

# I paradossi della Storia costituzionale in Italia

FRANCESCO DI DONATO

1. *L'anno zero di una materia troppo scomoda per la forma mentis (giuridica e generale) consolidata*

Per quel che riguarda l'insegnamento della storia costituzionale in Italia siamo all'anno zero. È constatazione fin troppo ovvia che l'insegnamento – almeno quello universitario – dipende dalla ricerca di base. Copiosa e approfondita questa, la qualità di quello aumenta e si assesta su standard elevati. Ma se la ricerca langue o è affidata solo alla volenterosa passione d'isolate monadi, anche la traslazione comunicativa ne risente e finisce con l'essere relegata a ranghi di complemento quando non desolatamente espulsa dalla cosiddetta “offerta didattica” dei corsi universitari<sup>1</sup>. Se l'insegnamento della storia costituzionale langue è in primo luogo perché, a monte, la falda acquifera della ricerca rinsecchisce.

Proviamo qui, *in limine* a un discorso molto più ampio e complesso ad abbozzare qualche riflessione tanto sulla ragion

d'essere scientifico-euristica della Storia costituzionale quanto del suo (in Italia finora mancato) inserimento tra le materie considerate di primo piano nella gerarchia dei corsi di studio in settori strategici per la formazione di quelle che una volta si definivano “classi dirigenti” (funzionari della PA, diplomatici, magistrati, avvocati, economisti, sociologi...).

Viene qui subito in rilievo una considerazione che fu già di Vanni Sartori, una delle intelligenze più brillanti e acuminata della seconda metà del Novecento e dei primi anni del secolo successivo: in Italia – per ragioni che cercheremo qui più avanti di delineare brevemente – non s'insegna la storia costituzionale, ma solo la storia del diritto, materia che è tradizionalmente appannaggio dei corsi di “Giurisprudenza” (e anche questa stessa dizione, anziché quella, in tutto il resto del mondo adottata, di Facoltà “di Diritto”, ha molto a che vedere con l'espulsione della storia costituzionale dal novero delle materie considerate di maggior peso)<sup>2</sup>. Que-

sta considerazione va messa in parallelo con quella di un'altra geniale intelligenza, più o meno del medesimo periodo, quella di Gianfranco Miglio, che osservò come la formazione universitaria italiana delle classi dirigenti sia basata in massima parte sulle Facoltà di Giurisprudenza, le quali insegnano un diritto (con tutto il bagaglio esegetico e il corredo tecnico che vi sono annessi) concepito come uno strumento che, nelle mani di un ceto ierocratico di officianti-sacerdoti, deve agire contro lo Stato. *Contro* e non – come sarebbe logico pensare – a favore del grande organismo che del diritto stesso è, e dev'essere, nel contempo fonte e garanzia di applicazione<sup>3</sup>.

L'idea che quindi è inculcata fin dai primissimi rudimenti dell'insegnamento universitario del diritto è un'idea contro-intuitiva. Nell'ideologia giuridica, ossia nelle strutture di precomprensione che caratterizzano la *forma mentis* dei giuristi italiani, il diritto non è solo un insieme di norme disposte per tutelare la giustizia nella vita di ogni componente della comunità sociale, ma è prima di tutto un'imbattibile arma esoterica a disposizione esclusiva di un gruppo elitario di tecnici-burocrati, i quali fanno valere la loro superiorità politica, istituzionale e sociale, attraverso il *sapientiale* uso di una *Scientia*, la *Scientia Juris*, intrinseca alla loro formazione e qualità specifica di uno *status* esclusivo<sup>4</sup>. Questa *élite* tecnocratica tende quindi *naturaliter* ad assumere atteggiamenti castali che fatalmente degenerano in una vera e propria tirannia degli apparati giudiziari e per emulazione – a un livello considerato nell'inconscio collettivo inferiore al vertice piramidale occupato dalla magistratura – amministrativi. La

trasmissione di quei fondamenti avviene attraverso dispositivi logico-formali che risultano immutati da circa un millennio, passando pressoché intatti da una generazione di giuristi all'altra senz'alcuna possibile revisione critica. L'aggettivo «sapientiale», frequentemente usato dagli storici del diritto, la dice lunga sulla visione del mondo dei *sacerdotes juris* di tutti i tempi: essi credono di possedere una *Veritas* immarcescibile che è loro rivelata attraverso il possesso della *divinarum atque humanarum rerum notitia*, secondo la celeberrima formula ulpiana che campeggia nell'*incipit* del Digesto (529 d. C.), e che a loro volta, mediatori di legittimazione divina, essi *rivelano* attraverso le sentenze. Rispetto alla *legis latio*, per definizione rigida in quanto detta regole valide *erga omnes*, la *juris prudentia* ha il vantaggio – l'enorme vantaggio, in termini di potere – dell'elasticità: la sentenza, di regola *erga partes*, può diventare all'occorrenza – se si vuole e quando se ne abbia interesse – *erga omnes* attraverso la formulazione di massime generali; che naturalmente resteranno astrattamente generali fino a quando un altro provvedimento giurisdizionale, magari con opportuni e sottili distinguo, non le smentirà, affermando il principio opposto. E questo mette il giudice in una naturale posizione di supremazia rispetto al legislatore.

Nessuna motivazione, per quanto dettagliata in diritto possa e debba essere, può perciò giungere nemmeno lontanamente a scalfire quel nucleo imponderabile costituito dalla struttura identitaria, ontologica, della *Scientia Juris* trasfusa nella *sapientia* del *judex*. Essa non è mutata nemmeno nel passaggio dall'Antico al Nuovo Regime. Infatti, malgrado negli or-

dinamenti di diritto positivo il giudice sia obbligato a motivare i suoi provvedimenti giurisdizionali giustificandone il fondamento nell'applicazione della legge (cosa che era impensabile nel regime giuridico di diritto comune<sup>5</sup>), resta sempre intatto quel punto oscuro della *potestas judicandi*, quell'inafferrabile e indefinibile potere interpretativo che conferisce ai giuristi il primato *per orbem terrarum*<sup>6</sup>. E, di conseguenza, attribuisce loro anche l'egemonia culturale e la supremazia sociale e politica. Se è impossibile dispiegare qui un complesso discorso dimostrativo su come e per quali vie la *jurisdictio* del giurista si trasformi in potere sovrano occulto<sup>7</sup>, altrettanto si può dire per la necessità di esplicitare questo fenomeno cruciale nella storia costituzionale europea e occidentale. Senza una specifica attenzione portata su questo tema non vi è storia costituzionale, ma solo una storia del diritto (pubblico) più o meno (invero assai più che meno) agiografico-giuricentrica.

Sembrano descrizioni lamentose, passatiste e inattuali, elementi di un mondo che non c'è (e non tornerà) più, vestigia ormai cascanti adornate di copiose ragnatele? L'evoluzione dei *legum doctores* da giureconsulti di Antico Regime a moderni e preparatissimi tecnocrati ormai totalmente emancipati dalla brama di potere occulto esercitato per secoli in aperto spregio alla trasparenza e alla consequenzialità normativa della decisione, sembra a molti del tutto incompatibile con gli scenari a lungo delineati dal dominio incontrastato degli *arcana juris*<sup>8</sup>. Chi la pensasse così dovrebbe però spiegare come sia possibile imbattersi, ancora nel luglio 2023 durante un seminario di una scuola estiva molto frequentata da giovani dottorandi

provenienti da diverse università italiane, nell'appassionata perorazione da parte di uno dei più alti magistrati della Suprema Corte di Cassazione di quello che, con anglosassone neologismo, è definito *over ruling* (alla lettera: al di sopra della o oltre la legge), espressione che altro non è se non una versione (malamente) edulcorata del medievale *arbitrium judicis*<sup>9</sup>. E la sorpresa o lo sconcerto per chi avesse poca o insufficiente esperienza del dibattito che si è avuto in campo scientifico-storiografico negli ultimi quattro decenni su questo delicatissimo tema, tema cruciale nell'esperienza giuridica universale<sup>10</sup>, ma divenuto di stringente attualità per lo scontro politico-istituzionale in atto tra potere politico e magistratura, aumenterebbe a dismisura se il nostro anonimo e ideale spettatore di quel seminario avesse ascoltato, oltre all'enunciazione del principio, anche la legittimazione culturale di quella difesa a oltranza dell'assoluta *libertas judicandi*, senza limite alcuno, del magistrato, se non il confine oggettivo della creatività partorita dalla mente umana: noi giudici, affermò l'alto prelato della Giustizia, operiamo sistematicamente – cito le esatte parole da lui pronunciate – con un'azione «alla Paolo Grossi». L'episodio non è un singolo e casuale momento *incidenter tantum*, una sorta di *lapsus vocis* uscito nell'enfasi di un discorso. È, al contrario, profondamente rivelatore di un potere che proclama ormai *apertis verbis* la sua condizione d'incontrastata supremazia<sup>11</sup>. È qui il nocciolo di tutta la questione. Nella quale l'ostracismo verso gli studi e l'insegnamento della storia costituzionale rientra a pieno titolo. Cercherò di spiegare brevemente perché.

## 2. Esperienza storica del diritto e primato del ceto giuridico

Riconduciamo, dunque, questi fondamentali elementi nel solco principale del nostro tema e osserviamo che prospettive storiografiche in grado di descrivere il fondamentale snodo della vita giuridica e politico-istituzionale possono essere sviluppate criticamente (come in realtà sono state) solo dalla storia costituzionale. Cosa che nel contesto universitario peninsulare, fatte salve pochissime e isolate eccezioni, e per motivi molto radicati che trovano fondamento nella stessa ragione d'essere della disciplina denominata «storia del diritto», non è avvenuta<sup>12</sup>. E sarebbe, del resto, una paradossale insensatezza che una disciplina, creata nel lombardo-veneto austro-ungarico del XIX secolo sotto gli auspici del governo imperiale viennese con i più alti intenti encomiastici rispetto ai patriarchi del ceto giuridico ed espressione perciò della visione del mondo “mitteleuropea” e fieramente antifrancese, cioè con il dichiarato obiettivo di sterilizzare quella positivizzazione del diritto che nel codice di Napoleone aveva consolidato alcuni tra i principali valori del pensiero moderno<sup>13</sup>, potesse poi evolversi in senso opposto come disciplina critica di quegli stessi baluardi teorici ed etico-politici che l'avevano generata. Cosicché persino la semplice descrizione dei sistemi normativi positivizzati, anche in dimensioni protostatuali di decisamente minore importanza nel vasto panorama europeo e mondiale (come fu ad esempio il tentativo di Federico Paolo Sclopis tra il 1840 e il 1864<sup>14</sup>) fu immediatamente guardata con sospetto. In generale poi, ogni esperimento volto a

porre in primo piano l'esperienza giuridica concreta – piuttosto che la norma ideale scaturita dalla sacralità della *Scientia Juris* – fu snobbato come una «ruminazione ingloriosa»<sup>15</sup>, un trastullo cioè di nessuna utilità nella formazione dei giuristi e anzi molto deleterio per la loro *forma mentis*, che doveva restare tutta focalizzata sul sapienziale uso degli strumenti esegetici per poter svincolare l'attività creativa (e redditizia) del giudice-interprete dal cappio di una normazione stringente.

Quest'opera di sterilizzazione della legislazione a beneficio dell'*arbitrium iudicis* ha caratterizzato l'intera esperienza storico-giuridica italiana, con i risultati tangibili che ancor oggi vedono la magistratura assumere una indebita e assoluta primazia politica in un Paese privo dei più elementari fondamenti della statualità<sup>16</sup> e quindi perennemente in debito di protezione e di affidamento cieco a un potere 'risolutivo' che sappia impersonare e conservare l'immagine di garanzia di giustizia<sup>17</sup>. Si comprende bene, allora, come sottostante la questione della ricerca e dell'insegnamento in materia di storia costituzionale alberghi il secolare conflitto tra i due maggiori poteri dello Stato, la giurisdizione e la sovranità politica. Conflitto tanto antico quanto irrisolto e semmai aggravatosi nel contesto dello Stato costituzionale democratico, nel quale il potere legislativo è esercitato da assemblee elettive spesso costituite da componenti di scarsa o inadeguata formazione culturale, mentre il potere giurisdizionale resta ancorato a un reclutamento su base concorsuale endogena (sono per lo più i magistrati a scegliere i nuovi magistrati)<sup>18</sup> mirante all'accertamento, in ciascun candidato, del possesso di requisiti che permet-

tano il dispiegamento della *Scientia Juris*<sup>19</sup>. Quest'asimmetria, per così dire 'merito-critica', comporta di per sé uno squilibrio e determina una fatale *arrière pensée* generale che fa del magistrato una sorta di idolo non soltanto del foro, ma dell'intera struttura della società. Anche nell'immaginario collettivo, che si riverbera su quello individuale, la figura del giudice è intuitivamente associata alla posizione di vertice nella gerarchia sociale. E ciò comporta fatalmente una tanto grave quanto evidente e irrimediabile distorsione che si annida nelle pieghe dell'ideologia giuridica: studiatamente consapevole del consenso sociale diffuso e della stima generalizzata per la propria funzione e per la propria figura identitaria, ogni togato/a ha una profonda e radicata struttura di comprensione, un *habitus*, che fa sì che egli/ella pensi se stesso/a e la propria funzione come la sommità della piramide non solo della compagine sociale, ma anche – soprattutto – come la quintessenza del sapere e della unica e vera legittimazione culturale<sup>20</sup>. Questo strato subculturale che tende a radicarsi nell'inconscio determina un evidente atteggiamento di presunta o presupposta superiorità in ogni manifestazione del pensiero dei *sacerdotes juris*, antichi e moderni.

Tutto ciò ha un enorme impatto sulla questione della storia costituzionale che stiamo affrontando. Se se ne vuol comprendere la ragione profonda e non solo quella estemporanea e superficiale occorre considerare che il punto di fondamentale importanza risiede nella coincidenza tra l'esperienza storica del diritto nella lunga durata e la progressiva, inarrestabile ascesa politica e istituzionale del ceto giuridico. Un'ascesa, questa, che – sulla scor-

ta della grandiosa base romana recuperata nel Medioevo<sup>21</sup> – si è verificata tanto nella condizione di pressoché totale assenza dei poteri statuali e della statualità sociale (come accade nell'esperienza particolare italiana che per i giuristi-magistrati e per i *legum doctores* in genere costituisce un contesto fortemente privilegiato), quanto nel contesto delle grandi organizzazioni statuali moderne europee, come quella francese. Certo è incontestabile che, malgrado l'esperienza storica del diritto transalpino ci mostri come la potenza dello Stato abbia eretto ostacoli politici e istituzionali alla deriva tirannica del ceto giuridico<sup>22</sup>, i risultati ultimi ai quali assistiamo nella fase storica che stiamo attraversando incredibilmente si avvicinano sempre più a quelli subalpini, segno di una espansione globale del potere giudiziario<sup>23</sup>.

Se la storiografia giuridica (specialmente italiana) è priva di strumenti per indagare su quel profondissimo legame e sui conseguenti giganteschi effetti giuspolitici che si sono riversati nella formazione e nei processi espansivi e di consolidamento delle organizzazioni socio-istituzionali medievali e moderne – effetti che dispiegano la loro veemenza ancora e pienamente ai giorni nostri, entrando nelle storicamente ignare cronache politiche quotidiane –, la storia costituzionale fa invece di questa "sfida" euristica il suo nucleo tematico prioritario<sup>24</sup>.

### 3. *Storia del diritto, storia delle costituzioni e storia costituzionale*

Siamo al *quid* dell'intera questione: la tesi che intendo avanzare in questo saggio è

che il motivo fondamentale per cui in Italia la ricerca e l'insegnamento nel campo della storia costituzionale sono rimasti a uno stadio primordiale e non riescono a decollare risiede nell'egemonia esercitata nel ventaglio degli studi socio-politici – e, contrariamente a coloro che vorrebbero isolarli in uno 'specifico' chiuso e impermeabile<sup>25</sup>, gli studi giuridici attengono a pieno titolo a quel campo euristico – dalla storia del diritto e dai suoi metodi storiografici basati pressoché esclusivamente su una concezione idealistica che esalta i valori astratti e, in contesto positivisticò, esaspera il formalismo normativistico-burocratico a scapito dell'esperienza (anche giuridica) vivente: ideale contro reale; formalismo contro fenomenologia; ierocrazia sacerdotale contro democrazia giuridica<sup>26</sup>.

La proclamazione enfatica dei valori ideali spesso cela nel contesto italiano famelici interessi particolaristici e determina una vita giuridica viziata a monte da un'assoluta indifferenza alla giustizia materiale: mentre si esaltano qualità metafisiche del diritto astratto, si calpestano con indifferente disinvoltura diritti effettivi, fingendo di tutelarli per via giudiziaria. La storia giuridica e con essa la storia delle costituzioni, ossia la storia del diritto pubblico focalizzata su una sorta di esegesi a sfondo storico dei testi normativi costituzionali, è interessata a descrivere solo l'alto ed elevato livello assiologico delle disposizioni legali e deliberatamente snobba tanto la prassi operante nei tribunali e negli organismi amministrativi che vivono applicando il diritto, quanto le mentalità e gli *habitus* che determinano i contesti nei quali quei testi legali sono calati e dai quali traggono origine nella sostanza e nella forma.

Questo – visto dalla prospettiva dello storico costituzionale – resta il desolante scenario italiano odierno. Pessimismo atrabiliare ingiustificato? Scendiamo più in dettaglio e verifichiamo lo stato dell'arte.

### 3.1. *La (de)formazione dei giuristi in Italia*

Rafforzata dall'egemonia del tradizionalismo storiografico-giuridico, refrattario a ogni vera innovazione critica e peraltro capace di camaleontici *maquillages* necessari per schermare l'assenza di qualsiasi volontà di costruire un solido baluardo contro la deriva in atto (una *conditio impossibilis*, atteso che lo *status quo* è causato proprio dall'egemonia asfissiante della storia del diritto), l'organizzazione degli studi giuridici continua a formare giuristi e operatori del diritto completamente disattenti tanto alle cause profonde del fenomeno giuridico quanto agli obiettivi effettivi degli ordinamenti positivi. Gli studenti dei corsi di diritto non hanno la benché minima infarinatura critica sulla materia che studiano e sono imbevuti di nozioni tecniche orientate a prepararli al lavoro materiale di giuristi (sempre più spesso d'impresa).

Foss'anche inconsapevolmente e nell'illusione di forgiarsi in via esclusiva gli strumenti per accedere all'*élite* tecnocratica pubblica e privata, i nuovi sacerdoti del giure sono tristemente destinati a divenire in realtà solo i piccoli e dispersi ingranaggi di una macchina mostruosa, ultrakafkiana, che ormai li sovrasta e li annienta<sup>27</sup>. La storiografia del diritto, anziché ergersi a sapere alternativo alla dogmatica giuspositivistica e affermare il

suo ruolo di antidoto in grado di correggere o quantomeno di attenuare le distorsioni determinate dalla *forma mentis* endogiuridica, ha barattato la sua funzione critica per una misera sopravvivenza, peraltro sempre più isterilita, nelle Facoltà (oggi Dipartimenti) di Giurisprudenza, che la rende pressoché insignificante nella formazione dei nuovi giuristi-tecnocrati. Non si tarderà allora a constatare – osservando in atto uno dei più classici casi di *Serendipity* – come proprio la pavida blindatura operata dalla storiografia del diritto verso la storia delle istituzioni e la storia costituzionale sarà il principale elemento della propria autoliquidazione che avverrà per prosciugamento della falda acquifera. Come tutti i cinismi di corto raggio – tipici dell'*habitus* microfeudale, un fenomeno che la storiografia giuridica non può studiare e comprendere perché ne fa parte ed è immersa in esso –, anche questo produrrà effetti perversi che si ritorceranno contro la stessa sopravvivenza di questa disciplina negl'insegnamenti universitari. La scelta di puntare su una materia asseverativa delle strutture pre-comprenditive dei giuristi si rivela un *boomerang*. Così la storia del diritto, anziché sottoporre ad analisi critica i baluardi dell'ideologia giuridica, li rafforza dando loro anche la legittimazione e l'autorevolezza del *background* storico.

In questo schema si può collocare – in una relazione binaria e reversibile tra causa ed effetti – il rapporto tra la storia del diritto e la storia istituzionale/costituzionale. Mai come in questo caso si attaglia alla perfezione il modello teorico foucaultiano dei saperi assoggettanti e dei saperi assoggettati<sup>28</sup>. La storia del diritto, nella sua megalomane pretesa di sintetiz-

zare tutta l'esperienza giuridica in un calco ideale i cui contorni sono tracciati dai ferrei cancelli dell'ideologia giuridica, è stata per molti decenni il sapere assoggettante che ha completamente sottomesso e pressoché annientato sul nascere in Italia la storia costituzionale e con essa l'intera storia delle istituzioni, impedendo a queste materie l'ingresso nei corsi d'insegnamento giuridici. Per metafora si può vedere in questo rapporto leonino la stessa relazione che intercorre nella *pièce* di Maurice Maeterlinck, *La morte di Tantagilo*, tra il mostro e il bambino: nel finale il mostro ingurgita il bambino.

La vicenda accademica di questi ambiti disciplinari è fin troppo nota per poter essere qui riassunta. Valga solo ricordare che in un primo momento l'impresa di sterilizzazione della storia costituzionale/istituzionale ad opera della storia del diritto si è compiuta riducendo lo statuto scientifico della storia delle istituzioni a pochi ed essenziali elementi di una storia del diritto pubblico. Come tale essa è stata prima relegata in un angolo complementare (con una evidente *deminutio*) nelle Facoltà di Giurisprudenza (del resto quasi sempre affidata per supplenza a storici del diritto) e poi confinata nella Facoltà di Scienze Politiche, considerata per diffuso e tacito consenso come un'appendice di Giurisprudenza, ossia in buona sostanza una Facoltà figlia di un dio minore<sup>29</sup>. La condizione ancillare delle scienze politiche e sociali rispetto all'ammiraglia-Giurisprudenza ha determinato una grande facilità nel procedere all'assoggettamento della storia istituzionale/costituzionale alla storia del diritto nella formazione dei giuristi. I quali, non contenti della compiuta opera di asservimento hanno volu-

to stravincere e hanno così proceduto allo spargimento del sale sopra la delenda (e neonata) cittadella cartaginese della storia costituzionale. Nacquero allora e rapidamente si diffusero – prevalentemente se non esclusivamente nelle Facoltà (e poi, dopo la riforma universitaria del 2010, nei Dipartimenti) di Giurisprudenza – le prime cattedre di “Storia delle costituzioni moderne”. E ancora una volta fu l’ateneo fiorentino a determinare le sorti dell’intera comunità scientifica nazionale.

### 3.2. *Il caso paradigmatico: Maurizio Fioravanti e la storia delle costituzioni intesa come storia costituzionale*

Lo studioso che più di tutti in Italia s’incaricò di realizzare questa operazione – nel contempo culturale e accademica – fu lo storico pratese Maurizio Fioravanti. Allievo di Paolo Grossi, egli – che senza dubbio è stato, nel campo della storia delle costituzioni moderne, tra le voci più influenti in Italia – dedicò molta attenzione e cura a saldare i due campi. Lo fece, ovviamente, dal suo punto di vista di storico del diritto, formato alla scuola di uno dei maestri più tradizionalisti e autorevoli del metodo storiografico-giuridico peninsulare. La schierata difesa grossiana del *mos italicus* e la sua appassionata e fascinosa descrizione dell’ordine giuridico medievale (italiano)<sup>30</sup>, oltre a rinverdire i fasti calassiani e dar linfa a una tradizione che già mostrava nell’epoca corrispondente agli anni della sua giovinezza (anni Sessanta-Settanta del Novecento) chiari segni iniziali di deperimento<sup>31</sup>, segnarono un momento di grande *revanche* del metodo

storico-giuridico tradizionale, che Grossi riuscì, non senza un grande *savoir-faire*, ad attualizzare rendendolo accessibile alla maggioranza dei giuristi (specie nel campo del diritto privato) e attraente soprattutto nelle fila della magistratura, che ha visto in questo metodo una grande occasione per dare un fondamento anche sul piano storico e quindi una sorta di legittimazione culturale alla ritrasformazione in atto della *jurisdictio* in *gubernaculum* giuspolitico. Informato a una scuola di così grande prestigio e – *last not least* – di formidabile efficacia accademica, Fioravanti intraprese studi che dall’analisi dell’Ottocento giuridico tedesco lo portarono ben presto a occuparsi di temi rientranti nel perimetro della storia costituzionale<sup>32</sup>.

Tuttavia, senza per questo revocarne in dubbio il valore storiografico, a una lettura attenta non si possono non rilevare alcune differenze profonde che caratterizzano la storiografia fioravantiana rispetto alla storia costituzionale propriamente detta e cioè *la storia costituzionale com’è venuta sviluppandosi nei contesti scientifici, culturali e universitari delle aree che più sono state sensibili e interessate alla crescita di questo ambito di studi*<sup>33</sup>. Nella visione di Fioravanti, assunta a modello paradigmatico per una larga maggioranza di studiosi e di giuristi italiani<sup>34</sup>, la «storia costituzionale» è una descrizione delle dottrine, delle tendenze ideologiche e delle forme giuridiche che hanno nutrito il processo di costituzionalizzazione così com’è venuto dispiegandosi dall’età delle rivoluzioni settecentesche ai giorni nostri<sup>35</sup>. Si tratta, quindi, prevalentemente se non esclusivamente, di una storia del costituzionalismo nell’età contemporanea, una storia fondata in larga prevalenza sulle norme

costituzionali considerate come il portato di un percorso, di un flusso storico culturale che viene delineato con attenzione tanto diacronica (ma non nella lunga durata) quanto sincronica (nella storia attuale). La costituzione, intesa come «carta costituzionale», è quindi definita come «tipo storico» di un nuovo diritto in regime democratico<sup>36</sup>. Tutta la prospettiva è focalizzata sulle «trasformazioni costituzionali» prevalentemente intervenute tra Otto e (soprattutto) Novecento<sup>37</sup>. La linea storiografica di Fioravanti è dunque – come del resto egli stesso dichiara – fondata su una prospettiva endogiuridica che ha per oggetto «la dimensione storico-culturale del diritto pubblico moderno [*rectius* contemporaneo]»<sup>38</sup>. Siamo quindi di fronte, *ictu oculi*, a un relativamente piccolo tratto del lunghissimo sviluppo storico oggetto della storia costituzionale. Un segmento ricompreso in essa in quanto, proprio a partire dalla fase rivoluzionaria, tanto il pensiero quanto la prassi costituzionale hanno subito – per ragioni che il diritto ha potuto solo registrare e recepire *ex post* – una profonda trasformazione nella forma e nella sostanza rispetto all'assetto normativo e politico precedente, quello del cosiddetto Antico Regime<sup>39</sup>.

Quelle trasformazioni dipendono in larga anzi in massima parte dal rapporto tra il potere giurisdizionale e il potere politico, vero snodo cruciale della storia costituzionale. La svolta rivoluzionaria impose una costituzione non solo scritta (scritta lo era pure nel regime precedente, ancorché sparpagliata nei registri custoditi negli archivi parlamentari che condensavano la giurisprudenza delle «Corti [non a caso autodenominate] sovrane»), ma ordinatamente e sinteticamente espo-

sta in un testo articolato e semplice da comprendere e quindi alla portata di tutti gli alfabetizzati (almeno nella lettura). Il vero scopo di questa svolta era la volontà politica di sottrarre alla magistratura il potere di stabilire nelle proprie sentenze quale fosse il contenuto delle norme costituzionali. In breve, il costituzionalismo giurisdizionale intrinseco al sistema della cosiddetta “monarchia assoluta” – fondato sul potere pressoché illimitato dei giudici – fu rimpiazzato da un costituzionalismo politico-rappresentativo suffragato dalla sovranità popolare basata sul principio elettorale-maggioritario. Fu questa la principale ragione dell'«ossessione costituente» rivoluzionaria<sup>40</sup>.

Questo è il punto fondamentale. E non a caso questo è proprio il punto che sfugge all'attenzione dello storico delle costituzioni (ma per nulla allo storico costituzionale). E infatti il *redde rationem* arriva inesorabile nel momento in cui, trattando degli ultimi sviluppi di quel percorso storico delineato, lo storico pratese viene a trovarsi di fronte al problema più rilevante, situato al crocevia tanto della storia del diritto quanto della storia costituzionale: il problema dell'estensione e dei limiti del potere giurisdizionale della magistratura. Qui il peso dell'insegnamento grossiano diventa schiacciante e la ricostruzione di Fioravanti s'invischia in una *impasse* fin troppo evidente nel tentativo di conciliare l'inconciliabile: da un lato l'esaltazione del diritto e dei suoi sacerdoti-interpreti (proveniente dalla grande tradizione medievale italiana), dall'altro i nuovi assetti democratici che oltre a determinare la palingenesi del Politico producono un impatto relevantissimo anche sul Giuridico. Trattando degli sviluppi contemporanei

del costituzionalismo, la storiografia fioravantiana si è trovata a dover conciliare *arcana juris* e democrazia giuridica, cioè, per dirla tutta, il tradizionalismo grossiano con una visione del mondo *lato sensu* “di sinistra”. Non potendo gettare il bambino con l’acqua sporca, ne è nato un *mélange* ideale, un *melting-pot* argomentativo che ha portato alla giustificazione di un nuovo principio d’ibridazione dei poteri e quindi a un ripensamento (che in realtà è un completo abbandono) del precedente principio della loro separazione<sup>41</sup>, considerato dal pensiero giuspolitico post-montesquiviano il maggiore e meno inefficace baluardo a tutela delle garanzie di terzietà del giudice, di non inquinamento politico delle inchieste e dei processi, di certezza e di uniformità del diritto. Tutti valori che risultano fortemente attenuati e diluiti nella nuova centrifuga concettuale dalla quale vien fuori quella che di fatto non può che essere una nuova tirannia degli apparati giurisprudenziali e una formidabile e totalizzante presa del potere dei giudici sulla società: una vera e propria “democrazia totalitaria del giudiziario” in forza della quale scompaiono in primo luogo proprio quelle libertà fondamentali che, secondo lo stesso Fioravanti, costituiscono la «fondazione teorica» della statualità moderna e contemporanea. E così l’ultimo approdo del percorso della «lotta per il diritto», quello che Fioravanti definisce «lo Stato costituzionale», si rivela in realtà lo strumento principe per determinare un esito tombale di quelle libertà, riconosciute solo attraverso il sigillo – l’ottavo sigillo, verrebbe da dire! – delle sentenze dei giudici. I quali, quindi, diventano non solo «custodi dei diritti»<sup>42</sup>, ma addirittura «controllori della virtù»<sup>43</sup>.

Molte sono le prove testuali. Mi limito a enucleare dall’elaborato discorso ricostruttivo di Fioravanti un passaggio particolarmente significativo. Trattando del tema classico «legislazione e giurisdizione», lo storico pratese afferma che il senso di questa «trasformazione costituzionale» in atto è un nuovo «ruolo attivo e protagonista della giurisdizione» considerato «il filo conduttore» dei cambiamenti che stiamo vivendo nei contemporanei Stati costituzionali democratici. Pertanto nell’attuale

Stato costituzionale, la giurisdizione si è come emancipata dalla funzione di mera applicazione della legge, e riesce dunque a ‘vedere’ direttamente la Costituzione, ponendosi anche, «accanto alla legislazione ed alle funzioni d’indirizzo [corsivo mio], come l’altra funzione costituzionalmente rilevante – la *iurisdictio* accanto al *gubernaculum*, si potrebbe dire – di cui la Costituzione abbisogna per mantenere ed implementare la sua posizione di norma fondamentale. È questo spostamento in atto, nel triangolo tra Costituzione al vertice, e legislazione e giurisdizione sui due lati, che spiega perché in tutte le democrazie del nostro tempo questo sia il punto critico, ovvero quello della ricerca, a fronte della Costituzione, di un *punto di equilibrio* [corsivo dell’A.] tra legislazione e giurisdizione<sup>44</sup>.

Siamo, insomma, apertamente, a un vero e proprio ritorno all’assetto medievale italiano, a una dimensione giuspolitica cioè in cui la *iurisdictio* era, come scrisse fin dal 1969 Pietro Costa (altro autorevole allievo di Grossi), la vera «semantica del potere politico»<sup>45</sup> e assorbiva di fatto e persino, in molti casi, di diritto il *gubernaculum*, legittimato solo se in accordo con i *sacerdotes juris*. Nella legittimazione del potere i giuristi si sostituivano così alla stessa Chiesa: non più il papa, ma la magistratura determinava la legittimazione

del potere (regio o repubblicano che fosse). Fioravanti si rende ben conto – e lo dice esplicitamente poco oltre – che questa situazione pone *in re ipsa* negli ordinamenti contemporanei «un problema di legittimazione democratica», in quanto il legislatore elettivo e rappresentativo della volontà popolare viene ridotto a un rango subalterno alla giurisdizione dei giudici, sostanzialmente inamovibili e legittimati dalla *Scientia Juris*<sup>46</sup>. Egli ammette che lo «spazio sempre più ampio che viene occupato dalla giurisprudenza nel processo di produzione del diritto» è l'effetto del superamento della concezione illuministico-moderna e dell'ideologia della codificazione<sup>47</sup> e contestualmente dell'affermazione del «romanticismo politico».

In questo nuovo contesto, affermato sempre più impetuosamente tra Otto e Novecento e radicatosi ormai nel nuovo millennio, il potere interpretativo dei giudici è tornato, dopo la parentesi rivoluzionaria e napoleonica, a crescere a dismisura, determinando un nuovo dispotismo degli apparati magistratuali che è stato e si rivela ogni giorno di più essere assai peggiore di quello che si era instaurato – non senza conflitti e lotte accanite con la sovranità regale – nell'Antico Regime<sup>48</sup>. Questo fenomeno della risalita del potere giurisdizionale (o meglio del dilagare della giurisdizione nel campo politico) è noto da tempo ed è stato descritto con magistrale puntualità e dovizia di particolari dallo storico francese André-Jean Arnaud che lo ha definito come «recupero»<sup>49</sup>. Nella visione dello storico pratese, al contrario, il medesimo fenomeno – che a molti studiosi appare il più inquietante dei tempi attuali in ogni angolo del pianeta – diventa il segno di un grande progresso che

riporta in auge il ceto giuridico ridivenuto centrale nella società post-moderna dopo la utopistica e velleitaria parentesi rivoluzionaria che si era illusa di ridimensionarne le pretese di dominio politico. Tutto l'enorme travaglio del pensiero giuridico, politico e filosofico moderno è così liquidato con un tratto di penna e confinato nella sfera trasognata dell'ingenuità, la più insulsa e vana (della serie: voi pensavate, biechi illuministi, di esservi liberati degli *arcana juris*! Ecco che indegna fine hanno fatto i vostri bei propositi).

L'imprescindibilità dei tecnici del diritto nei processi decisionali a ogni livello sociopolitico è salutata da Fioravanti come un «esito di grande rilevanza», in quanto «ha spezzato il monopolio legislativo nell'attuazione della Costituzione» e «ha consumato *in modo definitivo* [corsivo mio] quell'idea tradizionale secondo cui la Costituzione ha organicamente necessità della legge, della mediazione legislativa, per divenire norma giuridica»<sup>50</sup>. La prospettiva apocalittica da fine-della-storia (un'attitudine inconscia molto significativa che si rivela in questo passaggio) funge da contesto epocale nel quale inserire il senso del testo. E il senso del testo, per Fioravanti, è la piena legittimazione della *natura politica della giurisdizione*, ossia, in concreto, del potere illimitato di giudici togati che non rispondono a nessuno, nemmeno alla legge, in quanto si sentono e sono legittimati dal nuovo ordinamento a crearla quella legge per via meramente interpretativa. Gli strumenti tecnico-esegetici che il giurista apprende fin dai banchi universitari diventano, insomma, la formidabile (e incontrastabile) arma per legittimare la metamorfosi della giurisdizione in sovranità. La ricostruzione stori-

ca fioravantiana è volta a dimostrare l'ineluttabilità di quel processo, dividendolo in parte integrante dell'esito.

Ne risulta un *pot-pourri* concettuale nel quale la certezza del diritto è divorata dai famelici sacerdoti del giure. Fioravanti ridisegna la struttura delle fonti del diritto nell'assetto contemporaneo: talvolta (ma verosimilmente sempre meno) «sarà preponderante la via legislativa», talaltra (cioè nella quasi totalità dei casi che contano negli equilibri politici e costituzionali dello Stato o di quel che resta di esso) invece «fatalmente» (mi permetto di aggiungere che mai avverbio fu più appropriato) «il principio costituzionale assume consistenza attraverso il lavoro della giurisprudenza ordinaria, e costituzionale» in quanto «sarebbe difficile pensare a una legge che cala dall'alto, e che decide autoritativamente il contenuto, ed il significato esclusivo, di quei principi»<sup>51</sup>. Il risultato conclusivo di questo nuovo assetto ordinamentale è che la produzione del diritto è affidata a un farragginoso procedimento infinito nel quale il legislatore ha solo un ruolo di abbrivio, ma il potere decisionale (l'ultima e definitiva parola) è saldamente assunto dai giudici: «Il legislatore *prova* a realizzare *un certo* equilibrio [corsivi ancora miei] tra diversi principi costituzionali, ma non riesce a farlo in modo adeguato, ragionevole, proporzionato, e la sua legge va perciò incontro ad una correzione, che non può realizzarsi altro che per via giurisdizionale, ordinaria e costituzionale, per poi produrre magari un successivo aggiustamento legislativo»<sup>52</sup>. In tal modo non solo si legittimano tutte le molteplici tipologie di sentenze costituzionali (additive, manipolative, a diritto intermittente ecc...) che sono solo il frutto di una inde-

bita e illegittima auto-estensione di quella giurisdizione, ma addirittura si sovverte il senso dell'intero impianto costituzionale vigente nella Carta italiana del 1948. La quale, com'è noto, statuendo (nell'art. 101 comma 2) che i giudici sono *soggetti* alla legge e soltanto alla legge e prevedendo un organo *ad hoc* per decidere sulla costituzionalità delle leggi (artt. 134-137) fa una netta scelta per un sistema in cui i giudici di merito non hanno alcuna legittimazione a deliberare sulla costituzionalità delle leggi e men che meno sull'attuazione di (veri o presunti) principi costituzionali (il cd. "controllo di costituzionalità diffuso"), dovendo limitarsi, in caso di dubbio in merito, a sospendere il giudizio e rimettere gli atti del processo alla Corte costituzionale, dimostrando nell'ordinanza di remissione (il cd. *fumus boni juris*) che il processo non può essere definito se prioritariamente la Corte non accerti la legittimità costituzionale della norma o delle norme dalle quali dipende la definizione della causa. Non è dunque affatto una prerogativa del giudice, attribuita alla sua mera volontà o curiosità, ma una condizione oggettiva la cui esistenza il giudice stesso deve solo accertare nel corso di un processo<sup>53</sup>.

Dismesso ogni abito critico, l'individuo della nuova *polis* astatale è dunque costretto ad abbracciare i suoi carnefici e anzi a idolatrarli come il «perno della democrazia». Al contrario, l'analisi condotta con i metodi della storia costituzionale mostra che nel lungo percorso della civilizzazione statale l'aumento di potere della magistratura ha sempre comportato una compressione dei diritti e non un loro ampliamento. Il governo dei giudici, a dispetto delle apparenze, porta a una so-

cietà nella quale la libertà è maggiormente compressa rispetto a una società nella quale il potere legislativo è nettamente e chiaramente distinto da quello giurisdizionale<sup>54</sup>.

4. *Grigio di sera: verso un futuro che si annuncia tutt'altro che roseo*

Schiacciata così tra la storia del diritto da un lato e la storia delle costituzioni moderne dall'altro, la storia istituzionale/costituzionale ha dovuto ripiegare, per sopravvivere in un ambiente ostile e fagocitante, verso la storia delle dottrine politiche, pagando un vertiginoso prezzo di astrazione anche – anzi soprattutto – quando ha trovato interpreti dotati di particolare raffinatezza interpretativa e creativa<sup>55</sup>. Questa linea, proprio perché fondata su una riflessione teoretica sganciata dall'analisi fenomenologica non poteva che terminare nel *cul-de-sac* dell'annientamento della statualità (e con essa della costituzionalizzazione degli ordinamenti politici), liquidata come una parabola storica che, dopo l'esperienza drammatica dei totalitarismi, ha esaurito il suo corso e non ha più nulla da dire<sup>56</sup>.

Nel vuoto, di metodi e di contenuti determinatosi in questa paradossale condizione della storia costituzionale (straordinaria ricchezza potenziale e depotenziamento reale), non era imprevedibile che alcune discipline limitrofe (o che si considerano tali) tentassero di esercitare una sorta di supplenza e avanzassero proposte che hanno generato contributi, talvolta anche di ottimo livello, ma pur sempre limitati nella dimensione cromo-

logica a segmenti che, per quanto significativi, restano delle tessere di un mosaico che stenta a comporsi. Esempio il caso di alcuni settori della storiografia contemporanea che sono stati attratti da studi che hanno inteso qualificare come storia costituzionale e che in realtà con la storia costituzionale propriamente detta hanno solo alcuni tratti comuni<sup>57</sup>.

Nessuno può, naturalmente, prevedere il futuro e non sappiamo al momento se questa tendenza si consoliderà o involverà ripiegando su se stessa. Le idee camminano, com'è noto, sulle gambe degli uomini e il reclutamento di nuove leve nel campo della storia istituzionale/costituzionale, già quantitativamente problematico rischia di esserlo ancor di più sotto il profilo qualitativo. Il fascino di studi – come quelli della storia costituzionale propriamente detta – che permettono di allargare l'orizzonte problematico e di avere una visione molto più critica e per ciò stesso nitida e approfondita dei fenomeni giuridico-politico-sociali, resta idealmente intatto, ma subisce – data la difficoltà intrinseca di quegli studi<sup>58</sup> – una evidente e comprensibile eclisse nel momento in cui gli enti preposti alla ricerca e all'insegnamento superiore (in primo luogo l'università) stanno subendo un radicale processo di trasformazione che ne ha decisamente attenuato la complessità, abbassandone i livelli qualitativi. Si è così sbilanciato il rapporto tra lo sforzo necessario a produrre opere di elevata qualità nel campo degli studi di storia costituzionale e la 'redditività' nella carriera accademica. Con il risultato d'impovertire ancor più il già magro *plafond* d'intelligenze cui attingere un possibile reclutamento. Il saldo finale è purtroppo di facile intuizione: gli studi e

le ricerche in questo fondamentale campo della conoscenza nell'ambito storico politico-giuridico-sociale, già in grande difficoltà dato il contesto e le ragioni di cui si è discusso, si stanno sempre più assottigliando e impoverendo lasciando una desertificazione culturale che non potrà in alcun modo essere colmata da altri àmbiti disciplinari.

Un ultimo, importante aspetto non può non essere segnalato. La stessa difficoltà appena delineata determina una crescente attenzione per la storia istituzionale/costituzionale contemporanea a discapito della corrispettiva storia istituzionale/costituzionale antica, medievale e moderna. Questa deleteria tendenza si fonda su un presupposto tanto diffuso quanto erroneo: l'idea che i nodi problematici che caratterizzano il nostro tempo abbiano origini recenti e possano essere compresi con la sola ricostruzione di un passato molto o abbastanza vicino. Questo modo di pensare sottovaluta natura e struttura dell'evoluzione umana che uno dei grandi studiosi del Novecento, Arthur O. Lovejoy, definì «la grande catena

dell'essere»<sup>59</sup>. Per comprendere i fenomeni storici non si può fare affidamento sul corto raggio, ma bisogna necessariamente indagare le cause remote che affondano le loro radici nell'*humus* di lunga durata. Il supplemento di difficoltà legato alla dimensione cronologica e alle conseguenti impervie condizioni determinate dal reperimento e dalla lettura dei manoscritti e dei documenti d'archivio, fa giungere alla sconcertante conclusione che gli studi medievistici e modernistici non pagano. E quando la mole di lavoro è troppo sproorzionata rispetto alla remunerazione, l'*homo academicus* fa due conti e imbecca le alternative più vantaggiose.

Così si può dire per gli storici costituzionali ciò che Agostino d'Ipbona diceva per i cristiani: ci sono molti che credono di essere storici costituzionali e non lo sono e alcuni che credono di non esserlo e lo sono. L'Italia è la terra delle virtù punite e dei vizi premiati. Mai come nel campo storiografico, e in particolare in quello della storia costituzionale, questa massima si rivela appropriata e reale<sup>60</sup>.

<sup>1</sup> È un chiaro segno di decadenza di una civiltà l'uso e la diffusione nel linguaggio corrente di termini ed espressioni mutate dalla prassi burocratica che, con la pseudo-ragione della sintesi, impoveriscono la lingua parlata e fiaccano il pensiero e i sentimenti civili. È nota al riguardo la descrizione di Machiavelli («si pena un pezzo a ripigliare gli ordini quando sono guasti»: l'intero passo in *Arte della guerra*, II, 302-309): mentre per costruire le strutture

(mentali e materiali) di una civiltà occorre molto tempo – necessario sia per la sedimentazione nelle coscienze dei valori stratificati da una secolare tradizione sia per assicurare l'interazione tra mentalità sociale e istituzioni politiche – per demolirle ne serve molto meno. L'espressione "offerta didattica" – come altre della stessa matrice subculturale oggi in voga – è un esempio paradigmatico di questa nefasta tendenza: essa è costruita per occultare l'essenzia-

le. E l'essenziale si sostanzia nei veri motivi per i quali una determinata materia è portata in auge e un'altra è invece sbassata senza che l'ignara *ingenuitas* dei discenti e perfino di molti, anzi della grande maggioranza dei docenti, inclusi i direttamente interessati (anzi *in primis* costoro), possa esserne minimamente informata e poter imbastire una qualche forma di reazione fondata su ragioni scientifiche. Com'è fin troppo noto e sperimentato da chiunque ab-

bia esperienza di vita universitaria italiana, le ragioni e le dimostrazioni di natura prettamente scientifica concernenti – per usare la celebre espressione nietzscheana – “l'utilità o il danno per la vita” di un determinato sapere nella formazione degli allievi hanno scarsissimo peso nelle scelte che concernono i piani di studio e di conseguenza l'offerta didattica non sarà il risultato di ragionamenti scientifici, ma la risultante di rapporti di forza e di relazioni di potere, spesso precari e cangianti. Su queste problematiche interne alla vita accademica, cfr., P. Bourdieu, *Homo academicus*, Paris, Minuit, 1984, trad. it. con lo stesso titolo di A. De Feo, Bari, Dedalo, 2013.

<sup>2</sup> Cfr., G. Sartori, *Una violazione macroscopica*, in «Corriere della Sera», anno 138, n. 263, 6 nov. 2013, p. 1. Cfr., anche la mia noterella, in dialogo con Sartori, sul medesimo giornale: F. Di Donato, *Storia costituzionale nelle università*, «Corriere della Sera», 13 nov. 2013, p. 43.

<sup>3</sup> Cfr., G. Miglio, *L'amministrazione nella dinamica storica* [1961], in «Storia Amministrazione Costituzione – Annale I.S.A.P.», n. 12, 2004, pp. 13-33.

<sup>4</sup> Questa concezione del giurista come ierocrate che deriva la sua autorevolezza dal possesso di una scienza oggettiva – una posizione che non può in alcun modo essere insidiata e addirittura nemmeno soggetta a critica da parte dei ‘laici’, cioè dei profani sprovvisti degli strumenti tecnici di gestione del *corpus* normativo – ha trovato nella storiografia giuridica italiana il suo fondamento legittimamente. Il più autorevole esponente di questa visione, che ha raccolto e rilanciato nella sua opera una lunghissima tradizione di pensiero e di valori derivante addirittura dalle stesse ragioni fondative della disciplina denominata «Storia del Diritto

Italiano», è stato Paolo Grossi, il cui libro più rappresentativo, al riguardo, è senz'altro *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1995. Per una disamina, sintetica, ma pressoché completa, della storia della storiografia giuridica italiana, mi sia consentito rinviare al mio specifico contributo: F. Di Donato, *Storiografia giuridica*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero*, Ottava Appendice: *Storia e politica*, Istituto dell'Enciclopedia Italiana Treccani, Roma 2013, pp. 723-8. Si vedano al riguardo le geniali osservazioni critiche formulate da R. Ajello ne *Il collasso di Astrea. Ambiguità della storiografia giuridica italiana medievale e moderna*, Napoli, Jovene, 2002, un volume di enorme pregio (persino nell'impostazione grafica della pagina) che è stato totalmente e deliberatamente ignorato dalla quasi totalità degli storici del diritto italiano/i. Ma già circa un decennio prima lo stesso A. aveva gettato le basi della sua visione, in un denso e tagliente saggio (pubblicato provocatoriamente in un collettaneo curato proprio da Grossi) intitolato *Problemi e prospettive dell'insegnamento in Italia*, in P. Grossi (a cura di), *L'insegnamento della storia del diritto medievale e moderno. Strumenti, destinatari, prospettive*, «Atti dell'incontro di studio», Firenze 6-7 nov. 1992, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 61-102. Per un quadro di questi problemi di storia della storiografia giuridica nella seconda metà del '900 e nei primi anni 2000, rinvio al mio contributo *Luci della modernità*, nel I vol. de *Il diritto utile*, cit. *infra* in nota 7, pp. 107-331.

<sup>5</sup> Cfr., T. Sauvel, *Histoire du jugement motivé*, in «Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger», LXI, 1955, pp. 5-53, trad. it. a cura di F. Losito, *La motivazione delle sentenze in Francia. Lineamenti*

storici, in «Frontiera d'Europa», a. I, n. 1, 1995, pp. 69-120. Per il quadro della giurisprudenza nel contesto del diritto comune, cfr., L. Lombardi Vallauri, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1967 (rist. inalt. 1975). L'idea stessa della motivazione del provvedimento giurisdizionale era impensabile e assurda in un contesto nel quale si riteneva che il giudice fosse legittimato (e ispirato) da un *munus* divino che si manifestava attraverso la *Scientia Juris*. La *fides* dei soggetti nella purezza della coscienza del magistrato era perciò presunta in *re ipsa* e non ammetteva eccezioni.

<sup>6</sup> La formula completa («*Juris professores per orbem terrarum [scientia juris] facit solemniter principari*» = «[La scienza del diritto] attribuisce solennemente ai giuristi la supremazia sul mondo») è riportata da Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, cit., p. 153, che la considera, a giusto titolo dal suo punto di vista, il maggior vanto della condizione d'interprete autorizzato delle norme giuridiche e come tale divenuta legittimamente un vero e proprio slogan identificativo del ceto dei *sacerdotes juris*. Sul punto mi permetto di rinviare alle osservazioni critiche da me sviluppate nel mio vol.: F. Di Donato, 9871. *Statualità Civiltà Libertà. Scritti di storia costituzionale*, prefaz. di F. Casavola, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, *passim* e spec. pp. 597, 865 e 895.

<sup>7</sup> Va perciò operato un rinvio, per chi fosse interessato ad approfondire questo tema ai miei studi raccolti nel vol. *testé cit.* 9871 e nei due precedenti studi monografici: *La rinascita dello Stato. Dal conflitto magistratura-politica alla civilizzazione istituzionale europea*, prefaz. di M. Troper, Bologna, il Mulino, 2010; e *L'ideologia dei robins nella Francia dei Lumi*, cit. *infra* in nota 11. Di fondamentale importanza, al

riguardo, i numerosi studi di R. Ajello che qui non si possono citare individualmente, ma che si possono facilmente reperire nell'appendice del doppio voll. *Il diritto utile. Teorie e storiografie del dissenso in una vita per la critica. In onore di Raffaele Ajello*, a cura di F. Di Donato (con la collaborazione di S. Scognamiglio e G. Vallone), prefaz. di L. Labruna, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, pp. 1169-1179.

<sup>8</sup> Sulla parabola di questa evoluzione, cfr., A.-J. Arnaud, *Les juristes face à la société du XIX<sup>e</sup> siècle à nos jours*, Paris, PUF, 1975, trad. it. a mia cura, *Da giureconsulti a tecnocrati. Diritto e società in Francia dalla codificazione ai giorni nostri*, Napoli, Jovene, 1993. Ma dello stesso autorevole A. si vedano anche le penetranti osservazioni sviluppate nel brillante saggio *Le médium et le savant. Signification politique de l'interprétation juridique*, in «Archives de Philosophie du droit», 1972, pp. 215-31 (poi ripubbl. in Id., *Le droit trahi par la philosophie*, Rouen, Bibliothèque du Centre d'Étude des Systèmes politiques et juridiques, 1977).

<sup>9</sup> È appena il caso di osservare — ciò che sarebbe una ovvietà assoluta se ci trovassimo in condizioni di normalità giuspolitica e non nella permanente anomalia italiana nella quale siamo impantanati da circa un millennio — che la sola espressione *over ruling* configura una palese violazione della disposizione costituzionale contenuta nell'art. 101, comma 2, Cost. secondo la quale «i giudici sono soggetti soltanto alla legge». Da questo fondamentale principio della democrazia giuridica si deduce, ad es., che se la legge non prevede una fattispecie il giudice non può ricavarla ricorrendo a più o meno complesse e articolate inferenze di logica giuridica (due clamorosi esempi di questo contemporaneo *arbitrium iudicis* ammantato di pseudo-*charme*

inglese sono la richiesta di risarcimento danni rivolta all'amante del coniuge fedifrago; e la medesima richiesta risarcitoria rivolta agli eredi di una persona suicida da parte di soggetti che possono provare di avere con essa rapporti affettivi stabili). Invece — a detta dei giudici stessi — l'*over ruling* si verifica sistematicamente al punto che vi è un'assuefazione generale nella vita forense a quest'idea, che nessuno osa più contestare. Il che prova solo che la rana (la protagonista della nota metafora di Noam Chomsky che in questo caso assume le vesti della Giustizia in uno Stato di diritto democratico e costituzionale) è ormai bollita senza che se ne sia nemmeno accorta (per approfondimenti su questo specifico punto si ricerchi sul web «principio della rana bollita»).

<sup>10</sup> Se ne veda l'efficace e sintetica descrizione dall'antica Grecia ai giorni nostri nel pregevole volumetto di O. Zecchino, *Il perenne conflitto tra i 'signori' del diritto*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020. Ma cfr., anche, in una prospettiva più tecnico-processualistica, G. Verde, *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, con introduz. di N. Irti, Napoli, Esi, 2012. È appena il caso di ricordare che Verde, tra i maggiori processual-civiltisti italiani, è stato vice presidente del CSM.

<sup>11</sup> Tra "Stato di diritto" (nel quale il potere sovrano è identificato con la legge) e "Stato dei giudici" (in cui il potere sovrano è identificato con la giurisdizione) vi è totale antitesi concettuale ed empirica. Sulla stabilità del potere togato nell'Antico come nel Nuovo Regime, cfr., l'importante ricerca dispiagata in 2 voll. di J. Krynen, *L'État de justice. France, XIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*, t. I: *L'idéologie de la magistrature ancienne*; t. II: *L'emprise contemporaine des juges*, Paris, Gallimard, rispettivamente 2009 e 2012. Il titolo di quest'opera è dichiara-

ratamente ispirato al mio vol.: F. Di Donato, *L'ideologia dei robins nella Francia dei Lumi. Costituzionalismo e assolutismo nell'esperienza politico-istituzionale della magistratura di antico regime (1715-1788)*, Napoli, Esi, 2003.

<sup>12</sup> Vale la pena di ricordare che in Italia i contributi più significativi alla comprensione dei fenomeni storico-giuridici sono venuti in prevalenza da studiosi che non erano storici del diritto *stricto sensu*: si pensi ai notissimi lavori di (o curati da) E. Rottelli e P. Schiera o ad alcuni ess. virtuosi e rappresentativi, come L. Lombardi Vallauri (del quale cfr., spec. l'*op. cit. supra* in nota 5); a G. Tarello del quale non sarà mai abbastanza stimata la *Storia della cultura giuridica moderna. I. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, il Mulino, 1976; o ad A. Giuliani e N. Picardi, *La responsabilità del giudice: problemi storici e metodologici*, in *Ibid.* (a cura di), *L'educazione giuridica*, vol. III, Perugia, Università di Perugia-CNR, 1978, 3-74; nonché *Ibid.* (a cura di), *L'educazione giuridica*, vol. V: *Modelli di legislazione e scienza della legislazione*, t. II: *Modelli storici e comparativi*, Napoli, Esi, 1988. Tra le più rilevanti ancorché rare aperture della storiografia giuridica italiana alla storia costituzionale vanno certamente segnalate le opere di R. Ajello (cfr., *supra* nota 7) e di M. Ascheri, uno storico del diritto *sui generis* considerato molto *border line* quando non *over line* dall'*establishment* disciplinare della storia giuridica italiana e non a caso apprezzatissimo oltre i confini nazionali. Ben diversa è la situazione della storia del diritto negli altri Paesi occidentali e specialmente in Francia dove la materia è denominata *Histoire du droit et des institutions* e pressoché tutta la metodologia storico-giuridica è orientata verso la storia costituzionale: si veda al riguardo il

bel vol. curato da C. M. Herrera, A. Le Pillouer, *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle*, Paris, Kimé, 2012, nel quale tra l'altro si segnalano le «tre grandi questioni» che concernono la storia costituzionale: l'«autonomia», i «contenuti» e la «temporalità» (ivi, p. 11). Assumo, *ex multis*, a paradigma di questa linea alcune opere sinteticamente rappresentative: J. Krynen, A. Rigaudière (eds.), *Droits savants et pratiques françaises du pouvoir (XI<sup>e</sup>-XV<sup>e</sup> siècles)*, Bordeaux, Presses Universitaires de Bordeaux, 1992; A. Rigaudière, *Histoire du droit et des institutions*, Paris, Éditions "Les Cours de Droit", 1994 (ma si veda, in una gigantesca produzione in gran parte dedicata a queste tematiche, anche lo splendido saggio: Id., *Les fonctions du mot constitution dans le discours politique et juridique du bas Moyen Âge français*, «Revista Internacional de los Estudios Vascos», Cuadernos, 4, 2009, pp. 15-51); J.-M. Carbasse, G. Leyte, S. Soleil, *La Monarchie française du milieu du 16<sup>e</sup> siècle à 1715: l'esprit des institutions*, Paris, Sedes, 2000; M.-F. Renoux-Zagaté, *Du droit de Dieu au droit de l'Homme*, Paris, Puf (coll. «Leviathan»), 2003; F. Saint-Bonnet, Y. Sassier, *Histoire des institutions avant 1789*, Paris, Montchrestien, 2004 (e dello stesso Saint-Bonnet si vedano i bellissimi saggi dedicati ai temi costituzionali in part. *Les Parlements, juge constitutionnel (XVI<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècle)*, in «Droits», 34, 2001, pp. 177-197; e *Le «constitutionnalisme» des parlementaires et la justice politique. Les équivoques des «lits de justice» du XVIII<sup>e</sup> siècle*, in «Parlement[s] – Revue d'histoire politique», n. 15, 2011, pp. 16-30); A. Vergne, *La notion de constitution d'après les cours et assemblées à la fin de l'Ancien Régime (1750-1789)*, Paris, De Boccard, 2006 (è appena il caso di precisare che gli autori sono tutti storici del diritto).

<sup>13</sup> Rinvio sul punto a Di Donato, *Storiografia giuridica*, cit., pp. 724-725. Ma cfr., anche Ajello, *Il collasso di Astrea*, cit., pp. 115-180.

<sup>14</sup> F. P. Sclopis, *Storia della legislazione italiana*, 1<sup>o</sup> e 2<sup>o</sup> vol., Torino, G. Pomba, 1840; 3<sup>o</sup> vol., Napoli, Stamperia e cartiere del Fibreno, 1845; 3 voll., Torino, Unione tipografico-editrice, 1863-1864. Sul significato dell'opera di Sclopis nelle fasi costitutive della disciplina denominata «Storia del diritto italiano», cfr., Ajello, *Il collasso di Astrea*, cit., pp. 106-107, 115-118 e 125.

<sup>15</sup> Utilizzo qui riportandola a un contesto più vasto, ma in stretta coerenza discorsiva, la nota e forte espressione di Francesco Calasso ripresa e commentata in seguito criticamente da R. Ajello in *Arcana Juris. Diritto e politica nel Settecento italiano*, Napoli, Jovene, 1976, pp. 281-282.

<sup>16</sup> Questo concetto meriterebbe un elaborato chiarimento – impossibile in questa sede – che dovrà essere l'oggetto di uno studio specifico. E tuttavia è indispensabile qui fornire almeno qualche scarna delucidazione. I fondamenti dell'ideologia giuridica possono ben essere considerati 'universali', nel senso che essi sono intrinseci all'esercizio della funzione giurisdizionale in qualunque modalità essa si eserciti. Da sempre e in ogni contesto i giudici non vogliono limitare la loro *potestas* alla giustizia contenziosa, ma cercano ovunque nei processi loro sottoposti degli interstizi che consentano la conversione (occulta) della giurisdizione in potere politico. Inutile sottolineare come – in ambiti sociopolitici caratterizzati da un elevato grado di corruzione – questa intrinseca 'politicità' della funzione giurisdizionale sia potenziata all'inverosimile nel processo penale e specialmente nell'attività delle indagini svolte dalle procure,

anche se non è affatto da trascurare l'impatto di alcuni grandi processi civili il cui esito può determinare il capovolgimento o l'indebolimento di fortune patrimoniali che fatalmente finiscono con l'averne un considerevole impatto anche sul potere politico. Proprio in virtù di tale constatazione, però, si è sviluppata un'efficace capacità reattiva nella linea del pensiero giuspolitico moderno; il quale ha elaborato sistemi costituzionali e assetti politici in cui la funzione di *ius dicere* ha maggiori difficoltà («*contraintes*» secondo la teoria così denominata da Michel Troper) a espandersi illimitatamente e a trasformarsi surrettiziamente in potere sovrano. Nel corso dell'Età moderna in Francia la tirannia degli apparati giudiziari è stata combattuta e arginata irrendendo l'esercizio della funzione giurisdizionale entro un sistema di limiti e di contrappesi la cui efficacia è proporzionata al livello in cui è giunto il consolidamento del processo di civilizzazione statale. Ora, è di tutta e immediata evidenza che la ricostruzione di questi passaggi storici cruciali sulla via del progresso (non solo endogiuridico, ma dell'intera società civile) non può essere effettuata dagli storici del diritto (intesi in senso tradizionale nello stile italiano), che sono essi stessi immersi in quella stessa ideologia. Sarebbe un classico caso di ciò che i giuristi chiamano una «*contradictio in adjecto*». Per studiare una struttura di precomprensione occorre necessariamente esserne distaccati, altrimenti si realizza la condizione metaforica della "mosca nella bottiglia".

<sup>17</sup> Si determina così uno sfasamento tra l'immagine della giustizia e la giustizia materiale: cfr., A. Prospero, *Giustizia benedetta. Percorsi storici di un'immagine*, Torino, Einaudi, 2008.

- <sup>18</sup> Sulla riproduzione endogena della magistratura e più in generale dei quadri dirigenti di matrice giuridica, cfr., il monumentale studio, esemplare anche per i metodi di ricerca (a cominciare dall'analisi prosopografica) che vi sono utilizzati, di P. Bourdieu, *La noblesse d'État. Grandes Écoles et esprit de corps*, Paris, Minuit, 1989.
- <sup>19</sup> Su questo argomento alcuni giuristi fondano la dimostrazione della incomparabile superiorità del potere giurisdizionale-magistratuale su quello legislativo-parlamentare. Di fronte alla impressionante *de-minutio* qualitativa della cultura giuspolitica media dei componenti del Parlamento si fa valere l'*argumentum ab auctoritate* della superiorità intrinseca della tecnica giuridica cosa che giustificerebbe il superamento del principio della separazione dei poteri. Perché il cittadino dovrebbe fidarsi maggiormente – si afferma – del Parlamento composto per lo più da semianalfabeti che della magistratura composta da esperti del diritto? L'argomento è velenoso in quanto fondato su una logica formale ineccepibile, frutto di una constatazione che purtroppo emerge *ictu oculi*. A rafforzare questa visione la «teoria realistica dell'interpretazione» interviene a dimostrare che è esclusivamente il giudice ad avere nelle sue mani il vero potere di creazione del diritto: cfr., M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, trad. it. a cura di A. Carrino et alii, *Per una teoria giuridica dello Stato*, Napoli, Guida, 1998; Id., *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, Puf, 2001; Id., *La philosophie du droit*, Paris, Puf («Que sai-je»), 2003, trad. it. a cura di R. Guastini, *Cos'è la filosofia del diritto*, Milano, Giuffrè, 2003. E tuttavia non mancano gli argomenti in senso opposto: cfr., ad es. il bel vol. di M. Ainin, *La legge oscura. Come e*

*perché non funziona*, Roma-Bari, Laterza, 2002<sup>2</sup> (1<sup>a</sup> ediz. 1997), che ha sottolineato il valore intrinseco della chiarezza nella formulazione delle disposizioni legislative, giungendo perfino a definire incostituzionali le leggi oscure. Su quest'ultimo punto, cfr., M. De Benedetto, M. Martelli, N. Rangone, *La qualità delle regole*, Bologna, il Mulino, 2011. Il problema è che le norme le scrivono, nel procedimento legislativo, gli stessi giudici che dovranno poi applicarle in sede giurisdizionale. Essi hanno quindi tutto l'interesse a renderle oscure per aumentare a dismisura il proprio potere interpretativo.

- <sup>20</sup> Cfr., P. Bourdieu, *La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique*, in «Actes de la recherche en sciences sociales», n. 64, sett. 1986, pp. 3-19; Id., *Spiriti di Stato. Genesi e struttura del campo burocratico*, trad. it. in Id., *Ragioni pratiche*, Bologna, il Mulino, 1995, pp. 89-131 (nuova ediz. 2009); Id., *Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective*, in F. Chazel, J. Commaille (eds.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, 1991, pp. 95-99, trad. it. di G. Brindisi, *I giuristi custodi dell'ipocrisia collettiva*, in «Kainos – Annuario», n. 5, Milano, Edizioni Punto Rosso, 2010, pp. 34-38. Sul concetto di *habitus*, che ricorre come un fondamentale *topos* concettuale in diverse opere di Bourdieu, cfr., G. Sapiro (ed.), *Dictionnaire international Bourdieu*, Paris, CNRS, 2020, pp. 386-389.

- <sup>21</sup> Sul ruolo fondamentale del diritto romano nella formazione del diritto (e della mentalità giuridica) francese medievale e moderna vi è una copiosa e autorevole letteratura. Mi limito qui solo a segnalare (senza citarli singolarmente e rinviando per approfondimenti all'ampia bibliografia del mio 9871, cit.) i fondamentali contributi di V.

Piano Mortari, di A. Rigaudière, di J. Krynen e di J.-L. Thireau. Fondamentale resta comunque il classico di P. Koschaker, *L'Europa e il diritto romano*, trad. it. di A. Biscardi con Introd. di F. Calasso, Firenze, Sansoni, 1962 (ediz. orig. *Europa und das römische Recht*, München und Berlin, Verlag Beck, 1958).

- <sup>22</sup> Cfr., O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris, Puf, 1994, trad. it. a cura di L. Tullio, *La potenza dello Stato*, Napoli, Esi, 2002. Ma si veda anche la fondatissima ricostruzione storica di J. Meyer, *Le poids de l'État*, Paris, Puf, 1983.
- <sup>23</sup> Cfr., C.N. Tate, T. Vallinder, *The Global Expansion of Judicial Power: the Judicialization of Politics*, New York, New York Univ. Press, 1995; A.S. Stone, *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe*, Oxford, Oxford Univ. Press, 2000.
- <sup>24</sup> Rinvio su questo cruciale argomento al cap. XVII del mio 9871, cit., pp. 581-609. Feroce come non mai, lo scontro tra magistratura e poteri politici continua a imperversare senza sosta né tregua, determinando di fatto i contenuti dell'agenda politica. In Francia la musica (la tendenza dei sacerdoti del giure a travalicare i confini della giurisdizione contenziosa e lo sfondamento sistematico della linea che demarca la divisione dei poteri) è la stessa anche se l'orchestra (la contestualizzazione socio-istituzionale) è ben diversa: valga il solo es., ma molto rappresentativo, del cd. «mur des cons» su cui si vedano le penetranti osservazioni di J. Krynen, *Petit factum sur un vaste mur*, in D. Salles, A. Deroche, R. Carvais (eds.), *Études offertes à Jean-Louis Harouel. Liber amicorum*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2015, pp. 1009-1021. La resistenza della magistratura ad accettare riforme che appaiono lapalissiane nella democrazia giuridica (come la separazione tra le due fi-

gure di magistrato inquirente e giudice terzo o la responsabilità del giudice nei casi di errori giudiziari tanto clamorosi quanto produttivi di effetti devastanti sulla vita delle persone e delle loro famiglie) è un chiaro indice di arretratezza culturale ed evidenzia un evidente passo indietro della civiltà giuridica assieme a un netto arresto del processo di civilizzazione statale (tema quest'ultimo che solo la storia costituzionale, con i suoi specifici metodi d'indagine, ha saputo adeguatamente trattare, mentre è stato totalmente ignorato dalla storia del diritto). Di recente questa posizione critica, da me sviluppata in oltre a trentennio di studi e ricerche, sta finalmente iniziando ad entrare anche nella manualistica di diritto positivo (esemplare al riguardo F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, 21ª ediz. Napoli, Esi, 2024, cap. IV.3, 51) e nei libri divulgativi diffusi su larga scala (cfr., S. Cassese, *Il governo dei giudici*, Roma-Bari, Laterza, 2022).

<sup>25</sup> Uno spaccato di questa fondamentale tematica si può desumere dalle divergenti posizioni metodologiche e dalla conseguente forte dialettica tra Paolo Grossi (fautore dello specifico giuridico) e Raffaele Ajello (promotore di un diritto 'impuro' e di una mentalità giuridica aperta e 'contaminata' dalle scienze storico-sociali); si vedano al riguardo rispettivamente P. Grossi, *Nessun neo-medievismo, ma anzi modernità giuridica, ma anzi modernità giuridica*, in F. Bolgiani, V. Ferrone, F. Margiotta Broglio (a cura di), *Chiesa cattolica e modernità*, «Atti del Convegno della Fondazione Michele Pellegrino», Università degli studi di Torino, Torino, 6 feb. 2004, Bologna, il Mulino, 2004, pp. 161-168; Ajello, *Arcana juris*, cit., pp. 3-6. Ma entrambi gli AA. hanno coerentemente difeso e argomentato la loro linea interpretativa *passim* in tutta la loro opera.

<sup>26</sup> Su questi temi ha indagato la vasta opera di R. Ajello (su cui cfr. *supra* nota 7); in particolare sul complesso (e controintuitivo) tema dell'«idealpositivismo» che è particolarmente presente tra i giuristi, si veda, del medesimo A., il saggio *L'estasi della ragione. Dall'Illuminismo all'idealismo*, in Id., *Formalismo medievale e moderno*, Napoli, Jovene, 1990, pp. 37-184. Sul concetto di «democrazia giuridica», cfr., i numeri monografici di «Frontiera d'Europa», a. XV, nn. 1-2, 2009 («Democrazia giuridica moderna. Problemi, protagonisti, testimoni. Rousseau, Beccaria, Dragonetti»); a. XVI, n. 1, 2010 («Democrazia giuridica moderna. Dalla sovranità deduttiva allo sperimentalismo sociale»).

<sup>27</sup> Si può avere uno spaccato di questi problemi nella dialettica tra N. Irti ed E. Severino, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, Laterza, 2001.

<sup>28</sup> Cfr. M. Foucault, *Il faut défendre la société*, Seuil-Gallimard, Paris 1997, trad. it. di M. Bertani e A. Fontana, «Bisogna difendere la società», Milano, Feltrinelli, 1998, pp. 11-27.

<sup>29</sup> Si può considerare esemplare al riguardo la faticosa esperienza di Antonio Marongiu (1902-1989), uno dei padri fondatori della storia delle istituzioni in Italia che tentò d'insegnare con risultati alterni e discontinui. Proveniente dalla storia del diritto insegnata nelle Facoltà di Giurisprudenza, M. tentò, con qualche indubbio ma isolato successo, di dar linfa alla storia delle istituzioni in alcune università italiane. I risultati furono fecondi sul piano della linea scientifica, ma abbastanza deludenti sul piano degli sviluppi accademici. La materia fu poi inserita nei piani didattici della Facoltà di Scienze Politiche della Sapienza di Roma dove M. concluse onorevolmente la sua carriera. In ogni caso, l'opera di

Marongiu non può considerarsi l'abbrivio di una vera e propria storia costituzionale, anche se a tratti ne contiene diversi elementi embrionali. Si veda l'essenziale ritratto di M. S. Corciulo, *Profilo di Antonio Marongiu (1902-1989)*, in «Le carte e la Storia», n. 2, 2012, pp. 33-39. Non meno significativa la vicenda accademica di Ettore Rotelli, che si era laureato in giurisprudenza alla Cattolica di Milano con una tesi diretta dall'amministrativista Feliciano Benvenuti e che fu indirizzato all'Università Trento dove si stava costituendo la Facoltà di scienze politiche e successivamente a Bologna sempre in scienze politiche.

<sup>30</sup> Cfr., *l'op. cit. sup.* in nota 4. L'aggettivo italiano posto tra parentesi si giustifica con l'occhiata ambiguità con la quale Grossi conduce la sua raffinata indagine nel libro in questione. L'assenza di ogni riferimento esplicito al diritto peninsulare e subalpino lascia impregiudicata la possibilità di riferire la descrizione grossiana all'intero continente europeo, come se le categorie giuridiche medievali delineate nel vol. fossero delle strutture dogmatiche universali intrinseche al diritto in quanto tale, ossia – per adoperare il linguaggio di Grossi – al carattere «ontico» del diritto.

<sup>31</sup> Segni che si possono osservare ad es. nella scelta di nuovi temi e nell'impiego di metodi nuovi in rapporto ai precedenti studi tutti condotti sulle *fonti* del diritto più che sulla *prassi*, ossia sul diritto formale piuttosto che sul diritto realmente vigente nell'esperienza concreta. Si vedano come ess. particolarmente rappresentativi di questa tendenza, le prime opp. di R. Ajello: *Il problema della riforma giudiziaria e legislativa nel regno di Napoli durante la prima metà del secolo XVIII. I. La vita giudiziaria*; Id., *Il preilluminesimo giuridico*; Id.,

- Preilluminismo giuridico e tentativi di codificazione nel Regno di Napoli*, tutti e tre Napoli, Jovene, rispettivamente, 1961, 1965 e 1968.
- <sup>32</sup> Questo percorso euristico emerge *ictu oculi* scorrendo la bibliografia dello studioso. Tra le opp. più significative, cfr., M. Fioravanti, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, Giuffrè, 1979; Id., *Stato e Costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Torino, Giappichelli, 1993; Id., *Costituzione e popolo sovrano. La Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo*, Bologna, il Mulino, 1998; Id. (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2002; Id., *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, Laterza, 2009; Id., *Lezioni di storia costituzionale. Le libertà fondamentali, le forme di governo, le Costituzioni del Novecento*, Torino, Giappichelli, 2021.
- <sup>33</sup> Anche guardando solo gli aspetti quantitativi posti in comparazione emerge la incolmabile distanza che separa il nostro Paese da quelli europei maggiormente interessati alla storia costituzionale: ad es. in Francia su circa 12.000 scritti storiografici annuali concernenti soggetti storici, oltre 1/3 riguardano argomenti di storia costituzionale. Cfr., il mio articolo F. Di Donato, *Voglia di sapere: Francia batte Italia*, in «La Stampa», 2 gen. 2008, p. 32: il calcolo approssimativo si riferisce alla *Bibliographie annuelle de l'histoire de France* per l'anno 2006, ma negli anni successivi il rapporto ha avuto una tendenza crescente.
- <sup>34</sup> Significativa, al riguardo, un'esperienza diretta di chi scrive: durante un convegno tenutosi a Napoli nel 2016, un noto giurista pubblicista, Roberto Zaccaria, affermò che non vi è «alcuna differenza tra la storia costituzionale e la storia delle costituzioni», citando al riguardo proprio la storiografia di Fioravanti del quale era stato collega all'Università di Firenze.
- <sup>35</sup> Esempio al riguardo il suo ultimo vol. *Lezioni di storia costituzionale*, cit.
- <sup>36</sup> Ivi, pp. 263-282.
- <sup>37</sup> Ivi, pp. 123-154.
- <sup>38</sup> M. Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2014<sup>3</sup>, pp. 123-154. Ma la prospettiva endogiuridica della ricostruzione storica è stata sempre difesa coerentemente da Fioravanti; si veda al riguardo l'esemplare saggio *È possibile un profilo giuridico dello Stato moderno?*, in L. Barletta, G. Galasso, *Lo Stato moderno di ancien régime*, «Atti del Convegno di Studi», San Marino 6-8 dic. 2004, San Marino, Univ. Rep. S. Marino, Aiep, 2007, pp. 185-195.
- <sup>39</sup> Su questo tema cruciale rinvio necessariamente al mio 9871, cit., nel quale analizzo i significati storici di quella trasformazione e ne descrivo origini e implicazioni, che si focalizzano soprattutto sul ruolo politico della giurisdizione e quindi della magistratura nei differenti sistemi costituzionali.
- <sup>40</sup> Cfr., R. Martucci, *L'ossessione costituente. Forma di governo e costituzione nella Rivoluzione francese (1789-1799)*, Bologna, il Mulino, 2001. Martucci ha dato anche altri importanti contributi che fanno di lui il maggiore storico costituzionale italiano. Sulla rappresentanza, cfr., l'importante *Anthologie* intitolata *La Représentation politique*, sous la dir. de M. Albertone et M. Troper, Paris, Garnier, 2021.
- <sup>41</sup> Cfr., M. Troper, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, LGDJ, 1980<sup>2</sup> (1<sup>a</sup> ediz. 1972), trad. it. di S. Romano, *Storia della separazione dei poteri*, Napoli, Esi, 2004.
- <sup>42</sup> Cfr., A. Garapon, *Le gardien des promesses. Justice et démocratie*, Paris, Odile Jacob, 1996, trad. it. di A. Cremagnani, con titolo parzialmente modificato e prefazione di E. Bruti Liberati, *I custodi dei diritti. Giustizia e democrazia*, Milano, Feltrinelli, 1997.
- <sup>43</sup> Cfr., A. Pizzorno, *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo della virtù*, Roma-Bari, Laterza, 1998. Ma, in una ormai vasta letteratura, si vedano almeno: M. Cappelletti, *Giudici legislativi?*, Milano, Giuffrè, 1984; Id., *Le pouvoir des juges*, Paris-Aix-en-Provence, Economica-PUAM, 1990; L. Violante, *Magistrati*, Torino, Einaudi, 2009; B. Rüthers, *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat. Verfassung und Methoden. Ein Essay*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014-2016, trad. ed. it. a cura di G. Stella, *La rivoluzione clandestina. Dallo Stato di diritto allo Stato dei giudici*, Modena, Mucchi Editore, (Quaderni della rivista «Lo Stato») 2018.
- <sup>44</sup> Fioravanti, *Lezioni di storia costituzionale*, cit., p. 362.
- <sup>45</sup> P. Costa, *Iurisdiction. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, Milano, Giuffrè, 1969.
- <sup>46</sup> Fioravanti, *Lezioni di storia costituzionale*, cit., p. 362.
- <sup>47</sup> Ivi e p. 363. Medesima posizione è ribadita nel saggio *Il «modello costituzionale» europeo: tradizioni e prospettive*, firmato da Fioravanti con S. Mannoni, in G. Bonacchi (a cura di), *Una Costituzione senza Stato*, Ricerca della Fondazione Lelio e Lisli Basso - Issoco, Bologna, il Mulino, 2001, pp. 23-70, 27-37.
- <sup>48</sup> Su questi temi rinvio ai miei tre studi monografici: *L'ideologia dei robinsoni*, cit.; *La rinascita dello Stato*, cit.; 9871, cit., ad indicem.
- <sup>49</sup> Cfr., Arnaud, *Da giureconsulti a tecnocrati*, cit., pp. 143-215.
- <sup>50</sup> Fioravanti, *Lezioni di storia costituzionale*, cit., p. 365.
- <sup>51</sup> *Ibidem*.
- <sup>52</sup> *Ibidem* e p. 366.
- <sup>53</sup> L'abuso e la distorsione di questo principio procedurale, che

invece è chiarissimo nella sua formulazione e non si presta ad alcuna possibile manipolazione interpretativa, ha portato a decisioni gravissime che configurano un'eversione dell'ordinamento. L'esempio più rilevante e clamoroso (ma tutt'altro che unico) è la decisione n. 35/2017 sulla legge elettorale, materia sulla quale la Corte costituzionale non aveva alcuna giurisdizione tanto più che, nel caso di specie, si trattava di una legge a efficacia differita che non avrebbe quindi mai potuto dar luogo a una controversia processuale prima della sua entrata in vigore. Pertanto la causa fu di sana pianta inventata da un pool di avvocati (*fictio litis*) al solo scopo di consentire l'intervento giurisprudenziale della Corte costituzionale che, diversamente, non avrebbe mai potuto aver luogo.

<sup>54</sup> Cfr., il mio 9871, cit., *passim*. Sul "governo dei giudici", cfr., M. Troper, *Le bon usage des spectres. Du gouvernement des juges au gouvernement par les juges*, in Id., *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, Puf, 2001, pp. 231-47. L'espressione «giudici perno della democrazia» è stata usata oralmente in un dibattito da una nota studiosa di filosofia teoretica, Donatella Di Cesare.

<sup>55</sup> Il caso paradigmatico al riguardo è costituito dall'opera di Pierangelo Schiera, che non a caso ha prestato una feconda e particolare attenzione all'area austro-tedesca e, più ampiamente, mitteleuropea, introducendo in Italia storici come Otto Brunner e Otto Hintze (pur molto diversi e distanti tra loro): cfr., O. Brunner, *Per una nuova storia costituzionale e sociale*, a cura di P. Schiera, Milano, Vita e pensiero, 1970; Id., *Terra e potere: strutture pre-statali e pre-moderne nella storia costituzionale dell' Austria medievale*, introduz. di P. Schiera, Milano, Giuffrè, 1983; P. Schiera, *Otto Hintze*, Napoli,

Guida, 1974 (sulla «storia costituzionale come storia dello Stato moderno», cfr., *ivi*, pp. 119-176; molto interessante, in quanto piuttosto affine alla prospettiva qui sviluppata, l'*incipit* del vol. nel quale Schiera, descrivendo sinteticamente la linea metodologica hintzeana, incentrata «intorno al concetto di *costituzione*, intesa come l'insieme delle forze sociali concorrenti a determinare l'unità politica di una determinata situazione storica», ne traccia il profilo identitario internodale tra il definitivo abbandono da un lato degli «aridi campi della mera storia giuridica» e dall'altro degli «il-lusori obiettivi di una pura storia delle idee». Di Hintze, cfr., ora il vol. *Storia costituzionale e amministrativa degli Stati moderni: l'Italia medievale e moderna*, a cura di G. Coltorti, Roma, Viella, 2022.

<sup>56</sup> Rappresentativi di questo modo di pensare sono i saggi dell'ultimo Schiera (cfr., ad es., *Lo Stato moderno. Origini e degenerazioni*, Bologna, Clueb, 2004) e diversi suoi interventi in dibattiti e seminari (da ultimo quello del 9 dic. 2022 organizzato da G. Melis, «Ventesimo incontro de "Le carte e la storia"», reperibile su <<https://www.storiadelleistituzioni.it/index.php/le-carte-e-la-storia/le-giornate-de-le-carte-e-la-storia?start=18>>, novembre 2024).

<sup>57</sup> Tra i più recenti e significativi al riguardo, cfr., P. Pombeni, *La questione costituzionale in Italia*, Bologna, il Mulino, 2016; R. Romanelli, *L'Italia e la sua Costituzione. Una storia*, Roma-Bari, Laterza, 2023.

<sup>58</sup> Le principali difficoltà incontrate dallo studioso che intenda affrontare temi di storia costituzionale risiedono nell'interdisciplinarietà e nella comparazione. Lo storico costituzionale deve padroneggiare, oltre ovviamente agli strumenti storiografici fondamentali, molteplici

campi del sapere nell'ambito delle scienze umane e sociali (dalla filosofia alla sociologia, dal diritto all'economia, dalla psicologia sociale all'antropologia, dalla scienza politica alla linguistica...). L'idea che la storia costituzionale sia *solo* una disciplina storica e che debba limitarsi quindi a operare con i soli strumenti metodologici delle altre storiografie è una grave distorsione che immiserisce la linfa di questo campo di studi, annulla la sua specificità, taglia i capelli di Sansone e ne svisciva la forza. Il 'montaggio' narrativo dei numerosi elementi che occorre considerare nella storia costituzionale richiede, a monte, una opzione teoretica ineliminabile. Pertanto ogni storia costituzionale presuppone una teoria costituzionale e quest'ultima, richiedendo a sua volta una gerarchia di valori etici e di fini politici, non può che sconfinare nel campo della riflessione filosofica. Il percorso inverso – quello che conduce dall'elaborazione ideale alla determinazione di precise regole costitutive degli ordinamenti giuridici – è un'efficace illustrazione di uno degli angoli prospettici più efficaci – non l'unico – alla comprensione dei fenomeni che costituiscono la base fondamentale della storia costituzionale. Sul punto, si veda lo studio, che può considerarsi ormai un classico, di G. Ferrara, *La Costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*, Milano, Feltrinelli, 2006, che fornisce ancora molti spunti di meditazione.

<sup>59</sup> A. O. Lovejoy, *La grande catena dell'essere* [1936], trad. it. di L. Formigari, Milano, Feltrinelli, 1966.

<sup>60</sup> Cfr., Di Donato, 9871, cit., p. 2. La celebre frase di Agostino è in *Ioh. Evang.* [Commento al Vangelo di San Giovanni] 45,12: «*Quam multae oves foris, quam multi lupi intus!*».