

FRANCESCO DI DONATO

LA METAMORFOSI DELL'ORDINE LEGALE
MORTE E TRASFIGURAZIONE DEL COSTITUZIONALISMO
IN FRANCIA DA LE PAIGE A MABLY

Estratto da:

FRONTIERA D'EUROPA

società • economia • istituzioni • diritto
del Mezzogiorno d'Italia

Rivista storica semestrale 1997 n. 2



Edizioni Scientifiche Italiane

FRANCESCO DI DONATO

LA METAMORFOSI DELL'ORDINE LEGALE
MORTE E TRASFIGURAZIONE DEL COSTITUZIONALISMO
IN FRANCIA DA LE PAIGE A MABLY*

[Il caleidoscopio delle situazioni socioistituzionali d'Europa presenta un'estrema varietà che è il maggior segno di ricchezza culturale del Vecchio Continente. È proprio questa irriducibile diversità di fenomeni ciò che dà senso e significato complesso alla multiforme storia europea. In questo quadro l'analogia tra Parigi e Napoli è evidente. Tra i due contesti sociali si assiste a un'identità di tendenze che, diversamente da quanto ipotizzò Giannone, non fu imposta dalle origini angioine di tante forme di vita del Mezzogiorno ma dipese da altri fattori, tra i quali in primo luogo la «mostruosità» delle due grandi capitali, poste a primeggiare sulle province, due corpi esili o che tali apparvero a Fénelon al confronto di quelle teste smisurate. Il saggio sviluppa un tema centrale di queste due storie parallele: gli ordini costituzionali vigenti durante l'Antico Regime a Napoli e a Parigi. E ne coglie l'evolversi da una forma da lungo tempo resistente, consolidata e matura, ad un'altra in gestazione. Il cambiamento fu uno dei travagli più significativi della storia moderna d'Europa.]

1. I 'togati' nelle grandi monarchie d'Europa

L'analisi delle strutture fondamentali dell'ideologia giuridica di *Ancien Régime* costituisce un capitolo inedito della vicenda dello Stato moderno, benché nella storiografia degli ultimi anni appaia con sempre maggiore decisione un grande interesse per una tematica che mostra ramificazioni nella storia delle dottrine e delle istituzioni po-

* Questo saggio è stato pubblicato, in una versione più ridotta ed in francese, in «Annales», n. 4/1997, pp. 821-52, con il titolo: *Constitutionnalisme et idéologie de robe - L'évolution de la théorie juridico-politique de Murard et Le Paige à Chanlaire et Mably*. Ringrazio la direzione della rivista, ed in particolare Jean-Yves Grenier, per l'autorizzazione alla pubblicazione in Italia. Dedico il lavoro a Robert Descimon, cui mi legano, ormai da molti anni, un'amicizia profonda e un'intensa affinità intellettuale.

litiche, nella sociologia storica e nella storia del diritto comparato europeo-continentale¹.

I principali aspetti della complessa *forma mentis* che caratterizzava gli esponenti di vertice della magistratura sono stati da tempo messi a fuoco da una letteratura oramai piú che consolidata, specie per alcuni paesi, come la Francia, la Spagna e il regno di Napoli. Tuttavia, ampi margini di approfondimento si offrono alla ricerca, soprattutto per ricostruire i tratti comuni tra i *milieux judiciaires* dei paesi di cultura e di tradizione giuridica affini. Già ad una prima analisi emergono profondi legami tra giuristi appartenenti a diversi ambiti nazionali, legami che non assumono una veste solo genericamente 'culturale', ma si estendono a precise recezioni di modelli giurisprudenziali ed istituzionali. Il «ministero togato» napoletano, per esempio, ebbe per tutta l'Età moderna intensi rapporti con la *robe* francese e con i *letrados* spagnoli, ossia con la cultura giuridica, le dottrine politiche e la giurisprudenza dei paesi che venivano considerati da un diffuso consenso, a Napoli e negli altri Stati italiani, come le realtà nazionali piú avanzate d'Europa². È naturale perciò chiedersi

¹ Ai celebri lavori di R. MOUSNIER, spec. *Les institutions de la France sous la monarchie absolue*, 2 voll., PUF, Paris 1974-1980, densi di spunti e d'indicazioni di primaria importanza, sono venuti aggiungendosi una quantità di lavori di cui si può dare qui solo una sintesi sommaria, limitando le citazioni ad alcune opere piú recenti da cui è possibile trarre delle suggestioni non occasionali: D. RICHER, *La France moderne: l'esprit des institutions*, Flammarion, Paris 1991² (1ª ediz. 1973), tr. it. a cura di F. Di Donato, *Lo spirito delle istituzioni - Esperienze costituzionali nella Francia moderna*, Laterza, Roma 1998; M. TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, LGDJ, Paris 1980; R. DESCIMON, A. GUERY, *Un Etat des temps modernes?*, in AA.VV., *Histoire de la France*, dir. da A. Burguière e J. Revel, II, a c. di J. Le Goff, Seuil, Paris 1989; O. BEAUD, *La puissance de l'Etat*, PUF, Paris 1994; M. SENELLART, *Les arts de gouverner - Du regimen médiéval au concept de gouvernement*, Seuil, Paris 1995; J. SWANN, *Politics and the Parlement of Paris under Louis XV, 1754-1774*, Cambridge Univ. Press, Cambridge 1995.

² Cfr., per la Spagna, J. M. PELORSON, *Les 'Letrados' - Juristes castillans sous Philippe III. Recherches sur leur place dans la société, la culture et l'Etat*, Université de Poitiers, s.l. [Le Puy-en-Velay] 1980; per il Portogallo gli studi di A. M. HESPANHA (in particolare *As vésperas do Leviathan - Instituições e Poder Político. Portugal. Sec. XVII*, 2 voll., Artes Gráficas Jorge Castilho, s.l. 1986), e, piú di recente, J.-F. SCHAUB, *La vice-royauté espagnole au Portugal au temps du comte-duc d'Oliveres (1621-1640) - Le conflit de juridiction comme exercice de la politique*, 2 voll., thèse

qual sorte fu riservata, negli anni che precedettero la fine dell'*Ancien Régime*, alle idee che avevano costituito il nucleo fondamentale di quel legame. In che misura esse furono recepite nel dibattito in corso e quale fu la loro traduzione effettiva nella realtà socio-istituzionale?

Per verificare quale esito ebbe un'esperienza che era stata, sul piano della creatività dottrinale, tanto ricca e feconda ai suoi tempi occorre partire da un rapido confronto tra gli indirizzi teorici che avevano caratterizzato le più significative posizioni assunte dai giuristi che per comodità definiremo 'tradizionali' o 'classici' e l'orientamento di fondo del pensiero giuridico-politico che venne affermandosi nel periodo immediatamente successivo all'ultima impennata dell'ideologia giuridica prima della Rivoluzione, ossia — come confermano le più recenti ricerche — a partire dalla metà degli anni Sessanta³.

Si è avuto modo di constatare in altra sede come nell'elaborazione di un grande giurista della Napoli settecentesca, Niccolò Fraggianni, fosse ricorrente la preoccupazione di affermare l'insostituibilità del ruolo della magistratura intesa come architrave non solo della struttura istituzionale dello Stato assoluto ma dell'intero sistema assiologico della società di antico regime⁴. Questo dato rappresenta un indice sufficientemente chiaro che, in realtà, ciò che interessava il

sostenuta all'E.H.E.S.S., 4 apr. 1995; per la germania i lavori curati da E. HINRICHS (in particolare *Absolutismus*, Suhrkamp, Frankfurt am M. 1986; *Alteuropa - Ancien Régime - Frühe Neuzeit - Probleme und Methoden der Forschung*, Frommann-Holzboog, Stuttgart 1991); per l'Italia la vasta attività di ricerca compiuta da R. AJELLO (di cui cfr. spec. gli ultimi lavori: *Il problema storico del Mezzogiorno - L'anomalia socioistituzionale napoletana dal Cinquecento al Settecento*, Jovene, Napoli 1994; e *Una società anomala, 1542-1734*, Fridericiana Historia, Univ. di Napoli 1995) e dalla sua *équipe* (A. Cernigliaro, A. De Martino, R. Feola, G. Alessi, P.L. Rovito, O. Abbamonte, F. Cammisa, D. Luongo, M. Miletti, R. Pilati, I. Ascione, F. Mastroberti) i cui saggi confluiscono ora spesso in questa stessa rivista. In termini di prospettiva comparata, cfr. J. M. GARCIA MARÍN, *La ideologia della città nelle sue élites di governo - Spagna e Italia nei secoli XVI-XVII*, in «Archivio Storico per le Province Napoletane», CXI, 1993, pp. 107-30.

³ Cfr. M. LEVINGER, *La rhétorique protestataire du Parlement de Rouen (1753-1763)*, «Annales E.S.C.», n. 3, 1990, pp. 589-613.

⁴ F. DI DONATO, *Esperienza e ideologia ministeriale nella crisi dell'Ancien Régime - Niccolò Fraggianni tra diritto, istituzioni e politica (1725-1763)*, 2 voll., Jovene, Napoli 1996.

vertice del ministero togato era la formulazione di idee giuridico-politiche che potessero costituire un *plafond* comune per la magistratura in quanto tale, ossia come corpo cui venivano attribuite una serie di specifiche funzioni all'interno dell'apparato statale. Fraggianni (1686-1763) si preoccupò per tutto il corso della sua vita attiva – tra gli anni '20 e l'inizio degli anni '60 del Settecento – di articolare dei punti di orientamento ideali, la cui validità potesse essere riconosciuta in ogni realtà socioistituzionale e restasse al riparo dai venti polemici che il dibattito dell'epoca scaraventava sugli organi di governo, sulla loro struttura e sugli ordinamenti giuridici interni, sulla loro funzionalità e sulla classe dirigente che li governava.

Nel momento in cui iniziavano ad avvertirsi i segnali più consistenti del processo autocritico della *civilisation de l'Europe des Lumières* e una fascia crescente della cultura europea sembrava accentuare le tendenze di 'fuga' verso l'utopia⁵ o in direzione di miti atavici⁶, di

⁵ Cfr. B. BACZKO, *Lumières et utopie - Problèmes de recherche*, in «Annales E.S.C.», XXVI, 1971, pp. 355-86; e, più diffusamente, Id., *Lumières de l'utopie*, Payot, Paris 1978, spec. il cap. IV, pp. 151-232; di quest'opera cfr. la tr. it. *L'utopia - Immaginazione sociale e rappresentazioni utopiche nell'età dell'Illuminismo*, Einaudi, Torino 1979; R. TROUSSON, *Voyages aux pays de nulle part - Histoire littéraire de la pensée utopique*, Editions de l'Université, Bruxelles 1975, spec. pp. 119-81.

⁶ Ad esempio, il mito del buon selvaggio, l'interesse per le civiltà pre-cristiane e alternative (in part. quelle egizia ed araba), o l'ammirazione per le culture del tutto immuni da influenze europee (soprattutto quella cino-confuciana, che seduceva, con il suo «ateismo positivo», tutti coloro che auspicavano «l'avvento di un ordine nuovo»): cfr. P. HAZARD, *La crise de la conscience européenne*, Boivin, Paris 1935, tr. it. *La crisi della coscienza europea*, a c. di P. Serini, Il Saggiatore, Milano 1983², pp. 30-5 e 42-3; cenni anche in R. MORO, *Il tempo dei Signori - Mentalità, ideologia, dottrine della nobiltà francese di Antico Regime*, Savelli, Milano 1981, p. 220. Sull'influenza del mito del buon selvaggio e dei miti orientali nella cultura giuridica italiana e particolarmente nel regno di Napoli, cfr. rispettivamente R. AJELLO, *Legislazione e crisi del diritto comune nel regno di Napoli - Il tentativo di codificazione carolino*, in AA.VV., *Saggi e ricerche sul Settecento*, Istituto italiano per gli studi storici, Napoli 1968, pp. 172-223, ora in Id., *Arcana juris - Diritto e politica nel Settecento italiano*, Jovene, Napoli 1976, p. 86; Id., *La vita politica napoletana sotto Carlo di Borbone*, in AA.VV., *Storia di Napoli*, VII, Sesn, s.l. [Napoli] 1972, pp. 459-717 e 961-984, spec. pp. 712-3: «Il mito della cultura asiatica, specialmente cinese, riproduceva l'azione corrosiva che aveva già avuto il mito del buon selvaggio, contro le persistenti pretese di esclusività o di primato della civiltà classica ed umanistica italiana».

origine rinascimentale⁷ o di nuova formazione⁸, le sue riflessioni intesero riaffermare il valore della «civiltà»⁹ e il realismo della

⁷ Sulle origini dei miti atavici, cfr. R. ROMEO, *Le scoperte americane nella coscienza italiana del Cinquecento*, Ricciardi, Milano-Napoli 1954, pp. 56-62 e *passim*; E. GARIN, *Alla scoperta del «diverso»: i selvaggi americani e i saggi cinesi*, in «Quaderno», 2, Firenze 1971, pp. 27-52, poi in Id., *Rinascite e rivoluzioni - Movimenti culturali dal XIV al XVIII secolo*, Laterza, Bari 1975, ora ripubbl. da Mondadori (Oscar), Milano 1992, pp. 327-62; S. LANDUCCI, *I filosofi e i selvaggi*, Laterza, Bari 1972; cfr., inoltre, S. MORAVIA, *La scienza dell'uomo nel Settecento*, Laterza, Bari 1970, pp. 130-7, 223-72 e *passim*; G. GLIOZZI, *Il mito del «buon selvaggio» nella storiografia fra Otto e Novecento*, in «Rivista di filosofia», LVIII, 1967, pp. 288-335; Id., *La scoperta dei selvaggi - Antropologia e colonialismo da Colombo a Diderot*, Principato, Milano 1972; Id., *Adamo e il Nuovo Mondo - La nascita dell'antropologia come ideologia coloniale: dalle genealogie bibliche alle teorie razziali*, La Nuova Italia, Firenze 1977; R.L. MEEK, *Social Science and the Ignoble Savage*, Cambridge Univ. Press, Cambridge 1976, tr. it. *Il cattivo selvaggio*, Il Saggiatore, Milano 1981; A. PAGDEN, *The fall of natural man. The American Indian and the origins of comparative ethnology*, Cambridge Univ. Press, Cambridge 1982, tr. it. *La caduta dell'uomo naturale - L'indiano d'America e le origini dell'etnologia comparata*, Einaudi, Torino 1989. Sul mito del «buon selvaggio» americano nell'Italia del XVIII secolo, restano suggestive le pp. di E. SESTAN, *Europa settecentesca ed altri saggi*, Ricciardi, Milano-Napoli 1951, pp. 135-43. Ricca di originali spunti è anche la *thèse* di M. SANTORO, *Le temps des maîtres - Mythes, mentalités, idéologies, doctrines pour une histoire de l'imaginaire politique colonial d'ancien régime*, sostenuta all'E.H.E.S.S. il 14 marzo 1994 ed ora in corso di pubblicazione (in tr. it. presso l'editore F. Angeli).

⁸ Basti qui ricordare il ben noto *affaire* dei *cacouacs*, un immaginario popolo di «selvaggi» descritto da Odet Giry de Saint-Cyr e da Moreau nel suo *Mémoire sur l'histoire des Cacouacs*; entrambi utilizzarono la *fable* per polemizzare ironicamente contro gli enciclopedisti, colpevoli di aver teorizzato una (falsa) società senza rispetto per «aucune liaison»: F. DIAZ, *Filosofia e politica nel Settecento francese*, Einaudi, Torino 1962, cap. III ed in part. le pp. 137-8 e 156-8, che definisce la tesi di Moreau come «una disinvolta teoria di diritto coloniale» espressa in un «libello» d'«indubbia efficacia» che ebbe il valore di una «messa a punto ideologica» della «propaganda conformista» e di una vera e propria «resa di conti con la *côterie philosophique*»; cfr. anche D. GEMBICKI, *Histoire et politique à la fin de l'ancien régime - Jacob-Nicolas Moreau. 1717-1803*, Nizet, Paris 1979, pp. 71-84.

⁹ Sul tema della «civiltà», elemento di decisiva portata nello studio delle strutture antropo-etnologiche delle società occidentali europee, si è sviluppato negli ultimi decenni un animato confronto interdisciplinare che ha avuto il suo epicentro soprattutto in Francia: cfr. P. CHAUNU, *La civilisation de l'Europe classique*, Arthaud, Paris 1966; Id., *La civilisation de l'Europe des Lumières*, Arthaud, Paris 1971, tr. it. *La civiltà dell'Europa dei Lumi*, Il Mulino, Bologna 1987; F. BRAUDEL,

«civiltà» del diritto, attraverso la difesa serrata del modello occidentale-europeo imperniato sulla determinante funzione di legame sociale attribuita alla «lex» e sulla solidità delle strutture istituzionali chiamate a formularla e ad applicarla¹⁰.

In realtà, Fraggianni traeva molte delle proprie convinzioni dal pensiero dominante nel *milieu parlementaire* francese, che negli anni cinquanta del XVIII secolo era sotto l'influenza delle teorie giurpolitiche di Montesquieu e di Louis-Adrien Le Paige¹¹.

Civilisation matérielle, économie et capitalisme (XV^e-XVIII^e siècle), Colin, Paris 1967 (2^a ed. 1979), tr. it. a c. di C. Vivanti e E. De Angeli, 3 voll. *Civiltà materiale, economia e capitalismo (secoli XV-XVIII)*. I. *Le strutture del quotidiano*. II. *I giochi dello scambio*. III. *I tempi del mondo*, Einaudi, Torino 1981-82; A. SOBOUL, *La civilisation et la Révolution française*, 3 voll., spec. I, *La crise de l'Ancien Régime*, Arthaud, Paris 1970, in part. le pp. 18-9 e 241-51. Sotto il profilo del dibattito filosofico, cfr. N. ELIAS, *Über den prozess der Zivilisation*, Suhrkamp, Frankfurt 1969, tr. it. *Il processo di civilizzazione*, Il Mulino, Bologna 1982, *passim*. Il tema ha cominciato solo da pochi anni a fare capolino negli studi storici italiani per l'importanza che si riconosce all'impostazione interdisciplinare anche in sede di ricostruzione dei fenomeni istituzionali e giuridici: come esempio significativo di tale tendenza si veda il vol. AA.VV., *Storia sociale e dimensione giuridica - Strumenti d'indagine e ipotesi di lavoro*, Atti dell'incontro di studio, Firenze 26-27 apr. 1985, a c. di P. Grossi, Giuffrè, Milano 1986. Secondo l'originale interpretazione di MORO, *op. cit. sup.* in nt. 6, p. 134 e *passim*, nella società (francese) di antico regime la «civilizzazione» è soprattutto una «*civilisation aristocratique* che convive e si sviluppa insieme alla civiltà dei lumi».

¹⁰ Sul valore 'civile' della «lex», unico strumento capace «de faire voir à l'homme [les] desordres» causati dalla sua «conduite dereglée», comparabile solo «avec la regularité des bêtes», cfr. N. FRAGGIANNI, *Promptuarium Excerptorum* (= Biblioteca Nazionale, Napoli, ms. I.D.58), c. 34r. Per Fraggianni il maggior pregio della società organizzata secondo regole giuridiche era il fatto che essa permetteva di «apprendre son devoir» all'interno di massime di esperienza capaci di tendere alla giustizia. Al di fuori della *civilisation juridique* vi era infatti solo «l'école des animaux» in cui s'imparava «à soumettre le droit à la force» (*ibid.*) ed a vivere come «bruti, senza famiglia, senza società, senza amore, senza pietà» (ivi, c. 34v); l'uomo, invece, «è il modello della organizzazione per alloggiarvi un'Anima» (*ibid.*). Peraltro anche sul mondo animale Fraggianni non rinuncia ad esercitare il suo scetticismo: «En verité les actions des bêtes sont peut-être un des plus profond abîmes sur quoi notre raison se puisse exercer, et je suis surpris que si peu de gens s'en aperçoivent» (*ibid.*).

¹¹ Cfr. A. COCATRE-ZILGIEN, *Les doctrines politiques des milieux parlementaires dans la seconde moitié du XVIII^e siècle ou les avocats dans la bataille idéologique*

Reagendo all'improvvisa accelerazione emotiva creata dal nuovo clima culturale¹² diffusi in tutti gli strati colti della società con accesi dibattiti fra intellettuali di diversa provenienza¹³ che rimettevano in discussione la stessa validità della forma-Stato e della convivenza politica organizzata secondo la fisionomia della «misura» e dell'«or-

prérévolutionnaire, «Annales de la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Lille», 1963, pp. 29-154; D. VAN KLEY, *The Jansenists and the Expulsion of the Jesuits from France 1757-1765*, Yale Univ. Press, New Haven and London 1975; ID., *The Damiens Affair and the Unraveling of the 'Ancien Régime' 1750-1770*, Princeton Univ. Press, Princeton (N.J.) 1984; J. M. G. ROGISTER, *Louis XV and the Parlement of Paris, 1737-1755*, Cambridge Univ. Press, Cambridge 1995; da ultimi SWANN, *Politics*, cit. *sup.* in nt. 1, *ad indicem*; A. ALIMENTO, *Riforme fiscali e crisi politiche nella Francia di Luigi XV. Dalla "taille tarifée" al catasto generale*, Olschki, Firenze s.d. [1995].

¹² Proprio in quei decisivi anni di metà secolo, la cultura delle *Lumières* veniva percorsa dalla trasformazione che l'avrebbe condotta verso l'inasprimento delle idee ereditate dal positivismo critico e dalla rivoluzione scientifica. Fondata su un'interpretazione 'naturalistica' del cartesianismo (complessità della natura e incertezza delle scienze), quella linea teoretica aveva caratterizzato la parte più vitale della modernità, correggendo con il suo realismo empiristico le «tendenze idealistiche e spiritualistiche» di origine medievale. In quel momento (tra il 1748 ed il 1770, ossia tra l'*Esprit des Lois* e il *Système de la nature*, secondo la periodizzazione di P. VERNIÈRE, *Peut-on parler d'une crise de la conscience européenne?*, in AA.VV., *L'età dei Lumi - Studi storici sul Settecento europeo in onore di Franco Venturi*, 2 voll. a c. di R. Ajello, L. Guerci, G. Ricuperati, Jovene, Napoli 1985, I, pp. 57-78 spec. p. 76), «il pensiero europeo, per effetto di un generale mutamento di 'tono' che fu evidente già nei primi decenni del Settecento, subì una graduale e significativa metamorfosi interna, perse i suoi caratteri pessimistici e solitari, si aprì al *bonheur*, e poi ad una sua versione sempre più intersoggettiva»; conseguenza non marginale di questa svolta fu la difesa del diritto e della giurisprudenza, assunti sorprendentemente da una parte considerevole della cultura illuministica (per esempio, da Voltaire) come indispensabili strumenti del rinnovamento generale della società: cfr. R. AJELLO, *L'estasi della ragione - Dall'Illuminismo all'Idealismo*, in ID., *Formalismo medievale e moderno*, Jovene, Napoli 1990, pp. 37-184 (il saggio è pubbl. anche in AA.VV., *Gaetano Filangieri e l'Illuminismo europeo*, Atti dell'omonimo convegno, Vico Equense 14-16 ott. 1982, a c. di L. d'Alessandro, Guida, Napoli 1991, pp. 13-145), rispett. pp. 79, 92 e 100; la storia della «svolta», le sue ragioni di fondo e i percorsi interni del pensiero illuministico fino allo sbocco romantico, sono descritti ivi alle pp. 66-104.

¹³ Cfr. HAZARD, *La crisi*, cit. *sup.* in nt. 6, p. 30: «L'importanza del Buon Selvaggio» non era nuova, ma tra la fine del Seicento e l'inizio del Settecento quel mito «assume definitivamente la propria forma e diventa aggressivo».

dine»¹⁴, i giuristi prendevano posizione tra le opposte tendenze incuneando, nel variegato «gioco delle opinioni», la mediazione scientifico-patriarcale tra *opinio* e *veritas*¹⁵. Elevando la prima alla seconda attraverso un procedimento 'arcano', refrattario ad ogni controllo esterno al proprio ambito, la nobiltà di toga ritagliava per sé uno spazio di sicurezza situandosi al di fuori della dialettica istituzionale e dei conflitti socioculturali¹⁶ e tentando di contrapporre un argine difensivo, che era ideologico prima che politico, al fenomeno di scardinamento delle vecchie certezze¹⁷. Negli anni in cui l'intero corpo della società di *Ancien Régime* veniva attraversato da una critica severa e radicale che per la prima volta si convertiva anche in una spinta al

¹⁴ L'interpretazione circa la struttura intrinseca della società occidentale durante l'Età moderna (soprattutto a cavallo tra i secoli XVI e XVII) come elemento complesso («*episteme*») rispondente, tra l'altro, a «una scienza universale dell'ordine» è dovuta, com'è noto, a M. FOUCAULT, *Les mots et les choses*, Gallimard, Paris 1966, tr. it. *Le parole e le cose - Un'archeologia delle scienze umane*, Rizzoli, Milano 1985⁴, p. 73.

¹⁵ Ivi, p. 71: l'A. attribuisce al cartesianismo un ruolo trainante, anche se non esclusivo, nel processo di separazione tra il gioco delle opinioni degli eruditi (storia) e il progetto di «matematizzazione dell'empirico» (scienza). In questa grande metamorfosi del sapere occidentale, rappresentabile con il passaggio dalla «gerarchia analogica» all'«analisi» critica, ovvero con la sovrapposizione di una «semiologia» delle forme ad un'«ermeneutica» del testo, i giuristi cercavano di restare immuni dai venti di rinnovamento, ponendosi al di sopra del tempo e della storia, configurandosi come custodi della verità incorruttibile, che solo attraverso una scienza – come quella giuridica – nutrita simultaneamente da intuizione metafisica e razionalità dispiegata, poteva essere acquisita.

¹⁶ A giudizio di MORO, *op. cit. sup.* in nt. 6, p. 250, questo «processo mentale di lunga durata che allontana due culture, che oppone civiltà e cultura, civilizzato e selvaggio, cultura scritta e cultura orale», e che, in ultima analisi, rappresenta «il sintomo di un distanziamento irreversibile tra signori e contadini, di una definitiva rottura dello spazio e del tempo della civiltà rurale», fu possibile solo in seguito agli approdi raggiunti con l'opera di Boulainvilliers (su cui cfr. *infra*, pp. 37-8).

¹⁷ Cfr. AJELLO, *L'estasi*, cit. *sup.* in nt. 12, p. 101: «La società e il diritto avevano riconquistato il primo posto dopo la metà del Settecento, e si avviavano a costituire il fondamento di nuove sintesi teoretiche e politiche». È appena il caso di precisare che le idee antiriformiste maturate nell'ambito del ministero togato (ad esempio in un Fraggianni) s'inseriscono proprio in questo clima generale di *revanche* della *scientia juris*, contribuendo, a loro volta, a rafforzarne le ragioni di fondo.

cambiamento delle strutture giuridiche e delle forme istituzionali¹⁸, il patrimonio di strumenti giurisprudenziali ed esegetici che per secoli avevano assicurato – anche al prezzo dell'arbitrio – la certezza del diritto (o, almeno, la certezza *possibile*), gettando un ponte tra la pluralità delle fonti di produzione e gli aggiustamenti pragmatici cui si ricorreva di continuo, sembrava improvvisamente disperdersi, imboccando una direzione senza ritorno¹⁹. Un modello di *ordo juris*, in crisi da tempo, si avviava alla sua definitiva eclissi senza che si affacciasse un'ipotesi alternativa praticabile.

Di fronte all'incalzare di tali tendenze, la risposta dei corpi giudiziari (tanto il *milieu parlementaire* guidato da Le Paige quanto il ministero togato napoletano di cui la posizione di Fraggianni costituisce l'esempio più autorevole e rappresentativo) può riassumersi tutta nel tentativo di articolare un discorso giuridicamente plausibile e politicamente attuabile da contrapporre alle tematiche sollevate dal pensiero moderno, collocandosi tuttavia in una dimensione programmatica che non ne respingeva indistintamente ogni aspetto, ma mirava a tenere separato il piano della dialettica ideale e politica da quello della stabilità e del prestigio delle istituzioni.

Gli esempi di Le Paige (in Francia) e di Fraggianni (nel regno di Napoli) mostrano bene come, ricorrendo più al fiuto politico e alla perspicacia filosofica *lato sensu* che al rigore giuridico, i giuristi sette-

¹⁸ Ivi, p. 104: una volta compiuta l'opzione di Rousseau per l'*istinto* del singolo verso la moltitudine, e risolta la crisi di Diderot nel senso del primato assegnato all'*esprit de société*, «'il mondo dei lumi' si era ormai trasformato», dirigendosi verso una netta prevalenza del 'principio della *sociabilité*', intesa quale fonte di tutte le norme sociali, e quindi aprendo larghi spiragli verso la tendenza a modificare gli assetti esistenti invece di privilegiare l'osservazione dei meccanismi che ne spiegavano la dinamica interna.

¹⁹ Com'è noto nell'ordinamento di Antico Regime il fenomeno della pluralità delle fonti si verificava per effetto della concorrenza fra diversi sistemi normativi in vigore, donde la scarsa chiarezza delle disposizioni applicabili alle specifiche fattispecie; il caotico sistema del diritto comune, tuttavia, tornava di estrema utilità ai giuristi pratici; sul punto cfr. A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa - 1. Le fonti e il pensiero giuridico*, Giuffrè, Milano 1982, *passim*, ma spec. pp. 201-13, 225-7 e 309; R. AJELLO, *Origini e condizioni dell'attualità giuridica - Ideologie dei magistrati e poteri dei legali nella dialettica dell'esperienza storica*, Jovene, Napoli 1998, *passim*; per un efficace esempio, con rif. ad una situazione regionale determinata, cfr. M. VIORA, *Le costituzioni piemontesi*, Bocca, Torino 1928, p. 23 e ss.

centeschi si erano perfettamente resi conto di quanto le nuove tendenze fossero ostili al tradizionale apparato ideologico della magistratura, di quanto poco spazio esse concedessero alla libertà di manovra di cui gli organi giurisdicenti avevano fino ad allora goduto, e di come gli orientamenti più radicali delle *lumières* minassero alla base la mentalità dell'intera *élite* tradizionale. Questa consapevolezza rendeva ancor più ambizioso – e nel contempo sempre più anacronistico – il disegno di far recuperare alla figura del giurista un ruolo primario nella vita istituzionale di uno Stato che stava progressivamente cambiando volto.

Per Le Paige, che tra gli anni cinquanta e gli anni ottanta del XVIII secolo esercitò, con la protezione del principe de Conti, «un vero magistero» sul *milieu parlementaire*, essendo introdotto nei più profondi «*secrets du Roi*»²⁰, la magistratura doveva, anche nei nuovi equilibri, mantenere i compiti fondamentali del passato: la sintesi politica, la guida delle istituzioni più autorevoli, il controllo dei processi di conservazione/sviluppo della società. Ciò chiarisce i moventi del suo interesse per l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale di quei filoni della cultura giuridica europea in cui il problema delle funzioni assegnate ai giuristi e alle istituzioni giudiziarie veniva considerato prioritario quali che fossero le ipotesi di soluzione della crisi. In questa prospettiva il legame che la magistratura parlamentare francese intesse con i corpi giudiziari di tutta Europa fu un affare implicante conseguenze molto più serie e complesse di un mero scambio 'culturale' – per quanto di livello elevato e relativo ad argomenti in massima parte politici – tra 'letrados' di diversi paesi. Fu, infatti, soprattutto il tentativo d'intrecciare una rete comune in difesa di una ideologia – quella della toga – che mentre tramontava progressivamente ed inesorabilmente sul piano della realizzazione politica, veniva riproposta dai suoi massimi esponenti come l'unica soluzione per evitare il tracollo dello Stato assoluto ed impedire il superamento della società di

²⁰ Cfr. C. GAZIER, *Histoire de la société et de la Bibliothèque de Port-Royal*, Puf, Paris 1966, p. 25. Il fondamentale ruolo di La Paige, a lungo ignorato o sottovalutato dalla storiografia, fu con perspicace intuito messo in rilievo da MOUSNIER, *op. cit. sup.* in nt. 1 e comincia solo ora ad essere pienamente riconosciuto: sul punto, cfr. MAIRE, *op. cit. infra* nt. 24, e ALIMENTO, *op. cit. sup.* nt. 11; inoltre il mio *Esperienza*, *cit. sup.* in nt. 4 (*ad indicem*).

ordini. Nell'ottica di Le Paige solo una *Respublica* che avesse continuato a far perno sulla magistratura e sulle grandi istituzioni giudiziarie avrebbe potuto realizzare un progetto che – agli occhi della stessa aristocrazia – sembrava sempre più difficile ed improbabile: conservare le vecchie strutture socioistituzionali e i tradizionali assetti politici superando, senza traumi, la voragine aperta dal pensiero illuminista.

2. Il progetto politico della «robe» all'ombra dell'assolutismo

Gli elementi essenziali della linea programmatica della magistratura parlamentare nel momento in cui la fase del suo trionfo – giunto al culmine con le grandi *remonstrances* della primavera del 1753 e con il dibattito degli anni successivi²¹ – iniziava ad apparire lontana, mentre le difficoltà nel gioco politico concreto si moltiplicavano (con la riforma del cancelliere Maupeou, nel 1771, i Parlamenti vennero addirittura soppressi²²), vengono compendiate in uno scambio epistolare

²¹ Cfr. J. FLAMMERMONT, «Introduction», in Id., *Remonstrances du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*, I, Imprimerie Nationale, Paris 1888, spec. pp. XXVII-XXX e *passim*; J. M. G. ROGISTER, *The Crisis of 1753-4 in France and the Debate on the Nature of the Monarchy and of the Fundamental Laws*, in «Studies presented to the International Commission for the History of Representative and Parliamentary Institutions», LIX, Louvain 1977, pp. 105-20; SWANN, *Politics*, cit. *sup.* in nt. 1, pp. 87 ss., che considera però le «date cruciali» gli anni dal 1754 al 1756.

²² Sulla «riforma» o, da altra prospettiva, «coup d'Etat», di Maupeou, cfr. J. FLAMMERMONT, *Le chancelier Maupeou et les parlements*, Picard, Paris 1883 (2^a ed. 1885); R. VILLERS, *L'organisation du Parlement de Paris et des Conseils supérieurs d'après la réforme de Maupeou (1771-1774)*, Sirey, Paris 1937; J. H. SHENNAN, *The Parlement of Paris*, Cornell Univ. Press, Ithaca, New York 1968, pp. 318 ss.; MOUSNIER *Les institutions*, cit. *sup.* in nt. 1, II, pp. 619-26; P. ALATRI, *Parlamenti e lotta politica nella Francia del '700*, Laterza, Bari 1977, pp. 400-19; H. MÉTHIVIER, *L'Ancien Régime en France. XVI^e - XVII^e - XVIII^e siècles*, PUF, Paris 1981, pp. 463-4; D. ECHEVERRIA, *The Maupeou Revolution. France 1770-1774*, Louisiana State Univ. Press, Baton Rouge-London 1985; J. FÉLIX, *Les magistrats du Parlement de Paris 1771-1790*, Dioudomat Sedopols, Paris 1990; D. VAN KLEY, *Du parti janséniste au parti patriote: l'ultime sécularisation d'une tradition religieuse à l'époque du chancelier Maupeou - 1770-1775*, in C. MAIRE (a cura di), *Jansénisme et révolution*, «Actes du colloque de Versailles», 13-14 ott. 1989, Chroniques de Port-Royal Bibl. Mazarine,

tra Le Paige e uno dei magistrati piú vicini al suo orientamento, Alexandre François de Murard²³, appartenente al cosiddetto *parti janséniste* del *Parlement de Paris*²⁴. Le lettere, contenute, non a caso, nel

Paris 1990; D. A. BELL, *Lawyers into Demagogues: Chancellor Maupeou and the Transformation of Legal Practice in France 1771-1789*, in «Past and Present», n. 130, 1991, pp. 107-41; da ultimo SWANN, *Politics*, cit. in nt. 1, pp. 352-68. Sul rapporto tra l'attività dei parlamenti e la crisi del sistema istituzionale di Antico Regime, cfr. W. DOYLE, *The parlements of France and the breakdown of the Old regime*, in «French Historical Studies», n. 6, 1970, pp. 415-58.

²³ Su Alexandre François de Murard, figlio di un celebre *robin* (François II de Murard) e appartenente ad una famiglia, originaria del Dauphiné, di antica tradizione filoparlamentare, cfr. F. BLUCHE, *L'origine des magistrats du Parlement de Paris au XVIII^e siècle (1715-1771) - Dictionnaire généalogique*, Faculté de Lettres de l'Univ. de Paris, Paris 1956, p. 324.

²⁴ Sul *parti janséniste*, cfr. F. HILDESHEIMER, *Le jansénisme en France aux XVII^e et XVIII^e siècles*, Editions Publisud, Paris 1991, cap. IV, spec. pp. 140-5, quantifica in «un peu moins du quart des effectifs de la cour souveraine» i magistrati aderenti al «partito» giansenista (p. 144); l'avvocato Barbier, nel 1732, ne individuava il numero esatto in «soixante personnes»; Id., *Le jansénisme - L'histoire et l'héritage*, Desclée de Brouwer, Paris 1992, pp. 68-76; SWANN, *Politics*, cit. *sup.* in nt. 1, pp. 87-121. Per le origini del rapporto *jansénisme-idéologie des robins*, cfr. L. GOLDMANN, *Le Dieu caché - Etude sur la vision tragique dans les "Pensées" de Pascal et dans le théâtre de Racine*, Gallimard, Paris 1955, tr. it. *Il Dio nascosto - Studio sulla visione tragica nei "Pensieri" di Pascal e nel teatro di Racine*, Laterza, Bari 1971 (1^a ed. it., Lerici, 1961), pp. 153-211; A. N. HAMSCHER, *The Parlement of Paris after the Fronde, 1653-1673*, Univ. of Pittsburgh Press, London 1976, pp. 109-18 e, per gli sviluppi politico-istituzionali, J. SWANN, «*Fauteurs de toutes les maximes qui sont contraires à la monarchie*»: le gouvernement face aux magistrats jansénistes sous Louis XV, in *Jansénisme et révolution*, cit. *sup.* in nt. 22, pp. 163-72, spec. p. 165; D. A. BELL, *Lawyers and Citizens - The Making of a Political Elite in Old Regime France*, Oxford Univ. Press, New York-Oxford 1994, pp. 68 ss., 112-5 e *passim*. Sul «giansenismo come mentalità di opposizione», cfr. A. COBBAN, *The Parlements of France in the Eighteenth Century*, in «History», XXXV, nn. 123-124, feb.-giu. 1950, pp. 64-80, spec. p. 69; J. DELUMEAU, *Le catholicisme entre Luther et Voltaire*, PUF, Paris 1971, tr. it. a c. di M. Bendiscioli, *Il cattolicesimo dal XVI al XVIII secolo*, Mursia, Milano 1976, pp. 155-8; N. O. KEOHANE, *Philosophy and the State in France - The Renaissance to the Enlightenment*, Princeton Univ. Press, Princeton (N.J.) 1980, pp. 262-6; P. CAMPBELL, *Aux origines d'une forme de lutte politique: avocats, magistrats et évêques - Les crises parlementaires et les jansénistes (1727-1740)*, in *Jansénisme et révolution*, cit. *sup.* in nt. 22, pp. 147-61; D. ROCHE, *La France des Lumières*, Fayard, Paris 1993, pp. 335-9. Per il rapporto tra giansenismo e costituzionalismo parlamentare, cfr. D. VAN KLEY, *Church, State, and the Ideological Origins of the French*

fondo Le Paige della *Bibliothèque de la Société de Port Royal*, che costituisce un vero scrigno dell'ideologia dei *robins* alla metà del XVIII secolo, sono inedite e contengono spunti di grande interesse storiografico.

Il 7 marzo 1772 de Murard scrive una breve e densissima missiva a Le Paige, nella quale, criticando tutte le pratiche di sottrazione della *jurisdiction* messe in atto dal potere politico (*Conseil du Roi*), pratiche che gli apparivano senza mezzi termini delle «*exclusions arbitraires*» nei confronti della magistratura ordinaria, affermava che la nuova linea adottata dalla corona era «*veritablement contraire aux loix essentielles*» della monarchia. «*J'aimerais beaucoup mieux – prosegue precisando il concetto – que l'on donnait satisfaction à l'autorité*», ma non attraverso «*des principes qui me paroissent fort hazar-dais, dont je crois très facil de demontrer le peu de fondement et qu'en tout cas on ne parviendra jamais à faire adopter*». Quei principi si sostanziano soprattutto nel tentativo di scardinare la «*veritable constitution [de l']Etat*» imponendo come leggi delle «*maximes d'un gouvernement plain d'abus*», abusi che erano invece la sola cosa «*necessaire de reformer*». Di conseguenza un simile «*gouvernement*» era da considerarsi «*abusif*». «*Pour moy – continua de Murard – je pense qu'une possession de 400 ans suffit pour determiner la constitution d'un Etat*». La forza della consuetudine costituzionale superava dunque la forza delle leggi ordinarie. Nulla poteva la volontà del sovrano contro la possente presenza delle regole non scritte ma incise nella struttura ontologica del diritto pubblico e corroborate da una lunga ed ininterrotta pratica istituzionale. Diversamente si sarebbe introdotta una modifica tacita della forma di governo, che per sua natura non poteva essere mutata senza scardinare dalle fondamenta l'intero sistema:

Revolution: The Debate over the General Assembly of the Gallican Clergy in 1765, in «*Journal of Modern History*», 51, n. 4, dic. 1979, pp. 629-66, spec. pp. 635-45; ID., *The Religious Origins of the French Revolution - From Calvin to the Civil Constitution, 1560-1791*, New Haven and London 1996; più diffusamente, la *thèse* di C.-L. MAIRE, *De la cause de Dieu à la cause de la Nation - Le jansénisme au XVIII^e siècle*, 5 voll., spec. III (t. 1 e t. 2), *Le combat parlementaire*, sostenuta all'E.H.E.S.S. il 19 dicembre 1995 ed ora pubblicata (con lo stesso titolo) da Gallimard, Paris 1998, spec. p. 367 ss.

Le gouvernement purement monarchique temperé [est constitué] par la nécessité de faire examiner les loix par un Corps composé de Magistrats qui ne puissent être depouillés de leur état et qui sont autorisés à représenter au Souverain tous les inconveniens des loix qu'il se propose de faire et le danger des differents abus d'autorité qui peuvent se com[m]ettre sous son nom. [Celui seul] est un excellent gouvernement peut être le meilleur de tous ou certainement fort préférable à celui où l'autorité est partagée. Il y aura sans doute dans ce gouvernement, comme dans tous les autres souvent par la faute de ceux qui gouvernent, des circonstances où les peuples seront malheureux. Mais il ne faut pas s'en prendre à la nature du gouvernement mais à l'imperitie et autres causes semblables si on veut un gouvernement où les peuples soient assurés de n'éprouver jamais aucune disgrâce et par le fait de ceux qui administrent l'autorité²⁵.

Il senso di questo discorso risulta chiaro nella misura in cui esso viene inserito nell'ottica dell'*idéologie* della *robe* i cui postulati possono essere, in sintesi, così riassunti: la *respublica perfecta* era quella retta da un governo fondato sul primato formale e simbolico della sovranità monarchica e sul primato sostanziale della *jurisdictio*. Ciò spiega perché i *robins* non hanno mai rinnegato la formula assolutistica, ma l'hanno difesa, a tratti con una veemenza e secondo una linea politica anche più regalistica del re. L'assolutismo era infatti un sistema indispensabile per porre in atto la strategia della magistratura, che puntava su una separazione tra l'esercizio del potere sostanziale e l'assunzione delle relative responsabilità (nel senso weberiano del termine, ossia dell'agire politico dotato *per definizione* di un 'ritorno' che è l'effetto della modifica della realtà su cui l'atto giurpolitico ha inciso). Quando perciò de Murard afferma che il governo monarchico-assoluto è il migliore dei governi e soprattutto che esso è di gran lunga preferibile a quello formalmente misto (*partagé*) non è affatto in contraddizione con se stesso quando sostiene che i soli interpreti autorizzati delle leggi sono i membri dei corpi giudiziari e che essi non possono legittimamente essere rimossi per l'esercizio delle loro funzioni, quale che sia (gradita o sgradita) la loro opera nei confronti del so-

²⁵ *Lettre du Président de Murard à Monsieur Le Paige avocat au Parlement, Enclos du Temple à Paris, 7 mars 1772, (= BPR [Bibliothèque de la Société de Port-Royal, Paris], LP 571, n. 25).*

vano e dei suoi provvedimenti decisori. La monarchia assoluta nel momento stesso in cui rappresentava la negazione del *pouvoir partagé* costituiva altresì il modello di una struttura complessa in cui l'apparato giudiziario deteneva il potere effettivo. Era questo, d'altronde, il principale argomento su cui la dottrina giuspubblicistica dei *robins* aveva sempre puntato per tenere ben distinti assolutismo e dispotismo o meglio le due versioni possibili della monarchia assoluta, l'una caratterizzata dal governo misto e temperato l'altra dal governo dispotico.

Ciò spiega anche perché i *robins* fossero estremamente attenti a rintuzzare gli attacchi provenienti dalla *côterie des philosophes* impegnati con sempre maggior vigore dopo gli anni cinquanta a difendere il rafforzamento del potere centrale a condizione che esso si lasciasse «illuminare» dalla *raison philosophique*. E infatti, non a caso, proprio a questo tema è dedicata la conclusione della lettera di de Murard:

C'est chercher la pierre philosophale – sostiene ironico – et ce sont souvent ces recherches lorsqu'un grand nombre de gens se sont mis dans la teste que l'on pouvoit y parvenir, qui sont la source de plus grands maux²⁶.

L'effetto del dispotismo illuminato sulle istituzioni giudiziarie aveva portato alla «réforme» di Maupeou, ossia ad una soluzione radicale che aveva sottratto ogni potere ai giuristi professionali giungendo alla soppressione della loro istituzione più rappresentativa, il *Parlement*. Per questo, benché «ce que nous arrive aujourd'hui» non era altro che un logico seguito di quanto «l'on a[vait] aprouvé à la suite des troubles de la minorité de Louis XIV», era chiaro che «l'exemple de la institution des arbitraires [en lieu] des magistrats est une des plus grandes playes que l'on peut faire à nostre Constitution et qu'il est fort à craindre que ce ne soit [que] le principe d'un *despotisme très réel* pour l'avenir dont on ne puisse jamais se deffendre»²⁷.

Il richiamo ad una forma «reale», sostanziale di dispotismo è un elemento di fondamentale importanza nell'economia del discorso non solo di Murard ma dell'intera magistratura parlamentare, in quanto

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ *Ibidem* (corsivo mio).

rinvia, per converso, al dispotismo solo «formale» (ossia all'assolutismo) vigente. La forma di Stato assolutistica serviva dunque a coprire il vero potere, quello dell'apparato, gestito dai *robins*. La difesa di questo potere imponeva il mantenimento dello *status quo* formale (assolutismo) e nel contempo la lotta senza quartiere al «dispotismo effettivo», che, se realizzato, avrebbe implicato il passaggio dalla teoria alla pratica assolutistica. Questa sottile ambiguità del linguaggio dei *robins* consente di cogliere uno dei principali aspetti dell'ideologia giuridica di Antico Regime: il collegamento sotterraneo tra il concetto di «constitution» (costituzionalismo) e quello di «monarchie absolue» (assolutismo). Tutt'altro che alternativi tra loro, nella teoria (e soprattutto nella pratica) politica dell'Antico Regime, questi due concetti sono invece caratterizzati da un rapporto – che con una espressione ripresa dalla sociologia della cultura andrebbe definito – di «ibridazione».

3. «L'ordine legale» come argine della «pura autorità»

Dal canto suo Le Paige, in quello stesso periodo, assumeva posizioni non meno intransigenti. Continuando l'elaborazione intrapresa all'inizio degli anni cinquanta con la pubblicazione delle *Lettres historique*²⁸ e delle altre opere contemporanee e successive²⁹, egli andò

²⁸ L.-A. LE PAIGE, *Lettres historiques sur les fonctions essentielles du Parlement, sur le droit des Pairs, et sur les loix fondamentales du Royaume*, 2 voll., Amsterdam [ma Paris, Enclos du Temple] rispett. 1753-54 (= BNP, Ld⁴ 2563). L'opera venne pubblicata con la falsa indicazione di luogo per schivare la censura e per motivi di evidente opportunità politica.

²⁹ Tra cui vanno ricordati almeno i seguenti: L.-A. LE PAIGE, *Recueil des lettres pacifiques*, s.l. [Paris, Enclos du Temple] 1753 (= BNP, 4° Ld⁴. 2443); il testo venne pubblicato già l'anno precedente sotto un diverso titolo: *Lettres adressées à MM. les commissaires nommés par le Roi pour délibérer sur l'affaire présente du Parlement, au sujet du refus des sacrements* (= BNP, 4° Ld⁴. 2442); Id., *Annales pour servir d'étrennes aux amis de la vérité - Le protheisme de l'erreur ou Annales historiques contenant les faits qui ont précédé la Bulle Unigenitus, et qui y ont rapport depuis l'année 1540*, s.l. né d. (= BNP, Ld³ 144); Id., *Lettre d'un François aux victimes d'Ebroin*, s.l. (= BPR, LP 817, n. 29); Id., *Lettre apologétique critique et politique*,

sempre piú rafforzando la convinzione che l'unica possibilità per la monarchia assoluta di fuoriuscire dalla «*crise actuel[le]*» era di puntare sul rafforzamento degli apparati giudiziari, pur nella formale distinzione delle funzioni secondo lo schema disegnato da Montesquieu. Gli *arcana juris* dovevano insomma essere considerati come l'indispensabile filtro dei meccanismi di rappresentanza sociopolitica. Essi erano il necessario prezzo per salvare la formula del *droit divin* e della tradizionale concezione della sovranità.

Il 20 marzo 1772 Le Paige risponde a de Murard una lunga lettera in cui riassume alcune delle linee fondamentali del suo pensiero giuridico-politico: «*Tout est toujours dans la même position – inizia con dichiarato pessimismo – et l'esperance du retablissement toujours aussi generale*»³⁰.

Je n'entens pas trop – prosegue entrando subito nel merito delle questioni affrontate da de Murard in relazione alla « *riforma*» di Maupeou – sur quel article, ou sur quel principe, il faudroit doner satisfaction au ministere: ce ne peut être sur celui de faire passer en loi par la voie de pure autorité ce qui n'a pas été librement delibéré et adopté, car il ne faudroit que ce qui s'est fait depuis 16 mois d'après cette maxime, pour en montrer les horribles effets pour la monarchie, et par consequent pour en prouver la fausseté. Il n'est p[oint] possible que la sagesse et la raison, en fondant une monarchie, aient pu y établir un principe aussi destructif, et qui en effet depuis 16 mois a tout detruit, et a plongé toutes les parties de l'Etat dans la position où nous le voyons. Ce principe ne peut donc jamais être accordé, et moins encore aujourd'hui que jamais. S'il avoit été malheureusement recon[n]u, la cruele épreuve qu'on fait depuis 16 mois de ses suites exigeroit qu'on revint sur ses pas pour l'abolir³¹.

*écrite par un Seigneur de la Cour, à Mr. le Marechal de *** sur l'Affaire du Parlement, s.l. [Paris, Enclos du Temple] 1754 (= BPR, Let 329); Id., Lettre sur les lits de justice, s.l. né d. [Paris, Enclos du Temple 1756] (= BNP, 4° Lb³⁸. 693); il testo venne piú tardi ripubblicato sotto il titolo *Réflexions d'un citoyen sur les Lits de justice par L.-A. Le Paige*, s.l. né d. [Paris, Enclos du Temple 1787].*

³⁰ *Lettre de L.-A. Le Paige à l'ami le P[résident] de Murard, 20 mars 1772, (= BPR, LP 571, n. 26).*

³¹ *Ibidem.*

Il deciso rifiuto della *voie de pure autorité* si collegava alla necessità di evitare qualsiasi «derogance à l'ordre legal» in conseguenza della quale il re avrebbe irrimediabilmente perduto «l'estime de la nation». Si trattava di un «article capital» da cui dipendevano le «sources de toutes les autres loix». Non a caso il tentativo d'imporre decisioni politiche rilevanti scavalcando i corpi giudiziari era stato sistematicamente sventato dalla resistenza degli *officiers*: «Si depuis 3 siecles – ricorda Le Paige –, des ministres imperiaux, tel que Du Prat, Catherine de Medicis, Richelieu, Mazarin ecc. ont tenté de l'introduire, les reclamations constantes des parlemens, des historiens, et de toute la nation dans les Etats de Blois de 1577 en ont empeché la tranquille possession». Per poter imporsi, «la voie d'autorité» non aveva altra scelta che il ricorso alla «force seule»³².

Diversi erano i *cas de figure* su cui lo scontro tra corona e magistratura si consumava: dalla «question des imposts sans le consentement des Etats» (il principio del costituzionalismo fiscale di provenienza anglosassone: *no taxation without representation*) al problema dell'«enregistrement forcé» degli «actes royaux» attraverso l'imposizione dei *lits de justice*, una procedura che metteva «toutes les loix et tous les droits en peril»; dalle «lettres de cachet», un «abus énorme dans le degré où on les a portées» agli arrests d'évocation et de cassation («rien n'est plus contraire aux loix»); dal *débordement* del potere degli «intendans» e dei «gouverneurs» che ormai «exercent la tyrannie» alla generale tendenza a sottrarre potere ai «magistrats» dei parlamenti, uniche sedi legittimate a trattare ogni questione di giustizia³³.

³² *Ibidem*.

³³ *Ibidem*. A queste grandi categorie-quadro, attinenti alla configurazione di massima dei rapporti istituzionali, Le Paige aggiunge la necessaria correzione di alcuni «abus generaux» («la reforme du luxe et des moeurs, le retablissement de l'esprit national, l'honneur, le désintéressement, l'amour du vrai, l'ingenuité») e una quantità di fattispecie più dettagliate («abus plus particulier»): «Abus des ministres, dont chacun seul avec un secretaire d'Etat, ordon[n]e, decide, rend des arrêts; enregistrement par la Grande Chambre seule; ap[p]pointement à met[t]re; arrêts [...] jugés par le Rap[p]porteur seul avec le p[re]mier p[r]ésident; arrêts [...] rendu sur le seul plaidoyer de l'avocat General; abus des Epices; abus des vacations comptées quoique non employées; abus des secretaires payés par les parties, au lieu qui le doivent être par le juge seul; abus des exations pour obtenir tel rap[p]porteur, tel rang sur le rôle; abus au

In realtà ciascuno di questi punti caldi dello scontro derivava dalla volontà della corona d'imporre un modello di governo non compatibile con la tradizionale dialettica che caratterizzava i rapporti tra le istituzioni di vertice della monarchia francese. Insistendo nel voler riproporre anacronisticamente l'assolutismo attuato da Luigi XIV il sovrano aveva infranto la «bon[n]e constitution de l'Etat». Quest'ultima era ben sintetizzata nelle «sages et vraies maximes de la declaration de juillet 1648» nella quale era stato affermato «qu'il n'y a rien qui maintient et conserve davantage les monarchies ou leur perfection que l'observation des bon[n]es loix, et qu'il est du devoir d'un grand prince de veiller pour le bien et le salut de ses sujets, a ce qu'elles ne soient corrompues par les abus qui se glissent insensiblement dans les Etats»³⁴. I più gravi di questi «abus» si sostanziano nelle attività a vario titolo giurisdizionali che il potere centrale, attraverso i suoi *Conseils*, esercitava sottraendole agli organi giudiziari ad esse legittimamente preposti. Se da un lato poteva comprendersi come «le ministère» avesse «grand intérêt de maintenir cette possession» dall'altro «le peuple surchargé et aussi le parlement» non potevano che manifestare presto o tardi tutto il loro malcontento «pour se voir délivrer d'une fonction qui leur attire [ai ministri] trop souvent les reproches de la nation»³⁵. Con quest'abile artificio retorico, Le Paige cercava di legare le sorti dei parlamenti alla base popolare sfruttando un concetto emerso nel ventennio precedente nel pensiero politico degli illuministi³⁶. Egli intendeva dimostrare che solo la magistratura poteva

parquet, abus au chatelet. Ce sont surtout ces abus de la Grande Chambre qui ont tant indisposé et aliéné les esprit dans la crise actuel[le]».

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Sul sorgere dei concetti di «base popolare» e «opinione pubblica» come elementi importanti nella lotta politica, oltre al classico di H. CARRÉ, *La noblesse de France et l'opinion publique au XVIII^e siècle*, Champion, Paris 1920, rist. an. Slatkine, Genève 1977, spec. il cap. II, pp. 133-322, cfr. A. FARGE-J. REVEL, *Logiques de la foule - L'affaire des enlèvements d'enfants, Paris 1750*, Hachette, Paris 1988; A. FARGE, *Dire et mal dire - L'opinion publique au XVIII^e siècle*, Seuil, Paris 1992; K. M. BAKER, *Au tribunal de l'opinion - Essais sur l'imaginaire politique au XVIII^e siècle*, Payot, Paris 1993, tr. fr. di Id., *Inventing the French Revolution*, Cambridge Univ. Press, Cambridge-New York 1990 (in part. il cap. VI: «L'opinion publique comme invention politique», pp. 219-65, una cui precedente versione era stata già pubbl. in

garantire l'imparzialità e la giustizia materiale, mentre la corte e i suoi ministri essendo «tous trop mols sur cet article» non potevano offrire che «des mauvais traitemens»³⁷.

Erano questi per Le Paige i principali motivi del «degrado presente», constatato il quale non si poteva che prevedere i più temibili sviluppi:

L'Etat est parvenu à un tel degré de maux par les abus qui ont corrompu sa bon[n]e constitution que sa ruine est presque inevitable, si l'on ne revient aux bon[n]es lois. Il faut que la crise actuel[le] serve à ce retour, où je ne vois plus que la ruine. Ce ne sera pas en accordant au ministère les principes qui nous ont conduits à tous ces maux par la perversion de la bon[n]e constitution, qu'on y remediera: c'est le moyen au contraire de rendre les maux si puissans, qu'ils ne puissent plus porter les remedes. Si les abus ont pris tellement racine qu'on ne puisse plus les extirper, ce sera un tres grand malheur: mais il ne faut pas cesser, pour cela, de dire que ce sont des abus: et cet[t]e nouvelle reclamation servira peut être de point d'ap[p]ui dans un tems plus heureux. Je crois le voir trop clairement: cette marche du Gouvernement se terminera tôt ou tard ou à la ruine de l'Etat ou à une reforme éclatante³⁸.

L'uso della parola «riforma» in senso dispregiativo è uno dei tratti più tipici del linguaggio dei giuristi di *Ancien Régime*³⁹. L'ideo-

«Annales E.S.C.», n. 1, 1987, pp. 41-71): l'A. dimostra che a partire dalla metà del secolo il concetto di «opinione pubblica», per quanto non sconosciuto in precedenza, diventa una «figura retorica posta al centro di una politica di tipo completamente nuovo. Improvvisamente designa una nuova fonte d'autorità: il tribunale supremo dinanzi al quale la monarchia assoluta, ed assieme ad essa i suoi critici, fu costretta a presentarsi» (p. 221); sottolinea il fenomeno per cui «l'opinione pubblica comincia ad apparire come arbitro del conflitto tra monarchia amministrativa e società corporativa», L. BLANCO, *Stato e funzionari nella Francia del Settecento: gli «ingénieurs des ponts et chaussées»*, Il Mulino, Bologna 1991, p. 11.

³⁷ LE PAIGE, *Lettre*, cit. *sup.* in nt. 30.

³⁸ *Ibidem.* La preoccupazione di Le Paige per una grande «révolution» è costante nel decennio 1770; la parola si trova utilizzata in più lettere di quel periodo: cfr., ad es., BPR, LP 571, n. 101.

³⁹ La si ritrova, ad esempio, a Napoli in Fraggianni: cfr. il mio *Esperienza*, cit. *sup.* in nt. 4. Per distinguere la «riforma» dai provvedimenti necessari ad apportare

logia togata era eminentemente 'continuista' nel senso che appoggiandosi sull'*auctoritas* della tradizione considerava il diritto (e specialmente il diritto pubblico) come un *corpus* organico in cui, attraverso l'interpretazione dei corpi giudiziari, era possibile reperire il principio giuspolitico adatto a qualsiasi fattispecie concreta. Le Paige lo aveva sostenuto fin dal 1754 arrivando a parlare di una «impossibilité morale des innovations»⁴⁰. Per lui «tous les Magistrats réunis forment un code vivant, qui donne au Gouvernement une disposition fixe, et communique à leur corps toute l'immobilité des loix»⁴¹.

L'insieme delle leggi, della giurisprudenza e della dottrina formava dunque un'unità organica dalla quale, attraverso la sapienza e la tecnica dei «prud'hommes», si potevano trarre tutte le norme necessarie al «bon fonctionnement» dell'«ordre juridique et social». La «perizia» del giureconsulto, interprete-creatore, colmava ogni lacuna esistente nel diritto oggettivo. A questo delicatissimo ruolo era preposta la *scientia juris*. E per questo era esclusivamente ai suoi *sacerdotes*, i «magistrats», i «Pontifes ambitieux»⁴², i «notables», «[les] gens sages et moderés», «[les] hommes illustrés par la naissance, par la dignité ou par le mérite»⁴³, che doveva essere attribuito il ruolo-guida nelle più importanti funzioni pubbliche. Solo ad essi poteva essere richiesto di fornire lumi sugli affari di Stato. I 'solo-nobili', invece, per la loro passionalità cieca non supportata dai faticosi studi di diritto, erano i meno adatti ad esprimere giudizi di natura giuspolitica. Lo stesso poteva dirsi per i *roturiers*. Ciò rendeva inutile la convocazione degli Stati generali: «Dans la position actuel[le] – afferma Le Paige – je redouterais une assemblée d'Etats. Les esprits sont trop aigris. On les a poussé au desespoir par l'excès du pouvoir arbitraire»⁴⁴. Meglio sarebbe stata un'assemblea mista, dove la superiorità degli *hommes de robe longue* non avrebbe tardato a manifestarsi nella sostanza, salvaguardando però le forme della tradizionale stratifica-

gli opportuni miglioramenti funzionali al sistema Fraggianni preferiva usare, sulla scorta di Leibniz, il termine «emenda».

⁴⁰ LE PAIGE, *Lettre apologetique*, cit. *sup.* in nt. 29, p. 142.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² *Ivi*, p. 55.

⁴³ LE PAIGE, *Lettre à l'ami le P[résident] de Murard*, cit. *sup.* in nt. 30.

⁴⁴ *Ibidem*.

zione sociocetuale e quindi evitando la possibile reazione degli altri «ordres». «Mais com[m]ent les reunir – si chiede scettico – dans un moment ou les preventions et les defiances tiennent tout divisé. Il faudroit pour cela que le Roi voulut veritablement la reforme, et qu'on soit convaincu qu'il la veut: c'est le seul moyen de delier les langues et de laisser parler la verité»⁴⁵.

In definitiva l'idea centrale di Le Paige restava imperniata sul governo politico del giureconsulto. Il suo modello costituzionale era la *république des robins*, uno Stato che pur conservando le strutture formali della monarchia assoluta (indispensabile per mettere in opera il meccanismo estintivo delle responsabilità degli *officiers*) fosse governato in realtà dagli apparati burocratico-giudiziari. Per questo anche l'uso della forza diventava legittimo solo quando fosse sottoposto al controllo della magistratura. In nessun caso il re poteva farvi ricorso contro le strutture e gli organi preposti all'amministrazione della giustizia, neppure qualora essi assumessero posizioni intransigenti contro la corona:

En en mot – scrive Le Paige sintetizzando questo concetto – notre Gouvernement au dedans doit être un gouvernement legal et tout civil. Le militaire ne doit agir qu'au dehors contre l'ennemi: ou s'il agit au dedans, ce ne doit être que pour preter son ministere à la loi⁴⁶.

Per questo costituiva un grave «abus» la presenza esclusiva «des militaires dans le Conseil d'Etat» mentre «il y faut des hommes instruits des loix qui doivent regner et gouverner»⁴⁷. Ed invece la corona aveva scelto di procedere nella direzione opposta fomentando il discredito dei *robins* fino all'inverosimile: «Il est encroyable ce qu'on a entendu dire de toute part contre la magistrature»⁴⁸. Era invece il rispetto dei giudici l'unico elemento in grado di garantire la solidità del *lien social*. Perciò, se di «riforma» bisognava parlare era nel senso di un ritorno, di un «rétablissement» integrale di quel fondamentale valore perduto: «Il est indispensable, si le retour a lieu, de faire une

⁴⁵ *Ibidem.*

⁴⁶ *Ibidem.*

⁴⁷ *Ibidem.*

⁴⁸ *Ibidem.*

reforme éclatante de ces abus. C'est le seul moyen de regagner les coeurs: autrement ils seront aliénés sans retour»⁴⁹. Viceversa, proseguendo sulla strada intrapresa ci si sarebbe diretti verso la catastrofe del sistema:

J'en dis autant pour ces abus capitaux dont je vien de parler. S'ils ne sont pas reformés, tôt ou tard l'orage actuel sera suivi d'orages nouveaux, dont la fin sera, com[m]e le dit M. Bossuet, la chute de l'Empire⁵⁰.

Eppure Le Paige non credeva che tutte le speranze di capovolgere la situazione a vantaggio della magistratura (e, nella sua ottica, dello Stato 'assoluto' *tout-court*) fossero perdute. Se da un lato confessava: «Je crois voir clairement [...] ce que je n'écris ici qu'avec douleur», dall'altro afferma, con la malcelata sicurezza del giurista-politico fiducioso nei propri mezzi arcani: «Mais peut-être y a-t-il encore du remede...»⁵¹.

Il rimedio passava però per l'accettazione di quei principi essenziali che la monarchia aveva mostrato apertamente di rifiutare adottando i drastici provvedimenti del settembre 1770⁵² e del gennaio del 1771: «Le conseil sup[p]rimé; les officiers destitués; tout interverti», con gli effetti noti a tutti: «Mecontentement universel des Grands et des petits; maux publics; ruine prochaine»⁵³. Ma il progetto monarchico non poteva essere destinato al successo, perché non era iscritto «dans la constitution française» che «le prince soit despote». E perciò era compito dei «Grands», dei «Dignitaires», dei «militaires» e soprattutto dei giuristi avvertire «le monarque du peril pour lui meme et pour l'Etat»⁵⁴.

In definitiva, la soluzione proposta da Le Paige per superare la fase critica si articolava in due proposte tese a ristabilire l'*ordo juris* e

⁴⁹ *Ibidem.*

⁵⁰ *Ibidem.*

⁵¹ *Ibidem.*

⁵² Sui provvedimenti adottati nel *lit de justice* del set. 1770, cfr. SHENNAN, *The Parlement of Paris*, cit. *sup.* in nt. 22, p. 317.

⁵³ LE PAIGE, *Lettre*, cit. *sup.* in nt. 30.

⁵⁴ *Ibidem.*

le funzioni della magistratura. Esplicitandole egli disegna le linee conduttrici del costituzionalismo d'*Ancien Régime*:

1°. Qu'on établit un tribunal pour revoir généralement tout ce qui s'est fait depuis l'orage, afin de sup[p]rimer tout ce qui y a été mal fait, de rétablir ce qui a été mal détruit, de rap[p]eler ceux qui ont été éloignés, ou destitués, ou cassés: sauf à conserver ce qui peut être bon.

2°. Que le Roi, tout despotique que soit son pouvoir, se lie les mains par une ordon[n]ance qui établit des formes légales, destinées à prévenir la recidive dans ses interventions; qu'il s'interdit à lui même de pouvoir agir seul et indépendamment de ses conseils legaux. En France cet heureux et sage établissement est aussi ancien que la monarchie; ces loix salutaires sont toutes faites: il ne s'agit que de les maintenir et de ne plus s'en écarter⁵⁵.

Come si vede il progetto giuspolitico di Le Paige prevedeva un'intersecazione tra la *forma* di Stato assolutistica e la *pratica* di governo basata sul costituzionalismo parlamentare-togato. Per lui lo Stato assoluto coesisteva con (ed anzi era definito come una struttura coesenziale al)lo Stato 'di diritto' gestito dalla tecnica esegetica dei *robins*. Ciò spiega perché, strumentalizzando il linguaggio dei *philosophes*⁵⁶, egli giungesse a considerare i magistrati che sedevano nel Parlamento come i veri saggi 'illuminati', gli unici capaci di garantire l'interesse pubblico, la «felicità dei sudditi» e nel contempo d'impedire il dispotismo e la tirannia:

Dans le Parlement, je ne vois qu'un concours de lumières qui réfléchissent sur tout l'Etat pour l'éclairer, de talens qui se perfectionnent pour son bonheur, de vues qui se concilient pour sa gloire, de sentimens qu'un vil intérêt ne peut alterer. De travaux enfin dont une longue expérience dans les uns assure le succès dans les autres⁵⁷.

⁵⁵ *Ibidem* (corsivi miei).

⁵⁶ Sull'influenza della *philosophie des lumières* sui *milieux judiciaires*, cfr. A. BOURDE, *Les «Lumières», 1715-1789*, in AA.VV., *Histoire de la France - Dynasties et révolutions de 1348 à 1852*, a c. di Georges Duby, II, Larousse, Paris 1991² (1^a ed. 1971), pp. 211-56, spec. p. 222 col. II.

⁵⁷ LE PAIGE, *Lettre apologetique*, cit. *sup.* in nt. 29, p. 143.

L'elogio «des gens du Parlement», lungi dall'essere solo il riconoscimento del valore culturale del piú importante corpo di *officiers royaux*, costituiva il frutto di una visione giuspolitica complessiva, che giungeva ad abbracciare anche la struttura socioistituzionale. Del resto questa ideologia 'pangiuridica' era congenita alla formazione di Le Paige fin dai primissimi anni della giovinezza. Se ne può vedere una chiara testimonianza in una lettera del 28 ottobre 1738 che il padre, anch'egli «avocat au Parlement», gli aveva scritto per attestargli, in un momento di difficoltà psicologica, il suo sostegno in nome del «sacrifice» di tutta la propria vita individuale spesa solo «pour la justice»⁵⁸.

4. L'arroccamento ontologico dei giuristi

L'argomento teoretico-politico su cui questa ideologia si fondava, influenzando profondamente sulle scelte strategiche dei *milieux parlementaires*, era fondato sul concetto aristotelico di *politeia* (la forma di governo della città) basata su una costituzione mista, ossia su una forma di composizione sociale in cui non è difficile scorgere il lontano modello della dialettica degli *status*, elemento fondamentale nella complessa costruzione politologica elaborata dalla magistratura parlamentare e togata⁵⁹. L'immagine dello Stato come corpo composto da diverse articolazioni, una metafora ripresa non a caso da Montesquieu nell'esaltazione dell'«armonia delle dissonanze», richiamava una «meriologia» sociale⁶⁰ di chiara derivazione aristotelica e rappresentava

⁵⁸ BPR, LP 468 (8).

⁵⁹ È il caso di osservare che la conservazione della dialettica cetuale costituiva un fattore determinante per il compimento delle strategie dei *robins* e dei togati, soprattutto ai fini della ripartizione delle responsabilità e della moltiplicazione dei soggetti protagonisti della dialettica politica. Quel frazionamento dei centri di gestione del potere consentiva ai magistrati - i cui sforzi miravano proprio a rendere il pluralismo piú apparente che reale - di emergere come gruppo egemone nella sostanza delle decisioni e degli indirizzi politici, evitando i rischi connessi con una rappresentazione scoperta della loro funzione effettiva; su questo punto cfr. il mio *Esperienza*, cit. *sup.* in nt. 4, pp. 349-54.

⁶⁰ Il termine «meriologia», che deriva dal vocabolo greco $\mu\epsilon\rho\iota\zeta\omega$ [*merizo*] (=

anche un efficace contrappunto alle teorie giusnaturalistiche di derivazione hobbesiana secondo cui il corpo politico-istituzionale doveva restare sostanzialmente neutro, come una possente ed asettica struttura sovrapposta ad un corpo sociale «senza qualità»⁶¹. È da rilevare, peraltro, che neppure quest'ultima costruzione teorica i giuristi rifiutavano *a priori*, in quanto l'idea di uno Stato forte, capace di ergersi al di sopra dei singoli individui e dei gruppi sociali ed a cui veniva demandato il compito esclusivo di controllare il rispetto dell'ordine, era perfettamente in linea con il desiderio di egemonia delle grandi corti di giustizia, che si consideravano le uniche istituzioni in grado di assicurare la neutralità essendo composte di un corpo di *officiers* che traevano la loro legittimazione da una competenza tecnica specifica e dunque erano considerate *super partes*. I *robins* facevano leva sul fatto che a parte le diverse modalità di organizzazione interna, lo Stato non poteva prescindere da un gruppo di 'esperti' del diritto capaci di contribuire alla formazione del *corpus* normativo e di gestire poi l'attività esecutiva e repressiva. Questa posizione socioistituzionale si traduceva in un evidente vantaggio per chi, come i togati, intendeva conservare gli *status quo* governando i naturali mutamenti sociali e politici senza scosse improvvise. Di qui lo 'spirito di moderazione' (più apparente che reale) e l'elogio della *medietas* che si ritrovano nel linguaggio dei principali *hommes de robe* nel XVIII secolo e che accomunano personaggi come un Fraggianni a Napoli e un Le Paige o un Durey de Meinières a Parigi.

fraziono, divido in parti), è qui adoperato nel senso di 'dottrina sociale' che considera l'organizzazione della *polis* composta da una pluralità di gruppi diversi.

⁶¹ L'opposizione tra le dottrine politiche e gli assetti sociali nelle rispettive concezioni di Aristotele e di Hobbes fondata sul carattere (misto o neutro) dell'«identità collettiva» è stata di recente sottolineata da P. PASQUINO, *Communauté et société*, in S. RIALS e P. RAYNAUD (a cura di), *Dictionnaire de philosophie politique*, PUF, Paris 1996, pp. 101-3 spec. p. 103 col. I, che propone così una visione diversa da quella di N. BOBBIO, *Il modello giusnaturalistico*, in «Riv. internaz. di filos. del diritto», L, 1973, pp. 603-22, poi ripubbl. in AA.VV., *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, «Atti del III Congresso internazionale della Società italiana di storia del Diritto», 3 voll., Olschki, Firenze 1977, I, pp. 73-93, ora anche in ID., *Thomas Hobbes*, Einaudi, Torino 1989, pp. 3-26, propenso a considerare invece quella distinzione come indice dell'antitesi organicismo (Aristotele)/individualismo-meccanicismo (Hobbes).

Nel secolare arco di tempo che conduce dalla svolta umanistica al crollo dell'*Ancien Régime* l'ideologia dominante nelle 'compagnie' forensi dell'Europa continentale – pur tra molteplici 'distinguo' a seconda delle diverse realtà nazionali – non fuoriuscì sostanzialmente dalla linea di fedeltà alla compattezza ed ai fondamenti ontologici (perciò ritenuti immutabili) del potere statale⁶². Questa mentalità 'istituzionalistica' e 'continuistica' affondava le sue radici nella tradizione giuridica medievale. Essa era stata inaugurata con le prime grandi scuole esegetiche⁶³, i cui campioni – da Odofredo ad Accursio, da Bartolo a Baldo – non avevano mai perso di vista il fine politico di far rivivere nella loro attività interpretativa e creativa, fondata su schemi logico-formali di tipo aristotelico⁶⁴, gli splendori e la forza del modello statale romano fondato sulla *ratio imperii*⁶⁵. Il loro obiettivo principale era consistito, com'è stato riconfermato da recenti ricerche, nell'«assimilazione della politica alla 'disciplina civile', ovvero alla scienza della giustizia», venendo perciò ad identificarsi nella loro teoria dello Stato i termini di (buon) «governo civile» e «legislazione»⁶⁶.

Una simile continuità imponeva *d'emblée* la naturale attrazione del giureconsulto, fin dai primi passi della sua formazione, verso quel

⁶² Insiste a questo riguardo sulla «sostanziale continuità» tra Medioevo ed Età moderna CAVANNA, *Storia*, cit. *sup.* in nt. 19, p. 172.

⁶³ Sulle origini medievali dell'ideologia giuridica, cfr. P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Roma-Bari 1995, spec. pp. 127-201; AJELLO, *Il problema storico del Mezzogiorno*, cit. *sup.* in nt. 2, pp. 43-9; Id., *Origini*, cit. *sup.* in nt. 19, *passim*.

⁶⁴ Cfr. CAVANNA, *op. ult. cit.*, p. 41; M. BELLOMO, *Società e istituzioni in Italia tra Medioevo ed Età moderna*, Giannotta, Catania 1976², p. 345.

⁶⁵ Cfr. CAVANNA, *op. ult. cit.*, p. 59: «Utilizzando il concetto di *imperium* i giuristi medievali cercarono di esprimere la *plenitudo potestatis* dei nuovi monarchi»

⁶⁶ Cfr. M. VIROLI, *Dalla politica alla ragion di Stato - La scienza del governo tra XIII e XVII secolo*, Donzelli, Roma 1994 (tr. it. con qualche modifica di Id., *From Politics to Reason of State - The acquisition and transformation of the language of politics 1250-1600*, Cambridge Univ. Press, Cambridge 1992), p. XIV. Sulla relazione tra «Buon Governo» e «*Iustitia*» nei giuristi medievali, cfr. anche E. H. KANTOROWICZ, *The King's Two Bodies - A Study in Mediaeval Political Theology*, Princeton Univ. Press, Princeton 1957, tr. it. *I due corpi del re - L'idea di regalità nella teologia politica medievale*, Einaudi, Torino 1989, p. 98. Cfr. anche, con rif. al *Liber augustalis*, F. CALASSO, *I glossatori e la teoria della sovranità - Studi di diritto comune pubblico*, Giuffrè, Milano 1957³, p. 8 e *passim*.

complesso di regole non scritte, di *habitus* psicologici, di valori ideali e comportamenti concreti, che si erano manifestati nell'ambito di quell'ordine 'sistematico'⁶⁷, destinato a restare il paradigma «di per sé funzionale agli interessi consortili e corporativi» del ceto giuridico⁶⁸. A quei fini originari, che si configuravano come altrettante *rationes metaphysicae*, bisognava continuamente riferirsi nell'attività ufficiale, perché era questo il metodo imposto dalle leggi del formalismo, che in tanto continuava a reggersi e ad alimentarsi proprio in quanto traeva la sua legittimazione dal dichiarato scopo di salvaguardare la coerenza interna del sistema, la corrispondenza simulata tra presupposti e risultati.

A questo proposito, va sottolineato come nei suoi intenti iniziali la mentalità dei giuristi, che successivamente la critica dei 'moderni' e degli illuministi giunse a scuotere definendola «formalistica», nascesse, paradossalmente, dal tentativo di assicurare la coerenza più stretta possibile tra i valori di fondo dell'*ordo juris et reipublicae* (cioè dell'ordinamento giuspolitico) e l'attività (giurisdizionale) di governo⁶⁹. Gli sbocchi verso cui quel sistema fu destinato, ossia l'inevitabile frattura tra fatti e valori e lo sfasamento dei differenti livelli dell'esperienza giuridica, con il conseguente idealpragmatismo dei magistrati-politici operanti in regime giuridico di diritto comune, furono perfettamente coerenti alle intenzioni e alle scelte compiute in precedenza. Fu in larga parte per effetto dello zelo ad ottenere una serrata aderenza dei dati oggettivi offerti dall'esperienza con le prescrizioni normative e con i precedenti giurisprudenziali⁷⁰ se si giunse a quella

⁶⁷ Con rif. al diritto comune, inteso come «*habitus* scientifico» insuperabile dai giuristi appartenenti alle corti supreme, cfr. CAVANNA, *op. ult. cit.*, pp. 161 e 207.

⁶⁸ BELLOMO, *Società e istituzioni*, cit. *sup.* in nt. 64, p. 337.

⁶⁹ Sugli aspetti «politici» nell'attività esegetica dei giuristi medievali, cfr. VIROLI, *Dalla politica alla ragion di Stato*, cit., *sup.* in nt. 66, pp. 37-47; AJELLO, *Origini*, cit. *sup.* in nt. 19, *passim*.

⁷⁰ Va aggiunto che l'esperienza non era intesa dai giuristi medievali nel senso tutto moderno di rapporto dei sensi con i fenomeni naturali, bensì come osservazione del mondo esterno attraverso il filtro della 'ragione' (intesa in senso puramente logico-formale o nominale), che per effetto del suo legame, anzi della sua identificazione completa, «con la parola intangibile di Dio» diventava l'unico strumento certo per la formulazione del giudizio; la *ratio*, come percorso obbligato per il raggiungimento della *veritas*, finiva così per avere «sempre un valore normativo», spianando la strada

coupure tra realtà 'effettuale' e valori giuridici in cui la critica illuministica indicò i fondamenti del formalismo⁷¹. I mutamenti economico-sociali erano di tale portata e procedevano con ritmi così vertiginosi da rendere obsoleti dopo solo pochi lustri criteri di giudizio che traevano la loro supposta superiorità dal presentarsi come 'eterni' ed applicabili in ogni contesto nazionale. Un circolo vizioso caratterizzava la vita giuridica: il caotico sistema di produzione del diritto e la pluralità delle fonti (normative e giurisprudenziali) da un lato contribuivano ad alimentare il processo di frammentazione dall'altro aumentavano l'esigenza di certezza che, per essere di natura eminentemente ideale, a sua volta stimolava rimedi puramente teorici e quindi o inapplicabili o inefficaci.

Le accelerazioni – non solo di natura scientifico-tecnologica – che la società europea conobbe nei secoli moderni e particolarmente tra Sei e Settecento⁷² determinarono un arroccamento ancor più risoluto dell'ontologismo tradizionale. Considerando quest'ultimo come l'indispensabile preconditione per la difesa del loro potere i giuristi non fecero che ri-produrre, con la loro attività, un'estensione del formalismo a tutti i livelli dell'agire giuridico e politico alimentando un *cercle fermé* tra rappresentazione normativistica dei fatti e rappresentazione deontologica dei valori che ha avuto pesanti conseguenze sulla

anche alla legittimazione politica (legame *ratio-auctoritas*): cfr. E. CORTESE, *La norma giuridica - Spunti teorici nel diritto comune classico*, 2 voll., Giuffrè, Milano rispettivamente 1962 e 1964, I, p. 293.

⁷¹ Un esemplare atteggiamento che mostra quanto lo sforzo dei giuristi, soprattutto di coloro che seppero lasciare un largo spazio dei loro interessi per le tematiche del diritto pubblico, fosse teso a mantenere uniti quanto più possibile gli elementi «causali» dell'esperienza fenomenica con gli strumenti normativi (i dati endogeni, specifici della loro *scientia*) si può scorgere in Andrea d'Isernia, che tirando «le somme di tutte le elaborazioni» compiute sul cruciale argomento scrisse, sulla base di una glossa di Accursio, che «la causa è la ragione senza la quale non si dà legge»: CORTESE, *op. cit.* in nt. preced., p. 296. In definitiva, come emerge dalle chiare conclusioni di questo A., lo sforzo dei giuristi medievali era stato tutto proiettato verso il fine di «fondare la *regula* sulla sintesi di fattispecie concrete operata dalla *ratio juris*» (ivi, p. 338).

⁷² Sul punto, per un panorama d'insieme, cfr. MOUSNIER, LABROUSSE, *Le XVIII^e siècle - Révolution intellectuelle, technique et politique (1715-1815)*, PUF, Paris 1955, tr. it. *Il XVIII secolo - Rivoluzione intellettuale, tecnica e politica*, in *Storia generale delle civiltà*, vol. 5, Sansoni, Firenze s.d. [1959], pp. 11-139.

mentalità giuridica contemporanea che sono, ancora oggi, ben lungi dall'essere superate.

D'altro canto, è pur vero che nell'ultimo quarantennio dell'*Ancien Régime* i giuristi non furono totalmente sordi alle istanze di rinnovamento. I più avvertiti tra essi si rendevano ben conto che il criterio 'oggettivante' connesso con la dicotomia sostanze-accidenti non poteva più reggere l'urto di trasformazioni tanto repentine, radicali ed incessanti. Fin dalla crisi della coscienza europea, del resto, l'idea di «razionalità» aveva iniziato, sotto i colpi delle critiche provenienti dal pensiero 'utilitarista'⁷³ e dal giusnaturalismo⁷⁴, a mutare profondamente di significato⁷⁵, perdendo l'originaria univocità e diventando piuttosto l'oggetto di accese dispute dottrinali di cui sarebbe superfluo sottolineare l'impatto su una *scientia*, come il diritto, che su quell'idea — o più esattamente sulla 'certezza' da essa garantita — aveva puntato in modo pressoché totale, per poter legittimare l'assidua 'oggettività', e di conseguenza la forza cogente, delle decisioni giurisprudenziali o consiliari. La crisi della razionalità classica, ossia dell'idea che potesse esistere, secondo un criterio matematico, o secondo «il metodo geometrico e metafisico» — per riprendere un'espressione cara a Paolo Mattia Doria⁷⁶ —, una ed una sola dimensione razionale, vei-

⁷³ Cfr. A. O. HIRSCHMAN, *The Passions and the Interests - Political Arguments for Capitalism before its Triumph*, Princeton Univ. Press, Princeton (N.J.) 1977, tr. it. *Le passioni e gli interessi - Argomenti politici in favore del capitalismo prima del suo trionfo*, Feltrinelli, Milano 1979 (ed. 1990), *passim* e spec. la parte I (pp. 15-54); sul punto, con riguardo alla situazione francese, cfr. G. GARGALLO DI CASTEL LENTINI, *La scoperta dell'utile nel Settecento - La genesi del concetto di economia in Francia dai libertini agli illuministi e l'aspetto economico della storia nella storiografia dell'illuminismo francese*, Edizioni di storia e letteratura, Roma 1951.

⁷⁴ Cfr. CAVANNA, *Storia*, cit. *sup.* in nt. 19, p. 361: i giusnaturalisti diedero al termine 'ragione' il significato di «lume della scienza e della saggezza umana, che permette al soggetto di distinguere il vero dal falso e che gli rende possibile la conoscenza scientifica, attraverso l'esperienza, dei principi che regolano l'universo» (corsivo mio).

⁷⁵ Sui progressi dell'«esprit critique» per effetto del naturalismo empirico e materialistico, cfr. J. EHRARD, *L'idée de Nature en France dans la première moitié du XVIII^e siècle*, 2 voll., SEVPEN, Paris 1963, I, pp. 34, 49, 68-9, 185 e *passim*.

⁷⁶ L'espressione ricorre più volte nell'«Introduzione» a *Ragionamenti e poesie varie*, Venezia 1737 (= BNP, Z 5663), spec. p. IX.

colo assoluto per la conquista di quella «verità»⁷⁷ che Le Paige indicava come il fondamento di ogni attività giurisdizionale, fu l'elemento che più di ogni altro determinò prima il turbamento psicologico dei giuristi, poi la loro reazione dottrinale, quindi l'austera chiusura nei dogmi della vecchia *ratio juris*⁷⁸.

5. La politica dei togati e gli «arcana juris»

Il perno di questa ideologia era il ruolo fondamentale politico e nello stesso tempo arcano ed esoterico della *scientia juris*, una funzione che si manifestava nell'esaltazione incondizionata della «lex», come traduzione di verità oggettive ed eterne rivelate dal metodo esegetico elaborato sul diritto romano-comune (poi trasposto sul *droit coutumier*) e confermate dal *consensus gentium*. Era soprattutto su questa base che Le Paige aveva costruito la sua dottrina giuspolitica divenendo, già nei primi anni Cinquanta, il *leader* (per quanto *caché*) del più influente 'partito' (il *parti janséniste*) all'interno del *Parlement* parigino, guidando sia la giurisprudenza politica (*remonstrances, arrêts e décrets* su oggetti di rilevanza pubblica), sia la dottrina e la libellistica proveniente dal *milieu parlementaire*. Ma la sua influenza non si limitò al piano teorico. Si può vedere nelle più importanti mosse strategiche della *noblesse de robe* nella dialettica socioistituzionale, tra gli anni cinquanta e (almeno) la seconda metà degli anni settanta, una conse-

⁷⁷ *Ibidem*: Doria afferma di seguire il «metodo Geometrico, e Metafisico, nel quale [...] si dee sempre avere in mira la verità, ch'è una»; l'asserto di ispirazione monistica che non vi sia alcuna possibilità di scomposizione della verità ritorna costantemente nel discorso di Doria: un esempio nel *Ragionamento quinto ironico, nel quale si fa paragone fra l'antica e moderna Sapienza, e fra l'antica e moderna Virtù*, ivi, p. 125, dove proseguendo nel tono faceto che informa tutto il saggio, l'autore afferma che in una immaginaria visita al «Tempio della moderna Sapienza» aveva visto già nei titoli dei libri «un numero innumerabile di Teologi, e di Morali [...] che tutti l'uno all'altro si contradicevano per modo tale, ch'era difficil cosa il potere da quelli dedurne massime ferme, e costanti per ben diriggere l'importante affare della propria coscienza».

⁷⁸ Sulle conseguenze della crisi della razionalità, processo che ebbe il suo epilogo intorno alla metà del Settecento soprattutto con il crollo del matematismo newtoniano, baluardo dell'«antico ontologismo», cfr. AJELLO, *L'estasi*, cit. *sup.* in nt. 12, pp. 80-9.

guente applicazione dei suoi principi dottrinali, ma si avverte su molti punti decisivi anche la sua personale direzione⁷⁹.

Una silloge degli argomenti piú rilevanti utilizzati dal gruppo lepaigiano per difendere il costituzionalismo ministeriale-togato imperniato sugli *arcana juris* si ritrova nell'anonima *Lettre à un ami, où l'on réfute les cinq Lettres sur les Remontrances du Parlement*⁸⁰, scritta per rispondere agli attacchi provenienti dal partito avverso (i *royalistes* e gli ecclesiastici) a seguito delle grandi *remontrances* della primavera del 1753. In questa *brochure* si esaltava il diritto-dovere del *Parlement* di dire «la vérité aux Rois». I *robins* erano i soli *officiers* «chargés par état de la leur dire»⁸¹, anche quando questa «verità» poteva risultare contraria agli interessi personali del sovrano. La sottomissione a quest'ultimo, in quanto simbolo dell'unità nazionale e della «puissance souveraine», non poteva costringere i magistrati ad ignorare i «maux» che si manifestavano nel regno, rendendoli in tal modo complici di un progetto dispotico: «L'obéissance sans bornes n'est dûe qu'à Dieu». Perciò «l'on obéit aux Rois» anche «en paroissant leur désobéir». I re, infatti, «sont hommes» e come tali sono soggetti all'errore⁸². Per evitare quest'ultimo non restava che una via: lasciarsi consigliare dai 'saggi', da coloro che dello studio delle leggi e dei costumi avevano fatto una lunga pratica quotidiana e della loro professione di giudici la ragione della propria vita.

Ciò contraddiceva frontalmente quanto affermato dai sostenitori dell'assolutismo in versione forte (stile Luigi XIV): «Ne laissez jamais – avevano affermato costoro rivolgendosi a Luigi XV – prendre aux *Légistes* le droit qu'ils voudroient s'arroger d'examiner les ordres que vous leur adressez. Votre volonté est la loi suprême. [...] Sachez que les Rois qui ont humilié les Parlemens sont ceux qui ont régné avec plus de bonheur. L'autorité sans bornes dans le Prince; l'obéissance

⁷⁹ Per l'influenza lepaigiana sulla produzione «pamphlétaire du constitutionnalisme 'patriotique'» vicina alle dottrine giuspolitiche del *milieu parlementaire*, cfr. VAN KLEY, *Du parti janseniste*, cit. *sup.* in nt. 22, p. 119; ed ora, piú ampiamente, MAIRE, *op. cit. sup.* in nt. 24, *passim* (spec. pp. 396-420 e 441-72).

⁸⁰ S.l. né d. [ma stampata nella tipografia dell'*Enclos du Temple* gestita da Le Paige nel 1754] (= BPR, *Br. Pasc.* 94 e BNP, Ld⁴ 2565).

⁸¹ *Ivi*, p. 3.

⁸² *Ivi*, p. 5.

sans bornes dans les Sujets: quand ces deux choses se sont rencontrées, la France a toujours été victorieuse»⁸³. A quest'idea, giudicata dai *robins* «perniciosa», non era difficile rispondere con le parole del cardinale Richelieu, che pure era stato tra coloro che più avevano «abaissé le Parlement»: «Il faut avouer – aveva detto il grande ministro di Luigi XIII – que Dieu accorde aux Juges des lumieres qu'il ne donne pas aux autres hommes»⁸⁴. Si comprende perciò come il commento dei *robins*, un secolo e mezzo più tardi, non potesse che essere irridente contro chi continuava ostinatamente ad opporsi all'egemonia politica dei magistrati: persino «ceux qui n'ont étudié les Loix qu'en Barbarie, exaltent de pareils hommes»⁸⁵. Invece nel «royaume françois» vi era chi continuava a credere che fosse necessario «venger la Majesté royale avilie par les Remontrances qui etablissent une sorte de distinction entre l'autorité exercée par le Prince et la même autorité exercée par le Parlement»⁸⁶.

Costoro ricordavano

l'avis que donna Henri IV à Marie de Médicis: «Maintenez, lui disoit-il, les Parlemens en l'autorité qui leur appartient de rendre la justice au tiers et au quart: mais donnez-vous bien de garde de leur laisser prendre connoissance du gouvernement de l'Etat, ni faire aucune action par laquelle ils puissent séparément autoriser la prétention imaginaire qu'ils ont d'être tuteurs des Rois»⁸⁷.

Ma a queste insinuazioni occorreva rispondere che

si Henri IV a donné ces avis à la Reine son Epouse, il avoit donc oublié l'Arrêt du Parlement qui déconcerta la Ligue, et lui assura la Couronne. Et pour ce qui est de la Reine, elle tint le lendemain de la mort de son Epoux un langage bien différent, lorsqu'elle vint au Parlement se faire déclarer Régente: «Je vous ai amené le Roi mon fils, dit-elle, pour vous prier tous d'en avoir soin, comme vous y êtes obligés... Je lui apprendrai à suivre vos avis *dans la conduite de l'Etat*. C'est à vous de lui en

⁸³ Ivi, p. 67.

⁸⁴ Ivi, pp. 88-9.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ Ivi, p. 90.

⁸⁷ Ivi, p. 92.

donner toujours de bons et de salutaires». Le discours que prononça le jeune Roi, exprimoit les mêmes sentimens: «Messieurs, dit-il, Dieu ayant retiré à soi le feu Roi mon Seigneur et Pere; par l'avis et le conseil de la Reine ma Mere, je suis venu en ce lieu pour dire à tous qu'*en la conduite de mes affaires*, je désire suivre vos bons conseils»⁸⁸.

Ecco dunque, in sintesi, il fondamento ideologico del progetto giuspolitico dei *robins*. Essi invocavano l'imperio delle leggi perché solo la centralità della legge poteva legittimare l'impenetrabile regno degli *arcana juris*: «On revient aux règles, et on reprend les anciens sentimens de la Nation»⁸⁹. Risultava di conseguenza inaccettabile la «maxime que le Parlement ne doit se mêler que de juger des procès»⁹⁰. Infatti «dans un Etat Monarchique [sottinteso: non-tyrannique] le devoir des Parlemens est d'enregistrer les Edits qu'on leur envoie»⁹¹. Dal *droit d'enregistrement* che i re avevano sempre loro riconosciuto, i *robins* traevano dunque «un aveu bien formel du droit qu'à le Parlement d'entrer dans les affaires d'Etat»⁹². Infatti «des hommes appellés à passer leur vie dans l'immense discussion des Loix», non potevano non avere anche una competenza in materia di «Politique, cet art sublime qui, avec les talens les plus distingués, exige encore un exercice continuel en ce genre». Perciò non poteva che essere considerata una «vieille erreur» l'idea espressa da Boulainvilliers, un *esprit* che del resto era stato tutt'altro che condiscendente con le posizioni dei *robins*, benché Le Paige e i lepaigiani avessero trovato modo di trarre dalla sua opera un prezioso supporto alla *thèse parlementaire* da essi sostenuta⁹³. Commentando un passo dello storico normanno, l'anonimo *écrivain* della *Lettre* (in realtà J.-B. Gaultier) afferma un principio di estrema importanza nei rapporti (sempre più tesi) tra magistratura e potere politico. Boulainvilliers aveva sostenuto che se si fosse lasciata la magistratura libera di «[s']immiscer dans les affaires d'Etat», si sarebbe violata una delle più elementari regole dell'antica

⁸⁸ Ivi, pp. 92-3.

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ Ivi, pp. 95-6.

⁹² Ivi, p. 94.

⁹³ Per la strumentalizzazione delle idee boulainvillieriane da parte dei *robins* del partito lepaigiano, cfr. il mio *Esperienza*, cit. *sup.* in nt. 4, pp. 403-57.

costituzione del regno, secondo la quale i parlamenti non erano stati «*établis que pour juger les plus petites difficultés survenues entre les Particuliers*». Nel caso contrario «*il n'y a coeur de Gentilhomme qui n'en dût frémir*»⁹⁴. Per i *robins* legati al partito giansenista-lepaigiano ciò era «*absolument contraire à la vérité*»⁹⁵, in quanto fin dall'epoca di Carlo IX i membri del *Parlement* erano riconosciuti come «*les Tuteurs du Roi, les Defenseurs du Royaume et les Gardiens de la Ville de Paris*»⁹⁶. Perciò, in conclusione, era indispensabile «*que le droit qu'a le Parlement d'entrer dans les affaires d'Etat*» fosse «*bien inculqué dans le coeur de la Nation*»⁹⁷.

6. La mediazione togata tra legge e popolo

L'argomento forse più rilevante di quest'orientamento programmatico del partito lepaigiano si può riassumere nell'immagine del giudice come figura intermedia «tra la legge ed il popolo», un *topos* retorico non nuovo al linguaggio della dottrina giuridica che venne rispolverato e aggiornato già all'indomani della morte del Re-Sole. Delamare, ad esempio, l'aveva riproposta rinvenendone esempi nel diritto romano repubblicano ed in particolare nel *De legibus* di Cicerone, e aveva preso partito per rilanciare il collaudato criterio aristotelico che stabiliva la distinzione tra potenza ed atto:

Le Magistrat – aveva scritto nel suo celebre *Traité* – est entre la Loy, qui est au-dessus de lui, et le Peuple auquel il preside; ou plutôt [...] la Loy est le Magistrat muet, qui a besoin d'une voix pour se faire entendre et obéir; et le Magistrat, la Loy animée et parlante, qui réduit en acte ce que la Loy écrite ne contient qu'en puissance⁹⁸.

⁹⁴ *Lettre à un ami*, cit. *sup.* in nt. 80, p. 95 (in nota viene segnalato che le parole in corsivo erano citate da Boulainvilliers).

⁹⁵ *Ivi*, p. 98 (la frase è tutta in maiuscolo nel testo orig.).

⁹⁶ *Ivi*, p. 95.

⁹⁷ *Ivi*, p. 109.

⁹⁸ Cfr. N. DELAMARE, *Traité de la police*, chez Michel Brunet, Paris 1722, f. 275, col. I.

Il rapporto tra magistrato e legge costituiva, dunque – ovviamente in un senso del tutto diverso dal significato contemporaneo, di derivazione post-rivoluzionaria –, il nucleo di una retorica del discorso da cui nessun giureconsulto sapeva tenersi esente. I giuristi – aveva scritto Fraggianni commentando il testo della celebre *grande remontrance* del 9 aprile 1753 – sono i soli ad essere «schiavi delle leggi» e pertanto solo a loro può essere attribuita l'«autorità»⁹⁹. L'essere «legum servi», tuttavia, non comportava affatto un vincolo specifico riguardo al significato normativo, ma costituiva solo un principio generale che sanciva la competenza tecnica dei giuristi e quindi il loro diritto esclusivo di essere gli interpreti dell'*ordo juris*.

Sarà, come è noto, la fedeltà a questo fondamentale principio d'ispirazione romanistica, a caratterizzare, salva la parentesi del pensiero giuridico rivoluzionario, il nesso di continuità tra l'ideologia dei giuristi di *Ancien Régime* e i loro colleghi ottocenteschi¹⁰⁰. Senza quella legittimazione formale, il potere degli *arcana juris* – per lo meno con riguardo al rapporto diritto-giuristi – si sarebbe molto probabilmente estinto con l'esaurimento dell'esperienza del diritto comune. Non a caso alla vigilia del 1789, e in un'opera squisitamente giuridica, Mably avrebbe reagito, con l'energia a lui consueta, proprio contro l'immagine ciceroniana ripresa da Delamare:

Mes loix ne produiroient qu'un bien très-médiocre ou très-court, si le magistrat, qui pour me servir de l'expression de Ciceron, est une loi parlante, comme la loi est un magistrat muet, peut troubler, altérer et déranger par son ambition les moeurs et la constitution de l'état. En lui donnant un très-grand pouvoir pour conserver et protéger efficacement les loix, faites en sorte qu'il n'en puisse abuser pour les faire obéir à ses volontés¹⁰¹.

⁹⁹ *Promptuarium Excerptorum* (= BNN, ms. I.D.59), c. 227v.

¹⁰⁰ Sul punto cfr. A.-J. ARNAUD, *Les juristes face à la société du XIX^e siècle à nos jours*, PUF, Paris 1975, tr. it. a c. di F. Di Donato, *Da giureconsulti a tecnocrati - Diritto e società in Francia dalla codificazione ai giorni nostri*, Jovene, Napoli 1993.

¹⁰¹ *De la législation ou principes des loix*, in *Oeuvres Complètes de l'abbé de Mably*, IX, s.e., Londres 1789, p. 170; il passaggio è contenuto nel secondo libro, cap. III, intitolato: «*Caractère des loix nécessaires pour réprimer et régler l'ambition dans l'état et dans les magistrats*».

Il problema era dunque ben chiaro. I magistrati rivendicavano per sé la porzione di sovranità connessa all'esercizio della *jurisdictio* sulla base di un rapporto di accesso privilegiato alla legge. Ma se si era disposti ad accordare loro questa prerogativa senza determinare nel contempo limiti precisi al suo esercizio si sarebbe stati ad un passo da una tirannia tecno-oligarchica, che avrebbe condotto lo Stato nella direzione esattamente opposta al rispetto della legge da parte di cittadini resi uguali appunto dalla comune sottomissione ad un'entità oggettiva, fuori dalla portata delle passioni umane e quindi non manipolabile dai detentori del potere. Se ogni sforzo di riforma si fosse risolto solo in un'operazione di surroga soggettiva era evidente che l'ontologismo di Antico Regime non sarebbe stato superato e la questione del ruolo dei giuristi nella società e nelle istituzioni avrebbe continuato a porsi nei vecchi termini. Passare dall'autorità assoluta di un monarca alla volontà assoluta di un gruppo di 'esperti' non avrebbe rappresentato un effettivo progresso sulla via del superamento dell'ontologismo tradizionale. Il problema andava perciò posto preventivamente in termini teorici, cioè investendo le categorie generali delle forme di Stato e di governo. Ed è quanto fece la terza generazione d'illuministi. Quando, tre lustri dopo la morte di Fraggianni (avvenuta nell'aprile del 1763), Vittorio Alfieri avrebbe composto il (solo poi divenuto celebre) trattatello sulla «tirannide», la tematica montesquiviana dell'identificazione tra «monarchia» e «governo temperato», recepita e sviluppata dal giurista barlettano sulle orme di Le Paige, sarebbe apparsa ormai del tutto inattuale¹⁰².

¹⁰² L'opera di V. ALFIERI, *Della tirannide*, composta nel 1777, apparve per la prima volta solo dodici anni dopo, in pieno clima rivoluzionario. Il grande drammaturgo di Asti vi sosteneva la tesi della naturale identità tra 'principe' e 'tiranno': «Monarchia - scrive - è perfettissimo sinonimo di tirannide» in quanto essa prevede per definizione l'«Autorità di un solo sopra le leggi, perché niuno è monarca, là dove esiste un'autorità maggiore, o eguale alla sua». Alfieri giungeva così a liquidare la tesi 'moderata' sostenuta dal «dotto Montesquieu» (da Le Paige e da Fraggianni), secondo cui vi sarebbero state ragioni sufficienti per tracciare una chiara distinzione fra 'monarchia assoluta' e 'dispotismo'. Pertanto «non conoscendo [...] e non credendo a codesta ideale monarchia», egli affermava che sotto questo «blandissimo nome [...] altro in fatti non [vi] è se non una intera e schietta tirannide, accomodata ai tempi». Non ignaro che il vero problema dell'assolutismo riguardava meno la persona del re che i complessi meccanismi giuspolitici sottostanti la struttura monarchica, Alfieri

7. Verso un nuovo costituzionalismo parlamentare

Già in Francia, tuttavia, nello stesso *milieu judiciaire* che aveva visto qualche anno prima emergere e trionfare le tesi del geniale avvocato parigino sulla 'sovranità' del *Parlement*, nuovi fermenti, questa volta non più totalmente in linea con l'ideologia togata 'classica', avevano conquistato l'attenzione di giuristi attenti al dibattito e all'evoluzione delle vicende politiche. In un *pamphlet* intitolato *L'ami de la concorde*, un oscuro avvocato del *Parlement* di Parigi, Claude-Louis Chanlaire¹⁰³, aveva iniziato l'opera di critica (che sarebbe divenuta poi demolizione) dei postulati più tipici dell'ideologia togata.

Chanlaire si distacca già piuttosto nettamente dai punti qualificanti del programma lepaigiano in quanto è assai critico verso gli *arcana juris*, elemento cardine del costituzionalismo parlamentare di cui

spingeva la sua critica ben oltre la tematica dell'assetto giuridico-formale delle istituzioni, investendo i rapporti di forza effettivi corroborati dalla costituzione materiale. Così per lui «non solamente è tirannide ogni governo» in cui il potere è concentrato nelle mani di un solo individuo, ma anche «qualunque governo, in cui chi è proposto all'eseguire le leggi non dà pure mai conto della loro esecuzione». Mostrandosi perfettamente consapevole che la vera causa dell'irriformalità dello Stato monarchico risiedeva nell'«assolutismo togato» Alfieri mette la sua violenta critica degli *arcana juris* in relazione al quesito «se più sopportabili siano i molti tiranni, o l'un solo». Pur ammettendo che la «questione» era «problematica assai» egli finisce con il sostenere che di tirannide «ve n'ha di più sorti», ma «le tirannidi moderne in Europa sono cresciute e si sono corroborate per via d'un potere [...] fatto, per così dir, scaturire da quell'apparente o reale potere civile e legale, che si trovava già stabilito presso a quei popoli» (ultimo corsivo mio): cfr. ed. Rizzoli, Milano 1950², le citazioni sono alle pp. 10-6, 48 e 92.

¹⁰³ [C.-L.- CHANLAIRE], *L'ami de la concorde ou Essai sur les Motifs d'éviter les Procès, et sur les Moyens d'en tarir la source*, Londres 1765; dell'operetta venne stampata una seconda (e più diffusa) edizione, chez Monory, Londres et Paris 1779. Inespugnabilmente Barbier lo nomina «Champlaire», mentre nell'*Almanach Royal*, chez Le Breton, Paris 1761, p. 268, viene chiamato «Chanlaire». Del testo di Chanlaire non si trova menzione nella solida bibliografia del lavoro più completo che sia stato fatto sul tema degli *avocats* nel XVIII secolo, la *thèse* di Ph.D di D.A. BELL, *Lawyers and Politics in Eighteenth Century Paris (1700-1790)*, University Microfilms International, 1991 (un esemplare è conservato in BPR); al contrario, un'interessante notizia è riportata in Id., *Lawyers*, cit. *sup.* in nt. 24, p. 145: deluso dal comportamento di Maupeou, che pure aveva in un primo momento appoggiato, Chanlaire ebbe una reazione tanto violenta da progettare un attentato (poi scoperto) al cancelliere, finendo così agli arresti.

il *bailli du temple* era fautore. Egli rifiuta i postulati principali dell'ideologia togata e critica il potere occulto dei giurisperiti. Per lui l'aspetto centrale della vita giudiziaria è rappresentato dalle garanzie riconosciute ai soggetti processuali. Nella sua prospettiva il maggiore problema del mondo giuridico era rappresentato dai motivi che si situavano alla fonte (*source*) delle cause: «La gloire de gagner des procès – scrive all'inizio dell'*Introduction de L'Ami de la concorde* – m'a toujours moins flatté que la douce satisfaction de les prévenir, ou de les accomoder»¹⁰⁴. Lo scopo del vero giurista, quindi, doveva essere piuttosto la prevenzione che l'esercizio del potere repressivo. Il traguardo era ambizioso e venato di una buona dose di utopia: occorreva riflettere «sur les moyens de délivrer l'humanité du fléau des procès»¹⁰⁵.

Per farlo bisognava prima di tutto dissuadere «la volonté des hommes» ad iniziare processi. Dar vita ad azioni giudiziarie costose e spesso inutili, quando non dannose, era il modo peggiore per risolvere le controversie aperte. A tal fine, era necessario presentare il quadro delle «contestations qui sont portées dans les tribunaux» per mostrare tutti gli «abus et malversations qui s'y commettent» e le «peines», le «inquiétudes» e i «dangers auxquels on s'expose en plaidant», nonché le «frais immenses qu'on ne peut éviter»¹⁰⁶. Una volta palesati i rischi della *voie judiciaire*, occorreva anche agire sul versante morale istruendo gli uomini e specialmente i giovani sui «devoirs qu'ils doivent remplir les uns envers les autres» ed incidendo «dans leur tendre coeur les principes d'une bonne morale pratique, qui doivent être la règle de leur conduite»¹⁰⁷.

Uno dei punti su cui il discorso di Chanlaire si distende con maggior passione di toni è la distanza tra magistrati e avvocati. A differenza dei primi i secondi, in conseguenza del loro «pensare nobilmente», avevano respinto «l'empire de la vénalité», nell'orgogliosa consapevolezza che il loro mestiere esigeva «des qualités qu'on ne

¹⁰⁴ *L'ami de la concorde* (ed. 1779), cit. in nt. preced., p. 3.

¹⁰⁵ Ivi, pp. 4-5.

¹⁰⁶ Ivi, p. 5.

¹⁰⁷ Ivi, pp. 5-6.

vend pas»¹⁰⁸. L'avvocato difendeva palesemente interessi di parte; il magistrato li difendeva in modo occulto. Solo così poteva spiegarsi come «tel a gagné dans une Chambre du Parlement, qui auroit perdu dans une autre»¹⁰⁹. Così i giudici «font pencher la balance du côté qui leur plaît et font triompher sciemment l'injustice et la mauvaise foi»¹¹⁰.

In tal modo, intraprendere un processo conveniva più a coloro che sapendo di aver torto non avevano nulla da perdere da una sentenza sfavorevole che da chi aveva ragione. Il paradosso giungeva al colmo se gli attori in buona fede non disponevano di risorse ingenti: «Celui qui a gagné un procès, se trouve épuisé: s'il en a gagné plusieurs, il se trouve ruiné. Boileau étoit bien convaincu de cette vérité, lorsqu'il disoit à son ami:

Crois-moi, dût Auzanet t'assurer du succès,/Abbé, n'entreprens pas même un juste procès,/N'imite pas ces fols, dont la sottise avarice,/Va de ses revenus engraisser la Justice;/Oui toujours assignans, et toujours assignés,/Souvent demeurent gueux de vingt procès gagnés./*Épître à l'Abbé Desroches*»¹¹¹.

Se questo era il desolante scenario che la vita giudiziaria quotidiana offriva non restava che far appello al potere supremo, alla «bonté du Roi», perché egli si adoperasse per «prévenir au moins moitié des procès et des abus qui ruinent son pauvre Peuple» e soprattutto i semplici cittadini e gli abitanti della campagna «qui sont dupes de la mauvaise foi et de l'avidité des Praticiens, auxquels, ils sont obligés de donner leur confiance»¹¹². La proposta di Chanlaire prevedeva l'istituzione di una sorta di 'difensore civico', (che all'occorrenza poteva diventare anche un «Arbitre qui n'exerceroit qu'une Jurisdiction volontaire») ossia di un giureconsulto «dont la probité et l'expérience seroient connues, pour donner gratuitement, chacun dans un certain arrondissement, des conseils aux gens [...] sur leurs affai-

¹⁰⁸ Ivi, p. 19.

¹⁰⁹ Ivi, p. 32.

¹¹⁰ Ivi, p. 33.

¹¹¹ Ivi, p. 38.

¹¹² Ivi, p. 65.

res, concilier leurs différens, dresser les comptes, partager, faire toutes les liquidations et opérations qu'on voudroit faire à l'amiable, ou du moins indiquer les moyens de les faire avec moins de frais»¹¹³.

Ma una simile riforma avrebbe sottratto alla magistratura ordinaria l'esclusività della *jurisdictio*. I *robins* avevano fatto perciò contro di essa un poderoso ostruzionismo. A Chanlaire non restava così che l'arma dell'ironia per irridere a quei magistrati «plus sensibles à l'argent qu'à l'honneur», secondo le parole utilizzate dal cancelliere d'Aguessau secondo cui il giudice «indifférent pour les fonctions honorables de la Magistrature» e preoccupato più del salario che dell'esercizio della giustizia era da considerare alla stregua di «un vil mercénaire» che «mesure son travail à la récompense qu'il en reçoit»¹¹⁴. Secondo Chanlaire questi magistrati «regretteroient de voir diminuer le profit de leur Offices, en voyant augmenter le bonheur des Peuples»¹¹⁵.

8. Tra critica del 'consensus' e ideologia tradizionale

In questa situazione il marasma giudiziario stava per giungere al culmine. Diventava indispensabile agire su un duplice fronte: da un lato provvedere ai problemi più urgenti con interventi-tampone; dall'altro mettere in cantiere riforme profonde a cominciare dalla formazione dei giuristi. Il rapporto tra questi ultimi e la *scientia juris* non poteva restare un rapporto basato esclusivamente o prevalentemente sugli *arcana*. «Pour rendre à cette science tout le lustre qu'elle mérite, et en retirer toute l'utilité qu'elle doit procurer, il seroit nécessaire de réformer les Ecoles de Droit, ou de veiller à l'exécution de leurs réglemens»¹¹⁶. Chanlaire trova, ad esempio, assurdo che «il y a dans [l]es Ecoles plusieurs Professeurs en Droit Romain, et un seul Professeur en Droit François». Per lui «il faudroit au contraire plusieurs Professeurs en Droit François, et un seul Professeur en Droit Ro-

¹¹³ Ivi, p. 66.

¹¹⁴ Ivi, pp. 74-5.

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ Ivi, p. 85.

main»¹¹⁷. Anche il metodo d'insegnamento doveva subire profonde revisioni:

Les Professeurs en Droit François enseigneroient le Droit commun de la France, composé des Loix Romaines qui ont rapport à nos moeurs, et qui sont adoptées par notre Jurisprudence des Coutumes et des Ordonnances des Rois, ils expliqueroient en langue Française les Loix Romaines, et apprendroient aux jeunes gens à en pénétrer l'esprit, et à en faire l'application¹¹⁸.

Il risultato piú importante doveva essere la riduzione del tasso di formalismo nella mentalità (prim'ancora che nella pratica giuridica) dei nuovi operatori del diritto. Come aveva già notato La Chalotais, procuratore del re al parlamento di Bretagna, bisognava depurare l'università «dai Maestri abituati alle sottigliezze scolastiche» dai quali i giovani apprendevano solo «l'abitudine a disputare e a cavillare» assumendo una tipica *forma mentis* che li portava «per tutto il resto della vita» ad «essere sempre sui banchi di scuola»¹¹⁹.

Il rinnovamento degli studi giuridici passava dunque attraverso l'abolizione della filosofia scolastica che inculcava una mentalità dommatica e astratta spianando la strada al formalismo¹²⁰. Per evitare questi difetti era invece indispensabile «comprendre dans la morale les devoirs de la Loi naturelle, le Droit de la Nature et des Gens, les premiers principes du Droit Public national; en un mot des regles de conduite et des vérités qui puissent réellement influer sur les moeurs». La vera ragione giuridica – e qui Chanlaire giunge a toccare uno dei punti nevralgici dell'ideologia giuridica di *Ancien Régime* – non si basava sul *consensus*. Invece la maggior parte dei giuristi continuava a fondare i propri ragionamenti sulla forza della logica consuetudinaria acriticamente condivisa: «Mais la raison reclame longtems contre les préjugés: avant qu'ils soient détruits, on suit toujours

¹¹⁷ Ivi, pp. 85-6.

¹¹⁸ Ivi, p. 86.

¹¹⁹ Ivi, p. 89.

¹²⁰ Ivi, pp. 90-1: occorreva perciò «proscrire ce qu'on appelle la Scholastique», come aveva suggerito un altro famoso giurista, «M. Guyton de Morveau, Avocat Général du Roi au Parlement de Bourgogne. *Mémoire sur l'éducation publique*».

la route frayée par l'habitude»¹²¹. La nuova razionalità imponeva, invece, di dare la preferenza «plutôt [à] des préceptes de pratique, que de spéculation»¹²². Occorreva insomma sostituire al criterio qualitativo il criterio quantitativo, al verbo della 'morale' quello dell'etica' utilitaristica, agli assoluti astratti le relazioni concrete. Non per questo si doveva dar corpo al «projet chimérique de faire des hommes sans passions». Bastava accontentarsi «de leur apprendre à les régler et diriger suivant les Loix divines et humaines, pour leur bien et celui de la société»¹²³.

Dell'ideologia 'classica' della *robe* Chanlaire conserva però uno dei tratti più tipici, la separazione tra esercizio del potere (sia pure di un potere che per lui deve restare confinato nell'ambito del giudiziario e non deve mai sconfinare in compiti politici) e l'attribuzione delle responsabilità. Non a caso *L'Ami de la concorde* chiude proprio con questo concetto: il sovrano affida la funzione giurisdizionale ai tecnici del diritto. Essi provvedono «à l'administration de la Justice, dont le sacre dépôt leur est confié». Ma il magistrato esercita la *jurisdictio* con la sola responsabilità della propria coscienza («à sa décharge»). In tal modo, il meccanismo estintivo della responsabilità (il re essendo a sua volta irresponsabile per definizione) resta intatto.

In definitiva, la linea prospettata da Chanlaire segna un netto strappo rispetto all'ideologia 'classica' degli *hommes de robe*, sintetizzata al massimo livello nell'opera e nell'azione giuspolitica di Le Paige e dei lepaigiani. E tuttavia egli resta ancorato ad alcuni postulati di quella *forma mentis*. Si tratta perciò di un'importante, ma ancora parziale evoluzione sulla via del superamento di quell'ideologia. Malgrado ciò il libello di Chanlaire spianava ormai la strada al passaggio ulteriore in quanto chiariva, sia pure in negativo (ossia in termini critici, ma non anche propositivi), i termini principali del problema: critica degli *arcana juris*; critica del *consensus gentium* e della legittimazione dell'*ordo juris* fondata sulla fallacia naturalistica; critica della cultura scolastica e del diritto romano; critica della fallacia idealistica e dell'astrattismo imperante; infine critica del formalismo come punto di sintesi dei 'difetti' della giurisprudenza.

¹²¹ Ivi, p. 91.

¹²² Ivi, p. 93.

¹²³ Ivi, p. 94.

9. Un nuovo costituzionalismo, contro l'assolutismo

Le reazioni provocate dal volumetto di Chanlaire non si fecero attendere. Se i critici per lo più tacquero fidando sull'oscurità del personaggio e sulla sua sostanziale mancanza d'influenza sull'apparato, non così accadde sul versante opposto. In un libello indirizzato *Aux Etats-Généraux, sur la nécessité d'une réforme dans l'Ordre Judiciaire*¹²⁴, il conte di Sanois descriveva la «brochure intitulée l'*Ami de la concorde*» come «un tableau des horreurs que l'humanité a éprouvé, et éprouvera sans cesse en France au Barreau jusqu'à l'heureuse époque de la réforme du Code civil», la quale – precisa in nota – «doit suivre immédiatement celle du Code criminel. Il faut commencer par celle-ci pour assurer l'honneur, la liberté et la vie des citoyens qui ne sont pas coupables»¹²⁵. Non ci si sarebbe liberati dell'arbitrio dei giudici «jusqu'à ce qu'une loi positive défende de rapporter et de juger aucun procès à huis-clos»¹²⁶. L'amministrazione della giustizia doveva diventare realmente trasparente «sans sortir [plus] de certains registres inconnus, à l'usage seulement des tribunaux chargés de les faire exécuter [et] si des lois faciles à éluder ne sont point corrigées»¹²⁷. Il giudice doveva «cesse[r] un instant d'être une machine politique destinée à faire mouvoir la loi». Doveva essere sradicata dalla cultura giuridica l'idea che egli fosse

une volonté arbitraire a qui on a laissé ses coudées franches de manière qu'il ait toute liberté de ne suivre d'autre règle que son caprice, et d'autre frein que celui qu'il jugera à propos de se donner. Si ce juge n'est pas forcé d'*observer le sens littéral de la loi* dont il est l'exécuteur, et à laquelle le Souverain même doit être soumis dans une Monarchie, comme le dernier de ses sujets [...] tout est perdu¹²⁸.

Questa posizione non era solo il frutto dello sfogo isolato di «une des victimes – com'egli tiene a precisare nel sottotitolo del suo

¹²⁴ Chez les Marchands de Nouveautés, Paris et Versailles 1789 (= BNP, Lf²³ 69).

¹²⁵ Ivi, p. 122.

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ *Ibidem*.

¹²⁸ Ivi, p. 123. A tutti questi mali aveva proposto rimedio l'operetta di Chanlaire scritta, secondo il de Sanois, «avec courage et hardiesse».

pamphlet – de l'Ordre Judiciaire», ma coglieva uno dei motivi di disagio piú profondamente sentiti e diffusi in quegli anni contro la magistratura: la critica agli *arcana juris*.

Non a caso le stesse argomentazioni di Sanois vennero contemporaneamente sviluppate, ancorché con ben altra perizia e incisività, da Mably:

Les loix – scrive l'abate nascondendo a mala pena la sua carica polemica sotto il tono di descrittività obiettiva – ne peuvent désigner d'une manière trop claire ni trop détaillée les devoirs de chaque magistrature: la moindre confusion à cet égard produira des tyrans. Je vous prédis que tout est perdu, si sous prétexte de faire un plus grand bien qu'on ne demande, le magistrat abuse du mot d'administration pour vouloir être plus sage que les loix. Si vous ne punissez pas un magistrat qui se rend criminel en faisant le bien contre les règles, vous aurez bientôt à la tête des affaires des intrigans et des fripons qui violeront impunément les loix. Que les magistrats soient obligés de rendre compte de leur conduite, qu'on l'examine avec attention, mais sans haine. J'ai bien peur que l'impunité dont vos compatriotes ont fait une prérogative royale ne devienne une prérogative ministérielle; il est trop aisé d'éviter le châtement quand on sert un maître qui ne peut être puni»¹²⁹.

Nel criticare perciò il legame troppo asfittico tra magistrati e legge, Mably indicava come soluzione qualcosa di molto simile a ciò che in seguito sarebbe stato definito come il *systema juris*¹³⁰: «En législation rien n'est vraiment bon, rien n'est vraiment utile qu'autant que toutes ses parties, faites les unes pour les autres, se prêtent une force mutuelle»¹³¹. L'arbitrio del magistrato di *Ancien Régime*

¹²⁹ MABLY, *De la législation*, cit. sup. in nt. 101, p. 254 (libro terzo, cap. III: «Des règles générales que la puissance législative doit se prescrire à elle-même pour ne pas s'égarer. Principes généraux par lesquels elle doit juger de l'importance et de la nécessité de chaque loi»).

¹³⁰ Sulle implicazioni tra pensiero tardo-illuministico e sistematica ottocentesca, cfr. P. CAPPELLINI, *Systema iuris*, 2 voll., I, *Genesi del sistema e nascita della «scienza» delle Pandette*; II, *Dal sistema alla teoria generale*, Giuffrè, Milano rispettivamente 1984 e 1985.

¹³¹ MABLY, *De la législation*, cit. sup. in nt. 101, p. 170; il concetto viene

avrebbe dovuto scomparire nella «potenza» di un sistema normativo autosufficiente, in cui i margini della decisione discrezionale dovevano essere limitati dalla perfezione del tutto.

Da allora in poi sarebbe stato impossibile per la dottrina giuspolitica concentrare in un'unica sfera decisionale l'esercizio della *jurisdictio* e la funzione di governo. È vero che, nel corso dell'Ottocento, il problema sarebbe riemerso a proposito del concreto svolgimento dei rispettivi compiti e che la sua soluzione avrebbe comportato ulteriori e più complesse mediazioni¹³². Ma le strutture mentali che avevano caratterizzato la formazione del 'buon giurista' nell'antico regime non sarebbero più state alla base del funzionamento delle istituzioni giudiziarie e del lavoro quotidiano dei magistrati, anche se il retaggio del vecchio mondo avrebbe continuato a pesare tanto sull'elaborazione teorica e sull'attività esegetica – l'indelebile *scientia juris* – quanto sulla psicologia di coloro che in fin dei conti continuarono a sentirsi «sacerdoti del giure»¹³³ o «pontefici del diritto»¹³⁴.

Basta gettare uno sguardo a ciò che restava di quel *plafond* ideologico nell'opera di Mably, un autore non certo disattento al rapporto tra la società e i giuristi, per rendersi conto del livello di logoramento che l'apparato teorico della vecchia magistratura aveva subìto già nei decenni precedenti, segnatamente tra gli anni Trenta e gli anni Cinquanta, quando i parlamenti francesi avevano lottato accanitamente per rivendicare a sé la rappresentatività della *Nation* e la partecipazione alla *souveraineté* che la Corona si ostinava invece a negar loro.

In quegli stessi anni a Napoli Niccolò Fraggianni aveva attaccato, nelle sue amare riflessioni personali, la politica riformista del triumvirato montealegrino, riproponendo il tradizionale modello 'cul-

ribadito a p. 248: «Toute mes loix, devoit dire le législateur, se prêtent un secours mutuel».

¹³² Cfr. ARNAUD, *Da giureconsulti a tecnocrati*, cit. *sup.* in nt. 100, pp. 132 ss. e *passim*.

¹³³ L'espressione è sia in P. BARCELLONA, *L'educazione del giurista*, in AA.VV., *L'educazione del giurista*, De Donato, Bari 1973, p. 57, sia in R. AJELLO, *Cartesianesimo e cultura oltremontana al tempo dell'«Istoria Civile»*, in AA.VV., *Pietro Giannone e il suo tempo*, Atti del Convegno di Studi nel Tricentenario della Nascita, 2 voll., Foggia-Ischitella, 22-24 ott. 1976, a c. di R. Ajello, Jovene, Napoli 1980, pp. 1-181 spec. p. 18.

¹³⁴ L'efficace formula è di ARNAUD, *op. ult. cit.*, p. 81.

to' della *Respublica* dei togati come via d'uscita dalla crisi e corroborando la validità di questa soluzione con la secolare stabilità assicurata al regno dal 'governo politico' delle magistrature.

In netto contrasto con quest'idea, Mably avrebbe spiegato, qualche anno più tardi, che il complesso di regole empiriche che si formano durante la vita di un regime e che diventano il vero fulcro, la pratica costante su cui si regge lo Stato, non sono di alcuna utilità nel regime successivo¹³⁵, perché non c'è legge che possa tenere di fronte alla forza ed ai mutati presupposti politici¹³⁶. Una visione, dunque, discontinua della storia politica ed istituzionale, non solo della Francia, si sostituiva alla grande epica della continuità su cui i *robins* ed i loro colleghi europei avevano sempre puntato. Ed una preoccupazione diretta investiva ormai il problema della collocazione della magistratura nel nuovo ordine costituzionale che si andava sempre meno confusamente delineando. La potenza ed il prestigio dei giuristi era andato via via offuscandosi a causa della progressiva incapacità dei grandi tribunali ad elaborare giurisprudenze coerenti e funzionali ai mutamenti del sistema. Nella crisi degli anni Cinquanta, non a torto paragonata ad una seconda crisi della coscienza europea¹³⁷, si giunse alla svolta definitiva. Anziché porsi coraggiosamente alla guida delle nuove esigenze di semplificazione del quadro normativo e di distribuzione più equilibrata del potere il ministero togato scelse di proseguire l'affannosa difesa ad oltranza delle strutture esistenti in nome di una

¹³⁵ MABLY, *De l'étude de l'histoire* (1778, ma già apparso, senza il nome dell'A., nel 1775), in *Cours d'étude pour l'instruction du Prince de Parme*, XII, par M. l'abbé de Condillac, Villard et Nouffer, Genève 1780, p. 227 (è significativo che tutto il capitolo IV, da cui sono tratte le citazioni che seguono, sia intitolato: «*De la méthode avec laquelle un prince doit procéder dans la réforme du gouvernement et des lois*»): «La sagesse d'un règne ne sert jamais de leçon au règne qui lui succede». All'incontro N. FRAGGIANNI, nel *Promptuarium Excerptorum* (= Biblioteca Nazionale, Napoli, ms. I.D.59), c. 223v, aveva sostenuto che «è necessario il mantenere a' Popoli i loro istituti, e le antiche loro usanze anche nella introduzione di un nuovo Regno».

¹³⁶ MABLY, *De l'étude de l'histoire*, cit. in nt. preced., p. 234: nel momento in cui cambia un regime invano si farebbero «des remontrances» ed inutilmente si potrebbe implorare «le secours des tribunaux», perché «les lois se taisent devant la force».

¹³⁷ Cfr. VERNIÈRE, *Peut-on parler*, cit. sup. in nt. 12, p. 76; AJELLO, *L'estasi*, cit. sup. in nt. 12, p. 80.

verità fissa *ab aeterno*, di una «virtù interna»¹³⁸ alle cose, che aveva sempre assicurato – ed avrebbe continuato a farlo – «grandezze», «felicità» e «ricchezze»¹³⁹. La struttura delle fonti giuridiche del diritto comune, già vacillante da molto tempo, ma in piedi per inerzia, produceva ora effetti caotici al punto tale da riversarne le conseguenze negative sugli stessi magistrati che da quella confusione normativa avevano saputo trarre i massimi vantaggi sul piano del prestigio formale e del potere sostanziale: «A force de se multiplier et de se contredire – scriveva ancora Mably – les lois forment enfin un cahos où les citoyens ne comprennent rien, et les jurisconsultes eux-mêmes se forment une routine qui leur tient lien de jurisprudence»¹⁴⁰.

I giuristi stessi erano, dunque, ormai incapaci di garantire un minimo di ordine e di certezza all'interno dell'incomprensibile selva delle norme e dell'enorme mole dei pronunciati giurisprudenziali. Non certo inavvertitamente, lo scrittore che di lì a poco sarebbe stato riconosciuto come uno dei profeti del nuovo potere prendeva proprio il ceto giudiziario come bersaglio principale dei suoi strali polemici: il legislatore che sorgerà dal nuovo ordine politico – affermava Mably – dovrà diffidare innanzitutto dell'ambizione dei giuristi; in tutti gli Stati liberi si poteva notare «una rivalità eterna tra la nazione ed i magistrati»¹⁴¹.

¹³⁸ N. FRAGGIANNI, *Promptuarium Excerptorum* (= Biblioteca Nazionale, Napoli, ms. I.D.59), c. 225r.

¹³⁹ Queste espressioni ricorrono in DORIA, *Ragionamento*, cit. *sup.* in nt. 77, spec. p. 133, che le utilizza per contrapporre i secolari vantaggi recati alla collettività dalla morale degli 'antichi' alla «sterilità» della cultura dei 'moderni'.

¹⁴⁰ *De l'étude de l'histoire*, cit. *sup.* in nt. 135, p. 228. Lo stesso concetto è ripreso in *De la législation*, cit., p. 247: «Si je ne sais quelle routine, qu'on appelle jurisprudence, n'a pris la place des loix, les juges embarrassés prononceront des jugemens arbitraires».

¹⁴¹ MABLY, *De l'étude de l'histoire*, cit. *sup.* in nt. 135, pp. 231-2: «Pour faire une réforme durable, la puissance législative doit prendre les mesures les plus propres à lui conserver son indépendance. Qu'elle se défie continuellement de l'ambition des magistrats qu'elle charge de soin de faire exécuter ses ordres. On voit dans tous les états libres une rivalité éternelle entre la nation et les magistrats». Il tema dell'ambizione dei magistrati come pericolo gravemente minaccioso per la stabilità dello Stato è uno degli argomenti più insistiti nell'opera di Mably: cfr. *De la législation*, cit. *sup.* in nt. 101, pp. 253-4: «Après que le corps législatif a pris les mesures nécessaires pour ne pas abuser de son autorité, il doit travailler à la conserver toute entière, et se défier du pouvoir qu'il confie aux magistrats».

10. *Le nuove forme della rappresentanza politica*

Mably, su una sponda completamente opposta alla posizione di Le Paige (e a Napoli di un Fraggianni), aveva compreso che il massimo ostacolo alle riforme era costituito dall'ordine togato non solo per il carattere specifico dell'ideologia dei magistrati, basata appunto sull'idea di continuità, ma soprattutto per la difficoltà oggettiva a ricondurre il potere giurisdizionale nei limiti ad esso assegnati, senza sconfinamenti più o meno coperti in altri settori, e specialmente nel campo politico. Nello Stato riformato occorre che il legislatore facesse «*tous les efforts pour empêcher que les magistrats n'abusent de la force qui leur est confiée*», evitando con la massima cura che quei magistrati trovassero «*le secret d'éluder la force [... des] lois*»¹⁴². Ciò che occorre evitare, per Mably, era insomma la mediazione patriarcale degli *arcana juris*. Proprio quello che invece per Le Paige e per Fraggianni avrebbe continuato a garantire un rapporto stabile fra le istituzioni ed uno sviluppo ordinato della convivenza sociale. Contro l'idea del giurista *letrado* che puntava tutto sulla *scientia* di pochi *sapientes* e attraverso il possesso esclusivo di essa intendeva garantire l'individuazione e l'attuazione dell'interesse pubblico, Mably lanciava il proclama – che faceva risalire all'autorità di Carlomagno – secondo cui «solo la nazione può conoscere ciò che ad essa conviene»¹⁴³. Pur condividendo l'esaltazione della «*publica utilitas*» come bene supremo dello Stato la cui salvaguardia doveva precedere ogni altro interesse, Mably si colloca agli antipodi della visione lepaigiana e fraggianniana che individuava nella società caratterizzata da una forte dialettica degli *status* la struttura sociopolitica più adatta ad esaltare il potere giurisdizionale della magistratura come strumento di mediazione e di soluzione dei conflitti. Se da un lato la *société parfaite* di Mably è quella in cui la divisione per ordini non comporta ineguaglianza tra i rispettivi membri se non sul fondamento di una specifica competenza – il che lascerebbe pensare ad una certa affinità con la *pensée juridique* precedente – dall'altro la sua finalità ultima è la co-

¹⁴² MABLY, *De l'étude de l'histoire*, cit. *sup.* in nt. 135, p. 238.

¹⁴³ Ivi, p. 229: «Il n'y a que la nation elle-même qui puisse connoître ce qui lui convient».

struzione del corpo sociale pensato come «pluralità armonica»¹⁴⁴. La «metafora organicista» su cui egli fonda tutto il suo pensiero giuspolitico è un'idea estranea all'impianto ideologico di giuristi come Fragianni e Le Paige ancora immersi nella dialettica statutaria dell'antico regime.

In realtà, ben oltre le pur importanti considerazioni sul ruolo della magistratura ed i complessi rapporti tra i poteri giudiziario e legislativo, l'abate di Grenoble aveva compreso il progetto della *noblesse de robe* di trasformare di fatto l'assolutismo in una *respublica* dei togati. Si spiega così la sua reazione contro l'errata linea dei monarchi assoluti che avevano continuato ad affermare la natura (in teoria) totalizzante del proprio potere, non rendendosi conto che la vera sovranità 'assoluta' – soprattutto dopo l'emergere del pensiero illuministico – non era (più) realizzabile limitandosi a propagandare schemi puramente retorici, come la metafora del «*marriage*» tra la sua persona e la «*république*»¹⁴⁵, schemi che si risolvevano in astratte asserzioni di principio e dunque in altrettante *fictiones juris*¹⁴⁶.

¹⁴⁴ F. FURET, M. OZOUF, *Deux légitimations historiques de la société française au XVIII^e siècle: Mably et Boulainvilliers*, in «*Annales E.S.C.*», n. 3, 1979, poi ripubbl. in F. FURET, *L'atelier de l'histoire*, Flammarion, Paris 1982, pp. 165-83 spec. pp. 179 e 181.

¹⁴⁵ Cfr. R. DESCIMON, *Les fonctions de la métaphore du mariage politique du Roi et de la République - France, XV^e-XVIII^e siècles*, in «*Annales E.S.C.*», n. 6, 1992, pp. 1127-47; cfr. anche Y.-M. BERCÉ, *Le roi caché - Sauveurs et imposteurs. Mythes politiques populaires dans l'Europe moderne*, Fayard, Paris 1990, p. 386, tr. it. *Il re nascosto. Miti politici popolari nell'Europa moderna*, Einaudi, Torino 1996. Secondo MOUSNIER, *Les institutions*, cit. *sup.* in nt. 1, p. 508, è proprio da quel particolare *marriage* che derivava la teoria del «corpo mistico della monarchia». A tal riguardo va sottolineato che la dottrina politica del '*corps mystique*' aveva costituito un importantissimo supporto teoretico alla strategia dei togati in quanto aveva impedito alla funzione amministrativa di dispiegarsi autonomamente rispetto alle tradizionali funzioni 'miste' gestite dall'apparato dell'*Etat de justice*. Infatti, «in una società che trova la sua unità nel corpo mistico del monarca, garante della coesistenza dei sottosistemi di cui essa si compone – cetuale, corporativo, feudale – è arduo concepire una sovranità trasformata in amministrazione soggettivizzata *che agisce senza intermediari* sui singoli individui»: S. MANNONI, *Une et indivisible - Storia dell'accenramento amministrativo in Francia. I. La formazione del sistema*, Giuffrè, Milano 1994, p. 28 (corsivo mio).

¹⁴⁶ È significativo, al riguardo, che lo stesso Re-Sole, il campione del modello

Mably afferma, invece, la necessità di dotare l'azione di governo di mezzi politici basati sul consenso di vere rappresentanze sociali, di un corpo reale d'individui-cittadini che sostituisse il corpo mediato attraverso la rappresentazione dei *sacerdotes juris*. Perseguire nella cieca rivendicazione della sovranità per diritto divino aveva infatti significato offrire alla magistratura lo strumento per rendere indispensabile per il funzionamento concreto della macchina dello Stato la mediazione patriarcale. La preoccupazione di divaricare l'esercizio del potere dall'assunzione di responsabilità si era rivelata alla fine un'arma a doppio taglio, perché la più certa, la più radicale dismissione di responsabilità per i gestori del potere non poteva essere fatta che cedendo direttamente alla *Nation* il diritto di farsi da sola «ses lois»¹⁴⁷. Non aver compreso questo elementare principio politico di limpida evidenza era stata per Mably la grande colpa della monarchia francese di *Ancien Régime*, ed in particolare dei successori di Luigi XIV¹⁴⁸.

In un'analisi di questo tipo, la spietata lotta che per quasi tutto il secolo dei Lumi aveva visto magistrature e potere monarchico, co-

assolutistico per diritto divino, aveva fatto ricorso a questa metafora, servendosi per rafforzare il suo progetto politico di accentramento funzionale; sul punto, cfr. G. LACOUR-GAYET, *L'éducation politique de Louis XIV*, Hachette, Paris 1898, pp. 451-4.

¹⁴⁷ MABLY, *De l'étude de l'histoire*, loc. cit. *sup.* in nt. 143; sempre a Carlomagno Mably fa dire: «Si elle [la nation] fait elle-même ses lois, elle en supportera plus patiemment les défauts, elle aimera ses lois comme son ouvrage. Si je veux gouverner à ma volonté, mon pouvoir deviendra suspect. Si je fais les lois, on les regardera comme un joug qu'on voudra secouer. Avec une autorité despotique je serai en effet peu puissant. Que m'importe d'avoir des esclaves? Des hommes libres ne me serviront-ils pas plus utilement?». Lo stesso concetto è ribadito in *De la législation*, cit. *sup.* in nt. 101, pp. 243-4.

¹⁴⁸ Ivi, pp. 229-30: «Voilà sans doute, Monseigneur, les réflexions qui portèrent Charlemagne à rétablir le gouvernement sur les anciens principes des lois Saliques, tandis qu'il lui étoit si aisé de s'emparer d'un pouvoir absolu. Cette conduite étonne; mais ce qui doit véritablement étonner, c'est que parmi tant de princes si jaloux d'exercer une puissance sans bornes, aucun n'ait eu assez de lumières pour juger qu'en imitant Charlemagne, il se rendroit plus puissant que le despote le plus arbitraire: je ne prouve point cette vérité, elle est évidente; et je ne doute point qu'elle n'eût produit plusieurs révolutions heureuses dans les gouvernemens, si les princes n'avoient été trompés par les personnes qui manient leur pouvoir et qui en abusent» (corsivo mio).

rona e parlamenti contendersi la sovranità della *Nation*, determinando infinite dispute su ogni caso suscettibile d'implicare un mutamento degli equilibri politico-istituzionali, veniva a perdere di significato. Né la monarchia assoluta né la magistratura erano infatti legittimate a rappresentare la «Nazione», in quanto entrambe sguarnite – come avrebbe di lì a poco sostenuto Sieyès¹⁴⁹ – di un vero rapporto di rappresentatività 'dal basso'. Il concetto di rappresentanza in Mably modificava profondamente la vecchia costruzione giuspubblicistica facendo assumere nuovi significati, del tutto inediti, al rapporto tra esercizio del potere e sovranità legittima. Si passava insomma dalla legittimazione basata sul *consensus gentium* alla legittimazione basata sul consenso moderno. Un criterio materiale si sostituiva ad un criterio puramente ideale e teoretico. Ciò rendeva ormai superfluo anche il ricorso all'apparato retorico con cui i giuristi avevano combattuto la loro battaglia politica. La difesa del ministero togato contro ogni tentativo di stravolgimento degli assetti esistenti che Le Paige in Francia e Fraggianni a Napoli avevano sviluppato con le sottili argomentazioni di cui potevano rendersi capaci giuristi della loro statura, tendeva ora a scolorirsi di fronte ad un orizzonte teorico completamente mutato.

Nello scenario che si apriva quasi nulla della vecchia ideologia del magistrato sembrava utile a far guadagnare al ceto giuridico spazi politicamente redditizi. Neppure il baluardo delle *lois fondamentales*, il grande argomento su cui era stata edificata tutta la teoria costituzionalistica di antico regime, brandita dai parlamenti francesi e sul loro esempio dalle corti giudiziarie di molti paesi d'Europa per legittimare l'attività degli apparati ed il ricorso agli strumenti della mediazione togata, resisteva più al nuovo ordine politico. Quest'ultimo era disposto a riconoscere delle leggi supreme solo nella misura in cui fossero decise da assemblee realmente rappresentative. Solo cioè nella misura in cui si fosse attuato il passaggio da un meccanismo formalistico fondato sulla mediazione tecnico-patriarcale ad un rapporto di

¹⁴⁹ Cfr. J. ROELS, *Le concept de représentation politique au dix-huitième siècle français*, «Etudes présentées à la Commission internationale pour l'histoire des Assemblées d'Etats», XLV, Nauwelaerts, Louvain-Paris 1969, pp. 89 ss.; MANNONI, *Une et indivisible*, cit. *sup.* in nt. 145, pp. 259 ss.

consultazione diretta e reciproca tra potere e società¹⁵⁰, secondo il duplice «movimento ascendente/discendente»¹⁵¹. La mediazione dei giuristi e la funzione degli apparati burocratico-giudiziari si giustificavano soltanto in un regime assoluto, in cui incombeva il costante pericolo che l'autorità del sovrano si trasformasse in dispotismo. Ma in una forma di governo in cui fosse la *Nation* a riappropriarsi del potere, le leggi fondamentali, il *dépôt légal* della sapienza giuridica, lo scrigno dei valori eterni che custodiva l'indelebile «virtù» che reggeva lo Stato, non sarebbero state più che una fra le pallide tracce di un sistema rispondente ad interessi oramai improponibili.

Era precisamente su questo punto che il pensiero giuspolitico prerivoluzionario avrebbe superato la prospettiva 'istituzionalistica' dei giuristi di antico regime. Mably, anzi, giunge perfino a negare sul piano storico l'esistenza delle *lois fondamentales*: la vicenda della monarchia francese non era che «il risultato storico della loro assenza»¹⁵². In nessuno come in Mably questo argomento, eminentemente politico, sarebbe stato espresso con più chiarezza e decisione, assumendo la veste del «vocabolario giudiziario e amministrativo»¹⁵³:

Quand la nation n'a pas elle-même le pouvoir de faire ses lois, on est obligé, pour ne pas tomber dans le despotisme, d'établir comme autant de maximes, que le prince est obligé de gouverner conformément aux lois, qu'il y a des lois fondamentales qu'il ne peut abroger, et que les nouvelles lois doivent être dictées par l'esprit des anciennes. Voilà de beaux mots qui sont dans la bouche de tout le monde, et que personne ne comprend. Si on entend que le législateur doit se conformer aux lois tant qu'il les laisse subsister, rien n'est plus vrai; mais si on prétend qu'il n'est pas le maître de les abroger pour en substituer d'autres, c'est

¹⁵⁰ Nel linguaggio rivoluzionario questo passaggio venne reso con la sostituzione del termine «Peuple» al termine «Nation», il solo utilizzato legittimamente in precedenza, per indicare la fonte della rappresentanza politica: cfr. ROELS, op. cit. in nt. preced., p. 97.

¹⁵¹ Cfr. MANNONI, *Une et indivisible*, cit. sup. in nt. 145, pp. 261-330 e 393-403.

¹⁵² K.M. BAKER, *Scénario pour une révolution française: la conscience politique de l'abbé de Mably*, in «Eighteenth-Century Studies», 14, 1980-81, pp. 235-63, ora in Id., *Au tribunal de l'opinion*, cit. sup. in nt. 36, pp. 123-53 spec. pp. 134 e 143.

¹⁵³ Ivi, p. 124.

avancer une absurdité; et je vous prie de me dire de quel nom vous appellerez la puissance qui s'y opposera. Je voudrais qu'on me dit pourquoi ces lois qu'on appelle fondamentales, auroient le privilege de ne pouvoir être annullées. Elle sont l'ouvrage du législateur; pourquoi donc ne lui seroient-elles pas toujours soumises? N'est-il pas de la nature de la puissance législative de ne pouvoir se prescrire des bornes à elle-même? Il seroit ridicule de penser que les lois nouvelles ne doivent jamais être contraires aux anciennes; car des circonstances toutes différentes exigeront des lois dont l'esprit sera entièrement différent. D'ailleurs les anciennes lois peuvent avoir été portées par un législateur ignorant et injuste; pourquoi donc ne seroit-il pas permis à un législateur éclairé et juste de les corriger¹⁵⁴?

Era, in definitiva, l'approdo del pensiero politico delle *Lumières*: si era ormai di fronte al tentativo «di costruire un'ipotesi di società costituzionale, che non pass[asse più] attraverso il rafforzamento dell'assolutismo»¹⁵⁵. Una nuova forma di costituzionalismo, non più rientrante nell'ambito dello schema giuspolitico della monarchia assoluta, s'imponeva. Era definitivamente naufragato il progetto parlamentare (in Francia) e ministeriale (a Napoli) secondo cui gli *arcana juris* avrebbero salvato l'assolutismo dal suo crollo¹⁵⁶. Il potere centrale aveva esaurito il suo ruolo di mediazione *super partes* restando schiacciato «tra il fuoco dell'opposizione parlamentare e la protesta delle minoranze sociali»¹⁵⁷. La monarchia non seppe trovare la forza per «operare una scelta di campo tra la fedeltà alla società corporativa» da un lato e «l'impulso irresistibile a liberarsi del suo abbraccio per instaurare un rapporto diretto coi sudditi-individui» dall'altro. Essa restò quindi «prigioniera di questa contraddizione»: era «troppo legata alla società corporativa per poterne fare a meno ma allo stesso tempo troppo moderna per rassegnarsi a subirla»¹⁵⁸.

¹⁵⁴ MABLY, *De la législation*, cit. *sup.* in nt. 101, pp. 230-1.

¹⁵⁵ G. RICUPERATI, *Il pensiero politico degli illuministi*, in AA.VV., *Storia delle idee politiche economiche e sociali*, a c. di L. Firpo, IV, 2, Utet, Torino 1975, pp. 245-402, p. 338.

¹⁵⁶ Su questo aspetto rinvio al mio *Esperienza*, cit. *sup.* in nt. 4, spec. cap. III, parte seconda, pp. 642ss.

¹⁵⁷ MANNONI, *Une et indivisible*, cit. *sup.* in nt. 145, p. 175.

¹⁵⁸ *Ivi*, p. 176.

Si spiega così come per la prima volta nella storia dell'antico regime europeo-continentale prendesse corpo nell'ambito dello stesso ceto dei giuristi e dei pensatori giuspolitici, l'idea che 'costituzionalismo' e 'assolutismo' fossero dottrine dello Stato situate su orizzonti teoretici opposti e inconciliabili. Nel pensiero del rampollo di una delle famiglie più in vista della nobiltà di toga francese, che più tardi Robespierre avrebbe eletto come uno dei suoi grandi maestri, si consumava l'irrimediabile frattura tra diritto e politica, due entità che, unite in simbiosi, avevano formato l'*humus* della costituzione vigente nello Stato di antico regime. In Mably la tesi 'aristocratica' di Bou-lainvilliers, che era servita da base per l'elaborazione parlamentare ed in quella forma era stata recepita in Francia da Le Paige e a Napoli da Fraggianni, veniva interpretata ed inserita in uno schema ideologico del tutto diverso dando luogo alla teoria 'democratica' del potere. Gli argomenti 'storicisti' del conte normanno, già oggetto della rifusione nel crogiuolo lepaigiano, venivano così rovesciati in relazione al loro fine politico¹⁵⁹.

La risposta che personaggi come Fraggianni e Le Paige avevano tentato di dare alla crisi della ragione giuridica classica¹⁶⁰ si situava, invece, nella difficile ricerca di un criterio di valutazione utilizzabile per salvare lo Stato dal crollo dei postulati di certezza che lo avevano retto fino ad allora. Ma per ottenere quel risultato i due togati avevano dovuto costruire una dottrina giuspolitica che garantisse al diritto pubblico una stabilità e una legittimazione – non solo giuridica,

¹⁵⁹ FURET-OZOUF, *Deux légitimations*, cit. *sup.* in nt. 144, p. 182, sottolineano come B. e M. siano rispettiv. la versione *nobiliaire* e *roturière* della medesima *histoire*. Il trionfo della «tesi democratica» di M. sulla «tesi aristocratica» di B. segna il trapasso dall'antico al nuovo regime. Per la separazione assolutismo/costituzionalismo, operata dalla dottrina rivoluzionaria e poi assorbita acriticamente dalla storiografia contemporanea maggioritaria, cfr. RICHER, *Lo spirito delle istituzioni*, cit., *sup.* in nt. 1, pp. 35-6 e il mio saggio introduttivo *Un costituzionalismo di Antico Regime?*, spec. pp. xxxii-xxxv.

¹⁶⁰ Adopero il termine 'ragione classica' nel senso indicato, in un contesto di segno diverso, da FOUCAULT, *Le parole*, cit. *sup.* in nt. 14, pp. 70-3. Com'è noto utilizzando quest'espressione Foucault intendeva riferirsi, in sintesi, a tre fenomeni considerati solo apparentemente distinti tra loro: a) il «meccanicismo» (Cartesio); b) la «matematizzazione dell'empirico» (Newton); c) il rapporto del sapere con la *mathesis*.

ma storica e filosofica – che lo avrebbero dovuto proteggere dal logoramento della *ratio juris*. È questo il motivo che probabilmente sta a monte della (paradossale) influenza congiunta di Doria e di Vico su Fragianni e di Boulainvilliers su Le Paige.

Ma un elemento fondamentale di diversità animava la cultura nuova: l'idea di progresso spezzava la circolarità tra il *facere* ed il *factum*, che potenziava il ricorso al passato. La storia non era più fonte di legittimazione del presente e del futuro. La concreta prospettiva della rivoluzione terrorizzava specialmente i giuristi, come salto in un buio ignoto, senza fondo, senza regole, incostituzionale. Eppure il portato e la scoperta della modernità stavano proprio nel riconoscere la verità e la necessità di questo rischio, che è insito in ogni azione creativa. Far propria l'alea, vivere la dimensione della precarietà, accettare l'assenza di ogni bussola certa: questo era il significato nuovo, e positivo, dell'idealismo rivoluzionario. Ma era un'esperienza che comportava il prodursi di sentimenti tecnicamente innaturali nel giurista di Antico Regime.