

# Il giudizio di costituzionalità nella Francia d'Ancien régime: una storia politico-istituzionale\* Parte prima. Fondamenti teorico-pratici

FRANCESCO DI DONATO

## 1. Un giudizio fondato sul diritto o un giudizio creatore del diritto?

La dottrina giuspubblicistica richiede per la sussistenza di un giudizio di costituzionalità almeno due elementi essenziali: 1. una gerarchia delle norme, ossia un diverso grado di forza delle fonti del diritto, i cui rispettivi atti normativi vengono posti a confronto; 2. un organo giurisdizionale chiamato a formulare il giudizio di comparazione tra la norma superiore e la norma inferiore, con il potere di annullare la seconda quando ne riscontri un'incompatibilità con la prima.

La gerarchia normativa è considerata un parametro indispensabile «alla stregua del quale esplicitare il controllo» e l'esistenza di norme di grado superiore è, di conseguenza, ritenuta pressoché unanimemente una *conditio sine qua non* per poter pronunciare un giudizio di costituzionalità. Quanto all'altro elemento (la giurisdizione costituzionale) la dottrina prevalente distingue tra un "sindacato accentrato" e un "sindacato diffuso", secondo che la competenza «a giudi-

care della conformità o meno delle leggi alla costituzione» appartenga a uno specifico organo *ad hoc* con l'«esclusione di ogni altro», ovvero che il controllo spetta a «qualsiasi giudice, chiamato a far applicazione di una determinata legge in un caso concreto» (Chrisafilli, *Lezioni di diritto costituzionale*, pp. 233-239).

La gerarchia normativa piramidale è teorizzata come un elemento connesso ai sistemi costituzionali non solo dai costituzionalisti europei, ma anche dai teorici del

\* Questo saggio, di cui viene qui pubblicata la prima parte, è lo sviluppo di una relazione tenuta a Roma il 24 maggio 2001 al Congresso internazionale: *The Origins of Constitutional Adjudication: Institutional Experiences and Doctrinal Debates in America, United Kingdom, Germany, France and Italy*. "Third Conference on Constitutional Adjudication and Democracy", organizzato dalla New York University e dalla Fondazione Olivetti. Espirino la mia gratitudine a Roberto Martucci per avermi offerto ospitalità in questa prestigiosa rivista e a Michel Troper, che ha discusso con me in più occasioni questa complessa tematica, con la passione e l'acume che gli sono propri. Dedico queste pagine a Lallo e Jole Feola che mi hanno sostenuto e incoraggiato con straordinaria amicizia e affetto nel periodo in cui le ho meditate e scritte.

diritto d'oltre oceano (Friedman. *The Legal System*, cap. II, § 4, pp. 93-99). L'organo giurisdizionale di controllo deve essere munito del potere sanzionatorio di annullamento dell'atto normativo di livello inferiore. Sulla scorta della teoria di Hans Kelsen, alcuni teorici sostengono che il controllo di costituzionalità presenta una duplice versione: in relazione alla "gerarchia statica" delle norme, l'organo di controllo verifica se il contenuto dell'atto normativo inferiore sia conforme al contenuto dell'atto normativo superiore; in relazione alla "gerarchia dinamica", il medesimo organo verifica se l'atto normativo inferiore sia stato prodotto secondo le regole procedurali che l'atto normativo superiore prevede per la creazione delle norme giuridiche (Troper, *Per una teoria*, pp. 160-161).

Queste distinzioni sono ritenute importanti perché consentono di comprendere che le norme giuridiche non esistono al di fuori di una gerarchia piramidale e che di conseguenza non si dà sistema normativo senza che sia messo in atto un controllo che sancisca la corrispondenza tra norme di rango inferiore e norme di rango superiore. Una norma giuridica può essere legittimamente considerata tale solo se è stata formata in base a procedure previste in una norma superiore della quale, nel contempo, rispetta o almeno non contraddice il contenuto.

Alcuni teorici del diritto e i giuristi in genere si servono di questa opposizione tra "diritto" e "giudizio" per accreditare l'idea che l'ordinamento e le norme che vi fanno parte siano una "entità" preesistente al giudizio, un *quid* autonomo che dovrebbe costituire la premessa indispensabile, il fondamento logico del giudizio. Si dà per scontato che il controllo sugli atti normativi, come qualsiasi atto giurisdizionale, consista nella

comparazione tra una norma (premessa maggiore) e un fatto (premessa minore). Da questa comparazione scaturirebbe una sintesi conclusiva in grado di sancire la legittimità o l'illegittimità della norma di rango inferiore. La norma secondaria è considerata, dunque, alla stregua di un "fatto" da sussumere sotto la fattispecie più ampia della norma superiore per verificarne la compatibilità.

L'attività giurisdizionale sarebbe dunque per definizione attività "dichiarativa", non attività "costitutiva" del diritto. Il compito del giudice — anche di quello della legittimità costituzionale — consisterebbe nel rivelare il significato oggettivo e univoco già insito nella formulazione normativa. La giurisdizione non sarebbe, dunque, che un'opera di reperimento del senso universalmente valido delle proposizioni normative. Il giudice opererebbe nello stesso modo in cui — per riprendere la celebre immagine michelangeloiana — lo scultore fa emergere dal blocco di marmo la figura che vi è già contenuta all'interno.

È un dato ormai acquisito dalla teoria del diritto che le norme non vadano confuse con gli enunciati normativi. Ciò che un atto normativo esprime nelle sue disposizioni sono solo gli enunciati normativi. Le norme, invece, vengono espunte da questi enunciati normativi dall'interpretazione fornita dagli organi chiamati a dare applicazione a quelle disposizioni. Poiché le norme giuridiche non possono esistere senza un'interpretazione che ne espliciti il senso, traendolo dall'enunciato normativo, l'attività giurisdizionale si configura come la vera creazione del diritto. È quindi logicamente assurdo far dipendere il giudizio dal diritto, in quanto il diritto non presiste affatto al giudizio, ma al contrario è costituito da esso. Le decisioni

della giurisprudenza costituzionale sono perciò propriamente quanto crea la gerarchia normativa e non l'attività giurisdizionale compiuta in ottemperanza di quella gerarchia. La gerarchia delle norme esiste, infatti, solo dal momento in cui l'interpretazione giurisdizionale la fa esistere (Troper, *La constitution et le juge*, in *Id.*, *La théorie du droit*, pp. 145-247; *Id.*, *Cos'è la filosofia del diritto*, pp. 53-67).

Se così è, allora una storiografia che prenda ad oggetto il giudizio di costituzionalità e si proponga di indagare sulle sue origini e sui suoi sviluppi non potrà in alcun modo essere intesa come supporto culturale a quelle attuali tendenze che attraversano molti *milieux* giuridici, giudiziari e accademici interessati a reperire nobili natali all'attività cripto-politica degli organi preposti nei vari Stati al controllo di costituzionalità. Una buona storiografia istituzionale deve rifuggire dall'agiografia corporativa. Al contrario una linea storiografica critica e "strutturale" (uso il termine nel medesimo senso di Bourdieu, *La noblesse d'État*, pp. 265-328) deve proporsi di penetrare all'interno degli *arcani jura* antichi e moderni per mostrarne gli intenti e le implicazioni effettive, a partire dalla "Santa Alleanza" determinata — da almeno due secoli — tra corporazioni giuridico-giudiziarie e corporazione accademica imperniata sulle Facoltà universitarie di diritto (Bourdieu, *Homo academicus*, 91-92).

Questa tacita intesa ha raccolto l'eredità di una lunga vicenda di cui "l'invenzione dello Stato" e l'ideologia giuridica che vi è sottesa costituiscono i momenti essenziali: « Dai canonisti medievali sino agli avvocati e ai professori del XIX secolo o ai tecnocrati contemporanei [...] i cosiddetti *robins* hanno soppiantato «l'antica nobiltà, per ergersi a nobiltà di Stato» (Bourdieu, *La noblesse d'État*, pp. 539-548; *Id.*, *Meditazioni pascaliane*, pp. 130-131).

Di questo processo, che ha visto nella «monopolizzazione universalizzante» della «manipolazione legittima dei testi» da parte del corpo istituzionalizzato dei giuristi il suo scopo prioritario, il controllo di costituzionalità rappresenta il fenomeno centrale, il punto di approdo e di sintesi di un'intera tradizione di pensiero e di azione politico-giurisdizionale delle magistrature. Nel giudizio portato sulle leggi si coagula quell'immenso «lavoro collettivo di vari secoli» con cui i giuristi

hanno potuto creare, veramente *ex nihilo*, tutto un insieme di concetti, di procedure, di procedimenti e di forme di organizzazione volte a servire l'interesse generale, il pubblico, la cosa pubblica, solo nella misura in cui facendo ciò facevano se stessi, in quanto detentori o depositari dei poteri associati all'esercizio della funzione pubblica, e potevano così assicurarsi una forma di appropriazione privata del servizio pubblico. [Bourdieu, *ibidem*]

Del resto, la struttura «dall'apparenza deduttiva» del procedimento logico con cui opera la giurisdizione costituzionale è l'esatta riproduzione della *forma mentis* attraverso la quale i *legum doctores* hanno elaborato le griglie concettuali e il lessico giuridico e politico che costituisce il nucleo delle loro dottrine. Questa stratificazione culturale e assiologica è principalmente il frutto del possesso di tecniche di dominio fondate sulla *peritia* giurisdizionale dei magistrati e dei giuriconsulti e sulla loro sapenziale capacità di effettuare attraverso il potere istituzionalizzato degli apparati politico-giurisdizionali una mediazione triangolare tra *divinitas, imperium e populus* (Renoux-Zagamé, *Du droit de Dieu*, pp. 148-182 e *passim*; Di Donato, *La ideologia dei robins*, pp. 17-31 e *passim*).

Un attento esame di nuove e numerose fonti archivistiche ci pone oggi in condizione di ribaltare completamente il giudizio storiografico consolidato (che funge da supporto a quella mentalità) e di approfondire con dovizia di particolari il tema dei rapporti tra potere politico e potere giuridizionale. Nell'ambito di questo orizzonte tematico il giudizio di costituzionalità costituisce uno dei punti-cardine, perché coagula attorno a sé tutte le molteplici implicazioni politico-istituzionali che si sprigionavano dalla dialettica permanente tra potere politico (impersonato dal re e dai suoi ministri) e potere giurisdizionale (istituzionalizzato nella magistratura parlamentare).

Malgrado appaia un argomento di stretta tecnica giuridico-processuale, quello del giudizio di costituzionalità, ossia della «*vérité*» sulle «*lois du roi*» — secondo la formula adoperata da François Olivier-Martin — è senza ombra di dubbio lo snodo cruciale dell'intero sistema delle relazioni politico-istituzionali dell'Antico regime. Intorno alla procedura del giudizio di costituzionalità ruotano infatti tutti i principali equilibri della società governata dalla monarchia assoluta (Olivier-Martin, *Les lois du Roi*, pp. 290-370).

## 2. Le cristallizzate posizioni della storiografia giuridica

La storiografia giuridica, seguita pedissequamente dalla dottrina giurispudenzistica ha prevalentemente sostenuto che gli elementi tipici caratterizzanti il giudizio di costituzionalità — a partire dalla gerarchia delle norme — non esisterebbero che a partire dall'esperienza delle costituzioni scritte, ossia in

Europa solo dopo la Rivoluzione francese. Non essendo gli ordinamenti di Antico regime «*retti* da un corpo sistematico e completo di norme intenzionalmente prodotte, dotate di valore preminentemente e consegnate allo scritto in una carta costituzionale», mancherebbero i presupposti stessi per parlare di un giudizio di costituzionalità. La «*concezione costituzionale*» dell'Antico regime viene fatta consistere in una vaga percezione di principi giuridici generalissimi incapaci di dar luogo a una vera e propria costituzione (Richey, *Lo spirito delle istituzioni*, p. 36).

Questa idea è peraltro già molto più avanzata rispetto a quelle manifestate sull'argomento dai giuristi positivi (Beaud, *La notion de constitution*, pp. 419-424). La grande maggioranza di questi ultimi (e anche di diversi politologi, per i quali la storia giuridico-politica sembra iniziare dal 1789) rimane ancorata all'idea che l'assolutismo fosse il governo effettivo di un monarca «*sciolto dalle leggi*». L'ordine giuridico precedente la Rivoluzione non prevedeva perciò alcuna costituzione. Di conseguenza quel contesto «*non poteva permettere l'affermazione di nessuna forma di giustizia costituzionale*» e «*un tribunale costituzionale vero e proprio non poteva nemmeno essere immaginato*». Invece, «*il presupposto teorico della giustizia costituzionale*» verrebbe a realizzarsi soltanto «*con l'età delle costituzioni rivoluzionarie, americana e francese*» (Zagrebel'sky, *La giustizia costituzionale*, pp. 14-15).

La più aggiornata storiografia considera questa visione — non a torto — completamente infondata. Essa si basa su un radicato pregiudizio tramandato dai manuali di diritto pubblico, a loro volta figli di una impostazione metodologica largamente

superata dalle indagini più recenti. In reazione all'orientamento tradizionale si è determinata così negli ultimi anni una fioritura in senso opposto di una diffusa saggiistica tendente a dimostrare l'esistenza di un giudizio di costituzionalità in alcuni ordinamenti giuridici e politici dell'Antico regime, dei quali la Francia assolutistica costituisce l'esempio di maggior interesse (si vedano per tutti Mestre, *L'évocation d'un contrôle de constitutionnalité*; Gajo, *Le contrôle de constitutionnalité des lois*; Id., *Le contrôle de constitutionnalité dans la pensée juridique*). In alcuni casi estremi si è perfino giunti ad anticipare il controllo costituzionale addirittura agli ordinamenti greco e romano (Lea, *Les grandes étapes du contrôle de constitutionnalité*).

Grazie a questi studi, un evidente passo in avanti è stato compiuto rispetto alle precedenti impostazioni. Ciò nonostante occorre evitare il tipico rischio che sempre è insito nella retrodatazione di un fenomeno politico-istituzionale: quello di attribuire implicitamente, attraverso un più lontano e radiato fondamento storico, una sorta di forza oggettiva e perciò stesso incontestabile a realtà che presentano invece un alto grado di complessità e che meritano quindi un approfondimento problematico basato sull'analisi di una molteplicità di dati.

Che il giudizio di costituzionalità venisse praticato fin dagli esordi della monarchia assoluta, ossia già nel corso del XVI secolo e probabilmente ancor prima (se si considerano come veri e propri pronunciamenti politico-giurispudenziali gli *obis* del Parlamento medievale), non significa affatto che questa forma di partecipazione del potere giurisdizionale alla funzione d'indirizzo politico debba essere considerata sempre produttiva di effetti sociogiuridici positivi.

Al contrario, osservare e descrivere questa pervasiva forma di controllo della *jurisdicção gubernaculum* può essere utile a individuare alcune delle più importanti tecniche attraverso le quali il ceto giuridico, e i corpi magistratuali in primo luogo, hanno proceduto alla costruzione del proprio dominio sull'intero apparato istituzionale e politico dello Stato e di lì sui gangli vitali della struttura sociale. I risultati di questo metodo storiografico iniziano a influenzare anche i più recenti e aggiornati studi sociali che analizzano i non pochi residui di quelle tecniche e di quelle *formae mentis* nei ceti giuridici e nelle magistrature attuali.

Per produrre una storiografia che sia utile alla comprensione profonda dei fenomeni storici e anche delle loro implicazioni contemporanee occorre superare il formalismo normativistico nel quale resta spesso impantanata la storiografia giuridica e applicare all'opposto un metodo di osservazione e di studio dei fenomeni giuridico-politici fondato sul funzionamento concreto, sulla «*pratica del sistema*» e non solo sul suo *esprit*, ossia sui suoi «*fondamenti teorico-dottrinali*» (Richey, *Lo spirito delle istituzioni*, pp. 13 ss. e 61 ss.). Occorre, cioè, indagare sulle «*relations effectives*» — per riprendere la felice espressione di Roland Mousnier (*La costituzione nello Stato assoluto*, pp. 5-7) — più che sulla legalità formale.

Proprio applicando questo metodo, Mousnier sostenne — fin dal 1955 — che nell'antico regime esisteva una vera e propria «*legge costituzionale anteriore e superiore alle leggi ordinarie*, una legge munita di una forza capace di imporsi allo stesso potere legislativo, che non poteva né abrogarla né modificarla». Agli occhi del grande storico parigino era perciò evidente «*come la Francia di antico regime non solo avesse una*

costituzione, ma che questa costituzione fosse di tipo rigido» (Mousnier, *La costituzione nello Stato assoluto*, p. 116). Quello di Riche- e di Mousnier è un metodo d'interpretazione che ancor oggi stenta a essere accettato tra i giuristi e tra gli storici del diritto che preferiscono attenersi più ai dati normativi che scendere all'osservazione empirico-analitica della realtà sociopolitica e alle sue complesse implicazioni con il diritto e con gli apparati istituzionali.

L' tesi dell'esistenza di un vero e proprio giudizio di costituzionalità nell'Antico regime presuppone che ci si ponga dall'ottica degli operatori del diritto e in particolare che si guardino i fenomeni giurpolitici con gli occhi dei "giureconsulti". Gli uomini di toga o *robins* (appunto dalla *robe* indossata), costrivano, infatti, sulla base di una visione pangiuridica del mondo l'intera sfera delle relazioni socioeconomiche, politiche e istituzionali in cui si articolava la dinamica sociale. Le strutture mitico-simboliche alle quali essi si rapportavano costituivano un «oggettivazione» della loro «esperienza sociale» (Cassirer, *Il mito dello Stato*, p. 95). Per loro, il processo di civilizzazione si identificava con un processo di civilizzazione giuridica imperniata sullo Stato-istituzione e di conseguenza sulle funzioni attive che all'interno di esso, nei suoi apparati, si svolgevano di necessità (Elias, *Il processo di civilizzazione*). Nell'Antico regime — e nelle monarchie assolute in particolare — il ruolo del giureconsulto non si limitava, quindi, a quello di un tecnico, di un funzionario al servizio delle istituzioni nelle quali operava, ma diventava il perno stesso dell'intera vita politica e sociale (Di Donato, *Un costituzionalismo di antico regime?*, pp. XXX-XXXII).

Di qui la funzione essenziale attribuita agli organi, come le corti di giustizia (in

Francia i Paramenti), che, investiti della funzione di mediazione tra principi di diritto divino e naturale (da essi interpretati ad *libitum*) e casistica giurisprudenziale, potevano legittimamente considerarsi titolari di un potere di controllo assai incisivo su tutti gli atti prodotti dall'apparato istituzionale, e in primo luogo sulla legge, l'atto che nel comune sentire rappresentava, anche simbolicamente, l'essenza della sovranità. Per i *robins* controllare la legge significava dunque non solo assurgere a regolatori supremi dell'ordine giuridico e sociale, ma identificarsi di fatto con l'uno di quei due corpi del re di cui si sostanzialmente la *potestas regia* (Kantorowicz, *I due corpi del re*).

### 3. Dalla giustizia contenenziosa alla giurisdizione costituzionale

Come si accennava poc' anzi è invece un giudizio comunemente accettato e acriticamente riversato in molti lavori di sintesi, e in special modo nei manuali di diritto pubblico, che il controllo di costituzionalità non abbia mosso i primi passi che con le costituzioni scritte, sorte dal radicale mutamento imposto dall'Età delle Rivoluzioni, per poi perfezionarsi in una compiuta dottrina capace di trasformarsi in concrete pratiche istituzionali solo con l'elaborazione kelseniana (Troper, *Kelsen et le contrôle de constitutionnalité*, in Id., *La théorie du droit*, pp. 173-193). Tutto ciò che viene concesso è che il giudizio avente ad oggetto le leggi abbia contratto un vago debito con il giusnaturalismo moderno e il suo «concetto di costituzione» (Ganzin, *Le concept de constitution*).

Secondo questa visione, l'«idea di un diritto superiore» e quindi di una gerarchia

delle fonti giuridiche constaterrebbe, ancora nel XVIII secolo, con «l'assolutismo della legge, espressione della sovranità» totale e indivisibile del monarca (Favoreu et al., *Droit constitutionnel*, pp. 237-238). Nell'Antico regime mancherebbero dunque i presupposti essenziali del controllo di costituzionalità: una costituzione, una gerarchia delle fonti, un organo *ad hoc* deputato al controllo.

Questo punto di vista sottende una radicale opposizione tra assolutismo e costituzionalismo che non ha alcuna ragion d'essere se si guarda al sistema socio-politico dell'Antico regime con gli occhi dei suoi contemporanei. Addottando, invece, i presupposti teorici elaborati dalle dottrine costituzionali successive — tra Otto e Novecento — si finisce inevitabilmente col far violenza ai contesti, che vengono artificiosamente incapsulati in grigie interpretative che non hanno nulla a che vedere con la realtà storica. Se si parte dalla premessa che non vi può essere alcun controllo di costituzionalità in assenza degli elementi fondamentali ritenuti necessari per questo tipo di giudizio e in primo luogo di un testo costituzionale, è chiaro che si è obbligati a concludere che non vi era nulla di simile prima del 3 settembre 1791.

La questione, naturalmente, non può essere posta in questi termini, perché l'elaborazione di quei presupposti è frutto appunto della dogmatica giuridica successiva. Bisogna invece provare a entrare nel funzionamento concreto del sistema politico-istituzionale dello Stato assoluto. È un paradosso che questo assunto venga condiviso, in teoria, anche da quegli studiosi secondo i quali «è meglio continuare a pensare che assolutismo e monarchia costituzionale restino due nozioni antinomiche e inconciliabili» (Descimon-Gosandey, *L'absolutisme*, p. 73). L'affermazione risulta paradossale perché a chiunque legga le fonti senza far pesare le elaborazioni dottrinali successive appare chiaro che non solo la Francia di Antico regime aveva una costituzione (come già sosteneva Mousnier), ma pure che questa costituzione non era affatto unicamente consuetudinaria, bensì scritta. Scritta era, infatti, la giurisprudenza dei Paramenti nella quale erano condensate le *maximes* che i *robins*, i magistrati appartenenti a quei prestigiosi organi giurisdizionali che si auto-proclamavano "sovrani", asserivano con le fondamentali principi («*monuments*») della «*constitution du royaume*» (Di Donato, *L'ideologia*, pp. 428-434).

L'obiezione che questo era solo il punto di vista della *robe* e non l'oggettiva realtà non può essere accolta, perché (cfr. § 1) un ordinamento non è composto dagli enunciati legislativi contenuti nella *volumina principis*, ma dalle norme determinate in concreto dall'attività giurisprudenziale. Che la «costituzione del regno» fosse una creazione della giurisprudenza parlamentare è perciò un dato che non svisciva, ma semmai rafforza l'efficacia di quella costituzione. Nella loro attività ordinaria, i Paramenti entravano regolarmente nelle «*affaires d'État*» e spesso i loro provvedimenti vertevano su questioni di grande incidenza sotto il profilo costituzionale. E questa prerogativa di unico interprete legittimo del *droit public* fu sempre difesa con tenacia e con straordinaria ampiezza di argomenti da tutti i principali teorici del *Parlement*, da Achille de Harlay a La Roche Flavin, fino alla gigantesca opera, nel contempo teorica e politica, di Louis-Adrien Le Paige.

Il Parlamento, pensò sempre se stesso come una istituzione, nel contempo giudiziaria e politica, a «vocazione universale» (Sueur, *Histoire*, II, p. 196). Di qui la sua fun-

viale retorica autocelebrativa che lo porto a definirsi «l'Augusto Senato della Nazione» (BAN, 1422, f. 227r) o il «Santuario vivente della giustizia e delle leggi» (BPR, LP 530-40, c. 16; BPR, LP 538, f. 44) o ancora il «Concistoro dei nostri re» (BPR, LP 539-93-94). Queste formule miravano ad affermare il suo ruolo di rappresentante bivalente: della *voluntas principis* verso il popolo; e del *consensus gentium* verso il sovrano. Nel linguaggio della magistratura il Parlamento era «il legame che la saggezza di un antico governo formò fra il Trono e i sudditi. Le Corti, che furono sempre le interpreti dei popoli, gli organi dei loro bisogni e delle loro voci», dovevano secondo la costituzione del regno mantenere «il diritto di depositare ai piedi del sovrano le loro puerie, i loro allarmi e i loro mallesseri» (BS, *fonds Boissy d'Anglas*, vol. 805, f. 157r).

Questa prerogativa autorizzava la magistratura a privilegiare gli interessi generali del regno rispetto a quelli particolari dei singoli sudditi. Questi s'inscrivevano in quelli e la loro tutela non poteva prescindere dall'andamento degli affari politici generali (Renoux-Zagarné, *Du droit de Dieu*, pp. 223-228). Proprio «come il Senato di Roma», si legge in un manoscritto lepalgiano redatto nel settembre 1754, «il Parlamento lascia gli affari particolari in alcune occasioni importanti e necessarie, per occuparsi degli affari pubblici» (BPR, LP 535-4, c. 2).

Di questa enorme accumulazione di potere e dell'erosione che essa determinava alla sovranità politica del re e dei suoi governi erano ben consci i *royalistes* nemici dei Parlamenti. Uno di essi scrisse molto chiaramente:

Il Re cesserà di essere tale se continua a permettere che un corpo, le cui funzioni sono pur necessarie nel suo Stato, prosegua a esercitare questo

abusivo diritto [...] per l'esercizio del quale il Parlamento potrà tutto ciò che vorrà contro il Re, e in ogni istante sarà il Parlamento a regnare e non il Re.  
[BPR, LP 42, c. 73cl]

È in un'altra fonte manoscritta anonima, redatta nel 1694 e rimessa in circolazione durante il *combat parlementaire* sotto il regno di Luigi XV, si paventava il pericolo insito nelle attribuzioni politiche conquistate dalla magistratura:

Un principe che si adagi completamente sui magistrati della giustizia distribuita che egli deve ai propri sudditi fa di quelli altrettanti scelerati e di questi altrettanti disgraziati. [...] Quale che sia il profitto che lo Stato ne ricavi riguardo ai suoi bisogni essenziali, questo comportamento costerà al sovrano, presto o tardi, l'esaurimento e la perdita del regno. [...] Non ci sono guerre, quali che esse siano, più nocive a uno Stato che la polemica fra i poteri autorizzata e abbandonata a se stessa: occorre assolutamente subordinare la distribuzione della giustizia pubblica a un'autorità che non dipenda da essa e che non vi abbia mai preso parte. [...] senza di che non vi è alternativa a vedersi perire. [...] Il potere giudiziario non può essere incaricato di occuparsi degli affari particolari, senza che lo si sollevi da quelli pubblici.  
[BS, vol. 151, ff. 80-81 e 83-85]

I *robins* non erano certo meno consapevoli della potenzialità politica insita nella giurisdizione. In pubblico essi ribattevano colpo su colpo gli attacchi dei *royalistes* con l'argomento che gli unici veri difensori della *Royauté* erano stati i Parlamenti. Nei momenti cruciali la Corona non si sarebbe salvata senza di loro (BPR, LP 534-35, c. 10). Pur non arrivando mai a mettere apertamente in causa la funzione legislativa del re, i magistrati insistettero caparbiamente nel rivendicare al Parlamento il «potere di deliberare in queste auguste Compagnie sulle leggi e sugli atti del governo». Rispet-

to a questa funzione di controllo politico e costituzionale «le cause private», ossia la giurisdizione contenziosa, erano considerate «accessorie e come secondarie» (BPR, LP 530-40, c. 10). Senza la giurisdizione costituzionale il Parlamento non avrebbe potuto adempiere neppure alla funzione di corte di giustizia ordinaria essendo i due aspetti inscindibili:

Si può mai immaginare - osservò ironicamente il grande leader dell'opposizione parlamentare Le Pargé - che dei magistrati occupati nei grandi interessi che costituiscono l'oggetto delle proteste del Parlamento, e divisi tra il timore di dispiacere al proprio Signore o di venir meno al proprio dovere, possano agevolmente applicarsi agli affari dei singoli soggetti? Qual è quel giudice che se ne starebbe tranquillamente seduto sul suo scranno a giudicare un processo, mentre il palazzo va a fuoco?  
[BPR, LP 530-40, cc. 14-15]

È, ancor più chiaramente, in un altro manoscritto:

La prima giustizia è quella che interessa lo Stato intero. Se essa è annientata [...] che cosa potrebbero attendersi il semplice cittadino, che non ha altra protezione di quella delle leggi? [...] Non è dunque la considerazione di qualche processo particolare che deve avere la meglio. [...] La causa del Parlamento è la causa delle leggi dello Stato, che deve passare avanti alla causa dei singoli soggetti [i quali] non possono garantirsi di ottenere giustizia allorché essa è rifiutata a tutto lo Stato. [...] Il pubblico non vuole soltanto dei giudici, vuole un Parlamento e delle leggi.  
[BPR, LP 530-40, cc. 1 e 4]

Il controllo di costituzionalità era dunque considerato dai *robins* il nucleo essenziale della giurisdizione parlamentare. Non riconosceva al Parlamento questa prerogativa significava «rovesciare» la più importante delle leggi fondamentali del regno, quella che

consiste nel conservare in un luogo certo un Corpo sempre sussistente, non solo per l'esercizio della giustizia, ma anche per vegliare senza interruzione all'esecuzione delle Leggi e delle Ordinanze.  
[BPR, LP 530-40, cc. 6-7]

Attraverso questo decisivo strumento d'incidenza politica, la magistratura intendeva pervenire a un capillare controllo della legislazione e dell'amministrazione. In pratica, grazie al giudizio di costituzionalità, il Parlamento mirava a diventare occultamente una sorta di «governo del governo» (Di Donato, *L'ideologia dei robins*, pp. 130-138).

Questa trasformazione della *jurisdicção* in un penetrante strumento di controllo politico veniva realizzata con un'astuta *fiction préalable* che i giuristi di Antico regime avevano ereditato dalle strutture giuridiche del diritto romano e del diritto canonico. L'attività giurisdizionale veniva pensata come l'enuciatazione di un diritto "oggettivo" d'ispirazione divina. La scienza giuridica posseduta dai *sacerdotes juris* era chiamata a rivelare il significato di quelle norme contigue con i fatti emergenti dall'esperienza («da mihi factum, tibi dabo jus»).

In realtà, l'interpretazione giuridica, fondata su una tecnica esegetica impenetrabile a chi non fosse insignito del *munus* delle funzioni giudicanti, era propriamente ciò che creava il diritto che fingeva di rivelare traendolo da un *depositum* preesistente *ab aeterno*. Erano, dunque, i provvedimenti parlamentari a produrre la «costituzione del regno», anche se la *rhétorique robine* trovava conveniente accreditare l'idea che quei provvedimenti non fossero che l'applicazione di un diritto universale che preesisteva al giudizio parlamentare e sul quale quest'ultimo si dichiarava interamente fondato.

L'esame dei documenti che attingono all'attività e alla strategia della robe richiede allo storico una *ruse* supplementare che gli eviti di cadere nella "trappola" tesa dall'ordine del discorso togato. Quel "discorso" è infatti costruito non per rivelare ma al contrario per occultare i veri obiettivi e gli interessi del ceto giuridico (Di Donato, *La puissance cachée*). Se si prendono alla lettera i testi giuridici dell'Antico regime valutandoli in base ai parametri attuali non si può che liquidarli come la rivendicazione corporativa di una fazione istituzionalizzata, incapace di costruire un razionale disegno politico in grado di abbracciare l'interesse generale (e questa la tradizionale posizione della storiografia francese). Ma in tal modo non si compie alcun passo in avanti nella comprensione del funzionamento del sistema politico-istituzionale dell'Antico regime.

Se si vuol comprendere la reale importanza che quel "discorso" ebbe nel contesto da cui fu parlorio e nel quale s'inserì occorre allora spingere l'indagine sull'*arrière-pensée* sottesa alla strategia parlamentare, sulle modalità della sua realizzazione, sulle strutture profonde della mentalità togata, sulle matrici lontane dell'ideologia dei giuristi, collegando questi tasselli al reticolato delle relazioni effettive e tenendo conto dei rapporti di forza esistenti.

#### 4. La storiografia innovativa tra giurisdizione parlamentare e ossessioni costituenti

È innegabile che la funzione giurisprudenziale, intesa nel modo in cui la interpretarono i *robins*, aveva l'obiettivo di attribuire alla magistratura parlamentare un potere dall'estensione praticamente illimitata, in quan-

to illimitato è il potere d'interpretazione (Saint-Bonnet, *Les Parlements*, p. 197). E ciò è tanto più vero se si considera che l'interpretazione non era portata su testi conosciuti e verificabili da qualunque *sujet* (come nel diritto codificato), ma su testi arcaici contenuti negli archivi giudiziari. A quel *thesaurus juris* potevano accedere solo i magistrati e di fatto vi accedevano solo alcuni di loro.

#### 4.1. Dalla costituzione giurisprudenziale alla separazione dei poteri

Oggetto dell'interpretazione discrezionale del Parlamento erano in primo luogo le "leggi fondamentali del regno", ossia una serie di principi generalissimi di natura consuetudinaria sui quali poteva fondarsi per analogia estensiva qualsiasi decisione. L'applicazione di quei principi ai casi particolari — anche i più specifici — era suscettibile di essere tanto più ampia quanto più astratta e vaga era la loro formulazione.

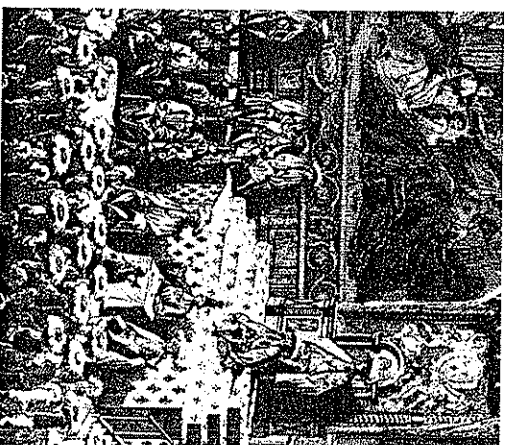
Attraverso questo immenso potere di trarre dal *dépot légal* (nel quale veniva ricompresa non solo la legislazione ma anche la giurisprudenza) e dalle *lois fondamentales* i presupposti di qualsiasi decisione, la magistratura parlamentare procedeva a una sistematica disapplicazione del diritto regio ad essa sgrahito (Di Donato, *L'ideologia*, pp. 490-495). E anche nell'applicazione delle leggi, come affermava un detto popolare diffuso già all'epoca della Fronda, il Parlamento «faisoit la plui et le beau temps». Ancora più di un secolo dopo l'avvocato generale al Parlamento di Parigi, Antoine-Louis Segurier affermava che «i re comandano sempre per bocca dei magistrati» (BS, *fonds Boissy d'Anglas*, vol. 805, f. 155<sup>v</sup>).

Per questo non ci si può fondare sull'as-

senza nelle leggi fondamentali «della garanzia essenziale» che invece sarebbe «contemplata di regola nelle costituzioni contemporanee», ossia delle «sanzioni positive contro chi le violasse», per sostenere che non esisteva una vera e propria costituzione nella Francia di Antico regime (questa idea, espressa da Richet, *Lo spirito*, p. 22, è ora ripresa da Descimon-Cosandey, *L'absolutisme*, p. 72). Infatti, le sanzioni a una legge ordinaria emanata dal re in violazione della "constitution du royaume" consistevano nella disapplicazione o in un'applicazione distorta di quella legge da parte della magistratura. Questa era una "sanzione" molto più efficace di quelle previste dalle leggi attuali, che minacciano conseguenze destinate spesso a restare lettera morta.

Certo, di fronte alla resistenza della magistratura di registrare una legge perché ritenuta incostituzionale il re disponeva di un formidabile strumento di coercizione: poteva imporre la registrazione in un "letto di giustizia" (Brown-Famiglietti, *The "Lit of justice"*; Hanley, *Le "Lit de Justice"*). Ma a parte i furibondi conflitti che ciò sistematicamente provocava, la magistratura si rifiutò sempre di considerare valida una legge approvata senza la registrazione concessa dal Parlamento in piena autonomia. La libreria valutazione dei giudici nel giudizio di registrazione era considerata un requisito indispensabile al perfezionamento dell'atto legislativo. Una registrazione forzata non poteva essere in nessun caso ritenuta espressione di quella *libertas iudicandi*, giuridica essenziale perché l'atto fosse valido ed efficace.

Inoltre la legge era destinata a regolare dei conflitti. Questi conflitti non potevano che sfociare presto o tardi in un processo. E su questa causa era in ogni caso il Parlamen-



*Lit de justice* sotto Luigi XVI, 1787

to a giudicare come corte di ultima istanza. In sede di suprema pronuncia giurisdizionale, i *robins* recuperavano attraverso le tecniche d'interpretazione il potere di manipolare la legge pressoché *ad libitum*. Accadeva così che ogni qualvolta il re forzasse troppo la mano imponendo, contro tutte le resistenze del Parlamento, la registrazione della legge nel letto di giustizia, i magistrati aspettavano pazienti il momento opportuno per capovolgere a loro favore la situazione. Essi conservavano la forza della certezza che la rinuncia sarebbe arrivata inesorabile al momento dell'applicazione giudiziaria delle norme contestate.

Per questo Le Paige affermò, in una sua risoluta e ironica nota manoscritta, che «un lit de [justice] ne finit rien» e che dopo la registrazione forzata di un provvedimento «les choses ne sont pas plus avancées qu'aparavant» (BPR, LP 539-179). Con il letto di giustizia il re aveva ottenuto una vi-

toria di Pirro, prevalendo sul piano della pura applicazione procedurale. Ma il problema politico restava: e risultava, anzi, ingarbitto.

Come ha notato Lloyd Moore, per il periodo della Fronda, anche quando il diritto di rimostranza fu compreso i magistrati non si diedero mai per vinti e spostarono la loro azione dalla formulazione dei principi generali (in sede legislativa) alla loro applicazione concreta (in sede di pronuncia giurisdizionale). Così, con la mancata o rallentata applicazione delle norme statuite dal re, che restavano in sostanza lettera morta nell'ordinamento vivente o venivano applicate «à contresens», i *rois* affrontavano la loro «tactic of slowing down implementation of royal decisions» (Lloyd Moore, *The Revolt of the Judges*, p. 363).

Proprio contro questo strapotere della *robe* venne rielaborata durante la Rivoluzione la dottrina costituzionale fondata sulla separazione dei poteri. Alla parola *constitution* venne allora espressamente attribuito un senso del tutto diverso. Utilizzando in un nuovo contesto l'antitesi concettuale delineata da Montesquieu, che aveva distinto l'"assolutismo" dal "dispotismo", si diffuse allora la contrapposizione, che rispondeva a precisi e ben comprensibili interessi ideologici-politici tra "assolutismo" e "monarchia costituzionale". "Costituzione" sarebbe stata da allora in poi solo un testo scritto che avrebbe sancito puntualmente la divisione dei poteri e la tutela dei diritti dei *citoyens*.

Sotto l'"ossessione costitutiva" che attraversò la Rivoluzione ardeva una veramente passione antigiusdizionale, perché i costituenti avevano esperienza diretta della tirannia occulta della toga. Robespierre arrivò a sostenere che occorreva addirittura cancellare «il termine giurisprudenza dal

vocabolario di un popolo libero»: una prova evidente che il ricordo della giurisdizione costituzionale esercitata fino a pochi anni prima dai Parlamenti era vivissimo e che il potere politico della magistratura, che proprio in quella giurisdizione aveva il suo

«noyau dur», era visto come un abominabile «monstre» di cui liberarsi a ogni costo (Troper, *La forza dei precedenti*, p. 66; Id., *La théorie du droit*, p. 166).

Agli occhi dei rivoluzionari, formatisi alla scuola dell'illuminismo giuridico, appariva assurdo — come affermò lo stesso Robespierre — «che il buon senso e la ragione siano considerati appannaggio esclusivo di uomini che indossano una certa toga» (Cartaneo, *Illuminismo*, p. 109, che riprende testualmente il discorso del 7 aprile 1790 «sur l'institution des jurés tant au civil qu'au criminel»). In aperta e dura polemica con la

fronfia immagine del giureconsulto di Antico regime, che si rappresentava come il depositario del Verbo rivelato dalla *Scientia Juris*, la Rivoluzione sosterrà il principio (volutamente ironico) per cui «i veri giuristi sono coloro che aspirano a diventare inutili», in quanto «questo mestiere non esiste che a causa dell'oscurità della legge» (Cartaneo, *ibidem*).

Fu questa la principale ragione, più che l'eccessiva macchinosità del progetto (come sostenuto da Fioravanti, *Costituzione*, p. 117), del fallimento della famosa proposta di Sieyès sulla «giuria costituzionale» (su cui Martucci, *L'ossessione costitutiva*, pp. 279-283). L'idea di un controllo sulle leggi e quindi sul potere sovrano da parte di un organo munito di un potere assoluto di interpretazione ricordava troppo da vicino le prerogative parlamentari: e tanto bastava a suscitare timori profondi e istintive reazioni. A fuggare gli uni ed evitare le altre non

bastò neppure l'intuizione del geniale *abbé* che espressamente volle prevedere un organo elefantaco composto di membri elettivi con un mandato breve.

L'intento di questa operazione era chiaro: occorreva diluire il potere contenuto nella giurisdizione costituzionale per attenuarne il più possibile l'incidenza sulla sovranità politica rappresentata dal primato assoluto della *loi*. Malgrado ciò, la proposta suscitò diffidenze più che comprensibili, se si tiene in debito conto che lo spettro del sindacato di costituzionalità che i Parlamenti di Antico regime avevano preteso esercitare sulle leggi aleggiava ancora minaccioso sul nuovo

ordine politico-istituzionale in cui la "legge" aveva assunto la funzione, pregnante anche sul piano simbolico, di deposito non più della stratificazione normativa e giurisprudenziale in possesso esclusivo degli interpreti autorizzati, ma della volontà generale dell'intera *Nation* (Cartaneo, *Illuminismo*, pp. 99-115). È stato giustamente osservato al riguardo che il controllo di costituzionalità era nella sensazione diffusa così legato alla giurisdizione dei Parlamenti che sembrava che esso «non potesse più trovar posto se non nel seno di un regime monarchico tradizionale o assolutistico» (Cojoso, *Le contrôle de constitutionnalité dans la pensée juridique*, p. 147, col. II). Non a caso alla vigilia della Rivoluzione, il problema iniziò a essere affrontato con maggiore consapevolezza teorica (Cojoso, *Le contrôle de l'activité normative*).

4-2. *Dal costituzionalismo assolutistico al costituzionalismo rivoluzionario*

Le ricostruzioni storiografiche ancorate all'idea della discontinuità rivoluzionaria radicale rispetto all'Antico regime hanno inteso,

invece, sottolineare l'influenza sul dibattito del 2 termidoro degli argomenti usati oltreoceano da Alexander Hamilton. Ora, queste teorie esercitarono innegabilmente un importante influenza nel dibattito in corso nella Francia rivoluzionaria. Ma esse non avrebbero mai potuto spiegare l'efficacia pratica che invece produssero senza innestarsi su un *background* di lunga durata. La *passantur* della tradizione giuridico-parlamentare ebbe quindi un ruolo determinante, dato il complesso di pratiche istituzionali che i Parlamenti erano riusciti, in secoli di costante attività, a radicare nella mentalità sociale.

Se s'intende aprioristicamente mantenere l'opposizione costituzionalismo/assolutismo, è evidente che la struttura tradizionale dell'Antico regime non possa che assumere un valore negativo senza *nuances*. Sarebbe stato allora il fardello della tradizione assolutistica a determinare il fallimento della proposta di Sieyès nel 1795. La proposta del *jury* non sarebbe attecchita perché a differenza degli Stati Uniti, in Francia e più in generale «nel contesto europeo» non vi sarebbero stati larghi spazi per il «pluralismo sociale e politico» data la «struttura fortemente accentrata» degli Stati (Zagrebelsky, *La giustizia*, pp. 17-18). Ma questa interpretazione non consente allora di spiegare come mai l'idea del controllo di costituzionalità costituzionale sulle leggi avrebbe continuato ad alimentare il dibattito teorico per tutto l'Ottocento.

Va inoltre osservato, al riguardo, che la struttura accentrata dello Stato moderno-assoluto non implicò mai — neppure sotto Luigi XIV — una forzata compressione delle articolazioni sociali, ma si limitò a razionalizzarne gli ambiti e le modalità d'intervento determinando le condizioni per una sempre più intensa correlazione tra poteri pubblici e

società (Mousnier, *La costituzione*, pp. 205-246). La «ruota amministrativa» non eliminò affatto la contrattazione dei contropoteri sui singoli provvedimenti. Lo "scambio" restò sempre nei grandi Stati europei una caratteristica complementare al processo di accentramento e alla conservazione del potere.

Gli studi di Mousnier hanno rovesciato completamente il paradigma tradizionale del rapporto Stato-società nell'Antico regime. Le articolazioni sociali (corpi e comunità) conservavano una sfera talmente ampia di "libertà e privilegi" da rendere indispensabile un controbilanciamento al centro per garantire l'interesse generale. La concentrazione di potere in capo al monarca, sintesi simbolica di tutto il sistema sociostituzionale, servì soprattutto ad evitare i rischi di particolarismo, di sbriciolamento e d'incoerenza cui una società così articolata e complessa sarebbe stata naturalmente votata (Mousnier, *La costituzione, passim*; Id., *Les institutions de la France*).

L'osservazione storiografica di questo equilibrio faticosamente determinatosi in Francia tra le spinte centrifughe e la sintesi politico-istituzionale non può essere tacciata di neo-organicismo (come hanno fatto recentemente Descimon-Cosandey, *L'absolutisme*, p. 69). Le più recenti sintesi storiografiche partono da quel dato di fondo e concludono che l'affermazione dello Stato moderno, che tra Cinque e Settecento assume la forma della monarchia assoluta, fu un decisivo strumento di stabilizzazione socio-istituzionale. La presenza di un potere ben organizzato garantì, meglio di ogni altro fattore, la difesa delle libertà fondamentali e l'ordinato sviluppo della struttura sociale. I giuristi — e in primo luogo i *robins* — separò abilmente trarre da questa situazione il massimo vantaggio. In un primo momento

(fra Tre e Cinquecento) esaltarono il potere sovrano del re perché questo consentiva loro di liberarsi di scomodi avversari (Chiesa, Impero, feudi) annullandone o riducendone il potenziale politico. Favorirono così la nascita dello Stato laico, promossero una politica di piena autonomia dall'influenza imperiale, e puntarono decisamente sulla trasformazione della blanda *souveraineté* medievale in una vera e potente *souveraineté royale*. In cambio chiesero e ottennero il proprio rafforzamento istituzionale e si trasformarono nel «grand corps d'État» destinato a contendere al re il primato politico (Aurtrand, *Naissance*).

Questo scontro giunse nel corso del Settecento alla sua acme, determinando in larga misura il crollo dell'assolutismo e influenzando poi in negativo l'ideologia politica rivoluzionaria. Un identico convincimento accomunò trasversalmente pressoché tutti i protagonisti della Rivoluzione, a qualsiasi schieramento aderissero: bisognava ridimensionare il potere dei giuristi-magistrati e instaurare l'effettiva supremazia della *volonté générale* obiettivata nel resto legislativo. A questo soprattutto mirarono gli istituti della giuria penale e del *référé législatif*.

L'eco di questa incrollabile certezza avrebbe persistito a lungo. Ancora a metà del secolo successivo, quando ormai il «fascino discreto della funzione di giurista» era di nuovo in netto recupero (Arnand, *Da giuriconsulti*, pp. 25-85), Tocqueville avrebbe colto appieno l'enorme rischio insito nel potere d'influenza politica della magistratura, additando proprio nei Parlamenti di Antico regime il modello negativo del rapporto tra i due poteri. Analizzando lo *stylus* adottato negli atti parlamentari, egli osservò con esplicita durezza come non potesse esistere «alcun potere sovrano, neppure nello Stato

più libero» capace di «tollerare, senza entrare in lotta o in rivoluzione, il linguaggio che il Parlamento di Parigi tenne al re» (Tocqueville, *Frammenti*, p. 937).

Di là dai fasti dei cerimoniali pubblici e dall'immagine del re-tamarrugo, unto del Signore e unico legittimo depositario del potere, nella monarchia assoluta la sovranità era, dunque, nella sostanza «partagée». Molti indici convergono nel restituirci questo livello profondo di comprensione dei processi decisionali. E primo tra tutti il fatto che solo un potere profondamente radicato, con erale funzione giurisdizionale dei *Parlements*, avrebbe potuto resistere silenziosamente e risorgere in ventiquattr'ore, dopo un lungo e duro regno come quello del Re-Sole durato più di mezzo secolo (Di Donato, *L'ideologia dei robins*, pp. 55-81). Se ne deve concludere che quello tra potere giurisdizionale e potere politico fu nell'Antico regime uno scontro, come scrisse con grande perplessità Madame d'Épinay a Ferdinando Galiani nell'aprile 1771, dall'esto quantomai incerto e mutevole; e perciò destinato per sua natura a restare indeciso:

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 Francia 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 Stato.

[cit. da Carassonne, *Montesquieu*, pp. 456-457]

Se si considera la dialettica tra i due poteri come un elemento permanente dell'Anti-

co regime, connotato alla struttura stessa dello Stato assoluto, allora anche il controllo di costituzionalità può essere inquadrato nella sua giusta dimensione d'istituto determinante nell'evoluzione di quello scontro frontale da cui dipese e dipende in larga misura ancor oggi il destino dello Stato moderno.

Ma — ancora una volta — per comprendere in profondità le ragioni e il senso di quel radicale conflitto, del quale il giudizio di costituzionalità rappresentò il nodo cruciale, occorre ridare la parola ai protagonisti, lasciandoci restituire dalle fonti il clima, gli argomenti e le scelte strategiche che determinarono e nutrono la *querelle*.

##### 5. Il controllo di costituzionalità nella dottrina parlamentare di Antico regime

L'affidabilità e la credibilità della letteratura parlamentare sono date da diversi elementi, ma in primo luogo dall'affinità dei contenuti e dalla sostanziale convergenza della linea teorica che vi è espressa pur nella diversità e nella distanza, tanto sotto il profilo cronologico quanto in relazione agli autori e alle contingenze politiche nelle quali furono redatti. E il caso di soffermarsi solo su qualcuna tra le più rappresentative di queste voci.

Un'Essay *historique concernant les droits et prérogatives de la Cour des Pairs de France*, un manoscritto del 1721 conservato alla *Bibliothèque Nationale* di Parigi e studiato già da Ély Carassonne verso la fine degli anni Venti del secolo scorso, spiana la strada alla comprensione del nostro problema (Carassonne, *Montesquieu*, pp. 29-33). «Angelo tutelare» della Nazione francese, il Parlamento



è, per l'anonimo autore dell'*Essay*, l'unica istituzione che assicura il controllo della volontà legislativa del sovrano in base alla *justice*. Il re, infatti,

pub tutto ciò che è giusto. Questa legge è il fondamento di una obbedienza ragionevole, come si conviene a persone libere. Il re è dunque sottoposto alle regole della ragione e della giustizia; e quando ordina qualcosa che è contrario a queste regole, egli non agisce da re, ed è allora permesso di non obbedirgli, o meglio ancora è vietato obbedirgli.  
[BNF, n. a. fr., ms. n. 1503]

Secondo Carcassonne questa è una «dichiarazione precisa» e inequivoca. In base al principio che vi è enunciato, la monarchia assoluta, pur difesa «esteriormente», veniva di fatto mutata in «monarchia limitata dal Parlamento». Grazie a questo corpo di magistrati, che formarono un «consiglio perpetuo e pubblico dello Stato», era possibile formulare un giudizio che aveva ad oggetto «la giustizia e l'ingiustizia della legge», fissando, di conseguenza, e con autorità inappellabile, i casi in cui fosse lecito disapplicare la *lex regia*.

È il caso di domandarsi quale sia la natura di questo "giudizio sulla legge" di cui parlano le fonti e come qualificarlo. Non sarebbe utile al riguardo sottolineare la distinzione tra l'ordinamento attuale e l'ordinamento di Antico regime. Se, infatti, l'interpretazione è «una funzione della volontà» e non della conoscenza, in entrambi i casi è sempre l'interprete a creare la norma (Troper, *Una teoria realista*, pp. 475 ss. Id., *Per una teoria giuridica*, pp. 97-108 e 109-121). Che l'interpretazione sia un processo deduttivo-creativo a partire da un testo scritto, ovvero che non essendovi un unico riferimento testuale fisso, ma una pluralità di fonti, l'interprete crei di volta in volta la norma fon-

dandosi su una scienza che attinge ad una sfera di valori ontologici, non sembra incidere sulla sostanza del problema. Nel sistema giuridico di Antico regime l'attività del *ius dicere* assumeva i connotati della *divinitas* e la coscienza del giudice si poneva come la più alta garanzia morale e scientifico-razionale del giudizio (Carcassonne-Depambour *Paride, La conscience du juge*; Renoux-Zaganié, *Du droit de Dieu*, pp. 183-211).

L'attività giurisdizionale era improntata a uno schema logico fondato su continue interazioni tra l'«interpretazione derivata» e l'«interpretazione originaria» (Arnaud, *Le médium*, p. 218), ossia su una relazione arcaica tra il linguaggio giuridico positivo e la dimensione "supranormativa" di un retrostante, impalpabile contesto metalinguistico che rinviava alla sfera ontologico-metafisica. In ogni contesto, i testi legislativi sono «il punto di partenza» dell'interprete, ma il loro senso «diventa intelligibile solo in virtù del contesto e delle "background norms" che gli danno sostanza» (Sunstein, *After the Rights Revolution*). Questi due livelli, di cui solo il primo è reso visibile nella decisione giurisdizionale, si integrano di continuo. Il giudizio di costituzionalità non fa eccezione a questa logica di fondo, ma vi aggiunge la gerarchia delle norme come elemento procedente del giudizio.

La significativa testimonianza di uno tra i più alti magistrati francesi del XVI secolo ci rivela che la distinzione tra diversi livelli gerarchici delle fonti del diritto era considerata un dato già acquisito nella cultura, nella mentalità e nella pratica giuridica del tardo Cinquecento. Essa era stata lungamente elaborata dalla dottrina e dalla giurisprudenza parlamentare e risultava da tempo un elemento strutturale, un principio oggettivo che i giuristi consideravano incon-

rovertibile nel diritto pubblico francese. Arringando in presenza del re Enrico III nel 1586, il Primo presidente del Parlamento di Parigi Achille de Harlay sostenne questa linea con parole che non lasciano — e non lasciarono neppure agli osservatori contemporanei — alcun margine di equivoco:

Abbiamo, Sire, due tipi di leggi: da una parte vi sono le leggi e le ordinanze dei re; dall'altra vi sono le ordinanze del regno, che sono inviolabili e immutabili e per effetto delle quali voi stesso siete saliti al trono. Dovete perciò osservare le leggi dello Stato, leggi che non possono essere disattese senza revocare in dubbio la vostra stessa potestà sovrana.  
[Cit. in Doucet, *Les institutions de la France*; e in Richet, *Lo spirito delle istituzioni*, p. 22.]

De Harlay prospetta qui non solo una vera e propria gerarchia delle fonti di produzione del diritto regio, ma asserendo che dal livello gerarchicamente superiore si generavano norme dotate dei requisiti di inviolabilità e immutabilità, rivela l'esistenza di un "corpo" o di un sistema di norme non modificabili né dal potere regio né, *a fortiori*, da qualsiasi altro potere estraneo alla sovranità nazionale. In altre parole, egli attesta qui l'esistenza di una costituzione rigida, anzi rigida in massimo grado, a tal punto da non esistere potere costituente in grado di modificarla.

È appena il caso di precisare come questa posizione di de Harlay non sia l'elucubrazione isolata di un intellettuale radicale o di un *outsider*, ma costituisca al contrario la meditata analisi di un uomo di apparato che raccoglieva l'approdo ultimo di una lunga elaborazione dottrinale cui avevano partecipato, in varia misura, giuristi, filosofi e politici della più varia estrazione ideologica. La formula di Harlay divenne subito un *topos* del discorso giuridico e non fu mai più abban-

donata fino alla Rivoluzione. I magistrati dei Parlamenti la considerarono sempre come «une maxime liée à la constitution de la monarchie, pratiquee dans toutes ses âges». Ancora nel marzo del 1768, in piena *bagarre* tra Parlamento e Corona, la ritroviamo utilizzata dai *robins*, con gran vigore argomentativo. Ce ne parlano diffusamente i resoconti parlamentari del consigliere Glandres de Brunnville (BS, *fonds Boissy d'Anglas*, vol. 803, f. 347r).

La distinzione tra "leggi fondamentali" e "leggi ordinarie" fornì dunque un *topos* dottrinale accettato da tutti i giuristi di Antico regime. Fu considerata una nozione giuridica imprescindibile per qualsiasi analisi teorica come per qualsiasi azione politica. Neppure Pasquier, Bodine-Cardin Le Bret — che pure non furono, specie il secondo e il terzo, tra i più fedeli araldi del pensiero giuridico "ortodosso", ossia funzionale alla linea corporativa della *robe* — rimisero più in causa quella concezione, limitandosi a darne interpretazioni più flessibili e maggiormente adattabili alle circostanze politiche del loro tempo. Il caso di Le Bret è davvero emblematico perché egli scrive e opera nel momento in cui il processo di rafforzamento del potere regio, funzionale all'opera di razionalizzazione e di modernizzazione dell'apparato statale, è nella sua fase cruciale (Comparato, *Cardin Le Bret*).

Pasquier, pur non spingendosi, come de Harlay a considerare esplicitamente due livelli contrapposti di legislazione regia, considerò la giurisprudenza dei Parlamenti come uno dei "quattro elementi" fondamentali del diritto pubblico francese (gli altri tre essendo le Ordinanze regie, le consuetudini delle diverse province e «alcune posizioni morali» che «per lungo ed antico uso» venivano estratte dal diritto romano).

Ben sapendo che quella giurisprudenza era resa, per la sua parte più rilevante, proprio in applicazione del criterio costituzionale del "doppio livello", si affrettò a precisare che

per quanto un'ordinanza sia la vera opera dei nostri re [...] tuttavia le loro ordinanze non producono alcun effetto se non sono preventivamente verificate e pubblicate dalle corti sovrane. [Richter, *Lo spirito delle istituzioni*, pp. 24 e 17]

In tal modo, Pasquier finiva col legittimare il controllo di costituzionalità da parte dei Parlamenti su tutta la vasta gamma degli atti normativi prodotti dalla Corona e dal suo *Conseil privé*. La necessità dell'*enregistrement* e del *droit de vérification* entrarono così a pieno titolo nel novero dei diritti intangibili contemplati dalla «costituzione consuetudinaria del regno».

### Fonti archivistiche

- BAN = Bibliothèque de l'Assemblée Nationale (126, rue de l'Université, 75006 Paris);  
 BNF = Bibliothèque Nationale de France François Mitterrand (Quai François Mauriac, 75013 Paris);  
 BPR, LP = Bibliothèque de la Société de Port-Royal (169 rue St. Jacques, 75005 Paris), collection *Le Page*;  
 BS = Bibliothèque du Sénat (Palais du Luxembourg, 5, rue de Vaugirard, 75006 Paris).

### Bibliografia

- Arnaud (André-Jean), *Le médium et le sésame* - Signification politique de l'interpellation juridique, in «Archives de Philosophie», Rouen, Bibliothèque du Centre d'Etude des Systèmes politiques et juridiques, 1977;  
 - *Da giuriconsulti a teorocriti* - Diritti e società in Francia dalla codificazione ai giorni nostri, Napoli, Jovene, 1993, trad. it. a cura di Francesco Di Donato in *Les juristes face à la société du XIX<sup>ème</sup> siècle à nos jours*, Paris, Puf, 1975.

Autrand (François), *Naissance d'un grand corps de l'État - Les gens du Parlement de Paris 1345-1454*, Paris, Publications de la Sorbonne, 1981;

Beaud (Olivier), *La notion de constitution chez Montesquieu - Contribution à l'étude des rapports entre constitution et constitutionnalisme*, in Staat, Staatsrecht, Verfassung - Festschrift für Helmut Quaritsch, Berlin, Duncker-Humblot, 2000, pp. 407-448;  
 Bourdieu (Pierre), *Homo academicus*, Paris, Minuit, 1984;  
 - *La noblesse de l'État - Grandes écoles et esprit de corps*, Paris, Minuit, 1989;  
 - *Méditations pascaliennes*, Milano, Feltrinelli, 1998, trad. it. a cura di Alessandro Serra in *Méditations pascaliennes*, Paris, Seuil, 1997;

Brown (Elizabeth A.R.), Pamighetti (Richard C.), *The "Lit of justice": semantic, ceremonial, and the Parliament of Paris, 1300-1600*, Sigmarunggen, J. Thorbecke, 1994;  
 Carhase (Jean-Marie), Depamboeur-Taride (Laurence) (eds.), *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, Paris, Puf, 1999;  
 Carrossonne (Ély), *Montesquieu et le problème de la constitution française au XVIII<sup>ème</sup> siècle*, Paris, 1927, rist. anast. Genève, Slatkine, 1970;

Cassier (Ernst), *The Myth of the State 1945* tr. it. a cura di Camillo Pallini, *Il mito dello Stato*, Milano, Longanesi, 1987 (3<sup>a</sup> ed. 1950);  
 Cattaneo (Mario), *Iluminismo e legislazione*, Milano, Comunità, 1966;

Comparato (Vittor Ivò), Gardin *Le Bret* - "Royaume" e "ordre" nel pensiero di un consigliere del 600, Firenze, Olschki, 1969;  
 Cristofoli (Vernò), *Lezioni di diritto costituzionale II. L'ordinamento costituzionale italiano (Le fonti normative - La Corte costituzionale)*, Padova, Cedam, 1976;  
 Deschamps (Robert), Cosandey (François), *L'abusivisme en France - Histoire et historiographie*, Paris, Seuil, 2002;

Di Donato (Francesco), *Un costituzionalismo di antico regime? Prospettive socio-istituzionali di storia giuridica comparata*, in Denis Richet, *Lo spirito delle istituzioni*, cit. *infra*, pp. VII-11.

- *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, Marie-France Renoux-Zaganié, *L'office du juge part de souveraineté ou puissance nulle?* Atti del Congresso internazionale di Nomen, 26-27 mar. 1998, Paris, IJODI, 2001, pp. 89-116;

- *Critica della ragione vittoriana - Roland Mousnier, la caduta giuridica dello Stato assoluto*, in Roland Mousnier, *La costituzione nello Stato assoluto*, cit. *infra*, pp. XV-CXXVII;  
 - *Le concept de "représentation" dans la doctrine juridique politique de Louis-Achille Le Page*, in *Le concept de représentation dans la pensée politique*, Actes du colloque d'Aix-en-Provence, organizzato dall'U.F.H.I.P. (XV), 2-3 mag. 2002, Aix-en-Provence, PUAM, 2003, pp. 33-73;

- *Juristi e storia dello Stato: il conflitto magistrato-politico nella Francia del Settecento*, in «Storia Amministrativa

zione Costituzionale», Annale ISAP, Bologna, Il Mulino, n. 11/2003, pp. 73-122.

- *L'ideologia dei robbins nella Francia dei lumi - Costituzionalismo e assolutismo nella esperienza politico-istituzionale della magistratura di antico regime (1715-1789)*, vol. I, Napoli, ESI, 2003;

Doucet (Roger), *Les institutions de la France au XVI<sup>e</sup> siècle*, 2 voll., Paris, Picaud, 1948;

Elias (Robert), *Über den Prozess der Zivilisation*, Suhrkamp, Frankfurt 1969, tr. it. a cura di Giuseppe Panzieri, *Il processo di civilizzazione*, Bologna, Il Mulino, 1988 (1<sup>a</sup> ed. 1982);

Favore (Louis), Gata (P.), Chevromian (R.), Mestre (J.-L.), Piesmann (O.), Roux (A.), Scoffoni (G.), *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2000<sup>2</sup>;

Fioravanti (Maurizio), *Costituzione*, Bologna, Il Mulino, 1999;  
 Friedman (Lawrence M.), *The Legal System: A Social Science Perspective*, Russell Sage Foundation, New York 1975, tr. it., *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, a cura di G. Tarullo, Bologna, Il Mulino, 1978;  
 Ganzin (Michael), *Le concept de constitution dans la pensée jurimétrique (1750-1789) in La constitution dans la pensée politique*, pp. 167-201;

Gojoseo (Éric), *Le contrôle de l'activité normative royale à la veille de la Révolution: l'opinion de Méric de la Rivière*, in «Revue de la Recherche Juridique», 1/1999, pp. 237-250;

- *Le contrôle de constitutionnalité des lois dans quelques écrits monarchiques de la période révolutionnaire*, in *La constitution dans la pensée politique*, cit. *infra*, pp. 229-243;

- *Le contrôle de constitutionnalité dans la pensée juridique française de la seconde moitié du XVIII<sup>ème</sup> siècle: une autre approche*, in «Giornale di Storia costituzionale», n. 4, 2/2002, pp. 145-154;

Hanley (Sarah), *Le "Lit de Justice" des Rois de France - L'idéologie constitutionnelle dans la légende, le rituel et le discours*, Aubier, Paris 1991, tr. fr. dall'orig. americano *The Lit de Justice of the Kings of France - Constitutional Ideology in Legend, Ritual and Discourse*, Princeton, Princeton Univ. Press, 1983;

Kantorowicz (Ernst Hartwig), *The King's Two Bodies: A Study in Mediaeval Political Theology*, Princeton Univ. Press, Princeton (N.J.) 1957, tr. it. a cura di Giovanni Rizzoni, *I due corpi del re - L'idea di regalità nella teologia politica medievale*, Torino, Einaudi, 1989;

Leza (Antonio), *Les grandes étapes du contrôle de constitutionnalité des lois dans la pensée politique européenne d'Aristotele à Kelsen*, in «Revue de la Recherche Juridique», 3/1987, pp. 957-979;

Lloyd Moore (Alanson), *The Revolt of the Judges - The Parliament of Paris and the Fronde 1643-1652*, Princeton, Princeton Univ. Press, 1971;

Martucci (Roberto), *L'ossessione costituzionale - Forma di governo e costituzione nella Rivoluzione francese (1789-1799)*, Bologna, Il Mulino, 2001;

Mestre (Jean-Louis), *L'évocation d'un contrôle de constitutionnalité dans les "Mémoires du Droit public Français" (1775)*, in *L'Europe et l'État*, Actes du Colloque de Toulouse, 11-13 apr. 1991, Aix-en-Provence, PUAM, 1992, pp. 21-36;

Mousnier (Roland), *Les institutions de la France sous la monarchie absolue*, 2 voll., Paris, Puf, 1974 e 1980;  
 - *La costituzione nello Stato assoluto - Diritti, società, istituzioni in Francia dal Cinque al Settecento*, a cura e con introduzione di Francesco Di Donato, Napoli, ESI, 2001;

Ohvier-Martin (François), *Les lois du Roi*, Paris, IJODI, 1997 (réédition);  
 Renoux-Zaganié (Marie-France), *Du droit de Dieu au droit de l'Homme*, Paris, PUF, 2003 (si segnala in part., per la specificità attinenza al tema, il cap. intitolato "Contrôle de légalité contrôle de constitutionnalité", pp. 234-243);

Richter (Denis), *Lo spirito delle istituzioni - Esperienze costituzionali nella Francia moderna*, Roma-Bari, Laterza, 1998 (3<sup>a</sup> ed. 2003), trad. it. a cura di Francesco Di Donato in *La France moderne: l'esprit des institutions*, Paris, Flammarion, 1973;  
 Saint-Bonnet (François), *Les Parlements, juge constitutionnel (XVI-XVIII<sup>ème</sup> siècle)*, in «Droits», 34, 2001, pp. 177-197;

Sieur (Philippe), *Histoire du droit public français, XV-XVIII<sup>ème</sup> siècle. La genèse de l'État contemporain*, 2 voll., I. *La constitution monarchique: L'affirmation et crise de l'État sous l'Ancien Régime*, Paris, Puf, 1989 (3<sup>a</sup> ed. 1993-1994);  
 Sunstein (Cass R.), *After the Rights Revolution*, Cambridge (Mass.), Cambridge Univ. Press, 1990;

Toqueville (Alexis de), *Premières et notes inédites sulle Rivoluzione*, in *Scritti politici*, I, Torino, Utet, 1969;  
 Troper (Michel), *La forza dei precedenti e gli effetti perversi del diritto*, in «Ragion pratica», 6/1996, pp. 65-75 (tr. fr. in *Id., La théorie du droit, le droit, l'État*, cit. *infra*, pp. 163-172);

- *Per una teoria giuridica dello Stato*, Napoli, Guida, 1998, tr. it. a cura di Agostino Carrino et al. di *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, Puf, 1994;

- *Una teoria realista dell'interpretazione*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2, XXIX, n. 2, dic. 1999, pp. 423-493;

- *La teoria del diritto, le diritti, l'État*, Paris, Puf, 2001;  
 - *Cos'è la filosofia del diritto*, Milano, Giuffrè, 2003, trad. it. a cura di Riccardo Quastini di *La philosophie du droit*, Paris, PUF, 2003;  
 Zagrebelsky (Gustavo), *La giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1988 (3<sup>a</sup> ed. 1977).

# Il giudizio di costituzionalità nella Francia d'*Ancien régime*: una storia politico-istituzionale

Parte seconda

## Le dinamiche della prassi\*

FRANCESCO DI DONATO

### 1. Un controllo formale o sostanziale?

Istituti come la *vérification* e l'*enregistrement* implicavano l'esistenza non solo di una gerarchia statica, ma anche di una gerarchia dinamica delle fonti del diritto in quanto regolavano il procedimento di formazione delle leggi. Erano, in altre parole, strumenti di controllo grazie ai quali i *robins* potevano formulare un giudizio sull'esistenza stessa di una «legge», concepita come atto giuridico formale riconoscibile in quanto realizzato in base a procedure prestabilite.

La necessità di questo *iter* procedimentale che richiedeva l'*enregistrement* come atto finale del percorso legislativo non fu mai contestata da parte di nessun sovrano, neppure da Luigi XIV. Il re-sole intese però interpretare l'*enregistrement* come una «forma giuridica», necessaria sì per la pubblicazione dell'atto, ma ininfluyente sul suo contenuto. Il che conteneva *in nuce* un'irrisolta ambiguità su cui i giuristi del Parlamento ebbero buon gioco a far leva: che necessità vi era, infatti, di esercitare un controllo su un

atto considerato già perfetto? E come impedire, una volta riconosciuta la sua ineliminabilità dal procedimento legislativo, che l'organo controllore della legittimità di un provvedimento regio finisse con l'estendere il controllo anche sul merito dell'atto?

È ben nota, a tal riguardo, la difficoltà nella quale i teorici del diritto si sono imbattuti ogni qualvolta hanno approfondito il discorso sui poteri effettivi dei giudici di sola legittimità. Quanto più gli ordinamenti hanno inteso limitare la giurisdizione di questi organi ai soli motivi di legittimità, tanto più l'esperienza concreta ha mostrato come questo ostacolo sia stato (e continui a essere) solo un sottile diaframma agevolmente eluso (Calogero, *La logica del giudice*).

In realtà, i sovrani erano, loro malgrado, rispettosi dell'*enregistrement* perché, come in molti altri casi simili, temevano d'intaccare un antico istituto consolidato dalla consuetudine costituzionale e come tale sentito

\* La prima parte del saggio è stata pubblicata nel «Giornale» n.7/I semestre 2004, pp. 147-165.

(non solo dalla magistratura) come riflesso di una naturale disposizione delle cose. Il rispetto e la difesa di quest'ordine atavico costituivano un collante di formidabile efficacia tra magistrati e popolo. La *thèse monarchiste* sottolineava tuttavia che, per quanto il passaggio parlamentare fosse riconosciuto necessario nell'*iter* legislativo, esso doveva però coniugarsi con il dovere dei magistrati — come di tutti i *sujets* — di obbedire alla volontà del sovrano. La *voluntas principis* era identificata con il contenuto della legge.

Da Charles Guillart (che arringò nel celebre letto di giustizia del 1527 di fronte a un infuriato Francesco I) in poi, la dottrina parlamentare affermò, invece, con implacabile coerenza su questo punto, che l'*enregistrement* comportava un triplice controllo: 1. di «legalità», cioè di conformità del nuovo atto legislativo tanto alle leggi ordinarie emanate dai sovrani predecessori, quanto alle «leggi fondamentali del regno»; 2. di «opportunità», implicante la verifica delle condizioni ritenute propizie o al contrario avverse all'introduzione della nuova legge; 3. di «equità», che comportava l'accertamento dell'equilibrio sostanziale e della coerenza logica interna tra le varie parti del provvedimento (Richet, *Lo spirito delle istituzioni*, p. 28).

### 1.1 Giudizio di legalità e abrogazione impossibile

Soffermiamoci soprattutto sul punto concernente il sindacato di "legalità", cioè il giudizio portato dal Parlamento sui nuovi provvedimenti legislativi emanati dal re. Per essere registrate queste nuove "leggi" dovevano prima essere messe a confronto sia con le "leggi fondamentali del regno" sia con le leggi "ordinarie" precedenti. Si dovrebbe

aprire qui un nuovo filone di ricerca e di riflessione finora quasi completamente trascurato, per non dire ignorato, dalla storiografia giuridica, che rimane imprigionata negli schemi formalistici del diritto positivo attuale e della dogmatica giuridica.

Con i criteri attuali un sindacato di costituzionalità basato sul confronto tra fonti legislative di pari livello è un *nonsense*. Per inveterato principio, mutuato dal diritto romano, infatti, la cultura giuridica occidentale considera pacifico che una legge successiva prevalga su una legge precedente dello stesso rango. Una legge ha la forza di abrogare esplicitamente o tacitamente un'altra legge: *lex posterior derogat priori*. Il fatto che il "controllo di legalità" operato dalla magistratura parlamentare non si esplicasse unicamente con riguardo al livello gerarchicamente superiore (comparando il nuovo provvedimento regio con le "leggi fondamentali"), ma si estendesse anche al livello, formalmente equipollente, delle altre leggi ordinarie, apparirebbe assurdo se non si tenesse conto delle specificità dell'*ordo juris* vigente nello Stato assoluto, nel quale «controllo di legalità e controllo di costituzionalità non sono distinguibili» (Renoux-Zagame, *Du droit de Dieu*, p. 241).

Gli scrittori legali dell'Antico regime concepivano il controllo sulla legislazione monarchica «in rapporto a un *corpus* di regole» che non coincideva con lo «stretto quadro delle leggi fondamentali», ma era riferito a un ambito molto più ampio di fonti del diritto (Gojosso, *Le contrôle de constitutionnalité dans la pensée juridique*, p. 146, col. 1). Leggendo le fonti giudiziarie — che sono i documenti che meglio di tutti illustrano l'effettivo funzionamento del sistema giuridico-politico — si ha la chiara impressione che gli atti regi venivano sottoposti dalla magistra-

Di Donato

tura «a una sorta di esame generale di conformità alle diverse regole esistenti»; questo principio è confermato, fin dal XVI secolo, anche dalla dottrina giuridica che insisté a lungo sull'idea che la volontà regia non poteva essere identificata con la volontà di un singolo monarca, ma era piuttosto una «volontà permanente della monarchia» (Renoux-Zagamé, *Du droit de Dieu*, pp. 236-237 e 239).

L'argomentazione sottesa al discorso elaborato dai *robins* faceva perno sui fragili equilibri della legittimazione istituzionale, in una realtà sociopolitica tendenzialmente instabile come quella della Francia dei secoli XV-XVIII. Fin dai primi passi, i sovrani venivano abituati a temere gli atti arbitrari come atti di tirannia tipici di un despota orientale, e perciò stesso indegni di un sovrano europeo unto dall'olio santo e incoronato nel nome di Dio e perciò naturalmente obbligato a rispettare la giustizia e l'equità.

Il «re cristianissimo» era investito del compito divino di conservare la *civilité* del regno. Per questo i suoi atti non potevano essere *inciviles*, ossia contrari al diritto vigente. Di qui il compito delle *Cours souveraines*, e in particolare del Parlamento, di sottoporre a un «examen de la civilité» tutti gli atti regi rivestiti della forma ufficiale di «Lettere patenti». Questo era il «principio generale d'intervento» su cui s'incentrava tutta l'attività giurisprudenziale (Renoux-Zagamé, *Du droit de Dieu*, p. 236).

Su questa linea fu concorde, in modo pressoché unanime, tutta la pubblicistica giuridica e politica. A metà del Settecento la letteratura parlamentare non esitò a rilanciare un autore come Bossuet — che ai suoi tempi era stato il campione del partito avverso — per dimostrare che non solo i re dovevano osservare le leggi fondamentali (immodificabili), ma che era anche saggio da parte

loro evitare di cambiare quelle ordinarie (in teoria modificabili):

Ci sono — si legge in un manoscritto anonimo proveniente dal *milieu parlementaire* lepaigiano che cita esplicitamente il vescovo di Meaux — delle leggi fondamentali che non si possono cambiare; ma è del pari assai pericoloso cambiare senza necessità quelle che non lo sono (questo punto merita singolarmente di essere rimarcato). [...] In generale le leggi non sono leggi se non hanno qualcosa d'inviole. Tutti i popoli civilizzati conven-gono su questa massima.

[BPR LP, 580-ter=65; in una nota a margine si segnala che il passaggio è tratto dalla «*Politique sacrée*» (*Politique tirée de l'écriture sainte*) di Bossuet, lib. I, art. IV, propos. 8]

Per essere davvero tale, la “legge” del sovrano doveva recepire “la legge inviolabile” dei padri, riproducendone i principi primi. Il contenuto normativo doveva, insomma, dipendere da un *topos* metagiuridico e non poteva essere positivizzato «secondo la sola volontà del principe». Naturalmente, si poneva a questo punto il problema della conoscenza (e dell'interpretazione) di quei principi primi. E solo i «sages» (i giuristi) avevano la capacità di accedervi:

Quei saggi conoscono le leggi e il diritto degli antichi padri. Questo attaccamento alle leggi e alle inveterate massime consolida la società e rende gli Stati immortali. Si perde la venerazione per le leggi quando le si vede così spesso cambiare. È allora che le nazioni paiono barcollare come annebbiate ed ebre di vino, come preconizzano i profeti. Lo spirito della vertigine le possiede; e il loro tonfo è inevitabile: poiché i popoli hanno violato le leggi, rovesciato l'ordine, cambiato il diritto pubblico, infranto i patti più solenni e stabilito una religione e una legge arbitrarie. È lo stato di un malato inquieto che non sa quali movimenti compiere. Si cade in questo stato, quando le leggi sono variabili, e prive di consistenza, ossia quando cessano d'essere leggi.

[BPR LP, 580-ter=65]

La regola di soluzione delle antinomie ispirata al brocardo romano *lex posterior derogat priori*, pur essendo conosciuta in teoria, trovava quindi scarsa applicazione pratica negli ordinamenti giuridici di Antico regime. Anziché abrogare una legge, era preferibile ricorrere ad altri espedienti.

Le leggi "scomode" venivano piuttosto lasciate cadere in desuetudine o abrogate implicitamente, senza clamore: come si accorse Philibert Bugnyon, il giurista di Mâcon che avvertì il bisogno di raccoglierle nel suo *Traité des lois abrogées et inusitées*, un'opera che gli costò la carriera e ne determinò l'isolamento proprio perché aveva rivelato uno degli *arcana* più profondi del *systema juris*. Il *Traité* conobbe quattro edizioni (tre in francese e una in latino) tra il 1563 e il 1578 e fu poi continuamente aggiornato (nel 1602 da Pierre Guésnois) fino al 1702 (Bugnyon, *Traité*, 1702).

### 1.2 La mediazione triangolare tra Dio, Re e Popolo

I re francesi, «re cristianissimi», in quanto identificati con la "legge" (*rex est lex*), erano dunque educati a mostrarsi rispettosi dei «sacri principi» stratificati da una lunga tradizione (*lex est rex*). E ciò implicava l'obbligo di prestare attenzione al duplice giudizio che proveniva dall'alto (Dio) e dal basso (Popolo). Per questo il piano divino e quello popolare si fondevano in un plasma indistinguibile nella diffusa massima: *Vox populi vox Dei*. Non a caso l'espressione è usata anche nelle fonti provenienti dal *milieu parlementaire* (per un es., cfr. il ms. intitolato *La vérité jugé[e]*, in BAN, 14,22, f. 91r: «La voix du peuple est la voix de Dieu»). Ovviamente i *legum doctores* davano per scontato che l'in-

terpretazione di questa *vox populi* e la sua trasmissione al sovrano erano compiti spettanti legittimamente solo alla magistratura. Gli organi investiti della *jurisdictio* erano stabiliti dall'ordine divino per realizzare questa «mediazione patriarcale» (Di Donato, *La puissance cachée*, pp. 100-102).

Manifestando al re la volontà divina insita nella *vox populi* da loro interpretata, i giuristi intendevano condizionare l'attività di governo preconizzando terribili sciagure punitive contro i sovrani irrispettosi dell'ordine tramandato. Nelle carestie, nelle pestilenze e nelle altre calamità naturali venivano immediatamente identificati i segni dell'inesorabile castigo divino scatenato contro le azioni "turpi", quelle cioè compiute dal re in trasgressione della legalità consolidata di cui il Parlamento si sentiva custode. Sottraendosi al dovere di rispettare la "naturale disposizione" delle cose, di cui le consuetudini e le leggi erano il più fedele riflesso, il re si poneva in contrasto con il volere di Dio e per ciò stesso violava la legge fondamentale che imponeva al re di Francia di essere un «re cristianissimo». Di questa scagurata decisione egli

non solo avrebbe dovuto rendere conto a Dio nell'al di là, ma anche, più concretamente, durante il suo regno terreno. I contemporanei erano infatti persuasi che l'ira di Dio si sarebbe abbattuta sul regno di un re empio, manifestandosi in inondazioni, siccità, carestie, miseria, sconvolgimenti degli spiriti, guerre e invasioni straniere del regno, disastrose sconfitte, lutti e desolazione dappertutto. La buona condotta del re, invece, sarebbe stata ricompensata dalla pace e dalla prosperità.

[Mousnier, *La costituzione nello Stato assoluto*, parte I, cap. IV, §§ 2, 7, 8; parte II, cap. II, §§ 2, 3, 4]

I giuristi erano perfettamente a loro agio in questo schema di fondo ed elaborarono abilmente una sorta di "codice" del com-

Di Donato

portamento regio. L'empietà massima per un sovrano consisteva nel violare — tanto più se in modo clamoroso e sprezzante — le «antiche consuetudini del regno», formula volutamente generica nella quale erano comprese non solo le leggi fondamentali e le consuetudini costituzionali, ma anche le leggi ordinarie, gli usi consolidati e tutte le norme estrapolate dalla giurisprudenza parlamentare.

In un clima generale di questo tipo, anche il mutamento (in teoria sempre possibile) di leggi ordinarie inveterate che avevano retto il regno per secoli ed erano ritenute per consenso generale giuste, sacre e inviolabili, non poteva che essere visto come un'improvvida incrinatura della perfezione divina, come una nefasta infrazione a un ordine di cose intrinsecamente "buono" e perciò destinato a rimanere immutabile.

Questo *topos* percorre tutta la cultura e la mentalità giuridica francese fin dal medioevo ed è costantemente ritenuto dai maggiori giuristi tra Cinque e Settecento il baluardo («rempart») della «civilté». L'idea che il re non potesse emanare leggi a sua totale discrezione era considerata — come si legge in un manoscritto anonimo proveniente dal *milieu parlementaire* lepaigiano intorno al 1750 — «la pietra fondamentale della conservazione dello Stato»: un principio su cui si reggeva l'intero edificio dello Stato monarchico-assoluto. Lo aveva affermato con decisione già Étienne Pasquier nel XVI secolo. A un «flatteur courtisan» che lo aveva affrontato chiedendogli polemicamente: «Voi volete dunque mettere le briglie alla potenza del vostro Re?», egli aveva risposto seccamente: «No, ma desidero che egli si mantenga sulla stessa via su cui si sono mantenuti i suoi predecessori» (BPR, LP, 580-ter=73, c. 24).

È dunque questo il *background* ideologico che rende concepibile un giudizio di costituzionalità basato su fonti del diritto che formalmente avevano lo stesso rango della legge sottoposta a giudizio, ma che in realtà erano rafforzate dalla *pesanteur* della *Tradition*. Attraverso il controllo di costituzionalità il Parlamento esprimeva la sua stessa ragione d'essere di organo giurisdizionale e politico. Tra il gennaio e il febbraio del 1764 i *robins* di Rennes formularono questo principio in una celebre *remontrance* nella quale, riprendendo i termini di un'inveterata e costante giurisprudenza, veniva affermato che

giudicare l'equità e l'autorità delle nuove leggi, la causa dello Stato e del pubblico; mantenere l'ordine e la tranquillità nel regno; esercitare una giurisdizione sovrana e di polizia generale estesa su tutte le materie, su ogni oggetto e su qualsiasi persona: ecco quali sono i poteri e le funzioni originarie, esclusive e caratteristiche del Parl[amento]. Spogliato delle funzioni inseparabili dal suo status, il magistrato non è più nulla, non possiede che un vano titolo, che restituisce in quanto diventato inutile, dal momento che esso è separato dalla realtà dell'ufficio.

[BPR LP, 558=141]

L'argomentazione venne ripresa e sviluppata in un «*extrait des registres du Parlement [de Paris]*» del 3 febbraio 1769. Vale la pena di seguire in dettaglio il discorso, che è articolato e complesso, ma esauriente:

Noi non porremo né le Leggi al di sopra dei Re, né i Re al di sopra delle Leggi; diremo che la Legge e il Re non sono che una sola cosa; che il Re è la fonte della Legge; [...] che dal momento che i Re si sono essi stessi sottomessi alle Leggi che reggono i loro Stati, sia che esse siano state pubblicate dai loro predecessori, sia che siano state promulgate da essi stessi, fin quando sussistono, essi non possono calpestarle a loro piacimento; essi regnano attraverso le Leggi, e le Leggi sono la loro sicurezza. Esse non hanno forza che per la volontà del

Sovrano, ma si presume che egli debba volere solo ciò che esse permettono. È l'autorità delle Leggi che essi esercitano, esse parlano per bocca loro, circondano il trono, sostengono la Corona, vegliano su tutto l'Impero. Il Popolo ha diritto di reclamare contro il Principe stesso; egli non ha dettato le leggi che per prestar loro obbedienza; egli può cambiarle, restringerne la portata, modificarne il senso, per adattarle alle nuove circostanze; può anche crearne di nuove del tutto contrarie alle antiche, e può anche mutare la forma dell'amministrazione: in tutto ciò il suo potere è assoluto. Ma la Legge antica riceve sempre esecuzione, essa conserva sempre la sua forza, il suo imperio, la sua sovranità, fin quando la nuova legge non sia stata creata, pubblicata e stabilita seguendo le forme prescritte e consuete. La Legge antica non può essere distrutta che nello stesso modo in cui era stata creata e il regno di quella che si vuole introdurre non comincia che nell'istante in cui la prima ha cessato di esistere, perché come non ci può essere una Monarchia senza un Re, così non può esistere un Governo monarchico senza Leggi. [L'ordinamento] è piuttosto una successione di Leggi che un loro rinnovamento; esse sussistono senza interruzione, in modo tale da non potersi concepire un solo momento in cui il Regno sia stato senza una Legge sussistente; e da questo punto di vista si può dire che la Potenza reale non è una Potenza veramente assoluta.

[BS, *fonds Boissy d'Anglas*, vol. n. 805, ff. 155<sup>v</sup>-156<sup>r</sup> (ff. 8-9 dell'«Extrait»)]

La vera «potenza», dunque, era quella delle leggi. Queste ultime possedevano un'efficacia perpetua grazie alla quale esse dimoravano nel tempo. Per scalfire questa forza occorreva ben più della semplice manifestazione di volontà di un sovrano.

Modificare l'esistente era perciò impresa ardua. Al rafforzamento di questa struttura mentale contribuiva anche la cultura dominante tra i giuristi: l'aristotelismo scolastico di fondo, cui si aggiungeva l'umanesimo "culto". Ne nasceva un'ideologia che considerava le «essenze» del mondo immutabili e svalutava ogni cambiamento come un

fattore «accidentale» (Di Donato, *Esperienza e ideologia*, I, pp. 486-509).

Sapienti e accortissimi custodi di questo equilibrio, i *robins* utilizzavano le loro funzioni istituzionali, imperniate sulla *jurisdictio*, nella formazione e nell'applicazione delle *regulæ juris*. La *sapientia* interpretativa assumeva in questa delicatissima attività un valore determinante.

## 2. Natura, tipologie e modalità empiriche del giudizio di costituzionalità nell'Antico regime

L'azione legislativa del monarca risultava quindi fortemente condizionata *ab origine* da una sorta di "ricatto" psicologico recondito. L'*opinio* generale e la capacità della *Robe* di trarre profitto dallo *status quo* rendevano difficoltoso l'esercizio della funzione nomotetica. Il re era portato a procedere con estrema cautela prima di abrogare una legge in vigore, perché questo atto sarebbe stato giudicato con diffidenza. Intaccare assetti consolidati, induceva al sospetto. Smentire con clamore la *Veritas* insita nel patrimonio giuridico tramandato significava sfidare con empietà le ire divine. I Parlamenti facevano continuamente leva su questo aspetto e pretendevano di essere gli unici organi legittimati a decidere sull'«utilità di modificare le leggi anteriori» (Carré, *Le pouvoir législatif*, p. 2 e *passim*).

Un sovrano invaghito delle "novità" rinunciava a essere il "padre della Nazione", per indossare l'infamante veste dell'"usurpatore". Il pronunciamento contro la nuova legge giudicata illegittima diventava allora per i magistrati un dovere assoluto. Rifiutando l'*enregistrement*, le Corti sovrane ritenevano di dare veste istituzionale alla con-



Di Donato

danna, divina e popolare al tempo stesso, del provvedimento incostituzionale.

Quando il Parlamento interveniva per bloccare l'iter di un atto legislativo giudicandolo contrario all'*ordo juris* vigente, affermava di adempiere a un suo fondamentale dovere istituzionale sancito solennemente dal giuramento di fedeltà al re e alle leggi del regno pronunciato dai magistrati fin dall'acquisizione dell'ufficio. I *robins* ricordavano allora al sovrano che anche lui era vincolato da un solenne giuramento: nella cerimonia d'incoronazione egli aveva giurato di salvaguardare e di proteggere i diritti acquisiti, le prerogative e i privilegi dei sudditi e degli ordini; in definitiva, lo *status quo*. Trasgredendo quel solenne impegno sarebbe diventato un despota e un tiranno, spergiuro e traditore della Patria, indegno di ricoprire le sue funzioni regali.

Erano sanzioni e deterrenti di non poco conto in quel contesto psicologico e politico. Sul terreno della legislazione la prudenza era quindi obbligata per i sovrani. Legiferare senza il consenso della Nazione era praticamente impossibile. E i Parlamenti ritenevano di essere l'unica istituzione in grado di esprimere quel "consenso" in assenza degli Stati generali (Mazzanti Pepe, *Le aspirazioni*; Krynen, *Qu'est-ce qu'un Parlement*; Di Donato, *Le concept de représentation*, pp. 63-68; Id., *L'ideologia dei robins*, pp. 519-524). Di qui la necessità di ricercare un accordo preventivo con le *Chambres* parlamentari.

2.1. *Le leggi del re assoluto erano imposte o concordate?*

Il giudizio di costituzionalità sulle leggi non era quindi solo un procedimento di verifica tecnico-giuridica *ex post*. Esso era invece

parte di un più vasto orizzonte politico dominato da un sottile gioco psicologico. Opponendo alla *voluntas regis* il tradizionale e consolidato *ordo juris ac societatis* i magistrati inducevano il sovrano e i suoi governi a un'obbligata strategia precauzionale nei confronti del Parlamento: così il sovrano per un verso era indotto all'autocensura e per un altro era vincolato alla costruzione di una *entente préalable* con la magistratura parlamentare. Nella maggior parte dei casi, era questa la dura alternativa che nella pratica del sistema si poneva di fronte ai sovrani e ai ministri che intendevano emanare nuovi provvedimenti legislativi.

Per rendersi conto di questo andamento concreto della vita politica e istituzionale, fatto di continui e incessanti intendimenti *sous-table*, di sottintesi, di *clins d'oeuil*, di difficili e precari tentativi di accordo, di rotture improvvise e violente (vere o strategiche), di rappresaglie politiche, di ricatti (espliciti o appena accennati), basta sfogliare i *Registres du Parlement* e specialmente i *Registres delle Chambres des Enquêtes* e delle *Requêtes* (esempi molto significativi sono in BS, mss. 721-731: per la «Première chambre des enquêtes»; e 732: per la «deuxième»).

Le procedure effettive di assunzione di un provvedimento, e ovviamente i suoi contenuti, risultavano molto influenzati da questo schema, contraddicendo sistematicamente le disposizioni del diritto formale. Partire da quest'ultimo significa perciò condannarsi inesorabilmente a non comprendere nulla del funzionamento reale del sistema giuridico-politico della monarchia assoluta.

Quasi ogni giorno alcuni magistrati, componenti delle *Chambres* del Parlamento (con in testa i loro *présidents*), venivano convocati (o si recavano spontaneamente) a Versailles per incontrare in via riservata qual-

cuno dei ministri e dei segretari di Stato e concordare con loro il da farsi. Talvolta, per gli affari di maggior peso queste «conférences» avvenivano alla presenza dello stesso re o del cancelliere. Spesso il confronto si protraveva per ore o veniva diluito in diversi incontri.

Il più delle volte le parti addivenivano a un faticoso accordo sulla base del quale venivano poi emanati da ambedue le istituzioni, *Parlement* e *Conseil*, ciascuno per la sua competenza, i conseguenti atti formali. Gli atti legislativi — e sovente anche gli atti di amministrazione —, prima di essere presentati come manifestazione della «puissance absolue», erano quindi ampiamente concordati.

Seguiamo, al riguardo, un caso particolarmente emblematico: quello della «Déclaration du Roi concernant le cadastre général, la liquidation et le remboursement des dettes de l'État» del 21 novembre 1763. A margine di una copia a stampa del testo di questo provvedimento (che era in quel momento uno dei pilastri della politica economica del governo: cfr. Alimento, *Riforme fiscali*), Le Paige annotò di suo pugno questo importantissimo commento:

Questa dichiarazione suppone come non avvenuti e di conseguenza non validamente registrati gli editti e le dichiarazioni registrati [in precedenza]. È vero altresì che si sarebbe dovuto dare a questa dichiarazione il titolo di *editto* [= legge]. Ma per concedere qualcosa, ci si è accontentati del nome e della forma di *dichiarazione*. Essa è l'opera di m[onsieur] Lambert [= consigliere al Parlamento appartenente al gruppo lepaigiano], che la concertò con il nuovo vice-cancelliere [= Maupeou-padre] e con [il ministro] Bertin, controllore generale [delle finanze].  
[BPR, LP 558=72, f. 1]

Al termine della *Déclaration* è poi ripor-

tato il testo integrale dell'*enregistrement* parlamentare, che costituisce un classico provvedimento di giurisprudenza costituzionale fondato sul concordato preventivo. Il Parlamento lo emanò sulla base del criterio interpretativo-estensivo (oggi sarebbe definita una tipica «sentenza interpretativa di accoglimento»): l'*enregistrement* venne concesso, ma precisando che la sua efficacia era subordinata a una serie di condizioni, tra cui spiccava l'«exécution des promesses portées en l'article VIII», ossia la riduzione del prelievo fiscale (BPR, LP 558=72, f. 12).

Non sempre il negoziato aveva un lieto fine. In alcuni casi, particolarmente scottanti e controversi, l'accordo non veniva raggiunto neppure dopo i consueti *jeux de ruse*. Si aprivano allora le *querelles* che producevano il profluvio di atti e di documenti, compresi i *pamphlets* polemici da una parte e dall'altra, che gli storici hanno generalmente considerato come le principali fonti per ricostruire le crisi politiche della Francia di Antico regime.

Questi contrasti potevano esplodere in gravi crisi istituzionali, come accadde all'inizio degli anni '30, degli anni '50 e degli anni '70 del Settecento, con effetti dirompenti (Egret, *Louis XV*; Alatri, *Parlamenti*; Campbell, *Power and Politics*; Rogister, *Louis XV*; Swann, *Politics*). In quegli anni cruciali i rapporti tra magistratura e Corona s'inasprirono fino alla rottura completa e irreversibile. Il sistema politico si avviluppò su se stesso in una spirale ormai incontrollabile.

## 2.2. *Ire di amanti o conflitto permanente?*

Nonostante questi momenti topici abbiano sicuramente grande importanza sul piano storiografico, perché in essi i motivi della

Di Donato

contrapposizione tra i due poteri si manifestano in modo radicale lasciando emergere tutte le ragioni di fondo dello scontro, essi non devono essere studiati isolatamente. Non va trascurato, infatti, che quelle crisi furono l'acme di un conflitto permanente. Nel divenire della vita politico-istituzionale i momenti decisivi non vengono mai dal nulla, ma hanno una gestazione lunga e complessa e sono preparati da una serie di eventi che bisogna pazientemente seguire per comprendere in profondità gli esiti dei processi storici.

Nell'ordinamento costituzionale di Antico regime la contrapposizione tra magistratura parlamentare e Corona era divenuta la norma. Era l'ambito ordinario entro il quale tutti i protagonisti della vita politica coscientemente operavano. Per questo i momenti di crisi erano vissuti come l'esperazione periodica di un assetto politico-istituzionale in cui l'oscillazione tra potere giurisdizionale e potere politico era considerata fisiologica. E fu proprio questo uno dei fattori che si rivelarono determinanti per il collasso del sistema. L'incapacità degli attori politici nel valutare che l'*escalation* dello scontro avrebbe portato a una reciproca delegittimazione dei poteri fu l'elemento decisivo.

A questa *faute d'acuité* non sfuggì neppure un osservatore distante, ma tutt'altro che disattento, come Bernardo Tanucci, che da Napoli scrisse al riguardo, in una lettera del 22 marzo 1766 (ossia pochi giorni dopo la seduta della «Flagellazione»), che le *querelles* tra re e Parlamenti in Francia apparivano come «ire di amanti, le quali presto finiranno e tornerà l'amore» (Tanucci, *Epistolario*, XVII, 1766, p. 70). Pochi giorni più tardi però, il 29 marzo, lo stesso Tanucci mostrò di aver maturato una convinzione molto più

decisa e assunse una posizione fermamente antiparlamentare proprio riguardo alla pretesa dei *robins* di esercitare un controllo politico sulle leggi del sovrano:

Dovrebbe la Toga abbandonare le sue massime di mediatrice tra il re e il popolo, di base della monarchia, di essenza della medesima, di organo della nazione, di depositario, di protettore della libertà, degl'interessi, dei dritti della nazione; di responsabile del ben pubblico tanto al Re, quanto alla nazione, di giudice tra il re e il popolo, di custode dei vincoli rispettivi e dell'equilibrio, di repressore dell'abuso della potenza e della libertà, di compagno del Re nella legislazione, di dispensatore e abrogatore delle leggi benché registrate, di barriera insormontabile alle decisioni di un'autorità arbitraria, agli atti non giusti e illegittimi, alle sorprese; finalmente, di poter abbandonare le sue funzioni nel caso di esser combattuta la sua autorità. [...] Ah! Quel nome di Parlamento è scandaloso. Conveniva dare ai giudici un altro nome, come si è fatto in Inghilterra e anche in Sicilia, ove sono Parlamenti li quali non si adunano da per sé stessi, né stanno sempre adunati, come li francesi, ma si adunano sol quando il re li aduna. [...] In somma, se son giudici li presenti parlamentari, come par che sieno, ha ragione il Re; se sono Parlamento la cosa è molto disputabile, e lo sarà sempre finché non si muta nome al collegio dei giudici. [...] Vedo bene che non sarebbe facile introdurre in cotesta nazione bollente tutto questo.

[Tanucci, *Epistolario*, pp. 83-84]

Il sistema era destinato dunque a restare diarchico e l'architrate di questa diarchia era il giudizio di costituzionalità. Questo giudizio non si esercitava solo nell'attività di controllo su una «legge del re», ma si articolava in tutta una serie di modalità preventive attinenti più che alla sfera giuridico-processuale *stricto sensu* a quel fitto complesso di relazioni politiche instauratesi tra Corona e magistratura. La dottrina parlamentare elaborò in materia un'ampia gamma di fattispecie, spingendosi addirittura

tura a sostenere l'obbligo del sovrano di abrogare una legge incostituzionale emanata da un suo predecessore e non annullata a suo tempo.

Bodin tentò di mettere ordine nell'intricata trama dei rapporti istituzionali tra i due poteri e osservò

che gli editti dei nostri re non vanno in esecuzione se non sono stati prima letti, pubblicati, verificati e registrati dal Parlamento. [...] Il principe non può derogare a quelle leggi che riguardano la struttura stessa del regno e il suo assetto fondamentale, in quanto esse sono connesse alla corona e a questa inscindibilmente unite (tale è, ad esempio, la legge salica): qualunque cosa un principe faccia in proposito, il successore è in pieno diritto di abolire tutto ciò che sia stato compiuto con pregiudizio di quelle leggi su cui la stessa maestà sovrana poggia e si fonda. [...] Se gli atti del predecessore sono stati diretti al bene pubblico, il successore è obbligato sempre ad osservarli.

[Bodin, *I sei libri dello Stato*, I, lib. I, cap. VIII, pp. 368, 381, 405. Cfr. Gojoso, *Le contrôle de constitutionnalité dans la pensée juridique*, p. 145, col. II]

Sul piano strettamente teorico, Bodin non considerava l'intervento della magistratura «indispensabile al principe sovrano per fare la legge». Il principe restava titolare della funzione legislativa e quindi libero di redigere tutte le norme che riscuotessero il suo «plaisir». Tuttavia, «la verifica degli editti ad opera degli Stati o dei Parlamenti» restava sempre «di grande importanza al fine dell'osservanza delle leggi», ossia della loro efficacia (Bodin, *I sei libri dello Stato*, I, lib. I, cap. VIII, p. 384).

Abrogare «con clamore», ossia in modo esplicito, una legge esistente era dunque un'operazione — ancorché legittima — politicamente rischiosa perché in contrasto con la mentalità egemone secondo la quale la *Tradition* era garanzia assoluta di bene. Il rispetto dei costumi inveterati costituiva un

valore fondamentale in una società che considerava «l'ordine naturale come modello dell'ordine civile» (Mousnier, *La costituzione nello Stato assoluto*, pp. 46-49). Il mutamento era in generale svalutato.

Questa *forma mentis*, che — come già si è accennato — doveva «senza dubbio moltissimo ad Aristotele e all'aristotelismo scolastico, ma anche, in misura non minore, agli umanisti» (Mousnier, *ibidem*; cfr. Aristotele, *La politica*, lib. II, § 3, pp. 53-54), non risparmiò neppure il genio più corrosivo e critico del Cinquecento, Michel de Montaigne:

Niente turba uno Stato come l'innovazione: il solo cambiamento dà forma all'ingiustizia e alla tirannia. Quando qualche pezzo tentenna, si può puntellarlo: ci si può opporre a che l'alterazione e la corruzione naturale a tutte le cose non ci allontanino troppo dai nostri inizi e principi. Ma mettersi a rifondere una così gran massa e a cambiar le fondamenta d'un così grande edificio, è cosa degna di coloro che per pulire cancellano, che vogliono emendare i difetti particolari per mezzo di una confusione generale e guarire le malattie con la morte. [Montaigne, *Saggi*, lib. III, cap. IX, p. 1275]

I riformatori erano, in realtà — come aveva già notato Cicerone nel *De Officiis* — «desiderosi non tanto di cambiare quanto di distruggere» (Montaigne, *ibidem*). Lo stesso Montesquieu non fu del tutto esente da questa radicata *forma mentis* quando affermò che era saggia e prudente regola di buon governo non spingersi mai fino al punto di cambiare gli antichi costumi, i riti pubblici e perfino i nomi degli istituti giuridici, per non dare al popolo l'impressione di voler sconvolgere all'improvviso assetti consolidati che si erano radicati nella mentalità collettiva.

Riformare strutture che venivano percepite ontologicamente come «essenze» *ab aeterno* e *per aeternum* significava seminare nel corpo sociale scompiglio, confusione e

Di Donato

incertezza e ciò avrebbe in definitiva condotto lo Stato alla sua rovina. Molti giuristi e uomini politici in tutt'Europa accettarono e seguirono questa linea teorica senza mai discostarsene (Di Donato, *Esperienza e ideologia*, I, pp. 393-403).

### 2.3. Come si riconosce una «legge del re»?

Il complesso di queste regole non scritte ma conosciute e osservate da tutto l'*establishment* dava luogo, nella formazione della legge, a pratiche tortuose dalle quali traevano vantaggio soprattutto i Parlamenti. Gli *arcana juris* e il condizionamento occulto della magistratura sul potere politico venivano continuamente alimentati dallo scontro tra giurisdizione e Corona.

Per questo i *robins* e i loro *leaders* (come l'*abbé* Pucelle o l'*avocat* Le Paige) a dispetto di ogni apparente disponibilità al dialogo con il Ministero, favorirono sempre in realtà il clima di tensione tra i due poteri e utilizzarono il controllo di costituzionalità come il principale strumento di attacco alla sovranità del *Conseil du roi*. Questa strategia venne messa in atto cercando di ampliare a dismisura l'ambito normativo di rango gerarchicamente superiore in base al quale una nuova legge veniva giudicata conforme o no all'ordinamento vigente e quindi legittima o illegittima sotto il profilo costituzionale.

Il controllo di costituzionalità assumeva quindi molteplici caratteristiche a seconda dei casi di specie. Il giudizio del Parlamento poteva essere portato o su una legge non ancora in vigore (che difatti i *robins* consideravano come un semplice «*projet de loi*» fin tanto che non fosse stata registrata in Parlamento), oppure durante il concreto svolgimento di un processo, laddove ci si trovava

di fronte a un caso giudiziario la cui decisione veniva a dipendere dalla legittimità o dall'illegittimità costituzionale di una legge del sovrano. Anche in quest'ultimo caso era naturalmente l'interpretazione dell'organo giudicante a giocare il ruolo decisivo.

Quando si considerino questi aspetti — finora trascurati dalla storiografia — è più agevole comprendere la logica di fondo del tentativo messo in atto a partire dagli anni '50 del Settecento da Le Paige e dai suoi «*disciples-robins*» di ricondurre anche il procedimento legislativo e in particolare la procedura dell'*enregistrement* nel novero delle leggi fondamentali del regno e quindi costitutive dello Stato. Alla "gerarchia statica" veniva così ad aggiungersi una vera e propria "gerarchia dinamica" del sistema giuridico. L'intento era quello di potenziare per questa via il giudizio di costituzionalità e con esso aumentare l'ingerenza politica della magistratura parlamentare.

Grazie alla "gerarchia statica" il Parlamento procedeva all'esame del contenuto normativo di ogni nuovo provvedimento regio: i *robins* parlavano al riguardo di un controllo di «legalità» e di «equità». Spesso la verifica si estendeva fino a valutare, più in generale, la relazione tra la nuova norma e il contesto sociale che la norma stessa intendeva disciplinare: controllo di «opportunità» (su queste tre diverse forme di controllo parlamentare, cfr. Richet, *Lo spirito*, p. 28).

Attraverso la "gerarchia dinamica", invece, la magistratura si pronunciava sulla questione pregiudiziale se il nuovo atto potesse essere considerato legittimamente o no una "legge" dello Stato in base alla correttezza del procedimento di formazione.

I giuristi hanno sempre insistito su questo punto che hanno comprensibilmente considerato un fondamentale pilastro del-

l'attività giuridica in ogni tempo: «Una legge sorta in violazione delle norme che stabiliscono come debbano farsi le leggi, non può essere una legge valida» in nessun ordinamento, in nessun sistema giuridico, anche in quelli «a costituzione flessibile» o a costituzione materiale (Crisafulli, *Lezioni*, p. 235).

Sul medesimo presupposto logico, i *robins* affermavano che la «costituzione del regno» statuiva che la procedura della *vérification* parlamentare degli atti regi doveva essere considerata essenziale e quindi ineludibile nel procedimento di formazione delle leggi. Di conseguenza una legge non registrata non poteva essere considerata legge in quanto creata in violazione della procedura tipizzata prevista dal *droit public*.

A questo caso poteva essere assimilato il «letto di giustizia». Secondo la *thèse parlementaire* gli organi muniti di giurisdizione dovevano disapplicare una legge registrata in letto di giustizia tacciandola d'incostituzionalità. In tutti gli altri casi in cui una legge fosse ritenuta contraria alla «constitution de l'État», quei medesimi organi dovevano interpretarla attribuendole un senso differente e conforme alla linea giurisprudenziale dettata dal Parlamento di Parigi.

Entrambe le gerarchie normative — tanto quella statica quanto quella dinamica — conferivano alla magistratura un enorme potere giurisdizionale d'intervento sugli atti legislativi e governativi. Ed è principalmente questo il motivo per cui i giuristi di antico regime tendevano a considerare l'*ordo juris* secondo una disposizione gerarchizzata.

La gerarchia delle norme era direttamente funzionale al governo politico dei giudici. Essendo l'ordinamento composto di materiali giuridici di diversa natura, l'interpretazione giurisprudenziale diventava lo strumento determinante per coniugare o per dis-

giungere norme appartenenti a diversi livelli gerarchici. Una norma scomoda poteva essere eliminata facendola risultare "inferiore".

In quel contesto, una struttura normativa di questo tipo attribuiva al Parlamento una grande e discrezionale flessibilità nella partecipazione ai processi di decisione politica. A differenza del governo, che era investito per dovere istituzionale del compito di amministrare e di assumere decisioni di cui portava la responsabilità, il Parlamento poteva modulare la sua presenza e il suo peso nelle diverse *affaires d'État*. Il suo potere era defilato, ma proprio per questo più esteso e incisivo.

Questa posizione di preminenza occulta nell'*establishment* istituzionale risultava estremamente vantaggiosa perché la magistratura poteva mantenere intatta la facoltà di decisione anche quando trovava conveniente non partecipare o partecipare *in limine* a certe deliberazioni ritenute scivolose e impopolari. Ciò favoriva la strategia della *Robe* nei confronti dell'opinione pubblica. Porsi agli occhi di tutti come i custodi della costituzione, i baluardi della legalità, favoriva il consenso intorno ai "tutori della legge". I magistrati erano regolarmente visti come i "salvatori della Patria" contro ministri corrotti, avidi di privilegi personali e mai sazi.

Il giudizio di costituzionalità era lo strumento-cardine di questo complesso sistema socioistituzionale. Ciò spiega come le modalità della sua attuazione fossero le più ampie possibili: il controllo poteva essere "accentrato", "preventivo" e "astratto", quando si espletava nel corso di un procedimento legislativo dinanzi al Parlamento di Parigi; ovvero, all'opposto, "diffuso", "successivo" e "concreto", come quello dei Parlamenti provinciali o delle giurisdizioni inferiori, ad esempio dei *présidiaux* o delle *sénéchaussées* e dei *baillages* nel corso di un

Di Donato

procedimento giudiziario (per queste categorie concettuali elaborate dalla dogmatica giuridica contemporanea, cfr. Crisafulli, *Lezioni*, pp. 236-239; Zagrebelsky, *La giustizia*, pp. 167-172; Cappelletti, *Il controllo*; Pizzorusso, *I sistemi*, pp. 421 ss.).

Nell'attività del Parlamento si coagulava giustizia costituzionale e giustizia ordinaria. Nella vita attiva della *Cour souveraine* le due sfere non risultavano così distinte come possono apparirle oggi nella classificazione concettuale *ex post*. Spesso questi diversi tipi di controllo si sovrapponevano. Così pur nell'apparente rigoroso rispetto delle forme giuridiche, la *voluntas regis* cristallizzata nella legge era destinata comunque a subire un processo di distorsione interpretativa da parte della magistratura.

Il Parlamento aveva un incisivo potere gerarchico sulle giurisdizioni inferiori e subalterne, e poteva influire pesantemente già nelle prime fasi processuali. Nei casi più clamorosi ciò era strategicamente utile per mostrare l'unità dell'ordine giudiziario, come blocco compatto a difesa di un principio costituzionale ritenuto essenziale e inviolabile. Ciò spiega anche l'interesse della *Robe parlementaire* alla grande diffusione dei propri atti (come le «remontrances» e gli «arrêts») emanati a difesa della «costituzione del regno» contro un re e un governo disposti senza scrupoli a violarla.

### 3. Giudizio di costituzionalità e limiti al potere sovrano nel XVIII secolo

Il trionfo di questa linea, nel contempo ideologica e strategica, che individuava nel giudizio di costituzionalità il potere decisivo per inserire la giurisdizione parlamentare nella

sfera dell'alta politica, si realizzò progressivamente nel corso del Settecento. A partire dalla morte di Luigi XIV (1° settembre 1715) il sindacato di costituzionalità assunse tratti più marcatamente politici divenendo lo strumento cruciale dell'attività di opposizione della *Robe*.

#### 3.1. Le limitazioni giurisprudenziali

La magistratura fu, in quella fase di generale ricostruzione degli equilibri politici, tutta protesa verso lo sforzo di recuperare la centralità istituzionale perduta sotto il lungo regno del re-sole (Ford, *Robe and Sword*), un periodo che i *robins* settecenteschi intesero — e propagandarono a gran voce — come una parentesi rovinosa per gli equilibri costituzionali dello Stato, una disgrazia abbattutasi su una nazione prima di allora mostratasi sempre rispettosa di un'inveterata «tradizione costituzionale» di cui il Parlamento aveva garantito l'osservanza (Di Donato, *Giuristi e storia*, pp. 101-109). Ancor più che in passato si fece leva, allora, sugli istituti della *vérification* e dell'*enregistrement*, intesi come il perno del giudizio di costituzionalità attuato dalla magistratura parlamentare.

Il problema politico-istituzionale con cui quel giudizio venne inevitabilmente a incrociarsi fu quello della concreta limitazione dei poteri del sovrano. L'argomento, da sempre al centro della dottrina giuridica e politica, era divenuto ancor più sentito nel *milieu parlementaire* dopo l'esperienza della monarchia "solare". Un grande *homme de robe* prim'ancora che *philosophe* come Montesquieu intervenne fin dagli anni Venti per far osservare come un potere non si riesca mai a limitare con precetti morali o con squillanti formule di teoria politica (quali le teorie «dei

freni» o dei diritti «naturali» elaborate dalle dottrine giuridiche precedenti) prive poi di strumenti attuativi.

Ma, in verità, attenti lettori di Machiavelli — anche se quasi sempre dichiaravano *apertis verbis* di aborrirlo —, i giuristi non avevano mai creduto ingenuamente all'efficacia di quei vacui rimedi. Essi sapevano bene che se un potere di resistenza e di controllo non si fosse strutturato in una istituzione munita di concreti strumenti d'intervento, i sovrani avrebbero potuto agire indisturbati e quindi, in barba a ogni «teoria dei freni», senza limiti efficaci.

L'unica, vera limitazione poteva scaturire, invece, da una serie di pratiche, qualificabili *lato sensu* come giurisprudenziali, messe in atto dai Parlamenti. A quello scopo potevano essere "piegati" i complessi e arcani meccanismi che presiedevano alla formazione dei loro atti ufficiali (*arrêts, arrêtés, remontrances, arrêts de réglément*). Fu quello che accadde a partire dai primi anni Cinquanta sotto la guida di Louis-Adrien Le Paige, un *leader* dotato di grande carisma politico, un geniale *parvenu* che riuscì senza alcuna carica di rilievo a governare per più di trent'anni la giurisprudenza dei Parlamenti dell'intero regno (Di Donato, *L'ideologia dei robins*, pp. 173-389).

Uno dei maggiori esponenti del gruppo di *robins* che aderivano alle posizioni dottrinali di Le Paige, François de Murard, avrebbe tracciato, nel momento cruciale dello scontro, una chiara sintesi su questo fondamentale argomento, indicando nel giudizio di costituzionalità l'arma decisiva di cui il Parlamento disponeva per salvare lo Stato dalla deriva dispotica del monarca assoluto:

Poiché non è mai stato possibile, senza i più grandi inconvenienti, limitare la potenza del re nella sua amministrazione, e in tutto ciò che poteva

investire la stabilità delle leggi fondamentali, quale poteva essere allora il mezzo di erigere una barriera all'abuso del potere sovrano? Non ce n'era che uno: [...] impedire che il monarca potesse fare le leggi per il governo dei suoi sudditi, senza sottometterle in qualche modo a un loro esame. [...] I magistrati [sono] gli esecutori naturali delle leggi. [Certo, solo al re] compete di fare le leggi. [Ma] è necessario ch'egli sia istruito di tutti gl'inconvenienti che potrebbero comportare le leggi che vuol fare, o anche di tutto ciò che potrebbe contribuire a renderle perfette.

[*Mémoire et réflexions 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, cc. 486-7 (2 mag. 1771)]

Il tema del sindacato di costituzionalità effettuato dal Parlamento attraverso l'*enregistrement* delle leggi era così posto di nuovo al centro del dibattito politico. Nell'agosto del 1757 il Parlamento di Rennes precisò, in termini assai poco diplomatici, che la giurisdizione parlamentare non era affatto circoscritta ai singoli casi giudiziari, ma si estendeva direttamente al controllo sulle leggi emanate dal re:

Le funzioni che caratterizzano il Parlamento non consistono nel giudicare qualche processo privato. Una porzione separata dei poteri dei magistrati non può essere considerata come quella pienezza della magistratura che costituisce l'essenza dei poteri e delle funzioni del Parlamento. Giudicare l'equità e l'utilità delle nuove leggi, difendere la causa dello Stato e del pubblico, mantenere l'ordine e la tranquillità del regno, esercitare un'amministrazione sovrana e politica generale, che si estende su tutte le materie, su tutti gli oggetti e su tutte le persone, tali sono i poteri e le funzioni originarie, esclusive e caratteristiche del Parlamento. Il giudizio nei processi privati non vi è compreso che come conseguenza e al modo stesso che la parte è compresa nel tutto.

[Le Moy, *Le Parlement*, p. 209; Alatri, *Parlamenti*, p. 95]



Di Donato

Appare molto chiara in testi di questo tenore l'influenza lepaigiana. Circa quattro anni prima l'*avocat* si era già espresso sullo stesso argomento in un *pamphlet* stampato anonimo (come quasi tutti i suoi scritti) e diffuso in migliaia di esemplari. In quel volumetto si erano lette frasi del seguente tenore:

Giudicare le cause dei singoli: è davvero questo l'unico dovere di questi magistrati? [...] Il Parlamento conosce bene l'estensione dei propri obblighi e il suo giuramento; ma questi obblighi e questo giuramento non consistono solo nel rendere la giustizia ai singoli soggetti, ma nel vegliare anche alla conservazione delle Leggi delle quali esso è depositario, nel prevenire o punire gli attacchi portati contro la sovranità del re e alla pubblica quiete. Quando i magistrati non possono esercitare liberamente delle funzioni così essenziali; quando non hanno più alcun mezzo per far pervenire la verità al trono e metterlo al riparo dalle sorprese; quando s'impedisce loro di fare rimostranze, o quando non si vuole ascoltare quelle che sono state fatte, allora questi magistrati perdono la più gran parte della loro esistenza; l'oggetto stesso, il più essenziale, di questa esistenza cambia al punto di ridurli come al nulla.

[Le Paige, *Lettre à un Seigneur de la Cour*: BPR, LP 530=40, cc. 8-9]

### 3.2. Il controllo del «sacerdozio civile» sulle «leggi del re»

Con Le Paige, il giudizio di costituzionalità divenne, ancor più che in passato, uno strumento della strategia politica dei corpi intermedi contro l'azione di governo del monarca e dei suoi ministri. Nella sua visione il Parlamento era destinato a diventare il vero centro politico dello Stato. L'*avocat* era convinto «che il re è la fonte di ogni legislazione», ma che nel contempo «in ottemperanza della costituzione dello Stato, il Parla-

mento ne è il ministro e l'organo». Di conseguenza, «il potere di registrazione delle leggi», spettante esclusivamente al Parlamento ed esercitato «a seguito di un libero suffragio» ne costituiva il supremo e indispensabile «sigillo» (BPR, LP 547=133, c. 1).

Questa definizione produceva due conseguenze teorico-pratiche importanti: per un verso concentrava nel solo Parlamento le funzioni di controllo dell'attività legislativa ed esecutiva della Corona, funzioni che a suo giudizio non potevano essere assolute da nessun altro organo; per un altro collegava le leggi fondamentali e quindi il livello normativo costituzionale alla funzione giurisprudenziale ordinaria, nella convinzione – mutuata da Montesquieu – che sottrarre il «potere di libera valutazione a un corpo permanente che possiede da sempre il deposito delle leggi», significava «distruggere le leggi fondamentali del regno» e con esse smembrare la base stessa della «costituzione». Infatti, «dove non vi è alcun deposito stabile delle leggi, non vi sono neppure leggi fondamentali».

L'idea-cardine è qui che la «costituzione», concepita come «deposito di leggi» interpretate per via giurisprudenziale, avesse «contribuito a conservare l'ordine dello Stato altrettanto che la forza delle armi». Coerentemente a questo presupposto la magistratura diventava «una milizia che ha le sue prove, e che richiede coraggio e fermezza come la milizia delle armi» (BPR, LP 569=97, 30 aprile 1771). Le armi del magistrato erano gli strumenti della tecnica esegetica attraverso i quali egli manifestava i segni del *munus* ricevuto direttamente dalla *divinitas*. Il potere delle corti di giustizia configurava una «teocrazia giudiziaria» (Renoux-Zagamé, *Du droit de Dieu*, pp. 121-129).

Per questo motivo l'attività del giudice configura nel pensiero lepaigiano un vero e proprio «sacerdozio civile» e del pari «l'amministrazione della giustizia è uno di quei prodigi di politica, che raffigura il più vivamente possibile ai nostri occhi la divinità» (Le Paige, *Lettre apologétique, critique et politique sur l'Affaire du Parlement*, s. l. [ma Paris, Enclos du Temple] 1754: BPR, *Fonds Lettres*, 329, p. 99). Per Le Paige il giudizio di costituzionalità del Parlamento si legittima in definitiva con il carattere soprannaturale della *Scientia Juris*.

Citando a supporto della sua tesi alcune tra le maggiori *auctoritates* della dottrina giuridica europea, Le Paige intendeva accreditare il Parlamento di Parigi come supremo giudice costituzionale del regno. Attraverso il controllo sulle leggi egli intendeva rivendicare la piena partecipazione della magistratura alla sovranità politica:

È un Re padrone di fare adottare come legge tutto ciò ch'egli giudica giusto? E di creare delle nuove leggi, di abrogare le vecchie, di disporre del Regno come cosa propria e delle proprietà dei suoi sudditi come sua proprietà personale? E gli editti ch'egli emana devono essere accettati solo perché così a lui piace, in modo che la registrazione non sia che una semplice notificazione della sua volontà, una promulgazione legale, autentica, che rende obbligatoria la legge, in quanto la fa conoscere? O piuttosto la registrazione non presuppone nel corpo incaricato di questa importante funzione il diritto di esaminare la legge, di confrontarla con le leggi precedenti, e con gli stessi interessi del monarca, il bene del suo Stato, l'interesse legittimo dei sudditi? Tutto dipende dalla discussione su quest'unico punto. Se la registrazione non è che una formalità di notifica al popolo attraverso l'organo dei tribunali, allora non vi è alcuna difficoltà: appena il Re ha iscritto lui stesso, o lo ha fatto fare da un latore dei suoi ordini, la sua volontà sul registro delle leggi, il primo dovere del Parlamento è di obbedirvi, e il suo ministero si limita allora a darvi la più rigorosa esecuzione. Ma se, al

contrario, la registrazione presuppone una discussione illuminata, una verifica libera, che solo dopo aver confrontato l'editto con il bene ch'esso è destinato a produrre lo omologhi al deposito delle leggi, ovvero lo dichiarò inidoneo ad assolvere quest'augusta funzione, allora è chiaro che in questo caso il Parlamento non è affatto obbligato di prestarvi acquiescenza dopo la formalità delle prime rimostranze; [e] che continuando a sussistere tanto le ragioni che hanno portato alla sua adozione [da parte del Re] quanto quelle che hanno spinto il Parlamento ad opporvisi, queste rimostranze devono essere perseveranti.

[Le Paige, *Lettre à M. \* \* \**, pp. 22-24]

### 3.3. Il giudizio costituzionale come veicolo tecnico della partecipazione politica

Questa dottrina è una scoperta rivendicazione del ruolo politico della *Robe parlementaire*. Lo conferma il fatto che Le Paige si preoccupa di tamponare le conseguenze negative che la magistratura avrebbe potuto subire, in termini di responsabilità individuali e collegiali, una volta ammesso il principio della sua partecipazione alla scelta dell'indirizzo legislativo e amministrativo.

Una funzione come quella giurisdizionale, che per sua natura (e per sua convenienza) doveva mantenersi formalmente in una sfera di apoliticità, non poteva infatti essere sfiorata da sospetti di parzialità e neppure investita dalla responsabilità che spettava unicamente a chi esercitava il potere di *condere leges*:

Si dirà dunque che [attraverso il sindacato sulle leggi] il Parlamento si attribuisce il potere legislativo? Falsa deduzione, la cui imputazione rivelerebbe o ignoranza, o malafede. Solo il Principe è Legislatore; e dopo aver inviato la legge al suo Parlamento, e una volta averne ascoltato le rimostranze e aver dato credito ai giusti allarmi dei magistrati, egli può procedere all'esecuzione; oppure qualora si sia convinto degli argomenti da

## Di Donato

loro manifestati ritenendo i loro rilievi fondati, egli ritira l'editto che è destinato a rimanere così un semplice progetto di legge che egli ha sentito non poter essere rivestito delle forme essenziali della legislazione.

[Le Paige, *Lettre à M. \* \* \**, pp. 24-25]

In sostanza, il progetto politico-istituzionale lepaigiano prevedeva una divisione di compiti di questo tipo: al potere politico (Corona e Ministero consiliare) spettava la responsabilità di proporre le scelte; al potere giudiziario (Parlamento), la funzione di valutarle approvandole o respingendole. Lo strumento per l'attuazione di questa divisione funzionale non poteva che essere il sindacato di costituzionalità. Il problema del conflitto insanabile magistratura/ potere politico nell'ambito dell'organizzazione funzionale dello Stato moderno emerge qui in tutta la sua drammatica e irresolubile evidenza.

Per dar fondamento al controllo parlamentare di costituzionalità, Le Paige ricorse anche a un altro argomento classico della dottrina giuridica europeo-continentale: l'affidabilità del diritto come strumento scientifico, oggettivo di conoscenza del "bene" e del "giusto", contrapposto al fragile, fallace, mutevole giudizio dei singoli uomini e della ragione umana. Il re è un singolo uomo e come tale era soggetto come tutti gli uomini al rischio di errore:

In Francia sono i re gli unici e sovrani legislatori. Questa è la prima base del nostro diritto pubblico. Ma i re sono uomini, come in ogni altra parte del mondo. Essi sono tanto più esposti all'imprevisto e alla sorpresa quanto più sono pieni di bontà rispetto a tutti gli altri uomini; ed essendo più umani e più accessibili, è facile riuscire a ingannarli. Le passioni, d'altronde, avanzano i loro diritti sul cuore dei re, come su quello del resto degli uomini.

[BPR, LP 530-9]

Una volta riconosciuto che la natura umana dei sovrani non è diversa da quella dei comuni mortali e che essi sono soggetti come tutti gli uomini all'errore, Le Paige può passare al seguito della dimostrazione concernente la necessità dell'apparato giurisdizionale come garanzia di solidità e potenza dello Stato:

È appunto questa la grande saggezza che i nostri re hanno avuto; e con una moderazione propria forse solo ai nostri monarchi, essa ha voluto prevenire le tristi conseguenze di queste fragilità umane, stabilendo un tribunale che sarebbe stato una parte essenziale nella costruzione dello Stato, incaricandolo del deposito delle leggi, ordinandogli di vegliare senza sosta ai veri interessi del principe e dei suoi Stati, e di opporre agli inganni che gli si sarebbero potuti fare, delle ferme rispettose rappresentazioni, o anche un'umile, ma generosa resistenza. E questa è la seconda base del diritto pubblico della Francia; e questo è il monumento, antico quanto lo Stato stesso, della prudente equità dei nostri monarchi. Questo monumento non ha mai subito un'eclisse, fin dall'origine della monarchia.

[BPR, LP 530-9]

Da tutto ciò derivava, per Le Paige, un principio politico universale, inestinguibile in una monarchia di diritto divino. In base a questo principio si poteva affermare

che i re, per la stessa attribuzione della loro sovranità, sono nella felice impotenza [*bienheureuse impuissance*] di distruggere le leggi dei loro Stati, e che ciò non è né imperfezione, né debolezza in un'autorità suprema.

[BPR, LP 530-9]

Ritorna qui il criterio di fusione tra giudizio di "costituzionalità" e giudizio di "legalità", rese ormai indistinguibili nella concreta attuazione della *jurisdictio* parlamentare.

Le riflessioni di Le Paige sono una testimonianza tutt'altro che limitata a una per-

sonalità — per quanto gigantesca — del mondo giuridico e politico francese di Antico regime. Esse contengono una sintesi d'idee largamente circolanti nei *milieux parlementaires* e in molti ambienti giuridici europei, ed esprimono una linea teorico-pratica che, come si legge in una lettera manoscritta e inedita che gli fu inviata il 14 dicembre 1753 da Bourges da uno dei *robins* che erano lì esiliati, meritava «di essere scolpita nello spirito di tutti i magistrati» (BPR, LP 530=9).

Di questo spirito, di questa "ideologia", la manifestazione più esplicita ci viene offerta da due manoscritti inediti di grande valore storiografico, provenienti entrambi dalla *plume* di de Revol:

La corte del Parlamento è la sola depositaria dei principi della nostra costituzione. [...] Il Re 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 sì che il principe sembri arrogarsi un potere distruttivo di quello del Parlamento, allora questo vassallo mediato invoca la legge suprema dello Stato.

[BPR, LP 580-4, c. 699]

La conseguenza di questa visione è che il giudizio di costituzionalità, contenuto nella procedura della registrazione, diventava nella dottrina della *robe parlementaire* «una delle forme essenziali e più preziose» dello Stato monarchico-assoluto. Il Parlamento si proponeva come il naturale "custode della costituzione". Nel giudizio di costituzionalità la magistratura trovava lo strumento principe «per dare un'esistenza giuridica alle volontà del sovrano» (BPR, LP 534=33).

#### 4. Conclusione: un ponte tra passato e presente

L'esistenza del giudizio di costituzionalità negli ordinamenti giuspolitici di Antico regime è ormai un dato storico documentato. Tuttavia la storiografia istituzionale non deve avere alcun intento autocelebrativo, ma limitarsi a descrivere i fenomeni storici e a tracciarne un'interpretazione significativa. Indagare sul giudizio di costituzionalità nell'Antico regime significa imbattersi nel problema delle origini del conflitto tra il potere politico e quello giurisdizionale. Su questo percorso s'incontrano i temi più rilevanti della struttura socioistituzionale dello Stato assoluto a partire dalla mediazione patriarcale dei giureconsulti.

Il maggiore teorico settecentesco del giudizio di costituzionalità, Le Paige, ben conscio della portata della questione, si spinse fino a considerare l'esistenza di un giudizio sulle leggi come il criterio universale per distinguere «lo Stato da ciò che non lo è». La sua si configura quindi come una vera e propria teoria giuridica dello Stato, che si può sinteticamente riassumere così: non vi è Stato senza diritto; non vi è diritto senza costituzione, ossia senza principi e norme fondamentali da cui far derivare tutte le altre; non vi è costituzione senza Tradizione e senza una magistratura che interpreti l'una e l'altra e quindi, sostanzialmente, le crei. L'interpretazione creativa del diritto si determina, al suo più alto grado di perfezione e di efficacia, nel giudizio di costituzionalità.

Quest'ultimo non può essere quindi ristretto a una tipologia identificata con la forma giuridica storicamente determinata dall'emersione delle carte costituzionali, nell'età delle rivoluzioni. Il sindacato di costituzionalità appare invece legato ai processi di formazione stessa dello Stato moder-

Di Donato

no, come apparato capace di realizzare la sintesi politica di un molteplice e crescente fascio di specificazioni funzionali sempre più complesse e numerose, delle quali l'attività giurisdizionale si rivela l'unica in grado di tessere le fila.

Non mancano i riscontri testuali a suffragio di questa tesi. Uno dei più calzanti, ad esempio, è contenuto in un importante manoscritto anonimo che appartenne alla biblioteca del presidente Durey de Meinières, un altro magistrato schieratissimo sulle posizioni dell'*avocat*. Il manoscritto è intitolato «*Observations sur les anciens registres du Parlement, faites sur une très ancienne copie de ces registres*» (BS, *fonds Boissy d'Anglas*, voll. 813 e 1103, ff. 587-599). In queste righe si trova espressa con chiarezza l'idea che il vero obiettivo parlamentare era stato, fin da quando il Parlamento era stato reso sedentario da Filippo il Bello all'inizio del XIV secolo, il controllo sulle leggi del sovrano e la partecipazione al potere politico.

Già nel Medioevo, dunque, gli strumenti interpretativi dei *legum doctores* si erano affinati forgiando un arsenale discorsivo e argomentativo che si era assunto il compito precipuo di fissare limiti sempre meno vaghi all'azione politica del monarca. Prevenendo il pericolo dell'eccesso di potere da parte del re, i giureconsulti e gli organi istituzionali nei quali operavano si erano posti tempestivamente il problema dei contrappesi studiando ogni «possibilità di limitare giuridicamente in modo efficace il potere politico».

I maggiori «uomini di quel tempo vollero già costringere i monarchi a non usare arbitrariamente il potere» (cfr. David, *La souveraineté*, pp. 8-9). In quella fase lo strumento giurisdizionale utilizzato dai magistrati furono gli *olim*, antesignani dei suc-

cessivi *arrêts* (Boutaric, *Actes*). Lo studio di questi provvedimenti, spesso di vera e propria giustizia costituzionale *ante literam*, raccolti a questo scopo in appositi registri, fu considerata di sicura utilità agli occhi di un *robin* del XVIII secolo interessato a trarne partito, nell'intento di reperire precedenti di lunga durata alla giurisprudenza costituzionale del Parlamento:

Lo studio che si può fare di questi registri di *olim* – si legge nel manoscritto di questo anonimo magistrato – non consiste tanto [...] ad esaminare delle questioni che vi sono state decise, perché essi sono passati in troppe mani, e noi disponiamo di molti estratti nel vecchio stile del Parlamento.

[BS, *fonds Boissy d'Anglas*, vol. 813, f. 6r.]

Per questo fine ci si poteva indirizzare utilmente alle opere compilative di uno Choppin, di un Corbin, di un Bouchet, di un du Luc o alle «*preuves de liberté de l'Eglise gallicane*» (*ibidem*, f. 6v). Riportare in vita gli *olim* rispondeva, invece, a un obiettivo fondamentalmente politico:

Il vero oggetto che ci si potrebbe proporre visitando questi antichi registri sarebbe di esaminare quelli che sono stati scritti per essere stati parte delle deliberazioni del Parlamento e, tenendo conto della storia del tempo, di ben riconoscere quelli che avevano avuto una parte nel governo o nella potenza pubblica.

[*Ibidem*]

Si può trovare nelle fonti parlamentari settecentesche una dichiarazione più estesa e argomentata, ma non più esplicita. Il vero scopo della giurisprudenza costituzionale, fin dai suoi inizi, era la partecipazione arcaica della magistratura togata al potere sovrano. I *robins* intendevano prendere parte attiva nell'esercizio della funzione decisionale sugli "affari di Stato", ossia dell'indirizzo

politico. Nel loro intento, era questo lo scopo effettivo del *dépôt légal*. In un sistema che fondava in massima parte la sua legittimazione sulla forza della *Traditio*, la *pesanteur* della storia giocava un ruolo decisivo. E il *mare magnum* delle *decisiones* parlamentari offriva uno strumento insostituibile per realizzare l'egemonia — tecnica e politica — dell'apparato giurisdizionale.

Per le sue modalità tipiche e indipendentemente dai contesti nei quali venne sviluppandosi, il giudizio costituzionale — non diversamente dalla *jurisdictio* ordinaria — riuscì quasi sempre a sottrarsi a qualsiasi forma di censura e persino di semplice controllo (anche solo di legittimità) delle procedure seguite. I Parlamenti consideravano tali procedure come *interna corporis* e come tali pretendevano che fossero sottratte a ogni forma di sindacato esterno. L'attività giurisdizionale del Parlamento doveva restare insindacabile. Fino alla Rivoluzione i magistrati difesero gelosamente questo principio e agirono politicamente approfittando di una sostanziale inamovibilità e di una pressoché completa irresponsabilità per gli atti di giurisdizione e per gli effetti che ne derivavano.

Partecipazione occulta al potere sovrano e irresponsabilità politica furono l'eredità che quel modello giurisdizionale lasciò ai sistemi successivi fino agli ordinamenti attuali. Non può allora stupire che ci si continui a chiedere ai giorni nostri se esista un concreto rischio di «governo dei giudici» (Troper, *Existe-t-il un danger*). E del resto è stato osservato perspicacemente come oggi siamo di fronte a un processo che sembra concretizzare una sorta di ritorno all'Antico regime: assistiamo a una «transizione da uno Stato parlamentare di legislazione a uno Stato dominato dalla "jurisdictio" delle Corti costituzionali», veri eredi della giurisdi-

zione parlamentare di Antico regime (Habermas, *Fatti e norme*, pp. 296-297).

Questa fase di transizione appare «storicamente irrevocabile» e dà corpo a una giurisdizione, intesa appunto nel «senso premoderno di "jurisdictio"» che risulta sempre più fondata, come un tempo, su un «diritto soprapositivo» che i giudici costituzionali stessi creano fingendo poi di applicarlo traendolo da un *corpus* oggettivo e preesistente (Troper, *La notion de principes supra-constitutionnels*, in Id., *La théorie du droit*, pp. 195-214). Una tesi, questa, sempre più condivisa nella dottrina politologica contemporanea, ma non altrettanto in quella giuridica. Böckenförde ha osservato che negli ordinamenti contemporanei sfumano sempre più i confini tra legislazione e giurisdizione ed «entrambi i poteri creano diritto nella forma della concretizzazione ed entrano in concorrenza tra loro».

Proprio come nella dialettica Re/Parlamento, osservata dal punto di vista della magistratura parlamentare, in «questo rapporto di concorrenza il legislatore ha la prima parola», mentre la giurisdizione costituzionale «ha la parola che prevale» (Habermas, *Fatti e norme*, pp. 296-297).

La riflessione dei maggiori teorici del diritto, pur di diversi orientamenti, è ormai abbastanza omogenea nel considerare — come ha scritto Konrad Hesse — che «ogni interpretazione ha carattere creativo»; questa «creatività», pur essendo un elemento strutturale (quindi ineliminabile) di ogni giurisdizione, tende oggi a travalicare i suoi limiti fisiologici ed è perciò oggetto di un giudizio sempre più critico da molte parti. Soprattutto i filosofi del diritto e della politica hanno osservato come quella dialettica abbia finito col diventare la base di un indebito «incremento del potere della magistra-

tura» e di «un allargamento dei margini di decisione del giudice che rischiano di squilibrare il castello di norme dello Stato di diritto classico».

In tal modo «la magistratura interferisce in competenze legislative per le quali non ha legittimazione democratica», con la conseguenza di svuotare «la legittimazione democratica del diritto» (Habermas, *Giurisdizione e legislazione: ruolo e legittimità della giurisprudenza costituzionale*, in Id., *Fatti e norme*, pp. 291-292 e 294). In particolare la giurisdizione costituzionale si attribuisce ormai apertamente «la facoltà di procedere a una creazione di diritto dalle aspirazioni politiche», mentre il controllo di costituzionalità dovrebbe «sempre limitarsi all'applicazione di norme (costituzionali) presuntivamente valide» (Habermas, *Fatti e norme*, pp. 301 e 311). Tuttavia lo stesso Habermas riconosce che la distinzione tra discorsi che *applicano* e discorsi che *fondano* norme funziona solo «in termini di logica argomentativa», ossia solo negli astratti enunciati descrittivi della teoria giuridica (*ibidem*).

In realtà, il fenomeno non dipende né dal modo in cui le costituzioni sono redatte né da un presunto "sconfinamento" dei poteri degli organi di giurisdizione costituzionale, ma piuttosto dalla natura stessa della giurisdizione: «Dal momento che il giudice costituzionale interpreta la costituzione, è lui stesso a determinare la norma costituzionale. Egli esercita un potere costituente». Va riconosciuto consequenzialmente che «il controllo di costituzionalità è radicalmente incompatibile con la democrazia» se s'intende quest'ultima come «un sistema nel quale le norme generali, e in primo luogo le leggi, sono prodotte dal popolo o da suoi rappresentanti». A meno che non si voglia fingere di considerare gli

stessi organi di giurisdizione costituzionale come «rappresentanti del popolo» (Troper, *La théorie du droit*, pp. 192-193). Si tornerebbe così né più né meno — tragedia o farsa? — alla *fictio juris* del *consensus gentium*: la rappresentanza «consensuale» presunta e autofondata dei parlamenti di Antico regime (Krynen, *Qu'est-ce qu'un Parlement qui représente le roi?*).

Lo squilibrio tra potere legislativo e organi costituzionali di controllo è dunque *in re ipsa* ed ha origini molto più antiche dell'attuale conflitto. Esso è radicato nella struttura stessa dello Stato moderno. Se si vuole superare il governo occulto della giurisdizione non vi è altra strada che ripensare *ab imis fundamentis* lo Stato.

Illusione o speranza?

#### Fonti archivistiche

- BAN = Bibliothèque de l'Assemblée Nationale (126, rue de l'Université, 75007, Paris);  
 BPR, LP = Bibliothèque de la Société de Port-Royal (169 rue St. Jacques, 75005 Paris), *collection Le Paige*;  
 BS = Bibliothèque du Sénat (Palais du Luxembourg, 15, rue de Vaugirard, 75006 Paris).

#### Bibliografia

- Alatri (Paolo), *Parlamenti e lotta politica nella Francia del Settecento*, Laterza, Roma-Bari 1977;  
 Alimento (Antonella), *Riforme fiscali e crisi politiche nella Francia di Luigi XV — Dalla "taille tarifée" al catasto generale*, Olschki, Firenze s.d. [1995];  
 Aristotele, *La politica*, Laterza, Bari 1969<sup>4</sup>;  
 Bodin (Jean), *Les Six Livres de la République* [1576], tr. it. a cura di Margherita Isnardi Parente e Diego Quaglioni, *I sei libri dello Stato*, 3 voll., Utet, Torino 1964-1988-1997;  
 Boutaric (Edgard) (ed.), *Actes du Parlement de Paris*, 2 voll., Plon, Paris rispett. (t. I) 1863 e (t. II) 1867;  
 Bugnyon (Philibert), *Legum abrogatarum et inusitatarum tractatus* [1563], apud Petrum de Dobbeleer, Bruxellis 1702 (3<sup>a</sup> ediz.);

- Calogero (Guido), *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Cedam, Padova 1964 (rist. inalterata della 1ª ediz. del 1937);
- Campbell (Peter R.), *Power and Politics in Old Regime France. 1720-1745*, Routledge, London and New York 1996;
- Cappelletti (Mauro), *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Giuffrè, Milano 1968;
- Carré (Henri), *Le pouvoir législatif au temps de Louis XV*, Imprimerie Millet, Poitiers 1889;
- Crisafulli (Vezio), *Lezioni di diritto costituzionale. II. L'ordinamento costituzionale italiano (Le fonti normative - La Corte costituzionale)*, Cedam, Padova 1976;
- David (Marcel), *La souveraineté et les limites juridiques du pouvoir monarchique du IX<sup>e</sup> au XV<sup>e</sup> siècle*, Dalloz, Paris 1954;
- Di Donato (Francesco), *Esperienza e ideologia ministeriale nella crisi dell'ancien régime*, 2 voll., Jovene, Napoli 1996;
- *La puissance cachée de la robe - L'idéologie du jurisconsulte moderne et le problème du rapport entre pouvoir judiciaire et pouvoir politique*, in Cayla (Olivier)-Renoux-Zagamé (Marie-France), *L'office du juge: part de souveraineté ou puissance nulle?*, «Atti del Congresso internazionale di Rouen», 26-27 mar. 1998, LGDJ, Paris 2001, pp. 89-116;
- *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» organizzato dall'A.F.H.I.P. (XV), 2-3 mag. 2002, PUAM, Aix-en-Provence 2003, pp. 53-73;
- *Giuristi e storia dello Stato: il conflitto magistratura-potere politico nella Francia del Settecento*, in «Storia Amministrazione Costituzione», Annale ISAP, Il Mulino, Bologna, n. 11/2003, pp. 73-122;
- *L'ideologia dei robins nella Francia dei Lumi - Costituzionalismo e assolutismo nell'esperienza politico-istituzionale della magistratura di antico regime (1715-1788)*, vol. I, ESI, Napoli 2003;
- Egret (Jean), *Louis XV et l'opposition parlementaire. 1715-1774*, Colin, Paris 1970;
- Ford (Franklin L.), *Robe and Sword - The Regrouping of the French Aristocracy after Louis XIV*, Harvard Univ. Press, Cambridge (Mass.) 1953 (3ª rist. 1968);
- Gojoso (Éric), *Le contrôle de constitutionnalité dans la pensée juridique française de la seconde moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle: une autre approche*, in «Giornale di Storia Costituzionale», n. 4, 2/2002, pp. 145-154;
- Habermas (Jürgen), *Fatti e norme - Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia* (in part. si segnala per la specifica attinenza al tema il saggio *Giurisdizione e legislazione: ruolo e legittimità della giurisprudenza costituzionale*, pp. 285-340), Guerrini e Associati, Milano 1996, trad. it. a cura di Leonardo Ceppa di *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt a. M. 1992;
- Krynen (Jacques), *Qu'est-ce qu'un Parlement qui représente le roi?*, in Durand (Bernard)-Mayali (Laurent), *Excerptiones iuris: Studies in Honor of André Gouron*, «Studies in Comparative Legal History», The Robbins Collection, Berkeley 2000, pp. 353-366;
- *La constitution dans la pensée politique*, «Actes du Colloque de Bastia», 7-8 set. 2000, PUAM, Aix-en-Provence 2001;
- Le Moy (Arthur), *Le Parlement de Bretagne et le pouvoir royal au XVIII<sup>e</sup> siècle*, Burdin, Angers 1909;
- Le Paige (Louis-Adrien), *Lettre à un Seigneur de la Cour sur la cessation du service arrêtée par le Parlement le 5 mai 1753*, s.l. (ma Paris, Enclos du Temple), 4 novembre 1753;
- *Lettre à M. \* \* \*, conseiller au Parlement*, Paris 1774;
- Mazzanti Pepe (Fernanda), *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, 1973, 609-650;
- Montaigne (Michel Eyquem de), *Essais* [1580], tr. it. a cura di Fausta Garavini, *Saggi*, 2 voll., Mondadori, Milano 1970;
- Mousnier (Roland), *La costituzione nello Stato assoluto - Diritto, società, istituzioni in Francia dal Cinque al Settecento*, a cura e con introduzione di Francesco Di Donato, ESI (Collana "Il Diritto e l'Europa"), Napoli 2001;
- Pizzorusso (Alessandro), *I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi*, «Quaderni costituzionali», 1982;
- Renoux-Zagamé (Marie-France), *Du droit de Dieu au droit de l'Homme*, PUF (coll. «Leviathan»), Paris 2003 (si segnala in part., per la specifica attinenza al tema, il cap. intitolato «Contrôle de légalité contrôle de constitutionnalité», pp. 234-243);
- Richet (Denis), *Lo spirito delle istituzioni - Esperienze costituzionali nella Francia moderna*, Laterza, Roma-Bari 1998 (3ª ed. 2003), trad. it. a cura di Francesco Di Donato di *La France moderne: l'esprit des institutions*, Flammarion, Paris 1973;
- Register (John M.G.), *Louis XV and the 'Parlement' of Paris, 1737-1755*, Cambridge Univ. Press, Cambridge 1995;
- Swann (Julian), *Politics and the 'Parlement' of Paris under Louis XV, 1754-1774*, Cambridge Univ. Press, Cambridge 1995;
- Tanucci (Bernardo), *Epistolario*, XVII (1766), a cura di Maria Grazia Maiorini, Società Napoletana di Storia Patria, Napoli 2003;
- Troper (Michel), *La théorie du droit, le droit, l'État*, PUF, Paris 2001;
- *Existe-t-il un danger de gouvernement des juges?*, in Daniel Soulez Larivière - Hubert Dalle (eds.), *Notre justice*, Laffont, Paris 2002, pp. 329-346;
- Zagrebelsky (Gustavo), *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna 1988<sup>2</sup> (1ª ed. 1977).