalità» dell'ordine giuridico è tema blasfemo che fugge – come «la

forza. E tutt'insieme me la mettono in culo”»: Camilleri [1995, 161-2]. Ma una disamina acutissima dei problemi italiani derivanti dall'assenza di statualità, dall'«ozio servo» e impolitico in cui le popolazioni della penisola «giace[vano]» e dall'impossibilità d'instaurare una relazione fiduciaria tra cittadini e istituzioni pubbliche, era già nel delizioso (e dimenticato) trattatello del 1777 di Alfieri [1949]; nel denunciare il grave peso rappresentato in Italia nelle «cose politiche» dal papato, dall'inquisizione («quel tribunale sì iniquo, di cui basta il nome per far raccapricciare d'orrore») e più in generale dalla «cattolica religione, incompatibile quasi col viver libero», il grande drammaturgo astigiano vedeva molto giustamente il nucleo del problema nel carattere assunto dalle realtà regionali o cittadine peninsulari di «semi-repubbliche», ossia di piccoli staterelli senza possibilità di assurgere al livello (e all'efficacia) dell'organizzazione statale che si era affermata altrove in Europa (citazioni *ivi*, pp. 41, 44 e 46).

⁴¹ Si veda, ad esempio, la scarsa attenzione sostanziale ricevuta nell'ambito accademico, specie tra i costituzionalisti e più in generale tra i giuristi italiani, dall'analisi, molto puntuale e documentata, di Ainis [2002, 2006 e 2007]. Ainis sostiene, a mio avviso del tutto ragionevolmente e fondatamente, l'incostituzionalità delle leggi formulate con un linguaggio criptico, ambiguo, illogico o incomprensibile a causa dei vari tecnicismi utilizzati dagli estensori dei testi (il caso più sconcertante, ma non l'unico, è quello dei rinvii, spesso multipli, a norme inesistenti o inesattamente citate: cfr. Ainis [2002, 24-7] e, per l'incostituzionalità delle norme non chiare, pp. 117-23). Se ne può dedurre che una gran parte delle norme giuridiche dell'ordinamento italiano è fuorilegge e si presta a giustificare, con indulgente elasticità, interpretazioni benevole e giustificazioni di comportamenti anche palesemente scorretti, incivili o truffaldini. La conseguenza di ciò è che ci ritroviamo un diritto che invece di favorire gli onesti, è estremamente formalistico con i cittadini normali, vessati da mille e mille torture burocratiche inutili, e poi è scandalosamente indulgente con i furbi, con i prepotenti politicamente appoggiati e con chiunque delinque ma si dimostri poi pronto, al momento opportuno, alla retromarcia pietistica, volta a suscitare la misericordia della comunità. Un diritto, in breve, attraversato da venature d'irrazionalità, che si pone *contro lo Stato* (quest'ultimo inteso, naturalmente, non come Stato-apparato, ma in senso antropologico-funzionale, come sistema organizzativo teso a garantire l'efficienza e l'efficacia di servizi indispensabili alla vita associata nell'epoca della modernità dispiegata) e non al servizio di un grande progetto di civilizzazione socioistituzionale.

speme, ultima dea, fugge i sepolcri» foscoliani – le aule universitarie delle Facoltà di diritto e di scienze politiche. Il che la dice lunga sullo stato (oltre che dello Stato) della storiografia e della dottrina giuspolitica italiana sullo Stato e sulle istituzioni. E getta una luce sinistra, e purtroppo effettiva, sulla litania antistatalista che da molti lustri caratterizza la saggistica storiografica e giuspolitologica. Si direbbe, osservando a distanza, che la storiografia italiana abbia voluto adeguarsi alla realtà antropologico-politica peninsulare, nella quale l'assenza dello Stato si è fatta malattia cronica, quindi pressoché incurabile, alla quale il paziente (la società e i suoi singoli componenti) si è adattato trovando i più ingegnosi, ma anche sovente i più deleteri mezzi di convivenza e di sopravvivenza.

In tal modo, le discipline storiche, come qualunque scienza sociale che abdichi al proprio compito descrittivo della realtà, perdono la loro connaturata sensibilità critica e diventano puramente asseverative del contesto esistente. L'adattamento compromissorio e cinico allo *status quo* influenza fatalmente la lettura del passato, obnubila le cause della disfatta sociale e politica che caratterizza il presente e frantuma le barriere critiche, indispensabili a ogni serio analista dei fenomeni reali – nel presente come nel passato – per coglierne in profondità moventi e ragioni. Nell'impossibilità – sancita dall'autocastrazione intellettuale o dalla fuga-rifugio nei saperi specifici e ipertecnici – di sviluppare indagini che siano utili a comprendere e a far capire, molta storiografia italiana ha ripiegato sull'erudizione secca, sulla cesellatura del «particolare», e ha esaltato, in studi quantitativamente corposi, che avrebbero a stento meritato una formulazione saggistica, temi marginali di microstoria sociale spacciati maldestramente per fondamentali assi di ricerca.

Prive in larga misura di qualsiasi riferimento comparatistico e di collegamenti con la dimensione socioistituzionale, queste proposte storiografiche, che spesso inondano insopportabilmente i congressi delle discipline storiche (e storico-giuridiche in sommo grado), restano poi lettera morta e non apportano alcun significativo risultato

alla comprensione dei grandi fenomeni che caratterizzano la vicenda storica dell'Occidente né delle altre aree significative del mondo.

In realtà, fare la storia dello Stato in un contesto come quello italiano, strutturalmente lacunoso di statualità, determina di per sé un orizzonte di senso tutt'altro che «neutrale». Studiare lo Stato nel paradiso dell'assenza dello Stato dove persino il diritto assume una funzione di ostilità allo Stato e alla statualità significa porsi, di per sé, «al di fuori», in una dimensione che se non è considerata «eversiva» è solo perché essa è talmente marginale da non far realmente paura a nessuno. Come ha scritto di recente un lucido specialista transalpino, siccome «lo Stato ha la funzione di spolticizzare il legame sociale, nella misura in cui esso detiene il monopolio della conoscenza dell'interesse generale, della sua tutela e della sua applicazione» è evidente che questa stessa spolticizzazione si configura come «una politicizzazione precisa»⁴².

Una riflessione che tenti di tracciare una linea di collegamento tra l'emersione della «forma-Stato» nell'Europa moderna e il processo di civilizzazione socioculturale che ha caratterizzato i principali paesi europei e, per converso, che faccia emergere – nella implicita deduzione comparativa – il nesso causale tra l'assenza di quella dimensione statale e le molteplici difficoltà attuali emergenti dalla realtà politica e sociale italiana, una riflessione del genere è destinata a restare una voce isolata e irrilevante, poiché non è funzionale alla *forma mentis* imperante nel paese dei ritornelli antistatali.

3. *Il regressivo progetto egemonico della storiografia contemporaneaistica*

A mio avviso la questione dell'assenza di statualità in Italia costituisce ancora oggi una grande questione sto-

⁴² Jaume [2009, 3].

rico-politica aperta, che solo una incredibile miopia diffusasi in molti settori della storiografia italiana – aumentata da ordinamenti universitari che hanno favorito poco o punto il collegamento tra ricerca e didattica – ha potuto far accantonare, nella dissennata convinzione che per comprendere l'attualità occorra privilegiare temi, ricerche e insegnamenti strettamente legati ad essa e in ogni caso non troppo lontani nel tempo.

La conseguenza più rilevante di questa sconsiderata scelta è che stiamo assistendo a un debordante – e distruttivo – «arrembaggio» accademico della storia contemporanea, i cui paladini si ergono volentieri a unica o egemone fonte formatrice di coscienze e a soli depositari del «metodo» storiograficamente corretto. Ma l'assolutizzazione di questa – come del resto di ogni – disciplina, recidendo i legami di lunga durata con le epoche precedenti, priva gli ignari e inavvertiti lettori e ascoltatori universitari di un ampio orizzonte di senso in grado di fornire un *background* completo della vicenda europeo-occidentale in confronto con le altre civiltà⁴³. Chiudersi

⁴³ In molte facoltà universitarie (il caso di scienze politiche è il più clamoroso, ma non l'unico) si è approfittato dei recenti (e giusti) indirizzi riformistici ministeriali tesi a diminuire l'eccessivo numero degli esami – e di conseguenza degli insegnamenti, moltiplicatisi a dismisura e oltre ogni ragionevolezza negli ultimi anni – per realizzare dei veri e propri blitz di polizia culturale che hanno limitato ed emarginato (quando non soppresso del tutto) la storia medievale e moderna, la storia delle dottrine politiche e la storia istituzionale a beneficio di una crescita spropositata della storia contemporanea, nella persuasione, tanto pretenziosa quanto illusoria e assurda, che i fenomeni del mondo attuale siano comprensibili a partire da una ricostruzione tutta centrata, nella migliore delle ipotesi, sugli ultimi due secoli. In realtà un tale approccio, frutto del delirio di onnipotenza storiografica di alcuni contemporaneisti (un *déjà vu* in molte altre discipline, destinate poi inevitabilmente a sgonfiarsi e a crollar giù come Icaro con le ali sciolte dal sole), rasenta molto spesso il giornalismo politico, pretendendo poi di spacciarlo per studio fondato su serie e pazienti ricerche. Queste ultime nascono invece da – e nel contempo sono destinate a generare – profonde e lunghe (lunghe in ogni senso, compreso quello cronologico) meditazioni storiografiche, che possono essere frutto solo di visioni ampie e non possono mai nascere né da restrizioni mentali,

nell'angustia di un unico, limitato orizzonte cronologico, come pretende oggi la storiografia dell'età contemporanea, è un gravissimo errore metodologico e tematico, che produrrà in tempi anche molto brevi un grave e irreparabile impoverimento dell'offerta didattica universitaria e più in generale una caduta verticale dei saperi storici nel quadro delle scienze sociali; con danni irreversibili sulla stessa storiografia contemporanea. Quest'ultima, privata di una indispensabile osmosi con le discipline storiche

né da dogmi, paletti e paraocchi imposti. Va da sé che l'orientamento pancontemporaneistico risulta incompatibile con una proposta culturale come quella elaborata dalla storia delle istituzioni e dello Stato, per definizione basata su un'interpretazione di *longue durée* che parte dal Medioevo (e talvolta necessariamente si nutre anche di *flash back* nella storia antica, greca e romana) e perviene all'esame dell'attualità solo dopo complesse e articolate analisi spazio-temporali. A tal punto è giunta l'ignoranza della storia istituzionale e il disinteresse per i suoi temi che di recente in una facoltà di scienze politiche nota a chi scrive quella materia – per definizione generale – è stata posta in opzione (ossia sullo stesso piano e a scelta dello studente) con... la storia dei movimenti politici e sindacali (!) – che è materia speciale che copre un ristretto campo nell'ambito della storia politico-istituzionale. Sarebbe, per usare un paragone comprensibile a specialisti di altre importanti aree disciplinari, come se in una facoltà di medicina si mettesse in opzione l'anatomia patologica con la clinica oculistica, ovvero in una facoltà d'ingegneria la scienza delle costruzioni con la costruzione di ponti o strade, o ancora in facoltà filosofiche la filosofia teoretica con la filosofia del linguaggio o in facoltà letterarie la storia della lingua o la linguistica generale con la dialettologia, o in facoltà giuridiche il diritto costituzionale con il diritto parlamentare, il diritto amministrativo con il diritto degli enti locali, il diritto privato con il diritto della navigazione o con il diritto fallimentare... C'è bisogno di aggiungere che nelle commissioni che avevano il compito di proporre questi nuovi ordinamenti didattici dominavano giuristi formalisti e storici contemporaneisti? Di là dalle irresistibili amenità di questo genere e delle ovvie considerazioni sull'imbarbarimento della vita universitaria italiana, resta – per quel che concerne più direttamente il nucleo argomentativo qui proposto – il fatto che la storia delle istituzioni non è stata recepita in tutta la sua fondamentale importanza formativa nel mondo universitario italiano e che siamo ancor oggi di fronte al problema di far comprendere alle comunità degli studiosi di discipline affini nel loro complesso il valore della storia costituzionale dello Stato nell'orizzonte diacronico di lunga durata.

cronologicamente antecedenti, finirà col perdere a sua volta peso specifico e interesse in primo luogo agli occhi degli studiosi di scienze sociali. I più seri e acuti tra loro manterranno vigile lo sguardo verso l'evoluzione delle ricerche nei paesi dove le storiografie progrediscono a ritmi intensi senza preoccuparsi di fissare paletti cronologici troppo rigidi a presidio di microfeudi mentali e disciplinari. In quei contesti le ricerche sono ampiamente e razionalmente sovvenzionate da politiche culturali molto oculate da parte dei governi centrali⁴⁴.

In tal modo gli studiosi italiani più seri di scienze politiche, giuridiche e sociali non tarderanno ad avvertire l'insufficienza di un orizzonte cronologico e tematico così ristretto, non si accontenteranno delle spiegazioni asfittiche fornite da modelli storiografici troppo angusti per fornire argomenti persuasivi in relazione alle cause storiche profonde dei fenomeni presi in considerazione e sentiranno il bisogno di andare oltre le barriere fissate da un ambiente accademico così culturalmente sterile.

Il destino della storiografia italiana è segnato in anticipo e la previsione sulla sua rapida decadenza, insieme a quella dell'intero paese, è fin troppo facile. In un contesto come quello che si sta affermando nelle nostre accademie – chiedo – quando e a chi mai si potrà proporre, nell'ambito degli studi universitari, un classico di straordinario valore come la *Grammaire des civilisations* di Fernand Braudel⁴⁵, o la sua meravigliosa cavalcata attraverso i secoli moderni dedicata alla *Civilisation matérielle, éco-*

⁴⁴ Per alcuni dati essenziali sullo stato recente della ricerca storica in Francia, cfr. Di Donato [2008a, 32]. L'ultimo volume della *Bibliographie annuelle de l'histoire de France* presenta oltre dodicimila lavori di ricerca per il solo anno 2006. La media delle altre annate negli ultimi decenni si attesta costantemente più o meno sui medesimi valori quantitativi (oscilla tra undici e sedicimila con punte che arrivano fino ai ventimila titoli circa). Nell'ambito di questi studi storici, la sezione delle ricerche dedicate alla storia istituzionale e costituzionale è molto rilevante assorbendo da sola circa un terzo del totale. Va da sé che molte di queste ricerche sono finanziate da fondi pubblici.

⁴⁵ Braudel [1993].

*nomie et capitalisme*⁴⁶, o un grande affresco comparativo tra la civilizzazione europea e le principali culture degli altri continenti come quello fornitoci da Roland Mousnier sui secoli XVI-XVII e dallo stesso Mousnier insieme ad Ernest Labrousse sul secolo XVIII?⁴⁷

La storia dello Stato determina di per sé un orizzonte di senso eminentemente istituzionale la cui analisi comporta lo sfondamento delle tradizionali barriere concettuali e cronologiche, basandosi su una periodizzazione completamente diversa da quella cui le discipline storiche hanno ormai abituato i propri lettori.

Descrivere i problemi politico-istituzionali coagulati intorno alla struttura organizzativa statale, seguire la crescita dei grandi apparati burocratici e giudiziari nelle monarchie assolute moderne, analizzare gli effetti socio-culturali ed economico-finanziari che quella grande svolta, insieme culturale e fattuale, ha comportato nella vita delle società occidentali richiede un colpo d'ala rispetto a un dibattito stagnante e involupato ormai da tempo in schemi ideologici che hanno privilegiato in modo abnorme, quasi maniacale, le tematiche sociali, l'analisi classista e i temi del decentramento e delle autonomie (come se queste dimensioni potessero prescindere dal quadro generale costituito dalla statualità).

E invece le analisi che continuano a essere pubblicate, anche quelle meglio calibrate e più approfondite, muovono sempre dal XIX secolo (nelle ipotesi migliori dal 1789, inteso come fatidico *dies a quo* della «modernità» istituzionale)⁴⁸, trascurando completamente tutta

⁴⁶ Braudel [1981-1982].

⁴⁷ Mousnier [1959]; Mousnier e Labrousse [1959].

⁴⁸ Un vecchio errore che si vede recentemente riproposto da Tedoldi nelle sue pagine introduttive (dal titolo *Quel che resta dello Stato*, pp. 9-20, spec. 13) al volume Guaraldo e Tedoldi [2005], secondo cui «quello che noi chiamiamo Stato (moderno), accentrato [...] ha avuto inizio a partire dalla rivoluzione francese» ed è poi «sostanzialmente tramontato con la Prima guerra mondiale». Pur non volendo considerare l'enorme bibliografia transalpina sul tema, basterebbe, per confutare simili assurdità, rifarsi alla poderosa ricerca di Mannoni [1994 e

la lunga e articolata fase di gestazione dello Stato – secondo alcuni studiosi iniziata fin dall'epoca classica – inteso come «conquista culturale» tipica della società occidentale-europea⁴⁹.

La scienza della politica respinge, proprio come fecero i giacobini della Rivoluzione, lo Stato assoluto nel regno pre-costituzionale dell'oscurantismo sociale e politico ed erige l'Era contemporanea (XIX e XX secolo) ad oggetto storiografico unico nell'analisi politologica⁵⁰. Ancora oggi la maggior parte dei politologi italiani fa fatica a concepire la teoria e la storia dello Stato come qualcosa che possa essere fondata su analisi storiografiche antecedenti quella barriera, divenuta un dogma indiscutibile, un

1996], il quale – come si vede dalla scelta della periodizzazione – è tra coloro che datano il fenomeno piuttosto tardivamente (in sostanza a partire dal regno di Luigi XIV) in rapporto all'orientamento prevalente nella letteratura storiografica francese che tende invece ad anticipare (addirittura al tardo Medioevo) quel processo di formazione della statualità centralistica; si vedano al riguardo Krynen e Rigaudière [1992]; Krynen [1993]; Rigaudière [2003] e le due recenti ricerche, entrambe molto solide e ben documentate di Weidenfeld [2001]; e Petit-Renaud [2001].

⁴⁹ Sabbatucci [1984]; cfr. anche Codino [1975].

⁵⁰ Per la critica argomentata e documentata di questo madornale errore di prospettiva metodologica oltre che di merito storico, cfr. Mousnier [2002, *passim* (*ad indicem*, voce «assolutismo»), e spec. 89-99 e 130-181]. In una conversazione con chi scrive, nel 1991, Mousnier affermò che a suo parere il secolo-chiave per comprendere tutto ciò che si doveva nella storia europea moderna e contemporanea era il Cinquecento: «I giochi decisivi – disse – si son fatti tutti lì, e ciò che è avvenuto dopo non ne è stato che un coerente, consequenziale sviluppo». Cfr. pure, sul punto, Richet [1998, 4-12 (*Perché la «Francia moderna»?*) e spec. 10], dove si argomenta persuasivamente sulla periodizzazione «lunga» nella comprensione dello Stato come «struttura che trova le sue radici già prima del XVI secolo e si prolunga fino al XIX». Ma molti spunti, tra le righe, possono individuarsi nel recente volume di Rotelli [2005], la cui periodizzazione è di per sé una risposta molto efficace alla tendenza a riportare problemi politologici complessi (come la nascita della democrazia e del costituzionalismo), che richiedono un profondo *background*, nei termini e nei limiti della sola storia contemporanea.

parametro mentale che viene dato per scontato e che nessuno mette in discussione.

Le analisi politologiche orbitano pressoché tutte intorno al concetto di «democrazia», intesa non – come sarebbe corretto – quale perfezionamento di una modalità di esercizio del potere e dell'organizzazione istituzionale innestata sul tronco di una più o meno solida e durevole struttura statale, bensì come una entità quasi eterea, largita dal cielo agli uomini contemporanei come un destino inesorabile che si afferma, presto o tardi, indipendentemente dalle condizioni socioeconomiche, dalla cultura e dal peso della storia, in un determinato contesto geopolitico⁵¹.

⁵¹ A mia conoscenza la più autorevole voce controcorrente tra i politologi italiani è stata quella di Panebianco [2008, 1 e 34] che ha difeso la tesi della propedeuticità logica, cronologica e strutturale della «statualità» rispetto alle modalità di organizzazione del potere, in senso democratico o viceversa autoritario. In tal senso ha concluso che «la democrazia “non può vivere in assenza di Stato” poiché “vi morirebbe immediatamente”». Quanto alla «democrazia italiana», essa «ha sempre convissuto con uno Stato relativamente debole» e oggi «l'esplosiva miscela fatta di cambiamenti culturali (ampie fasce di cittadini sempre meno disponibili ad accettare il comando statale), inefficiente funzionamento della macchina amministrativa (apparati repressivi inclusi) e trasformazioni sociali (l'immigrazione ne è un aspetto)» ha «ulteriormente indebolito il “grado di statualità”, in termini di controllo delle risorse coercitive, della forza e di controllo territoriale, avvicinando così il paese pericolosamente a quella zona rossa superata la quale ci sono solo lo “Stato fallito” e la conseguente anarchia». Aspetti non meno gravi e preoccupanti emergono dall'assenza o dalla debolezza degli anticorpi intellettuali e sociali: «Poiché abbiamo una tradizione di Stato debole molti credono che l'ulteriore indebolimento che esso ha subito in questi anni (testimoniato, ad esempio, dai continui successi ottenuti fino a oggi dalle comunità locali in rivolta contro decisioni governative in materia di opere di pubblica utilità) non comprometterebbe la democrazia. Sbagliano clamorosamente. Una democrazia si differenzia da un regime autoritario perché distingue in modo sufficientemente chiaro, sulla base di leggi e procedure codificate, ciò che è negoziabile e ciò che non lo è. E ciò che non è negoziabile (le decisioni assunte da organi democraticamente eletti) viene imposto. Anche con la forza, quando occorre. A patto naturalmente che lo Stato non sia ridotto a una finzione, non sia diventato così de-

Il contemporaneismo ha pervaso le menti dei politologi come il medievismo si è impossessato di quelle dei giuristi-storici. Così tra queste due Verità di fede, resta schiacciata e soppressa l'intelligenza della lunga durata; e l'Epoca moderna, fondamentale cerniera tra due mondi, crogiuolo decisivo nel quale tutte le grandi linee ideali e pratiche dell'organizzazione socio-politica dell'Occidente attuale si sono formate attraverso un tormentato travaglio di menti e di esperienze, viene saltata a piè pari, volontariamente ignorata, respinta in un trascurabile limbo,

bole da non poterselo più permettere». Ciò sarebbe del tutto normale in un paese a tradizione organizzativa statale «forte». In Italia invece, «la maggioranza» è «composta da quelli che difendono l'attuale basso livello di statualità». Perciò si può sperare ben poco in un mutamento salutare: «La storia, le tradizioni, pesano. Poiché la nostra è una tradizione di Stato debole molti pensano che solo uno Stato debole possa sposarsi con la democrazia. Costoro temono eventuali rafforzamenti del livello di statualità perché li interpretano *tout-court* come manifestazioni di tendenze autoritarie in atto. Per la stessa ragione, essi ignorano o sottovalutano i segnali, accumulatisi negli ultimi anni, di “cedimento strutturale” del nostro sistema statale. Talvolta, un eccesso di statualità può effettivamente innescare tendenze autoritarie e uccidere la democrazia. L'anarchia, però, è sempre in grado di produrre lo stesso risultato». Sono parole da sottoscrivere senza riserve. Del medesimo A. si veda anche, nel medesimo senso ma più ampiamente, il recente: Panebianco [2004]. Una posizione non dissimile è stata recentemente espressa da Ricciardi [2008] che ha sostenuto l'idea, a mio avviso del tutto fondata e condivisibile, che lo Stato democratico è la più perfezionata forma di realizzazione di quel modello teorico che culmina nella proposta hobbesiana, modello inveratosi, in una prima fase, nell'esperienza dello Stato assoluto. La conseguenza più rilevante di questa idea è che la «crisi della statualità» di cui oggi tanto si parla (soprattutto in Italia) non può implicare affatto la reinsorgenza delle forme cetuali medievali e la completa assenza di un potere centrale di coordinamento. L'esperienza dello Stato moderno non è passata invano e la «nuova politica» (ammesso che sia sensato parlare in questi termini) non sarà mai più quella di un tempo, riproposta da una sorta di «ritorno circolare dell'identico». Va infine almeno accennato al fatto che la linea culturale che pone l'ossatura statale in posizione (logica e cronologica) di propedeuticità rispetto alla forma democratica del governo è sposata da tempo da una parte della più autorevole letteratura estera, soprattutto americana: cfr. Almond [1990, 193-238]; Linz e Stepan [2000]; Linz [2006].

dal quale né il politologo contemporaneista né lo storico del diritto, infatuato del suo «Rinascimento medievale»⁵², possono trarre alcuna nozione utile ai loro fini euristici e alla loro riflessione storiografica.

I frutti avariati della corriva decisione di elidere o marginalizzare l'Età moderna e la lunga durata dagli studi storici (e dai programmi universitari) non hanno tardato a gravare gli alberi della saggistica politologica e giuridica. Tra i più clamorosi – e duri a morire – pregiudizi che si sono radicati, vi è quello che oppone il costituzionalismo (contemporaneo) all'assolutismo (moderno), facendone due dottrine e due modelli di organizzazione del potere opposti e inconciliabili⁵³. La tesi della discontinuità è imposta dalla necessità ideologica di dare un peso determinante e assoluto alla Rivoluzione, come momento fatale, salvifico, messianico nel quale s'inverò la palingenesi dell'umanità e dal quale scaturirono tutti i principi del costituzionalismo, dello Stato di diritto, della democrazia. Nella politologia contemporanea (e filo-contemporaneistica) non vi è quasi alcuna proposta che sfugga a questi irritanti luoghi comuni, che da tempo e per chiunque abbia la pazienza di documentarsi su buone letture e sulle fonti d'archivio, sono divenuti nulla più che favole prive di ogni riscontro fattuale.

È noto, invece, che il cosiddetto Antico Regime conobbe a lungo una cumulazione delle due sfere concettuali e produsse dottrine e pratiche di governo che le fusero, con la conseguenza che i protagonisti della vita politica agivano nell'ambito di un orizzonte di senso che era costituzionale *in quanto* assoluto; questo era il *loro* modo di pensare, non quello degli storici che hanno preteso ricostruire il senso di quelle esperienze distorcendole in base alle proprie visioni attuali. Ed è altrettanto chiaro ormai che lo Stato monarchico-assolutistico non solo ebbe una costituzione, ma che questa fu scritta e conden-

⁵² Cfr. *supra*, *Introduzione*, par. 3; e cap. IV, par. 6.

⁵³ Cfr. *supra*, cap. I, testo corrispondente alle note 94 e 95.

sata nelle massime della giurisprudenza parlamentare; fu, in pratica, appannaggio della mediazione patriarcale degli apparati magistratuali⁵⁴.

Come si potrebbe mai evitare, qualora si resti nei limiti imposti dalla cronologia dello Stato contemporaneo, l'evidente distorsione storica e storiografica che oppone inconciliabilmente la dottrina costituzionale e la dottrina assolutistica? È indubbio che quei due modelli istituzionali furono nel corso dell'Ottocento considerati rigidamente alternativi, per ragioni direttamente funzionali alla lotta politica condotta dai patrioti di tutt'Europa contro il progetto di restaurare forme di governo obsolete. Ma lo furono sempre? E soprattutto lo erano stati prima della Rivoluzione? Senza un allungamento della vista indietro nel tempo – come proponeva di fare l'antologia di Rotelli e Schiera – risulterebbe impossibile rendersi conto dei percorsi e dei problemi che caratterizzano la nascita e l'evoluzione dello Stato e dei suoi apparati, rendendo incomprendibile anche l'evoluzione successiva e i problemi (che si presumono) più attuali.

La restrizione della ricerca e della riflessione storiografica nello specialismo segmentato di una regione cronologica recide i nessi sincategorematici con i processi evolutivi che caratterizzano i fenomeni complessi della storia umana – e il passaggio a forme sempre più sofisticate e integrate d'istituzionalizzazione appartiene sovrannamente a questo genere di fenomeni –, privando lo sguardo dell'osservatore di panorami storici – e *latiore sensu* politico-sociali – di uno dei suoi attributi migliori: la capacità di situare i fenomeni e i problemi non solo

⁵⁴ Su questi temi, oltre a Mousnier [2002] e Richet [1998], cfr. Di Donato [2003a] (e l'ampia bibliografia ivi cit.). Sulla «mediazione patriarcale» dei giureconsulti come fondamento del costituzionalismo di Antico Regime, si rinvia ai noti studi di R. Ajello (cui si deve l'efficace formula) citati *infra* in bibliografia; cfr. *supra*, cap. I, spec. par. 5. Nella ormai molto consistente bibliografia tematica sul concetto di assolutismo, mi limito a indicare *La monarchie absolutiste* [1987]; e il recente, molto denso volumetto di sintesi di Descimon e Cosandey [2002].

nei contesti che li hanno generati, ma nei processi evolutivi entro i quali essi si sono sviluppati, modificandosi e mutando il senso e la funzione del loro esistere⁵⁵. In tal modo i fatti storici assumono un significato ben diverso dalla visuale irrimediabilmente angusta che li osserva solo a partire dalla loro emersione esistenziale, restituendo a chi sappia osservarli nella loro profondità il senso più autentico della loro genesi e dei loro sviluppi.

L'esempio più attuale che viene a illustrare la gravità delle conseguenze della scelta restrittiva imposta dall'egemonismo culturale dei contemporaneisti sulla conoscenza e la ricerca storica e, a catena, sulla teoria politologica e giuridica è quello del conflitto tra magistratura e potere politico, un fenomeno che non si può studiare e comprendere se non osservandone l'evoluzione sul lungo periodo e utilizzando molteplici strumenti interdisciplinari⁵⁶.

⁵⁵ Questo processo evolutivo che trasforma le entità che si danno nel mondo è osservabile con particolare importanza nella vita delle istituzioni. Un noto storico francese, Denis Richet, chiamò questo fenomeno «legge intrinseca di crescita delle istituzioni» sulla base dell'osservazione che, «considerando una certa durata, esse non siano più legate alle circostanze che hanno favorito la loro nascita, ma vivano di vita propria»: Richet [1998, 72]. Una posizione d'identico tenore era stata espressa e argomentata da Roland Mousnier, secondo il quale «nel funzionamento pratico di un sistema istituzionale tutto può risultare diverso dalle premesse teoriche»; di conseguenza una storiografia (e segnatamente quella istituzionale) che si fondi su una rigorosa analisi esegetica dei fatti non può fare a meno di tener conto attentamente dell'eterogenesi dei fini. L'osservatore storico deve quindi sempre saper valutare le modalità e i tempi della divergenza tra i valori (che, come sosteneva il grande teorico del diritto scandinavo Axel Hägerström, altro non sono che preferenze o desideri, più o meno sinceramente espressi) e la realtà fattuale, tra i proclami programmatici e le concrete attuazioni dell'azione politica: sul punto cfr. Di Donato [2002, spec. par. 8, LIX-LXVIII]. Il processo per il quale si produce un mutamento oggettivo nella sfasatura (cronologica e non solo) tra fatti e contesti è stato osservato con molta finezza e precisione da due noti sociologi americani: Merton e Barber [2002]. Da vedere, sul punto, anche Boudon [1985]. Per un punto di vista più filosofico-politologico, cfr. Fedriga [2002].

⁵⁶ Gli esempi che dimostrano l'assurdità della scelta di privilegiare la storia contemporanea sull'antica, medievale e moderna potrebbero

Privato dei radars di bordo che gli consentano di osservare a distanza tempo atmosferico e corpi affioranti, il comandante di questo vascello storiografico dall'improbabile rotta non potrà che procedere a una navigazione a vista. Le spiegazioni storiografiche che ne derivano, incentrate sugli eventi immediati che emergono pressoché quotidianamente dalla cronaca giornalistica, saranno logicamente di corto respiro e non potranno mai cogliere il nucleo problematico fondamentale di un fenomeno – come quello in questione – che affonda le sue radici nella stessa formazione medievale dello Stato europeo-occidentale e che conobbe momenti di straordinaria intensità nel corso dell'Età moderna⁵⁷.

moltiplicarsi all'infinito, se non ci trovassimo di fronte a una precisa volontà accademica e a una (erronea) politica della cultura, sorda a qualsiasi ragionevolezza perché guidata in prevalenza non da convinzioni culturali (che verrebbero messe in scacco matto e crollerebbero non appena si accettasse un minimo di serio dibattito), ma dall'interesse quantitativo a capitalizzare il vantaggio così affermato in cattedre e posti di docenti. Mi è gradito ricordare al riguardo una recente tesi di laurea specialistica in scienze politiche, elaborata e discussa da una mia valente allieva calabrese, Giuseppina D'Aloi [2008], dedicata a un altro tema cruciale nell'attualità politica italiana: le (mancate) riforme istituzionali di cui tutti (a parole) affermano l'assoluta e indifferibile necessità per l'interesse del paese. Il lavoro è riuscito a produrre risultati originali e fecondi soprattutto grazie all'adozione di una scelta prospettica di lungo periodo alla ricerca dei fattori profondi, radicati da secoli nella mentalità politica italiana.

⁵⁷ Sulla conflittualità magistratura-politica nello Stato di Antico Regime vi è ormai un'ampia bibliografia (che in Italia continua sconceratamente a essere quasi sconosciuta), per la quale rinvio a Di Donato [2003a, 821-61], limitandomi qui a ricordare solo un ventaglio di studi particolarmente significativi e selezionati in base all'evoluzione storiografica determinatasi a partire dalla metà dell'Ottocento fino ai giorni nostri: Bastard d'Estang [1857]; Rocquain [1878]; Flammermont [1883, 1888]; Glasson [1974]; Maugis [1977]; Doucet [1921-1926]; Olivier e Martin [1988]; Bickart [1932]; Ford [1953]; Cocatre-Zilgien [1963, 29-154]; Rothkrug [1965]; Shennan, [1965, 179-200; 1966, 520-42; 1968]; Hardy [1967]; Egret [1970]; Antoine [1970, 1971, 1993, 1994]; Lloyd Moote [1971]; Hudson [1972, 97-117]; Mazzanti-Pepe [1973, 609-50]; Doyle [1974]; Van Kley [1975 e 1984]; Hamscher [1976 e 1987]; Alatri [1977]; Autrand [1981]; Echeverria [1985];

Questa direzione imboccata dalla storiografia contemporanea e in gran parte avallata dall'accademia italiana, nell'indifferenza pressoché generale dei poteri politici di governo, procede in senso diametralmente opposto alle storiografie dei paesi più avanzati e produttivi d'idee e d'innovazione sperimentale. Anche qui mi limito a considerare, tra la miriade di esempi possibili, solo, ma in quanto particolarmente significativi, gli studi che hanno portato la loro attenzione sulle istituzioni giudiziarie e sulle problematiche più attuali di sociologia giuridica⁵⁸.

Questi studi si fondano tutti su una poderosa linea storiografica che continua a produrre a getto continuo ricerche e indagini (spesso condotte su documenti archivistici di prima mano) che lungi dal chiudersi in un recinto cronologico definito propongono una lettura del fenomeno statutale inscrivendolo nel quadro evolutivo della lunghissima durata⁵⁹.

Ciò nella convinzione – molto difficile da confutare – che, come ha scritto un grande specialista francese dell'antichità classica, la nostra storia, la storia dell'Occidente europeo e della sua *civilisation*, è basata su «modelli fondatori» la cui matrice è, senza dubbio alcuno, nel «pensiero ellenistico e romano», molti dei quali – non certo a caso – ridivennero dei baluardi teorici e assiologici nell'epoca moderna. Questo è un fondamento ine-

Stone [1986]; Schmale [1987, 415-24]; El Annabi [1989]; Descimon [1989, 357-86]; Hanley [1991]; Brown e Famiglietti [1994]; Swann [1995]; Rogister [1995]; Alimento s.d. [1995]; Campbell [1996]; De Waele [2000]; Krynen [2000, 353-66; 2001, 208-23]; Hurt [2002]; Wachenheim [2004 (uno splendido, minuzioso lavoro di ricerca di prima mano, purtroppo ancora inedito)]; Vergne [2006].

⁵⁸ Cfr. Bancaud [1993]; Arnaud [1981 e 1998]; ma è impossibile non tener presente (quale che sia il modo di rapportarsi a esso) il monumentale studio critico-prosopografico di Bourdieu [1989]. Sulla vicenda storica delle istituzioni giudiziarie, cfr. Hilaire [1994] e Quenet [1997].

⁵⁹ Nella storiografia istituzionalistica italiana un ammirevole, recente esempio di ricostruzione diacronica basata sul metodo della lunga durata è costituito dal volume di sintesi Corciulo [2008].

ludibile e sempre di stretta attualità poiché «noi stiamo vivendo in ogni caso, in questo stesso momento storico, in piena tradizione greco-romana» attraverso la via della modernità⁶⁰.

4. *Il superamento della metodologia marxiana nell'analisi funzionalista delle istituzioni*

Quanto alla «critica storica», essa è rimasta a lungo bloccata e ripiegata su se stessa e l'aggettivo «critico» è stato spesso inteso, a controsenso, come sinonimo di un pensiero unico, veicolante una e una sola visione del mondo tesa a contrastare la «deriva» dei diritti soggettivi in atto nel mondo capitalistico⁶¹.

Coerenti a quest'impostazione, gli studiosi marxisti hanno sviluppato una frontale critica al formalismo del diritto borghese tacciato di riconoscere in astratto diritti che poi nega in pratica alla parte più debole e svantaggiata del corpo sociale⁶². «Critico» in questo quadro non poteva essere altro che l'orizzonte di senso marxista, entro il quale, solo, poteva concepirsi una costruzione sto-

⁶⁰ Hadot [2006, 59 e 65]. Sul legame problematico tra classicità e mondo moderno, cfr. i bei lavori di Schiavone [1996 e 2005].

⁶¹ L'«uscita di sicurezza» proposta da Rotelli e Schiera in Italia era già da alcuni anni in corso di sperimentazione in altri paesi europei. È un caso esemplare, al riguardo, il tormentato percorso intellettuale di un grande storico francese come Denis Richet, che proprio a cavallo di quegli anni – tra la fine del decennio Sessanta e l'inizio del Settanta – concepiva il disegno storiografico che lo avrebbe portato ad abbandonare l'interpretazione della storia francese ed europea in chiave monisticamente marxista e a scrivere *L'esprit des institutions* (pubblicato nel 1973), nel quale individuava appunto nelle istituzioni statuali il luogo di composizione dei conflitti sociali e politici in nome del superiore interesse generale della comunità nazionale. Per la ricostruzione dettagliata di questo esemplare itinerario culturale e metodologico, cfr. il mio saggio introduttivo alla trad. it.: Di Donato [1998, spec. par. 7, XXVII-XXX].

⁶² Cfr. Sbriccoli [1973, 551-62]; e per una disamina più complessiva del fenomeno, Arnaud [1993, spec. cap. II e III, 87-215].

riografica o giuridica non asseverativa del modello socio-politico considerato egemone⁶³. Quando questo modo di pensare era *à la page* vi fu la stagione dell'«uso alternativo del diritto»⁶⁴ e della storiografia «militante»; erano i tempi (come diceva Sartre) del «on s'engage, puis on verra»⁶⁵.

Ma in quegli stessi tempi, nei quali l'egemonia del pensiero marxista sembrava avviata a cristallizzarsi in posizioni di massimo primato, maturavano anche in Italia, come in Francia, in Inghilterra e negli Stati Uniti, posizioni innovative rispetto al blocco dialettico tra liberal-capitalisti e marxisti. Pur essendo non molto diffuse, non mancarono infatti nel coro voci dissonanti, che, sulla scorta delle linee sviluppate – a partire dalla lettura transoceanica di Max Weber⁶⁶ – dal funzionalismo operazionistico americano, svilupparono una critica al formalismo e all'irrigidimento burocratico degli Stati altrettanto se non più penetrante del realismo marxiano, senza però cadere negli eccessi ideologici e dogmatici di quello⁶⁷.

⁶³ Si veda, tra la miriade di esempi possibili, l'esperienza della rivista «Critica del diritto. Stato e conflitto di classe», nella quale comparvero peraltro saggi anche molto acuti e attenti alla dimensione politico-istituzionale, come quello di Guastini [1978, 87-103]; e, più di recente, Andrini [1999].

⁶⁴ Cfr. Barcellona [1973].

⁶⁵ È appena il caso di segnalare che molti dei figli di quella stagione, la cui formazione fu imbevuta di valori cattocomunisti (farisaici come finiscono con l'essere inesorabilmente i corollari di tutte le asiology universalistiche), sono oggi tra coloro che eliminano a colpi di macete la storia delle istituzioni e la storia costituzionale dagli ordinamenti didattici delle facoltà universitarie italiane di scienze politiche, giuridiche ed economico-sociali.

⁶⁶ Su questa tanto interessante quanto spesso non abbastanza considerata vicenda della fortuna-rimbalzo dell'opera weberiana, grazie all'interesse ad essa rivolto in America dal giovane Parsons, cfr. Hamilton [1989, spec 41, 63-4 e *passim*]. Da vedere, al riguardo, anche Suppa [1984, spec. 108-18].

⁶⁷ La più incisiva di quelle posizioni, anche per la brillante verve polemica con cui fu espressa, fu certamente quella di Ajello [1976, 273-358]. Ajello partiva dall'analisi di uno studioso americano, White [1956]; e dal lavoro *in itinere* di uno studioso italiano, prematuramen-

In questa scia s'inserivano alcune proposte innovative (come la sopracitata trilogia di Rotelli e Schiera), che mettendo in rilievo le dinamiche dei sistemi statuali, osservati diacronicamente dalle origini agli sviluppi successivi, proponevano un superamento della visione storiografica fondata sulla mera dialettica tra classi o ceti sociali per ricondurre il discorso sulle cause e sul destino dell'organizzazione funzionale dei poteri politici e delle strutture amministrativo-burocratiche. Gli studiosi che facevano professione di marxismo storiografico e più in generale «scientifico» non avevano per lo Stato in quanto tale un'avversione pregiudiziale – come avveniva invece nel caso di alcuni, importanti settori del mondo cattolico –, ma una contrarietà per così dire graduata e diversificata in rapporto alla qualificazione politica dello Stato medesimo: nella loro visione, infatti, lo Stato era un passaggio strumentale obbligato nel processo di costruzione della «nuova umanità» che doveva portare al traguardo messianico della società senza classi nella quale sarebbero state finalmente abolite tutte le distinzioni sociali: la società – già vagheggiata da Rousseau – dell'Eguaglianza realizzata.

Lo Stato era quindi, in questa concezione, un argomento strumentale da guardare con simpatia e interesse, ma solo se la sua identità ideologica fosse stata coerente con il programma dottrinale marxista e di conseguenza se la direzione del governo fosse stata affidata a classi dirigenti intenzionate a inverare quel progetto politico. Viceversa esso diventava una creatura mostruosa, «leviatanica», da combattere con ogni mezzo fino all'annientamento, qualora venisse inteso – e tale era certamente lo Stato moderno che si era sviluppato nelle monarchie assolute – come lo strumento a servizio del progetto egemonico dei borghesi-dominanti (destinati poi nel corso del XIX secolo a diventare «capitalisti») per opprimere

te scomparso, Porzio [1961-1962]. Per una utile e più recente sintesi sulle posizioni antiformalistiche, si veda Tanzi [1999]. Per l'operazionismo storiografico, l'autore di riferimento è Lovejoy [1966; 1982]. Sui presupposti epistemologici dell'operazionismo, cfr. Bridgman [1969 e 1980].

e schiacciare gli strati inferiori dominati (che saranno poi nel mondo industriale i lavoratori salariati e più in generale tutto il «proletariato»)⁶⁸.

Da questo punto di vista, studiare la storia dei giuristi-funzionari e di conseguenza degli apparati burocratico-giudiziari, come sostenne in Italia Furio Diaz⁶⁹, era una perdita di tempo se quelle ricerche non si fossero inscritte in un contesto «critico» nel quale l'attività dei *commis d'État* doveva assumere il valore (molto relativo) di strumento al servizio delle classi dominanti e del potere politico-istituzionale eretto a protezione dei loro interessi. Questo è stato per molto tempo il vangelo della storiografia «militante»⁷⁰.

⁶⁸ Era questa la visione difesa dagli storici russi (soprattutto Skaskin e Poršnev) e aspramente combattuta da R. Mousnier. L'acme dello scontro avvenne, com'è noto, al X Congresso internazionale di scienze storiche che si tenne a Roma nel settembre 1955, seguito poi dall'altro celebre «Colloque international» organizzato dallo stesso Mousnier a Parigi nel dicembre 1966 e dedicato specificamente ai problemi della stratificazione sociale. Nell'antologia di Rotelli e Schiera la dialettica tra le due scuole era fedelmente riportata con due saggi di Mousnier e di Poršnev entrambi sulle «rivolte popolari» nel Seicento francese: Rotelli e Schiera [1974, 263-83 (B. Poršnev, *Le rivolte popolari in Francia dal 1623 al 1648*) e 285-317 (R. Mousnier, *Ricerche sulle rivolte popolari in Francia prima della Fronde*)].

⁶⁹ Cfr. l'intervista concessa da F. Diaz a Marzo [1995] nella quale l'insigne studioso si dichiarava molto preoccupato soprattutto a causa di «un certo cambiamento di rotta della storiografia attuale dell'età moderna». Questo cambiamento riguardava «un certo distacco» dai principi-guida della storiografia modernistica, per intendersi alla Venturi, distacco determinato da studi che, recidendo «tutte le radici illuministiche e rivoluzionarie otto-novecentesche che abbiamo amato», sul presupposto critico che «si trattava di una storiografia troppo intellettuale che finiva per perdere di vista lo sviluppo delle istituzioni», aveva deciso di portare «un'attenzione particolare ai burocrati dello Stato assoluto».

⁷⁰ Ma va detto altresì che non tutti gli studiosi d'ispirazione marxista caddero in queste rigidità interpretative. Basterebbe, come esempio particolarmente significativo al riguardo, rileggere le pagine, ancora dense di spunti molto utili e suggestivi, dedicate da Goldmann [1971] (*enfant prodige del marxismo storiografico francese*), alla *robe* nel suo capolavoro *Le dieu caché*, pp. 153-211. Lo stesso Richet [1998, 75-78], arrivò a parlare, rompendo lo schema dell'interpretazione marxiana or-

È ben noto il travaglio, tutt'altro che agevole, che il pensiero marxiano ha dovuto attraversare per giungere a metabolizzare, soprattutto nell'Italia permeata dall'idealismo spiritualistico (di destra e di sinistra), le tematiche e i metodi della *Weltanschauung* weberiana⁷¹. E del resto ciò è capitato non solo nei confronti del genio di Ehrfurt, ma si può ben dire verso una considerevole parte dei contributi più innovativi d'Europa: da Nietzsche in poi, fino a Luhmann, Foucault, Castoriadis, Legendre e oltre, fin quando cioè il crollo del modello politico comunista non ha riproposto all'attenzione generale la riflessione sulle istituzioni come luogo condiviso di compensazione dei conflitti sociali attraverso l'erogazione di servizi fruibili da parte di tutti (e non solo di una classe o di un gruppo di privilegiati). Di lì è nato un rinnovato interesse scientifico per i fenomeni istituzionali, che soprattutto dagli Stati Uniti si è propagato a macchia d'olio, riscuotendo un'attenzione ormai planetaria⁷².

todossa, di «servitori-dominanti» per indicare il ceto degli *officers*, fondamentale nella costruzione e nel funzionamento degli apparati statuali.

⁷¹ Si veda, come esempio particolarmente calzante, la rapida descrizione del pensiero di Weber (trattato con evidente patimento interpretativo) nelle sintetiche pagine, che su altri argomenti risultano invece chiare e utili, di Cerroni [1995, 30-1]. Va peraltro segnalata, in senso opposto, qualche significativa eccezione, come quella costituita dalla vasta opera di Romolo Runcini, il maggiore studioso italiano di sociologia della letteratura (autore, tra l'altro, della voce omonima nell'*Enciclopedia Italiana Treccani*, IV Appendice, 1977) con ampie competenze interdisciplinari che lo hanno portato su terreni molto contigui alle scienze politico-sociali e alla teoria e storia delle istituzioni. Runcini, che continua a dichiararsi un «marxista non pentito», è stato tra i pochi studiosi italiani che s'iscrivevano a quell'indirizzo culturale a metabolizzare le linee fondamentali dell'indirizzo weberiano, sviluppando una visione storiografica dello Stato moderno molto vicina all'istituzionalismo funzionalistico.

⁷² Penso solo agli studi di North [1994]; Douglas [1998]; e per l'Italia, Donolo [1995 e 2005]. Un recente esempio dell'interesse per le tematiche istituzionali diffusosi in aree geografiche e in discipline tradizionalmente non versate a questo approccio può vedersi nella «9th Conference on Social Representations», tenutasi dal 30 giugno al 5 luglio 2008 a Bali in Indonesia, dedicata alle *Alternative Productions of Knowledge and Social Representations*.

In Italia, dove i sistemi di pensiero profetici e messianici (quale che sia il loro orientamento teoretico e ideologico), gravidi di propensioni metafisiche e spiritualistiche, attecchiscono e si radicano con maggiore forza che altrove, trovando in ogni caso sempre orecchie sensibili nel cinismo del ceto politico e più in generale delle *élites* dirigenziali, pronte a speculare sui discorsi alti, ispirati ai grandi valori (formali), facendosene poi scudo per proteggere le manovre più illecite e occulte (e in ogni caso comportamenti non pienamente trasparenti e non privi di secondi fini), in Italia assistiamo a uno strano fenomeno, difficile da classificare secondo le categorie concettuali che la scienza politica e la sociologia politica e della cultura hanno elaborato a partire numerosi riscontri empirici in altre – ben più solide e omogenee – realtà sociali. Invece d'ingranare una salutare retromarcia metodologica, la storiografia giuridica e politica ha cercato la soluzione puntando o verso il macrocosmo irraggiungibile delle chimere concettuali (invero più attinenti alla programmatica politica che alla storiografia, che per definizione è descrittiva), ovvero verso il microcosmo dell'iper-tecnicismo erudito e dell'acribia filologica, messa al servizio del nulla.

Disorientati da eventi così colossali e imprevisi, come quelli che il mondo ha vissuto a partire dalla fine degli anni Ottanta del Novecento e affaticati dal nuovo clima mondiale che stentano ad accettare, la maggior parte dei nostrani apostoli-profeti, eredi di quella stagione *d'antan*, hanno preferito la fuga cosmicomica verso una visione del mondo spesso venata da ardenti velleità utopistiche⁷³, una *forma mentis* che non affronta i problemi che emergono a partire da una sobria e decantata analisi storico-istituzionale, ma che cerca di aggirare – con una tipica astuzia della «ragione virtuosa»⁷⁴ – i fallimenti delle vecchie analisi e si rifiuta di fare i conti fino in fondo con gli errori

⁷³ Il fenomeno è ben evidenziato in Colombo [1997]. Sul punto, si veda anche la lucida analisi di Crespi [1997].

⁷⁴ Sulla critica e il superamento della «ragione virtuosa» mediante l'esercizio critico-fenomenologico applicato all'analisi storico-istituzionale, rinvio al mio saggio: Di Donato [2002, XV-CXXXVI].

di valutazione e di prospettiva che si sono con ogni evidenza rivelati il frutto di metodi di osservazione distorsivi perché gravidi d'ideologismi e ancora impregnati d'idealità «etico-politica».

Malgrado alcuni lodevoli sforzi in direzione opposta, questo spiritualismo di fondo della cultura italiana (da quella marxista a quella cattolica)⁷⁵, continua inguaribilmente a connotare la cultura peninsulare⁷⁶. Il quadro resta sostanzialmente fermo alla celebre descrizione fornitaci da Norberto Bobbio nel suo *Profilo ideologico del Novecento*⁷⁷. Il realismo funzionalista, il neopositivismo critico, l'individualismo metodologico, la valorizzazione sociale del *self-interest*, le teorie dell'organizzazione e i loro modelli applicativi, tutti questi indirizzi che si possono collocare nel quadro delle discipline istituzionalistiche e che ispirano interpretazioni storiografiche innovative, pur avendo compiuto notevoli passi in avanti nel nostro paese (soprattutto nelle discipline sociologiche ed economiche) restano decisamente minoritari (quasi assenti) nelle discipline giuridiche e per certi versi sono incredibilmente ancor meno considerati nella storiografia politica e del diritto.

Quel che più conta è che la linea di pensiero ispirata al realismo empiristico non riesce a penetrare né nelle nostre (pseudo-)élites né, men che meno, nella base popolare, nel vissuto quotidiano del cittadino comune; non riesce cioè a divenire – com'è, già da diversi secoli, avvenuto altrove – mentalità e pratica sociale e politica⁷⁸.

In un quadro simile, chi cerca di proporre una linea di ricerca fondata sulla prospettiva istituzionalistica, po-

⁷⁵ Di quest'ultima ha fornito un quadro molto chiaro per quel che riguarda gl'indirizzi teoretici di fondo Prini [1996].

⁷⁶ Si veda, per un panorama d'insieme, il bel volume collettaneo curato da Stajano [1996].

⁷⁷ Bobbio [1990].

⁷⁸ Senza andare ai troppo facili casi francese e inglese, si veda al riguardo, la monumentale descrizione del fenomeno che Maravall [1991] ha realizzato per la Spagna.

nendo al centro dell'attenzione quella massima istituzione fondatrice d'istituzioni che è lo Stato e i grandi processi di trasformazione socioculturale che determina, è destinato per questo solo fatto a restare isolato, a essere guardato con sufficienza e con ironia snob. Gli araldi della «crisi dello Stato», un lemma storiografico che è stato servito in tutte le salse possibili e che ha finito con l'influenzare anche quelle analisi che partono da una visione realistica e disincantata della realtà storica italiana, intesa nell'orizzonte di lungo periodo⁷⁹, non possono che considerare ingenuo chi, non accontentandosi di formule stereotipate, cerca di procedere per analisi fenomeniche, e irritante chi persegue le vie della comparazione.

Il risultato è tutt'ora sconcertante. Alla sindrome da antistatalismo diffuso – un male da cui dovrebbe essere affetto ogni cittadino che abbia a cuore le sorti del proprio paese – è venuta a sommarsi la schizofrenia derivante dall'osservazione di una realtà sociopolitica sempre più abbandonata a se stessa e quindi sempre meno disciplinata e ordinata, sempre meno giusta e meno capace di tutelare i deboli e gli svantaggiati, sempre più scadente

⁷⁹ Un esempio che mi ha particolarmente colpito è quello di Schiavone [1998], un *pamphlet* molto gradevole alla lettura e con diverse riflessioni più che condivisibili, ma che ripropone nel finale il *leit-motiv* del valore negativo dello Stato. Cfr. anche, sul tema, Galli della Loggia [1998], che si sofferma opportunamente sull'«assenza storica di Stato» in Italia, anche se poi piuttosto contraddittoriamente perviene da un lato a giustificare il «temporalismo» della Chiesa nella penisola con il ricorso alla categoria meta-storiografica dell'«irrimediabile fatalità delle cose», dall'altro a sostenere che l'universalismo di quest'ultima, la cui edificazione venne favorita «dalla circostanza di avere la propria sede in Italia, cioè in un paese rimasto così a lungo privo di unità statale», è stato «pagato» dagli italiani con l'impossibilità di dar corpo, appunto, a un loro autonomo «progetto statual-nazionale» (pp. 113-38, spec. 122-3); per altro è molto lucida nel complesso la sua ricostruzione della vicenda storica italiana vista come un caso di chiara «minorità politica» (ivi, p. 123) causata dall'«assenza di tradizione statale» e dalla (conseguente) «vischiosità oligarchica» persistente e camaleontica delle pseudo-*élites* peninsulari (ivi, pp. 135-6). Uno sguardo disincantato è nelle pagine di Romano [1997] e di Cerroni [1997].

e (per paradossale assurdità) costosa. Così, l'offerta dei servizi tipici di un processo di civilizzazione statale è invece, nel trionfo disorganizzativo italiano, scarsissima e di scadente qualità. E ciò, a mio avviso, accade proprio per l'affievolirsi – fino quasi a scomparire – di quei fondamenti pedagogico-antropologici, ossia teorico-pratici, della civiltà statale⁸⁰.

Il tentativo d'iniettare germi di *civilisation étatique* in un contesto, come quello italiano, caratterizzato da secoli di mentalità e di pratiche microfeudali⁸¹, causa sistematicamente movimenti di rigetto, di difesa più o meno corporativa degli *status quo*, di reazioni violentemente anti-statali e più in generale anti-istituzionali. Ciò pone seri e profondi interrogativi sulla nostra fallimentare condizione sociopolitica, sul nostro misonismo di fondo⁸², sul nostro *gap* sistemico nei confronti dei paesi più avanzati del mondo occidentale, la cui coraggiosa scelta d'imboccare senza tentennamenti la via della civilizzazione statale, favorendo lo «spirito delle istituzioni»⁸³ e l'organizzazione pubblica, si è rivelata il fattore vincente nella competizione (nient'affatto solo economica) internazionale.

⁸⁰ Una descrizione perfetta di questo stato di cose in Pellizzetti e Vitritto [2006].

⁸¹ Sulla natura del feudalesimo italiano e sulle «persistenze feudali» nella realtà e nella mentalità peninsulare, cfr. Romano [1997, 37-56 (pagine dedicate appunto a «l'Italia feudale»)]. Sull'argomento, in una prospettiva più generalista, si veda il recente Musi [2007a].

⁸² Sulla difficoltà – prima di tutto psicologica e culturale – di procedere, con la necessaria rapidità richiesta dalla velocità dei tempi nel mondo globalizzato dominato dalle tecnologie della comunicazione, agli aggiornamenti riformistici delle nostre istituzioni, rinvio al mio recente saggio: Di Donato [2007a, 555-78, spec. par. 7, 577-8].

⁸³ La descrizione della genesi dello Stato e degli sviluppi successivi dell'organizzazione socioistituzionale imperniata sul potere pubblico continua a suscitare grande interesse storiografico nel contesto francese, per eccellenza patria dell'*esprit des institutions* e della *civilisation étatique*. A partire dal classico di Richet [1998], vi è tutta una lunga storiografia che continua a rinnovarsi in questa linea di fondo: cfr., tra gli ultimi contributi in tal senso, Carbasse, Leyte e Soleil [2000].

5. I vantaggi della «civilisation étatique»

Quanto al profilo tematico, si può agevolmente osservare come l'abbandono dell'interesse per lo Stato come tema di riflessione teorica e storiografica abbia coinciso con il progressivo degrado della vita associata e della cultura civica. Il dibattito sullo «Stato» è sopravvissuto pressoché solo per rilevare la sua – vera o presunta – «crisi»⁸⁴. Com'è stato di recente sottolineato – con dichiarata soddisfazione – l'idea della «crisi», anzi meglio sarebbe dire in questo caso della completa liquidazione, dello Stato moderno è «ormai ampiamente condivisa dalla storiografia»⁸⁵.

Si può notare, tuttavia, come in tutti coloro che credono di osservare in atto la «crisi» o il «declino» dello Stato vi sia un atteggiamento più prescrittivo che descrittivo. Sono, in genere, posizioni che non possono, senza

⁸⁴ È emblematico di questo clima di disinteresse, quando non di frontale ostilità, per lo Stato e i suoi problemi che è venuto affermandosi nella cultura giuridica e politica italiana il titolo – tutt'altro che corrispondente al contenuto – del volume di Cassese [2002]. La scelta dell'intitolazione di questo libro è a mio avviso dovuta ad evidenti motivi editoriali e dipende da una strategia di *marketing* decisa dagli uffici della casa editrice che hanno valutato quel titolo molto più capace di attrarre acquirenti di quello (opposto) che sarebbe stato più corrispondente alla tesi dell'Autore; il quale sostiene che, quantomeno nell'area occidentale, lo Stato è vivo e vegeto, mentre si pone il problema di una sua ristrutturazione funzionale per renderlo più essenziale, più snello ed efficace nelle procedure e «dimagrito» (è il termine esatto usato dallo stesso A. in una conferenza di presentazione del volume).

⁸⁵ Tedoldi [2005, 13], il quale tuttavia non specifica che il descritto fenomeno storiografico dell'abbandono alle ortiche della tematica statale riguarda sì ampi settori, ma della sola storiografia *italiana* e non certo delle altre principali storiografie europee e occidentali (nelle quali invece la tematica dello Stato e della statualità continua a produrre fior di ricerche storiche e riflessioni a getto continuo sull'idea di «statualità»). Più avanti, peraltro, si afferma la perentoria convinzione che «l'epoca dello Stato sovrano è decisamente giunta alla fine, *almeno in Europa*» (corsivo mio), chiarendo così l'intenzione di riferire l'idea della crisi o liquidazione dello Stato non solo all'Italia ma all'intero Vecchio Continente.

forzature, essere assimilate a una storiografia (almeno tendenzialmente) avalutativa. Si percepisce in questi orientamenti un «non (esplicitamente) detto», ma chiaramente prospettato *in nuce*, nel quale entra in gioco un atteggiamento psico-emozionale di sfavore per lo Stato che produce un senso di sollievo per la sua decadenza e morte. La cancellazione dello Stato dall'agenda storiografica italiana è di un inestimabile conforto per questi spiriti sofferenti a causa di quel brutale «mostro», seviziatore di ogni libertà e causa prima di tutte le oppressioni a popoli e individui. L'idiosincrasia per lo «Stato» giunge così a evidenti forme di parossismo che sono all'origine di letture deformanti dei fenomeni storici⁸⁶.

⁸⁶ In un caso esemplare si è giunti persino a falsare – fin dalla erronea traduzione del titolo – la lettura di una ricerca pregevolmente documentata e (se letta nella giusta prospettiva) di grande interesse quale quella realizzata da Rummel [2005]. Va debitamente sottolineata la forzatura (chiarissimo indice di una mentalità, di una cultura decisamente antistatuale) che sostituisce nel titolo del volume italiano il «genere» «Stati» alla «specie» *government* dell'edizione originale americana, così confondendo artificiosamente due concetti (che ovviamente sono molto diversi tra loro: cfr. per tutti Bobbio [1985]). Questa linea interpretativa è poi difesa e rafforzata (ma con argomenti palesemente fragili dal punto di vista storiografico oltre che teorico) nel saggio introduttivo di A. Vitale («*Stati assassini: potere istituzionale e democidio nel Novecento nell'analisi scientifica di Rudolph J. Rummel*, pp. IX-XXX) secondo il quale «le scoperte di Rummel» sarebbero addirittura «distruttive per quel paradigma “hobbesiano” che continua a far da sfondo [...] sia allo studio scientifico della politica e dello Stato, sia alle convinzioni più diffuse, fonti di stucchevoli luoghi comuni». Percorsa da questo paradigma antistatuale e antimodernista, l'analisi di Vitale, che – va debitamente rimarcato – resta fondata sull'erroneo presupposto che identifica *tout-court* «Stati» e «governi», non può che sfociare in una esaltazione retrospettiva del Medioevo (immaginiamo italiano); quest'ultimo viene considerato l'Età dell'oro nella quale esistevano «grandi aggregati politici pre-statali» (*sic!*) e «il potere politico era istituzionalizzato in maniera diversa e per lo più in minor misura: non controllava l'esistenza sociale nel modo intenso e dettagliato degli Stati moderni»; in un simile idilliaco contesto (nel quale poco manca per veder scorrere latte dai ruscelli, colare miele dai tetti e fiorire marenghi d'oro sulle fronde degli alberi) «i democidi sarebbero stati impossibili, grazie alla frammentazione del potere». Invece «solo

A questi punti di vista, rispettabili sul piano dialogico, come tutte le opinioni, ma tutt'altro che persuasivi

l'estensione territoriale del monopolio della violenza nel macro-Stato moderno li renderà praticabili»: cfr. *ivi*, rispettivamente pp. XXIV, XII (nota 7) e XV (nota 16). Per irrobustire ancor più questa, già salda e inoppugnabile convinzione, l'A. chiama a suo sostegno la tesi di Basani [2001, 77], secondo il quale «quando il Continente europeo era diviso in centinaia di entità semisovrane e semi-indipendenti, prima del dispiegarsi dei miti dei vari monopoli della forza (legittima) sopra territori sempre più vasti, le violenze delle utopie criminali del Novecento erano tecnicamente inconcepibili»; e quella di Mosse [1977, 70], secondo il quale «senza lo Stato moderno il genocidio di massa è impossibile [...]. Hitler comprese qualcosa che molta gente ha dimenticato: vale a dire che lo sterminio di un intero popolo è possibile soltanto in uno Stato moderno». Governi oppressori e repressivi vengono così assimilati *tout-court* alla «statualità» in quanto tale, il che non ha alcun senso né teorico né empirico (sul punto, è il caso di rinviare alle considerazioni di un autore non certo sospetto di ideologie reazionarie come Troper [1998b]). Aggiungo solo che analisi come quelle di Vitale si fondano su un concetto di «Stato» e di «statualità» che rinuncia deliberatamente a complessità e sfumature, in quanto è identificato genericamente con «burocrazia, giustizia e polizia centralizzate», le quali essendo «inesistenti in epoca medievale», sono stati invece «gli strumenti essenziali dei “democidi”» in epoca moderna: Vitale [2005, XV, nota 16]. Sotto il profilo teorico questo sillogismo ha i piedi di argilla: vorrebbe persuadere, infatti, che siccome si è dato un caso in cui un serial killer maniaco-feticista ha usato la cornetta del telefono per uccidere le sue vittime, bisognerebbe abolire il telefono in quanto tale. Una simile posizione non tiene conto, inoltre, che il concetto di «Stato» è venuto sviluppandosi in modo molto elaborato e sempre più raffinato (tanto sotto il profilo teorico-dottrinale quanto sotto il profilo storiografico, sia giuridico sia politico) con apporti molto significativi da parte di discipline come l'etnografia, la demografia storica, l'antropologia culturale, la psicologia sociale. Chiunque voglia parlare di «Stato» oggi in maniera ponderata non può più farlo riferendosi solo agli aspetti normativo-formali, o puramente istituzionali, o alle categorie concettuali elaborate dalla scienza politica, ma deve necessariamente allargare i propri orizzonti ad altri apporti disciplinari. I quali mostrano che nei concetti di «Stato» e di «statualità» rientrano problematiche assai complesse che non sono dominabili con i corti circuiti deterministici degli impianti teorici tradizionali. Nel medesimo genere di Rummel, si presta molto meno, per il taglio metodologico con cui è strutturato, a una lettura antistatuale, l'importante ricerca diretta da Charny [1999] (un'opera a mia conoscenza non tradotta a tutt'oggi, forse non a caso, in italiano).

sul piano dell'osservazione scientifica, ossia «effettuale», è necessario opporre, prim'ancora che una ricostruzione storica fondata su un esame rigoroso delle fonti, un semplice – per prendere in prestito l'elegante formula di Paul Valéry – «sguardo sul mondo attuale»⁸⁷. È, infatti, la constatazione empirica il miglior antidoto alla naturale tendenza alla fuga in avanti del pensiero e delle emozioni proprie del genere umano (di cui gli intellettuali si sentono spesso depositari e interpreti privilegiati). Queste ultime danno luogo a una inclinazione, comprensibile e ben conosciuta dagli studiosi di psicologia e di antropologia culturale, a cui l'esperienza umana fondata sull'osservazione scientifica ha trovato da tempo un efficace rimedio. Questo è propriamente il *quid* che caratterizza il pensiero moderno.

La «sobrietà speculativa», inaugurata dal naturalismo rinascimentale e corroborata in un saldo paradigma teorico dalla visione del mondo illuministica⁸⁸, ci guida nel tenere a freno gli eccessi dei nostri *motus animi*, spingendoci a distinguere continuamente i valori dai fatti, i programmi dalla loro effettiva realizzazione, i desideri e gli auspici (sui quali tanto abilmente lavorano i demagoghi di ogni tempo) dal loro concreto inveramento nella realtà⁸⁹.

Nel segno dell'indicazione weberiana sull'irriducibilità

⁸⁷ Cfr. Valéry [1994].

⁸⁸ L'espressione «sobrietà speculativa», che è indice di un «atteggiamento» nel contempo di «prudenza teorica» (che si precisa nella ritrosia verso la formulazione di asserzioni definitive e universali) e «di fermo rigore intellettuale» (che è messo alla prova nell'osservazione e nello studio della realtà fenomenica), è di Postigliola [1992, 310 e 316]. Cfr. anche Diaz [1973] e ora Ricuperati [2006].

⁸⁹ La possibilità di questa distinzione è negata in radice dalla metodologia idealistica che considera impossibile separare le due sfere e ne trae fondamento per affermare in realtà il primato dei valori sull'osservazione dei fatti: cfr. Galasso [2000, 28]. Una prima, rapida, confutazione di questo paradigma epistemologico nel mio Di Donato [2002, XX]. Per la difesa, nel campo storiografico e teorico, del paradigma illuministico fondato sull'osservazione empirica, cfr. Ajello [1986 e 1990]; e, con particolare riferimento al problema dello Stato, Aiello [1995].

dei paradigmi teoretici in confronto tra loro e sull'impossibilità di annientare la battaglia tra dèi diversi, che devono invece continuare a combattersi senza tregua⁹⁰, occorre spostare il baricentro del confronto evitando di contrapporre un'ideologia filostatalistica a un'altra ideologia di segno diametralmente opposto. Il problema epistemologico di fondo in una discussione come quella sullo Stato non si qualifica nel far prevalere un «valore» sull'altro, ma nel cercare di separare appunto il valore di riferimento di ciascun osservatore dalla constatazione dei fatti (salvo poi confrontarsi sulla loro interpretazione).

Nei contesti nei quali la civiltà statale è radicata il cittadino si sente sicuro, rispettato e agevolato nel suo bisogno di godere di servizi efficienti e funzionali⁹¹. Avverte nella sua vita quotidiana il grande vantaggio di usufruire di un'organizzazione razionale, intelligibile, semplificata⁹². Questa capacità organizzativa è osservabile, ad esempio nella realtà statale francese (ma anche in quelle, impropriamente definite *stateless societies*, angloamericane), a tutti i livelli del sistema giuridico, politico e sociale: dalle grandi architravi dell'ordinamento costituzionale alle norme che regolamentano il funzionamento amministrativo. Ciò fa concludere l'osservatore, il cui giudizio non sia turbato da miti e idiosincrasie, che la presenza di uno Stato «forte» (chiaramente non nel senso di «autoritario» ma di «autorevole», «ben organizzato» e sostenuto da un consenso basato non sulla propaganda di un regime, ma

⁹⁰ Cfr. Weber [1958 e 2001].

⁹¹ Sullo Stato come «pilastro della sicurezza sociale» nel modello francese, Ajello [2009, 205-8].

⁹² In tal senso, si veda la prospettiva, tutt'altro che puramente apologetica ma fondata su solide dimostrazioni fattuali, di Picq [1995]. L'A., oltre che docente all'IEP di Parigi, è un protagonista attivo dell'*administration*, essendo un alto funzionario ministeriale e avendo diretto la commissione incaricata dal governo (presieduto da E. Balladur) di prospettare ipotesi di riforma istituzionale e amministrativa, per rendere il sistema più elastico e rispondente alla velocità decisionale richiesta dalle economie e dalle dinamiche sociali contemporanee; si veda il rapporto finale di quella commissione: Picq [1994].

dalla constatazione diretta di progressi fattuali, tangibili da ciascun cittadino) rassicura in termini di certezza del diritto e struttura un sistema giuridico, politico, istituzionale e sociale che ha l'impareggiabile pregio di superare definitivamente i gravi inconvenienti – tipici di quella società medievale che i critici dello Stato esaltano – prodotti dall'imperio di un diritto «divino» o «naturale» o «plurale», che dà luogo – inevitabilmente – alla mediazione patriarcale dei giuristi⁹³.

6. *Lo Stato come fatto storico e (in Italia) come «problema» storiografico*

È questa la vera ragione (e non un generico e inspiegabile antieuropeismo e men che meno il rifiuto del *moloch* statuale) per cui nei paesi dove la sovranità è più «effettuale» e il diritto è realmente «positivo», è cioè il prodotto di una chiara e distinta volontà politica, individuabile e di conseguenza responsabile, si ha maggiore difficoltà ad accettare l'abbandono di quel sistema di certezze per dirigersi verso una nebbiosa fase «costituente» (che in realtà non è tale per nulla, essendo fondata su accordi internazionali e non su una volontà popolare costitutiva) dell'Unione Europea.

Ciò che si teme in quei contesti politici, ben più maturi e solidi del nostro, è proprio l'entrata nella giungla del «pluralismo» giuridico, della collisione normativa e del conflitto permanente tra diverse fonti del diritto e

⁹³ Si veda al riguardo l'ampia e approfondita ricostruzione storica di Renoux-Zagamé [2003]; e, per l'attualità, le considerazioni, molto penetranti, di Rodotà [2006b, 51], secondo il quale nelle società contemporanee «lo strumento giuridico» trasforma «un ruolo tecnico in una attitudine sacerdotale». Secondo Ajello [1999, 413], il problema attuale è che «i pilastri delle strutture mentali giuridiche» sono in larga misura ancora quelli ereditati dalla tradizione medievale con conseguenze molto pesanti sulla «vita politica italiana», le cui distorsioni tipiche trovano origine proprio nella «grande influenza del ceto giuridico in molti Stati della Penisola».

tra diversi centri istituzionali di potere⁹⁴. Non solo tra gli specialisti, ma anche nelle manifestazioni della volontà maggioritaria del corpo sociale, nella quale si possono leggere espressioni dell'inconscio collettivo che ha introiettato i valori politici di una lunga tradizione, si guarda

⁹⁴ Questa osservazione confuta la convinzione di quegli studiosi che ritengono, all'opposto, che oggi l'Europa sia «appunto questo», ossia un «gioco tra "intero" e "parti"», proprio come sarebbe accaduto nella realtà sociopolitica «contrattuale» di Antico Regime: cfr. Fioravanti [2007, 185-95, spec. 194]. Questa prospettiva del noto studioso pratese si fonda su una lettura storiografica e su un assunto predittivo entrambi a mio avviso non persuasivi: 1) la prima consiste nella convinzione che il *quid* della «lunga tradizione europea» prerivoluzionaria si basi su un «modo plurale e contrattuale di organizzare lo Stato sul territorio mediante lo strumento della consociazione» (ivi, p. 190), il che è forse valido per l'area tedesca, ma non certo per il versante europeo-occidentale (in particolare per Francia e Inghilterra); 2) da questa lettura, che considera «altamente deformante» tracciare una linea di continuità nella vicenda europea dello Stato moderno (in quanto vi sarebbe una radicale e inconciliabile cesura tra lo Stato fondato sul «principio di sovranità» che si afferma con la Rivoluzione e lo Stato assoluto di Antico Regime: ivi, p. 191), deriva la previsione che quell'equilibrio insito nella natura originaria e nella tradizione del «diritto pubblico territoriale europeo» continuerà a ripeterarsi; di conseguenza si giungerà nell'Europa contemporanea a un nuovo «contratto costituzionale» basato sull'«equilibrio» e sulla «consociazione», ossia sulla continua negoziazione «di un orizzonte comune» tra le parti componenti, quindi «senza imporre una nuova sovranità in senso soggettivo e potestativo, ovvero una sorta di super-Stato europeo destinato ad assorbire gli Stati esistenti» (ivi, p. 194). L'Unione Europea sarebbe quindi condannata a restare eternamente in questo limbo consociativo nel quale tutto è permanente negoziazione (ossia in molti casi paralisi) e nessuna decisione potrebbe essere presa e attuata nell'interesse generale dello spazio geopolitico europeo senza passare attraverso il filtro della negoziazione tra i singoli micropoteri statuali, che assumerebbero a quel punto la medesima veste – né più né meno – dei feudatari di antico regime nei confronti del sovrano centrale. Saremmo allora nell'Europa attuale in piena fase di *souveraineté*, senza speranza di poter raggiungere una moderna *souveraineté*: su questa distinzione (che costituisce uno dei fondamentali pilastri della storiografia costituzionale transalpina), cfr. Richet [1998, 40]; cfr. anche Rigaudière [1994, 107-9 e 141-54]; e, più di recente, Rigaudière [2006, 240-2, 272-3 e *passim* (*ad indicem*, voce *suzerain*)]. Cfr. pure, nel medesimo senso, Sueur [1993 e 1994, t. I, 28-9, 40-1 e 326-7].

con grande diffidenza l'abbandono di un sistema organizzativo ben funzionante e l'ingresso in un sistema giuridico e istituzionale dove la sovranità della legge finisce con l'indebolirsi a beneficio di un magma tumultuoso di fonti giuridiche in perenne ebollizione che inevitabilmente arrivano a collidere tra loro, con il bel risultato che si afferma e si diffonde la certezza dell'abbandono della certezza del diritto⁹⁵. Per «curare» la quale il rimedio è anche peggiore del male: l'insindacabile mediazione giurisprudenziale della corporazione dei giuristi⁹⁶.

L'identificazione tra «diritto» e «legge» è, in quei paesi, il frutto di un travaglio plurisecolare sfociato nel principio illuministico della responsabilità del comando politico tramutato in norma giuridica⁹⁷. Il valore di fondo che viene difeso in quelle realtà, quindi, non è lo Stato nazionale in sé, bensì il principio di organizzazione sociale e la statualità che ne è la forza di propulsione e di coordinamento. Analisi superficiali o stereotipate che si leggono spesso sull'argomento nella stampa italiana attribuiscono la responsabilità dei risultati referendari negativi circa la ratifica della cosiddetta «costituzione europea» allo spirito «nazionalista» che continuerebbe a imperare in quei paesi. Niente di più inesatto. Com'è stato recentemente rilevato, l'Unione Europea può avere un futuro concreto solo nell'ottica della costruzione di una forma – quale che sia – di sovranità statale, l'unica che – nell'esperienza occidentale – sappia assicurare certezza del diritto ed ef-

⁹⁵ Lo abbiamo visto *supra*, cap. III, analizzando la gerarchia normativa nell'ordinamento di Antico Regime.

⁹⁶ Non a caso nella visione fioravantiana testè discussa, la conclusione è tutta nel segno di un recupero pieno della funzione del «diritto» inteso come «il più potente fattore disciplinante all'interno di quel gioco» costituito dalla presenza di centri multipli del potere in perenne conflitto tra loro: cfr. Fioravanti [2007, 195]. Sul punto cfr. anche *infra* in questo capitolo, par. 7.

⁹⁷ Cfr. D'Amelio [1965]; e soprattutto Cattaneo [1966]. Da tener presente al riguardo l'affresco (talvolta fazioso e impreciso in alcuni riferimenti, ma sempre valido nell'impianto di fondo) di Tarello [1976].

ficacia organizzativa⁹⁸. I cittadini di quei paesi lo sanno e difendono il loro *status quo*, senza tentare rischiosi salti nel buio.

La condizione odierna dell'Unione Europea, lungi dall'essere una riproposizione del particolarismo pluralistico e sostanzialmente anarcoide nel quale è toccato in sorte all'Italia vivere per molti secoli, è un momento di passaggio provvisorio nel quale la comunità degli Stati membri sta faticosamente cercando di aprirsi un varco verso la costruzione di una struttura istituzionale e sociale che non potrà certamente abbandonare – e anzi li potenzierà su più vasta scala – i principi tipici della civiltà statale: la chiarezza, la certezza e l'unicità del diritto (ossia la sua non eterointegrabilità da un coacervo di fonti plurime); l'attribuzione salda di diritti e l'indicazione precisa di doveri in un quadro di educazione sionormativa diffusa e favorita dall'assetto istituzionale; la precisazione e la delimitazione delle autorità preposte a far rispettare le disposizioni normative statuite; le sanzioni giuste e inesorabili collegate alla violazione; la capacità decisionale dei poteri legittimi e la connessa responsabilità dell'azione politica e giuridica (un aspetto, questo, indispensabile all'affermazione della democrazia): in definitiva, la laicità e la razionalità dei pubblici poteri nell'ambito di una mentalità sociale di solidarietà e di rispetto per le regole indispensabili al vivere civile⁹⁹: ecco in sintesi gli elementi fondamentali della *civilisation étatique*.

L'esatto contrario di quanto accade al di qua della catena alpina, nella terra del diritto formale e del compromesso sostanziale, dell'europesismo di facciata e del radicamento nelle proprie anomalie spacciate per «specifi-

⁹⁸ Cfr. Caporaso [1996 e 2004, 75-7].

⁹⁹ Si veda, al riguardo, la puntuale ricostruzione e le riflessioni molto sensate proposte da Telò [2004, 17-8 e 255-7], per il quale, in sintesi, «l'idea di Stato non è caduca od obsoleta, come alcuni avevano immaginato», ma al contrario è osservabile un «rilancio dell'importanza storica dell'idea di Stato sovrano nell'Europa del post 1989».

cità», dove più si esaltano e si proclamano «valori» e più si realizzano «fatti» in siderale difformità da quelli.

Che questo succeda regolarmente nel mondo politico, nell'ambito del quale la frattura è, entro certi limiti, fisiologica (e finanche positiva, qualora sia finalizzata alla realizzazione dell'interesse generale), ancorché abbia finito con l'assumere in Italia tratti paradossali che arrivano a sfiorare la soglia della comicità più grottesca, non meraviglia nessuno in una società ormai disincantata fino al cinismo più insensibile e spietato. Ma che questa mentalità abbia pervaso anche gli intelletti – che si presumerebbero lucidi e ispirati al metodo scientifico della distinzione tra piano descrittivo e piano prescrittivo – degli studiosi di scienze sociali e, per quel che ci riguarda più da vicino, degli specialisti di discipline storiche e istituzionali, appare sconcertante. Una storiografia che abdichi alla sua funzione critica di descrivere le origini e gli sviluppi dei fenomeni che segnano il presente e che s'inchini ai *clichés* dominanti perde immediatamente la sua dignità scientifica e deve rassegnarsi a una decadenza più che certa, conseguente alla propria inutilità¹⁰⁰.

Nel mondo pubblicitario dei grandi modelli convenzionali di massa, spesso mascherati da idee originali e suggestive, non vi sono molti antidoti alla logica «del grande impacchettamento»¹⁰¹. La ricostruzione storiografica, quando si lasci guidare dal problematicismo critico e non dal flusso ordinario dei luoghi comuni è tra le poche discipline che possano assolvere al compito di

¹⁰⁰ Vengono alla mente le indimenticate parole di un grande storico come Venturi [1970], quando affermava che mentre «i filosofi hanno la tentazione di rinavigare verso la sorgente», gli storici invece «debbono dirci come il fiume si aprì la sua strada, in mezzo a quali ostacoli e difficoltà» (ivi, p. 11).

¹⁰¹ Il rischio dell'omologazione nelle società post-moderne venne denunciato fin dagli anni Settanta del Novecento, con la geniale metafora – dal sapore sfumatamente aziendale – dell'«impacchettamento-senza-vita», da un grande musicista inglese, Peter Gabriel, leader del gruppo musicale *Genesis*, su cui cfr. Vigorito [1981, 61-6 e 103]. Per il testo, in originale e in trad. it., cfr. Guariento [1982, 126-9].

formare coscienze lucide e in grado di giudicare il senso profondo dei fenomeni politico-sociali. Invece si deve purtroppo constatare che spesso la storiografia tradisce i suoi obiettivi naturali e si rifugia nell'acribia filologica *low profile*. La riflessione sullo «Stato moderno» è rimasta a lungo in Italia un monumento funebre sul quale si sono raccolti in meditazione qualche sociologo (di esperienza trans-oceanica) e qualche filosofo politico (d'ispirazione bobbiana)¹⁰², mentre storici e giuristi hanno preferito imboccare altre vie, meno compromettenti¹⁰³.

Mentre le principali storiografie europee – in particolare quelle anglofrancofone – hanno fatto molti passi in avanti nelle ricerche sullo Stato, in Italia restano ancora

¹⁰² Cfr. Poggi [1978 e 1992]; Portinaro [1999]. Di quest'ultimo A. cfr. anche le più che sensate riflessioni controcorrente formulate nel suo saggio Portinaro [2005, 34-63], nel quale ammonisce i celebratori della morte dello Stato che un processo che ci conduca «oltre la statualità non necessariamente deve sfociare in formazioni giuridiche più avanzate, [ma] può anche comportare il semplice regresso verso aggregati di poteri non disciplinati o non disciplinabili». La morte della forma politica e organizzativa statale può in sintesi condurre verso un nuovo Medioevo nel quale sotto «assetti di potere che esibiscono facciate umanitarie, liberali e garantistiche» in realtà «albercano tassi di diseguaglianza, coercizione e arbitrio superiori a quelli tradizionalmente tollerati entro la cornice di uno Stato di diritto» (ivi, p. 57). Di conseguenza «parlare di costituzionalismo cosmopolitico in questa situazione vuol dire semplicemente abbandonarsi all'illusione che la perdita di rilevanza degli Stati e delle costituzioni nazionali possa essere sufficientemente compensata sul piano internazionale da organismi dotati di poteri-facciata o comunque controllati dalla Realpolitik dei soggetti statali ancora in grado di esercitare la loro sovranità». Idea che sembra una risposta molto pertinente alle considerazioni svolte da Fioravanti [2007, spec. parr. 7-13].

¹⁰³ Pochissime le eccezioni a questa pressoché egemone tendenza della storiografia italiana: una delle più rilevanti è costituita dal pregevole studio di Blanco [1991 e 2008b] (che funge da introduzione alla raccolta di «Atti» di un recente seminario trentino da lui organizzato sul tema dello Stato moderno). Cfr. anche, con riferimento all'Età contemporanea, Feola [1999]; Astuto [2009], interessante profilo storico dell'amministrazione italiana, nel quale emerge chiaramente la condizione di «centralismo senza centro» che caratterizza fin dall'unità il nostro sistema politico-amministrativo (ivi, pp. 79-84).

di «attualità» domande considerate cruciali e irrisolte: quando nasce lo Stato e perché? si può parlare di «Stato» al di fuori dell'orizzonte di senso aperto dalla riflessione del pensiero moderno¹⁰⁴, e in particolare della sua mili-

¹⁰⁴ Rotelli [2007] è tornato su questo punto cruciale per inserire nel dibattito uno spunto critico ed efficacemente polemico verso una recente iniziativa congressuale svoltasi a S. Marino (alla quale ha preso parte anche chi scrive) i cui atti sono stati appena pubblicati: cfr. Barletta e Galasso [2007]. Con logica ineccepibile, Rotelli, polemizzando con G. Galasso (promotore dell'iniziativa) e con M. Fioravanti (*È possibile un profilo giuridico dello Stato moderno?*, ivi, pp. 185-95), sottolinea come «la definizione di “Stato moderno d'antico regime”» lasci implicitamente presupporre che sia esistito «uno Stato moderno non d'antico regime» [Rotelli 2007]. Condivido pienamente il rilievo di Rotelli, anche se ritengo che l'espressione «Stato moderno d'antico regime» possa essere interpretata in modo non incompatibile con la prospettiva da lui proposta. L'apparente ossimoro può infatti risultare utile a dar l'idea che l'Antico Regime non sia poi così «antico» (come preteso dalla propaganda rivoluzionaria, interessata a sottolineare la cesura storica e la discontinuità politica del nuovo assetto costituzionale verso la monarchia assoluta) e che è proprio nel corso dei secoli XIV-XVIII che il processo di civilizzazione determinato dal rafforzamento dell'organizzazione statale prende corpo e si afferma definitivamente, il nuovo corso rivoluzionario costituendo in tal senso solo una differente modalità di espressione del potere sovrano e un diverso assetto sociale, ma su una base istituzionale oramai consolidata. Sul punto, osservazioni molto penetranti erano state formulate dallo stesso Rotelli nella voce *Ancien Régime*, in Bobbio, Matteucci e Pasquino [1983, 19-21], ora in Rotelli [2007, 21-6, spec. 24]: «L'Ancien Régime era una forma dello Stato ma era anche una forma della società, una società coi suoi poteri, le sue tradizioni, i suoi usi, i suoi costumi, le sue mentalità e le sue istituzioni. Senonché la definizione di Ancien Régime [...] è insufficiente e inadeguata almeno per un duplice ordine di ragioni. Da un lato perché presuppone che una società e uno Stato [...] possano essere capovolti effettivamente e annullati e di conseguenza definiti soltanto per opera di pochi atti normativi compresi nello spazio breve di alcuni mesi: il che non può essere e non è mai. Dall'altro perché presuppone che nella visione e nella attività dei costituenti fossero assenti confusioni e anacronismi: il che non è meno inesatto». Proprio per questo, accostare provocatoriamente l'espressione «Stato moderno» a quella di «Ancien Régime» può essere salutare (beninteso solo) in un ambiente come quello italiano, nel quale antiche incrostazioni ideologiche dure a scomparire persistono nel contrapporre idealmente i due termini, come se la storia politica dell'Occidente moderno e contemporaneo e la sua forma istituzionale non prendessero corpo che con il costituzio-

tante difesa della libertà del soggetto individuale in tutte le sue forme?¹⁰⁵ ovvero, la presenza dello Stato limita – fino ad annullarla – la sfera dell'individuo assorbendola nel Tutto della propria dimensione etico-politica?¹⁰⁶ o, viceversa, il potere statale diventa il più efficace baluardo a protezione dell'individuo e della sua libertà sociale?¹⁰⁷ L'ascesa dello Stato moderno distrugge le «libertà» territoriali e il «pluralismo» esistenti nel Medioevo o costituisce in capo a un potere monarchico centrale e unificatore diritti che in precedenza non erano riconosciuti e tutelati? e, infine, quella che sembra la più attuale di tutte: la cosiddetta «crisi dello Stato» è fenomeno strutturale, intrinseco cioè alla parabola storica dello Stato, considerata oggi in fase indiscutibilmente discendente, oppure è la costruzione di un discorso mitologico (in gran parte limitato all'orizzonte italiano) funzionale alla mentalità microfeudale e ai sempre vivi interessi corporativi e patriarcali, soprattutto nell'ambito del ceto giuridico dove l'ambizione dei giuristi a restare (o ritrasformarsi in) giureconsulti non si è mai definitivamente rassegnata al trionfo della modernità e al primato del «politico» e delle sue «categorie»?¹⁰⁸

nalismo rivoluzionario (la qual idea è un colossale errore storiografico: cfr. per tutti Mousnier [2002, *passim* e spec. 110-29]). «Stato moderno di Antico Regime» significa allora soltanto che lo Stato moderno, ossia lo Stato *tout-court*, ha una gestazione e un percorso molto più lungo e profondo che la sua affermazione costituzionale nella Rivoluzione e che quella «nuova forma di ordinamento politico, storicamente determinata», come scrive lo stesso Rotelli [2007, 124], «comincia a delinearsi in Europa alla fine del Medioevo». Per succinti ma efficaci ragguagli sulla discussione in tema di *Ancien Régime* e per l'argomentata critica alla visione retrospettiva che interpreta eventi precedenti alla luce di circostanze successive, rinvio a Richet [1998, 4-9].

¹⁰⁵ Cfr., nell'amplissima riflessione bibliografica sul tema, Schnur [1979]; Dumont [1993]; Laurent [1994]. Per il legame, concettuale e pratico, tra civilizzazione statale e protezione delle libertà individuali, cfr. Di Donato [1998, spec. par. 6, XXIII-XXVII].

¹⁰⁶ Cfr. a tal proposito, che *d'emblée* rinvia alla riflessione gentiliana sullo «Stato etico», il recente volume di Barbuto [2007, spec. 37-68].

¹⁰⁷ Cfr. al riguardo le riflessioni che ho proposto in Di Donato [1998, par. 6 (*Stato e individuo*)], XXIII-XXVII].

¹⁰⁸ Come si è visto *supra*, cap. IV.

Da questa prospettiva non è forse un caso che ai discorsi sulla «crisi» o sul «declino» dello Stato si accompagni pressoché sistematicamente un'attenzione più che marcata agli ordinamenti del Medioevo italiano, dei quali si elogia il primato europeo e la perfezione tecnica e stilistica raggiunta dal ceto giuridico e portata a livelli d'ineguagliabile raffinatezza¹⁰⁹. Ma non è forse proprio l'«eredità» di quel modello, e il peso di un passato che non passa, a costituire il principale elemento della «paralisi giudiziaria» e politico-istituzionale e, in definitiva, l'essenza della «patologia italiana»?¹¹⁰ In realtà, «l'apologia del passato nasconde le persistenti patologie» radicate, ben prima che negli assetti politico-istituzionali, nella mentalità e nella cultura che connota un'identità sociale.

Questa osservazione ci suggerisce che ciò che è messo sotto accusa dai critici della statualità – e di cui ci si vorrebbe liberare – insieme allo «Stato», che ne è considerato il veicolo più temibile, è il pensiero della modernità filosofica e politica, il processo insieme di laicizzazione-secolarizzazione¹¹¹ e di razionalizzazione mondana del comando politico e della disciplina sociale, che inaugura il meccanismo dello «scambio» verticale in sostituzione del vecchio schema metafisico della *Ratio* incarnata nel

¹⁰⁹ Soprattutto gli storici del diritto si sono spesi per descrivere tanto la precoce fondazione dei primi *studia* universitari italiani (tutti identificati *prima facie* con la formazione giuridica) quanto il conseguente fenomeno della «recezione», consistente nell'esportazione del *mos italicus* nei territori europei da cui gli studenti provenivano (e nei quali ritornavano una volta conseguiti i gradi «in utroque iure»): cfr., per tutti, Wieacker [1980, spec. 131-301 e 339-76]; sul punto si veda anche Stollais [1998a, 79-87 e *passim* fino a 111]. Sulla fondazione delle università nella penisola, cfr. Brizzi, Del Negro e Romano [2007]. La più accurata e recente descrizione dell'attività dei giureconsulti medievali è senz'altro quella di Grossi [1995]; cui si è aggiunta ora la sintesi a più ampia veduta [2007, spec. 9-64].

¹¹⁰ È la tesi recentemente proposta e sontuosamente argomentata da Ajello [2009 (citazione *ivi*, p. 5)].

¹¹¹ Su questo tema cruciale nella formazione dello Stato, si veda l'importante saggio di Strayer [1940, ora nella trad. it. curata da R. Giurato].

*Verbum sacrum*¹¹² (uno schema, si fa presto a osservare, sfruttato pienamente dai giuristi che lo focalizzarono fin dal XII secolo sui testi del diritto romano-comune¹¹³, provocando non a caso l'immediata e furibonda reazione dei preti-teologi)¹¹⁴.

Sono domande che hanno ancora una patina d'interesse solo in un contesto come quello italiano nel quale alla sostanziale penuria o assenza della ricerca storiografica di base sullo Stato (cui non a caso si accompagnano volentieri gli aggettivi di «introvabile»¹¹⁵ o «immaginario»)¹¹⁶ e sui processi multipli innescati dalla sua progressiva affermazione corrisponde una dotta e raffinata discettazione teoretica sulla «statualità», sull'«etica politica», sulla «ragion di Stato»¹¹⁷. Mentre in altri contesti, come la Francia, l'Inghilterra e gli Stati Uniti, si continua a far ricerca sugli aspetti operativi (oltre che teorico-dottrinali) dell'azione statale, ponendo in luce la grande novità costituita nel mondo occidentale dalla «potenza dello Stato»¹¹⁸, o sottolineando l'inconfutabile progresso compiuto dal giuspositivismo statale in rapporto agli ordinamenti prestatuali¹¹⁹,

¹¹² Cfr. Rusconi [1984]; Borrelli [1993 e 2005].

¹¹³ Sulla cinica abilità del ceto dei giuristi nel convertire la sacralità religiosa in sacralità giuridica, cfr., molto efficacemente, Ajello [1999, 341-7]; diversi spunti suggestivi anche in Aiello [1986, *passim*]. E sul vecchio schema che legava la *Ratio* giuridica alla metafisica religiosa, utilizzato con maestria dai giuristi del diritto comune, cfr. Montorzi [1984].

¹¹⁴ Sulla reazione dei teologi contro i giuristi «usurpatori» delle loro funzioni, cfr. Krynen [1991; 2002]; e *supra* cap. IV, note 162, 195, 199-201 e 218-222.

¹¹⁵ Cassese [1998].

¹¹⁶ Mi riferisco, ovviamente, alla importante ricerca di Costa [1986], il cui titolo ha avuto – a mio avviso in modo molto significativo – un enorme successo soprattutto tra giuristi e storici.

¹¹⁷ Inutile rimarcare il successo, noto a tutti, avuto da questo filone storiografico-dottrinale; mi limito solo a ricordare come sulla scorta del classico di Meinecke [1942], si siano succedute a breve distanza due importanti iniziative congressuali ed editoriali: cfr. Baldini [1995 e 1999].

¹¹⁸ Cfr. Beaud [2002].

¹¹⁹ Cfr. Troper [1998a e 2001 (ancora inedito in italiano)]; diversi

in Italia si continua a porre il tema dello «Stato» e della «statualità» piuttosto come «problema storiografico» che come oggetto d'indagine storica. Da noi prevale ancora il paradigma idealistico che privilegia la filosofia *della* storia piuttosto che una filosofia *sulla* o *dalla* storia. Ciò che interessa il contesto italiano è – decisamente – più la costruzione di un discorso «problematico» che l'indagine sul campo per comprendere il funzionamento e il significato di strumenti d'azione e di strutture operative. Nel nostro *habitat* culturale il percorso storiografico tipico è quasi

spunti suggestivi in merito anche nella sintesi, straordinaria per chiarezza espositiva e profondità di vedute, [Troper 2003]. Sul primo lavoro qui citato di quest'insigne A. [da me recensito: Di Donato 2001b, 673-8], nutro tuttavia qualche dissenso in merito all'asserzione di fondo, enunciata nel saggio prefativo (*Sulla teoria giuridica dello Stato*: Troper [1998a, 7-28]): «Lo Stato non è un fatto empirico» e di conseguenza «esso può essere analizzato soltanto come concetto» cosicché «soltanto una teoria generale dello Stato è oggi in grado di pervenire ad una vera comprensione dello Stato» (ivi, pp. 9-10). Per Troper ciò che va sotto il nome di «Stato» non è altro che l'insieme delle «teorie della sovranità, della rappresentanza, dell'organo»; di conseguenza «la teoria generale dello Stato non è una teoria che describe lo Stato, ma che lo costituisce». A me sembra però che questa tesi muova da un ambito del tutto endogiuridico e che l'asserzione troperiana sia valida pertanto solo se si riferisce a una teoria dello Stato intesa come «teoria di teorie», e non a una teoria-pratica, ossia descrittiva della statualità socio-istituzionale. Nel volume di Richet [1998], vi è una macro-distinzione – che mi sembra un'ottima risposta al problema sollevato – tra lo «spirito del sistema» e la «pratica del sistema». Una cosa, a me pare, sono dunque le teorie e le metateorie sullo Stato (come se ne possono concepire su qualsiasi altra entità reale, discorsi teorici compresi); un'altra è la descrizione del funzionamento di un sistema organizzativo della società e delle istituzioni preposte a governarla. La ricostruzione delle istituzioni nella Francia di Antico Regime di Doucet [1948a e 1948b] o di Zeller [1948], di Mousnier [1974 e 1980] o, più recentemente di Barbiche [1999] e di Bouineau [2004 e 2009], sono descrizioni storiografiche di una realtà (sociale, politica, giuridica e istituzionale) e non solo «teorie» (o teoria di teorie) sul concetto di «Stato». È appena il caso di far notare, infine, che la concezione dello Stato come dottrina e non come fatto empirico è tipicamente idealistica; non a caso fu difesa con decisione da Croce [1967, 177], per il quale, appunto, «lo Stato non è un fatto, ma una categoria spirituale», un assunto, questo, che per lui sarebbe proprio del pensiero di «noi moderni» (*sic!*).

sempre caratterizzato da un'immersione «storicistica» nel gioco delle interpretazioni e nei «problemi» posti dai fenomeni. Si direbbe che qui la cesellatura interpretativa spesso preceda (o sostituisca del tutto) la puntuale ricostruzione della realtà «effettuale»¹²⁰.

Si continua in tal modo ad alimentare la fonte di una letteratura storica che nella migliore delle ipotesi costruisce una teoria della storia¹²¹ o anche una vera e propria «dottrina dello Stato»¹²², ma che evita accuratamente di occuparsi in concreto di apparati istituzionali, di gruppi politici, di mentalità e di strutture antropologiche e socioculturali. Ci si appassiona (ancora una volta) di «problemi» legati alla periodizzazione e ci si chiede affannosamente «quando nasce lo Stato», per poi concludere che «non parte mai» e che il tema della sua nascita costituisce una vera e propria «aporia»¹²³. Si arriva persino a mettere sotto scacco matto (ovvero si emana una sentenza di ultimo grado riguardante) la stessa teorizzazione «dello Stato moderno e delle sue forme», considerati, l'uno e le altre, «da sempre un luogo di intensa aporia e problematicità nell'orizzonte concettuale storiografico»¹²⁴. E si gioisce dei discorsi sulla «crisi dello Stato», quasi s'intendesse quella *débâcle* come il segno di una provvidenziale riduzione del *gap* esistente tra società organizzate in base allo «spirito delle istituzioni» e la nostra fondata invece – si può ben dire – sullo «spirito delle trasgressioni» e sulla diffidenza a-sociale generalizzata. Trionfa così un viscerale sentimento anti-istituzionale che paradossalmente è stato socialmente istituzionalizzato.

A tal proposito va sottolineato che l'apologia incon-

¹²⁰ Ben altro taglio ha assunto il dibattito internazionale su questi temi: cfr. al riguardo il recente Oexle [2001].

¹²¹ Cfr. in proposito il classico di Solari [1985].

¹²² Si vedano al riguardo le riflessioni critiche, particolarmente brillanti per chiarezza e impianto teorico, sviluppate nel volume di Leoni [2004].

¹²³ Cfr. Meriggi [2005, 23].

¹²⁴ Ivi, p. 22.

dizionata del diritto consuetudinario può produrre mostri giuridici (e disastri etici) in un contesto nel quale è costume diffuso e mentalità radicata il disprezzo per le regole basilari della pacifica convivenza. Inoltre l'elogio della consuetudine in un contesto astattuale favorisce una mentalità fondata sull'identificazione «tra esistere e dover essere. La consuetudine è in questo caso espressione della struttura ontologica perenne», portando in pratica all'immobilismo sociale e al conformismo culturale. Ben diversa è la situazione nei contesti statuali, dove il ruolo della consuetudine fu «decisamente dinamico» poiché fondato sul presupposto teoretico e psicologico che «il mondo si fa e diviene diverso di luogo in luogo e di tempo in tempo»¹²⁵. Una storiografia critica molto affilata ha inoltre recentemente sfatato il mito della Francia medievale (e moderna) come il regno della consuetudine e della «quasi-impotenza del potere regio in materia di diritto privato», facendo emergere il ruolo fondamentale del diritto positivo anche nei confronti della consuetudine¹²⁶.

Aniché prendere atto di questa elementare evidenza, l'anti-statalismo storiografico e l'anti-positivismo giuridico italiani stringono una santa alleanza per attribuire allo «Stato» la «crisi» che investe invece la società e la sua identità culturale. Quella crisi è, in primo luogo, proprio l'effetto principale dell'assenza dello Stato e dei suoi basilari processi di disciplinamento e di acculturazione sociale. Di fatto, anche se munita delle migliori intenzioni, questa visione delle cose ottiene l'esito perverso di premiare le dinamiche compromissorie e le logiche relazionali sommerse, gli adattamenti furbeschi e gli accomodamenti scaltri, alimentando così la vera malattia mortale della mentalità italiana.

È anche questo un chiaro segno dei tempi che siamo chiamati a vivere in Italia, tempi caratterizzati dal paradosso di una teoria che intende sbarazzarsi di un «ter-

¹²⁵ Ajello [2009, 255-7].

¹²⁶ Cfr. Krynen [1998].

mine-concetto» (lo «Stato» appunto)¹²⁷ considerato obsoleto, mentre la vita pratica c'infligge, ogni giorno di più, le inefficienze e le infinite assurdità di uno «Stato matto» e per lo più «introvabile»¹²⁸.

7. *Stato: sovranità organizzativa della società plurale o «contratto» costituzionale?*

Basterebbe rifarsi alla bibliografia, ormai davvero copiosissima, che è venuta sviluppandosi nei contesti culturali in cui l'interesse per lo Stato si è mantenuto costante, per rendersi conto che i problemi legati alla nascita dello Stato moderno e alla periodizzazione delle sue fasi di sviluppo vengono ormai quasi unanimemente affrontati e risolti nel quadro di un processo evolutivo le cui linee di fondo possono essere ricostruite a partire da un metodo che integri elementi diacronici e sincronici, e nel quale continuità e rotture coesistano in una descrizione storiografica che sappia impostare i problemi storici in un orizzonte più ampio del semplice «evento» rappresentativo. Un orientamento di questo tipo consente di superare *d'emblée* tutte le discettazioni sulla nascita, sulla cronologia e sulle evoluzioni (che in alcuni casi – ma non certo nello sviluppo normale – possono diventare «degenerazioni»)¹²⁹ del fenomeno-Stato.

È in effetti – anche sotto il profilo metodologico generale – un criterio all'evidenza fallace quello che nega l'esistenza di quei fenomeni storici ai quali non si può attribuire una data di nascita precisa, certa, incontrovertibile. Vi sono fatti-fenomenici complessi (ben diversi dai fatti-evento, che hanno una struttura semplice) i quali non si prestano a essere descritti e compresi entro delimitazioni millimetriche e rettilinee, che possano essere tracciate come le linee di confine di certi Stati nei deserti

¹²⁷ Cfr. Miglio [2007].

¹²⁸ Cfr. Ainis [2007]; Cassese [1998].

¹²⁹ Cfr. Schiera [2004, 213-304].

mediorientali o nordafricani, che colpiscono sempre, con la loro perfetta rettitudine, l'attenzione degli osservatori appassionati delle carte geografico-politiche. Il fenomeno-Stato è, appunto, uno di quei fatti complessi, la cui conoscenza presuppone una flessibilità interpretativa in grado di modellarsi sulla realtà evolutiva che caratterizza il fenomeno osservato. La sua «nascita», o se si vuole la sua «partenza», non può essere perciò segnalata in un preciso momento, ma deve essere inquadrata in un flusso storico, del quale occorre seguire pazientemente l'avanzamento, senza cristallizzarlo in una segmentazione artificiosa.

Ciò non implica, com'è stato affermato, che il fenomeno-Stato non nasca, o non «parta», mai, né che i suoi rallentamenti, arresti o arretramenti possano far pensare a una sua «liquefazione» o addirittura all'inesistenza del fenomeno stesso. Al limite, per rilanciare l'iperbole, potrebbe dirsi che lo Stato parte (e ri-parte) sempre, e che questi continui *stop and go* vanno inquadrati, per coglierne e soppesarne l'esatta portata, in un percorso di lungo periodo. Occorre rispettare il più possibile, nella «misurazione» storiografica, gli itinerari accidentati della realtà quale essa è venuta sviluppandosi, evitando di sovrapporre ad essa modelli ideal-tipici costruiti dalle dottrine successive. Il che non significa arrivare alla resa interpretativa che di fronte all'impossibilità di attribuire dati anagrafici precisi al fenomeno decide di tagliar corto e asserisce che esso non esiste affatto.

La storiografia francese – quella che più di tutte si è dedicata alla ricostruzione problematica dello Stato moderno – ha consolidato un paradigma esegetico che, sulla base di molte prove documentarie, vede il percorso statale formarsi almeno a partire dall'XI-XII secolo – ma in alcuni casi ancor prima¹³⁰ – in un *continuum* che pur non

¹³⁰ La periodizzazione tradizionale – che fa risalire le origini della monarchia assoluta e il suo sviluppo a partire dalla «seconda metà del Quattrocento», vale a dire «in Francia da Luigi XI (1461-1483), in Spagna da Ferdinando il Cattolico d'Aragona (1479-1516) e in Inghilterra da Enrico VII (1485-1509), fino alla Rivoluzione france-

privo di cesure e faglie – anche molto rilevanti – procede fino ai giorni nostri¹³¹. Questa «genesì» medievale dello

se» – appariva già a Mousnier, a metà degli anni Cinquanta del Novecento, «ormai molto discutibile». Il grande maestro della storiografia istituzionale transalpina era convinto che «se si vogliono cercare le origini della monarchia assoluta sarebbe meglio risalire fino al Duecento o alla rinascita del diritto romano e forse ancor più indietro, alle concezioni ecclesiastiche del IX secolo (pensiamo a Hincmar di Reims o a Jonas d'Orléans). In questa prospettiva ci si può legittimamente chiedere se la monarchia di Ugo Capeto nel X secolo fosse meno «assoluta» di quella di Luigi XIV»: Mousnier [2002, 180]. Questa periodizzazione «allungata» della monarchia assoluta fu motivata più diffusamente dallo stesso Mousnier nel suo specifico studio d'insieme *La monarchie absolue en Europe du V^e siècle à nos jours*: Mousnier [1982]. La stessa prospettiva è adottata in uno dei saggi-pilastro dell'antologia rotelliano-schieriana del 1971: cfr. Näf [1971, 51-68], per il quale «l'autorità regia aveva radici che si allungavano molto indietro nel tempo, fin allo Stato tardo-antico e allo Stato dei popoli nomadi»; il fulcro della costruzione statale moderna, dunque, «vigeva da secoli in Francia» ed «esisteva almeno dal 1066 in Inghilterra»; l'organizzazione centripeta del potere si formò inoltre «per analogia negli Stati pirenaici» e si instaurò, «seppur con caratteri diversi, nell'Est europeo» (ivi, pp. 52-3).

¹³¹ Questo schema si può osservare *ictu oculi* fin dagli indici dei manuali universitari francesi di storia sia politica sia giuridico-istituzionale (in Francia la storia giuridica è qualificata come disciplina unitaria di «storia del diritto e delle istituzioni»). Nella miriade degli esempi possibili scelgo di fornire qui le indicazioni bibliografiche concernenti solo: il grande classico di Olivier-Martin [1948]; Timbal e Castaldo [1957]; Harouel *et al.* [1987]; Carbasse [1998]; Thireau [2001]; Lovisi-Saguez [2003]; Saint-Bonnet e Sassier [2004]; Hilaire [2007]. Questa linea, che resta molto coerente anche tra le ovvie sfumature che differenziano i vari contributi, è invece del tutto rovesciata nella manualistica italiana (anche in quella meglio calibrata e documentata): si veda come esempio rappresentativo l'opera collettanea *Storia moderna*: Roma, Donzelli, 1998 [in particolare i contributi di Caravale 1998; di Fasano Guarini 1998b; di Verga 1998], nei quali si sviluppa l'idea, come riassume per tutti Caravale, che è impossibile vedere nello sviluppo dello Stato una linea di continuità omogenea (ivi, p. 78) e che ancora per quasi tutto il Cinquecento non si rilevrebbero «sensibili novità rispetto al passato medievale» neppure «nei regni considerati dalla tradizione storiografica come gli esempi più illustri della formazione dello Stato moderno» (ivi, p. 100). Mi limito solo a osservare che nella sua articolata e per molti versi pregevole disamina, Caravale non discute l'assunto – che sull'argomento specifico sembra così ben

Stato moderno è la linea storiografica che ha prodotto il maggior numero di contributi stimolando ricerche la cui importanza emerge con forza autoevidente¹³².

Il «peso dello Stato» nella vita della «nazione organizzata» francese – per riprendere, integrandole, due celebri espressioni storiografiche, la prima di Jean Meyer¹³³, la seconda di François Olivier-Martin¹³⁴, poi rilanciata e sviluppata da Roland Mousnier¹³⁵ – è determinante fin dai primordi della sua formazione (fino cioè dal periodo della

dimostrato e documentato – di Krynen (*L'empire du roi*) sull'«assolutismo regio» già nel corso del XIII secolo.

¹³² Va *in primis* ricordata al riguardo l'opera pionieristica di Strayer [1975]. Sulla necessità di tener ferma la visione di lungo periodo nello studio del fenomeno statale è stata la storiografia francese a distinguersi per coerenza e nel contempo per continua innovazione. Tra le opere più significative al riguardo mi limito qui solo a ricordare: David [1954]; Mollat du Jourdin [1977]. A partire poi dalla notoria «Action thématique programmée» del CNRS lanciata nel 1985 dal medievista (e il particolare non è privo d'importanza) J.-Ph. Genet sulla *Genèse de l'État moderne*, si sono succeduti una quantità impressionante di pubblicazioni sul tema. Segnalo qui, per brevità, solo: Genet e Le Mené [1987]; Coulet e Genet [1990]; Genet [1990a]. Cfr., nel medesimo solco, i 7 voll., tutti editi da Puf, Paris, nel quadro della «Fondation Européenne de la Science» che compongono la collana diretta da W. Blockmans e dallo stesso J.-Ph. Genet, intitolata «Les origines de l'État moderne en Europe, XIII^e-XVIII^e siècle»: Reinhard [1996]; Bonney [1996]; Coleman [1996]; Blicke [1998]; Contamine [1998]; Padoa-Schioppa [2000]; Ellenius [2001]. Altri corposi studi, provenienti sempre da storici del Medioevo, sono venuti aggiungendosi negli anni più recenti corroborando sempre più l'analisi di fondo sulla genesi dello Stato moderno come fenomeno progressivo nella lunga durata: cfr. Krynen [1981]; Krynen e Rigaudière [1992]; Krynen [1993]; Kerhervé [1998]; Fogel [2000]; Saupin [2003]; Rigaudière [2003], un'opera, quest'ultima, davvero magistrale (per l'impianto complessivo e per l'ampiezza della documentazione archivistica utilizzata) che costituisce un punto di riferimento molto fermo per le future ricerche.

¹³³ Meyer [1983]. Tra le numerose notazioni molto acute, si veda in questo splendido studio il cap. 4 della terza parte dedicato al tema dell'«État face à l'avenir»: ivi, pp. 270-86.

¹³⁴ Olivier-Martin [1938].

¹³⁵ Mousnier [1991, 73-91].

cosiddetta «monarchia feudale»¹³⁶ e permane elevato fino ai giorni attuali.

Gli ultimi contributi realizzati in quel contesto culturale e politico fanno emergere chiari segni di un contenziioso amministrativo – ossia di uno Stato molto sviluppato nelle sue funzioni tipizzate – già nel Trecento¹³⁷, studiano la formazione della legge in senso «moderno» già nel XIV secolo¹³⁸, e indicano il fenomeno centrale dell'assetto giuridico-politico-sociale nell'«incorporation dans la loi des droits préexistants»¹³⁹.

Quest'ultimo dato è di grande importanza e va debitamente sottolineato, perché basta da solo a confutare l'idea che nello Stato moderno prerivoluzionario si sia realizzato un «contratto costituzionale» tra potere centrale e forze territoriali; un «contratto» opposto per sua natura alla «legge», poiché tanto il primo sarebbe rispettoso del «pluralismo» delle forze stanziato sul territorio, quanto la seconda sarebbe invece espressione di una sovranità verticistica e autoritaria, irrispettosa delle autonomie¹⁴⁰.

¹³⁶ Resta, sul punto, ancora solidissima la ricostruzione del classico di Petit-Dutaillis [1933].

¹³⁷ Cfr. Weidenfeld [2001].

¹³⁸ Petit-Renaud [2001].

¹³⁹ Rousselet-Pimont [2005, 289-400]. Sul punto è d'accordo anche Grossi [2007, 77], il quale sottolinea opportunamente come è proprio «sul terreno specifico delle *coutumes* che il nuovo spettro ampio del potere si rivela».

¹⁴⁰ È la sostanza della tesi espressa da Fioravanti [2007, 189-90], secondo il quale il «contratto» costituisce per eccellenza «lo strumento giuridico» di quel «processo d'integrazione» che si realizza «tra il signore e le forze e gli interessi operanti sul territorio», processo che egli vede come caratterizzante il diritto pubblico europeo dell'Antico Regime e fondativo dei relativi assetti socioistituzionali operanti fino alla cesura della Rivoluzione. Dall'opposizione tra «contratto» e «legge», Fioravanti fa poi coerentemente derivare la corrispondente opposizione tra due modelli o «forme di Stato» differenti e inconciliabili: da una parte quello dell'Antico Regime che costituirebbe il nerbo «della tradizione costituzionale europea», dall'altra quello della Rivoluzione, fondato sul principio di sovranità piena (ivi, p. 191). Da questa interpretazione storiografica deriva infine una precisa visione politica dell'attualità: «Noi siamo perfettamente convinti – conclude sul punto

Un «contratto», infatti, anche quando è di natura pubblicistica, è sempre espressione di una volontà negoziale, essendo realizzato tra soggetti paritari o che si considerano tali, quanto meno sul piano del riconoscimento dell'identità soggettiva o, se si vuole, dello *status* che essa esprime; ciò che si traduce poi nella forma giuridica. Dal momento stesso in cui sceglie di contrarre, e per questo solo fatto, ciascun contraente produce una consequenziale «legittimazione» dell'altro, ponendolo necessariamente su un piano di parità sociale o «politica» o quanto meno di commensurabilità¹⁴¹.

Questo è il senso del contratto, che per definizione – poco importa se esso sia poi di natura privatistica o pubblicistica – è un rapporto bi o plurilaterale – come recita unanime la dottrina giuridico-positivista – *geneticamente* sinallagmatico¹⁴², ossia, secondo una felice formulazione di Francesco Carnelutti, «un esempio classico

lo studioso pratese – che l'Europa di oggi è figlia anche di quei secoli [del Medioevo e dell'Antico Regime] oltre che della rivoluzione medesima», in quanto «la forma di Stato dominante oggi in Europa» non è che «il precipitato storico di quella medesima tradizione costituzionale europea nella sua interezza» essendo «venuti a confluire in essa elementi presenti in diverse fasi storiche, ed oggi di nuovo straordinariamente vivi» (ivi, p. 193).

¹⁴¹ Sulla «legittimazione ad agire» nel rapporto contrattuale, così come sul «contratto» come specie (fondamentale per la vita giuridica) dell'«atto» negoziale, restano esemplari per chiarezza e precisione esplicativa alcune pagine d'ineguagliati maestri degli studi di diritto: cfr. Carnelutti [1951, 238-9]; Betti [1955, 255 ss., 310-8]; si veda anche, in prospettiva comparatistica, il noto studio di Gorla [1954]. Ma è il caso di aggiungere che la «legittimazione ad agire» come categoria strutturale dell'atto giuridico si può far rientrare in una più generale concettualizzazione, sul piano teoretico, con parallele applicazioni sociologiche e storiche: si può formulare così una teoria della legittimazione socioculturale che osservi e studi le modalità e le condizioni attraverso le quali ciascun attore riconosce (o non riconosce) all'altro (e perché) lo *status* di co-protagonista dell'azione sociale (o politica o economica ecc...) messa in atto.

¹⁴² Cfr. Osti [1959, par. 7] («Il contratto come negozio bilaterale» per il quale «è necessario innanzitutto il concorso di più volontà», p. 470); Messineo [1961, par. 3] («Il contratto come paradigma», pp. 786-9); Roppo [1989, 96-8]; Ferri [1999].

di amministrazione giuridica [...] col quale le parti fanno legge a sé medesime o più esattamente le due parti *comandano a ciascuna di esse*¹⁴³.

Il «carattere specifico del contratto» sta quindi tutto «nella interdipendenza dei fini e degli eventi»¹⁴⁴, che presuppone la reciprocità tra le situazioni soggettive che le parti incarnano. Questi elementi erano già evidenti alla dottrina giuridica dell'età moderna. Il maggiore giurista francese del XVII secolo, Jean Domat, aveva formulato chiaramente lo schema-tipo del contratto, qualificandolo come quel particolare atto giuridico stipulato tra almeno due parti nel quale «l'engagement de l'un est le *fondement* de celui de l'autre»¹⁴⁵.

Ciò non si verificò affatto nella vicenda dello Stato assoluto, la cui «modernità» consisté appunto nel porre sempre (quanto meno idealmente) la corona in una posizione di supremazia nei confronti di ogni altro potere – fossero potenti feudi, diocesi e altre entità ecclesiastiche, ordini e corporazioni, comuni, comunità, università o città «imperiali» – esistente e operante nel territorio statale¹⁴⁶. Questa supremazia della corona (chiaro segno di «modernità» dell'organizzazione politico-istituzionale che fu evidente anche nella realtà geopolitica inglese)¹⁴⁷, emerse fin dall'epoca della «monarchia feudale»¹⁴⁸. Tutte

¹⁴³ Carnelutti [1951, 63 (corsivo mio)].

¹⁴⁴ Ivi, p. 362.

¹⁴⁵ J. Domat, *Lois civiles*, lib. I, tit. I, sez. I, n. 5 a 9: cit. in Gorla [1954, I, 58].

¹⁴⁶ Sulla *décrépitude* delle *communes françaises* in concomitanza con l'ascesa progressiva della sovranità regia, ossia con la forza crescente della statualità, fino alla definitiva «dissolution de l'esprit communal», cfr. l'ancora solida e per nulla datata ricostruzione di Petit-Dutaillis [1947, 245-314].

¹⁴⁷ Cfr. Mousnier [2002, 95-6]. Un grande e acutissimo osservatore politico settecentesco, quale fu Louis-Adrien Le Paige, affermò senza mezzi termini che il sistema di governo vigente nella Francia della monarchia assoluta era «moins favorable à la Royauté que l'anglican»: Bibliothèque de la Société de Port-Royal (Paris), *fonds Le Paige*, vol. 569, ms. n. 7. Sul punto cfr. Di Donato [2002, CXII].

¹⁴⁸ Cfr. Petit-Dutaillis [1933] («Les libertés de l'Église et la suprême

le forze presenti nel regno «ebbero il vivo sentimento che non vi era “che un solo re in Francia”». E a loro volta i sovrani che si succedettero sul trono «vollero ricavare dalla loro prerogativa di *dominus superior*, di *suzerain par dessus tout*, i vantaggi che essa comportava»¹⁴⁹.

Questi aspetti psicologico-sociali costituiscono elementi della più grande importanza nella vicenda politico-giuridica, con riflessi decisivi anche sugli assetti istituzionali; e gli storici che li sottovalutano o addirittura li elidono compiono un grave errore di prospettiva che li porta poi consequenzialmente all'impossibilità di focalizzare con nitidezza l'immagine della ricostruzione dell'entità-Stato che intendono delineare, con il concreto rischio di distorcere la realtà storica descritta.

Contrattare con qualcuno che è situato su un piano di parità (realizzare cioè la contrattazione ordinaria) ha un senso diverso – e produce degli effetti molto differenti – dal «contrattare» da una posizione di maggior peso riconosciuto dalla controparte. In quest'ultimo caso si tratta piuttosto di una relazione che gli psicologi sociali definiscono «asimmetrica». La «contrattazione» con le forze, più o meno vitali ed energiche, esistenti sul territorio è una prassi ordinaria nella gestione del comando e configura uno dei «dispositivi tecnici» abituali della «prudenza politica», dando luogo a quel fenomeno della «conservazione» (del potere medesimo) e dello «scambio» che sono tipici «della modernità politica»¹⁵⁰. Lo scambio avviene tra la *protezione* che il potere accorda ai sottoposti e il *consenso* che questi ultimi corrispondono a chi eser-

matie de la Couronne»), pp. 292-9 («Le roi seigneur supérieur» e «Le roi au-dessus de la féodalité», pp. 336-51), che sottolinea opportunamente come «si descriverebbero molto male le relazioni della monarchia» con il mondo ecclesiastico e con il mondo feudale se si citasse solo «i mutui servizi e le concessioni regie», perché per molti altri aspetti – e sono quelli decisivi – «il re domina» tanto la Chiesa quanto i feudatari (ivi, p. 292).

¹⁴⁹ Ivi, p. 336.

¹⁵⁰ Cfr. Rusconi [1984, spec. 43-6]; Borrelli [1993, 133-57 e 223-55]; molti spunti anche in Dini e Stabile [1983].

cita la sovranità. Visto il fenomeno in senso discendente, siamo, in fondo, di fronte all'applicazione di quella «pratica» che Machiavelli definì con la metafora del «leone e della volpe»¹⁵¹, che divenne per eccellenza la «massima politica del primo assolutismo» e fu poi «codificata» in tutt'Europa nella «ragion di Stato» del XVII secolo¹⁵².

I sovrani dei principali paesi europei, specialmente i francesi e gl'inglesi – anche quelli ancora «feudali» – seppero usare sapientemente questi strumenti, mettendo a profitto la condizione di superiorità che era riconosciuta alla corona¹⁵³ e riuscendo a formare e integrare nuove *élites* disposte a collaborare al grande progetto organizzativo di costruzione politica che essi incarnavano¹⁵⁴. E perciò, in definitiva, la monarchia pur restando – fino alla soglia che convenzionalmente si indica come ingresso nella modernità dispiegata, tra XV-XVI secolo – «feudale» riuscì a imporsi su ogni altro potere traendo forza anche dalla stessa feudalità, in quanto un sovrano «che disponeva di risorse finanziarie, di un gran demanio, di un solido

¹⁵¹ Machiavelli [1995, 116-7] (*De principatibus* [1513], XVIII, 7, 10-11).

¹⁵² Cfr. Stollais [1998b, 13-29, spec. 15-16], secondo cui il nucleo della ragion di Stato si precisa propriamente nella constatazione, machiavelliana quant'altre mai, che «non vi è alcun legame morale o contrattuale che possa farsi valere, quando la necessità politica imponga di scioglierlo».

¹⁵³ Per la Francia è d'obbligo qui il riferimento almeno al classico di Mastellone [1972]; agli studi di A.M. Battista raccolti nel volume postumo: Battista [1998]; e al puntuale Senellart [1989]. Per l'Inghilterra, il rinvio d'obbligo è a Pocock [1980, vol. II, spec. parte terza, cap. X (dedicato al «machiavellismo inglese»), 581-624].

¹⁵⁴ Cfr. Genet e Lottes [1996]. Proprio questo fu il motivo per cui Näf [1971], definì questi accomodamenti pattizi dei «contratti di signoria (*Herrschaftsverträge*)» (p. 53) e intese «nella storia europea la fondazione dello Stato» come una costruzione istituzionale fondata «su basi monarchico-signorili» (p. 52), mentre «la fondazione dello Stato su basi comunitarie» (e menziona al riguardo esplicitamente i casi dell'Italia, dei Paesi Bassi e della Germania) pur verificandosi «non raramente» rimase però sempre «limitata nei suoi effetti e solo eccezionalmente [ebbe] lunga durata» (*ibidem*).

esercito, poteva chiedere molto al dovere vassallatico»¹⁵⁵. È così che «il detto di S. Luigi “non c’è che un re in Francia” acquisì un senso molto profondo e si può dire che già al termine del regno di Filippo Augusto esso era effettivo»¹⁵⁶.

Questo concetto basilare della sociologia politica era già molto chiaro a Max Weber che lo delineò in una limpida sintesi contenuta in una pagina di *Economia e società*, nella quale sottolineò «il carattere rigorosamente privatistico della posizione del singolo titolare del feudo», per cui «benché il diritto dei vassalli, nei territori classici del feudalesimo, riposasse su un contratto», la «compenetrazione dell’intero sistema con lo spirito di una garanzia generale della posizione di titolare di un feudo mediante un contratto bilaterale è stata molto importante per lo sviluppo storico», in quanto è «essa che avvicina la struttura feudale [...] ad una formazione che si presenta, almeno relativamente, come uno “Stato di diritto”»¹⁵⁷.

Nel caso poi in cui il «contratto» non si presenti in forma scritta, ma operi «in modo consuetudinario»¹⁵⁸, ovvero – più propriamente – assuma una dimensione metafisica, si presume che la volontà dei contraenti venga espressa per adesione tacita. Occorre allora ricorrere alla *fictio juris* del consenso silenzioso cristallizzata nella fattispecie tipizzata del cosiddetto «silenzio-assenso», cioè una manifestazione di volontà presupposta *a priori*: ma a quel punto è quanto meno dubbio che possa mantenersi la natura «contrattuale» del fenomeno, poiché il vero e proprio «contratto» è sempre, per definizione, una chiara

¹⁵⁵ Petit-Dutaillis [1933, 336]. Tanto in Francia quanto in Inghilterra i sovrani feudali iniziarono presto a «fissare per iscritto [...] tutte le obbligazioni dei loro vassalli». E in breve riuscirono, malgrado la parcellizzazione vassallatica, a «estendere la mano al di fuori del quadro feudale per proteggere i deboli», riuscendo ad avere «la forza di reprimere, armi alla mano, l’anarchia e il brigantaggio» così come, «attraverso mezzi legali, la violenza e l’ingiustizia» (ivi, p. 347).

¹⁵⁶ *Ibidem*.

¹⁵⁷ Weber [1999, IV, cap. IX, sez. IV, 185-186 (corsivi miei)].

¹⁵⁸ Fioravanti [2007, 189].

manifestazione di volontà di un soggetto capace d'intendere e di volere, il che comporta necessariamente, oltre alla possibilità di manifestare una volontà negativa, il diritto di revoca o di recesso della volontà precedentemente espressa (ovviamente nel rispetto delle clausole contrattuali e ottemperando alle eventuali sanzioni previste). La volontà è un elemento «strutturale» del contratto, senza il quale il contratto medesimo non viene neppure ad esistere.

8. *Il parto del Leviatano: dal contratto metafisico al contratto a favore del Terzo*

Il «contratto consuetudinario» – una espressione che, pur non priva di una sua suggestività, configura tuttavia un controsenso logico – fu, non a caso, il cavallo di battaglia dei giuristi, coalizzati in Francia nel «grand corps de l'État» dei ranghi parlamentari¹⁵⁹. Esaltando la natura «contrattuale» della *societas* governata dalla monarchia, essi erano in realtà interessati a preparare il terreno alla mediazione patriarcale degli apparati giurisdizionali, che consideravano fondamentali organi legittimati a partecipare al potere politico, o, più precisamente, a esercitarlo sterilizzando la responsabilità naturalmente connessa a ogni manifestazione di volontà operativa¹⁶⁰.

Se il «contratto» ha una base metafisica e non volontaristica ogni soggetto vi aderisce con la nascita e senza possibilità di recesso volontario. È evidente, allora, che i contenuti di quel «contratto» (che di contratto non avrà più che il nudo nome, *flatus vocis*), le clausole fonda-

¹⁵⁹ Cfr. Autrand [1981].

¹⁶⁰ Su questa astutissima divaricazione tra esercizio del potere politico (attraverso la giurisdizione) e assunzione della relativa responsabilità, rinvio ad alcuni miei precedenti lavori che inquadrano il tema nell'ottica della formazione e dello sviluppo dello Stato moderno, cfr. Di Donato [1996, *ad indicem* (voce: «separazione potere/responsabilità»); 2002, CII e CVIII-CIX; 2007, 135].

tali di esso, non potranno che essere «rivelate» da un'apposita funzione interpretativa, a quel punto necessariamente arcana, in quanto il contenuto di una prescrizione metafisica è per sua natura insuscettibile di controllo tanto sul piano logico quanto, a maggior ragione, su quello empirico. E questa funzione non potrà che essere la *Scientia Juris*, i *legum doctores* essendo gli unici titolati ad assolvere un'attività di questo tipo¹⁶¹.

La diretta investitura divina del giurista determinava, nell'*ordo juris* dell'Antico Regime, il fondamento della sua legittimazione a interpretare la norma e a precisare di volta in volta – secondo la convenienza politico-cetuale del momento – il contenuto costituzionale del «contratto» costitutivo della *Respublica*¹⁶². In tal modo «la fonte divina incorporata nel diritto umano» produceva una vera e propria «teocrazia giudiziaria»¹⁶³, la cui attività si svolgeva tutta nel segno della divina «rivelazione»¹⁶⁴.

¹⁶¹ Su questo tema, cfr. il mio specifico saggio in Di Donato [2008c, 211-38].

¹⁶² Cfr. Ajello [1990, 1-36].

¹⁶³ Cfr. Renoux-Zagamé [2003, 77 e 121; si veda anche 1997, 143-86 (saggio poi rifiuto con sensibili modifiche in Renoux-Zagamé 2003, seconda parte, 147-82)]; nel medesimo volume collettaneo Thireau [1997a] si veda anche il saggio specifico del curatore Thireau [1997b]. Sulla relazione, atavica nelle società indoeuropee, tra diritto e sacralità, cfr. il recente studio di Chiappini [2006], specialmente (sulla «mobilitazione delle potenze divine al servizio dell'ordine giuridico» e sui «preti-magistrati» chiamati a gestirla), il cap. I della seconda parte (*Le sacré à l'œuvre dans le droit*), pp. 151-70. È per l'ambito italiano, ben più favorevole del francese alla mediazione patriarcale dei giureconsulti, nel quadro della lunga vigenza del diritto comune, Montorzi [1984, spec. 133-86].

¹⁶⁴ Sul punto restano a mio avviso sempre pregnanti le pagine scritte da Lombardi Vallauri [1967, 79-199, spec. 94, 96]; il perno dell'ordine giuridico medievale fu l'idea che «la norma-base dell'ordinamento, di ogni ordinamento valido, non può essere relativa e meramente fattuale» e perciò che essa «non può essere che in Dio». Per questo il diritto, e persino «la stessa compilazione legislativa di Giustiniano», era percepito attraverso la categoria mentale della «rivelazione» (*ibidem*). Questa fu la *forma mentis* che, soprattutto nell'area italiana, i giuristi tesero a mantenere durante tutta l'età «moderna» il cui sistema giuridico restò a lungo quello del diritto comune.

Anche la magistratura degli Stati assoluti non fu esente da questa *forma mentis*, non dismise mai le antiche velleità di dominio politico e mirò sempre a costruire un assetto istituzionale capace, di là dalle forme (ossia dalle apparenze) giuridiche e spesso grazie a una «sapienziale» e raffinatissima gestione di esse attraverso l'uso di sofisticate tecniche esegetiche e argomentative unite a concrete strategie relazionali e cetuali, di realizzare l'obiettivo fondamentale di tenere la giurisprudenza (e più concretamente le istituzioni giudiziarie che emanavano gli *arrêts*) nel cuore pulsante del sistema politico dello Stato. È per questo che i parlamenti francesi cercarono sempre, e con indomita tenacia, di costruire un modello giuspolitico nel quale all'ideale programmatico dichiarato di conciliare «sovranità» e *jurisdictio* corrispondesse nei fatti l'affermazione della sovranità assoluta della legge (da loro incontrovertibilmente) interpretata¹⁶⁵.

Si può dire, da questo punto di vista, che l'antica struttura identitaria (culturale e psicologica) del giureconsulto medievale, quella che uno dei maggiori *robins* del Settecento, Jean-Baptiste-François Durey de Meinières, definì con esemplare immagine l'*échafaudage* (alla lettera «impalcatura» mentale) del perfetto *homme de loi*¹⁶⁶, continuò a scorrere per lungo tempo come un fiume carsico – sempre pronto a risorgere, come i rigurgiti dell'inconscio, quando solo se ne offrisse l'occasione propizia – al di sotto dell'attività istituzionale della *robe* che i ferrei meccanismi della statualità avevano disciplinato conducendola all'interno di rigide strutture istituzionalizzate. Uno degli strumenti privilegiati di questa identità culturale della magistratura parlamentare e della sua strategia politica fu il «contratto consuetudinario».

Cosicché non si può non riconoscere, dal punto di vi-

¹⁶⁵ Su questo argomento cfr. Di Donato [2003, *passim* e spec. cap. II, parr. 25-26, 326-36].

¹⁶⁶ Bibliothèque Nationale de France, *Fonds français*, Cabinet du Président Durey de Meinières, ms. 7559 III, c. 3r.

sta dell'attualità storiografica, che quest'idea non assume altra funzione che di costruire l'immagine dello Stato moderno mettendo in posizione strategica (e indispensabile a ogni decisione politica) la mediazione patriarcale degli apparati giurisdizionali e la centralità dei giureconsulti negli assetti istituzionali¹⁶⁷. Questo è, in ogni caso, a tutta evidenza, il consequenziale sviluppo logico di quell'argomentazione.

D'altra parte va contestualmente osservato che, proprio per demolire questo paradigma che poneva i giuristi-interpreti nella privilegiata (e incontrollabile) posizione «intermediaria» di àrbitri sostanziali e arcani del potere decisionale¹⁶⁸, i filosofi politici della statualità moderna decisero di utilizzare la medesima categoria del «contratto» nutrendola di un contenuto e di un significato completamente alternativo a quelli che ne davano i *juristes-savants*.

Nacque così il «*mécanisme du contrat au profit d'un Tiers*», ossia «un contrat entre les individus, *mais pour le Tiers et par le Tiers*, qui est donc un Tiers exclu»¹⁶⁹. È questa la genesi teoretica e psicologica del *Léviathan* statuale. Non fu un contratto costituzionale consuetudinario, bensì un contratto volontaristico effettivo a favore di terzo. Si passò così dal contratto «giuridico» al con-

¹⁶⁷ Come scrive lo stesso Fioravanti [2007, 194], parlando del recupero dell'«ampio ruolo della giurisdizione nella esperienza delle democrazie contemporanee, ed in particolare di quella costituzionale», siamo di fronte a una chiara *revanche* dell'assetto politico-istituzionale dell'Antico Regime «ed a tratti sembra davvero rivivere lo *jus dicere come forma suprema di governo*, come ricerca massima dell'equilibrio, della composizione pacifica della pluralità dei diritti e dei bisogni di cui la società si compone» (corsivo mio).

¹⁶⁸ Su questo delicatissimo aspetto del rapporto «cielo/terra» che negli ordinamenti antemoderni si focalizzava sulla *jurisdiction* sapienziale dei giuristi, come naturali mediatori tra le due sfere del divino e dell'umano, la letteratura storico giuridica è sorprendentemente molto scarna. Il miglior lavoro al riguardo resta quello sintetico di Arnaud [1977].

¹⁶⁹ Jaume [1986, 76-82, spec. 78]. Sul punto cfr. anche Ertman [1997].

tratto «sociale». E non c'è da stupirsi che il suo maggior autore, Thomas Hobbes, avesse «sciacquato i suoi panni» nella Senna, avesse cioè osservato attentamente da vicino il funzionamento del sistema che si era strutturato al di qua della Manica.

La necessità di fondare l'organismo statale imperniato sul «contratto a favore di Terzo» era fortemente avvertita in un contesto culturale che aveva a lungo riflettuto sul carattere «incerto» dei diritti e doveri attribuiti al «soggetto» e sulla «difficoltà» tanto d'individuare «i loro limiti» quanto di assicurare «la loro applicazione»¹⁷⁰. Il presupposto, a un tempo di pensiero e d'azione, che si situava alla base della necessità di «fondare un potere politico» più solido e stabile, fu di dare a quei diritti e a quei doveri uno «strumento della loro effettività»¹⁷¹.

Si giunse per questa via alla determinazione teoretica – che nutrì tutte le grandi opere che vennero prodotte sul tema: da Hobbes a Pufendorf, da Spinoza a Locke, fino a Rousseau e a Kant – che nel valorizzare il bisogno dell'uomo alla stabilità, alla sicurezza e alla certezza (del diritto e non solo), un bisogno divenuto impellente in un agglomerato sociale nel quale le condizioni di esistenza erano sempre più aspre, difficili e (non di rado) dure e violente¹⁷², intese propugnare «una forma di vita sociale più complessa e organizzata, con il monopolio del potere politico fondato sul consenso»¹⁷³. Questa fu ritenuta, dopo la secolare e deludente esperienza delle mediazioni giuridico-patriarcali¹⁷⁴ e la fallimentare proposta

¹⁷⁰ Spitz [1996, 236 col. II].

¹⁷¹ *Ibidem*.

¹⁷² Mousnier [2002, 126]: «Non va trascurato [...] il fatto che se la maggioranza degli uomini del tempo insisteva sulla sovranità del re e sul concetto di "assolutismo" regio, ciò accadeva perché ci si trovava in un contesto di particolare asprezza: all'interno si era sempre sul punto di essere travolti da un disordine mortale; all'esterno occorreva fronteggiare l'aggressività degli altri Stati».

¹⁷³ Matteucci [1997, 101-26, spec. 102].

¹⁷⁴ Cfr. *supra*, cap. I.

dei «freni morali»¹⁷⁵, la soluzione più idonea ed efficace al problema¹⁷⁶.

La formazione del «modello giusnaturalistico»¹⁷⁷ corrispose a queste esigenze di fondo del pensiero ma anche della pratica sociale. Ora, ciò contrasta frontalmente con il presupposto – difeso da una parte della storiografia giuridica italiana – che negli ordinamenti giuridici dell'Antico Regime manchi sia un vero e proprio «principio di sovranità» sia «un'organizzazione gerarchica del rapporto tra le fonti del diritto». Questi due elementi sarebbero «sconosciuti alla realtà statale dei secoli precedenti la Rivoluzione»¹⁷⁸. Di conseguenza in quella «situazione storica [...] nessuno in sostanza occupava una posizione così monopolistica da poter legittimamente esprimere quel potere di abrogazione del diritto altrui, che è poi l'essenza della sovranità dell'età successiva, culminata negli Stati nazionali del diciannovesimo secolo»¹⁷⁹. Tra il «diritto pubblico territoriale dello Stato moderno di Antico Regime» e il «diritto pubblico statale del diciannovesimo secolo, che ha in sé incorporato un principio di sovranità e un'organizzazione gerarchica del rapporto tra le fonti di diritto», elementi che sarebbero entrambi «sconosciuti alla realtà statale dei secoli precedenti la Rivoluzione», vi sarebbe dunque un fossato incolmabile¹⁸⁰.

Queste affermazioni – almeno per la Francia di Antico Regime, ma si può dire per tutta l'Europa occidentale Inghilterra compresa – non sembrano corrispondere affatto alla realtà storica così come ci è restituita da una imponente serie di studi specialistici – e documentati in base a fonti archivistiche di prima mano – sull'argomento

¹⁷⁵ Sulla «teoria dei freni», cfr. Richet [1998, 44-5]; Mousnier [2002, 91-3].

¹⁷⁶ Sui diversi aspetti del contrattualismo moderno si veda ora il bel volume *L'idée contractuelle* [2008]. Restano sempre cariche di suggestione le pagine di Derathé [1993].

¹⁷⁷ Cfr. Bobbio [1989, 3-26].

¹⁷⁸ Fioravanti [2007, 189].

¹⁷⁹ Ivi, p. 190.

¹⁸⁰ Ivi, p. 189.

e cozzano all'evidenza tanto con i «fondamenti teorici» del sistema costituzionale delle monarchie assolute quanto con la «pratica» di quei medesimi sistemi¹⁸¹. Vanno fatte al riguardo alcune importanti precisazioni di fondo.

Che i sovrani francesi di Antico Regime abbiano negoziato la gran parte delle loro decisioni con le forze organizzate presenti sul territorio è un fatto incontrovertibile. Da questo punto di vista l'assolutismo monarchico, inteso come potere autoritario senza freni e limiti, appunto «sciolto» dalle leggi, è effettivamente un «mito» da sfatare¹⁸². Da Ernst Cassirer¹⁸³ a Roland Mousnier questo aspetto è stato definitivamente messo in chiaro e non dovrebbe presentare più problemi o dubbi di sorta. Mousnier diede un quadro molto nitido dell'argomento in un saggio sulla «partecipazione dei governati all'attività dei governanti» nello Stato monarchico-assoluto, tra Sei e Settecento¹⁸⁴. Molte maestranze cetuali – l'esempio più calzante fatto dallo storico parigino riguardava i vignaioli di Bordeaux – «collaboravano sia con il Consiglio del re, dal quale ottenevano regolarmente i provvedimenti richiesti, sia con le altre istituzioni titolari di funzioni decisionali»¹⁸⁵.

Spesso questi «corpi» – così ben descritti già nel gran lavoro di ricerca di Emile Lousse¹⁸⁶ – mantenevano a Pa-

¹⁸¹ Cfr., per questa distinzione di fondo e per un'accurata descrizione del funzionamento effettivo del sistema costituzionale di Antico Regime, Richet [1998, parte prima, 13-60 e parte seconda, 61-122]; Mousnier [2002, *passim*]; Barbiche [1999]. Ma molti spunti sull'argomento si trovavano già nella storiografia precedente: cfr. Doucet [1948a; 1948b]; Zeller [1948].

¹⁸² Cfr. N. Henshall [2000], un libro che presenta peraltro più di un aspetto di debolezza argomentativa. Ma ben prima si vedano i corpi e archivisticamente documentati studi di Hamscher [1987]; e di Collins [1988]. Un recente e pressoché completo panorama delle principali posizioni storiografiche sull'argomento in Descimon e Cosandey [2002].

¹⁸³ Cassirer [1946].

¹⁸⁴ Cfr. Mousnier [1962-1963 ora in 2002, 205-46].

¹⁸⁵ *Ivi*, p. 219.

¹⁸⁶ Lousse [1943].

rigi degli emissari, una sorta di messi diplomatici con il compito specifico di seguire attentamente la linea politica del governo e di negoziare preventivamente i provvedimenti che potevano avere direttamente o indirettamente un impatto sulle attività dei loro rappresentanti. Senza contare l'assiduo lavoro «ai fianchi» dei *parlements* – soprattutto delle *chambres des enquêtes*, convocate regolarmente nei *cabinets* ministeriali di Versailles – sempre oscillante tra negoziato politico e minaccia di resistenza aperta con la *grève* e il blocco dei processi¹⁸⁷. Come si è visto, la *haute magistrature* aveva nella sua faretra una potentissima arma consistente nel giudizio preventivo di costituzionalità sulle «lois du roi»¹⁸⁸.

Il *Parlement* tentava di estendere all'infinito il suo raggio d'influenza filtrando il più gran numero possibile di *affaires* e ponendosi quindi come il *trait-d'union* pressoché obbligato delle istanze che salivano verso la corona da parte delle forze stanziato sul territorio. Così il potere magistratuale si ramificava a piovra all'interno dei gangli vitali dell'agglomerato sociale. Il *Parlement*, che si autocelebrava come «*Sénat de France*», arrivò ad arrogarsi la rappresentanza permanente degli Stati Generali – che infatti non vennero più riuniti dal 1615 fino alla fatale convocazione del 1789 – e perfino la rappresentanza dello stesso re¹⁸⁹.

Quanto all'idea che nell'Antico Regime non vi fosse potere abrogativo delle norme¹⁹⁰, basta a confutarla l'esi-

¹⁸⁷ Su questo aspetto, Egret [1970]; Alatri [1977]; Di Donato [2003a; e *supra*, cap. III, par. 5.2].

¹⁸⁸ Cfr. *supra*, cap. III, par. 5; Di Donato [2004 e 2005].

¹⁸⁹ Cfr. Krynen [2000; 2001].

¹⁹⁰ Secondo Fioravanti [2007], lo Stato moderno di antico regime si differenzierebbe profondamente da quello inaugurato con la Rivoluzione francese proprio a causa del suo carattere *contrattuale* [il corsivo è dello stesso Fioravanti 2007, 189 e 192] messo in contrapposizione con il carattere del «potere sovrano di fare e abrogare la legge, secondo la visione gerarchica del rapporto tra le fonti del diritto», che sarebbe invece esclusivamente tipico dello Stato (post-)rivoluzionario (ivi, p. 193).

stenza del trattato sulle «lois abrogées» di Bugnyon¹⁹¹. Molte leggi, si legge nel proemio dell'opera, «ont perdu peu à peu leur autorité, par ce qu'aux uns elles sont sembléz trop dures et trop rigoureuses, aux autres trop familières et trop benignes»¹⁹². Per questo i re di Francia «font publier des loix en leurs Royaume et Pays, sous le nom de Majesté, donnant par là à entendre, que s'ils ont la puissance d'établir des Loix nouvelles, ils ont pareillement le pouvoir de supprimer, ou d'enterpreter les anciennes»¹⁹³.

Il complesso reticolato di relazioni politiche «effettive» – come le definiva Mousnier¹⁹⁴ – che si determinavano nel quadro di uno spazio politico organizzato ed evoluto nel senso della «statualità» fa sì che risulti inapplicabile alla Francia e alla monarchia assoluta – ma in realtà a tutta l'area occidentale dell'Europa moderna – lo schema interpretativo espunto dall'area germanica dove s'instaura il modello dello «Stato per ceti», nel quale, come scrisse con esemplare formula Werner Näf, «il potere regio si era volatilizzato nell'Impero»¹⁹⁵. Solo a quest'ultimo, come comprese molto chiaramente già Weber, può essere applicata l'idea del «pattuire caso per caso tra i diversi titolari del potere»¹⁹⁶; quindi la categoria del «contratto» come fondamento della «potenza ordinatrice» delle relazioni pattizie orizzontali costitutive di un «diritto pubblico territoriale» può costituire un valido criterio interpretativo solo per i territori tedeschi.

Eleggere dunque le relazioni socioistituzionali proprie di quel delimitato ambito a «modello» costituzionale di

¹⁹¹ Bugnyon [1702]. Cfr. *supra*, cap. III, note 116 e 117.

¹⁹² Bugnyon [1702, f. 1r].

¹⁹³ *Ivi*, f. 1v.

¹⁹⁴ Cfr. Mousnier [2002, 5, 7 e 153].

¹⁹⁵ È questa la netta impressione che dà la proposta di Fioravanti [2007]; si veda al riguardo anche Fioravanti [2002b]. Ma una linea non molto dissimile, sia pure rivestita da maggiore oscillazione interpretativa, è negli scritti dedicati da P. Schiera all'argomento. Un utile strumento per addentrarsi nella tedesca «costituzione per ceti» in Schiera [1986]. La cit. in testo da Näf [1971, 53].

¹⁹⁶ Weber [1999, IV, cap. IX, sez. IV, 190].

rilevanza generale europea per trasporlo in altre entità del Vecchio Continente, completamente diverse, genera una inestricabile confusione tra concetti storiografici (e tra assetti giuspolitici) destinati a restare ben distinti. Sovrapporre artificiosamente ad altri contesti paradigmi interpretativi espunti altrove difficilmente produce una storiografia fedele alla realtà. A differenza che nei territori dell'Europa centrale – racchiusi sotto il concetto vago di «*Sant'Impero romano di nazione tedesca* e successivamente nella *Germania*» dove alla polverizzazione particolaristica faceva riscontro una «sovrastuttura giuridica disparata e discontinua»¹⁹⁷ –, negli Stati dell'Europa occidentale e in special modo in Francia a partire già dal tardo Medioevo, e poi con sempre maggiore esattezza tra XVI e XVIII secolo¹⁹⁸, un vasto «territorio» fu reso oggetto di un'accurata e unitaria misurazione razionale, per poter esercitare su di esso – persone e cose – una minuziosa tecnica di *administration*¹⁹⁹.

L'esatto contrario di quanto accadde nell'area germanica dove un «sentimento nazionale» non si affermò che nel corso del XVIII secolo, e con grandi difficoltà data l'impossibilità di trovare addentellati storici «né nell'idea imperiale declinante né nel tappeto rattoppato dei piccoli territori» nei quali era diviso lo spazio politico²⁰⁰. Una realtà, questa, che sembrò evidente agli storici e ai giuristi tedeschi «già nel XIX secolo». Con grande onestà intellettuale, essi furono i primi a constatare «che il Vecchio Impero, prima del 1806, non aveva avuto un vero e proprio Stato e che occorreva rimontare fino agli Staufen per trovare l'età del suo splendore»²⁰¹. E fu «precisamente a

¹⁹⁷ Stollais [1998a, 76-7]. Sul punto si veda, per gli effetti di quella situazione pregressa sulle vicende otto-novecentesche, il contributo di Meriggi [2003, 159-70].

¹⁹⁸ Lloyd [1986].

¹⁹⁹ Cfr. Brian [1994]. Si vedano anche Nordman [1996, 103-13]; Guillemet-Peret [2001]; Blanco [2008].

²⁰⁰ Stollais [1998a, 75-6].

²⁰¹ Ivi, p. 75.

causa del particolarismo e delle notorie divisioni che regnavano sovrane in Germania, delle quali si faceva incessantemente desolante esperienza, se fu perseguita con così tanti sforzi la ricerca di un diritto naturale che oltrepassasse questo frazionamento» fungendo da base per la formazione di «un *ius publicum universale* o “diritto pubblico generale”»²⁰².

Si comprende quindi come la stessa idea di «legge» avesse bisogno in quel contesto – e ancor più dopo la formazione dello Stato nazionale tedesco realizzata sotto la spinta della potenza economica e militare prussiana²⁰³ – di un particolare rafforzamento, attraverso l'elaborazione di dottrine che sorreggessero l'idea di «unicità». Provenendo da un lungo passato di divisioni che non avevano consentito di realizzare nella pratica istituzionale l'omogeneità sociopolitica indispensabile alla formazione di uno Stato unitario, quell'«atto mancato» venne per così dire «sublimato» nella creazione di un piano ideale (quale è sempre quello giuridico-normativo) dotato intrinsecamente di forti spinte programmatiche²⁰⁴.

Alla frantumazione particolaristica dell'Antico Regime, che aveva comportato una «moltitudine di conflitti territoriali nel seno dell'Impero», corrispose quindi per contrappasso la formazione di un diritto pubblico territoriale nel quale si rispecchiassero le aspirazioni allo sviluppo di quell'«energia politica centralizzata», presupposto indispensabile per la formazione di una società e di uno Stato unitari²⁰⁵.

²⁰² Ivi, pp. 76 e 436-45.

²⁰³ Su questo processo di «formazione dello Stato nazionale tedesco» (e non invece dell'«unificazione della Germania», espressione che «presenta diverse difficoltà»), cfr. l'agile ed essenziale profilo fornito da Breuilly [2004]. Molti spunti importanti in Schiera [1987].

²⁰⁴ Sulla teoria freudiana degli «atti mancati» e sulla sua applicazione storiografica alle vicende sociopolitiche, cfr. Richet [1998, 119].

²⁰⁵ Stollais [1998a, 608].

9. La «svolta» della Rivoluzione: principio di eguaglianza o principio di responsabilità?

Ben differente era la situazione nel *royaume des lys*. Lì la formazione dello Stato, incomparabilmente anticipata rispetto alle aree tedesca e italiana, fu il frutto di un processo che, se non si può certo identificare con le «magnifiche sorti e progressive», fu tuttavia indubbiamente caratterizzato da uno sviluppo nel complesso piuttosto coerente consequenziale²⁰⁶. È così apparve allo sguardo retrospettivo e acutissimo di Tocqueville, che registrò tra l'*Ancien* e il *Nouveau Régime* questa continuità «amministrativa» e «istituzionale», che andava colta di là dalla profonda cesura ideologica, certamente anch'essa innegabile, della *Révolution*²⁰⁷.

Sostenere, al contrario, che vi sarebbero due ben distinte «forme di Stato» nella vicenda francese (quella dell'Antico Regime, basata sul contratto territoriale e quella rivoluzionaria basata sul principio di sovranità) e che inoltre non vi sia alcuna continuità tra di esse²⁰⁸,

²⁰⁶ Sulle differenze tra i processi di formazione dello Stato in Europa, cfr. Tilly [1984], in particolare il saggio di Rokkan [1984, 397-433] e i due dello stesso curatore Tilly [1984 rispettivamente 7-77 e 435-69], il quale non manca di sottolineare «i dislivelli di statalità nell'ambito internazionale» dello spazio europeo (ivi, p. 37).

²⁰⁷ Tocqueville [1969, 593-898, spec. *l'incipit* a p. 595].

²⁰⁸ Fioravanti [2007; 2002b, 13 e 15], dove sostiene che con l'avvento dello Stato del secondo tipo «il territorio tradizionalmente popolato da una grande quantità di soggetti» divenne improvvisamente «neutro e liscio» e poté perciò «essere diviso con le regole della tecnica amministrativa e della geometria». A parte la difficoltà di comprendere che cosa si voglia intendere con «neutralità» e «discezza» del territorio (se s'intendesse «appiattimento» o «divellamento», nel senso di «soppressione» dei differenti interessi sociali esistenti, sarebbe semplicemente un'immagine non corrispondente alla realtà), lascia molto perplessi l'idea che una tecnica amministrativa efficace – fondata su «regole» e «spirito geometrico» – potesse nascere così dal nulla, *d'emblée*, senza alcun retroterra fatto di mentalità diffusa e, come avrebbe detto Foucault, di «pratiche» lungamente consolidate. Sotto il profilo metodologico la prospettiva di Fioravanti si risolve in una secca negazione della *longue durée* e nella convinzione – a mio avviso non suffragata da alcun

vuol dire privarsi di uno strumento utilissimo per la comprensione della vicenda dello Stato moderno nella realtà politica che «fu prima in Europa» nell'«accumulazione di statalità» e che si distinse proprio per la «regolarità del processo» di formazione di una solida intelaiatura istituzionale e di una diffusa acculturazione sociale focalizzata sul senso dello Stato²⁰⁹.

La «legge» dello Stato assoluto francese era il «prodotto finito» confezionato in seguito a trattative multiple, non di rado incrociate e quasi sempre sommerse²¹⁰. Ma

convincente riscontro fattuale – che nella «plurisecolare vicenda dello Stato moderno dell'età precedente la Rivoluzione» il poco che trapassa di là dalla «cortina», che tuttavia non è neppure il dato «più rilevante», è presente «solo a partire da una certa epoca, a ridosso della Rivoluzione medesima»: [Fioravanti 2007, 191-2 (corsivo mio)]. Da questo punto di vista, appare molto più convincente – pur con le riserve che si discuteranno più avanti – l'idea espressa da Grossi [2001, 33], secondo il quale il legicentrismo come immagine dello Stato sovrano onnicomprensivo è «una eredità dell'assolutismo regio che la Rivoluzione di fine Settecento accoglierà senza batter ciglio». L'idea di un «cammino plurisecolare che avrà al suo esito finale Napoleone I» è ora efficacemente e persuasivamente riproposta anche in Grossi [2007, 76].

²⁰⁹ Tilly [1984, 37].

²¹⁰ Musi [2007b, 197-242, spec. 216, nota 64], mi rimprovera di adoperare a tal proposito una metafora «anacronistica», riferendosi al mio saggio *Critica della ragione virtuosa* [Di Donato 2002], in particolare nel par. intitolato *La «suntuosa complessità» dell'assolutismo*, p. CXX, dove proponevo, per agevolare il lettore nella comprensione del fenomeno descritto, il seguente parallelo tra procedimento effettivo di formazione della legge nello Stato francese di Antico Regime e nello Stato italiano attuale: «Buona parte degli editti, delle lettere patenti e degli *arrêts* emanati dal *Conseil* erano provvedimenti a consenso preventivo adottati con una prassi che potrebbe accostarsi, sotto il profilo del metodo, alle attuali leggi sui rapporti di lavoro (e malauguratamente non solo) concertate dai governi e dai parlamenti nazionali con le forze sindacali o le associazioni di categoria». È qui evidente come l'*imprinting* idealistico-crociano dello studioso napoletano gli renda fastidioso l'accostamento – giudicato evidentemente sempre azzardato, a prescindere dalla sua validità *in nuce* – tra passato e presente. Ma a me sembra che la legittimità del paragone regga, almeno fintanto che non verrà proposta una persuasiva motivazione contraria. Avevo, tra l'altro in quella sede, chiamato a supporto dell'idea espressa, l'autorevole giudizio di Miglio [2007, 82], secondo il quale il maggiore problema degli ordinamenti occidentali

questo non significa affatto che essa fosse il frutto di un «contratto» paritario tra *royauté* e rappresentanze cetuali

(e di quello italiano in primo luogo) è quello costituito dal rifiuto della «prescrizione sovrana» e dall'estensione «a tutti i livelli» delle procedure negoziali, con la conseguenza generale che «il “contratto” prende il posto della “legge”». Il mio «anacronismo» è dunque salutare e utile se serve a far notare come l'Italia contemporanea somigli più allo Stato di Antico Regime (o, come afferma con ironico eufemismo F. Furet, nel passaggio citato *supra* in nota 1 di questo capitolo, a uno Stato «in via di sviluppo») che a un aggiornato e progredito (ma la parola giusta sarebbe «civilizzato») Stato attuale. Va da sé che una simile prospettiva (è questo a mio avviso il vero motivo della reazione di Musi) non può riscuotere consenso in chi difende l'idea che vi sia stata una «via» tutta italiana (o napoletana) allo Stato moderno e che «per quasi tutti gli Stati italiani [preunitari] il saldo della modernità è positivo» poiché si può astrattamente riscontrare in essi la presenza di «fattori» classificati (secondo un idealtipo rigido) essenziali per aversi «modernità statale» [Musi 2003, 175]. Musi ha peraltro ragione quando critica la definizione della monarchia assoluta intesa come «sovranià partecipata e diffusa». Ha però torto nell'attribuirmela *tout-court*. Infatti, nel passo del mio saggio testé citato [Di Donato 2002, CXXII], nel quale egli ravvede l'uso di quella formula, più correttamente sostituita dal «concetto di “monarchia limitata”» (proposta che non ho difficoltà a condividere), l'espressione da me utilizzata è decisamente (e concettualmente) differente. Al termine di un'articolata descrizione del funzionamento effettivo delle procedure di formazione della legge nello Stato assoluto, proponevo in quel passaggio una conclusione che ancor oggi sottoscrivo continuandola a ritenere valida (a maggior ragione dopo l'osservazione evolutiva in senso opposto della storiografia italiana sull'argomento). In quella formulazione opponevo teoria (ossia dottrina) e prassi «effettuale» e sostenevo che la sovranità che si determina nel quadro della monarchia assoluta può definirsi «in teoria piena», mentre è «in pratica partecipata e diffusa». La formula suona «fuorviante» (come afferma Musi) solo se si omette la distinzione. È evidente, infatti, che la «partecipazione» e la «diffusione» determinano di per sé una «limitazione». Ma questa «limitazione» si determinò solo sul piano pragmatico e non su quello dell'impalcatura teorico-dottrinale e delle forme giuridiche. In ogni caso è fondamentale sottolineare che quella «teoria» ebbe a sua volta una grande importanza. La costruzione di un mito – come dimostrò nelle insuperate pagine dei *Rois thaumaturges* Marc Bloch – gioca un ruolo fondamentale nella vita politica e produce effetti psicosociali profondi e concreti. È questo il motivo per cui non si può liquidare la sovranità dello Stato moderno – come fa ad esempio, insieme ad altri storici, M. Fioravanti – considerandola talmente insulsa da ribassarla a semplice «contraente» di un patto stipulato con le foze particolaristiche presenti sul territorio.

o forze «plurali» stanziato sul territorio. Tra «governo» e «territorio» non s'instaurò insomma un rapporto paritario, neppure quando il potere aprì una «contrattazione» che restò sempre funzionale al suo disegno di razionalizzazione, di omologazione e di disciplinamento sociale²¹¹. Il «governo» agì insomma con gli strumenti dell'astuzia più che con quelli della forza, perfettamente consapevole che non si trattava «d'imporre agli uomini una legge, ma di disporre le cose, cioè di utilizzare piuttosto delle tattiche che delle leggi, di utilizzare al limite le leggi stesse come tattiche»²¹².

La metafora del calabrone, re delle api che «regna sull'alveare senza aver bisogno di pungiglione», è l'immagine che ritorna nei trattati moderni per rappresentare questa necessità tipica dell'arte di governo:

Dio – si diceva – ha voluto mostrare con ciò in modo mistico che il vero governante non debba avere bisogno di un pungiglione, cioè di uno strumento per uccidere, di una spada, per esercitare un governo; deve avere pazienza piuttosto che collera, o ancora non è il diritto di uccidere, di far valere la forza che deve essere essenziale nel personaggio del governante²¹³.

Le due posizioni che interpretano lo Stato assoluto o come una sovranità liquefatta a causa del «contratto costituzionale» (Fioravanti) e di un presunto «diritto pub-

²¹¹ Dovrebbe bastare per persuadersene la prospettiva di un autore non certo sospettabile di simpatie «assolutistiche» come Foucault [1978, 12-29]: sul governo del territorio, inteso come «complesso costituito dagli uomini e dalle cose (p. 18) sulla «sottomissione alla sovranità» come «fine» della sovranità medesima (p. 20). Foucault conclude che «la governamentalizzazione dello Stato» va considerata come il «fenomeno fondamentale nella storia dell'Occidente» (ivi, p. 29). Sul tema si veda anche Foucault [1997; e 2007, 253 (dove definisce «l'État» come nient'altro «qu'un type de governamentalité») e *ad indicem* (voce *governamentalité*)].

²¹² Foucault [1978, 20].

²¹³ Ivi, p. 21. Foucault muove qui dall'analisi del *Miroir politique* di Guillaume de la Perrière del 1567.

blico territoriale» limitativo della piena espansione delle prerogative regie (*Idem*), o viceversa come una sovranità piena ed effettiva della monarchia che oscura ogni dialettica istituzionale (Galasso, Musi) sono entrambe estremizzazioni che non danno persuasivamente conto della complessa realtà sociale, politica, giuridica e istituzionale dell'Antico Regime (quanto meno francese).

Tra i due estremi vi è una realistica e *mediana virtus* consistente nell'osservazione della dura lotta politica che quotidianamente i diversi centri di potere combattevano per affermare, ciascuno con le sue possibilità oggettive, la propria «partecipazione» all'indirizzo politico. Ma questa lotta era in qualche modo condizionata dalla identità «sovvrana» riconosciuta alla *monarchie absolue*, un elemento senza il quale non sarebbe stata possibile la costruzione dello Stato, i processi di «disciplinamento» e di autodisciplina della società e lo sviluppo complessivo della *civilisation étatique*. Anche quando la monarchia «contrattava», lo faceva avendo di fronte non un coacervo anarcoide di forze pluricentriche, ma una «Nazione organizzata», un *ordre social*, ossia poteri che erano già stati in qualche misura ricondotti nell'alveo di una struttura razionalizzata, con riflessi psicologico-sociali del tutto evidenti già a partire dal Cinquecento e man mano sempre più marcati²¹⁴.

Non a caso l'idea del «contratto» riemergerà con vigore nella trattatistica giuridica del XVII secolo, quando cioè diventerà impellente la necessità di «sbloccare l'arte di governo» e «l'impegno reciproco fra il sovrano ed i sudditi diventerà una specie di matrice teorica a partire dalla quale si cercherà di raggiungere i principi generali di un'arte di governo»²¹⁵. Fu il momento in cui iniziò ad avvertirsi con sempre maggior nitidezza il bisogno di scienze di supporto alla tecnica razionale di governo, saperi fondati sull'analisi rigorosa del «territorio» e della

²¹⁴ Si veda, sul punto, il bel volume collettaneo curato da Cosandey [2005].

²¹⁵ Foucault [1978, 23-4].

«popolazione»²¹⁶. Fu il momento della statistica, appunto scienza «al servizio dello Stato», e dell'economia politica²¹⁷.

Tutto questo fa sì che non sia possibile vedere nella Francia di Antico Regime una netta opposizione concettuale tra «legge» da un lato e «consuetudine» (o «contratto costituzionale») dall'altro²¹⁸. L'abilità della monarchia consisté, infatti, proprio nel realizzare e comprendere il senso profondo della «Nazione organizzata», il suo *esprit* radicato, o, se si vuole, la sua «identità»²¹⁹ e assecondarla nelle forme sentite per ricondurla gradualmente, nella sostanza, sotto l'imperio della volontà regia focalizzata nel testo della legge.

Si affermò così il primato della politica sull'esegesi dottrinale e giurisprudenziale dei giureconsulti, o se si preferisce della volontà trasparente del potere politico sugli *arcana juris*. Si evitò il «verbalismo elusivo» e si affermò uno spirito di concretezza razionale che trovò nelle istituzioni pubbliche il suo strumento attuativo. Fu un compito difficile e impervio, ma il cui successo era sperabile e prevedibile date le condizioni nelle quali il governo centrale in concreto si trovò a operare. Vennero così get-

²¹⁶ L'esempio più calzante è certamente tra fine Seicento e inizio Settecento quello di Henri de Boulainvilliers, conte di Saint-Saire e autore di fondamentali trattati nei quali il «monitoraggio» del territorio organizzato veniva compiuto con una sorta di metodo «protostatistico» di classificazione: cfr. il trattato pubblicato postumo *État de la France dans lequel on voit tout ce qui regarde le gouvernement ecclésiastique, le militaire, la justice, les finances, le commerce, les manufactures, le nombre des habitants, et en général tout ce qui peut faire connoître à fond cette monarchie...*, 2 voll. in folio édités par Ph. Mercier, London, Wood and Palmer, 1727. Su Boulainvilliers, oltre ai riferimenti in Richet [1998, 143 e 148], cfr. Venturino [1993]; e (d'impianto più tradizionale) Tholozan [1999].

²¹⁷ Foucault [1978, 22 e 26]. Sugli sviluppi della statistica, cfr. Sofia [1988; 1994].

²¹⁸ Fioravanti [2007, 189].

²¹⁹ Cfr. Yardeni [2004, *passim*, ma spec. 19-21 («La naissance de la conscience nationale») e 84-101 («La genèse de l'État et la naissance de la nation...»)].

tate le basi per l'affermazione del «principio di responsabilità», che avrebbe fatto capolino nella svolta rivoluzionaria e che sarebbe divenuto poi il vero protagonista della riflessione giuridico-politologica attraverso Max Weber²²⁰ e fino ai giorni nostri²²¹.

Nell'intento d'inseguire il «sogno glorioso dell'unificazione del diritto» i sovrani francesi ricorsero spesso all'espedito di legittimare le consuetudini inveterate, legalizzandole, ossia recependone i contenuti redatti nei testi legislativi da essi emanati e presentati in tal modo come *volonté royale*²²². Ma gradualmente questo avveduto «gioco» politico diede i frutti che la monarchia aveva preventivato, poiché con il succedersi delle generazioni si attenuò sempre più il senso del diritto come *droit coutumier* e prese sempre più corpo il senso della normazione positiva come *loi du roi*.

Si affermò in tal modo, faticosamente e non senza contraddizioni e tortuosità, il principio di responsabilità dell'agire politico. Questo – e non, com'è stato sostenuto, l'astratta affermazione del principio di eguaglianza – fu la vera *novitas* della svolta rivoluzionaria²²³. Fu, certo, un

²²⁰ Weber [1999, I, parte prima, cap. I, par. 11, 44-5; IV, cap. IX, sez. VIII, par. 5, 528].

²²¹ Si veda, per il contesto attuale, la riflessione di Jonas [1990].

²²² Cfr. Rigaudière [2004, 1553-67]. Cfr. anche Krynen e Rigaudière [1992].

²²³ Nel convegno trentino organizzato da Blanco [2008b], Fioravanti ha manifestato la convinzione che la vera «cesura tra Antico e Nuovo Regime è l'affermazione del principio di eguaglianza». Questo argomento è sviluppato anche in Fioravanti [2007, 190]. Per attuare questo principio, associato al «paradigma individualistico» che emergerebbe «a partire dalla metà del secolo diciassettesimo» (ma secondo Cassirer [1927, 19-118], ben prima, già con la filosofia di Cusano), si rese indispensabile il rafforzamento della sovranità statale. Nell'intento ideologico-politico, quindi, di realizzare il valore che era stato «assunto come vero e proprio esito obbligato della modernità» lo Stato moderno avrebbe avuto bisogno «di vedere sovradeterminata la propria forza». Lo strumento di questa «sovradeterminazione» sarebbe stata allora la «legge», l'atto giuridico per eccellenza al quale andava attribuita «tutta la forza necessaria per sconfiggere il particolarismo» e realizzare così «il principio di eguaglianza». A questo paradigma interpretativo,

processo lungo e non privo di asperità, tortuosità e contraddizioni. Ma una cosa è chiara: alla vigilia della Rivoluzione non si arrivò per un'improvviso capriccio della storia, per un'accelerazione repentina di eventi sghembi rispetto al flusso storico, ma attraverso una lunga gestazione che era partita da molto lontano²²⁴.

Non si tratta, ovviamente di negare qui l'importanza del principio di eguaglianza e l'emersione dell'unificazione dei diritti distinti in capo a un unico soggetto²²⁵. Si tratta, invece, di osservare che l'astratta affermazione del principio di eguaglianza non basta affatto a esaurire il valore di fondo della «modernità». Quest'ultimo è rilevabile, piuttosto, nel passaggio dall'astrazione logico-metafisica al principio empirico di concretezza insito nella verifica e nel controllo fattuale delle asserzioni ideali e meramente formali. Questo fu l'assunto decisivo della Rivoluzione scientifica che costituì il fondamento di tutto il pensiero moderno.

Tradotto in politica e negli assetti istituzionali questo principio significò che nell'affermazione della sovranità statale e nella semplificazione giuridica attuata nel primato della legge quale unica fonte del diritto era insito in primo luogo il principio di trasparenza del potere e della visibilità dei procedimenti, con la conseguente facilitazione a individuare i responsabili dell'enunciazione volontaristica insita nel comando legislativo.

Il principio di eguaglianza, come del resto quello di libertà e più in generale il riconoscimento di tutti i diritti dell'individuo, possono essere meri enunciati ideali

mi sembra necessario opporre un altro imperniato sul principio di trasparenza e di «responsabilità» del potere e del governo.

²²⁴ Già Richet [1969] aveva sostenuto questa idea che le origini della Rivoluzione debbano essere situate negli sviluppi politici dello Stato assoluto fin dal XVII secolo. Il metodo della *longue durée* nella comprensione del fenomeno rivoluzionario ha avuto recenti e importanti applicazioni: cfr. Van Kley [1996 e la traduzione francese del 2002].

²²⁵ Questa fu, com'è noto, la tesi enunciata da Tarello [1976, spec. 37-8], che però, a differenza di Fioravanti, sostiene l'idea della «continuità» basata sulla constatazione del profondo legame che passa tra Stato assoluto e codificazione legicentrica: *ivi*, p. 48 e *passim*.

privi di consistenza oggettiva. Il principio di responsabilità, invece, se statuito e rispettato da istituzioni solide e trasparenti sorrette da coerenti mentalità diffuse, diventa garanzia effettiva della *realizzazione* di quei diritti, del loro invero nella realtà «effettuale», di là dalle mere enunciazioni normative di principio.

Il carattere «assoluto» della *royauté*²²⁶, pur essendo indubbiamente più una sorta di «vetrina» politica che una tangibile sostanza deliberativa o potestativa «sciolta» da ogni limite o freno, servì comunque ad avviare un percorso di «civiltà»²²⁷, con ricadute psicosociali evidenti, senza il quale gli sviluppi successivi risulterebbero del tutto incomprensibili. Se si guarda il fenomeno dall'angolo visuale della perfezione delle forme giuridiche o della precisione delle classificazioni politologiche non si arriverà mai a descrivere l'andamento storico concreto. Che la oggettiva possibilità di manovra del potere centrale fosse condizionata dal reticolato d'interessi e di forze esistenti non significa affatto l'annullamento della sovranità e la liquefazione della funzione nomotetica del potere centrale, ridotta a un puro «contratto» paritetico con i destinatari del comando politico.

Ciò sembrerebbe inverosimile in un contesto socioistituzionale nel quale, almeno a partire da Filippo il Bello e con sempre maggiore decisione da Luigi XI in poi la feudalità e le forze particolaristiche erano state comunque costrette a essere «lige» alla *royauté*²²⁸. E non dissimile era

²²⁶ Non sembra mai superfluo ricordare che il termine che emerge dalle fonti documentarie è *pouvoir absolu* ovvero *puissance* (o *monarchie*) *absolue*, ma mai, in nessun caso, *absolutisme*, che è quindi termine di conio storiografico: cfr. Morel [1996]. L'aspetto – che non è ovviamente pura questione linguistica e terminologica – è trascurato da Schiera nella voce *Assolutismo*, redatta per il *Dizionario di politica* diretto da Bobbio, Matteucci e Pasquino [1983, 64-9], ora in Schiera [2004, 59-70].

²²⁷ Sul punto, oltre al classico di Elias [1988], cfr. il saggio, straordinario per chiarezza e completezza, di Starobinski [1990, 5-48].

²²⁸ L'espressione tipica del diritto feudale francese è *homagium ligium* che configura la creazione di un obbligo ben distinto dall'*homa-*

stato il fermo atteggiamento dei poteri pubblici nei confronti delle pretese ecclesiastiche. Su questo punto magistrature e corona avevano fatto, anzi, fronte comune²²⁹.

gium simplex: Weber [1999, IV, cap. IX, sez. IV, 189]. Weber ricorda opportunamente che «per lo sviluppo della posizione di potenza della monarchia francese fu di grande importanza il fatto di riuscire a costringere i grandi principi feudali» alla «forma di giuramento» *ligium*. Sugli effetti del «feudo ligio» riguardo lo sviluppo della «statualità», cfr. Padoa-Schioppa [1999, II, 25-77, spec. 40, poi in 2003, 315-63, spec. 328]. L'A. sottolinea come «in Francia, la moltiplicazione delle concessioni di feudo "ligio" da parte del re creò legami prioritari e privilegiati tra la monarchia e i vassalli minori che erano alle dipendenze dei vassalli regi». In tal modo, conclude, in Francia a differenza che in Germania (e, aggiungo, in Italia) «il diritto feudale poté offrire validi strumenti giuridici per l'affermazione del potere monarchico». L'affermazione è, a mio avviso, di grandissima importanza per comprendere il processo di sviluppo della statualità dove esso si è radicato e nel contempo per analizzare le cause originarie della sua mancata attuazione nei contesti dove l'autorità centrale non riuscì ad acquisire peso e autorevolezza. Solo in questo quadro è possibile parlare senza equivoci di un «carattere pattizio» o di una «natura contrattualistica» dello Stato moderno (ivi, p. 41, dove cita al riguardo lo studio di Genet [1990b]). Sul passaggio cruciale del regno di Luigi XI, cfr. ora l'ampio studio di Martin [2009].

²²⁹ È questo il motivo per cui mi risulta incomprensibile il rilievo critico mossomi da Musi [2007b, 214, nota 58 e 216, nota 64], il quale ha visto nella «centralità» politico-istituzionale che attribuisco al ceto dei giuristi, e specialmente dei magistrati parlamentari, un «primato» assoluto e assolutizzante sul quale sarebbe centrata la mia intera ricostruzione dello Stato francese di Antico Regime. Musi sostiene che «la chiave» del suo «disaccordo» con le mie posizioni storiografiche si situa proprio su questo punto nodale: per lui «la base dello Stato assoluto è una *società costituita sugli status*, su sistemi legali di consenso sociale che non coinvolgono solo giuristi e togati, ma tutti gli ordini strutturati» (ivi, p. 216). Vien da dubitare che l'amor di polemica abbia qui preso il sopravvento sul dovere di attendibilità scientifica. Ovvero che vi sia un equivoco di fondo da far emergere e da elucidare. Infatti, io non ho mai sostenuto che «la base dello Stato assoluto» sia costituita *solo* dall'ordine dei giuristi e dei togati. Ho invece sviluppato la tesi secondo la quale la dialettica degli *status* fu in Francia, e anche nel Regno di Napoli, una sorta di «motore sociale» da cui i giuristi traevano forza politica attraverso l'attività arbitrale che li poneva oggettivamente in una posizione di primato sugli altri ordini, *status* o corpi. Si consolidò così sempre più una condizione politico-sociale privilegiata che mise *robins* e togati in grado di negoziare con la corona e i suoi governi da una posizione di forza effettiva. L'evoluzione

Molti istituti giuridici, come il *droit d'aubain*, al pari delle pratiche volte a scoraggiare con ogni mezzo – compreso

degli assetti politici e istituzionali fu l'effetto di questo stato di cose e nel contempo favori ancor più la centralità della magistratura nella vita pubblica e sociale (si veda al riguardo la vicenda, molto significativa, della venalità degli uffici e del suo radicamento dopo il 1604: sul punto oltre al celebre classico di Mousnier [1971], cfr. i più recenti: Descimon [1990, 147-61]; Nagle [2008]). Questa interpretazione s'inserisce nella lunga elaborazione storiografica transalpina che inizia fin dagli storici ottocenteschi: Maugis, Bastard d'Estang, Fayard, Rocquain, Glasson e Flammermont, e prosegue poi attraverso quelli del primo Novecento: Dupont-Ferrier, Doucet, Zeller, Bickart, Delbeke, Pagès; e del secondo Novecento: Mousnier, Egret, Richet, Antoine, Bluche, per giungere ai più recenti Autrand, Barbiche, Saint-Bonnet e Sassier, Harouel, Renoux-Zagamé, Descimon, Saupin, Kerhervé, Chaline...; una linea che continua ad alimentare studi sempre più approfonditi anche negli studiosi delle ultime generazioni: Vergne, Lyon-Caen, Wachenheim; molti sono anche gli studi non francofoni che condividono la medesima visione di fondo della centralità della *robe* nella struttura socioistituzionale dello Stato di Antico Regime: Shennan, Stocker, Hardy jr., Rothkrug, Ford, Giesey, Doyle, Stone, Schmale, Hudson, Hanley, Bell, Pelorson, Van Kley, Rogister, Swann, Campbell... È bene allora chiarire ancora una volta – ribadendo e precisando meglio idee già espresse più di un decennio fa in Di Donato [1998, spec. par. 8 (*La centralità dei giuristi*), XXX-XXXII] e in Di Donato [2002, spec. par. 13 (*L'ascesa socioistituzionale del ceto giuridico*)] – che, con parole (non mie ma) di D. Richet, «il ruolo politico degli *officiers*» pur mutando secondo i diversi periodi, tuttavia nell'insieme costituì «il pilastro più solido della monarchia» [Richet 1998, 80]. Consapevole della crucialità del punto, il grande storico transalpino, cognato di F. Furet con il quale cooperò a lungo prima della nota divaricazione tematica e metodologica avvenuta verso la fine degli anni Sessanta del secolo scorso, aggiunse che questo era «un punto molto importante» che andava «debitamente sottolineato», in quanto già allora era «contestato da un'intera corrente storiografica» (*ibidem*). «Per tutta la seconda metà del Quattrocento e l'intero Cinquecento [...] il corpo costituito da questi “servitori” dello Stato, la cui forza dipendeva dalla sua immobile permanenza», fornì «ai sovrani un solido piano d'appoggio»; in quel contesto «tutto li spingeva a sostenere un re assoluto», anche se essi, preconizzando i futuri sviluppi, cercarono fin da principio di valorizzare contestualmente quegli elementi che potessero limitare l'estensione del potere della corona (tradizione, diritto divino e/o naturale, «freni» morali, leggi fondamentali del regno). Una volta liquidata o diminuita l'influenza delle forze concorrenti, ossia tra XV e XVI secolo «l'identificazione dei loro interessi con quelli del potere centrale»

l'incendio delle chiese e dei chiostri – il *droit d'asile*²³⁰, sorsero in quel clima dominato dal coordinamento sovranico dei poteri e delle azioni di governo. Alcuni tra i più acuti medievisti francesi parlano apertamente a tal proposito di *absolutisme* fin dal Duecento²³¹.

Insomma, nell'assetto politico-istituzionale che venne instaurandosi durante la cosiddetta monarchia assoluta non si può parlare di un calco rigido di forme precostituite e invariate *sic et simpliciter* nella prassi. Fu piuttosto un equilibrio fluido – di qui la difficoltà dell'interpretazione storiografica che marcia, mai come in questo caso, su un esile filo sospeso nel vuoto – sempre in bilico e in procinto di convertirsi in un improvviso rovescio, senza che questo comportasse però la modifica del quadro di fondo. Che vide sempre la centralità formale della *royauté* giocare un ruolo determinante nell'immaginario collettivo e nella formazione del processo di civilizzazione imperniato sulla «statualità».

In conclusione, se per un verso non bisogna concedere eccessivo credito a quegli storici-giuristi transalpini che, all'opposto della maggior parte dei loro colleghi italiani, manifestano un intento chiaramente apologetico dello Stato monarchico di Antico Regime, intendendo

andò man mano attenuandosi, per sfociare in una conflittualità aperta nel Settecento, nell'arco temporale che va dalla fine del regno di Luigi XIV alla Rivoluzione. Questa, in sintesi la linea interpretativa che è venuta sempre più profondamente e diffusamente precisandosi nella storiografia internazionale sul tema. Il contributo teorico-dottrinale, oltre che politico-istituzionale, dei giuristi alla costruzione dello Stato monarchico-assoluto è innegabile ed è ormai un dato acquisito che nessun serio studioso mette più in discussione [cfr., al riguardo, l'importante contributo di Padoa-Schioppa 1999]. Quanto alla mia interpretazione contestata da Musi, nello stesso vol. degli «Atti» sammarinesi precisavo che «la costruzione dello Stato moderno in Francia [...] fu il prodotto di forze complesse che trovarono stimolo e sintesi nell'azione teorico-pratica [...] del ceto dei giuristi» [Di Donato 2007, 129].

²³⁰ Cfr. Timbal Duclaux de Martin [1939, spec. la III parte], dedicata alla «*décadence du droit d'asile*» in virtù dell'«*affirmation de la compétence séculière*», [*ibidem*, 261-452].

²³¹ Krynen [1993, terza parte, 345-455].

restaurare un concetto «puro» di *monarchie absolue* con l'argomento che l'esecuzione delle decisioni regie ancorché «incompleta» fu, con una sola «breve parentesi tra il 1740 e il 1788», «sufficiente» ad assicurare la sovranità del re *sans partage*²³², non bisogna però neppure cadere nell'eccesso opposto di chi – come gran parte degli storici italiani – considera senza distinzione spazio-temporale lo Stato di Antico Regime fondato su una tale debolezza della sovranità da indulgere a formule – tipo il «contratto costituzionale consuetudinario», o il «coordinamento delle pluralità territoriali» – che, di là dall'eleganza stilistica e dall'originalità creativa, determinano effetti profondamente distortivi della complessa realtà sociopolitica dei secoli che vanno dal Rinascimento alla Rivoluzione.

Men che meno bisogna lasciarsi tentare dall'idea che, tutto sommato, si possa considerare agganciato al processo di modernizzazione politica e organizzativa la frammentaria esperienza dell'area italiana. Bisogna dire con chiarezza che non esistono «vie» particolari che conducano comunque allo Stato moderno. Quest'idea è il frutto più di un desiderio vanificato derivante dall'inconscia delusione per un «atto mancato» che della sobria e disincantata presa d'atto di una (certo per noi dura) realtà delle cose. Ma il lavoro storiografico resta in primo luogo quello della (ri)scoperta dei fatti, della (ri)costruzione degli eventi e delle loro concatenazioni. Il dovere dello storico è restare il più possibile incollato alla realtà. E non quello di decollare nell'iperuranio delle interpretazioni creative senza fondamento fattuale.

10. *Lo Stato abrogato*

A fronte della descritta effervescenza produttiva della storiografia istituzionalistica d'oltralpe, nella storiografia italiana ha suonato – si può ben dire – tutt'altra

²³² Cfr. Vonglis [1997 e 2006, 112-131, spec. 114].

musica: quando non si è rifiutata del tutto l'idea dello «Stato» come oggetto autonomo d'indagine storica, si è, nel migliore dei casi, imboccata la via dell'interesse condizionato che mette in rilievo soprattutto gli aspetti problematici e critici del fenomeno statale. Si è sostenuto, al riguardo, che «il lavoro di demitizzazione e di critica della nozione di Stato svolto dal pensiero contemporaneo risponde perfettamente alle esigenze della metodologia storica». Ma la definizione dello «Stato» resta fondata, in questo come nella maggior parte dei casi, su una concezione puramente formale che prende in considerazione più l'*idea* che il *fatto* dello Stato e finisce con il valorizzare quindi gli elementi giuridici, istituzionali, politici e dottrinali senza osservare quelli antropologici e psicosociali, che investono il piano delle mentalità e che compongono il tessuto connettivo della statualità²³³. Si ripropone in tal modo la prospettiva – metà sociologica metà giuridica –, per i suoi tempi innovatrice, che già Hans Kelsen aveva sviluppato negli anni Venti del Novecento²³⁴.

Se si eccettua un recente e pregevole contributo di sintesi²³⁵, la tematica dello «Stato» è stata per lo più lasciata cadere in desuetudine (soprattutto da parte degli storici). Ovvero quando se ne è parlato – soprat-

²³³ Cfr., come es. particolarmente autorevole, Galasso [1993, 95-115].

²³⁴ Cfr. Kelsen [1997]. Come ha giustamente osservato Troper [1998a, 8, nota 3], l'intento kelseniano era quello di dimostrare «che il concetto sociologico dello Stato presuppon[esse] un concetto giuridico». L'impostazione del grande giurista austriaco è stata ripresa nel Congresso *Lo Stato moderno d'Ancien Régime*, nei cui «Atti» [Barletta e Galasso 2007] cfr. spec. i contributi di Fioravanti [2007] e di Musi [2007b]. Una posizione di netto rifiuto della tematica-Stato in quanto tale (ritenuta obsoleta o scandalosamente schmittiano-totalitaria) fu in quell'occasione quella di Giovanni Levi, che – data la levatura dello studioso veneziano – è di per sé un chiaro segnale del disagio di una significativa parte della storiografia italiana nei confronti dell'argomento. Va rilevato che al breve intervento molto ironico e polemico tenuto nella sede congressuale, Levi ha ritenuto di non far seguire la pubblicazione della sua proposta negli «Atti».

²³⁵ Ortu [2001].

tutto da parte di giuristi muniti di erudita curiosità per un tema che era stato comunque uno dei capisaldi della tradizionale dottrina giuridica italiana tra Otto e Novecento²³⁶ – lo si è fatto per sottolinearne l'inesorabile «declino» o la sottesa «tecnica di dominio sull'individuo-massa» che si afferma nel mondo attuale come sinistro «epilogo della modernità»²³⁷.

L'ostilità allo «Stato», come tematica di ricerca e di riflessione teorica oltre che storiografica, traspare anche nella distorsione di voci autorevoli – il caso più significativo è quello di Jürgen Habermas – che sono state proiettate nel dibattito italiano con un'evidente (e ingiustificato) scopo antistatalista: una serrata critica alle «categorie del politico» schmittiane formulata dal noto studioso francofortese è diventata allora la «malattia mortale» che sarebbe stata indotta dal *Leviathan* statuale²³⁸.

Per paradosso ultimo – un fenomeno di cui non c'è mai troppo da stupirsi nelle vicende culturali e politiche della penisola – lo stesso Schiera, visibilmente influenzato dal clima egemone impostosi, ha «virato» verso una sempre più accentuata critica delle categorie politiche sottese alla statualità, arrivando prima a proporre una lettura

²³⁶ Si pensi per tutti ai casi esemplari di Giandomenico Romagnosi, su cui il rinvio d'obbligo è allo studio di Mannori [1984] e di Vittorio Emanuele Orlando, su cui cfr. Cianferotti [1980].

²³⁷ Barcellona [1994 e 1998]. Valgano in proposito le considerazioni sviluppate *supra*, par. 4.

²³⁸ Cfr. Habermas [1986, 229-37]. In questo saggio Habermas attacca frontalmente i fondamenti della filosofia politica di Carl Schmitt, mettendo in risalto la *deformazione* teologizzante e «controrivoluzionaria» (ivi, p. 235) da lui operata nei confronti dell'opera del grande filosofo di Malmesbury. Lo «Stato-Leviatano» non è dunque affatto in questa prospettiva foriero di una «malattia mortale» (come vuole la non fedele intitolazione italiana del saggio habermasiano), ma al contrario – se correttamente interpretato – è, in quanto posto «in relazione alla positivizzazione del diritto [la quale] postula un legislatore politico che non sia più legato a sovraordinate norme del diritto naturale ed è per questo sovrano» (ivi, p. 231), il perno costitutivo della politica moderna e diventa nel mondo contemporaneo il presupposto indispensabile per «i fondamenti normativi della democrazia» (ivi, p. 236).

dell'assolutismo e dello Stato moderno che sotto un manto di problematicità ha però in sostanza finito con l'avallare la tesi dei modelli differenziati di Stato in Europa²³⁹, per poi approdare da ultimo a un'aspra sottolineatura degli aspetti «degenerativi» dell'organizzazione statale²⁴⁰.

Eppure, gli indirizzi che erano emersi nel complesso dai saggi pubblicati nell'antologia di Rotelli e del medesimo Schiera avrebbero potuto condurre verso obiet-

²³⁹ Schiera, *Assolutismo; Stato moderno* (voci), entrambe in Bobbio, Matteucci e Pasquino [1983, rispettivamente 45-50 e 957-62], e ora in Schiera [2004, rispettivamente 59-70 e 71-82]. Nella voce *Assolutismo*, nel complesso completa e ben calibrata, s'intersecano due diverse interpretazioni del fenomeno, che a me sembrano contraddittorie: per un verso, infatti, l'A. riconduce l'esperienza dello Stato assoluto all'affermazione dei «due principi fondamentali della secolarizzazione e della razionalizzazione della politica e del potere» (ivi, p. 62) e sottolinea come attraverso l'assolutismo regio si sia pervenuti alla sostituzione del «buon diritto antico» con il moderno «diritto "creato" dal principe, secondo i bisogni del tempo e in base alle tecniche più aggiornate», ossia un diritto «concreto, adeguato allo scopo, ma perciò anche mutevole, non vincolante, al quale il principe, che l'ha creato, può sempre sottrarsi» (ivi, p. 63), per concluderne che questa svolta che «si compì fra il XIII e il XVI secolo» costituisce «una delle maggiori rivoluzioni culturali che abbia conosciuto l'Occidente» (ivi, p. 64); per un altro verso, però, egli paventa il «rischio connesso con un'eccessiva identificazione dell'assolutismo con la forma storica occidentale moderna dello Stato», in quanto sarebbero «senza dubbio esistiti esempi illustri di organizzazione statale moderna in Occidente del tutto devianti rispetto all'ipotesi assolutistica» (ivi, p. 62). Quest'ultima sarebbe allora stata appunto «solo un'ipotesi, spesso realizzata in modo compiuto, ma mai al punto da escludere altre ipotesi e orientamenti, opposte o contraddittorie, dalla cui dialettica è anzi derivata buona parte del successivo sviluppo costituzionale» (*ibidem*). Non mi convince, inoltre, la distinzione che Schiera propone tra «assolutismo» e «dispotismo» basandosi sulla presenza solo nel secondo di «elementi magico-sacrali e religiosi» come fondamenti della legittimazione sociopolitica. Infatti, nello Stato assoluto si determina, attraverso l'invenzione che i giuristi fecero del «droit divin», una sacralizzazione della *royauté* che drenò l'energia consensuale della società verso la potestà laica del sovrano, legittimando *ab imis fundamentis* l'azione degli apparati pubblici che formalmente da lui dipendevano: sul punto rinvio alle mie considerazioni svolte *supra*, cap. II, par. 3; cfr. anche Mousnier [2002, 119 e 121].

²⁴⁰ Schiera [2004, 213-304].

tivi – soprattutto euristici – molto più corposi nella storiografia italiana. Se proviamo a scomporre analiticamente e a osservare più da vicino gli elementi fondamentali di quella proposta mettendoli in comparazione con le tendenze storiografiche che sono venute affermandosi nel corso di questi anni non tarderemo ad accorgerci di un'evidente divergenza. Soprattutto gli storici del diritto, che avrebbero dovuto essere *naturaliter* interessati ai temi connessi con le problematiche gravitanti intorno allo Stato (basti pensare solo allo studio dell'espansione degli apparati e del potere burocratico), hanno imboccato altre strade²⁴¹. Resta completamente disattesa l'analisi degli effetti psicosociali

²⁴¹ Alcuni studi di storia del diritto hanno posto al centro della loro speculazione istituzioni giudiziarie e/o politiche, ma nel complesso la storia giuridica italiana è rimasta in larga misura attestata sui paradigmi tradizionali basati per lo più sulle fonti normative o dottrinali. Questi lavori privilegiano di regola l'analisi esegetica – a volte minuziosa fino al minimo dettaglio tecnico – e solo di rado affrontano il discorso della relazione tra diritto e politica inserendo l'*ordo juris* nel quadro più ampio delle «relazioni effettive». Mi limito a ricordare qui solo qualche opera tra le più significative nel novero di quelle che hanno scelto come proprio oggetto storiografico le istituzioni di uno Stato preunitario, facendone il punto di raccordo tra il profilo normativo e l'esperienza politica: Petronio [1972]; Savelli [1981]; Bitossi [1990 e 1995]; Cozzi [1958, 1987 e 1981]. Sia, infine, consentito ricordare i primi contributi di chi scrive, dedicati a ricostruire il funzionamento e l'interazione politica di due importanti istituzioni del Regno di Napoli come il Collaterale e la Delegazione della Real Giurisdizione: Di Donato [1989, 247-309 e 1993, 255-328]. Ancor oggi manca del tutto una ricostruzione organica sul funzionamento e l'attività di alcune tra le più importanti istituzioni del Regno, come la Sommaria, il Sacro Regio Consiglio, la Real Camera di S. Chiara, la Vicaria. Sorte non dissimile tocca alle altre aree «regionali» della penisola, dove la vicenda storico-politica in riferimento alle istituzioni, al loro effettivo funzionamento e ai significati della loro azione resta ancora in larga parte da esplorare (con eccezioni in alcune realtà definite, dove la storiografia istituzionale mostra un'effervescenza ammirevole e sovente ampiezza di vedute: cfr. da ultimo Mattone e Sanna [2007]; e, per la storia costituzionale, Birocchi [1992], con molte pagine dedicate alla comparazione soprattutto con il costituzionalismo francese di antico regime). Per una rassegna delle ricerche, circoscritta alle istituzioni «rappresentative», cfr. Mattone [2003, 47-74].

e antropologico-culturali dell'organizzazione pubblica statale. Lo studio storico del diritto si è distanziato sempre più dalle scienze antropologico-sociali e la storia delle istituzioni continua a essere considerata – nella migliore delle ipotesi – la disciplina che si occupa (e deve occuparsi) di ricostruire in una determinata epoca e/o in una delimitata area territoriale il funzionamento delle strutture istituzionali, intese nei loro aspetti giuridico-normativi, prosopografici (rispetto al personale chiamato a ricoprire i ruoli, direttivi o esecutivi, necessari al loro funzionamento) e pragmatici (le consuetudini che regolano la vita effettiva degli organi di cui l'istituzione si compone).

Non si è finora posto, a mia conoscenza, il problema di osservare l'andamento delle relazioni verticali (in senso ascendente e discendente) che si determinano tra istituzioni e soggetti sociali e/o individuali destinati a essere governati da quelle, nonché degli effetti prodotti dall'affermazione e dal radicamento dell'organizzazione sociopolitica strutturata in base al modulo istituzionale sulla mentalità diffusa, sui valori generalmente introiettati e sui fondamenti culturali di una compagine sociale²⁴².

Un discorso del genere dovrebbe dar luogo a una storiografia che sappia servirsi di molteplici apporti interdisciplinari (dall'antropologia culturale all'etnodemografia, dalla psicologia sociale alla sociologia della cultura e dei fenomeni letterari e artistici, dalla storia politica del diritto alla storia socioeconomica, dalla storia delle religioni e dei concetti teologici alla storia della scienza, dalla storia del pensiero politico e delle dottrine giuridiche alla filosofia teoretica, morale e politica...) e che si metta sulle tracce di fonti di diversa provenienza (non solo quindi i consueti documenti d'archivio concernenti le istituzioni propriamente dette) nelle quali emerga la vita vissuta, i

²⁴² Un metodo analogo aveva ispirato in Francia il già ricordato lavoro di Mousnier [1962-1963 ora in 2002]. Ma quest'orientamento, che poneva attenzione all'aspetto delle relazioni verticali nelle società prerivoluzionarie, non ha avuto pressoché alcun seguito nella storiografia italiana (una lodevole eccezione è costituita da Moro [1981]).

modi e le mentalità in cui i valori sociali e politici furono intesi e sentiti nelle società studiate, in breve l'evoluzione dinamica della cultura e i processi di civilizzazione che vi sono connessi.

Quando si parla di «istituzioni» al di qua delle Alpi non si fa quasi mai riferimento all'indotto psicologico-sociale che un sistema politico dotato di un alto grado d'integrazione organizzativa tra i suoi organi istituzionali produce. Non si fa mai riferimento, cioè, a quel processo interattivo (ascendente e discendente) che viene a determinarsi tra apparato istituzionale e struttura sociale che in altra sede ho definito con la formula sintetica di «civilizzazione statale»²⁴³.

Non è il caso di complicar troppo il discorso ponendo il problema – *vexata quaestio* – del primato (logico e, soprattutto, cronologico) tra apparato istituzionale e società civile. Affrontato sotto il profilo squisitamente teorico questo tema si rivela tanto più affascinante e suggestivo (forse proprio grazie al suo sempre sfuggente inquadramento) quanto meno utile e produttivo ai fini di una sobria comprensione storiografica che «ordini», come affermava Foucault, in un coerente «discorso»²⁴⁴ il coacervo multiforme e sfuggente dei dati che emergono dalla realtà sociale.

Stabilire che sia nato prima l'uovo-Stato o la gallina-società – a parte la impervia e irresolubile difficoltà teore-

²⁴³ Su questo concetto, che la storiografia italiana (non solo giuridico-istituzionale) non ha ancora inteso acquisire stabilmente tra i suoi «utensili» teoretici, rinvio ai miei saggi: Di Donato [1998a, VII-L, spec. par. 5, pp. XIX-XXIII; 2002, XV-CXXXVI, spec. par. 9, pp. LXVIII-LXXVI; 2007b, 159]. Cfr. anche Ortu [2001, 74 e 240 nota 4], che apprezza la definizione, anche se poi la riconduce nell'ambito del più generale fenomeno della civilizzazione descritto nel capolavoro di Elias [1988], in tal modo finendo con l'attutirne le specificità. Un palese rifiuto del concetto di *civilisation* (ma sarebbe interessante che ne vengano chiarite con precisione le ragioni teoretiche e storiografiche che al momento appaiono alquanto vaghe), è stato espresso da Musi [2007b, 213-6].

²⁴⁴ Cfr. Foucault [1972].

tica nella quale ci si imbarca per questa via – non fa fare molti passi avanti quanto invece l’osservazione empirica dei fenomeni di cui la storia occidentale europea è generosa dispensatrice. Una storia istituzionale «ben fatta» può perciò a sua volta contribuire – spostando il punto di vista cristallizzato delle discipline che hanno maggiore domestichezza con l’astrazione – se non ad avviare a soluzione quantomeno a indicare delle praticabili vie d’uscita «utili» alla comprensione di problemi sui quali la teoresi filosofica si è avviluppata da molti secoli, almeno da Aristotele in poi²⁴⁵.

Quale che sia l’origine del fenomeno istituzionale, possiamo, ricostruendone pazientemente i passaggi fondamentali e il processo evolutivo, osservare che laddove esso si è affermato con più radicamento e stabilità (e a me non pare dubbio che l’esperienza statuale, passata attraverso la fase dura ma necessaria della monarchia «assoluta», sia stata per questo aspetto decisiva), si sono strutturate società «civili», munite cioè di un alto grado di coesione – che ne ha reso possibile la compatibilità con molteplici differenziazioni socioculturali –, di autodisciplina e di uno spiccato e diffuso senso dell’organizzazione pubblica e del rispetto delle regole fondamentali poste nell’interesse comune.

²⁴⁵ Questo è, come ricordava Mousnier [2002, 78], il metodo specifico della storiografia delle istituzioni, nella quale ciò che conta è la descrizione del livello «intermedio» della realtà, che può essere ricostruito «facendo semplicemente buon uso delle facoltà razionali» dell’uomo medio e lasciando deliberatamente alla coscienza di ciascun individuo la questione della «natura ultima» delle cose. Peraltro, un interessante e ben documentato filone della scienza politica contemporanea d’oltreoceano propende con sempre maggiore decisione per il primato dell’organizzazione istituzionale sulla società, nel senso che «la coesione sociale e l’identità civica», elementi che spesso vengono considerati come prerequisiti «per un’ulteriore integrazione politica», possono invece «prodursi in conseguenza dell’accresciuta influenza delle istituzioni». In definitiva, non è quindi «necessario aspettare finché un *demos* (comunque sia definito) esista, prima di istituzionalizzare gli elementi di statalità», ma è piuttosto quest’ultima a favorire la formazione (o quantomeno lo sviluppo) del corpo sociale: Caporaso [2004, 78].

Nei contesti sociopolitici in cui questo processo ha avuto luogo non è difficile cogliere – e studiare in profondità – gli effetti interattivi di una solida ed efficace organizzazione istituzionale sui comportamenti sociali e osservare la crescita complessiva del senso civico e di una psicologia sociale che non sviluppa diffidenza verso le istituzioni e le norme statuite per il loro corretto funzionamento, ma che al contrario fa del senso di appartenenza a una medesima comunità istituzionalizzata un punto di forza della propria identità soggettiva e del buon funzionamento del sistema pubblico²⁴⁶. È un fatto molto significativo che queste considerazioni siano state sviluppate dal versante sociologico e da quello filosofico, ma non da quello storiografico.

11. *La statualità come unica garanzia dei diritti in una società precaria*

Per effetto della scelta previa di rifiutare la categoria speculativo-fattuale dello «Stato» e nella necessità di dare comunque una definizione degli assetti sociopolitici instaurati nella penisola nella lunga fase preunitaria, una parte della storiografia italiana ha escogitato la formula – che di primo acchito ha tutta l'aria di un compromesso concettuale «al ribasso» – di «Stato regionale»²⁴⁷. Si vorrebbe, per tal via, far passare l'anomala e fallimentare esperienza politica italiana di antico regime per una «specificità» della quale s'intende sottilmente enumerare inesistenti vantaggi.

Si definiscono «Stati» realtà politiche di piccole dimensioni²⁴⁸ nelle quali non avrebbe potuto mai affer-

²⁴⁶ Una interessante panoramica delle caratteristiche fondamentali della «civiltà» stimolata dall'organizzazione statale in Gong [1984].

²⁴⁷ Cfr. Fasano Guarini [1978; 1998a].

²⁴⁸ Sull'argomento si è tenuto di recente l'importante Convegno di studi, *Il piccolo Stato*: cfr. Barletta, Cardini e Galasso [2003].

marsi la statualità come processo sociopolitico di civilizzazione²⁴⁹. Si è arrivati persino a definire – con una macroscopica aberrazione metodologica – «democratica» la frammentazione comunale e «pluralistica» quella micro-feudale²⁵⁰.

In tal modo, l'incapacità di creare sinergie a vantaggio dell'interesse generale e nazionale è diventata un valore positivo, da encomiare senza riserve, un punto di forza di una realtà politica incapace di coagularsi intorno a un centro gravitazionale e sempre pronta a dividersi in molteplici fazioni o gruppi «l'un contro l'altro armato», disperdendo così in mille rivoli l'energia sociale necessaria – se adeguatamente «drenata» verso un fine co-

²⁴⁹ Cfr. Fasano Guarini [1983]; Greco e Rosa [1996]; Verga [1998], le cui incontestabili *Conclusioni* (p. 370) costituiscono per chiarezza espositiva una sorta di «manifesto» della storiografia italiana aderente al concetto di «Stato regionale». Secondo Verga «il profilo della penisola italiana tra XVI e XVIII secolo» rende «ormai possibile rileggere quella vicenda come parte integrante dell'evoluzione degli apparati statuali europei, evitando di insistere sul carattere "eccezionale" del caso italiano, per recuperare, nelle esperienze degli antichi Stati quello stesso travaglio e quelle stesse esperienze, spesso contrastate e contraddittorie, che hanno caratterizzato altrove l'organizzazione della società politica». La medesima linea è condivisa e rafforzata, dal punto di vista più squisitamente storico-giuridico, da Fioravanti [2007, 192], secondo il quale «liberarsi dalla ipoteca continuistica» produce un «effetto benefico»; il quale si dispiega nel fatto che «la storia costituzionale europea non è più dominata da alcuna "essenza", chiamata a realizzarsi progressivamente, ed ogni forma di Stato torna nei suoi confini, e nel proprio tempo storico» (corsivo mio). Diverrebbe così possibile una «comparazione diacronica tra diverse forme di Stato». Da ciò si può dedurre, mi permetto di osservare, che queste «forme» debbano (vogliamo) essere trattate, per via interpretativa, sostanzialmente allo stesso modo, annullandone, appiattendone o quanto meno attenuandone le differenze in modo da assopire gli effetti (positivi o negativi delle une e delle altre) sulla vita organizzativa concreta delle differenti realtà sociopolitiche e giuridico-istituzionali. Una visione delle cose, questa, che, a mio giudizio, con la giustificazione di voler essere «rispettosa delle diversità», sottrae in realtà al metodo comparativo il suo pregio maggiore: quello di indagare e riflettere in profondità sulle differenze e sull'incidenza di esse nella realtà effettuale di ogni singolo paese.

²⁵⁰ Cfr. Nicolini [1955].

mune – a costituire un progetto politico unitario e, indispensabile strumento operativo di quest'ultimo, un ordinamento giuridico omogeneo.

In queste definizioni storiografiche si è proceduto a un vero e proprio capovolgimento – per via interpretativa – della realtà storica «effettuale» inserendo nella grandiosa impresa della formazione della statualità elementi ad essa del tutto estranei e tipici invece di un contesto, come quello dell'antico regime italiano, caratterizzato da assetti politico-istituzionali disgregati e da una generale mentalità asociale²⁵¹. Quel contesto e le sue origini medievali hanno avuto un enorme peso nel radicamento di quella mentalità e della psicologia «civica» (quindi non «nazionale») italiana e spiega oggi molte delle cause del gravissimo ritardo accumulato dal Mezzogiorno, dove non poté affermarsi per assenza delle condizioni strutturali neppure quel parziale rimedio, nei confronti della parte settentrionale del paese²⁵².

Del pari si è guardata con esplicita simpatia l'«effervescenza del territorio» contro il pervicace e «totalitario» progetto monarchico-centralizzatore e si è considerata una sana reazione in difesa della libertà oppressa l'accanita difesa dei privilegi e degli interessi corporativi e statutari di cui pullulavano città e campagne, al nord come al sud (pur con tutte le distinzioni che necessariamente s'impongono al riguardo)²⁵³.

²⁵¹ Sul punto, molto efficacemente, cfr. Ajello [2007], che sottolinea come alla base di questo radicato carattere italiano vi sia stato, nella fase cruciale della costruzione europea delle società statualizzate, un formidabile «coacervo di cinismo e metafisica», tutt'ora largamente osservabile nella vita quotidiana, nei comportamenti tanto pubblici quanto privati e in ogni aspetto antropologico-culturale degli italiani. Questa linea interpretativa, che vede nel caso italiano una grave «patologia», è ora diffusamente argomentata in Ajello [2009].

²⁵² Resta al riguardo illuminante la ricerca compiuta da Putnam [1993] a mio avviso ingiustamente snobbato da una parte autorevole della storiografia (specie meridionalistica) italiana.

²⁵³ Cfr. Fioravanti [2007]. L'espressione «effervescenza del territorio» posto «in dialettica con il potere centrale» (e non, come nella

L'«assolutismo» è stato così identificato *tout-court* con un processo di «generale panlegificazione» inaugurata dall'Illuminismo giuridico e poi consolidatasi nella svolta operata dalla Rivoluzione francese²⁵⁴. E l'esperienza composta dello Stato moderno monarchico-assolutista è risultata di conseguenza «schiacciata» da quello sguardo retrospettivo e ridotta a una lunga fase «post-medievale»²⁵⁵. Si è operata così una contrapposizione secca tra un Medioevo «autonomistico», dove allignano cioè un «amplissimo pluralismo» degli ordinamenti giuridici in continuo intreccio tra loro e lo Stato «moderno-assolutistico», identificato *tout-court*, senza sfumature, con una «volontà totalitaria che tende ad assorbire e a far sua ogni manifestazione almeno intersoggettiva» del territorio sul quale essa si dispiega²⁵⁶.

Ciò che viene descritto in quest'ottica come «Stato sovrano» non è, ovviamente, lo Stato moderno, ma «quella creatura tardo-settecentesca»²⁵⁷ che trionfa poi nella Rivoluzione, nella codificazione napoleonica e nel «dramma del secolo XIX», visto come «il momento culminante dell'atteggiamento assolutistico»²⁵⁸.

La colpa maggiore di questo *moloch* maligno non sarebbe solo quella (pur grave) di causare «l'abbandono e

giuspubblicistica classica, elemento caratterizzante della statualità), che è stata usata da Fioravanti nella sua relazione orale al Congresso sammarinese su *Lo Stato moderno di Ancien Régime* [Barletta e Galasso 2007], non compare nel saggio pubblicato negli «Atti», dove è sostituita dall'espressione (apparentemente più neutra) «processo d'integrazione» nel «governo del territorio» (pp. 188-189). Benché la seconda formulazione sia indubbiamente più sfumata della prima, la sostanza della visione storiografica non muta.

²⁵⁴ Cfr. Grossi [1998, 1-11, spec. 4]: *Ancora sull'assolutismo giuridico (ossia: della ricchezza e della libertà dello storico del diritto)*.

²⁵⁵ Ivi (*Epicedio per l'assolutismo giuridico*), pp. 13-31, spec. p. 21. Aderisce completamente a questa visione (pur senza dichiararlo in modo esplicito), Meriggi [1995, 24].

²⁵⁶ Grossi, *Un diritto senza Stato (La nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridica medievale)*, in Id. [1998, 275-92, spec. 278, 287, 290 e *passim*].

²⁵⁷ Ivi, p. 279.

²⁵⁸ Ivi, p. 7.

il superamento di una civiltà di autonomie»²⁵⁹, ma soprattutto quella che ha determinato «l'espropriazione totale che, della produzione del diritto, si è compiuta negli ultimi duecento anni a favore del legislatore e a scapito di altre forze vive e storicamente protagoniste come dottrina e giurisprudenza»²⁶⁰. In altre parole, lo Stato e il processo di statualizzazione sarebbero colpevoli di aver sottratto al giurista europeo il suo vecchio potere, che aveva invece trionfato nel Medioevo italiano.

La modernità politica avrebbe così «precluso un aggancio naturale fra società e diritto, fra cultura e diritto; quell'aggancio che la scienza nel vecchio diritto comune e la giurisprudenza nel *common law* hanno invece sempre garantito»²⁶¹. Il «grande burattinaio» statale avrebbe poi iniettato nel corpo degli operatori del diritto un «veleno plagiante» che da circa due-tre secoli continua a circolare «nelle vene di molti, di troppi giuristi»²⁶².

Questo veleno è il giuspositivismo, potentemente nutrito alla radice dal giusnaturalismo, vero responsabile della svolta moderna che «con le sue favole apparentemente ingenuie e leggiadre, ma che, nella sostanza, inchiodavano il diritto in una modellistica ferrea, fu chiamato a fondare il nuovo diritto del nuovo Stato»²⁶³. In queste «fondazioni giusnaturalistiche del moderno giuspositivismo» si collocherebbe l'alba eterogenetica del fenomeno statual-assolutistico, responsabile della mutazione antropologico-culturale dei giuristi e del «plagio» alla loro mentalità e attività sapienziale originaria. Quest'ultima affonda le sue radici nel mondo medievale in cui era «irrisoria la manifestazione legislativa del diritto» in quanto il potere politico non aveva «la presunzione di crearlo ma lascia[va] a scienziati e operatori pratici (giudici e notai) il compito

²⁵⁹ Grossi, *Modernità politica e ordine giuridico*, in Id. [1998, 443-69, spec. 453].

²⁶⁰ Ivi, p. 9.

²⁶¹ *Ibidem*.

²⁶² Ivi, p. 11; Grossi, *Un diritto senza Stato*, in Id. [1998, 285].

²⁶³ Ivi, p. 5.

grave di estrarlo e definirlo da una profonda piattaforma consuetudinaria»²⁶⁴. Visto dalla prospettiva medievale lo Stato sarebbe «un futuribile perché nessun potere politico arriva [in quel contesto] a connotarsi di statualità»²⁶⁵.

Questo dato – che potrebbe essere sottoscritto senza riserve nella descrizione della maggior parte delle entità politiche presenti nel Medioevo italiano – sarebbe però valido (e qui sta un punto focale del problema storiografico in discussione) «anche nel regno di Francia», ossia in quello che pur essendo «sicuramente il laboratorio politico-giuridico secolare in cui si delinea lentamente e prende sempre più corpo un soggetto autenticamente statale, il processo ha una fase embrionale nel secolo XIII con una occhiuta attenzione della monarchia al fenomeno consuetudinario, ma prendendo avvio più deciso soltanto in quel secolo XIV che è tempo di crisi per la ideologia politica medievale»²⁶⁶.

Quest'ultima affermazione è peraltro molto importante perché periodizza un Medioevo antistatale molto anticipato e di conseguenza «consegna» a una sorta di «pre-modernità» iniziata già nel Duecento il momento cruciale della crisi dei presupposti tipici dell'assetto giuspolitico e ideologico medievale²⁶⁷. Su quest'ultimo punto si può senz'altro essere d'accordo, a condizione di precisare che nel contesto francese quei «fermenti» provenivano da molto lontano²⁶⁸.

²⁶⁴ Ivi, p. 285.

²⁶⁵ *Ibidem*.

²⁶⁶ *Ibidem*.

²⁶⁷ Grossi ha ribadito questo concetto nel suo contributo intitolato «*Auctoritas*» universale e pluralità di «*Potestates*» nel mondo medievale, svolto al Congresso sammarinese *Il piccolo Stato*: Grossi [2003, 79-89, spec. 82], dove ha specificato che il XIII secolo è per gli «storici del diritto un secolo di transizione [nel quale] molte cellule tumorali si formano nel corpo decrepito [dell'ordine giuridico e politico medievale] ed affiorano, come presagio duplice, del nuovo che si sta avviando e del vecchio che sta lentamente morendo».

²⁶⁸ Si vedano al riguardo le già riportate affermazioni di Mousnier [2002, 180], circa Hincmar di Reims e Jonas d'Orléans, e quelle di Näf [1971, 51-68].

Se si vedono le cose in questo modo, risulta però contraddittorio, sulla base di queste stesse premesse, ritenere che – almeno per il quadro transalpino – «Stato e sovranità sono creature estranee non solo alla prassi politica ma soprattutto all'ideario del medioevo», in quanto esse «sono in quella civiltà creature impensabili»²⁶⁹. Infatti esse furono pensate proprio in quel contesto. Si pensi, per farla breve, solo a Jean de Jandun e a Jean de Paris, ma anche ad Alain de Lille e ai giuristi dell'*entourage* di Filippo IV il Bello, soprattutto Pierre Flotte e Guillaume de Plaisians²⁷⁰.

Ma l'Inghilterra del diritto consuetudinario non fu da meno. Con Ockham e Wyclif teorizzò, contro il giurista-teologo romano Egidio Colonna, proprio la «difesa» statutale nei confronti del modello italiano governato dallo spirito dei sacerdoti del giure²⁷¹. Oggi la più aggiornata storiografia anglosassone riconosce che già a cavallo «tra alto e basso Medioevo» si era messo in atto un processo di «centralizzazione dell'autorità in Inghilterra» e che questo fattore, nonostante i molteplici conflitti e le frequenti usurpazioni del potere, fu decisivo per realizzare un notevole *State-growth*²⁷².

In definitiva, va rilevata una vistosa differenza di metodi e di contenuti: mentre nelle storiografie dei paesi di tradizione statutale la vicenda di espansione della statualità e del processo di civilizzazione imperniato sullo «spirito istituzionale» continuano a rivestire un interesse centrale, nell'«Italia senza Stato» si considera un fattore addirittura vantaggioso «il carattere alternativo [alternativo, s'intende, alla sovranità centripeta del potere statutale] della pluralità degli ordinamenti» al pari delle «pressioni sociali» definite senza sfumature una «ricchezza»²⁷³. Nella

²⁶⁹ Grossi, *Modernità politica e ordine giuridico*, in Id. [1998, 453].

²⁷⁰ Cfr. Krynen [1993, 85-109 e 110-124]; Rigaudière [2003, 527].
Ragguagli anche in Richet [1998, 41].

²⁷¹ Sul punto cfr. *supra*, cap. IV, spec. par. 10.

²⁷² Cfr. Watts [2005, 115-30].

²⁷³ Schiera [1994, 9]. Identici termini («ricchezza», «pluralità di

disgregazione di un territorio scarso o privo del tutto di organizzazione pubblica queste «ricchezze» significavano in realtà spinte particolaristiche funzionali agli interessi più egoistici e/o corporativi e dominio incontrastato delle prepotenze dei più forti.

Nella visione più benevola per la statualità (che non a caso elegge ad oggetto di ricerca lo Stato moderno in Francia e non lo *Ständestaat* dell'area tedesca), si è considerato il governo del territorio e la razionalizzazione delle risorse (non solo economiche) realizzata dallo Stato monarchico-assoluto come una «tutela» più o meno negoziata dal potere centrale con le comunità – grandi o piccole – urbane o rurali. L'assolutismo è in questa prospettiva definito una «tecnica di governo del territorio» finalizzata a «coordinare» un «pluralismo», altrimenti indomabile, di forze eterogenee disseminate in un vasto raggio geopolitico²⁷⁴.

Opporsi a questa linea interpretativa – che non è dato, a mia conoscenza, riscontrare in nessun'altra storiografia fuor di quella italiana, e men che meno in quella francese²⁷⁵ –, con una controproposta altrettanto gravida di «valori» di segno specularmente contrario non ha

forme», molteplicità di «forze vive») sono adoperati da Grossi [1998, 7, 9 e *passim*], e da Fioravanti [2007, 193].

²⁷⁴ Cfr. Mannori, [1994, I, 29-35 e 60-70]. Nello stesso senso, ma nella prospettiva di una realtà politica di dimensioni ben più circoscritte, dove lo strumento della tutela «contrattuale» si affermò molto più diffusamente a causa della minore incisività del potere centrale, cfr. Mannori [1994].

²⁷⁵ So perfettamente che questo non è di per sé un argomento dotato di intrinseca «scientificità». Non è mia intenzione riproporre fondamenti «consensualistici» al sapere scientifico, che sono stati superati proprio dal travaglio del pensiero moderno (si veda, al riguardo, Luongo [2007-2008]). Intendo però solo osservare, come notazione che interseca la sociologia dei processi culturali, come gli indirizzi storiografici e teoretici risentano a loro volta dei contesti e delle temperie ideali in cui nascono. Sarebbe a mio avviso una secca perdita di comprensione chiudere gli occhi su questa realtà differenziata e non riflettere sul suo significato in termini tanto storici quanto di politica della cultura.

molto senso e rischia di impantanare il dibattito storiografico in schermaglie senza via d'uscita²⁷⁶. Molti argomenti, a me pare, o meglio, in senso letterale, molte «osservazioni» fattuali, depongono a favore del nesso statualità-*civilisation*. Del resto già nelle pagine dell'antologia curata da Rotelli e Schiera non mancavano indicazioni e riflessioni orientate in questa direzione.

È forse solo il caso allora di porre qualche domanda (che, pur se formulata in punta di piedi, apparirà ovviamente retorica dalla prospettiva qui adottata) con l'unico scopo di portare un contributo al dibattito da un punto di vista diverso da quello che oggi prevale nella storiografia (giuridica e non solo giuridica) italiana: quando il giurista avesse recuperato i suoi poteri perduti a causa del «mostruoso» *Leviathan* statuale che ne ha soffocato la base poligiuridica dalla quale egli traeva la sua creatività e la sua *Scientia*, come si risolverà, in una società secolarizzata e democratica, il problema della trasparenza dell'operato e del conseguente *controllo* della sovranità interpretativa che andrà a coagularsi in capo a quel «ceto», necessariamente privilegiato, di esegeti autorizzati? E come si potrà realizzare la *responsabilità* del giurista-decisore²⁷⁷ nell'ambito di un sistema giuridico nel quale «il sapiente è colui che meglio di ogni altro riesce a leggere

²⁷⁶ Com'è già accaduto in alcune occasioni: si veda l'esempio del dibattito svoltosi in un Convegno torinese organizzato dalla Fondazione Michele Pellegrino e dall'Università, 6 febbraio 2004 e i cui «Atti» sono poi stati pubblicati da Bolgiani, Ferrone e Margiotta Broglio [2004], in particolare il duro intervento (intitolato *Nessun neomedievismo, ma anzi modernità giuridica*) di Grossi [2004, 161-8] e la non-risposta di Ferrone, [2004, 282]. Chi scrive resta un convinto assertore dell'incrollabile validità del dialogo e dello scambio (anche polemico, se necessario, ma sempre limpido e leale) di argomenti, in ogni circostanza e in ogni contesto, e ancor più in un ambito come quello scientifico nel quale il «sale» della cultura è costituito dall'ammissione preliminare che nessuno detiene la «verità» assoluta, ma tutti sono chiamati allo sforzo di contribuire a far luce, da una prospettiva necessariamente propria, su fenomeni complessi e multiformi, che si prestano a differenti letture e a molteplici angoli di osservazione.

²⁷⁷ Cfr. Giuliani e Picardi [1978 e 1987].

l'ordine che è scritto nelle cose e rivelarlo al detentore del potere» e a tutti gli altri consociati? Dal momento in cui (come faceva il Medioevo così finemente restituitoci dalla ricostruzione storico-giuridica di Paolo Grossi)²⁷⁸ si pensa il diritto degli uomini come un'entità che «ha la stessa onticità del cosmo, perché si situa nelle scaturigini di questo»²⁷⁹ e di conseguenza si ritiene che la *jurisdictio*²⁸⁰ non sia fondata solo sull'*interpretaatio* nel senso esegetico-testuale ma sia, molto più ampiamente, «capacità di lettura di un ordine riposto»²⁸¹, chi mai potrà allora realizzare il controllo su quelle procedure e assicurare la trasparenza dei procedimenti decisionali nei quali si determinano i destini della società?

Queste questioni vennero poste dagli illuministi francesi e, se sono state ormai da tempo metabolizzate nei corpi sociali e nelle realtà politico-istituzionali dei paesi di tradizione statale, dove non costituiscono più un problema, restano invece di grande attualità in Italia.

Se nella cultura giuridica medievale l'«ordine temporale riflette un altro ordine che è metafisico» in quanto è «voluto dall'unico vero sovrano assoluto conosciuto da quella cultura, il Dio-persona della tradizione cristiana»²⁸², il problema (che, come ognuno vede, è giuridico e filosofico a un tempo) della legittimazione dell'ordine socio-istituzionale si sposta tutto sul versante teologico. Ora – e proprio qui sta il nodo del problema – poiché la *voluntas* metafisico-divina ha bisogno comunque di latori umani, qual rimedio potrà usarsi per prevenire, oltre che per reprimere, le «ingiustizie compiute in nome

²⁷⁸ Cfr. Grossi [1995].

²⁷⁹ Grossi [2003, 87], anche per la citazione precedente.

²⁸⁰ Sulla quale cfr., per l'età intermedia, la perfetta ricostruzione di Costa [1969].

²⁸¹ Grossi [2003, 87].

²⁸² *Ibidem*. Cfr. anche Grossi, *Un diritto senza Stato*, in Id. [1998, 290]: la «costituzione medievale non è articolata in un arcipelago di sovranità ma in un tessuto di autonomie. Una sola sovranità v'è, e formidabile nella sua assolutezza, ma piove dall'alto su di essa, ed è quella d'Iddio».

di Dio»?²⁸³ Quali contrappesi istituzionali saranno posti a un sistema che di fatto produrrebbe l'elisione delle responsabilità degli operatori giuridici e politici muniti di potere decisionale che incide sulla libertà e sulla sfera individuale di tutti? Se un valore di fondo costituisce l'indelebile retaggio della *Révolution* non è proprio questo dell'attribuzione della responsabilità all'agire politico che i parlamenti di Antico Regime avevano teso, proprio attraverso l'invenzione del *droit divin*, a eludere?

Va, al riguardo, considerato che se è fuor di dubbio che nella sovranità statale della *monarchie absolue* vi è, inevitabilmente, un *côté d'autorité*²⁸⁴ (e va del pari sottolineato quanto sia significativo anche sul piano della semantica politica che la lingua francese non conosca un equivalente del nostro aggettivo «autorevole» e si serva per esprimerne quel concetto di perifrasi che ruotano tutte intorno al termine-concetto *autorité*), ossia un movimento sintetico che si dà il compito di effettuare quella che già Aristotele chiamava la «riduzione del molteplice all'uno», condizionando così la vita delle «microcomunità» e delle «forze plurali» attraverso il peso decisionale delle istituzioni pubbliche, tuttavia, come ha fatto opportunamente notare Ettore Rotelli, «a pensarci, il potere che condiziona la vita degli uomini non è solo quello delle istituzioni politiche e dei loro titolari», ma anche (e forse soprattutto) quello dei detentori di potestà occulte e di saperi metafisici (come nel Medioevo erano diritto e teologia) incuneati surrettiziamente nella dimensione temporale²⁸⁵.

²⁸³ Stella [2006, 43-52].

²⁸⁴ Lo aveva debitamente sottolineato già Mousnier [2002, 172], nell'osservare che l'affermazione dell'assolutismo beneficiò anche di fattori estemporanei, ad es. alcune circostanze eccezionali che «imposero, come necessari per la salvezza dello Stato, provvedimenti particolarmente incisivi, assunti in totale autonomia dal potere regio» che rafforzarono non poco la struttura statuale e i poteri dell'apparato pubblico e compresero per una determinata fase la libertà dell'individuo.

²⁸⁵ Cfr. Rotelli [2007, spec. 126-7].

12. *Pensare e costruire lo Stato tra spirito laico e indipendenza della società civile*

È proprio questa la ragione di fondo che spiega la crisi della religiosità medievale e degli assetti giuspolitici costruiti sulla centralità della metafisica cristiana e con essa la nascita dello spirito laico²⁸⁶. Senza questo decisivo passaggio culturale e ideologico, lo sviluppo dello Stato moderno non sarebbe inteso nel senso profondo che ebbe di svolta epocale legata a una visione del mondo completamente rinnovata²⁸⁷.

Lo Stato acquisì da principio un carattere strumentale e sperimentale: fu l'*appareil* potente per realizzare una visione del cosmo²⁸⁸ e una concezione sociale e politica del mondo diversa dalla precedente; una concezione che sapesse superare i gravi inconvenienti che quel vecchio assetto culturale e giuridico-politico aveva evidenziato²⁸⁹.

²⁸⁶ De Lagarde [1961-1965].

²⁸⁷ Un approfondito panorama delle più importanti questioni che caratterizzarono quel passaggio può leggersi in Trevor-Roper [1975]. Fondamentale resta, al riguardo, il saggio di Strayer [1940].

²⁸⁸ Cfr. Koyré [1988].

²⁸⁹ A mio giudizio, nel porre in radicale e inconciliabile dissimmetria l'esperienza dello Stato moderno con l'*ordo juris* medievale, Grossi ha dato un contributo molto apprezzabile alla chiarezza di una tematica che – soprattutto in virtù dello sforzo di Miglio (che arrivò a sostenere che «lo Stato moderno [...] è creazione, nella sua parte essenziale, del pensiero cattolico»: Miglio [1959 ora in Id. 1988, 351-68, spec. 354]), ma anche più recentemente di P. Prodi, F. Cardini e altri storici dichiaratamente cattolici (si vedano al riguardo molti degli studi pubblicati recentemente in Prosperi, Schiera e Zarri [2007]) – rischiava di oscurarsi in un ginepraio di funambolismi concettuali per tenere unite quelle due dimensioni che invece, grazie alla lettura grossiana, appaiono finalmente per quello che sono: due mondi sideralmente distanti e incompatibili, due esperienze opposte del modo in cui si decide di organizzare una società. Questo è il principale motivo per cui, da una prospettiva decisamente laica, mi convincono poco – specialmente sotto il profilo metodologico – le critiche frontali rivolte a quell'impostazione (ad es. quelle formulate da Ferrone [2007, 17-131, spec. 37, 41-43, 103] nel suo saggio *Chiesa cattolica e modernità*. Il «muro contro muro», non sforzandosi di porsi nell'ottica di un autore, non consente di soppesare sufficientemente né le sue aporie interne né

A tal proposito non si può non fare un'ulteriore precisazione. La *loy* dello Stato assoluto pur essendo espressione suprema della sovranità regia, ossia di quel movimento sintetico di cui si parlava, e quindi segno inequivocabile del processo di «positivizzazione» del diritto collegata all'ascesa della statualità, non per questo va di per sé considerata una «realtà che non trova in un contenuto o in uno scopo né il suo significato né la sua legittimazione sociale», per contrapporla alla *lex* medievale «contrassegnata da ben stabiliti contenuti e ben stabilite finalità» quali «la ragionevolezza, il bene comune»²⁹⁰.

Va osservato, al riguardo, che pressoché tutti i provvedimenti legislativi assunti dai *Conseils du Roi* nella Francia assolutistica dichiaravano di essere adottati nell'esclusivo «intérêt public» o per il «bien être des peuples» o a vantaggio «de la Nation»²⁹¹. Le fonti normative pullulano di queste formule che fanno da *pendant* alla *fiction juris* finale del celebre «car tel est notre plaisir». Di fatto il re veniva a trovarsi spesso in una condizione di *heureuse impuissance*²⁹².

Un accurato studio dei sottoprocedimenti preparatori dei testi conferma che ordinariamente le deliberazioni legislative venivano assunte con uno «scopo» ben preciso e con una preoccupazione «sociale» costante (e non di rado anche onesta) da parte degli *chanceliers* o degli altri *mi-*

le consequenziali *issues* concettuali e politiche che essa può determinare; in questo caso, ad es., non coglie la «positività» insita nello «sganciamento» tra Medioevo cristiano e società laico-liberale moderna. Se l'assolutismo diventa «laico» (per riprendere il titolo di una nota antologica di testi curata da A.M. Battista e uscito postumo e con utile introduzione di L. Pala: Battista [1990]), assume un valore decisivo «la storia di una frattura» destinata a dar luogo a «una radicale trasformazione antropologica» in «un'ottica totalmente nuova con cui l'individuo contempla se stesso, i suoi doveri verso sé e verso il mondo, e le "ragioni" della politica e dello Stato» (ivi, p. 1).

²⁹⁰ Grossi [2001, 31].

²⁹¹ Cfr. Antoine [1958 e 1968]; Mousnier [1970b]; Hamscher [1987].

²⁹² Su questa formula, intesa come strumento «del potere togato», rinvio a Di Donato [2003a, 463-6].

nistres proponenti, dei *maîtres des requêtes* estensori e di tutti gli altri *officiers* partecipanti a vario titolo alla confezione e al perfezionamento dell'atto normativo²⁹³.

Tutti erano dominati dalla «*préoccupation*» concernente «*le développement général de la richesse*» e il benessere complessivo del corpo sociale²⁹⁴. E assieme ai loro *officiers-fonctionnaires*, delegati e subdelegati a svolgere funzioni nomotetiche, anche i sovrani, quando (non frequentemente) partecipavano alla preparazione delle leggi, lungi dall'esprimere «un *étatisme* tracassier» mostravano invece, nella grande maggioranza dei casi, una sincera preoccupazione per «*l'intérêt du pays*»²⁹⁵. Per tutto il personale politico ministeriale e per i sovrani in testa «l'État» non rappresentava affatto un organismo fine a se stesso, una macchina oppressiva tutta dedita alla «volizione autoritaria»²⁹⁶, ma «un *des moyens utilisé pour mettre en place et commencer de réaliser un ambitieux programme*»²⁹⁷. Questo era il modo in cui nella Francia di Antico Regime si pensava – e si costruiva – lo Stato.

Questo pensiero-azione statale aveva dei precisi presupposti teorici e politici che Roland Mousnier, il maggiore storico delle istituzioni francesi di Antico Regime (che, sia detto per inciso, si professava fervente cattolico e che veniva considerato nel panorama della storiografia e più in generale dell'*intelligentsia* francese come un irremovibile «tradizionalista-conservatore»), così sintetizzava: la «costituzione assolutistica» fu per la Francia moderna – e così venne percepita dalla «maggioranza degli uomini del tempo» – una «garanzia d'indipendenza della nazione nei confronti dell'Imperatore e del papa» necessaria per realizzare «la piena libertà del regno, la prima libertà senza la quale tutte le altre si rivelano illusorie»²⁹⁸.

²⁹³ Cfr. Rousselet-Pimont [2005].

²⁹⁴ Bluche [1986b, 213]. Cfr. anche Antoine [1986 e 1989].

²⁹⁵ Bluche, [1986b, 220].

²⁹⁶ Grossi [2001, 31].

²⁹⁷ Bluche, [1986b, 216].

²⁹⁸ Mousnier [2002, 126-7].

Questa fu «la preoccupazione massima» di tutta la società francese, e fu per questo che i sudditi furono «disposti a sacrificare molti vantaggi a un potere forte pur di ottenere quei fondamentali beni. Di qui la presenza in tutti gli scritti di teoria giuridica e politica di lunghe e articolate dimostrazioni sulla perfetta sovranità del re che incarna la nazione». Quella letteratura politica, in realtà, aveva un obiettivo preciso: dimostrare l'«indipendenza totale dell'uno e dell'altra dal Papa e dall'Imperatore. Se il re di Francia non ha alcun superiore, la Francia neppure»²⁹⁹.

Come si vede, lo «Stato» non è qui per nulla presentato come un mega-organismo autonomamente attivo e aggressivo che di sua iniziativa procede alla cancellazione delle «autonomie» territoriali considerate come un *quid* da esso separate. Non è affatto quel terrificante, mostruoso Leviatano che si è descritto al di qua delle Alpi³⁰⁰. Al contrario, è visto come una costruzione necessaria alla quale parteciparono in primo luogo le comunità plurali di base, la cui resistenza non fu indomabile proprio grazie al fatto che la forza dello Stato venne posta al servizio di un grande e credibile progetto politico. Solo così quelle forze vennero disposte a sacrificare alcune loro prerogative per ottenere più grandi vantaggi comuni: «L'identificazione dell'assolutismo con la sovranità totale e con la costituzione normale del regno è stato», ricorda ancora Mousnier, «il fattore decisivo che ha permesso al re di superare le leggi feudali, le consuetudini e i privilegi particolaristici, conferendogli il potere *di modificare la legislazione secondo i bisogni effettivi che emergevano per effetto dei mutamenti storici e di assumere le misure necessarie per tutelare il pubblico benessere*»³⁰¹. Nacque la società della fiducia.

²⁹⁹ Ivi, p. 127.

³⁰⁰ Ajello [2009, 90-5], che spiega l'origine di quest'immagine negativa del Leviatano con la concezione «ontica» del diritto, tipica del Medioevo italiano. Queste due «chimere», tipicamente peninsulari, sono all'origine dell'antistatalità.

³⁰¹ Mousnier [2002, 99 (corsivo mio)]. Non c'è da stupirsi poi che

Fu questa la motivazione fondamentale, la base su cui si edificò il potere dello Stato assolutistico e l'ampliamento progressivo delle funzioni dei suoi apparati. E fu questa «situazione interna» di partenza ad agevolare «il compito non semplice» che il «governo assolutistico aveva da svolgere», ossia «ridurre ad unità una complessa e articolata gerarchia di signori, di ordini, di corpi, di strutture religiose, cittadine, di mestieri», le quali avrebbero in altro contesto conservato con insormontabile ostinazione i loro inveterati «diritti e privilegi»³⁰². Per questo «il gruppo sociale che più di tutti» fece «le spese di questo processo progressivo» fu la nobiltà, che di conseguenza reagì, com'era ovvio, «a questa tendenza che la vedeva fortemente penalizzata. L'effetto di questa reazione si coglie nell'attribuzione al termine "assoluto" del nuovo (e inedito) significato di "dispotico"»³⁰³.

Ma questa di «dispotismo» fu solo un'accusa propagandistica, cui del resto ricorreva sistematicamente anche la magistratura parlamentare non appena il governo regio-consiliare cercava di scalfire (o anche solo di limitare) qualche prerogativa o privilegio dei *robins*. In realtà, se si guardano i dati reali, gli strumenti operativi di cui di-

nei tempi di guerra il governo regio avesse preso «il sopravvento in modo eccezionale, assumendo comportamenti dittatoriali», perché questo «è ciò che normalmente accade in simili circostanze a tutti i governi di qualsiasi Stato» (*ibidem*). La medesima posizione si riscontra in Maravall [1971, 69-90]. Questo insigne studioso sottolinea come fin da quella lunga fase che può considerarsi di «cerniera» tra gli assetti medievali e l'organizzazione statale moderna vi fosse «un senso della comunità» che nelle monarchie più solide e nelle realtà meglio strutturate «i re furono in grado di usare per i propri scopi, *facendo accettare il proprio potere come qualcosa a cui tutti partecipavano liberamente*» (ivi, p. 77, corsivo mio). Nello stesso senso Näf [1971, 55-6], secondo il quale la forza dello Stato, anzi «la stessa costituzione [...] biologico-statale», fu la sua «dualità», la capacità cioè d'integrare i «due elementi» diversi della sovranità regia e degl'interessi dei «ceti», cosicché «non si tratta di un dualismo nello Stato, bensì di uno Stato realizzato nel dualismo e solo attraverso esso».

³⁰² Mousnier [2002, 127].

³⁰³ Ivi, p. 99.

spose l'apparato amministrativo della *royauté* furono piuttosto magri.

Il rapporto centro-periferia fu caratterizzato da difficoltà tecniche e di sistema. Le «cinghie di trasmissione» – secondo la definizione di Richet – restarono a lungo meccanismi labili e stentati. Fino alla metà del XVII secolo (e più precisamente fino alla «rivoluzione politico-amministrativa compiuta tra il 1635 e il 1638») ³⁰⁴, ossia fino all'introduzione stabile dei *commissaires* revocabili *ad libitum* dal sovrano, poi divenuti *intendants*, le comunicazioni delle disposizioni regie nei territori periferici furono assicurate dagli *officiers de justice* che non di rado agivano (occultamente) da «poteri concorrenti» o in appoggio *sous-table* ad essi ³⁰⁵.

In definitiva, «il governo assoluto raggiungeva con molta difficoltà le regioni più periferiche del regno» ³⁰⁶. Ancora «nella Francia di Luigi XIV, verso il 1685, ogni signore-feudatario munito di giurisdizione propria era ancora una sorta di piccolo re nel suo territorio. L'idea del potere assoluto, che rinvia all'immagine mentale di un principe cui era dovuta obbedienza cieca, era proprio la compensazione della debolezza intrinseca del sistema e degli strumenti di azione di cui il governo disponeva. Qui l'influenza psicologica suppliva alle difficoltà della tecnica» ³⁰⁷.

Proprio per questo è più aderente alla realtà parlare di *civilisation étatique* che di «sovranità assoluta» ³⁰⁸. L'assolutismo è in primo luogo un grande fenomeno di acculturazione sociale, che non può essere compreso appieno solo attraverso l'analisi delle sue strutture giuridiche e

³⁰⁴ Richet [1998, 90].

³⁰⁵ Ivi, pp. 88-91 e 93-105.

³⁰⁶ Mousnier [2002, 172].

³⁰⁷ Ivi, pp. 172-3.

³⁰⁸ Una distinzione che non è presa in alcuna considerazione dalle sintesi sul tema della «sovranità»: cfr. Ferrajoli [2004]; Quagliani [2004]. Si veda anche la riflessione di più autori svolta in Cazzaniga e Zarka [2001].

istituzionali o, men che meno, valutando solo gli effetti giuridici del dispiegamento del potere. Occorre sempre tener ben presenti le reti relazionali sottostanti e le «solidarietà verticali»³⁰⁹. Storia istituzionale e storia dei fenomeni socio-culturali devono su questo tema intersecarsi e procedere necessariamente insieme.

In tal modo risulta difficile suffragare l'immagine di un assolutismo «totalitario» e «autarchico», chiuso nel suo arrogante progetto volontaristico-positivistico e volto a costruire «la dimensione autoritaria del "giuridico", esasperando altresì la sua allarmante separazione dal "sociale"»³¹⁰. La dinamica del potere in quella fase dello sviluppo della civilizzazione statale che chiamiamo «Stato assoluto» è stata molto complessa³¹¹ e non può essere descritta semplicemente in termini di «assoluta insularità» che tendeva «a proiettare all'esterno una volontà perfettamente definita» che trovava in essa medesima «ogni possibile giustificazione»³¹².

Va, infatti, adeguatamente considerata l'ambivalenza dei fenomeni politici. L'osmosi di quel potere con la società coesisteva con il tentativo di plasmare quella società medesima. Vi è un filo rosso che lega in ogni caso chi adotta provvedimenti decisionali e chi è destinato a riceverli ed è difficile immaginare la durata di un potere perfettamente «insulare», che non sia cioè suffragato da un sostanziale ed effettivo consenso di fondo.

È tuttavia un dato di fatto inoppugnabile che, malgrado tutte le difficoltà incontrate, la Francia moderna riuscì nel compito a edificare le solide basi di un'organizzazione giuridico-politica e di un assetto delle istituzioni in grado di sviluppare nel tempo una sempre più elevata capacità decisionale e una formidabile efficacia esecutiva, qualità che non è difficile rintracciare tutt'oggi, a tutti i livelli, nel sistema sociopolitico transalpino. Questo esito

³⁰⁹ Mousnier [2002, 60, 128 e 198].

³¹⁰ Grossi [2001, 51].

³¹¹ Cfr. Popitz [1990]; Poggi [1978 e 1992].

³¹² Grossi [2001, 29].

non è il frutto di una costruzione giuridica d'istituti e di apparati disegnati dalla volontà di potenza dispiegata da un sovrano-macchina senz'anima (ciò che Foucault chiamava il «lirismo del mostro freddo»³¹³, ma fu la risultante di un lungo e tortuoso processo interattivo tra potere e società. E questo è un chiaro retaggio della propria storia, che, come comprese acutamente Tocqueville, pesa in quel contesto decisamente sul presente e sul futuro.

Ciò che più conta – e che marca la differenza abissale con una situazione come quella coeva dei territori peninsulari italiani – è che in questo progetto unificatore i giuristi francesi, nella cui mentalità era intanto intervenuta una mutazione culturale e psicologica relevantissima³¹⁴, nella sostanza furono – almeno nelle fasi costruttive, iniziale e centrale, ossia fino alla Fronda – al fianco della monarchia. Elaborarono, ricorrendo alla celebre metafora del *mariage* tra il sovrano e la *République*, una dottrina giuspolitica volta a tenere unite la necessità di assicurare al potere un esercizio centripeto e al *royaume* diritti inalienabili (tutelati dal vigile controllo della magistratura) che quel potere doveva rispettare³¹⁵. Fu lì il crogiuolo nel quale si posero le condizioni che permisero, più tardi con la *Révolution*, la coniugazione del potere con la responsabilità.

Così mentre «i corpi intendevano emanare regolamenti a carattere legislativo», le magistrature lavoravano, in senso opposto, per rafforzare la funzione nomotetica centralizzata nella quale esse contavano di giocare un ruolo di primo piano; e così si spiega come «i parlamenti, fin dall'inizio del XVI secolo, tentassero in tutti i modi

³¹³ Foucault [1978, 28]: l'espressione è tratta da Nietzsche (*Così parlò Zarathustia*).

³¹⁴ Su questo processo di profonda trasformazione antropologico-culturale dei giuristi francesi (soprattutto in relazione ai campioni del *mos italicus*) in concomitanza e per effetto del radicamento della civiltà giuridica statale, cfr. *supra*, cap. IV, spec. par. 10 e *passim*.

³¹⁵ Cfr. Descimon [1992]. Molte considerazioni d'interesse sul tema anche in Bulst, Descimon e Guerreau [1996].

d'impedire questa [funzione normativa dei corpi] che consideravano un'usurpazione»³¹⁶. In tal modo «il particolarismo delle province, distinte per lingua, costumi e processi di civilizzazione assai diversi tra loro», venne progressivamente condotto verso un amalgama sociopolitico di più vaste proporzioni³¹⁷. Si creò così un *esprit national* che contestualmente venne focalizzato in un diffuso *esprit des institutions*.

Questa sensibilità popolare che orientava tutti gli strati sociali verso la dimensione pubblica fu il decisivo presupposto del vasto consenso verso la monarchia e per il sistema di valori politici e sociali che essa riuscì a rappresentare e ad esprimere. Fu un fenomeno molto lungo e profondo, destinato a scendere nelle falde acquifere della psicologia sociale francese e a nutrirla con una portata inesauribile d'idee e di sentimenti politici. Non si trattò solo di uno stato emotivo diffuso, ma di una radicata *forma mentis* che si tradusse immediatamente in un assetto ordinamentale-giuridico molto concreto.

Un assetto di questo tipo fu garantito dall'*État monarchique absolu*, l'unica forma organizzativa del potere capace di tutelare efficacemente le situazioni giuridiche soggettive coniugandole con l'interesse nazionale dell'intera comunità e con un progetto sociale capace d'integrare in sé le diversità preesistenti armonizzandole in un disegno conico. Per raggiungere questo straordinario risultato la stessa monarchia sviluppò un lungo e difficile lavoro su se stessa³¹⁸.

All'occhio aquilino di Hobbes non poteva certo sfuggire questo aspetto ed è per questo che nella sua teorizzazione del *Leviathan* statale egli non concepì «il potere» come una sorta di entità «oggettiva» «conquistabile da qualcuno» ovvero acquisibile attraverso una «transazione con qualcuno», ma piuttosto come un movimento ascen-

³¹⁶ Mousnier [2002, 127].

³¹⁷ Ivi, pp. 127-8.

³¹⁸ Richet [1987, 25-39 poi ripubbl. in 1991, 425-50].

dente (il verbo esatto da lui usato al riguardo nel testo originale è «to erect», «erigere») determinato dalla necessità avvertita dai fondamenti del sociale³¹⁹.

E nel contesto francese – come, del resto, nondimeno in quello inglese, spagnolo, portoghese, scandinavo, austriaco, russo...³²⁰ –, ancora tra Medioevo ed Età moderna, è questo sentimento spontaneo, diffuso e trasversale, divenuto «realità squisitamente radicale, perché rigogliante alle radici» di quella società³²¹, a determinare il più solido fondamento della nuova dimensione statutale, con l'emersione delle nuove «figures de l'administrateur»³²². In una società nella quale, come ironizzava Rabelais ancora nel XVI secolo, spesso il sistema legale caratterizzato dalla pluralità legislativa era paragonabile a una «toille d'araigné» nella quale «les simples mouchérons et petits papillons y sont prins» mentre «les gros taons malfaisans les rompent et passent à travers»³²³, in una società come quella «i diritti dei forti erano garantiti dalla natura delle cose» mentre «i diritti di tutti gli altri – ed erano la maggioranza dei Francesi – non potevano essere garantiti che dal potere imparziale del re»³²⁴.

Ma già a suo tempo, Mousnier ebbe la chiara impressione di sbattere, su questo argomento, contro il muro cementizio della storiografia tradizionale, indisponibile a cogliere questa elementare osservazione storica:

³¹⁹ Cfr. Jaume [1986, 79].

³²⁰ La migliore e più ampia panoramica oggi disponibile in italiano dello sviluppo dei fenomeni e delle strutture politico-istituzionali nell'Europa moderna è quella di Reinhard [2001].

³²¹ Prendo qui volutamente in prestito le medesime, icastiche espressioni che Grossi [2001, 27], adopera, nella sua prospettiva, per contrapporre la violenza autoritaria del diritto positivo statutale alla «realità ontica» del diritto consuetudinario «radicato» nelle comunità plurali che il progetto politico moderno avrebbe inteso irregimentare costringendole nel proprio rigido calco giuridico volontaristico-monistico.

³²² Cfr. Descimon, Schaub e Vincent [1997].

³²³ Rabelais, *Gargantua et Pantagruel*, lib. V, cap. XII, in Rabelais [1872, 302-3].

³²⁴ Mousnier [2002, 128].

È importante – scrisse allora in una laconica conclusione – sottolineare questa realtà, che molti storici non vogliono vedere: *in una condizione sociale così precaria come quella dell'antico regime, la vera garanzia dei diritti era la sovranità regia*. Di qui l'insistenza dei trattatisti sull'idea di sovranità e i loro sforzi per renderla effettivamente operante e il più perfezionata possibile. Ciò può sembrare agli occhi degli osservatori attuali un'anomalia, ma in realtà era una necessità, un imperativo categorico, intellettuale ed etico, dettato dalle condizioni di vita³²⁵.

13. *L'invenzione storiografica dello «Stato regionale»*

Quelle «condizioni di vita» non erano certo migliori nell'Italia frammentata verso la fine del Medioevo o durante l'epoca della «pseudo-modernità italiana»³²⁶. Malgrado «un'innegabile ricchezza» – come scrisse Braudel³²⁷ – costituita soprattutto dai grandi centri urbani del nord (primi tra tutti Genova e Venezia i cui banchieri fornivano da tempo risorse finanziarie alle monarchie di mezza Europa)³²⁸ e dalla invenzione vertiginosa di modelli artistici esportati in ogni dove, la situazione restava drammatica per le conseguenze nefaste derivanti dall'assenza dell'organizzazione statale.

Va comunque messo in rilievo che a partire dal XVII secolo, nell'epoca della piena espansione della statualità in Europa occidentale, la «ricchezza» italiana fu al «suo ultimo splendore»³²⁹, perché in assenza di una linea politico-economica unitaria e forte anche le attività produttive e commerciali non riuscivano a valorizzare e sfruttare al meglio le notevoli risorse esistenti³³⁰.

³²⁵ Ivi, pp. 128-9.

³²⁶ Ajello [2009, 153].

³²⁷ Braudel [1986, 83 e *passim*; 1989].

³²⁸ Fryde e Fryde [1977, 497-638].

³²⁹ La formula è dello stesso Braudel [1986, 84].

³³⁰ Cipolla [1959; 1999, spec. 308-18]. Sul punto vi è stato un intenso dibattito tra gli storici economici: cfr. Fanfani [1999, 560-72],

Ma ancor più sinistro e malmesso era il versante socio-culturale. Senza uno Stato garante dei diritti, la libertà di pensiero era affidata al coraggio intellettuale dei singoli (spesso eroico), e sopravvivere era possibile solo a condizione di adattarsi alla simulazione compromissoria con i poteri effettivi dominanti (primo tra tutti quello della Chiesa). «Io porto una maschera – scrisse Paolo Sarpi (1552-1623) –, et sono costretto a portarla, perché senza di essa nessuno può vivere sicuro in Italia»³³¹. E Tommaso Campanella (1568-1639), quasi facendogli eco a distanza: «I saggi senza potenza sono costretti a parlare, agire e vivere come i pazzi»³³².

La divergenza tra questa Italia gracile, insicura e in piena decadenza politico-istituzionale e le solide potenze statuali francese e inglese in ascesa non era sorta in quel contesto, ma proveniva da lontano, dalla crisi della religiosità e della visione del mondo medievale e dell'assetto sociale, politico, giuridico e istituzionale elaborato, e poi instauratosi, nel tardo Medioevo transalpino³³³.

che individua «una spiegazione fondante» del declino italiano «nella carenza di elementi strutturali e nelle condizioni politico economiche determinate dalla limitatezza territoriale degli Stati, dalla conseguente asfissia dei piccoli mercati [...] più che dalla pura e semplice mancanza di mentalità imprenditoriale o dalla vischiosità e rigidità del sistema corporativo» (ivi, p. 572). Per una prospettiva più generale, Carandini [1977, 169-170]; Finzi [1978, 511-7 spec. parr. 2-6 (e in particolare *Un punto di passaggio decisivo: lo Stato*, 518-22; *Il paradigma dello Stato assoluto*, 522-9)]. Per una rassegna di questo vivace dibattito storiografico: cfr. Scognamiglio Cestaro [2006, 75-149]. Anche il Regno di Napoli, ossia la dimensione certamente più corposa di statualità rispetto alle altre realtà regionali italiane, ancorché non certo paragonabile agli Stati moderni europei, versava in condizioni non molto dissimili: cfr. Scognamiglio Cestaro [2008, 54-7 e 139-44].

³³¹ La citazione, carica di una tragicità che non è solo individuale ma è rappresentativa di un intero clima generale che si respirava pressoché nell'intera penisola, è riportata nel bel volume di Villari [2003, 22], che a sua volta la trae dal classico di Meinecke [1942, 96].

³³² Villari [2003, 27]. Fu quel contesto, non a caso, a partorire un trattatello come quello, famoso, di Torquato Accetto, *Della dissimulazione onesta* [Napoli, 1641]: cfr. Accetto [1983].

³³³ Ajello [2009, 151-6].

Un punto di riferimento storiografico molto utile al riguardo è costituito dalla documentata ricerca comparativa, ricca d'intuizioni pregevolissime e fondata su una fitta trama di notazioni lessicali e filologiche incontrovertibili, di Alberto Tenenti, che non a caso decise d'intitolarla, proprio per sottolineare l'unitarietà del modello statale moderno e la sua tipizzazione, individuabile in caratteristiche ben definite e ben conosciute, quindi non scomponibili *ad libitum* dagli *idéologues* sotto vesti di storici-interpreti, «Stato: un'idea, una logica»³³⁴. Nel sottotitolo dello stesso volume (*Dal comune italiano all'assolutismo francese*), Tenenti decise di porre l'accento, in modo molto significativo e con un taglio storiografico che non si presta ad equivoci, sulla netta contrapposizione tra i due principali termini del confronto – storico più che storiografico – riguardo alla nascita e all'evoluzione dell'organizzazione politica statale: da una parte l'Italia dei comuni e del particolarismo microfeudale (di feudi «non ligi»: a chi del resto esserlo se mancava un punto di riferimento centripeto?); dall'altra il superamento cronologico e politico (evidenziato dal senso progressivo espresso dalla costruzione sintattica «da... a...») di quella vecchia formula, considerata oltralpe sinonimo di lotte intestine, di disordine politico, d'instabilità giuridico-istituzionale e soprattutto di scarsa capacità nell'affrontare i grandi problemi organizzativi di una società sempre più complessa che voleva avviarsi a divenire in tutto «moderna» e protagonista sullo scacchiere delle «economie-mondo»³³⁵.

L'assetto disarticolato della penisola – una frammentarietà che, beninteso, la Francia tradizionalmente favorì, in

³³⁴ Tenenti [1987] (il corsivo teso a sottolineare l'unicità della «idea» e della «logica» statale, è naturalmente mio, ma mi pare che si evinca con assoluta evidenza dal senso intrinseco del titolo stesso).

³³⁵ È del tutto superfluo ricordare che questa celebre espressione si deve al genio di Braudel [1981-1982, III, *passim*] (per la definizione del concetto e l'impostazione teorica del problema, cfr. pp. 3-74; per il ruolo dello Stato che «si colloca al centro dell'economia-mondo», necessitando perciò di «un governo efficiente», cfr. pp. 31-34).

quanto fin dall'epoca post-fridericiana o angioina essa indeboliva la «causa italiana», rafforzando contestualmente quella francese (e anche inglese) – fu l'esito consequenziale dell'impossibilità di superare *le* logiche «plurali» per adottare *la* logica statale.

La nascita dello Stato si situa tutta, nell'analisi te-
nentiana (che si colloca sulla scia dell'interpretazione di Braudel)³³⁶, nella logica e nella conseguente mentalità di quel superamento. I grandi problemi che erano emersi nell'universalismo ideologico e politico medievale – una formula teorica alla quale aveva fatto da *pendant* il più disgregato particolarismo degli'interessi specifici spontaneamente presenti in territori non omologati da alcun potere politico sovrano, unitario e centralizzato – avevano assillato menti eccelse, che si erano nel corso di molti decenni ingegnate di trovare soluzioni efficaci allo sfilacciamento che si consumava sotto i loro occhi e che portava con sé enormi problemi sociopolitici irrisolti e irrisolvibili entro il quadro di quelle condizioni generali³³⁷.

Quei problemi erano stati già individuati e analizzati con perspicace senso critico da una poderosa svolta teoretico-dottrinale, al tempo stesso filosofica e politologica, che non a caso era emersa dove le condizioni socioculturali – specialmente in Francia e in Inghilterra – si erano dimostrate più favorevoli a quell'impostazione, spianando la strada a un pensiero insieme individualistico, liberale e costituzionale (e tutto ciò nel quadro del rafforzamento di un chiaro progetto comunitario e organizzativo focalizzato sulla dimensione statale).

I protagonisti di quella decisiva stagione (da Jean de Paris a Jean de Jandun, da William Ockam a John Wy-

³³⁶ Si vedano al riguardo le pagine dedicate allo Stato dal grande studioso di Lunéville-en-Ornois: Braudel [1981-1982, II, 522-60].

³³⁷ È con questa dimensione che, a mio avviso, dovrebbe confrontarsi la fascinosa visione che Grossi dà dell'universo giuridico e politico medievale quale «ordine» rispettoso delle «autonomie» e capace di valorizzare «le microentità sociali» o i «consorzi minimi» e le «micro-comunità»: cfr. Grossi [2003, 85 e 87].

clif), che fu, certo, intellettuale ma che non tardò a produrre fondamentali innovazioni pratiche sul piano degli assetti istituzionali, politici e – un po' più alla lunga – sociali, spianarono la strada alla sintesi machiavelliana, che fu, come si è visto, il vero punto di svolta della modernità politica e culturale³³⁸.

Chiunque osservi con mente libera da rigide griglie interpretative, frutto più di ossessioni ideologiche che di disincanto realistico, e segua l'evoluzione di quel processo di profondo, radicale rinnovamento, che ebbe portata europea³³⁹, non può trovare in alcun modo persuasive visioni storiografiche nelle quali il territorio e le forze che in esso erano stanziati e disseminate diventano non – come invece furono realmente concepiti nelle grandi monarchie assolute che realizzarono l'assetto statale – fondamentali elementi nella costruzione organizzativa della società civile sulla base del calcolo razionale e della gestione economica nell'allocazione delle risorse³⁴⁰, bensì come un elemento «dialettico» nei confronti del potere sovrano³⁴¹.

Quel processo – che Michel Foucault indicò con la formula «matematizzazione dell'empirico»³⁴² – fu il fondamento della grandiosa costruzione politica, sociale e giuridica che l'entità che chiamiamo «Stato» riuscì a promuovere e a realizzare, generando un decisivo miglioramento delle condizioni generali dell'organizzazione pubblica e

³³⁸ Su questo cruciale «momento machiavelliano», cfr. *supra*, cap. IV.

³³⁹ Per sincerarsene con molte documentate ragioni basta rileggere o leggere attentamente le pagine di Procacci [1995, spec. 171-212 e 213-51]; e più specificamente (per l'Inghilterra) di Pocock [1980].

³⁴⁰ Braudel [1981-1982, II, 593]: in un sistema come quello che viene delineandosi già a partire dal tardo Medioevo per esplodere tra XV e XVIII secolo «l'accumulazione» delle risorse indispensabili per competere sui mercati mondiali «è possibile solo allo Stato». Da vedere, al riguardo, anche *ivi*, pp. 559-60.

³⁴¹ È la tesi sostenuta da Fioravanti nel suo intervento al Congresso sammarinese *Lo Stato moderno di ancien régime*, poi riformulata nel saggio Fioravanti [2007].

³⁴² Foucault [1985, 87-92].

soprattutto determinando una mentalità sociale costruita all'insegna della sobrietà pratica, dell'analisi razionale e della capacità di coniugare un forte senso di tutela della dignità individuale con un'altrettanto risoluta tensione verso l'interesse collettivo³⁴³.

In quel contesto si creò un ambiente di grande favore all'elaborazione del razionalismo teoretico che sfociò in Francia nella straordinaria stagione del cartesianismo. Da quella base partì la decostruzione spinoziana volta a dar voce alle aspirazioni «liberali» della parte più colta e avanzata della società europea³⁴⁴. Da lì – come è stato recentemente dimostrato dalla gran ricerca di Israel³⁴⁵ – prese avvio la stagione illuministica. La filosofia di Descartes fu, vista da questa prospettiva, un poderoso strumento messo al servizio del processo di razionalizzazione del quale la forma statale costituì il fondamentale pilastro politico-economico. Non a caso al di qua delle Alpi lo spirito cartesiano attecchì solo in quei pochi contesti, come il regno di Napoli, nei quali si era affermato un minimo di statualità³⁴⁶.

Fu un processo dal quale il cosiddetto «Stato regio-

³⁴³ Cfr. Schnur [1979]; Laurent [1994, 124], che sottolinea, del tutto giustamente a mio avviso, come «il divenire-individuo [della natura umana] e la sua interiorizzazione come coscienza di sé dovevano necessariamente compiersi in correlazione con la crescente complessità delle società occidentali». Sul punto, cfr. anche Dumont [1993]; Renault [1989 e 2003]; e, in una prospettiva critica, con molti spunti di grande interesse, Jaume [1997].

³⁴⁴ Sul cartesianismo spinoziano si legga la biografia del grande filosofo ebreo di origine portoghese scritta da Colerus [2002, spec. 14] (cito dall'ed. francese): «Les œuvres de Descartes étant tombées entre ses mains il les lut avec avidité; et dans la suite il a souvent déclaré, que c'était de là qu'il avait puisé ce qu'il avait de connaissance en philosophie». Colerus era ministro della Chiesa luterana a L'Aia.

³⁴⁵ Israel [2001 (ho consultato la traduzione francese: 2005)].

³⁴⁶ Molto interessante è seguire, tenendo sempre un occhio all'aspetto comparativo, il destino del cartesianismo al di qua delle Alpi e le grandi difficoltà (o le trappole gesuitiche) che quell'orientamento teoretico e morale incontrò nel contesto a-statale italiano. Resta, a questo riguardo, sempre molto suggestiva e attuale l'articolata analisi sviluppata da Ajello [1980].

nale» restò del tutto estraneo. I gruppi al potere nelle varie entità politiche italiane continuarono a vivere in un praticismo opportunistico e compromissorio, incuneandosi negl'interstizi politici che circostanze più o meno fortunate di volta in volta offrivano loro. Il peso della Chiesa di Roma giocò al riguardo il ruolo politico determinante, favorendo or questo or quel principato, tenendo accuratamente divisi gli uni dagli altri i governi locali, pronti così ad allearsi sotto l'ala protettrice della *mater et magistra* come a mettersi all'occorrenza l'un contro l'altro per difendere interessi propri. Il papato mantenne sempre in tal modo un saldo controllo generale sulla penisola attraverso un'abilissima fusione tra spirituale e temporale e con la minacciosa presenza dell'inquisizione³⁴⁷.

In tal modo l'assetto politico-istituzionale dei cosiddetti «Stati italiani regionali» non si fondò mai su una vera sovranità, ma su una «costituzione politico-ecclesiastica» nella quale il potere legislativo, massimo emblema della sovranità, si presentava «minorato» in quanto i «principi laici» erano annientati dall'affermazione della «superiorità riconosciuta al diritto conciliare e pontificio», cosicché gli atti dei soggetti ecclesiastici, come ad esempio le bolle e i brevi della curia romana, gli editti dei vescovi, i decreti sinodali, assumevano «forza di legge»³⁴⁸. In quasi tutte le deboli realtà politiche della penisola le leggi tridentine divennero così *tout-court* «leggi dello Stato», in base all'inoppugnabile principio che «intollerabil cosa sarebbe [...] chiedere alcuna licenza a' secolari» circa l'applicazione della «parola di Dio»³⁴⁹. Questa era la mostruosa *forma mentis* che si affermò in assenza di un solido processo di civilizzazione istituzionale.

³⁴⁷ Cfr. Venturi [1976]; Bizzocchi *et al.* [1997]; e, sul periodo cruciale del tardo Medioevo, Manselli [1981]. Sull'inquisizione in Italia: Proserpi [1996]; Brambilla [2000]; Del Col [2006].

³⁴⁸ Brambilla [2000, 495-513, spec. 495].

³⁴⁹ L'espressione, adoperata dal papa Pio V nei confronti dell'ambasciatore a Napoli del re Filippo II di Spagna, fu poi ripresa da Pietro Giannone nell'*Istoria civile* [1723]: cfr. Brambilla [2000, 496-7].

Era, del resto, l'applicazione di una intransigente logica formalistica, endogena al sistema di valori intrinseco a una società dove non si era sviluppato il processo di laicizzazione³⁵⁰.

L'idea dello «Stato regionale» non è quindi, in definitiva, che la versione storiografica di quella situazione dell'Antico Regime che, formalmente superata con l'unificazione giuridica del 1861, è come rimasta assorbita nella *forma mentis* italiana, tanto da riemergere nella forma letteraria della ricostruzione storiografica localistica (spesso corroborata da una gran dovizia di dettagli eruditi), che tende a isolare il proprio oggetto d'indagine, negandosi al metodo comparativo e ponendo in luce il valore autocotono del «particolare»: l'esatto contrario della «civiltà nazionale», che riconobbe e promosse le autonomie nel quadro dell'affermazione di un principio-guida basato sul senso dell'organizzazione³⁵¹.

14. *Lo Stato: strumento del trionfo dell'azione socio-politica sull'eterogenesi dei fini*

Di questa grande impresa organizzativa, nella quale si concretizzano i presupposti teoretici del pensiero moderno, è stato Roland Mousnier a fornire la più lineare e convincente definizione. Lo Stato è da lui presentato come l'istituzione capace di creare istituzioni e legittimata a farlo. Le istituzioni, a loro volta, sono animate da un'«idea di fondo» alle quali si coniugano «delle procedure atte a realizzarla»; un «gruppo d'individui, per quanto organizzato possa essere» non raggiungerà mai l'efficienza organizzativa di un'istituzione³⁵². Questa definizione, tutta centrata sul valore dello «scopo», della finalità dell'istituzione come elemento qualificante e fon-

³⁵⁰ Strayer [1940]; Di Donato [2009].

³⁵¹ Resta al riguardo esemplare lo studio pionieristico di Rotelli [1967].

³⁵² Mousnier [2002, 3 ss.].

damento razionale della medesima, ci aiuta molto a comprendere la vicenda dello Stato moderno nel suo sviluppo evolutivo e pone nel contempo le basi per effettuare il «viaggio a ritroso verso le sorgenti prime dei postulati occulti degli individui che compongono» quel particolare «gruppo istituzionale»³⁵³, qualificato appunto come «Stato moderno».

A questo proposito è di fondamentale importanza considerare l'entità del fenomeno, le sue dimensioni, essendo questo un elemento decisivo per determinare la possibilità di riuscita teleologica dell'azione politica messa in atto. Infatti la «potenza dello Stato», per riprendere la pregnante espressione di O. Beaud³⁵⁴, si dispiega solo nel quadro di un'ampiezza e di un'efficacia di mezzi che consentano di superare un rischio che sempre è insito in ogni azione umana: la deviazione eterogenetica del risultato rispetto agli intenti programmatici.

Questo fu il vero e profondo motivo che animò la riflessione teorica e la spinta pratica alla costruzione dell'organizzazione statale. Il superamento degli ostacoli, tanto naturali quanto relazionali e sociali, posti dinanzi al cammino progressivo degli uomini poteva essere affrontato con incomparabilmente maggiori possibilità di successo mediante un'entità impersonale capace di assommare in sé la forza necessaria allo scopo prefisso. Una forza di cui nessun soggetto individuale – ma neppure nessun gruppo, per quanto munito di forti determinazioni auto-organizzative – avrebbe potuto mai disporre. Qui è la vera «origine» dello «Stato».

Prima di Mousnier, che utilizza questo parametro interpretativo nella ricostruzione storiografica della Francia moderna, lo aveva compreso Max Weber, che non a caso decise, come analisi propedeutica alla sua tematizzazione dell'agire politico «dotato di senso»³⁵⁵, di dedicare un

³⁵³ Ivi, p. 6.

³⁵⁴ Beaud [2002].

³⁵⁵ Riflessione culminata nella celebre sintesi del vol. I, cap. I, par.

lungo studio alle culture religiose orientali, in particolare a quella indiana³⁵⁶, nella quale il problema della «purezza dell'azione» (ossia della capacità dell'azione di andare a buon fine) era stato il motore di un'energia speculativa di grande ampiezza e profondità, in reazione alla tradizionale cultura indù³⁵⁷. Quest'ultima prescriveva, infatti, l'astensione assoluta da ogni «attività» proprio nella convinzione dogmatica dell'«impurità» teleologica dell'agire umano. Interessato a indagare su «quelle spinte pratiche dell'azione che hanno il loro fondamento nei contesti psicologici e pragmatici delle diverse religioni»³⁵⁸, Weber osservò attentamente questo processo evolutivo che, dal punto di vista culturale e religioso, era culminato nella «mediazione» della *Bhagavadgītā*³⁵⁹.

Proprio da quest'analisi egli trasse la sua «teoria degli stadi e delle direzioni del rifiuto religioso del mondo»³⁶⁰, che è il vero fondamento *ex contrario* della «teoria dell'azione sociale». Lo studio degli effetti prodotti dagli orientamenti religiosi sul «mondo» fornì insomma la base alla «sociologia del potere», concepita come antidoto occidentale al rischio di paralisi dell'azione.

Questi argomenti, a lungo elaborati e «covati» da Weber, attraverso un percorso in apparenza sinuoso ma in realtà dotato di un'austera coerenza interna, vennero infine pienamente dispiegati nelle fitte e dottissime pa-

1, di *Economia e società*: Weber [1999, 4-19], dedicato appunto al «concetto di "senso" dell'azione sociale».

³⁵⁶ Weber [1976, II, 636-797].

³⁵⁷ Sul «riconoscimento dell'autorità della tradizione indù che si ricollega ai Veda», cfr. *ivi*, pp. II, par. 4, 666-9.

³⁵⁸ *Ivi*, I, p. 337.

³⁵⁹ *Bhagavadgītā* [1996]: la *Bhagavadgītā* realizza «un compromesso» tra il tradizionale spirito vedico che predica la rinuncia all'azione nella convinzione che essa non sia «pura» (ossia non possa mai andare pienamente a buon fine proprio perché «inquinata» dall'inevitabile condizionamento di fattori eterogenetici) e «un'efficace apertura allo spirito nuovo» fondato sulla valorizzazione dell'«impegno personale» (*Introduzione*, *ivi*, p. 6).

³⁶⁰ Weber [1976, II, 595-635].

gine di *Economia e Società*³⁶¹, che rappresentano la precisa indicazione, focalizzata sullo sviluppo dello «Stato moderno» nell'occidente europeo, di una via d'uscita al grande problema teoretico-pratico dell'indirizzo teleologico dell'azione.

Trasferendo nell'interpretazione storiografica quell'individuazione, Mousnier non mancò a sua volta di porsi il problema dell'eterogenesi dei fini nell'azione dei poteri politici dello Stato assoluto moderno³⁶². La sua prospettiva weberiana gli permise di notare che il «complesso di condizionamenti» che gli individui di un gruppo sociale inevitabilmente subiscono non è affatto «privo d'influenza sull'idea di "bene pubblico" che il gruppo istituzionale s'incarica di realizzare come suo scopo prioritario»³⁶³. Di conseguenza, «*nel funzionamento pratico di un sistema istituzionale tutto può risultare diverso dalle premesse teoriche*. Perciò per capire fino in fondo un sistema è indispensabile soffermarsi a ricostruire pazientemente i comportamenti sociali dei membri del gruppo istituzionale»³⁶⁴.

L'attenzione ai «comportamenti sociali» è un grande insegnamento di metodo, soprattutto per quegli indirizzi disciplinari, come la storia del diritto, delle istituzioni o del pensiero giuridico e politico, che, lavorando su materiali teorici, carichi di valenze deontiche e di proiezioni assiologiche, si muovono sempre sul crinale sottile dell'astrazione con il rischio di descrivere i paradigmi normativi scambiandoli per l'osservazione della realtà fattuale. Per questo la storia dello Stato è una storia difficile, ancor più in un contesto epistemologico come l'attuale che ha frazionato i diversi ambiti disciplinari e tende a isolarli in «torri» separate. Comprendere la stualità implica invece la capacità di attingere trasversalmente da diversi «saperi», compresi quelli «assoggettati»

³⁶¹ Weber [1999, vol. I, capp. I-II, 4-55 e 57-206; vol. II, cap. V (e in particolare il par. 12), 105-311; vol. IV, cap. IX, 43-467].

³⁶² Cfr. Di Donato [2002, par. 8, LIX-LXVIII].

³⁶³ Mousnier [2002, 5].

³⁶⁴ *Ibidem*.

che nell'organismo statale e nella sua vicenda teorica e storica si coagulano e s'intersecano.

Lo aveva compreso appieno Michel Foucault, che nella sua originalissima prospettiva, critica degli sbocchi autoritari sempre in agguato nel processo di *raffinement* delle tecniche di dominio insite nell'esercizio di ogni potere istituzionalizzato, non mancò tuttavia di mettere nel giusto rilievo il carattere polimorfo e strumentale della statualità. Nella concezione foucaultiana il «governo» inaugurato con la tecnica moderna del potere è quell'attività che fa «in modo attraverso un certo numero di mezzi che questo o quel fine possa essere raggiunto»³⁶⁵. Egli, com'è noto, introdusse proprio a tal proposito, la sua celebre distinzione tra «sovranità» e «governo». Ma ciò che più conta è che considerò chiaramente questo passaggio come «una rottura importante» nella storia politica dell'Occidente.

Così, «mentre il fine della sovranità le era implicito ed essa traeva da se stessa i suoi strumenti sotto la forma della legge, il fine del governo è nelle cose che dirige, è da ricercare nella perfezione, nell'intensificazione dei processi che dirige, e gli strumenti del governo invece di essere delle leggi, saranno delle tattiche multiformi»³⁶⁶. E perciò, «la conoscenza» che costituisce «la saggezza del sovrano» è propriamente questa *capacità di orientare l'azione verso le finalità previste dalla razionalità ordinante*. La conoscenza del potere governamentale è «conoscenza delle cose, degli obiettivi che si possono raggiungere, che bisogna far in modo di raggiungere, la disposizione che si deve utilizzare per raggiungerli»³⁶⁷.

³⁶⁵ Foucault [1978, 20-1].

³⁶⁶ Ivi, p. 21.

³⁶⁷ *Ibidem*.

15. *Conclusione: assenza della statualità e crisi dell'opinione pubblica nella medievalità italiana moderna e contemporanea*

Quella forza trainante proiettata verso il superamento degli effetti perversi dell'azione politica e sociale mancò alla penisola italiana, dove il frazionamento e le conseguenti dimensioni ridotte o ridottissime delle entità politiche «regionali» non consentirono mai il dispiegarsi dell'efficacia insita nell'organizzazione statale.

Com'è stato giustamente osservato, per tutta l'Età moderna nessuna statualità italiana raggiunse «quella massa critica e quel minimo di apertura di orizzonti necessarie per avventurarsi in qualcosa che assomigli[asse] al progetto di costruzione di un forte potere centrale o di strutturazione complessiva dello Stato-macchina in funzione della capacità di decisione e di direzione politica»³⁶⁸.

Paradossalmente l'entità che più si avvicinò a quelle caratteristiche fu lo Stato pontificio³⁶⁹. Ma in esso vi fu un «invalicabile limite ideologico politico» che impedisce di poterlo considerare un vero Stato «moderno». E la medesima conclusione va sottoscritta (per altre ragioni) in relazione alle altre entità statuali della penisola, anche le meno ridotte, come il Piemonte e il Regno di Napoli, «dove non mancarono i tentativi di razionalizzazione organizzativa»³⁷⁰, ma dove, pure, la statualità rimase soffocata e sommersa da forze multiple che esprimevano interessi opposti e indisponibili a lasciarsi ricondurre verso un progetto politico unitario³⁷¹.

La frammentazione politica scavò fossati profondi nelle menti. La mancata partenza del processo di statualizzazione comportò una congenita incapacità di pensare

³⁶⁸ Galli della Loggia [1998, 128].

³⁶⁹ È la nota tesi di Paolo Prodi [1967-1968]; sviluppata poi nel più noto e ampio studio Prodi [1982].

³⁷⁰ Galli della Loggia [1998].

³⁷¹ Si veda al riguardo, per il Piemonte sabaudo, Ricuperati [1989]; e per il Regno di Napoli, Ajello [1992a, 1994, 1996].

in termini statuali. Ancora poco prima dell'unificazione «la tematica comunale» trovava larga accoglienza nelle pseudo-*élites* italiane tanto da assumere nella loro azione una «rilevanza strategica»³⁷².

Le conseguenze di questa lacuna furono devastanti e sono all'origine di molti dei persistenti problemi socio-politici che connotano la vita dell'Italia contemporanea, con la sua endemica incapacità organizzativa, l'assenza di responsabilità politica, l'ineducazione civica dei cittadini, in una parola la mancanza di statualità e di «senso dello Stato»³⁷³. Grazie al mancato ingresso della penisola nel grande filone della modernità politica nei tempi in cui questa si preparava e si compiva nei maggiori centri nazionali europei (soprattutto nella fase cruciale tra XIII e XVI secolo), si affermò ovunque una mentalità compromissoria dedita all'invenzione continua – persino bizzarra e non senza ricorso a stratagemmi ingegnosi e truffaldini – di sotterfugi e artifici per aggirare gli ostacoli senza affrontarli, per supplire all'assenza delle soluzioni concrete con funambolismi verbali e retorici, per i quali le pseudo-*élites* italiane, influenzate dalla mentalità di giuristi e politici ipocriti e dediti solo al proprio arricchimento (mantenendo sempre, tuttavia, un impeccabile attaccamento formale ai «valori»), acquisirono un'abilità particolare³⁷⁴.

La dimensione «politica», che nelle realtà europee connotate dall'ascesa della statualità si affermò come coniugazione di risorse ed energie dirette a un fine comune identificato con il miglioramento quantitativo e qualitativo dell'organizzazione pubblica, divenne qui sinonimo di abilità privata, di virtù individuali focalizzate solo al suc-

³⁷² Cfr. Meriggi [2002, 167]. Ciò è largamente comprovato dalla «grande fortuna» che riscosero «in tutta la penisola» opere come quella di Sismonde de Sismondi dedicata alla *Storia delle repubbliche italiane nel Medio Evo*.

³⁷³ Cfr. Ferrari [1990].

³⁷⁴ Su questo «verbalismo elusivo» della cultura giuridica italiana, cfr. Ajello [2009, 102-8 e 266-70].

cesso *uti singuli* o della propria dimensione familistica o di gruppo/fazione, palesi od occulti. Il modello del nepotismo papale fece scuola³⁷⁵ e s'incuneò nella mentalità diffusa contribuendo a fornire una radicata base (a)sociale ai comportamenti generalizzati e a fiaccare la fiducia nelle strutture istituzionali e nella loro neutralità.

Le relazioni familiari, i legami clientelari e gli intrighi affaristici, lo *status*, lo spirito servile e non il talento personale al servizio della comunità politica organizzata divennero la base della promozione sociale. Il naturale egoismo individuale, non riuscì mai, in un contesto del genere, a trasformarsi in egoità sociale e a drenare energie positive al servizio della comunità politica. Da allora «individualismo», che in altri contesti funse da fondamento della statualità e divenne nel contempo l'obiettivo politico prioritario della sua affermazione³⁷⁶, è divenuta qui espressione gravida di significati negativi e sinonimo di avarizia esistenziale. Divenimmo una realtà dominata da un «individualismo senza individui» o com'è stato adeguatamente affermato la patria dell'individuo diviso «tra famiglia e oligarchia»³⁷⁷; nella quale trionfano su tutto l'ipocrisia e il disinteresse agli sviluppi sociali.

Né si poté mai giungere alla formazione di una «religione civile», che altrove costituì il nerbo della statualità³⁷⁸ e che viene considerata tutt'oggi uno dei fondamenti indispensabili di cui una società organizzata in forme politico-giuridiche efficienti non può privarsi³⁷⁹. Lo spazio

³⁷⁵ Cfr. al riguardo Reinhard [1998, 69-98 e 193-208].

³⁷⁶ Basta, per rendersi conto, di questo processo integrativo tra statualità e diritti individuali di libertà, dare anche solo un'occhiata ai capolavori di Spinoza [*Trattato teologico-politico* (1670) e *Etica* (composta tra il 1662 e il 1675 e pubblicata poi negli *Opera posthuma* nel 1677)], di recente raccolti nella pregevole veste editoriale delle *Opere*: cfr. Spinoza [2007].

³⁷⁷ Galli della Loggia [1998, 87-112].

³⁷⁸ Cfr. Tallon [2002].

³⁷⁹ Cfr. Rusconi [1999]. Sull'importanza di una «Chiesa nazionale» come «strumento prezioso» a sostegno del progetto statale moderno e sulla scelta decisiva a questo riguardo da parte delle grandi monar-

a-statuale italiano non fu mai disposto ad affrontare il «sacrificio» necessario alla nascita della «sovranità»³⁸⁰. La sua crescita restò dunque allo stadio dell'infantilismo antropologico-politico. Si gettarono le basi per l'attuale «paese a civiltà limitata»³⁸¹.

Su queste premesse si è determinata una generale destrutturazione della coscienza «etico-politica» (difesa strenuamente per converso nei valori ideali); la quale risorse poi – beffardamente – all'inizio del Novecento nelle sterili sintesi idealistiche di una cultura tanto elevata da sganciarsi completamente dai problemi della vita reale³⁸². Metodo scientifico e mentalità politica si separarono, lasciando così la seconda in balia degli interessi di parte, di partito e di chi sa credibilmente appropriarsi di vessilli e simboli per farli tornar utili alla propria fortuna personale. «Etica politica» divenne quindi formula di supporto e di alimento della società senza Stato.

Società senza Stato – anzi, più correttamente «agglomerati sociali» senza statualità, poiché nell'orizzonte del moderno si dà «società civile» solo nel quadro di una dimensione statuale, l'unica in grado di plasmare l'informe e disorganizzata conglomerazione di famiglie e di gruppi e trasformarla in una «società» appunto – che è precisamente la formula riassuntiva della condizione italiana.

L'assenza della statualità dal «codice genetico» dell'identità italiana³⁸³ diventa, anche simbolicamente, il marchio emblematico del carattere-tipo della comunità, così dei suoi individui come delle «formazioni sociali» che vi appartengono e finisce con il riverberare questa immagine anche sulla storiografia giuridica e politica prevalente o

chie nazionali europee di sposare appieno «la prospettiva politico-ideologica d'ispirazione religiosa», cfr. le del tutto condivisibili osservazioni di Galli della Loggia [1998, 123 e 127].

³⁸⁰ Cfr. sul punto la densa riflessione di Sacerdoti [2002, spec. 81-95 e 307-66].

³⁸¹ La formula, forte e precisa, è di Sylos Labini [2001].

³⁸² Cfr. Croce [1967].

³⁸³ Galli della Loggia [1998, 129].

pressoché egemone. Il grande problema che ne deriva e che costituisce ancor oggi il nodo gordiano davanti al quale tutte le analisi *politically correct* della scienza politica corrono il rischio di arenarsi è l'assenza di un vero «popolo» sul quale esercitare una corretta «sovranità» e che a sua volta sia in grado di esercitare un efficace controllo su di essa.

Questa situazione genera una vita pubblica che si realizza all'insegna del paradosso: a uno Stato-apparato elefantiacco, vessatorio, roboante, rigonfio di retorica bolsa e caratterizzato da un cerimonialismo stucchevole (mentre nei paesi a tradizione statuale le istituzioni sono tanto efficaci quanto sobrie nelle loro rappresentazioni e nel loro funzionamento) corrisponde una agglomerato sociale sbandato, in perenne tensione anarcoide, nel quale allignano devianze e furbizie «creative» di ogni genere, spesso premiate dal successo personale e dalla soddisfazione accordata agli interessi particolari indifferenti al progetto comunitario (del resto inesistente o talmente sfilacciato da essere irricognoscibile con chiarezza da ogni cittadino).

Si può dire, in sintesi, che in Italia non abbiamo dello Stato che l'involucro, formalistico e vessatorio, senza la sostanza della statualità. Da questo «Stato senza statualità», dall'esistenza di un apparato pubblico non supportato dalla civilizzazione statale, e dunque votato all'autoipertrofia, derivano gran parte dei nostri problemi sociali e politici.

Qui sta il nucleo della nostra tormentata attualità, che solo una disincantata diagnosi storico-critica può mettere in luce. Senza far chiarezza sulle proprie origini storiche nessuna cultura può individuare le cause profonde delle difficoltà attraversate da un sistema sociopolitico in perenne affanno. In assenza di una diffusa consapevolezza circa le cause della propria condizione, trionfa l'astuzia di chi intende far tornare quei problemi, con gattopardesca abilità, a vantaggio dei propri interessi personali. Entrare appieno nella modernità politica, al pari che per ciascun individuo diventare adulto nella vita, comporta delle rinunce alle quali la minore età italiana non sembra dispo-

sta. Restare sotto l'eterna protezione casalinga di un'amo-revole e tirannica *Mater* è certamente più comodo che affrontare da soli un impervio viaggio verso l'ignoto. Così, la tradizionale assenza di statualità e la conseguente mancata formazione di un'opinione pubblica capace di esercitare un'efficace vigilanza sull'esercizio del potere si cumulano, nell'era mediatica e dell'agire comunicativo, con la proverbiale ipocrisia e indifferenza etico-politica delle comunità regionali nominalmente «italiane».

Il paese non è disposto alla logica della competizione e della concorrenza, perché nei gangli della sua secolare psicologia non è contemplato il senso del rischio per lo stesso motivo per cui non è predisposto alle «idee chiare e distinte». Così l'Italia resta ancora, come scrisse nel 1924 Ivanoe Bonomi, «un paese di debole resistenza» nel quale chi ne abbia i mezzi «può, quando voglia, procurarsi anche le forme esteriori del consenso»³⁸⁴. L'assenza di una vera opinione pubblica – frutto della mancata civilizzazione statale e dell'assenza di senso civico e di spirito delle istituzioni – provoca il trionfo di una «mentalità delle folle, che è sempre una mentalità impressionabile soltanto dai fatti appariscenti e clamorosi»³⁸⁵. La disattenzione agli interessi pubblici e l'assenza dello spirito di controllo sanciscono il drastico fallimento del sistema politico fondato sulla normale alternanza dei gruppi partitici che si contrappongono per la conquista democratica del potere³⁸⁶. Si determina invece un coacervo mostruoso fondato sulla cumolazione tra

³⁸⁴ Bonomi [1946, 137].

³⁸⁵ Ivi, p. 142.

³⁸⁶ A meno che non si voglia osservare il fenomeno dell'alternanza in un'ottica formalistica (come invero fa una parte dei politologi) e considerare riuscito quel sistema solo perché ha prodotto oggettivamente un certo alternarsi (che è piuttosto un altalenarsi) di partiti al governo. Quell'alternanza, infatti, a partire dalle elezioni del 1994 si è determinata o per un violento rigurgito moralistico-giudiziario o per l'insoddisfazione dettata per lo più dal mancato soddisfacimento da parte della politica attuata dal governo in carica dei propri interessi soggettivi o della categoria lavorativa di appartenenza, ma mai in ogni caso per un giudizio *politico* espresso da un'opinione pubblica omoge-

moralismo rigorista (quando si parla degli altri) e sregolatezza inesorabile (quando si agisce per sé).

Che la penuria di senso critico continui a pervadere nell'era mediatica le menti delle «folle» è storia ben nota³⁸⁷. Che la mancanza di responsabilità e di senso dello Stato abbia traviato e corrotto il ceto politico non cessa di provocare lo stupore e il disgusto di chiunque senta di avere a cuore le sorti della cosa pubblica e il destino della società in cui vive e opera, avvertendo nel contempo un drammatico senso d'impotenza a invertire la rotta destinato a convertirsi in cupi sentimenti introvertiti di rassegnazione.

Che però il morbo veicolato da questa *forma mentis*, così pervicacemente antistatuale, sia giunto a contagiare anche l'ambito degli studi storici, depotenziandone l'energia critica vitale e rendendoli asseverativi dello *status quo*, è davvero lacerante e provoca l'istinto sussultorio dell'uomo in rivolta³⁸⁸.

I «chierici», lo abbiamo appreso da tempo, tradiscono con facilità i loro compiti primari³⁸⁹. Dovremo allora rassegnarci a rinunciare definitivamente, oltre alla civiltà statuale che non abbiamo mai saputo costruire, anche alla possibilità di rintracciare i percorsi perduti della nostra memoria?

L'État n'est pas dans l'histoire cette espèce de monstre froid qui n'a pas cessé de croître et de se développer comme une sorte d'organisme menaçant au-dessus d'une société civile. Il s'agirait de montrer comment une société civile, ou plutôt

nea. Molte considerazioni interessanti al riguardo in Pasquino [2000, 2002, 2007 (ed. in progress)].

³⁸⁷ Cfr. Canetti [1987].

³⁸⁸ Cfr. Camus [1957].

³⁸⁹ Il riferimento è ovviamente al notissimo Benda [1975]: nell'edizione francese che utilizzo vi è una *Introduction* di André Lwoff (1902-1994), premio Nobel per la medicina nel 1965 (assieme a François Jacob e a Jacques Monod), nella quale si legge (nel par. intitolato «Les clerics et l'État») la seguente frase: «Le cleric ne peut se concevoir que dans le cadre d'un État policé, civilisé, qui seul permet le développement des valeurs universelles» (p. 15).

tout simplement une société gouvernementalisée a, à partir du XVI^e siècle, mis en place quelque chose, ce quelque chose à la fois de fragile et d'obsédant qui s'appelle l'État.

M. Foucault (*Sécurité, Territoire, Population*)³⁹⁰.

Se un eccesso di acutezza e di inquietudine intellettuale – è necessario riconoscerlo perché la storia ce lo dimostra reiteratamente – corrompe, come un alcaloide, lo Stato, questo tocca la sua maggiore robustezza quando un popolo possiede un certo strano e nativo dono di comando. Questo fu il caso di Roma, come ora lo è dell'Inghilterra. E, notevole somiglianza, tutt'e due i popoli sono popoli che si caratterizzano per la loro maniacca conservazione del passato

J. Ortega y Gasset (*L'origine sportiva dello Stato*)³⁹¹.

³⁹⁰ Foucault [2007, 253 (lezione dell'8 marzo 1978)].

³⁹¹ Ortega y Gasset [2007, 109].

CAPITOLO SESTO

DALLA MEDIAZIONE PATRIARCALE ALLA MEDIAZIONE BUROCRATICA: IL REGRESSO BARBARICO VERSO IL GOVERNO OCCULTO DEI GIUDICI

1. *La metamorfosi dell'ideologia giuridica nel mondo post-moderno*

Una questione che, almeno a mia conoscenza, non è mai stata posta nel dibattito sul conflitto tra i poteri è la seguente: che cosa resta dell'ideologia classica del giurconsulto medievale e moderno nella mentalità e nella psicologia (e di conseguenza nell'agire pratico) del giurista contemporaneo? In altre parole, ha il giurista attuale completamente superato il metodo della «mediazione patriarcale», ossia l'attività giurisdizionale fondata sulla concezione del diritto come *Scientia Juris*, una «scienza» di origine divina che caratterizzava l'attività dei loro colleghi del Medio Evo e che continuò a esercitare una certa influenza anche su alcuni giuristi dell'Età moderna (secoli XVI, XVII e XVIII)?¹ È il giurista divenuto ciò che si voleva fare di lui? È divenuto davvero ciò che il pensiero moderno con la sua concezione della trasparenza antiformalistica che progressivamente si afferma dall'Umanesimo all'Illuminismo voleva fare di lui, ossia il fedele funzionario dello Stato votato alla pura applicazione della volontà legislativa espressa dal potere politico e contenuta nelle norme giuridiche positive? La stessa questione potrebbe anche essere posta in termini più squisitamente storiografici: la Rivoluzione francese è riuscita per davvero a determinare, come i suoi protagonisti vollero, una netta e definitiva cesura rispetto alla *forma mentis* tradizionale, del modo di pensare e conseguentemente di agire, degli

¹ Sul concetto di «mediazione patriarcale», cfr. *supra*, cap. I, par. 5.

operatori del diritto e della giustizia, in primo luogo di magistrati e giudici?²

Invero la convinzione che il lavoro di «dire il diritto» abbia espulso da sé ogni residuale elemento di natura «divina» e ogni entità soprannaturale, metafisica, sembra oramai un dato acquisito negli ambienti giuridici e giudiziari contemporanei, un dato che nessuno oserebbe più mettere apertamente in discussione. Il positivismo giuridico – che a mio personale giudizio costituisce, senz'alcun ragionevole dubbio, un netto progresso in rapporto alle concezioni del diritto naturale classico e *a fortiori* del diritto divino – ha favorito la diffusione dell'idea che nell'attività giurisdizionale non vi sarebbe alcuna traccia, alcun residuo di elementi meta-giuridici, ossia meta-normativi. Essere positivisti significa credere fermamente che la giurisdizione sia un'attività «pura», nel senso che essa non è che la trasposizione in un caso concreto della disposizione che la norma di legge formula in astratto. Il giudizio è e non può che essere una semplice riproduzione in fase applicativa della volontà espressa dalla legge, e il giudice non dev'essere che un mero funzionario che esegue la volontà sovrana che il potere politico ha concentrato nel testo di legge.

Si può ben dire che non vi sia più nessuno (o quasi) oggi che si spingerebbe a sostenere l'idea che l'attività di giudice o più latamente di giurista a qualsiasi titolo sia fondata su un *munus* di origine divina o in qualche misura trascendente. Rispondere al classico «quid juris?» in una fattispecie concreta non è più considerata dalla comune opinione dei giuristi e degli operatori del diritto una «creazione» o una «rivelazione», ma solo una corretta e fedele «applicazione» di leggi preesistenti. La giurisdizione – è questo il fondamento di questa concezione – è

² Come ha scritto molto efficacemente Jacob [2000, 7], vi sono nella storia giuridica e giudiziaria dell'Europa occidentale delle forme identiche che si riproducono all'infinito e che «rivoluzioni e riforme alterano sempre meno profondamente di quanto i loro autori non ne accarezzino l'illusione».

un'attività del tutto «secolarizzata». «Dire il diritto» è diventata una pratica del tutto razionale e deduttiva, ossia una funzione provvista di un proprio statuto epistemologico, di un proprio metodo scientifico, consistente cioè in procedure suscettibili di controllo razionale da parte di chiunque, un'attività, insomma, nella quale non vi è più nulla di metafisico. Diametralmente all'opposto, ciascun operatore del diritto si qualifica come operatore razionale e qualifica la sua professione proprio per questa caratteristica essenziale: egli si limita ad applicare strettamente a casi individuali la previsione nomotetica contenuta in uno o più testi normativi, testi che non sono affatto eterni, immutabili, ma che possono essere modificati in ogni momento, qualora la volontà legislativa evolva sulla base di altre visioni del mondo, di altre concezioni giuridiche che investono la cultura e la mentalità del legislatore. Ad esempio, di fronte all'emergere di nuovi problemi sociali o di nuove scoperte scientifiche, la cultura diffusa in una determinata società si orienta in senso diverso dalla legislazione vigente e preme sugli organi istituzionali deputati a statuire le nuove leggi perché quelle leggi vengano cambiate. Si può anche verificare il caso che la pubblica opinione sia divisa o non pronta a propugnare certi mutamenti normativi e allora una spinta decisiva verso il mutamento può venire da una *élite* illuminata e «progressista» – ossia capace di guardare più avanti rispetto al corpo sociale, perseguendo un interesse pubblico che ancora non viene percepito chiaramente come tale – che assume la direzione del potere. Non sono affatto rari nella vicenda storica i casi in cui ciò sia avvenuto in modo casuale e apparentemente inspiegabile a un'osservazione storiografica che studi l'insieme delle condizioni suscettibili di favorire determinati sbocchi o soluzioni politiche piuttosto che altre. Il coraggio e la lungimiranza, in tali casi, di personalità carismatiche disposte a rischiare giocano un ruolo fondamentale ai fini del mutamento legislativo.

Quale che sia il motivo del cambiamento, ciò che più conta e che qui preme mettere in evidenza è che negli ordinamenti di diritto positivo la mentalità dominante è

ispirata al valore del mutamento attraverso un semplice atto di volontà e di responsabilità del legislatore: proprio ciò che, al contrario, non era possibile nell'ordine giuridico medievale e negli ordinamenti di antico regime in quanto il valore del cambiamento era in quei contesti negato in radice. Per i nostri antenati era «buono», «saggio», «opportuno» tutto quello che confermava la continuità. Il mutamento era guardato con sospetto e pendeva su di esso una presunzione (se non un'assoluta certezza) di errore di negatività e di dannosità. Il motivo è evidente: laddove il diritto sia definito come un frammento della Volontà divina e della Ragione assoluta (*Ratio scripta* era la formula usata al riguardo), il concetto di mutamento non è neppure pensabile in quanto il fondamento del diritto è individuato nel *corpus* immutabile di valori determinati una volta per tutte dalla creazione divina e dalla disposizione *una-tantum* dell'ordine cosmico-naturale e di conseguenza sociale, politico e istituzionale. Di conseguenza la giurisdizione diventa, in quel contesto, un'attività anch'essa munifica e divinatoria. «Dire il diritto» significa invenire in quel *corpus* immutabile la regola da applicare come frammento della Volontà divina insita nell'ordine prestabilito delle cose. Il giureconsulto diventa allora un sacerdote, un ministro-del-Divino che, fuori da ogni sua responsabilità, dispensa il sacramento del Potere che viene dall'Alto e di cui egli è «solo» il mediatore. In estrema sintesi la differenza tra i due ordinamenti (diritto divino-naturale o diritto positivo) è data dalla presenza o viceversa dalla negazione-espulsione della metafisica, della visione del mondo ispirata a valori trascendenti-assoluti o immanenti-provvvisori. Gli ordinamenti del mondo contemporaneo si sono assestati sul valore della negazione di ogni Valore trascendente nel diritto. Il diritto positivo e la visione del mondo che lo sorregge hanno realizzato – o almeno hanno programmaticamente inteso realizzare – l'espulsione dall'ordine pubblico e dall'ordinamento giuridico di ogni metafisica, separando così il diritto da ogni entità trascendente e riportando la norma al comando – o decisione responsabile – di una

volontà ben individuata, verificabile e sanzionabile da forme di controllo razionale (com'è il caso del controllo di costituzionalità) o popolare (com'è il caso delle libere elezioni che determinano la scelta e l'eventuale mutamento del potere di decisione).

L'antica formula del diritto romano «da mihi factum, tibi dabo jus», che costituisce da oltre due millenni il fondamento dell'attività giuridica occidentale, ha dunque, in questo nuovo contesto, assunto un significato del tutto diverso. Essa non vuole e non può più significare che di fronte a un fatto giuridicamente rilevante il giurista possa fornire una risposta elaborata a partire da principi giuridici e (soprattutto) da valori interpretati mediante una scienza esoterica, la *Scientia Juris*, attribuita a sacerdoti «iniziati» ai quali è stato attribuito il *munus* della *jurisdictio*. Al contrario, quel brocardo vuol significare che coloro ai quali viene affidata la funzione giudicante devono limitarsi a constatare la coincidenza del fatto loro sottoposto con la fattispecie contemplata nella previsione astratta della norma giuridica positiva. Il «dabo jus» non è altro, quindi, in quest'orizzonte di senso, che la semplice procedura consistente nell'«incollare» una norma giuridica sopra un caso concreto e giudicare quest'ultimo conformemente a ciò che la norma prescrive, verificando se e in che misura esso si discosta da questa prescrizione.

Il giurista contemporaneo sarebbe quindi, secondo questa visione delle cose, un operatore razionale, inserito in un sistema completo, autosufficiente e logicamente perfetto, nel quale egli è provvisto di tutti gli strumenti necessari per risolvere le antinomie che si presentano. Il giudice assume il dovere di garantire il funzionamento concreto del sistema secondo le disposizioni che questo stesso sistema fissa per il proprio funzionamento. La volontà sottesa a quelle regole è impersonale e totalmente obiettivata, «positivizzata», appunto, in un testo normativo preciso che il giudice non deve far altro che applicare. Il diritto sarebbe, in definitiva, l'oggetto «positivo» di una scienza assolutamente, radicalmente razionale, fondata su un processo deduttivo inteso nel senso più

rigoroso. E questa «scienza» è considerata dalla maggior parte dei giuristi e degli operatori del diritto contemporanei completamente «pura» o «autonoma», nel senso che essa sarebbe in grado di espellere ogni forma di assiologia, di metafisica e di morale dal diritto e dalla sua applicazione. Il giurista è colui che, fondandosi unicamente sull'uso della logica razionale deduttiva, procede alla sussunzione di una fattispecie sotto il precetto normativo che l'ordinamento giuridico prevede per casi identici o analoghi³.

E del pari «Stato di diritto» è quell'ordinamento politico-istituzionale fondato su questo presupposto di fondo del diritto positivo statuito da poteri controllabili, responsabili, sostituibili senza violenza rivoluzionaria e applicato sulla base della razionalità formale da giudici indipendenti dal potere politico ma soggetti alle norme oggettive da quello sancite in conformità alla legge fondamentale (negli ordinamenti costituzionali). Ciò insegna la dottrina giuspositivistica. Ed è il Verbo predicato e diffuso in tutte le università degli Stati di diritto. Ma questo assunto ha un tallone di Achille. Che la giurisdizione consista solo nell'applicazione di una previsione normativa astratta (astratta fino al momento in cui si deve emanare una sentenza in un processo) è molto discutibile, in quanto quell'entità chiamata «norma» non è affatto quella che ordinariamente si crede, ossia una regola situata oggettivamente nell'enunciato di un testo di legge che basta assumere e applicare. Ciò che chiamiamo «norma» è un «oggetto» molto più difficilmente percepibile e apprendibile di quanto il senso comune tenda a credere. Essa non

³ Cfr. Troper [2001]. Una insuperata dimostrazione dell'impossibilità razionale e logica di fondare su presupposti etico-morali un ordinamento sociale, politico, giuridico e persino filosofico *tout-court* è nella celebre conferenza *On Ethics* di Ludwig Wittgenstein del 1929-1930 poi pubblicata per la prima volta nel gennaio 1965 in «The Philosophical Review», LXXV: cfr. Wittgenstein [1992, 5-18]. Sul concetto di «governo dei giudici» cfr. Troper [2002]. Sulla «teoria giuridica dello Stato» di Michel Troper, diretta applicazione della concezione giuspositivistica, rinvio al mio saggio-recensione Di Donato [2001b].

può essere disgiunta da un processo d'interpretazione⁴. E in questo processo d'interpretazione è inevitabile che la posizione personale dell'interprete che determina il giudizio assume un peso determinante. La norma non è affatto l'enunciato testuale della disposizione (costituzionale, legislativa o regolamentare). Il *testo* è solo il presupposto (se si vuole la premessa «maggiore») di un sillogismo che l'interprete svolge. Vi sono in quel sillogismo altri due elementi: il *fatto* (premesse «minore») e l'*interpretazione* che è decisamente l'aspetto fondamentale al fine di precisare il contenuto della «norma».

L'attività giurisdizionale è dunque un potere d'interpretazione mascherato da un dovere di applicazione. Ora, la vera questione è di sapere se quest'attività interpretativa intesa come «atto di volontà» piuttosto che come «atto di conoscenza», non nasconda a sua volta un *quid* – che non si saprebbe né pienamente definire né totalmente sopprimere – che metta eternamente in comunicazione quest'attività con una tendenza «metafisica». Se la norma in un ordinamento giuridico positivo non esiste in sé ma solo in un procedimento d'interpretazione concepito come una decisione volontaria (intrinseca quindi di un alto grado di «politicità esistenziale» del soggetto-interprete-decisore) è evidente che il diritto effettivo non sarà affatto «oggettivo» ma sarà al contrario costitutivamente gravido di soggettività volontaria. In altri termini, l'idea che il giurista attuale sarebbe solo un «applicatore» e non un «mediatore» e che conseguentemente egli si presenti come un'entità completamente indipendente dalla sua storia, un *homo novus*, un individuo «rigenerato» che ha realizzato «nientemeno che la nascita di una nuova specie» di operatori del diritto – come Mona Ozouf c'invita a pensare l'uomo uscito dalla Rivoluzione – e che non è in alcun modo legato da un rapporto di filiazione diretta ai suoi antenati, i giureconsulti medievali e dell'Età

⁴ Troper [1999 e soprattutto 2003]. Da vedere al riguardo anche Bechillon [1997].

moderna e alla loro «mediazione patriarcale», solleva più problemi di quanti contribuisca a risolvere e presenta a una rigorosa analisi razionale più di un elemento di perplessità e d'incongruità⁵.

2. *Le nuove vesti della «mediazione patriarcale» nel quadro dell'ideologia positivista*

Non è immotivato a mio giudizio porsi oggi una domanda che a dispetto del suo apparente anacronismo contiene in sé una profonda osservazione della realtà attuale, vista nel suo spessore diacronico, ossia nella prospettiva storica del suo «essere divenuta»: la discontinuità politica, sociale e istituzionale realizzata dalla svolta rivoluzionaria del 1789 è riuscita a produrre nella dinamica storica di lungo periodo una modificazione radicale della *forma mentis* di coloro ai quali è affidata la *potestas terribilis* di pronunciare una decisione giurisdizionale? Se si osserva la realtà attuale dall'angolo visuale di una prospettiva storica, si può agevolmente constatare che la mentalità dei giuristi – e segnatamente dei magistrati – è ancora impregnata dell'ideologia – per lo più dissimulata – della «mediazione patriarcale» e dei suoi corollari, a cominciare dal corporativismo professionale e dalle formule autocelebrative delle istituzioni giudiziarie. Michel Dobkine, direttore dell'*École Nationale de la Magistrature* di Bordeaux, la scuola dove si preparano gli uditori giudiziari francesi, ha dichiarato il 2 febbraio 2006 in un discorso tenuto in occasione dell'inaugurazione dell'anno di formazione dei nuovi allievi, che l'attività giurisdizionale conserva inevitabilmente in sé «un residuo del pensiero magico», a tal punto che egli si è sentito in dovere di mettere in guardia

⁵ Cfr. Ozouf [1989, 20]. La riflessione più profonda che mi è capitato di leggere sul tema del giurista come «medium» in grado di rielaborare con sapienziale maestria i materiali testuali rinvenendo la norma da applicare al caso è quella di Arnaud [1977].

i giovani futuri magistrati dal rischio di un «narcisismo giudiziario»⁶.

La scienza del diritto non si è mai rassegnata a essere un'*ancilla* del potere politico. Anche nel momento della sua massima compressione essa subì la svolta rivoluzionaria (ricordiamo che uno dei primi atti formali del governo rivoluzionario fu la sospensione e poi la definitiva soppressione dei parlamenti) piegandosi come le canne al vento, ma restando ben radicata nel suolo. I giuristi non si diedero per vinti, non introiettarono mai pienamente il principio della giurisdizione come mera applicazione della legge, ossia della volontà politica generale e astratta stabilita in un enunciato normativo, a un caso particolare. Non lo introiettarono e non lo metabolizzarono nella loro *forma mentis* anche quando per necessità strategica – di fronte al carisma e al potere napoleonico – non poterono non accettarlo. La loro insofferenza emerse già durante i lavori di redazione del codice (cioè nel momento del massimo trionfo del postulato legicentrico), tanto da sottolineare allo stesso imperatore l'ineludibile necessità di procedere in via interpretativa in alcuni casi oscuri e impossibili da chiarire oltremodo (sembra che Napoleone avesse esclamato al riguardo: «Pardieu, mon code est déjà perdu!»). Ciò è un chiaro indice che il mondo giuridico, e la magistratura in particolare, non ha mai fatto proprio – se non sul piano puramente formale – il principio della separazione dei poteri poiché non si è mai adattata all'idea del primato del potere politico. Al contrario, anche dopo Montesquieu i giuristi non hanno mai cessato di considerarsi, e di considerare la loro funzione di «jus dicere», appartenenti a una sfera investita di una «dignità» del tutto equivalente alle altre due. Del resto la separazione dei poteri, fin dal suo esordio (e con ogni probabilità fin dal suo stesso concepimento), venne compresa nel *milieu parlementaire* francese e nel mondo giuridico di tutt'Europa come una formula di compromesso

⁶ Cfr. «Le Monde», 2 febbraio 2006, p. 3.

capace di occultare efficacemente la volontà d'ingerenza politica del potere giurisdizionale. Si permetteva così alla magistratura di esercitare un'influenza sotto forme diverse dalla «mediazione patriarcale» classica – ossia scoperta e dichiarata – ben sapendo che in quel mutato ambiente sociopolitico e nel nuovo clima culturale sarebbe stato ingenuo proporla nelle vecchie forme istituzionali.

Separare le due sfere fu, nel contesto in cui la teoria venne formulata, la soluzione geniale per risolvere un conflitto politico-istituzionale divenuto ormai di straordinaria portata nel seno dello Stato assoluto. La teoria del *président* bordolese proponeva nei fatti la soluzione di un secolare problema politico determinatosi nello Stato senza rovesciare *ab imis* le sue strutture né compromettere i suoi equilibri istituzionali. Il disegno montesquiano affrontava la crisi affermando il principio fondamentale dell'equilibrio, della *balance*: nessuno dei due poteri l'avrebbe spuntata sull'altro ma, formalmente, tutti e due acquistavano uno spazio proprio ed esclusivo nel quale avrebbero dominato in piena autonomia, senza ingerenza alcuna da parte dell'altro. Era questa l'essenza del governo moderato: al sovrano era garantito l'esercizio del potere legislativo e la «puissance exécutive», mentre veniva lasciata «à ses sujets» (*i.e.* ai giuristi-magistrati) l'esercizio del «troisième pouvoir», la «puissance de juger» il potere giurisdizionale⁷. Così non vi sarebbe stato più scontro sui concetti di «giustizia delegata» e di «giustizia ritenuta». La funzione giurisdizionale non sarebbe stata più esercitata «par concession» in quanto non più

⁷ Montesquieu, *EdL*, parte II, lib. XI, cap. 6 (*Œuvres complètes*, éd. Pléiade, II, p. 397): cfr. Montesquieu [1996, I, 277]. Va notato che l'esposizione del grande *président* è sul punto sapientemente ambigua poiché inizia con l'affermazione (che apparentemente contraddice quella successiva secondo la quale «non vi è libertà se il potere giudiziario non è separato dal potere legislativo e da quello esecutivo»: *ibidem*) secondo la quale «il potere legislativo» è quello in base al quale «il principe o il magistrato fa delle leggi per sempre o per qualche tempo, e corregge o abroga quelle esistenti» (ivi, Pléiade, p. 396; trad. it., pp. 275-6; corsivo mio).

emanante da un «roi-justicier», bensì in forza della riconosciuta necessità che la giustizia debba essere garantita nello Stato di diritto da un corpo di competenti raggruppati in una istituzione di specialisti professionali. Montesquieu intendeva conciliare lo spirito critico della nuova filosofia dei Lumi, che reclamava libertà e trasparenza del potere, con la «pesanteur» del potere giurisdizionale, fondato sulla tradizione della *Scientia Juris*. Per lui, la «potenza di giudicare» era «in qualche modo nulla». Ma questa «nullità» del potere giurisdizionale non era affatto un'abdicazione agli affari di Stato. Al contrario essa celava, in realtà, una grande volontà di potenza politica⁸. La «separazione dei poteri» presupponeva nello «spirito della teoria» la «bilancia dei poteri».

Spirito filosofico, ma anche togato di razza, il signore di La Brède aveva un obiettivo ambizioso: salvare con la sua proposta entrambe le sfere di potere conferendo a ciascuna il suo spazio di autonomia. Ma il mondo parlamentare, ossia la magistratura, non era affatto disposto a rinunciare all'idea che la giurisdizione si limitasse agli affari contenziosi tra privati e non si addentrasse più nel territorio politico. Non a caso la posizione del *président* bordolese suscitò in una prima fase aspre reazioni tra i suoi colleghi togati, provocando attriti non lievi che si manifestarono prima sotto forma di malumori striscianti e poi d'irritazioni esplicite durante la crisi politica e costituzionale degli anni Cinquanta (1753-1754). Il *leader* del «partito» parlamentare, Louis-Adrien Le Paige, che guidò quella levata di scudi, aveva un'altra concezione dei rapporti tra potere politico e giurisdizione, certamente molto più tradizionale: i veri e unici «lumi» erano quelli del diritto e della cultura giuridica, quelli che provenivano dal possesso del potere munifico di «dire il diritto». La *jurisdictio* era l'unica fonte della *Ratio*. Le Paige pensava i

⁸ Su questo tema cruciale della «potenza nascosta della toga», cfr. Di Donato [2001a] e *supra*, cap. I; molti utili spunti in Renoux-Zagaté [2003].

robins come gli unici «hommes de raison». La vera «Ragione», per lui, era la ragione giuridica, la *Ratio scripta* cristallizzata da una secolare esperienza giurisdizionale nelle sentenze del Parlamento. La *Scientia Juris* era, in questa visione, il solo strumento legittimo per far vivere le norme e assicurare alla società un vivere «civile». Attraverso l'opera dei giureconsulti la società diventava una «société civilisée», una società governata dal diritto: la *civitas* evolveva così in *civilitas*. Il primato del diritto significava di fatto affermazione del primato della giurisdizione come potere privo di contrappesi efficaci. Sul piano dell'ordinamento politico-istituzionale questa teoria si declinava in un'alternativa secca: o uno Stato assoluto-giurisdizionale governato di fatto dagli *arcana juris* attraverso la «mediazione patriarcale» dell'alta magistratura; oppure uno Stato assoluto-dispotico nel quale la volontà personale del monarca non trovava alcun limite e controllo dinanzi a sé. I *robins* chiamavano il primo assetto «Stato costituzionale» e il secondo «Stato tirannico».

Questa sintesi teorica interpretava ed esprimeva i valori e i sentimenti politici più diffusi nel *milieu parlementaire* e più largamente in tutta la magistratura. Una posizione che non restò affatto confinata all'interno dell'esagono, ma che ebbe influenza e riscontri anche in altre significative realtà europee, penisola italiana compresa⁹.

È in questo modo che i giuristi operanti nelle più importanti istituzioni giudiziarie e politiche (nell'*Ancien Régime* ma anche nei secoli XIX e XX, fino ai giorni no-

⁹ Su questo aspetto dell'influenza della *robe* francese sui giuristi-politici italiani, rinvio al mio duplice volume: Di Donato [1996a, spec. cap. III, 247-682]; sulla dialettica istituzionale nella Francia di Montesquieu, cfr. Carcassonne [1927]; Egret [1970]; Alatri [1977]; per il profilo dei fondamentali orientamenti culturali, teorico-politici e ideologici della *robe* francese, cfr. Di Donato [2003a]. Si vedano, al riguardo, anche i pregevoli studi di Van Kley [1975, 1984, 1996 e 2002]. Un'acuta e ampia riflessione sul concetto di «dispotismo» in Felice [2001-2002, spec., sul tema specifico del dispotismo nella Francia del Settecento, I, 189-356, dove però si avverte la mancanza di un profilo sull'opposizione «dispotismo-costituzionalismo giurisdizionale»].

stri) concepirono la relazione tra i poteri dello Stato¹⁰. Il «rapporto tra tecnica giuridica e volontà politica» non poteva dunque essere inteso come un rapporto «di subordinazione della prima alla seconda», ma era piuttosto considerato come «una relazione dialettica» alla quale si addice molto di più l'espressione «parità o meglio opposizione»¹¹.

Il nucleo problematico della questione restava quindi (e resta ancora) intatto. Malgrado le apparenze e le speranze, il potere giurisdizionale tendeva (e tende ancora) a incrociare la rotta del potere politico, non fosse che per le inchieste sui dirigenti politici o su soggetti protetti da uomini o gruppi politici potenti. E anche senza voler spingersi a considerare casi così eclatanti, la giurisdizione era (e resta) destinata nel suo esercizio quotidiano a entrare pesantemente nel governo politico di una società. Decisioni come quella sulla proprietà di grandi gruppi editoriali o industriali, o sull'attribuzione di frequenze televisive o ancora sulla vita e sulla morte di degenti in stato terminale o vegetativo permanente come nella recente sentenza della corte di Cassazione sul caso Englaro, non sono forse esempi più che evidenti di questa «potenza politica della giurisdizione» anche nel mondo a noi contemporaneo? E del resto basta osservare, anche rapidamente, il ruolo o il massimario della suprema corte o anche quello dei tribunali e delle corti d'appello o d'assise, per rendersi conto perfettamente di questa palmaria evidenza. È un dato di fatto impossibile da evitare: «L'opera politica del giudice è ineluttabile»¹². In quanto «oracle of the Law»¹³, il magistrato assume un ruolo che è nel contempo «politico e profetico», poiché «è chia-

¹⁰ Per un recente esempio di questo retaggio culturale trasfuso nella lettura storiografica realizzata direttamente da autorevoli magistrati, cfr. Roselli [1986].

¹¹ Ivi, p. 476.

¹² Schwarz-Liebermann von Wahlendorf [1982, 154].

¹³ Ivi, p. 155 (l'espressione «oracoli del diritto» è all'evidenza ripresa dal celebre libro di Dawson [1978]).

mato a procedere a scelte alternative nella prospettiva della costruzione della società»¹⁴. Ed è chiaro che tracciare le linee-guida dello sviluppo del corpo sociale non altro significa che determinare «una valutazione» fondata su «un giudizio di valore» che è – propriamente – il fondamento della scelta d’indirizzo politico¹⁵.

È, d’altronde, per questa ragione che è stato autorevolmente sostenuto che «l’idea che i giudici possano esercitare un potere» non dovrebbe affatto scioccarci e che di conseguenza sarebbe necessario ammettere con sobrietà che i giudici «partecipano al governo della società». Una volta accettato questo principio di fondo, si può poi con la stessa serena fermezza porre la questione concernente «la specificità di questa partecipazione» per determinarne ambito e limiti nell’azione concreta della giurisdizione¹⁶. Dal mio punto di vista – quello di uno storico – tendo a credere che non si potrà comprendere in profondità – e risolvere – questo fondamentale problema dello Stato moderno e contemporaneo se non si studia la struttura «ideologica» dei *legum doctores* e degli operatori del diritto, segnatamente di coloro che assumono ed esercitano funzioni giurisdizionali. Quello su magistratura e potere politico è un discorso complesso che implica elementi di antropologia culturale e di storia delle mentalità, che – almeno così a me pare – solo molto raramente si vedono affrontate. Questo è il vero nucleo dell’intera questione.

Si è talvolta parlato, è vero, d’«ideologia» anche per la magistratura contemporanea, ma si attribuisce a questa espressione un senso piuttosto o (secondo i casi) molto diverso da ciò che si dovrebbe intendere quando si prende in considerazione la visione del mondo del giurista medievale così come quello dell’Età moderna e contemporanea e la metafisica rivestita dello strumentario tecnico che caratterizza l’attività giurisdizionale tanto

¹⁴ Ivi, pp. 154-5.

¹⁵ Ivi, p. 150.

¹⁶ Troper [2002, 332].

nel momento aureo della giurisdizione patriarcale quanto nell'epoca dell'esaltazione della «Scienza del diritto» positivo¹⁷. Si può dire qualcosa di analogo per quanto concerne «il carattere politico intrinseco della funzione giudiziaria» e il delicatissimo snodo del suo rapporto con il potere politico quale è stato strutturato, in diversi Stati, allo scopo di motivare il ruolo subordinato che la magistratura (quanto meno la magistratura inquirente) ha progressivamente assunto¹⁸.

Varie considerazioni – fondate tanto su qualche riflessione storica quanto su alcune osservazioni dell'attualità – spingono a pensare, o almeno a supporre, che

¹⁷ Cfr. Moriondo [1967].

¹⁸ Cfr. Ferrarese [1984, 114-25]. L'analisi proposta in quest'opera si fonda sulla teoria sistemica soprattutto di Parsons, Luhmann e Brede-meier che osservano il fenomeno del conflitto tra giurisdizione e potere politico dal punto di vista dello «scambio continuo che si determina tra le due sfere» considerate come dei «sotto-insiemi» del sistema generale (lo Stato). Questi eminenti autori considerano di conseguenza questo «scambio» come un fatto normale e, al limite, addirittura positivo. Ma questa visione sembra non tenere sufficientemente in conto gli effetti perversi che la «politicizzazione» della funzione giurisdizionale determina sull'equilibrio sociale e sulla protezione dei diritti individuali e collettivi. Inoltre, non viene in quella prospettiva considerato – o almeno quella visione sottostima alcuni elementi della questione che sono invece cruciali – che quei due «sotto-insiemi» pretendono, ciascuno per proprio conto e nel proprio interesse, rappresentare il tutto della struttura sociale. Ciascuno di essi aspira, nei fatti, all'egemonia. Ora questa «rappresentazione del tutto» è concepita in modo diverso da ciascuna delle due sfere: il potere politico si vuole depositario unico della sovranità (ieri assoluta e legittimata direttamente da Dio, oggi democratica e legittimata direttamente dal consenso popolare) e di conseguenza esso tende a considerare la giurisdizione come una funzione derivata che resta all'interno della potestà sovrana, con il compito specifico di applicare a un fatto concreto la volontà suprema espressa in un testo di legge. La giurisdizione, a sua volta, non rimette in causa questo schema formale, ma lo interpreta diversamente: essendo indispensabile alla vita dello Stato di diritto, la funzione giurisdizionale non può ridursi a una semplice modalità di applicazione della legge, ma dev'essere necessariamente concepita come la vera sovranità sottostante, ossia occulta. Questa conclusione, fondata su una fine analisi della natura del potere giurisdizionale, è dimostrata con argomenti molto penetranti e persuasivi da Troper [2001 e 2003].

il legame della giurisdizione contemporanea con la *jurisdictio* (medievale e moderna) fondata sulla «mediazione patriarcale», ancorché rivestita di un abito «positivistico», esista ancora e che sia, allo stato, quasi impossibile sradicarla poiché l'attività di giudicare comporta di per sé una prestazione che si situa naturalmente «tra politica e sacerdozio»¹⁹.

3. Percorsi storici

Abbiamo appreso dal bel libro di André-Jean Arnaud, *Da giureconsulti a tecnocrati* (traduzione italiana, pubblicata nel 1993, di *Les juristes face à la société du XIX^e siècle à nos jours*, uscito nel 1973 in Francia)²⁰, che dopo la svolta rivoluzionaria e la parentesi napoleonica, iniziò un lungo periodo di «recupero» del potere giurisdizionale, che, tappa dopo tappa, nel corso del XIX secolo, costruì un nuovo trionfo del potere esegetico dei giuristi nel XX, paradossalmente proprio nella fase in cui si assiste all'«esplosione» (nel duplice senso di massima diffusione planetaria e di erosione-superamento ad opera di altre forme ordinamentali dal basso e dall'alto) del diritto statale codificato. A suo tempo la codificazione, seguita dall'esegesi, aveva condotto – è un dato innegabile – a un forte indebolimento della «politicizzazione» della giurisdizione, fino a un suo quasi completo annientamento. Un crescente «pathos anti-giurisprudenziale»²¹ aveva raccolto l'eredità della violenta reazione antiparlamentare (nel senso di ostilità ai poteri politici dei parlamenti dell'*Ancien Régime*) alimentata da una certa corrente dei Lumi (e qui il pensiero corre immediatamente al Voltaire dell'*Histoire du Parlement de Paris* e del *Siècle de Louis XIV*), che aveva nutrito la linfa dell'ideologia rivoluzionaria. Al punto da poter suffragare una innovativa

¹⁹ Cfr. Bancaud [1993].

²⁰ Arnaud [1993].

²¹ Cfr. Lombardi Vallauri [1967, 205].

tesi storiografica secondo la quale l'89 servì soprattutto per liquidare definitivamente il potere politico della magistratura parlamentare, un obiettivo che da Richelieu in poi era stato il sogno irrealizzato di ogni governo regio e, dopo essere riuscito con la *réforme* Maupeou tra il 1771 e il 1774, era clamorosamente e inspiegabilmente fallito, con il *rappel* dei parlamenti voluto dal triumvirato Maurepas-Miromesnil-Turgot. La Rivoluzione aveva esaltato quel *pathos*²² culminato nel grido ruggente di Robespierre che in un celebre discorso all'Assemblea Costituente, il 10 novembre 1790, giunse a dire: «La parola “giurisprudenza” deve essere cancellata dalla nostra lingua. In uno Stato che ha una Costituzione e una legislazione, la giurisprudenza non è altro che la legge»²³.

Il concetto stesso d'«interpretazione» muterebbe allora di significato. Gli esegeti annunciarono l'inizio di una nuova era della civiltà giuridica fondata sulla fine dell'interpretazione creatrice. Il fine della codificazione era esplicito: si trattava «di obbligare il giudice ad applicare la legge senza permettergli di giudicarla sotto pretesto d'interpretarla»²⁴. Il «principe dell'esegesi», Charles Demolombe osservò che «l'interpretazione consiste nello spiegare la legge; interpretare è scoprire, delucidare il senso esatto e proprio della legge. Interpretare non significa cambiare, modificare, innovare, ma dichiarare, riconoscere»²⁵. Il prezzo pagato era tuttavia molto caro. A tal punto che persino l'insegnamento del diritto era stato fortemente limitato. Non solo i giudici, ma anche i professori delle Facoltà universitarie di diritto dovevano sottomettersi servilmente alla stretta volontà politica in-

²² Quenet [1997, 126].

²³ Cfr. Troper [1996, 68; 2001, 166]. Considerazioni molto simili in Dauchy e Demars-Sion [2005, 19], secondo cui «il movimento iniziato nell'Antico Regime [di ostilità alla magistratura parlamentare...] non farà che esacerbarsi dopo il 1789. Questo movimento condusse alla codificazione del diritto, all'affermazione della supremazia della legge e a una vera e propria diffidenza verso i giudici».

²⁴ Renoux-Zagamé [2005, 24] ed Ead. [2009].

²⁵ Cfr. Corradini [1971, 46].

trinseca ai testi di legge. Persino Charles Aubry, un professore strasburghese che fu sì un «esegeta» ma non tra i più ortodossi²⁶, affermò risoluto che «la divisa dei professori del Codice Napoleone è nient'altro che la legge»²⁷. Era il tempo in cui ci si vantava (secondo un episodio divenuto celebre per il suo senso del ridicolo) d'insegnare «non il diritto ma unicamente il codice Napoleone!»²⁸.

Sembrò allora, per un buon momento, che l'antico principio del diritto romano, recuperato e rilanciato dalla filosofia illuministica, secondo il quale «in claris non fit interpretatio», potesse finalmente trovare la sua piena realizzazione e che il problema posto nel XVIII secolo di una legislazione snella ed essenziale, comprensibile e nel contempo organica e completa fosse stato definitivamente risolto²⁹. L'interpretazione creatrice dei giudici era stata strettamente vietata e ogni interpretazione giudiziaria era ormai guardata come una grave violazione del dovere del magistrato. Si era passati dal «giudice onnipotente» al «giudice automa»³⁰. E si lanciava «senza sfumature in direzione dei giudici, l'idea di una interdizione a interpretare la legge»³¹. Inoltre, ogni cittadino alfabetizzato poteva comprendere da sé i commi del codice senza dover ricorrere alla mediazione esoterica di professionisti competenti in diritto: il nuovo ordinamento decretava l'inutilità dei *legum doctores*, dei togati, dei *sacerdotes juris*³². Napoleone – questa l'idea di fondo sottesa alla propaganda esegetico-positivistica – era riuscito a realizzare il mito

²⁶ Cfr. Arnaud [1993, 64-5].

²⁷ Cit. in Bergel [2006, 16].

²⁸ L'episodio riguardò un giurista dell'Esegesi, Buguet, ed è riportato da Bonnecase (nella sua nota opera su *L'Ecole de l'Exegèse en droit civil*, uscita nel 1924) e da allora è stato ripreso da molti autori, tra i quali Norberto Bobbio nel suo corso, ora classico, sul «positivismo giuridico» (tenuto nel 1963), e Luigi Lombardi Vallauri [1967, 205].

²⁹ Cfr. Cattaneo [1966]. Più di recente, cfr. Petronio [2002 e 2007] e l'intero volume curato da Ophele e Remy [2007].

³⁰ Cfr. Quenet [1997, 127].

³¹ Cfr. Hilaire [1994, 151].

³² Cfr. Corradini [1971, 38].

impossibile che aveva attraversato tutta la storia francese ed europea³³: il mito di un diritto chiaro, semplice, alla portata di ciascun individuo. Un lungo e tortuoso percorso dottrinale giungeva finalmente al suo traguardo politico e istituzionale concreto³⁴. L'ordine giuridico era oramai fondato su «un corpo di diritto» che si presentava «straordinario per semplicità e coerenza», al punto che si è potuto descrivere questo momento della storia giuridica come uno dei più rari passaggi «nella vita di una nazione occidentale» nella quale la legge era lo strumento «che liberava il diritto dai suoi arcani»³⁵. La mediazione patriarcale sembrava completamente eliminata. La legge era «pressoché tutto il diritto»³⁶. E al giudice veniva attribuita la «missione di applicare strettamente la volontà legislativa»³⁷. La giurisprudenza assunse da allora «il carattere di una dogmatica»³⁸. Si passava dal giureconsulto-interprete al giurista-burocrate. Al *munus* divino del giudice-prete succedeva la competenza specifica del funzionario-tecnocrate chiamato solo a dare applicazione a un diritto totalmente secolarizzato³⁹.

Il compito del giudice sarebbe consistito, dunque, nella mera applicazione di ciò che le disposizioni legislative dettavano. La «missione» di coloro che erano chiamati a esercitare la giurisdizione passava da un'attività che si voleva al centro di un processo di dominio politico e sociale alla semplice «esecuzione delle leggi»⁴⁰, con una perdita secca del proprio capitale culturale, simbolico e

³³ Cfr. Halpérin [1992a e 2003].

³⁴ Cfr. Arnaud [1969]; Tarello [1976].

³⁵ Beignier [1999, 277-8].

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Ivi, p. 279.

³⁸ Lombardi Vallauri [1967, 208].

³⁹ Sulla dimensione concettuale di questo passaggio cruciale dall'ordine giuridico medievale e (in parte) dell'Età moderna al diritto contemporaneo, cfr. Renoux-Zagamé [2003]. Sul tema della secolarizzazione e della tecnicizzazione del diritto, cfr. anche le recenti osservazioni di Irti [2004a, *passim*; 2004b, 312].

⁴⁰ Troper [2002, 330].

sociopolitico. I giudici non disponevano più «del potere di formulare regole generali», come nell'*Ancien Régime*, ma erano tenuti a procedere secondo il sillogismo stretto nel quale la legge fungeva da premessa maggiore e il fatto da premessa minore⁴¹. Il diritto non era più una *Scientia Juris*, una scienza divina direttamente connessa alla «giustizia ideale» e alla «morale comune», ossia a quel *corpus* di valori assoluti che il giureconsulto assumeva attraverso la dimensione metafisico-religiosa secondo «un atto che fondeva i due ordini di giustizia, il terrestre e il celeste, il positivo e l'ideale»⁴², ma diventava ormai un puro tramite ripetitivo di norme giuridiche determinate, chiaramente definite, organizzate in un rigoroso ordine sistematico, nel quale gli elementi-norme dovevano solo essere applicati quando la fattispecie prevista trovava la sua realizzazione in un fatto⁴³. L'istituzione del *référé législatif* perfezionava e chiudeva il sistema⁴⁴. Il giudice non aveva alcun diritto d'interpretare la legge, neppure quando la formulazione del testo normativo gli sembrava oscura o ambigua. Bisognava in quel caso rinviare (*référer* appunto) la questione al potere politico che era il solo ad avere diritto di parola e di decisione sull'interpretazione e la modalità di applicazione di una norma.

Questa «secolarizzazione» del diritto e dell'attività giurisdizionale aveva dunque per scopo principale l'azzeramento della funzione creativa del giudice riducendo la sua attività alla pura e semplice applicazione della legge nel senso strettamente esecutivo. Si pretendeva che la volontà legislativa del potere politico fosse non soltanto la volontà suprema (questo era un concetto già chiara-

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² Jacob [2000, 7 e 9; cfr. anche 1996b].

⁴³ Cesare Beccaria fu il primo a formulare questa regola stretta del sillogismo in diritto penale.

⁴⁴ Cfr. Hilaire [1994, 151]. L'articolo 12 del titolo II della legge del 16-24 agosto 1790 disponeva per i casi dubbi che «i tribunali non potranno assolutamente fare dei regolamenti ma si rivolgeranno al corpo legislativo ogni qualvolta riterranno necessario sia interpretare una legge, sia farne una nuova».

mente presente nello Stato monarchico-assoluto, anche se in quel contesto aveva stentato a concretizzarsi ed era in più di un'occasione rimasto a uno stadio puramente teorico)⁴⁵, ma fonte unica dell'intero diritto.

Il celebre, tradizionale brocardo che descriveva il giudice come «bocca della legge» andava in quel nuovo contesto ad assumere un senso molto diverso. Prima della Rivoluzione, nell'*Ancien Régime*, nel sapienziale lessico della *robe parlementaire* e dei suoi *idéologues*, l'espressione «bocca della legge» significava che l'attività giurisdizionale, la *jurisdiction*, non era una semplice dichiarazione-applicazione della volontà legislativa, ma al contrario che essa era l'indispensabile passaggio attraverso il quale la volontà legislativa si perfezionava. In effetti, in un quadro nel quale l'ordine giuridico era legittimato dal diritto divino considerarsi come «bocche della legge» significava per i magistrati essere «bocche di Dio»⁴⁶. Ritroviamo costantemente questa concezione in molte fonti sia giurisdizionali – in primo luogo le *remontrances*, i giudizi in equità e gli *arrêts de règlement*⁴⁷ – sia dottrinali⁴⁸. La giurisprudenza – è ormai un'idea consolidata tra i maggiori specialisti di storia del diritto e d'istituzioni giudiziarie⁴⁹ – era nel sistema giuridico dell'*Ancien Régime* «una fonte del diritto, che per un verso ispirava il legislatore, per l'altro procedeva a interpretare autonomamente le fonti tradizionali del diritto, che erano oltre alla *loi*, la *coutume* e il *droit savant*»⁵⁰. I parlamenti, istituzioni giu-

⁴⁵ Per una dimostrazione ineccepibile di questa difficoltà delle monarchie di Antico Regime a tradurre in concreto il concetto di potenza assoluta (vuoi per la strenua opposizione dei parlamenti vuoi per tutta una serie di limiti posti dalla «nazione organizzata»), cfr. Mousnier [2002].

⁴⁶ Cfr. Di Donato [2003, 93-100].

⁴⁷ Cfr. Richet [1998]; Payen [1997 e 1999].

⁴⁸ Ad es. nel discorso di Louis-Adrien Le Paige, su cui cfr. Di Donato [2003, *passim* e spec. 173-389].

⁴⁹ Cfr. Hilaire [1994, 129-161; 2005, spec. 31-9]; Quenet [1997, 126-8].

⁵⁰ Dauchy e Demars-Sion [2005, 18].

diziarie e nel contempo politiche, non erano affatto disposti a lasciarsi considerare organi deputati alla semplice «applicazione» della legge formulata dal sovrano. Essi pensavano se stessi – e pretendevano di essere – gli organi giuridico-politici supremi, «sovrani», affermavano, che, attraverso la procedura di *vérification* delle leggi e il conseguente *enregistrement*, esercitavano un vero controllo preventivo di costituzionalità. Questo controllo era, in effetti, se si vogliono chiamare le cose con il proprio nome, una partecipazione dei giudici alla formazione della volontà legislativa⁵¹. I magistrati-*robins* difesero strenuamente, con ogni mezzo – lecito e illecito (si pensi al «rimedio terminale» della pornografia politica contro il re e la corte scatenata durante la *réforme* Maupeou a Parlamento soppresso) – questa loro posizione e le prerogative a loro dire «costituzionali» che erano attribuite *ab imis fundamentis* alla magistratura del regno. E occorre la Rivoluzione, con i suoi enormi prezzi, per sradicare le attribuzioni politiche dall'esercizio della giurisdizione.

È proprio questa, del resto, la ragione per la quale il progetto di Sieyès sull'istituzione del *jury constitutionnel* fallì nel 1795. L'idea di un controllo sulle leggi e di conseguenza sul potere sovrano da parte di un organo che, comunque lo si volesse intendere, era attinente alla sfera giurisdizionale e munito di un potere assoluto e irrefrenabile d'interpretazione ricordava troppo da vicino le prerogative parlamentari di *Ancien Régime*; e ciò suscitava delle forti apprensioni, toccava nervi ancora scoperti e provocava delle reazioni istintive contro il progetto. Sieyès, che conosceva perfettamente questa situazione psicologica diffusa, tentò di evitare le reazioni prevedendo un organo elefantino e pletorico, composto da un numero molto elevato di membri, per di più elettivi e per un mandato decisamente breve. Di conseguenza – pro-

⁵¹ Cfr. Mestre [1992]; Gojoso [2002]; Di Donato [2004 e 2005]. Va tenuta naturalmente in conto, al riguardo, l'opinione ben motivata di due grandi specialisti dell'argomento come Mousnier [2002, 137]; e Richet [1998, 27-30].

prio perché concepito volutamente così dallo spirito del suo creatore – quell'organo era destinato a funzionare in modo molto complicato e farraginoso. La finalità di questa complicazione era appunto d'impedire – e soprattutto di mostrare di farlo – la trasformazione del potere giurisdizionale, attraverso il giudizio di costituzionalità sulle leggi, in sovranità legislativa e quindi politica. Lo spettro minaccioso del potere politico-giudiziario dei parlamenti dell'*Ancien Régime* era ancora così forte a diversi anni dall'inizio della Rivoluzione da far sorgere una immediata ostilità a ogni progetto che tentava di coniugare in qualche modo il potere giurisdizionale con il potere politico. I protagonisti del periodo rivoluzionario erano tutti perfettamente coscienti e ben memori dell'immenso potere politico che la magistratura dello Stato assoluto aveva acquisito tramite la giurisdizione parlamentare. Per questo essi erano disposti a tutto pur di evitare il rischio di ricadere – anche sotto mentite spoglie – in quella, ai loro occhi, orribile situazione⁵².

Tutto ciò costituiva una sorta d'infatuazione collettiva che operava nel profondo delle coscienze politiche a dispetto della realtà storica che, proprio per effetto di quella dimensione mitico-simbolica, veniva drasticamente rimossa. Questa ricostruzione del passato era solo in parte fedele alla realtà, poiché se è innegabile che l'azione dei parlamenti aveva conosciuto momenti di trionfo e che nel complesso il potere togato era stato nella Francia assolutistica una costante che nessun sovrano era mai riuscito completamente e definitivamente a domare, tuttavia neppure erano mancati i momenti in cui la decisione poli-

⁵² Cfr. Quenet [1997, 126]; Martucci [2001, 279-83]; Di Donato [2004, 158-9]. Acutamente Cohen-Tanugi [1985, 87] mette in evidenza che «l'ostilità della Francia post-rivoluzionaria ai parlamenti dell'Antico Regime spiega senza dubbio la prolungata e sorprendente assenza, nella storia della democrazia francese, di un controllo di costituzionalità che ha cominciato davvero a esistere soltanto nel 1958 e a giocare un ruolo significativo nella vita politica nazionale soltanto all'inizio degli anni '70».

tica dell'*establishment* di governo era riuscita ad assestare colpi di notevole entità alla *robe* (si pensi oltre al periodo «solare» di Luigi XIV anche alla Francia del cardinale Fleury e, naturalmente, alla *réforme* del cancelliere Maupeou, che i magistrati, forse non a torto per le condizioni dell'epoca, considerarono un vero *coup d'État*). Né può essere sottaciuto che la dottrina assolutistica si era sempre sforzata di presentare la legge come volontà monocratica del re, mentre la sovranità era nei fatti oscillante, cosa che – come si è già sottolineato – non sfuggì all'acutezza di uno spirito muliebre, tra i più raffinati per precisione e lucidità, come quello di Madame d'Épinay⁵³.

Non bisogna mai dimenticare, inoltre, che questa dottrina del potere assoluto era stata il prodotto dello stesso «laboratorio» che aveva distillato il pensiero costituzional-giurisdizionale⁵⁴. Questo apparente paradosso che vede i giuristi parlamentari schierati su posizioni sia costituzionalistiche-giurisdizionali sia assolutistiche si può spiegare se si opera lo sforzo di legare la produzione dottrinale dei teorici del diritto con il piano strategico concepito dal «grande corpo dello Stato», espressione con cui Françoise Autrand ha felicemente definito la magistratura parlamentare⁵⁵. Non vanno al riguardo trascurati i tempi originari e l'evoluzione dei fenomeni osservati⁵⁶. Erano stati i giu-

⁵³ Su questo carattere oscillante del potere tra *robe* e *royauté*, come fattore tipizzante dell'ordinamento politico francese nell'età dello Stato cosiddetto «assoluto», nella ricostruzione di M.me d'Épinay, cfr. *supra*, cap. II, nota 156.

⁵⁴ Rinvio, su questo fondamentale aspetto, al mio specifico studio: Di Donato [2003] e al suo completamento in due volumi di prossima pubblicazione.

⁵⁵ Cfr. Autrand [1981].

⁵⁶ Per inquadrare correttamente questo difficile problema occorre inoltre possedere affilati strumenti tecnico-giuridici, oltre che storici. L'assenza di questa componente metodologica può creare seri problemi d'interpretazione storiografica distorcendo il giudizio e causando spiegazioni del tutto insoddisfacenti e assai poco persuasive, come accade nel – per altri versi importante – volume di Maire [1998]. In questo studio l'A. mostra di credere *in toto* alla «fede» assolutistica dei *robins* (soprattutto nella dottrina lepaigiana) senza tenere in alcun

reconsulti a elaborare – già tra il XIII e il XVI secolo – i fondamenti della teoria della sovranità monarchico-assoluta⁵⁷. Si pensi solo allo sforzo di Pierre Flotte, di Guillaume de Plaisians o di Alain de Lille⁵⁸. Lo avevano fatto per un motivo squisitamente strategico-politico: si erano resi conto che l'affermazione della sovranità regia passava attraverso il propedeutico annientamento di tutte le forze alternative alla regalità (costituite soprattutto dalla Chiesa, dai feudi e dall'Impero). Fu allora che decisero di puntare tutto sullo scontro frontale contro quei nemici, favorendo nel contempo la sacralità del potere regio, una forza immensa capace di drenare un enorme consenso popolare sulla persona-simbolo del sovrano⁵⁹. In quest'azione essi misero il loro arsenale tecnico, argomentativo e retorico al servizio della causa «regalistica». Fu una scelta politica vincente, che consentì, nel contempo, di eliminare (mediante il diritto divino) ogni responsabilità dell'apparato giurisdizionale. Non rispondendo – con la sua sola coscienza personale – che a Dio, la persona del re era decisiva per sopprimere ogni responsabilità dei funzionari-*officiers*⁶⁰.

Una volta sgombrato il campo dai comuni nemici, si aprì una nuova fase politica nella quale l'oscillazione dialettica del potere tra giuristi e corona divenne la vera protagonista della scena. La possibilità di esercitare un controllo di legalità, oltre che di equità e di opportunità

conto l'altro versante della *thèse parlementaire* mirante a difendere le prerogative politiche e costituzionali della giurisdizione.

⁵⁷ Cfr. Krynen e Rigaudière [1992]; Krynen [1993]; Rigaudière [1994 e 2003]. Per una efficace sintesi generale del pensiero politico medievale in tema di sovranità, cfr. Fumagalli Beonio Brocchieri [2000], dove tuttavia non emerge il ruolo dei giuristi nella costruzione della sovranità regia, per la quale si veda invece il documentato studio specifico di Padoa-Schioppa [1999].

⁵⁸ Richet [1998, 41].

⁵⁹ Cfr. Mousnier [2002, spec. 118-23].

⁶⁰ Su questo argomento della separazione tra potere e responsabilità nell'azione degli apparati statuali, cfr. Di Donato [1996, *ad indicem*].

sui nuovi testi di legge⁶¹, fu il fondamento di una partecipazione, di non poco conto né di breve momento, della magistratura all'esercizio del potere legislativo. La posizione istituzionale dei parlamenti consentiva alla magistratura di negoziare con il governo del re quasi tutti i provvedimenti. La presentazione di questi ultimi come frutto della pura volontà del re (attraverso la formula «car tel est notre plaisir») fu pura propaganda di regime, una «vetrina» che i giuristi avevano tutto l'interesse ad asseverare fintanto che la sostanza delle decisioni veniva a corrispondere «a monte» al loro effettivo e consistente peso politico. Il potere occulto dell'apparato giurisdizionale valeva certamente di più, nella loro ottica, del potere palese del principe-monarca.

Certo, non va neppure sottaciuto che la partecipazione della magistratura alla funzione d'indirizzo politico non fu mai pacifica sul piano teorico-dottrinale, e fu anzi a lungo contestata – talvolta anche con feroce accanimento – sia direttamente dal re e dal suo *entourage* ministeriale sia da una lunga schiera di agguerriti pubblicisti, spesso giuristi anch'essi, vicini alla prospettiva *royaliste* (da Cardin Le Bret a Linguet). Tuttavia se si esaminano attentamente i testi più importanti provenienti dalla corona e dagli ambienti ad essa vicini (come il celebre discorso detto «della Flagellazione», tenuto da Luigi XV il 3 marzo 1766 e pare scritto da Maupeou)⁶², ci si rende immediatamente conto che si tratta con tutta evidenza di reazioni esasperate ed esplosive (si direbbe frutto più di disperazione che di volontà di potenza) di un sovrano che lotta contro un ostacolo che egli stesso, nel suo retro-pensiero, considera pervicace e insuperabile.

Il vero momento di crisi della mediazione patriarcale e del potere occulto dei giureconsulti-*robins* non fu mai, insomma, costituito dalla dottrina assolutistica (che non avrebbe potuto mai esserlo poiché essa era propria-

⁶¹ Richet [1998, 28].

⁶² Ivi, p. 159.

mente uno strumento concettuale e pratico forgiato da quella stessa *forma mentis*, da quella stessa ideologia giuridica che caratterizzava il corpo dei *legum doctores*), ma piuttosto la grande novità del XVIII secolo: la visione del mondo portata dalla filosofia dei Lumi⁶³. Di fronte a questa radicalmente nuova *Weltanschauung*, che evocava la trasparenza del potere e il controllo di una opinione pubblica tratta fuori dalla secolare oscurità dell'ignoranza, la mediazione patriarcale dei giuristi venne irrimediabilmente votata a entrare in crisi.

Ciò nonostante gli *arcana juris* seppero ancora una volta mutar volto per sopravvivere alle terribili vicissitudini che li attendevano. Fin dall'entrata in vigore del codice di Napoleone «gli uomini di diritto, i giudici come i professori, continuarono a pensare il rapporto tra la nuova legge stabilita dal codice e le leggi precedenti, fondandosi sui principi tradizionali». Si trattava d'altronde di principi «che da molti secoli governavano i loro metodi d'interpretazione»⁶⁴. La nuova legge, il nuovo sistema giuridico non pervennero affatto a scardinare la *forma mentis* tradizionale dei giureconsulti, che furono abili a preservarla persino sotto la spessa coltre del positivismo esegetico. Il nuovo ordinamento era destinato per molti di loro ad «aggiungersi al diritto preesistente»⁶⁵. Del pari il diritto anteriore e soprattutto la mentalità precedente dei giuristi, fondata sulla metafisica e sull'assiologia giuridica tradizionale, restarono «la base dei metodi d'interpretazione» che essi seguirono a «mettere in atto»⁶⁶. I *legum doctores* continuarono ad avere fisso davanti agli occhi «il riferimento a una sorta di regola permanente, percepita come fondamento dei diversi elementi della tradizione giuridica e concepita come un'entità che espri-

⁶³ Sul punto, oltre al classico di Cassirer [1932], sono ancora da vedere le belle pagine, sempre fresche e attuali, di Tarello [1976, 319-82], dedicate all'«illuminismo giuspolitico».

⁶⁴ Renoux-Zagamé [2005, 29].

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ *Ibidem*.

meva la “natura delle cose”» (quest’ultima espressione è di Merlin di Douai), ossia una dimensione atemporale e universale⁶⁷.

In tal modo essi resisterono al cambiamento, attraversarono indenni la crisi e, dopo molti e decisivi sconvolgimenti, trovarono il modo di salvare – mascherandola – la loro *forma mentis* tradizionale, facendo emergere di nuovo l’essenza politica della giurisdizione anche negli ordinamenti a diritto totalmente positivizzato⁶⁸.

4. *Considerazioni disattuali*

È un fatto ormai notorio e provato da numerosi studi che il potere giurisdizionale conosce oggi una «espansione planetaria»⁶⁹. Per definire gli ordinamenti contemporanei Robert Badinter, noto studioso di diritto costituzionale, ministro francese della giustizia dal 1981 al 1986, poi presidente del *Conseil Constitutionnel* fino al 1994, ha utilizzato l’espressione forte «democrazia giurisdizionale». Se si sostituisce al termine «democrazia» un altro, più neutro, come «ordinamento» o «Stato», si può agevolmente constatare che il fenomeno non è solo contemporaneo ma ha un’origine molto più antica: l’espansione del potere giurisdizionale è osservabile già nello Stato monarchico-assoluto dell’*Ancien Régime*.

In quel contesto l’opposizione che la magistratura parlamentare conduceva contro il potere politico, bersa-

⁶⁷ Ivi, p. 34.

⁶⁸ È sufficiente limitarsi al riguardo alla legge del 1837 sul recupero dei poteri interpretativi dei magistrati nelle sentenze della Cassazione «a camere riunite» e alla progressiva «rinascita della dottrina giuridica» che culminò nel grande affresco del «metodo d’interpretazione» di François Gény tra l’ultimo quarto del XIX secolo e il primo del XX: cfr. Arnaud [1993, 40-1 e 136, 141-2]. Sulle influenze dottrinali del pensiero giuridico sulla codificazione, cfr. Arnaud [1969] e ora Gaurard [2009].

⁶⁹ Tate e Vallinder [1995]. Cfr. anche Cappelletti [1990]; Bruti Liberati, Ceretti e Giasanti [1996, 188-92]; Pizzorno [1998, 6].

gliando continuamente il governo regio, assumeva fatalmente un carattere rivoluzionario⁷⁰, poiché il «re cristianissimo», in teoria titolare esclusivo del potere, era l'immagine di Dio in terra. Dal momento dell'incoronazione e della sacra unzione con l'olio santo il sovrano, successore del leggendario San Marcoul, diventava persona sacra e santo a sua volta. La «lotta politica», per riprendere l'espressione che adoperò Paolo Alatri, l'«opposizione parlamentare», secondo i termini di Jean Egret, o la semplice «resistenza» contro il volere del re e del suo governo assumeva dunque, nell'economia del capitale simbolico-politico dello Stato assoluto, un valore molto pregnante. E non furono rari i momenti in cui il conflitto raggiunse livelli così vertiginosi che fu sul punto di provocare l'esplosione dell'intero sistema. I magistrati sapevano però tendere la corda fino al suo massimo punto di tensione senza spezzarla. Sapevano che il loro disegno politico non si esauriva in qualche rivendicazione sporadica su questo o quel provvedimento, ma era di lungo respiro: proveniva da lontano e lontano era destinato a proseguire. Perciò essi non esitavano a ricorrere a tutti i mezzi anche i più spregiudicati, compresa la simulazione di «tregua» (come accadde ad esempio negli anni Trenta e Quaranta del Settecento) o la finta blandizia. Con sottilissima astuzia, affermavano, ad esempio, che il bersaglio dei loro strali non era la persona del sovrano, al quale non mancavano d'indirizzare anzi espressioni di filiale benevolenza, di fedeltà e di sottomissione assoluta, ma i ministri da lui nominati. Questi ultimi erano nel linguaggio della *robe* «corrotti» e «infidi» per definizione. Erano coloro che ingannavano il sovrano, che, come Dio, era invece «buono e giusto». Tra l'altro, poiché spesso quei ministri erano scelti dal re tra i giuristi e segnatamente tra i parlamentari, essi erano tacciati di «tradimento» nei confronti del loro vecchio *corps* di appartenenza. Traditore

⁷⁰ Sul punto il vecchio studio di Rocquain [1878], contiene spunti ancora efficaci.

per eccellenza fu considerato il cancelliere Maupeou, che era stato primo presidente del Parlamento di Parigi prima di ascendere all'incarico ministeriale. L'odio che i *robins* gli riversarono contro fu dovuto anche a questo aspetto, tutt'altro che secondario per spiegare l'accelerazione dello scontro tra i due poteri in certi momenti e, più in generale, molte delle dinamiche che si sviluppavano all'interno dell'apparato assolutistico.

Lo schema della dottrina parlamentare utilizzava insomma un *escamotage* retorico per contrapporre la santa *ingenuitas* del monarca alla perfidia immorale dei suoi ministri. Con questa raffinata tecnica discorsiva i giuristi potevano quadrare il cerchio coniugando due obiettivi al primo sguardo inconciliabili: per un verso salvaguardavano l'ordinamento politico-istituzionale dello Stato assoluto, il diritto divino che lo legittimava e la struttura metafisica che lo supportava (con ciò assicurandosi anche la propria legittimazione in quanto corpo istituzionalizzato al servizio del monarca e della «Nazione»); per un altro potevano dispiacere appieno la loro azione di resistenza – anche durissima, fino al blocco totale delle udienze e al boicottaggio verso i provvedimenti governativi, cosa che comportava l'obbligata risposta, altrettanto dura, dalla parte opposta, con l'esilio del Parlamento o l'arresto dei magistrati più turbolenti⁷¹ – all'interno dell'apparato di governo nel tentativo di condizionarne in modo determinante le decisioni politiche. L'opposizione parlamentare dell'Antico Regime era quindi, *variatis variandis*, incomparabilmente più dura e agguerrita di quella della magistratura contemporanea, anche perché la saldatura dei giudici con l'opinione pubblica era allora ben più stretta e acritica di quanto non sia oggi. Con la loro attività a tutto campo – legale o illegale⁷² – i *robins* producevano delle vere e proprie scosse

⁷¹ Cfr. ora su questo specifico tema il ponderoso e pregevole lavoro di ricostruzione fondato su una vasta ricognizione archivistica di prima mano compiuta da Daubresse, Morgat-Bonnet e Storez-Brancourt [2007].

⁷² Si pensi solo alle tipografie clandestine impiantate dal gruppo to-

ideologiche e psicologiche destinate a far vacillare l'intero sistema socio-istituzionale dello Stato assoluto ancor più di quanto non riesca a fare l'azione politica che la magistratura pure esercita negli Stati «democratici-giurisdizionali» contemporanei.

Sembra, dunque, a ben osservare gli sviluppi della storia politico-giuridico-istituzionale almeno degli ultimi cinque secoli, che lo stato delle cose, pur mutando di aspetto, non sia molto cambiato nello schema di fondo e che la grande questione strutturale dello Stato moderno sia ancora la realizzazione di un rapporto corretto ed equilibrato tra potere politico e potere giurisdizionale. Da questo punto di vista va debitamente notato che, a dispetto delle formalistiche (e spesso retoriche) proclamazioni di principio, non si è riusciti finora a trasferire nella pratica dei sistemi politici le fondate e sensate conclusioni che le teorie giuridiche e politologiche, elaborate sui concetti di «separazione» e «bilanciamento» tra i poteri, hanno da tempo consolidato.

Tra i differenti tipi di potere giurisdizionale, quello che è esercitato dagli organi di controllo di costituzionalità delle leggi è progressivamente – e sembrerebbe inarrestabilmente – divenuto il più potente, esteso e nel contempo il meno controllato. Un aspetto a dir poco preoccupante poiché si tratta all'evidenza di una istituzione che fonde in sé al massimo grado il potere giurisdizionale e il potere politico. Di fronte a questa evidente concentrazione di potenza non bilanciata, più voci hanno proposto un'appropriata riflessione sullo straripamento sistematico nella sfera politica – il che fa pensare a una tendenza «naturale» di questo peculiare tipo di potere giurisdizionale – e segnatamente nel potere legislativo⁷³.

gato gravitante attorno al *milieu* giansenisteggianti di Le Paige e dei *convulsionnaires* e finanziate con il complesso meccanismo della *boîte-à-perrette*: cfr. Lyon-Caen [2002].

⁷³ Cohen-Tanugi [1985, 87], coglie bene questo aspetto quando segnala che «la problematica del controllo di costituzionalità in Francia [come ovunque] non è separabile da quella del “governo dei giudici”,

Lo slittamento della giurisdizione verso territori che sono propri della sovranità politica sarebbe, insomma, inscritta nella natura originaria, nelle radici «ontiche» del potere di *jus dicere*⁷⁴. È noto ad ogni cultore di storia giuridica che fin dalla nuova fondazione del diritto, nel Medioevo bolognese, la *jurisdictio* è stata concepita dai *sacerdotes juris* proprio come una «semantica del potere politico»⁷⁵. Almeno a partire da quel momento cruciale il potere di «dire il diritto» non ha più cessato di essere – e di essere pensato dai suoi titolari – come un potere intrinsecamente munito di un elevato grado di «politicità»⁷⁶: la tecnica giuridica divenne così il fondamento di una «politica del diritto»⁷⁷.

Se si considera appropriatamente questo fondamentale aspetto risulterà piuttosto ingenuo allo sguardo disincantato dell'osservatore contemporaneo considerare la sovranità *sic et simpliciter* secondo la celebre definizione di Jean Bodin – ossia come la mera attribuzione esclusiva a un soggetto del potere di «faire leggi» – mentre essa è all'evidenza palmare un meccanismo articolato nel quale l'ultima parola spetta ai giudici delle corti supreme e ad ancora maggior ragione ai «giudici delle leggi» che siedono nelle corti (o consigli) costituzionali. Il controllo di costituzionalità è definito ormai apertamente come lo svolgimento di «una funzione di carattere essenzialmente politico»⁷⁸. Da Kelsen a Piero Calamandrei i maggiori giu-

che riflette a sua volta la rivalità tra il potere politico e il potere giuridico».

⁷⁴ L'aggettivo – ed è di per sé un elemento linguistico di profondo significato storiografico – ricorre spesso nel lessico di Paolo Grossi, di recente nominato giudice della Corte costituzionale italiana, a proposito dell'ordine giuridico e dell'attività interpretativo-«inventiva» dei giuristi (soprattutto medievali): si veda al riguardo, come opera particolarmente rappresentativa di questa linea (anche se non la sola), Grossi [1995].

⁷⁵ Costa [1969]. Sul tema, cfr. *supra*, *Introduzione*, par. 3 e cap. I.

⁷⁶ Bellomo [1976].

⁷⁷ Ajello [1999, 323-6 e *passim* in tutta la parte seconda].

⁷⁸ Cappelletti [1990, 201].

risti del XX secolo «hanno considerato che si tratta qui di un'attività di natura più legislativa che semplicemente giudiziaria»⁷⁹. Tuttavia la giurisdizione costituzionale continua comunque a essere considerata il vertice della piramide giurisdizionale. Spesso – come accade in Italia per almeno 1/3 dei giudici costituzionali – una considerevole parte dei membri delle corti o consigli costituzionali sono dei magistrati o ex magistrati delle giurisdizioni superiori e in ogni caso gli altri membri devono essere obbligatoriamente (a vario titolo) dei giuristi. Ciò dovrebbe assicurare all'organo delle indispensabili competenze tecniche, ma al tempo stesso produce in queste istituzioni giuridico-politiche supreme un'incontrastata egemonia della *Weltanschauung* e dei metodi tipici della *forma mentis* dei giuristi e degli operatori del diritto. Questa condizione esalta ancor di più la politicità della funzione giurisdizionale e attribuisce un ulteriore ruolo politico ai magistrati e *lato sensu* ai giuristi.

In tutte le realtà politiche nelle quali si forma e si sviluppa un potere giurisdizionale, e persino quando questo potere s'impone al di fuori dello Stato tradizionalmente inteso, esso acquisisce immediatamente la tendenza a «creare diritto». Non si limita pressoché mai alla pura e semplice «applicazione» del diritto, per la ragione che questa «semplice applicazione» è impossibile. Oggi questa – a seconda dei punti di vista rassegnata o trionfale – constatazione è pressoché unanime tra i teorici del diritto e tra gli stessi studiosi di diritto positivo. Si è ormai generalmente persuasi che «l'interpretazione di norme prestabilite non può limitarsi a un'applicazione puramente passiva di regole generali e astratte a casi particolari. Essa [invece] presuppone sempre una parte d'innovazione, non solo nel reperimento di soluzioni puntualmente adeguate al caso, ma anche, spesso, di modalità d'interpretazione dei testi che conducono alla formazione di regole nuove»⁸⁰. Que-

⁷⁹ Ivi, p. 208.

⁸⁰ Bergel [2006, 12].

ste regole, fissate per via endogiurisprudenziale «a forza di ripetersi, per riallineamento o per autorità riconosciuta ai “precedenti”, divengono progressivamente delle vere e proprie norme. Il giudice si erge allora in una sorta di rivale del legislatore»⁸¹. Ciò però «rischia di rimettere in causa il sacrosanto principio della separazione dei poteri, fondamento delle nostre società democratiche moderne e di generare, qualora se ne presenti il caso, un rischio reale se non ineluttabile di arbitrio del giudice»⁸².

Il problema di fondo sta tutto insomma nell'estensione del potere dei giudici e della tipologia e modalità del limite che questo potere deve incontrare nei confronti della sfera politica. «La questione – come ha sintetizzato con la consueta acutezza Michel Troper – non è “dove vanno i giudici?”, ma “fin dove potrebbero andare se lo volessero e se fosse [ai loro occhi] necessario?”»⁸³. La risposta non può che derivare da un'osservazione realistica della situazione attuale e dell'evoluzione in atto. Così non si può non prendere atto che i giudici – e in massimo grado i giudici costituzionali – «possono non soltanto determinare il contenuto delle norme giuridiche che essi sono tenuti ad applicare, ma anche decidere che un enunciato qualunque presenti il carattere di una norma giuridica e persino modificare la collocazione di ciascuna norma nella gerarchia dell'ordinamento giuridico»⁸⁴, come accade ad esempio nella creazione giurisprudenziale della categoria della cosiddetta «sovralegalità costituzionale»⁸⁵. Occorre prendere atto perciò che *nella normale attività giurisdizionale sono i giuristi-interpreti a creare la gerarchia delle norme e non viceversa la gerarchia a fondare le decisioni dei giudici*. Fuori dall'interpretazione non vi è né norma né, *a fortiori*, alcuna gerarchia⁸⁶. Nella vita giuri-

⁸¹ *Ibidem.*

⁸² *Ibidem.*

⁸³ Troper [2006b, 37].

⁸⁴ *Ibidem.*

⁸⁵ Troper [1998a, cap. XV, 263-90].

⁸⁶ Cfr. Troper [2003, 67].

dica, quale che essa sia, comunque essa sia organizzata, non si può fare a meno del procedimento interpretativo. Dire che un testo «è chiaro» e che perciò non ha bisogno di essere interpretato «è solo un modo per dissimulare un potere d'interpretazione»⁸⁷. È, insomma, un modo per rendere invincibile il potere occultandolo⁸⁸.

Alla luce di queste crude e realistiche osservazioni bisogna concludere che oggi come ieri «la libertà giuridica dell'interprete è dunque totale, poiché egli può creare e ricreare ad ogni istante delle norme e delle relazioni tra le norme». In tal senso occorre riconoscere che il titolare di una funzione giurisdizionale «è il padrone del sistema giuridico»⁸⁹. La sola garanzia effettiva che questo potere non debordi in tirannia è nella pluralità delle giurisdizioni e che tutte insieme esse «formino un sistema. E questo sistema è costitutivo di freni che impediscono a ciascun interprete di esercitare completamente e ad ogni istante il suo potere discrezionale»⁹⁰.

L'attività di «dire il diritto» è dunque «politica in ragione del potere di interpretazione che essa implica»⁹¹. Si prenda al riguardo il caso attualissimo delle istituzioni giudiziarie europee, ad esempio la Corte di giustizia delle Comunità Europee⁹². Frenare questo potere dall'esterno – con un altro potere – è illusorio. Nella nostra realtà politica attuale il principio della separazione dei poteri, benché sia indispensabile a uno Stato di diritto per esistere, non produce ormai che un aumento dei conflitti e un'exasperazione della tensione tra potere politico e potere giurisdizionale. Ci è dato solo sperare in

⁸⁷ Ivi, p. 83. Sull'occultamento del potere del giudice per dissimulazione della libertà interpretativa, cfr. anche Troper [1998a, 117].

⁸⁸ Sull'argomento cfr. *supra*, cap. I.

⁸⁹ Troper [2006b, 40].

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ Cfr. Troper [1998a, spec. cap. VI, 109-21 (citaz. 120) e cap. XII, 215-31; 2003, 79 e 83; 2005, cap. VI, 85-97, cap. XV, 231-47].

⁹² Cfr., sul punto, Demaret [1996, spec. 352-64 (*Il giudice europeo creatore di diritto: l'attività normativa del giudice europeo*)].

una capacità di autolimitazione dei giudici?⁹³ Qui lo storico insorge. In tal modo, infatti, non ripiomberemo indietro esattamente alla proposta di Claude de Seyssel che, nel primo quarto del XVI secolo, formulò la sua celebre «teoria dei freni», secondo la quale bisognava aver fiducia nella capacità dei re di Francia di darsi da soli dei limiti legislativi?⁹⁴ In breve tempo apparve chiaro come il criterio dell'autolimitazione affidata solo alla coscienza morale *uti singuli* del detentore del potere era una membrana fragilissima che un soffio bastava a infrangere.

Si può agevolmente verificare la medesima difficoltà nella realtà attuale: «L'attitudine del legislatore europeo a reagire a fronte dell'attività normativa del giudice» è stata finora piuttosto flebile. Al contrario «la giurisprudenza creatrice di diritto della Corte di Giustizia è stata il più delle volte recepita, ossia consacrata e addirittura amplificata nella sfera legislativa»⁹⁵. Inoltre in diversi Stati – e a giudizio di molti osservatori internazionali l'Italia costituisce un'esperienza molto interessante al riguardo con il periodo cosiddetto di «Mani Pulite» – le inchieste iniziate dalla magistratura sull'attività di molti uomini pubblici con grandi responsabilità di governo politico o economico hanno di fatto messo la magistratura in una posizione eminentemente politica. Recentemente in Italia l'intervento della magistratura è giunto persino a determinare l'attribuzione del capitale azionario di una delle principali banche del paese. È evidente, dunque, come in simili condizioni sarebbe a dir poco ingenuo considerare il potere giurisdizionale come un potere a-politico. La teoria classica del diritto o, ancor peggio, la concezione formalistica della giurisdizione (considerata come una semplice applicazione di norme senza alcun potere discrezionale)

⁹³ Ivi, pp. 367-9.

⁹⁴ Cfr. Richet [1998, 44]. La *Grant' Monarchie de France* di Seyssel uscì nel 1519: cfr. Seyssel [1519]. Cfr. ora la più recente edizione Seyssel [1960].

⁹⁵ Demaret [1996, 369].

non ci aiutano affatto a spiegare e comprendere la complessa «realità effettuale» di oggi.

Uno tra i più attenti, colti e profondi giuristi italiani contemporanei, Stefano Rodotà, che è stato presidente dell'*Authority* sulla *privacy*, ha ben notato che l'attuale situazione socio-politica, in Italia e non solo, ha determinato un «enorme ampliamento del ruolo [... della] magistratura, eletta a solo e definitivo “tribunale della politica”»⁹⁶. E, in effetti, alcuni teorici del diritto avevano già notato da alcuni anni che «il ruolo “creativo” del giudice si è accentuato ovunque in virtù delle trasformazioni, al tempo stesso massicce e sottili, che la nostra società attraversa» e che «la giurisprudenza *praeter e contra legem*» espande sempre di più la sua sfera d'azione⁹⁷. Se si passa dal punto di vista giuridico e politologico a quello socio-giuridico le cose non cambiano di molto. Come ha scritto in un recente, lucido intervento sul tema Alessandro Pizzorno, l'aumento del tasso di conflittualità nelle società contemporanee determina immediatamente un rialzo dei ricorsi giudiziari e di conseguenza una forte dilatazione della sfera d'intervento socio-politico dei giudici⁹⁸.

Il cosiddetto «governo dei giudici» non è un rischio reale, se si considera il *light side* della funzione giurisdizionale, com'essa si posiziona e si manifesta nello Stato di diritto fondato sul governo democratico e sul principio della separazione dei poteri. Da questo punto di vista, l'affermazione di Michel Troper secondo cui non vi è oggi alcun pericolo concreto di un «governo dei giudici» nei sistemi giuridici europei e più latamente occidentali⁹⁹ è probabilmente esatta. È tuttavia se si considera, all'opposto, il *dark side*, la natura occulta del potere giurisdizionale, allora le cose possono essere viste da un'altra prospettiva forse un po' meno rassicurante. In tal caso bi-

⁹⁶ Rodotà [2006a].

⁹⁷ Schwarz-Liebermann von Wahlendorf [1982, 111].

⁹⁸ Pizzorno [1998, *passim* e spec. 43]. Esattamente come avveniva nell'Antico Regime.

⁹⁹ Troper [2002, 332].

sognerebbe parlare piuttosto che di un rischio astratto di «governo dei giudici» di un pericolo molto più concreto di un «governo del potere giurisdizionale». Questo pericolo si situa soprattutto nel carattere occulto intrinseco al potere di giudicare, un potere, come si è visto e – si spera – dimostrato che afferma la sua potenza nell'attimo stesso in cui la nega, manifestandosi ufficialmente come pura funzione di esecuzione della volontà legislativa.

Proprio Troper ci ha fornito una formidabile dimostrazione che il sillogismo giudiziario classico secondo il quale una decisione giurisdizionale non sarebbe che la fedele trasposizione applicativa di una norma (che costituisce la premessa maggiore) a un fatto (premissa minore) è falso. Quando i professori di diritto insegnano questa dottrina mettono in campo una struttura «grammatologica» formale che serve a nascondere una realtà destinata a restare occulta. Il sillogismo è falso perché la sua premessa maggiore (l'esistenza della norma prima e fuori dal procedimento interpretativo) è in realtà una finzione. Siccome la norma giuridica non esiste prima dell'interpretazione, la premessa maggiore del sillogismo giurisdizionale (la norma) deve essere scomposta in un altro sillogismo di cui essa non è che l'asserzione conclusiva. Questo secondo (e per così dire più «elevato») sillogismo è composto da un enunciato testuale (premissa maggiore) e dal processo d'interpretazione (premissa minore) che un giudice effettua in rapporto a quell'enunciato. La premessa minore di questo «retro-sillogismo» (l'interpretazione) è a sua volta il risultato di un altro sillogismo la cui premessa maggiore è l'ideologia dell'interprete (quest'ultima intesa non solo come *credo* politico, ma piuttosto nel senso weberiano di *Weltanschauung*, di «visione del mondo» sulla base di una scala personale di valori)¹⁰⁰ e la premessa minore è il contenuto del testo¹⁰¹.

¹⁰⁰ Su questo importantissimo tema del rapporto tra i valori e la loro tendenza a influenzare le scelte nel campo del diritto, cfr. Grzegorzyc [1982].

¹⁰¹ Sul «retro-sillogismo» o «sillogismo secondario», cfr. Troper [1998a, 115].

Ora, risulta chiaro che se l'applicazione delle norme dipende dai valori prescelti dall'interprete, il giudice non solo espleta una funzione che va ben al di là della semplice applicazione della norma (in quanto per applicarla egli deve necessariamente crearla), ma esercita un potere ideologico e quindi in sommo grado «politico» nel senso pieno del termine, e in qualche modo anche – come avrebbe forse detto Michel Foucault – «governamentale». «Governo» è infatti ogni attività in grado d'imprimere a un contesto sociale una direzione piuttosto di un'altra scegliendo i valori di riferimento e indicando in base ad essi i fini (l'indirizzo politico) da perseguire¹⁰².

Il potere politico-giurisdizionale è, allo stato delle cose, impossibile da eliminare senza ripensare *ab imis fundamentis* la struttura dello Stato moderno e l'articolazione delle sue funzioni, dei suoi poteri e dei suoi limiti. È precisamente il compito che la scienza giuridica e politica è chiamata ad affrontare e al quale, al contrario, essa ha per il momento abdicato. Non ci vorrebbe un altro Montesquieu, un altro Marx, un altro Max Weber? Forse meglio ancora se riuniti in un'unica mente.

5. *Poteri occulti: la donna, la Chiesa, la magistratura...*

Ma si' capitato malamente... Peggio nun te poteva succedere peché si' capitato ammieze a tre femmene e chella ca nun ricunusce è 'a peggia peché è ddoie vote femmena: una perché porta 'a pettola pure essenno n'omme e ddoje peché è prevete ca è 'a peggia razza 'e femmene ca sta 'ncoppe 'a faccia d' 'a terra. Te jà sta accorte peché si' ll'unico cazone ammezo a tre vunnelle e tu si' ancora troppo piccirillo pe' sapé ca è 'a vunnella c'agliotte 'o cazone e nunn'è 'o cazone ca straccia 'a vunnella¹⁰³.

¹⁰² Insuperata resta sul tema la sintesi di Bobbio [1985].

¹⁰³ Annibale Ruccello, *Ferdinando*, in Ruccello [1993, 171-2]: «Sei capitato male... Peggio non ti poteva andare perché sei capitato in mezzo a tre donne e quella di loro che non riconosci è la peggiore poiché è femmina due volte: la prima perché porta la gonna pur es-

... Ovvero: antropologia muliebre, teopolitica ecclesiale e ideologia giuridica. Quale rapporto tra questi tre àmbiti che il normale buon senso vorrebbe distanti e incomunicabili? Propongo qui, in conclusione del discorso, lo schema embrionale di una pista di riflessione – che si muove, non si tarderà a cogliere, nel solco foucaultiano – secondo la quale si può rintracciare una *episteme* comune – cioè un legame sommerso – fra queste tre entità: la psicologia e le strategie comportamentali dell'universo femminile; la mai dismessa velleità politica della Chiesa cattolica che, non potendo negli ordinamenti positivistici e costituzionali far valere *ex abrupto* la sua autorità, ricorre a (sempre più raffinati e impercettibili) strumenti d'incidenza indiretti e discreti o del tutto occulti; infine, la magistratura e la sua politica del diritto giurisprudenziale, ispirata al modello muliebre-ecclesiastico dell'incidenza velata.

Lo scopo di questo paragrafo conclusivo è quello di aprire una pista di riflessione per approfondire il tema del «potere occulto», il paradosso maledetto che rende così ardua la comprensione del paradigma funzionale del potere di «jus dicere». La tesi che s'intende proporre qui in prima approssimazione – e che verrà poi sviluppata in altra sede – si fonda su una duplice constatazione: la scelta dei giuristi di puntare sul carattere politico occulto del potere giurisdizionale, originò dalla continuità ideologica con i paradigmi della cultura ecclesiastica medievale e dall'emulazione nei confronti del modello strutturale della Chiesa. In quella dimensione la «mediazione patriarcale» costituiva il nucleo ineludibile della vita sociale. La centralità della Chiesa fu a lungo assoluta e indiscussa. Essa era direttamente collegata ai gangli profondi della religiosità e del sentimento universale dell'uomo

sendo un uomo; e la seconda poiché è prete, ossia la peggior razza di femmine che esiste al mondo. Devi stare attento poiché sei l'unico maschio in mezzo a tre donne [letteralm.: l'unico pantalone in mezzo a tre gonne] e sei ancora troppo giovane per sapere che è la gonna che inghiotte il pantalone e non [come erroneamente si crede] il pantalone che strapazza la gonna».

medievale, ne condizionava l'intera vita individuale e relazionale, l'immaginario simbolico e le strutture mentali e psicologiche¹⁰⁴. Quel modello entrò in crisi abbastanza rapidamente (già tra XII e XIII secolo) in quelle realtà politiche che seppero darsi un'organizzazione istituzionale (per prime Francia e Inghilterra) incentrata sulla sacralità del potere laico¹⁰⁵, mentre rimase ancora un riferimento profondo nella penisola italiana, dove solo pochi «spiriti eletti», intellettualmente potenti ma politicamente innocui avvertirono un disagio che andò crescendo e radicalizzandosi in posizioni sempre più frontali, ma nella sostanza isolate in quanto non supportate né dal consenso diffuso né dall'interesse delle *élites* politiche, le quali preferirono piegarsi alla logica compromissoria dominante e vegetare nell'inedia dei propri piccoli e momentanei tornaconti personali e familiari piuttosto che raccordarsi per realizzare un grande e solido progetto politico comune.

Quella della nostra penisola divenne quindi una situazione ideale per la «mediazione patriarcale» di giuristi affamati di potere e di arricchimenti personali disposti a «vendere» al miglior offerente (papa, imperatore, principe locale, feudatario o ricco borghese) le *utilitates* di una *Scientia Juris* che essi potevano mettere al servizio di chiunque e di qualunque causa con pari efficacia, purché adeguatamente ricompensati in termini di posizioni

¹⁰⁴ Oltre all'indispensabile consultazione dei classici Duby [1970, 1973, 1987]; Le Goff [1981, spec. cap. III, 68-120, cap. VIII, 277-348 e cap. IX, 349-84]; Bloch [1987; spec. il par. 1 del cap. VI, lib. I, parte seconda, intitolato *La società ecclesiastica nel mondo feudale*]; Volpe [1999], una recente, efficace e sintetica panoramica delle strutture portanti della civiltà medievale in Azzara [2004]; sui temi più specificamente politico-istituzionali, cfr. Pacaut [1969]; sugli aspetti teoretici e culturali, cfr. l'agile e ben informata sintesi di Libera [1991]; per le interconnessioni tra strutture politiche ed ecclesiastiche, Lemarignier [1989]. Sulla relazione tra «vita religiosa, fede e senso dell'occulto» nella vita quotidiana medievale, cfr. Gatto [1999, cap. VII, 88-100]. Sempre molto nutrienti, oltre che di piacevole lettura, le pagine del monumentale lavoro di Borst [1990].

¹⁰⁵ Cfr. De Lagarde [1961 e 1965].

di prestigio e di peso politico¹⁰⁶. Una realtà che in tal modo offriva ai *sacerdotes juris* un terreno fertilissimo per la coltivazione del potere occulto della toga e della funzione giurisdizionale. Sganciata dai limiti dialettici interistituzionali e posta fuori dal quadro organico di un'organizzazione sociostatuale di peso, la *jurisdictio* italiana non trovò – a differenza di quella transalpina – alcun ostacolo, alla debordante costruzione della propria assolutezza. I giuristi restarono a lungo padroni del campo (anche se, si può ben dire, di un campo vuoto) senza alcun bilanciamento istituzionale che ne arginasse l'ascesa sociopolitica. La loro attività divenne il fulcro della vita giudiziaria e amministrativa nelle diverse realtà «regionali» e locali italiane. E *naturaliter* degenerò nello strapotere tirannico degli apparati magistratuali, che però nel contempo assunse caratteri compromissori e (non di rado, data la scarsità politica della posta in gioco) meschini.

Fu in quel contesto che la giurisdizione potenziò in sommo grado quei caratteri – già di per sé intrinseci alla sua natura – di potere «occulto» e «mediato», che poté agevolmente modellare sull'esperienza istituzionale del sacerdozio romano e, attraverso di essa, sull'antropologia muliebre. Questa congettura si fonda su una constatazione storica che sfida le apparenze e i luoghi comuni (comuni soprattutto nella mentalità maggiormente diffusa nelle aree regionali del Mezzogiorno europeo): a dispetto della *communis opinio* che relega, senza sfumature e distinzioni, il ruolo storico della donna in una dimensione subalterna al potere maschile¹⁰⁷ e che considera la femminilità priva di alcun ruolo politico e sociale rilevante nell'esercizio del potere, gli studi più specifici e autorevoli hanno invece mostrato una realtà ben diversa e assai più articolata. Si riconosce oramai che nelle società occidentali europee, fin dal Medioevo, il potere della donna è tanto

¹⁰⁶ Cfr. Ajello [1999] e, sui motivi dell'esaltazione acritica di questa realtà, da parte della storiografia giuridica italiana largamente maggioritaria, Ajello [2002].

¹⁰⁷ Su cui cfr. Bourdieu [2009].

occulto quanto esteso e potente¹⁰⁸. Questo modello di potere occulto – che fa da contraltare al simbolo falloocratico del *Leviathan* hobbesiano, potere palese e diretto per eccellenza¹⁰⁹ – non è però mai stato messo concettualmente in relazione con la specificità del modello teologico ed ecclesiologico cristiano così come elaborato tra Gregorio VII e Bonifacio VIII. Quest'ultimo papa, come si è visto, codificò e legittimò il potere temporale occulto della Chiesa nella celebre bolla *Unam Sanctam* emanata nel 1302¹¹⁰.

Il modello che viene consacrato in questo testo di capitale importanza per la storia politica, giuridica e istituzionale dell'Occidente europeo è, all'evidenza, fondato su una logica «bivalente»: si afferma la piena legittimità di un potere e nel contempo lo si occulta, emendandolo da ogni responsabilità dell'agire. Ciò implica una sorta di «retropensiero» politico. Poiché il vero potere deve restare nascosto, ossia per così dire invisibile a occhio nudo, esso deve negarsi per trarre poi profitto da questa stessa negazione. Restando in una dimensione d'intangibilità (e di conseguenza d'incontrollabilità) quel potere, che come Dio è impercettibile, è destinato per sua natura a restare al riparo dal vigile e indiscreto sguardo di coloro che ne subiscono le decisioni e gli effetti. Lo schermo protettivo di questo vero potere è un potere-fantoccio che specularmente trae la sua impotenza proprio dalla sua formale affermazione e legittimazione palese di fronte al mondo¹¹¹. Questa «mondanità» del potere è propriamente ciò che, in quest'ottica, annienta il potere. Il vero potere (occulto e

¹⁰⁸ Cfr. sul punto Duby [2001] e Duby e Perrot [1990; 1991; 1992]. Cfr. anche Bardèche [1973, spec., t. II, cap. V (*Autorità e potere delle donne*)]. Più di recente (per quel che concerne il potere di regine e favorite dei re di Francia) Cosandey [2000]; Craveri [2005]. Di grande interesse sul tema anche la ricostruzione, molto suggestiva, fornita nel ponderoso studio sulla sessualità medievale di Poly [2003].

¹⁰⁹ Per averne un'idea molto chiara basta osservare l'iconografia del Leviatano raccolta e studiata da Bredekamp [2003].

¹¹⁰ Cfr. *supra*, cap. II, nota 35.

¹¹¹ Per la classificazione politologica di questa forma di «potere apparente», cfr. Stoppino [2001, 127-8].

invisibile) risulta così protetto dall'esposizione alla luce del sole di un altro potere (palese e tangibile) sul quale ricade la responsabilità dell'azione. Senonché quest'ultimo potere è anch'esso fatalmente attratto da quel desiderio di onnipotenza che trae dall'altro e così, non potendo occultarsi a sua volta, è portato a inventare almeno un meccanismo compensativo della propria esposizione responsabile. Nasce così la «legittimazione per diritto divino», il cui effetto precipuo è di elidere la responsabilità derivante dal carattere manifesto della propria essenza. Se l'apparato di governo non risponde che al re e quest'ultimo non risponde che a Dio attraverso la propria coscienza, si realizza una vera e propria estinzione della responsabilità dell'agire politico.

Questo complicato paradosso cela una operazione teorica – che è nel contempo politica – ispirata da un'intuizione geniale: la duplicazione del potere, diviso tra un *light* e un *dark side*, permette la separazione tra l'esercizio della *potestas decidendi* e l'attribuzione delle responsabilità conseguenti, che ricadono sulle strutture istituzionali visibili, esposte (e naturalmente sugli uomini che le rappresentano), lasciando indenni le autentiche fonti del potere. A loro volta poi le strutture «visibili» tenderanno a riprodurre il modello per poter elidere anch'esse l'attribuzione di responsabilità del loro agire.

Si può agevolmente constatare come questa struttura teosofico-politica – di cui la Chiesa è stata insuperabile *magistra* fungendo poi da modello per la *jurisdictio* della magistratura – ha potuto essere dedotta per osservazione e riproduzione dall'identità antropologica femminile, dalla mentalità muliebre e dalle sue strategie comportamentali. Quest'ultima dimensione sociale si è sviluppata nel contesto della dominazione maschile caratterizzata dalla condizione di subordinazione pubblica della donna al progetto falloocratico imposto entro società maschiliste e misogine¹¹²;

¹¹² Sulle origini misogine delle società europee, cfr. Cantarella [1986, spec. 42-58 e *passim*]. Da vedere anche, per la condizione della donna nella società romana, Cantarella [1985].

società nelle quali la donna è riuscita comunque a costruire e ad esercitare, attraverso specifiche abilità inaccessibili alla mentalità maschile, un'influenza assai considerevole, imparando a servirsi del potere ufficiale gestito dagli uomini (padri, mariti, amanti, figli...).

Con lo stesso metodo la Chiesa-femmina ha utilizzato l'energia «virile» dell'autorità secolare e ha appreso a orientarla verso gli obiettivi da essa prescelti, mantenendosi in una posizione retrostante. La sua abilità è consistita nel saper utilizzare, per raggiungere i propri obiettivi, ogni potere di seduzione che è proprio dell'energia di attrazione muliebre. La seduzione erotica della femmina, veicolo di benessere del corpo maschile, fa da *pendant* con la seduzione della fede, veicolo di salvezza eterna e con la seduzione della giustizia, veicolo di equanimità individuale e di perequazione sociale. Il maschio-Stato è destinato a restare soggiogato dall'oggetto del suo desiderio. L'energia fallica che esso sprigiona per ottenere il suo risultato è suo malgrado utilizzata e messa a profitto dalla Chiesa-femmina, che sottilmente, impercettibilmente, e soprattutto con l'arte sapienziale della mediazione patriarcale, riesce a trasformare la forza pura, la *ybris*, in potenza sovrana, in *potestas ordinata*. La potenza femminile, censurata nello spazio pubblico, riemerge in questo gioco sapiente e sottile attraverso il quale si determina un'inversione dei ruoli codificati nell'immaginario collettivo¹¹³.

A questa inversione dei ruoli corrisponde lo scambio tra fragilità e forza: l'una si trasforma nell'altra in un movimento circolare senza fine. In effetti, le donne «mettono in atto impulsi censurati ma presenti anche nell'anima e nel corpo maschile»¹¹⁴. È proprio questa mutua circolazione d'identità, in un contesto formale in cui le funzioni devono essere necessariamente cristallizzate in strutture

¹¹³ Su questi concetti a proposito della donna, cfr. Pescarolo [1995, 148-51]; Zemon Davis [1980, e spec. il saggio su *La donna che comanda*].

¹¹⁴ Pescarolo [1995, 158].

comportamentali (e di conseguenza sociali, giuridiche e istituzionali) rigide, a costituire il fondamento del trabordo occulto del potere e a garantire nel contempo la riuscita dell'operazione di *transfert* psicologico e politico da un polo all'altro.

Ora, non è affatto difficile – tanto dal punto di vista storico-retrospettivo quanto da quello dell'analisi sociologica contemporanea – osservare come questo schema si ripropone, praticamente identico, tra il potere politico (polo maschile) e la magistratura (polo femminile). Il potere femminile si configura come un potere «eversivo» (nel senso etimologico di *e verto*: «trasformare», ma anche «rivoltare», «capovolgere», «mettere sottosopra», «rivoluzionare», «far precipitare», «rovesciare», «sconvolgere», «agitare», «perturbare», «sconcertare», «rimuovere», «espellere», «scacciare», «espropriare», «distuggere», «rovinare», «annientare»). Esso porta in sé le stimate della contraddizione da cui si genera la sua potenza occulta. L'idea stessa della femminilità rinvia necessariamente all'immagine della potenza creatrice, ma anche al potere terribile di distruzione cieca come conseguenza di passioni uterine incontrollate (secondo il mito scolpito nell'eterna tragedia di Medea). Non è certo a caso che la potenza dell'eros femminile sia stata spesso paragonata a quella, distruttrice e vitale, del fuoco¹¹⁵. L'energia «tellurica e perturbante della potenza femminile»¹¹⁶ può dispensare nel contempo gioia e disperazione. L'analogia tra la donna e la terra, la Madre-Terra, iscrive la femminilità in «una dimensione naturale» che liquida i condizionamenti sociali e fa sparire «la responsabilità individuale»¹¹⁷.

La *jurisdictio* dei giuristi opera esattamente nel medesimo orizzonte psico-teoretico. Come per la donna e per la Chiesa, la potenza originaria della corporazione che raggruppa coloro che sono investiti del *munus* di «dire il diritto» e va rintracciata in ciò che Simone Weil chia-

¹¹⁵ Ivi, p. 156.

¹¹⁶ Ivi, p. 160.

¹¹⁷ Vegetti Finzi [1990, 214-5]; cfr. anche Pereira [1995, 21-2].

mava la «potenza passiva», concetto elaborato in tutta evidenza sulla base della filosofia di Spinoza¹¹⁸. Questo carattere intrinseco costituisce la forza tipica della magistratura. Kelsen non esitava a definire la giurisdizione costituzionale un «legislatore negativo»; la qual cosa, se si considera la visione «realista» di alcuni autorevoli studiosi contemporanei, prosecutori del suo pensiero, può tranquillamente essere estesa alla giurisdizione ordinaria¹¹⁹. Il legislatore «positivo» – ossia negli Stati democratici le istituzioni parlamentari rappresentative – ha formalmente il potere di emanare le norme. Ma in realtà egli non fa che statuire dei testi, degli enunciati, il cui senso è poi determinato dalla giurisdizione – vale a dire dai giudici –. La magistratura non ha dunque alcun interesse a rivendicare il potere diretto di fare le leggi dal momento che essa possiede già nei fatti questo potere che, per di più, nel suo caso viene a essere separato dalla responsabilità nei confronti dell'elettorato, che negli Stati democratici rappresentativi può sanzionare nelle libere elezioni le decisioni sgradite assunte dalle assemblee legislative (in pratica dai partiti che le compongono). I giudici sanno perfettamente che la funzione nomotetica che essi non possono (e neppure hanno interesse a) rivendicare sul piano formale viene sistematicamente da loro recuperata nel momento decisivo dell'applicazione della norma, momento quello nel quale si produce la vera creazione del diritto. Il principio di effettività gioca, insomma, a favore del governo occulto dei giudici.

Il potere intrinseco alla *potestas terribilis* di «dire il diritto» è quindi un potere «femminile» per eccellenza e al tempo stesso munito di un'aureola «sacrale»¹²⁰. Nella *Summa Theologiae* San Tommaso definisce la *sententia iudicis* come «quasi quaedam particularis lex in aliquo

¹¹⁸ Weil [1985, II, 177-8]; cfr. Pulcini [1995, 41]. Si veda anche Esposito [1991, 199], che parla di «azione passiva».

¹¹⁹ Cfr., per tutti, la posizione espressa da Troper [2003].

¹²⁰ Sulla sacralità della *jurisdictio* e più generalmente dell'*imperium*, cfr. Costa [1969, 95 ss., spec. 275].

particulari facto», una «legge particolare» applicata a «un fatto particolare»¹²¹. E alcuni giuristi del Medioevo avevano già perfettamente compreso che «iudicare» significa «leges ponere»¹²². Il potere (o «governo») dei giudici, come quello del sesso femminile e quello della Chiesa, è un potere strutturalmente, onticamente occulto. Come tutte le forme di potere, anch'esso conserva una certa dose di «ambiguità»¹²³. Ma il suo funzionamento è ancor più complesso – come le sue dinamiche – poiché esso si fonda su un'interazione simbolica molto sofisticata e su un gioco di linguaggi paradossali, a volte addirittura contraddittori (beninteso solo in apparenza) e comunque capaci d'incidere assai sottilmente su dimensioni psicologiche profonde degli individui, determinandone l'autocensura, e dell'intero corpo sociale. Viene a realizzarsi così un collaudato meccanismo di controllo che al tempo stesso presenta il massimo livello di efficacia nel perseguimento dello scopo prefisso e il minimo sforzo attivo nel realizzarlo.

Per partecipare alla sovranità la *jurisdictio* deve negarsi come potere sovrano. La tecnica esegetica diventa così una politica occulta del diritto, rendendo la giurisdizione un baluardo inattaccabile. Da strumento di garanzia dei diritti, la separazione dei poteri si converte in tal modo in scudo della tirannide giurisdizionale. Come l'«essere» heideggeriano, il potere di «dire il diritto» si ritrae nel medesimo istante in cui si manifesta nell'ente-norma. La pura «applicazione» di quest'ultima è in realtà pura creazione, frutto di una scelta dell'interprete. Se l'atto del giudicare non è un atto di conoscenza di un «dato» che preesiste ad esso, bensì un atto di volontà, di decisione, un «costruito» che si crea simultaneamente alla decisione

¹²¹ Ivi, p. 159.

¹²² Ivi, p. 160. Il primo testo in cui questa bella espressione compare è il *De regimine christiano* di Iacopo da Viterbo, poi ripreso da diversi autori.

¹²³ Sull'intrinseco carattere ambiguo di ogni forma di potere, cfr. Stoppino [125-31].

stessa, allora il potere che ne deriva non può che vivere in una dimensione invisibile. Della volontà, infatti, si possono godere o subire gli effetti, ma mai conoscerne a fondo la genesi e l'essenza.

La *jurisdictio* è perciò un atto di trasmigrazione dal nulla all'essere, una continua metempsicosi della norma. Di qui il naturale delirio di onnipotenza del giurista che da un paio di millenni – più o meno gli stessi della Chiesa – sente la propria attività come una «divinarum atque humanarum rerum notitia». Così, essa, come un *munus* pentecostale, non si manifesta agli occhi dei suoi apostoli sopra (e per) i quali si produce né, *a fortiori*, si palesa, se non per farne sentire gli effetti, su coloro ai quali è destinata la conseguente *auctoritas sacerdotalis*. Se la giustizia è dea bendata¹²⁴, bendati e nudi devono essere i soggetti che ad essa si rivolgono o che vi sono sottoposti, mentre paludati, mascherati e vedenti sono i sacerdoti che la amministrano (come nella scena del «giudizio» in *Eyes Wide Shut*, l'ultimo capolavoro di Stanley Kubrick)¹²⁵. La giurisdizione è, per eccellenza, potere che attrae irradiando i suoi effetti senza che si possa scorgere la fonte che li emana, al pari dell'attrazione misteriosa che si prova per gli

oggetti veduti per metà, o con certi impedimenti [i quali] ci destano idee *indefinite*, spiega[ndo così] perché piaccia la luce del sole o della luna, veduta in luogo dov'essi non si vedano e non si scopra la sorgente della luce¹²⁶.

Del potere di giudicare si può allora parlare sensatamente solo attraverso il ricorso alla metafora iperbolica e paradossale, unica espressione dell'ineffabile: al pari della suprema luce divina, che rapisce e acceca, esso non permette di volgere altrove lo sguardo...

¹²⁴ Prosperi [2008].

¹²⁵ USA 1999, ispirato alla *Traumnovelle (Doppio sogno)* di Arthur Schnitzler.

¹²⁶ Leopardi, *Zib.*, 1744.

(A quella luce cotal si diventa,
che volgersi da lei per altro aspetto
è impossibil che mai si consenta¹²⁷)

... senza però mai concedere a nessuno di conoscere la
fonte della propria gioia o del proprio terrore.

Eppure, con

questo lento
giro d'occhi che ormai sanno vedere¹²⁸

l'uomo moderno ha illuminato la luce e ha dischiuso la
vista oltre la siepe, squarciando, come la rete del *Disin-*
ganno del Queirolo¹²⁹, che rese trasparente il marmo, il
velo del potere.

¹²⁷ *Parad.*, XXXIII, 100-102. Sulla *Divina Commedia* come «poema della giustizia», sulla giurisdizione come «leva capace di far violenza al regno dei cieli» e sull'«idea che il potere avesse nella giustizia la sua giustificazione», cfr. Prosperi [2008, 82 e 84].

¹²⁸ Montale, *Ossi di seppia*, «Crisalide».

¹²⁹ Nella Cappella Sansevero a Napoli.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

AA.VV.

1995 *Il femminile tra potenza e potere*, volume pubblicato dalle autrici con il contributo dell'Istituto Gramsci della Toscana, senza indicazione della città (ISBN: 88-86690-00-2).

Abensour, M.

2004 *La Démocratie contre l'État. Marx et le moment machiavélien*, Paris, Éditions du Félin.

Accetto, T.

1983 *Della dissimulazione onesta* [Napoli, 1641], edizione critica a cura di S.S. Nigro e con presentazione di G. Manganelli, Genova, Costa & Nolan (2^a ed. 1990).

Ainis, M.

1999 *Se 50000 leggi vi sembrano poche. Nel labirinto delle istituzioni, tra norme assurde e riforme impossibili*, Milano, Mondadori.

2002 *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Roma-Bari, Laterza, 2^a ed., (1^a ed. 1997).

2006 *Vita e morte di una costituzione. Una storia italiana*, Roma-Bari, Laterza.

2007 *Stato matto. Italia che non funziona (e qualche proposta per rimetterla in moto)*, Milano, Garzanti.

Ajello, R.

1976 *Arcana juris. Diritto e politica nel Settecento italiano*, Napoli, Jovene.

1980 *Cartesianismo e cultura oltremontana al tempo dell'«Istoria Civile»*, in R. Ajello (a cura di), *Pietro Giannone e il suo tempo*, «Atti del Convegno di Studi nel tricentenario della nascita», Foggia-Ischitella, 22-24 ottobre 1976, Napoli, Jovene, pp. 1-181.

Le edizioni consultate, salva diversa esplicita indicazione, sono sempre quelle corrispondenti all'anno abbinato al nome degli autori (anche quando si dà conto di traduzioni italiane o edizioni più recenti dell'opera).

- 1986 *Epistemologia moderna e storia delle esperienze giuridiche*, Napoli, Jovene.
- 1990 *Formalismo medievale e moderno*, Napoli, Jovene.
- 1992a *Stato e feudalità in Sicilia*, Napoli, Jovene.
- 1992b *Benedetto Croce e la storia «ideale» del Regno di Napoli*, in «Archivio storico per le province napoletane», CX, pp. 351-440, poi ripubblicato in estr. da «L'Arte Tipografica», Napoli, 1993.
- 1993 *Problemi e prospettive dell'insegnamento in Italia. «Storia del diritto italiano»: articolazioni disciplinari vecchie e nuove*, in Grossi [1993, 61-102].
- 1994 *Il problema storico del Mezzogiorno. L'anomalia socioistituzionale napoletana dal Cinquecento al Settecento*, Napoli, Jovene.
- 1995 *Stato moderno e critica dell'ontologismo*, in «Frontiera d'Europa», n. 2, pp. 5-36.
- 1996 *Una società anomala. Il programma e la sconfitta della nobiltà napoletana in due memoriali cinquecenteschi*, Napoli, ESI («Fridericiana Historia»).
- 1998a *La nuova scienza contro la «Scienza Nuova». La critica del sapere nella Napoli preilluministica*, in «Frontiera d'Europa», n. 2, pp. 47-149.
- 1998b *Illegalità dei «legali»? Costituzionalismo d'antico regime nel Mezzogiorno d'Italia e metodo asociologico degli idealisti*, in «Frontiera d'Europa», n. 1, pp. 5-79.
- 1999 *L'esperienza critica del diritto. Lineamenti storici, I. Le radici medievali dell'attualità*, Napoli, Jovene.
- 2002 *Il collasso di Astrea. Ambiguità della storiografia giuridica italiana medievale e moderna*, Napoli, Jovene.
- 2005 *Lo Stato come «Regimen ad bonum multitudinis ordinatum». Modello francese e particolarismo italiano*, in «Frontiera d'Europa», n. 2, pp. 33-74.
- 2006 *Le «strane contraddizioni» tra teorie e prassi: origini e vitalità del formalismo giuridico italiano*, in «Frontiera d'Europa», n. 2, pp. 19-115.
- 2007 *L'asociale cordialità. Contributo alla storia delle mentalità in Italia*, in «Frontiera d'Europa», n. 1, pp. 5-72.
- 2009 *Eredità medievali paralisi giudiziaria. Profilo storico di una patologia italiana*, Napoli, Arte Tipografica Editrice.
- Alatri, P.
- 1977 *Parlamenti e lotta politica nella Francia del Settecento*, Roma-Bari, Laterza.

- Alfieri, V.
 1949 *Della tirannide* [composto nel 1777 e stampato nel 1789], Milano, Rizzoli (2^a ed. 1950).
- Alimento, A.
 1995 *Riforme fiscali e crisi politiche nella Francia di Luigi XV. Dalla «taille tarifée» al catasto generale*, Firenze, Olschki, s.d.
- Almond, G.A.
 1988 *The Return to the State*, in «American Political Science Review», n. 3, pp. 853-74, trad. it. *Il ritorno allo Stato*, in «Problemi di amministrazione pubblica», n. 2, pp. 193-238, ora in Almond [2005, cap. XII, con titolo inspiegabilmente modificato, *Il ritorno dello Stato*, pp. 377-413].
 2005 *Cultura civica e sviluppo politico*, a cura e con introduzione di G. Pasquino, Bologna, Il Mulino.
- Anagnostou-Canas, B. (a cura di)
 2006 *Dire le droit: normes, juges, jurisconsultes*, Paris, Éditions Panthéon-Assas.
- Andrini, S.
 1999 *Il paradosso e l'immaginario: per una sociologia del diritto critica*, Milano, Giuffrè.
- Antoine, M.
 1951 *Les comités de ministres sous le règne de Louis XV*, in «Revue historique de droit français et étranger», XXVIII, pp. 193-230.
 1958 *Les Conseils des finances sous le règne de Louis XV*, Paris, Puf.
 1968 *Les arrêts du Conseil rendus au XVIII^e siècle pour le Département de la marine: 1723-1791*, Paris, Société française d'histoire d'outre-mer.
 1970 *Le Conseil du Roi sous le règne de Louis XV*, Genève-Paris, Droz.
 1971 *Les remontrances des cours supérieures au XVIII^e siècle. Essai de problématique et d'inventaire*, in «Bulletin de la section d'Histoire moderne et contemporaine», fs. 8, pp. 7-24 e 25-81.
 1973 *Le Conseil royal des finances au XVIII^e siècle*, Genève, Droz.
 1975 *L'entourage des ministres aux XVII^e et XVIII^e siècles*, in AA.VV., *Origines et histoire des cabinets des ministres en France*, Genève, Droz, pp. 15-21.
 1986 *Le dur métier de Roi. Études sur la civilisation politique de la France d'Ancien Régime*, Paris, Puf.

- 1989 *Louis XV*, Paris, Fayard.
- 1994 *Corruption et inamovibilité des juges sous Louis XV. Un exemple bordelais (1713)*, in *Justice et justiciables. Mélanges Henri Vidal*, in «Recueil de Mémoires et Travaux publiés par la Société d'Histoire du Droit et des Institutions des Anciens Pays de Droit Écrit», fs. XVI, Faculté de Droit, d'Économie et de Gestion de Montpellier, Montpellier pp. 239-52.
- 2003 *Le cœur de l'État. Surintendance, contrôle général et intendants des finances. 1552-1791*, Paris, Fayard.
- Arabeyre, P., Halpérin, J.-L. e Krynen, J. (a cura di)
- 2007 *Dictionnaire historique des juristes français XII^e-XX^e siècle*, Paris, Puf.
- Arnaud, A.-J.
- 1977 *Le médium et le savant. Signification politique de l'interprétation juridique*, in «Archives de Philosophie du droit», 1972, poi ripubblicato in Id., *Le droit trahi par la philosophie*, Rouen, Bibliothèque du Centre d'Étude des Systèmes politiques et juridiques.
- 1969 *Les origines doctrinales du code civil français*, Paris, Lgdj (ne esiste una trad. it. Napoli, Esi, 2005, ma talmente sciatta e deludente da non meritare né citazione né consultazione).
- 1981 *Critique de la raison juridique. Où va la sociologie du droit?*, Paris, LGDJ.
- 1993 *Les juristes face à la société du XIX^e siècle à nos jours*, Paris, Puf, trad. it. a cura di F. Di Donato, *Da giureconsulti a tecnocrati. Diritto e società in Francia dalla codificazione ai giorni nostri*, Napoli, Jovene.
- 1998 *Le droit trahi par la sociologie. Une pratique de l'histoire*, Paris, LGDJ.
- Aron, R.
- 1993 *Max Weber et la politique de puissance* [1964], in *Machiavel et les tyrannies modernes*, Éditions de Fallois, s.l., [Paris], pp. 581-95 (disponibile anche in Id., *Le tappe del pensiero sociologico*, Milano, Mondadori 1972, pp. 581-95, trad. it. dall'or. inglese *Main Currents in Sociological Thought*, Basic Books, Inc. 1965).
- Ascheri, M.
- 1977 *Giuristi, umanisti e istituzioni del Tre-Quattrocento: qualche problema*, in «Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento», 3, pp. 43-73, ora (con alcuni aggiornamenti) in Ascheri [1991, 101-45].

- 1982 *I consilia dei giuristi medievali: per un repertorio-incipitario computerizzato*, Siena, Il Leccio.
- 1989 *Tribunali, giuristi e istituzioni. Dal Medioevo all'Età moderna*, Bologna, Il Mulino.
- 1991 *Diritto medievale e moderno. Problemi del processo, della cultura e delle fonti giuridiche*, Rimini, Maggioli.
- 1994 *Istituzioni medievali*, Bologna, Il Mulino.
- Astuti, G.
- 1957 *Lezioni di storia del diritto italiano. 1. La formazione dello Stato moderno in Italia*, Torino, Giappichelli (ried. 1967).
- Astuto, G.
- 2009 *L'amministrazione italiana. Dal centralismo napoleonico al federalismo amministrativo*, Roma, Carocci.
- Aubert, F.
- 1886-1890 *Le Parlement de Paris de Philippe Le Bel à Charles VII (1314-1422). Sa compétence, ses attributions*, 2 voll., Paris, Picard (rist. anast. Genève, Slatkine, 1977).
- Autrand, F.
- 1981 *Naissance d'un grand corps de l'État. Les gens du Parlement de Paris 1345-1454*, Paris, Publications de la Sorbonne.
- 1999 *Conclusion*, in *Les serviteurs de l'État* [1999, 299-303].
- Azzara, C.
- 2004 *Le civiltà del Medioevo*, Bologna, Il Mulino.
- Babington Macaulay, T.
- 1860 *Critical historical, and miscellaneous essays*, New York, Sheldon and Co.
- Baczko, B.
- 2008 *Politiques de la Révolution française*, Paris, Gallimard.
- Baechler, J.
- 1976 *Qu'est-ce que l'idéologie*, Paris, Gallimard.
- Baker, K.M. (a cura di)
- 1987 *The Political Culture of the Old Regime*, Oxford, Pergamon Press.
- Baldassarre, A.
- 2005 *Miseria del positivismo giuridico in Studi in onore di Gianni Ferrara*, 3 voll., Torino, Giappichelli, vol. I, pp. 201-30.
- Baldini, A.E.
- 1995 *Aristotelismo politico e Ragion di Stato*, «Atti del Conve-

- gno internazionale di Torino», 11-13 febbraio 1993, Firenze, Olschki.
- 1999 *La Rigion di Stato dopo Meinecke e Croce*, «Atti del Seminario internazionale di Torino», 21-22 ottobre 1994, Genova, Name.
- 2006 *Tempi della guerra e tempi della politica tra Quattro e Cinquecento. Alle origini del «realismo politico» di Machiavelli e Guicciardini*, in Baldini e Guglielminetti [2006, 79-93].
- Baldini, A.E. e Guglielminetti, M.
- 2006 *La «riscoperta» di Guicciardini*, «Atti del Convegno internazionale di studi», Torino 14-15 novembre 1997, Genova, Name.
- Bancaud, A.
- 1993 *La haute magistrature judiciaire entre politique et sacerdoce, ou le culte des vertus moyennes*, Paris, LGDT.
- Barbano, F.
- 1985 *Sociologia e positivismo in Italia: 1850-1910. Un capitolo di sociologia storica*, in Papa [1985, 163-225].
- Barberi, M.S.
- 2002 *Mysterium e Ministerium. Figure della sovranità*, Torino, Giappichelli.
- Barbiche, B.
- 1999 *Les institutions de la monarchie française à l'époque moderne. XVI^e-XVIII^e siècle*, Paris, Puf (2^a ed. 2001).
- Barbuti, G.M.
- 1994 *Il principe e l'Anticristo. Gesuiti e ideologie politiche*, Napoli, Guida.
- 2007 *Nichilismo e Stato totalitario. Libertà e autorità nel pensiero politico di Giovanni Gentile e Giuseppe Rensi*, Napoli, Guida.
- Barcellona, P.
- 1973 (a cura di), *L'uso alternativo del diritto*, 2 voll.: I. *Scienza giuridica e analisi marxista*; II. *Ortodossia giuridica e pratica politica*, Roma-Bari, Laterza.
- 1994 *Dallo Stato sociale allo Stato immaginario. Critica della «ragione funzionalista»*, Torino, Bollati Boringhieri.
- 1998 *Il declino dello Stato. Riflessioni di fine secolo sulla crisi del progetto moderno*, Bari, Dedalo.
- Bardèche, M.
- 1973 *Histoire des femmes*, 2 voll., Paris, Stock, 1968, trad. it. a cura di M. Contini, 2 voll.: I. *Dalle ere primitive ai barbari e all'Islam*; II. *Dai Carolingi al XX secolo*, Milano, Mursia.

- Barletta, L., Cardini, F. e Galasso, G. (a cura di)
 2003 *Il piccolo Stato. Politica storia diplomazia*, «Atti del Convegno di Studi», 11-13 ottobre 2001, S. Marino, S. Marino, Aiep Editore.
- Barletta, L. e Galasso, G. (a cura di)
 2007 *Lo Stato Moderno di ancien régime*, «Atti del Convegno di Studi», 6-8 dicembre 2004, San Marino, Aiep Editore.
- Bassani, L.M.
 2001 *L'inganno dell'Unione Europea*, in «Fondazione Liberal», II, I, febbraio-marzo.
- Bastard d'Estang, H.
 1857 *Les parlements de France, essai historique sur leurs usages, leur organisation et leur autorité*, 2 voll., Paris, Didier.
- Battista, A.M.
 1989 *Alle origini del pensiero politico libertino. Montaigne e Charron*, Milano, Giuffrè (rist. emendata; 1^a ed. 1964).
 1990 *L'assolutismo laico*, a cura di L. Pala, Milano, Giuffrè.
 1998 *Politica e morale nella Francia dell'Età moderna*, a cura di A.M. Lazzarino Del Grosso, Genova, Name.
- Beaud, O.
 1996 *Constitution et Constitutionnalisme*, in Raynaud e Rials [1996, 117-26].
 2002 *La puissance de l'État*, Paris, Puf (coll. «Léviathan»), 1994, trad. it. a cura di L. Tullio, *La potenza dello Stato*, Napoli, Esi.
- Béchillon, D. de
 1996 *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Paris, Economica.
- 1997 *Qu'est-ce qu'une règle de droit*, Paris, O. Jacob.
- Beignier, B.
 1999 *La conscience du juge dans l'application de la loi au début du XIX^e siècle. La jurisprudence au temps de l'Exegèse*, in Carbasse e Depambour Tarride [1999, 277-91].
- Bell, D.A.
 1990 *Des stratégies d'opposition sous Louis XV: l'affaire des avocats, 1730-31*, in «Histoire, Economie et Société», n. 4, pp. 567-90.
- 1994 *Lawyers and Citizens. The Making of a Political Elite in Old Regime France*, New York and Oxford, Oxford University Press.
- Bellomo, M.
 1976 *Società e istituzioni in Italia tra Medioevo ed Età moderna*, Catania, Giannotta (diverse edizioni successive con aggiornamenti e titolo lievemente modificato).

- Benda, J.
 1975 *La Trahison des clercs*, Paris, Éditions Bernard Grasset, 1927, trad. it. a cura di S. Teroni Menzella, *Il tradimento dei chierici*, Torino, Einaudi, 1976 (utilizzo l'edizione francese: Paris, Grasset et Fasquelle, 1975).
- Bergel, J.-L.
 2006 *Introduction générale* a Darcy-Labrot e Doat [2006, 12-25].
- Berger, R.
 1977 *Government by judiciary. The Transformation of the Fourteenth Amendment*, Cambridge (Mass.)-London, Harvard University Press.
- Bertalanffy, L. von
 2004 *General System Theory*, New York, Braziller Inc., 1967, trad. it. a cura di E. Bellone con introduzione di G. Minati, *Teoria generale dei sistemi*, Milano, Mondadori, 1983 (ed. utilizzata «Oscar saggi», 2004).
- Bertaut de Fréauville, F.
 1701 *Les prérogatives de la robe*, Paris, J. Le Febvre.
- Betti, E.
 1955 *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, Utet, 2ª ed.
 1996 *La Bhagavadgītā*, ed. a cura di T. Pontillo, Milano, Valardi-Garzanti.
- Bickart, R.
 1932 *Les Parlements et la notion de souveraineté nationale au XVIII^e siècle*, Paris, Alcan.
- Bidouze, F. (a cura di)
 2008 *Les Parlementaires, les lettres et l'histoire au siècle des Lumières 1715-1789*, «Actes du colloque de Pau», 7-8-9 giugno 2006, Pau, Presses Universitaire de Pau (Études présentées à la Commission Internationale pour l'Histoire des Assemblées d'États), vol. LXXXVIII.
- Bignon, H. (o anche J.)
 1610 *De l'excellence des Roys et du Royaume de France*, Paris, chez Hiérosme Drouart.
- Binoche, B.
 2005 (a cura di), *Les équivoques de la civilisation*, Seyssel, Champ Vallon.
 2007 *La raison sans l'histoire*, Paris, Puf.
- Biondi, F. et al. (a cura di)
 2008 *Sovranità democrazia costituzionalismo*, «Convegno di studi in memoria di Enzo Sciacca», Catania, 22-24 febbraio 2007, Milano, Giuffrè.

- Birocchi, I.
 1992 *La carta autonomistica della Sardegna tra antico e moderno: le leggi fondamentali nel triennio rivoluzionario 1793-'96*, Torino, Giappichelli.
- 2002 *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'Età moderna*, Torino, Giappichelli.
- Bitossi, C.
 1990 *Il governo dei magnifici. Patriziato e politica a Genova fra Cinque e Seicento*, Genova, Ecig.
- 1995 «*La Repubblica è vecchia*». *Patriziato e governo a Genova nel secondo Settecento*, Roma, Istituto storico italiano per l'Età moderna e contemporanea.
- Bizzocchi, R. et al.
 1997 *Clero e società nell'Italia moderna*, a cura di M. Rosa, Roma-Bari, Laterza, 2ª ed. (1ª ed. 1992).
- Blanco, L.
 1991 *Stato e funzionari nella Francia del Settecento: gli «ingénieurs des ponts et chaussées»*, Bologna, Il Mulino.
- 2008a (a cura di), *Organizzazione del potere e territorio. Contributi per una lettura storica della spazialità*, Milano, Franco Angeli.
- 2008b *Fra storia e storiografia. A trent'anni da «Lo Stato moderno»*, in «Storia Amministrazione Costituzione», Annale Isap, n. 16, pp. 185-206.
- Blickle, P. (a cura di)
 1998 *Résistance, représentation et communauté. Les origines de l'État moderne en Europe, XIII^e-XVIII^e siècle*, Paris, Puf.
- Bloch, M.
 1987 *La société féodale*, Paris, Albin Michel, 1939, trad. it. a cura di B.M. Cremonesi, *La società feudale*, Torino, Einaudi, 2ª ed. (1ª ed. 1949).
- 1989 *Les rois thaumaturges. Étude sur le caractère surnaturel attribué à la puissance royale particulièrement en France et en Angleterre*, 1924, ried. Paris, A Colin, 1961, trad. it. a cura di S. Lega con prefazione di J. Le Goff, *I re taumaturghi. Studi sul carattere sovranaturale attribuito alla potenza dei re particolarmente in Francia e in Inghilterra*, Torino, Einaudi, 2ª ed. (1ª ed. 1973).
- Blockmans, W. e Genet, J.-P. (a cura di)
 1993 *Visions sur le développement des États européens. Théories et historiographies de l'État moderne*, «Actes du colloque organisé par la Fondation européenne de la science et l'École française de Rome», Roma, 18-31 marzo 1990, Roma, Editions de l'École française de Rome.

- Bluche, F.
 1986a *Les magistrats du Parlement de Paris au XVIII^e siècle (1715-1771)*, Paris, Economica, 2^a ed. (1^a ed. Paris, Les Belles Lettres, 1960).
 1986b *Louis XIV*, Paris, Fayard.
 2000 *Louis XV*, Paris, Perrin.
- Blumenberg, H.
 1987 *Wirklichkeiten in Denen Wir Leben*, Stuttgart, Reclam, 1981, trad. it. a cura di M. Cometa, *Le realtà in cui viviamo*, Milano, Feltrinelli.
 1992 *Die Legitimität der Neuzeit*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1966, trad. it. sulla seconda ed. 1974 a cura di C. Marelli, *La legittimità dell'Età moderna*, Genova, Marietti.
- Bobbio, N.
 1985 *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Torino, Einaudi (il vol. raccoglie quattro «voci» scritte per l'*Enciclopedia Einaudi*).
 1989 *Il modello giusnaturalistico*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», L, 1973, pp. 603-622, poi ripubblicato in Id., *Thomas Hobbes*, Torino, Einaudi, pp. 3-26.
 1990 *Profilo ideologico del '900*, Milano, Garzanti (5^a ed. 1995).
- Bobbio, N., Matteucci, N. e Pasquino, G. (a cura di)
 1983 *Dizionario di politica*, Torino, Utet, 2^a ed. (1^a ed. 1976).
- Bodei, R.
 1991 *Geometria delle passioni. Paura, speranza, felicità: filosofia e uso politico*, Milano, Feltrinelli (5^a ed. 1997).
 1997 *Se la Storia ha un senso*, Bergamo, Moretti & Vitali.
 2000 *Le logiche del delirio. Ragione, affetti, follia*, Roma-Bari, Laterza.
- Bodin, J.
 1964 *Les Six Livres de la République* [1576], trad. it. *I sei libri dello Stato*, vol. I (libri 1-2), a cura di M. Isnardi Parente, Torino, Utet.
 1988 *Les Six Livres de la République* [1576], trad. it. *I sei libri dello Stato*, vol. II (libri 3-4), a cura di M. Isnardi Parente e D. Quaglioni, Torino, Utet.
 1997 *Les Six Livres de la République* [1576], trad. it. *I sei libri dello Stato*, vol. III (libri 5-6), a cura di M. Isnardi Parente e D. Quaglioni, Torino, Utet.
- Bonney, R. (a cura di)
 1996 *Systèmes économiques et finances publiques. Les origines*

de l'État moderne en Europe, XIII^e-XVIII^e siècle, Paris, Puf.

Bonomi, I.

1946 *Dal socialismo al fascismo* [1923-1924], prima ed. definitiva, Milano, Garzanti.

Bolgiani, F., Ferrone, V. e Margiotta Broglio, F. (a cura di)

2004 *Chiesa cattolica e modernità*, «Atti del Convegno organizzato dalla Fondazione Michele Pellegrino e dall'Università degli studi di Torino», 6 febbraio 2004, Bologna, Il Mulino.

Borrelli, G.

1993 *Ragion di Stato e Leviatano. Conservazione e scambio alle origini della modernità politica*, Bologna, Il Mulino.

2000 *Non far novità. Alle radici della cultura italiana della conservazione politica*, Napoli, Bibliopolis.

2005 *Oltre i percorsi di sovranità: il paradigma moderno della conservazione politica*, in Chignola e Duso [2005, 303-32].

2008 *Sovranità e ragion di Stato: notazioni sulla lettura genealogica di Michel Foucault*, in Biondi [2008, 71-84].

Borst, A.

1990 *Lebensformen im Mittelalter*, Frankfurt a.M.-Berlin, Verlag Ullstein, 1973, trad. it. a cura di P. Albarella, *Forme di vita nel Medioevo*, Napoli, Guida, 2^a ed. (1^a ed. 1988).

Boudon, R.

1985 *La place du désordre. Critique des théories du changement social*, Paris, Puf, 1984, trad. it. a cura di P. Lalli, *Il posto del disordine. Critica delle teorie del mutamento sociale*, Bologna, Il Mulino.

1991 *L'idéologie. L'origine des idées reçues*, Paris, Fayard 1986, trad. it. a cura di G. De Paola, *L'ideologia. Origine dei pregiudizi*, Torino, Einaudi.

1996a (a cura di), *Traité de sociologie*, Paris, Puf, 1992, trad. it. a cura di M. Santoro e M. Martini, *Trattato di sociologia*, Bologna, Il Mulino.

1996b *Azione*, in Boudon [1996a, 27-61].

1997 *Le juste et le vrai. Étude sur l'objectivité des valeurs et de la connaissance*, Paris, Fayard, 1995, trad. it. a cura di R. Falcioni, *Il vero e il giusto. Saggi sull'obiettività dei valori e della conoscenza*, Bologna, Il Mulino.

2003 *Déclin de la morale? Déclin des valeurs?*, Paris, Puf, 2002, trad. it. a cura di D. Piana, *Declino della morale? Declino dei valori?*, Bologna, Il Mulino.

- Bouineau, J.
 2004 *Traité d'histoire européenne des institutions*, I. I^{er}-XV^e siècle, Paris, Litec.
 2009 *Traité d'histoire européenne des institutions*, II. XV^e-XIX^e siècle, Paris, Litec.
- Bourdieu, P.
 1992 *Risposte. Per un'antropologia riflessiva*, trad. it. a cura di D. Orati, Torino, Bollati Boringhieri.
 1995 *Spiriti di Stato. Genesi e struttura del campo burocratico*, trad. it. in Id., *Ragioni pratiche*, Bologna, Il Mulino (riediz. 2009), pp. 89-119.
 2003 *Esquisse d'une théorie de la pratique*, Paris, Seuil, 1972, trad. it. sull'ed. 2000 a cura di I. Maffi, *Per una teoria della pratica*, Milano, Cortina.
 2005 *Le sens pratique*, Paris, Minuit, 1980, trad. it. a cura di M. Piras, *Il senso pratico*, Roma, Armando.
 2009 *La domination masculine*, Paris, Seuil, 2002² (1^a ed. 1998), trad. it. a cura di A. Serra, *Il dominio maschile*, Milano, Feltrinelli (1^a ed. 1998).
- Boureau, A.
 1992 *Un obstacle à la sacralité royale en Occident. Le principe hiérarchique*, in Boureau e Ingerflom [1992, 29-37].
 2000 *Le simple corps du roi. L'impossible sacralité des souverains français, XV^e-XVIII^e siècles*, Paris, Les Éditions de Paris, 2^a ed. (1^a ed. 1988).
- Boureau, A. e Ingerflom, C.-S. (a cura di)
 1992 *La royauté sacrée dans le monde chrétien*, Paris, Édition de l'École des Hautes Études en Sciences Sociales.
- Brambilla, E.
 2000 *Alle origini del Sant'Uffizio*, Bologna, Il Mulino.
- Braudel, F.
 1981-1982 *Civilisation matérielle, économie et capitalisme (XV^e-XVIII^e siècle)*, 3 voll.: I. *Le structures du quotidien: le possible et l'impossible*; II. *Les jeux de l'échange*; III. *Le temps du monde*, Paris, Colin, 1979; trad. it. a cura di C. Vivanti (per i primi due voll.) e di E. De Angeli (per il terzo), *Civiltà materiale, economia e capitalismo (secoli XV-XVIII)*. I. *Le strutture del quotidiano*; II. *I giochi dello scambio*; III. *I tempi del mondo*, Torino, Einaudi.
 1986 *Il secondo Rinascimento. Due secoli e tre Italie*, trad. it. a cura di C. Vivanti, con prefazione di M. Aymard, Torino, Einaudi.

- 1989 *Le modèle italien*, Paris, Arthaud (2^a ed. 1994).
- 1993 *Grammaire des civilisations*, Paris, Réimpression Flammarion («Champs Histoire»).
- Bredenkamp, H.
- 2003 *Stratégies visuelles de Thomas Hobbes. Le Léviathan, archétype de l'État moderne. Illustrations des œuvres et portraits*, Paris, Éditions de la Maison de Sciences de l'Homme.
- Breuilly, J.
- 2004 *The Formation of the First German Nation-state, 1800-1871*, trad. it. a cura di M. Santoro, *La formazione dello Stato nazionale tedesco (1800-1871)*, Bologna, Il Mulino.
- Brian, E.
- 1994 *La mesure de l'État. Administrateurs et géomètres au XVIII^e siècle*, Paris, Albin Michel.
- Bridgman, P.W.
- 1969 *La critica operativa della scienza*, trad. it. di una raccolta di scritti a cura di B. Cermignani, Torino, Boringhieri.
- 1980 *Philosophical Writings*, New York, Arno Press.
- Brizzi, G.P., Del Negro, P. e Romano A. (a cura di)
- 2007 *Storia delle Università in Italia*, 3 voll., Messina, Sicania.
- Brondel, S., Foulquier, N. e Heuschling, L. (a cura di)
- 2001 *Gouvernement des juges et démocratie*, «Actes du Séminaire international», Université de Paris I, 13 novembre 1998-28 mai 1999, Paris, Publications de la Sorbonne.
- Brown, E.A.R. e Famiglietti, R.C.
- 1994 *The «Lit of justice»: semantics, ceremonial, and the Parliament of Paris, 1300-1600*, Sigmaringen, J. Thorbecke.
- Bruti Liberati, E., Ceretti, A. e Giasanti, A. (a cura di)
- 1996 *Governo dei giudici. La magistratura tra diritto e politica*, Milano, Feltrinelli.
- Bugnyon, P.
- 1702 *Legum abrogatarum et inusitatarum tractatus. Traicté des loix abrogées et inusitées en toutes les cours... du royaume de France [1563]*, Bruxellis, apud Petrum de Dobbeleer.
- Bulst, N., Descimon, R. e Guerreau, A. (a cura di)
- 1996 *L'État ou le Roi. Les fondations de la modernité monarchique en France (XIV^e-XVII^e siècles)*, Paris, Éditions de la Maison de Sciences de l'Homme.
- Calamandrei, P.
- 2004 *Costituzione e leggi di Antigone. Scritti e discorsi politici*, Firenze, Sansoni (1^a ed. Firenze, La Nuova Italia, 1996).

- Calasso, F.
 1936 *Recensione* (al vol. di E. Bussi, *Intorno al concetto di diritto comune*, Milano, Vita e Pensiero, 1935), in «Rivista di storia del diritto italiano», I, pp. 328-32.
 1954 *Medio Evo del diritto*, Milano, Giuffrè.
 1965 *Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medievale*, Milano, Giuffrè, 2^a ed.
- Camilleri, A.
 1993 *La bolla di componenda*, Palermo, Sellerio (14^a ed. 2000).
 1995 *Il birraio di Preston*, Palermo, Sellerio (32^a ed. 2004).
- Campbell, P.R.
 1990 *Aux origines d'une forme de lutte politique: avocats, magistrats et évêques. Les crises parlementaires et les jansénistes. 1727-1740*, in Marie [1990, 147-61].
 1996 *Power and Politics in Old Regime France. 1720-1745*, London and New York, Routledge.
- Camus, A.
 1957 *L'homme révolté*, trad. it. a cura di L. Magrini, *L'uomo in rivolta*, Milano, Bompiani (molte edizioni successive).
- Canetti, E.
 1987 *Masse und Macht*, Hamburg, Claassen, 1960, trad. it. a cura di F. Jesi, *Massa e potere*, Milano, Adelphi, molte edizioni.
- Cantarella, E.
 1985 *Tacita Muta. La donna nella città antica*, Roma, Editori Riuniti.
 1986 *L'ambiguo malanno. Condizione e immagine della donna nell'antichità greca e romana*, Roma, Editori Riuniti (rist. della 2^a ed. del 1985; 1^a ed. 1981).
- Caporaso, J.A.
 1996 *The European Union and Forms of State. Westphalian, Regulatory, or Post-Modern?*, in «Journal of Common Market Studies», 34, 1, pp. 29-52.
 2004 *Si può parlare di democrazia per l'Unione Europea?*, in «Rivista Italiana di Scienza Politica», XXXIV, n. 1, pp. 69-93.
- Cappelletti, M.
 1988 *Giudici irresponsabili?. Studio comparativo sulla responsabilità dei giudici*, Milano, Giuffrè.
 1990 *Le pouvoir des juges*, Paris-Aix-en-Provence, Economica-Puam.
- Cappellini, P.
 1984 *Systema iuris*, 2 voll.: I. *Genesi del sistema e nascita della*

- scienza delle Pandette; II. Dal sistema alla teoria generale*, Milano, Giuffrè.
- Caracciolo, A.
1960 *Stato e società civile. Problemi dell'unificazione italiana*, Torino, Einaudi (2^a ed. 1968 e reprint 1977).
- Carandini, G.
1977 *Il ruolo dello Stato nello sviluppo strutturale del capitalismo*, in Finzi [1977, 169-70].
- Caravale, M.
1994 *Ordinamenti giuridici dell'Europa medievale*, Bologna, Il Mulino.
1998 *La nascita dello Stato moderno*, in *Storia moderna* [1998, 77-101].
- Carbasse, J.-M.
1998 *Introduction historique au droit*, Paris, Puf (cito dalla 3^a ed. 2001).
1999 *Le juge entre la loi et la justice: approches médiévales*, in Carbasse e Depambour-Tarride [1999, 67-94].
- Carbasse, J.-M. e Depambour-Tarride, L. (a cura di)
1999 *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, Paris, Puf.
- Carbasse, J.-M., Leyte, G. e Soleil, S.
2000 *La Monarchie française du milieu du 16. siècle à 1715: l'esprit des institutions*, Paris, Sedes.
- Carcassonne, É.
1927 *Montesquieu et le problème de la constitution française au XVIII^e siècle*, Paris, Puf (ristampa anast., Genève, Slatkine, 1970).
- Carnelutti, F.
1951 *Teoria generale del diritto*, Roma, Soc. Ed. del «Foro Italiano», 1951.
- Carpentier, É.
1970 *Le Grand Royaume, 1270-1348*, in Duby [1970, 184-200].
- Carré, H.
1912 *La fin des parlements (1788-1790)*, Paris, Hachette.
- Carta, P. e Tabet, X. (a cura di)
2007 *Machiavelli nel 19. e 20. secolo*, «Giornate di studio organizzate dal Dipartimento di Scienze Giuridiche di Trento, l'Université Paris 8 e l'ENS-LSH de Lyon», Lione, 3-4 giugno 2003, Parigi, 5-7 giugno 2004, Padova, Cedam.
- Casella, L. (a cura di)
2003 *Rappresentanze e territori. Parlamento friulano e istituzio-*

- ni rappresentative territoriali nell'Europa moderna*, Udine, Forum.
- Cassani, E. e Varchetta, G. (a cura di)
 1990 *Psicosocioanalisi e crisi delle istituzioni. Il pensiero di Bion nel dibattito attuale*, Milano, Guerini.
- Cassese, S.
 1998 *Lo Stato introvabile. Modernità e arretratezza delle istituzioni italiane*, Roma, Donzelli.
 2002 *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, Laterza.
 2006 *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, Laterza.
- Cassirer, E.
 1927 *Individuum und Kosmos in der Philosophie der Renaissance*, Leipzig, G.B. Teubner, trad. it. a cura di F. Federici, *Individuo e cosmo nella filosofia del Rinascimento*, Firenze, La Nuova Italia, 1935, con successive edizioni e ristampe fino al 2001 (qui utilizzata).
 1932 *Die Philosophie der Aufklärung*, Tübingen, Mohr, trad. it. a cura di E. Pocar, *La filosofia dell'Illuminismo*, Firenze, La Nuova Italia, 1935 (5^a rist. anast., sull'ed. del 1936, 1992 qui utilizzata).
 1946 *The Myth of the State* [ultimato nel 1945], Oxford, Oxford University Press, trad. it. a cura di C. Pellizzi, *Il mito dello Stato*, Milano, Longanesi, 1950, successive edizioni 1971 e 1987 qui utilizzata).
 1967 *Dall'Umanesimo all'Illuminismo*, saggi raccolti a cura di P.O. Kristeller, trad. it. di F. Federici, Firenze, La Nuova Italia.
- Castelli, E. (a cura di)
 1951 *Umanesimo e scienza politica*, «Atti del Congresso Internazionale di Studi Umanistici» 24-27 set. 1949 Roma e 28-30 set. 1949 Firenze, 1949, Milano, Marzorati.
- Castignone, S. e Guastini, R. (a cura di)
 1989 *Realismo giuridico e analisi del linguaggio. Testi di Karl Olivecrona e Alf Ross*, Genova, Ecig.
- Castrucci, E.
 1981 *Ordine convenzionale e pensiero decisionista. Saggio sui presupposti intellettuali dello Stato moderno nel Seicento francese*, Milano, Giuffrè.
 1984 *La forma e la decisione. Studi critici*, Milano, Giuffrè.
 2003 *Convenzione, forma, potenza. Scritti di storia delle idee e di filosofia giuridico-politica*, Milano, Giuffrè.
- Cattaneo, M.
 1966 *Illuminismo e legislazione*, Milano, Comunità.

- Cavanna, A.
 1982 *Storia del diritto moderno in Europa*, 1. *Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano, Giuffrè.
- 2005 *Storia del diritto moderno in Europa*, 2. *Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano, Giuffrè.
- Cayla, O. e Renoux-Zagamé, M.-F. (a cura di)
 2001 *L'office du juge: part de souveraineté ou puissance nulle?*, «Actes du Congrès international de Rouen», 26-27 marzo 1998, Paris, LGDJ.
- Cazzaniga, G.M. e Zarka, Y.-C. (a cura di)
 2001 *Penser la souveraineté à l'époque moderne et contemporaine*, «Actes des Colloques», Pisa, 1-3 giugno 2000 e Paris, 2-4 novembre 2000, 2 voll., Pisa-Paris, Ets-Vrin.
- Cerroni, U.
 1991 *Norma, interessi, funzioni*, in Conte [1991, 31-40].
 1995 *Il pensiero politico del Novecento*, Roma, Newton Compton.
 1996 *L'identità civile degli italiani*, Lecce, Manni (2^a ed. ampliata 1997).
- Chabod, F.
 1958 *Stipendi nominali e busta paga effettiva dei funzionari dell'amministrazione milanese alla fine del Cinquecento*, in *Miscellanea in onore di Roberto Cessi*, Roma, Edizioni di Storia e Letteratura, vol. II, pp. 187-363.
 1962 *Alcune questioni di terminologia: Stato, Nazione, Patria nel linguaggio del Cinquecento*, in Id., *L'idea di Nazione* (da lezioni tenute nel 1943-1944), a cura di A. Saitta e E. Sestan, Bari, Laterza, pp. 141-73.
 1981 *Esiste uno Stato nel Rinascimento?* [1957], in *Scritti sul Rinascimento*, Torino, Einaudi (Reprints), pp. 591-604.
- Chabod, F. e Momigliano, A.
 2002 *Un carteggio del 1959*, a cura e con Introd. di G. Sasso e Postfazione di R. Di Donato, Bologna, Il Mulino.
- Chaix Ruiz, J.
 1951 *Humanisme et esprit critique*, in Castelli [1951, 469-76].
- Chalumeau, R.-L. (Père lazarisiste)
 1971 *L'assistance aux malade pauvres au XVII^e siècle*, in «XVII^e siècle», nn. 90-91, pp. 75-86.
- Charny, I.
 1999 *Encyclopedia of genocide*, Santa Barbara (Cal.), Abc-Clio (trad. francese a cura di J. Valls-Russell, *Le livre noir de l'humanité. Encyclopédie mondiale des génocides*, Toulouse, Éditions Privat, 2001).

- Chiappini, P.
2006 *Le droit et le sacré*, Paris, Dalloz.
- Chignola, S. e Duso, G. (a cura di)
2005 *Sui concetti giuridici e politici della costituzione dell'Europa*, Milano, Franco Angeli.
- Church, W.F.
1941 *Constitutional Thought in Sixteenth-Century France. A Study in the Evolution of Ideas*, Cambridge (Mass.) e London, Harvard University Press e Oxford University Press.
1967 *The decline of French Jurists as Political Theorists, 1660-1789*, in «French Historical Studies», n. 5, 1, pp. 1-40.
- Cianferotti, G.
1980 *Il pensiero di V. E. Orlando e la giurisprudenza italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, Giuffrè.
- Cicerone, M.T.
1981 *Le orazioni di M. Tullio Cicerone*, 4 voll., a cura di G. Bellardi, Torino, Utet.
- Cioran, E.M.
1986 *Le mauvais démurge*, Paris, Gallimard, trad. it. *Il demiurgo cattivo*, Milano, Adelphi.
- Cipolla, C.M.
1959a (a cura di), *Storia dell'economia italiana. Saggi di storia economica*, Torino, Einaudi.
1959b *Il declino economico dell'Italia*, in Cipolla [1959a, 605-23].
1999 *Storia economica dell'Europa pre-industriale*, Bologna, Il Mulino (1ª ed. 1974).
- Clastres, P.
1974 *La société contre l'État. Recherches d'anthropologie politique*, Paris, Minuit.
- Cocatre-Zilgien, A.
1963 *Les doctrines politiques des milieux parlementaires dans la seconde moitié du XVIII^e siècle ou Les avocats dans la bataille idéologique pré-révolutionnaire*, in «Annales de la Faculté de Droit et des Sciences Économiques de Lille», pp. 29-154.
- Codino, F.
1975 *L'origine dello Stato nella Grecia antica*, Roma, Editori Riuniti (nuova ed. 1984).
- Cohen-Tanugi, L.
1985 *Le droit sans l'État. Sur la démocratie en France et en Amérique*, Paris, Puf (ed. «Quadrige», 1992).

- Coleman, J.
 1985 *A Political Analysis of Literary Works c. 1280-1400: Ideology and Perception of «The State» in England*, in *Culture et idéologie* [1985, 433-62].
 1991 *The Relation between Ockham's Intuitive Cognition and his Political Science*, in *Théologie et droit* [1991, 71-88].
 1996 (a cura di) *L'individu dans la théorie politique et dans la pratique. Les origines de l'État moderne en Europe, XIII^e-XVIII^e siècle*, Paris, Puf.
- Colerus, J.
 2002 *La vie de B. de Spinoza* [1706], in Colerus e Lucas [2002, 9-91].
- Colerus, J. e Lucas, J.-M.
 2002 *Vies de Spinoza*, Paris, Éditions Allia, 2^a ed. (1^a ed. 1999), trad. it. a cura di R. Bordoli, con prefazione di F. Mignini, *Le vite di Spinoza*, Macerata, Quodlibet, 1994.
- Collins, J.B.
 1988 *Fiscal Limits of Absolutism. Direct Taxation in Early Seventeenth-Century France*, Berkeley-Los Angeles-London, University of California Press.
- Colombo, A.
 1997 *L'utopia. Rifondazione di un'idea e di una storia*, Bari, Dedalo.
- Contamine, P.
 1989 (a cura di), *L'État et les aristocraties (France, Angleterre, Écosse). XII^e-XVII^e siècle*, «Actes de la table ronde organisée par le Centre National de la Recherche Scientifique», Oxford, Maison française d'Oxford, 26-27 septembre 1986, Paris, Presses de l'École Normale Supérieure.
 1998 *Guerre et concurrence entre les États européens du XIV^e au XVIII^e siècle. Les origines de l'État moderne en Europe, XIII^e-XVIII^e siècle*, Paris, Puf.
 1999 *Le Moyen Âge occidental a-t-il connu des «serviteurs de l'État?»*, in *Les serviteurs de l'État* [1999, 9-20].
- Conte, R. (a cura di)
 1991 *La norma. Mente e regolazione sociale*, Roma, Editori Riuniti.
- Corciulo, M.S.
 2008 *Percorsi di storia istituzionale europea. Sec. XIII-XIX*, Roma, La Sapienza Editrice.
- Cornette, J.
 1994 *Histoire de la France: l'affirmation de l'État absolu. 1515-1652*, Paris, Hachette.

- Corradini, D.
 1971 *Garantismo e statualismo. Le codificazioni civilistiche dell'Ottocento*, Milano, Giuffrè (3^a ristampa, 1986).
- Corrigan, P. e Sayer, D.
 1985 *The Great Arch. English State Formation as Cultural Revolution*, Oxford-New York, Basil Blackwell.
- Cortese, E.
 1995 *Il diritto nella storia medievale*, 2 voll., Roma, Il Cigno Galileo Galilei.
 1996 *Il Rinascimento giuridico medievale*, Roma, Bulzoni, 2^a ed. (1^a ed. 1992).
- Cosandey, F.
 2000 *La Reine de France. Symbole et pouvoir*, Paris, Gallimard.
 2005 *Dire et vivre l'ordre social en France sous l'Ancien Régime*, Paris, Éditions de l'École des Hautes Études en Sciences Sociales.
- Costa, P.
 1969 *Iurisdicctio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, Milano, Giuffrè.
 1986 *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, Giuffrè.
- Costabile, A. e Licursi, S.
 2004 *Politica e magistratura*, in Gambino [2004, 361-73].
- Cottret, M.
 1998 *Jansénismes et Lumières. Pour un autre XVIII^e siècle*, Paris, Albin Michel.
- Coulet, N. e Genet, J.-P. (a cura di)
 1990 *L'État moderne: le droit, l'espace et les formes de l'État*, «Actes du colloque tenu à Aix Les Baumes», 11-12 octobre 1984, organisé par le Centre National de la Recherche Scientifique, Paris, Éditions du Cnrs.
- Cozzi, G.
 1958 *Il doge Nicolò Contarini. Ricerche sul patriziato veneziano agli inizi del Seicento*, Venezia-Roma, Istituto per la collaborazione culturale.
 1987 *Venezia, una repubblica di Principi?*, Pisa, Giardini Stampatori.
 1981 (a cura di), *Stato, società e giustizia nella Repubblica veneta, sec. 15^o-18^o*, Roma, Jouvence.
- Craveri, B.
 2005 *Amanti e regine: il potere delle donne*, Milano, Adelphi.

- Crespi, F.
 1991a *Limiti della morale ed apertura etica nell'esperienza post-moderna*, in Crespi [1991b, 13-31].
 1991b (a cura di), *Etica e scienze sociali*, Torino, Rosenberg & Sellier.
 1994 *Imparare ad esistere. Nuovi fondamenti della solidarietà sociale*, Roma, Donzelli.
 1997 *Crisi e rinascita dell'utopia*, Introduzione alla trad. it. del classico di L. Mumford (*The Story of Utopias* [1922]), a cura di R. D'Agostino, *Storia dell'utopia*, Roma, Donzelli.
- Croce, B.
 1967 *Politica «in nuce»*, in *Elementi di politica* [1924-1925], poi rifluito in *Etica e politica*, Bari, Laterza.
- Crouzet, D.
 1990 *Les guerriers de Dieu. La violence au temps des troubles de religion vers 1525-vers 1610*, 2 voll., Seyssel, Champ Vallon.
- Culture et idéologie*
 1985 *Culture et idéologie dans la genèse de l'État moderne*, «Actes de la Table ronde organisée par le Cnrs et l'École française de Rome», Roma 15-17 ott. 1984, Roma, E.F.R.
- D'Addio, M.
 1962 *Il pensiero politico di Gaspare Scioppio e il machiavellismo del Seicento*, Milano, Giuffrè, 2^a ed. (1^a ed. 1959).
 1969 *Machiavelli e Antimachiavelli*, in «Il Pensiero politico», II, pp. 329-36.
- D'Aloi, G.
 2008 *Riformisti senza riforme. L'immobilismo istituzionale fra regole delle istituzioni e regolarità della politica*, tesi di laurea magistrale in Scienze politiche, Università degli Studi della Calabria, a.a. 2007-2008.
- D'Amelio, G.
 1965 *Illuminismo e scienza del diritto in Italia*, Milano, Giuffrè.
- Darcy, G., Labrot, V. e Doat, M. (a cura di)
 2006 *L'office du juge*, «Actes du colloque organisé par les Universités de Paris 13 et de Bretagne occidentale sous le haut patronage du Sénat», Paris, Palais du Luxembourg, 29-30 septembre 2006, Paris, imprimé par le Sénat, s.d.
- Darnton, R.
 1997 *The Forbidden Best-Sellers of Pre-Revolutionary France*, New York, Norton, 1995, trad. it. a cura di V. Beonio

- Brocchieri, *Libri proibiti. Pornografia, satira e utopia all'origine della Rivoluzione francese*, Milano, Mondadori.
- Daubresse, S.
 2005 *Le Parlement de Paris ou la voix de la Raison (1559-1589)*, Genève, Droz.
- Daubresse, S., Morgat-Bonnet, M. e Storez-Brancourt, I.
 2007 *Le Parlement en exil ou Histoire politique et judiciaire des translations du Parlement de Paris (XV^e-XVIII^e siècle)*, con una postfazione di F. Hildesheimer, Paris, Honoré Champion.
- Dauchy, S. e Demars-Sion, V. (a cura di)
 2005 *Les recueils d'arrêts et dictionnaire de jurisprudence (XVI^e-XVIII^e siècles)*, Paris, Éditions La Mémoire du Droit.
- David, M.
 1954 *La souveraineté et les limites juridiques du pouvoir monarchique du IX^e au XV^e siècle*, Paris, Dalloz.
- Dawson, J.P.
 1978 *The oracles of the Law*, Westport (Conn.), Greenwood Press Publ. (ristampa della 1^{re} édition, Ann Arbor (Mich.), University of Michigan Law School, 1968).
- De Caprariis, V.
 1959 *Propaganda e pensiero politico in Francia durante le guerre di religione (1559-1572)*, Napoli, Esi.
- De Lagarde, G.
 1951 *La conception médiévale de l'ordre en face de l'Humanisme, de la Renaissance et de la Réforme*, in Castelli [1951, 237-45].
- 1961-1965 *La naissance de l'esprit laïque au déclin du Moyen Age*, 5 voll., Louvain-Paris, Éditions Nauwelaerts, 1956, 1958, 1962, 1963, 1970 (1^a ed. 1938), trad. it. a cura di A. Barbieri *at al.*, *Alle origini dello spirito laico*, 2 voll.: I. *Bilancio del XIII secolo*, Brescia, Morcelliana, 1961; II. *Stato e società nella scolastica*, Brescia, Morcelliana, 1965.
- Delamare, N.
 1722 *Traité de la police*, Paris, chez Michel Brunet.
- Delbeke, F.
 1927 *L'action politique et sociale des avocats au XVIII^e siècle. Leur part dans la préparation de la Révolution française*, Louvain, Librairie Universitaire.
- Del Col, A.
 2006 *L'Inquisizione in Italia dal XII al XXI secolo*, Milano, Mondadori.

De Luca, G.B.

1675 *Il cavaliere e la Dama, ovvero discorsi nell'ozio tuscolano autunnale dell'anno 1674 [...] sopra alcune cose appartenenti a' cavalieri et alle dame così nella legge scritta, come in quella della convenienza contenute negli argomenti registrati nell'annesso indice*, Roma, Dragoncelli.

Demaret, P.

1996 *Le juge et le jugement dans l'Europe d'aujourd'hui: la Cour de Justice des Communautés Européennes*, in Jacob [1996a, 303-77].

De Mattei, R.

1951 *Sapienza e Prudenza nel pensiero politico italiano dall'Umanesimo al sec. XVII*, in Castelli [1951, 129-43].

1969 *Distinzioni in sede di antimachiavellismo*, in «Il Pensiero politico», II, pp. 368-75.

1982 *Il pensiero politico italiano nell'età della Controriforma*, Milano-Napoli, Ricciardi.

Derathé, R.

1993 *Rousseau et la science politique de son temps*, Paris, Vrin, 1950, trad. it. sull'ed. francese del 1988 a cura di R. Ferrara, e con prefazione di N. Matteucci, *Rousseau e la scienza politica del suo tempo*, Bologna, Il Mulino.

Derrida, J.

1996 *Mal d'archive: une impression freudienne*, Paris, Galilée, 1995, trad. it. a cura di G. Scibilia, *Mal d'archivio: un'impressione freudiana*, Napoli, Filema, 2005², 1^a ed. 1996.

Descimon, R.

1983 *Qui étaient les Seize? Mythes et réalités de la Ligue parisienne, 1585-1594*, Paris, Klincksieck.

1985 *La Sainte-Ligue le juge et la potence. L'assassinat du Président Brisson (15 novembre 1591)*, Paris, Hachette (con É. Barnavi).

1989 *La haute noblesse parlementaire parisienne: la production d'une aristocratie d'État aux XVI^e et XVII^e siècles*, in Contamine [1989, 357-86].

1990 *Modernité et archaïsme de l'État monarchique: le Parlement de Paris saisi par la vénalité (XVI^e siècle)*, in Genet [1990, 147-61].

1992 *Les fonctions de la métaphore du mariage politique du Roi et de la République. France, XV-XVIII^e siècles*, in «Annales ESC», n. 6, novembre-décembre, pp. 1127-47.

1997 *La vénalité des offices et la construction de l'État dans*

- la France moderne. Des problèmes de la représentation symbolique aux problèmes du coût social du pouvoir*, in Descimon, Schaub e Vincent [1997, 77-93].
- Descimon, R. e Cosandey, F.
2002 *L'absolutisme en France. Histoire et historiographie*, Paris, Seuil.
- Descimon, R. e Guéry, A.
1989 *Un État des temps modernes?*, in A. Burguière e J. Revel (a cura di), *Histoire de la France* (a cura di J. Le Goff), vol. II, Paris, Seuil, pp. 183-356.
- Descimon, R., Schaub, J.-F. e Vincent, B. (a cura di)
1997 *Les figures de l'administrateur. Institutions, réseaux, pouvoirs en Espagne, en France et au Portugal. 16^e-19^e siècle*, Paris, Éditions de l'École des Hautes Études en Sciences Sociales.
- De Waele, M.
2000 *Les relations entre le Parlement de Paris et Henri IV*, Paris, Publisud.
- Diaz, F.
1962 *Filosofia e politica nel Settecento francese*, Torino, Einaudi.
1973 *Per una storia illuministica*, Napoli, Guida.
- Di Donato, F.
1989 *La Segreteria del Regno e Niccolò Fraggianni (1725-1733)*, in «Archivio Storico per le Province Napoletane», CVII, pp. 247-309.
1991 *Per un cristianesimo debole*, in «Prospettive Settanta», nn. 2-3, pp. 364-405.
1993 *Stato magistrature controllo dell'attività ecclesiastica*, in «Archivio Storico per le Province Napoletane», CXI, pp. 255-328.
1996a *Esperienza e ideologia ministeriale nella crisi dell'ancien régime. Niccolò Fraggianni tra diritto, istituzioni e politica*, 2 voll., Napoli, Jovene.
1996b *Le concept de «liberté» dans l'idéologie des hommes de robe au XVIII^e siècle (France et Italie)*, in «Lexicon Philosophicum – Quaderni di terminologia filosofica e di Storia delle idee», nn. 8-9, pp. 81-92.
1997 *Constitutionnalisme et idéologie de robe. L'évolution de la théorie juridico-politique de Murard et Le Paige à Chanlaire et Mably*, in «Annales», n. 4, juillet-août, pp. 821-52.
1998a *Un costituzionalismo di antico regime? Prospettive socio-istituzionali di storia giuridica comparata*, saggio introduttivo a Richet [1998, VII-L].

- 1998b *Genova e Napoli. Immagini dell'ideologia togata nel confronto tra due modelli socioistituzionali*, in C. Bitossi e C. Paolucci (a cura di), *Genova, 1746: una città di antico regime tra guerra e rivolta*, «Atti del Convegno di Studi in occasione del 250° anniversario della rivolta genovese», Genova, 3-5 dicembre 1996, Genova, Archivio di Stato di Genova – Quaderni Franzoniani, pp. 727-88.
- 2001a *La puissance cachée de la robe. L'idéologie du jurisconsulte moderne et le problème du rapport entre pouvoir judiciaire et pouvoir politique*, in Cayla e Renoux-Zagamé [2001, 89-116].
- 2001b *La «teoria giuridica dello Stato» di Michel Troper*, in «L'Acropoli», 6, pp. 673-8.
- 2002 *Critica della ragione virtuosa. Roland Mousnier: la civiltà giuridica dello Stato assoluto*, saggio introduttivo a Mousnier [2002, XV-CXXXII].
- 2003a *L'ideologia dei robins nella Francia dei Lumi. Costituzionalismo e assolutismo nell'esperienza politico-istituzionale della magistratura di antico regime (1715-1788)*, Napoli, Esi.
- 2003b *Le concept de «représentation» dans la doctrine juridico-politique de Louis-Adrien Le Paige*, in *Le concept de représentation dans la pensée politique*, «Actes du Colloque d'Aix-en-Provence», 2-3 mai 2002 – AFHIP XV, Aix-en-Provence, Puam, pp. 53-73.
- 2003c *Giuristi e storia dello Stato: il conflitto magistratura-potere politico nella Francia del Settecento*, in «Storia Amministrazione Costituzione», Annale Isap, n. 11, pp. 73-122.
- 2004 *Il giudizio di costituzionalità nella Francia dell'ancien régime: una storia politico-istituzionale. I. I fondamenti teorico-pratici*, in «Giornale di Storia Costituzionale», n. 7, pp. 147-65.
- 2005 *Il giudizio di costituzionalità nella Francia dell'ancien régime: una storia politico-istituzionale. II. Le dinamiche della prassi*, in «Giornale di Storia Costituzionale», n. 9, pp. 65-86.
- 2006 *De la médiation patriarcale à la médiation bureaucratique. Considération sur le «gouvernement des juges»*, in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Troper*, a cura di P. Brunet et al., Paris, Economica, pp. 387-406.
- 2007a *La revisione costituzionale in una prospettiva storico-istituzionale. Il problema del mutamento giuridico in relazio-*

- ne al mutamento sociale e culturale*, in S. Gambino e G. D'Ignazio (a cura di), *La revisione costituzionale e i suoi limiti. Fra teoria costituzionale diritto interno esperienze straniere*, Milano, Giuffrè, pp. 555-78.
- 2007b *Lo Stato moderno di ancien régime. L'esperienza francese*, in Barletta e Galasso [2007, 129-68].
- 2007c *La contribution de Jean Barbeyrac au renouvellement du droit européen*, in *Genève et la Suisse dans la pensée politique*, «Actes du XVIII^e Colloque international de l'AFHIP», Genève, 14-15 septembre 2006, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, pp. 409-18.
- 2008a *Voglia di sapere: Francia batte Italia*, in «La Stampa», 2 gennaio.
- 2008b *Triumph der Wilkür*, in «Die Zeit on line» (<http://www.zeit.de/online/2008/16/Italien-Kommentar>), 11 aprile.
- 2008c *L'idée contractuelle dans la doctrine juridique, politique et institutionnelle des rois au XVIII^e siècle*, in *L'idée contractuelle* [2008, 211-38].
- 2009 *Il senso politico e istituzionale della laicità. Appunti liminari sui fondamenti della statualità moderna*, in «Storia Amministrazione Costituzione», Annale Isap, n. 17, pp. 51-65.
- Dini, V. e Stabile, G.
1983 *Saggezza e prudenza. Studi per la ricostruzione di un'antropologia in prima età moderna*, Napoli, Liguori.
- Dinouart, J.A.T.
1989 *L'art de se taire, principalement en matière de religion [1771]*, trad. it. a cura di C. Bietoletti con introduzione di J.-J. Courtine e C. Haroche, *L'arte di tacere*, Palermo, Sellerio.
- Donolo, C.
1997 *L'intelligenza delle istituzioni*, Milano, Feltrinelli.
2005 *Le politiche istituzionali*, Bologna Il Mulino.
- Dotti, U.
1979 *Niccolò Machiavelli: la fenomenologia del potere*, Milano, Feltrinelli (2^a ed. 1980).
- 2003 *Machiavelli rivoluzionario: vita e opere*, Roma, Carocci.
- Doucet, R.
1921-1926 *Étude sur le gouvernement de François 1^{er} dans ses rapports avec le Parlement de Paris*, 2 voll., I. (1515-1525), II (1525-1527), Paris, Champion.
- 1948a *Les institutions de la France au XVI^e siècle*, t. I, *Les cadres géographiques. Les institutions centrales et locales*, Paris, A. e J. Picard.

- 1948b *Les institutions de la France au XVI^e siècle*, t. II, *La seigneurie. Les services publics. Les institutions ecclésiastiques*, Paris, A. e J. Picard.
- Douglas, M.
1998 *How institutions think*, Syracuse N.Y., Syracuse University Press, 1986, trad. it. a cura di P.P. Giglioli e C. Carpioli, *Come pensano le istituzioni*, Bologna, Il Mulino (1^a ed. 1990).
- Doyle, W.
1974 *The Parlement of Bordeaux and the End of the Old Regime. 1771-1790*, London and Tonbridge, Ernest Benn Limited.
1996 *Venality. The Sale of Offices in Eighteenth-Century France*, Oxford, Clarendon Press.
- Du Boys, H.
1604 *De l'origine et autorité des Roys*, Paris, chez Robert Fouët.
- Duby, G.
1970 (a cura di), *Histoire de la France*, Paris, Larousse.
1973 *Hommes et structures du Moyen Âge*, Paris, Mouton (si veda anche la trad. it. a cura di A. Marietti Solmi, *Le Società medievali*, Torino, Einaudi, 1985).
1987 *Le Moyen Âge: de Hugues Capet à Jeanne d'Arc, 987-1460*, Paris, Hachette.
2001 *Dames du XII^e siècle. II. Le souvenir des aïeules*, Paris, Gallimard, 1995, trad. it. *Il potere delle donne nel Medioevo*, Roma-Bari, Laterza.
- Duby, G. e Perrot, M. (a cura di)
1990-1991-1992 *Storia delle donne*, 5 voll., Roma-Bari, Laterza, 1990 (I-II); 1991 (III-IV); 1992 (V); ed. francese (successiva) *Histoire des femmes en Occident*, 5 voll., Paris, Plon, 1991 (I-IV); 1992 (V); poi riedito (sempre in 5 voll.) da Perrin, Paris, 2002.
- Duchesne, A.
1609 *Les Antiquités et Recherches de la Grandeur et Majesté des Rois de France*, Paris, chez Jean Petit-Pas.
- Dumont, L.
1993 *Essais sur l'individualisme. Une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne*, Paris, Seuil, 1983, trad. it. *Saggi sull'individualismo. Una prospettiva antropologica sull'ideologia moderna*, Milano, Adelphi.
- Duprat, C.
1993 «*Pour l'amour de l'humanité*». *Le temps des philanthro-*

pes. *La philantropie parisienne des Lumières à la monarchie de Juillet*, I, Paris, Éditions du CTHS.

Du Vair, G.

1641 *Œuvres*, Paris, S. Cramoisy (rist. anast. Slatkine, Genève 1970).

Duverger, M.

1987 *Les constitutions de la France*, Paris, Puf, 11^a ed. (1^a ed. 1944).

Echeverria, D.

1985 *The Maupeou Revolution. France 1770-1774*, Baton Rouge-London, Louisiana State University Press.

Egret, J.

1970 *Louis XV et l'opposition parlementaire. 1715-1774*, Paris, Colin.

Eisenstadt, S.N.

1967 *The Political Systems of Empires*, New York, The Free Press of Glencoe, 2^a ed. (1^a ed. 1963).

El Annabi, H.

1989 *Le Parlement de Paris sous le règne personnel de Louis XIV. L'Institution, le Pouvoir et la Société*, Tunis, Publications de l'Université de Tunis.

Elias, N.

1988 *Über den Prozess der Zivilisation*, Frankfurt, Suhrkamp, 1969, trad. it. a cura di G. Panzieri, *Il processo di civilizzazione*, Bologna, Il Mulino, 3^a ed. (1^a ed. 1982).

1998 *The Symbol Theory*, London, Sage, 1991, trad. it. a cura di E. Scoppola, *Teoria dei simboli*, Bologna, Il Mulino.

Eliot, T.S.

1947 *Murder in the Cathedral*, London, Faber and Faber, 1935, trad. it. a cura di A. Castelli, *Assassinio nella cattedrale*, Milano, Bompiani, 14^a ed.

Ellenius, A. (a cura di)

2001 *Iconographie, propagande et légitimation. Les origines de l'État moderne en Europe, XIII^e-XVIII^e siècle*, Paris, Puf.

Épinay, L.T. d'Esclavelles, detta M.me d'

1818 *Mémoires et correspondance de M.me d'Épinay*, 3 voll., Paris, ed. Brunet.

Ertman, T.

1997 *Birth of the Leviathan. Building States and Regimes in Medieval and Early Modern Europe*, Cambridge, Cambridge University Press.

- Esmonin, E.
1964 *Études sur la France des XVII^e et XVIII^e siècles*, Paris, Puf.
- Esposito, R.
1988 *Categorie dell'impolitico*, Bologna, Il Mulino.
- Falco, G.
1988 *La polemica sul Medioevo* [1933], con introduz. di F. Tessitore, Napoli, Guida, 2^a ed. (1^a ediz. 1977).
- Fanfani, T.
1999 *Le «arti» nello sviluppo economico italiano in età moderna: colpevoli o innocenti?*, in Guenzi, Massa e Moioli [1999, 560-72].
- Faralli, C.
1982 *Diritto e magia. Saggio su Axel Hägerström*, in Pattaro [1982].
- Fasano Guarini, E.
1978 (a cura di), *Potere e società negli stati regionali italiani fra '500 e '600*, Bologna, Il Mulino.
- 1983 *Gli stati dell'Italia centro-settentrionale tra Quattro e Cinquecento: continuità e trasformazioni*, estr. da «Società e storia», n. 21, pp. 618-39.
- 1998a «État moderne» et anciens états italiens. *Éléments d'histoire comparée*, in «Revue d'histoire moderne et contemporaine», XLV, 1, pp. 15-41.
- 1998b *L'assolutismo*, in *Storia Moderna* [1998, 315-49].
- Favier, J.
1969 *Les légistes et le gouvernement de Philippe le Bel*, in «Journal des savants», avril-juin 1969, pp. 92-108.
- Favoreu, L. et al.
2000 *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 3^a ed.
- Fatelli, G.
1999 *Il desiderio della legge*, Roma, Meltemi.
- Febvre, L.
1966 *Civiltà: evoluzione di un termine e di un gruppo d'idee*, in Id., *Studi su Riforma e Rinascimento e altri scritti su problemi di metodo e di geografia storica*, trad. it. a cura di C. Vivanti, con prefazione di D. Cantimori, Torino, Einaudi (reprint 1982).
- Fedriga, R.
2002 *Le migliori intenzioni. Una ricerca di storia delle idee*, Milano, Cuem.

- Felice, D. (a cura di)
 2001-2002 *Dispotismo. Genesi e sviluppi di un concetto filosofico-politico*, 2 voll., Napoli, Liguori.
- Feola, R.
 1999 *Ordinamento e sistema politico in Italia*, Napoli, Jovene.
- Ferrajoli, L.
 1996 *Scienze giuridiche*, in Stajano [1996, 559-97].
 2004 *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello Stato nazionale*, Roma-Bari, Laterza, 2ª ed. (1ª ed. Milano, Anabasi, 1995 e Roma-Bari, Laterza, 1997).
- Ferrarese, M.R.
 1984 *L'istituzione difficile. La magistratura tra professione e sistema politico*, Napoli, Esi.
- Ferrari, G.
 1990 *Il senso dello Stato*, Padova, Cedam.
- Ferrarotti, F.
 2002 *Premessa a M. Weber, Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland. Zur politischen Kritik des Beamten-tums und Parteiwesens* [1919], trad. it. a cura di F. Fusillo, *Parlamento e governo. Per la critica politica della burocrazia e del sistema dei partiti*, Roma-Bari, Laterza, pp. V-X.
- Ferri, G.B.
 1999 *La nozione di contratto*, in P. Rescigno, *Trattato dei contratti*, t. I. *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, Torino, Utet, pp. 3-30.
- Ferrone, V.
 2004 *Chiesa cattolica e modernità. L'esperienza dei diritti dell'uomo dopo l'esperienza dei totalitarismi*, in Bolgiani, Ferrone e Margiotta Broglio [2004 pp. 17-131].
- Feyerabend, P.K.
 1981 *Science in a Free Society*, London, NLB, 1978, trad. it. sull'ed. tedesca modificata (*Erkenntnis für freie Menschen*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1980), a cura di L. Sosio, *La scienza in una società libera*, Milano, Feltrinelli.
- Filiassi Carcano, P.
 1951 *L'Umanesimo come fenomeno storico e il suo problema filosofico*, in Castelli [1951, 163-74].
- Finzi, R.
 1977 (a cura di), *Il ruolo dello Stato nel pensiero degli economisti*, «Atti del III Convegno nazionale degli storici del pensiero economico», vol. I, Bologna-Ferrara, 29-31 ottobre 1974, Bologna, Il Mulino.

- 1978 *Stato regionale e inconcepibilità del mercato nazionale in Italia nell'età della transizione europea al capitalismo*, in Romano e Vivanti [1978].
- Fioravanti, M.
- 1993 *Stato: dottrine generali e storiografia*, in *Enciclopedia del diritto* con il titolo *Stato (storia)*, XLIII, Milano, Giuffrè, 1990, ora in Id., *Stato e costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Torino, Giappichelli, pp. 7-104.
- 2002a (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari, Laterza.
- 2002b *Stato e costituzione*, in Fioravanti [2002a, 3-36].
- 2007 *È possibile un profilo giuridico dello Stato moderno?*, in Barletta e Galasso [2007, 185-95].
- Fiorillo, V.
- 1992 *Tra egoismo e socialità. Il giusnaturalismo di Samuel Pufendorf*, Napoli, Jovene.
- 1996 (a cura di), *Samuel Pufendorf filosofo del diritto e della politica*, «Atti del Convegno Internazionale», Milano, 11-12 novembre 1994, Istituto Italiano per gli Studi Filosofici, Napoli, Edizioni «La Città del Sole».
- Firpo, L.
- 1969 *Le origini dell'anti-machiavellismo*, in «Il Pensiero politico», II, pp. 337-67.
- Flammermont, J.
- 1883 *Le Chancelier Maupeou et les Parlements*, Paris, Picard.
- Flammermont, J. e Tourneux, M.
- 1888-1895-1898 *Remonstrances du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*, 3 voll., Paris, Imprimerie Nationale.
- Fontana, A., Fournel, J.-L., Tabet, X. e Zancarini, J.-C. (a cura di)
- 2004 *Langues et écritures de la République et de la guerre: études sur Machiavel*, Genova, Name.
- Fontana, A. e Tabet, X.
- 2004 *Machiavel après Machiavel*, in Fontana *et al.* [2004, 487-97].
- Florida, G. (a cura di)
- 2005 *Lex facit regem, rex facit legem*, Teramo, Arkè.
- Fogel, M.
- 2000 *L'État dans la France moderne, de la fin du XV^e au milieu du XVIII^e siècle*, Paris, Hachette.
- Ford, F.L.
- 1953 *Robe and Sword. The Regrouping of the French Aristocra-*

- cy after Louis XIV, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.
- Foucault, M.
- 1972 *L'ordre du discours*, lezione inaugurale al Collège de France, 2 dicembre 1970, trad. it. a cura di A. Fontana, *L'ordine del discorso*, Torino, Einaudi.
- 1978 *La «governamentalità»*, lezione tenuta al Collège de France il 1° febbraio 1978, trad. it. di P. Pasquino, in «Aut-Aut», n. 168, pp. 12-29, ora in Foucault [2007, 70-90].
- 1985 *Les mots et les choses. Une archéologie des sciences humaines*, Paris, Gallimard, 1966, trad. it. a cura di E. Panaitescu, con un saggio critico di G. Canguilhem, *Le parole e le cose. Un'archeologia delle scienze umane*, Milano, Rizzoli, 4ª ed. (1ª ed. 1967).
- 1997 *Dits et écrits*, Paris, Gallimard, 1994, trad. it. a cura di A. Dal Lago e A. Petrillo, *Archivio Foucault 2. 1971-1977. Poteri, Saperi, Strategie*, Milano, Feltrinelli.
- 1998 *Il faut défendre la société*, Paris, Seuil-Gallimard, 1997, trad. it. a cura di M. Bertani e A. Fontana, *Bisogna difendere la società*, Milano, Feltrinelli.
- 2007 *Securité, territoire, population: cours au Collège de France (1977-1978)*, a cura di M. Senellart sotto la direzione di F. Ewald e A. Fontana, Paris, Seuil-Gallimard, 2004, trad. it. a cura di P. Napoli, *Sicurezza, territorio popolazione: corso al Collège de France (1977-1978)*, Milano, Feltrinelli, 2ª ed. (1ª ed. 2005).
- Franklin, J.H.
- 1993 *Jean Bodin and the rise of absolutist theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 1973, trad. francese, *Jean Bodin et la naissance de la théorie absolutiste*, Paris, Puf.
- Fryde, E.B. e Fryde, M.M.
- 1977 *Il credito pubblico, con particolare riferimento all'Europa nordoccidentale*, in *Storia Economica di Cambridge*, vol. 3, *Le città e la politica economica nel Medioevo*, Torino, Einaudi, pp. 497-638.
- Friedman, L.M.
- 1978 *The Legal System. A Social Science Perspective*, New York, Russell Sage Foundation, 1975, trad. it. a cura di G. Tarello, *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, Bologna, Il Mulino.
- Fumagalli Beonio Brocchieri, M. et al.
- 2000 *Il pensiero politico medievale*, Roma-Bari, Laterza.

- Fumaroli, M.
 1994 *L'Âge de l'éloquence. Rhétorique et «res literaria» de la Renaissance au seuil de l'époque classique*, Paris, Albin Michel (1ª ed. Droz, Genève, 1980, trad. it. a cura di G. Bettini, *L'età dell'eloquenza. Retorica e res literaria dal Rinascimento alle soglie dell'epoca classica*, Milano, Adelphi, 2002).
- Furbank, P.N.
 1988 *Unholy pleasure, or the idea of social class*, Oxford, Oxford University Press, 1985, trad. it. a cura di G. Bettini, *Quel piacere malizioso, ovvero la retorica delle classi sociali*, Bologna, Il Mulino.
- Furet, F.
 1995a *Dialogo sulle origini della democrazia liberal-egualitaria (Tocqueville)*, a cura di F. Di Donato, in «Nuova Antologia», n. 2195, luglio-settembre, pp. 160-80.
 1995b *Le passé d'une illusion. Essai sur l'idée communiste au XX^e siècle*, Paris, Laffont/Calmann-Lévy, 1995, trad. it. a cura di M. Valensise, *Il passato di un'illusione. L'idea comunista nel XX secolo*, Milano, Mondadori.
- Galasso, G.
 1982 *L'altra Europa. Per un'antropologia storica del Mezzogiorno d'Italia*, Milano, Mondadori.
 1993 *Stato e storiografia nella cultura del secolo XX. Appunti su alcuni aspetti del problema storico*, in Blockmans e Genet [1993, 95-115].
 1996 *Storia d'Europa*, II. *Età moderna*, Roma-Bari, Laterza.
 2000 *Nient'altro che storia. Saggi di teoria e metodologia della storia*, Bologna, Il Mulino.
 2002 *Croce e lo spirito del suo tempo*, Roma-Bari, Laterza.
- Galimberti, U.
 1999 *Psiche e techne. L'uomo nell'età della tecnica*, Milano, Feltrinelli.
- Galli della Loggia, E.
 1998 *L'identità italiana*, Bologna, Il Mulino.
- Gambino, S. (a cura di)
 2004 *La magistratura nello Stato costituzionale. Teoria ed esperienze a confronto*, Milano, Giuffrè.
- Garin, E.
 1965 *Scienza e vita civile nel Rinascimento*, Bari, Laterza.
 1967 *La cultura del Rinascimento*, Bari, Laterza.
 1988 (a cura di), *L'uomo del Rinascimento*, Roma-Bari, Laterza.

- Gatto, L.
1999 *Medioevo quotidiano*, Roma, Editori Riuniti.
- Gauvard, C. (a cura di)
2009 *Les penseurs du Code civil*, Paris, La Documentation Française, AFHJ.
- Guariento, P., (a cura di)
1982 *Genesis. Testi con traduzione a fronte*, con introduzione di G. Samsa, Milano, Arcana Editrice.
- Genet, J.-P.
1990a (a cura di), *L'État moderne: Genèse. Bilans et perspectives*, «Actes du Colloque tenu au CNRS à Paris», 19-20 septembre 1989, organisé par le Centre National de la Recherche Scientifique, Paris, Éditions du Cnrs.
1990b *L'État moderne: un modèle opératoire?*, in Genet [1990a, 261-81].
2003 *La genèse de l'État moderne. Culture et société politique en Angleterre*, Paris, Puf.
- Genet, J.-P. e Le Mené, M. (a cura di)
1987 *Genèse de l'État moderne. Prélèvement et Redistribution*, «Actes du colloque de Fontevraud», Paris, Éditions du Cnrs, 1984.
1990 *L'État moderne: le droit, l'espace et les formes de l'État*, «Actes du colloque tenu à la Baume Les Aix», 11-12 octobre 1984, organisé par le Centre National de la Recherche Scientifique, Paris, Éditions du Cnrs.
- Genet, J.-P. e Lottes, G. (a cura di)
1996 *L'État moderne et les élites. XIII^e-XVIII^e siècles. Apports et limites de la méthode prosopographique*, «Actes du colloque international Cnrs-Paris I», Paris, 16-19 octobre 1991, Paris, Publications de la Sorbonne.
- Genet, J.-P., Foronda, F. e Nieto Soria, J.M. (a cura di)
2005 *Coups d'État à la fin du Moyen Âge? Au fondements du pouvoir politique en Europe occidentale*, «Actes du Colloque international», Madrid, 25-27 novembre 2002, Madrid, Casa de Velázquez.
- Gianformaggio, L. e Lecaldano, E. (a cura di)
1986 *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale*, Roma-Bari, Laterza.
- Giesey, R.
1960 *The Royal Funeral Ceremony in Renaissance France*, Genève, Droz [cfr. la trad. francese Giesey 1987a].
1961 *The Juristic Basis of Dynastic Right to the French Throne*, in «Transactions of the American Philosophical Society», n.s., 51, 5, pp. 3-47.

- 1987a *Le roi ne meurt jamais: les obseques royales dans la France de la Renaissance*, prefazione di F. Furet, Paris, Flammarion.
- 1987b *Cérémonial et puissance souveraine. France XV^e-XVII^e*, Paris, Colin.
- 2004 *Rulership in France, 15th-17th centuries*, Aldershot, Ashgate Variorum.
- Gilli, P.
- 2005 *Les collèges de juristes en Italie centro-septentrionale au XV^e siècle: autorité doctorale et contrôle social*, in F. Attal et al. (a cura di), *Les universités en Europe du XIII^e siècle à nos jours. Espaces, modèles et fonctions*, «Actes du colloque international d'Orléans», 16-17 octobre 2003, Paris, Publications de la Sorbonne, pp. 113-30.
- Giuliani, A. e Picardi, N.
- 1978 *La responsabilità del giudice: problemi storici e metodologici*, in *L'educazione giuridica*, III, Perugia, Università di Perugia-Cnr.
- 1987 *La responsabilità del giudice*, Milano, Giuffrè.
- Giusti, F.
- 2002 *I primi Stati. La nascita dei sistemi politici centralizzati tra antropologia e archeologia*, Roma, Donzelli.
- Glasson, E.D.
- 1901 *Le Parlement de Paris, son rôle politique depuis le règne de Charles VII jusqu'à la Révolution*, 2 voll., Paris, Hachette (rist. anast. Slatkine, Genève, 1974).
- Godechot, J.
- 1975 *Les révolutions (1770-1799)*, Paris, Puf, 1963, trad. it. *Le rivoluzioni (1770-1799)*, Milano, Mursia.
- Godelier, M.
- 1985 *L'idéal et le matériel. Pensée, économies, sociétés*, Paris, Fayard, 1984, trad. it. a cura di F. Curti, *L'ideale e il materiale. Pensiero, economia, società*, Roma, Editori Riuniti.
- Gojosso, E.
- 1999 *Le contrôle de l'activité normative royale à la veille de la Révolution: l'opinion de Mercier de la Rivière*, in «Revue de la Recherche Juridique», 1, pp. 237-50.
- 2001 *Le contrôle de constitutionnalité des lois dans quelques écrits monarchistes de la période révolutionnaire*, in *La constitution dans la pensée politique*, «Actes du Colloque de Bastia», 7-8 septembre 2000, Aix-en-Provence, Puam, pp. 229-43.
- 2002 *Le contrôle de constitutionnalité dans la pensée juridique française de la seconde moitié du XVIII^e siècle: une*

- autre approche*, in «Giornale di Storia Costituzionale», n. 4, pp. 145-54.
- Goldman, L.
 1971 *Le dieu caché. Étude sur la vision tragique dans les «Pensées» de Pascal et dans le théâtre de Racine*, Paris, Gallimard, 1955, trad. it. a cura di L. Amodio e F. Fortini, *Il dio nascosto. Studio sulla visione tragica nei «Pensieri» di Pascal e nel teatro di Racine*, Bari, Laterza (1^a ed. Lerici editori, 1961).
- Gong, G.W.
 1984 *The Standard of «Civilization» in International Society*, Oxford, Clarendon Press.
- Gorla, G.
 1954 *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, 2 voll., I. *Lineamenti generali*; II. *Casistica e problemi*, Milano, Giuffrè [ma 1955].
- Gouzi, C.
 2007 *L'Art et le jansénisme au XVIII^e siècle*, Paris, Nolin.
- Goyard-Fabre, S.
 1989 *Jean Bodin et le droit de la République*, Paris, Puf.
 1997 *Les principes philosophiques du droit politique moderne*, Paris, Puf.
- Grant, E.
 2001 *The Foundation of Modern Science in the Middle Ages. Their Religious, Institutional, and Intellectual Contexts*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, trad. it. a cura di A. Serafini, *Le origini medievali della scienza moderna. Il contesto religioso, istituzionale e intellettuale*, Torino, Einaudi.
- Greco, G. e Rosa, M. (a cura di)
 1996 *Storia degli antichi Stati italiani*, Roma-Bari, Laterza (diverse edizioni fino alla 4^a del 2006).
- Grossi, P.
 1986 (a cura di), *Storia sociale e dimensione giuridica. Strumenti d'indagine e ipotesi di lavoro*, Milano, Giuffrè.
 1993 (a cura di), *L'insegnamento della storia del diritto medievale e moderno. Strumenti, destinatari, prospettive*, «Atti dell'incontro di studio», Firenze, 6-7 novembre 1992, Milano, Giuffrè.
 1995 *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari Laterza.
 1998 *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè.
 2001 *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè.
 2003 «*Auctoritas*» universale e pluralità di «*Potestates*» nel

- mondo medievale*, in Barletta, Cardini e Galasso [2003, 79-89].
- 2004 *Nessun neo-medievismo, ma anzi modernità giuridica*, in Bolgiani, Ferrone e Margiotta Broglio [2004, 161-8].
- 2007 *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, Laterza.
- Grzegorzcyk, C.
- 1982 *La théorie générale des valeurs et le droit. Essai sur les prémisses axiologiques de la pensée juridique*, Paris, LGDJ.
- Guaraldo, O. e Tedoldi, L. (a cura di)
- 2005 *Lo stato dello Stato. Riflessioni sul potere politico nell'era globale*, Verona, Ombre Corte.
- Guarnieri, C.
- 1981 *L'indipendenza della magistratura*, Padova, Cedam.
- Guastini, R.
- 1978 *Nuova borghesia, nuovo regime. Il leviatano in Italia*, in «Critica del diritto», n. 13, gennaio-aprile, pp. 87-103.
- 1995 *Il giudice e la legge*, Torino, Giappichelli.
- 2007 *Sostiene Baldassarre*, in «Giurisprudenza costituzionale», n. 2, marzo-aprile, fasc. 2, pp. 1373-83.
- Guenée, B.
- 1967 *État et nation en France au Moyen Âge*, in «Revue Historique», fs. 484, pp. 17-30.
- 1971 *La storia dello Stato in Francia alla fine del Medioevo vista dagli storici francesi degli ultimi cento anni*, in Rotelli e Schiera [1971, 113-44].
- 1987 *Entre l'Église et l'État: quatre vies de prélats français à la fin du Moyen âge (XIII^e-XV^e siècles)*, Paris, Gallimard.
- Guenzi, A., Massa, P. e Moioli, A. (a cura di)
- 1999 *Corporazioni e gruppi professionali nell'Italia moderna*, Milano, Franco Angeli.
- Guéry, A.
- 1992 *La dualité de toutes les monarchies et la monarchie chrétienne*, in Boureau e Ingerflom [1992, 39-51].
- Guillemet, D. e Peret, J. (a cura di)
- 1998 *Espaces, limites, frontières. Centre-Ouest français, Acadie*, «Actes de la table ronde», Poitiers, mai, organisée par le GERHICO, Université de Poitiers, UFR sciences humaines et arts, Maison des sciences de l'homme et de la société.
- Guillot, O., Rigaudière, A. e Sassier, Y.
- 1994 *Pouvoirs et institutions dans la France médiévale*, 2 voll.: I. *Des origines à l'époque féodale*; II. *Des temps féodaux aux temps de l'État*, Paris, Colin.

- Guizzi, V.
 1969 *Il diritto comune in Francia nel XVIII secolo*, in «Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis. Revue d'histoire du droit», Groningen, XXXVII, pp. 1-46.
- Gurevich, A.I.
 1983 *Les catégories de la culture médiévale* (trad. francese dall'originale russo), Paris, Gallimard.
- Guyon, G.
 2003 *La représentation dans les premières églises chrétiennes (I^{er}-III^{ème} siècles)*, «Actes du colloque d'Aix-en-Provence», organizzato dall'AFHIP (XV), 2-3 mai 2002, Aix-en-Provence, Puam, pp. 77-93.
- Guzzo, A.
 1951 *Machiavellismo e Umanesimo*, in Castelli [1951, 207-16].
- Habermas, J.
 1986 *La malattia mortale del Leviatano*, in «MicroMega», 3, pp. 229-37.
 1992 *Recht und Moral*, in *Tanner Lectures on Human Values* (versione inglese), Salt Lake City, University of Utah Press, 1998, trad. it. dal testo inedito tedesco a cura di L. Ceppa, *Morale, Diritto, Politica*, Torino, Einaudi.
 1996 *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt a. M., Suhrkamp Verlag, 1992, trad. it. a cura di L. Ceppa, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano, Guerini e Associati.
- Hadot, P.
 2006 *Éloge de la philosophie antique*, Paris, Éditions Allia, 2^a ed. (1^a ed. 1998).
- Halpérin, J.-L.
 1992a *L'impossible code civil*, Paris, Puf.
 1992b (a cura di), *Les professions judiciaires et juridiques dans l'histoire contemporaine: modes d'organisation dans divers pays européens*, Lyon, Université Jean Moulin, Institut d'études judiciaires, Centre lyonnais d'histoire du droit.
 2003 (a cura di), *Ordre et désordre dans le système napoléonien*, «Actes du Colloque organisé par le Centre Georges Chevrier», Dijon, 22-23 juin 2000, Paris, La Mémoire du droit.
- Hamilton, P.
 1989 *Talcott Parsons*, London-New York, Tavistock Publications, 1983, trad. it. (con lo stesso titolo) a cura di U. Livini, Bologna, Il Mulino.

- Hamscher, A.N.
 1976 *The Parlement of Paris after the Fronde, 1653-1673*, London, University of Pittsburgh Press.
- 1987 *The Conseil Privé and the Parlements in the Age of Louis XIV: A Study in French Absolutism*, in «Transactions of the American Philosophical Society», vol. 77, 2, Philadelphia.
- 1989 *L'héritage de la Fronde: les Conseils du Roi et l'autorité judiciaire des Parlements pendant le règne personnel de Louis XIV*, in R. Duchêne e P. Ronzeaud (a cura di), *La Fronde en question*, «Actes du Dix-huitième Colloque du Centre Méridional de Rencontres sur le XVII^e siècle», Marseille, Cassis, 30-31 janvier 1988, Aix-en-Provence, Publications de l'Université de Provence, s.l., pp. 309-16 e 318.
- Hanley, S.
 1991 *Le «Lit de Justice» des Rois de France. L'idéologie constitutionnelle dans la légende, le rituel et le discours*, Paris, Aubier, trad. francese di *The «Lit de Justice» of the Kings of France. Constitutional Ideology in Legend, Ritual and Discourse*, Princeton, Princeton University Press.
- Hardy, J.D. jr.
 1967 *Judicial Politics in the Old Regime: The Parlement of Paris during the Regency*, Baton Rouge, Louisiana State University Press.
- Harouel, J.-L., Barbey, J., Bournazel, E. e Thibaut-Payen, J.
 1987 *Histoire des institutions de l'époque franque à la Révolution*, Paris, Puf.
- Haskins, C.H.
 1972 *The Renaissance of the 12th Century*, Harvard College, Harvard, 1927, trad. it. a cura di P. Marziale Bartole (sull'ed. Cleveland-New York, The World Publishing Company, 1958), *La rinascita del dodicesimo secolo*, Bologna, Il Mulino.
- Hazard, P.
 1983 *La crise de la conscience européenne*, Paris, Boivin, 1935, trad. it. a cura di P. Serini, *La crisi della coscienza europea*, Milano, Il Saggiatore, 2^a ed. (1^a ed. Torino, Einaudi, 1946; cfr. ora l'ediz. più recente con ampia e penetrante introduzione di G. Ricuperati, Torino, Utet, 2007).
- Henshall, N.
 2000 *The Myth of Absolutism: Change and Continuity in Early Modern European Monarchy*, Longman Group UK, s.i.l., 1992, trad. it. a cura e con introduzione di C. Gatti, *Il*

mito dell'assolutismo. Mutamento e continuità nelle monarchie europee in età moderna, Genova, Il Melangolo.

Heer, F.

1968 *Europa, Mutter der Revolutionen*, Stuttgart, W. Kohlhammer GmbH, 1964, trad. it. 2 voll., *Europa madre delle rivoluzioni*, Milano, Il Saggiatore.

Hespanha, A.M.

1986 *As vésperas do Leviathan. Instituições e Poder Politico. Portugal. Sec. 17, 2 voll.*, s.l., Artes Gráficas Jorge Castilho.

1999 *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*, Lisboa, Publicações Europa-America 1999 (1ª ed. 1997), trad. it. a cura di L. Apa e L. Santi, *Introduzione alla storia del diritto europeo*, Bologna, Il Mulino.

Hilaire, J.

1994 *Histoire des institutions judiciaires*. «Les cours de droit», Paris, Litec.

2005 *Questions autour de la jurisprudence des arrêts*, in Dauchy e Demars-Sion [2005, 21-39].

2007 *Histoire du droit. Introduction historique au droit et Histoire des institutions publiques*, Paris, Dalloz, 11ª ed.

Hinrichs, E.

1982 *Justice versus Administration. Aspekte des politischen Systemkonflikts in der Krise des Ancien Régime in Frankreich*, in *Vom Ancien Régime zur Französischen Revolution. Forschungen und Perspektiven*, a cura di E. Hinrichs, E. Schmitt e R. Vierhaus, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1978, pp. 125-50 (poi ripubblicato in Id., *Ancient Régime und Revolution. Studien zur Verfassungsgeschichte Frankreichs zwischen 1589 und 1789*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1989, pp. 99-125), trad. it. «Giustizia» contro «amministrazione». *Aspetti del conflitto politico interno al sistema nella crisi dell'ancien régime*, in C. Capra (a cura di), *La società francese dall'ancien régime alla Rivoluzione*, Bologna, Il Mulino, pp. 199-227.

Hirschman, A.O.

1990 *The Passions and the Interests. Political Arguments for Capitalism before its Triumph*, Princeton, Princeton University Press, 1977, trad. it. a cura di S. Gorresio, *Le passioni e gli interessi. Argomenti politici in favore del capitalismo prima del suo trionfo*, Milano, Feltrinelli (1ª ed. 1979).

Holmes, S.

1995 *The Anatomy of Antiliberalism*, Harvard, Harvard Colle-

ge, 1993, trad. it. a cura di R. Rini, *Anatomia dell'antiliberalismo*, Milano, Comunità.

Harouel, J.-L. et al.

1987 *Histoire des institutions de l'époque franque à la Révolution*, Paris, Puf (cito dalla 11^a ed. del 2006).

Hudson, D.

1972 *The Parliamentary Crisis of 1763 in France and its consequences*, in «Canadian Journal of History», VII, 2, pp. 97-117.

Husserl, E.

1987 *Die Krisis der europäischen Wissenschaften und die transzendente Phänomenologie*, La Haye, Martinus Nijhoff's Boekhandel en Uitgeversmaatschappij, 1959 [ma 1954], trad. it. *La crisi delle scienze europee e la fenomenologia trascendentale*, Milano, Il Saggiatore, 7^a ed. (1^a ed. 1961 e numerose altre in seguito).

Hurt, J.J.

2002 *Louis XIV and the Parlements: the Assertion of Royal Authority*, Manchester, Manchester University Press.

Inglehart, R.

1998 *Modernization and postmodernization. Cultural, economic and political change in 43 societies*, Princeton, Princeton University Press, 1997, trad. it. a cura di L. Cedroni e L. Martini, *La società post-moderna*, Roma, Editori Riuniti.

Irti, N.

2004a *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, Laterza.

2004b *Lo Stato: machina machinarum*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», n. 2, pp. 309-15 (testo della relazione svolta all'XI Colloquio del *Lessico intellettuale europeo*, promosso da Tullio Gregory, Roma, 10 gennaio 2004), poi ripubblicato in Irti [2004a, 42-50].

Irti, N. e Severino, E.

2001 *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, Laterza.

Isnardi Parente, M.

1964 *Introduzione a J. Bodin, Les Six Livres de la République [1576]*, in Bodin [1964, 9-100].

Israel, J.I.

2001 *Radical Enlightenment. Philosophy and the Making of Modernity 1650-1750*, Oxford, Oxford University Press (ho consultato la traduzione francese: *Les Lumières radicales. La philosophie, Spinoza et la naissance de la modernité 1650-1750*, Paris, Édition Amsterdam, 2005).

- Jacob, R.
 1996a (a cura di), *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes. Études d'histoire comparée*, «Actes du colloque international», Paris, 16-18 septembre 1993, Paris, LGDJ.
- 1996b *Jugement des hommes et jugement de Dieu à l'aube du Moyen Âge*, in Jacob [1996a, 43-86].
- 2000 *Les fondements symboliques de la responsabilité des juges. L'héritage de la culture judiciaire médiévale*, in *Juger les juges. Du Moyen Âge au Conseil supérieur de la magistrature*, «Histoire de la justice», n. 12, pp. 7-23.
- 2001 «*Judicium*» et le jugement. *L'acte de juger dans l'histoire du lexique*, in Cayla e Renoux-Zagamé [2001, 35-71].
- Jankélévitch, V.
 1951 *Machiavélisme et modernité*, in Castelli [1951, 229-36].
- Jaume, L.
 1986 *Hobbes et l'État représentatif moderne*, Paris, Puf.
 1997 *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, Paris, Fayard.
- 2007 *Hobbes and the Philosophical Sources of Liberalism*, in Springborg [2007, 199-216].
- 2009 *L'État administratif et le libéralisme. Une histoire française*, in «Fondation pour l'innovation politique», juin, pp. 1-9 (www.fondapol.org).
- Jedlowski, P.
 2008 *Il sapere dell'esperienza. Fra l'abitudine e il dubbio*, Roma, Carocci (1^a ed. 1994).
- Jonas, H.
 1990 *Das Prinzip Verantwortung*, Frankfurt a. M., Insel Verlag, 1979, trad. it. a cura di P.P. Portinaro e P. Rinaudo, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Torino, Einaudi.
- Jouanna, A.
 2001 «*Constitution*» et souveraineté en France au XVI^e siècle, in Cazzaniga e Zarka [2001, 51-62].
- Juvalta, E.
 1945 *I limiti del razionalismo etico*, a cura di L. Geymonat, Torino, Einaudi.
- Kadlec, L.
 2007 *Quand le parlement de Paris s'oppose à l'autorité royale. L'affaire de la chambre de justice de l'Arsenal (14 juin 1631-mars 1632)*, Paris, Champion («Histoire et archives»).

- 2008 *Le droit d'enregistrement des Cours souveraines sous Louis XIII*, in «Revue historique de droit français et étranger», vol. 86, n. 1, pp. 39-68.
- Kafka, F.
- 1966 *Nella colonia penale*, in Id., *La metamorfosi e altri racconti*, trad. it. a cura di E. Castellani, Milano, Garzanti.
- Kantorowicz, E.H.
- 1989 *The King's two Bodies. A Study in Medieval Political Theology*, Princeton, Princeton University Press, 1957, trad. it. a cura di G. Rizzoni, *I due corpi del re. L'idea di regalità nella teologia politica medievale*, Torino, Einaudi.
- 2005 *I misteri dello Stato*, a cura di G. Solla, Genova-Milano, Marietti.
- Karpik, L.
- 1995 *Les avocats. Entre l'État, le public et le marché. XIII^e-XX^e siècle*, Paris, Gallimard.
- Kelly, J.M.
- 1996 *A Short History of Western Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1992, trad. it. a cura e con introduzione di M. Ascheri, *Storia del pensiero giuridico occidentale*, Bologna, Il Mulino.
- Kelsen, H.
- 1997 *Der Soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung das Verhältnis von Staat und Recht [1922]*, trad. it. a cura di A. Carrino, *Il concetto sociologico e il concetto giuridico dello Stato*, Napoli, Esi.
- Kerhervé, J.
- 1998 *La naissance de l'État moderne. 1180-1492*, Paris, Hachette.
- Köhler, W.
- 1969 *The Place of Value in a World of Facts*, New York, Live-right Publishing, s.d. [1938], trad. it. a cura di R. e G. Porfidia, *Il posto del valore in un mondo di fatti*, Firenze, Giunti-Barbera.
- Koyré, A.
- 1988 *Du monde clos à l'univers infini*, Paris, Gallimard, 1953, trad. it. a cura di L. Cafiero, *Dal mondo chiuso all'universo infinito*, Milano, Feltrinelli (1^a ed. 1970).
- 2000 *Études d'histoire de la pensée philosophique*, Paris, Colin, 1961, trad. it. e introduzione a cura di P. Zambelli, *Dal mondo del pressappoco all'universo della precisione*, Torino, Einaudi (1^a ed. 1967).

- Koschaker, P.
 1962 *Europa und das römische Recht*, München und Berlin, Biederstein, 1947, trad. it., sulla terza ed. tedesca del 1958, *L'Europa e il diritto romano*, Firenze, Sansoni.
- Kristeller, P.O.
 1951 *Umanesimo e filosofia nel Rinascimento italiano*, in Castelli [1951, 507-16].
- Krynen, J.
 1981 *Idéal du prince et pouvoir royal en France à la fin du Moyen Âge (1380-1440). Étude de la littérature politique du temps*, Paris, Picard, s.d.
 1991 *Les légistes «idiots politiques». Sur l'ostilité des théologiens à l'égard des juristes en France, au temps de Charles V*, in *Théologie et droit* [1991, 171-98].
 1993 *L'empire du roi. Idées et croyances politiques en France. XIII^e-XV^e siècle*, Paris, Gallimard.
 1998 «*Voluntas domini regis in suo regno facit ius*». *Le roi de France et la coutume*, in A. Iglesia Ferreirós (a cura di), *El dret comú i Catalunya*, Barcelona, Fundació Noguera, pp. 59-89.
 2000 *Qu'est-ce qu'un Parlement qui représente le roi?*, in B. Durand e L. Mayali (a cura di), *Excerptiones iuris: Studies in Honor of André Gouron, Studies in Comparative Legal History*, Berkeley, The Robbins Collection, pp. 353-66.
 2001 *Une assimilation fondamentale: le Parlement «Sénat de France»*, in AA.VV., *A Ennio Cortese*, Roma, Il Cigno Galileo Galilei, pp. 208-23.
 2002 *Le droit: une exception aux savoirs du prince*, in R. Halévi (a cura di), *Le savoir du Prince. Du Moyen Âge aux Lumières*, Paris, Fayard, pp. 51-67.
 2003 *Genèse de l'État et histoire des idées politiques en France à la fin du Moyen Âge*, in Genet [2003, 395-412].
 2004 *Compte-rendu*, a Saint-Bonnet e Sassier [2004], in «Revue historique de droit français et étranger», n. 82, juillet-septembre pp. 433-4.
 2008 *La réception du droit romain en France. Encore la bulle Super Speculam*, in «Initium. Revista catalana d'història del dret», 13, pp. 553-86.
 2009 *L'idéologie de la magistrature ancienne*, Paris, Gallimard.
- Krynen, J. e Rigaudière, A. (a cura di)
 1992 *Droits savants et pratiques françaises du pouvoir (XI^e-XV^e siècles)*, Bordeaux, Presses Universitaires de Bordeaux.

- Labatut, J.-P.
 1972 *Les ducs et pairs de France au XVIII^e siècle: étude sociale*, Paris, Puf.
 1978 *Les noblesses européennes: de la fin du 15^e siècle à la fin du 18^e siècle*, Paris, Puf.
 1987 *Noblesse, pouvoir et société en France au XVII^e siècle*, Limoges, Faculté de lettres et sciences humaines (ma il vol. contiene saggi pubblicati a partire dal 1956).
- Labruna, L.
 2007 *Maestri, amici, compagni di lavoro*, Napoli, Jovene.
- Lamanna, E.P.
 1951 *La formazione dello spirito critico nell'Umanesimo*, in Castelli [1951, 405-15].
- La monarchie absolutiste*
 1987 *La monarchie absolutiste et l'histoire en France. Théories du pouvoir, propagandes monarchiques et mythologies nationales*, «Colloque tenu en Sorbonne», 26-27 mai 1986, Paris, Presses de l'Université de Paris-Sorbonne, s.d.
- Lanzalaco, L.
 1995 *Istituzioni, organizzazioni, potere. Introduzione all'analisi istituzionale della politica*, Roma, Nis.
 2005 *Le politiche istituzionali*, Bologna, Il Mulino.
- La Palombara, J.
 1965 *Italy: Fragmentation, Isolation, Alienation*, in Pye e Verba [1965, 282-329].
- La Roche Flavin, B.
 1617 *Treize livres des parlements de France, es quels est amplement traité de leur origine et institution, et des presidents, conseillers, gens du roi, greffiers, secretares, huissiers et autres officiers...*, Millanges, Bourdeaus 1617 (= BNF, LF25-1); cfr. anche la 2^e édition, Genève, Berjon, 1621 (= BNF, RES- LF25-1 (A)).
- Laurent, A.
 1994 *Histoire de l'individualisme*, Paris, Puf, 1993, trad. it. *Storia dell'individualismo*, Bologna, Il Mulino.
- Lauro, A.
 1991 *Il cardinale Giovan Battista De Luca. Diritto e riforme nello Stato della Chiesa (1676-1683)*, Napoli, Jovene.
- Léca, A.
 1987 *Les grandes étapes du contrôle de constitutionnalité des lois dans la pensée politique européenne d'Aristote à Kelsen*, in «Revue de la Recherche juridique», 3, pp. 957-79.

- Legendre, P.
 1976 *L'amour du censeur. Essai sur l'ordre dogmatique*, Paris, Seuil, 1974, trad. it. *Gli scomunicanti. Saggio sull'ordine dogmatico*, Venezia, Marsilio.
- 1977 *Jouir du pouvoir. Traité de la bureaucratie patriote*, Paris, Minuit, 1976, trad. it. *Godere del potere. Trattato sulla burocrazia patriota*, Venezia, Marsilio.
- 1995 *Qui dit légiste, dit loi et pouvoir*, in «Politix. Travaux de science politique», n. 32 (dedicato a *Le pouvoir des légistes*), pp. 23-44.
- Le Goff, J.
 1981 *La civilisation de l'Occident médiéval*, Paris, Arthaud, 1964, trad. it. a cura di A. Menitoni, Torino, Einaudi.
- 1992 *Aspects religieux et sacrés de la monarchie française du X^e au XIII^e siècle*, in Boureau e Ingerflom [1992, 19-28].
- 2006 *Héros du Moyen Âge, le Saint et le Roi*, Paris, Gallimard, 2004, trad. it. a cura di R. Riccardi, *Il re nell'Occidente medievale*, Roma-Bari, Laterza.
- Lemarignier, J.-F.
 1989 *La France médiévale. Institutions et société*, Paris, Colin, 1970, trad. it. a cura di C. Violante, *Autorità pubblica e Chiesa nell'Età feudale*, Roma, Jouvence.
- Lemaire, A.
 1907 *Les lois fondamentales de la monarchie françaises, d'après les théoriciens de l'Ancien Régime*, Paris, Fontemoing (rist. anast. Slatkine, Genève, 1975).
- Leonardi, F.
 1968 *Il cittadino e la giustizia*, Padova, Marsilio.
- Leoni, B.
 2004 *Lezioni di dottrina dello Stato* [1957], ripubblicato a cura di F. Boschis e G. Spagna, con prefazione di R. De Mucchi e L. Infantino, Soveria Mannelli, Rubbettino.
- Le Paige, L.-A.
 1753-
 1754 *Lettres historiques sur les fonctions essentielles du Parlement; sur le droit des Pairs, et sur les loix fondamentales du Royaume*, 2 voll., aux dépens de la Compagnie, Amsterdam [ma Paris] rispettivamente. I, 1753; II, 1754 (= BNF, LD-4. 2563; BPR, LP 534=29 e LP 2133-2135).
- 1754b *Lettre apologétique, critique et politique sur l'Affaire du Parlement*, s.l. [Paris] (= BPR, Lett. 329).
- 1755 *Principes sur le gouvernement monarchique*, Londres [ma Paris], chez Jean Nourse.

- 1756 *Lettre sur les lits de justice*, s.l.n.d. [Paris 1756] (= BNF, 4° Lb38. 693).
- 1771 *Principes avoués et défendus par nos pères. Institutions que nous sommes dans l'immense impuissance de changer. Lit de justice de 1770 et édit de février 1771*, s.l.n.d. [Paris, Enclos du Temple, 1771] (= BPR, LP 815=1; altro esempl.: = BNF, LB38-1202).
- 1774 *Lettre à M. * * *, conseiller au Parlement*, Paris (= BNF, Lb39. 151).
- Les serviteurs de l'État*
- 1999 *Les serviteurs de l'État au Moyen âge*, «XXIX^e Congrès de la SHMES», Pau, mai 1998, Paris, Publications de la Sorbonne.
- Leuwers, H.
- 2006 *L'invention du barreau français. 1660-1830*, Paris, Éditions de l'École des Hautes Études en Sciences Sociales.
- Levinger, M.
- 1990 *La rhétorique protestataire du Parlement de Rouen (1753-1763)*, in «Annales ESC», n. 3, pp. 589-613.
- L'idée contractuelle*
- 2008 *L'idée contractuelle dans l'histoire de la pensée politique*, «Actes du Colloque d'Aix-en-Provence», 6-7 septembre 2007, vol. XIX della coll. AFHIP, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille.
- Linz, J.
- 2006 *Democrazia e autoritarismo. Problemi e sfide tra XX e XXI secolo*, trad. it. (di saggi sparsi pubblicati in sedi eterogenee) a cura G. Ieraci e M. Tarchi, Bologna, Il Mulino.
- Linz, J.J. e Stepan, A.
- 2000 *Problems of democratic transition and consolidation. Southern Europe, South America, and postcommunist Europe*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 1996, trad. it. di P. Graziano, ed. a cura di L. Morlino, *Transizione e consolidamento democratico*, Bologna, Il Mulino.
- Libera, A. de
- 1991 *Penser au Moyen Âge*, Paris, Seuil.
- Lloyd, H.A.
- 1986 *The State, France and the sixteenth century*, London, Allen & Unwin, 1983, trad. it. a cura di E. Tortarolo, *La nascita dello stato moderno nella Francia del Cinquecento*, Bologna, Il Mulino.

- Lloyd Moote, A.
 1971 *The Revolt of the Judges. The Parlement of Paris and the Fronde 1643-1652*, Princeton, Princeton University Press.
- Lombardi Vallauri, L.
 1967 *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè (ristampa inalterata 1975).
- Lombardi Vallauri, L. e Dilcher, G. (a cura di)
 1981 *Cristianesimo secolarizzazione e diritto moderno*, 2 voll. Milano, Giuffrè.
- Lousse, E.
 1943 *La société d'Ancien Régime. Organisation et représentation corporatives*, I, Louvain, Éditions Universitatis.
- Loyseau, C.
 1608 *Traité des seigneuries*, Paris, chez Abel L'Angelier.
- Lovejoy, A.O.
 1966 *The Great Chain of Being. A Study of the History of an Idea*, Harvard, Harvard College, 1936, trad. it. a cura di L. Formigari, *La grande catena dell'essere*, Milano, Feltrinelli.
- 1982 *Essays in the History of Ideas*, New York, Capricorn Books, 1960 (ma già in preced. Baltimore, John Hopkins University Press, 1948), trad. it. a cura di D. de Vera Pardini, *L'albero della conoscenza. Saggi di storia delle idee*, Bologna, Il Mulino.
- Lovisi-Saguez, C.
 1984 *Les lois fondamentales au XVIII^e siècle. Recherches sur la loi de dévolution de la couronne*, Paris, Puf.
- 2003 *Introduction historique au droit*, Paris, Dalloz, 2^a ed. (1^a ediz. 2001).
- Luhmann, N.
 1990a *Politische Planung*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1978, trad. it. a cura di F. Spalla, con introduzione di A. Febbrajo, *Stato di diritto e sistema sociale*, Napoli, Guida.
- 1990b *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt a.M., Suhrkamp Verlag, 1984, trad. it. a cura di A. Febbrajo e R. Schmidt, *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, Bologna, Il Mulino.
- Luongo, D.
 2007-2008 *Consensus Gentium. Criteri di legittimazione dell'ordine giuridico moderno*, 2 voll., I. *Oltre il consenso metafisico*; II. *Verso il fondamento sociale del diritto*, Napoli, Arte Tipografica Editrice.

- Luzzati, C.
 1999 *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, Giuffrè.
- Lyon-Caen, N.
 2002 *La boîte à perrette. Approche des finances du mouvement janséniste au XVIII^e siècle*, 2 voll., «Thèse pour le diplôme d'archiviste paléographe», École des Chartes, discussa a Parigi nel febbraio 2002 (inedita).
- Machiavelli, N.
 1995 *De principatibus* [1513], ed. a cura di G. Inglese, Torino, Einaudi.
 1999a *Opere di Niccolò Machiavelli*, 5 voll., ed. a cura di R. Rinaldi, Torino, Utet.
 1999b *Discorsi sulla Prima Deca di Tito Livio*, in Machiavelli [1999a, vol. I, tomi 1-2, rispettivam. 411-943 e 945-1214].
- Macchia, G.
 1991 *Vita avventure e morte di Don Giovanni*, Milano, Adelphi.
- Maffei, D.
 1956 *Gli inizi dell'umanesimo giuridico*, Milano, Giuffrè (rist. inalter. 1972).
 1964 *La donazione di Costantino nei giuristi medievali*, Milano, Giuffrè.
- Maffettone, S.
 1989 *Valori comuni*, Milano, Il Saggiatore.
- Mager, W.
 1991 *Res publica chez les juristes, théologiens et philosophes à la fin du Moyen Âge: sur l'élaboration d'une notion-clé de la théorie politique moderne*, in *Théologie et droit* [1991, 229-39].
- Mahn-Lot, M.
 1998 *Bartolomé de las Casas et le droit des Indiens*, Paris, Payot, 1982, trad. it. a cura di A. Pedrazzi, *Bartolomeo de Las Casas e i diritti degli indiani*, Milano, Jaca Book, 2^a ed. (1^a ed. 1985).
- Maire, C.L.
 1998 *De la cause de Dieu à la cause de la Nation. Le jansénisme au XVIII^e siècle*, Paris, Gallimard.
 1990 (a cura di), *Jansénisme et Révolution*, «Actes du colloque de Versailles», 13-14 octobre 1989, Paris, Chroniques de Port-Royal – Bibliothèque Mazarine.

- Mancini, I.
1990 *L'ethos dell'Occidente. Neoclassicismo etico, profezia cristiana, pensiero critico moderno*, Genova, Marietti.
- Mannoni, S.
1994-1996 «*Une et indivisible*». *Storia dell'accentramento amministrativo in Francia*. I., *La formazione del sistema (1661-1815)*, II. *Dalla contestazione al consolidamento*, Milano, Giuffrè.
- Mannori, L.
1984 *Uno Stato per Romagnosi*, Milano, Giuffrè.
1994 *Il sovrano tutore. Pluralismo istituzionale e accentramento amministrativo nel principato dei Medici, secc. 16-18*, Milano, Giuffrè.
- Manselli, R.
1981 *Egemonia imperiale, autonomia comunale, potenza politica della Chiesa*, in *Storia d'Italia*, diretta da G. Galasso, IV: *Comuni e Signorie: istituzioni, società e lotte per l'egemonia*, Torino, Utet, pp. 59-134.
- Maravall, J.A.
1971 *Le origini dello Stato moderno*, in Rotelli e Schiera [1971, 69-90].
1991 *Estado moderno y mentalidad social (Siglos XV a XVII)*, Madrid, Revista de Occidente, 1972, trad. it. a cura di A.J. Feliciani, *Stato moderno e mentalità sociale*, 2 voll., Bologna, Il Mulino.
- Marin, L.
1981 *Le portrait du roi*, Paris, Les éditions de Minuit.
- Marini, M.
2006 *The Long and Winding Road. The Italian Path to Modernization*, in L.E. Harrison e P.L. Berger (a cura di), *Developing Cultures. Case Studies*, New York-London, Routledge, pp. 425-43.
- Marongiu, A.
1997 *Lo Stato moderno. Lineamenti storico-istituzionali*, Roma, Ricerche, 1971, riediz., Roma, La Sapienza Editrice.
- Martin, F.F.
2009 *Justice et Législation sous le Règne de Louis XI. La norme juridique royale à la veille des Temps modernes*, Paris, L. G. D. J.
- Martucci, R.
2001 *L'ossessione costituente. Forma di governo e costituzione nella Rivoluzione francese (1789-1799)*, Bologna, Il Mulino.

- Marzo, E.
1995 Diaz «*L'illuminismo tradito*», in «Corriere della Sera», 12 ottobre («Cultura e spettacoli»).
- Mastellone, S.
1972 *Venalità e machiavellismo in Francia (1572-1610). All'origine della mentalità politica borghese*, Firenze, Olschki.
- Matteucci, N.
1976 *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno*, Torino, Utet.
1983 *Costituzionalismo*, in Bobbio, Matteucci e Pasquino [1983, 270-82], poi ripubblicato in Matteucci [1997, 127-68].
1997 *Lo Stato moderno. Lessico e percorsi*, Bologna, Il Mulino, 2^a ed. (1^a ed. 1993).
- Mattone, A.
2003 *Gli studi sulle istituzioni rappresentative in Italia fra erudizione e miti storiografici (XIX-XX secolo)*, in Casella [2003, 47-74].
- Mattone, A. e Sanna, P.
2007 *Settecento sardo e cultura europea. Lumi, società, istituzioni nella crisi dell'Antico Regime*, Milano, Franco Angeli.
- Mayali, L.
1992 *De la «*juris auctoritas*» à la «*legis potestas*». Aux origines de l'État de droit dans la science juridique médiévale*, in Krynen e Rigaudière [1992, 129-49].
- Maugis, E.
1913-1916 *Histoire du Parlement de Paris*, 3 voll., Paris, Picard (rist. anast. Genève, Slatkine, 1977).
- Mazzanti-Pepe, F.
1973 *Le aspirazioni del Parlamento di Parigi a una funzione sostitutiva degli Stati Generali (1715-1771)*, «Annali della Facoltà di Scienze Politiche dell'Università di Genova», I, pp. 609-50.
- Mc Ilwain, C.H.
1990 *Constitutionalism Ancient and Modern*, New York, Cornell University Press, 1947, trad. it. a cura di N. Matteucci, *Costituzionalismo antico e moderno*, Bologna, Il Mulino.
- Meinecke, F.
1942 *Die Idee der Staaträson in der neueren Geschichte*, München-Berlin, Oldenbourg, trad. it. a cura di D. Scolari, *L'idea della Ragion di Stato nella Storia moderna*, Firenze, Vallecchi (ripubbl. 1970 e 1977).

- Ménissier, T.
 2001 *Principauté et souveraineté chez Machiavel*, in Cazzaniga e Zarka [2001, I, 27-49].
- Meriggi, M.
 2002 *Gli Stati italiani prima dell'Unità. Una storia istituzionale*, Bologna, Il Mulino.
 2003 *Dal Reich alla confederazione germanica*, in Barletta, Cardini e Galasso [2003, 159-170].
 2005 *La storiografia modernistica e lo Stato. Considerazioni sullo stato dell'arte*, in Guaraldo e Tedoldi [2005, 21-33].
- Merleau-Ponty, M.
 1951 *Machiavélisme et Humanisme*, in Castelli [1951, 297-308].
- Merrick, J.W.
 1990 *The Desacralization of the Monarchy in the Eighteenth Century*, Baton Rouge and London, Louisiana State University Press.
- Merton, R.K. e Barber, E.G.
 2002 *The Travels and Adventures of Serendipity. A Study in Historical Semantics and the Sociology of Science*, Princeton-Oxford, Princeton University Press, 1992, trad. it. a cura di M.L. Bassi, *Viaggi e avventure della serendipity. Saggio di semantica sociologica e sociologia della scienza*, Bologna, Il Mulino.
- Mesnard, P.
 1936 *L'essor de la philosophie politique au XVI^e siècle*, Paris, Vrin (nuova ed. 1977), trad. it. a cura di L. Firpo, *Il pensiero politico rinascimentale*, 2 voll., Bari, Laterza, 1963-1964.
 1964 *L'État de la Renaissance et son évolution vers l'absolutisme*, in *Encyclopédie française*, t. X: *L'État*, Paris, Larousse.
- Messineo, F.
 1961 *Contratto. Teoria generale*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. IX, Milano, Giuffrè, pp. 784-976.
- Mestre, J.-L.
 1992 *L'évocation d'un contrôle de constitutionnalité dans les «Maximes du Droit public français» (1775)*, in *L'Europe et l'État*, «Actes du Colloque de Toulouse», 11-13 avril 1991, Aix-en-Provence, Puam, pp. 21-36.
- Meyer, J.
 1983 *Le poids de l'État*, Paris, Puf.
 1995 *La Chalotais. Affaires de femmes et affaires d'État sous l'Ancien Régime*, Paris, Perrin.

- Meyer, A. e Zwierlein, C.
 2007 *Machiavellismus in Deutschland. Chiffre von Kontingenz, Herrschaft und Empirismus in der Neuzeit*, Congresso organizzato dalla Evangelische Akademie Tutzing di München, 25-28 settembre 2007 (gli «Atti» non sono stati ancora pubblicati).
- Miethke, J.
 1991 *The Concept of Liberty in William of Ockham*, in *Théologie et droit* [1991, 89-100].
- Miglio, G.
 1955 *La struttura ideologica della monarchia greca arcaica ed il concetto patrimoniale dello Stato nell'età antica*, in «Jus», n.s., 6, pp. 1-64.
 1959 *I cattolici di fronte all'unità d'Italia*, in «Vita e Pensiero», 42, pp. 905-17 ora in Miglio [1988, I, 351-68].
 1988 *Le regolarità della politica*, 2 voll., Milano, Giuffrè.
 1990 *Una costituzione per i prossimi trent'anni*, Roma-Bari, Laterza.
 2007 *Genesi e trasformazioni del termine-concetto «Stato»*, in *Stato e senso dello Stato oggi in Italia*, «Atti del 51° corso di aggiornamento culturale dell'Università Cattolica», Pescara, 20-25 settembre 1981, Milano, Vita e Pensiero, 1981, pp. 66-86, poi in Miglio [1988, II, 799-832]; e ora ripubblicato in volumetto a cura e con un saggio introduttivo di P. Schiera (*Il problema dello «Stato» e della sua «modernità». Gianfranco Miglio dalla storia alla scienza politica*, Brescia, Morcelliana, pp. 5-38).
- Mollat du Jourdin, M.
 1977 *Genèse médiévale de la France moderne*, Paris, Seuil.
- Montaigne, J.
 1512 *Tractatus celebris de auctoritate et praeminentia sacri magni consilii et parlamentorum regni Franciae*, Parisiis (= BNF, RES-LF22-1).
- Montesquieu, C.-L. de Secondat de la Brède
 1996 *De l'Esprit des lois* [1748], in *Œuvres complètes*, 2 voll., a cura di R. Caillois, Paris, Gallimard («Pléiades»), 1949-1951, II, pp. 225-995, trad. it. a cura di S. Cotta, *Lo spirito delle leggi*, 2 voll., Torino, Utet, 3ª ed. (1ª ed. 1952).
- Montorzi, M.
 1984 *Fides in Rem Publicam. Ambiguità e tecniche del diritto comune*, Napoli, Jovene.
- Moreau, P.-F. (a cura di)
 2006 *Les passions à l'âge classique*, Paris, Puf.

- Morel, H.
1996 *Absolutisme*, in Raynaud e Rials [1996, 1-8].
- Morin, E.
1977 *La méthode*, t. I: *La vie de la vie*, Paris, Seuil, trad. it. a cura di G. Bocchi e A. Serra, *La vita della vita*, Milano, Cortina, 2004.
- Moriondo, E.
1967 *L'ideologia della magistratura italiana*, Bari, Laterza.
- Moro, R.
1981 *Il tempo dei signori. Mentalità, ideologia, dottrine della nobiltà francese di Antico Regime*, Milano, Savelli.
- Moscovici, S.
1991 *La machine à faire des dieux. Sociologie et psychologie*, Paris, Fayard, 1988, trad. it. a cura di P. Lalli Cavina, *La fabbrica degli dèi. Saggio sulle passioni individuali e collettive*, Bologna, Il Mulino.
- 2006a *Les formes élémentaires de l'altruisme*, in Moscovici [2006b, 71-85].
- 2006b (a cura di), *Psychologie sociale des relations à autrui*, Paris, Colin.
- Mosse, G.L.
1977 *Intervista sul nazismo*, Milano, Mondadori.
- Mousnier, R.
1947 *Le Conseil du Roi de la mort de Henri IV au gouvernement personnel de Louis XIV*, in *Études d'histoire moderne et contemporaine*, Pubbl. della «Société d'histoire moderne», I, pp. 29-67, ora in Mousnier [1970a, 141-78].
- 1959 *Les XVI^e et XVII^e siècles. Les progrès de la civilisation européenne et le déclin de l'Orient (1492-1715)*, Paris, Puf, 1953, trad. it. *Il XVI e il XVII secolo. Progresso della civiltà europea e declino dell'Oriente (1492-1715)*, Firenze, Sansoni, s.d.
- 1962-1963 *La participation des gouvernés à l'activité des gouvernants dans la France des XVII^e et XVIII^e siècles*, in *Études suisses d'histoire générale*, XX, poi ripubblicato in Mousnier [1970a, 231-62]; trad. it. a cura di F. Di Donato, *La partecipazione dei governati all'attività dei governanti tra Seicento e Settecento*, in Mousnier [2002, 205-46].
- 1964 *L'assassinat d'Henri IV (14 mai 1610). Le problème du tyrannicide et l'affermissement de la monarchie absolue*, Paris, Gallimard (nuova ed. 1992¹⁴).
- 1969 *Les hiérarchies sociales de 1450 à nos jours*, Paris, Puf,

- trad. it. *Le gerarchie sociali dal 1450 ai giorni nostri*, a cura di E. Rotelli, Milano, Vita e Pensiero, 1971.
- 1970a *Recherches sur les soulèvements populaires en France avant la Fronde*, in «Revue d'Histoire moderne et contemporaine», V, 1958, pp. 81-113, poi ripubblicato in Id., *La plume, la faucille et le marteau. Institutions et société en France du Moyen Age à la Révolution*, Paris, Puf, pp. 335-68.
- 1970b *Le Conseil du Roi de Louis XIII à la Révolution*, Paris, Puf (con altri autori).
- 1971 *La vénalité des offices sous Henri IV et Louis XIII*, Paris, Puf, 2ª ed. (1ª ed. Maugard, Rouen 1946).
- 1974-1980 *Les institutions de la France sous la monarchie absolue*, 2 voll., I. *Société et État*, II. *Les organes de l'État et la société*, Paris, Puf (2ª ed. I vol. 1990 e II vol. 1992).
- 1982 *La monarchie absolue en Europe du V^e siècle à nos jours*, Paris, Puf.
- 1984 *Fureurs paysans. Les paysans dans les révoltes du XVII^e siècle (France, Russie, Chine)*, Paris, Calmann-Lévy, 1967, trad. it. a cura di P. Niutta, *Furori contadini. I contadini nelle rivolte del XVII secolo (Francia, Russia, Cina)*, Soveria Mannelli, Rubbettino.
- 1991 *La Nation organisée*, in «Réaction», n. 1, pp. 73-91.
- 2002 *La costituzione nello Stato assoluto. Diritto, società, istituzioni in Francia dal Cinquecento al Settecento*, a cura e con saggio introduttivo di F. Di Donato, Napoli, Esi.
- Mousnier, R. e Labrousse, E.
- 1959 *Le XVIII^e siècle. Révolution intellectuelle, technique et politique (1715-1815)*, Paris, Puf, 1955, trad. it. a cura di A. Zanardo, *Il XVIII secolo. Rivoluzione intellettuale, tecnica e politica (1715-1815)*, Firenze, Sansoni, s.d.
- Musi, A.
- 2003 *L'Italia dal Sacro Romano Impero allo Stato nazionale*, in Barletta, Cardini e Galasso [2003, 171-95].
- 2007a *Il feudalesimo nell'Europa moderna*, Bologna, Il Mulino.
- 2007b *È possibile una sociologia dello Stato moderno?*, in Barletta e Galasso [2007, 197-242].
- Näf, W.
- 1971 *Die Frühformen des modernen Staats im Spätmittelalter*, in «Historische Zeitschrift», 1951, pp. 225-43, trad. it. *Le prime forme dello «Stato moderno» nel basso Medioevo*, in Rotelli e Schiera [1971, 51-68].

- Nagle, J.
 2008 *Un orgueil français. La vénalité des offices sous l'Ancien Régime*, Paris, Odile Jacob.
- Nicolini, U.
 1955 *Il principio di legalità nelle democrazie italiane. Legislazione e dottrina politico-giuridica dell'età comunale*, Padova, Cedam.
- Nordhofen, E.
 1988 *Physiognomien. Philosophen des 20. Jahrhunderts in Portraits*, Königstein, Athenäum Verlag, 1980, trad. it. a cura di A.M. Marietti, *Filosofi del novecento*, Torino, Einaudi.
- Nordman, D.
 1996 *Droits historiques et construction géographique de l'espace français au XVII^e siècle*, in Bulst, Descimon e Guerreau [1996, 103-13].
- North, D.C.
 1994 *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge, Cambridge University Press, trad. it. a cura di W. Santagata, *Istituzioni, cambiamento istituzionale, evoluzione dell'economia*, Bologna, Il Mulino.
- Oexle, O.G.
 2001 *Geschichtswissenschaft im Zeichen des Historismus*, Göttingen, Vandenhoeck et Ruprecht, 1996, trad. francese a cura di I. Kalinowski, *L'historisme en débat. De Nietzsche à Kantorowicz*, Paris, Aubier.
- Oldrini, G.
 1964 *Gli hegeliani di Napoli. Augusto Vera e la corrente ortodossa*, Milano, Feltrinelli.
 1973 *La cultura filosofica napoletana dell'Ottocento*, Roma-Bari, Laterza.
- Olivecrona, K.
 1967 *Law as Fact*, Copenhagen, Humphrey Milford. Einar Munksgaard, London, Oxford University Press, 1939, trad. it. a cura di S. Castignone, *Il diritto come fatto*, Milano, Giuffrè.
- Olivier-Martin, F.
 1948 *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, Paris, Domat Montchrestien (rist. an., Paris, Éditions du Cnrs, 1995²).
 1988 *Les Parlements contre l'absolutisme traditionnel au XVIII^e siècle*, Paris, Éditions Loysel (ristampa dei *Cours du droit* tenuti alla Facoltà di Diritto dell'Università di Parigi tra il 1921 e il 1951).

- 1997a *Les lois du Roi*, Paris, LGDJ (ristampa dell'edizione Loysel, Paris, 1988).
- 1997b *L'absolutisme français*, Paris, LGDJ (ristampa dell'edizione Loysel, Paris, 1988).
- Ophele, C. e Remy, P. (a cura di)
- 2007 *Traditions savantes et codifications*, ARISTEC, «Colloque Poitiers», 8, 9, 10 settembre 2005, Paris, LGDJ.
- Ordine, N.
- 2008 *La comédie entre politique et philosophie*, nell'ed. francese della *Mandragola (La Mandragore)* di N. Machiavelli, Paris, Les Belles Lettres.
- Orestano, R.
- 1989 «*Institution*». *Barbeyrac e l'anagrafe di un significato*, in «Quaderni Fiorentini», I, 1982-1983, pp. 169-78, ora in Id., *Edificazione del giuridico*, Bologna, Il Mulino, pp. 167-77.
- Ornaghi, L. e Vitale, A. (a cura di)
- 1992 *Multiformità ed unità della politica* «Atti del Convegno tenuto in occasione del 70° compleanno di Gianfranco Miglio», 24-26 ottobre 1988, Milano, Giuffrè.
- Ortega y Gasset, J.
- 2007 *L'origine sportiva dello Stato e altri saggi da «Lo Spettatore»*, a cura di C. Bo, Milano, SE.
- Ortu, G.G.
- 2001 *Lo Stato moderno. Profili storici*, Roma-Bari, Laterza.
- Osti, G.
- 1959 *Contratto*, in *Novissimo Digesto Italiano*, IV, Torino, Utet, pp. 462-535.
- Ozouf, M.
- 1989 *L'homme régénéré. Essai sur la Révolution française*, Paris, Gallimard, 1989.
- Pacaut, M.
- 1969 *Les structures politiques de l'occident médiéval*, Paris, Colin.
- Padoa-Schioppa, A.
- 1995 *Il diritto nella storia d'Europa*. Parte prima: *Il medioevo*, Padova, Cedam.
- 1999 *Il ruolo del diritto nella genesi dello Stato moderno: modelli, strumenti, principi*, in AA.VV., *Studi di Storia del Diritto*, Pubblicazioni dell'Istituto di Storia del Diritto Italiano dell'Università degli Studi di Milano, Facoltà di Giurisprudenza, II, Milano, Giuffrè, pp. 25-77, poi ripubblicato in Padoa-Schioppa [2003, 315-363].

- 2000 (a cura di), *Justice et législation. Les origines de l'État moderne en Europe, XIII^e-XVIII^e siècle*, Paris, Puf.
- 2003 *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna, Il Mulino.
- Panebianco, A.
- 2004 *Il potere, lo stato, la libertà. La gracile costituzione della società libera*, Bologna, Il Mulino.
- 2008 *Se lo Stato fallisce*, in «Corriere della Sera», 27 maggio, pp. 1 e 34.
- Paolicchi, P.
- 1991 *Perché gli individui obbediscono alle norme?*, in Conte [1991, 77-108].
- Papa, E.R. (a cura di)
- 1985 *Il positivismo e la cultura italiana*, con prefazione di N. Bobbio, Milano, Franco Angeli.
- Parsons, T.
- 1965 *The Social System*, Glencoe (Ill.), The Free Press, 1951, trad. it. a cura di A. Cottino con *Introduzione* di L. Galilino, *Il sistema sociale*, Milano, Comunità.
- 1986 *The Structure of Social Action*, New York, McGraw-Hill, 1937, trad. it. (condotta sulla seconda ed. del 1949 presso Glencoe, The Free Press) a cura di M.A. Giannotta, con *Introduzione* di G. Poggi, *La struttura dell'azione sociale*, Bologna, Il Mulino, 2^a ed. (1^a ed. 1962).
- Pasquier, É.
- 1560-1567 *Des recherches de la France, editio princeps* chez V. Sertenas, Paris, 1560 (per il libro I); e chez P. Trepperel, Orléans, 1567 (per il libro II). Le principali e successive edizioni di quest'opera sono (tutte stampate a Parigi) rispettivamente: chez P. L'Huillier, 1569; chez C. Micard, 1571; chez G. Robinot, 1581; chez L. Sonnius, 1607 e 1621; chez O. de Varennes, 1633; chez P. Ménard, 1643; chez G. de Luynes, 1665; infine, nelle *Œuvres*, aux dépens de la Compagnie, Amsterdam, 1723, 2 voll. in folio.
- Pasquino, G.
- 2000 *La transizione a parole*, Bologna, Il Mulino.
- 2002 *Il sistema politico italiano: autorità, istituzioni, società*, Bologna, Bononia University Press.
- 2007 *Le istituzioni di Arlecchino*, Napoli, Scripta Web (ed. in progress pubbl. in rete telem.).
- Passerin d'Entrevès, A.
- 1962 *La dottrina dello Stato: elementi di analisi e di interpretazione*, Torino, Giappichelli.

- 1967 *The Notion of the State: an Introduction to Political Theory*, Oxford, Oxford University Press (si veda anche la trad. francese *La notion de l'État*, Paris, Sirey, 1969).
- Pattaro, E. (a cura di)
- 1982 *Contributi al realismo giuridico*, Milano, Giuffrè, 1982.
- Payen, P.
- 1997 *Les arrêts de règlement du Parlement de Paris au XVIII^e siècle. Dimension et doctrine*, Paris, Puf.
- 1999 *La physiologie de l'arrêt de règlement du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*, Paris, Puf.
- Pederzoli, P.
- 2004 *Magistratura e politica: quale coabitazione?*, in Gambino [2004, 55-75].
- Pellizzetti, P. e Vitritto, G.
- 2006 *Italia disorganizzata. Incapaci cronici in un mondo complesso*, Bari, Dedalo, 2006.
- Pelorson, J.-M.
- 1980 *Les «Letrados». Juristes castillans sous Philippe III. Recherches sur leur place dans la société, la culture et l'État*, s.l. [Le Puy-en-Velay], Université de Poitiers.
- Pereira, M.
- 1995 *La potenza dell'oggetto. Dicotomia del logos e dualità trasformatrice nel pensiero occidentale*, in AA.VV. [1995, 11-32].
- Perlingieri, P.
- 1975 *Profili istituzionali del diritto civile*, Napoli. Jovene (diverse edizioni successive).
- Perlingieri, P. e Femia, P.
- 2000 *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, Napoli, Esi.
- Perlingieri, P. et al.
- 2002 *Manuale di diritto civile*, Napoli, Esi.
- Perelman, C.
- 1973 *Diritto e morale* (Relazione presentata al XIV Congresso di Filosofia, Vienna, settembre 1968), in Id., *Droit, morale et philosophie*, Paris, LGDJ, 1968, trad. it. a cura di P. Negro, *Diritto, morale e filosofia*, Napoli, Guida, pp. 301-10.
- Pescarolo, A.
- 1995 *La donna che comanda. Il mutamento storico del ruolo femminile nei movimenti di protesta*, in AA.VV. [1995, 146-60].
- Petit-Dutaillis, C.
- 1933 *La monarchie féodale en France et en Angleterre. Xe-XIII^e siècle*, Paris, La Renaissance du livre.

- 1947 *Les communes françaises. Caractères et évolution des origines au XVIII^e siècle*, Paris, Albin Michel.
- Petit-Renaud, S.
- 2001 «*Faire loy*» au Royaume de France. De Philippe VI à Charles V (1328-1380), Paris, De Boccard.
- Petronio, U.
- 1972 *Il Senato di Milano. Istituzioni giuridiche ed esercizio del potere nel ducato di Milano da Carlo 5° a Giuseppe 2°*, Milano, Giuffrè, 2^a ed. (1^a ed. 1969).
- 2002 *La lotta per la codificazione*, Torino, Giappichelli.
- 2007 *L'École de l'exégèse, entre Lumières et positivisme scientifique*, in Ophele e Remy [2007].
- Piano Mortari, V.
- 1962 *Diritto romano e diritto nazionale in Francia nel secolo XVI*, Milano, Giuffrè.
- 1977 *La formazione storica del diritto moderno francese. Dottrina e giurisprudenza del secolo XVI*, in AA.VV., *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, «Atti del Terzo Congresso Internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto», I, Firenze, pp. 195-219, ora in Piano Mortari [1991, 111-44].
- 1980 *Tradizione romanistica e tradizione giuridica europea nella Francia del secolo XVI*, in *Il diritto comune e la tradizione giuridica europea. Atti del convegno di studi in onore di G. Ermini*, Perugia, Libreria Universitaria Editrice, pp. 303-11, ora in Piano Mortari [1991, 67-78].
- 1989 *L'ordo juris nel pensiero dei giuristi francesi del secolo XVI*, in «Clio. Rivista trimestrale di studi storici», n. 2, pp. 245-67, ora in Piano Mortari [1991, 365-98].
- 1991 *Itinera juris. Studi di storia giuridica dell'Età moderna*, Napoli, Jovene.
- Picq, J.
- 1994 (a cura di), *L'État en France, servir une nation ouverte sur le monde. Rapport [au Premier ministre] de la Mission sur les responsabilités et l'organisation de l'État, mai 1994*, Paris, Ministère de la fonction publique.
- 1995 *Il faut aimer l'État*, Paris, Flammarion.
- Pizzorno, A.
- 1998 *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo della virtù*, Roma-Bari, Laterza.
- Pocock, J.
- 1980 *The Machiavellian Moment. Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*, Princeton, Prince-

ton University Press, 1975, trad. it. a cura di A. Prandi, 2 voll., *Il momento machiavelliano. Il pensiero politico fiorentino e la tradizione repubblicana anglosassone*, I. *Il pensiero politico fiorentino*; II. *La «repubblica» nel pensiero politico anglosassone*, Bologna, Il Mulino.

Poggi, G.

1978 *La vicenda dello Stato moderno. Profilo sociologico*, Bologna, Il Mulino.

1992 *The State. Its Nature, Development, and Prospects*, Stanford, Stanford University Press, 1991, trad. it. a cura del medesimo A., *Lo Stato. Natura, sviluppo, prospettive*, Bologna, Il Mulino.

2004 *Incontro con Max Weber*, Bologna, Il Mulino.

Poggi, S.

1977 *I sistemi dell'esperienza. Psicologia, logica e teoria della scienza da Kant a Wundt*, Bologna, Il Mulino.

Poly, J.-P.

2003 *Le chemin des amours barbares: genèse médiévale de la sexualité européenne*, Paris, Perrin.

Popitz, H.

1990 *Phänomene der Macht. Autorität – Herrschaft – Gewalt – Technik*, Tübingen, Mohr, 1986, trad. it. a cura di P. Volonté e L. Burgazzoli, *Fenomenologia del potere. Autorità, dominio, violenza, tecnica*, Bologna, Il Mulino (più edizioni fino al 2001).

Poršnev, B.F.

1998 *Narodnye Vosstanija vo Francii pered Frondoj, 1623-1648*, Moskva, 1948, trad. it. (sull'edizione francese, *Les soulèvements populaires en France de 1623 a 1648*, SEVPEN, Paris, 1963, trad. dal russo di F. Braudel e R. Mandrou), *Lotte contadine e urbane nel Grand Siècle*, Milano, Jaka Book, 2ª ed. (1ª ed. 1974).

Portinaro, P.P.

1999 *Stato*, Bologna, Il Mulino.

2005 *Stato: un tentativo di riabilitazione*, in Guaraldo e Tedoldi [2005, 34-63].

Porzio, M.

1961-1962 *Formalismo ed antiformalismo nello sviluppo della metodologia giuridica moderna*, saggio in due parti pubblicato in «Bollettino della Biblioteca degli Studi Giuridici dell'Università di Napoli», parte I, a. VII (1961), fasc. III; parte II, a. VIII (1962), fasc. II, pp. 254-368, poi ripubblicato in estratto, Napoli, L'Arte Tipografica.

- Postigliola, A.
1992 *La città della ragione*, Roma, Bulzoni.
- Poutet, Y.
1971 *L'enseignement des pauvres dans la France du XVIII^e siècle*, in «XVII^e siècle», nn. 90-91, pp. 87-110.
- Preti, G.
1957 *Praxis ed empirismo*, Torino, Einaudi (ristampa a cura di S. Veca, Milano, Bruno Mondadori, 2007).
- Prini, P.
1996 *La filosofia cattolica italiana del Novecento*, Roma-Bari, Laterza.
- Procacci, G.
1995 *Machiavelli nella cultura europea dell'Età moderna*, Roma-Bari, Laterza (ed. aggiornata di Id., *Studi sulla fortuna di Machiavelli*, Roma, Istituto storico italiano per l'Età moderna e contemporanea, 1965).
- Prodi, G.
1982 *La storia naturale della logica*, Milano, Bompiani.
- Prodi, P.
1967-1968 *Lo sviluppo dell'assolutismo nello Stato pontificio: secoli 15°-16°*, Bologna, Patron, s.d.
1982 *Il sovrano pontefice. Un corpo e due anime: la monarchia papale nella prima età moderna*, Bologna, Il Mulino (più edizioni e ristampe successive fino al 2006).
- Prosperi, A.
1996 *Tribunali della coscienza. Inquisitori, confessori, missionari*, Torino, Einaudi.
2008 *Giustizia bendata. Percorsi storici di un'immagine*, Torino, Einaudi.
- Prosperi, A., Schiera, P. e Zarri, G. (a cura di)
2007 *Chiesa cattolica e mondo moderno. Scritti in onore di Paolo Prodi*, Bologna, Il Mulino.
- Pulcini, E.
1995 *Il potere di unire. Femminile e potere tra modernità e mito*, in AA.VV. [1995, 33-49].
- Putnam, R.
1993 *Making Democracy, Work*, Princeton, Princeton University Press, 1993, trad. it. a cura di N. Messori, *La tradizione civica nelle regioni italiane*, Milano, Mondadori (3^a ed. 1994).
- Pye, L.W. e Verba, S. (a cura di)
1965 *Political Culture and Political Development*, Princeton, Princeton University Press (rist. 1969).

Quaglioni, D.

- 1983 *Politica e diritto nel Trecento italiano: il «De tyranno» di Bartolo da Sassoferrato, 1314-1357, con l'edizione critica dei trattati De guelphis et gebellinis, De regimine civitatis e De tyranno*, Firenze, Olschki.
- 1985 *Letteratura consiliare e dottrine giuridico-politiche*, in *Culture et idéologie* [1985, 419-32].
- 1989 *Il «machiavellismo» di Jean Bodin («République»*, V, 5-6), in «Il Pensiero politico», XXII, n. 1, pp. 198-207.
- 1992a *I limiti della sovranità: il pensiero di Jean Bodin nella cultura politica e giuridica dell'età moderna*, Padova, Cedam.
- 1992b *Tra bartolismo e machiavellismo. Storiografia e politica dell'Umanesimo fiorentino nella «République» di Jean Bodin*, in «Archivio storico italiano», disp. IV, pp. 1143-59.
- 1999 *Machiavelli e la lingua della giurisprudenza*, in «Il Pensiero Politico», XXXII, n. 2, poi ripubblicato in Fontana, Fournel, Tabet e Zancarini [2004, 177-92].
- 2004 *La sovranità*, Roma-Bari, Laterza.
- 1991 «*Regnativa prudentia*». *Diritto e teologia nel «Tractatus testimoniorum» bartoliano*, in *Théologie et droit* [1991, 155-70].

Quenet, M.

- 1997 *Histoire des institutions judiciaires*, «Les cours de droit», Paris, Litec.

Rabelais,

- 1872 *Gargantua et Pantagruel*, lib. V, cap. XII, in *Œuvres de Rabelais. Édition conforme aux derniers textes revus par l'auteur avec les variantes de toutes les éditions originales*, II, Paris, chez Daffis.

Rancière, J.

- 1995 *La Méésentente. Politique et philosophie*, Paris, Galilée, trad. it. a cura di B. Magni, *Il disaccordo. Politica e filosofia*, Roma, Meltemi, 2007.

Raynaud, P. e Rials, S. (a cura di)

- 1996 *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, Puf.

Reinhard, W.

- 1996 (a cura di), *Les élites du pouvoir et la construction de l'État en Europe. Les origines de l'État moderne en Europe, XIII^e-XVIII^e siècle*, Paris, Puf.
- 1998 *Le népotisme. Fonctions et avatars d'une constante de l'histoire pontificale*, in *Papauté Confessions Modernité*, a cura e con prefazione di R. Descimon (sotto il titolo:

- Empirisme et méthode*), Paris, Éditions de l'École des Hautes Études en Sciences Sociales.
- 2001 *Geschichte der Staatsgewalt*, München, Beck Verlag, 1999, trad. it. di C. Caiano, ed. a cura di E. Tortarolo, *Storia del potere in Europa*, Bologna, Il Mulino.
- Renaut, A.
- 1989 *L'ère de l'individu. Contribution à une histoire de la subjectivité*, Paris, Gallimard.
- 1995 *L'individu: réflexions sur la philosophie du sujet*, Paris, Hatier, trad. it. *L'individuo: riflessioni sulla filosofia del soggetto*, Napoli, Ipermedium libri, 2003.
- Renoux-Zagamé, M.-F.
- 1997 *Du juge-prêtre au Roi-idole. Droit divin et constitution de l'Etat dans la pensée juridique française à l'aube des temps modernes*, in Thireau [1997a, 143-86], poi in Renoux-Zagamé [2003, 156-82].
- 1998 «Royaume de la loi»: *équité et rigueur du droit selon la doctrine des parlements de la monarchie*, in «Justices», n. 9, janvier-mars.
- 1999 *Répondre de l'obéissance. La conscience du juge dans la doctrine judiciaire à l'aube des Temps modernes*, in Car-basse e Depambour-Tarride [1999, 155-93], poi in Renoux-Zagamé [2003, 183-211].
- 2003 *Du droit de Dieu au droit de l'Homme*, Paris, Puf (coll. «Léviathan»).
- 2005 *Additionnel ou innovatif? Débats et solutions des premiers décennies de mise en œuvre du Code civil*, in «Droits», 41, pp. 19-36.
- 2009 *Introduction a Gauvard* [2009, 5-14].
- Rensi, G.
- 1912 *Conoscenza, volontà e libertà*, estr. da «Coenobium», ottobre.
- 1914 *Formalismo e amoralismo giuridico*, Verona, Remigio Ca-bianca.
- 1925 *Realismo*, Milano, Unitas.
- 1942 *La morale come pazzia*, Modena, Guanda.
- 1991 *La filosofia dell'assurdo* [1937], Milano, Adelphi.
- 1993 *La mia filosofia (Lo scetticismo)* [1928], in *Autobiografia intellettuale*, Milano, Corbaccio, 3^a ed. (1^a ed. 1939).
- Revel, J.
- 1992 *La royauté sacrée. Éléments pour un débat*, in Boureau e Ingerflom [1992, 7-17].

- Ricciardi, M.
 2008 *Storia e sistema della costituzione dello Stato e della società*, in «Storia, amministrazione, costituzione», Annale Isap, n. 16, pp. 247-77.
- Richet, D.
 1969 *Autour des origines idéologiques lointaines de la Révolution française: élites et despotisme*, in «Annales ESC», n. 24, 1, janvier-février, ora in Richet [1991, 389-416].
 1987 *La monarchie au travail sur elle-même?*, in Baker [1987, 25-39] poi ripubblicato in Richet [1991, 425-50].
 1991 *De la Réforme à la Révolution. Études sur la France moderne*, Paris, Aubier.
 1998 *La France moderne: l'esprit des institutions*, Paris, Flammarion, 1973 (nuova ed. 1991), trad. it. a cura di F. Di Donato, *Lo spirito delle istituzioni. Esperienze costituzionali nella Francia moderna*, Roma-Bari, Laterza (3^a ed. inalterata 2002).
- Ricuperati, G.
 1989 *I volti della pubblica felicità. Storiografia e politica nel Piemonte settecentesco*, Torino, Albert Meynier.
 2006 *Frontiere e limiti della ragione. Dalla crisi della coscienza europea all'Illuminismo*, Torino, Utet.
- Rigaudière, A.
 1994 *Histoire du droit et des institutions*, Paris, Éditions C.D.
 2003 *Penser et construire l'État dans la France du Moyen Age. XIII^e-XV^e siècle*, Paris, Comité pour l'Histoire économique et financière de la France.
 2004 *Un rêve royal français: l'unification du droit*, in «Académie des Inscriptions et des Belles-Lettres. Comptes rendus des séances de l'année 2004», fasc. IV, novembre-décembre, Paris, De Boccard, pp. 1553-67.
 2006 *Introduction historique à l'étude du droit et des institutions*, Paris, Economica, 3^a ed.
- Ritter, G.
 1958 *Die Dämonie der Macht*, München, Oldenbourg Verlag, 1948, trad. it. a cura di E. Melandri, *Il volto demoniaco del potere*, Bologna, Il Mulino, 1997 (riprod. anast. della 1^a ed. 1958).
- Ritter, G.A.
 1996 *Der Sozialstaat. Entstehung und Entwicklung im internationalen Vergleich*, München, Oldenbourg Verlag, 1991, trad. it. a cura di L. Gaeta e P. Carnevale con prefazione

- di P. Pombeni, *Storia dello stato sociale*, Roma-Bari, Laterza (nuova ed. 2003).
- Rocquain, F.
1878 *L'esprit révolutionnaire avant la Révolution. 1715-1789*, Paris, Plon.
- Rodotà, S.
2006a *Letica pubblica*, in «la Repubblica», 17 gennaio, p. 16.
2006b *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, Feltrinelli.
- Rogister, J.M.G.
1995 *Louis XV and the «Parlement» of Paris, 1737-1755*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Rohs, P.
1988 *Martin Heidegger*, in Nordhofen [1988, 73-100].
- Rokkan, S.
1984 *Formazione degli stati e differenze in Europa*, in Tilly [1984, 397-433].
- Romano, R.
1997 *Paese Italia. Venti secoli di identità*, Roma, Donzelli, 1994 (2^a ed. riveduta e ampliata 1997).
- Romano, R. e Vivanti, C. (a cura di)
1978 *Annali della Storia d'Italia*, I, *Dal feudalesimo al capitalismo*, Torino, Einaudi.
- Roppo, V.
1989 *Contratto* (voce), in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, IV, Torino, Utet, pp. 87-138.
- Roselli, F.
1986 *Giudici e limiti al potere del legislatore, vigente lo Statuto albertino*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», II, pp. 476-547.
- Ross, A.
1965 *On Law and Justice*, London, Stevens & Sons, 1958, trad. it. e introduzione a cura di G. Giavazzi, *Diritto e giustizia*, Torino, Einaudi.
1972 *Colpa, responsabilità e pena*, a cura di B. Bendixen e P.L. Lucchini, presentazione di V. Frosini, Milano, Giuffrè.
1978 *Directives and norms*, London, Routledge & Kegan Paul, 1968, trad. it. a cura di M. Jori, *Direttive e norme*, Milano, Edizioni di Comunità.
1982 *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, Bologna, Il Mulino (raccolta di testi a cura di A. Febbrajo e R. Guastini).
2004 *Introduction à l'empirisme juridique. Textes théoriques par*

- Alf Ross*, trad. francese a cura di E. Millard e E. Matzner, Paris-Bruxelles, LGDJ-Bruylant.
- Rossi, Paolo
1997 *La nascita della scienza moderna in Europa*, Roma-Bari, Laterza.
- Rossi, Pietro
1988 *Max Weber. Oltre lo storicismo*, Milano, Il Saggiatore.
2007 *Max Weber. Una idea di Occidente*, Roma, Donzelli.
- Rotelli, E.
1967 *L'avvento della Regione in Italia. Dalla caduta del regime fascista alla Costituzione repubblicana 1943-1947*, Milano, Giuffrè (già pubblicato in edizione più limitata a Venezia da Neri Pozza, 1964).
1971 *La struttura sociale nel Seicento francese secondo Mousnier. Introduzione a R. Mousnier, Le gerarchie sociali dal 1450 ai nostri giorni*, Milano, Vita e Pensiero, e ora in Rotelli [2007, 27-61].
2005 *Forme di governo delle democrazie nascenti. 1689-1799*, Bologna, Il Mulino.
2007 *Amministrazione e Costituzione. Storiografie dello Stato*, Bologna, Clueb.
2008 *Le costituzioni di democrazia. Testi 1689-1850*, Bologna, Il Mulino.
- Rotelli, E. e Schiera, P. (a cura di)
1971 *Lo Stato moderno. I. Dal Medioevo all'età moderna*, Bologna, Il Mulino, s.d. [ma 1971].
1973 *Lo Stato moderno. II. Principi e ceti*, Bologna, Il Mulino.
1974 *Lo Stato moderno. III. Accentramento e rivolte*, Bologna, Il Mulino.
- Rothkrug, L.
1965 *Opposition to Louis XIV. The Political and Social Origins of French Enlightenment*, Princeton, Princeton University Press.
- Rousselet-Pimont, A.
2005 *Le chancelier et la loi au XVI^e siècle. D'après l'œuvre d'Antoine Duprat de Guillaume Poyet et de Michel de l'Hospital*, Paris, De Boccard.
- Rovito, P.L.
1981 *Respublica dei togati. Giuristi e società nella Napoli del Seicento*, Napoli, Jovene.
- Ruccello, A.
1993 *Teatro*, Napoli, Guida.

- Rummel, R.J.
 2005 *Death by government*, New Brunswick (N.J.), Transaction Publishers, 1994, trad. it. (inspiegabilmente modificato nel titolo) a cura di S. Magni con un saggio introduttivo di A. Vitale, *Stati assassini. La violenza omicida dei governi*, Soveria Mannelli (Cz), Rubbettino.
- Rusconi, G.E.
 1984 *Scambio, minaccia, decisione. Elementi di sociologia politica*, Bologna, Il Mulino.
 1991 *Agire strategico e agire comunicativo. Un contrasto apparente nella spiegazione della politica*, in Conte [1991, 41-62].
 1999 *Possiamo fare a meno di una religione civile?*, Roma-Bari, Laterza.
- Sabbatucci, D.
 1984 *Lo stato come conquista culturale: ricerca sulla religione romana*, Roma, Bulzoni, 2ª ed. (1ª ed. 1975).
- Sacerdoti, G.
 2000 *Sacrificio e sovranità. Teologia e politica nell'Europa di Shakespeare e Bruno*, Torino, Einaudi.
- Saint-Bonnet, F.
 2001 *Le Parlement, juge constitutionnel (XVI^e-XVIII^e) siècle*, in «Droits», 34, pp. 177-97.
- Saint-Bonnet, F. e Sassier, Y.
 2004 *Histoire des institutions avant 1789*, Paris, Montchrestien.
- Sapere e/è potere*
 1990 *Sapere e/è potere: discipline, dispute e professioni nell'università medievale e moderna: il caso bolognese a confronto*, Atti del 4° convegno, Bologna, 13-15 aprile 1989, 3 voll., Bologna, Comune di Bologna e Istituto per la storia di Bologna.
- Sartori, G.
 1995 *Elementi di teoria politica*, Bologna, Il Mulino, 3ª ed. (1ª ed. 1987).
- Sasso, G.
 1958 *Niccolò Machiavelli. Storia del suo pensiero politico*, Napoli, Istituto Italiano per gli Studi Storici (il vol. è stato poi ripubblicato in una nuova edizione molto rielaborata con il titolo *Niccolò Machiavelli, I. Il pensiero politico*, Bologna, Il Mulino, 1980 e successivamente 1993).
 1967 *Studi su Machiavelli*, Napoli, Morano.

- Savelli, R.
 1981 *La Repubblica oligarchica. Legislazione, istituzioni e ceti a Genova nel Cinquecento*, Milano, Giuffrè.
- Sbriccoli, M.
 1973 *Strutturalismo e storia del diritto privato. La regola del gioco nel gioco delle regole*, in «Politica del diritto», nn. 4-5.
 1974 *Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano, Giuffrè.
- Schiavone, A.
 1996 *La storia spezzata. Roma antica e Occidente moderno*, Roma-Bari, Laterza.
 1998 *Italiani senza Italia. Storia e identità*, Torino, Einaudi.
 2005 *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, Einaudi.
- Schiera, P.
 1986 (a cura di), *Società e corpi*, Napoli, Bibliopolis.
 1987 *Il laboratorio borghese. Scienza e politica nella Germania dell'Ottocento*, Bologna, Il Mulino.
 1994 *Presentazione*, in Schiera, Chittolini e Molho [1994].
 2004 *Lo Stato moderno. Origini e degenerazioni*, Bologna, Clueb.
- Schiera, P., Chittolini, G. e Molho, A. (a cura di)
 1994 *Origini dello Stato. Processi di formazione statale in Italia fra medioevo ed età moderna*, Bologna, Il Mulino.
- Schmale, W.
 1987 *Les parlements et le terme de constitution au XVIII^e siècle en France: une introduction*, in «Il pensiero politico», XX, n. 3, pp. 415-24.
 1990 *Du droit d'Ancien Régime aux droits de l'homme: la continuité et la rupture*, in «Il pensiero politico», XXIII, n. 1, pp. 108-16.
- Schmitt, C.
 1995 *Die Formung des Französischen Geistes Durch den Legisten*, in «Deutschland-Frankreich», Vierteljahrsschrift des Deutschen Instituts, 1942, fs. II, pp. 1-30, ora in Id., *Staat, Grossraum, Nomos. Arbeiten aus den Jahren 1916-1969*, Berlin, Duncker & Humblot, pp. 184-217.
- Schnur, R.
 1979 *Individualismus und Absolutismus*, Berlin, Duncker & Humblot, 1963, trad. it. *Individualismo e assolutismo. Aspetti della teoria politica europea prima di Thomas Hobbes (1600-1640)*, Milano, Giuffrè.
- Schwarz-Liebermann von Wahlendorf, H.A.
 1982 *Politique, droit, raison. Recueil d'études*, Paris, LGDJ (1^a ed. 1981).

- Sciacca, E.
 2005 *Principati e repubbliche. Machiavelli, le forme di governo e il pensiero francese del Cinquecento*, Firenze, Cet.
 2007 *Umanesimo e scienza politica nella Francia del XVI secolo. Loys Le Roy*, Firenze, Olschki.
- Sciascia, L.
 1956 *Le parrocchie di Regalpetra*, Bari, Laterza.
 1994 *Il contesto: una parodia*, Milano, Adelphi.
 2004 *Leonardo Sciascia deputato radicale 1979-1983*, a cura di L. Palazzolo, Milano, Kaos Edizioni.
- Scognamiglio Cestaro, S.
 2006 *Il sistema corporativo tra centro e periferia nel Regno di Napoli in Et  moderna. Dinamiche istituzionali ed evoluzioni di mercato nel settore dell'abbigliamento*, in «Samnium», LXXIX, nn. 1-4, gen.-dic., pp. 75-149.
 2008 *Le Istituzioni della moda. Economia, magistrature e scambio politico nella Napoli moderna*, Benevento, Edizioni Il Chiostro (di questo studio   prevista una nuova e aggiornata edizione del Mulino).
- Scott, R.W.
 1994 *Organizations, Rational, Natural and Open Systems*, Englewood Cliffs (N.J.), Prentice Hall Inc., 1981 e 1992, ed. it. a cura di S. Gherardi, trad. di U. Mancini e P. Pederzoli, *Le organizzazioni*, Bologna, Il Mulino, 2^a ed. (1^a ed. 1985).
 1998 *Institutions and Organizations*, Thousand Oaks (Cal.)-London-New Delhi, Sage Publications Inc., 1995, ed. it. a cura di S. Gherardi, trad. di A. Visentin, Bologna, Il Mulino.
- Segoloni, D. (a cura di)
 1980 *Il diritto comune e la tradizione giuridica europea*, «Atti del convegno di studi in onore di Giuseppe Ermini», Perugia, 30-31 ottobre 1976, Perugia, Libreria universitaria editrice.
- Senellart, M.
 1989 *Machiavélisme et raison d' tat*, Paris, Puf.
 1995 *Les arts de gouverner. Du «regimen» médiéval au concept de gouvernement*, Paris, Seuil.
- Sériaux, A.
 1999 *Les enjeux éthiques de l'activit  de «iurisdictio»*, in Car-basse e Depambour-Tarride [1999, 293-311].
- Serra, T.
 2005 *Lo Stato e la sua immagine*, Torino, Giappichelli.

- Serri, M.
 1988 *Scopri il Rinascimento nelle autobiografie di principi e popolani (intervista a Eugenio Garin)*, in «La Stampa», Supplemento «Tuttolibri», 24 settembre.
- Sestan, E.
 1952 *Stato e nazione nell'alto medioevo. Ricerche sulle origini nazionali in Francia, Italia, Germania*, Napoli, Esi (rist. anast. 1994).
- Seyssel, C. de
 1519 *La Grant' Monarchie de France*, Paris, Regnault Chauldier.
 1960 *La Monarchie de France*, ed. a cura di J. Poujol, Paris, Librairie d'Argences.
- Shanker, S.G. (a cura di)
 1991 *Gödel's Theorem in focus*, London, Croom Helm Ltd., 1988, trad. it. a cura di P. Pagli, *Il teorema di Godel: una messa a fuoco*, Padova, Muzzio.
- Shennan, J.H.
 1965 *The Political Role of Parlement of Paris, 1715-23*, in «The Historical Journal», VIII, pp. 179-200.
 1966 *The Political Role of Parlement of Paris under Cardinal Fleury*, in «The English Historical Review», LXXXI, pp. 520-42.
 1968 *The Parlement of Paris*, Ithaca-New York, Cornell University Press.
- Skinner, Q.
 1999 *Machiavelli*, Oxford, Oxford University Press, 1981, trad. it. a cura di A. Colombo, *Machiavelli*, Bologna, Il Mulino.
- Slimani, A.
 2004 *La modernité du concept de Nation au XVIII^e siècle (1715-1789): apports des thèses parlementaires et des idées politiques du temps*, Aix-en-Provence, Puam.
- Sofia, F.
 1988 *Una scienza per l'amministrazione*, Roma, Carucci.
 1994 *Verso l'autonomia della scienza statistica: cultura e organizzazione tra Sette e Ottocento*, Roma, Istat.
- Solari, G.
 1985 *La formazione storica e filosofica dello Stato moderno [1930-1931]*, ed. a cura di L. Firpo, Napoli, Guida.
- Sonnino, I.A.
 1986 *Confucio* (voce), in *Grande Dizionario Enciclopedico*, t. V, Torino, Utet, pp. 553-7.

- Spinoza, B.
 1670 *Trattato teologico-politico*, ora in Spinoza [2007, 425-735].
 1677 *Etica* [tra il 1662 e il 1675, poi uscita postuma nel 1677], ora in Spinoza [2007, 785-1086].
 2007 *Opere*, a cura e con un saggio introduttivo di F. Mignini, trad. it. di O. Proietti, Milano, Mondadori («I Meridiani»).
- Springborg, P. (a cura di)
 2007 *The Cambridge Companion to Hobbe's Leviathan*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Spitz, J.F.
 1996 *État de nature et contrat social*, in Raynaud e Rials [1996, 234-9].
 1998 *Bodin et la souveraineté*, Paris, Puf.
- Stajano, C. (a cura di)
 1996 *La cultura italiana del Novecento*, Roma-Bari, Laterza.
- Starobinski, J.
 1990 *Le mot «civilisation»*, in «Le Temps de la Réflexion», n. 4, 1983, ora in Id., *Le remède dans le mal. Critique et légitimation de l'artifice à l'âge des Lumières*, Paris, Gallimard, 1989, trad. it. a cura di A. Martinelli, *La parola «civilisation»*, in Id., *Il rimedio nel male. Critica e legittimazione dell'artificio nell'età dei Lumi*, Torino, Einaudi, pp. 5-48.
 2001 *Action et Réaction. Vie et aventures d'un couple*, Paris, Seuil, 1999, trad. it. a cura di C. Colangelo, *Azione e reazione. Vita e avventure di una coppia*, Torino, Einaudi.
- Stella, F.
 2006 *La giustizia e le ingiustizie*, Bologna, Il Mulino.
- Stollais, M.
 1998a *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, 1: Reichspublizistik und Polizeiwissenschaft, 1600-1800*, München, C.H. Beck, 1988, trad. francese a cura di M. Senellart, *Histoire du droit public en Allemagne. Droit public impérial et science de la police. 1600-1800*, Paris, Puf.
 1998b *Staat und Staaträson in der frühen Neuzeit: Studien zur Geschichte des öffentlichen Rechts*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1990, trad. it. a cura di S. Iovino e Ch. Schultz, *Stato e ragion di Stato nella prima età moderna*, Bologna, Il Mulino.
- Stoppino, M.
 2001 *Potere e teoria politica*, Milano, Giuffrè, 3ª ed. (1ª ed. Genova, Ecig, 1982).

Storia Moderna

- 1998 *Storia Moderna. Manuale di Storia Donzelli*, Roma, Donzelli.
- Strayer, J.R.
1940 *The Laicization of French and English Society in the Thirteenth Century*, in «Speculum», vol. XV, n. 1, gennaio, pp. 76-86 (ora disponibile in trad. it. a cura di R. Giurato, *La laicizzazione della società in Francia e in Inghilterra nel XIII secolo*, in «Storia Amministrazione Costituzione», Annale Isap, n. 17, 2009, pp. 7-25).
- 1975 *On the Medieval Origins of the Modern State*, Princeton, Princeton University Press, 1970, trad. it. (inspiegabilmente modificata nel titolo) a cura di A. Porro, *Le origini dello Stato moderno*, Milano, Celuc libri (2ª ed. 1980); (più fedele la trad. francese a cura di M. Clément, *Les origines médiévales de l'État Moderne*, Paris, Payot, 1979).
- 1980 *The Reign of Philip the Fair*, Princeton, Princeton University Press.
- Sueur, P.
1993 *Histoire du droit public français. XV^e-XVIII^e siècle. La genèse de l'État contemporain. 1: La constitution monarchique*, Paris, Puf, 3ª ed. (1ª ed. 1989).
- 1994 *Histoire du droit public français. XV^e-XVIII^e siècle. La genèse de l'État contemporain. 2: Affirmation et crise de l'État sous l'Ancien Régime*, Paris, Puf, 2ª ed. (1ª ed. 1989).
- Suppa, S.
1984 *Parsons politico. Una lettura dell'americanismo*, Bari, Dedalo.
- Sylos Labini, P.
2001 *Un Paese a civiltà limitata. Intervista su etica, politica ed economia*, a cura di R. Petrini, Roma-Bari, Laterza.
- Swann, J.
1990 «*Fauteurs de toutes les maximes qui sont contraires à la monarchie*»: le gouvernement face aux magistrats jansénistes sous Louis XV, in Maire [1990, 163-72].
- 1995 *Politics and the «Parlement» of Paris under Louis XV, 1754-1774*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Tallon, A.
2002 *Conscience nationale et sentiment religieux en France au XVI^e siècle. Essai sur la vision gallicane du monde*, Paris, Puf.
- Tanzi, A.
1999 (a cura di), *L'antiformalismo giuridico. Un percorso antologico*, Milano, Raffaello Cortina.

- Tarantino, A. (a cura di)
 1984 *Scienza e politica nel pensiero di Alf Ross*, «Atti delle Giornate di studio su Alf Ross», Lecce, 14-15 maggio 1981, Milano, Giuffrè.
- Tarello, G.
 1976 *Storia della cultura giuridica moderna*, I. *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, Il Mulino.
- Tate, C.N. e Vallinder, T.
 1995 *The Global Expansion of Judicial Power: the Judicialization of Politics*, New York, New York University Press.
- Taylor, C.
 1993 *Sources of the Self. The Making of the Modern Identity*, Cambridge (Mass. Usa), Harvard University Press, 1989, trad. it. a cura di R. Rini, *Radici dell'io. La costruzione dell'identità moderna*, Milano, Feltrinelli.
- Telò, M.
 2004 *Dallo Stato all'Europa. Idee politiche e istituzioni*, Roma, Carocci.
- Tenenti, A.
 1978 *Credenze, ideologie, libertinismi tra Medioevo ed Età moderna*, Bologna, Il Mulino.
- 1986 *Dio, Sovrano, Stato in Francia tra la fine del Cinquecento e la prima metà del Seicento*, in *O sacro e o profano*, numero speciale della «Revista de historia das ideias», n. 8, Coimbra, pp. 27-57, ora in Tenenti [1987, 299-333].
- 1987 *Stato: un'idea, una logica. Dal comune italiano all'assolutismo francese*, Bologna, Il Mulino.
- Théologie et droit*
 1991 *Théologie et Droit dans la science politique de l'État moderne*, «Actes de la table ronde organisée par l'École Française de Rome avec le concours du Cnrs», Roma, 12-14 novembre 1987, Collection de l'École Française de Rome (147), Roma.
- Thermes, D.
 2002 *Ripensare Bodin. Pubblico e privato nel cittadino premoderno*, Roma, Philos Edizioni.
- Thesaurus juris romani*
 1741-1744 *Thesaurus juris Romani, continens rariora meliorum interpretum opuscula, in quibus jus Romanum emendatur, explicatur, illustratur. Itemque classicis aliisque auctoribus haud raro lumen accenditur. Cum praefatione Everardi Ottonis*, 5 voll., chez Ludwig Brandmuller, Bâle (ma ve

ne sono edizioni precedenti come quella del 1725-1735, apud Joannem vander Linden, Juniolem Lugduni Bata-vorum).

Thireau, J.-L.

1997a (a cura di), *Le droit entre laïcisation et néo-sacralisation*, Paris, Puf.

1997b *Préceptes divins et normes juridiques dans la doctrine française du XVI^e siècle*, in Id. [1997a, 109-41].

1999 *Le bon juge chez les juristes français du XVI^e siècle*, in Carbasse e Depambour-Tarride [1999, 131-53].

2001 *Introduction historique au droit*, Paris, Flammarion (cito dalla 2^a ed. 2003).

Tholozan, O.

1999 *Henri de Boulainvilliers. L'anti-absolutisme aristocratique légitimé par l'histoire*, Aix-en-Provence, Puam.

Thuau, E.

1966 *Raison d'État et pensée politique à l'époque de Richelieu*, Paris, Colin.

Tierney, B.

2002 *The Idea of Natural Rights. Studies on Natural Rights, Natural Law and Church Law 1150-1625*, Atlanta, Scholars Press for Emory University, 1997, ed. it. a cura di A. Melloni, trad. di V. Ottonelli, *L'idea dei diritti naturali. Diritti naturali, legge naturale e diritto canonico 1150-1625*, Bologna, Il Mulino.

Tilly, C. (a cura di)

1984 *The Formation of National States in Western Europe*, Princeton, Princeton University Press, 1975, trad. it. a cura di R. Falcioni e G. Bona, *La formazione degli stati nazionali nell'Europa occidentale*, Bologna, Il Mulino.

Timbal, P.-C. e Castaldo, A.

1957 *Histoire des institutions publiques et des faits sociaux*, Paris, Dalloz (continuamente riedito e aggiornato: cito dalla 9^a ed. 1993).

Timbal Duclaux de Martin, P.

1939 *Le droit d'asile*, Paris, Sirey.

Tocqueville, A. e de Clérel H.C.,

1969 *L'Ancien Régime et la Révolution* [1856], trad. it. *L'Antico Regime e la Rivoluzione*, in *Scritti politici*, I, a cura di N. Matteucci, Torino, Utet.

Todescan, F.

1979 *Diritto e realtà. Storia e teoria della «fictio iuris»*, Padova, Cedam.

- Toffanin, G.
 1972 *Machiavelli e il «Tacitismo». La «Politica storica» al tempo della controriforma*, Napoli, Guida, 2^a ed. (1^a ed. Padova, Draghi, 1922).
- Treves, R.
 1937 *Intorno alla dottrina generale dello Stato*, estr. da «Rivista internazionale di filosofia del diritto», XV, fs. I.
- Trevor-Roper, H.
 1972 *Religion, Reformation and Social Chance* [1956 e molte edizioni successive], trad. it. a cura di L. Trevisani, *Protestantesimo e trasformazione sociale*, Roma-Bari, Laterza, 1969 e altre successive (ho consultato la trad. francese a cura di L. Ratier, *De la Réforme aux Lumières*, Paris, Gallimard).
- Troper, M.
 1996 *La forza dei precedenti e gli effetti perversi del diritto*, in «Ragion pratica», 6, pp. 65-75, ora (nella versione fr.) in Troper [2001, 163-172].
 1998a *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, Puf, 1994, trad. it. a cura di A. Carrino et al.: *Per una teoria giuridica dello Stato*, Napoli, Guida.
 1998b *È esistito uno Stato nazista?*, in Troper [1998a, 165-71].
 1999 *Una teoria realista dell'interpretazione*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», XXIX, n. 2, dicembre, pp. 473-93.
 2001 *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, Puf.
 2002 *Existe-t-il un danger de gouvernement des juges?*, in D. Soulez Larivière e H. Dalle, *Notre justice. Le livre vérité de la justice française*, Paris, Laffont, pp. 329-46.
 2003 *La philosophie du droit*, Paris, Puf («Que sai-je») (trad. it. a cura di R. Guastini, *Cos'è la filosofia del diritto*, Milano, Giuffrè, 2003).
 2005 (a cura di), *Théorie des contraintes juridiques* (con V. Champeil-Desplats e C. Grzegorzcyk), Paris, LGDJ.
 2006a *Terminer la Révolution. La constitution de 1795*, Paris, Fayard.
 2006b *La liberté de l'interprète*, in Darcy, Labrot e Doat [2006, 28-40].
- Valadier, P.
 1996 *Machiavel et la fragilité du politique*, Paris, Seuil.
 1997 *L'anarchie des valeurs. Le relativisme est-il fatal?*, Paris, Albin Michel.
 1998 *Inévitable morale*, Paris, Seuil, 1990, trad. it. a cura di I. Bertoletti, *Inevitabile morale*, Brescia, Morcelliana, 1998.

- Valéry, P.
 1994 *Regards sur le monde actuel et autres essais*, Paris, Gallimard, 1945 (poi riedito nel 1960 nel t. II delle *Œuvres de Paul Valéry*, a cura di J. Hytier nella «Bibliothèque de la Pléiade»), trad. it. *Sguardi sul mondo attuale e altri saggi*, a cura di F.C. Papparo, Milano, Adelphi.
- Van Kley, D.K.
 1975 *The Jansenists and the Expulsion of the Jesuits from France, 1757-1765*, New Haven and London, Yale University Press.
 1984 *The Damiens Affair and the Unraveling of the «Ancien Régime», 1750-1770*, Princeton, Princeton University Press.
 1990 *Du parti janséniste au parti patriote: l'ultime sécularisation d'une tradition religieuse à l'époque du Chancelier Maupeou. 1770-1775*, in Maire [1990, 115-30].
 1996 «*New Wine in Old Wineskins*»: *Continuity and Rupture in the Pamphlet Debate of the French Prerevolution*, in «*French Historical Studies*», n. 17-2, pp. 447-65.
 2002 *Les origines religieuses de la Révolution française. 1560-1791*, Paris, Seuil, trad. francese dall'americano di Id., *The Religious Origins of the French Revolution. From Calvin to the Civil Constitution, 1560-1791*, New Haven and London, Yale University Press.
- Vaucher, A.
 2004 *L'institution judiciaire remotivée. Le processus d'institutionnalisation d'une «nouvelle justice» en Italie (1960-2000)*, Paris, LGDJ.
- Vegetti Finzi, S.
 1990 *Il bambino della notte. Divenire donna divenire madre*, Milano, Mondadori.
- Velema, W.
 1993 *Enlightenment and Conservatism in the Dutch Republic. The Political Thought of Elie Luzac (1721-1796)*, Assen-Maastricht, Van Gorcum.
- Venturi, F.
 1970 *Utopia e riforma nell'Illuminismo*, Torino, Einaudi.
 1976 *Settecento riformatore, II. La chiesa e la repubblica dentro i loro limiti. 1758-1774*, Torino, Einaudi.
- Venturino, D.
 1993 *Le ragioni della tradizione. Nobiltà e mondo moderno in Boulainvilliers (1658-1722)*, Torino, Le Lettere.
- Verga, M.
 1998 *Gli antichi Stati italiani*, in *Storia Moderna* [1998, 351-71].

- Vergne, A.
 2006 *La notion de constitution d'après les cours et assemblées à la fin de l'Ancien Régime (1750-1789)*, Paris, De Boccard.
- Vigorito, G.
 1982 *Genesis*, Milano, Gammalibri (1^a ed. 1981).
- Vilar-Berrogain, G.
 1958 *Guide des recherches dans les fonds d'enregistrement sous l'Ancien Régime*, Paris, Imprimerie Nationale.
- Villari, R.
 2003 *Elogio della dissimulazione. La lotta politica nel Seicento*, Roma-Bari, Laterza, 1987 (cito dall'ed. del 2003).
- Villey, M.
 2003 *La formation de la pensée juridique moderne 1961-1964*, a cura di S. Rials, Paris, Puf (coll. «Léviathan»).
- Viola, P.
 1989 *Il trono vuoto. La transizione della sovranità nella Rivoluzione francese*, Torino, Einaudi.
- Vivanti, C.
 1963 *Lotta politica e pace religiosa in Francia fra Cinque e Seicento*, Torino, Einaudi (rist. nella coll. «Reprints», 1974).
- Volpe, G.
 1999 *Il Medio Evo*, a cura di S. Moretti con introduzione di C. Violante, Roma-Bari, Laterza (1^a ed. Firenze, Vallecchi, 1926).
- Vonglis, B.
 1997 *L'État c'était bien lui. Essai sur la monarchie absolue*, Paris, Éditions Cujas.
 2006 *La monarchie absolue française. Définition, datation, analyse d'un régime politique controversé*, Paris, L'Harmattan.
- Wachenheim, P.
 1998 *L'image de Louis XV à travers l'estampe séditieuse et satirique*, in «Annales du Centre Ledoux», t. II: *Imaginaire et métier artistique à Paris sous l'Ancien Régime*, a cura di D. Rabreau, Paris-Bordeaux, pp. 87-102.
 2001a *Le thème du crible dans l'estampe. Les avatars d'une composition satirique récurrente*, in «Dix-Huitième Siècle», n. 33, pp. 457-80.
 2001b *Un héros éphémère sous le règne de Louis XV. L'abbé Chauvelin, ou portrait du sapajou en Grand Homme*, in T.W. Gahtgens et al. (a cura di), *L'Art et les normes sociales au XVIII^e siècle*, Centre Allemand d'Histoire de l'Art, Paris, MSH.

- 2004 *Art et politique, langage pictural et sédition dans l'estampe sous le règne de Louis XV*, Thèse en 2 volumes soutenue sous la direction de Daniel Rabreau, Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, UFR d'Histoire de l'art et d'archéologie (inedita, in corso di pubblicaz.).
- 2005 *Un exemple de revendication identitaire au XVIII^e siècle: le recueil Godonnesche ou l'histoire métallique du Parlement*, in M. Belissa et al. (a cura di), *Identités, appartenances, revendications identitaires (XVI^e-XVIII^e siècles)*, Paris, Nolin, pp. 163-90.
- 2005-2006 *L'iconographie polémique des parlementaires sous le règne de Louis XV*, in «Revue d'Histoire des Facultés de Droit et de la Science juridique», nn. 25-26, pp. 7-70.
- Watts, J.
- 2005 *Usurpation in England. A Paradox of State-Growth*, in Genet, Foronda e Nieto Soria [2005, 115-30].
- Weber, M.
- 1958 *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, Tübingen, Mohr, 1922, trad. it. (sulla 2^a ed. del 1951) a cura di P. Rossi, *Il metodo delle scienze storico-sociali*, Torino, Einaudi.
- 1965 *Die Protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus*, Tübingen, Mohr, 1922, trad. it. a cura di P. Burrelli con introduzione di E. Sestan, *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo*, Firenze, Sansoni.
- 1976 *Die Wirtschaftsethik der Weltreligionen* [i cui scritti, inizialmente programmati per confluire in *Economia e società*, vennero composti a partire dal 1911 e cominciarono a essere pubblicati a partire dal 1915 e fino al 1919 in «Archiv f. Sozialwiss. u. Sozialpolit.», voll. 41, 42 e 44, e poi raccolti nei *Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie*, 3 voll., Tübingen, Mohr, 1920-1921 (4^a ed. 1947)], trad. it. a cura di C. Sebastiani con introduzione di F. Ferrarotti, *Sociologia delle religioni*, 2 voll., Torino, Utet (2^a ed. 1988).
- 1999 *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, Mohr, 1922, trad. it. a cura di T. Biagiotti, F. Casabianca e P. Rossi, *Economia e società*, 5 voll., Milano, Comunità.
- 2001 *Politik als Beruf* [1919], trad. it. a cura di F. Tuccari, *La politica come professione*, Milano, Comunità.
- Weidenfeld, K.
- 2001 *Les origines médiévales du contentieux administratif (XIV^e-XV^e siècles)*, Paris, De Boccard.

- Weil, S.
 1985 *Quaderni*, II, Milano, Adelphi, 1985 (trad. it. di *Cahiers*, II 1942, Paris, Gallimard, 1997 ultima edizione).
- Welzel, H.
 1965 *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 1951 (e diverse edizioni successive), trad. it. a cura di G. De Stefano con presentazione di E. Paresce, *Diritto naturale e giustizia materiale*, Milano, Giuffrè.
- White, M.
 1956 *Social Thought in America: The Revolt Against Formalism*, New York, The Viking Press, 1952, trad. it. a cura di A. Prandi, *La rivolta contro il formalismo*, Bologna, Il Mulino.
- Wieacker, F.
 1980 *Privatrechtsgeschichte*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1967, trad. it. a cura di U. Santarelli e S.A. Fusco, *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania*, 2 voll., Milano, Giuffrè.
- Wittgenstein, L.
 1992 *Lezioni e conversazioni sull'etica, l'estetica, la psicologia e la credenza religiosa*, trad. it. di vari testi pubblicati tra il 1965 e il 1966 a cura di M. Ranchetti, Milano, Adelphi, 7^a ed. (1^a ed. 1967).
- Yardeni, M.
 2004 *Enquêtes sur l'identité de la «Nation France». De la Renaissance aux Lumières*, Seyssel, Champ Vallon.
- Zarka, Y.-C. (a cura di)
 1996 *Jean Bodin: nature, histoire, droit et politique*, Paris, Puf. Zehentner, P.
- 1643 *Promontorium malae spei: impiis periculose navigantibus propositum...*, Graecij, formis Widmanstadianis, sumptibus Sebastiani Haupt.
- Zeller, G.
 1948 *Les institutions de la France au XVI^e siècle*, Paris, Puf (2^a ed. 1987).
- Zemon Davis, N.
 1980 *Society and culture in early modern France: eight essays*, Stanford (Cal.), Stanford University Press, 1975, trad. it. a cura di S. Lombardini, *Le culture del popolo: sapere, rituali e resistenze nella Francia del Cinquecento*, Torino, Einaudi.