

no. 1/2013 - ISSN 2283-652

Estratto

LO STATO

RIVISTA SEMESTRALE DI SCIENZA COSTITUZIONALE E TEORIA DEL DIRITTO diretta da AGOSTINO CARRINO e ALIS VIGNUDELLI

Mucchi Editore



RIVISTA SEMESTRALE DI
SCIENZA COSTITUZIONALE E TEORIA DEL DIRITTO

diretta da
AGOSTINO CARRINO e ALJS VIGNUDELLI

ANNO I - NUMERO 1 (LUGLIO-DICEMBRE 2013)



Mucchi Editore

DIREZIONE SCIENTIFICA BOLOGNA

ALJS VIGNUDELLI
(Università di Modena e Reggio Emilia)

DIREZIONE SCIENTIFICA ROMA

AGOSTINO CARRINO
(Università di Napoli Federico II)

Comitato di redazione Modena

LUCA VESPIGNANI
(Università di Modena e Reggio Emilia, Capo redattore)

VALERIA BORTOLOTTI
(Università di Modena e Reggio Emilia)

SIMONE FRANZONI
(Università di Modena e Reggio Emilia)

FEDERICO PEDRINI
(*Alma Mater* - Università di Bologna)

ANTONIO RIVIEZZO
(Università di Sassari)

Comitato di redazione Roma

CARMINE DE ANGELIS
(Università di Roma Foro Italico, Capo redattore)

FEDERICO LIJOI
(Università di Roma La Sapienza)

DANIELE PORENA
(Università di Perugia)

COMITATO SCIENTIFICO

- ROBERT ALEX (Christian-Albrechts-Universität zu Kiel - Germania)
ANTONIO BALDASSARRE (Luiss Guido Carli di Roma, Pres. Emerito Corte Cost. - Italia)
MAURO BARBERIS (Università di Trieste - Italia)
SERGIO BARTOLE (Università di Trieste, Presidente emerito AIC - Italia)
SCOTT BREWER, (Harvard University, Cambridge, MA - USA)
JÜRGEN BRÖHMER (Murdoch University, Perth - Australia)
PIERRE BRUNET (Université Paris Ouest - Francia)
AGOSTINO CARRINO (Università di Napoli Federico II - Italia)
ANTONIO D'ATENA (Università di Roma Tor Vergata, Presidente AIC - Italia)
BIAGIO DE GIOVANNI (Università degli Studi di Napoli "L'Orientale" - Italia)
MARIO DOGLIANI (Università di Torino - Italia)
HORST DREIER (Julius-Maximilians-Universität Würzburg, già Presidente VDStRL - Germania)
GIUSEPPE DUSO (Università di Padova - Italia)
TIMOTHY ENDICOTT (Dean of the Faculty of Law, University of Oxford - Regno Unito)
ROBERTO GARGARELLA (Universidad de Buenos Aires - Argentina)
LECH GARLICKI (Uniwersytet Warszawski, già giudice costituzionale - Polonia)
MORRIS L. GHEZZI (Università Statale di Milano - Italia)
JUAN CARLOS HENAO (Universidad Externado de Colombia, Pres. Emer. Corte Cost. - Colombia)
HASSO HOFMANN (Humboldt-Universität zu Berlin - Germania)
PHILIP KUNIG (Freie Universität Berlin - Germania)
CHARLES LEBEN (Université Panthéon-Assas - Francia)
MICHELA MANETTI (Università di Siena - Italia)
FABIO MERUSI (Università di Pisa - Italia)
ERIC MILLARD (Université Paris Ouest - Francia)
GIUSEPPE MORBIDELLI (Sapienza Università di Roma - Italia)
PÉTER PACZOLAY (Szegedi Tudományegyetem, Pres. Corte Cost. - Ungheria)
ENRICO PATTARO (*Alma Mater*-Università di Bologna - Italia)
STANLEY L. PAULSON (Washington University, St. Louis, MO - USA)
GERALD J. POSTEMA (University of North Carolina at Chapel Hill, NC - USA)
GIUSEPPE UGO RESCIGNO (Sapienza Università di Roma - Italia)
PIETRO RESCIGNO (Sapienza Università di Roma, Accademia Nazionale dei Lincei - Italia)
GEORG RESS (Universität des Saarlandes, già giudice della CEDU - Germania)
ALBERTO ROMANO (Sapienza Università di Roma - Italia)
ALEJANDRO SAIZ ARNAIZ (Dir. Dep. de Dret, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona - Spagna)
ANTONINO SCALONE (Università di Padova - Italia)
MICHELE SCUDIERO (Università di Napoli Federico II, già Presidente del CUN - Italia)
EMANUELE SEVERINO (Università Ca' Foscari di Venezia - Accademia Naz. dei Lincei - Italia)
FEDERICO SORRENTINO (Sapienza Università Roma, Presidente emerito AIC - Italia)
SANDRO STAIANO (Università di Napoli Federico II - Italia)
FRANCO GAETANO SCOCA (Sapienza Università di Roma - Italia)
KURT SEELMANN (Universität Basel - Svizzera)
GIULIANA STELLA (Università di Napoli Federico II - Italia)
GIUSEPPE TESAURO (Università di Napoli Federico II, Giudice Costituzionale - Italia)
MICHEL TROPER (Université Paris Ouest - Francia)
STEPHEN TURNER (University of South Florida, FL - USA)
RODOLFO VÁZQUEZ (Instituto Tecnológico Autónomo de México - Messico)
ALJS VIGNUDELLI (Università di Modena e Reggio Emilia - Italia)
MAURO VOLPI (Università di Perugia, già componente CSM - Italia)
GÜNTHER WINKLER (Universität Wien, già Presidente VDStRL - Austria)



Dipartimento di Giurisprudenza
Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

Con il patrocinio di



Dipartimento di Giurisprudenza
Università degli Studi di Napoli Federico II



con il contributo di



e col sostegno di



Lo Stato. Rivista semestrale di scienza costituzionale e teoria del diritto

Direttore responsabile: Aljs Vignudelli

Direzione scientifica Bologna: Prof. Aljs Vignudelli, via Aurelio Saffi, 14 - 40131 - Bologna - aljs@vignudelli.it

Direzione scientifica Roma: Prof. Agostino Carrino, via Antonio Bertoloni, 47 - 00197 - Roma - agocar@tin.it

issn 2283-6527 - autorizzazione del Tribunale di Modena 2184 del 13.10.2013

© STEM Mucchi Editore, via Emilia est, 1741 - 41122 Modena

info@mucchieditore.it mucchieditore.it

facebook.com/mucchieditore twitter.com/mucchieditore pinterest.com/mucchieditore

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nel limite del 15% di ciascun articolo del presente periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4, della legge 22 aprile 1941 n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000. Le riproduzioni per uso differente da quello personale potranno avvenire solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata dagli aventi diritto o dall'editore. Vietata la pubblicazione in Internet.

Condizioni di abbonamento

Abbonamento annuo (2 numeri, iva inclusa): Italia € 60,00; il numero singolo € 35,00; Europe € 78,00; rest of world € 85,00; digital version € 49,00; il numero singolo € 28,00.

Le richieste di abbonamento, le comunicazioni per variazione di indirizzo ed eventuali reclami per il mancato ricevimento di fascicoli vanno indirizzati all'amministrazione della Rivista, presso la Casa editrice: L'abbonamento decorre dal 1 gennaio e dà diritto a tutti i numeri dell'annata. Il pagamento deve essere effettuato direttamente all'editore sul c/c postale n. 11051414, a ricevimento fattura (valido solo per enti e società), mediante carta di credito (sottoscrivendo l'abbonamento *on line* all'indirizzo www.mucchieditore.it. Al fine di assicurare la continuità nell'invio dei fascicoli, gli abbonamenti si intendono rinnovati per l'anno successivo. La disdetta dell'abbonamento va effettuata tramite raccomandata a/r alla sede della Casa editrice entro il 31 dicembre dell'annata in corso. I fascicoli non pervenuti all'abbonato devono essere reclamati al ricevimento del fascicolo successivo. Decorso tale termine si spediscono, se disponibili, dietro rimessa dell'importo (prezzo di copertina del fascicolo in oggetto). Le annate arretrate sono in vendita al prezzo della quota di abbonamento dell'anno in corso. Si accordano speciali agevolazioni per l'acquisto di più annate arretrate, anche non consecutive, della stessa Rivista. Per l'acquisto di singoli fascicoli della Rivista consultare il catalogo *on line*. Il cliente ha la facoltà di recedere da eventuali ordini unicamente mediante l'invio di una lettera raccomandata a/r alla sede della Casa editrice, fax o e-mail (seguiti da una raccomandata a/r) entro le successive 48 ore atte a consentire l'identificazione del cliente e dell'ordine revocato (merce, data, luogo, etc.). La revoca dell'ordine deve essere spedita entro e non oltre 10 giorni successivamente alla data di sottoscrizione.

Grafica Mucchi (MO), stampa Sigem (MO). Finito di stampare nel mese di ottobre 2013.

INDICE

Saggi

BIAGIO DE GIOVANNI, <i>Sovranità: il labirinto europeo</i>	11
CHARLES LEBEN, <i>Diritto, etica e religione nel Giudaismo</i>	39
GIULIANA STELLA, <i>Hugo Krabbe e la sovranità del diritto</i>	55
ALJS VIGNUDELLI, <i>Valori fuori controllo? Per un'analisi costi/benefici d'un topos della letteratura costituzionalistica contemporanea</i>	71

Materiali

AGOSTINO CARRINO, <i>Erich Kaufmann critico di Weimar</i>	119
ERICH KAUFMANN, <i>L'uguaglianza dinanzi alla legge ai sensi dell'art. 109 della Costituzione del Reich</i>	127
HANS KELSEN, <i>Diritto e potere</i>	147
FEDERICO PEDRINI, <i>Colloquio su Filosofia e (Scienza del) Diritto. Intervista al Prof. Emanuele Severino (8 giugno 2013)</i>	151
► FRANCESCO DI DONATO, <i>La trasparenza contro l'ostacolo</i>	179
JEAN RAY, <i>La Rivoluzione francese e il pensiero giuridico</i>	213

Note e Discussioni

ANTONINO SCALONE, <i>Kelsen lettore di Platone</i>	243
LUCA VESPIGNANI, <i>Il mutaforma criterio della ragionevolezza</i>	257

Biblioteca

AGOSTINO CARRINO, <i>Hugo Preuß dalla Costituzione bismarckiana alla Weimarer Reichsverfassung</i>	271
ANTONIO RIVIEZZO, <i>Scommettere sulle libertà contro la "reductio ad Hitlerum": lo Stato costituzionale moderno</i>	281
Riferimenti bibliografici.....	291

La trasparenza contro l'ostacolo

Il mutamento del concetto di «legge» nella Rivoluzione francese*

di Francesco Di Donato**



Sommario: §1. – Metodo giuridico e scienze storico-sociali. §2. – Ideologia giuridica e Rivoluzione. §3. – Chiesa dei giuristi e liturgie sapienziali. §4. – Il diritto tra due corpi e due spiriti. §5. – Obbligo del segreto e conversione della giurisdizione in potere politico. §6. – Dalla barbarie del diritto alla civiltà statale. §7. – Il nuovo tramonto della sovranità politica 'pura'. §8. – Il valore della legge in un ordinamento moderno. §9. – I sacerdoti del diritto da santi a diavoli. §10. – L'ossessione anti-giurisdizionale. §11. – Porte chiuse al *Palais*. §12. – Dal diritto eterno al diritto utile.

§1. – Metodo giuridico e scienze storico-sociali

Per quanto possa apparire paradossale, gli studi sui rapporti tra la Rivoluzione francese e il mondo giuridico sono ancora agli albori. Quest'affermazione potrebbe essere facilmente confutata se si attribuisse alla parola «diritto» (come invero la maggior parte dei giuristi an-

* Il titolo di questo saggio parafrasa il celebre volume di J. STAROBINSKI, *Jean-Jacques Rousseau: la transparence et l'obstacle*, Paris, Plon, 1957, trad. it. (sull'ed. Paris, Gallimard, 1971) a cura di R. ALBERTINI, *Jean-Jacques Rousseau. La trasparenza e l'ostacolo*, Bologna, il Mulino, 1982. In effetti, Rousseau è stato la mente chiave nella soluzione del conflitto tra potere giurisdizionale e potere politico sovrano. È stato lui il primo a comprendere fino in fondo che criticare la monarchia assoluta in quanto tale non avrebbe prodotto alcun risultato concreto sul piano politico-istituzionale e che, se si voleva realizzare una svolta davvero rivoluzionaria, erano gli *arcana juris* e la mediazione patriarcale dei giuristi che bisognava frontalmente attaccare. Jean Ray è stato tra i primi a comprendere il valore politico straordinario di questa svolta culturale e perfino psicologica causata dal geniale e riottoso ginevrino. Il potere giuspolitico della toga era il potere occulto per eccellenza, femminile e raggirante. Il potere occulto fonda la sua potenza sulla sua invisibilità e perciò si può battere in un solo modo: illuminandolo, rendendolo trasparente. Ma troppa luce e improvvisa può accicare occhi avvezzi a lungo a dimorare nel buio. Rendere trasparente l'opaco è un'operazione rischiosa, richiede una prudenza imprudente o, più ancora, un'imprudenza prudente. In ogni caso, ci vuole coraggio, grande e intrepido coraggio, che non è poi così lontano dalla lucida follia. 'Illuminare' il potere, tanto più in un contesto come la monarchia di Antico regime, legittimata dalla sacralità di un diritto natural-divino che favoriva enormemente la già naturale propensione alla dissimulazione ombrosa dei poteri politici, significava porsi fuori dalla legge e incontrare ostacoli quasi insormontabili. Quasi. Un mutato contesto può rendere attuabile ciò che in altri momenti, meno propizi, sembrava impossibile. Rousseau seppe cogliere l'attimo. Il suo pensiero militante, volto (com'egli stesso disse) non più solo a capire, ma a cambiare il mondo, pose le premesse perché l'ostacolo (della giurisdizione politica) fosse superato. È in questo la sua maggior grandezza. E sta in questa intuizione il nucleo innovativo e immortale della Rivoluzione francese.

** Università degli Studi di Napoli "Parthenope".

cora fanno) il significato di “ordinamento normativo” ovvero, all’opposto (ma non tanto quanto si creda a prima e superficiale vista) di “ordine giuridico” (*ordo juris* dicevano i giureconsulti di Antico Regime). Non mancano, infatti, studi – talvolta anche eccellenti – su singoli aspetti del diritto positivo rivoluzionario e del suo mutamento rispetto al diritto precedente¹.

Il problema però della comprensione di che cosa sia stato davvero il fenomeno rivoluzionario per il diritto non si risolve con più o meno accurate e precise descrizioni di come quest’ultimo sia mutato da un regime all’altro. Senza ovviamente nulla sottrarre all’utilità di questo tipo di studi, che possono anzi essere risolutivi nella comprensione di un fenomeno socio-politico, essendo spesso (non però in ogni caso) il diritto il punto di coagulo delle principali istanze e forze concretissime che brulicano e turbinano nel tessuto sociale e che cercano di organizzarsi e di strutturarsi in un nuovo ordine/ordinamento², va però detto con chiarezza che senza un’apertura a 360 gradi che inserisca il diritto a pieno titolo all’interno dei metodi e degli statuti epistemici delle altre scienze sociali, mostrandone contaminazioni, flussi, implicazioni e interazioni reciproche, gli studi giuridici e in particolare quelli di teoria e di storia del diritto sono destinati a rinsecchirsi e a isterilirsi (come in molti casi già è accaduto) e quindi a cadere nel più totale disinteresse, in un mondo che sempre più volta insensatamente le spalle alle discipline storiche e teoriche nell’icaresca illusione di realizzare la città del sole attraverso il solo uso della tecnica³.

¹ Solo a titolo esemplificativo, ricordo il bel lavoro di R. MARTUCCI, *La Costituente e il problema penale in Francia (1789-1791)*. I. *Alle origini del processo accusatorio: i decreti Beaumetz*, Milano, Giuffrè, 1984. Cfr. anche R. BADINTER (a cura di), *Une autre justice. Contributions à l’histoire de la justice sous la Révolution française*, Paris, Fayard, 1989; nonché i classici e per più aspetti ancor validi studi di M.F. LAFERRIERE, *Histoire des principes, des institutions et des lois de la Révolution française, depuis 1789 jusqu’à 1800*, Paris, Cotillon, 1850-1851; di P. SAGNAC, *La Législation civile de la Révolution française (1789-1804)*. *Essai d’histoire sociale*, Paris, Hachette, 1898 (rist. anast. Genève, Slatkine, 1979); e di E. SELIGMAN, *La Justice en France pendant la Révolution (1789-1792)*, Paris, Plon-Nourrit, 1901.

² E ci si può ancora lamentare sull’assenza in molti scritti politici e/o politologici e più *lato sensu* attinenti alle scienze storico-sociali, di una dovuta attenzione al fenomeno giuridico, che invece aiuterebbe molto a comprendere meglio i fenomeni descritti e fornirebbe più di una spiegazione e di una risposta a domande troppo spesso lasciate oscillare come canne al vento o peggio ancora spacciate per elementi essenziali di «opere aperte», aperte semplicemente perché non si è stati in grado di fornire motivazioni adeguate alla complessità dei fenomeni affrontati. Il problema, però, è che se le discipline giuridiche si chiudono a riccio in un formalismo tecnicistico, non invogliano, anzi respingono, il dialogo con gli altri ambiti disciplinari e, nella pretesa di difendere lo ‘specifico’ giuridico, in realtà si isolano dal mondo evolutivo tanto dei fatti quanto delle idee.

³ Su questi temi, mi sembra sia di grande interesse il dibattito sviluppatosi in questi ultimi anni tra giuristi, storici e filosofi, il cui esempio più conosciuto in Italia (anche se non per questo necessariamente il più denso di significato) è: E. SEVERINO – N. IRTI, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, Laterza, 2001. A mio avviso spunti di grande interesse metodologico si possono trarre dal dibattito tra Michel Troper e François Furet, in Italia noto solo (anche perché non tradotto) a un pubblico elitario e ristrettissimo di studiosi specialisti, a proposito dell’uso dei concetti giuridici nelle discipline storico-sociali: cfr. M. TROPER, *Sur l’usa-*

Ma in questa rincorsa al tecnicismo e allo specifico dello specifico, il diritto – non importa quanto consapevolmente – scava la sua fossa, poiché nel mondo contemporaneo sono altre le tecniche destinate a prendere il sopravvento (si pensi solo all'econom(etr)ia, alle – sempre più sofisticate – tecniche finanziarie o alle abilità informatiche, robotiche, cibernetiche e dell'automazione). Una volta affermato il principio della mediazione patriarcale di un'élite parasacerdotale di ierocrati, gli *arcana juris* sono sempre sostituibili nel genitivo e a quel *juris* può subentrare ben altro. Se la logica di fondo resta la protezione dell'arcano, ogni ambito particolare potrà accampare le sue specificità e l'interazione funzionale, che è alla base di ogni società, sarà liquidata. Tutto diverrà parcellizzato e al valore dello scambio subentrerà quello del *do ut des* permanente. L'arcano è incompatibile con il controllo. E quindi ostacola la formazione di un'opinione pubblica. Esso favorisce, invece, un effetto a catena per cui l'unico modo efficace di difendersi dall'arcano è di crearne a propria volta uno in un ambito diverso.

In tal modo, non solo si allontana la prospettiva della realizzazione della società democratica, basata sulla competizione dei talenti e sull'omogeneità dei diritti e dei doveri, ma il diritto diventa da strumento di regolazione sociale, un arsenale inservibile e farraginoso di materiali stantii e ostacolanti, una selva oscura di trappole da cui guardarsi e di cui diffidare⁴.

§2. – Ideologia giuridica e Rivoluzione

Per comprendere appieno il fenomeno giuridico in una data società non si può prescindere dalla *forma mentis* di coloro che il diritto producono e, attraverso l'attività interpretativa, applicano: i giuristi. Indagare sul diritto oggettivo senza osservare, preventivamente e successivamente alla sua produzione, le dinamiche di quella struttura

ge des concepts juridiques en histoire, in *Annales E.S.C.*, nov.-dic. 1992, n. 6, 1171-83; F. FURET, *Concepts juridiques et conjoncture révolutionnaire*, *ivi*, 1185-94.

⁴ La tensione tra saperi tecnico-giuridici e altri saperi tecnico-dispositivi è stata, com'è noto, al centro della speculazione di M. Foucault e di molti studi che alla sua linea si sono ispirati. In Italia la natura ostacolante del diritto e della formazione dirigenziale su di esso fondata, con una tanto feroce quanto sensata critica espressa agli ordinamenti universitari (soprattutto le Facoltà di giurisprudenza), è stata formulata, già tempo fa, da G. Miglio, che sottolineò come da noi «si studia soltanto il diritto amministrativo e viene dimenticata la scienza dell'amministrazione» essendo considerato «soltanto l'aspetto tecnico-giuridico e non l'aspetto funzionale dell'amministrazione pubblica». Questa egemonia della *forma mentis* tecnico-giuridica, secondo lo studioso comasco, «volutamente risponde ad uno scopo preciso: imbrigliare l'amministrazione pubblica» e sottometterla agl'interessi privati. Così nelle nostre università si preparano dei «servitori dello Stato» che in realtà sono istruiti piuttosto su «come ci si difende dallo Stato» e per dire «le cose chiaramente, come si asserve l'amministrazione pubblica al privato»: G. MIGLIO, *L'amministrazione nella dinamica storica* (1961), in *Storia Amministrazione Costituzione – Annale ISAP*, 12/2004, 13-33, spec. 16, 26.

mentale che caratterizza la *Weltanschauung* dei giuristi, tanto nelle sue componenti 'stabili' (quelle che sfidano i secoli) quanto nei suoi elementi contingenti (che dipendono dalla temperie culturale e politica di un tempo determinato), è un po' come pretendere descrivere il movimento dei corpi astrali senza tener conto della gravitazione universale o – passando dal macro al micro – come voler addentrarsi nella biologia molecolare o microbica senza il microscopio.

Se per ideologia s'intende – come scrive Marx, in una insuperata sintesi – «un'idea privata della storia», e se, come accade nel caso della *forma mentis* dei giuristi, gli elementi stabili (quasi 'meta-storici') fanno aggio su quelli contingenti (si potrebbe dire *lato sensu* 'politici'), influenzandoli come una sorta di fiume carsico che scorre indisturbato al di sotto del livello del terreno visibile, allora non resta che definire quella stratificazione culturale dei *legum doctores* appunto «ideologia giuridica»⁵. Individuare le strutture portanti di quest'ideologia dei giuristi significa molte cose e implica diverse e relevantissime conseguenze in tema di studi e di ricerche su diritto, giuristi, magistrature e istituzioni giudiziarie ecc...⁶. Affrontare il problema del rapporto tra diritto/giuristi e Rivoluzione significa soprattutto riformulare la questione di fondo in questo modo⁷: dalla domanda tradizionale «com'è cambiato il diritto con l'evento rivoluzionario?» occorre passare alle domande «1. in che modo l'ideologia giuridica influenza, anche *ex contrario*, il corso degli eventi rivoluzionari? 2. Quanto resta e quanto muta della vecchia, tradizionale *forma mentis* dei giuristi dopo che gli eventi rivoluzionari hanno compiuto il loro corso? 3. Le strutture portanti della *Weltanschauung* dei giuristi, quelle che uno tra i più importanti magistrati francesi dell'Antico Regime, il presidente Durey de Meynières, chiamava con formula straordinariamente acuta, «*échafaudages*»⁸, devono considerarsi sostanzialmente immuni dal mu-

⁵ Mi sia consentito, per approfondimenti, rinviare ai miei numerosi studi sull'argom., la maggior parte dei quali è consultabile on-line sul sito www.francescodidonato.it/publicazioni/saggi; e ai miei voll. *Esperienza e ideologia ministeriale nella crisi dell'ancien régime*. Niccolò Fraggianni tra diritto, istituzioni e politica (1725-1763), 2 voll., Napoli, Jovene, 1996; e *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.

⁶ Mi limito a segnalare, al riguardo, solo il mio recente studio: *La ricerca storica sulla magistratura. Aspetti metodologici e linee prospettive*, in *Le carte e la storia*, n. 2/2012, 5-32.

⁷ Contrariamente a ciò che il senso comune intuitivamente ritiene, nel campo scientifico l'importante (e il difficile) è arrivare a formulare delle buone (sensate) domande, senza le quali è pressoché impossibile dare buone (persuasive) risposte. Il difetto che spesso si riscontra in tanti studi è proprio l'ossessione preventiva di arrivare a risposte definitive senza aver prima formulato le domande giuste. Per far questo occorre, infatti, una lunga pratica meditativa che abbia come scopo principale la formulazione delle domande appropriate a condurre il discorso verso soluzioni persuasive e utili.

⁸ L'espressione significa alla lettera «impalcature»: Bibliothèque Nationale de France, Fonds français, Cabinet du Président Durey de Meynières, ms. 7559 III, c. 3r. Cfr. il mio recente vol. *La rinascita dello Stato. Dal conflitto magistratura-politica alla civilizzazione istituzionale europea*, Bologna, il Mulino, 2010, ad *indicem* (voce «impalcatura ideologica dei giuristi»).

tamento storico, malgrado il diritto e persino i valori politici dei protagonisti della vita giuridica evolvano e cambino, oppure essi, come ogni elemento umano, sono soggetti all'usura del tempo e si adattano, modificandosi nella loro intima essenza, a nuovi contesti e nuove temperie?»⁹.

§3. – Chiesa dei giuristi e liturgie sapienziali

In questo modo d'impostare la questione, guardando cioè le cose non solo dalla prospettiva dei 'fatti' giuridici (tanto nel campo normativo quanto nel campo giurisprudenziale), ma soprattutto dall'ottica dell'ideologia dei giuristi, è di percezione intuitiva e immediata un'affinità, storica e culturale, del ceto giuridico con l'ordine ecclesiastico della Chiesa cattolica, e più in generale con una struttura religiosa ierocratica, fondata sul deposito di fede (esattamente come quella dei giuristi è fondata sul *dépôt légal*) e su una sapienziale gestione delle scritture sacre e della Tradizione, che nell'Occidente cristiano si è identificata a lungo con la struttura ecclesiale-istituzionale romana. Siamo di fronte, *ictu oculi*, a due forme di 'sacerdozio' i cui fondamenti sono all'evidenza identici, mutando solo gli elementi accidentali e superficiali (e il diritto oggettivo può essere, segretamente, considerato tale dai giuristi-sacerdoti, così come all'opposto i mutamenti storico-mondani possono essere considerati effimeri e poco significativi nella prospettiva religiosa di un ministro di culto, essendo Dio sostanza eterna e immutabile)¹⁰.

Molti riti e liturgie della vita giuridica ricalcano quando non la lettera, certamente lo spirito e la logica di fondo delle pratiche sacerdotali. I giuristi di Antico Regime, pressoché in tutt'Europa, si attribuivano

⁹ Per un approfondimento su queste (cruciali) questioni in tema di rapporto tra magistratura e potere politico (legislativo e governamentale) rinvio a due miei recenti lavori: *De la médiation patriarcale à la médiation bureaucratique. Considérations sur le «gouvernement des juges»*, in P. BRUNET et al. (a cura di), *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, 387-406, poi ripreso con modifiche nel VI cap. de *La Rinascita dello Stato*, citato nella nt. che precede, 463-512; *Le gouvernement divisé des juges. Nouveaux modèles de la médiation patriarcale dans le monde contemporain*, in J. KRYNEN e J.-C. GAVEN (a cura di), *Les désunions de la magistrature (XIX^e-XX^e siècle)*, Actes du Congrès de Toulouse, Toulouse 12-13 gen. 2012, *Études d'Histoire du Droit et des Idées Politiques*, n. 17, Toulouse, Presses Universitaires de Toulouse 1 Capitole, 2012, 69-110.

¹⁰ L'iniziatore degli studi storico-giuridici che hanno posto al centro dell'attenzione di ricerca il concetto di «sacerdozio giuridico» è stato Raffaele Ajello di cui si veda, come testo più rappresentativo di una monumentale mole di studi, e ormai un classico della letteratura scientifica sull'argomento, *Arcana juris. Diritto e politica nel Settecento italiano*, Napoli, Jovene, 1976. Molti spunti interessanti sul tema del "giurista-prete" in M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ, *Du droit de Dieu au droit de l'Homme*, Paris, PUF (coll. *Leviathan*), 2003, di cui si veda anche - riguardo il tema del rapporto tra l'ideologia giuridica e la Rivoluzione - *Additionnel ou innovatif? Débats et solutions des premiers décennies de mise en œuvre du Code civil*, in *Droits*, 41, 2005, 19-36.

volentieri la qualifica di «sacerdotes juris», anche per rimarcare il loro prestigio sociale, la loro superiorità politica e – non da ultimo – la loro intangibilità, che assumeva tanto le forme dell’immunità quanto quelle dell’inamovibilità¹¹. Nessun controllo era perciò possibile sull’attività esegetico-giurisprudenziale che iniziò, fin dai primordi, ad autoqualificarsi – con la famosa espressione del giureconsulto tardo imperiale romano Ulpiano, che sarebbe stata poi ripresa alla lettera nell’*incipit* del Digesto giustiniano – come «divinarum atque humanarum rerum notitia». La glossa marginale che i primi ‘scienziati’ del diritto nel medioevo bolognese apportarono a quel celebre passo è ancor più esplicita nell’esaltare la funzione del giurista esperto (*peritus*), attribuendogli un correlativo *status* superiore nell’ambito delle funzioni sociali: «Juris consulti sacerdotum nomine *eulogos* scilicet cum ratione decorantur; in promptu est ratio, quia justitia colunt»¹².

È questo *status* di mediatori tra la *divinitas* e l’*humanitas* attraverso il possesso esclusivo di una scienza, la *Scientia Juris*, inattaccabile con strumenti esogeni al diritto stesso (e all’ideologia giuridica), ad aver impedito per secoli la motivazione delle sentenze, considerata in quest’orizzonte di senso scandalosa e blasfema¹³, tanto da legittimare la comminatoria di severe e immediate pene a chi osasse avanzare domande indiscrete sulle ragioni della propria condanna¹⁴. Del magistrato non ci si poteva non fidare.

¹¹ Esemplare (e impressionante) il caso studiato da M. ANTOINE, *Corruption et inamovibilité des juges sous Louis XV. Un exemple bordelais (1713)*, in *Justice et justiciables. Mélanges Henri Vidal*, in *Recueil de Mémoires et Travaux publiés par la Société d’Histoire du Droit et des Institutions des Anciens Pays de Droit Écrit*, fs. XVI, Montpellier, Faculté de Droit, d’Économie et de Gestion de Montpellier, 1994, 239-52.

¹² «Ai giureconsulti si conferisce il titolo di sacerdoti, che senza dubbio è giusto con ragione; il motivo è chiaro: perché celebrano la giustizia». Il passo costituisce un *topos* nella letteratura giuridica di Antico regime. Ancora nel pieno Settecento dei Lumi, fior di giuristi lo citavano con vanto; esemplare il caso di Niccolò Fraggianni, tra i maggiori giuristi italiani del suo tempo: cfr. il mio *Esperienza e ideologia ministeriale...*, *supra cit.* in nota 5, 683; nonché l’omonima voce in I. BROCCHI et al. (a cura di), *Dizionario dei giuristi italiani*, 2 voll., Bologna, il Mulino, 2013, 896-8.

¹³ Cfr. T. SAUVEL, *Histoire du jugement motivé*, in *Revue de droit public et de la science politique en France et à l’étranger*, 61, 1955, 5-53, trad. it. a cura di F. LOSITO, *La motivazione delle sentenze in Francia. Lineamenti storici*, in *Frontiera d’Europa*, a. I, n. 1/1995, 69-120.

¹⁴ L’episodio che meglio descrive le conseguenze pratiche di questo modo di concepire le cose e le dinamiche antropologico-culturali che vi sono connesse è riportato da GÉRAUD DE MAYNARD, un trattatista e magistrato francese vissuto tra Cinque e Seicento (morì nel 1607), che fu consigliere al Parlamento di Tolosa. Nel suo monumentale *Notables et singulieres questions du droit écrit*, pubblicato a Parigi nel 1603, e poi ristampato in più edizioni successive, egli riferisce di un esemplare provvedimento punitivo comminato dal Parlamento di Tolosa a un «plaideur» che si era permesso di chiedere ai giudici di «expliquer et déclarer, [...] sous prétexte que cela luy importoit à la poursuite ou délaissement du proces», i motivi della decisione deliberata. L’ardimento era stato immediatamente e severamente punito con «la condemnation d’une bonne amende, avec inhibitions qui portoient en effects d’entreprendre iamais plus de mouvoir ce que ne fesoit à mouvoir sur grandes et exemplaires peines y contenues»: GÉRAUD DE MAYNARD, *Notables et singulieres questions du droit écrit, decises ou prejugees par arrests memorables de la cour souveraine du parlement de Tholose...*, Paris, chez Robert Foüet, 1608³, t. I, liv. III, chap. LXXXV, f° 205r (ora consultabile

Questa dimensione, che è esemplare del modo di concepire la realtà giuridica nella società pre-rivoluzionaria, formò per lunghi secoli la base della *forma mentis* dei magistrati, costituendo il pilastro portante della vita istituzionale dei principali organi dello Stato. L'idea che gl'*interna corporis* di questi organi dovessero restare coperti dal più stretto riserbo fu sempre alla base dell'ordine del discorso adoperato dai togati. Al punto che essi arrivarono a teorizzare l'opponibilità di questo segreto perfino al re¹⁵. La segretezza era dunque un valore tipicamente togato.

§4. – *Il diritto tra due corpi e due spiriti*

Attraverso questa linea, tutt'assieme teorica e psicologica, i giuristi-magistrati determinavano una forte limitazione ostativa dell'autorità sovrana, annullandone di fatto le potenzialità di decisione. Ogni intento legislativo del re veniva sottoposto al vaglio (che in pratica era un vero e proprio arbitrio giurisdizionale) dei parlamenti, corti di giustizia che si autocelebravano come depositarie assolute del diritto, il quale era per loro insito nella tecnica giurisprudenziale e non soltanto nella *voluntas regis*.

Il brocardo che identificava la volontà del re con la legge e la legge con la volontà del re («*Quidquid principi placuit legis habet vigorem*», secondo la versione tardo imperiale romana, che nella Francia di Antico Regime era semplificato con un più lapidario ed efficace «*Lex est rex, rex est lex*»; «*si veut le roi, si veut la loi*») restò sempre una chimera, un obiettivo programmatico, un'aspirazione piuttosto vaga propugnata dagli araldi della *thèse royale* che la monarchia (solo di nome) 'assoluta' non riuscì mai a realizzare appieno e stabilmente.

Creazione dei giuristi, che se ne servirono per sbaragliare tutti i poteri concorrenti (feudi, Chiesa, Impero), il cosiddetto "Stato assoluto" fu, in realtà, una macchina amministrativa, sempre più complessa e poderosa nella quale trionfò progressivamente la tecnica giuridica¹⁶.

in formato elettronico sul sito internet *Gallica* della *Bibliothèque Nationale de France*, alla referenza NUMM- 5710279 < 1 >). Sul punto, cfr. R. AJELLO, *Arcana juris...*, *supra cit.* alla nt. 10, 339-40, spec. ntt. 101 e 102.

¹⁵ Fraggianni affermò, ad esempio, senza mezzi termini che «è quantomai difficili che i principi abbiano meritato [di essere messi al corrente del] segreto»: *Promptuarium excerptorum* (= Biblioteca Nazionale di Napoli, ms. I. D. 58, c. 139r); cfr. i miei *Esperienza e ideologia ministeriale*, *supra cit.*, nt. 5, t. I, 482 e *La rinascita dello Stato*, *supra cit.*, nt. 8, 76.

¹⁶ Cfr., tra i diversi lavori che si potrebbero segnalare sul punto, A. PADOA SCHIOPPA, *Il ruolo del diritto nella genesi dello Stato moderno: modelli, strumenti, principi*, in AA. Vv., *Studi di Storia del Diritto*, Pubblicazioni dell'Istituto di Storia del Diritto Italiano dell'Università degli Studi di Milano - Facoltà di Giurisprudenza, vol. II, Milano, Giuffrè, 1999, 25-77, poi ripubb. in IDEM, *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna, il Mulino, 2003, 315-63. Sull'accentramento amministrativo realizzato dallo Stato monarchico-assoluto, cfr. S. MAN-

Quest'ultima assunse due forme che ben presto finirono con lo scontrarsi per la conquista dell'egemonia: da un lato l'*administration* dall'altro la *jurisdiction*. L'affermarsi delle tecniche di governo¹⁷ comportò un sempre maggiore affinamento della figura del funzionario amministratore, secondo un modello che si diffuse in gran parte dell'Europa continentale¹⁸. Certamente ciò comportò la messa in opera di tutto un complesso di dispositivi che se da un lato – come mostrano gli studi foucaultiani – hanno compresso la libertà, incanalandola in un quadro comunitario, sintetico e piramidale, per un altro hanno però creato i fondamenti psicosociali dell'*esprit de société* e della *civilisation étatique*¹⁹.

Con quel reticolato di contrappesi (*contraintes*) i giuristi-magistrati dovevano certo fare i conti; ed è questa la ragione per la quale, se per un verso la monarchia non riuscì mai a liquidare il potere politico-giurisdizionale insito negli *arcana juris*, per un altro essa riuscì per lo meno a impedire la completa deriva sapienziale di quel potere, preservando la sovranità almeno come principio-guida. Fu proprio il fatto che questo principio fosse rimasto in piedi, anche grazie a una solida dottrina politica da Bodin in poi²⁰, a costituire la base su cui la Rivoluzione poté edificare il nuovo assetto, imperniato sul concetto chiave di quel principio supremo di sovranità: il primato della legge, in quanto atto «di diritto politico» (secondo formula che Rousseau adottò, non a caso, nel sottotitolo del *Contratto sociale*) nel quale si riconosceva la Volontà generale dell'intera Nazione.

NONI, 'Une et indivisible'. Storia dell'accentramento amministrativo in Francia, 2 voll.: I. La formazione del sistema (1661-1815); II. Dalla contestazione al consolidamento, Milano, Giuffrè, rispettivamente 1994 e 1996.

¹⁷ Cfr. M. SENELLART, *Les arts de gouverner. Du 'regimen' médiéval au concept de gouvernement*, Paris, Seuil, 1995, trad. it. a mia cura, *Le arti di governare. Dal regimen medievale al moderno concetto di governo*, Napoli, Esi, 2013.

¹⁸ Cfr. R. DESCIMON, J.-F. SCHAUB e B. VINCENT (a cura di), *Les figures de l'administrateur. Institutions, réseaux, pouvoirs en Espagne, en France et au Portugal. 16^e-19^e siècle*, Paris, Éditions de l'École des Hautes Études en Sciences Sociales, 1997.

¹⁹ Sul punto rinvio al mio recente lavoro: *Ceto dei giuristi e statualità dei cittadini. Il diritto tra istituzioni e psicologia delle rappresentazioni sociali*, in L. TEDOLDI (a cura di), *Alla ricerca della statualità. Un confronto storico-politico su Stato, federalismo e democrazia in Italia e in Europa*, Verona, QuiEdit, 2012, 19-63; e a un mio contributo congressuale dal titolo *La civilisation étatique: effet de l'ordre juridique ou de la psychologie des représentations sociales?*, in corso di stampa negli *Actes du Colloque international: Formes et doctrines de l'État*, organizzato dalle Università di Paris I Sorbonne e di Paris Ouest Nanterre, il 14 e 15 gen. 2013, a cura di P. Brunet, P. Bonin e S. Kerneis. Sulla compressione della libertà individuale nel quadro della *socialitas* statale, cfr. L. Jaume, *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, Paris, Fayard, 1997.

²⁰ Cfr. O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Paris, PUF, 1994, trad. it. a cura di L. Tullio, *La potenza dello Stato*, Napoli, Esi, 2002.

§5. – Obbligo del segreto e conversione della giurisdizione in potere politico

Certo la dialettica tra i due versanti – a ciascuno dei quali corrispondeva un diverso profilo di giurista – fu nella Francia assolutistica forte e a tratti anche fortissima²¹. In alcuni momenti cruciali quel conflitto tra magistratura parlamentare e governo regio-ministeriale sembrò travolgere l'intero sistema. In fin dei conti, però, il sistema – come comprese genialmente M.me d'Épinay nel 1771²² – si resse proprio su quell'oscillazione del potere. E così i giuristi-togati poterono avere i loro (larghi) spazi d'intervento e d'influenza.

L'obbligo del segreto, ad esempio, che essi riuscirono a imporre già all'inizio del Trecento, e che si tradusse nell'abbandono del *juge-motivé* per molti secoli, in pratica fino al crollo della monarchia assoluta con la Rivoluzione²³, fu uno degli strumenti basilari attraverso cui le corti di giustizia parlamentari riuscirono a realizzare la conversione della *jurisdictio* in potere politico. Fu questo il principale motivo di scontro e di tensione tra la magistratura e la corona (con i suoi governi ministeriali e i suoi organi di accentramento funzionale) che esplose nelle crisi costituzionali del Settecento dalle quali parti il processo che condusse alla *Révolution*²⁴.

²¹ Paradossalmente si può dire che la dialettica tra magistratura e potere politico si sviluppò solo laddove i poteri statuali si affermarono e si radicarono maggiormente (come appunto in Francia o nel regno di Napoli, dove il governo spagnolo non aveva potuto eliminare il modello giuspolitico francese), mentre in una situazione come quella che si determinò nella gran parte della penisola italiana, l'assenza o l'estrema debolezza del potere politico favorì lo strapotere dei giureconsulti e il modello che si affermò fu quello di politica occultata fondata sulla (loro) mediazione patriarcale e sulla tecnica giuridica come strumento (solo apparentemente) terzo e neutrale capace di comporre ogni conflitto: cfr. R. AJELLO, *L'esperienza critica del diritto. Lineamenti storici. I. Le radici medievali dell'attualità*, Napoli, Jovene, 1999.

²² In una lettera inviata all'abate Ferdinando Galiani l'11 aprile 1771, M.me d'Épinay affermò: «È certo che questa discussione sull'autorità, o piuttosto sul potere, tra il re e il Parlamento esiste fin dalla nascita della monarchia francese. Questa indecisione fa, per l'appunto, parte integrante della costituzione monarchica; poiché se si decidesse la questione in favore del re, tutte le conseguenze che ne deriverebbero lo renderebbero un sovrano assolutamente dispotico. Se, invece, si decidesse in favore del Parlamento, il re di Francia non avrebbe, a conti fatti, più potere del re d'Inghilterra; e così, in un modo o nell'altro, decidendo la questione una volta per tutte, si muterebbe la costituzione dello Stato»: cfr. É. CARCASSONNE, *Montesquieu et le problème de la Constitution française au XVIII^e siècle*, Paris, Puf, 1927 [rist. anast., Genève, Slatkine, 1970, ora consultabile on-line sul sito della BNF, NUMM-5443], 456-7. Per l'importanza di questa acutissima osservazione e il suo inquadramento nel contesto della cultura politica del Settecento francese ed europeo, rinvio ai miei: *L'ideologia dei robins*, *supra cit.* in nota 5, 52; e *La rinascita dello Stato*, *supra cit.* in nt. 8, 145-6, 228 e 486.

²³ Cfr. T. SAUVEL, *La motivazione...*, *supra cit.* in nt. 13, 83 ss.

²⁴ L'idea che la Rivoluzione fu un diretto prodotto delle crisi costituzionali tra magistratura parlamentare e governo regio-ministeriale è stata adombrata in un vecchio classico, uno di quei libri che nessuno legge più e cita mai, e che invece si rivelano densi di spunti e d'intuizioni di grande interesse: cfr. F. ROCQUAIN, *L'esprit révolutionnaire avant la Révolution. 1715-1789*, Paris, Plon, 1878. Molto utile, nella medesima prospettiva, è anche il solido lavoro di H. CARRÉ, *La fin des parlements (1788-1790)*, Paris, Hachette, 1912, dal quale si traggono molti dati importanti per corroborare la suddetta tesi. Sulle crisi costituzionali del Settecento francese esiste una vasta e consolidata letteratura storiografica. Rinviando, per chi

La caratura 'ideologica' sottesa a questa logica di fondo attiene a un ordine molto più vasto del semplice interesse corporativo della magistratura. Qui è in gioco l'essenza stessa del potere giurisdizionale²⁵. In uno dei più conosciuti e citati trattati italiani d'*Historia juris* del primo Settecento²⁶ si afferma perentoriamente che il giudice non giudica «secundum allegata et probata» bensì «secundum conscientiam»²⁷. Nell'oscuro e insondabile foro della coscienza individuale del giudice, si celava, insomma, il mistero della sentenza, custodita come in uno scrigno segreto e ineffabile. E va da sé che quello scrigno rendeva impossibile sottoporre l'operato del giudice a qualsiasi forma di controllo e di conseguenza esso era anche un meccanismo estintivo della responsabilità dei magistrati. In simili condizioni, anzi, si può dire che il problema della responsabilità del giudice non poteva nemmeno porsi²⁸.

volesse informazioni più complete, al mio *L'ideologia dei robins*, *supra cit.* in nota 5, mi limito qui a ricordare solo alcune tra le ricerche più note e rappresentative sul tema: 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; F. DIAZ, *Filosofia e politica nel Settecento francese*, Torino, Einaudi, 1962; J. EGRET, *Louis XV et l'opposition parlementaire. 1715-1774*, Paris, Colin, 1970; W. DOYLE, *The Parlement of Bordeaux and the End of the Old Regime. 1771-1790*, London and Tonbridge, Ernest Benn Limited, 1974; P. ALATRI, *Parlamenti e lotta politica nella Francia del Settecento*, Roma-Bari, Laterza, 1977; W. DOYLE, *Origins of the French Revolution*, London-Glasgow-New York, Oxford Univ. Press, 1980; B. STONE, *The French Parlements and the Crisis of the Old Regime*, Chapel Hill and London, The Univ. of North Carolina Press, 1986; D.A. BELL, *Des stratégies d'opposition sous Louis XV: l'affaire des avocats, 1730-31*, in *Histoire, Economie et Société*, n. 4, 1990, 567-90; M. LEVINGER, *La rhétorique protestataire du Parlement de Rouen (1753-1763)*, in *Annales E.S.C.*, 1990, n. 3, 589-613; J.M.G. ROGISTER, *Louis XV and the 'Parlement' of Paris, 1737-1755*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 1995; J. SWANN, *Politics and the 'Parlement' of Paris under Louis XV, 1754-1774*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 1995; M. FIGEAC, *Les magistrats et le pouvoir sous l'ancien régime ou le syndrome de l'échec en politique*; IDEM, *Les magistrats en révolte en 1789 ou la fin du rêve politique de la monarchie des juges*, entrambi in *Histoire Economie et Société*, n. 3, 2006 (numero dedicato a *Echec et magistrature*), rispettivamente 307-10 e 385-400; *Parlements et parlementaires de France au XVIII^e siècle*, numero monografico della rivista *Parlement[s]*, n. 15, 2011 con vari saggi di grande interesse sul tema; F. BIDOUZE (a cura di), *Les Parlementaires, les lettres et l'histoire au siècle des Lumières 1715-1789*, Actes du colloque de Pau, 7-8-9 giu. 2006, Pau, Presses Universitaires de Pau, 2008 (Études présentées à la Commission Internationale pour l'Histoire des Assemblées d'États, vol. LXXXVIII); IDEM, (a cura di), *Haro sur les parlements (1787-1790)*. *Anthologie critique de pamphlets contre les parlements d'ancien régime*, Publications de l'Université de Saint-Étienne, Saint-Étienne, 2012.

²⁵ Un'essenza che fin dal Medioevo, come ha mostrato l'importante studio di P. COSTA, *Iurisdicchio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, Milano, Giuffrè, 1969, era gravida di velleità politiche. Su questa 'politicità' intrinseca nella *iurisdicchio* medievale e moderna, cfr. rispettivamente R. AJELLO, *L'esperienza critica del diritto...*, *supra cit.* in nota 21, spec. 323 ss. e *passim*; e i miei voll.: *L'ideologia dei robins*, *supra cit.* in nt. 5, *passim*; *La rinascita dello Stato*, *supra cit.* in nt. 8, *passim* (*ad indicem*, voce: *iurisdicchio e sua conversione in potere politico*).

²⁶ *Iuris neapolitani historia*, ms. custodito nella biblioteca del Dipartimento di Storia del diritto e delle Istituzioni (oggi sezione del Dipartimento giuridico) dell'Università Federico II di Napoli, segn. V, Pa. 38, f. 282; cfr. R. AJELLO, *Arcana Juris...*, *supra cit.* in nota 10, 339-40, spec. ntt. 101 e 102.

²⁷ Giustamente ha osservato in proposito IDEM, *op. supra cit.* in nt. 10, 340, che una volta stabilito che fondamento della sentenza era la totale *libertas iudicandi* del giudice, e non l'aderenza controllabile ai fatti e agli atti processuali, diventava impossibile pretendere la motivazione della sentenza.

²⁸ Su questo importante tema della storia della giustizia europea, cfr. A. GIULIANI e N. PICARDI, *La responsabilità del giudice: problemi storici e metodologici*, in *L'educazione giuridica*, III, Perugia, Univ. di Perugia-CNR, 1978; M. CAPPELLETTI, *Giudici irresponsabili? Studio com-*

§6. – Dalla barbarie del diritto alla civiltà statale

La sensibilità per questo tema andò acuendosi a partire dalla critica illuministico-rivoluzionaria, ossia quando furono per la prima volta attaccati frontalmente gli *arcana juris* e la mediazione patriarcale degli apparati giurisdizionali venne demolita²⁹. In quest'opera – come mostra bene il saggio di Ray – decisivo fu l'intervento di Rousseau, assai più coraggioso degli enciclopedisti, che, comprensibilmente preoccupati di sottrarre la loro opera alla mannaia della censura, furono assai più 'attenti' a non schierarsi frontalmente contro la magistratura, della quale anzi cercarono d'ingraziarsi il consenso attaccando pubblicamente i gesuiti, suoi nemici storici³⁰.

Prima di quella svolta epocale tutto era restato, per secoli e indisturbatamente, nelle mani del magistrato che giudicava secondo la propria volontà, ossia divincolandosi, attraverso la perizia interpretativa, dai lacci del diritto scritto. È molto significativo, al riguardo, che la rivendicazione di questa *libertas iudicandi*, di questa *libera existimatio* del giudice andasse di pari passo alle formule autocelebrative della giurisprudenza. E altrettanto significativo è il fatto che il giudice

parativo sulla responsabilità dei giudici, Milano, Giuffrè, 1988. Nella vasta bibliografia transalpina mi limito a segnalare: R. JACOB, *Les fondements symboliques de la responsabilité des juges. L'héritage de la culture judiciaire médiévale*, in AA. VV., *Juger les juges. Du Moyen Âge au Conseil supérieur de la magistrature*, Coll. *Histoire de la justice*, n. 12, Paris, La Documentation Française, 2000, 7-23; AA. VV., *Les juges. De l'irresponsabilité à la responsabilité?*, *Actes du colloque de l'Institut de sciences pénales et de criminologie d'Aix-en-Provence*, 5-6 mai 2000, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de droit et de science politique, 2000; AA.VV., *La responsabilité professionnelle des magistrats*, *Actes du colloque organisé le 15 février 2007 à l'Université catholique de Louvain*, Bruxelles, Bruylant, 2007; S. GABORIAU e H. PAULIAT (a cura di), *La responsabilité des magistrats*, «Actes du colloque organisé à Limoges», 18 novembre 2005, Limoges, P.U.LIM., 2008.

²⁹ Ho sviluppato questo tema in due miei recenti saggi ai quali rinvio per approfondimenti: *La manutenzione delle norme nell'antico regime. Ragioni pratiche e teorie giuspolitiche nelle società pre-rivoluzionarie*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, a. 43, n. 170, 4° trim. 2010, 35-60; *La costituzione fuori del suo tempo. Dottrine, testi e pratiche costituzionali nella Lunga durata*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 4/2011. In entrambi ho cercato di dimostrare come la Rivoluzione francese fu l'effetto combinato della volontà di sbarazzarsi della mediazione patriarcale dei magistrati di Antico regime e del desiderio di realizzare il valore della trasparenza nell'esercizio dei poteri (e di conseguenza del loro controllo dal basso).

³⁰ Cfr. J. PROUST, *Diderot et l'«Encyclopédie»*, Paris, Albin Michel, 1995 (1ª ed. Paris, Colin, 1962). D'Alembert pubblicò nel 1765 il suo duro pamphlet: *Sur la destruction des jésuites en France par un auteur désintéressé*, in IDEM, *Ceuvres complètes*, Paris, A. Belin, Bossange père et fils, Bossange freres, 1821-1822, rist. anast., Geneve, Slatkine, 1967. Il risultato di questa politica prudenziale verso la magistratura fu quello sperato: fu, infatti, un capolavoro giurisprudenziale di Malesherbes, tra i magistrati più in vista del regno (in quel momento al vertice della *Librairie*), a salvare l'*Encyclopédie* dalla censura; il grande magistrato, amico personale di d'Alembert e Diderot, riuscì, toccando un vertice della retorica giuridica di tutti i tempi, a permettere la continuazione delle pubblicazioni, fingendo di condannare l'opera. Ben più libera da interessati condizionamenti, e quindi più efficace sotto il profilo politico-culturale, fu l'azione di Rousseau contro gli *arcana juris*: cfr. R. DERATHÉ, *Rousseau et la science politique de son temps*, Paris, Vrin, 1950, trad. it. sull'ediz. francese del 1988 a cura di R. Ferrara, con prefazione di N. MATTEUCCI, *Rousseau e la scienza politica del suo tempo*, Bologna, il Mulino, 1993.

dell'Antico Regime fosse refrattario a sottomettersi alle norme procedurali considerate un affare da mentecatti, assolutamente indegno della *Juris Peritia* di cui il magistrato incarnava la quintessenza³¹.

Tutto questo enorme bagaglio culturale e psicologico fa tutt'uno con la storia del diritto e dei giuristi nell'esperienza occidentale antica, medievale e moderna, cioè gli ultimi circa tremila anni di storia nel corso dei quali l'*homo sapiens sapiens* ha straordinariamente affinato le tecniche e sviluppato le abilità che gli hanno permesso di raggiungere – certo non dappertutto e non uniformemente – elevatissimi livelli di espressività, di conoscenze e, complessivamente, di civilizzazione.

La comprensione del diritto e del mutamento giuridico che il concetto di «ordinamento» porta necessariamente con sé non può dunque prescindere da un'accurata analisi antropologica e sociologica. Dopo le violente – ma non inappropriate – critiche di Pierre Bourdieu alla mentalità pangiuridica e formalistica dei giuristi «custodi dell'ipocrisia collettiva»³², è agli studi di un altro acuto studioso transalpino, Alain Bancaud, che occorre rivolgere lo sguardo per osservare da vicino i modi in cui l'ideologia giuridica si è coniugata con il contesto contemporaneo, conservando tutte le sue caratteristiche strutturali³³. Ebbene, da questi studi emerge con chiarezza un dato di fondo: la svolta rivoluzionaria, pur producendo un'indubbia cesura rispetto all'Antico Regime e segnando l'inizio di una nuova era nella storia culturale e politica dell'umanità, non riuscì a destrutturare e ad abbattere il secolare tronco dell'ideologia giuridica. I giuristi stormirono come le foglie alte di una quercia al nuovo vento, ma il tronco restò ben piantato sulle sue profonde radici. I vecchi “sacerdoti del giure” assunsero così un'ulteriore consapevolezza della forza ineliminabile della propria struttura ideologica e acquisirono nuove certezze sull'inespugnabilità del proprio arroccamento corporativo.

Possiamo sempre trovare consolazione, pensando che lo spirito rivoluzionario resti come ineludibile orizzonte di senso, come aspirazione-pilota della vita giuridica e politica di una comunità naziona-

³¹ Una dimostrazione persuasiva di questo atteggiamento è nel recente saggio di F. AIMERITO, *Différenciations mentales et culturelles dans la magistrature du royaume de Sardaigne au XIX^e siècle : «magistrats», «juges» et «lois de procédure»*, in J. KRYNEN e J.-C. GAVEN (a cura di), *Les désunions de la magistrature...*, *supra cit.* in nt. 9, 31-45, spec. 36-7.

³² P. BOURDIEU, *Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective*, in F. CHAZEL, J. COMAILLE (a cura di), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, 1991, 95-9, trad. it. *I giuristi custodi dell'ipocrisia collettiva*, in *Kainos - Annuario*, n. 5, Milano, Edizioni Punto Rosso, 2010, 34-8.

³³ A. BANCAUD, *La haute magistrature judiciaire entre politique et sacerdoce, ou le culte des vertus moyennes*, Paris, LGDJ, 1993. Ma si vedano anche le tutt'ora valide intuizioni – anche se meno circostanziate e precise rispetto a quelle di Bancaud – di uno studioso italiano – non molto frequentato dai giuristi, eppure molto acuto in certe sue intuizioni di fondo – come F. LEONARDI, *Il cittadino e la giustizia*, Padova, Marsilio, 1968.

le che voglia ispirarsi ai valori della civiltà democratica³⁴. Da questo punto di vista, si può applicare quant'altri mai al mondo giuridico l'idea fondamentale di François Furet sulla Rivoluzione francese, intesa come fenomeno storico senza fine, nel senso di una sua illimitata potenzialità espansiva, quanto meno nel lavoro che gl'ideali rivoluzionari continuano a produrre, scavando solchi profondi nelle coscienze progressive dei cittadini, così nel presente come continueranno a farlo nel futuro³⁵.

Ma, da storici, non possiamo non prendere atto del sostanziale, oggettivo fallimento dell'ideale rivoluzionario di sradicare per sempre la mediazione patriarcale dei giuristi dal processo di applicazione della legge e di pervenire a una "presa diretta" tra la volontà politica espressa in un chiaro testo di legge e la sua traduzione pratica. La pretesa di 'codificare' il diritto vigente e di dotare la società di uno strumento giuridico 'fisso', non eterointegrabile e non manipolabile attraverso tecniche interpretative sempre più raggiranti, occulte e sofisticate, rivelò fin da principio, dai primi passi della Rivoluzione, la sua natura di progetto 'impossibile'³⁶. L'ideale della certezza del diritto, e di una normatività che sappia restare fuori delle inaffidabili pastie della tecnica esegetica di un'élite (fatalmente) corporativa di esperti che si arrogano il monopolio della gestione della vita giuridica (poco importa il ruolo che occupino: magistrati - giudicanti o inquirenti - avvocati, notai, funzionari amministrativi o giuristi d'impresa pubblica o privata) è tramontato o forse addirittura naufragato nel disincanto post-moderno di tutti i valori. In ogni caso, per quel che concerne il passaggio rivoluzionario, è stato persuasivamente dimostrato che, a dispetto delle apparenze e delle partigianerie dottrinarie, le cose non cambiarono a lungo e in profondità³⁷.

³⁴ Sul tema del potere giurisdizionale nel quadro della statualità democratica, cfr. S. BRONDEL, N. FOULQUIER, L. HEUSCHLING, (a cura di), *Gouvernement des juges et démocratie, Actes du Séminaire international*, Université de Paris I, 13 nov. 1998-28 mag. 1999, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001.

³⁵ Cfr. F. FURET, *Penser la Révolution française*, Paris, Gallimard, 1978, trad. it. a cura di S. Brillì Cattarini, *Critica della Rivoluzione francese*, Roma-Bari, Laterza, 1995⁴ (1^a ed. 1980), 7: «Non basta dire che la Rivoluzione 'spiega' la nostra storia contemporanea: essa è la nostra storia contemporanea [...]. Per le stesse ragioni per cui l'*ancien régime* ha una fine ma non un principio, la Rivoluzione ha un principio ma non ha una fine: l'uno è soggetto a una definizione cronologica negativa, e quindi funebre, l'altra è una promessa immensa, al punto di presentare un'elasticità infinita» (ultimi due corsivi miei).

³⁶ Cfr. il documentato studio di J.-L. HALPÉRIN, *L'impossible code civil*, Paris, PUF, 1992.

³⁷ Cfr. U. PETRONIO, *L'analogia tra induzione e interpretazione. Prima e dopo i codici giusnaturalistici*, in C. STORICI (a cura di), *Il ragionamento analogico. Profili storico-giuridici*, Napoli, Jovene, 2010, 183-292, che ha mostrato, in un lungo e articolato percorso storiografico e teorico, come nel passaggio dall'Antico al Nuovo Regime i giuristi conservarono tutta la loro *forma mentis* e la loro potente struttura identitaria, fondata sulle tecniche dell'interpretazione.

§7. – *Il nuovo tramonto della sovranità politica ‘pura’*

Oggi la domanda che dovremmo porre a noi stessi è: che cosa intendiamo farne di quell’ideale illuministico e di quel valore della trasparenza nell’esercizio del potere che la Rivoluzione francese tentò di attuare, dando l’illusione di riuscirci *par moment* e che poi di fatto fu riassorbito nella storia successiva della «*récupération*» della vecchia, eterna *forma mentis* dei «giuristi-pontefici»³⁸? E ancora: come si è trasformata e in quali vesti si presenta la mediazione patriarcale dei giuristi nel mondo contemporaneo? Se, com’è stato efficacemente dimostrato in studi ben documentati e persuasivi, il potere giudiziario è in piena espansione in tutto il pianeta³⁹, non si può più ingenuamente credere che l’astratta proclamazione del principio della divisione dei poteri basti a racchiudere la giurisdizione in ben delimitati confini e che i giuristi si accontentino del ruolo di discreti consiglieri-tecnici del sovrano politico.

L’ideale di una sovranità politica ‘pura’, quella per l’appunto perseguita dai costituenti rivoluzionari, attinente cioè alla sola categoria del Politico, è diventato sghembo rispetto alla realtà dei fatti che sono sotto i nostri occhi. E ciò non solo nella sgangherata situazione italiana, dove pure la questione ha assunto connotazioni abnormi, paradossali ancorché, tutto sommato, inconcludenti – il che costituisce la beffa massima –, ma anche in Paesi, come la stessa Francia, dove tradizionalmente la funzione giurisdizionale è stata assai meglio governata e si è saputa misurare o è stata costretta a misurarsi con un quadro complessivo nel quale il potere è stato davvero ‘sovrano’

³⁸ Entrambe le belle formule sono di A.-J. ARNAUD, *Les juristes face à la société du XIX^e siècle à nos jours*, Paris, PUF, 1975, trad. it. a mia cura, *Da giureconsulti a tecnocrati. Diritto e società in Francia dalla codificazione ai giorni nostri*, Napoli, Jovene, 1993, 40-1, 81-5 e 143 ss. Ma dello stesso A. si veda anche il magistrale saggio, concernente la mediazione patriarcale dei giuristi, *Le médium et le savant. Signification politique de l’interprétation juridique*, in *Archives de Philosophie du droit*, 1972, 215-31, poi ripubbl. in IDEM, *Le droit trahi par la philosophie*, Rouen, Bibliothèque du Centre d’Étude des Systèmes politiques et juridiques, 1977.

³⁹ C.N. TATE, T. VALLINDER, *The Global Expansion of Judicial Power: the Judicialization of Politics*, New York, New York Univ. Press, 1995; R. ROMANELLI (a cura di), *Magistrati e potere nella storia europea*, Bologna, il Mulino, 1997. Cfr. inoltre R. BERGER, *Government by judiciary. The Transformation of the Fourteenth Amendment*, Cambridge (Mass. USA)-London, Harvard Univ. Press, 1977; M. CAPPELLETTI, *Le pouvoir des juges*, Paris-Aix-en-Provence, Economica-PUAM, 1990; A. PIZZORNO, *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo della virtù*, Roma-Bari, Laterza, 1998; A. STONE SWEET, *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2000; M. TROPER, *Existe-t-il un danger de gouvernement des juges?*, in D. SOULEZ LARIVIÈRE-H. DALLE (a cura di), *Notre justice. Le livre vérité de la justice française*, Paris, Laffont, 2002, 329-46; J. KRYNEN et J. RAIBAUT (a cura di), *La légitimité des juges, Actes du colloque des 29-30 octobre 2003 – Université de Toulouse I*, Toulouse, Presses de l’Université des Sciences Sociales de Toulouse, s.d. [2004].

e i reticolati di controllo (a partire dal più importante, quello dell'*opinion publique*⁴⁰) sono stati efficaci e non meramente formali.

Certo, le distanze tra la penisola dei microfeudi e delle corporazioni e il resto dell'Europa e del mondo avanzato restano enormi⁴¹. La Chiesa-Giurisdizione continua a operare politicamente indisturbata, persino nella sempre più disastrosa Italia dei nostri giorni. Eppure il problema – come hanno già da tempo intuito autori come Habermas, Böckenförde, Troper, che pure non sembrano propensi a sottolineare un reale e immediato rischio di governo dei giudici⁴² – esiste e assume tratti tanto evidenti quanto (spesso) inquietanti nella giurisprudenza degli organi di giurisdizione costituzionale, dove l'elemento politico non ha neppure bisogno di essere occultato in forme patinate.

Il punto è che questo conflitto tra giurisdizione e potere politico, che rischia di travolgere l'equilibrio così faticosamente costruito tra i maggiori poteri pubblici e con esso l'intero edificio dello Stato moderno con tutto il *thesaurus* di valori politici legati al processo di civilizzazione che reca in sé⁴³, non è comprensibile se non inquadrato nell'ottica della lunga durata. Occorre, insomma, il sapere storico per conoscere in profondità, ragioni e interessi coagulati in questa radicalissima vicenda della politica occidentale⁴⁴.

⁴⁰ Sull'importanza dell'opinione pubblica, che inizia proprio con la Rivoluzione a far sentire il suo peso specifico nella dialettica politica, cfr. M. OZUF, *L'opinion publique*, in K.M. BAKER (a cura di), *The Political Culture of the Old Regime*, in *Atti del Congresso di Chicago*, 11-15 set. 1986, vol. 1 di *The French Revolution and the Creation of Modern Political Culture* (3 voll.), Oxford-New York, Pergamon Press, 1987, 419-34. Dello stesso Baker, si veda sull'argomento, *Inventing the French Revolution. Essays on French Political Culture in the Eighteenth Century*, Cambridge-New York, Cambridge Univ. Press, 1990.

⁴¹ Cfr. P. BORGNA, M. CASSANO, *Il giudice e il principe. Magistratura e potere politico in Italia e in Europa*, Roma, Donzelli, 1997.

⁴² Cfr. J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt a. M., Suhrkamp Verlag, 1992, trad. it. a cura di L. Cepa, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano, Guerini e Associati, 1996; E.W. BÖCKENFÖRDE, *Stato, costituzione, democrazia: studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, trad. it. di vari saggi a cura di M. Nicoletti e O. Brino, Milano, Giuffrè, 2006; di M. Troper, oltre all'*op. supra cit.* in nota 39 (*Existe-t-il un danger...*), si veda *Le bon usage des spectres. Du gouvernement des juges au gouvernement par les juges*, in J.-C. COLLARD et Y. JÉGOUZO, *Le nouveau constitutionnalisme: mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Paris, Économica, 2001, poi ripubbl. in M. TROPER, *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF (coll. «Leviathan»), 2001, 231-47.

⁴³ I due capisaldi, in tema, sono il noto classico di N. ELIAS, *Über den Prozess der Zivilisation*, Frankfurt, Suhrkamp, 1969, trad. it. *Il processo di civilizzazione*, a cura di G. PANZIERI, Bologna, il Mulino, 1988³ (1^a ed. 1982); e J. STAROBINSKI, *Le mot «civilisation»*, in *Le Temps de la Réflexion*, n. 4, 1983, ora in IDEM, *Le remède dans le mal. Critique et légitimation de l'artifice à l'âge des Lumières*, Paris, Gallimard, 1989, trad. it. a cura di A. MARTINELLI, *La parola "civilisation"* in IDEM, *Il rimedio nel male. Critica e legittimazione dell'artificio nell'età dei Lumi*, Torino, Einaudi, 1990, 5-48.

⁴⁴ Sulle origini storiche del conflitto tra magistratura e potere politico, rinvio al mio saggio *Le conflit entre magistrature et pouvoir politique dans la France moderne*, in M.E. DA CRUZ COELHO e M.M. TAVARES RIBEIRO (a cura di), *Parliaments: The Law, the Practice and the Representations. From the Middle Ages to the Present Day – Paramentos: a lei, a prática e as representações. De Idade Média à Atualidade*, in *Texts presented in the 60th Congress of ICHRPI Internatio-*

§8. – *Il valore della legge in un ordinamento moderno*

Ed è proprio questo uno dei maggiori pregi del saggio di Jean Ray che fu individuato per primo in Italia da Mario Cattaneo e che qui si ripresenta in una più accurata e ordinata revisione testuale. Anche Ray parte dal sottinteso che se si vuol comprendere il *quid* della Rivoluzione francese bisogna effettuare un'analisi storica scevra da pregiudizi e luoghi comuni. Il più grave dei quali è quello, accreditato dalla propaganda ideologica rivoluzionaria, che l'Antico Regime fosse in tema di giustizia il regno delle tenebre e della barbarie. All'epoca in cui Ray scriveva non vi era – a eccezione dei lavori, che erano stati da poco pubblicati, di Georges Pagès⁴⁵ – quasi nessuno degli strumenti storiografici di cui noi oggi, fortunatamente, disponiamo⁴⁶. È quindi molto sorprendente il suo lucido sguardo, che pur tra qualche appannamento e imprecisione, è tuttavia nella sostanza preciso e dettagliato e, ciò che più conta, va dritto al nucleo del problema: *il valore della legge in un ordinamento giuridico, politico e sociale moderno*.

Nel costruire il percorso verso la risposta più rispondente alla realtà, in quanto fondata su dati storici inoppugnabili, ricostruiti con grande finezza e precisione, Ray comprende bene che lo snodo cruciale per capire e valutare appieno il valore attribuito alla legge nel quadro dei nuovi equilibri che la Rivoluzione andava costruendo passava attraverso l'azzeramento della potenza assoluta del potere giurisdizionale nella società di Antico Regime. Lo strapotere e l'arroganza illimitati della *robe* avevano per secoli dominato l'intera società incuneandosi nei suoi interstizi più minuti⁴⁷. Ciononostante, la magistratura era

nal Commission for the History of Representative and Parliamentary Institutions, Lisboa-Coimbra 1-5 sett. 2009, Lisboa, edited by Assembleia da Republica, 2010, 259-92.

⁴⁵ G. PAGÈS, *La monarchie d'ancien régime*, Paris, Colin, 1928; IDEM, *Essai sur l'évolution des institutions administratives en France. Du commencement du XVI^e siècle à la fin du XVII^e*, in *Revue d'Histoire moderne*, n. s. VII, n. 1, gen.-feb. 1932, 8-57; n. 2, mar.-apr. 1932, 113-37; IDEM, *Les institutions monarchiques sous Louis XIII et Louis XIV*, Paris, Centre de documentation universitaire, 1933; IDEM, *Études sur l'histoire administrative et sociale de l'ancien régime*, Paris, Alcan, 1938.

⁴⁶ Si pensi solo, in estrema sintesi, a studi come: R. MOUSNIER, *La vénalité des offices sous Henri IV et Louis XIII*, Paris, PUF, 1971² (1^a ed. Rouen, Maugard, 1946); IDEM, *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, 1974 e 1980 (2^a ed. I vol. 1990 e II vol. 1992); di Mousnier si veda ora la raccolta di saggi, uscita a mia cura sotto il titolo: *La costituzione nello Stato assoluto. Diritto, società, istituzioni in Francia dal Cinquecento al Settecento*, Napoli, Esi, 2002 (e il mio saggio introduttivo: *Critica della ragione virtuosa. Roland Mousnier: la civiltà giuridica dello Stato assoluto*, ivi, XV-CXXXII). Per ulteriori (numerosi) rif. bibl. in tema, rinvio al mio *La rinascita dello Stato*, *supra*, cit. in nt. 8, 515 ss.

⁴⁷ Può sorprendere oggi constatare come i parlamenti, in quel contesto sociopolitico che solo una beffarda ironia potrebbe ancora chiamare «monarchia assoluta» credendo che l'aggettivo esprima un potere effettivo e non un puro disegno programmatico e (assai spesso solo) propagandistico, dominassero anche su aspetti individuali privati (dettando ad esempio norme suntuarie o concernenti l'abbigliamento delle donne) o di amministrazione urbana di dettaglio (i prezzi dei generi alimentari di prima necessità, l'organizzazione

riuscita in una sorta di miracolo sociale: aveva conquistato il consenso popolare, stabilendo un legame duraturo e solidissimo con il *peuple*, convinto che i togati fossero l'unico baluardo della virtù e dell'onestà contro la rapacità di ministri corrotti e privi di scrupoli che, naturalmente, ingannavano e raggiravano per primo il re⁴⁸.

Questo schema, che diede luogo tra l'altro alla reazione frondista, nata – si ricorderà – con un'insurrezione popolare volta a liberare un alto magistrato del Parlamento di Parigi, il consigliere Pierre Broussel, arrestato senza processo con un colpo di mano del potere politico-ministeriale, durò per tutto il XVIII secolo; fino a quando, improvvisamente – nel clima arroventato che Jean Egret ha definito della «pre-Rivoluzione»⁴⁹ – si rovesciò nel suo opposto. Da amatissimi idoli popolari, i magistrati divennero i più odiati, sbeffeggiati e perseguitati reietti del regno. Alle elezioni per gli Stati Generali del 1789 si scatenò in ogni angolo dell'Esagono una vera e propria caccia all'uomo per evitare la loro elezione⁵⁰. E i risultati furono conseguenti: solo 21 *robins* furono eletti, un numero esiguo se comparato con l'enorme prestigio di cui il *corps* del *Palais* godeva fino a solo qualche mese prima⁵¹.

ne dei funerali, ecc...). Ho ricostruito questi aspetti in una ricerca effettuata in occasione di un «Colloque» tenutosi all'Università di Montpellier il 15 ottobre 1999, ricerca tutt'ora inedita (ma di prossima pubblicazione), condotta su manoscritti conservati presso la Biblioteca Municipale di Digione, che ho intitolato *Gouverner la ville à travers la juridiction. Les fonctions administratives du Parlement au XVI^e et XVII^e siècle*: Bibl. Mun. Dijon, Extrait des Régistres de Parlement, mss. 1496-1501.

⁴⁸ Il re era inattaccabile in quanto unto del Signore e capo supremo dello Stato legittimato dal diritto divino. Nei confronti della sua figura, che era prima di tutto un intangibile simbolo sacrale, i togati si trovavano in grave difficoltà, poiché da un lato non potevano negargli l'obbedienza, ma dall'altro volevano ridurlo all'impotenza politica. Ma, anche su questo delicatissimo snodo, la straordinaria finezza retorica di cui disponevano consentì loro di superare brillantemente l'ostacolo. Trovarono allora la formula dell'*heureuse impuissance*, condizione nella quale il re secondo la loro dottrina si trovava: egli, si diceva, «regna, ma non governa» ed è quindi privo di veri strumenti d'intervento senza il consenso dei magistrati. Accreditate, tuttavia, sul piano puramente dottrinale, l'idea di un re «assoluto» (*a legibus solutus*, alla lettera «sciolto dal rispetto delle leggi») serviva allo stesso *corps* magistratuale per elidere le responsabilità dell'apparato giurisdizionale. Nominati dal re, i giudici rispondevano solo a lui, e per suo tramite a Dio, della loro condotta e del loro operato. La coscienza personale del re era, dunque, lo strumento attraverso il quale l'apparato eliminava le scorie delle proprie illiceità (tanto legali quanto morali). Su tutto ciò rinvio ai miei *L'ideologia dei robins*; e *La rinascita dello Stato*, cit. *supra* rispettivamente, n. 5 e 8.

⁴⁹ Cfr. J. EGRET, *La pré-Révolution française (1787-1788)*, Paris, Puf, 1962 (ristampa anast. Genève, Slatkine, 1978).

⁵⁰ Per la descrizione in dettaglio di questo clima, con molti episodi significativi, cfr. Carré, *op. supra cit.*, nt. 24.

⁵¹ In un libro per molti versi pregevolissimo, R. MARTUCCI, *L'ossessione costituente. Forma di governo e costituzione nella Rivoluzione francese (1789-1799)*, Bologna, il Mulino, 2001, stima, invece, che il numero di 21 è elevato se si considera la qualità soggettiva degli eletti. Ma a me pare che anche l'indiscutibile talento e la straordinaria perizia tecnico-giuridica di questi personaggi dovessero fare i conti con un contesto radicalmente mutato nel quale essi non poterono che mettere le loro virtù al servizio del nuovo progetto politico e ideologico che andava in direzione radicalmente opposta all'ordinamento e all'assetto complessivo dell'antico regime.

§9. – *I sacerdoti del diritto da santi a diavoli*

Ray coglie perfettamente questo cambio di atteggiamento globale verso la magistratura e più in generale verso il ceto giuridico di Antico Regime e segnala puntualmente che durante la Rivoluzione «l'opinione pubblica nutriva una profonda diffidenza verso gli organi giurisdizionali; la stessa tecnica giuridica, fonte di complicazioni e di spese, le era [diventata] sospetta»⁵². Questa «diffidenza», che in realtà si trasformò ben presto in un odio feroce che alimentò un inesauribile furore vendicativo, divenne la base culturale e socio-psicologica di tutta una serie di azioni legislative e riformatrici e in alcuni casi di atti testardamente ostativi, dettati dalla paura di un ritorno al passato, un baratro che si voleva a qualsiasi costo evitare (clamorosa, ad esempio, la vicenda della proposta di Sieyès d'istituire il *jury constitutionnaire*, sonoramente bocciata proprio perché si vedeva in quell'organo lo spettro aleggiante della giurisdizione politica dei vecchi parlamenti⁵³).

Ma, persino di là dagli aspetti tecnico-istituzionali, tutto il corso politico della Rivoluzione fu dettato, fin dai suoi primissimi passi, dall'ossessione anti-giurisdizionale, come se la Rivoluzione stessa trovasse in quel motivo di fondo il suo principale motore. Intesa in questo senso, è ineccepibile l'idea espressa da Umberto Eco, secondo il quale «la Rivoluzione è un prodotto dell'*ancien régime* e non il risultato cinematografico della presa della Bastiglia»⁵⁴. Il saggio di Ray ci aiuta a

⁵² Cfr. J. Ray, *La Révolution Française et la pensée juridique: l'idée du règne de la loi*, in *Revue philosophique de la France et de l'étranger*, 64° anno, t. 128, n. 9/12, set.-ott. e nov.-dic. 1939, 364-93, trad. it. *La Rivoluzione francese e il pensiero giuridico. L'idea del regno della legge*, Roma, Edizioni Lavoro, 1989 qui ripubb. a mia cura con il medesimo titolo, *infra*, testo in prossimità della nota 29.

⁵³ A nulla servi l'astuzia dell'abate, che conoscendo perfettamente il clima così ostile al vecchio assetto giurisdizionale, tentò di aggirare l'ostacolo, proponendo un organo elefantico e farraginoso, composto rigorosamente da non giuristi-togati e con un meccanismo di rotazione permanente e continuo che lo avrebbe messo non solo in condizioni di non nuocere politicamente, ma che addirittura ne avrebbe di fatto consentito il funzionamento ordinario solo con molta difficoltà. È dunque questo il vero motivo per cui i poteri costituenti rivoluzionari vietarono ai giudici di «sospendere l'esecuzione di una legge» per motivi d'incostituzionalità (la paura di una ricostituzione del vecchio potere giuspolitico in capo a un organo giurisdizionale) e non come afferma Ray – su questo punto invero alquanto confuso e impreciso – perché la potestà del giudizio di costituzionalità sarebbe, «nella sua essenza, conservatrice» o «perché durante la maggior parte del periodo rivoluzionario, il potere costituente e il potere legislativo erano di fatto esercitati dalla stessa assemblea» (cfr. Ray, *op. cit.* nella nota preced., testo successivo alla nota 41). Rinvio, su questo cruciale argomento, ai miei: *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, 1417-42, spec. § 6, 1436-9; *La rinascita dello Stato*, *supra cit.* in nota 8, 484-5. Altri spunti nei miei *La revisione costituzionale in una prospettiva storico-istituzionale. Il problema del mutamento giuridico in relazione al mutamento sociale e culturale*, in S. GAMBINO e G. D'IGNAZIO (a cura di), *La revisione costituzionale e i suoi limiti. Fra teoria costituzionale diritto interno esperienze straniere*, Milano, Giuffrè, 2007, 555-78; *La costituzione fuori del suo tempo...*, *supra cit.* in nota 29, spec. testo corrispondente alle note 56 e 57. Cfr., infine, *infra*, nota 71.

⁵⁴ U. ECO, *Migrazioni di Cagliostro*, in IDEM, *Tra menzogna e ironia*, Milano, Bompiani 1998, 9.

comprendere che senza quell'ossessione, che dal punto di vista teorico trova in Rousseau il suo baluardo e la sua anticipazione, la Rivoluzione perderebbe molto del suo senso e probabilmente non avrebbe neppure avuto ragione di essere.

Il grande problema – che è di natura tanto politico-istituzionale quanto socio-economico – che gli uomini del tempo immediatamente pre-rivoluzionario avevano e soprattutto *sentivano* come tale, era dare soluzione al blocco decisionale determinato dallo strapotere acquisito dalla magistratura parlamentare. Essi erano, in altre parole, alla ricerca di una sovranità 'depurata' da elementi a- o anti- politici. Si voleva che il processo decisionale rispondesse a una logica rappresentativa ascendente, una logica il cui fondamento fosse la base popolare, e che rimpiazzasse la logica della rappresentanza 'bivalente', 'patriarcale' e 'gius-tecnocratica' che i parlamenti incarnavano⁵⁵. Si voleva, insomma, mutare la «costituzione del regno», comprensibile solo ai *juristes-magistrats*, passando a una «costituzione dello Stato», comprensibile a tutti i *citoyens*.

Quella che i giuristi dell'Antico Regime chiamavano la «costituzione del regno» era in effetti un immenso coacervo di materiali sparsi, di natura tanto normativa quanto giurisprudenziale e dottrinale, che solo l'intervento interpretativo dei *messieurs du Palais* poteva trasformare in legittime regole di diritto⁵⁶. Lunghi dall'essere un semplice applicatore della legge, il magistrato era il sapiente, anzi il sapienziale *dominus* di un *ordo juris* nel quale ogni soluzione poteva essere sem-

⁵⁵ Rappresentanza 'bivalente' significa che la mediazione del magistrato poneva la sua funzione tra cielo e terra e di conseguenza tra popolo e re. La formula che traduceva questo concetto era quella, usata a piene mani nelle rimostranze, della «verità» che i magistrati erano incaricati di «deporre ai piedi del trono». Cfr., sul punto, il mio specifico saggio *Le concept de «représentation» dans la doctrine juridico-politique de Louis-Adrien Le Paige*, in *Le concept de représentation dans la pensée politique, Actes du XV^e Colloque international de l'AFHIP, Aix-en-Provence 2-3 mai 2002*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2003, 53-73.

⁵⁶ Cfr. W. SCHMALE, *Les parlements et le terme de constitution au XVIII^e siècle en France : une introduction*, in *Il pensiero politico*, a. XX, n. 3, 1987, 415-24; M. VALENSISE, *La constitution française*, in K.M. BAKER (a cura di), *The Political Culture...*, supra cit. in nt. 40, 441-67; A. VERGNE, *La notion de constitution d'après les cours et assemblées à la fin de l'Ancien Régime (1750-1789)*, Paris, De Boccard, 2006. Sul punto, si veda anche il mio saggio: *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, 821-52. La "tendenza costituzionale" del potere giurisdizionale è di lunga data e se ne riscontrano chiari elementi già tra Medioevo e inizio dell'Età moderna: cfr. S. PETIT-RENAUD, «Faire loy» au Royaume de France. De Philippe VI à Charles V (1328-1380), Paris, De Boccard, 2001; A. ROUSSELET-PIMONT, *Le chancelier et la loi au XV^e siècle. D'après l'œuvre d'Antoine Duprat de Guillaume Poyet et de Michel de l'Hospital*, Paris, De Boccard, 2005; A. RIGAUDIÈRE, *Les fonctions du mot constitution dans le discours politique et juridique du bas Moyen Âge français*, in *Revista Internacional de los Estudios Vascos*, Cuadernos 4, 2009, 15-51. Sul potere normativo insito nella giurisdizione, cfr. B. ANAGNOSTOU-CANAS (a cura di), *Dire le droit: normes, juges, jurisconsultes*, Paris, LGDJ, 2006. Infine, indicazioni molto pregevoli sono nell'ormai classico vol. collettaneo curato da J. KRYNEN e A. RIGAUDIÈRE, *Droits savants et pratiques françaises du pouvoir (XI^e-XV^e siècles)*, Bordeaux, Presses Universitaires de Bordeaux, 1992.

pre reperita. Tutt'altro quindi che un puro esecutore della *voluntas* regia, il giurista-giudice di Antico Regime considerava se stesso come un intangibile e supremo protagonista della vita tanto giuridica quanto politico-istituzionale, un vero e proprio «heros togatus»⁵⁷. Per lui tutto, cioè ogni valore giuridico, poteva essere rinvenuto nell'immenso corpo del diritto: *omnia in corpore juris inveniuntur*. La certezza del diritto era perciò appannaggio esclusivo del magistrato, ai cui «lumi», come soleva dire Adrien Louis Le Paige, *leader della robe* dalla metà del XVIII secolo alla Rivoluzione, ossia alla *Scientia* della sua superiore *Ratio*, frammento della *Divinitas* insita nella *juris peritia* e nella *juris dictio*, bisognava totalmente e ciecamente affidarsi⁵⁸.

Nella monarchia cosiddetta 'assoluta' era quindi la magistratura a qualificarsi «sovrana». Luigi XIV, che cercò di qualificarla solo come «superiore» dové ingaggiare un dura lotta contro i togati proprio su questa questione apparentemente solo linguistica, dietro la quale, in realtà, si celava un decisivo scontro di potere. Il gran re sembrò spuntarla. Ma la sua fu in realtà solo una parentesi momentanea: poco più di un fuoco di paglia. Non riuscì – come affermò lapidariamente Mousnier, liquidando una questione che gli era stata posta al riguardo – «a cambiare la costituzione del regno»⁵⁹. Appena morto, a cadavere si può ben dire ancora caldo, il Parlamento si riunì, cassò il testamento regio e aprì la fase della reggenza a condizioni molto favorevoli per la magistratura. Si disse allora, con quell'aria sottile e beffarda di scherno che solo i poteri veramente occulti sanno adottare, «*heros togatus resurrexit!*»⁶⁰.

Uno schema pressoché identico, pur in circostanze diverse, si ripeté in tutte le crisi costituzionali del XVIII secolo (negli anni Trenta, negli anni Cinquanta, Sessanta e Settanta). Quando Luigi XV e i suoi governi assunsero toni forti e decisioni virili, arrivando in più di un'occasione alla misura dell'esilio o addirittura dell'arresto dei magistrati, il Parlamento ritornò sempre più forte di prima⁶¹, come se le misure restrittive non lo avessero neppure sfiorato. Persino dopo la «réforme-

⁵⁷ 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.

⁵⁸ Rinvio sul punto al mio *L'ideologia dei robins*, *supra cit.* in nt. 5, 246-59.

⁵⁹ Cfr. R. MOUSNIER, *La costituzione nello Stato assoluto...*, *supra cit.* in nt. 46, 99-109 spec.

⁶⁰ Cfr. H. EL ANNABI, *Le Parlement de Paris sous le règne personnel de Louis XIV. L'Institution, le Pouvoir et la Société*, Tunis, Publications de l'Université de Tunis, 1989; J.J. HURT, *Louis XIV and the Parlements. The Assertion of Royal Authority*, New York, Manchester University Press, 2002. Sulla 'resurrezione' del Parlamento subito dopo la morte di Luigi XIV, cfr. il mio *L'ideologia dei robins*, *supra cit.* in nt. 5, cap. I, spec. 55-9 e le *opp. cit.* *ivi*, 697-702 (ntt. da 19 a 65).

⁶¹ Si veda ora l'ampia ricerca sui periodi di esilio del *Parlement* condotta da 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^e-XVIII^e siècle)*, con una postfazione di F. Hildesheimer, Paris, Honoré Champion, 2007.

Maupeou», durata dal 1771 al 1774, che fu in realtà un vero e proprio colpo di Stato – o, com'è stato condivisibilmente sostenuto, un anticipo della Rivoluzione⁶² –, poi svanito solo per la morte del re e l'ascesa al trono di un nuovo sovrano, Luigi XVI, completamente sprovvisto di cultura e abilità politiche, il vecchio potere giurisdizionale, come un gigantesco Leviatano sommerso, riuscì a riemergere dalle acque tempestose e a ricollocarsi al centro della vita politica e istituzionale, tornando, come prima e più di prima, a ostacolare e paralizzare tutti i tentativi di riforma del sistema.

Fu chiaro a tutti, allora, che solo uno sconvolgimento generale dell'assetto esistente avrebbe potuto risolvere il problema alla radice. E qui il *battage* dei *philosophes* giocò il suo ruolo, così come una funzione corrosiva della sacralità delle vecchie istituzioni ebbe quella «pornografia filosofica» che secondo Robert Darnton fu l'elemento decisivo per preparare il terreno alla Rivoluzione⁶³. Per pura *Serendipity* (effetto eterogenetico perverso)⁶⁴, fu proprio la consorteria che gravitava attorno alla magistratura parlamentare a scatenare la ritorsione 'pornografica' contro Maupeou e i suoi amici cortigiani corrotti e perversi – a cominciare dalla famigerata Madame du Barry, favorita di Luigi XV⁶⁵ – e perciò a iniziare lo scavo della sua tomba politica. Si sarebbe di lì a poco avverata la sinistra profezia (che era suonata, nel contesto degli anni Cinquanta in cui era stata lanciata, più come l'elucubrazione di un folle che come la lucida visione di un veggente) di Louis-Adrien Le Paige, per quasi trent'anni leader incontrastato e temuto della *robe parlementaire*, il quale aveva avvertito i suoi nemici del *Conseil du roi* che magistratura e corona erano legate da un indissolubile destino: nate insieme nella notte dei tempi fondativi dello Stato franco, insieme sarebbero perite. Così fu; nella Rivoluzione.

§10. – L'ossessione anti-giurisdizionale

Ma liberarsi della tecnica sapienziale dei giuristi non si rivelò impresa semplice neppure quando lo sconvolgimento rivoluzionario ro-

⁶² Cfr. D. ECHEVERRIA, *The Maupeou Revolution. France 1770-1774*, Baton Rouge-London, Louisiana State Univ. Press, 1985.

⁶³ Cfr. R. DARNTON, *The Forbidden Best-Sellers of Pre-Revolutionary France*, Norton, New York 1995, trad. it. a cura di V. BEONIO BROCCIERI, *Libri proibiti. Pornografia, satira e utopia all'origine della Rivoluzione francese*, Milano, Mondadori, 1997.

⁶⁴ Cfr. R.K. MERTON e E.G. BARBER, *The Travels and Adventures of Serendipity. A Study in Historical Semantics and the Sociology of Science*, Princeton-Oxford, Princeton Univ. Press, 1992, trad. it. a cura di M.L. Bassi, *Viaggi e avventure della serendipity. Saggio di semantica sociologica e sociologia della scienza*, Bologna, il Mulino, 2002.

⁶⁵ Cfr. J. MEYER, *La Chalotais. Affaires de femmes et affaires d'État sous l'ancien régime*, Paris, Perrin, 1995.

vesciò l'intero vecchio assetto politico e istituzionale. Ray nota con acuta (e delusa) precisione come tutte le innovazioni legislative e costituzionali apportate dalla Rivoluzione, «per quanto seducenti avessero potuto sembrare», non solo non ottennero facilmente lo scopo che si erano prefisse, ma addirittura in molti casi produssero effetti perversi e si rivelarono strumenti ancor più potenti per favorire quell'«arbitrio giurisdizionale, contro il quale si erano così vigorosamente battuti gli uomini del 1789». Fu quello il momento in cui il corso rivoluzionario entrò in crisi, dibattendosi a vuoto in un'*impasse* dalla quale sarebbe uscito solo con il colpo di Stato del primo console. Nelle more precedenti questa radicale soluzione, alla disperata ricerca di strumenti efficaci a realizzare ciò che sentivano come la ragion d'essere dell'intera vicenda iniziata nell'89, i poteri rivoluzionari imboccarono la via «opposta» quella cioè che tendeva «a garantire l'osservanza rigorosa della legge»⁶⁶. Si rilanciava, in poche parole, il ruolo della tecnica giuridica che solo un attimo prima, in preda al furore demolitivo scatenato contro i vecchi parlamenti, quegli stessi poteri avevano demonizzato.

Certo, si trattò a quel punto di una tecnica inserita in un contesto completamente nuovo: l'introduzione del *référé législatif* e del Tribunale di Cassazione, istituti pensati proprio per temperare l'arbitrio giurisdizionale e le velleità politiche dei giudici (dove il nome: si trattava di *cassare* le sentenze che non applicavano rigorosamente la legge), rispondevano alla stessa logica 'iconoclasta', contraria ai vecchi parlamenti. Ma una volta riabilitata la tecnica esegetica, si ritornava di nuovo sulla strada – con tanta fatica abbandonata – che portava alla mediazione 'scientifica' dei giuristi. Cominciò allora a emergere la difficoltà di procedere a uno sradicamento definitivo degli *arcana juris*. Alla forza assertiva dei programmi – e dei proclami – politici e alla persuasività delle *thèses* dottrinali che avevano brillantemente dimostrato l'incompatibilità del vecchio potere giurisdizionale con la rappresentanza democratica e con l'affermazione dei nuovi principi di libertà⁶⁷, non avevano corrisposto i fatti reali.

Per la *pars destruens* era stato decisivo il pensiero, geniale, di Rousseau. Il ginevrino aveva individuato lo strumento per scardinare quel potere, arcigno e occulto, dei magistrati che, nel vecchio contesto della monarchia assoluta, sembrava inattaccabile. Il *Contrat social* aveva affrontato il problema nel suo punto nevralgico, attaccando di petto gli *arcana juris* e sottoponendo a durissima critica il carattere occul-

⁶⁶ Cfr. J. RAY, *La Rivoluzione francese e il pensiero giuridico...*, *supr cit.* in nt. 52, testo tra le ntt. 29 e 30.

⁶⁷ Per la distinzione tra le due concezioni della libertà (quella della *robe* e quella dell'ideologia rivoluzionaria), cfr. il mio saggio *Le concept de 'liberté' dans l'idéologie des hommes de robe au XVIII^e siècle (France et Italie)*, in *Lexicon Philosophicum - Quaderni di terminologia e storia delle idee*, 8-9/1996, 81-92.

to del potere magistratuale⁶⁸. Era quello e non la struttura monarchica in quanto tale – come si era fatto fino ad allora da parte di intellettuali ‘idealisti’ e inconcludenti, sullo stile del *Contr'un* – a dover essere sottoposta a critica frontale. Il vero nerbo della vecchia struttura stava nell’ideologia giuridica, ed era lì che bisognava attaccare. Occorreva dare al concetto di «legge» una nuova connotazione e un nuovo significato, completamente diverso da quello che vi avevano dato i *robins*. Per loro la «legge» era formalmente la volontà del sovrano, che però doveva affidarsi agli ‘esperti’ per essere perfezionata e applicata. E gli esperti erano i giuristi investiti della funzione giurisdizionale, quindi, al più alto livello della gerarchia istituzionale, i togati dei parlamenti.

La vera sovranità risiedeva dunque nella “legge interpretata” (dagli organi giurisdizionali e in ultima, suprema, anzi «sovrana», istanza dal Parlamento)⁶⁹. Nella dottrina parlamentare l’approvazione preventiva della suprema magistratura sulle leggi del re era indispensabile per «dare esistenza giuridica alla volontà del sovrano» («*donner une existence juridique aux volontés du souverain*»)⁷⁰. Senza il sigillo parlamentare – che di fatto era un controllo preventivo di costituzionalità⁷¹ – la volontà del re configurava per i *robins* solo un «disegno» o «progetto di legge». Per i magistrati, la legge si formulava solo di concerto tra il re e il Parlamento⁷². Di fatto, poi, essi sapevano che il contenuto effettivo della legge si precisava solo nella fase applicativa. E l’applicazione era affare eminentemente giurisdizionale nel quale nessun re (o suo ministro) avrebbe mai potuto intervenire con efficacia⁷³. La loro

⁶⁸ È il principale motivo della sua beffarda critica rivolta a un mostro sacro della scienza giuridica moderna, come Ugo Grozio, che i giuristi di tutt’Europa consideravano il simbolo stesso della propria superiorità tecnica e culturale: cfr. al riguardo R. AJELLO, *Formalismo medievale e moderno*, Napoli, Jovene, 1990 (ad indicem, voci Rousseau e Grozio), spec. 34-5 e 120-2; e R. DERATHÉ, *op. supra cit.*, in nt. 30 (ad indicem), spec. 92-100.

⁶⁹ Su questo concetto, rinvio al mio *L’ideologia dei robins*, *supra cit.*, in nt. 5, cap. II, § 26.

⁷⁰ Bibliothèque de la Société de Port-Royal (Paris), fonds *Le Paige*, vol. 534, ms. 33. L’autore è il consigliere de Revol, che faceva parte dell’*entourage* di Le Paige e può considerarsi uno dei più raffinati e attivi interpreti dell’ideologia togata dell’Antico regime.

⁷¹ Cfr. *supra* nota 53. Sul punto, cfr. il mio specifico saggio, diviso 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, 1/2004, 147-165 e n. 9, 1/2005, 65-86, e bibliogr. *ivi cit.*; cfr., inoltre, *L’ideologia dei robins*, spec. 466 ss., e *La rinascita dello Stato, passim* (ad indicem), entrambi *cit. supra* rispettivamente nelle ntt. 5 e 8.

⁷² Le Paige affermava che proprio questo era l’elemento distintivo tra il sistema francese e quello inglese. In quest’ultimo l’ultima parola spettava al re, mentre nella monarchia francese era la magistratura ad averla: cfr. il mio saggio *Parlement anglais et Parlement français dans la perspective des hommes de robe du XVIII^e siècle*, in *L’influence politique et juridique de l’Angleterre en Europe*, in *Actes du XXI^e Colloque international de l’AFHIP*, Université Paul Cézanne d’Aix -Marseille, Faculté de Droit et des Sciences Politiques, Aix-en-Provence 16-17 set. 2009, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 2012, 163-84.

⁷³ Alcuni studiosi hanno enfatizzato a questo riguardo il potere di avocazione delle cause che il *Grand Conseil* formalmente possedeva per sostenere che in presenza di un potere di questo genere la corona aveva lo strumento giuridico (oltre che la forza politica) per piegare la resistenza della magistratura, imponendo così un potere *effettivamente* assoluto

strategia era perciò duplice: da un lato affermavano 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 tirannia⁷⁴); dall'altro operavano *sous-table*, per far sì che di fatto il re e i suoi governi non riuscissero a portare avanti alcuna novità legislativa senza la loro approvazione⁷⁵. Nel caso

(si pensi agli studi, dal mio punto di vista per nulla convincenti, di B. VONGLIS, *L'État c'était bien lui. Essai sur la monarchie absolue*, Paris, Éditions Cujas, 1997; IDEM, *La monarchie absolue française. Définition, datation, analyse d'un régime politique controversé*, Paris, L'Harmattan, 2006). È un vecchio, classico errore della storiografia del diritto considerare *reale* un potere solo perché è formalmente previsto da un istituto normativo vigente. Ma la realtà istituzionale è infinitamente più articolata e complessa di come il diritto (e i suoi giuristi-storici) vorrebbero che fosse e s'illudono che sia. Si tocca qui con mano quanto poco il metodo machiavelliano che distingue tra valori/auspici da un lato e fatti/realtà dall'altro sia stato meditato e assorbito dalla psicologia cetuale-corporativa dei giuristi. Nella perenne e infinita dialettica tra apparati ministeriali dipendenti dalla corona e apparati giurisdizionali di fatto autonomi e autarchici, l'uso del potere avocativo era pressoché ininfluenza. Per quanto il re e il suo governo potessero minacciare di farvi ricorso e per quanto potessero anche arrivare a metterlo in atto, la resistenza dei parlamenti non si piegava. La magistratura disponeva, infatti, di strumenti assai efficaci d'interdizione e di ostruzione (strumenti che non necessariamente si situavano sullo stesso 'tavolo' del provvedimento avvocato) che nella pratica del sistema consigliavano i ministri di procedere con molta prudenza (sulla distinzione tra spirito e pratica del sistema, cfr. D. RICHELIEU, *La France moderne: l'esprit des institutions*, Paris, Flammarion, 1973 (nuova ediz. 1991), trad. it. e cura mie, *Lo spirito delle istituzioni. Esperienze costituzionali nella Francia moderna*, Roma-Bari, Laterza, 1998). Si pensi solo al potere d'insabbiamento dei provvedimenti (ben sottolineato, tra gli altri, da M. ANTOINE, *Le Conseil du Roi sous le règne de Louis XV*, Genève-Paris, Droz, 1970; IDEM, *Les remontrances des cours supérieures au XVIII^e siècle. Essai de problématique et d'inventaire*, in *Bulletin de la section d'Histoire moderne et contemporaine*, fs. 8, 1971, 7-24 e 25-81; IDEM, *Le dur métier de Roi. Études sur la civilisation politique de la France d'Ancien Régime*, Paris, PUF, 1986). Salvo eccezioni (che comunque non furono mai decisive), il vero braccio di ferro tra i due poteri si sviluppava preventivamente al chiuso di "stanze di compensazione" nelle quali la linea politica complessiva e il contenuto degli atti normativi conseguenti erano *concertati*. Una volta poi presa la decisione sui singoli provvedimenti, essi erano presentati formalmente e pubblicati come la volontà 'assoluta' del re-sovrano. Ma, come disse uno studioso americano (A. Soman) durante un seminario alla Sorbonne nel 1996, questa era la «vetrina» e non la sostanza della monarchia.

⁷⁴ Cfr. MOUSNIER, *La costituzione nello Stato assoluto...*, *supra cit.* in nt. 46, *passim* e spec. 130 ss.

⁷⁵ Spesso i provvedimenti legislativi erano preventivamente concertati nelle cosiddette «conférences de Versailles», riunioni riservate che si svolgevano, in genere verso sera, nel *cabinet* del *contrôleur général* o dello *chancelier-garde de sceaux* (solo molto raramente alla presenza del re in persona) e alle quali partecipavano i ministri del settore di cui si discuteva e il primo presidente del *Parlement* o i presidenti delle *chambres* parlamentari delle *enquêtes* o delle *requêtes*, talvolta accompagnati da qualche magistrato particolarmente competente su un dato argomento e in genere prescelto con criteri di opportunità 'politica' (nella seconda metà del XVIII secolo, durante il regno di Luigi XV, molto spesso era un esponente del gruppo lepaigiano). Queste riunioni erano una sorta di "stanze di compensazione politica" nelle quali di regola si negoziava non solo il contenuto normativo di un singolo provvedimento preso in sé, ma anche (soprattutto), un indirizzo generale che si focalizzava in una molteplicità di decisioni e di atti normativi di diversa natura e differenziata veste formale. Non era raro quindi che la delegazione parlamentare ottenesse, in cambio dell'*enregistrement* su alcuni provvedimenti che il governo riteneva essenziali e irrinunciabili (e che a loro volta potevano essere modificati nei loro contenuti sulla base di ulteriori mediazioni ottenute dalla *robe*), altri provvedimenti graditi alla magistratura che diventavano «leggi del re» al pari delle altre di iniziativa governativa. Quando - ma è decisamente una minoranza dei casi, anche se non ha molto senso una statistica seccamente numerica in un campo nel quale ciò che più conta è il peso qualitativo delle decisioni - le trattative si arenavano e non si riusciva a trovare una composizione tra le diverse posizioni, si arrivava a una crisi costituzionale e il Parlamento si metteva allora sul piede di guerra facendo ostruzionismo

in cui la corona forzasse la mano e convocasse un «letto di giustizia»⁷⁶, essi gridavano al finimondo, al «coup de majesté» e alla tirannia incombente. Ma di fatto e di là degli starnazzi strategici e della ridondante retorica sprecata a piene mani, sapevano bene, come scrisse con malcelato disprezzo Le Paige, che il letto di giustizia «non fini[va] proprio niente e dopo le cose non [era]no più avanzate di prima» («un lit de j[ustice] ne finit rien [... et après] les choses ne sont pas plus avancées qu'auparavant»⁷⁷).

Per Rousseau occorre, preventivamente, spazzare via con un colpo solo tutte queste complicate pastoie, all'interno delle cui logiche perverse si alimentava l'incontrollabile potere togato. Di qui la necessità di rendere *trasparente* la legge, il procedimento della sua formazione, i meccanismi della rappresentanza e le procedure della pubblicità⁷⁸. Qui era il vero nodo del problema. La legge non poteva scaturire dalla mediazione di una consorceria di sedicenti tecnici che si sentivano investiti direttamente da Dio, possessori esclusivi della sua Potenza e Verità e che nessuno poteva quindi controllare e sindacare. Per Rousseau la norma giuridica doveva essere l'espressione di una Volontà nello stesso tempo suprema e mondana. Nacque così il concetto di «Volontà generale», che è la dottrina giuspolitica alla base della Rivoluzione.

Fu in quel contesto che l'espressione «giudice bocca della legge» mutò di senso⁷⁹. Da trionfo della mediazione patriarcale della toga

e negando la registrazione degli atti legislativi. Solo allora si apriva la procedura formale – descritta da D. RICHER, *Lo spirito delle istituzioni...*, *supra cit.* in nota 73, 27-30 – che, dopo le lettere di comando (*lettres de jussion*) le rimostranze iterative (*itératives remontrances*), poteva portare al «letto di giustizia».

⁷⁶ Su questo istituto, opposte interpretazioni in: 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.

⁷⁷ Bibliothèque de la Société de Port-Royal (Paris), fonds *Le Paige*, vol. 539, ms. 179: «Billet de moi à monsieur le prince de Conti. 25 aout 1756».

⁷⁸ Nel § 6 del suo saggio (cfr. *infra*), Ray spiega con precisione l'importanza della pubblicità delle leggi e pone questo elementare principio del diritto contemporaneo in relazione all'altro principio della semplificazione e della comprensibilità delle norme. Una frase di Cambacérès è illuminante al riguardo: «La scienza delle leggi non sarà più uno di quei misteri che hanno i loro iniziati e che un velo spesso nasconde agli occhi del volgo». Questo principio è proprio, secondo Ray, dei «diritti evoluti», nei quali «la pubblicazione delle leggi è normale». Ma il diritto attuale è debitore alla Rivoluzione dell'affermazione di questo suo caposaldo. «Solo la Rivoluzione», infatti, «vi ha attribuito un'eccezionale importanza, a causa della relazione che essa stabiliva tra la legge e la volontà generale». E giustamente Ray sottolinea anche come, da questo punto di vista, Napoleone sia in totale continuità con lo spirito rivoluzionario: «Bonaparte sembra proprio avere ereditato l'ambizione dei grandi Convenzionali, di liberare il diritto dalle sue complicazioni tecniche, al fine di renderlo intellegibile a tutti». Che la Rivoluzione e il suo seguito imperiale abbiano realizzato o no appieno quell'ideale ha meno importanza del fatto di averlo posto, per la prima volta nella vicenda storica del diritto, come un valore ineludibile di un diritto che voglia essere davvero *civile*, il che impegna le generazioni successive e future a tentare di riuscire dove i predecessori hanno fallito.

⁷⁹ Ho dedicato all'approfondimento di questo tema il § 3.3 del mio saggio *La costituzione fuori del suo tempo...*, *supra cit.* in nt. 29, al quale rinvio.

(com'era stato a lungo nell'Antico Regime) essa divenne lo sberleffo del potere (ormai perduto) dei giuristi-magistrati, che non potevano far altro che applicare pedissequamente norme pensate e scritte dal potere politico e cristallizzate in una dimensione oggettiva.

Parallelamente, e con la stessa logica di fondo, la Rivoluzione mutò il significato del termine «costituzione», che dal senso fluido che la dottrina parlamentare vi aveva dato nel sistema monarchico dello Stato (apparentemente) assoluto divenne un testo sintetico e articolato, comprensibile da tutti i cittadini (alfabetizzati) e immediatamente applicabile⁸⁰. Nelle intenzioni dei costituenti rivoluzionari la nuova costituzione doveva servire in primo luogo a sottrarre alla magistratura il suo potere d'interdizione sulla volontà legislativa sovrana. Fu Robespierre, in un discorso pronunciato alla Costituente il 10 novembre 1790, a sintetizzare in poche, pesantissime parole, il nuovo concetto politico che focalizzava tutto lo spirito della Rivoluzione: «La parola giurisprudenza dev'essere cancellata dal vocabolario di un popolo libero»⁸¹.

Il principale scopo dei rivoluzionari era, dunque (anche se può spiacere affermarlo in un contesto come quello italiano attuale dove questa *descrizione* storiografica può essere facilmente equivocata e strumentalizzata), impedire l'uso politico della funzione giurisdizionale di cui i vecchi parlamenti avevano fatto largo e arbitrario abuso. Ma se fu possibile fissare il principio di un nuovo «diritto politico» fondato sul contratto sociale e non più sulla mediazione patriarcale dei giureconsulti, non altrettanto agevole fu individuare gli strumenti idonei ad attuarlo. Gli *arcana juris* si rivelarono assai più arcigni di quanto la visio-

⁸⁰ Ho dedicato molti anni di studio e di ricerche per sfatare il luogo comune che data la nascita del costituzionalismo scritto all'età delle rivoluzioni, nonché l'idea (totalmente falsa) che la costituzione di Antico regime o non esistesse affatto o fosse solo consuetudinaria (rinvio, su questo argom., al mio saggio introduttivo al vol. di RICHEL, *Lo spirito delle istituzioni...*, *supra cit.* in nt. 73: *Un costituzionalismo di antico regime? Prospettive socio-istituzionali di storia giuridica comparata*, VII-L; al mio saggio introduttivo al vol. di R. MOUSNIER, *La costituzione nello Stato assoluto...*, *supra cit.* in nt. 46: *Critica della ragione 'virtuosa'*. Roland Mousnier: *la civiltà giuridica dello Stato assoluto*, XV-CXXXVI; nonché a *La costituzione fuori del suo tempo...*, *supra cit.* in nt. 29). In realtà, la costituzione di Antico regime non solo esisteva, ma era anche perfettamente scritta; solo che lo era secondo modalità concepite per favorire la mediazione patriarcale della magistratura. La costituzione dello Stato assoluto si trovava nel *mare magnum* dei provvedimenti giurisdizionali, gelosamente conservati negli archivi parlamentari, il possesso dei quali costituiva il vero *dépôt légal* dal quale la magistratura attingeva per redigere i suoi inconfutabili provvedimenti. Da questo punto di vista la Rivoluzione innova non nel produrre una costituzione scritta (poiché scritta lo era già prima), bensì una diversa modalità di scrittura e di pubblicità che aveva come principale scopo l'eliminazione degli *arcana juris*. Va da sé che a questa diversa organizzazione documentale corrisposero contenuti normativi e valori politici radicalmente innovativi, non avendo alcun senso pubblicizzare norme che legittimavano una società chiusa di ordini e di corpi, piuttosto che una società aperta, egualitaria e libera.

⁸¹ Cit. da M. TROPER, *La forza dei precedenti e gli effetti perversi del diritto*, in *Ragion pratica*, 1996/6, 65-75: 68; questo saggio è ora anche in versione francese in IDEM, *La théorie du droit, le droit, l'État*, *supra cit.* in nt. 42, 163-72: 166.

ne, la più pessimistica, potesse immaginare. E della tecnica esegetica si può dire lo stesso di quel che un vecchio adagio predica di medici e avvocati: che è più facile parlarne male che farne a meno.

§11. – *Porte chiuse al Palais*

Da questo punto di vista si può dire che la Rivoluzione francese più che chiudere aprì un gigantesco problema nel campo della vicenda del diritto occidentale, un problema che da allora non ha cessato di essere centrale nell'organizzazione dei poteri e degli assetti istituzionali degli Stati. Tutti i giuristi più sensibili a un diritto funzionale alla civilizzazione statale e all'assetto democratico dei poteri pubblici, i meno abbarbicati alle logiche stantie del formalismo e dei poteri patriarcali, continuano a essere letteralmente abitati dal tema che la Rivoluzione pose, in ordine alla naturale tendenza della funzione giurisdizionale a debordare in potere politico⁸². E ciò malgrado non possa essere ancora chiaro – in assenza finora di un'adeguata tematizzazione euristica da parte della storiografia del diritto – che fu proprio questo il *quid* che maggiormente caratterizzò, a partire dalla sua spinta iniziale, l'evento rivoluzionario.

Eppure di questa ossessione costituente⁸³ in funzione anti-magistratuale abbiamo numerose e incontestabili prove documentali, che dimostrano *per tabulas* come l'intero corso della Rivoluzione fu pervaso e dominato dallo spirito radicalmente ostile alla vecchia magistratura⁸⁴. Rinviando a un lavoro monografico di prossima pubblicazione l'approfondimento specifico su questo cruciale argomento⁸⁵, mi limito qui a segnalare solo un caso particolarmente clamoroso e significativo dal quale emerge con palmare chiarezza a qual punto parossistico fos-

⁸² Cfr., per tutti, IDEM, *Le bon usage des spectres*, *supra cit.* in nt. 42. Per ulteriori considerazioni sul punto, cfr. i miei *La ricerca storica sulla magistratura*, *supra cit.* in nt. 6, note 17 e 93 e testo corrispond.; *Democrazia, statualità e spirito delle istituzioni*, in A. ARIENZO, D. LAZZARICH (a cura di), *Vuoti e scarti di democrazia. Teorie e politiche democratiche nell'era della mondializzazione*, Napoli, Esi, 2012, 359-77. Sulla "civilizzazione statale", cfr. *supra* ntt. 19 e 43.

⁸³ Prendo qui in prestito il titolo del bel libro di R. MARTUCCI, *op. supra cit.*, nt. 51.

⁸⁴ Sul tema della sistemazione dei rapporti tra la sfera giurisdizionale e quella politica nel nuovo corso rivoluzionario, cfr. M. TROPER, *Terminer la Révolution. La constitution de 1795*, Paris, Fayard, 2006 (su cui cfr. il mio saggio-recensione *supra cit.* in nt. 53), che, pur esaminando in dettaglio le differenze tra i vari testi costituzionali che si susseguirono (1989, 1991, 1993 e 1995) e a dispetto delle nette differenze ideologiche che erano sottese a ciascuno di essi, sottolinea come, in tema di potere giudiziario e di rapporti tra giurisdizione e sovranità, la Rivoluzione mantenga una sorprendente coerenza, restando sempre ispirata – in tutti i passaggi politici e nei testi costituzionali successivi – ai valori dell'89, ossia in primo luogo al principio di separazione dei poteri, con la conseguente necessità di creare istituti idonei a impedire lo sconfinamento politico della funzione giurisdizionale.

⁸⁵ F. DI DONATO, *I giuristi e la Rivoluzione francese* (in preparazione).

sero giunti l'odio per i vecchi giuristi e la paura di un loro (peraltro assai improbabile) ritorno in auge.

Siamo nel maggio 1790. La Rivoluzione è in una delle sue fasi cruciali. Finita l'epoca delle demolizioni, si pone il problema di dare alla Nazione un nuovo ordinamento, fondato su una nuova legittimazione della legalità. È il momento del diritto 'positivo', tutto opera della volontà dell'uomo e non più quindi legittimato da Dio⁸⁶. Un provvedimento del 3 novembre 1789 deliberato dall'Assemblea Nazionale – uno dei primissimi atti giuridici che la Rivoluzione si affretta a emanare – decreta la «mise en vacance» dei vecchi parlamenti, stabilendo un divieto assoluto per i magistrati di tutte le *cours supérieures* di riunirsi e di riaprire le porte del *Palais*. Anche visivamente, simbolicamente, il luogo del potere giudiziario-politico esercitato per secoli dai *robins* doveva restare chiuso.

Ma il 23 maggio del '90 – dunque appena sette mesi dopo – un «Extrait du registre de la Bazoche» di Parigi informava il *Comité des Recherches* dell'Assemblea Nazionale⁸⁷ che il giorno della Pentecoste un capitano del popolo «comandante della sesta compagnia», aveva «con sconcerto» osservato «verso le dieci del mattino» che le «grandi porte esterne» del *Palais* erano state prima aperte e poi richiuse «dopo che diversi magistrati vi [era]no entrati»⁸⁸. Si era così «immediatamente sparsa la notizia che le camere si riunivano»⁸⁹ cioè che il vecchio «Parlamento si era straordinariamente ricostituito»⁹⁰, trasgredendo apertamente il divieto posto dal decreto del 3 novembre '89. La notizia aveva avuto l'effetto di un colpo di cannone, determinando un gravissimo allarme generale (si erano subito diffusi dei grandi «*bruits publics*»). Tutti pensavano che fosse estremamente «pericoloso che essi restassero riuniti ancora a lungo» e che questo fatto, attività controrivoluzionaria quant'altre mai, determinasse un *vulnus* senza precedenti allo spirito della Rivoluzione. Immediata e assai energica fu dunque la reazione

⁸⁶ Cfr. M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ, *Du droit de Dieu au droit de l'homme...*, *supra cit.* in nt. 10.

⁸⁷ A quest'organo, costituito – come gli altri *comités* – in seno all'*Assemblée* e formato in larghissima maggioranza da deputati del Terzo stato (di cui una considerevole parte erano avvocati) era stato attribuito il compito di vigilare e reprimere tutte le attività controrivoluzionarie che si organizzavano sul territorio. Per espletare questa funzione esso si serviva di una capillare rete d'informatori, tra cui (come nel caso in questione) gli *officiers* della *bazoche*, i capitani del popolo, ecc... Il fondo archivistico che conserva la copiosa documentazione relativa alle attività del *Comité des Recherches de l'Assemblée Nationale*, si trova presso i nuovi archivi (inaugurati nel febbraio 2013) di Pierrefitte sur Seine, situati nella periferia nord di Parigi ed è classificato nella sotto-serie D XXIX bis, che dispone di un ottimo catalogo, molto ben dettagliato: P. CAILLET, *Comité des Recherches de l'Assemblée Nationale. 1789-1791. Inventaire analytique de la sous-série D XXIX bis*, Paris, Archives Nationales, 1993.

⁸⁸ Archives Nationales de Frances (CARAN), site de Pierrefitte, *Fonds du Comité des Recherches de l'Assemblée Nationale 1789-1791*, sous-série D XXIX bis, carton 6, dossier 81, doc. 18 (prima parte, datato 23 maggio 1790).

⁸⁹ *Ibidem.*

⁹⁰ *Ivi*, doc. 19.

del *Comité des Recherches*, che ordinò seduta stante allo stesso Capitano del popolo di entrare nella sala del *Palais* dove i magistrati si erano riuniti e d'ingiungere loro di sciogliersi immediatamente nel rigoroso rispetto del decreto del 3 novembre.

La risposta non fu meno sorprendente e ci dice molto sul mutamento di clima che la Rivoluzione aveva determinato nei rapporti tra il politico e il giudiziario. I magistrati – che in realtà non erano nemmeno parlamentari, ma in gran parte giudici della *Cour des Aides* – non solo obbedirono immediatamente all'ordine, ma aggiunsero, con ostentata umiltà, che se essi si erano permessi di riunirsi nel *Palais* non era in spregio al suddetto decreto, ma solo perché avevano accompagnato il ministro guardasigilli recatosi al *Palais* per prendere possesso degli archivi giudiziari⁹¹. In tal modo abbiamo, per una sorta di eterogeneità dei fini documentaria, anche una conferma *ex contrario*, nella vicenda rivoluzionaria, di ciò che lo storico del diritto dell'Antico Regime constata di regola osservando la vita giudiziaria e l'ordinario funzionamento del sistema giuspolitico della monarchia 'assoluta': l'importanza cruciale del patrimonio documentario conservato negli archivi parlamentari. Lo si sapeva a tal punto che il guardasigilli della Rivoluzione non aveva tardato a rendersi conto che fin quando non avesse preso possesso personalmente di quel *mare magnum* di documenti, il potere dei parlamenti e dei vecchi *robins* non sarebbe mai stato del tutto sradicato e messo in condizioni di non nuocere.

Questo episodio è di grande importanza, perché di là dal fatto in sé (la «*prétendue assemblée*» parlamentare era chiaramente, come ci dice un documento successivo, datato 31 maggio 1790, ossia quando l'*affaire* si era ormai sgonfiato, «*une pure illusion*»⁹²), ci fa entrare a piè pari nella temperie culturale e più ancora nell'ossessione psicologica (quasi psicotica verrebbe da dire) che i poteri rivoluzionari avevano sviluppato nei confronti della vecchia magistratura. Era chiaramente un nervo scoperto. Ed è chiaro che si tratta del *noyau dur* dell'intera impalcatura ideologica della *Révolution*, una sorta di *contre-rempart* eretto contro la *forma mentis* giuridica fino ad allora egemone.

Non è dunque arbitrario dedurre che il nuovo corso politico avesse come obiettivo primario l'eliminazione del vecchio potere giurisdizionale e l'affermazione di una sovranità politica depurata dalle incrostazioni degli *arcana juris* e della mediazione patriacale dei magistrati. Se questa sia stata un'intuizione virtuosa o un'ingenua illusione lo si può appurare solo attraverso l'osservazione di quanto emerge dalla

⁹¹ *Ivi*, doc. 18 (seconda parte, datato 24 maggio 1790).

⁹² *Ivi*, doc. 19. Nel *ms.* la parola usata in un primo momento è «*fiction*», poi cancellata da uno spesso tratto lineare (che però non ne impedisce la lettura) e sostituita con «*illusion*».

storia successiva. Una storia che, però, è tutt'ora in corso e i cui esiti nessuno può prevedere con certezza. Tuttavia, se la storia non può essere considerata *magistra vitae* nel senso pieno e dogmatico che vi davano tanto i positivisti *prima facie* quanto i successivi idealisti (specialmente italiani), il vissuto, lo sperimentato, l'empirico, può costituire una solida base di riflessione e di ragionamento critico.

Senza farci illusioni che si possa trovare una verità incontrovertibile che preventivamente ci possa indicare il futuro, possiamo nondimeno utilizzare il 'deposito' di conoscenza che solo l'osservazione del passato ci può dare. E se quindi non c'è da sorprendersi di fronte a posizioni che vedono in una nuova mediazione patriarcale dei giudici la salvezza *di o* - viceversa - *da* una statualità giudicata irreversibilmente in crisi⁹³, c'è da obiettare che questa pseudo-soluzione è un *déjà-vu* nella storia del nostro Occidente. Noi già sappiamo che cosa comporta l'affidamento della delega in bianco di legalità a un gruppo di sedicenti esperti-ierocrati, *ayatollah*-custodi di valori supremi alla cui ipostizzazione formale corrisponde poi un contenuto assiologico a geometria (e persino a matematica) variabile. Il prezzo da pagare è troppo elevato. E noi, attraverso la conoscenza storica, lo sappiamo perché lo abbiamo già sperimentato e ne subiamo - specialmente nell'irrisolto "caso italiano" - i disastrosi effetti di lunga durata⁹⁴.

§12. - Dal diritto eterno al diritto utile

Per questo suscita commozione e rispetto una conclusione, antesignana, pionieristica e coraggiosa (il nazismo imperversava), come quella di Ray in questo coerente e compatto saggio, che ha anticipa-

⁹³ Mentre in Italia questa posizione s'identifica con il nucleo della linea interpretativa di P. Grossi (della cui copiosa produzione mi limito qui solo a segnalare tre dei testi più conosciuti e rappresentativi: *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1995; IDEM, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998; IDEM, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007), in Francia, dove costituisce, in un contesto decisamente 'positivistico' e realistico', una vistosa eccezione, si veda la recente posizione espressa da J. POUMARÈDE, *Faut-il élire les juges?*, in J. KRYNEN e J. RAIBAUT (a cura di), *La légitimité des juges, Actes du colloque des 29-30 octobre 2003 - Université de Toulouse I*, Toulouse, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, s.d. [2004], 213-24: 223-4, che si è chiesto se la magistratura non sia ormai l'unico potere capace di giocare «un ruolo essenziale [...] nella produzione di un [nuovo] *ius commune* per il XXI secolo». La mia argomentata critica a questa posizione è nei miei ultimi lavori: *Le gouvernement divisé des juges*, *supra cit.* in nt. 9; *La ricerca storica sulla magistratura supra cit.* in nt. 6. Si veda anche il mio *Il governo diviso dei giudici. Strategie e tecniche della mediazione patriarcale nel mondo contemporaneo*, in E. CATERINI et al. (a cura di), *Costituzione Economia Globalizzazione. Liber amicorum in onore di Carlo Amirante*, Napoli, Esi, 2013, 299-334: 322.

⁹⁴ Si veda, al riguardo, l'impeccabile ricostruzione di R. AJELLO, *Eredità medievali parali giudiziaria. Profilo storico di una patologia italiana*; IDEM, *Dalla magia al patto sociale. Profilo storico dell'esperienza istituzionale e giuridica*, entrambi Napoli, L'Arte Tipografica (coll. "Frontiera d'Europa"), rispettivamente 2009 e 2013.

to molti studi e riflessioni che hanno precisato fatti e concetti prima sconosciuti sul significato della Rivoluzione francese e più in generale sull'assetto giuridico e politico delle società occidentali.

Vi sono, per Ray, due concezioni di fondo che si sono a lungo fronteggiate e che la Rivoluzione ha risolto: quella che fonda il diritto su vaghe formule che i giuristi di volta in volta precisano e concretizzano attraverso la loro mediazione che si trincerano dietro l'inattaccabile dimensione arcana della *Scientia Juris*⁹⁵; e quella – di cui la Rivoluzione segna, appunto, il trionfo – che vede nel diritto un semplice strumento di comunicazione di una volontà politica utile che, come tutte le cose utili, è provvisoria, mutevole (anche se non precaria) ed evolutiva. Per la prima concezione, il diritto cristallizza valori eterni e immutabili veicolati «più o meno implicitamente» da concetti impalpabili e insondabili come “coscienza generale” o “usi permanenti”, che richiedono necessariamente un ulteriore passaggio nell'attività di un interprete (non essendo indispensabile a quest'ultimo un testo a monte esso può anche procedere per intuizioni divinatorie; ma anche disponendo di un testo egli può manipolarlo, sia pure con maggiore difficoltà, inserendolo nell'immenso reticolato normativo di cui dispone). È molto significativo, ancorché sconcertante, che Ray accomuni a questa concezione tanto il pensiero di un Savigny, quanto quello di alcuni giuristi inglesi, dogmatici del *Common Law*, e di tutti quelli del del Terzo Reich. Per la seconda concezione, invece, ciò che è utile oggi può non esserlo in egual misura domani. E perciò la legge, pur nella stabilità che le è propria, deve sempre tener conto dell'evoluzione della società che vuole disciplinare e dei mutamenti della realtà storica. Perciò «l'idea di un diritto fissato nei codici o nelle leggi» resta, almeno come linea tendenziale, quella più capace di evitare il gravissimo rischio, il più letale per la civiltà giuridica, dell'«arbitrio» e del «disordine». Gli stessi «diritti consuetudinari» subiscono una inarrestabile evoluzione «verso la redazione degli usi»; e quanto al diritto giurisprudenziale⁹⁶, le sentenze tendono a loro volta a essere 'codificate' in raccolte più o meno ufficiali mentre «la loro sostanza è ridotta in dottrine dai giuristi»⁹⁷.

La Rivoluzione si fece interprete di questa ineludibile, duplice necessità: dare una certezza, controllabile da chiunque, al diritto; e annientare la mediazione patriarcale dei giureconsulti. Di qui la sua enfasi sul concetto di «legge». Tutto questo compose un quadro storico non sempre lineare – nessun processo della vicenda umana lo è –, ma

⁹⁵ Cfr. R. WIETHOLTER, *Rechtswissenschaft*, Frankfurt-Hamburg, Fischer, 1968, trad. it. *Le formule magiche della scienza giuridica*, Roma-Bari, Laterza, 1975.

⁹⁶ Sul quale resta insuperata l'analisi di L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1967 (ristampa inalterata 1975).

⁹⁷ J. RAY, *La Rivoluzione francese e il pensiero giuridico*, *supra cit.*, nt. 52, testo in prossimità della nt. 75.

orientato a raggiungere uno scopo ben preciso, che solo la distorsione ideologica e la lettura messianica della storia hanno potuto occultare⁹⁸. Nessuna ricostruzione del fenomeno rivoluzionario ha così posto in luce il fondamentale ruolo dei giuristi e le basilari distinzioni che vanno fatte all'interno del ceto giuridico (ad esempio tra esponenti della vecchia magistratura e nuovi avvocati-politici desiderosi di abbattere lo strapotere dei primi). Il compito di una storiografia più sobria e disincantata, attenta tanto ai fatti istituzionali quanto alle mentalità sociali e agli obiettivi ideali che la cultura designa dinanzi ai protagonisti di una determinata stagione, è prima di tutto quello di descrivere – distinguendone i piani – gl'intenti programmatici e le relazioni e realizzazioni effettive di quei protagonisti stessi⁹⁹. Seguendo questo intento metodologico e cercando le risposte documentarie sulla base di queste *questions préalables*, i risultati arrivano copiosi e confermano appieno la diagnosi di Ray, approfondendone e precisandone aspetti essenziali. Nel porre l'accento sull'atto legislativo, perno del nuovo assetto politico e istituzionale, la Rivoluzione realizzava il suo principale intento: farla finita con l'ingerenza politica della magistratura.

Dalla durata di questo sentimento politico, che accompagnò tutta la parabola rivoluzionaria alimentando anche la stagione del consolato e dell'impero, si può dedurre facilmente che fu questo il *Leit-motiv* che animò l'energia radicalmente riformatrice dei protagonisti di quella straordinaria stagione che – come ha scritto François Furet – continua a essere ancor oggi il nostro orizzonte di senso, mobilitando «una durevole capacità d'identificazione politica e religiosa»¹⁰⁰.

Abstract

To understand how the French Revolution has changed the concept of “written law”, understood as the key event in the history of Western law, we must start by the legal and institutional order. In the so-called “absolute monarchy”, which was absolute only in the doctrines devised by the heralds of the

⁹⁸ Cfr. F. FURET, *Le passé d'une illusion. Essai sur l'idée communiste au XX^e siècle*, Paris, Laffont/Calmann-Lévy, 1995, trad. it. a cura di M. VALENSISE, *Il passato di un'illusione. L'idea comunista nel XX secolo*, Milano, Mondadori, 1995.

⁹⁹ Sul concetto, di chiara derivazione machiavelliano-weberiana, di «relazioni effettive», cfr. R. MOUSNIER, *La costituzione nello Stato assoluto...*, *supra cit.* in nt. 46, 5, 7 e 153.

¹⁰⁰ F. FURET, *Critica della Rivoluzione francese*, *supra cit.*, nt. 35, 5. Si può ripetere quasi alla lettera per la storiografia del diritto quanto questo insigne Maestro degli studi storici scrisse riguardo alla «fedeltà al vissuto rivoluzionario» degli storici marxisti: fin quando mancherà una storia giuridica della Rivoluzione che sappia prendere coscienza critica del problema fondamentale che abitò le menti degli attori e dei protagonisti di quella straordinaria stagione della vicenda umana (ivi, 18-9), non potrà emergere il vero valore di quel fondamentale evento decisivo per il destino della democrazia e della statualità. Ritengo sia ormai giunto il tempo in cui questa nuova storia può finalmente essere scritta.

thèse *royaliste*, whereas in fact it was in many ways a regime in which power was widely negotiated, the judiciary had a considerable political and often decisive weight, both in the moment of creation of the law as in its application. The magistrates of *parlements*, courts that called themselves “sovereign”, did not give reasons for their decisions thus transforming their verdicts into political decisions. Rousseau’s thought was the cultural and theoretical turning point that changed this situation. He was the first to understand that criticizing the absolute monarchy as such could not produce any significant change in political institutions, and that to achieve a truly revolutionary breakthrough, it was necessary to attack the *arcana juris* and the patriarchal mediation of the magistrates sitting in the *parlements*. His thought, bolder than the other Enlightenment *philosophes* and aiming (as he himself said) not only to understand but also to change the world, laid the foundations to overcome the obstacle represented by the political jurisdiction by affirming the value of transparency of all powers. The innovative core of the French Revolution lays in this intuition. The primary intention of the Revolution was to throw off the yoke of the old *parlement* and to prevent the political use of justice. To achieve this goal it was necessary a profound change of the concept of “written law” which became the legal instrument to assert a political sovereignty finally purified from the interference of the judiciary.

Saggi

BIAGIO DE GIOVANNI, *Sovranità: il labirinto europeo*
CHARLES LEBEN, *Diritto, etica e religione nel Giudaismo*
GIULIANA STELLA, *Hugo Krabbe e la sovranità del diritto*
ALJS VIGNUDELLI, *Valori fuori controllo? Per un'analisi costi/benefici d'un topos della letteratura costituzionalistica contemporanea*

Materiali

AGOSTINO CARRINO, *Erich Kaufmann critico di Weimar*
ERICH KAUFMANN, *L'uguaglianza dinanzi alla legge ai sensi dell'art. 109 della Costituzione del Reich*
HANS Kelsen, *Diritto e potere*
FEDERICO PEDRINI, *Colloquio su Filosofia e (Scienza del) Diritto. Intervista al Prof. Emanuele Severino (8 giugno 2013)*
FRANCESCO DI DONATO, *La trasparenza contro l'ostacolo*
JEAN RAY, *La Rivoluzione francese e il pensiero giuridico*

Note e Discussioni

ANTONINO SCALONE, *Kelsen lettore di Platone*
LUCA VESPIGNANI, *Il mutaforma criterio della ragionevolezza*

Biblioteca

AGOSTINO CARRINO, *Hugo Preuß dalla Costituzione bismarckiana alla Weimarer Reichsverfassung*
ANTONIO RIVIEZZO, *Scommettere sulle libertà contro la "reductio ad Hitlerum": lo Stato costituzionale moderno*

Riferimenti bibliografici