

# Dottrine, testi e pratiche costituzionali nella Lunga durata

## 1. UNA NASCITA SENZA DATA DI NASCITA

Vi sono molti miti da sfatare sui concetti di «costituzione» e «costituzionalismo»<sup>1</sup>. Il primo riguarda il tempo. Quando è nata la costituzione? La quasi totalità dei costituzionalisti e dei politologi, ma anche una folta schiera di storici del diritto e dei fenomeni politici, ritiene che vi siano delle date di nascita precise corrispondenti all'Età delle Rivoluzioni americana e francese. Quindi il 17 settembre 1787 (*Costituzione federale degli Stati Uniti d'America*); il 26 agosto 1789 (*Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*); e il 3-14 settembre 1791 (primo vero e proprio testo costituzionale francese)<sup>2</sup>.

Da quelle date-simbolo – e in particolare dal 1789, divenuta nell'immaginario collettivo il riferimento costituzionale per antonomasia dell'«invenzione della costituzione»<sup>3</sup> – sarebbe scattata quell'«ossessione costituente»<sup>4</sup> che ha

<sup>1</sup> I riferimenti bibliografici nelle note seguenti sono ridotti all'indispensabile. Per un'estesa bibliografia su questo campo d'indagine, rinvio ai voll.: D. Richet, *Lo spirito delle istituzioni. Esperienze costituzionali nella Francia moderna*, da me tradotto e curato, Roma-Bari, Laterza, 1998 (si veda ivi, VII-L, il mio saggio introduttivo *Un costituzionalismo di antico regime? Prospettive socio-istituzionali di storia giuridica comparata*); R. Mousnier, *La costituzione nello Stato assoluto. Diritto, società, istituzioni in Francia dal Cinquecento al Settecento*, anch'esso a mia cura e con un mio saggio introduttivo (*Critica della «ragione virtuosa». Roland Mousnier: la civiltà giuridica dello Stato assoluto*, XV-CXXXVI), Napoli, ESI, 2002; F. Di Donato, *L'ideologia dei robins nella Francia dei Lumi. Costituzionalismo e assolutismo nell'esperienza politico-istituzionale della magistratura di antico regime (1715-1788)*, Napoli, ESI, 2003; Id., *La rinascita dello Stato. Dal conflitto magistratura-politica alla civilizzazione istituzionale europea*, Bologna, Il Mulino, 2010, con prefazione di Michel Troper.

<sup>2</sup> Se ne vedano ora i testi in E. Rotelli, *Le costituzioni di democrazia. Testi 1689-1850*, Bologna, Il Mulino, 2008, rispettivamente. 197-206, 209-211 e 213-239.

<sup>3</sup> M. Troper e L. Jaume (a cura di), *1789 et l'invention de la constitution*, «Actes du colloque de Paris organisé par l'Association Française de Science Politique», 2-4 mar. 1989, Paris, LGDJ-Bruylant, 1994.

<sup>4</sup> Cfr. Roberto Martucci, *L'ossessione costituente. Forma di governo e costituzione nella Rivoluzione francese (1789-1799)*, Bologna, Il Mulino, 2004; M. Troper, *Terminer la Révolution. La Consti-*

caratterizzato da allora in poi il nucleo della mentalità giuridica e politica fino ai giorni nostri. A partire da quel momento tipico della storia dell'umanità, la vita di ogni comunità statale s'impenna su un testo costituzionale, che «codifica» le leggi fondamentali di uno Stato, ma soprattutto condensa in sé il deposito di valori e di principi strutturali e strutturanti. I sistemi costituzionali hanno così dato vita a una nuova era dell'umanità, l'«età dei diritti», della libertà e della democrazia<sup>5</sup>.

La costituzione è allora l'Evento della modernità giuridica e politica, che, come tutti gli Eventi, determina la *summa divisio* della storia in un *prius* e un *posterius*. Già secondo lo spirito dei primi costituenti, dal momento in cui una costituzione è posta nessuna legge può contrapporsi a essa e anzi tutto il diritto, persino quello precedente, dev'essere reinterpreto alla luce dei valori espressi in quel testo capitale<sup>6</sup>.

È dunque proprio quel *testo* a determinare il nuovo *contesto*, il perimetro cioè entro il quale la legislazione, vecchia e nuova, deve esistere. La Costituzione è, insomma, il nuovo Dio del Testamento giuridico moderno; è il Principio *pantocrator* che sostituisce la *Divinitas* dell'Antico Regime la quale, dispensando la *Veritas* attraverso il *munus* della regalità, suffragava il potere del sovrano legittimandolo appunto «per diritto divino». Con un principio logicamente analogo, ancorché ai suoi antipodi sul piano dei valori politici e dei contenuti normativi, quel Testo primigenio diventò il nuovo riferimento gerarchico, assoluto, insormontabile.

Da allora ogni qualvolta una Costituzione s'instaura essa pone *eo ipso* due fondamenti impliciti e assoluti, che possono essere così sintetizzati: [1] «Non avrai altro Diritto al di fuori di Me»; e [2] «Bisogna obbedire alla Costituzione» cioè «a Me stessa». In tal modo viene implicitamente sancito il principio metagiuridico supremo che il diritto costituzionale è superiore a ogni altro diritto e che esso è pertanto la sola fonte legittima della normazione giuridica<sup>7</sup>. Il diritto fissato dalla Costituzione è dunque il Diritto, il Principio primo e ultimo, il *Fiat lux* e la *Parusia* dell'ordinamento.

*tution de 1795*, Paris, Fayard, 2006, su cui rinvio al mio saggio-recensione *Terminer la Révolution. La Constitution de 1795: di Michel Troper*, in «Quaderni Fiorentini per la Storia del pensiero giuridico moderno», n. 36, t. II, 2007, 1417-1442. Sul tema, cfr. il recente S. Gambino e G. D'Ignazio (a cura di), *La revisione costituzionale e i suoi limiti. Fra teoria costituzionale diritto interno esperienze straniere*, Milano, Giuffrè, 2007, nel quale rinvio specificam. al mio contributo: *La revisione costituzionale in una prospettiva storico-istituzionale. Il problema del mutamento giuridico in relazione al mutamento sociale e culturale*, 555-78.

<sup>5</sup> Cfr. N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990 (molte ediz. success.).

<sup>6</sup> L'esempio più evidente di questa penetrazione della mentalità costituzionale, intesa nel senso esposto, nella forma mentis dei giuristi positivi è in P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, ESI, 1984, più ediz. success.

<sup>7</sup> È questo, si può ben dire, il tema dei temi della teoria del diritto, posto (e risolto a suo modo) da Kelsen con l'idea della *Grundnorm*, su cui cfr. l'efficacissima descrizione critico-problematica di M. Troper, *Cos'è la filosofia del diritto*, trad. it. a cura di R. Guastini, Milano, Giuffrè, 2003, 37-39.

Al complesso di idee che generano tanto i testi quanto i valori politici che vi sono sottesi, l'elaborazione giuridico-politologica e storiografica (necessariamente successiva al «fatto costituzionale» in sé) ha dato il nome convenzionale di «costituzionalismo»<sup>8</sup>. Come tutti i concetti che sono frutto di una elaborazione teorica e che spesso sono linguisticamente caratterizzati dall'ismo finale, questa entità non attiene a quella che Fernand Braudel chiamava la «civiltà materiale». Questa stessa sorte è condivisa dal concetto opposto – o meglio che la teoria ha inteso come tale – di «assolutismo»<sup>9</sup>.

Nel linguaggio dell'Antico Regime non si trovano perciò mai termini come «assolutismo» e «costituzionalismo», ma solo quelli di «monarchia assoluta» e «costituzione del regno», affiancati da altre espressioni affini che rimandano allo stesso lessico politico o al medesimo immaginario assiologico: «leggi fondamentali», «potenza assoluta», «potere dispotico», «governo delle leggi», «governo misto» o «temperato», «sovranità dello Stato» o «del re»<sup>10</sup>... Il che ci porta a una decisa considerazione critica verso lo stato delle convinzioni consolidate e circolanti tra gli studiosi di scienze giuridico-sociali e in primo luogo tra i giuristi.

Preferisco porre qui questa considerazione in forma interrogativa: siamo poi così sicuri che la costituzione non esistesse, pur sotto altre e diverse forme, già prima del suo exploit rivoluzionario nell'ultimo quarto del XVIII secolo? Anche volendo ritenere inscindibile il binomio costituzione-rivoluzione, non sarebbe il caso d'interrogarsi, in aderenza alle fonti storiche, se fosse esistito uno «spirito rivoluzionario» (e quindi costituzionale) già prima della stagione rivoluzionaria<sup>11</sup>? E, laddove se ne rilevasse l'esistenza, ci si può chiedere che caratteristiche avesse avuto quella costituzione di Antico Regime, quali fossero state le sue specificità, le sue differenze o anche le sue affinità con la costituzione successiva? Ciò aiuterebbe a capire in profondità e a sfatare miti e luoghi comuni, come la più diffusa tesi fondata sull'idea della discontinuità assoluta ed epocale segnata dall'avvento della costituzione come testo formalizzato depositario dei diritti fondamentali.

La tesi della discontinuità, incontestabile se si considera solo il piano ideologico, deve fare i conti con una serie di elementi fattuali che ne incrinano seriamente i presupposti di fondo. Con le parole di George Orwell, chiedia-

<sup>8</sup> Cfr. O. Beaud, *Constitution et constitutionnalisme*, in Ph. Raynaud e S. Rials (a cura di), *Dictionnaire de Philosophie Politique*, Paris, PUF, 1996, 117-126.

<sup>9</sup> Cfr. H. Morel, *Absolutisme*, in Ph. Raynaud e S. Rials (a cura di), *op. cit.* nella nota preced., 1-8.

<sup>10</sup> Un'approfondita rassegna delle principali espressioni in tema, nel fondamentale studio di A. Tenenti, *Stato: un'idea, una logica. Dal comune italiano all'assolutismo francese*, Bologna, Il Mulino, 1987.

<sup>11</sup> Lo fece impeccabilmente, già nella seconda metà dell'Ottocento, un acuto studioso transalpino, in un'opera tanto importante quanto piuttosto sconosciuta e mai introdotta nel «circuito-buono» degli studi storico-costituzionali: cfr. F. Rocquain, *L'esprit révolutionnaire avant la Révolution. 1715-1789*, Paris, Plon, 1878.

moci se possiamo fidarci della sola versione autopromozionale di chi ha vinto e ha affidato agli altissimi belati delle pecore strombazzanti il messaggio del pensiero unico: «Quattro gambe buono, due gambe cattivo»<sup>12</sup>.

Se la dottrina della costituzione è la filosofia giuridica e politica del «Nuovo corso» inaugurato dalle grandi rivoluzioni, occorrerebbe quanto meno indagare un po' più a fondo sul luogo comune secondo il quale essa non esisteva affatto prima di quella svolta epocale<sup>13</sup>.

## 2. LA SOCIETÀ DI ANTICO REGIME: UN REGNO OSCURO SENZA COSTITUZIONE NÉ PENSIERO COSTITUZIONALE?

In base a queste premesse, la tesi tradizionalmente accettata che intende il concetto di «costituzione» come il prodotto eminentemente «moderno» delle forze e delle nuove mentalità rivoluzionarie alla fine del XVIII secolo (frutto della duplice spinta giusnaturalistica e giusrazionalistico-positivistica)<sup>14</sup>, non può più essere accettata senza riserve. Essa necessita di (molte) precisazioni e correzioni di rotta che di fatto ne destrutturano il senso, al punto che se pur si volesse mantenerla nell'impianto di fondo bisognerebbe alla fine riconoscere che essa è divenuta ormai tutt'altra cosa dalla sua formulazione iniziale.

Partiamo dal punto cardinale: è metodologicamente scorretto utilizzare il presente per descrivere il passato, ovvero – come scrisse efficacemente Pierre Chaunu – non si può «definire un esistente, un presente, un reale con un futuro»<sup>15</sup>. Se la società di Antico Regime non produsse un *testo costituzionale come noi lo intendiamo oggi*, ciò non implica affatto che essa non produsse *alcun testo costituzionale*. Voler formulare un giudizio storiografico con i parametri dell'attualità è un'operazione concettuale erronea che configura un caso esemplare di confusione tra fatti (passati) e valori (attuali).

Il metodo storiografico scientificamente corretto entra nel contesto che vuol ricostruire senza portarsi dietro le proprie strutture precomprensive<sup>16</sup> e osserva i fenomeni e le mentalità che intende descrivere per ciò che sono e

<sup>12</sup> G. Orwell, *La fattoria degli animali* [1945], cito dalla trad. it. Milano, Oscar Mondadori, 1995, 44.

<sup>13</sup> Su questa (falsa) contrapposizione tra la nuova «era costituzionale» e la società di Antico Regime, cosiddetta «assolutistica», cfr. le assai penetranti e persuasive osservazioni di R. Mousnier, *La costituzione nello Stato assoluto*, cit. *supra* in nota 1, 111.

<sup>14</sup> Secondo la classica prospettiva così ben illustrata a suo tempo da G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*. I. *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1976.

<sup>15</sup> P. Chaunu, *La civilisation de l'Europe classique*, Paris, Arthaud, 1966. Cfr. anche P. Vilar, *Quel avenir attend l'homme?*, Paris, PUF, 1962; D. Richet, *Lo spirito delle istituzioni*, cit. *supra* in nota 1, 5, che parla opportunamente d'«illusione retrospettiva abusivamente accreditata» per coloro che pretendono di «definire un fenomeno storico solo in base al suo sbocco finale».

<sup>16</sup> Sulla forza delle strutture di precomprensione e la difficoltà di superarle, cfr. P. Bourdieu, *Spiriti di Stato. Genesi e struttura del campo burocratico*, trad. it. in Id., *Ragioni pratiche*, Bologna, Il Mulino, 1995 (nuova ediz. 2009), 89-131: 91-93 e 112-113.

non per ciò che le categorie concettuali dell'interprete portano a credere che siano. Proviamo allora a intendere il concetto di «costituzione» spogliandolo del suo significato attuale<sup>17</sup>. Per diversi secoli quel concetto fu inteso in accezioni molto più ampie ed elastiche rispetto a quelle che, a partire dall'età delle rivoluzioni, ne abbiamo oggi: regola invalicabile del gioco politico (invalicabile, beninteso, poiché posta dalla natura delle cose<sup>18</sup>, fissata una volta per sempre dall'ontologia divina, interpretata dai giureconsulti attraverso l'uso sapienziale della *Scientia Juris*); limite all'esercizio del potere regale in funzione di garanzia di diritti la cui esistenza era connessa «all'essenza stessa del regno»; insieme di regole giuridiche poste (ma non necessariamente «positivizzate» in una *lex*, quanto piuttosto *sentite come vigenti e giuste*) per fissare l'ambito di estensione di ciascun potere della *Respublica* e perimetro dello spazio di manovra di ciascuno degli attori sociali e istituzionali; strumento di tutela suprema di diritti statuiti *ab aeternum* da un Ordine divino e provvidenziale ispirato all'idea di *Veritas*; fissazione di forme e percorsi procedurali della legalità, astrattamente sentita come traduzione terrena della giustizia divina; determinazione delle norme di funzionamento delle istituzioni, tutte, sia sociali sia politiche avvertite come «naturali»; fondamento del diritto pubblico; parametro supremo del principio di legalità, inteso come traduzione al corpo sociale del Volere Divino; *corpus* di disposizioni corroborate dalla pratica consuetudinaria per l'esercizio dell'attività nomotetica<sup>19</sup>...

D'altra parte, va messo in rilievo che molte delle funzioni che oggi siamo soliti assegnare alla nostra costituzione (compreso il controllo di costituzionalità<sup>20</sup> e i procedimenti di revisione costituzionale)<sup>21</sup> erano assolte perfettamente anche dalla costituzione vigente nel cosiddetto «Stato assoluto», benché la costituzione stessa fosse oggetto di un'accesa e continua disputa teorica e politica (si pensi solo all'infuocato confronto che oppose in Francia

<sup>17</sup> Un riuscito, anche se molto sintetico, tentativo di focalizzare i caratteri essenziali della costituzione dell'Antico Regime è nel saggio di M. Valensise, *La constitution française*, in K.M. Baker (a cura di), *The Political Culture of the Old Regime*, «Atti del Congresso di Chicago», 11-15 set. 1986, vol. 1 di *The French Revolution and the Creation of Modern Political Culture*, 4 voll., Oxford-New York, Pergamon Press, 1987-1994, I, 1987, 441-467.

<sup>18</sup> Cfr. P. Viola, *Il crollo dell'antico regime. Politica e antipolitica nella Francia della Rivoluzione*, Roma, Donzelli, 1993, VIII. Lo studio classico sul tema della «natura» e della sua crisi è: J. Ehrard, *L'idée de nature en France dans la première moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle*, Paris, SEVPEN, 1963 (rist. Albin Michel, Paris 1994).

<sup>19</sup> Cfr. R. Mousnier, *Come i francesi di Antico Regime vedevano la costituzione*, in Id., *La costituzione nello Stato assoluto*, cit. *supra* in nota 1, 110-129.

<sup>20</sup> Su cui rinvio al mio saggio specifico pubbl. in due parti: *Il giudizio di costituzionalità nella Francia dell'ancien régime: una storia politico-istituzionale*. I. *I fondamenti teorico-pratici*; II. *Le dinamiche della prassi*, in *Giornale di Storia Costituzionale*, rispettivamente n. 7, I/2004, 147-165 e n. 9, I/2005, 65-86; e, inoltre, ai miei lavori monografici *L'ideologia dei robins* (spec. 466 ss.), e *La rinascita dello Stato (ad indicem)*, entrambi cit. *supra* in nota 1, e alla bibliografia ivi contenuta.

<sup>21</sup> Cfr. F. Di Donato, *La revisione costituzionale in una prospettiva storico-istituzionale*, cit. *supra* in nota 4.

la magistratura parlamentare al governo monarchico). Nel contesto di quello scontro politico-istituzionale, l'Antico Regime sviluppò un vero e proprio pensiero costituzionale<sup>22</sup>. Per negare che esso rientri a pieno titolo nel «costituzionalismo» moderno<sup>23</sup>, occorre non tener conto del fatto incontestabile che il pensiero giuspolitico dei *robins* (si pensi per tutti alla dottrina parlamentare di Louis-Adrien Le Paige, rappresentativa in modo pressoché idealtipico della *forma mentis* dei giuristi-magistrati di Antico Regime) si qualificò sempre come baluardo della «libertà» – sia pure di una libertà intesa secondo caratteri propri al contesto dell'Antico Regime – contro il rischio del «déravage» della monarchia assoluta verso il dispotismo<sup>24</sup>. I giuristi-magistrati rivendicarono sempre nei confronti del re la loro funzione di custodi della «costituzione del regno».

Questo è il motivo per cui sottolineare troppo la distinzione (pur necessaria) tra «costituzione» e «costituzionalismo», oppure tra differenti tipi di costituzionalismo (antico, medievale e moderno, *lato* e *stricto sensu*, ecc.), può in taluni casi rivelarsi fallace. Se per un verso le distinzioni sono certamente utili a comprendere meglio una realtà, occorre per un altro verso prestare la massima accortezza a evitare semplificazioni eccessive che possono portare a imprecisioni concettuali<sup>25</sup>. Non basta, ad esempio, mettere in rilievo che le ca-

<sup>22</sup> Cfr. W. Schmale, *Les parlements et le terme de constitution au XVIII<sup>e</sup> siècle en France: une introduction*, in *Il pensiero politico*, anno XX, n. 3, 1987, 415-424.

<sup>23</sup> Come ha fatto, in antitesi a Ch. H. Mc Ilwain, *Costituzionalismo antico e moderno*, trad. it. a cura di N. Matteucci, Bologna, Il Mulino, 1990, A. Barbera, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Laterza, Roma-Bari 1998, 3, che propone di distinguere tra «costituzione» e «costituzionalismo», nel senso che mentre la prima sarebbe presente in «ogni ordinamento statale [...] così come ogni corpo vivente ha una propria costituzione, vale a dire un complesso di caratteri genetici o acquisiti che ne determinano la fisionomia e le potenzialità di sviluppo», al contrario il costituzionalismo non sarebbe «riferito a un concetto neutro di costituzione», bensì «a un preciso ordine di valori costituzionali», ossia quelli del costituzionalismo liberale e democratico fondato sull'affermazione dei diritti dell'uomo. L'affermazione di Barbera è peraltro reversibile, nel senso che se s'intende per «costituzionalismo» il complesso di dottrine e di elaborazioni teoriche in merito all'ordinamento dello Stato o della *République* – secondo l'espressione resa celebre da Bodin – e per «costituzione» il documento testuale rappresentato dalle carte costituzionali, allora si dovrebbe concludere che nell'Antico Regime il primo esisteva e la seconda no. Per altre osservazioni in merito rinvio al mio saggio *Critica della «ragione virtuosa»*, cit. *supra* in nota 1, CXV-CXVI.

<sup>24</sup> Rinvio, per argomentazioni e prove testuali in merito, ai miei due saggi, specificam. dedicati al tema: *Le concept de «liberté» dans l'idéologie des hommes de robe au XVIII<sup>e</sup> siècle (France et Italie)*, «Lexicon Philosophicum – Quaderni di terminologia filosofica e di Storia delle idee», nn. 8-9, 1996, 81-92; *Constitutionnalisme et idéologie de robe. L'évolution de la théorie juridico-politique de Murard et Le Paige à Chanlaire et Mably*, in *Annales*, n. 4, lug.-ago. 1997, 821-852. Sul punto (ma con tratti di evidente forzatura interpretativa) vi è un recente contributo di E. Lemaire, *Grande robe et liberté. La magistrature ancienne et les institutions libérales*, Paris, PUF, 2010.

<sup>25</sup> Questa considerazione mi spinge a ritenere incompleta la – pur pregevole – definizione di O. Beaud, *Constitution et constitutionnalisme*, cit. *supra* in nota 8, 118 (autore delle distinzioni segnalate nel testo), secondo il quale «la nascita della costituzione moderna [...] testimonia dello sforzo mirante a sottrarre una parte del diritto positivo alla volontà dei governanti in favore della difesa dei diritti dei cittadini». A mio parere, andrebbero aggiunte qui le parole: «con un diritto sintetico e comprensibile da tutti, che evita così il ricorso alle mediazioni patriarcali in ogni loro forma».

ratteristiche essenziali della costituzione e del costituzionalismo moderni siano il fatto di regolare e organizzare «la devoluzione e il funzionamento dei poteri pubblici dello Stato», di «proteggere i diritti dell'individuo contro gli abusi potenziali del potere», di «limitare l'esercizio» dell'autorità e garantire «questa limitazione organizzando una separazione dei poteri», e di «essere formalmente una legge suprema, superiore alle altre norme giuridiche, condensata in un solo documento»<sup>26</sup>. Occorre anche aggiungere che questo sforzo di condensare tutto il diritto pubblico di uno Stato in «una sorta di codice costituzionale»<sup>27</sup> nasceva dall'esigenza, divenuta insopprimibile con l'espandersi del pensiero moderno, di rendere trasparente l'esercizio del potere, di attribuire una precisa responsabilità, politica e giuridica, a tutti gli atti governamentali e di esercitare un controllo dal basso su ogni fonte di normazione secondo l'antico principio romano: *quod omnes tangit ab omnibus decideri debet*.

Per i protagonisti di quella svolta epocale «costituzione» significò soprattutto il superamento del modello giuspolitico basato sulla mediazione patriarcale degli'interpreti della divina *Voluntas* cristallizzata in testi giuridici inaccessibili e incomprensibili ai più<sup>28</sup>. Questo è il punto cruciale. Con l'Illuminismo e la Rivoluzione quella parola assunse un nuovo significato, sospingendo il precedente nell'oblio. L'ideologia rivoluzionaria, desiderosa di accreditarsi come nuovo potere liberale e democratico e perciò «civile», condizionò enormemente la lettura della società precedente, relegandola in una leggendaria dimensione oscurantistica e politicamente primitiva.

Tutto ciò ci porta a concludere che l'idea – ancor oggi così diffusa specialmente tra i giuspubblicisti – che contrappone l'Antico Regime, oscurantista e primitivo sul piano del diritto pubblico e dell'organizzazione istituzionale, alla nuova «era costituzionale» che inaugura la stagione della «civiltà giuridica» tutt'ora in corso, è una superfetazione ideologica che semplicemente non corrisponde alla realtà storica. Nell'Antico Regime vi fu, invece, un intenso dibattito sul concetto di «costituzione» che coinvolse i più rilevanti settori della società civile alfabetizzata<sup>29</sup>.

È indispensabile, allora, soprattutto da parte dei giuristi osservare con maggior cura l'effettivo funzionamento delle istituzioni dell'Antico Regime, nonché il confronto tra le idee politiche che si determinò in quel contesto<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> Ivi, 119.

<sup>27</sup> *Ibid.* dove riprende la definizione di G. Stourzh.

<sup>28</sup> Sul concetto di «mediazione patriarcale», derivato dagli studi di R. Ajello (cfr. *Epistemologia moderna e storia delle esperienze giuridiche*, Napoli, Jovene, 1986, 16-20), rinvio al mio *La rinascita dello Stato*, cit. *supra* in nota 1, 53-101: 70-75.

<sup>29</sup> Cfr. R. Mousnier, *Come i francesi di Antico Regime vedevano la costituzione*, in Id., *La costituzione nello Stato assoluto*, cit. *supra* in nota 1, 110.

<sup>30</sup> Su cui disponiamo di eccellenti strumenti di comprensione, soprattutto per lo Stato francese: cfr. R. Doucet, *Les institutions de la France au XVI<sup>e</sup> siècle*, 2 voll.: t. I, *Les cadres géographiques. Les*

Se ne può concludere, con la formula di Pierre Goubert, che «l'Ancien Régime [...] nacque mentre moriva»<sup>31</sup>. Ovvero con quella, non meno efficace, di François Furet, secondo il quale se all'Antico Regime «manca un preciso atto di nascita, [esso] possiede in compenso un certificato di morte in piena regola»<sup>32</sup>.

### 3. L'ALTERNATIVA AL POTERE DEI GIURECONSULTI NELLO SPIRITO DEI COSTITUENTI E NEI TESTI COSTITUZIONALI RIVOLUZIONARI

3.1. *I valori fondanti: la trasparenza priva di ostacolo e il controllo del potere.* È un fatto incontestabile che il nuovo corso politico della Rivoluzione intese deliberatamente porsi in frontale contrapposizione con il mondo precedente, ribattezzato appunto «Antico Regime», formula che soppiantò quelle iniziali «regime antico» o «vecchio regime»<sup>33</sup> ed ebbe poi, più tardi, un grande rilancio – raggiungendo il successo planetario – con Tocqueville<sup>34</sup>.

L'intento dell'ideologia rivoluzionaria fu quello di scavare l'«abisso» tra le due ère. In questo senso si può dire, con le parole di François Furet, il maggiore studioso contemporaneo del fenomeno rivoluzionario, che «la Rivoluzione francese trae la propria eco universale dall'essersi proclamata *tale*: al di là delle particolari condizioni in cui è nata, e anche del paese in cui è scoppiata, essa si è data la missione non di adattare le istituzioni alle circostanze della storia nazionale o al variare dell'opinione, ma di riscrivere da capo a fondo il contratto sociale»<sup>35</sup>.

Questa volontà emerge con grande forza nei testi costituzionali prodotti dalla Rivoluzione, in primo luogo nella *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*, solennemente promulgata il 26 agosto 1789. Fin dalle primissime parole del preambolo troviamo espressa, con esemplare nettezza, la filosofia politica e la rappresentazione sociale del nuovo corso, fondate l'una

*institutions centrales et locales*; t. II, *La seigneurie. Les services publics. Les institutions ecclésiastiques*, Paris, A. e J. Picard, 1948; G. Zeller, *Les institutions de la France au XVI<sup>e</sup> siècle*, Paris, PUF, 1948 (2<sup>a</sup> ed. 1987); R. Mousnier, *Les institutions de la France sous la monarchie absolue*, 2 voll., I, *Société et État*, II, *Les organes de l'État et la société*, Paris, PUF, rispettivamente 1974 e 1980 (cfr. anche la 2<sup>a</sup> ed. 1990 e 1992); P. Goubert, *L'Ancien Régime*, 2 voll., I, *La société*; II, *I poteri*, trad. it. Milano, Jaca Book, 1976; B. Barbiche, *Les institutions de la monarchie française à l'époque moderne. XVI<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècle*, Paris, PUF, 1999. Sul piano comparativo, cfr. ora il vastissimo sforzo compiuto da J. Buineau, *Traité d'histoire européenne des institutions*, 2 voll., Paris, Litec, 2004 e 2009.

<sup>31</sup> P. Goubert, *L'Ancien Régime*, cit. nella nota preced., t. I, 18.

<sup>32</sup> F. Furet, *Critica della Rivoluzione francese* [ediz. orig. fr. 1978], trad. it. Roma-Bari, Laterza, 1987 (1995<sup>4</sup>), 7.

<sup>33</sup> P. Goubert, *L'Ancien Régime*, cit. *supra* in nota 33, 24-25.

<sup>34</sup> A. de Tocqueville, *L'Antico Regime e la Rivoluzione* [1856], trad. it. in Id., *Scritti politici*, a cura di N. Matteucci, vol. I, Torino, UTET, 1969 (rist. 1988), spec. 595.

<sup>35</sup> F. Furet, *Introduzione*, in Id. (a cura di), *L'eredità della Rivoluzione francese*, Roma-Bari, Laterza, 1988, 3.



e l'altra sulla esplicita volontà della distinzione con il passato, condannato in blocco:

I rappresentanti del popolo francese, costituiti in Assemblea Nazionale, considerando che [1] *l'ignoranza, l'oblio o il disprezzo dei diritti dell'uomo sono le uniche cause delle sciagure pubbliche e della corruzione dei governi*, hanno deciso di esporre, in una solenne dichiarazione, i diritti naturali, inalienabili e sacri dell'uomo, affinché questa dichiarazione, costantemente presente a tutti i membri del corpo sociale, rammenti loro incessantemente i loro diritti e loro doveri; [2] affinché *gli atti del Potere legislativo e quelli del Potere esecutivo, potendo essere paragonati in ogni istante con lo scopo di ogni istituzione politica, ne siano rispettati di più*; [3] affinché *i reclami dei cittadini, ormai fondati su principi semplici e incontestabili*, si rivolgano sempre al mantenimento della costituzione e alla felicità di tutti<sup>36</sup>.

È dunque chiarissimo il triplice fondamento dell'intera operazione costituente: occorre, in primo luogo [1], far voltar pagina alla storia, superando «l'ignoranza, l'oblio o il disprezzo dei diritti dell'uomo», sottintendendo che tutti questi orribili vizi avevano trionfato nello Stato monarchico-assoluto e che l'Antico Regime fosse stato appunto il regno dell'oscurantismo e della barbarie; in secondo luogo [2], si affermava il fondamentale principio teleologico della trasparenza e della responsabilità del potere, con l'implicita asserzione del controllo dell'operato dei funzionari pubblici in relazione al rispetto degli scopi per i quali le istituzioni erano istituite; infine [3], si decideva di sottendere a quei proclamati diritti una base certa di norme semplici e incontestabili, comprensibili a tutti e la cui attuazione poteva essere verificabile da qualsiasi cittadino.

Nei diciassette articoli che seguono e che compongono il testo della Dichiarazione vennero esplicitate, oltre ai fondamentali valori di libertà ed eguaglianza nei diritti (art. 1), le principali applicazioni di questi principi. Particolare importanza assumono, nella struttura concettuale del testo, i principi della trasparenza-responsabilità dei poteri pubblici [2] e del conseguente controllo esercitato su di essi [3]. Queste formule adottate erano in aperto contrasto con il principio vigente nell'Antico Regime dell'irresponsabilità di quei poteri garantita dalla legittimazione monarchica per diritto divino<sup>37</sup>.

La sottolineatura sulla trasparenza dell'operato pubblico e sulla conseguente responsabilità connessa all'azione governamentale e amministrativa, pur così evidente nei testi costituzionali rivoluzionari, è stata troppo spesso

<sup>36</sup> Il testo completo è ora pubbl. in E. Rotelli, *Le costituzioni di democrazia*, cit. *supra* in nota 2, 209-211: 209 (corsivi miei).

<sup>37</sup> Sul sistema assolutistico interpretato come struttura istituzionale in grado di estinguere la responsabilità dei principali protagonisti della vita politica, amministrativa e giudiziaria, rinvio ai miei *Esperienza e ideologia ministeriale nella crisi dell'Ancien Régime*, 2 voll., Napoli, Jovene, 1996, *ad indicem* (voce *separazione potere/responsabilità*); *La rinascita dello Stato*, cit. *supra* in nota 1, *ad indicem* (voce *responsabilità*).

posta in seconda linea, quando non del tutto trascurata o addirittura ignorata, da una storiografia che si è fatta galvanizzare dai portati ideologici rivoluzionari, finendo così col dar risalto pressoché assoluto al principio di eguaglianza, che è stato in buona sostanza identificato con l'intero impianto culturale e assiologico del costituzionalismo di Età contemporanea<sup>38</sup>.

Ora, senza voler nulla togliere all'importanza della funzione ordinamentale del principio egualitario, appare evidente che nell'impianto proto-costituzionale della Dichiarazione dell'89, recettiva di tutto un travaglio culturale e politico, i valori della trasparenza, della responsabilità e del controllo sull'operato dei pubblici poteri hanno un ruolo di primissimo piano nell'impianto costituzionale complessivo. Tra l'altro, va osservato che senza l'affermazione del correlato principio di trasparenza dell'esercizio dei poteri pubblici e del conseguente controllo esercitabile su di essi lo stesso principio di eguaglianza sarebbe stato condannato a restare una mera e astratta enunciazione di principio, risultando perciò svuotato del suo contenuto operativo.

Per rendersene conto appieno e liberarsi così dell'ossessione costituente idealistico-egualitaria, basta rileggere con attenzione e soprattutto nella loro interezza quei testi costituzionali. Nella stessa Dichiarazione dell'89, ad esempio, gli articoli 14 e 15 consacrano la linea della trasparenza-responsabilità-controllo con parole inequivocabili, la cui «energia costituente» non può essere messa in dubbio senza operare una violenza ermeneutica che proietti l'interprete troppo oltre le righe scolpite:

Art. 14: Tutti i cittadini hanno il diritto di *constatare, da loro stessi o tramite i loro rappresentanti*, la necessità del contributo pubblico, di approvarlo liberamente, di *controllarne l'impiego*, e di determinarne la quota, la ripartizione, la distribuzione e la durata.

Art. 15: La società ha il diritto di *chiedere conto a ogni agente pubblico* della sua amministrazione<sup>39</sup>.

Nell'intento del primo legislatore assembleare della storia francese l'affermazione dei valori fondativi della Rivoluzione – *liberté, égalité e fraternité* – non era quindi una mera enunciazione di principio, tanto eticamente alta quanto

<sup>38</sup> Esemplare, al riguardo, la posizione di M. Fioravanti in vari studi tra cui cfr. *Costituzione*, Bologna, Il Mulino, 1999, 130; e soprattutto *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, Laterza, 2009, *passim* e spec. 6 (dove considera il principio di uguaglianza «la dimensione decisiva» del costituzionalismo rivoluzionario di matrice giusnaturalistica, in opposizione al «costituzionalismo delle origini» invece orientato solo «allo scopo fondamentale della limitazione del potere a fini di garanzia»), 7, 9, 12, 18, 22 (dove interpreta l'uguaglianza come perno fondamentale della Dichiarazione dei diritti del 1789). Per uno sviluppo e una più distesa articolazione della mia critica a questa posizione, rinvio al mio *La rinascita dello Stato*, cit. *supra* in nota 1, cap. V, § 9, («La “svolta” della Rivoluzione: principio di eguaglianza o principio di responsabilità?») 401-413.

<sup>39</sup> E. Rotelli, *Le costituzioni di democrazia*, cit. *supra* in nota 2, 211 (corsivi miei).

politicamente vacua. Quei valori dovevano marciare sulle gambe concrete del controllo dal basso dell'esercizio del potere. La trasparenza dell'operato pubblico e il suo concreto controllo da parte di ogni consociato diventa qui il perno dell'intero impianto costituzionale partorito dalla Rivoluzione.

Fu una svolta decisiva che portò alla ribalta valori politici che furono precisati sempre più nei testi costituzionali successivi: «L'Assemblea nazionale – leggiamo nel preambolo della costituzione del 1791 –, volendo stabilire la Costituzione francese sui principi che essa ha riconosciuto e dichiarato, abolisce irrevocabilmente le istituzioni che ferivano la libertà e l'eguaglianza dei diritti»<sup>40</sup>. E per garantire in concreto l'attuazione di quei medesimi diritti si stabiliva il principio della responsabilità e del controllo sull'operato dei pubblici poteri, tanto politico-amministrativi quanto giurisdizionali.

Nel testo del '91, però, il principio di responsabilità (con il conseguente diritto al controllo) è disseminato in diverse disposizioni, meno enfatiche rispetto alla Dichiarazione dell'89, ma decisamente più concrete sul piano dell'efficacia normativa<sup>41</sup>.

Il principio venne poi ribadito in tutti i testi costituzionali successivi tanto da potersi considerare uno di quei baluardi intangibili del progresso giuridico e politico operato dalla svolta rivoluzionaria che legano tra loro in un unico filo rosso le pur diverse costituzioni che si succedettero dal 1789 al 1795<sup>42</sup>. Ad esempio, nel «Piano di costituzione» del 15-16 febbraio 1793 (la cd. costituzione di Condorcet) vi è addirittura un intero titolo (l'VIII) dedicato alla «censura del popolo sugli atti della rappresentanza nazionale»<sup>43</sup>. Nella *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* che funge da Preambolo alla costituzione dell'anno I (24 giugno 1793) si afferma perentoriamente che «tutti i cittadini hanno diritto di concorrere alla determinazione dei contributi, di sorvegliarne l'impiego, e di farsene rendere conto» (art. 20) e che la sovranità nazionale «non può esistere, se i limiti delle funzioni pubbliche non sono determinati chiaramente dalla legge, e se la responsabilità di tutti i funzionari non è assicurata» (art. 24)<sup>44</sup>. Quest'ultima formula è ripresa quasi alla lettera nell'art. 22 della «Dichiarazione dei diritti e dei doveri dell'uomo e del cittadino» premessa alla costituzione dell'anno III (22 agosto 1795).

Come si vede, l'eredità più pesante della Rivoluzione, il valore fondamentale che ispirò i testi costituzionali originari che sono alla base di quella che

<sup>40</sup> Il testo integrale della costituzione del 1791 è ivi, 214-239; per la citaz. 214.

<sup>41</sup> Ivi, 216, art. 4 del titolo III; 225, artt. 5-7, titolo III, cap. II, sez. IV; 226, cap. III, sez. I.

<sup>42</sup> Questo è il nocciolo dell'innovativa tesi di R. Martucci, *L'ossessione costituente*, cit. *supra* in nota 4, 13; e di M. Troper, *Terminer la Révolution*, cit. *supra* in nota 4, *passim* e spec. 51-52, 62, 90, 114, 116, 126-127, 143, 195.

<sup>43</sup> Cfr. E. Rotelli, *Le costituzioni di democrazia*, cit. *supra* in nota 2, 265-268 (artt. 217-272).

<sup>44</sup> Ivi, 287 (corsivi miei).

oggi siamo soliti chiamare «democrazia liberale», si concretizza nel principio di trasparenza-responsabilità-controllo di tutti gli atti emanati da un pubblico potere, nazionale o locale che fosse<sup>45</sup>. E fu senza dubbio questa logica di fondo a ispirare anche quella diffidenza e sfiducia, oltre che nei poteri giurisdizionali arcani della magistratura anche nei confronti del potere esecutivo, che si volle volontariamente debole in rapporto all'assemblea rappresentativa della «volonté générale» e limitato da «numerose garanzie contro gli abusi [considerati molto probabili] del potere esecutivo e dei funzionari pubblici»<sup>46</sup>.

Questo era il vero spirito rivoluzionario, spirito di concretezza, di controllo tangibile, di verifica continua, spirito, insomma, delle istituzioni che, da questo punto di vista, se per un verso marcava una profonda cesura con l'irresponsabilità dei poteri degli apparati giuspolitici sotto la monarchia assoluta, per un altro perfezionava il lungo sforzo istituzionale costruttivo compiuto nel corso dell'Antico Regime e attraverso le strutture giuspolitiche che vi si erano affermate e vi avevano agito<sup>47</sup>.

3.2. *La rivoluzione contro gli arcana juris.* Questo è il punto di maggior difficoltà di comprensione del fenomeno rivoluzionario, poiché per restituirgli la sua aderenza alla realtà storica esso va necessariamente pensato e descritto con gli strumenti concettuali delle «convergenze e/o divergenze parallele»: lo stesso fenomeno segnava nel contempo una continuità e una rottura con il mondo precedente. Gli aspetti della continuità, occultati dal «catechismo rivoluzionario»<sup>48</sup> (tanto quello storico quanto quello storiografico), furono riportati alla luce dall'acutissima analisi di Tocqueville. Il genio di Verneuil non cadde nel tranello ideologico della *Révolution* e, guardando più lontano e più acutamente dei suoi contemporanei (e perfino di molti osservatori successivi), pose per primo il tema del *fil rouge* della storia statale francese<sup>49</sup>.

<sup>45</sup> Sul tema della responsabilità e del conseguente controllo sanzionatorio dei ministri e dei funzionari pubblici, si veda M. Troper, *Terminer la Révolution*, cit. *supra* in nota 4, spec. 60, 136 e 165, che riconduce questo fondamentale principio nell'ambito del più ampio problema costituzionale della subordinazione del potere esecutivo al potere legislativo. Cfr., al riguardo, E. Rotelli, *Forme di governo delle democrazie nascenti. 1689-1799*, Bologna, Il Mulino, 2005, 318-325.

<sup>46</sup> Cfr. M. Fioravanti, *Ordinamento e prassi della Convenzione nazionale francese (1792-1795)*, Roma, Aracne, 2003, 55. Sul tema, cfr. anche P. Colombo, *Governo e Costituzione. La trasformazione del regime politico nelle teorie dell'età rivoluzionaria francese*, Milano, Giuffrè, 1993; nonché l'importante studio di M. Morabito, *Il comando negato. Rivoluzione francese e potere esecutivo*, trad. it. a cura di R. Martucci, Manduria-Bari-Roma, Lacaita, 1997.

<sup>47</sup> Cfr. D. Richet, *Lo spirito delle istituzioni*; R. Mousnier, *La costituzione nello Stato assoluto*, entrambi cit. *supra* in nota 1; W. Schmale, *Du droit d'Ancien Régime aux droits de l'homme: la continuité et la rupture*, in «Il pensiero politico», année XXIII, n. 1, 1990, 108-116; M-F. Renoux-Zagamé, *Du droit de Dieu au droit de l'Homme*, Paris, PUF (coll. «Leviathan»), 2003.

<sup>48</sup> L'espressione è di F. Furet, *Critica della rivoluzione francese*, cit. *supra* in nota 32, 93-146.

<sup>49</sup> A. de Tocqueville, *L'Antico Regime e la Rivoluzione*, cit. *supra* in nota 34, 595. La tesi tocqueviliana è stata ripresa e sviluppata da F. Furet, *Introduzione*, in Id. (a cura di), *L'eredità della Rivoluzione*

Va al riguardo precisato almeno un elemento fondamentale: che la continuità fu nel perfezionamento e nel raffinamento dello spirito delle istituzioni, mentre la rottura s'impose, sul piano ideologico, paradossalmente proprio per rendere possibile quella continuità istituzionale; e fu una rottura rivolta non solo – come si è avvezzi a pensare nell'interpretazione più diffusa, cui i giuristi specialmente italiani hanno dato acritica considerazione – agli *arcana imperii* (l'impianto istituzionale della monarchia «assoluta»), ma anche (anzi ancor più) agli *arcana juris*, o meglio ancora agli *arcana imperii* insiti negli *arcana juris*<sup>50</sup>.

Vi fu nello spirito rivoluzionario la consapevolezza di un sentimento politico mai fino ad allora così chiaro e diffuso: che nella funzione dei sacerdoti del giure si annidasse un potere di natura squisitamente politica e che questo potere occulto dovesse essere estirpato per sempre<sup>51</sup>. Prova ne è che in una prima fase – invero piuttosto lunga – la Rivoluzione non travolse l'impianto monarchico, il quale con ogni probabilità sarebbe sopravvissuto (pur tra gl'indispensabili adattamenti) al vento rivoluzionario senza la dissennata fuga di Varenne<sup>52</sup>, mentre non ebbe alcuna esitazione a sopprimere i parlamenti e con essi a disintegrare la mediazione patriarcale dei *robins* appoggiata sulla struttura magistratuale dell'Antico Regime. L'introduzione del *référé législatif* fu la diretta conseguenza di quella linea ideologica, che trionfò nella definitiva stroncatura pronunciata dalle inequivocabili e durissime parole di Robespierre che si possono considerare il manifesto della nuova *forma mentis* generalmente condivisa:

La parola «giurisprudenza» – disse il sulfureo *avocat* in un celebre discorso pronunciato alla Costituente il 10 novembre 1790 – deve essere cancellata dalla nostra lingua. In uno Stato che ha una Costituzione e una legislazione, la giurisprudenza non è altro che la legge<sup>53</sup>.

francese, cit. *supra* in nota 35, 9; Id., *Tocqueville e il problema della Rivoluzione francese*, ripubbl. in Id., *Critica della Rivoluzione francese*, cit. *supra* in nota 32, 147-181.

<sup>50</sup> Per l'approfondimento su questo concetto, cfr. R. Ajello, *Arcana juris. Diritto e politica nel Settecento italiano*, Napoli, Jovene, 1976.

<sup>51</sup> L'idea che nell'esercizio della *jurisdictio* fosse radicato un latente desiderio di «godere del potere» (per riprendere la nota espressione di P. Legendre, *Godere del potere. Trattato sulla burocrazia patriota*, trad. it. Venezia, Marsilio, 1977) viene da una lunga tradizione di origine medievale che percorre tutta la storia del diritto occidentale: cfr. P. Costa, *Jurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, Milano, Giuffrè, 1969. Cfr. sul punto anche E. Kantorowicz, *I misteri dello Stato*, a cura di G. Solla, Genova-Milano, Marietti, 2005.

<sup>52</sup> Cfr. M. Ozuf, *Varenne. La mort de la royauté. 21 juin 1791*, Paris, Gallimard, 2005, *passim* e spec. 408-409.

<sup>53</sup> Cit. in M. Troper, *La forza dei precedenti e gli effetti perversi del diritto*, in *Ragion pratica*, 1996/6, 65-75: 68, ora in Id., *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, 2001, 163-172: 166. Cfr. S. Dauchy e V. Demars-Sion (a cura di), *Les recueils d'arrêts et dictionnaire de jurisprudence (XVI<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècles)*, Paris, Éditions La Mémoire du Droit, 2005, 19.

Nell'incrudimento della linea ideologico-politica, che si affermò con il momentaneo trionfo dei giacobini radicali, la monarchia fu associata indissolubilmente alla magistratura e stroncata con essa. Colmo del paradosso, si avverava così, rovesciato, il lucido e terribile anatema lanciato contro la corona e i suoi governi politici, fin dagli anni '50 del XVIII secolo, dal massimo teorico della sovranità politica della magistratura, Louis-Adrien Le Paige, che aveva sempre affermato, in aperta polemica contro i fautori della *thèse royaliste* e anti-parlamentare, che magistratura e monarchia erano coesenziali: nate insieme, insieme sarebbero perite<sup>54</sup>. «È impossibile – aveva scritto il brillante e cinico *leader* della *robe parlementaire* per suffragare la sua tesi – citare una sola epoca in cui il Regno sia esistito senza magistrati»<sup>55</sup>.

L'avversione ai parlamenti, al loro costituzionalismo giurisdizionale e più in generale alla *forma mentis* che essi incarnavano, non fu una caratteristica solo giacobina, ma investì trasversalmente tutto l'arco politico che andava forgiandosi nel dispiegarsi della Rivoluzione. La prova più lampante fu l'avversione radicale al *jury constitutionnaire* proposto da Sieyès alla Convenzione<sup>56</sup> e respinto ad ampia maggioranza con l'argomento, esaustivamente espresso nella *séance* del 10 termidoro dell'anno III (28 luglio 1795) da Dubois-Crancé, che era pericolosissimo attribuire un potere così penetrante a un organo specifico poiché, come l'esperienza insegnava «tutti i corpi tendono all'usurpazione; considerate ciò che erano i parlamenti nella loro origine, e ciò che hanno preteso diventare nei tempi posteriori»<sup>57</sup>.

Era stato proprio questo, del resto, uno dei principi ispiratori della regolamentazione della magistratura nella costituzione del 1791: «Il potere giudiziario è delegato a giudici eletti periodicamente dal popolo» (art. 5)<sup>58</sup>. Il principio del giudice elettivo era il necessario *contrepoids* individuato per evitare il cristallizzarsi del potere giudiziario e la trasformazione – ritenuta

<sup>54</sup> Bibliothèque de la Société de Port-Royal (Paris, da ora in poi BPR), *fonds Le Paige*, ms. LP 534 = 33. Sul punto, rinvio al mio *L'ideologia dei robins*, cit. *supra* in nota 1, 347-350, 456-463, 558-561 e 677-681.

<sup>55</sup> BPR, *fonds Le Paige*, ms. LP 569 = 211. Cfr. anche L.-A. Le Paige, *Lettres historiques sur les fonctions essentielles du Parlement; sur le droit des Pairs, et sur les loix fondamentales du Royaume*, 2 voll., Amsterdam [ma in realtà Paris], aux dépens de la Compagnie, rispettivamente. I, 1753; II, 1754 (= BNF, LD-4. 2563; BPR, LP 534 = 29 e LP 2133-2135); Id., *Principes sur le gouvernement monarchique*, Londres [ma Paris], chez Jean Nourse, 1755; Id., *Principes avoués et défendus par nos pères. Institutions que nous sommes dans l'immense impuissance de changer. Lit de justice de 1770 et édit de février 1771*, s.l.n.d. [in realtà Paris, Enclos du Temple (dove Le Paige era balivo e aveva fatto impiantare una tipografia clandestina non soggetta ai controlli della censura regia), 1771] (= BPR, LP 815 = 1; altro esempl.: = BNF, LB38-1202).

<sup>56</sup> Sul punto, rinvio alle considerazioni sviluppate nel mio saggio-recensione a M. Troper, *Terminer la Révolution*, cit. *supra* in nota 4, § 6, 1436-1439; e al mio *La rinascita dello Stato*, cit. *supra* in nota 1, 484-485.

<sup>57</sup> Cit. in M. Troper, *Terminer la Révolution*, cit. *supra* in nota 4, 489 (corsivo mio).

<sup>58</sup> Cfr. E. Rotelli, *Le costituzioni di democrazia*, cit. *supra* in nota 2, 220.

inevitabile – dell'attività giurisdizionale in potere politico sovrano sotto mentite spoglie. E alla stessa logica rispondeva il progetto d'introduzione della giuria nel processo penale<sup>59</sup>. L'indebolimento della posizione del corpo giudiziario fu quindi concepito ad un tempo come indispensabile difesa della «purezza» della sovranità politica espressa nei testi legislativi e come argine al fatale sconfinamento del potere giudiziario nella sfera della discrezionalità decisionale spettante unicamente ai rappresentanti eletti dalla base popolare. Ciò che si voleva debellare, insomma, era la dimensione politica occulta del potere giurisdizionale, decretando il suo restringimento alla sfera dei giudizi contenziosi.

3.3. *Il giudice da «bocca della legge» a «bocca della legge»*. Da questo punto di vista si determinò con la Rivoluzione un capovolgimento semantico del senso insito nella celebre espressione secondo la quale i giudici non erano che la «bocca della legge». Nell'Antico Regime questa formula, che era usata esclusivamente dai teorici filoparlamentari della *robe*, significava che la legge parlava solo attraverso l'attività dei magistrati e che quindi essa era destinata a restare muta senza la mediazione patriarcale dei giuristi.

Nell'Antico Regime, insomma, il giurista-interprete, autoqualificandosi come «bocca della legge», si accreditava come l'unico depositario dei significati normativi e acquisiva di fatto nelle sue esclusive mani la funzione nomotetica. Se la monarchia non esisteva senza la magistratura, ciò significava che neppure la legge, formalmente emanata dal re, poteva esistere senza l'intermediazione del giurista-magistrato che la faceva vivere nell'applicazione creatrice. Questa idea, di chiara derivazione medievale italiana, costituì l'essenza dell'ideologia e dell'azione strategica del corpo magistratuale francese nel quadro della monarchia «assoluta»<sup>60</sup>.

Non bisogna tuttavia trascurare un aspetto decisivo. A differenza di quanto accadde in Italia<sup>61</sup>, in Francia – e, contrariamente a ciò che comunemente si

<sup>59</sup> Già prevista nel rapporto Bergasse (17 agosto 1789), la giuria fu poi oggetto di un lungo dibattito – accuratamente ricostruito da R. Martucci, *La costituente ed il problema penale in Francia (1789-1791)*, Milano, Giuffrè, 1984, *ad indicem* (voce: giuria penale) – fino alla sua esplicita introduzione nella costituzione del 1791 (cap. V: *Del potere giudiziario*, art. 9): cfr. E. Rotelli, *Le costituzioni di democrazia*, cit. *supra* in nota 2, 233.

<sup>60</sup> L'idea che il diritto non sia in fondo costruito sulla base di una volontà politica sovrana, ma che sia *rinvenuto* attraverso la *Scientia del juris peritus* è notoriamente il perno dell'orientamento storiografico di P. Grossi e della sua scuola: tra i numerosi studi, si veda, come testo-simbolo di questa linea interpretativa P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1995. Sulle origini italiane della formazione dell'ideologia giuridica europeo-continentale, cfr. P. Gilli, *La noblesse du droit. Débats et controverses sur la culture juridique et le rôle des juristes dans l'Italie médiévale: XI<sup>e</sup>-XV<sup>e</sup> siècles*, Paris, H. Champion, 2003; e J. A. Brundage, *The Medieval Origins of the Legal Profession. Canonists, Civilians, and Courts*, Chicago and London, The University of Chicago Press, 2008, spec. 371-394.

<sup>61</sup> Cfr. R. Ajello, *Eredità medievali paralisi giudiziaria. Profilo storico di una patologia italiana*, Napoli, Arte Tipografica Editrice, 2009.

crede, anche in Inghilterra – quella *forma mentis* di giuristi e magistrati dovè ben presto fare i conti con l'ascesa del fenomeno statale che finì inesorabilmente con il modellarla, trasformandola e adattandola al nuovo contesto che progressivamente veniva imponendosi con sempre maggiore evidenza e forza<sup>62</sup>. Naturalmente i giuristi non si rassegnarono mai a svolgere un ruolo subalterno al potere politico e, anche in presenza di quelle grandi trasformazioni, continuarono a operare sulla base di una dimensione psicologica e intellettuale che, come una sorta di fiume carsico, non cessò mai di caratterizzare il nucleo della loro visione del mondo<sup>63</sup>. Per loro l'ideale restò sempre quello di riformulare la legge, applicandola. Cosicché la loro strategia fu sdoppiata: per un verso dichiaravano di voler «conciliare sovranità e *jurisdictio*» (e diffusero perciò le formule sulla sovranità della legge come fondamento essenziale della monarchia «assoluta» in opposizione al dispotismo e alla tirannia)<sup>64</sup>; per un altro operavano in concreto con la bussola rivolta a un altro ideale effettivo che mirava alla sovranità assoluta della legge interpretata dai grandi corpi magistratuali (in Francia i parlamenti)<sup>65</sup>.

Fu appunto tutto il complesso di questi valori e sentimenti politici, identificati *tout-court* con l'essenza dell'Antico Regime e la sua struttura socio-istituzionale, che lo spirito rivoluzionario intese travolgere e seppellire per sempre. E per farlo, il principio del giudice inteso come «bouche de la loi» mutò ironicamente di senso. Ora, con quella stessa espressione, non s'intese più quel che avevano inteso i giuristi di Antico Regime, ma esattamente l'opposto: il giudice avrebbe dovuto essere solo la bocca, non lo spirito della legge. La sua funzione sarebbe stata puramente dichiarativa, limitata cioè a tradurre in provvedimenti giudiziari (e non giurisdizionali) la volontà di un testo normativo. Da principio-manifesto del potere giurisdizionale trionfante, l'espressione «giudice bocca della legge» divenne allora il manifesto funebre del potere togato.

<sup>62</sup> Su questo tema della metamorfosi della *forma mentis* del giurista occidentale europeo nel nuovo contesto della formazione della statualità, cfr. diffusam. il mio *La rinascita dello Stato*, cit. *supra* in nota 1, *ad indicem* (voce: «mutazione antropologico-culturale dei giuristi nel contesto statale»).

<sup>63</sup> Cfr. J. Krynen e A. Rigaudière, *Droits savants et pratiques françaises du pouvoir (XI<sup>e</sup>-XV<sup>e</sup> siècles)*, Bordeaux, Presses Univ. de Bordeaux, 1992; J. Krynen, *L'empire du roi. Idées et croyances politiques en France. XIII<sup>e</sup>-XV<sup>e</sup> siècle*, Paris, Gallimard, 1993; J. Krynen, *L'idéologie de la magistrature ancienne. L'État de justice en France, XIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*, Paris, Gallimard, 2009. Con specifico riferim. all'ascesa della statualità, J.R. Strayer, *Le origini dello Stato moderno*, trad. it. a cura di A. Porro (che inspiegabilmente omette nel titolo l'aggettivo «medievali» dopo «origini» presente nell'ediz. orig.), Milano, Celuc libri, 1975 (2<sup>a</sup> ediz. 1980); A. Rigaudière, *Penser et construire l'État dans la France du Moyen Âge. XIII<sup>e</sup>-XV<sup>e</sup> siècle*, Paris, Comité pour l'Histoire économique et financière de la France, 2003. Per l'Inghilterra, cfr. T. Ertman, *Birth of Leviathan. Building States and Regimes in Medieval and Early Modern Europe*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 1997; P. Corrigan e D. Sayer, *The Great Arch. English State Formation as Cultural Revolution*, Oxford-New York, Basil Blackwell, 1985.

<sup>64</sup> Cfr. R. Mousnier, *La costituzione nello Stato assoluto*, cit. *supra* in nota 1, *passim* e spec. 130 ss.

<sup>65</sup> Su questo sdoppiamento, cfr. il mio *L'ideologia dei robins*, cit. *supra* in nota 1, 326-336.



3.4. *La demolizione rivoluzionaria dei poteri occulti.* L'intento rivoluzionario di dare un assetto radicalmente nuovo alla società francese non fu generato quindi – come a lungo si è creduto – solo dalla reazione contro la monarchia assoluta e contro la società di ordini, di *status* e di corpi, ossia contro gli assetti sociopolitici *palesi* che al vertice della piramide avevano l'immagine del «re tradizionale», «sovrano dei sovrani», «re cristianissimo» e «imperatore nel suo regno»<sup>66</sup>, ma anche (anzi, soprattutto) da una violenta reazione prodottasi contro i poteri *occulti* costituiti dai parlamenti e dalla mediazione patriarcale operata dai giureconsulti, i *robins*, che vi sedevano. Essi agivano incontrollati nella loro azione politica sotto le mentite spoglie dell'attività formalmente giurisdizionale. Attraverso le prerogative parlamentari, i giuristi dell'Antico Regime avevano costituito «una specie di casta» intoccabile, che aveva condizionato pesantemente tutti gli «affari di Stato»<sup>67</sup>.

In realtà, fu proprio contro l'«idéologie de la magistrature ancienne»<sup>68</sup> che la reazione rivoluzionaria si rivolse con maggior zelo. Essa fu quindi diretta, a un tempo, e contro il diritto divino dello Stato monarchico-assoluto e contro il diritto (altrettanto divino) di quello «Stato nello Stato» che pretendeva esser diventata la magistratura di Antico Regime. Non è un caso che già dalle prime riunioni degli Stati Generali (tra maggio e luglio del 1789) i parlamenti subirono una grave «umiliazione» e che tra i primissimi atti decisionali concreti del nuovo potere rivoluzionario, con una progressiva *escalation* iniziata fin dall'agosto 1789, vi fu la decretazione del loro scioglimento (il «décret de mise en vacance» fu del 3 novembre 1789) per giungere poi alla definitiva soppressione, attuata con una serie di provvedimenti di «clôture» seguiti dalla completa «liquidation des offices» tra il 1790 e il 1792<sup>69</sup>.

Nella fase più cruenta della Rivoluzione tra il 1792 e il 1794 molti tra i vecchi *robins* furono arrestati, processati e – sia pure in misura anche fortemente diseguale tra i vari *parlements* – giustiziati<sup>70</sup>. La parola d'ordine che correva

<sup>66</sup> Per la descrizione di queste figure della sovranità, cfr. D. Richet, *Lo spirito delle istituzioni*, cit. *supra* in nota 1, 40-42.

<sup>67</sup> Cfr., sull'argom., il mio *L'ideologia dei robins*, cit. *supra* in nota 1. Sempre utile la consultazione di P. Alatri, *Parlamenti e lotta politica nella Francia del Settecento*, Roma-Bari, Laterza, 1977; e di F. Diaz, *Filosofia e politica nel Settecento francese*, Torino, Einaudi, 1962. L'espressione «una specie di casta» è di H. Carré, *La fin des parlements. (1788-1790)*, Paris, Hachette, 1912, 2.

<sup>68</sup> L'espressione «ideologia» riferita alla *forma mentis* e alla visione del mondo dei magistrati, da me usata nell'*op. cit. supra* in nota 1, è stata recentemente ripresa *telle-quelle* da J. Krynen, *L'idéologie de la magistrature ancienne*, cit. *supra* in nota 63.

<sup>69</sup> Cfr. H. Carré, *La fin des parlements*, cit. *supra* in nota 67, *passim* e spec. 70-85, 101 ss. e 135 ss.; W. Doyle, *The Parlements of France and the breakdown of the Old Regime. 1771-1778*, «French Historical Studies», vol. 6, n. 4, 1970, 415-458; B. Stone, *The French Parlements and the Crisis of the Old Regime*, Chapel Hill and London, The Univ. of North Carolina Press, 1986.

<sup>70</sup> H. Carré, *La fin des parlements*, cit. *supra* in nota 67, 277-291. L'accusa più grave che venne loro rivolta fu di «misconoscere la sovranità del Popolo» e di «riportare in auge il regime della tirannia» (ivi, 283).

allora era che, fin dal 1789, i parlamenti si erano coalizzati per «annientare la rappresentanza nazionale»<sup>71</sup>. Ma sarebbe inesatto attribuire solo al Terrore l'attacco alla vecchia magistratura. In realtà il regolamento di conti delle forze emergenti con le *cours souveraines* si era aperto fin dalle primissime battute della fase prerivoluzionaria, quando era apparso del tutto chiaro che i *robins* «tendevano solo a mantenere nella sua integrità il vecchio statuto sociale, a organizzare il *veto* degli ordini privilegiati e a mettere il re nella necessità di sciogliere gli Stati [Generali]»<sup>72</sup>. Tanto che Barnave, deputato del Terzo Stato insorse affermando «che nessuna potenza sulla terra potrebbe disporre di un [diritto di] veto sui decreti resi dai rappresentanti della Nazione»<sup>73</sup>. Ma il vero punto dolente era la mediazione patriarcale: mai «più intermediari tra il re e il popolo!» fu il grido più diffuso che corse sulla bocca di tutti<sup>74</sup>.

Vi era la piena consapevolezza, in quei mesi brulicanti di fervore innovativo, che il processo di rifondazione dello Stato francese, sulla base dei nuovi principi ideologici affermati nel corso della Rivoluzione, non potesse attuarsi senza l'abbattimento completo degli *arcana juris* e l'instaurazione del nuovo valore politico della trasparenza nell'esercizio del potere<sup>75</sup>.

Corollari di questa visione, filosofica e politica a un tempo, era l'abolizione della venalità e dell'ereditarietà degli uffici e in particolare degli uffici giudiziari, poiché molto dell'autorità che la magistratura era riuscita ad acquisire era dovuta all'inaffidabilità dei giudici, i quali, essendo proprietari del loro ufficio, non temevano alcun'azione ostativa o disciplinare da parte della corona<sup>76</sup>. E la stessa capacità dei parlamenti di mettersi di traverso all'azione

<sup>71</sup> Ivi, 282. L'espressione fu utilizzata da Fouquier-Tinville, pubblico ministero di uno dei processi più importanti istruiti contro molti dei vecchi magistrati nel 1793, tra i quali figuravano i celebri nomi di Lepeletier de Rosambo, Duport e Le Febvre d'Ormesson.

<sup>72</sup> Ivi, 102-103.

<sup>73</sup> *Ibidem*.

<sup>74</sup> Ivi, 109 (l'espressione è tratta da un *pamphlet* anonimo e molto circolante in quel frangente, intitolato: *Entretien de M. le C[om]te de Mirabeau et de M. Duval d'Espresmenil*, s.l.n.d. [1789], 3-4 (= BNF 8-LB39-7716; consultabile anche on-line sul catalogo di Gallica: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k480550>).

<sup>75</sup> Come anticipato da J.-J. Rousseau, *Il contratto sociale*, II, 7; cfr. anche I, 2 e II, 5, nonché il *Manoscritto di Ginevra*, in Id., *Scritti politici*, 3 voll., Roma-Bari, Laterza, 1994, vol. II, rispettivamente 85, 117 e 42-43. Sul punto, cfr. J. Starobinski, *Jean-Jacques Rousseau. La trasparenza e l'ostacolo*, trad. it. a cura di R. Albertini, Bologna, Il Mulino, 1982; R. Derathé, *Rousseau e la scienza politica del suo tempo*, trad. it. con prefaz. di N. Matteucci, Bologna, Il Mulino, 1993; nonché l'acuta analisi critica di R. Ajello, *Alle origini del diritto moderno. Legittimazione e consenso*, in Id., *Formalismo medievale e moderno*, Napoli, Jovene, 1990, 1-36: 35; e Id., *L'estasi della ragione. Dall'illuminismo all'idealismo*, ivi, 37-184: 121-122.

<sup>76</sup> L'inaffidabilità dei giudici nell'Antico Regime arrivava a forme parossistiche e assurde, che impediva di espellere dal corpo magistratuale persino un togato colto in flagrante delitto di corruzione e malversazione: cfr. M. Antoine, *Corruption et inamovibilité des juges sous Louis XV. Un exemple bordelais (1713)*, in *Justice et justiciables. Mélanges Henri Vidal*, «Recueil de Mémoires et Travaux publiés par la Société d'Histoire du Droit et des Institutions des Anciens Pays de Droit Écrit», fs. XVI, Montpellier, Faculté de Droit, d'Économie et de Gestion de Montpellier, 1994, 239-252.

ministeriale condotta dai governi regi, negando la «registrazione» (*enregistrement*) ai provvedimenti legislativi del re, ovvero scatenando i conflitti giurisdizionali su molti atti del *Grand Conseil* che sistematicamente il *Parlement* cassava, o ancora mediante le sentenze regolamentari (i famosi *arrêts de règlement*) e i giudizi equitativi (*jugement en équité*), con i quali il significato di una norma poteva essere ampliato o ristretto fino a stravolgerne l'intenzione legislativa originaria e il senso obiettivo, tutto ciò dipendeva in buona parte dalla stabilità di *corps* determinata dalla proprietà dell'ufficio trasmissibile per via ereditaria<sup>77</sup>.

Si spiega così il motivo per cui nella pamphlettistica rivoluzionaria e più in generale nella circolazione dei nuovi linguaggi politici circolanti dal 1789 in poi la venalità degli uffici divenne uno dei bersagli più infuocati del dibattito assembleare. Per i deputati del Terzo Stato la venalità è «un obbrobrio dal quale la Francia dev'essere lavata, una simonia ancor più funesta di quella concernente i beni della Chiesa; essa non assicura l'indipendenza dei giudici nei confronti del potere e contiene, in germe, tutti gli abusi della giustizia [...]. L'ereditarietà, poi, genera la formazione di un'oligarchia tanto pericolosa quanto incapace. Di padre in figlio, nelle stesse cariche, [...] i magistrati contraggono l'abitudine dell'onnipotenza e prendono gusto alla tirannia. L'inamovibilità, d'altronde, comporta, in parte, i medesimi effetti, e perciò sarebbe meglio che si fosse giudice per un tempo fisso e limitato»<sup>78</sup>.

Erano queste le idee di fondo che andavano diffondendosi nei circuiti prerivoluzionari e che erano maturate già nel biennio precedente la Rivoluzione<sup>79</sup>. Questa prospettiva aveva realizzato il più classico dei *revirements*: da tutori della libertà contro il rischio di *déravage* verso il dispotismo – un'idea questa difesa da quasi tutti i più bei nomi della stagione illuministica, Diderot e d'Alembert inclusi – i parlamenti erano rapidamente diventati i veri tiranni dello Stato. Per questo occorre ora stroncare definitivamente ogni loro velleità politica e dire *apertis verbis* ai magistrati che essi non avevano «più il potere di far leggi, né di modificarle, né di sanzionarle». Una volta che la Nazione aveva costituito il suo «corpo legislativo», la magistratura non avrebbe potuto, «in alcun caso, opporre neppure il più leggero ostacolo alle leggi la cui esecuzione [sarebbe stata] loro affidata»<sup>80</sup>. Dal momento in cui «la Nazione si sostituiva al re», essa non avrebbe mai inteso «essere messa

<sup>77</sup> D. Richet, *Lo spirito delle istituzioni*, cit. *supra* in nota 1, 27-30. Cfr. M. Antoine, *Le Mémoire de M. Gilbert de Voisins sur les cassations. Un épisode des conflits entre Louis XV et les Parlements (1767)*, in «Revue historique de droit français et étranger», 1958, 1-33, ora in Id., *Le dur métier de Roi. Études sur la civilisation politique de la France d'Ancien Régime*, Paris, PUF, 1986, 197-238.

<sup>78</sup> H. Carré, *La fin des parlements*, cit. *supra* in nota 67, 80-81.

<sup>79</sup> J. Egret, *La pré-Révolution française (1787-1788)*, Paris, PUF, 1962 (rist. anast. Slatkine, Genève 1978).

<sup>80</sup> H. Carré, *La fin des parlements*, cit. *supra* in nota 67, 81.

in scacco dai giudici, come lo era stato il re»<sup>81</sup>. E soprattutto «in materia di riforme, la Nazione» non avrebbe mai sopportato «l'ostruzione parlamentare», com'era accaduto nell'ordine giuridico dell'Antico Regime, nel quale la magistratura aveva acquisito un vero e proprio «diritto di veto mascherato da rimostranze»<sup>82</sup>. Era tempo, insomma, che i magistrati fossero messi con le spalle al muro per estirpare dalla loro attività giurisdizionale ogni tentazione politica di esercitare il potere sovrano. In altri termini, era giunta l'ora di far loro comprendere che la magistratura parlamentare non potesse fare a suo piacimento «i fondamenti della Costituzione»<sup>83</sup>.

In nessun campo come sulla questione della valenza politica del potere giurisdizionale i rappresentanti del Terzo Stato furono così solerti ed energici nell'affermare la fondamentale importanza di profondi mutamenti nell'architettura istituzionale. Le «riforme giudiziarie» apparivano loro la più ineludibile delle necessità. E tutte queste riforme che i suoi rappresentanti propugnavano – la riduzione dei giganteschi distretti parlamentari; l'abolizione della venalità; la semplificazione legislativa; per non citare che qualche esempio – andavano tutte nella direzione di un ridimensionamento (tanto in ampiezza quanto in profondità) del potere magistratuale<sup>84</sup>. E – per quanto ciò possa alla nostra prospettiva apparire paradossale – la stessa «unificazione dei diritti distinti» in capo al soggetto unico, come la chiamava Giovanni Tarello, ovvero l'abolizione della «société des ordres et des corps» secondo la celebre definizione di Roland Mousnier, furono in larga misura il conseguenziale corollario del progetto di ridimensionare il potere derivante dalla mediazione patriarcale della magistratura<sup>85</sup>. La quale, com'è noto, traeva gran parte di quel potere dalla struttura parcellizzata tipica della società di ordini e di corpi e dai continui conflitti che essa generava. In fin dei conti, erano proprio quei conflitti a mettere la magistratura in posizione arbitraria, dandole un ineludibile primato nel (capillare) controllo sociale e nel gioco politico-istituzionale.

3.5. «*Écrasez l'infâme magistrat!*». La fase della *pré-Révolution* è dunque tutta attraversata da questa diffusa e radicata avversione per la *robe* e i *robins*

<sup>81</sup> Ivi, 81-82.

<sup>82</sup> Ivi, 82.

<sup>83</sup> *Ibidem*.

<sup>84</sup> *Ibidem*.

<sup>85</sup> Cfr. G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit. *supra* in nota 14; R. Mousnier, *La costituzione nello Stato assoluto*, cit. *supra* in nota 1, *ad indicem* (voce: «status e ordini») e spec. 32-72, 186-190, 206-211, 231-234 e 236-240. L'idea della società di Antico Regime come «société d'ordres» è illustrata e sviluppata in molte opere del grande storico transalpino, tra le quali mi limito qui a ricordare solo *Le gerarchie sociali dal 1450 ai giorni nostri* [ediz. orig. fr. 1969], trad. it. a cura di E. Rotelli, Milano, Vita e Pensiero, 1971; e quel capolavoro storiografico e teorico che sono *Les institutions de la France*, cit. *supra* in nota 30.

considerati – con le lapidarie ed efficaci parole di Marie-Joseph de Chénier – gl'«inquisitori del pensiero»<sup>86</sup>. E nel contesto politico e culturale ormai conquistato dall'orientamento illuministico questa «inquisizione giudiziaria» era assai «più temibile di quella dei vescovi».

A un certo punto però i loro «roghi» avevano cessato di far paura ed erano diventati persino un veicolo di successo delle opere bruciate. I giudici vennero allora ridicolizzati con l'appellativo di «rosticciери dello spirito pubblico»<sup>87</sup>. La *thèse parlementaire* divenne improvvisamente il «catéchisme des Parlements»<sup>88</sup>. E, con una semplificazione tipica delle fasi di trapasso politico, la magistratura venne assimilata agli altri due corpi privilegiati, la Nobiltà e il Clero, dei quali il Terzo Stato intendeva sbarazzarsi<sup>89</sup>. Da *idoles du peuple* che erano nell'Antico Regime (si pensi solo agli episodi salienti della Fronda<sup>90</sup>), i magistrati iniziarono a essere insultati nelle piazze di tutte le principali città dell'esagono<sup>91</sup>. In un brevissimo volgere di tempo, il loro leggendario prestigio divenne «solo un pallido ricordo»<sup>92</sup>.

Questo diffuso e potente *esprit* anti-magistratuale produsse effetti duraturi: prima si fece sentire nelle fasi di elezione degli Stati Generali, determinando un secco ridimensionamento delle aspirazioni dei parlamentari con una pressoché generale tendenza a evitare la loro elezione<sup>93</sup>, e poi nelle prime sedute assembleari, da cui sarebbe di lì a poco scaturita la scintilla della Rivoluzione, divenne aperta e frontale lotta politica<sup>94</sup>.

<sup>86</sup> M.J. Chénier, *Dénonciation des Inquisiteurs de la Pensée*, Paris, Lagrange, 1789 (nuova ed., Mille et une nuits, Paris 2011). Cfr. H. Carré, *La fin des parlements*, cit. *supra* in nota 67, 86.

<sup>87</sup> *Ibidem*.

<sup>88</sup> *Ibidem*.

<sup>89</sup> *Ibidem*.

<sup>90</sup> Sul quale cfr. R. Mousnier, *La costituzione nello Stato assoluto*, cit. *supra* in nota 1, 246-273.

<sup>91</sup> Cfr. H. Carré, *La fin des parlements*, cit. *supra* in nota 67, 88.

<sup>92</sup> Ivi, 89.

<sup>93</sup> Ivi, 93-99. In antitesi alla tesi di F. Furet e R. Halévi (*La monarchie républicaine. La constitution de 1791*, Paris, Fayard, 1996), affine a quella di H. Carré qui ripresa (secondo cui «les parlementaires n'entrèrent aux États qu'en très petit nombre»: *La fin des parlements*, cit. *supra* in nota 67, 95), R. Martucci, *L'ossessione costituente*, cit. *supra* in nota 4, 120, osserva che l'élite politico-giudiziaria dell'Antico Regime non fu affatto «decapitata» agli Stati Generali del 1789, poiché i *robins* che vi sedettero rappresentavano l'8% del loro ordine», ossia della Nobiltà, mentre 150 furono i magistrati di altre corti che sedevano nelle file del Terzo Stato, per un totale di 171 rappresentanti dell'ordine giudiziario; in tutto, i giuristi che facevano parte dell'Assemblea erano 375, con una netta prevalenza degli avvocati (51,08%); rispetto a questo totale, che assomma tutti i deputati che a vario titolo avevano una formazione giuridica, la percentuale dei *robins* scende ancora e si colloca al 5,6%. In tutto i magistrati agli Stati Generali furono solo 21: a me sembra decisamente poco (o meglio, come scrive H. Carré, *op. cit.*, 98, «un nombre infime de représentants») per un gruppo sociale che, solo fino al giorno prima, si sentiva al centro del mondo politico e istituzionale e che imponeva la sua «opposition réactionnaire» (cfr. J. Egret, *La pré-Révolution française*, cit. *supra* in nota 79, 236-245 e 372).

<sup>94</sup> H. Carré, *La fin des parlements*, cit. *supra* in nota 67, 98-99.

Malgrado la perizia tecnica dei pochi membri togati degli *États* – personaggi del calibro di Fréteau de Saint-Just, Du Port, Le Peletier de Saint-Fargeau e Beaumetz – immediatamente emersa nel duro lavoro delle commissioni legislative (i «Comité de Constitution») <sup>95</sup>, essi però nulla poterono per salvare la valenza politica della giurisdizione. Per quanto acuto e profondo potesse essere il loro sapere tecnico-giuridico e nonostante la loro grande determinazione, «les partisans des parlementaires», sia perché «peu nombreux», sia perché si trovarono di fronte a un clima generale per «parti pris» ostilissimo ai vecchi Parlamenti e sempre pronto a «écarter» ogni «esprit de corps», «non riuscirono a far passare nessuna delle loro idee» <sup>96</sup>.

Pur non mancando di notare la «resistenza [dei parlamenti] al dispotismo ministeriale», molti protagonisti del dibattito politico sottolinearono come era stata proprio la potenza degli apparati giudiziari a rendere impossibile la riforma della monarchia assoluta e come i vecchi magistrati avessero utilizzato i loro raffinatissimi strumenti retorico-esegetici per proclamarsi unici «rappresentanti della Nazione» (queste le parole usate da Alexandre de Lameth e da molti condivise). Sulla sua scia anche altri, tra cui Target, fecero «il processo allo spirito corporativo» tipico della *noblesse de robe* <sup>97</sup>.

Il Terzo Stato si rese insomma conto che erano proprio i vecchi giuristotogati, con la loro difesa dello spirito corporativo e dei cascami della mentalità feudale, il maggiore «obstacle à ses projets» e che disintegrando gli strumenti del potere giurisdizionale avrebbe avuto la strada spianata per trionfare anche sugli altri ordini: questo appariva un passaggio ineludibile e propedeutico per edificare la società nuova <sup>98</sup>.

È proprio questo aspetto a spiegare perché l'odio verso la magistratura parlamentare coinvolse anche gli spiriti meno propensi alle innovazioni radicali. Nel suo moderato progetto di riforma presentato fin dalle prime battute agli Stati Generali, Bergasse pur non domandando ancora la soppressione dei parlamenti affermò a chiare lettere che essi dovessero cessare «di partecipare alla legislazione» e che i magistrati dovessero essere «spogliati della proprietà dei loro uffici, essendo il potere del giudice un potere pubblico, e un tale potere non potendo essere di proprietà di nessuno» <sup>99</sup>. Da quel momento in poi occorre che i giudici nell'atto di «dire il diritto» sentissero «al loro fianco la prima di tutte le potenze, quella che non si corrompe mai, la potenza dell'opi-

<sup>95</sup> È il nocciolo della condivisibile tesi sostenuta da R. Martucci, *L'ossessione costituente*, cit. *supra* in nota 4, 118-119.

<sup>96</sup> Cfr. H. Carré, *La fin des parlements*, cit. *supra* in nota 67, 135 ss.

<sup>97</sup> Ivi, 136-137.

<sup>98</sup> Ivi, 94.

<sup>99</sup> Ivi, 124.

nione pubblica»<sup>100</sup>. Bisognava altresì che la giustizia fosse «resa gratuitamente e pubblicamente su tutte le materie» e che mai più «un giudice, per quanto in alto [fosse], po[tesse] interpretare la legge, aggiungere [propri elementi] alle disposizioni di essa, poiché se la legge può essere applicata a piacimento di una volontà particolare, il cittadino cessa di essere sotto la sua salvaguardia» e diventa invece sottoposto all'«autorità di colui che interpreta la legge»<sup>101</sup>. «Il potere giudiziario – disse ancora Bergasse – sarà mal organizzato se i depositari di questo potere avranno una parte attiva nella legislazione, ovvero se potranno influire, in qualunque maniera, sulla formazione della legge». Infatti, «se il ministro della legge può influire sulla formazione di essa, certamente è da temere che egli non vi influisca che a suo profitto, o per accrescere la propria autorità, e diminuire in tal modo sia la libertà pubblica, sia la libertà particolare»<sup>102</sup>.

3.6. *L'epurazione dei «robinocrati»*. Interprete magistrale di questo clima, politico e prim'ancora culturale, Mirabeau si levò a perorare la giusta causa della libertà, invocando «l'esempio degl'Inglesi che vietavano al potere giudiziario d'immischiarsi negli affari di Stato e di governo»<sup>103</sup>. «Fin tanto che avremo dei magistrati alla vecchia maniera – gli fece eco il 12 aprile 1790 il *Courrier Français* – noi avremo sempre dei nemici della Rivoluzione»<sup>104</sup>.

A fronte di un clima così ostile a nulla potevano valere i numerosi tentativi da parte della vecchia magistratura di agganciare attraverso canali occulti il movimento controrivoluzionario<sup>105</sup>. Fino all'ultimo istante utile, vi fu chi – come Duval d'Épremesnil – continuò a credere «che la Rivoluzione si sarebbe conclusa con una sentenza del Parlamento»<sup>106</sup>. I *robins* continuarono a lungo a formulare «protestations» indirizzate «contre l'œuvre des constituants»<sup>107</sup>, rei di aver distrutto la «costituzione del regno»<sup>108</sup> e soppresso la venalità degli uffici, cosa che per i vecchi magistrati era nient'altro che «un attentato contro la proprietà»<sup>109</sup>.

<sup>100</sup> *Ibidem*.

<sup>101</sup> *Ibidem*. Nella lettura che Bergasse fece all'assemblea del suo rapporto, i passaggi cruciali segnati dalla severa critica alla magistratura parlamentare e alle sue pretese politiche furono i più applauditi (il rapporto fu poi stampato con il titolo: *Rapport du Comité de constitution sur l'organisation du pouvoir judiciaire, présenté à l'Assemblée nationale par M. Bergasse*, Paris, chez Baudoin, 1789).

<sup>102</sup> Ivi, 125.

<sup>103</sup> Ivi, 129.

<sup>104</sup> Ivi, 185.

<sup>105</sup> Ivi, 185 ss.

<sup>106</sup> Ivi, 209-210.

<sup>107</sup> Ivi, 214-227.

<sup>108</sup> Ivi, 219.

<sup>109</sup> Ivi, 221.

Furono però tutti tentativi inutili e destinati a restare privi di effetti politici concreti. La Rivoluzione aveva ormai imboccato il suo inarrestabile corso decisa, come affermò Thouret parlando al *Comité de Constitution*, ad annientare il «pericolo dello spirito di corpo» e gli «effetti corrosivi» dell'azione politica della magistratura parlamentare, stabilendo nel contempo con la massima decisione «il principio che niente poteva sussistere delle vecchie istituzioni giudiziarie»<sup>110</sup>.

Fu una posizione vincente e molto influente sul dibattito in corso. Ben presto maturò la convinzione radicale di sopprimere i vecchi parlamenti e con essi anche i consigli superiori, andando così molto di là dalla stessa riforma Maupeou che li aveva istituiti al posto delle vecchie corti parlamentari che si pretendevano «sovrane»<sup>111</sup>. Fu allora Du Port, prendendo la palla al balzo, a proporre l'idea rivoluzionaria di abolire i giudici sedentari e di sostituirli con giudici itineranti accompagnati da giurie popolari. Si sarebbero avuti in tal modo solo dei giudici e non dei magistrati che sedevano in «tribunali permanenti, essendo questi sempre pericolosi», e si sarebbe evitata la gerarchia giudiziaria e il controllo parlamentare sugli organi subalterni, che era stato uno dei principali punti di forza della vecchia magistratura parlamentare<sup>112</sup>. La proposta non passò, ma essa resta indicativa di un clima di generale e irriducibile ostilità verso tutto ciò che le vecchie istituzioni giudiziarie rappresentavano ed evocavano.

Questa linea dura fu sempre sostenuta da un forte e diffuso movimento di opinione. Quando il 6 ottobre 1789 vi fu l'invasione delle donne all'Assemblea Nazionale<sup>113</sup> – una coraggiosa azione popolare che ridiede slancio al processo rivoluzionario, in quel frangente decisamente in stallo, obbligando il re e la Corte e al loro seguito l'intera Assemblea a trasferirsi alle Tuileries a Parigi – il grido che più di tutti risuonò fu «abbasso il Parlamento!»<sup>114</sup>. La netta impressione che allora ebbero e riferirono gli osservatori contemporanei fu che l'odio contro i *robins* non era affatto un sentimento estemporaneo, ma un convincimento talmente radicato e diffuso da spingere all'opposto a prevedere un suo progressivo e dirompente aumento.

In quel contesto maturò anche la convinzione che l'inveterata procedura dell'*enregistrement*, pilastro costituzionale del sistema politico di Antico Regime che i *robins* consideravano «la loi des loix»<sup>115</sup>, fosse un «abus» mediante

<sup>110</sup> Ivi, 200.

<sup>111</sup> Ivi, 201: venne condivisa l'idea che i consigli o corti superiori «rassomigliavano troppo ai parlamenti». Il deputato Anthoine affermò ironicamente che lasciando in piedi quei consigli «invece di tredici parlamenti, ne avremmo ventidue».

<sup>112</sup> *Ibidem*.

<sup>113</sup> Su cui, da ultimo, cfr. B. Baczo, *Politiques de la Révolution française*, Paris, Gallimard, 2008, 107-116.

<sup>114</sup> H. Carré, *La fin des parlements*, cit. *supra* in nota 67, 131.

<sup>115</sup> Per un approfondimento su questo punto, cfr. il mio *L'ideologia dei robins*, cit. *supra* in nota 1, 470-485.



il quale «la forza pubblica e[ra] arrestata»<sup>116</sup>. E fu sempre quello il motivo di fondo «per il quale precisamente [...] tutti i buoni cittadini vo[leva]no farla finita con i parlamenti»: perché credevano, come scrissero raccogliendo un sentimento diffuso le *Révolutions de Paris*, che non vi sarebbe stata «nessuna libertà se il nome stesso di Parlamenti non [fosse stato] annientato»<sup>117</sup>.

Si giunse, così, alla soppressione di quello che, al pari dell'inquisizione, veniva ormai considerato l'«horrible monstre»: «Non ci sono più Parlamenti!», affermò raggianti Falcon in una lettera indirizzata a La Boissière. E aggiunse:

Ne abbiamo appena distrutto persino il nome. Era già molto tempo che questa soppressione era sicura, come necessario sèguito dei decreti già resi; ma essa non era stata ancora pronunciata. Essa lo è stata all'istante, per la gran soddisfazione del pubblico, e soprattutto della mia. Schiacciato a lungo sotto l'imperiosa verga di quel corpo imperioso, ho sempre manifestato la mia avversione per i loro principi, che conservando tutte le aristocrazie non tenderanno a null'altro che ad assoggettare il regno a quella dei Robinocrati<sup>118</sup>.

Gli effetti di quel clima si sarebbero ben presto riversati nei testi costituzionali; i quali mantennero in tutte le versioni (1791, 1793 e 1795) sempre ben ferma la concezione della funzione giudiziaria come di una «funzione subordinata», a tal punto da «non lasciare al giudice alcun potere» discrezionale<sup>119</sup>. Il rigido rispetto del principio di legalità costringeva il magistrato «in un ruolo quasi di automa»<sup>120</sup>. Nella Costituzione dell'anno III (1795), in genere considerata nella letteratura giuspubblicistica il più moderato dei testi costituzionali rivoluzionari, un esplicito divieto impediva ai giudici d'«immediarsi nell'esercizio del potere legislativo» (art. 203). Nei lavori preparatori si era discusso animatamente se (come aveva sostenuto Dubois-Crancé) bisognasse addirittura eliminare del tutto la parola «potere» a proposito della funzione giudiziaria, qualificandola solo come «autorità giudiziaria», ovvero lasciandola, ma con la precisazione (di Merlin de Douai) che essa si riferiva solo all'indipendenza della magistratura dagli altri due principali poteri (legislativo ed esecutivo) e non all'esercizio di una libertà d'interpretazione della legge che avrebbe senza dubbio alcuno sconfinato nell'esercizio del potere sovrano di legiferare.

<sup>116</sup> H. Carré, *La fin des parlements*, cit. *supra* in nota 67, 125. Nelle more del provvedimento di «mise en vacances» dei parlamenti, l'Assemblée votò, su proposta di Mirabeau, una norma transitoria con la quale il rifiuto di registrazione da parte di un parlamento era in pratica assimilata alla «forfaiture» (alto tradimento e felonìa).

<sup>117</sup> Ivi, 126.

<sup>118</sup> Ivi, 203.

<sup>119</sup> Cfr. M. Troper, *Terminer la Révolution*, cit. *supra* in nota 4, 181-195.

<sup>120</sup> Ivi, 186.

In definitiva, il permanente clima di diffidenza e di ostilità per la giurisdizione derivato dall'esperienza dei parlamenti di Antico Regime, ispirò nei testi costituzionali rivoluzionari una concezione molto restrittiva della funzione giudiziaria che assorbiva gli orientamenti dottrinali illuministici soprattutto di Montesquieu e di Beccaria. Questa concezione era fondata sull'idea basilare secondo la quale «la funzione giurisdizionale consiste nel decidere delle liti esclusivamente applicando una legge preventivamente fissata». Il giudice doveva quindi procedere con «un ragionamento sillogistico» nel quale «la premessa maggiore è il testo di legge, la premessa minore il fatto e la sentenza la conclusione. E siccome le premesse sono per il tribunale un dato, esso non dispone di alcun potere proprio di decisione»<sup>121</sup>.

Questo fu l'epilogo costituzionale più importante della Rivoluzione, destinato poco dopo, nella stagione napoleonica, a trovare un'applicazione coerente e ancor più stringente nel formidabile strumento delle codificazioni, uno strumento però largamente previsto e preconizzato in tutti i testi costituzionali rivoluzionari<sup>122</sup>.

Attraverso queste misure, e più in generale per la nuova mentalità politica, giuridica e sociale, che prese corpo nella rovente stagione di epocali mutamenti che lega idealmente il decennio dal 1789 al 1799 e oltre, la Rivoluzione segnò, in definitiva e in primo luogo, «la fine dell'onnipotenza dei giudici»<sup>123</sup>.

#### 4. LA COSTITUZIONE DI ANTICO REGIME: SCRITTA E GIURISPRUDENZIALE

Il collegamento tra l'avversione alla mediazione patriarcale della magistratura e la Rivoluzione con la sua «ossessione costituente» è decisivo per la dimostrazione della tesi di fondo che qui si è presentata: che cioè il costituzionalismo rivoluzionario non inventò né il pensiero costituzionale né l'oggetto-costituzione, ma sulla scorta di una lunga esperienza mutò di quel pensiero e di quell'oggetto alcuni connotati essenziali. Tra i quali – a differenza di quel che a torto si crede – non vi è la forma scritta, ma solo la modalità della scrittura in un testo articolato e sintetico.

<sup>121</sup> Ivi, 185. Fortissima – e di grande interesse storiografico-giuridico – fu l'influenza di questa concezione sui costituenti termidoriani: Cazales sostenne senza mezzi termini che «il giudizio non è più che l'atto materiale di applicazione della legge»; e Clermont-Tonnerre gli fece eco affermando che «il potere giudiziario, quello che impropriamente si chiama potere giudiziario, è l'applicazione della legge o volontà generale a un fatto particolare, e non è quindi in ultima analisi che l'esecuzione della legge».

<sup>122</sup> Ivi, 187. Già nel titolo primo della Costituzione del 1791 si era prevista la redazione di «un Codice di leggi civili comuni a tutto il Regno»; nella Costituzione del 1793 all'art. 85 si era affermato che «il Codice delle leggi civili e criminali è uniforme per tutta la Repubblica».

<sup>123</sup> Cfr. F. Furet e D. Richet, *La Rivoluzione francese* [ediz. orig. fr. 1965], trad. it. 2 voll., Roma-Bari, Laterza, 1998, 132 (1ª ediz. 1974).

Il dato di fatto che una costituzione esistesse anche nello Stato monarchico-assoluto è provato da innumerevoli fonti ed è stato persuasivamente dimostrato<sup>124</sup>. Meno scontata, invece, è la focalizzazione di quali siano gli elementi caratterizzanti di quella costituzione e in che cosa essa si differenzi significativamente dalle carte costituzionali.

Secondo la tesi parlamentare, i *registres secrets* delle *cours souveraines* e in particolare dei *parlements* custodivano la «constitution du Royaume». È questo il motivo per cui non si può identificare la costituzione assolutistica solo con le «leggi fondamentali», pur così tanto invocate nella stessa giurisprudenza parlamentare<sup>125</sup>. Queste leggi, infatti, rappresentavano solo uno – anche se di certo sul piano simbolico il più d'effetto – dei molteplici materiali si potrebbe dire «alluvionali» che la sapiente gestione dei *sacerdotes juris* era in grado di utilizzare<sup>126</sup>.

La «costituzione del regno» era in effetti un immenso reticolato normativo-giurisprudenziale che solo l'interpretazione dei *messieurs savants* poteva di volta in volta precisare e cristallizzare in norme giuridiche<sup>127</sup>. Essa era perciò inscindibile dagli *arcana juris* ed è per questo che il costituzionalismo di Antico Regime è propriamente un costituzionalismo giurisdizionale. In quel contesto il magistrato non era un semplice applicatore della legge, di una legge esistente a prescindere da lui, come noi – erroneamente – siamo portati a pensare, immersi come siamo nelle nostre categorie di precompren-

<sup>124</sup> Cfr. R. Mousnier, *La costituzione nello Stato assoluto*, cit. *supra* in nota 1.

<sup>125</sup> Mi limito a indicare tre noti studi nella letteratura specialistica: A. Lemaire, *Les lois fondamentales de la monarchie françaises, d'après les théoriciens de l'Ancien Régime*, Paris, Fontemoing, 1907, rist. anast. Genève, Slatkine, 1975; B. Basse, *La constitution de l'ancienne France. Principes et lois fondamentales de la royauté française*, Liancourt, Presses Saint-Louis, 1973; C. Saguez-Lovisi, *Les lois fondamentales au XVIII<sup>e</sup> siècle. Recherches sur la loi de dévolution de la couronne*, Paris, PUF, 1983. Impossibile inoltre non ricordare il classico di E. Carcassonne, *Montesquieu et le problème de la constitution française au XVIII<sup>e</sup> siècle*, Paris, PUF, 1927, rist. anast. Slatkine, Genève 1970, gran bel libro densissimo di spunti e suggestioni.

<sup>126</sup> Rinvio, per l'analisi più dettagliata di questa specificità della costituzione di Antico Regime, composta anche di norme di pari livello formale alla legislazione ordinaria (cosa che suonerà paradossale al costituzionalista contemporaneo), al terzo cap. del mio *La rinascita dello Stato*, cit. *supra* in nota 1 («La gerarchia delle norme e l'organizzazione politico-istituzionale nello Stato assoluto»), 153-230. Sul punto, di grande interesse per lo storico del diritto sono le considerazioni svolte da A. Barbera su questa rivista (in *Quad. Cost.*, a. XXX, n. 2, giu. 2010) nel recente suo saggio *Ordinamento costituzionale e carte costituzionali*, 311-358. La tesi dell'influenza sulle norme costituzionali di materiali normativi eterogenei attinenti, dal punto di vista della teoria delle fonti, al livello formalmente subordinato della normazione ordinaria è stata proposta da W. Leisner, *Von der Verfassungsmässigkeit der Gesetze zur Gestzmässigkeit der Verfassung*, Tübingen, Mohr, 1964, su cui si veda C. Amirante, *Diritti fondamentali e sistema costituzionale nella Repubblica federale tedesca*, Roma, Lerici, 1980, 11.

<sup>127</sup> Come dimostra impeccabilmente U. Petronio, *L'analogia L'analogia tra induzione e interpretazione. Prima e dopo i codici giusnaturalistici*, in C. Storti (a cura di), *Il ragionamento analogico. Profili storico-giuridici*, Napoli, Jovene, 2010, 183-292; si veda, al riguardo, anche l'intramontato e ormai classico di L. Lombardi Vallauri, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1967 (rist. inalt. 1975). Inoltre, B. Anagnostou-Canas (a cura di), *Dire le droit: normes, juges, jurisconsultes*, Paris, LGDJ, 2006.

sione giuspositivistiche, bensì il sapiente tessitore di una trama normativa nella quale ogni direzione poteva essere sempre imboccata e ogni soluzione rinvenuta, fondandosi su una ineccepibile dimostrazione esegetica *juris et de jure*. Lungi dal considerarsi il mero esecutore di una volontà normativa a lui esterna, il giurista-giudice di Antico Regime si pensava come un protagonista assoluto della vita giuspolitica, un «heros togatus»<sup>128</sup>. E tutto, cioè ogni soluzione giuridica, poteva essere rinvenuto nell'immenso corpo del diritto: *omnia in corpore juris inveniuntur*. La certezza del diritto era affidata alla sola esegesi del magistrato, ai «lumi», come soleva dire Le Paige, della sua *Scientia* e della sua superiore *Ratio*, frammento della *Divinitas* insita nella *juris peritia* e nella *juris dictio*<sup>129</sup>.

Il punto nodale restò, nel lungo periodo, sempre lo stesso: il principio costituzionale per cui ogni legge emanata legittimamente dal sovrano – il «commandement royal» – doveva essere «rispettosa delle norme superiori»<sup>130</sup> significava in pratica che ogni legge doveva essere, prima di entrare in vigore, passata al vaglio della magistratura, la quale quindi si considerava come il vero sovrano occulto della monarchia assoluta<sup>131</sup>.

Questo è il motivo per cui non corrisponde alla realtà storica, come la vivevano i protagonisti di allora, affermare che la costituzione di Antico Regime era una costituzione puramente consuetudinaria. I provvedimenti giurisdizionali erano scritti e se in essi va ravvisata appunto la costituzione del regno, questa era scritta e non orale o puramente materiale. Scritta, ovviamente, nella forma giurisprudenziale. E dotata di una valenza non solo squisitamente giuridica, cioè limitata alla giustizia contenziosa, ma *giuspolitica*, nel senso che i provvedimenti giurisdizionali, pur traendo spunto da un caso giudiziario concreto, ovvero da uno specifico provvedimento legislativo sottoposto (attraverso l'*enregistrement*) al vaglio parlamentare, assumevano valore politico generale. Ciò avveniva attraverso la statuizione per via giurisdizionale di norme-principio che la magistratura intendeva come costituzionali.

La *vexata questio* secondo la quale il re aveva la concreta possibilità di chiudere la dialettica istituzionale con il parlamento attraverso l'imposizione

<sup>128</sup> Cfr. J.-M. Chatelain, «*Heros Togatus*»: culture cicéronienne et gloire de la robe dans la France d'Henri IV, in *Journal des Savants*, lug.-dic. 1991, 263-287.

<sup>129</sup> Cfr. al riguardo il mio *L'ideologia dei robins*, cit. *supra* in nota 1, 246-259.

<sup>130</sup> Per l'analisi di questa formula, cfr. A. Rousselet-Pimont, *Le chancelier et la loi au XVI<sup>e</sup> siècle. D'après l'œuvre d'Antoine Duprat de Guillaume Poyet et de Michel de l'Hospital*, Paris, De Boccard, 2005, 31-82.

<sup>131</sup> Questa tendenza non è affatto relativa solo al periodo dell'assolutismo classico, ma ha le sue radici già nel Medioevo: cfr. S. Petit-Renaud, «*Faire loi*» au Royaume de France. De Philippe VI à Charles V (1328-1380), Paris, De Boccard, 2001; K. Weidenfeld, *Les origines médiévales du contentieux administratif (XIV<sup>e</sup>-XV<sup>e</sup> siècles)*, Paris, De Boccard, 2001.

di un «letto di giustizia» non è affatto idonea a rovesciare l'impostazione qui proposta. Non solo perché nel complesso i letti di giustizia nel corso dell'Antico Regime furono in numero relativamente limitato in rapporto al numero dei provvedimenti legislativi adottati<sup>132</sup>; ma soprattutto perché, come affermò *tranchant* Le Paige, il letto di giustizia «non finisce proprio niente» e dopo «le cose non sono più avanzate di prima»<sup>133</sup>.

Quest'asserzione è meno boriosa di quanto sembri a prima vista. È agevole verificarla alla prova dei fatti: la magistratura giudicava sistematicamente nullo il provvedimento legislativo imposto in violazione del principio (a sua volta considerato di rango costituzionale) della *libertas iudicandi* ossia della *libera existimatio* da parte del giudice nella decisione di un provvedimento a lui spettante; di conseguenza nella concreta applicazione di norme scaturite da un letto di giustizia i giudici (anche i subalterni, sui quali il Parlamento aveva diretto controllo gerarchico) non tenevano conto di quelle disposizioni e le disapplicavano *sic et simpliciter*<sup>134</sup>.

Di fronte al letto di giustizia che imponeva norme sgradite alla magistratura, il Parlamento si metteva di traverso e paralizzava tutta l'attività ministeriale, impedendo di fatto al re e ai governi regi di operare. Più di una volta i magistrati ricorsero alla *grève* (sentita da tutti come una *extrema ratio* in quanto provvedimento gravissimo che di fatto negava la giustizia ai *citoyens* e come tale rappresentava oggettivamente un *vulnus* inaccettabile in un mondo che vedeva nel sovrano l'incarnazione della Giustizia divina) e il re dovette esiliarli<sup>135</sup>. Ma gli esili si risolvevano sempre in un nulla di fatto e alla fine la magistratura ritornava in sede più forte di prima. Al re e ai suoi governi ministeriali non restava che negoziare *sous table* con l'alta magistratura i provvedimenti legislativi ritenuti necessari o indispensabili all'azione di governo, cosa che avveniva in segreto e piuttosto regolarmente nelle cosiddette «conférences» di Versailles che si tenevano in genere nel *cabinet* del guardasigilli e alle quali erano regolarmente invitati i presidenti o insieme ad autorevoli rappresentanti delle *chambres* parlamentari, delle *requêtes* o delle *enquêtes*, ovvero il primo presidente nei casi di maggior delicatezza.

<sup>132</sup> Cfr. S. Hanley, *The Lit de Justice of the Kings of France. Constitutional Ideology in Legend, Ritual and Discourse*, Princeton, Princeton Univ. Press, 1983; E.A.R. Brown e R.C. Famiglietti, *The «Lit of justice»: semantics, ceremonial, and the Parlement of Paris, 1300-1600*, Sigmaringen, J. Thorbecke, 1994.

<sup>133</sup> BPR, LP 539 = 179 del 25 ago. 1756. Di L.-A. Le Paige si veda sull'argom. anche il vol. a stampa: *Lettre sur les lits de justice*, s.l.n.d. [Paris 1756] (= BNF, 4° Lb<sup>38</sup>, 693).

<sup>134</sup> Cfr. i miei *L'ideologia dei robins*, cit. *supra* in nota 1, 490-495 (§ 16: «La sistematica disapplicazione del diritto regio sgradito alle magistrature»); e *La rinascita dello Stato*, cit. *supra* in nota 1, 183-184 e 217-221.

<sup>135</sup> Cfr. S. Daubresse, M. Morgat-Bonnet e I. Storez-Brancourt, *Le Parlement en exil ou Histoire politique et judiciaire des translations du Parlement de Paris (XV<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècle)*, con una postfazione di F. Hildesheimer, Paris, Honoré Champion, 2007.

Fu proprio contro queste pratiche sotterranee che la Rivoluzione realizzò la sua svolta di maggior incisività, modificando profondamente il rapporto tra potere politico e potere giurisdizionale.

**5. BICONCLUSIONE INTERROGATIVA:**

**– CONTRO CHI FU FATTA LA RIVOLUZIONE FRANCESE?**

**– PERCHÉ SI PASSÒ DALLA COSTITUZIONE ALLA CARTA COSTITUZIONALE?**

La conclusione di questo *excursus* cerca di dar risposta a queste che a me sembrano le due domande fondamentali sul tema trattato.

L'idea di fondo è di «pensare la Rivoluzione», e con essa il passaggio dalla costituzione (di Antico Regime) ai testi costituzionali articolati e sintetici dell'epoca contemporanea, secondo una prospettiva diversa dalla concezione dominante – anzi pressoché egemone – in base alla quale essa rappresenta il grande momento di riscossa della borghesia emergente e del capitalismo che da sistema economico si fa anche sistema politico e giuridico, con la conseguente abolizione delle strutture feudali e corporative tipiche della società di ordini e con il relativo passaggio dalla dialettica degli *status* alla dialettica delle classi, l'unificazione in capo al soggetto unico dei diritti distinti e l'affermazione (astratta o normativo-nominale) del principio di eguaglianza<sup>136</sup>.

Non che tutto ciò non sia vero. Ma, a osservar gli eventi in una prospettiva di lunga durata questi tasselli vengono composti in un mosaico ben più ampio, nel quale la linea di tendenza è dettata più dalla preoccupazione di «illuminare» l'esercizio del potere, dando trasparenza all'operato di ciascun attore politico, attribuendogli la responsabilità derivante dal proprio agire, e prevedendo efficaci strumenti di controllo per prevenirne gli abusi, che dall'intento di affermare l'astratto principio dell'uguaglianza giuridico-formale. Un valore, quest'ultimo, che molti di coloro che in Francia predicavano i diritti dell'uomo scordavano poi bellamente nelle colonie d'oltremare, dove non di rado gestivano o partecipavano a imprese economiche fondate ancora sullo sfruttamento della schiavitù negriera<sup>137</sup>.

L'avvento della Rivoluzione, insomma, e i testi costituzionali che furono senz'alcun dubbio il suo portato giuspolitico più rilevante devono essere visti, per essere compresi in profondità, non come una scintilla di luce scoccata all'improvviso in un universo buio, ma piuttosto come lo sbocco di un pro-

<sup>136</sup> Su questi cruciali passaggi cfr. ancora R. Mousnier, *La stratificazione sociale*; Id., *I concetti di «ordine», di «status», di «fedeltà» e di «monarchia assoluta»*; Id., *Breve storia del concetto di «classe sociale»*; e Id., *Dagli ordini alle classi. Il caso tipo del Cancelliere d'Aguesseau*, tutti e quattro in Id., *La costituzione nello Stato assoluto*, cit. *supra* in nota 1, 32-85 e 295-314.

<sup>137</sup> Lo abbiamo appreso dal pregevole lavoro di M. Santoro, *Il tempo dei padroni. Gerarchia schiavitù, potere nell'antropologia di antico regime. Haiti 1685-1805*, Milano, F. Angeli, 1998.

cesso che era in gestazione da lunghissimo tempo<sup>138</sup> nel corso del quale la monarchia assoluta era stata «al lavoro su se stessa»<sup>139</sup>. In questo «lavoro», la parte preponderante era stata assorbita dalla questione del rapporto conflittuale tra il governo regio e il potere giurisdizionale.

La Rivoluzione fu, allora, in quest'ottica, l'ultimo e finalmente riuscito tentativo di ridimensionare quel potere senza controllo e senza responsabilità che era la giurisdizione politica della magistratura. Negli spiriti che la concepirono e la condussero, quindi, essa fu essenzialmente rivolta contro la mediazione patriarcale dei giuristi-politici. Essendo quel potere fondato su elementi di natura ontologico-metafisica, e agganciato perciò alla stessa dinamica della monarchia di diritto divino, fu necessario per procedere alla sua demolizione partire da un processo di secolarizzazione nel contempo religiosa e politica<sup>140</sup>. La Rivoluzione tentò in un primo momento di salvare la monarchia, secolarizzandola e cercando d'inserirla nel nuovo corso degli eventi, ma fallì (anche per la maldestra incapacità dei sovrani a vedere e a comprendere il nuovo che s'imponeva con la forza delle cose). E così a un certo punto divenne inevitabile travolgere insieme corona e magistratura, coinvolgendo entrambe nel medesimo destino.

I testi costituzionali prima, il *référé législatif* e le codificazioni poco dopo, furono gli strumenti giuridici per legare le mani ai giudici e depotenziare la giurisdizione delle sue velleità politiche occulte. I protagonisti della rivoluzione compresero – e fu questa la loro «scoperta» teorico-istituzionale di maggior rilievo – che per annientare la giurisdizione politica dei magistrati occorreva mutare la natura e la struttura del potere legislativo e governamentale.

Fu lì, in quel decisivo passaggio, la genesi della «democrazia nascente»<sup>141</sup>. Per risolvere la crisi dello Stato assoluto fu necessario «inventare la Rivoluzione»<sup>142</sup>. *Il passaggio dalla costituzione ai testi costituzionali fu allora lo strumento decisivo per demolire la mediazione patriarcale dei giureconsulti, spezzare per sempre (così almeno si credeva) il loro formalismo e annientare*

<sup>138</sup> Cfr. D. Richet, *Autour des origines idéologiques lointaines de la Révolution française: élites et despotisme*, in *Annales E.S.C.*, 24, 1, gen.-feb. 1969, ora in Id., *De la Réforme à la Révolution. Études sur la France moderne*, Paris, Aubier, 1991, 389-416; D.K. Van Kley, *The Religious Origins of the French Revolution. From Calvin to the Civil Constitution, 1560-1791*, Yale University Press, New Haven and London 1996.

<sup>139</sup> D. Richet, *La monarchie au travail sur elle-même?*, in K.M. Baker (a cura di), *The Political Culture of the Old Regime*, Oxford, Pergamon Press, 1987, 25-39, ora in Id., *De la réforme à la Révolution*, cit. in nota preced., 425-450.

<sup>140</sup> Cfr. J. Merrick, *The Desacralization of the Monarchy in the Eighteenth Century*, Baton Rouge and London, Louisiana State Univ. Press, 1990.

<sup>141</sup> Cfr. E. Rotelli, *Forme di governo*, cit. *supra* in nota 45, spec. 251-505.

<sup>142</sup> Cfr. K.M. Baker, *Inventing the French Revolution. Essays on French Political Culture in the Eighteenth Century*, Cambridge-New York, Cambridge Univ. Press, 1990.

*la loro velleità occulta di appropriarsi per via giurisprudenziale del potere politico.*

La storiografia, al pari di ogni linguaggio che voglia qualificarsi come scientifico, è revisione permanente delle tesi accreditate e dei concetti consolidati. È critica perenne delle *idées reçues*. È tentativo incessante di falsificare o confutare le ipotesi che sembrano più solide, nella consapevolezza che questo è il metodo più efficace per dar loro valore, corroborandole (constatando la loro resistenza a essere confutate) o smentendole (attraverso solide prove *ex contrario*). È qui il suo inesausto fascino: nella rivoluzione permanente che i suoi studi portano nell'indole tendenzialmente assuefatta degli esseri umani. Poiché, come ha scritto in una delle sue sintesi forse più efficaci, Pierre Bourdieu...

...le vere rivoluzioni simboliche, probabilmente, sono quelle che offendono, più che il conformismo morale, il conformismo logico, scatenando la repressione spietata che suscita un simile attentato contro l'integrità mentale<sup>143</sup>.

<sup>143</sup> P. Bourdieu, *Spiriti di Stato*, cit. *supra* in nota, 16.