Giornale di

Storia costituzionale

n. 27 / I semestre 2014

eum > edizioni università di macerata

Giornale di Storia costituzionale / Journal of Constitutional History
n. 27 / I semestre 2014 Issue n° 27 / 1st semester 2014

Chief Editors
Luigi Lacchè, Roberto Martucci, Luca Scuccimarra

International Board
Bruce Ackerman (University of Yale), Vida Azimi (CNRS-Cersa, Paris II), Bronislaw Backo (Université de Genève), Olivier Beaud (Université Paris II, Panthéon-Assas), Giovanni Busino (Université de Lausanne), Bartolomé Clavero (Universidad de Sevilla), Francis Delperée (University of Leuven), Alfred Dufour (Université de Genève), Dieter Grimm (Wissenschaftskolleg zu Berlin), António Manuel Hespanha (Universidade Nova de Lisboa), Martti Koskenniemi (University of Helsinki), Lucien Jaume (CNRS-Cevipof, Paris), Peter L. Lindseth (University of Connecticut), Martin Loughlin (London School of Economics & Political Science), Heinz Mohnhaupt (Max-Planck Institut für Europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt am Main), Peter S. Onuf (University of Virginia), Michel Pertué (Université d'Orléans), Jack Rakove (University of Stanford), Dian Schefold (Universität zu Bremen), Michael Stolleis (Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt am Main), Michel Troper (Université de Paris Ouest-Nanterre-La Défense), Joaquin Varela Suanzes-Carpegna (Universidad de Oviedo), H.H. Weiler (New York University), Augusto Zimmermann (Murdoch University).

Board of Editors
Ronald Car, Ninfa Contigiani, Paola Persano, Monica Stronati

Editors' Assistant
Antonella Bettoni

Address
Giornale di Storia costituzionale, c/o Dr. Antonella Bettoni, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Macerata
Piaggia dell'Università, 2 – 62100 Macerata, Italy
giornalestoriacostituzionale@unimc.it
www.storiacostituzionale.it

I testi inviati alla redazione sono sottoposti a referaggio anonimo da parte di due esperti selezionati dalla Direzione sulla base delle proprie competenze e interessi di ricerca. Responsabili del processo di valutazione sono i Direttori della rivista.
The papers submitted for publication are passed on two anonymous referees (double-blind paper review), which are chosen by the Chief Editors on the base of their expertise. The Chief Editors are responsible for the peer review process.

I libri per recensione, possibilmente in duplice copia, vanno inviati alla Segreteria di redazione. La redazione si rammarica di non potersi impegnare a restituire i dattiloscritti inviati.
Books for review should be submitted, if possible in two copies, to the Editors' Assistants. The Editors regret the fact that they cannot commit themselves to sending back received books and papers to the authors.

Il Giornale di Storia costituzionale è indicizzato nelle seguenti banche dati / The Journal of Constitutional History is indexed in the following databases:
Scopus – Elsevier; Heinonline; Historical Abstracts – EBSCO; Summon by Serial Solutions (full-text dal 01.01.2005); Google Scholar; DoGi (Dottrina Giuridica) – ITTIG (Istituto di Teoria e Tecniche dell'Informazione Giuridica)-CNR; BSN (Bibliografia Storica Nazionale); AIDA (Articoli Italiani di Periodici Accademici); Catalogo Italiano dei Periodici – ACNP; Casalini Libri; EUM (Edizioni Università di Macerata).

Direttore responsabile
Angelo Ventrone
Registrazione al Tribunale di Macerata n. 463 dell'11.07.2001

Editore / *Publisher*
Edizioni Università di Macerata
Via Carducci, snc – 62100 Macerata
T (39) 0733 2586081 – F (39) 0733 2586086
info.ceum@unimc.it
http://eum.unimc.it

Distribuited by PDE
ISBN 978-88-6056-397-2
ISSN 1593-0793

Tipografia / Printer
Global Print, Gorgonzola (MI)

La rivista è pubblicata con fondi dell'Università di Macerata.

In copertina: Andrea Appiani, ritratto di Napoleone I Bonaparte come Re d'Italia

Finito di stampare nel mese di giugno 2014
Printed in the month of June 2014

Prezzo di un fascicolo / Single issue price
euro 30
Arretrati / Back issues
euro 30

Abbonamento annuo (due fascicoli) / Annual Subscription rates (two issues)
Italy, euro 43; European Union, euro 56; U.S.A. and other countries, euro 82

Gli abbonamenti possono essere sottoscritti tramite:
bonifico bancario a Banca Marche, IBAN IT91 R060 5513 4010 0000 0021 373 BIC BAMAIT3AXXX

Please remit amount due in Euro drawn on Banca delle Marche, IBAN IT91 R060 5513 4010 0000 0021 373 BIC BAMAIT3AXXX payable to Edizioni Università di Macerata

For further information, please contact:
ceum.riviste@unimc.it
T (+39) 0733-258 6080 (Mon.-Fri.: 10am-1pm)
F (+39) 0733-258 6086

Gli abbonamenti non vengono rinnovati automaticamente. Per ricevere l'annata successiva a quella in corso occorre inviare una richiesta esplicita all'indirizzo ceum.riviste@unimc.it

Subscriptions are not renewed automatically. To receive subscriptions the next year, please send an explicit request at ceum.riviste@unimc.it

La presente opera è rilasciata nei termini della licenza Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International CC BY-NC-ND 4.0)
https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/

Sommario / *Contents*

GIORNALE DI STORIA COSTITUZIONALE n. 27 / I semestre 2014
JOURNAL OF CONSTITUTIONAL HISTORY n. 27 / I semester 2014

5 Le costituzioni sono come le vesti? / *Are constitutions like clothes?*
LUIGI LACCHÈ

Fondamenti

11 Nella Repubblica cisalpina fra aprile 1797 e settembre 1798: un inatteso esempio di costituzionalismo a geometria variabile / *The Cisalpine Republic: an unexpected model of flexible constitutionalism at the end of the 18th century (april 1797 - september 1798)*
ROMANO FERRARI ZUMBINI

31 "Troppo francese e troppo poco napoletano"? Il progetto costituzionale della Repubblica Napoletana del 1799 e la sua fortuna storiografica / *"Too French and too little Neapolitan"? The constitutional project of the Neapolitan Republic of 1799 and its historiographical fortune*
VALERIA FERRARI

49 Jacques Rambaud e *Naples sous Joseph Bonaparte*: due storie interrotte / *Jacques Rambaud and* Naples sous Joseph Bonaparte*: two interrupted stories*
FRANCESCO MASTROBERTI

Ricerche

67 La protezione giuridica come tutela dei diritti: riduzioni moderne del problema della dimensione giuridica della giustizia / *Juridical defence as defence of rights: modern simplifications of the matter of the juridical dimension of justice*
MASSIMO MECCARELLI

81 Costituzione e scrittura / *Constitution and writing*
ANTONIO MASTROPAOLO

107 Reconsidering Constitutional Formation. Research challenges of Comparative Constitutional History / *Riconsiderando la genesi costituzionale. Sfide della ricerca nella storia costituzionale comparata*
ULRIKE MÜSSIG

133 Georges Sorel e la psicologia del giudice / *Georges Sorel and the psychology of the judge*
PAOLO MARCHETTI

143 *Quaeta non movere*. L'ingresso delle donne in magistratura e l'art. 51 della Costituzione. Un'occasione di riflessione sull'accesso delle donne ai pubblici uffici nell'Italia repubblicana / Quaeta non movere. *Women judges and art. 51 of the Italian Constitution. An Opportunity to reflect on Women's Access to public Offices in Republican Italy*
CARLOTTA LATINI

163 La question prioritaire de constitutionnalité / *The priority question of constitutionality*
PIERRE SERRAND

Itinerari

179 Granting citizenship following Caracalla? The French experience and the *Code Napoléon* / *Concedere la cittadinanza come Caracalla? L'esperienza francese e il* Code Napoléon
LUIGI LACCHÈ

199 Civilization, Ethnicity and Citizenship as Key Factors Shaping Human Personality and Behavior / *Civilizzazione, etnicità e cittadinanza come fattori chiave che modellano la personalità e il comportamento umano*
ROBERT YENGIBARYAN

207 L'acquisizione della cittadinanza nei paesi della UE: problematiche e prospettive / *Acquisition of citizenship in the countries of the EU: problems and perspectives*
MARIO RIBERI

Testi & Pretesti

227 *Indésirable*, *suspect*, *dangereux*: *La schiuma della terra* di Arthur Koestler / Indésirable, suspect, dangereux: *Arthur Koestler's* Scum of the Earth
RONALD CAR

Librido

243 Diciassette proposte di lettura / *Seventeen reading proposals*

257 Autori / *Authors*

259 Abstracts

Le costituzioni sono come le vesti? / *Are constitutions like clothes?*

LUIGI LACCHÈ

«Le costituzioni sono come le vesti…», ha scritto Vincenzo Cuoco nel suo *Saggio storico sulla rivoluzione di Napoli* (1801); bisogna quindi che ogni individuo, in base alla propria età, indossi l'abito giusto, altrimenti questo non gli potrà star bene. Cuoco, censurando il costituzionalismo rivoluzionario, pervaso dall'*esprit géometrique* francese, respingeva l'idea che una Costituzione potesse essere calata dall'alto, imposta con la forza o adottata da «un'assemblea di filosofi». Le Repubbliche 'sorelle', nate in Italia sul finire del Settecento, avrebbero dovuto fare costituzioni «… per gli uomini quali sono, e quali eternamente saranno, pieni di vizi, pieni di errori…». «Quando una costituzione non riesce – osservava Cuoco – io do il torto al legislatore, come appunto quando non calza bene una scarpa, do il torto al calzolaio» (cit. da V. Ferrari). Questa riflessione si riallaccia ad un dibattito dottrinale e ad una molteplicità di esperienze che attraversano la storia delle strutture e delle forme costituzionali, arrivando, con sembianze mutevoli, sino ai nostri tempi.

Riprendo qui le parole di Cuoco perché questo numero del *Giornale di Storia Costituzionale* è attraversato da un sottile *fil rouge* che corre lungo l'asse di una tensione antica, tra quello che, per semplificare, potremmo chiamare un concetto 'costruttivista' di costituzione considerata anzitutto come atto coincidente con un progetto di società da edificare e un'idea 'realista' di costituzione che privilegia il dato della tradizione, dell'eredità storica e in ultima istanza tende a consolidare, 'riformare', sancire equilibri e strutture in gran parte preesistenti. Nel primo caso la costituzione – rispetto alla quale sarà essenziale l'elemento della scrittura (Mastropaolo) – tende a diventare più facilmente un modello 'esportabile' e 'imitabile', nel secondo la costituzione sarà piuttosto un 'abito su misura' che difficilmente potrà essere indossato da altri.

In questo numero del *Giornale* vogliamo segnalare due poli tematici che, in vari modi, possono riproporre questo tipo di tensione. Il riferimento al costituzionali-

smo repubblicano nell'Italia di fine Settecento ci mostra l'esperienza cisalpina (1797-1798) 'a geometria variabile' (Ferrari Zumbini) e il progetto costituzionale di Mario Pagano "Troppo francese e troppo poco napoletano?" (Ferrari). Un secondo polo tematico riguarda invece la cittadinanza vista tra l'età napoleonica e il contesto odierno, su scala europea e globale. Nell'importante dibattito sul titolo primo del codice civile emergono diverse idee di cittadinanza tra *jus sanguinis* e *jus soli*. Napoleone, novello Caracalla, riteneva che la cittadinanza francese, divenuta 'imperiale' e tendenzialmente 'espansiva', potesse essere estesa il più possibile ai non Francesi, anzitutto per obiettivi politici e strategici. Considerata in tal senso, la cittadinanza appariva un atto di edificazione di legami politici e civili, strumento rilevante per uniformare e superare le differenze che nascono dal tempo e dai luoghi. A Napoleone si obiettò, tuttavia, che il carattere 'aperto' della cittadinanza non dovesse snaturare l'idea originaria di stretta appartenenza, secondo il principio della *jus sanguinis* (Lacchè). Alla fine si trovò un compromesso, ma quel dibattito rivela una problematicità destinata a durare, come pure la discussione odierna conferma tra globalizzazione, *governance* multilivello e nuovi e vecchi nazionalismi. Nel dibattito che ha accompagnato lo sviluppo (e le involuzioni) dell'Unione europea si sono affrontate almeno due visioni della 'cittadinanza' le quali postulano l'una l'inevitabile progressivo superamento dell'identità etnica, linguistica e storica in un contesto a valenza multiculturale, l'altra che vuole continuare a legare il principio di cittadinanza alla sovranità dei popoli e al loro *proprium* identitario (Riberi). Di fronte ai processi di globalizzazione e alle conseguenti accelerazioni, il nesso tra etnicità e cittadinanza non sembra però destinato, secondo alcuni, a scomparire. «… in the 21st century the differences between continents, nations and people do not diminish» (Yengibaryan).

Probabilmente nel secolo che viviamo non è possibile abbandonare la natura 'aperta', 'indecisa' del costituzionalismo (Müßig), così come è stato per tutto il XIX secolo. Il problema però non è più quello della 'balance of powers' ma piuttosto quello della 'balance of differences' in un mondo in costante movimento e rapida trasformazione. Ma ancora una volta, per riprendere l'analogia di Cuoco, se la scarpa non va bene, bisogna prendersela con il calzolaio…

***

«Le costituzioni sono come le vesti…» (Constitutions are like clothes…), wrote Vincenzo Cuoco in his essay *Saggio storico sulla rivoluzione di Napoli* (1801); it is therefore necessary that every individual, according to her / his age, wears the right clothes, otherwise they will not be able to fit her / him. Cuoco, criticising revolutionary constitutionalism pervaded by the French *esprit géometrique*, repelled the idea that a Constitution could come down from above, imposed with force or adopted by «an assembly of philosophers». The 'sisters' Republics, born in Italy at the end of the Eighteenth Century, should have made constitutions «… per gli uomini quali sono, e quali eternamente saranno, pieni di vizi, pieni di errori…» (… for men as they are, as they will ever be, full of vices, full of

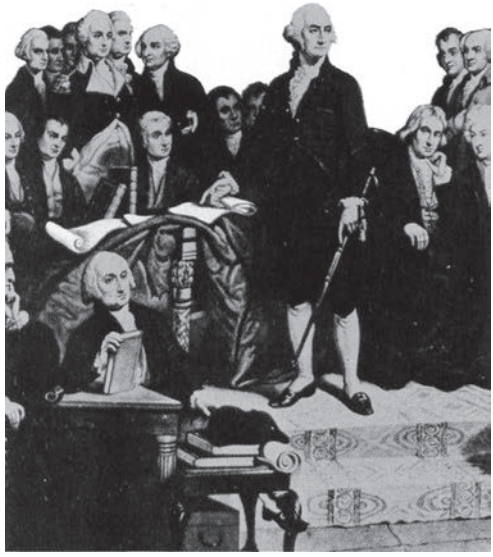
mistakes…). «*Quando una costituzione non riesce – observed Cuoco – io do il torto al legislatore, come appunto quando non calza bene una scarpa, do il torto al calzolaio*» (When a constitution does not come out well, I blame the legislator, like when a shoe does not fit well I blame the shoemaker) (quoted by V. Ferrari). This reflection is linked to a doctrinal debate and to a multiplicity of experiences which go through the history of constitutional structures and forms, arriving, with changeable features, to our times.

I mention here Cuoco's words because this issue of the *Journal of Constitutional History* is crossed by a subtle *fil rouge* which runs through the axis of an ancient tension, between that which we, for simplification sake, could call a 'constructivist' concept of constitution considered above all as an act coinciding with a project of society to be built and a 'realist' idea of constitution which privileges the datum of tradition, of historical inheritance and which, in the last resort, tends to consolidate, 'reform', sanction largely pre-existing balances and structures. In the first case the constitution – with respect to which the element of writing will be essential (Mastropaolo) – tends to become more easily an 'exportable' and 'imitable' model, in the second case the constitution will rather be a 'tailor-made suit' which could hardly be worn by others.

In this issue of the *Journal* we would like to highlight two thematic poles which, in many ways, can propose this kind of tension. The reference to the republican constitutionalism in Italy at the end of the Eighteenth century shows us the 'flexible' Cisalpine experience (1797-1798) (Ferrari Zumbini) and the "Too French and too little Neapolitan?" constitutional project by Mario Pagano (Ferrari). A second thematic pole concerns, on the other hand, the citizenship seen between the Napoleonic era and today context, on a European and global scale. In the important debate regarding the first title of the civil code, differing ideas of citizenship between *jus sanguinis* and *jus soli* surface. Napoleon, neo Caracalla, thought that the French citizenship, which had become 'imperial' and tendentially 'expansive', could be extended, as much as possible, to non-French people, first of all for political and strategic objectives. Being considered in such a way citizenship appeared an act of building political and civil bonds, a relevant tool for unifying and overcoming differences which originate from time and places. However, the objection was raised to Napoleon that the 'open' character of citizenship should not pervert the original idea of strict belonging, according to the principle of *jus sanguinis* (Lacchè). At the end a compromise was found, but that debate reveals problematic aspects which are destined to last, as confirms as well the current discussion between globalisation, multi-level governance and new and old nationalisms. In the debate that came along with the development (and the regressions) of the European Union, at least two vision of 'citizenship' faced themselves which postulate, on the one hand, the inevitable progressive overcoming of ethnical, linguistic and historical identity in a context with a multicultural value, on the other, the will to keep linking the principle of citizenship to sovereignty of people and to their identity *proprium* (Riberi). Facing the processes of globalisation and the consequent accelerations, the connection between ethnicity and citizenship does not seem however destined to, according to some scholars, disappear. «… in the 21st century the dif-

ferences between continents, nations and people do not diminish» (Yengibaryan).

Probably in the century we are living in it is not possible to abandon the 'open', 'undecided' nature of the constitutionalism (Müßig), just as it was for all the 19th century. The issue, however, is not any more that of the 'balance of power', rather that of the ' balance of differences' in a world in continuous movement and fast transformation. Anyway, to mention once again the analogy by Cuoco, if the shoe does not fit, we should blame the shoemaker…



Nella Repubblica cisalpina fra aprile 1797 e settembre 1798: un inatteso esempio di costituzionalismo a geometria variabile

ROMANO FERRARI ZUMBINI

> Nomi furono i nostri corpi legislativi i tribunali e i governi, ignudi nomi; e mentre il sangue della vostra nazione ci redimea dalle catene, lo scettro dei capitani e dei proconsoli francesi il cisalpino popolo flagellava.
> [Ugo Foscolo, *Orazione a Bonaparte pel Congresso di Lione*[1]]

Premessa

L'esperienza cisalpina, anche in chiave costituzionalistica, va valutata positivamente. Attraverso la *spontaneità* favorì la nascita del costituzionalismo in Italia.

A fine agosto del 1795 era stata varata a Parigi la nuova costituzione, detta solitamente "dell'anno III". Nell'ottobre '95 si scioglieva la Convenzione nazionale: la guerra civile era all'ordine del giorno, la Vandea in fiamme e l'Austria sul piede di guerra. Il giovane gen. Napoleone scalpitava di fronte alle condotte, reputate insoddisfacenti, del gen. Schérer, comandante dell'armata: alla fine di quell'anno i francesi furono cacciati da Magonza ed evacuavano dal Palatinato, non migliore la situazione militare in Italia del nord.

La guerra divenne la via di uscita privilegiata per distogliere l'attenzione dai problemi parigini: per il Direttorio era una soluzione facile; del resto, per dirla con Paul Barras, «La pace? […] e che si farà dei generali? Andranno a piantare cavoli?»[2]. Con l'avvicinarsi della primavera '96 si lanciò, quindi, una nuova campagna d'Italia ed era intesa, in primo luogo, come una magnifica operazione finanziaria, tant'è che il 18 maggio il Direttorio francese avrebbe ordinato al gen. Bonaparte: «[…] les ressources immenses que vous procure votre marche vers l'Italie du Sud seront dirigées sans délai vers la France»[3].

Il piano delle operazioni militari venne delineato dal Direttorio: Bonaparte, nominato il 2 marzo generale in capo dell'armata d'Italia, ne venne a conoscenza il 6 marzo e partì per Nizza il 10. Le istruzioni impartite dal Direttorio si concentrarono sui pesanti

tributi da imporre: si tenga conto che l'Olanda, 'liberata' dalle truppe francesi nel '95, era gravata di 100 milioni di fiorini e il Belgio di 26 milioni. A Nizza, prima della partenza, il 27 marzo 1796 Napoleone arringò i suoi soldati, galvanizzandoli con poche e chiare parole: «Soldati! voi siete nudi, mal nutriti; il Governo vi deve molto, e non può darvi nulla. [...] Io voglio condurvi nelle più fertili pianure del mondo. Ricche province, grandi città saranno in vostro potere; vi troverete onori, gloria e ricchezze»[4]. Ogni commento appare superfluo; sono parole celebri che non hanno però incrinato, nei secoli, il mito della cosiddetta 'guerra di liberazione'.

La campagna d'Italia avrebbe dovuto fungere da diversivo alle operazioni sul Reno, ma gli esiti militari avrebbero ribaltato la prospettiva. Le vittorie del ventiseienne generale – la cui nomina era stata accolta con scetticismo ed ironia – modificarono lo spirito della campagna paralizzata sul Reno: l'avanzata in Italia non era più solo un diversivo e uno strumento di finanziamento, ma divenne missione politica principale. Il Direttorio fu preso in contropiede. Napoleone iniziò ad elaborare progetti che Parigi tentò vanamente di ostacolare. Nel maggio '96 il gen. Massena entrò a Milano per conquistare, *pardon* 'liberare', la Lombardia (ad eccezione di Mantova, dove rimasero concentrate le truppe austriache, sino al febbraio dell'anno successivo). Nel dicembre '96 il Direttorio si arrese al generale e richiamò a Parigi i commissari civili, Saliceti e Garrau, affiancati originariamente a Bonaparte per arginarlo e controllarne le mosse. L'Italia era sua e come padrone egli si comportò. Ad aprile '97 la firma dei preliminari di Leoben avvenne in conformità ai desideri (non del Direttorio, bensì) del generale còrso: egli impose a Parigi, oltre che a Vienna, la nascente esperienza cisalpina. Con Campoformio, ad ottobre, la Repubblica di S. Marco cessò di esistere come potenza, l'Austria si rassegnò (temporaneamente) alla perdita della Lombardia e il governo papale lasciò occupare pure Ancona. Venezia e la terraferma andarono all'Austria, deludendo le aspettative di molti in Italia: lo sbocco sul mare sarebbe stata una vana, costante aspirazione dei patrioti di lingua italiana.

In tale contesto, il 29 giugno 1797 si proclamò la Repubblica cisalpina (subentrante all'effimera esperienza cispadana): si espandeva dalla Lombardia a Reggio e Modena a sud-est e a Massa e Carrara, inclusa la Garfagnana, a sud-ovest. Lo stesso giorno Bonaparte nominò quattro membri del Direttorio esecutivo[5] e l'8 luglio egli stesso promulgò la costituzione, che ricordava fortemente quella parigina del 1795. A fine luglio, la Cisalpina avrebbe incluso anche Bologna, Ferrara e l'intera Romagna; e dall'ottobre anche la Valtellina. «Io voglio così», avrebbe commentato Bonaparte, come riporta Melzi d'Eril[6].

Il 9 novembre Bonaparte nominò i membri delle due Camere chiamati a «giurare odio eterno al governo dei re» e «a promettere di non soffrire giammai a lungo alcun giogo straniero»; il 16 si allontanò dall'Italia. È il caso di sottolineare una contraddittorietà del testo costituzionale in merito al numero dei rappresentanti da eleggere. Mentre l'art. 44 prevedeva un numero variabile per le due Camere (tra i quaranta e i sessanta membri per il Consiglio de' seniori e tra gli ottanta e i centoventi per il Gran Consiglio), l'art 80 disponeva un numero fisso (quaranta) per i rappresentati della Camera alta. Ebbene, il generale

adottò una soluzione diversa ed originale: violando il testo costituzionale, nominò centosessantuno deputati al Gran consiglio e settantanove al Consiglio de' seniori[7].

Il parlamento cisalpino iniziò i suoi lavori a Milano il 22 novembre '97, alle ore 12: i seniori si riunirono nel palazzo di governo in Porta orientale, mentre gli iuniori nei locali della chiesa di S. Damiano alla Scala. L'instabilità nella composizione degli organi (governativo e parlamentare) connotò quel periodo: ad aprile '98 due direttori si dimisero (Moscati e Paradisi), prontamente sostituiti dal neo-comandante in capo dell'Armata in Italia, il gen. Brune, che nominò Lamberti e Testi; contestualmente furono epurati diversi membri del Corpo legislativo, individuati fra i più accesi oppositori alle volontà francesi (cfr. 2.1).

Fra il 31 agosto ed il 1° settembre '98 si insediò un nuovo gruppo di potere. Si contemplava un corpo parlamentare più ristretto (ottanta per il Consiglio degli iuniori, quaranta per quello degli anziani) e i nominati furono individuati dall'ambasciatore di Francia, Trouvé; anche il Direttorio esecutivo fu rinnovato: entrarono a farne parte Adelasio, Luosi e Sopransi, due furono quindi i direttori confermati (Alessandri e Lamberti). Ma l'assetto politico, a dispetto delle apparenze, non era mutato. Qualcuno in passato usò – per questo passaggio politico – la locuzione 'seconda Cisalpina', in relazione al nuovo testo costituzionale del 31 agosto 1798. Ma le apparenze non devono ingannare: nonostante l'esistenza di un nuovo testo costituzionale, l'assetto di potere rimase lo stesso: detentrice del potere era e rimase la Francia; per l'esattezza il vertice militare delle truppe che non di rado ingaggiò una dialettica con il potere politico a Parigi (e non con il potere cisalpino, espressione di una repubblica a sovranità limitata). Le modalità di esplicazione del potere trascendevano le norme costituzionali e i soggetti politici cisalpini di fatto erano esautorati dal processo decisionale. Insomma, la *vita* delle istituzioni si strutturò continuativamente in modo uniforme, pur a dispetto dell'esistenza di due testi costituzionali.

1. *I luoghi comuni: la 'liberazione', il parlamento 'legislatore' e il Direttorio 'titolare del potere esecutivo'*

I luoghi comuni sono una scorciatoia del pensiero. Evitano tante difficoltà e sono rassicuranti, perché confermano tante idee, più o meno fondate, ma, in cambio, molto radicate. Ed è particolarmente ampio il repertorio di luoghi comuni che avvolgono la mitologia rivoluzionaria francese. Dopo oltre un secolo dagli avvenimenti, ancora agli inizi del '900, Luigi Luzzatti nella *Prefazione* del 1917 evocava la «gratitudine alla Francia»[8], e ben poco è mutato da allora. Rimane infatti granitamente confermato in studi che si appoggiano ad altri anteriori, e questi ad altri ancor più risalenti, che grande era il debito dell'Italia verso la Francia liberatrice.

Per verificare la fondatezza o meno di tali luoghi comuni bisogna far ricorso alle fonti (giuridiche e documentarie), trascurando tesi tralatizie che si son tramandate in numerose ricerche storiografiche e giuridiche, di generazione in generazione per cui, quasi d'ufficio, il parlamento viene identificato con il potere legislativo. L'intento di questo articolo risiede proprio in ciò, nel voler sottoporre a verifica

una pluralità di dati 'acquisiti', in relazione alla campagna del gen. Bonaparte in Italia e alla conseguente 'stagione parlamentare' di fine '700; il tutto è volto a verificare la fondatezza dell'assunto che acquista quasi i connotati di un dogma di fede laica. Dogma, che però tende a sbriciolarsi se sottoposto a verifica fattuale. Basta, infatti, scavare poco nelle fonti dell'epoca per scovare molto di nuovo e soprattutto d'inatteso (come ad esempio l'esistenza di fenomeni di "Vandea" italiana[9]). Ogni tentativo di resistenza alle imposizioni francesi (di norme scritte, come pure di prestazioni monetarie) fu soffocato dalle baionette e dai cannoni e misconosciuto poi da certi stereotipi ideologici. Lo spirito predatorio era una costante che accomunava il Direttorio di Parigi e i generali in capo dell'armata d'Italia, impegnati in una frequente dialettica sulla capitale in ordine alla questione su come esercitare ed articolare il dominio nei territori cisalpini.

Gli articoli costituzionali fungevano da effetto attivo per ingannare e celare i reali intendimenti[10]. Bonaparte impose un testo costituzionale che formalmente era strutturato su due pilastri: il parlamento bicamerale denominato 'Corpo legislativo' (da ciò quel luogo comune disatteso poi nella realtà quotidiana) e il Direttorio "titolare del potere esecutivo". Nella concretezza dei fatti, e quindi non nelle astratte enunciazioni normative, il parlamento non poté esercitare una significativa funzione legislativa, ma riuscì invece a ritagliarsi una funzione – non meno importante – di controllo politico (cfr. 3.3). Il potere legislativo fu esercitato per lo più direttamente dal dominio francese e il Direttorio cisalpino fu chiamato ad avallare decisioni 'straniere' (non di rado impopolari). Il comandante in capo – dapprima Bonaparte, poi Berthier ed infine Brune – svolse di fatto le funzioni di Capo dello Stato e non certo in modo meramente protocollare, bensì sostanziale, attraverso ordinanze militari a valenza ordinamentale (cfr. 2.1). Insomma, le funzioni legislative ed esecutive furono in capo a soggetti non menzionati in costituzione.

1.1. *Il superamento dei luoghi comuni*

Gli studi più recenti ed accorti permettono di superare certa retorica e luoghi comuni radicati, quanto infondati. Nella ricerca storica, incisive sono le accurate ricerche di Carlo Zaghi e di Antonino De Francesco[11]; in quella giuridica, significativo ed importante è il contributo di Augusto Barbera, che – prendendo le mosse dalla tesi per cui le Carte costituzionali di quegli anni «sarebbero italiane solo di nome»[12] – sottolinea un autonomo contributo di elaborazione su quei testi: egli si riferisce al testo bolognese, ma l'intuizione è espandibile anche all'esperienza milanese della cisalpina. Dall'osservazione non solo della costituzione, bensì della *vita* costituzionale, emergono tratti di atipicità rispetto alla previsione scritta; atipicità, che esprime con vigore i germi del nascente costituzionalismo in Italia.

Intendimento ulteriore di questo scritto è nel senso di evidenziare come l'autonomia concettuale del costituzionalismo di lingua italiana si sia espressa non tanto attraverso la redazione della costituzione (del resto priva di originalità, giacché frutto dell'imposizione francese, che a sua volta ricordava il prototipo parigino), ma e

soprattutto attraverso un'esperienza costituzionale che ha elaborato autonomamente categorie originali non previste, e neppure auspicate dai transalpini.

In altre parole, sarebbe sterile identificare la Costituzione con l'omonimo testo giuridico, ripartito in articoli, perché la Costituzione emerge dalla visione d'insieme delle varie tessere del mosaico che compongono la *vita* istituzionale. E proprio questa *vita* delle istituzioni (che consta di fonti scritte – cfr. 2 – e non scritte – cfr. 3) permette di evidenziare un cammino autonomo, spesso in opposizione agli invasori francesi. In altre parole, la Cisalpina, nata inizialmente come prodotto ontologicamente parigino attraverso la promulgazione del testo della costituzione, ha invece e autonomamente elaborato categorie giuridiche, politiche e quindi culturali, che hanno configurato una Costituzione dalla valenza inattesa. Insomma le radici della storia costituzionale nella penisola italiana si rinvengono sì, nelle esperienze di fine '700, ma non tanto nel telaio normativo formale della costituzione scritta, bensì e soprattutto nel superamento di quel testo attraverso il vissuto quotidiano delle istituzioni. In tal senso diviene utile notare che le Camere cisalpine approvarono (sino a fine agosto '98) solo centocinquantatre leggi (talora così denominate, appunto 'leggi', talaltra qualificate 'atti legislativi')[13]; di contro, il potere militare varò (nel medesimo arco di tempo) un numero ben superiore, e non precisabile, di ordinanze militari (o 'ordini' territoriali e nazionali, a seconda che fossero emanate dai comandanti locali o dal comandante in capo)[14]. Il processo decisionale politico-finanziario passava attraverso un asse Parigi-Milano, che estraniava i cisalpini, giacché quel processo decisionale si fondava su una dialettica che aveva come protagonisti i soggetti apicali del Direttorio francese e del potere militare in terra cisalpina: i soggetti istituzionali cisalpini erano relegati solo al ruolo di spettatori che dovevano plaudire o, comunque, ratificare.

1.2. *La costituzione del 1797 come una fonte della Costituzione completa cisalpina*

Il testo costituzionale parigino constava di 377 articoli, quello milanese di 378. L'aggiunta consisteva in un articolo, il terzo, che attestava riconoscenza verso la Repubblica francese![15] Gli esiti dei cosiddetti lavori preparatori – svolti da un comitato di dieci notabili (fra i quali Melzi d'Eril) – erano stati controllati dal gen. Bonaparte in persona.

Mentre la Cispadana aveva ipotizzato in costituzione un'elezione a tre gradi (artt. 42, 49 e 60), la Cisalpina contemplava un meccanismo elettorale a due gradi (artt. 33 e 41). Per eleggere i rappresentanti si tendeva a favorire la formazione di un organo connotato non tanto da rappresentatività (o competenza), quanto da fedeltà. La costituzione del '97 prevedeva un sistema a due Camere. Il 21 marzo di ogni anno si sarebbero dovuti individuare (nelle assemblee primarie) i membri delle assemblee elettorali, il 9 aprile si sarebbero dovuti eleggere i parlamentari, membri delle due Camere. Le elezioni però non ebbero mai luogo: i parlamentari furono sempre nominati e sostituiti *ad libitum* dal potere francese (come avvenne ad esempio il 13 aprile 1798 in occasione del cosiddetto primo colpo di Stato)[16].

Fattore importante nella costituzione scritta era la 'legge', il varo della quale era riservato al potere legislativo, ossia al parlamento bicamerale; la Camera bassa era l'unico soggetto titolare della potestà d'iniziativa legislativa e, nella terminologia prevista (agli artt. 77 e 90), gli atti a valenza normativa adottati dalla Camera bassa si qualificavano come 'risoluzione', intendendosi con ciò le proposte di legge approvate e inviate alla Camera alta. Il testo varato a sua volta dal Consiglio de' seniori prendeva il nome di 'legge'. Ebbene, lasciate da parte le questioni nominalistiche, il nodo politico-culturale risiedeva nel fatto che tali atti, pur centrali (in teoria) nel testo costituzionale, furono relegati in posizione marginale (in pratica) dall'invadenza del potere francese (cfr. 2.1 e 2.2) e dai suoi debordanti schemi di comportamento (cfr. 2.3).

In altre parole, in costituzione la parola 'legge' aveva un certo significato, mentre nell'uso corrente la medesima parola fu applicata per descrivere atti non necessariamente varati dal parlamento e non necessariamente a contenuto normativo: ad esempio, si qualificò 'legge' l'atto di nomina dei membri del Corpo legislativo, firmato da Bonaparte. Costui aveva voluto evitare le 'sorprese' cispadane di Bologna, per cui la platea dei componenti il parlamento cisalpino di Milano, sia i seniori che gli iuniori, sarebbe dovuta essere docile ai valori francesi (suoi e dei suoi successori). Ma così non fu. Il parlamento avrebbe ingaggiato con lui (e con i suoi successori) una dialettica di intensità inattesa, che avrebbe non di rado superato i confini fisiologici per debordare in conflittualità aperta.

Così come la *vita* istituzionale aveva arricchito il testo costituzionale del 1797 di atti normativi non espressamente previsti, analogamente il rilievo dei vertici amministrativi fu superiore a quanto ipotizzato sulla carta. La costituzione prevedeva infatti che il Direttorio fosse responsabile delle scelte politiche e della cosiddetta alta amministrazione e che ad esso competesse l'intuizione di fondo sulle grandi opzioni politiche dello Stato, mentre era soltanto menzionata l'esistenza di «ministri» (art. 148), che erano «responsabili dell'esecuzione delle leggi e degli ordini del Direttorio» (art. 152) e che, comunque, operavano individualmente giacché era espressamente esclusa una loro attività collegiale (art. 151). Eppure, la *vita* delle istituzioni – a dispetto delle norme scritte – assicurò a questi soggetti un'ampia sfera di rilevanti poteri.

2. *Il telaio costituzionale si espande: da un testo ad una pluralità di tessere scritte*

La dialettica è alla base di ogni ordinamento costituzionale e sono da considerarsi fisiologiche (se trattenute entro certi limiti) le tensioni e i confronti fra parlamento e governo, come pure fra le Camere: si allude ai non rari casi di rigetto da parte dei seniori di risoluzioni degli iuniori[17]. Quel che invece spicca dall'osservazione della *vita* istituzionale è la forte divaricazione fra il testo costituzionale, da un lato, e, dall'altro, la dirompente insufficienza del medesimo ad esprimere l'insieme delle regole del gioco istituzionale. La lettura degli Atti parlamentari e dei documenti di quel periodo[18] impone all'attenzione il disinteresse del potere politico a giocare secondo le regole previste.

Già all'indomani della promulgazione della costituzione (9 luglio) fu pubblicata una "legge di esecuzione dell'atto costituzionale" parimenti firmata da Bonaparte[19]. *Prima facie*, in un'ottica formalistica – che comunque non si condivide –, potrebbe apparire come un testo di rango inferiore alla costituzione. Tale "legge di esecuzione", invece, si presenta come un atto di rango paritario; infatti, essa sospese la costituzione istituendo quattro comitati consulenti (comitato di costituzione; comitato di giurisprudenza; comitato di finanza; comitato militare) che per quattro mesi e mezzo svolsero *pleno iure* le funzioni parlamentari. Le delibere di tali comitati avrebbero comunque acquistato efficacia nell'ordinamento cisalpino solo dopo la sanzione da parte "del Rappresentante la Repubblica Francese". Tale metodo legislativo rimase in vigore sino all'inizio delle attività del parlamento in pieno autunno (22 novembre).

La Repubblica avrebbe conosciuto anche ulteriori tessere scritte, ugualmente non contemplate in costituzione, quali le ordinanze militari e gli accordi bilaterali (cfr. 2.1 e 2.2), di rango quanto meno pari agli articoli costituzionali. Ne discende la conferma che la Costituzione cisalpina non può identificarsi con la costituzione varata l'8 luglio. In altre parole, la Costituzione appare vieppiù come un mosaico di tessere, fra le quali si colloca anche il testo costituzionale.

Fra le tessere di rango costituzionale non si può omettere di citare il Proclama fondamentale pubblicato da Bonaparte il 29 giugno '97, imperniato sulla (asserita) subordinazione del diritto di conquista a quelli innati di libertà ed indipendenza dei popoli. Montalcini lo qualifica "Atto costituzionale"[20] ma, al di là delle denominazioni, rileva la scarsa rispondenza con la realtà cisalpina in quei mesi, durante i quali, al contrario, proprio il diritto di conquista prevalse su tutto e tutto travolse, in un inquietante inquinamento delle coscienze.

Quel che si desidera qui segnalare è che il ricorso alla "c" minuscola per descrivere il testo costituzionale risponde ad una precisa opzione, in forza della quale con "C" si definisce invece l'insieme di tessere (scritte e non) che perimetrano l'impianto culturale di rango costituzionale dell'ordinamento.

2.1. *Le ordinanze militari come atti apicali*

Le vicende istituzionali più significative della Repubblica furono scandite da atti, la cui esistenza non era menzionata in costituzione. Si tratta delle ordinanze emesse, spontaneamente, ossia in assenza di una legittimazione formale da parte della costituzione scritta, dal potere militare. Attraverso tali atti furono nominati: il 29 giugno '97 i quattro membri del Direttorio (ancorché la costituzione –artt. 130-133 – prevedesse un altro *iter* per la formazione di quell'organo, cioè la nomina da parte del Corpo legislativo) e i sei ministri[21]; il 9 luglio i quattro comitati consulenti, che svolsero le funzioni parlamentari dal 9 luglio al 22 novembre '97 e, infine, il 9 novembre i membri del parlamento (azzerando il procedimento elettorale previsto all'art. 41 cost.). Inoltre, sempre per ordinanza, si soppresse la libertà di stampa (il 6 settembre '97), e ciò pure con atto del potere militare, ancorché denominato "legge (provvisoria sulla Polizia Tipografica)"[22].

Con ulteriore *arrêté* del 24 marzo '98, su ispirazione di Parigi, il potere militare insediato a Milano decise di annullare gran parte dell'assetto che dal luglio '97 si era venuto costituendo. Infatti, ci fu l'intenzione di destituire trentadue membri del parlamento, di sostituire due direttori su cinque, di annullare l'incarico del Sommariva, segretario generale del Direttorio, e di alcuni ministri e diplomatici cisalpini, oltre a quella di ordinare l'arresto dei redattori delle principali testate giornalistiche. Si trattò di un colpo di Stato in piena regola.

Berthier cessò dall'incarico i primi giorni di aprile e gli subentrò il Brune che si occupò dell'attuazione (il 13 aprile '98) della volontà parigina, in forza del suo *status* di neocomandante in capo dell'armata francese in Italia[23]. In questo contesto si noti che, al posto di Paradisi, Brune nominò –quale membro del direttorio – Testi che non aveva ancora varcato la soglia dei fatidici 35 anni stabiliti dalla costituzione. Alle perplessità sollevate dal Corpo legislativo il Brune si degnò di rispondere con sufficienza:

> Le choix que j'ai fait de vous ne saurait être arrêté par la considération uniquement tirée d'un article de la Constitution qui fixe à 35 ans l'âge des Directeurs: vous êtes dans votre 35 année; et d'ailleurs le principes qui mi donnent le droit de suspendre l'exécution de quelques articles de la Constitution pour ce qui regarde les intérêts de la France, me donnent également le droit a modifier ceux qui pourraient nuire aux intérêts de votre République[24].

È evidente la dismetria fra l'assetto costituzionale apparente (quello delineato dal testo scritto) e la *vita* delle istituzioni che, con la sua inevitabile *vis attractiva* di competenze, determina in questo caso un parziale (ma significativo) svuotamento del testo formale.

2.2. *Gli accordi bilaterali come paratie di sostegno dell'ordinamento*

Del mosaico costituzionale – oltre ovviamente ai trattati di Leoben (aprile '97) e Campoformio (ottobre '97) – faceva parte anche la convenzione detta Melzi/Haller (15 ottobre 1797) per regolare i rapporti finanziari: atto, questo, parimenti da considerare come fondativo della Repubblica, e sanzionato da Bonaparte il 10 novembre 1797, dopo la sottoscrizione da parte dei due soggetti esponenti rispettivamente della Cisalpina e della Repubblica francese[25]. La Francia da un lato si obbligava ad indennizzare la Cisalpina di tutte le requisizioni fatte a partire dal primo luglio '97, ma dall'altra pretendeva il pagamento mensile di un milione di lire milanesi – cifra ben più sostanziosa – per il sostentamento dell'armata francese in Italia. Tale convenzione esprime con icasticità lo stato di sudditanza nel quale la Cisalpina era ristretta: i comitati riuniti (che supplivano temporaneamente il Corpo legislativo (cfr. 2) furono chiamati ad una mera presa d'atto, l'11 novembre.

Di rango parimenti importante rispetto alla convenzione finanziaria e politicamente pure superiore alla stessa costituzione furono i due trattati, imposti da Parigi il 22 febbraio 1798 per (tentare di) salvare le apparenze e fuorviare dal sospetto di aver costituito, come si direbbe oggi, uno Stato-satellite: un trattato di alleanza (*sic!*) e uno di commercio tra la Repubblica francese e quella cisalpina. La notizia dei due testi giunse a Milano il 2 marzo e gettò nel panico i cisalpini. Carlo Zaghi commenta «un popolo [...] schiavo in nome della libertà»[26].

Da parte del Corpo legislativo la ratifica incontrò forti resistenze, a riprova di un

nerbo di personalità fra i parlamentari, ancorché essi fossero stati individuati, l'anno precedente, dal mandatario parigino (cfr. la *Premessa*). Facile è comprendere le ragioni di tale resistenza: le clausole erano troppo vessatorie ed unilaterali; si pensi già solo al mantenimento (e relative spese) nel territorio delle truppe francesi di venticinquemila uomini e alla cessione della sovranità della Cisalpina in favore della Francia. Infatti, così l'articolo 3 del Trattato di alleanza disponeva: «La République Cisalpine s'engage à prendre part à toutes le guerres que la République Française pourrait avoir». È forse utile ricordare le magniloquenti affermazioni di libertà nel Preambolo della costituzione del 1797: «La Repubblica francese è succeduta a questa [casa d'Austria] per diritto di conquista. Essa vi rinunzia da questo giorno [l'8 luglio '97] e la repubblica cisalpina è libera ed indipendente. Riconosciuta dalla Francia e dall'Imperatore, essa lo sarà ben tosto da tutta l'Europa».

Nella realtà dei fatti le maggiori resistenze verso il trattato di alleanza, ratificato *obtorto collo* dagli iuniori, vennero dai seniori, che coraggiosamente lo respinsero il 15 marzo '98. Si suole, tralaticiamente, attribuire agli iuniori posizioni più radicali e ai seniori posizioni più moderate: si tratta di un altro luogo comune, perché solo i seniori osarono rifiutare il trattato di alleanza, esponendosi ad un voto apertamente contrario. Alle reiterate pressioni[27] i seniori avevano resistito e con il voto di quel marzo '98 si può scandire una tappa importante della nascita del costituzionalismo in Italia. È una verità solo apparente legare la nascita del costituzionalismo con il varo dei testi (il cispadano, il cisalpino, etc.), evidentemente riproduttivi del modello di Parigi; fu invece con l'elaborazione di proprie categorie (autonome dalle pressioni francesi) che nacque la *vita* costituzionale. È appena il caso di osservare che il Direttorio rese pubblicamente noto che le autorità francesi erano pronte a mettere sotto controllo militare il Paese.

Il Direttorio milanese, preso fra due fuochi, si era schierato con Parigi. Il 20 marzo i seniori si arresero al gen. Leclerc. È la dimostrazione palese della piena incomunicabilità che Parigi imponeva a Milano: la Cisalpina doveva essere una Repubblica vassalla. Quel trattato esprime in modo plastico la divaricazione fra le illusioni patriottarde (e talora libertarie) degli entusiasti italiani e il cinismo politico-militare francese. La Cisalpina era un'arma di pressione verso l'Austria, mentre i membri del Direttorio milanese si illudevano di un rapporto di leale collaborazione e di forte sostegno da parte francese. Parigi guardava a Vienna, ignorando Milano. E dire che nell'anima profonda dei patrioti albergava il sogno di fungere con la Cisalpina da momento di aggregazione per l'intera penisola.

2.3. *Il ruolo della legge fra costituzione formale e quotidianità delle istituzioni*

La legge nella previsione costituzionale avrebbe dovuto esprimere il baricentro della vita ordinamentale, superando l'assetto normativo pre-rivoluzionario; avrebbe dovuto esplicitare la 'volontà generale', quale si sarebbe manifestata attraverso l'Assemblea dei rappresentanti (eletti e) riuniti nel Corpo legislativo, espressione della sovranità popolare. Ma la forza dei

fatti s'indirizzò altrove. L'atto normativo qualificato 'legge' rimase sì, al centro della vita dell'ordinamento, ma scaturiva dalla volontà di un solo individuo: il generale in capo dell'Armata d'Italia, che forte del *droit de conquête*, emanò numerosi atti in lingua francese qualificati 'leggi'. La costituzione, promulgata dallo stesso Bonaparte, attribuiva alle leggi altri requisiti, sia in fase di formazione (con riferimento ai soggetti legittimati) sia sul piano contenutistico (requisiti di generalità ed astrattezza). In altre parole, si produsse uno scivolamento linguistico che incise profondamente sull'assetto costituzionale nella realtà dei fatti: con 'legge' si intendevano sia atti di provenienza parlamentare, che atti militari; con 'legge' ci si riferiva sia a contenuti normativi che ad atti di nomina. Talora, per di più, si fece ricorso a parole diverse ('proclama' o 'decreto') per qualificare atti a contenuto normativo o di nomina.

La forte confusione che regnava intorno al termine 'legge' si accentuò nel momento in cui il regolamento parlamentare degli iuniori fu qualificato "legge concernente l'ordine delle deliberazioni e la polizia del Gran consiglio", mentre quello del Consiglio de' Seniori fu correttamente definito "regolamento per la Polizia del Consiglio de' Seniori"[28]. È appena il caso di notare che l'adozione del regolamento non era soggetta al procedimento di formazione degli atti legislativi previsto dalla costituzione (esame presso entrambi i rami del parlamento), giacché varata da ciascuna Assemblea singolarmente.

In sintesi, la parola 'legge' conobbe un'applicazione diversa dalla previsione costituzionale.

2.4. *Il Regolamento parlamentare*

Il potere militare impose sì, una costituzione (ad immagine di quella parigina); impose pure attraverso ordinanze e 'leggi' sia norme che nomine, ma non fece altrettanto con i regolamenti delle due Camere, alla cui redazione rimase estraneo. Forte è il sospetto che tale astensione scaturisse non dall'omaggio al principio dell'autoregolamentazione, bensì dallo scarso rilievo attribuito al parlamento (come le vicende legate alle ratifiche dei trattati del marzo '98 confermano). Del resto, l'intuizione napoleonica (confermata dai vari generali in capo succedutisi) era nel senso di vedere nel governo il vero rappresentate della nazione.

Ciascun ramo del parlamento cisalpino poté quindi redigere testi autonomi e dispose quindi di proprie norme organizzative per disciplinare le attività di ciascuna Camera. La presidenza era a rotazione (con cadenza quindicinale), e si prevedeva una tendenziale imparzialità del presidente, il quale, se voleva intervenire in un dibattito, doveva rinunciare alla conduzione dei lavori[29].

In entrambi i testi si menzionavano le 'mozioni', termine capiente con il quale si intendevano tutte le iniziative politiche, indipendentemente dalla natura (sull'ordine dei lavori o sull'organizzazione dei lavori, ovvero sull'*iter* di un testo in corso di approvazione oppure emendamento, cioè proposta di modifica ad un testo all'esame); inoltre, quello della Camera bassa citava pure le 'risoluzioni', intendendo le delibere approvate su un testo legislativo in prima lettura.

Si riscontrano alcuni punti di convergenza con i testi regolamentari francesi,

Nicolas-André Monsiau, Consulta de la République cisalpine réunie en comices à Lyon

come nel caso dell'ineleggibilità temporanea per il presidente d'Assemblea; ma non è la similitudine di taluni passaggi esteriori a meritare approfondimenti, bensì i diversi elementi di originalità. Globalmente intesi, i due testi presentano qualche differenza fra loro – a riprova anche di un'autonoma elaborazione –, ma sostanzialmente vi era una comunanza di impostazione culturale, dalla quale si può far scaturire la nascita del costituzionalismo in Italia. Di contro, i regolamenti dei seniori e degli iuniori presentano inattesi punti di distacco dagli omologhi testi adottati a Parigi per quella *constitution*.

Si pensi ad esempio che il concetto politico di 'destra' e di 'sinistra' – nato *spontaneamente* nelle Aule parlamentari della rivoluzione – non si riscontrava a Milano. Infatti, entrambi i regolamenti cisalpini affidavano alla sorte l'individuazione dei posti a sedere (art. 47 per i seniori e art. 10 per i rappresentanti del Gran consiglio); e ciò superava sia il modello londinese – che attribuiva a destra i posti di chi sosteneva l'esecutivo (indipendentemente dal connotato ideale/ideologico del singolo parlamentare) – che quello parigino, che lasciava liberi i singoli di aggregarsi (e sedersi) con i colleghi con i quali erano in sintonia. Pertanto, nell'esperienza di Londra, la collocazione di un parlamentare è mobile a seconda del suo collocarsi nella maggioranza o all'opposizione; diversamente da quella di Parigi, dove la collocazione (a destra o a sinistra) è *a priori*. Inedita soluzione invece a Milano, dove si volle togliere alla collocazione ogni significato politico. Per cui all'interno di tale fattispecie normativa rileva, alla fin delle fini, che il sorteggio doveva avvenire a scadenza periodica (10 giorni per i deputati).

Le differenze interne ai due testi, invece, non erano tante (es. il ruolo dei segreta-

ri, la redazione dei processi verbali); erano, quindi, quei testi accumunati entrambi da un unitario *humus* culturale.

Merita di essere sottolineato come rivivesse in parlamento il rapporto fra norma scritta e vita concreta, quale delineatosi fra gli altri organi costituzionali (Direttorio in testa): rileva cioè l'ampia divaricazione, ossia la non piena rispondenza della vita parlamentare con la disposizione scritta. In questa ampia divaricazione troverà alimento la forza creatrice della *spontaneità*[30] (cfr. 3).

Così come il testo della costituzione non esaurisce l'insieme delle tessere che formano la Costituzione, che si arricchisce con la prassi e la *spontaneità*, analogamente i testi dei regolamenti parlamentari non esauriscono l'insieme delle tessere che formano il Regolamento, parimenti arricchito dalla prassi e dalla *spontaneità* stessa. Ne è esempio il singolare istituto della revoca di un atto d'indirizzo, già votato. Durante la seduta del 30 dicembre, infatti, il dep. Morali chiese che una mozione già votata, relativa all'abito distintivo dei rappresentanti, potesse esser sottoposta a nuova votazione al fine di modificarne il testo. L'Aula mostrò attenzione a siffatta iniziativa e, appunto, nella stessa seduta provvedette a sospendere l'atto votato per adottarne uno differente. Ciò rileva da una duplice prospettiva: sul piano procedurale/regolamentare in senso stretto, perché si infrangeva la regola 'sacra' di ogni collegio (parlamentare e non) del *ne bis in idem*, ossia il divieto di tornare sulle decisioni già prese; altresì rileva sul piano latamente costituzionale, perché siffatto istituto – sorto *spontaneamente* e condiviso da tutti i protagonisti – a tal punto trovava condivisione nell'ordinamento da essere recepito in un secondo momento nel mosaico di tessere scritte.

Risulta quindi chiaro che il Regolamento esprime tessere all'interno del *mosaico* dell'ancor più ampia Costituzione completa.

3. *La Spontaneità irrompe nelle istituzioni: la vita si impone sul testo scritto*

Con la locuzione *spontaneità* si intende la nascita di istituti non previsti da norme scritte, ma connotati da condivisione nei soggetti istituzionali, che pur nella dialettica dell'agire politico se ne avvalsero all'interno di una tavola di valori, appunto, condivisi. Il tratto unificante dei vari istituti sorti dalla fonte-*spontaneità* (cfr. 3.1, 3.2, 3.3) risiede nella circostanza, per cui erano accumunati non tanto dall'atipicità cioè dell'estemporaneità, bensì dall'aver espresso, ciascuno di essi di volta in volta, momenti fisiologici di arricchimento della Costituzione completa.

In assenza, invece, di condivisione fra i protagonisti sull'attivazione dell'istituto, non si può parlare di *spontaneità*: una fattispecie non riconducibile a *spontaneità* si verificò nel marzo '98 allorché, respinto dai seniori il trattato di alleanza, esso fu dal Direttorio a loro re-inviato con l'argomento che si trattava di un «eccesso di motivazione»[31]. Era chiaramente un'imposizione *manu militari* e non un cammino condiviso di ampliamento del mosaico costituzionale.

Fra le tessere non scritte di quest'ultimo spicca quella relativa al Capo dello Stato, ruolo, questo, auto-attribuitosi *spontaneamente* dal gen. Bonaparte senza alcun atto formale. Non si può dubitare che come tale – al di fuori della cornice costituzionale

scritta – egli si comportò, forte dell'esser punto di tangenza fra il vertice militare e il vertice politico. Analogamente si comportarono pure i suoi successori (Berthier e Brune) in quanto generali in capo dell'armata d'Italia.

Altro istituto non contemplato da alcuna norma fu quello della messa in stato d'accusa dei ministri: per l'esattezza l'art. 265 della costituzione prevedeva «un'Alta corte di giustizia per giudicare le accuse ammesse dal Corpo legislativo, sia contro i suoi propri membri, sia contro quelli del direttorio esecutivo», ma nulla era stato previsto per i ministri. La costituzione si era limitata a prevedere (artt. 148 ss), che i ministri dovevano essere sei (Giustizia, Guerra, Esteri, Interni, Polizia e Finanza), che venivano nominati (e revocati) dal Direttorio e che non potevano operare collegialmente: si trattava infatti di «subordinati» (così l'art. 149) ed erano responsabili «dell'ineseguimento sia delle leggi che degli ordini del direttorio» (art. 152). Ancorché non soggetti apicali, si trattava comunque di protagonisti dell'ordinamento cisalpino. Ebbene, per i ministri (a differenza dei membri del Direttorio) non era espressamente contemplata la messa in stato di accusa. Ovverosia, le norme scritte prevedevano che eventuali rimostranze dovevano essere presentate al Direttorio (che era l'unico soggetto legittimato a revocare i ministri, *ex* art. 148 cost.). In sintesi, il Corpo legislativo poteva metter in stato d'accusa il Direttorio (o i singoli membri di esso): in altre parole i ministri rispondevano politicamente solo al Direttorio, e sfuggivano quindi al controllo parlamentare.

Eppure, nel novembre '97 il dep. La Hoz, per ben due volte, presentò mozioni (nelle sedute del 27 e del 28) al fine di porre in stato d'accusa il ministro Luosi[32], reo di aver pubblicato un proclama relativo alla restrizione della libertà di stampa (II, pp. 135 ss. e p. 147). In entrambi i casi la presidenza non rifiutò l'attivazione di quegli strumenti, ammettendo quindi implicitamente la legittimità dell'iniziativa.

Nei mesi successivi si ripropose la medesima questione, a riprova dell'esigenza di creare l'istituto della messa in stato d'accusa dei ministri. Il 21 gennaio '98 il dep. Dehò, incalzando il ministro dell'Interno, Ragazzi, spronò il Gran consiglio ad invitare il Direttorio a «castigare una volta questo ministro, che tutti i giorni infrange le leggi» (II, pp. 166 ss.); cinque giorni dopo (il 26 gennaio) sempre Dehò, questa volta con il sostegno di Greppi, attaccò pure il Capo di dipartimento del ministero della Guerra e propose una mozione per mettere in stato d'accusa quel ministro (II, p. 218)[33].

Che poi all'atto pratico non siano stati attivati i relativi meccanismi rileva poco: ciò dipese da valutazioni di ordine squisitamente politico, non da impedimenti costituzionali. Insomma, la mancata menzione in costituzione non era stata un ostacolo a configurare l'istituto, giacché la *vita* anche in questo frangente si era imposta alla previsione scritta che nulla aveva contemplato.

3.1. *Il vaglio di costituzionalità come sindacato parlamentare sull'operato del potere militare*

Le Camere, a dispetto della loro denominazione, non svolsero un significativo ruolo nel legiferare; questo però non significò che esse giocassero un ruolo marginale

nella vita delle istituzioni. Si ritagliarono, infatti, compiti di non minore importanza, neppur lontanamente pensati dal redattore del testo costituzionale. Esse assursero persino al ruolo di garante costituzionale, attraverso una singolare costruzione della funzione di "legislazione negativa".

Il dep. Dandolo intervenne nella seduta del 25 novembre richiamando il testo costituzionale come parametro: evocò infatti gli artt. 362-363 – a proposito dei cosiddetti circoli costituzionali – e contestò la chiusura di essi disposta dall'autorità governativa. Il presidente dell'Assemblea Fenaroli – egli sì, ligio e sensibile ai voleri superiori – troncò la questione definendola «inutile»[34].

Il 'germe' del vaglio costituzionale era stato gettato. Già l'indomani, durante la quinta seduta, tenutasi il 26 novembre '97, la questione riemerse con forza. Si dibatteva intorno all'abolizione del ministero di Polizia: si trattava di atto normativo qualificato 'legge', approvato monocraticamente da Napoleone (cfr 2.3). All'inizio del mese (il 3 novembre) Napoleone aveva presentato al Direttorio una legge che aboliva il ministero di Polizia (retto da Porro, ardente repubblicano), devolvendo le funzioni al titolare della Giustizia (retta dal fidato Luosi)[35]. Contro tale legge si inalberò quella mattina per primo Dandolo, definendola contraria alla costituzione, giacché essa prevedeva espressamente nel suo testo il ministero di Polizia. In appoggio al deputato veneziano intervennero i depp. Dehò e La Hoz: il dibattito si chiuse con l'invito al Direttorio ad eleggere entro il termine di tre giorni un nuovo ministro di Polizia, in esecuzione dell'art. 150 della costituzione (I.I, p. 127). Prevalse la tesi Dandolo e il ministero di Polizia non fu soppresso, giacché fu invece abrogata la legge, il 29 novembre dopo espressa votazione[36].

Nella medesima seduta del 26 novembre anche la "legge provvisoria" sulla libertà di stampa[37], fatta depositare da Bonaparte parimenti il 3 novembre[38], incontrò la forte resistenza degli iuniori. Si espose per primo il dep. Federici, sostenuto poi da Dandolo: entrambi attaccarono il medesimo Luosi, firmatario del proclama che a tale legge provvisoria dava esecuzione. In questo frangente la linea di resistenza dei patrioti cisalpini contro il potere militare andò un passo avanti: infatti in quella seduta il Gran consiglio votò una risoluzione volta ad annullare sia la legge sulla libertà di stampa, sia il proclama di Luosi del 14 novembre[39]. In entrambi i casi citati era *spontaneamente* sorto un istituto condiviso, per l'esattezza un giudizio di legittimità in assenza di alcuna previsione scritta.

In conclusione, per quanto singolare ciò possa apparire, emerge che i francesi, pur avendo imposto il testo costituzionale, non esitavano a violarlo; mentre i cisalpini, cui era stato imposto, lo difendevano.

3.2. *L'incostituzionalità come forma di pressione del potere militare sul parlamento*

L'arma (politico-costituzionale) del vizio di incostituzionalità fu brandita anche al contrario, ossia dal potere militare francese contro il parlamento. Era in discussione il trattato di alleanza presso i seniori: costoro il 15 marzo '98 lo rigettarono, motivando la decisione (cfr. 2.2). Contro tale motivazione (il 18 marzo) il Direttorio milanese – prono alla volontà parigina – eccepì un vizio di forma: quello di aver

motivato la reiezione del testo articolato, mentre la costituzione non permetteva tale motivazione; infatti essa, all'art. 96, si limitava a recitare laconicamente: «il consiglio dei seniori non può adottare». Altresì il Direttorio sostenne l'incostituzionalità del rigetto, ritenendo l'invito ad aprire nuove trattative come una violazione dell'attribuzione dell'iniziativa legislativa, riservata esclusivamente al Gran consiglio (art. 74).

È appena il caso di notare che il Direttorio cadeva in clamorosa contraddizione con sé stesso, giacché ad analoga motivazione del giorno precedente, allorché i seniori avevano argomentato l'adesione al trattato di commercio, non aveva attribuito alcun vizio. Non è il caso di addentrarsi nel merito; rileva invece in questa sede che il Direttorio invitò i seniori a riconsiderare il voto[40], e lo fece ricorrendo all'espediente dell'«incostituzionalità per mancanza di semplicità nelle formule»[41].

Del resto, vietare ciò che non era previsto in costituzione esprimeva un approccio intrinsecamente illiberale, mentre da un testo che dichiarava di ispirarsi a valori sedicenti liberali e democratici ci si poteva attendere un approccio contrario, ossia di considerare lecito tutto ciò che non fosse espressamente vietato.

3.3. *Il sindacato ispettivo-politico delle Camere come resistenza al potere francese*

Le assemblee parlamentari istituirono, pur nell'assenza di norme scritte, uno strumentario per raccogliere informazioni sulla vita del Paese, supplendo alla reticenza dell'esecutivo che sabotava canali informativi verso i parlamentari. La riduzione delle prerogative del potere legislativo nelle Repubbliche 'sorelle' è stata notoriamente oggetto di attenzione da parte di Godechot[42], ma in questo conteso milanese non si trattò solo di limitazione degli spazi temporali, bensì anche di restringimento dell'ambito decisionale.

Già il 24 novembre '97 era stata reputata legittima l'iniziativa ('mozione') di Lattuada di chiedere informazioni al Direttorio su temi fondamentali nella gestione dello Stato: dalle Forze armate e la politica estera alle Finanze, alla moneta e al commercio estero[43]. Si noti che il Direttorio aveva manifestato inizialmente la sua contrarietà all'iniziativa, adducendovi a motivo la mancata previsione in costituzione di tali facoltà. Eppure la forza della *vita* prevalse sui formalismi e dopo sette giorni il Direttorio fu costretto a rispondere: il forte desiderio di conoscenza dell'Aula era prevalso. Il tentativo di aggirare le limitazioni costituzionali (che, già dalla denominazione, relegavano le Camere solo alla funzione legislativa) risultò vincente e l'istituto dell'interpellanza si affermò. Da quel momento il sindacato si sostanziò in numerose richieste di informazioni e chiarimenti, alle quali spesso il Direttorio non solo fu costretto a rispondere, ma addirittura a farlo in tempi brevi. Dall'osservazione globale degli Atti parlamentari si evince che nei primi mesi di attività legislativa ci fu collaborazione tra Direttorio e Corpo legislativo: i rapporti si raffreddarono a partire da marzo-aprile '98, in coincidenza della sottoposizione delle ratifiche dei trattati di alleanza e commercio (cfr. 2.2 e 3.2). In linea di massima si può riscontrare che il Direttorio rispose (nel periodo sino al 1° settembre '98) all'incirca alla metà dei

quesiti ad esso posti: i temi trattati spaziavano dai rapporti internazionali[44] alla vita amministrativa[45], sino agli eterni problemi della giustizia[46].

L'oggetto del sindacato si era espanso sino al controllo sulla spesa pubblica. Quest'ultimo, invero, merita una riflessione a parte: esso era sì, previsto dalla costituzione (art. 161: «[...] i conti e gli schiarimenti domandati dall'uno o dall'altro consiglio al direttorio, saranno dati in iscritto»), ma è altrettanto vero che il parlamento ampliò fortemente i suoi poteri e l'incidenza delle sue iniziative. Infatti il 25 dicembre[47] approvò una legge di finanziamento, il cui art. 12 disponeva che il Direttorio avrebbe dovuto rendere conto, entro un mese dall'entrata in vigore, del risultato ottenuto dall'applicazione della nuova legge. La disposizione è di affascinante attualità e proiettava il ruolo del parlamento oltre la 'ordinaria' autorizzazione delle spese (artt. 317-318).

È interessante notare come un parlamento, impostato sulla funzione legislativa, si fosse aperto un varco non meno importante nell'azione di controllo. Con il trascorrere dei mesi (e con l'aumento delle spese per sostenere le truppe francesi e per far fronte all'oneroso trattato di alleanza) i parlamentari incominciarono a preoccuparsi vieppiù dello stato delle casse della Repubblica, chiedendo chiarimenti sempre più frequenti al Direttorio. Con la mozione del 7 nevoso, pretesero dettagli sui salari degli impiegati cisalpini; con la mozione del 29 dicembre '97, ipotizzarono l'istituzione di una commissione per la somministrazione di denaro all'armata francese[48]; su proposta di D'Arco, il 3 gennaio '98, si auspicò una commissione parlamentare sul «modo di rendimento dei conti degli amministratori del pubblico denaro»[49].

A riprova ulteriore della forte volontà del parlamento di ritagliarsi un ruolo significativo nella dinamica delle istituzioni, anche esercitando funzioni non legislative, si riscontra che il primo atto significativo adottato dagli iuniori era stata l'istituzione già il 22 novembre '97, ossia nella seconda seduta, di una commissione d'indagine vertente sulla «verifica dello stato delle piazze di guerra». L'elemento significativo risiedeva nel fatto che, diversamente dall'interpellanza – nella quale il parlamento prendeva atto di quando il potere esecutivo riteneva di riferire –, nella indagine era la stessa Camera ad attivarsi per accertare lo stato delle cose in prima persona.

4. *Fu vera Repubblica?*

Le regole del gioco, quali fissate in costituzione, erano chiare, ma il gioco della *vita* quotidiana si affermò in direzione diversa. A volerle raffrontare – la previsione astratta, da un lato, e la realtà delle istituzioni, dall'altro – si fatica a ravvisare numerose conformità.

In costituzione non era prevista la figura del Capo dello Stato, ma un soggetto politico forte (il generale in capo) agì come tale. La funzione legislativa, quale configurata in costituzione per le Camere, non fu l'attività prevalente delle stesse. L'esame dei lavori parlamentari delle due Camere dimostra come i parlamentari cisalpini passarono gran parte del loro tempo ad approfondire altri metodi di lavoro, a svolgere cioè una funzione di controllo sul potere politico-

militare francese. Inoltre, la 'legge' si presentò come un multiforme strumento, frammentato e disgregato tra più soggetti e procedimenti e una pluralità di valenze.

Il punto da sottolineare in una prospettiva squisitamente storico-giuridica non è tanto che si trattò di una Repubblica dipendente, bensì che la Cisalpina, a un anno dalla sua istituzione, si presentava come un ordinamento costituzionale in cui la norma scritta era slegata dalla realtà costituzionale. Non era un problema di obsolescenza tecnica, ma di precisa volontà politica.

Analogo atteggiamento bifronte tenne l'amministrazione militare francese verso la questione finanziaria: esercitò una grande pressione nell'esigere, ma una scarsa cura per la costruzione di un'amministrazione unitaria nella Repubblica[50]: la finanza era allo sbando, le spese senza controllo e il potere politico insediato a Milano restava inascoltato[51]. Regnava rassegnazione in forza di un fuorviante gioco di specchi deformanti: ad esempio, in nome della libertà di stampa si imprigionava chi pubblicava notizie veritiere; a sua volta, il Direttorio milanese viveva alla giornata, subordinatamente alle volontà (non sempre incidenti) del Direttorio parigino e del potere militare francese a Milano. Si respirava, insomma, aria di precarietà.

Sul piano squisitamente costituzionale ci si può legittimamente chiedere se, ed eventualmente in quale misura, si trattò di un'esperienza costruita all'interno di una cornice di legittimità (connotata cioè da rispetto dell'autonomia nazionale e da sovranità popolare) o se, invece, non si trattò di un ordinamento inficiato dalla pervasiva presenza del potere straniero. In un'ottica squisitamente giuridico-costituzionale l'esperienza cisalpina riserva spunti di interessante originalità (legati *in primis* a fenomeni di *spontaneità*) e, parallelamente, in un'ottica politico-costituzionale emerge una tensione culturale che si pone alle radici dell'esperienza costituzionale in Italia. Però la scintilla è da rinvenirsi non tanto nel varo di una costituzione scritta, quanto nella *vita* che si forgiò intorno a quel testo.

Le parole magniloquenti dei francesi erano sbandierate per catturare il consenso, ma si trattava solo – appunto – di bandiere, non di categorie salde, sulle quali edificare il nuovo ordinamento statale. Lo stesso trattato di commercio, ulteriore tassello del mosaico, aveva come precipua funzione quella di danneggiare gli interessi mercantili dell'Inghilterra; ogni tentativo milanese di modificare il testo parigino fu stroncato sul nascere (e non rilevano certo le poche modifiche di modesto rilievo apportate per fungere da segnale di apparente 'attenzione' verso le richieste di Milano). Icasticamente Zaghi commentò che «la Cisalpina era legata alla Francia con "catene di ferro"»[52].

[1] F.S. Orlandini, E. Mayer (a cura di), *Opere edite e postume di Ugo Foscolo*, Firenze, Le Monnier, 1850, p. 46.

[2] P. Barras, *Mémoires*, a cura di G. Duruy, II, Paris, Hachette, 1895-1896, p. 32.

[3] M. Marion (*Histoire financière de la France depuis 1715*, III, Paris, Rousseau & C., 1921, p. 509) riporta il testo della lettera inviata quel giorno dal Direttorio francese al gen. Bonaparte.

[4] Parole tratte dal testo di Bonaparte, integralmente edito in *Proclami, discorsi e scritti militari e politici*, a cura di D. Cinti, Milano, Sonzogno, 1930, p. 17.

[5] Si trattò di Alessandri, Moscati, Paradisi e Serbelloni; il quinto, Costabili Containi, ferrarese, sarebbe stato da lui nominato, in quota cispadana, appena il 28 luglio.

[6] F. Melzi d'Eril, *Memorie e Documenti*, Milano, Brigola, 1865, vol. I, p. 145.

[7] Per la copia degli atti di nomina dei deputati e dei senatori in originale, cfr. C. Montalcini, A. Alberti (a cura di), *Assemblee d'Italia, Assemblee della repubblica cisalpina*, Bologna, Zanichelli, 1917, vol. I.I, pp. 63 ss.

[8] L. Luzzatti, *Prefazione* a *Assemblee della repubblica cisalpina*, in ivi, p. XV.

[9] C. Zaghi, *Il direttorio francese e la Repubblica cisalpina*, Istituto storico italiano per l'età moderna e contemporanea, Roma, 1992, p. 84. Mentre per i luoghi comuni ci si limita a citare C. Ghisalberti, *Le costituzioni "giacobine" (1796-1799)*, Milano, Giuffrè, 1957, *passim*.

[10] Fra i tanti autori ci si limita a ricordare C. Capra, *Il giornalismo politico nella repubblica cisalpina e nel regno italico (1796-1814)*, in *Atti del convegno "Napoleone e Italia"*, Roma, 8-13 ottobre 1969, Roma, Accademia Nazionale dei Lincei, 1973: «[…] era allora interesse [di Bonaparte] stimolare con ogni mezzo il desiderio di libertà degli italiani. […] Caddero così, in una con i vecchi governi, tutte le restrizioni da essi imposte alla libertà di espressione» (p. 336). I fatti però si indirizzarono in opposta direzione, quella cioè della privazione della libertà di stampa (cfr. 3.1).

[11] A. De Francesco ne *L'Italia di Bonaparte. Politica, statualità e nazione nella penisola tra due rivoluzioni 1796-1821* (Torino, UTET, 2011, p. x) innovativamente nota che Bonaparte «caduta l'aureola del geniale generale […] mai tuttavia si volle disposto ad assecondare le istanze nazionali della penisola».

[12] A. Barbera, *La prima costituzione italiana: la costituzione di Bologna del 1796*, in «Clio», n. 2, 1998, pp. 279 ss.

[13] Cifra deducibile da S. Zeno, *Leggi della Repubblica cisalpina dal giorno dell'installamento del Corpo legislativo*, tomi I-VI, Milano, 1798.

[14] Per la lettura di tali atti, dal numero sterminato, si rinvia a *Raccolte degli ordini e degli avvisi pubblicati dopo il cessato governo austriaco*, tomi I-V, Milano, ed. L. Veladini, 1797.

[15] Sulla costituzionalizzazione del protettorato francese, cfr. R. Martucci, *Partecipazione e costituzione: la regola impossibile*, in D. Gallingani (a cura di), *Napoleone e gli intellettuali nell'Europa napoleonica*, Bologna, Il Mulino, 1996, pp. 49-82, in part. p. 63.

[16] È forse utile ricordare che durante l'esistenza della Cisalpina (29 giugno 1797-26 aprile 1798 e 17 giugno 1798-26 gennaio 1802, considerando pure il periodo successivo alla riconquista austriaca) mai i cittadini furono chiamati ad eleggere i loro rappresentanti.

[17] Cfr. Zaghi, *Il direttorio francese* cit., pp. 348 ss.

[18] Si precisa che ogni citazione degli Atti del Gran consiglio scaturisce dalla sterminata raccolta edita dall'Accademia dei Lincei (a cura di C. Montalcini e A. Alberti), voll. I-XI, 1917.

[19] Non deve fuorviare la denominazione formale ("legge di esecuzione dell'atto costituzionale"): era un atto firmato dal potere militare (cfr. 1.2). Per il testo, cfr. *Raccolte* cit., pp. 69 ss.

[20] C. Montalcini, *La Repubblica cisalpina*, in Montalcini, Alberti (a cura di), *Assemblee della repubblica cisalpina*, cit., p. ccxi.

[21] Per il testo del decreto di nomina dei membri del Direttorio e dei ministri, cfr. *Raccolte* cit., p. 63. Circa la nomina dal quinto direttore, cfr. nota 5.

[22] Il titolo integrale recitava: "Legge provvisoria sulla Polizia Tipografica"; per il relativo testo cfr. *Raccolte* cit., tomo IV, p. 316. Era tanto provvisoria che non fu mai abrogata.

[23] Così Zaghi ricostruisce riassuntivamente ne *Il direttorio francese* (cit., p. 246): «il draconiano decreto, annullando di colpo le leggi che Bonaparte aveva elargito con tanto rumore alla Lombardia dal luglio al novembre 1797, riportava praticamente la cisalpina sotto il governo militare dell'armata d'Italia alla mercé dei generali e dei commissari francesi». Verrebbe da chiedersi se, invece, la Cisalpina non era sempre stata, sin dall'inizio, sotto il potere militare, e non solo da quel momento, ossia dal colpo di Stato.

[24] Montalcini, Alberti (a cura di), *Assemble* cit., vol. IV, pp. 72 ss.

[25] Per il testo, Melzi d'Eril, *Memorie e Documenti*, cit., pp. 450 ss.

[26] Zaghi, *Il direttorio francese* cit., p. 339.

[27] Il 17 marzo '98 fu pubblicato un proclama del Berthier, gen. in capo dell'Armata d'Italia, per convincere i cisalpini della necessità del trattato di alleanza con la Francia e vincere dunque le resistenze del Consiglio dei seniori; il giorno successivo fu pubblicato un analogo proclama, questa volta a firma di Moscati, presidente del Direttorio, parimenti volto a favorire la ratifica. Per il testo di entrambi i proclami, cfr. *Raccolte* cit., tomo IV, pp. 226 ss.

[28] Per il testo articolato del regolamento del Gran consiglio, cfr.

Montalcini, Alberti (a cura di), *Assemble* cit., vol. I.I, pp. 271 ss.; per quello del Consiglio dei seniori, cfr. *Raccolte* cit., tomo IV, pp. 242 ss.

[29] Interessante è la norma che evoca un evidente invito all'imparzialità rivolto al presidente (che *ex* art. 8 «non vota», come pure «non può fare discussioni sugli oggetti della questione»), che tuttavia può, se proprio lo ritiene, prender posizione 'autosospendendosi' dall'incarico, subentrandogli il primo dei non eletti al seggio presidenziale o il più anziano d'età presente in quel momento nel collegio.

[30] Nel secondo testo costituzionale (31 agosto '98) mutarono denominazione: il Gran consiglio divenne il "Consiglio degli Juniori" e il Consiglio dei seniori il "Consiglio degli Anziani". Queste denominazioni erano nell'uso corrente nella vigenza della prima costituzione, e verrebbe da chiedersi se non rappresentassero un caso di *spontaneità* anche linguistica.

[31] Sul punto, Zaghi, *Il direttorio francese* cit., p. 385.

[32] Per un approfondimento sul ruolo e sulla persona di Luosi, si rinvia a *Giuseppe Luosi, giurista italiano ed europeo. Traduzioni, tradizioni e tradimenti della codificazione. A 200 anni dalla traduzione in italiano del Code Napoléon (1806-2006)*, Atti del Convegno Internazionale di Studi (Mirandola-Modena, 19-20 ottobre 2006), a cura di E. Tavilla, APM-Archivio Storico del Comune di Modena, Carpi-Modena, 2009.

[33] Per la creazione dei dipartimenti, utile E. Pagano, *Enti locali e Stato in Italia sotto Napoleone. Repubblica e Regno d'Italia (1802-1814)*, Roma, Carocci, 2007, pp. 60 ss. Sul giornalismo politico a Milano, R. De Felice, *Il triennio giacobino in Italia (1796-1799)*, Roma, Bonacci, 1990, pp. 120 ss.

[34] Montalcini, Alberti (a cura di), *Assemble* cit., vol. I.I, p. 119.

[35] *Raccolte* cit., tomo IV, p. 4.

[36] Ivi, pp. 55 ss.: «Il Gran Consiglio considerando che la Legge del 13 brumale anno VI Repubblicano relativa alla soppressione del Ministero di Polizia è contraria onninamente all'Art. 150 della Costituzione. Previa la dichiarazione del caso di urgenza sul motivo, che, giurata dal Corpo Legislativo l'inviolabile osservanza della Costituzione, non se ne deve tollerare nemmeno per un momento l'infrazione – RISOLVE 1) Che la detta Legge […] si abbia come non avvenuta, 2) Che s'inviti il Direttorio Esecutivo ad eleggere un Ministro di Polizia generale entro il termine di tre giorni […] il Consiglio de' Seniori approva».

[37] Ivi, p. 6 (cfr. 2.1).

[38] Così in ivi, p. 316: «Debba la Polizia Tipografica essere raccomandata al Potere Esecutivo, onde impedire tutti i mali effetti, che per colpa d'intemperanti Scrittori, derivarne potrebbero in pregiudizio della Repubblica».

[39] Montalcini, Alberti (a cura di), *Assemble* cit., vol. I.II, p. 134.

[40] Ivi, p. 386.

[41] Per il messaggio firmato dal presidente Moscati, con il quale il Direttorio spiegava i motivi dell'irregolarità della decisione degli Anziani, cfr. Montalcini, Alberti (a cura di), *Assemble* cit., vol. III, p. 421.

[42] J. Godechot, *La grande Nation La Grande Nation. L'expansion révolutionnaire de la France dans le monde 1789-1799*, Paris, Aubier, 1956.

[43] Montalcini, Alberti (a cura di), *Assemble* cit., vol. I.II, p. 103.

[44] Ad esempio su una lettera del Segretario di Stato, cardinal Doria Pamphilj, al Direttorio, relativa al riconoscimento della Cisalpina.

[45] Ad esempio sui salari degli impiegati della Cisalpina.

[46] Ad esempio sul metodo di elezione dei giudici in alcuni dipartimenti; il Direttorio rispose il giorno stesso della presentazione (1° dicembre).

[47] Montalcini, Alberti (a cura di), *Assemble* cit., vol. I.I, p. 520.

[48] Ivi, p. 575.

[49] Ivi, p. 650.

[50] Infatti, ogni Stato (dal cui insieme si formò la Cisalpina) aveva conservato la propria struttura originaria: ciò determinava una inevitabile disorganizzazione e una pericolosa confusione.

[51] Fra i numerosi casi, ci si limita a citare che il 31 gennaio '98 il Gran consiglio interpellò il Direttorio sullo stato del pagamento delle truppe cisalpine. Il Direttorio rispose 3 giorni dopo dicendo che le truppe non erano state pagate perché mancavano i mezzi economici.

[52] Zaghi, *Il direttorio francese* cit., pp. 334 ss.

"Troppo francese e troppo poco napoletano"? Il progetto costituzionale della Repubblica Napoletana del 1799 e la sua fortuna storiografica

VALERIA FERRARI

1. *Francesco Mario Pagano* vis-à-vis *con François-Antoine Boissy d'Anglas: due Costituzioni allo specchio*

> Esso [il progetto costituzionale napoletano] è migliore al certo delle costituzioni Ligure, Romana, Cisalpina, ma al pari di queste è troppo Francese, e troppo poco Napoletana. L'edificio di Mario è costruito colla materia che la costituzione Francese gli dava: l'architetto è grande, ma la materia del suo edificio non è che creta [...][1].

Con questa ferma convinzione, Vincenzo Cuoco, dopo un'attenta e minuziosa disamina[2], esprimeva il suo definitivo giudizio sul contenuto del progetto costituzionale elaborato, durante l'effimera esperienza della Repubblica Napoletana del 1799[3], dal giurista Mario Pagano[4] all'interno del Comitato legislativo di cui era membro fin dal suo ritorno a Napoli[5]. La critica che il Cuoco muoveva al testo napoletano era in realtà rivolta al costituzionalismo rivoluzionario italiano nel suo complesso, i cui artefici – sosteneva Cuoco – pervasi di *esprit géométrique*, avevano introdotto degli ordinamenti identici a quelli sperimentati in Francia, senza tenere in minimo conto le esigenze concrete delle popolazioni italiane, commettendo pertanto l'errore di vedere nelle Costituzioni null'altro che delle sovrastrutture da imporre al popolo a proprio arbitrio anziché concepirle quali il prodotto naturale e spontaneo della sua coscienza storica. Al contrario, argomentava Cuoco, tentare di creare artificialmente una Costituzione valida per tutti i popoli indistintamente era un'operazione priva di senso, il cui solo risultato sarebbe stato che essa non avrebbe mai potuto soddisfare le esigenze di nessuno di essi. L'intellettuale molisano, inoltre, non nascondeva la propria diffidenza nei riguardi di quelle Costituzioni imposte con la forza, sia che essa fosse esercitata per mezzo di «centomila baionette» sia da parte di «un'assemblea di filosofi». Le sole Costituzioni efficaci e durevoli, a suo parere, erano dunque quelle che il popolo si «forma da sé». Da qui la celebre similitudine fra le Costituzioni e gli abiti, con la quale Cuoco efficacemente

chiariva la propria convinzione circa la irriproducibilità di un modello costituzionale:

> le costituzioni sono come le vesti: è necessario che ogni individuo, che ogni età di un individuo abbia la sua, la quale, se tu vorrai dare ad altri, starà male […]. Le costituzioni si debbono fare per gli uomini quali sono, e quali eternamente saranno, pieni di vizi, pieni di errori; imperocché tanto è credibile che essi voglian deporre que' loro costumi che credono una seconda natura, per seguire le nostre istituzioni, che credono arbitrarie e variabili, quanto è ragionevole un calzolaio che pretenda che si accorci il piede di colui cui ha fatta corta una scarpa. Quando una costituzione non riesce, io do il torto al legislatore, come appunto quando non calza bene una scarpa, do il torto al calzolaio[6].

Ma fu davvero un'accettazione pedissequa degli articoli della Costituzione francese quella attuata dal Comitato di legislazione? Una serena e puntuale lettura degli articoli del progetto costituzionale elaborato da Pagano sembra al contrario dimostrare come il giurista lucano – pur non disprezzando affatto l'impostazione generale della Costituzione termidoriana, da lui anzi definita «una delle migliori costituzioni che siansi prodotte sinora»[7] per via del modello di democrazia rappresentativa che essa intendeva realizzare – abbia in realtà finito per sottoporre l'intero impianto costituzionale francese a una generale revisione critica, pervenendo in tal modo a un risultato finale che – proprio per la diversa sensibilità politica e giuridica che ne trapela, unita alla consapevolezza delle diverse condizioni socio-economiche e culturali della popolazione meridionale rispetto a quella francese – si discosta non poco dal modello costituzionale termidoriano e lascia chiaramente emergere l'apporto individuale dell'autore in virtù delle evidenti affinità esistenti fra le modifiche da lui introdotte rispetto alla Costituzione francese del 5 fruttidoro dell'anno III[8] e talune concezioni politiche e filosofiche già enucleate nei suoi *Saggi politici*.

In primo luogo, ben diversa dalla francese *Dichiarazione dei diritti e doveri dell'uomo e del cittadino* era la *Dichiarazione dei diritti, e doveri dell'Uomo, del Cittadino, del Popolo, e de' suoi Rappresentanti* che precedeva la Costituzione vera e propria. Degne di interesse per la notevole distanza ideologica rispetto al testo redatto da Boissy D'Anglas sono anzitutto le riflessioni di Pagano sul principio di uguaglianza. Quest'ultimo – che nella Dichiarazione francese del 1795 figurava fra i diritti dell'uomo, insieme alla libertà, alla sicurezza e alla proprietà –, per il giurista lucano non era affatto da considerare come un diritto, ma piuttosto come una relazione interpersonale, ossia un'interazione fra due o più individui che, a suo avviso, costituiva il presupposto fondamentale sul quale si reggeva l'intera impalcatura dei diritti e dei doveri dell'uomo, giacché da esso discendeva il principio dell'uguaglianza di tutti gli individui dinanzi alla legge.

Un'altra interessante differenza fra i due testi costituzionali riguardava il diritto di resistenza all'oppressione che, presente nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, nonché – nella versione di un diritto-dovere all'insurrezione in caso di violazione dei diritti del popolo ad opera del governo – nella Costituzione francese dell'anno I, era stato volutamente espunto da quella del 1795. Pagano, riconoscendo tale diritto come essenziale all'esercizio di tutti gli altri (art. 9), attribuiva tuttavia ad esso una valenza del tutto diversa da quella teorizzata dai montagnardi, ri-

tenendo infatti che esso altro non fosse che una conseguenza necessaria di quel diritto di ogni essere umano alla conservazione della propria esistenza che egli, già nei suoi *Saggi politici*, sulla scia di Locke, aveva chiaramente indicato come uno dei diritti individuali fondamentali. Al contrario, ammettere un diritto assoluto all'insurrezione avrebbe inevitabilmente condotto, a suo avviso, verso una deriva anarchica. «Come dunque segnare» – si domandava Pagano – «quel giusto punto tra la passiva pazienza, base del dispotismo, e l'anarchica insorgenza?»[9]. La soluzione a tale dilemma era a suo avviso quella di attribuire al singolo cittadino il diritto di insorgere contro le autorità ereditarie e perpetue, tiranniche in quanto tali, e al popolo nella sua interezza il solo diritto di insorgere contro ogni esercizio abusivo dei poteri costituzionali.

Nell'ambito dei diritti del cittadino è poi il caso di sottolineare l'originalità della concezione paganiana della cittadinanza attiva, esaminando i requisiti previsti nel *Progetto* per l'esercizio del diritto di voto. Se la Costituzione elaborata dalla *Commission des Onze* prevedeva la sola qualità di contribuente per esercitare il diritto di eleggere i propri rappresentanti, il testo napoletano, oltre a fissare un'età più elevata per accedere al primo grado elettorale[10] (23 anni, anziché 21), introduceva esplicitamente il requisito supplementare delle «qualità morali» (art. 9), nonché la capacità di saper leggere e scrivere e di conoscere il catechismo repubblicano. La virtù, dunque, e i meriti personali assurgevano a linea di demarcazione tra cittadini attivi e passivi[11].

La *Dichiarazione* napoletana, inoltre, accanto ai diritti dell'uomo e del cittadino, prevedeva una terza categoria di diritti che in nessuna delle Costituzioni rivoluzionarie francesi era mai stata specificamente trattata in un capo *ad hoc*: i diritti del popolo, individuati da Pagano nel diritto di darsi una costituzione (art. 13) e di modificarla (art. 14); di legiferare (art. 14); di fare la guerra (art. 15) e di imporre i tributi (art. 16).

Se rilevanti sono le differenze presenti fra i due testi in merito ai diritti, altrettanto sostanziali appaiono quelle desumibili dal raffronto fra l'elenco dei doveri inserito – per la prima volta dall'inizio della Rivoluzione – nella Costituzione del 1795 e l'analogo elenco presente nel *Progetto* paganiano. Se, infatti, il testo francese riconduceva i doveri dell'uomo e del cittadino al rispetto della legge ed enfatizzava la rilevanza di comportamenti privati irreprensibili al fine di essere considerati buoni cittadini[12], quello napoletano limitava la propria attenzione ai soli comportamenti attinenti alla sfera pubblica (obbedienza alle leggi e alle autorità costituite; obbligo del servizio militare), senza fare alcuna menzione della dimensione familiare e introducendo significativamente fra i doveri dell'uomo quelli di dare assistenza ai bisognosi (art. 19) e di illuminare e istruire gli altri (art. 20), entrambi inesistenti nel testo francese. Questi ultimi articoli del *Progetto*, oltre ad accentuare lo spirito democratico e solidaristico della *Dichiarazione*, appaiono assai chiarificatori del significato che per Pagano rivestiva il termine 'morale' da lui più volte richiamato in altre sezioni del *Progetto*: egli si riferiva espressamente alla morale pubblica (a suo parere, «tanto coltivata dagli antichi quanto negletta dai moderni»), *conditio sine qua non* per la sopravvivenza di un regime repubblicano, in quanto elemento essenziale alla nascita di un «ceto mezzano» delle virtù e dei talenti cui solo affidare funzioni pubbliche.

L'esercito francese del generale Championnet entra a Napoli il 23 gennaio 1799, opera coeva

Pagano, infine, rispetto alla *Dichiarazione* del '95, introduceva una terza categoria di soggetti titolari di specifici doveri: i pubblici funzionari, tenuti a garantire i cittadini contro ogni forma di abuso e consacrare la propria vita al bene della Repubblica (artt. 25 e 26).

Nel *Rapporto del Comitato di legislazione al governo provvisorio*, redatto al fine di illustrare i principi-cardine del suo progetto costituzionale, si leggeva che quella che la Repubblica napoletana si apprestava ad adottare era senz'altro «la costituzione della madre Repubblica francese»[13], ma che il Comitato di legislazione, «riflettendo che la diversità del carattere morale, le politiche circostanze e ben anche la fisica situazione delle nazioni richiedono necessariamente de' cangiamenti nelle costituzioni»[14], aveva deciso di apportarvi talune modifiche, non soltanto riguardo al modo di intendere la libertà e i diritti dei cittadini, ma anche relativamente all'organizzazione del potere. Dalla lettura degli articoli del *Progetto*, difatti, i correttivi apportati al testo francese appaiono molteplici e sostanziali. Difatti, sebbene il *Progetto* di Pagano, sull'esempio della Costituzione termidoriana, attribuisse anch'esso il potere legislativo ad un organo bicamerale – formato da un Senato di 50 membri, vedovi o coniugati, di almeno 40 anni di età, e da un Consiglio di 120 membri di età non inferiore ai 30 anni –, incaricato di eleggere i cinque membri dell'Arcontato, l'organo collegiale cui spettava il potere esecutivo, l'art. 47 del *Progetto*, diversamente sia dalla Costituzione del Direttorio sia da tutte le altre Costituzioni italiane del Triennio, conferiva il potere d'iniziativa legislativa e

di redazione dei testi di legge al più 'maturo' Senato, concedendo al Consiglio soltanto il potere di respingerle o approvarle. Pagano, difatti, partendo dal presupposto che «proporre le leggi» fosse «più l'effetto della fredd'analisi che dell'ardito genio», e ritenendo, in conseguenza di ciò, che tale compito richiedesse «più estensione di lumi, che voli di spirito», era dunque dell'avviso che «pochi uomini maturi» fossero più adatti a tale compito rispetto ad un'«ardente moltitudine di giovani». In tal modo, pertanto, il giurista attuava un vero e proprio rovesciamento del rapporto fra i due rami del potere legislativo rispetto all'originario modello francese.

Anche nell'organizzazione giudiziaria[15] la Costituzione napoletana si discostava da quella francese, giacché per evitare spese e spostamenti disponeva che gli appelli nei giudizi civili si presentassero non al tribunale di un altro dipartimento (come prevedeva il testo francese), ma a una diversa sezione dello stesso tribunale; variazione giustificata da Pagano con l'osservazione che il sistema francese era «fuor di dubbio incomodo assai e dispendioso ancora ai litiganti, soprattutto ai poveri che si dovranno recare per ottenere giustizia nella centrale di un dipartimento per più giorni forse distante dal luogo della loro dimora»[16].

Un altro tema che nel *Progetto* differisce radicalmente dalla Costituzione francese del 1795 è quello dell'educazione pubblica[17]. Difatti, mentre la Costituzione termidoriana si limitava a occuparsi della sola istruzione, il titolo X del *Progetto* (artt. 292-318) riguardava al tempo stesso la «educazione e la istruzione pubblica». Già nei suoi *Saggi politici* Pagano aveva dedicato un intero capitolo al tema dell'educazione, distinguendo nettamente l'istruzione che rende l'uomo «illuminato e generalmente colto» dalla educazione che è «il concorso di tutte l'esterne cagioni fisiche, morali ed accidentali che sviluppando i naturali talenti segnano per mezzo delle sensazioni dell'animo gl'indelebili caratteri de' costumi, formano lo spirito e ne forniscono certa quantità d'idee che creano il nostro interno universo»[18]. L'educazione pubblica era dunque per lui il canale fondamentale affinché nei cittadini fossero stimolate quelle virtù civili indispensabili al corretto funzionamento di un sistema repubblicano, dal momento che «costumi superbi e insolenti mal si confanno col vivere democratico e scavano insensibilmente una voragine nella quale presto o tardi corre a precipitarsi la libertà»[19]. Di conseguenza, allontanando gli individui da quelle chimere come il lusso e il godimento fine a se stesso dei beni materiali, a suo avviso, sarebbe gradualmente sorto e maturato un popolo nuovo, colto, consapevole e attaccato ai valori repubblicani. Pagano, pertanto, riteneva che fosse dovere prioritario di un regime repubblicano dedicare ogni energia a questo tipo di educazione, mentre la Costituzione francese – così si legge nel *Rapporto* – pur non avendo negletta l'istruzione, aveva avuto riguardo più alla parte intellettuale di essa che a quella morale. Nel *Progetto*, dunque, chiara è la distinzione fra l'educazione pubblica – che comprendeva «esercizi ginnici e guerrieri» (art. 295), lo studio del catechismo repubblicano, spettacoli teatrali volti a «promuovere lo spirito della libertà» (art. 299), nonché delle «feste nazionali per eccitare le virtù repubblicane» (art. 300) – e l'istruzione che comprendeva invece lo studio di tipo nozionistico e che doveva essere impartita nelle scuole primarie e superiori.

Funzionale alla preminenza assegnata da Pagano all'educazione e alla virtù era l'istituto della Censura (artt. 314-316)[20], del tutto assente nella Costituzione del Direttorio e, al contrario, di importanza cruciale nel complesso dell'architettura costituzionale paganiana. Tale istituto – sull'utilità del quale avevano già dissertato Montesquieu, Rousseau e Filangieri – era concepito come un tribunale di 5 membri (di età non inferiore ai cinquant'anni ed eletti per la durata di un anno) presente in ogni cantone, incaricato di vigilare sull'educazione e sulla salvaguardia della morale pubblica. Partendo difatti dal presupposto che la libertà non fosse minacciata solo dalle usurpazioni dei poteri costituiti, ma «benanche dai privati cittadini e dalla pubblica corruzione»[21], Pagano riteneva che la Costituzione dovesse «innalzare un argine altissimo contro la corruzione dei costumi non meno che contro l'eccessivo potere dei funzionari» e, pertanto, attribuiva ai censori il compito di vigilare sulla condotta democratica dei cittadini, con la facoltà di escluderli dal diritto attivo o passivo di voto in caso di corruzione.

Alla luce degli avvenimenti che avevano caratterizzato i primi quattro anni di vita del regime del Direttorio, Pagano non esitava a criticare taluni aspetti della Costituzione elaborata dalla *Commission des Onze*, nella quale ravvisava la tendenza a produrre uno stato di vera e propria paralisi istituzionale da cui scaturiva, peraltro, la possibilità che, per ovviare a tale situazione di stallo, uno dei poteri travalicasse i propri limiti invadendo la sfera di altrui competenza. Così egli argomentava:

> Se il potere esecutivo sia troppo dipendente dal corpo legislativo, come lo era nella costituzione francese del '93, in tal caso l'Assemblea assorbirà il potere esecutivo e concentrandosi in essa i poteri tutti diverrà dispotica. Se poi, sia indipendente l'uno dall'altro, potranno sorgere due disordini, o l'inazione, ed il languore della macchina politica per la poca intelligenza dei corpi che rivaleggiano tra loro. Ovvero l'usurpazione dell'uno sull'altro per quella naturale tendenza di ogni potere all'ingrandimento. Ecco la necessità di un altro corpo di rappresentanti del popolo che sia come un tribunale supremo il quale tenga in mano la bilancia dei poteri e li rinchiuda nei loro giusti confini: che abbi insomma la custodia della costituzione e della libertà[22].

La soluzione a tale inconveniente, tuttavia, fu del tutto differente rispetto a quella escogitata presso i governi di altre Repubbliche sorelle ove, ferma restando la fedeltà al modello costituzionale direttoriale, furono prese delle misure atte a rafforzare ulteriormente il potere esecutivo, quasi a fungere da 'laboratorio' di sperimentazione rispetto a quanto sarebbe avvenuto nella Repubblica madre dopo il 18 brumaio. Il timore principale di Pagano, difatti, era costituito dalla possibile deriva dispotica del regime, rischio che egli intravedeva non soltanto laddove il potere era concentrato nelle mani di un singolo individuo, ma anche nel caso in cui a detenerlo fosse una moltitudine di soggetti. Pertanto, nel suo *Progetto*, egli – convinto che il principio della separazione dei poteri non fosse, da solo, una sufficiente garanzia di salvaguardia dal dispotismo – introduceva un istituto del tutto originale chiamato Eforato, disciplinato dal titolo XIII intitolato alla "Custodia della Costituzione", che lo stesso Cuoco non poté fare a meno di definire «la parte più bella del Progetto del Pagano»[23]. Tale organo, il cui nome rievoca quello di una magistratura dell'antica Sparta[24], avrebbe dovuto essere composto da 17 membri, tanti quanti i dipartimenti della Repubbli-

ca, scelti ogni anno dalle assemblee elettorali fra coloro che fossero in possesso dei seguenti requisiti: un'età non inferiore ai 45 anni; l'essere vedovi o coniugati; essere stati, almeno, una volta, membri del Corpo legislativo o dell'Arcontato e avere il domicilio nella Repubblica da non meno di 10 anni al momento dell'elezione (art. 365). Le funzioni dell'Eforato erano dettagliatamente elencate dall'art. 368 del *Progetto*: 1) esaminare se la Costituzione fosse stata osservata in tutte le sue parti e se i poteri avessero rispettato i propri limiti costituzionali; 2) richiamare ciascun potere nei rispettivi limiti e doveri, cassando ed annullando gli atti di quello che li avesse esercitati oltre le funzioni attribuitegli dalla Costituzione; 3) proporre al Senato la revisione degli articoli della Costituzione giudicati poco «convenienti» e suggerire al Corpo legislativo l'abrogazione delle leggi ritenute in contrasto con il dettato costituzionale. Due erano pertanto i compiti fondamentali dell'Eforato: da un lato, la revisione della Costituzione e, dall'altro, la salvaguardia del dettato costituzionale da svolgersi sia attraverso il controllo di costituzionalità delle leggi sia mediante la risoluzione dei conflitti di attribuzione fra poteri dello Stato.

Com'è noto, al momento della stesura del progetto costituzionale della Repubblica Napoletana, il problema del controllo di costituzionalità delle leggi era già stato affrontato negli Stati Uniti d'America, ove, sebbene la Costituzione ratificata nel 1787 nulla specificasse al riguardo, sulla base di quanto argomentato fra il 1787 e il 1788 nel *Federalist*, di tale rilevante funzione era stata investita la Corte Suprema – e, del resto, già la Costituzione della Pennsylania del 1776 aveva espressamente previsto di affidare il compito del controllo di costituzionalità delle leggi a un organo chiamato *Council of Censors*. Ma anche nella Francia rivoluzionaria, benché sempre senza successo, era stata avanzata in più di un'occasione l'ipotesi di introdurre degli istituti preposti a tale funzione. Fra le diverse proposte emerse in tal senso all'interno della Convenzione durante il dibattito per l'approvazione della nuova Costituzione, la più celebre fu quella avanzata da Emmanuel Sieyès il quale, nel suo discorso del 5 agosto 1795, proponeva l'introduzione di un *jury constitutionnaire* (da lui definito anche «tribunal des droits de l'homme»), composto da 108 membri rinnovabile ogni anno per un terzo in base al criterio della cooptazione e incaricato di una triplice funzione: 1) vegliare sulla salvaguardia del dettato costituzionale; 2) proporre dei perfezionamenti della Costituzione; 3) esercitare un controllo sulle sentenze della giurisdizione ordinaria sulla base del diritto naturale[25]. A chi sarebbe spettata, negli auspici di Sieyès, la facoltà di impugnare gli atti legislativi? A tutti i cittadini per le questioni che li riguardavano direttamente nonché alle minoranze dei due Consigli e delle assemblee elettorali. Conseguenza del giudizio dinanzi al *jury* era che gli atti incostituzionali sarebbero stati dichiarati «nuls et comme non avenus»[26].

Anche l'Eforato, così come era stato immaginato da Pagano, avrebbe pertanto contribuito a marcare una discontinuità evidente rispetto al modello costituzionale termidoriano che faceva del principio della divisione dei poteri il fulcro centrale del suo impianto. Viceversa, è proprio nell'Eforato che sembra prendere finalmente corpo la convinzione paganiana circa l'insufficienza della sola separazione dei pote-

ri per la garanzia della tenuta democratica del sistema politico. Del resto, chi avrebbe «controllato – per parafrasare Thibaudeau, allorché espresse il suo dissenso al *jury constitutionnaire* – i controllori?». Proprio per garantire costantemente l'imparzialità dei suoi membri, Pagano aveva previsto che la carica di membro dell'Eforato fosse incompatibile con qualsiasi altra funzione pubblica (art. 354) e che gli efori non potessero in alcun modo, neanche per mezzo di delegati, esercitare i poteri legislativo, esecutivo e giudiziario (art. 351). Tra le sue massime preoccupazioni, difatti, vi era quella che l'Eforato, nato per prevenire le usurpazioni del potere e le violazioni dei diritti dei cittadini, potesse esso stesso trasformarsi in un organo dispotico. Per tale ragione egli dispose che si sarebbe riunito solo quindici giorni ogni anno (art. 362).

2. *La* damnatio memoriae*: da Cuoco alla* vulgata *cuochiana*

Il giudizio di Cuoco circa l'eccesso di emulazione da parte del Comitato di legislazione nei confronti della Repubblica madre ha notevolmente influenzato il modo in cui la storiografia italiana si è per lungo tempo accostata alle cosiddette "Costituzioni giacobine"[27], considerate – senza eccezione alcuna – nulla più che delle sterili imitazioni dell'originale francese e, in ragione di ciò, non meritevoli di alcun interesse specifico. Il 'difetto genetico' delle Repubbliche sorte sul suolo italiano nel triennio 1796-1799 e, pertanto, della loro complessiva attività legislativa e costituente consisteva, nell'opinione di Cuoco, nella loro oggettiva subalternità rispetto alla Francia: di conseguenza, al di qua delle Alpi, non si era assistito a nulla più che a una «rivoluzione passiva»[28] che, sebbene attuata con i migliori propositi e ad opera della parte più onesta e capace della società meridionale, rimaneva pur sempre un'esperienza circoscritta a una minoritaria *élite* che non seppe attrarre adeguatamente alla propria causa la maggioranza della popolazione la quale, pertanto, finì per rimanere sostanzialmente estranea ad essa.

Parallelamente Cuoco, pur non disconoscendo gli aspetti originali del contributo di Pagano, riteneva che i correttivi da lui apportati alla Costituzione francese del 1795 fossero comunque insufficienti. Le sue critiche al *Progetto* napoletano, peraltro, non si limitavano solo al metodo perseguito dal Comitato di legislazione, ma erano altresì rivolte al modello costituzionale termidoriano in quanto tale. Anzitutto, per quanto concerneva l'articolazione del potere legislativo, Cuoco affermava di non condividere né la scelta di procedere a un rinnovo annuale di un terzo dei componenti i due Consigli, per via degli inevitabili squilibri che ciò avrebbe comportato[29], né il principio del bicameralismo per la prima volta introdotto in Francia[30]. Ma soprattutto, al principio della rappresentanza pura previsto dalla Costituzione dell'anno III Cuoco contrapponeva senza esitazione la funzione di controllo che degli organi municipali elettivi avrebbero dovuto svolgere sui rappresentanti della nazione. Egli, inoltre, dichiarava di preferire di gran lunga il termine Parlamento a quello, proprio del costituzionalismo rivoluzionario francese, di assemblea: «esso è antico, è nazionale, è nobile; il popolo l'intende e l'usa: quante ragioni per conservarlo!»[31]. Nondimeno, anche le principali novità istitu-

zionali previste dal *Progetto* napoletano non incontravano i favori dell'intellettuale molisano, in quanto, mentre nell'Eforato egli ravvisava il rischio di ledere il primato del legislativo portando a una frammentazione della sovranità, nella Censura intravedeva l'ombra di uno strumento intollerante e oppressivo.

I giudizi contenuti nel *Saggio* cuochiano, quindi, hanno finito per produrre due diversi effetti: da un lato quello di sminuire la portata del *Progetto* accentuandone gli aspetti imitativi rispetto a quelli originali, e, dall'altro, quello di contribuire ad alimentare il pregiudizio negativo nei riguardi della Costituzione termidoriana che, a sua volta, finì per essere a lungo oggetto delle più disparate critiche, ora per la estemporaneità della sua redazione, ora per la sua farraginosità, giudizi del resto corroborati dalla scarsa prova di sé che tale Costituzione aveva dato negli ultimi anni del Settecento. Tutti questi elementi dovettero giocare un ruolo non marginale nel determinare l'oblio in cui cadde, per lunghi anni, la Costituzione paganiana e di cui il lapidario giudizio del giurista Luigi Palma sarà a lungo un'emblematica – e non certo solitaria – testimonianza:

> Con tutto il rispetto alla gloriosa memoria di Mario Pagano […] la sua Costituzione […] salvo alcune mutazioni nei nomi, come in quelli di Senato e di Arcontato, ed in particolari di poca importanza, non è che la francese. E ciò che vi è di speciale non può dirsi felice. […] La realtà è questa e ben lo vide, fra gli stessi contemporanei, Vincenzo Cuoco nelle critiche che ne fece nelle sue lettere a Vincenzo Russo, e nel Saggio sulla Rivoluzione napoletana del 1799, composto in quello stesso anno, pubblicato nel 1801, e non ostante i difetti, lo scritto forse più notevole della letteratura politica italiana dell'epoca. Mario Pagano non conosceva della vita pubblica dei popoli se non quello che aveva potuto leggerne nelle storie della Grecia e di Roma, e partecipava in grado superlativo all'errore dei suoi contemporanei, i quali credevano ingenuamente che copiando, mettendo in carta qualche antica istituzione, si sarebbero create le antiche virtù[32].

Né, del resto, il giurista calabrese era più benevolo nei confronti delle altre Costituzioni italiane del Triennio, reputandole

> […] tutte imbastite senza riguardo alle condizioni reali, intellettuali, morali, economiche e sociali del popolo, del complesso della cittadinanza cui dovevan servire; sono delle vesti foggiate su di un esemplare, un modello straniero, infelice anch'esso, che non aveva neppur potuto mostrare il suo valore, e per quel poco che aveva provato, aveva provato male, non avendo potuto sembrare di reggersi in piedi, se non a furia, ogni anno, di una successione di colpi di Stato[33].

Tornando comunque a Cuoco, per la lucida onestà intellettuale che la contraddistingueva, la sua critica agli avvenimenti napoletani del 1799 finì per essere non solo variamente interpretata, dando luogo a letture tendenti a enfatizzarne ora l'orientamento storicista[34] ora il suo moderatismo[35], ma anche, in un secondo momento, variamente utilizzata, soprattutto agli esordi del secolo scorso, allorché la progressiva affermazione di una storiografia d'impronta nazionalista cominciò a elaborare una lettura inedita di tali eventi liquidando in termini puramente negativi l'azione dei patrioti repubblicani, inquadrati come subalterni epigoni degli invasori francesi. Secondo tale lettura, il popolo, al contrario, era rimasto a ragione indifferente alla repubblicanizzazione e, in molte occasioni, aveva anzi palesemente dimostrato la sua ostilità ai 'giacobini' impugnando le armi nell'eroica difesa del suolo italiano dall'invasione straniera nell'ambito delle tante

insorgenze che, da Nord a Sud, caratterizzarono l'altra faccia del Triennio.

Nell'immediato, dunque, la rivalutazione dell'esperienza repubblicana napoletana del '99 elaborata da Croce, secondo il quale essa aveva avuto il merito di introdurre anche in Italia «l'ideale della libertà secondo i tempi nuovi, come governo della classe colta e capace, intellettualmente ed economicamente operosa, per mezzo delle assemblee legislative, uscenti da più o meno larghe elezioni popolari»[36], finì per essere offuscata da giudizi di segno del tutto opposto, volti a enfatizzare, sulla falsariga delle riflessioni mazziniane sull'indomito coraggio dei protagonisti delle insorgenze anti-francesi, proprio in questi ultimi – e non già nell'*élite* giacobina' – il vero momento fondante dell'identità nazionale italiana[37].

Non stupisce, pertanto, che in tale periodo l'attenzione nei confronti del costituzionalismo del Triennio sia stata assai scarsa, con la sola eccezione di un breve lavoro monografico sulla Costituzione napoletana di Luigi Negri[38] il quale, pur definendola «più organica, meno schematica, più ragionata del modello d'oltr'alpe»[39], riteneva tuttavia che la sua importanza fosse stata, nel passato, «esagerata»[40] poiché l'elemento di maggiore originalità in essa presente, l'Eforato, era in realtà desunto dal *jury constitutionnaire* di Sieyès che peraltro, a suo giudizio, «era di gran lunga migliore» rispetto al suo omologo napoletano:

> Per conto nostro, se un giudizio dovessimo dare su quest'istituto, tanto lodato dal Coco [*sic*], osserveremmo come il progetto dello Sieyès fosse di gran lunga migliore: l'Eforato infatti non può tenere le sue sessioni oltre 15 giorni consecutivi (art. 362), trascorsi i quali è disciolto di pien diritto (art. 363), i suoi membri non posson restar in ufficio oltre un anno (art. 357) ed il proprio compito è lasciato interamente alla sua stessa iniziativa; la giuria dello Sieyès invece deve essere eccitata o da altri organi statali o da privati cittadini, né ha limiti sì ristretti circa il tempo delle sessioni e la durata in carica dei suoi membri[41].

Giudizi, questi, che riecheggiano quasi alla lettera quelli già elaborati da Cuoco sui limiti dell'Eforato[42] i quali, a oltre cento anni di distanza, costituivano ancora un punto di riferimento essenziale e ineludibile.

3. *La riabilitazione: dall'empatia dei rivoluzionari ai bilanci del bicentenario*

Dal tragico crollo della Repubblica Napoletana e fino al secondo dopoguerra fu, dunque, un ininterrotto oblio quello in cui cadde il *Progetto* di Pagano? Niente di tutto ciò, a ben vedere, giacché proprio durante la lunga parabola risorgimentale la memoria del '99 iniziò gradualmente ad assumere una valenza del tutto peculiare fra le componenti più spiccatamente democratiche della cultura politica meridionale, divenendo, per la sua forza catalizzatrice, una sorta di punto di riferimento ideale e morale delle lotte politiche allora in atto. Il ricordo dei martiri della Repubblica Napoletana, soprattutto al profilarsi di nuovi tentativi insurrezionali, sarebbe così tornato ciclicamente a esercitare, con chiara valenza antiborbonica, tutta la sua potenza evocativa. Non è infatti difficile rintracciare, nel corso dell'Ottocento, le orme di una letteratura celebrativa dell'esperienza repubblicana napoletana[43] che, talvolta sfociando in un vero e proprio culto laico del martirologio, avrebbe posto momentaneamente in secondo piano le riflessioni cuo-

chiane sull'astrattezza dei patrioti e sulla rivoluzione passiva a favore di una visione eroica di quegli eventi. A una lettura siffatta ben si prestava un celebre scritto coevo al *Saggio storico*, vale a dire il *Rapporto al cittadino Carnot* di Francesco Lomonaco[44], uscito in due diverse edizioni fra l'agosto e l'ottobre del 1800 e più volte ristampato nel corso del Risorgimento, dalle cui pagine è possibile cogliere vari elementi che dovettero giocare un ruolo non secondario ai fini di una riscoperta della Costituzione paganiana. Dopo aver premesso che "il solo nome di Mario Pagano è un dominio della storia della filosofia», Lomonaco si soffermava sui punti qualificanti del suo *Progetto* presentandolo come la più felice sintesi delle conquiste rivoluzionarie filtrate dalla sensibilità politica del suo estensore:

> La Costituzione che diede fuori era il capolavoro della politica, giacché racchiudeva tutti i vantaggi delle altre, senza averne i difetti. Egli considerava che il vizio, il quale faceva traballare le moderne repubbliche, era appunto che non vi era una barriera tra il potere esecutivo e il legislativo. Sicché un terzo potere egli immaginò che opponesse un argine alle usurpazioni dell'uno e dell'altro, e mantenesse l'equilibrio della macchina politica, servendo come di sentinella alla libertà. Pagano solea dire, che la libertà è il risultato di tutte le idee, ed il principio della morale, e ch'ella è la media proporzionale tra due estremi, la licenza e la servitù. Egli desiderava, che le cariche rilevanti non si fossero accordate a persone prive di probità e d'ingegno; che la santa morale ed il costume fossero la dote del moderno patriottismo come lo erano dell'antico; che le risoluzioni della tribuna pubblica, figlia dell'effervescenza, dell'entusiasmo, non attraversassero i passi del governo, i quali dovevano essere guidati dalla fredda ragione[45].

Lomonaco, dunque, dimostrava di avere chiaramente individuato taluni aspetti che molto distinguevano la Costituzione napoletana da quella francese, in particolare l'esaltazione della virtù e la ricerca di meccanismi atti a garantire un efficace equilibrio fra i poteri dello Stato.

Nel corso dell'Ottocento, occasioni di riflessione più o meno approfondita sull'originalità del contributo di Pagano si sarebbero avute, come si è detto, allorché i tentativi insurrezionali dei patrioti meridionali avrebbero riportato il tema del costituzionalismo all'ordine del giorno. Così avvenne anzitutto in seguito ai moti carbonari del 1820 nel corso del cosiddetto "nonimestre costituzionale" allorché – grazie alla libertà di stampa garantita dalla Costituzione di Cadice – si assistette al fiorire di un'intensa attività pubblicistica, periodica e non, prevalentemente incentrata sulla comparazione dei modelli costituzionali elaborati fino ad allora nei vari paesi europei. Particolarmente rilevante fu, in tal senso, l'iniziativa di cui si fece promotore il giurista pugliese, di militanza carbonara, Angelo Lanzellotti, dando alle stampe i testi di numerose Costituzioni italiane e straniere da lui stesso precedentemente tradotte: la Magna Charta del 1215; la Costituzione degli Stati Uniti d'America; la Costituzione polacca del 1791; quella norvegese del 1814; le Costituzioni francesi del 1791, 1795, 1799; la *Charte* del 1814 con il regolamento per la Camera dei deputati; la Costituzione murattiana del 1815, nonché vari testi del triennio repubblicano quali la Costituzione della Repubblica cisalpina; quella ligure del 1797 e il *Progetto* costituzionale napoletano. Di quest'ultimo, peraltro, Lanzellotti non si limitò ad una frettolosa ristampa giacché, una volta recuperato il testo originale e integrale, ne pubblicò un'accurata edizione critica, corredata da numerose note di commento al testo che egli non esitava

a definire «tralle produzioni politiche del nostro secolo [...] un capod'opera»[46].

Altro momento propizio alla riscoperta della riflessione di Pagano fu, naturalmente, il '48 allorché spettò al giurista napoletano Giovanni Manna[47] – un liberal-moderato non alieno da simpatie neo-guelfe – il compito di replicare l'opera di acculturazione politico-costituzionale intrapresa nel 1820 dal Lanzellotti, dando a sua volta alle stampe un'ampia raccolta di testi costituzionali[48]. Anche Manna, come già Lomonaco, non mancava di riconoscere al *Progetto* un'originalità rispetto al modello francese del tutto assente nelle Costituzioni delle altre Repubbliche sorelle:

> [...] nessuna forse delle nuove repubbliche sorte prima del 1800 mostrò più forza d'ingegno, e più libera imitazione quanto la repubblica napoletana. Venuta più tardi delle altre, e più presto spenta, in quel brevissimo intervallo di vita e sotto l'impressione del grande esempio di Francia, gl'intelletti napoletani ebbero forse soli il coraggio di metter mano allo statuto del 1795, e di tentare delle innovazioni che toccassero non la semplice forma, ma alcuni dei principi fondamentali della costituzione francese. Infatti mentre in quasi tutte le altre repubbliche italiane non si era fatta altra novità che quelle di mutare qualche nome e diminuire alcune proporzioni; in Napoli, non ostante le gravi angustie del tempo non solamente fu mutato il nome delle cose riportandole alle antiche memorie classiche di Roma e di Grecia, ma furono altresì fatte due novità intorno ai poteri ed alle relazioni dei due collegi legislativi, ed intorno alla custodia e revisione della costituzione. La prima novità contraddiceva il principio adottato dai legislatori francesi di attribuire la proposta legislativa ai molti e la sanzione ai pochi. I legislatori napoletani invece attribuirono la proposta ai pochi e la sanzione ai molti: diedero al Senato, collegio di minor numero, l'iniziativa e la formulazione delle leggi: diedero al Consiglio, assai più numeroso, la sanzione: e con ciò faceano rivivere le tradizioni dell'antica sapienza politica italiana. Colla seconda innovazione, ricorrendo alle dottrine ed alle pratiche della politica greca, aggiungevano l'Eforato permanente alle assemblee di revisione, provvedendo così nel tempo stesso, e per doppia via, alla conservazione ed al perfezionamento dello statuto[49].

Si dovrà tuttavia attendere almeno la terza decade del secolo scorso, con i primi studi di Gioele Solari sui rapporti fra Pagano e Vico[50], affinché l'intera opera giuspolitica del primo dei due – di cui il *Progetto* comincerà a essere considerato il tassello finale e dirimente – ricevesse la sua giusta collocazione nel quadro della lunga e autonoma tradizione filosofica e giuridica meridionale che affondava le proprie radici nel pensiero di Vico e Gravina. Un primo bilancio complessivo sul costituzionalismo del Triennio non si avrà, invece, prima degli anni '50 con la prima edizione dell'importante contributo monografico di Carlo Ghisalberti sulle Costituzioni 'giacobine'[51] che, oltre a determinare una ripresa degli studi sulla cultura politica italiana nell'età repubblicana e napoleonica, avrebbe confermato definitivamente come il costituzionalismo napoletano fosse stato il più autonomo rispetto al modello termidoriano.

Se dunque già Solari sottolineava con convinzione l'originalità del *Progetto* e la sua profonda affinità con le riflessioni contenute nei suoi *Saggi politici*[52], Anna Maria Rao e Mario Battaglini hanno in seguito esaustivamente dimostrato la continuità fra l'opera paganiana e il pensiero riformatore meridionale del Settecento che aveva travato la sua *summa* nella *Scienza della legislazione* di Filangieri[53], opinione questa condivisa, fra gli altri, anche da Carlo Amirante che, ponendo l'accento sull'originalità del *Progetto* rispetto alle altre Costituzioni del Triennio, sottolinea soprattutto la rilevanza giuridica dell'istituto dell'Eforato – sorta

di «progenitore delle corti costituzionali dei nostri giorni» – per individuare nelle riflessioni di Pagano il decisivo momento del passaggio dalla cultura d'*ancien régime* a quella democratica[54].

Su tale filiazione culturale si è progressivamente focalizzata l'attenzione di Vincenzo Ferrone il quale, riprendendo le osservazioni di Battaglini, rimarca l'originalità del contributo di Pagano al costituzionalismo repubblicano per i suoi costanti riferimenti, sulla scia del pensiero di Locke, a sua volta filtrato dall'elaborazione fattane da Filangieri, a quel diritto naturale progressivamente marginalizzato nel dibattito politico francese[55]. Per lo storico torinese, pertanto, il testo del *Progetto* è «forse il capolavoro del pensiero politico e giuridico dell'Illuminismo italiano e certamente la conclusione più alta e solenne di tutto un modo di pensare alla tradizione repubblicana e costituzionale da parte del mondo dei Lumi nella penisola»[56].

Né può dirsi che la riscoperta del *Progetto* si sia svolta in modo monolitico, giacché il moltiplicarsi delle iniziative editoriali sull'argomento in occasione del bicentenario del Triennio ha anzi favorito un arricchimento del quadro interpretativo al punto da rendere quanto mai utili taluni recenti bilanci critici[57].

Antonino De Francesco, nella sua vasta ricerca sul democratismo politico nell'età rivoluzionaria e napoleonica, sulla scorta della suggestiva rilettura della stagione termidoriana già avvenuta in Francia da parte di studiosi della levatura di Bernard Gainot e Pierre Serna, ha proposto un'interpretazione molto innovativa del *Saggio* cuochiano sottolineando come le critiche di Cuoco a taluni aspetti del *Progetto* paganiano – contrariamente a quanto è stato comunemente affermato – fossero in realtà mosse non già in virtù del suo moderatismo bensì, al contrario, sulla base di una *ratio* ben più autenticamente democratica rispetto a quella propria del giurista lucano[58]. Ciò è ravvisabile – secondo De Francesco – anzitutto nella diversa concezione che i due intellettuali avevano della rappresentanza: mentre infatti Pagano, nel suo *Progetto*, non fa che esaltare la rappresentanza pura, Cuoco, sulla scia di Rousseau e della Costituzione montagnarda dell'anno I, contrappone a tale opzione la preminenza del potere municipale, giungendo a difendere il vincolo di mandato fra eletti ed elettori. Altrettanto dirimenti in tal senso appaiono inoltre le critiche di Cuoco ai requisiti previsti da Pagano per una piena cittadinanza, a cominciare dal requisito censitario, da Pagano ulteriormente aggravato dal requisito dell'istruzione per l'elettorato passivo. Secondo De Francesco, dunque, Pagano non aveva una visione compiutamente democratica bensì alquanto elitaria della società, poiché solo a una ristretta cerchia di cittadini egli riservava la piena titolarità dei diritti politici e, quindi, ogni potere decisionale. Secondo tale lettura, quindi, non solo Pagano aveva fatto propria la cultura termidoriana, ma ne aveva addirittura estremizzato le tendenze più conservatrici[59].

Ben diversa è al riguardo la valutazione di Vittorio Criscuolo[60] che, dopo aver chiarito che ciò che Cuoco criticava del *Progetto* era proprio ciò che della Costituzione francese Pagano aveva lasciato invariato, propone anch'egli un'interpretazione fortemente innovativa, giungendo a minimizzare la distanza ideologica – fino a quel momento data per assodata – fra Cuoco e Pagano:

Il problema costituzionale fu impostato da Cuoco nel *Saggio storico* negli stessi termini nei quali esso si era presentato alla mente di Pagano già nei *Saggi politici* e poi nei mesi drammatici della Repubblica: entrambi infatti si impegnarono nella ricerca di un equilibrio politico-istituzionale che, pur fondato inevitabilmente sulla rappresentanza, garantisse nella sostanza la sovranità popolare e soprattutto creasse le condizioni per il progressivo sviluppo di una coscienza nazionale nella massa del popolo[61].

Una riconciliazione, infine, dopo due secoli di contrapposizione?

[1] V. Cuoco, *Saggio storico sulla rivoluzione di Napoli*, edizione critica a cura di A. De Francesco, Manduria, Lacaita, 1998, p. 518.

[2] Le riflessioni di Cuoco sul progetto costituzionale napoletano sono contenute nei *Frammenti di lettere a Vincenzio Russo*, redatti con ogni probabilità nella primavera del 1799 e posti in appendice al *Saggio storico sulla rivoluzione di Napoli* fin dalla sua prima edizione, apparsa a Milano all'inizio del 1801. Il *Saggio* cuochiano è stato oggetto di numerose ristampe ed edizioni critiche sia nel corso del XIX secolo sia, soprattutto, in quello successivo su iniziativa di diversi studiosi del pensiero e dell'opera dell'intellettuale molisano, tra i quali Fausto Nicolini, Angelo Ottolini, Nino Cortese, Gastone Manacorda, Fulvio Tessitore, Anna Bravo e Pasquale Villani. Se nella maggior parte dei casi è stata la seconda edizione del *Saggio* – apparsa a Milano, all'apogeo dell'espansione napoleonica in Italia, nell'ottobre del 1806 – ad attrarre maggiormente l'attenzione degli storici, in quanto ritenuta più ponderata ed esaustiva rispetto alla precedente versione, l'importanza storica della prima edizione del *Saggio* è stata più di recente evidenziata da Antonino De Francesco che, nel curarne a sua volta una riedizione (da cui saranno tratte tutte le successive citazioni del *Saggio* cuochiano contenute nel presente lavoro), rimarca come proprio l'edizione del 1801 – che fu, peraltro, l'unica ad essere edita in una cornice di libertà di stampa – costituisca «il nucleo centrale della riflessione storico-politica di Cuoco». Si veda, al riguardo, anche A. De Francesco, *Vincenzo Cuoco. Una vita politica*, Roma-Bari, Laterza, 1997.

[3] Nell'ambito della vastissima bibliografia sulla Repubblica Napoletana del 1799, ricordiamo: P. Colletta, *Storia del Reame di Napoli*, a cura di N. Cortese, Napoli, Libreria Scientifica Editrice, 1957; C. Petraccone, *Napoli nel 1799: Rivoluzione e proprietà*, Napoli, Morano, 1989; M. Battaglini, *La Repubblica Napoletana: origini, nascita, struttura*, Roma, Bonacci, 1992; A.M. Rao, *La Repubblica Napoletana del 1799*, in *Storia del Mezzogiorno*, Roma, Editalia, 1994, vol. IV, t. II, pp. 471-539; Ead., P. Villani, *Napoli 1799-1815. Dalla Repubblica alla monarchia amministrativa*, Napoli, Edizioni del Sole, s.d. [1995]; Ead. (a cura di), *Napoli 1799 fra storia e storiografia.* Atti del Convegno internazionale (Napoli, 21-24 gennaio 1999), Napoli, Vivarium, 2002.

[4] Sul pensiero giuridico e politico di Mario Pagano, fra gli altri, A. Tedeschi, *Il pensiero filosofico e sociale di Mario Pagano e le sue concezioni giuridiche fondamentali*, Milano, Giuffrè, 1948; G. Solari, *Studi su Francesco Mario Pagano*, a cura di L. Firpo, Torino, Giappichelli, 1963; F. Venturi, *Illuministi italiani*, t. V, *Riformatori napoletani*, Milano-Napoli, Ricciardi, 1972, pp. 785-940; E. Palombi, *Mario Pagano alle origini della scienza penalistica del secolo XIX*, Napoli, Giannini, 1979; N. Campagna, *Potere, legalità, libertà. Il pensiero di F.M. Pagano*, Rionero in Vulture, Calice, 1992; M. Battaglini, *Mario Pagano e il progetto di Costituzione della Repubblica Napoletana del 1799*, Roma, Archivio G. Izzi, 1994; R. Ajello, *I Saggi politici di Mario Pagano e il suo tempo*, in «Il Pensiero Politico», XXVIII n. 1, 1995, pp. 58-71; F. Mazzanti Pepe, *F.M. Pagano dai Saggi Politici al progetto costituzionale del '99: modelli culturali e costituzionali*, in «Il Pensiero Politico», XXXIV, n. 2, 2001, pp. 226-237; G. Liberati, *Note sul progetto di costituzione di Pagano*, in A. Massafra (a cura di), *Patrioti e insorgenti in provincia: il 1799 in Terra di Bari e Basilicata*, Bari, Edipuglia, 2002, pp. 229-254; C. Amirante, *La Costituzione paganiana del 1799: l'eredità illuministica napoletana e il costituzionalismo italiano del secolo XVIII*, in «Critica del Diritto», nn. 1-3, 2004, pp. 272-301; C. De Pascale, *Filosofia e politica nel pensiero italiano fra Sette e Ottocento. Francesco Mario Pagano e Gian Domenico Romagnosi*, Napoli, Guida, 2007; D. Ippolito, *Mario Pagano. Il pensiero giuspolitico di un illuminista*, Torino, Giappichelli, 2008; A. Trampus, *Storia del costituzionalismo italiano nell'età dei Lumi*, Roma-Bari, Laterza, 2009, *passim*; F. Mastroberti, *Il progetto costituzio-*

nale di Francesco Mario Pagano tra storia e storiografia, in *Progetto di Costituzione della Repubblica Napoletana [1799]*, Macerata, Liberilibri, 2012, pp. IX-LII.

[5] Gli altri membri del Comitato legislativo furono Giuseppe Albanese, Giuseppe Logoteta e Domenico Forges Davanzati. Il 18 marzo entrò a farne parte anche Carlo Lauberg che ne sarebbe stato tuttavia allontanato il successivo 12 aprile. Sul problema dell'attribuzione, più o meno esclusiva, a Mario Pagano del testo del progetto costituzionale napoletano, cfr. il *Progetto di Costituzione della Repubblica Napoletana presentato al governo provvisorio dal comitato di legislazione* (a cura di F. Morelli e A. Trampus, Mariano del Friuli, Edizioni della Laguna, 2008, pp. 45-49) dal quale saranno tratte le successive citazioni testuali del progetto costituzionale napoletano e che rappresenta, ad oggi, la più esaustiva analisi comparativa fra il progetto costituzionale napoletano, le altre Costituzioni italiane del triennio repubblicano e la Costituzione francese del 1795. Ampiamente condivisa è ormai l'opinione che il giurista lucano sia da considerare quale il vero autore del *Progetto*.

[6] Cuoco, *Saggio storico* cit., pp. 515-516.

[7] *Rapporto del Comitato di legislazione al governo provvisorio*, in *Progetto di Costituzione della Repubblica Napoletana* cit., p. 122.

[8] Elaborata in meno di due mesi da una commissione ristretta – la cosiddetta *Commission des Onze* – nominata dalla Convenzione, essa fu presentata in aula per la sua approvazione da Boissy d'Anglas il 23 giugno 1795 e infine approvata dalla Convenzione il 22 agosto. Nel complesso, molteplici erano le differenze fra questa Costituzione e quella del 1793: l'introduzione del bicameralismo; il ripristino del criterio censitario per l'elezione dei due rami del potere legislativo – il Consiglio dei Cinquecento e il Consiglio degli Anziani; una nuova dichiarazione dei diritti accanto ai quali, per la prima, appariva un elenco di doveri; l'attribuzione del potere esecutivo a un organo collegiale di 5 membri scelti dai Consigli. I costituenti, insomma, furono mossi dall'esigenza fondamentale di archiviare il radicalismo giacobino e di recuperare la cultura politica del periodo 1789-1791 declinandola in chiave repubblicana. Sui lavori della *Commission des Onze*, fra gli altri, S. Luzzatto, *Termidoro e costituzione: la Commissione degli Undici*, in «Storia Amministrazione Costituzione», Annale ISAP, n. 2, 1994, pp. 55-76 e P. Colombo, *La question du pouvoir exécutif dans l'évolution institutionnelle et le débat politique révolutionnaire*, in «Annales historiques de la Révolution française», 2000, pp. 1-26. In generale, sul clima politico-culturale in cui venne alla luce la Costituzione dell'anno III, S. Luzzatto, *L'autunno della rivoluzione. Lotta e cultura politica nella Francia del Termidoro*, Torino, Einaudi, 1994.

[9] *Rapporto del Comitato di legislazione al governo provvisorio*, cit., p. 124.

[10] Il *Progetto* stabiliva un sistema elettorale di secondo grado, in base al quale le assemblee primarie, convocate per cantoni, eleggevano le assemblee elettorali in ragione di un elettore ogni duecento cittadini aventi diritto di voto (art. 29).

[11] Sull'importanza di tali aspetti nel *Progetto* di Pagano, D. Ippolito, *I diritti politici nella Costituzione della Repubblica Napoletana (1799)*, in «Historia constitucional», n. 12, 2011, pp. 99-109, <http://www.historiaconstitucional.com>.

[12] Così recitava infatti il discusso articolo 4 della Dichiarazione francese: «Nessuno è buon cittadino, se non è buon figliuolo, buon padre, buon fratello, buon amico, buon marito».

[13] *Rapporto del Comitato di legislazione al governo provvisorio*, cit., p. 122.

[14] *Ibidem*.

[15] Sull'argomento, A.M. Rao, *L'ordinamento e l'attività giudiziaria della Repubblica Napoletana del 1799*, in «Archivio Storico per le Province Napoletane», XII, 1973, pp. 73-145, ora, con nota di aggiornamento, in *Progetto di Costituzione della Repubblica Napoletana* cit., pp. 13-39.

[16] *Rapporto del Comitato di legislazione al governo provvisorio*, cit., p. 126.

[17] Argomento, quest'ultimo, frequentemente dibattuto in Italia durante il Triennio. A tal riguardo, M. Buonocore Caccialupi, *Istruzione, educazione e cultura nelle costituzioni giacobine italiane e nelle successive carte preunitarie*, in «Rivista italiana di studi napoleonici», XXI, n. 1-2, 1984, pp. 107-159.

[18] F.M. Pagano, *Saggi politici de' principii, progressi e decadenza delle società. Edizione seconda, corretta e accresciuta (1791-1792)*, a cura di L. Firpo e L. Salvetti Firpo, Napoli, Vivarium, 1993, p. 192.

[19] *Rapporto del Comitato di legislazione al governo provvisorio*, cit., p. 127.

[20] Sull'argomento, G. D'Eufemia, *La Censura e l'Eforato nel progetto di Costituzione di Mario Pagano*, in «Annali della Facoltà di Giurisprudenza», voll. VII-VIII, 1947, pp. 141-151.

[21] *Rapporto del Comitato di legislazione al governo provvisorio*, cit., 128.

[22] Ivi, p. 129.

[23] Cuoco, *Saggio storico* cit., p. 564.

[24] Nell'antica Sparta, gli Efori erano dei magistrati eletti dal popolo, per il periodo di un anno, con l'incarico di sorvegliare la condotta del re, della Gerusia, degli altri poteri dello Stato nonché la stessa attività dei singoli, al fine di garantire l'osservanza delle leggi ed impedirne la violazione.

[25] Sull'argomento, tra gli altri, A. Desjardins, *Sieyès et le jury en matière civile*, Aix, Imprimeur de la Cour Impériale, 1869; P. Bastid, *Sieyès et sa pensée*, Paris, Hachette, 1939; L. Scuccimarra, *La sciabola*

di Sieyès. Le giornate di brumaio e la genesi del regime bonapartista, Bologna, Il Mulino, 2002; M. Fioravanti, *Sindacato di costituzionalità delle leggi e Rivoluzione francese. Sieyès e il jury constitutionnaire*, in «Le Carte e la Storia», XI, n. 1, 2005, pp. 175-188.

[26] Benché apprezzato da molti, il progetto di Sieyès venne respinto, soprattutto a causa della ferma opposizione di Thibaudeau, uno dei membri più influenti della *Commission des Onze*. Una magistratura simile a quella proposta da Sieyès nel 1795 fu invece istituita, con il nome di Senato conservatore, nel 1799 e conservata sia sotto il Consolato a vita sia sotto l'Impero. Su tale aspetto, L. Compagna, *Gli opposti sentieri del costituzionalismo*, Bologna, Il Mulino, 1998, p. 133.

[27] Così a lungo chiamate prima che in ambito storiografico si imponesse l'uso del termine 'repubblicano' in luogo di 'giacobino' per connotare le diverse esperienze politiche del triennio 1796-1799. Sulla questione, si vedano le riflessioni, largamente condivise, di L. Guerci, *Istruire nelle verità repubblicane. La letteratura politica per il popolo nell'Italia in rivoluzione (1796-1799)*, Bologna, Il Mulino, 1999, pp. 13-14.

[28] A questo proposito, M.A. Visceglia, *Genesi e fortuna di una interpretazione storiografica: la rivoluzione napoletana del 1799 come "rivoluzione passiva"*, in «Annali della Facoltà di Magistero dell'Università degli Studi di Lecce», I, 1972, pp. 163-207.

[29] Cuoco, *Saggio storico* cit., p. 539.

[30] Interessanti, tuttavia, le riflessioni al riguardo di Michel Troper, secondo il quale la Costituzione del 1795 non avrebbe in realtà introdotto un vero e proprio bicameralismo, dal momento che i due Consigli altro non erano che due sezioni di un unico corpo legislativo. Cfr. M. Troper, *Terminer la Révolution. La Constitution de 1795*, Paris, Fayard, 2006, pp. 58-59 e 66-67.

[31] Ivi, pp. 524-525.

[32] L. Palma, *Le costituzioni dei popoli liberi*, in *Scelta collezione delle più importanti opere moderne italiane e straniere di Scienze politiche e amministrative diretta da Attilio Brunialti deputato al Parlamento*, seconda serie, *Opere di diritto amministrativo e costituzionale*, Torino, UTET, 1894, p. 541. Sull'opera di Palma, L. Borsi, *Nazione, democrazia, Stato: Zanichelli e Arangio-Ruiz*, Milano, Giuffrè, 2009; e K. Lavagna, *La trasformazione istituzionale nell'Italia liberale. Il contributo di Luigi Palma*, Roma, Aracne, 2010.

[33] Palma, *Le costituzioni* cit., p. 543.

[34] L'accostamento fra l'intellettuale molisano e Burke e De Maistre è in N. Cortese, *Stato e ideali politici nell'Italia meridionale del Settecento e l'esperienza di una rivoluzione*, Bari, Laterza, 1927, p. 90; mentre Fulvio Tessitore sottolineò fra i primi il ruolo e l'importanza del costituzionalismo nella riflessione cuochiana, inquadrando in tal modo la sua opera nell'alveo della cultura liberal-democratica. Cfr. F. Tessitore, *Lo storicismo giuridico-politico di Vincenzo Cuoco*, Torino, Edizioni di Filosofia, 1962; e Id., *Lo storicismo di Vincenzo Cuoco, con appendice di frammenti inediti*, Napoli, Morano, 1965.

[35] Cfr., al riguardo, le considerazioni di F. Diaz, *L'incomprensione italiana della rivoluzione francese*, Torino, Bollati Boringhieri, 1989, pp. 15-43; nonché quelle di Pasquale Villani, il quale, nell'edizione del *Saggio storico* da lui curata nel 1976, individuava nell'opera cuochiana l'autentico momento fondante del moderatismo italiano dell'Ottocento.

[36] B. Croce, *Storia del Regno di Napoli*, Bari, Laterza, 1912, p. 217.

[37] Si vedano, fra gli altri: N. Rodolico, *Il popolo agli inizi del Risorgimento nell'Italia meridionale*, Firenze, Le Monnier, 1925; C. Lombroso, *I moti popolari contro i francesi alla fine del secolo XVIII, 1796-1800*, Firenze, Le Monnier, 1932.

[38] L. Negri, *Genesi storica e giuridica della Costituzione napoletana del 1799*, Lucca, Tipografia Editrice Baroni, 1916.

[39] Ivi, p. 78.

[40] Ivi, p. 87.

[41] Ivi, p. 85.

[42] «Ma quando Mario restringe le sessioni dell'Eforato a quindici giorni dell'anno, non si avvede egli che in tal modo gli Efori non potranno occuparsi se non delle usurpazioni violente e romorose, che sono sempre poche, e dalle quali vi è sempre poco da temere? Io temo le piccole usurpazioni giornaliere, fatte per lo più sotto apparenza di bene, che o non si avvertono, o non si curano, e talora anche si applaudiscono, finché l'abuso diventi costume, e si conosca il male solo quando divenuto gigante insulta i tardi ed inutili rimedj. Non mai un usurpatore che abbia del senno vorrà incominciare delle grandi usurpazioni. Non si avvede Mario che facendo rimaner gli Efori in carica un anno solo, mentre tutti gli altri magistrati durano più di un anno, essi dovrebbero essere o al sommo virtuosi o al sommo stupidi per misurarsi con coloro, i quali un momento dopo potrebbero ben vendicarsi di un uomo che la legge condanna a rimaner nella posizione di privato?», Cuoco, *Saggio storico* cit., p. 565.

[43] Uno degli esempi più noti in tal senso è il volume del toscano Atto Vannucci, *I martiri della libertà italiana nel secolo decimonono* (1848), ripubblicato a Firenze dall'editore Le Monnier, all'indomani dei plebisciti del 1860, nel quale è tangibile l'esaltazione romantica del contributo di sangue dei patrioti meridionali del '99 alla causa libertaria e unitaria italiana.

[44] Nato a Montalbano Jonico, in provincia di Matera, nel 1772, si laureò a Napoli prima in medicina e poi in legge. Dopo aver aderito alla Repubblica Napoletana, sfuggì alla reazione emigrando in Francia. Da qui si recò a Milano,

ove conobbe Foscolo e Manzoni. Morì suicida a Pavia, nel 1810, gettandosi nel Ticino. Su di lui, tra gli altri, N. Campagna, *Un ideologo italiano: Francesco Lomonaco*, Milano, Marzorati, 1986; A.M. Rao, *Esuli. L'emigrazione politica italiana in Francia (1792-1802)*, Napoli, Guida, 1992, pp. 425-441; F. Lomonaco, *Rapporto al cittadino Carnot, con la traduzione dell'opera dell'abate di Mably De' diritti e doveri del cittadino*, a cura di A. De Francesco, Manduria-Bari-Roma, Lacaita, 1999; Id., *Un caso di estremismo politico nella Napoli del 1799: Francesco Lomonaco traduce Mably*, in Rao, *Napoli 1799 fra storia e storiografia* cit., pp. 375-391.

45 *Rapporto al cittadino Carnot sulla catastrofe napoletana del 1799 per Francesco Lomonaco con cenni sulla vita dell'autore, note e aggiunte di Mariano D'Ayala*, Napoli, Tipografia di Mariano Lombardi, 1861, pp. 55-56.

46 Del giurista lucano, peraltro, Lanzellotti aveva poco tempo prima curato la riedizione dei *Principj del codice penale e logica de' probabili per servire di teoria alle pruove nei giudizj criminali*, non esitando a definirla un'«opera del genio e della saviezza». Per un profilo biografico di Lanzellotti, si rinvia a V. Ferrari, *Angelo Lanzellotti*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (sec. XII-XX)*, a cura di I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Miletti, Bologna, Il Mulino, 2013, pp. 1149-1150.

47 L. Martone, *La scienza del diritto amministrativo nel Regno delle Due Sicilie (1815-1848)*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», n. 3, 1980, pp. 1052-1078; G. Rebuffa, *La formazione del diritto amministrativo in Italia: profili di amministrativisti preorlandiani*, Bologna, Il Mulino, 1981, pp. 33-71; O. Abbamonte, *Potere pubblico e privata autonomia. Giovanni Manna e la scienza amministrativa nel Mezzogiorno*, Napoli, Jovene, 1991; M. Di Napoli, *Giovanni Manna*, in *Dizionaro biografico degli italiani*, 2007, vol. 69, pp. 63-66; N. Vescio, *Giovanni Manna e la storia del Foro napoletano*, in *Serta Iuridica. Scritti dedicati dalla Facoltà di Giurisprudenza a Francesco Grelle*, a cura di F. Lamberti, N. De Liso, E. Sticchi Damiani, G. Vallone, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, vol. II, pp. 853-900; E. Corvaglia, *Le due Italie. Giovanni Manna e l'unificazione liberale*, Napoli, Guida, 2012.

48 G. Manna, *Il diritto costituzionale d'Europa ossia raccolta delle principali costituzioni politiche d'Europa dal 1791 fino ai giorni nostri comparate ed illustrate*, Napoli, Porcelli, 1848.

49 Ivi, pp. 212-213.

50 G. Solari, *Vico e Pagano. Per la storia della tradizione vichiana in Napoli nel secolo XVIII*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», V, 1925, pp. 320-347.

51 C. Ghisalberti, *Le Costituzioni "giacobine" (1796-1799)*, Milano, Giuffrè, 1957.

52 «Era, né più né meno, lo spirito dei *Saggi politici* che penetrava nella Costituzione napoletana e che dava ad essa quel colore e significato tutto particolare, che i critici del Pagano, a cominciare dal Cuoco, non seppero spiegare se non come arbitrarie aggiunte del Pagano», Solari, *Studi su Francesco Mario Pagano*, cit. , pp. 128-129.

53 Oltre alla bibliografia già citata alla nota 3, vogliamo anche ricordare la pregevole sintesi di A.M. Rao, *La Repubblica Napoletana del 1799*, Roma, Newton&Compton, 1997.

54 C. Amirante, *La costituzione paganiana del 1799: l'eredità illuministica napoletana e il costituzionalismo italiano del secolo diciottesimo*, in «Critica del Diritto», n. 1-2-3, 2004, pp. 272-301.

55 Al riguardo, F. Gauthier, *Triomphe et mort du droit naturel en Révolution. 1789-1795-1802*, Paris, Puf, 1992.

56 Ferrone, *La società giusta ed equa. Repubblicanesimo e diritti dell'uomo in Gaetano Filangieri*, Roma-Bari, Laterza, 2003, p. 231.

57 Tra questi si segnalano, in particolare, A. De Francesco, *1799. Una storia d'Italia*, Milano, Guerini e Associati, 2004; e V. Criscuolo, *'Vecchia' storiografia e nuovi revisionismi nella ricerca storica sull'Italia in rivoluzione*, in Id., *Albori di democrazia nell'Italia in rivoluzione (1792-1802)*, Milano, Franco Angeli, 2006, pp. 25-178.

58 A. De Francesco, *Il* Saggio storico *e la cultura politica italiana fra Otto e Novecento*, in Cuoco, *Saggio storico* cit., pp. 120-135.

59 «Così, non è implausibile concludere sottolineando quanto le fortune democratiche del Pagano stiano nell'autoritarismo della società politica che il suo testo provvedeva a disegnare, ossia in un accostamento largamente improprio del suo modello costituzionale alla logica verticistica in cui finì per esaurirsi anche larga parte del discorso politico giacobino», ivi, pp. 129-130.

60 Criscuolo, *'Vecchia' storiografia* cit., pp. 156-173.

61 Ivi, pp. 166-167.

Jacques Rambaud e *Naples sous Joseph Bonaparte*: due storie interrotte

FRANCESCO MASTROBERTI

> Lo storico di Giuseppe è morto giovane, è morto per la patria, ed è bene che sia ricordato a Napoli il suo nome troppo presto dimenticato a Parigi.
> [Alberto Lumbroso]

1. *Un giovane storico caduto nella "Grande Guerra"*

Nel primo centenario dall'inizio della prima guerra mondiale è giusto ricordare Jacques Rambaud, giovane storico morto in battaglia il 2 ottobre 1914, autore di un'opera fondamentale sul regno di Giuseppe Bonaparte nel Mezzogiorno d'Italia: *Naples sous Joseph Bonaparte* (Paris 1911). Poco conosciuto e poco ricordato sia in Francia che in Italia, è considerato dagli "specialisti" del Decennio tra i maggiori storici di quel periodo: l'analisi obiettiva degli avvenimenti, l'ampiezza della bibliografia e della documentazione, l'individuazione delle problematiche storiograficamente rilevanti e la chiarezza espositiva, facevano e fanno ancora oggi della sua opera un 'classico', utilizzabile sia da storici di professione, sia da semplici appassionati del Decennio. Quanti hanno letto i suoi scritti non possono che condividere il rimpianto per la perdita prematura di uno storico che avrebbe potuto dare ancora molto alla comunità scientifica. Un rimpianto che lo storico Alberto Lumbroso[1] esprimeva bene nel saggio *A proposito di un re di Napoli (Giuseppe Bonaparte)*:

> *Giuseppe Bonaparte Re di Napoli* è stato scelto come tema di Laurea da un professore francese morto in guerra, Jacques Rambaud, e n'è uscito un volume edito dal Plon di Parigi, prima della guerra, al quale i critici napoleonisti anche più severi (p.e l'Alulard, prof. Al Collegio di Francia e direttore della *Revue critique*; e in Germania il prof. Meinecke e l'archivista Lulvès) sono stati larghi dei più incondizionati elogi. Lo storico di Giuseppe è morto giovane, è morto per la patria, ed è bene che sia ricordato a Napoli il suo nome troppo presto dimenticato a Parigi, poiché non lo veggo figurare nell'*Anthologie des écrivans morts pour la Patrie* (Parigi, 1925-26, 5 volumi)[2].

Lo spunto polemico non era fuori luogo: Rambaud, pur avendo scritto molto e bene – tanto da meritare premi ed elogi ad altissimo livello – non compariva nell'elenco degli scrittori francesi morti per la Patria. A chi, come Lumbroso, aveva avuto modo di frequentare il giovane e di conoscere i suoi sentimenti patriottici dovette sembrare una sorta di onta che l'Italia, sua patria adottiva almeno da un punto di vista scientifico, era tenuta a lavare celebrandolo degnamente.

È difficile dire perché la storiografia francese non abbia accolto Rambaud tra i suoi figli: forse per via dell'oggetto dei suoi studi troppo rivolti al lontano Regno di Napoli, forse per mera dimenticanza, forse e perché – a metà degli anni Venti del secolo scorso – la storiografia francese cominciava a prendere strade diverse da quelle seguite da Rambaud. È opportuno comunque che a cento anni dalla tragica scomparsa lo si ricordi, tenendo ben presente l'importanza della sua opera per tutti gli studi che negli ultimi decenni si sono occupati del regno di Giuseppe Bonaparte. Anche perché, a parte il ricordo di qualche amico, non si riscontrano interventi sul piano storiografico, né in Francia né in Italia.

2. *Dalla Lorena a Napoli*

Su Rambaud molte notizie biografiche si ricavano da Augustin Fliche, *Conférence faite à l'Association Catholique des étudiants de Bordeaux le 9 mai 1919* (Bordeaux 1919): un'accorata commemorazione pronunciata e pubblicata da un suo caro amico e pertanto ricca di particolari sulla sua vita privata. Jacques Rambaud nacque a Nancy il 9 dicembre 1878[3], sette anni dopo la fine della guerra Franco-Prussiana che si concluse con il passaggio dell'Alsazia e della Lorena alla Germania. Il padre Alfred Nicolas (1842-1905[4]), nativo di Besançon, fu storico, professore universitario e politico di grande prestigio. Alfred esordì come storico bizantinista agli inizi degli anni Settanta per poi passare allo studio della dominazione francese in Germania durante la Rivoluzione e il periodo napoleonico (la sconfitta militare, oltre a rafforzare il patriottismo degli alsaziani e dei lorenesi, determinò un forte incremento di interesse e di studi sulla storia della Germania[5]), alla storia della Russia ed infine ad opere a carattere generale sulla storia della Francia e dell'Europa[6]. Come politico fu capo di gabinetto di Ferry nel 1879 portando avanti la politica scolastica e coloniale del governo. Fu senatore e, dal 29 aprile 1896 al 20 giugno 1898, fu ministro dell'istruzione pubblica. Come professore, dopo un incarico all'università di Caen, nel 1875 si trasferì all'università di Nancy dove ricoprì l'incarico di supplente e poi di professore ordinario presso la facoltà di lettere. A Nancy conobbe la moglie, appartenente ad una famiglia di antico ceppo lorenese, e nacque Jacques nella casa dei nonni materni. Fliche afferma che la signora Rambaud trasmise al figlio un forte patriottismo e una solida fede cattolica, mentre il padre – uomo geniale e pieno di interessi – costituì per lui un modello da seguire nella vita ed anche negli studi. Fliche si sofferma sull'educazione cristiana che *madame* Rambaud impartì al figlio: il cristianesimo non era inteso come una sterile devozione ma come una tensione verso un ideale superiore, un saldo punto di riferimento per superare ogni difficoltà della vita con forza

e serenità. Se la madre rafforzò il carattere del giovane Jacques, dal padre egli ebbe la migliore formazione di storico. Alfred, come afferma Fliche, fu uno straordinario iniziatore agli studi storici:

> Je ne saurais analyser ici l'œuvre immense d'Alfred Rambaud. Qu'il me suffise de noter qu'il a eu un extraordinaire temperament d'initiateur, qu'il a été un grand remueur d'idées et qu'il a ouvert aux travailleurs une foule d'horizons nouveaux. Historien, professeur, publicist, home politique, romancier, dramaturge, il a effleuré tous les domains sans jamais être superficiel[7].

È chiaro che questa straordinaria personalità, piena di curiosità e fantasia, ebbe una grande influenza su Jacques che fin da piccolo poteva considerarsi un predestinato alla carriera accademica. Nel 1879 la famiglia Rambaud lasciava Nancy per seguire a Parigi Alfred, chiamato da Jules Ferry alla direzione del gabinetto d'istruzione pubblica. Nonostante la caduta del Governo, Alfred non abbandonò la capitale poiché nel 1881 ottenne l'incarico di Storia contemporanea alla Sorbonne (nel 1884 divenne professore ordinario di Storia Moderna e Contemporanea presso l'università parigina). In quegli anni Jacques ritornò a Nancy solo d'estate, per le vacanze. Frequentò il liceo Henri IV con ottimi risultati e si iscrisse alla facoltà di lettere dell'università della Sorbonne. Si laureò in modo brillante con una tesi su *Giuseppe Bonaparte re di Napoli* e subito «fut reçu à l'agregation d'histoire» probabilmente grazie all'appoggio di Alphonse Aulard. Quindi decise di dedicarsi a tempo pieno agli studi e chiese ed ottenne una borsa di studio per soggiornare in Italia negli anni 1903 e 1904 al fine di raccogliere materiale per la sua tesi di dottorato: «L'époque napoléonienne le tentait – dice Fliche – et il avait résolu d'éclairer l'histoire du gouvernement de Joseph Bonaparte à Naples de 1806 à 1808»[8]. Grazie alle lettere di presentazione e alle conoscenze paterne, in Italia poté intavolare stretti rapporti con gli esponenti più in vista della politica e della cultura italiana. Passò il 1903 a Roma, dove frequentò il Cardinal Mathieu[9] e il direttore della *École française de Rome*, Monsignor Duchesne[10]. L'alta società romana aprì i suoi salotti al giovane francese: la contessa Lovatelli[11] lo ricevette a Palazzo dove gli presentò molti studiosi, tra i quali il barone Giacomo Lumbroso, fervente studioso dell'epoca napoleonica, che lo indirizzò nelle ricerche d'archivio. Nel 1905 si portò a Napoli dove entrò in contatto con i maggiori storici napoletani, come Benedetto Croce, Giustino Fortunato e Giuseppe De Blasiis. L'elenco della bibliografia e delle fonti che si può leggere in *Naples sous Joseph Bonaparte* ci dice che Rambaud, in un anno, scandagliò a fondo tutti gli archivi pubblici e privati napoletani acquisendo una copiosissima documentazione e, attraverso essi, una padronanza assoluta del periodo giuseppino.

In quegli anni ebbe modo di visitare in lungo e in largo l'Italia e restare stupito dalla ricchezza e bellezza del patrimonio archeologico della Penisola. Ai suoi amici avrebbe confidato di preferire, sotto questo aspetto, la Sicilia e l'Italia meridionale alla Grecia, che ebbe modo di visitare agli inizi del 1904 accompagnato dall'abate Constant e da Jacques Zeiller. Carico di documenti e di idee per la sua tesi di dottorato, alla fine del 1904 Jacques dovette far ritorno in Francia per accorrere al capezzale del padre, le cui condizioni di salute si aggravavano di giorno in giorno. Alla morte del genitore (9 novembre 1905) seguì l'anno

dopo quella della sorella più giovane, l'amata "Zatte"[12]. Questi due grandi dolori lo segnarono anche nel fisico ma egli reagì tuffandosi a capofitto negli studi finalizzati al completamento e alla pubblicazione della tesi di dottorato. Nel frattempo pubblicò alcuni saggi che anticipavano la monografia del 1911: *Il processo del marchese Rodio* (1806) in «Archivio Storico per le Province Napoletane» (Anno XXXIII – 1908. Fasc. I); *Le général Reynier à Naples* in «Revue Historique» (T. XCIX - 1908); *L'Eglise de Naples sous la nomination napoléonienne*, in «Revue d'Histoire ecclésiastique» (V. IX – 1908 – n. 2) e *La fin de Saliceti*, in «Revue des études Napoléonienieens» (1910).

3. Naples sous Joseph Bonaparte

Il 'segreto' della grandezza dell'opera di Rambaud e del suo resistere al tempo risiede in una metodologia di ricerca a carattere scientifico che non trascurava alcuna pista per una ricostruzione a tutto tondo del biennio giuseppino. I nomi delle persone ringraziate che affollano la prefazione dell'opera danno la dimensione dei contatti che il giovane ebbe e dei quali si giovò per la ricerca tra il 1903 e il 1910. Lungi dall'accontentarsi delle fonti disponibili, Rambaud contattò molte (probabilmente tutte le principali) famiglie di collaboratori e avversari di Giuseppe Bonaparte, in modo da acquisire documentazione laddove possibile e, quando impossibile (per diniego degli eredi o per inesistenza di *papiers*), racconti di famiglia. Contattò gli eredi di Cavaignac, Damas, Renyer, Gregoire, Guiburg, Nunziante, Patouneaux, Roederer che gli fornirono preziosi documenti e utili notizie: in particolare poté leggere le memorie del conte Roger Damas che pubblicò tra il 1912 e il 1914. Probabilmente egli acquisì questo metodo da Alphonse Aulard[13], titolare alla Sorbonne della prima cattedra di Storia della Rivoluzione francese, storico vicino alla storiografia positivista, cui Rambaud volle indirizzare gli ultimi e più sentiti ringraziamenti per aver letto ed approvato la sua opera: «M. Aulard a bien voulu accepter la lourde tâche de lire le manuscrit de cette thése. Nous lui offrons ici l'hommage de notre gratitude, ainsi qu'à nos autres maîtres qui, depuis le temps de notre apprentissage en Sorbonne, nous ont continué leur bienveillant intérêt»[14].

Nell'*incipit* della prefazione alla sua opera Rambaud, in poche battute, esponeva il significato del lavoro: «Le règne de Joseph à Naples est peu connu et peu apprécié. Regardé comme une époque de troubles, où tout travail d'organisation semble avoir été vain, il est aisément sacrifié: Murat, pour nombre de Français et d'Italiens, est l'unique répresentant du glorieux *Decennio* napolitain»[15].

In effetti, prima dell'opera di Rambaud sia la storiografia francese che quella italiana consideravano poco il regno di Giuseppe e maggiore attenzione dedicavano al più suggestivo periodo murattiano[16]. Le ragioni erano diverse: i francesi si interessavano ai difficili rapporti tra i due cognati e alle ripercussioni sullo scacchiere napoleonico e della politica internazionale; gli italiani agli albori del Risorgimento che intravedevano nell'ultimo scorcio del regno di Gioacchino. Poco spazio trovava la figura – un po' scialba, e anche questo aveva un suo peso – di Giuseppe Bonaparte, fedele esecutore delle volontà dell'augusto fratello. Rambaud, invece, volle indagare a fondo

su questo sovrano e, indagando, si accorse del Regno e dell'importanza cruciale che il biennio 1806-1808 ebbe ad avere per i napoletani. Infatti l'intensa attività di ricerca effettuata in Francia e in Italia portò Rambaud a cambiare protagonista alla sua monografia: dalla tesi su *Joseph Bonaparte roi de Naples* passò a *Naples sous Joseph Bonaparte*. La figura del re Giuseppe, pur approfondita da tutti i punti di vista e rivalutata sotto il profilo storiografico, era divenuto lo sfondo sul quale disegnare il quadro di un regno nella turbolenta, incerta e interessante fase di transizione dall'antico al nuovo regime.

L'opera può essere idealmente divisa in tre parti: la prima dedicata alla conquista del Regno, con tutte le sue implicazioni sul piano internazionale e del controllo dell'ordine pubblico interno (dal capitolo I al capitolo V); la seconda dedicata ai rapporti tra Giuseppe e Napoleone, agli uomini del governo napoletano e ai rapporti tra loro e il Sovrano (capitolo VI); la terza relativa alle grandi riforme esaminate in comparazione con la situazione del Regno e in relazione all'opinione pubblica (dal capitolo VII alla fine).

4. *La conquista*

La parte iniziale è dedicata alla conquista del Regno e segue i principali avvenimenti che portarono all'acquisizione all'impero francese del Mezzogiorno d'Italia: così il capitolo I, *La conquête*, il secondo, *L'effort anglo-sicilien*, e il terzo, dedicato interamente alla battaglia di *Maida*. I capitoli IV e V, rispettivamente intitolati *L'insurrection* e *La répression*, denotano un carattere diverso e, sotto l'aspetto storiografico, di rilevante interesse. Nel capitolo IV Rambaud si imbatteva nel fenomeno brigantesco restandone colpito per la sua peculiarità. Nella bibliografia, a parte le storie generali e le memorie che affrontano la questione, troviamo tre contributi specifici: quelli di Monnier[17], di Ciccotti[18] e di Dubarry[19]. Marco Monnier aveva speso poche parole sulle cause del fenomeno riportandolo, in buona sostanza, al carattere e ai costumi della popolazione napoletana: in un paese dove vi era la feroce società della *Camorra* «il brigantaggio non può recare sorpresa»[20]; in più vi era l'asprezza del territorio che con le sue montagne creava sicuri rifugi e altrettanto sicuri luoghi di imboscata per bande di malviventi. Ovviamente «in tempi di crisi politiche il brigantaggio aumentava a dismisura, accogliendo la feccia delle popolazioni, delle prigioni dischiuse, i vagabondi e i malfattori in gran quantità»[21]. In Monnier (e negli altri due autori considerati da Rambaud) è evidente l'impostazione positivistica, frutto anche di un certo immaginario collettivo dei francesi sui *Napoletani* costruito su romanzi e note di viaggio pubblicate da brillanti penne di ritorno dal *Grand Tour*.

Rambaud non sfuggiva completamente a questa impostazione, sottolineando a chiare lettere la peculiarità del Regno di Napoli e della sua popolazione ma, di fronte all'analisi del fenomeno, invitava a ragionare attentamente senza semplificazioni. Napoleone il 2 marzo 1806 scriveva a Giuseppe che avrebbe dovuto attendersi entro quindici giorni lo scoppio di un'insurrezione. Rambaud, prendeva spunto da questa lettera per rilevare:

> Mais le royaume de Naples formait un milieu trop spécial pour qu'on pût en joger *a priori*. La domination militaire n'avait pu encore peser

> bien lourdement et, pendant les premiers mois, l'opinion apparaît indifférente, sinon favorable. Les causes qui on pu, après des début rassurants, provoquer l'insurrection, l'une des plus terribles qu'on ait vues, ne sont pas aisées à dégager, moins encore à évaluer, et il est bien evident qu'elles furent multiples et variables suivant les endroits, les moments, les individus. La lenteur de leurs effets, l'accueil fait d'abord aux Français. Doivent inspirer des doutes sur la réalité ou la spontanéité de certaines causes souvent invoquées[22].

Egli non aderisce alle tesi dominanti ed invita a riflettere pacatamente. Tuttavia bisogna rilevare che il giovane francese non tiene conto (almeno nell'ampia bibliografia non ve n'è traccia) dell'acceso dibattito sviluppatosi in Italia alla fine del secolo XIX che, nel quadro della cosiddetta *Questione napoletana/Questione meridionale*, si occupò di Camorra e di Brigantaggio indagandone a fondo le cause. In particolare a Milano nel 1863 erano state pubblicate le relazioni dei deputati Giuseppe Massari e Stefano Castagnola sul Brigantaggio[23] che avevano aperto serrate discussioni nelle quali si inserirono, tra i vari contributi, le *Lettere meridionali* di Pasquale Villari, pubblicate nel 1875[24] e gli interventi di Nitti e di Salvemini. Emergeva che il fenomeno brigantesco, lungi dall'essere collegato (solo) a motivazioni di ordine politico, era l'espressione di un costante e risalente disagio sociale di vasti strati della popolazione provinciale: era la "fame di terra", o la fame *tout court*, che spingeva i contadini alla ribellione.

Rambaud non considerava queste posizioni. Alla luce dei contatti avuti a Napoli e della varietà dei suoi interessi è assai difficile che non ne fosse a conoscenza: è probabile che non accordasse a quella bibliografia un rilievo storico, ma la considerasse frutto di un dibattito prevalentemente politico[25]. Il giovane storico partiva dalla considerazione che il brigantaggio del 1806 era necessariamente collegato a quello del 1799[26]: proprio alla crisi di quell'anno bisognava guardare per comprendere l'esplosione del fenomeno durante il regno di Giuseppe[27]. Ebbene Rambaud notava che nel '99 le armate della Santa Fede non si armarono contro i francesi ma contro i napoletani. Egli vedeva due «mouvements distincts»: da un lato i giacobini il cui nome evocava presso il popolo «l'impieté, le sacrilège, les pires excès»[28], e dall'altro la massa, attaccata alle tradizioni e alla religione, eccitata alla rivolta dalla Corona e dai nobili. Dunque il brigantaggio non sarebbe stato un movimento patriottico di resistenza all'occupazione da parte dello straniero ma una sorta di guerra civile scoppiata nel '99 e continuata nei decenni a venire tra due fazioni. Del resto, rilevava Rambaud,

> En 1806, il est de même évident que le sentiment National ne doit être allégué qu'avec beaucoup de prudence, en se gardant de l'illusion patriotique de tants d'historiens postérieurs. L'idée de la patrie napolitaine était étrangère au peuple, sortout dans les provinces arrierées qui commencèrent l'agitation[29].

Tale tesi in qualche punto intercettava l'analisi di Vincenzo Cuoco (Rambaud aveva consultato la traduzione di B. Barère del *Saggio sulla rivoluzione napoletana del 1799* pubblicata a Parigi nel 1807), laddove il molisano considerava due popoli contrapposti durante i fatti del 1799: la plebaglia e gli intellettuali. Tuttavia Rambaud – forse lasciandosi influenzare dalla sua formazione cattolica e anche dalla comprensibile suggestione di riscontrare nel Mezzogiorno una sorta di Vandea – vedeva la difesa della religione come fattore determinante del brigantaggio e della guerra

civile: «Le motif religieux, prépondérant dans le mouvement sanfédiste, fut encore très puissant»[30]. Egli tracciava dunque un anello di congiunzione tra il 1799 e il 1806, individuando nel 1799 il momento genetico di una crisi destinata a durare per tutto il Decennio, le cui cause, a suo giudizio, dovevano essere ancora approfondite. Ma il suo merito più importante fu quello di aver intuito l'importanza «capitale» della *insurrection* tanto che, dopo avervi dedicato 57 pagine, si rammaricava di non aver potuto offrire una esposizione dettagliata a causa della molteplicità delle fonti e della loro contraddittorietà.

Interessante e innovativa nella sua riflessione è la parte dedicata a *La répression*, ossia alla guerra condotta dal governo per ristabilire l'ordine. Una guerra, egli dice, poco conosciuta dallo stesso Imperatore, eppure combattuta con tutti i mezzi, eppure assolutamente fondamentale per i destini del Regno. Rambaud sceglieva di narrarla prima (cap. V, par. 1, 2 e 3) come una storia militare, individuando i momenti critici legati a luoghi dove si svolsero fatti rilevanti (Gaeta, Amantea, Crotone, Mileto, Reggio e Scilla, Capri e Ponza, la Sicilia) e poi (V, 4) come storia giuridica e istituzionale, individuando e commentando i provvedimenti eccezionali del governo per fronteggiare l'anarchia. L'ultimo paragrafo del V capitolo, intitolato *Complots et police*, era dedicato alla polizia della Capitale, diretta con pugno fermo e senza troppi scrupoli legalistici da Cristoforo Saliceti. A suo modo di vedere l'aspra repressione di ogni forma di cospirazione reale o presunta tale, voluta dall'antico protettore di Napoleone, fu une delle cause per le quali i napoletani non ebbero in buon conto il governo di Giuseppe Bonaparte. Di quali cospirazioni si trattava? È chiaro che nella capitale molti si muovevano al soldo e agli ordini del principe di Canosa e di Carolina Borbone e attendevano l'occasione buona per innescare una rivolta e rovesciare il governo. Ma la situazione era in continua evoluzione e la "cospirazione borbonica", dapprima considerata come la minaccia principale, successivamente, con la disillusione di molti spiriti liberi nei confronti di Giuseppe e del suo governo, finì per cedere il campo alla cospirazione carbonara, a carattere libertario e costituzionale.

5. *Il Re e gli uomini del suo governo attraverso i loro* Papiers

Il capitolo VI è dedicato a *L'Empereur et le Roi*. Dei tre paragrafi che lo compongono (1. *Naples dans la politique impériale*, 2. *Le roi: sa demi-indipéndance*; *ses idées* e 3. *L'entourage*) solo il secondo focalizza l'attenzione su Giuseppe e le sue idee di governo. Rambaud descriveva bene il quadro internazionale e l'esigenza dell'Imperatore di acquisire il Regno di Napoli e la Sicilia, per dominare il Mediterraneo e contrastare efficacemente il dominio inglese. Quella di Napoleone era come al solito una prospettiva squisitamente militare che passava attraverso la creazione di regni federati o vassalli i cui sovrani godevano di una limitata autonomia. Il fondamentale problema dei rapporti tra il Regno e l'Impero veniva affrontato da Rambaud attraverso l'attento esame della corrispondenza tra Napoleone e Giuseppe e dei documenti d'archivio: in base ad essi Rambaud poté ricavare che il re di Napoli non fu un semplice luogotenente dell'Imperatore, pur mostrando nei suoi

confronti la dovuta riverenza. Dal canto suo Napoleone usava nei confronti di Giuseppe una sorta di rispetto che non aveva con gli altri fratelli e non avrebbe avuto con il re Murat. Mettendo in fila una serie di comportamenti di Giuseppe non completamente in linea con le direttive napoleoniche, Rambaud sosteneva la tesi della semi-indipendenza del re di Napoli. A riprova di ciò faceva segnatamente riferimento alla sua incessante attività riformatrice che Napoleone non avrebbe voluto così tempestiva, ma rinviata a dopo la pacificazione completa del Regno. Giuseppe, in definitiva, cercò di essere un buon padre per il suo popolo e di costruire un regno migliore di quello che aveva trovato mostrando, quando necessario, una certa fermezza con l'Imperatore e con il suo *entourage*. Era una tesi nuova ed originale poiché fino ad allora Giuseppe era stato visto dalla storiografia francese ed italiana come un sovrano indolente, prono alle direttive del fratello e privo di una sua visione politica.

La tesi di Rambaud trova conferme in recenti ricerche che hanno posto in evidenza il ruolo centrale di Giuseppe almeno in due riforme di grandissima portata: 1) il varo della riforma giudiziaria approvata con le leggi del 20-22 maggio 1808 mentre ancora fervevano le discussioni in Consiglio di Stato per la ferma volontà di Giuseppe in procinto di partire per la Spagna[31]; 2) la concessione da Baiona della stessa costituzione preparata per gli Spagnoli ai suoi (ex) sudditi napoletani[32]. In merito a quest'ultima questione è molto probabile che la costituzione del 1808 fosse stata pensata per la Spagna al fine di "ammorbidire" il popolo iberico, notoriamente orgoglioso e patriottico: fu Giuseppe che volle concederla anche ai Napoletani, forse per compensarli della sua improvvisa partenza, lasciando peraltro nel testo la norma – destinata a creare molti problemi durante gli anni successivi tra Murat e Napoleone – che obbligava gli impiegati pubblici a naturalizzarsi napoletani per mantenere il posto.

All'*entourage* del sovrano Rambaud dedicava molta attenzione esaminando i suoi rapporti con ministri, consiglieri di Stato e generali. Il suo grande merito è quello di aver seguito con caparbietà la pista degli archivi privati dei protagonisti del biennio, individuandone i più significativi: «Pour l'histoire du Premier Empire – egli affermava – si proche encore, les archives privées constituent assurément une source capitale. Malgré leur dispersion, trop fréquente au cours des changements politiques et des déplacements, nous avons eu grandement à nous féliciter des résultats de démarches tentées auprès des héritiers des principaux collaborateurs du Roi Joseph à Naples»[33]. Questo fu un contributo importantissimo che Rambaud offrì alla storiografia sull'epoca napoleonica. Dalle carte emerge la figura di Giuseppe Bonaparte come "uomo di stato" intelligente e lungimirante che riusciva a guidare effettivamente il governo del Regno. Certo, Rambaud riconosceva il peso ingombrante della personalità di Cristoforo Saliceti e il fatto che i rapporti di Giuseppe con i generali non furono sempre idilliaci. Ma, in complesso, Giuseppe usciva molto bene dall'approfondita analisi dello storico francese che consegnava alla storiografia un profilo a tutt'oggi valido. Convincente è anche la ricognizione degli uomini di governo del biennio che Rambaud distingueva in tre gruppi: i francesi, i napoletani e i generali (francesi anche questi). Di tutti elaborava brevi ma incisivi profili che, accanto all'at-

tività politica, tenevano conto delle doti intellettuali e del carattere, non trascurando capricci, debolezze e guerre personali. Ecco dunque i quattro ministri francesi: Cristoforo Saliceti alla Polizia, Pierre-Louis Roederer alle Finanze, Andrea Miot all'Interno e Mathieu Dumas alla Guerra, senza dubbio i più influenti della compagine.

Su tutti spiccava Saliceti (alla cui misteriosa morte Rambaud dedicò un saggio)[34], uomo spigoloso e con una personalità così forte da fare ombra allo stesso sovrano e suscitare rancori negli altri ministri, tanto che Rambaud parlava di un costante conflitto con Roederer, altro pilastro del governo di Giuseppe. Pierre-Louis Roederer, l'uomo del XVIII secolo come lo definisce Rambaud, emergeva come il protagonista principale dell'azione del governo soprattutto nei primi tempi: le questioni finanziarie ed economiche erano assolutamente preminenti e, chiaramente, condizionavano tutte le riforme, come peraltro si ricava dai capitoli successivi dedicati all'esercito, ai beni nazionali e alla legislazione; per questo le carte del ministro, esaminate attentamente da Rambaud, costituirono una fonte fondamentale per la sua ricerca[35]. Gli altri due ministri francesi, invece, avevano una posizione più defilata. Un discreto potere aveva il corso Ferri-Pisani, ministro segretario di stato e "uomo di fiducia" di Giuseppe: l'idea che se ne trae è che il governo del "biennio" fu dominato dal gruppo dei Corsi: a parte Giuseppe, in primo piano nel governo del Regno vi erano Saliceti, Miot e Ferri-Pisani. Buono anche il giudizio sui napoletani: il principe di Bisignano per alcuni mesi ministro delle finanze; Michelangelo Cianciulli, ministro della Giustizia e del Culto; Francesco Ricciardi, segretario di stato; e il marchese del Gallo, ministro degli esteri[36]. Come si è detto, difficile fu il Rapporto di Giuseppe con i generali, in particolare con Massena che, dopo essere stato a capo dell'armata di Napoli, si vide scalzato dal Re e collocato in una posizione di minor rilievo.

6. *Tra riforme e rivoluzione*

Rambaud iniziava col trattare dello stato militare del Regno soffermandosi sui principali interventi del governo (cap. VIII); poi passava alle grandi riforme giuseppine dedicando a ciascuna di esse un'ampia trattazione: *Les finances* (IX), *Les biens nationaux* (X), *La réforme administrative* (XI), *La réforme législative* (XII). Sulla riforma amministrativa Rambaud faceva delle considerazioni assai interessanti e che è possibile estendere a tutto il decennio francese nel regno di Napoli. Attesa l'evidente necessità di una riforma amministrativa che facesse finalmente guadagnare al governo il controllo del territorio, Rambaud si interrogava sulla reale necessità delle leggi francesi di fronte all'idea, sostenuta da alcuni storici 'reazionari', che il Regno sarebbe pervenuto più lentamente ma sicuramente alla costituzione di uno stato moderno, in considerazione della levatura dell'Illuminismo meridionale. Rambaud contestava questa tesi evidenziando che i buoni propositi dei governi illuminati (portati avanti non senza energia e convinzione da intellettuali di prim'ordine come Bernardo Tanucci) non avevano avuto concreta realizzazione per la debolezza del governo e la forza dei poteri d'antico regime. Su questo punto Rambaud tornava ancora alle decisive vicende del 1799 quando fu evidente l'a-

bisso immenso «entre le classes éclairées, capables de comprendre les réformateurs, et la masse»[37]. A questo bisognava aggiungere il fatto assolutamente non secondario che la «classe éclairée» fu decimata con la repressione borbonica successiva alla caduta della Repubblica[38].

Ancora una volta Rambaud puntava l'attenzione sulla crisi del 1799 considerata come il momento dal quale scaturì una lunga e tormentata crisi per il Regno. In questo contesto Rambaud rispondeva – non senza punte di nazionalismo – ad una serie di critiche che la storiografia, soprattutto napoletana, aveva fatto alla dominazione francese. La prima, quella più importante, si riferiva al fatto che le riforme non avessero tenuto conto delle leggi, dei costumi e della storia del Regno: era la critica storicistica che il Cuoco (che però sul punto l'autore non citava) aveva portato alla Repubblica Napoletana del 1799. Secondo Rambaud si trattava di «un reproche injuste»[39] poiché Giuseppe tenne conto delle condizioni e della cultura del Regno, soprattutto allorché introdusse i nuovi codici che, rispetto a quelli francesi, subirono importanti modifiche. In realtà, come è stato dimostrato, le modifiche non furono molte: se con riguardo al codice penale e alle leggi di procedura penale Giuseppe poté muoversi con una certa libertà, fu solo perché gli omologhi francesi non erano stati ancora approvati[40]. Pure infondata gli appariva la critica secondo la quale Giuseppe aveva "francesizzato" il governo e tutta la pubblica amministrazione: sul punto riteneva che nel governo del biennio vi erano numerosi napoletani, che per il funzionamento dell'amministrazione vi era assoluto bisogno di francesi che quel tipo di amministrazione conoscevano bene e, infine, che i numeri riportati dal diarista Carlo de Nicola relativi alla presenza di francesi negli impieghi pubblici erano assolutamente esagerati[41]. La questione è complessa e, come è stato segnalato, ha avuto un peso non secondario nella storia del decennio poiché proprio sull'obbligo della naturalizzazione degli stranieri previsto dalla Costituzione di Baiona si innescò un forte scontro tra partito napoletano e partito francese che coinvolse direttamente Murat[42]. Va segnalata la motivazione che Rambaud utilizzava per sorreggere la sua difesa: a suo modo di vedere i napoletani non avevano spirito patriottico e nella loro storia avevano avuto sempre amministratori stranieri, come ad esempio Tanucci e Acton.

Il Capitolo XII denominato *La réforme législative* è importante poiché individua quelle che Rambaud, dopo le grandi riforme delle finanze e dell'amministrazione, riteneva le leggi più significative del governo giuseppino. La prima di esse era senza dubbio quella relativa all'abolizione delle feudalità varata con la legge del 2 agosto del 1806 cui seguirono quella sulla divisione dei demani del 1° settembre 1806 e sull'abolizione dei fedecommessi con la legge del 15 marzo 1807. Relegate tra le *autres riforme législatives* vi erano riforme che forse avrebbero meritato maggiore considerazione: alludo in particolare alla grande riforma giudiziaria del 20-22 maggio 1808, cui Rambaud dedicava appena un paio di pagine, e che invece rappresentò una grandissima svolta nella storia di un Regno in cui tribunali e forensi avevano dominato per secoli[43]. Il capitolo successivo (XIII) trattava dell'influenza del regime sul commercio, l'industria e l'agricoltura del Regno e muoveva dalla constatazione, ricavata in massima parte dall'opera di Giuseppe Maria Galanti[44], dell'arretratezza delle

condizioni economiche del Mezzogiorno. Rambaud notava lo stupore dei Francesi che si aspettavano di occupare una sorta di paradiso. È probabile che l'opinione pubblica francese avesse un'idea falsata del Regno dovuta ai racconti del *Gran Tour* sullo splendore della Capitale, molto rinomato nei salotti parigini[45]. Ma si può credere che il governo fosse al corrente della situazione. Giuseppe poteva contare su molti informatori[46] e l'opera di Galanti, che i francesi conoscevano molto bene, non mentiva. Certo è che il contatto con la miseria delle province e con l'anarchia che si era impadronita del Regno, non fu facile: lo testimoniano le innumerevoli lamentele di quanti, funzionari e militari, furono incaricati di attuare le riforme sul territorio[47]. Rambaud si poneva la domanda giusta che rappresentava un problema storiografico assolutamente centrale e come tale destinato ad un lungo e non ancora concluso dibattito: «Il y avait donc au mal des causes profondes. C'est de celles-là qu'il importe surtout de voir si le nouveau gouvernement se préoccupa»[48].

Jean-Baptiste Wicar, Ritratto di Giuseppe Bonaparte

Quanto incisero, nel profondo della società meridionale, le riforme napoleoniche e quanti degli antichi mali del popolo napoletano riuscirono a risolvere? Esaminando l'*Influence économique du Régime*, Rambaud notava che Giuseppe cercò di avviare riforme sul piano sociale destinate a migliorare le condizioni del Regno, seguendo talvolta le idee degli illuministi napoletani: è il caso della legge del 21 agosto 1806 con la quale il re stabilizzò i locatari di piccoli appezzamenti di terreno del Tavoliere (che attendevano ogni anno il rinnovo) in titolari di un diritto di enfiteusi, escludendo dal beneficio i proprietari di vasti appezzamenti di terreno. Misure democratiche, dunque, che come molte altre che riguardarono il commercio, l'industria, i lavori pubblici e i luoghi pii, non poterono essere gestite dal Sovrano che nel 1808 dovette abbandonare il Regno[49].

Il capitolo XV, relativo agli *Encouragements au progrès intellectuel* metteva in evidenza gli sforzi fatti dal governo per elevare lo stato culturale della popolazione del Regno, partendo dallo stabilimento di una pubblica istruzione fino alla creazione di Istituti Superiori e Accademie per il progresso delle diverse scienze. Su questo aspetto l'impegno del Sovrano e del suo governo, formato da figure dotate di una spiccata sensibilità culturale come Miot e Dumas, fu grandissimo: i francesi compresero che il vero grande tesoro di quel Regno era dato dal patrimonio archeologico e culturale e, come nota Rambaud, Giuseppe vi pose

molta attenzione con provvedimenti e nomine oculate. In questo contesto Rambaud offriva anche un'analisi della pubblicistica napoletana del periodo giuseppino soffermandosi sulle figure di Giuseppe Maria Galanti, Vincenzo Cuoco e Francesco Mario Pagano, martire del 1799, autore dei famosi *Principi del codice penale*. Interessante è anche lo sguardo portato sulla stampa periodica che si sofferma in particolare sul *Monitore Napoletano*, il *Corriere di Napoli* e il *Giornale enciclopedico*.

Gli ultimi tre capitoli erano infine dedicati rispettivamente alla *Situation diplomatique* (XV), a l'*État de la société laïque et ecclésiastique* (XVI) e all'*Opinion publique* (XVII). L'ultimo appare il più interessante. Qui Rambaud ritorna su un concetto espresso già con riferimento al 1799 e al brigantaggio: «L'opinion n'avait pas un caractère National; c'était plutôt une opinion de classe, encore qu'il faille tenir compte d'une infinie diversité d'intérêts personnels et de *combinazioni* subtiles»[50]. La mancanza di uno spirito nazionale nei napoletani sembrava un dato inoppugnabile per Rambaud che trovava conferme in alcune osservazioni di Giuseppe e degli uomini del suo governo sulla pavidità dei regnicoli e in casi non infrequenti di tradimento. Posto che gli schieramenti a Napoli si formavano sulla base degli interessi, Rambaud rilevava che tutta la classe dei possidenti era schierata dalla parte del governo: in questo lo storico, seguendo la linea interpretativa di Cuoco, vedeva un effetto di quanto accaduto nel 1799, allorché la monarchia si alleò con la plebe per riconquistare il potere e imputò ai possidenti (nobili e borghesi) di aver sostenuto la Repubblica. Proprio tra i proprietari Rambaud vedeva emergere un *parti patriote* (par. III) a suo dire non ancora pienamente liberale: si trattava semplicemente di soggetti che mal soffrivano la dominazione francese e volevano una maggiore autonomia del Regno. Un paragrafo, infine, era dedicato alle *società segrete* in cui spicca il riferimento a Pierre-Joseph Briot, giacobino in Franca-Contea e poi intendente in Abruzzo citeriore e Calabria citeriore con Giuseppe Bonaparte, che veniva indicato quale fondatore della carboneria napoletana[51].

Da questo sommario esame dei contenuti dell'opera emerge la volontà di trattare in modo esaustivo lo studio dell'epoca giuseppina. Nonostante la molteplicità di temi trattati, l'opera non perde la sua organicità e riesce a definire un profilo convincente di Giuseppe Bonaparte e del suo governo, come convincente appare l'esame della realtà del Mezzogiorno all'appuntamento con le grandi riforme. Le segnalate intuizioni storiografiche appaiono ancora oggi valide e, comunque, hanno rappresentato e rappresentano un punto di partenza per discussioni, approfondimenti e critiche.

7. *Un buon successo*

Naples sous Joseph Bonaparte fu subito salutata dalla comunità scientifica come un'opera eccellente e a Rambaud molti accademici pronosticarono un brillante futuro. Edouard Driault sul numero di gennaio-febbraio 1912 delle «Annales révolutionnaires» affermava che l'opera di Rambaud aveva meritato di essere «une des plus louée parmi celles de l'anneée» per le sue grandi qualità: «la documentazione en est parfaite; les sources du sujet y paraissaient épuissées, quoique l'auteur affirme modestement sa liste bibliographique incom-

plète». In definitiva i risultati della ricerca apparivano al recensore «inattaquables, du moins dans l'exposé des faits, sinon dans les conclusions qui en sont tirées»[52]. Non mancarono i premi: l'Accademia francese nella seduta del 21 novembre 1912 attribuiva all'opera di Rambaud il *Prix Thérouanne* di mille franchi[53]. Sulla scia della tesi Rambaud pubblicava il saggio *Il Tentativo di Murat contro la Sicilia nel 1810*[54] e il volume *Lettres inédites ou éparses de Joseph Bonaparte (1806-1811).* Dopo il conseguimento del dottorato che gli spianò la strada della carriera universitaria, continuò a dedicarsi agli studi sul periodo napoleonico, avvalendosi dei contatti e della documentazione acquisiti durante le ricerche per la tesi. La famiglia del conte Roger de Damas, emigrato francese al servizio dei Borbone di Napoli, gli prospettò l'intento di pubblicare le sue memorie, ricche di aneddoti e di curiosità. Rambaud pubblicò dunque in due volumi le *Mémoires du comte Roger de Damas* con sue annotazioni e con l'introduzione di Léonce Pingaud[55]. Fliche nota che al momento della pubblicazione del secondo volume Rambaud era già a Bordeaux: infatti, dopo un breve periodo in cui fu insegnante nelle scuole secondarie, con provvedimento dell'8 luglio 1912, fu nominato *maître de conférences* di storia moderna e contemporanea presso la facoltà di lettere di quella città. Fliche riferisce di un certo disappunto da parte di Rambaud per il trasferimento in una sede lontana 600 km dalla capitale, ma il giovane professore riuscì ad adattarsi presto all'ambiente dedicandosi anima e corpo ai suoi studenti. Nel frattempo continuava i suoi studi e si preparava ai concorsi.

Negli anni di Bordeaux pubblicò anche il saggio *Fra Diavolo et le comandant Hugo* in «Revue de Paris» (1913). Le pubblicazioni successive al volume del 1911 nascevano, per la maggior parte, ancora delle ricerche sul biennio giuseppino: invece l'articolo sul tentativo di Murat in Sicilia affrontava un periodo diverso, quello di Gioacchino Murat, e una vicenda cruciale nei rapporti tra l'Impero e il Regno, tra Napoleone e il re di Napoli, sulla quale la storiografia aveva, fino ad allora, sorvolato. L'interesse per l'epoca murattiana era già affiorato nel saggio sulla fine di Saliceti, il potente ministro della polizia prima di Giuseppe e poi di Gioacchino che all'inizio del 1810 morì improvvisamente in circostanze che a Napoli in molti ritennero sospette. Alla luce di questi interventi non si può escludere che Rambaud stesse pianificando una storia del periodo murattiano che, aggiunta al volume su Giuseppe, avrebbe consegnato alla storiografia un'opera sul decennio francese nel regno di Napoli. Ma la guerra interruppe tutto.

8. *Il giovane storico in una storia tragica*

Degli anni tra il 1911 e il 1914 ci parla a lungo Fliche che, avvalendosi dei suoi ricordi personali, tratteggia il profilo umano e professionale dell'amico. In questo passaggio ci offre un bel ritratto del giovane professore:

> […] Jacques Rambaud a exercé autour de lui une action intellectuelle très vivace. Mais, chez lui, l'intelligence ne pouvait se séparer du coeur et son action intelletuelle s'est doublée d'une action morale. Il en imposait par la droiture de son caractère, par la fermeté aussi douce qu'intransigeante de ses convinctions religieuses, par l'austère pureté de sa vie, par son extraordinaire modestie et aussi par sa bonté, par sa gaieté, par sa junesse. La leçon terminée, il descendait da sa chaire, s'entretenait familièrement avec

quelques disciples, discutait avec eux en s'excusant presque d'être d'un avis different du leur ou de rectifier telle ou telle opinion, si bien qu'en apercevant ce petit groupe, ou eût à peine à discerner quel était le maître et quels étaient les élèves. La conversation se prolongeait par fois pensant une heure entière, après quoi Rambaud rechargeait sa serviette et songeait à retourner à ses travaux; mais si, par malheur, une étudiante étourdie oubliait son parapluie, il parcourait les couloirs de la Faculté, s'enquérait, interrogeait, et ne s'en allait pas sans avoir remis le précieux objet à sa légitime propriétaire[56].

Fuori dalla Facoltà, Rambaud fondava l'Associazione degli Studenti Cattolici e accettava la presidenza del Gruppo dei giovani amici dell'Alsazia-Lorena organizzando a Bordeaux una serie di incontri e manifestazioni per rinnovare il ricordo delle perdute province. Trascorreva le sue giornate in serenità con tanti interessi, qualche viaggio (nel 1913 a Roma, la città che l'aveva maggiormente impressionato per i suoi monumenti) e grandi progetti per il futuro. Ma la guerra arrivò come un fulmine, rompendo ogni equilibrio. Rambaud, che si stava recando in Spagna per un viaggio di studio, fu bloccato alla frontiera e fece subito ritorno a Parigi per rispondere alla mobilitazione generale. Per una singolare coincidenza il 226° reggimento, cui apparteneva, fu inviato proprio nella sua Lorena. Il luogotenente Rambaud partì il 20 agosto, e il 24 combattè già a Coubessaux. Durante la battaglia diede prova di grande eroismo beccandosi una palla in petto e scampando a morte sicura grazie al portafoglio che portava sotto la giacca e che attenuò la potenza del colpo. Avrebbe potuto chiedere una lunga licenza ed invece si accontentò di ventiquattro ore per andare a Vandeuvre a prendere un po' di riposo e salutare i suoi. Ritornato al reggimento, stette in Lorena ancora un mese difendendo la città di Nancy.

Alla fine di settembre Rambaud, che aveva avuto il comando di una compagnia, lasciò la Lorena e si spostò nella regione dell'Artois con il compito di fermare l'avanzata dei tedeschi verso il mare. Il 2 ottobre, appena arrivato a Hénin-Liétard, venne mandato in prima linea, con l'incarico di tenere a tutti i costi un bosco. I pochi sopravvissuti alla battaglia raccontarono del grande coraggio del luogotenente Rambaud e della freddezza con la quale seppe dirigere le operazioni. Proprio mentre dettava ordini al suo sergente fu colpito da un proiettile al petto e stramazzò al suolo. Come molti che caddero in quegli anni non ebbe una degna sepoltura e neppure fu molto ricordato, ma è certo che Rambaud rivivrà sempre, fino a quando ci sarà qualcuno che studierà il decennio francese nel Regno di Napoli.

[1] Alberto Emanuele Lumbroso (1872-1942), figlio di Giacomo (1844-1925), storico, papirologo ed ellenista, nel periodo giovanile fu uno dei primi e maggiori storici dell'epoca napoleonica. Divise i suoi studi tra Parigi e Napoli, interessandosi particolarmente alla figura di Gioacchino Murat. I suoi lavori del periodo napoletano furono: *Correspondace de Joachim Murat, chachessur à cheval, général, maréchal d'Empire, grad-duc de Clèves et de Berg (Julliet 1797-Julliet 1808)*, Turin, 1899; *L'agonia di un regno: Gioacchino Murat al Pizzo (1815)*, I, *L'addio a Napoli*, Roma-Bologna, 1904. Lumbroso frequentò Croce e fu probabilmente lui ad introdurre Rambaud nell'ambiente degli storici della Società Napoletana di Storia Patria. Cfr. A.L. Bonella, voce *Lumbroso, Alberto Emanuele*, in DBI,

vol. 66, 2007. Su Giacomo Lumbroso, amico e corrispondente di Rambaud, cfr. A. Lumbroso, *Raccolta di scritti in onore di G. Lumbroso*, Milano, 1925, pp. XIX ss.

[2] Lumbroso, *A proposito di un re di Napoli (Giuseppe Bonaparte)*, in *Scritti di storia napoletana in onore di Michelangelo Schipa*, Napoli, 1926, pp. 683-684.

[3] A. Fliche, *Jacques Rambaud, Maître de Conférences à la Faculté des Lettres de Bordeaux, Mort au champ d'honneur le 2 octobre 1914. Conférence faite à l'Association Catholique des étudiants de Bordeaux le 9 mai 1919*, Bordeaux, 1919, p. 6. Fliche sottolinea che mentre Rambaud veniva al mondo «Mets venait d'être brutalement séparée de Nancy et la Larraine saignait encore de ses blessures», ivi, p. 7.

[4] Su A. Rambaud, cfr. E. Lavisse, *Alfred Rambaud*, Paris, 1906, estratto da «Revue de Paris», 15 janvier 1906.

[5] B. Gödde-Baummans, *La Prusse et les Allemandes dans l'historiographie française des années 1871 à 1914: une imagine inverse de la France*, in «Revue Historique», t. 279, fasc. 1 (565), Janvier-Mars 1988, pp. 51-72.

[6] Alfred Rambaud fu uno storico di interessi molto vasti: dopo la pubblicazione della tesi di dottorato con il titolo *L'Empire Grec au dixième siècle. Constantin Porphyrogénète* (Paris, 1870), cambia completamente settore di interesse pubblicando *L'Allemagne sous Napoléon I: 1804-1811: la nomination française in Allemande*, Paris, 1874. A seguito di diversi viaggi in Russia, si dedica alla storia di quella terra pubblicando i seguenti lavori: *La Russie épique*, Paris, 1876; *Français et Russes*, Paris, 1878; *Histoire de la Russie depuis les origines jusqu'à l'année 1877*, Paris, 1878. Successivamente pubblica una *Histoire de la Révolution française* (Paris, 1883) e poi una *Histoire de la civilisation française*, in tre volumi (Paris, 1888). Quindi con l'amico Lavisse si dedica alla sua opera più importante: l'*Histoire générale du IVe siècle jusq'à nos jours* (Paris, 1891-1900, 12 vols.).

[7] Fliche, *Jacques Rambaud* cit., p. 8.

[8] Ivi, p. 12.

[9] François-Désiré Mathieu (1839-1908), vescovo di Angers e arcivescovo di Tolosa, fu creato cardinale il 18 giugno 1899. Fu un valente storico. Cfr. F-D. Mathieu, *L'ancien régime dans la province de Lorraine et Barrois, d'après des documents inédits (1689-1789)*, Paris, 1907.

[10] Louis Marie Olivier Duchesne (1843-1922), filologo e storico della Chiesa, fu uomo di vastissimi interessi e grande cultura. Pubblicò tra il 1886 e il 1892 il *Liber pontificalis*.

[11] Ersilia Caetani Lovatelli (1840-1925), archeologa e studiosa dell'antichità, fu la prima donna ad entrare nell'Accademia dei Lincei nel 1878.

[12] Cfr. Fliche, *Jacques Rambaud* cit.

[13] Su Aulard cfr. in particolare G. Belloni, *Aulard: historien de la Révolution française*, Paris, 1949.

[14] J. Rambaud, *Naples sous Joseph Bonaparte*, Paris, 1911, p. III.

[15] Ivi, p. I.

[16] Tra il 1850 e il 1900 troviamo molti titoli in lingua francese dedicati a Murat, in particolare agli ultimi anni del suo regno e alla sua tragica fine. Cfr. M. Galvani, *Nouveaux mémoires sur la fin tragique de Joachim Murat roi de Naples*, Paris, 1850; J. de La Rocca, *Le roi Murate et ses derniers jours*, Paris, 1868; B. Sassenay, *Les derniers mois de Murat: le guet-apens du Pizzo*, Paris, 1896; A. Dufourcq, *Murate et la question italienne en 1815*, Roma, 1898; A. D'Ambrosio, *La campagne de Murat en 1815: précis militaire et politique de la campagne de Joachim Murat, en Italie contre les Autrichiens*; Paris, 1899. Per quanto riguarda il regno di Giuseppe la storiografia francese non era andata troppo al di là della memorialistica. Ugualmente in Italia, dove il Regno di Giuseppe venne trattato solo in opere storiche a carattere generale, mentre un maggiore interesse suscitava il periodo murattiano, come testimoniato dai lavori di Alberto Lumbroso sui quali *supra*.

[17] M. Monnier, *Notizie storiche documentate sul brigantaggio nelle province napoletane dai tempi di Fra Diavolo ai nostri giorni*, Napoli, 1862.

[18] L. Ciccotti, *Il brigantaggio in Basilicata da Fra Diavolo al 1811*, Napoli, 1873.

[19] A. Dubarry, *Le brigandage en Italie depuis le temps les plus reculés jusqu'à nos jours*, Paris, 1875.

[20] Monnier, *Notizie storiche documentate sul brigantaggio* cit., p. 8.

[21] Ivi, p. 12.

[22] Rambaud, *Naples sous Joseph Bonaparte*, cit., p. 92.

[23] G. Massari, *Il brigantaggio nelle province napoletane: relazioni dei deputati Massari e Castagnola colla legge sul brigantaggio*, Milano, 1863.

[24] P. Villari, *Lettere meridionali al direttore de l'Opinione*, 1875.

[25] Infatti nel volume si trova solo un superficiale accenno alla questione meridionale, nel quale l'autore (che in nota richiamava F.S. Nitti, *L'Italia all'alba del secolo XX e la questione meridionale*), facendo riferimento alle condizioni economiche del Mezzogiorno, invitava a non persistere nell'illusione di un Regno ricco e ridente, poiché anche inchieste recenti avevano dimostrato l'esatto contrario. Cfr. Rambaud, *Naples sous Joseph Bonaparte*, cit., p. 418.

[26] Ivi, p. 92: «Tout d'abord il faut se reporter au soulèvement populaire de 1799, trop réce pour que des caractères analogues ne s'y retrouvent nécessairement, et dont le souvenir, present à tous, domine l'époque».

[27] Su questi aspetti, ed in particolare sull'esplosione dell'anarchia nelle province napoletane nel 1799, cfr. A.M. Rao, *Folle controrivoluzionarie. Le insorgenze popolari nell'Italia giacobina e napoleoni-*

ca, Roma, Carocci, 1999; A. De Martino, *Giustizia e politica nel Mezzogiorno (1799-1825)*, Torino, Giappichelli, 2003.

[28] Rambaud, *Naples sous Joseph Bonaparte,* cit., p. 93.

[29] *Ibidem.*

[30] Ivi, p. 94.

[31] Cfr. F. Mastroberti, *Codificazione e giustizia penale nelle Sicilie dal 1808 al 1820*, Napoli, Jovene, 2001.

[32] Id., *Da Baiona a Tolentino. Costituzioni e costituzionalismo nel regno di Napoli durante il decennio napoleonico (1808-1815)*, Taranto, Mandese, 2008.

[33] Rambaud, *Naples sous Joseph Bonaparte*, cit., p. IX.

[34] Rambaud è stato il primo a porre l'attenzione sull'attività del ministro nel Regno con il saggio *La fin de Saliceti*, in «Revue des études Napolèoniens», 1910, pp. 161-170. Su Saliceti cfr. anche J. Godechot, *Les commissaires aux arme sous le Directoire*, Paris, Puf, 1937; Id., *Saliceti minister du Royaume de Naples sous Joseph Bonaparte*, in *Studi in onore di Nino Cortese*, Roma, Istituto per la storia del Risorgimento italiano, 1976, pp. 257-272; F. Pasanisi, *L'ordinamento della polizia a Napoli sotto i francesi e i Borbone*, Viterbo, Agnesotti, 1957.

[35] Afferma Rambaud, *Naples sous Joseph Bonaparte*, cit., p. IX: «Les papiers de Roederer, le ministre des Finances de Joseph et son conseiller le plus écouté, forment une masse qui, par elle seule, inspire du respect pour le labeur et la fécondité d'esprit de cet élève de la philosophie du dix-huitième siècle». Come afferma Fliche, Rambaud aveva in animo di pubblicare le carte di Roederer che avevano suscitato in lui un grande entusiasmo.

[36] Sui napoletani del governo di Giuseppe, cfr. A. De Martino, *La nascita delle intendenze. Problemi dell'amministrazione periferica nel Regno di Napoli. 1806-1815*, Napoli, Jovene, 1984, pp. 6-7, dove vi è un breve profilo di Miot e di Saliceti, e pp. 320-329 su Marzio Mastrilli marchese e poi duca del Gallo (sul quale cfr. anche B. Maresca, *Memorie del duca del Gallo*, in «Archivio Storico per le Province Napoletane», a. 13, 1888, pp. 205-441). Su Francesco Ricciardi, cfr. la voce di F. Mastroberti nel *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani*, a cura di I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone e M. Miletti, Bologna, Il Mulino, vol. II, pp. 1681-1682 e la bibl. ivi cit.

[37] Rambaud, *Naples sous Joseph Bonaparte*, cit., p. 370.

[38] Ivi, p. 371.

[39] *Ibidem.*

[40] Su questi aspetti cfr. Mastroberti, *Codificazione e giustizia penale nelle Sicilie* cit.

[41] C. de Nicola, *Diario Napoletano*, Società Napoletana di Storia Patria, 1905, vol. II, p. 368. Su de Nicola cfr. F. Mastroberti, *Il diario e la biografia di Carlo de Nicola. La sofferta transizione delle mentalità giuridiche dall'antico al nuovo regime*, in «Frontiera d'Europa», II, 2005, pp. 119-238.

[42] Cfr. Mastroberti, *Da Baiona a Tolentino* cit.

[43] Ivi.

[44] G.M. Galanti, *Descrizione geografica e politica delle Sicilie*, Napoli, 1789-1794, 3 voll.

[45] I racconti dei viaggiatori stranieri di fine Settecento (un'antologia dei quali si può leggere in A. Mozzillo, *Il giardino dell'Iperbole. La scoperta del Mezzogiorno da Swinburne a Stendhal*, Napoli, Nuove Edizioni, 1985) evidenziavano la differenza esistente tra lo splendore della Capitale – una delle città più popolose d'Europa, all'avanguardia sul piano culturale – e la miseria delle province, abbandonate (nel vero senso del termine, perché il controllo del governo era debolissimo) nelle mani dei feudatari. Un ritratto vivido ed estremamente documentato delle condizioni infelici delle popolazioni calabresi all'alba del secolo XIX può leggersi in U. Caldora, *Calabria napoleonica*, Napoli, Fiorentino, 1960.

[46] Su questi aspetti e soprattutto sulle memorie indirizzate a Giuseppe tra il 1805 e il 1806 sul regno di Napoli, cfr. A. De Martino, *Amministrazione e società nel Mezzogiorno. Corso di lezioni*, Napoli, Jovene, 2000.

[47] Cfr. De Martino, *La nascita delle intendenze* cit.

[48] Rambaud, *Naples sous Joseph Bonaparte*, cit., p. 420.

[49] Come rileva Rambaud, la questione feudale e demaniale era centrale per lo sviluppo del Mezzogiorno. Sull'eversione feudale nel Regno di Napoli: D. Winspeare, *Storia degli abusi feudali*, Napoli, 1811; P. Liberatore, *Della feudalità, suoi diritti ed abusi nel Regno delle Due Sicilie, della sua abolizione e delle conseguenze da essa prodotte nella nostra legislazione*, Napoli, 1834; R. Trifone, *Feudi e demani. L'eversione della feudalità nelle provincie napoletane: dottrina, storia, legislazione e giurisprudenza*, Milano, 1909; A. Perrella, *L'eversione della feudalità nel Napolitano: dottrine che vi prelusero, storia, legislazione e giurisprudenza*, Campobasso, 1910; P. Villani, *La feudalità dalle riforme all'eversione*, estratto da «Clio», 1965; T. Pedio, *L'eversione della feudalità*, Bracciodieta, s.d., estratto da *Il decennio francese in Puglia (1806-1815)*, Atti del 2° Convegno di studi sul Risorgimento in Puglia.

[50] Rambaud, *Naples sous Joseph Bonaparte*, cit., p. 529.

[51] Su questi aspetti cfr. F. Mastroberti, *Pierre Joseph Briot. Un giacobino tra amministrazione e politica (1771-1827)*, Napoli, 1998.

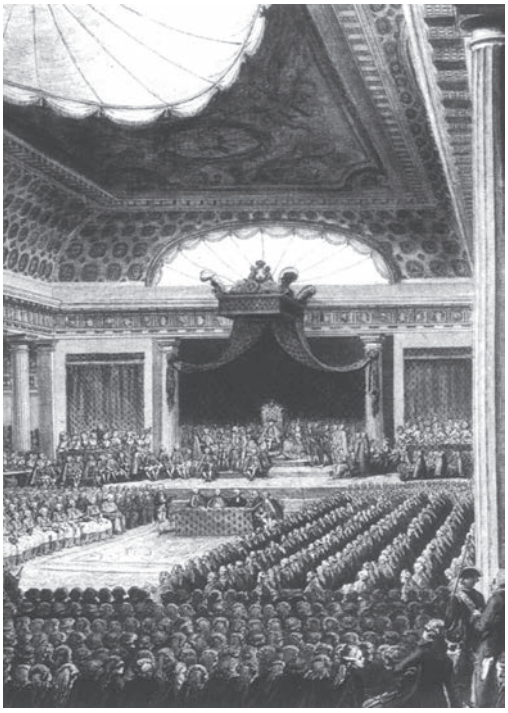
[52] E. Driault, rec. in «Annales Révolutionnaires», t. 5, n. 1 (Janvier-février 1912), p. 120.

[53] «Annuaire de la Société de l'histoire de France», t. 49, n. 1, 1912, p. 172.

[54] Cfr. «Archivio Storico per le Province Napoletane», a. XXXVI, 1911, fasc. 3-4.

[55] Rambaud, *Mémoires du comte Roger de Damas*, Paris, 1812-1814.

[56] Fliche, *Jacques Rambaud* cit., p. 9.



La protezione giuridica come tutela dei diritti: riduzioni moderne del problema della dimensione giuridica della giustizia[1]

MASSIMO MECCARELLI

Il titolo da cui prendono avvio queste pagine è in realtà il risultato di un capovolgimento di piani. Io intenderò, certo, parlare di tutela dei diritti, ma ciò che m'interessa è il problema del *dimensionamento giuridico della giustizia*. Propongo una dissimulazione discorsiva, dunque, che devo giustificare già da ora.

Il punto è che le svolte storiche a partire dal secolo XVI hanno prodotto strutture e strumenti giuridici, che hanno cambiato il quadro di riferimento per la riflessione giuridica. Esse hanno spinto sempre più al margine il problema del dimensionamento giuridico della giustizia, fino quasi a escluderlo dalla piattaforma di base di una riflessione teorica sul diritto. Per ritrovare quel livello occorre ricostruire i fili di un processo di rimozione.

Anche le tendenze della fase giuridica attuale ci sollecitano in questa direzione. Il rapporto tra bisogni (individuali e sociali) e protezione giuridica, infatti, oggi conosce profonde trasformazioni, a cominciare dagli stessi strumenti con cui vengono rivendicate, riconosciute e prodotte nuove tutele.

Non si tratta di un fenomeno inedito, se guardiamo alla dimensione storica del problema. Si attua in sostanza un gioco dialettico circolare per cui le dinamiche sociali di carattere strutturale, in continua evoluzione, svolgendosi nella dimensione concreta della convivenza civile, pragmaticamente esigono una continua revisione degli spazi e degli oggetti di protezione giuridica; per converso il diritto, proprio per dare risposte alla domanda di protezione sociale, tende a produrre forme e strumenti di tutela stabili nel tempo.

Nell'esperienza giuridica contemporanea la dinamica principale per la stabilizzazione delle forme di tutela è consistita nel ricercare gradi progressivi di generalità e astrattezza. Si tratta come è noto del punto di arrivo di un processo di lungo periodo, nel quale il diritto ha cercato di conseguire una propria moderna autosufficienza sul piano formale. Ciò è stato possibile per il combinarsi di tre fattori: la progressiva

Frontespizio dell'opera di Hugo Grotius De Iure Belli Ac Pacis, *stampata a Francoforte sull'Oder, 1691*

separazione tra dimensione politica e giuridica; la rivendicazione e l'esercizio di un monopolio della politica sulla produzione del diritto; la riduzione del diritto entro una cornice dogmatica e formalistica ad opera della scienza giuridica.

Si è trattato di fondare e regolare il rapporto tra *diritto* e *realtà* sul formato vincolante del rapporto tra *diritti* e *individuo*. Qui parlo di diritti, intesi come spazi di protezione giuridica individuati in astratto, ma ancorati a un determinato orizzonte assiologico e a una gerarchia di valori *prescelti*; e ugualmente parlo d'individuo come di un soggetto inteso in senso astratto e indeterminato.

Insomma, i diritti producono tutela giuridica, attribuendo un potere sulla realtà a un soggetto astrattamente pensato, con riferimento a situazioni astrattamente individuate; i diritti esistono prima che si manifesti la concreta esigenza di tutela.

Inquadrato in questo modo, il rapporto tra diritto e realtà si svolge secondo una *dinamica sussuntiva* per cui è la forma (i diritti astrattamente previsti) a contenere e a dare un contenuto alla realtà (un contenuto che è vincolato all'orizzonte assiologico *pre-scelto* con i diritti).

La costruzione, messa a punto nel XIX secolo, ha mostrato di avere una buona tenuta nel tempo. È anche vero, però, che la storia recente dei diritti è stata scandita da passaggi che hanno saputo metterla in discussione.

Se guardiamo al Novecento in Europa, soprattutto dopo la traumatica esperienza della seconda guerra mondiale, la istaurazione, da un lato di ordinamenti democratici a livello statale e dall'altro di un nuovo ordine giuridico internazionale, ha già complicato questo rapporto. Parallelamente sul piano del pensiero giuridico non sono mancati gli svolgimenti teorici di taglio antiformalistico[2], che hanno in più modi cercato di alterare l'ancoraggio sussuntivo della realtà nel diritto.

Tuttavia, sono le trasformazioni in atto più recenti – al contempo giuridiche e istituzionali, che hanno proiettato questioni per problemi, sociali, politici ed economici, su una dimensione super-statale e innovato la tipologia dei soggetti coinvolti – a rappresentare un vero e proprio punto di svolta: esse sembrano aver introdotto vere e proprie *dinamiche reali d'inversione* del rapporto tra realtà e diritto e quindi tra istanze di tutela e diritti.

Si tratta di un'inversione in cui l'esigenza di protezione giuridica diventa vet-

tore di costruzione di una forma di tutela, o per dirla con altre parole, si tratta di una dinamica in cui la manifestazione di bisogni, incide sulle forme che assume la tutela giuridica.

Si pensi ad esempio al problema dei diritti fondamentali e umani. Proprio su tale terreno si assiste oggi a una fase di emersione di nuovi diritti. Si parla in proposito di proliferazione, frammentazione dei diritti.

Il processo di emersione che li accompagna non si affida però a grandi scelte della politica, che assumono veste normativa.

Certo, la base è costituita dalle Carte costituzionali e da Trattati internazionali come la Carta europea dei diritti dell'uomo, cioè da prodotti normativi di opzioni politiche. Tuttavia se analizziamo il processo in corso, tali forme positive sono solo una premessa non lo strumento. Esse non si occupano della produzione dei diritti, piuttosto prevedono un orizzonte di possibilità per i diritti.

Decisive per la produzione dei nuovi "diritti" sono in realtà le dinamiche giurisprudenziali, che si fondano su una domanda di giustizia concretamente posta. Esse si svolgono per dare realizzazione (piuttosto che esecuzione) alle stipulazioni normative di principi e valori fondamentali[3]. Il momento produttivo, tuttavia, a ben vedere, sta nella *dialettica giurisprudenziale* tra giudici (ordinario, costituzionale, delle Corti europee, etc.). Una dialettica che si svolge secondo una geometria variabile, poiché queste Corti non costituiscono un ordinamento in senso proprio, non sono vincolate da un rapporto di gerarchia, bensì di reciproco riconoscimento.

Ciò produce un diritto giurisprudenziale[4] che si svolge in condizioni di relativa autonomia[5], rispetto al potere politico e in un orizzonte ordinamentale che non è più monistico[6].

Torniamo al problema del rapporto tra domande di tutela giuridica e diritti. La novità dunque non è tanto la proliferazione dei diritti, che semmai è una tendenza originaria e di lungo periodo. La vera novità sta nel fatto che ci troviamo di fronte ad una nuova generazione di "diritti", che presentano una *natura diversa* rispetto a quelli precedenti. Sono prodotti secondo un *processo* che passa anzitutto attraverso *l'attività giurisdizionale*. La fonte è il *diritto giurisprudenziale*. Qui la tutela giuridica non si ottiene per l'attribuzione di un potere sulla realtà a un soggetto astrattamente pensato, con riferimento a situazioni astrattamente individuate. Al contrario si riconosce uno spazio della tutela giuridica a partire da situazioni concrete, che *rivendicano giustizia*.

L'attribuzione di "diritti" qui è il risultato di un processo di dimensionamento giuridico della giustizia.

Il fenomeno è originale, dunque, e impone la ricerca di nuovi concetti.

1. *Una scelta di campo: fare una storia delle dimensioni giuridiche della giustizia*

La storia del diritto può dare un apporto rilevante alla comprensione di questi problemi. Anzitutto perché è in grado di indicare prospettive di senso diverse, per le domande che ci poniamo sul diritto, inoltre perché gli esiti teorici che questo permette di conseguire sono contemporaneamente anche dati dell'esperienza.

Quelli che possiamo scoprire con la storia del diritto, tenendoci al riparo dal

rischio di prospettive attualizzanti[7], sono dunque concetti e teorie con un forte grado di precipitazione concreta.

Per il nostro tema in particolare, è possibile svolgere una *storia delle dimensioni giuridiche della giustizia*, una storia, cioè, che ricostruisca i modi del rapporto tra dimensione giuridica e giustizia come *dinamica di base* che genera il diritto nel tempo.

Qui intendo riferirmi a entrambe le sfere semantiche che il termine "giustizia" racchiude e che individuano due aspetti del rapporto tra bisogni e protezione giuridica:

- giustizia come *questione* che interroga il diritto agendo su di esso come attribuzione dialettica di senso;

- giustizia come *complesso di strumenti* (regole, procedure, apparati, dispositivi, poteri), per gestire il punto di tenuta tra diritto e domanda di giustizia.

La lingua tedesca mi avrebbe aiutato nell'illustrazione di questa idea, poiché mette a disposizione due vocaboli diversi per le due sfere semantiche che ci interessano: *Gerechtigkeit* e *Justiz*. Le nostra lingua li riassume in uno solo: "giustizia". Tuttavia anche questa semantica addensata ci aiuta a svolgere il nostro discorso. Con giustizia infatti maneggiamo un concetto che racchiude un campo di tensione interno alla dimensione giuridica; ed è proprio questo campo di tensione che, in effetti, con la storia, possiamo riscoprire.

La storia del diritto – che guarda al fenomeno giuridico in una prospettiva non monodimensionale – può cogliere tale piano di profondità; può cogliere il gioco dialettico che lega le forme, la dinamica e il contenuto del diritto. La nostra storia del diritto può ben svolgersi come storia delle dimensioni giuridiche (e al contempo del dimensionamento giuridico) della giustizia.

Guardiamo al nostro tema. Proviamo ad applicare quest'angolazione critica; essa ci permette di storicizzare l'idea della protezione giuridica come risultato di un'*attribuzione/esercizio di un diritto* (cioè di un potere soggettivo sulla realtà). In fondo possiamo dire che nell'orizzonte degli ordinamenti statali di stampo ottocentesco, che più di altri hanno inteso produrre tutele attribuendo diritti, la giustizia intesa come *Justiz* non aveva il compito di dimensionare giuridicamente la giustizia come *Gerechitigkeit*. Questo compito, infatti, veniva assolto dal legislatore nel momento in cui aveva prodotto i diritti.

L'invenzione dei diritti come strumenti per produrre tutele giuridiche, il fatto di concepire i diritti come espressione di un *proprium* individuale che compromette la realtà, aveva come effetto il ridurre il problema del dimensionamento giuridico della giustizia nel momento politico della progettazione del diritto; ciò aveva come conseguenza quello di rimuoverlo dall'ambito giuridico.

Noi possiamo dunque rileggere la storia dei diritti da questo versante, ricostruendo i modi con cui si è realizzata tale *riduzione moderna* del problema del dimensionamento giuridico della giustizia.

Si tratta di fare una storia dei *vincoli di sussistenza teorica dei diritti*, dei loro *limiti originari*, piuttosto che della loro progressiva emersione.

Tale processo di emancipazione del diritto dal problema del dimensionamento giuridico della giustizia ha seguito strade molteplici. In questa sede vorrei fornire solo due esempi.

Il primo l'ho tratto dall'ambito di rilevanza giuridica delle pratiche ritorsive; un'area che il diritto moderno ha allon-

tanato dal mondo dei diritti e delle tutele giuridiche o ha sublimato in figure dogmatiche asettiche come la responsabilità, il risarcimento, la legittima difesa.

Ebbene, inquadrata in prospettiva storico-giuridica, la figura della *repraesalia*, tra la fine del medioevo e l'inizio dell'età moderna, ci mostra lo snaturamento di un problema di *denegata iustitia* in un problema di *ius denegatum*.

L'altro esempio è lo *ius peregrinandi*. Si tratta qui di guardare all'ambito del diritto in movimento, un ambito che è stato essenziale per la modernizzazione del diritto. In esso possiamo osservare il problema della tutela giuridica progettato *ex novo* nella prospettiva dei diritti.

2. De repraesaliis: *due grandi approcci al problema tra età medievale ed età contemporanea*

2.1. *L'approccio medievale secondo un paradigma giustiziale*

Concentriamoci dunque sul problema della rappresaglia, cioè della legittima apprensione di persone o cose di altri, ottenuta con la forza, a scopo rivendicativo di un torto subito e per ottenerne la compensazione.

Nella giustizia medievale le pratiche ritorsive operano come fattori ordinanti rispetto al problema dell'uso legittimo della violenza, ma anche della gestione della giustizia pubblica sulla composizione dei conflitti. Sottoporre la vendetta a una regolazione comunitaria significa, infatti, in una società corporativa, garantire la pace interna e quindi la conservazione del bene comune. Del resto l'*ordo iudiciarius* medievale appare complessivamente pensato per dare rilievo alla *dimensione comunitaria dell'offesa*[8].

In un tale orizzonte antropologico e sociologico è solo alla luce di una dinamica di ricomposizione dell'ordine giusto, che si può pensare la rappresaglia in termini giuridici.

Basta leggere il *Tractatus de repraesaliis* di Bartolo da Sassoferrato[9], che costituisce un luogo di sintesi prezioso per comprendere la concezione giuridica della ritorsione nel medioevo.

La rappresaglia per Bartolo è uno strumento a cui soggetti politici (*universitates* e *dominii*) ricorrono contro una ingiustizia, che non può essere contrastata altrimenti (*propter quod de iniustitiis ad superiorem non potest haberi regressus*). Un'autorità superiore alle parti coinvolte deve autorizzarla sulla base di una *iusta causa*.

L'elemento qualificante e legittimante dell'azione di rappresaglia consiste nel fatto d'essere una risposta a una situazione d'ingiustizia; essa è uno strumento che impedisce una *iustitia denegata*.

Nel mondo tardo medievale il conflitto è una minaccia all'*ordo* (oggettivamente inteso), cioè a un *bene comune*[10] indisponibile ed essenziale per la tenuta della convivenza in una "società di società"[11]. Infatti, la rappresaglia, anche quando è esercitata per risolvere problemi che a noi appaiono di natura privatistica (come ad esempio l'insolvenza di un debitore), assume sempre un rilievo pubblicistico.

La rappresaglia non si distingue, inoltre, dal punto di vista qualitativo dagli altri strumenti del *facere iustitiam*[12]. Serve a una gestione controllata del conflitto, come la *transactio in criminalibus*, la *cautio de non offendendo*. La rappresaglia oltre a corri-

spondere alle medesime istanze comunitarie, che giustificano quelle figure giuridiche, non appare fare riferimento – e questo è il punto che più ci interessa – a un diverso circuito di svolgimento della soluzione dei conflitti, rispetto alla funzione giudiziale.

2.2. *Ridefinizioni moderne della rappresaglia*

Il quadro cambia in età moderna con lo svolgersi di altre linee di pensiero come quella giusnaturalistica. Qui la ritorsione inizia a proporsi come prerogativa di un soggetto politico statale, nel quadro di una regolazione dei rapporti tra Stati attraverso lo *ius belli*. La dinamica riparatrice di cui si fa carico la rappresaglia risulta *soggettivizzata*: non consiste tanto nella riparazione dell'*ordo* (giusto) quanto nel *reintegro di un diritto negato*.

Si attua cioè una distinzione tra gli strumenti di soluzione del conflitto (le regole dello *ius belli*, la rappresaglia) e la ragione del conflitto (il diritto negato). La tutela giuridica in tale costruzione, va imputata alla titolarità del diritto negato, non al *procedimento* che lo reintegra. Quest'ultimo *non è costitutivo* della tutela, seppure ne favorisce il godimento.

Ciò corrisponde a un mutamento di contesti e di presupposti sistematici e politici nei quali si viene a inserire la pratica della rappresaglia.

Quanto ai presupposti sistematici assistiamo all'accentuazione della *premessa giusnaturalistica* (e statualistica, che presuppone una comunità d'individui uniti da un contratto sociale astrattamente pensato e non più corpi sociali messi in rete da una costituzione materiale effettivamente rilevabile) come fondamento dell'ordine giuridico, a danno della premessa tipica delle costruzioni dello *ius commune*.

Quanto ai presupposti politici va riscontrato che la ritorsione appare sempre più riferita alla *regolazione dei rapporti esterni* «inter populos diversos», nel quadro di un nuovo equilibrio geopolitico, emancipato dalla cornice universale della *Respublica Christiana*.

Certo si tratta di un percorso di lungo periodo, dove l'affrancamento dalle costruzioni medievali è lento, seppur progressivo e, soprattutto, esistono modi diversi di giustificarlo e costruirlo.

Mi limito in questa sede a considerare nella prima età moderna, il punto di vista di Ugo Grozio[13]. Il giurista olandese, infatti, dedica alcune significative pagine al tema della *repraesalia* nel suo trattato *De iure belli*.

Il fondamento, come nell'ottica medievale, è identificato nello *ius gentium* e il piano pubblicistico e privatistico restano indistinti. Tuttavia la costruzione è sensibilmente diversa: secondo Grozio, il principio che lo *ius gentium* individua riguarda il fatto che i consociati che sottostanno a un organismo politico; essendo *socii* rispondono anche per i debiti della società.

L'approccio qui è tipicamente giusnaturalistico. Sotto esame è, infatti, il *reddere ius* inteso come compito di riconoscere e soddisfare un diritto altrui, fonte di obblighi per una comunità politica, che vi risponde in solido con tutti i propri membri. Si tratta in un certo senso di una *obligatio communis* di un *mutuo ius* da soddisfare, piuttosto che di assicurare un'effettività al *facere iustitiam*.

Per Grozio il problema che giustifica l'attività della rappresaglia (la *prehensio hominum vel rerum*) non è tanto costituito, come nell'ottica medievale, dall'*iniustitia*[14], quanto piuttosto dal *denegatum ius*. Il problema non è salvaguardare l'ordine, ma corrispondere a un obbligo di rispetto della sfera di diritti altrui[15].

È opportuno riflettere su questo slittamento semantico dal campo della *iustitia* a quello dello *ius*.

Questo *ius* è inteso ancora come *iustum*, ma in Grozio nel senso di indicare (solo) ciò che *non è ingiusto*; impiegare *ius* qui significa rinviare a una idea del giusto inteso come dell'astensione dalla sfera giuridica altrui, rinvia a un non fare, piuttosto che a un'azione; e ciò «mette in risalto non l'oggettività della regola, ma la posizione del soggetto di fronte alla regola»[16]. In questo quadro l'attività giudiziale garantisce la protezione giuridica solo in chiave strumentale, non costitutiva.

Altro aspetto su cui vale la pena soffermarsi è il modo con cui Grozio costruisce il vincolo che ricade sulla vittima della rappresaglia. Esso è assoggettato in quanto *subditus*, cioè in una condizione di asservimento (*ut in servitute*) alla comunità politica cui appartiene.

Il vincolo sociale dell'appartenenza qui già non è più comunitario. La verticalità che lo caratterizza sembra presuppone l'idea di un soggetto politico unitario, lo Stato, come fonte di obblighi per i singoli componenti della società[17]. Le strutture di gruppo interne all'ordine giuridico e politico medievali perdono di rilevanza. Accanto ai diritti precostituiti, compare l'individuo astrattamente pensato come *socius*.

3. Ius peregrinandi

3.1. *Il problema della tutela dei diritti nel* pactum societatis *inteso come* pactum subjectionis

Occupiamoci ora brevemente del secondo esempio. Quello del *ius peregrinandi*. Qui per i giuristi di età moderna si tratta di operare nel nuovo ambito per le tutele giuridiche, quello dei diritti individuali.

Che tipo di relazione vi è stata tra questa attività di edificazione concettuale e il problema del dimensionamento giuridico della giustizia?

Una prima risposta consiste nell'osservare che qui il punto qualificante, non è stato, come per la rappresaglia, la sottrazione di una figura giuridica dall'ambito della giustizia, ma il costruire figure giuridiche nuove, affrancate dal problema del dimensionamento giuridico della giustizia.

Torniamo per un momento al punto del *socius* di Grozio, indicato come *subditus*: esso ci fa intravedere un attore importante della storia dell'emancipazione della tutela giuridica dalla giustizia: lo Stato sovrano. Se il nostro scopo è fare una storia dei *limiti originari* dei diritti, piuttosto che della loro emersione, non vi è dubbio che è proprio sui caratteri della sovranità, che dobbiamo concentrare l'attenzione.

Le teorie che nell'età moderna la introducono spiegano il processo della fondazione delle società civile e politica *astraendolo* nel passaggio dallo stato di natura al contratto sociale; non importa qui se sia un risultato dell'*appetitus societatis* (Grozio) o una via d'uscita dalla condizione di *bellum omnium contra omnes* (Hobbes); qui importa osservare che la costruzione che permet-

te di individuare diritti e forme di tutela, poggia su una *piattaforma astratta e astorica*.

Tale impostazione del problema è feconda di conseguenze; mi soffermo su due di esse.

Anzitutto essa rende protagonista del problema dei diritti e del potere, l'uomo come individuo, a prescindere dalla sua collocazione nel contesto delle aggregazioni sociali. È questa premessa argomentativa che trasforma il problema della *tutela giuridica della persona* in un problema di *tutela dei diritti dell'individuo*.

Inoltre tali teorie tendono a costruire il problema della tutela dei diritti come un problema di *esclusiva competenza statale*. Infatti, il *pactum societatis* degli individui è costruito come *pactum subjectionis*. La nascita della società civile e del soggetto giuridico individuale, coincide con l'assoggettamento completo della persona al potere statale: l'assolutezza di questo potere (un potere sovrano appunto) è una *precondizione* per conseguire la tutela giuridica, nella forma di tutela di diritti individuali.

La tutela dei diritti è dunque anzitutto un problema di esercizio di sovranità dello Stato o, per dirla con altre parole, la presenza della sovranità di uno Stato è la premessa indispensabile per immaginare la possibilità di tutelare diritti[18]. Anche dove si sostenga che i diritti naturali preesistono alla sovranità, la loro tutela si rende possibile solo a condizione che vi sia il *pactum societatis*, capace di assoggettare gli individui al potere sovrano.

Le dottrine sperimentate dalla Rivoluzione francese, soprattutto quelle riconducibili a Rousseau, hanno perfezionato, mettendolo in opera, questo modello di produzione di tutele giuridiche[19]. Penso soprattutto alla dislocazione soggettiva della sovranità dal Monarca assoluto al Popolo sovrano: ciò ha posto le condizioni per immaginare un processo dinamico di tutela dei diritti, che s'impernia sulla così detta *positivizzazione dei diritti naturali*, cioè sul loro riconoscimento da parte della volontà popolare (intesa sia come potere costituente sia come potere costituito (il legislatore).

Dopo la riduzione del problema della tutela giuridica in un problema di tutela dei diritti, dopo la loro saldatura con la sovranità dello Stato, l'ancoraggio al popolo sovrano ha definitivamente chiarito che l'indisponibilità dei diritti è essenzialmente un problema di opzioni politiche, non un fatto di giustizia.

3.2. Ius peregrinandi *e* ius communicationis*; una costruzione in materia* de iustitia

Sono cenni rapidi i miei, perché voglio passare a illustrare quell'esempio concreto dello *ius migrandi*, un diritto di ascendenza giusnaturalistica[20], che ha conosciuto la parabola che ho provato a descrivere.

La libertà di circolazione ancora oggi, pur in un mondo connotato da movimenti migratori di massa, appare oggetto di compressione, anche negli Stati che riconoscono a questa libertà il valore di un diritto fondamentale; su questa materia sono evidenti i gradi di relativizzazione se non addirittura di esclusione della tutela giuridica[21]. Si tratta di un dato originario che deriva proprio dal nesso inscindibile con la sovranità degli Stati, che abbiamo appena descritto.

Se però analizziamo più dall'interno il dibattito sullo *ius migrandi* in età moderna, nella fase fondativa dei diritti, possia-

mo incontrare esempi di una declinazione del principio libertà di circolazione in uno spazio costituzionale diverso, costruito senza il ricorso all'astrazione del *pactum societatis* come *pactum subjectionis*.

Qui emerge una ulteriore possibile risposta alla domanda che c'eravamo posti circa la relazione tra la configurazione concettuale dei diritti e il problema del dimensionamento giuridico della giustizia.

Proviamo a rileggere *ius peregrinandi* nel suo senso originario. La sua concettualizzazione nella storia del pensiero giuridico ha trovato un campo di svolgimento rilevante nelle teorizzazioni della seconda scolastica spagnola, in relazione ad un progetto di ordine giuridico universale. Penso in particolare a figure come Francisco De Vitoria, Domingo De Soto, José De Acosta Bartolomè de Las Casas[22].

Nella declinazione da essi proposta *ius peregrinandi* non appare un'anticipazione del diritto a emigrare, così come lo abbiamo descritto sopra e cioè un diritto alla circolazione nel quadro di un ordine internazionale fatto di Stati sovrani.

Esso non nasce dal *pactum societatis* ma si fonda sul presupposto che il peregrinare è un'inclinazione naturale dell'uomo, un diritto naturale, che poggia su un altro diritto fondamentale: lo *ius communicationis*.

Di che cosa si tratta? Di un diritto dell'uomo a relazionarsi e a costruire rapporti sociali, economici, giuridici e politici. Con *ius communicationis*[23] si afferma il rilievo giuridico di un'istanza relazionale dell'uomo che autorizza e spinge individui e popolazioni, anche di mondi diversi, a mettersi in comunicazione, promuovendo le opportune e possibili dinamiche d'integrazione (economiche, sociali, politiche). *Ius communicationis* è uno strumento attraverso il quale gli uomini danno forma nel tempo alle società in cui vivono. La libertà di circolazione qui sta alla base del momento costitutivo delle società politiche. Indica una socialità naturale che si esprime nei fatti storici, e non ha bisogno di essere riconosciuta da un potere sovrano per essere un diritto.

C'è una rilevante differenza rispetto alle teorie contrattualistiche cui facevo cenno prima: esse ricavano diritti astraendo il problema della tutela giuridica, ponendo fuori dai processi storici il momento della fondazione della comunità sociale e politica.

Nella concezione tardo-scolastica non manca certo l'opzione per una fondazione giusnaturalistica (o teologica)[24] del diritto di circolare liberamente (rispetto al quale si richiama ad esempio principio evangelico "omnia sunt communia"); tuttavia qui *ius communicationis* è considerato come un principio incarnato nella storia, che agisce di continuo negli ordinamenti sociali storicamente esistenti, contribuendo a modificarne gli assetti.

Ius communicationis e quindi *ius peregrinandi*, costituiscono in questo senso, la causa efficiente, il *presupposto storico-effettivo* (e non solo logico-astratto) della ragion d'essere degli ordinamenti sociali e politici.

Interroghiamoci brevemente sul senso di questa teoria. A un primo sguardo, possiamo individuare una relazione diretta con la politica della conquista del nuovo mondo, ma volendo svolgere una valutazione più attenta dobbiamo costatare che per De Vitoria e gli altri scolastici si trattava certo di ottenere il risultato dell'inclusione del nuovo mondo nell'ordine giuridico e politico europeo, ma era un progetto sen-

sibilmente diverso da quello che si veniva realizzando con la *Conquista*. Del resto non dobbiamo neanche dimenticare che dottrine sullo *ius peregrinandi*, nei termini a cui ho accennato, erano state svolte già De Soto per difendere il diritto dei mendicanti di muoversi liberamente nei diversi territori d'Europa[25], dunque in un contesto niente affatto legato al disegno egemonico delle potenze economiche europee sul Nuovo Mondo.

Sono dottrine, è vero, tanto inglobanti quanto unilaterali, ma non è questo che ci interessa qui considerare. Ci interessa piuttosto evidenziare che nel pensiero dei teologi tardo scolastici, più che delle valutazioni di ordine politico, è l'idea di un certo ordine giuridico *giusto*, nel quale universale e particolare convivono, a giustificare dispositivi come *ius peregrinandi* o *ius communicationis*. L'esercizio di queste libertà nel riconoscimento di questi diritti corrisponde ad una attività di determinazione della giustizia.

Qui la giustizia – o meglio il problema del suo dimensionamento giuridico – è ancora la *causa efficiente* dei diritti. Si opta modernamente per mettere in premessa i fondamenti giusnaturalistici, tuttavia l'ancoraggio al *paradigma giustiziale* è ancora necessario per questi teologi; vi sono ragioni di ordine costituzionale legate alla loro idea di un ordine geopolitico ancora universale. Vogliono estendere la *Respublica Christiana* al nuovo mondo e difenderla dalla minaccia della disgregazione in Europa a seguito della riforma protestante. Per questo non adottano la prospettiva statalista, ma hanno bisogno di conservare la piattaforma costituzionale tardomedievale delle reti giurisdizionali. È *iurisdictio* e non sovranità il loro principio guida per concepire la base costituzionale degli ordinamenti politici[26]. Con *iurisdictio* il potere politico mantiene il formato di un potere che si svolge nel quadro di un paradigma giustiziale (è attività di *ius dicere* piuttosto che di *condere legem*)[27].

Posso solo accennare a questo aspetto. Per fare sintesi, tornando al nostro tema, direi che nella Seconda scolastica la tutela giuridica viene costruita attraverso un'attribuzione di diritti a soggetti, ma ancora nel quadro di un processo di attuazione dell'*ordo* giusto.

4. *Osservazioni conclusive*

Ci siamo posti una domanda sulla fenomenologia del rapporto tra istanze di protezione e tutela giuridica; in particolare ci siamo chiesti quale risposta storico giuridica si può dare. Seppure sulla base di due limitati esempi, mi pare che l'angolazione di una storia delle dimensioni giuridiche della giustizia offra materiali utili in questo senso.

Essa indica anzitutto un *cambio d'impostazione* decisivo, quello che introduce la tutela giuridica come tutela dei diritti e la considera guardando ai limiti originari, piuttosto che alla sua performatività.

Inoltre ci mostra che tale mutamento si è attuato arricchendosi di alcuni *profili di complessità*, che appare utile considerare se, come in questo caso, il punto è esplorare gli orizzonti di possibilità del rapporto tra bisogni e protezione giuridica.

Gli esempi forniti hanno evidenziato diversi processi di emancipazione del problema della tutela giuridica da quello della dimensione giuridica della giustizia:

sottrazione di figure del *facere iustitiam* e loro riconfigurazione; temperamento del paradigma giustiziale, ponendo in premessa fondamenti giusnaturalistici o teologici; superamento del paradigma giustiziale attraverso quello volontaristico della sovranità dello Stato.

I profili di complessità non attengono, tuttavia, solo al processo di messa in opera della tutela dei diritti. Si è visto, infatti, seppure molto di sfuggita, che il nostro problema evidenzia anche dei nessi con altre importanti trasformazioni che toccano l'ordine giuridico in questi secoli: ad esempio le distinzioni tra dimensione privatistica e pubblicistica, statale e internazionale, le configurazioni costituzionali interne agli Stati moderni, quelle relative alle fonti del diritto, etc. Grandi problemi che s'intrecciano con quello della tutela dei diritti, in una proiezione cronologica di lungo periodo, fino ad arrivare allo scenario attuale.

C'è poi un aspetto che attiene alla metodologia della ricerca storico-giuridica in questo campo. Credo infatti che la storia del diritto, per mantenere la sua funzione di sapere critico[28], debba rendersi capace di svolgere prospettive ermeneutiche nuove[29], che sappiano considerare euristicamente il fattore "complessità", per la comprensione dei singoli temi storico-giuridici.

Volendo proseguire su questa linea potremmo allora aggiungere che il nostro tema ci interroga anche circa il quadro d'interazione interdisciplinare in cui si colloca la storia del diritto.

Qui penso al rilievo che possono avere le scienze sociali (come la sociologia, l'economia, l'antropologia, la storia), nonché le scienze filosofiche e letterarie. Ad esempio dal versante non giuridico si possono individuare terreni di ricerca, non immediatamente legati al tema dei diritti, ma che pure possono evidenziare: i processi sociali ed economici di emersione di domande di protezione giuridica e di giustizia; le epistemologie idonee per decifrarle (attingendo ad esempio alle riflessioni sull'ermeneutica); i campi semantici che si propongono come luoghi di ricezione di tali esigenze rivendicative (si pensi alla relazione tra diritto e letteratura); il punto di differenziazione tra forme di tutela socialmente rilevanti e quelle specificamente giuridiche (si pensi ad esempio alla complessa osmosi tra *global ethics* e diritti fondamentali); gli strumenti di veicolazione di tali processi; le (nuove) soggettività che tali esigenze esprimono; etc.

Certo si tratta di ripensare sensibilmente la costellazione dei saperi di riferimento per la storia del diritto; ma questo, a pensarci bene, è proprio il tratto distintivo, il punto di forza, di una disciplina che si fonda su una premessa epistemologica necessariamente aperta.

Anche per un tale compito il tema delle dimensioni della tutela giuridica, studiato attraverso la polarità diritti-giustizia, mi pare costituisca un oggetto idoneo.

[1] Relazione presentata al workshop *Rights, Justice, Cultural Diversity: Dynamics of Legal Protection in Times of Transition*, Frankfurt am Main 25th-26th November 2013, Max-Planck Institute for European Legal History. Una versione in lingua spagnola del presente saggio è destinata alla pubblicazione nella rivista «Forum Historiae Iuris», <http://www.forhi stiur.de>.

[2] A.H. Hespanha, *Cultura Juridica Europeia. Sintese de um Milênnio*, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 425 ss.; P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico*, Milano, Giuffrè, 2000.

[3] G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, Einaudi, 1993, pp. 10-11.

[4] C. Sotis, *Le "regole dell'incoerenza". Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Roma, Aracne, 2012; Th. Keiser, *Grundrechte als Schranken der Vertragsfreiheit in europäischen Privatrechtssystemen*, in «Die Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft», n. 2, 2013, pp. 83-101; M. Stolleis (ed.), *Herzkammer der Republik. Die deutschen und das Bundesverfassungsgericht*, München, Beck, 2011.

[5] M. Meccarelli, *Diritto giurisprudenziale e autonomia del diritto nelle strategie discorsive della scienza giuridica tra Otto e Novecento*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», n. 40, 2011, pp. 721-745.

[6] F. Ost, M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002; G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, Il Mulino, 2008; P. Grossi, *L'Europa del diritto. Uno storico del diritto in colloquio con gli storici del pensiero economico*, in «Il pensiero economico italiano», XVI, 2008, pp. 9-23.

[7] P. Cappellini, *Storie di concetti giuridici*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 1-10.

[8] M. Meccarelli, *Dimensions of Justice and Ordering Factors in Criminal Law from the Middle Ages till Juridical Modernity*, in G. Martyn *et al.* (edd.), *From the Judge's Arbitrium to the Legality Principle. Legislation as a Source of Law in Criminal Trials*, Berlin, Duncker & Humblot, 2013, pp. 49-67, in particolare p. 59.

[9] Bartolo da Sassoferrato, *Tractatus de repraesaliis*, in *Bartoli interpretum iuris civilis coryphaei, in Institutiones et Autenthenticas, commentaria, eiusdem Tracatus*, Basileae, 1562.

[10] P. Schiera, *Il Buongoverno "melancolico" di Ambrogio Lorenzetti e la "costituzionale faziosità" della città*, in «Scienza e politica. Per una storia delle dottrine politiche», n. 34, 2006, pp. 93-108; E. Lecuppre-Desjardin, A.-L. Van Bruaene (edd.), *De Bono Communi. The Discourse and Practice of the Common Good in the European City (13th-16th c.)*, Turnhout, Brepols, 2010; Cappellini, *Storie di concetti giuridici*, cit.; J. Finnis, *Human rights and common good*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2011.

[11] P. Grossi, *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 75-95; Hespanha, *Cultura Juridica Europeia* cit., pp. 91 ss.

[12] A questo proposito si vedano M. Vallerani, *La giustizia pubblica medievale*, Bologna, Il Mulino, 2005; J. Chiffoleau, C. Gauvard, A. Zorzi (edd.), *Pratiques sociales et politiques judiciaires dans les villes de l'Occident à la fin du Moyen Âge*, Roma, Ecole française de Rome, 2007.

[13] H. Grotius, *De iure belli ac pacis*, Moeno-Francofurti, 1626.

[14] Grotius, *De iure belli* cit., lib. III, caput II, n. III in fine.

[15] P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, Roma-Bari, Laterza, 1999, pp. 146-152.

[16] Ivi, p. 148.

[17] Ivi, pp. 153-160.

[18] M. Fioravanti, *Costituzione e popolo sovrano*, Bologna, Il Mulino, 1998, pp. 51-56; Id. *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, Laterza, 2009, pp. 20-24.

[19] *Ibidem*.

[20] E. Tießler-Marenda, *Einwanderung und Asyl bei Hugo Grotius*, Berlin, Duncker & Humblot, 2002; A.S. Brett, *Changes of State. Nature and the Limits of the City in Early-Modern Natural Law*, Princeton, Princeton University Press, 2011.

[21] M. Meccarelli, P. Palchetti, C. Sotis (a cura di), *Ius peregrinandi. Il fenomeno migratorio tra diritti fondamentali, esercizio della sovranità e dinamiche di esclusione*, Macerata, eum, 2012.

[22] In proposito in particolare si vedano F. De Vitoria, *Relectio De indis* (1538), edicion critica Madrid, CSIC, 1967; Bartolomé de Las Casas, *Tractado comprobatorio del imperio soberano y principado universal que los Reyes de Castilla y Leon tienen sobra las indias*, 1552, ed. anastatica in *Tratados de Fray Bartolomè de Las Casas*, México, Fondo de cultura economica, 1997, vol. II; D. De Soto, *Tractatus de iustitia et iure*, Lugduni, 1582; Id., *In causa pauperum deliberatio*, Salmanticae, 1545; J. De Acosta, *De natura novi orbis libri duo et De promulgatione evangeli apud Barbaros sive De procuranda indorum salute*, Libri Sex, Colonia Agrippinae, 1596, (Cap. XIII, lib. II, pp. 232-235); L. de Molina, *Tractatus de iustitia et iure*, Moguntiae, 1614, Tractatus II (disp. 98 e 105).

[23] M. Panebianco, *Ius communicationis totius orbis: il riproporsi dello ius gentium fra continuità e novità*, in «Roma e America. Diritto romano comune», n. 19-20, 2005, pp. 403-429; L. Scuccimarra, *I confini del mondo: storia del cosmopolitismo dall'antichità al Settecento*, Bologna, Il Mulino, 2006; G. Tosi, *La guerra giusta nel dibattito sulla Conquista dell'America*, in A.A. Cassi, A. Sciumè (a cura di), *Dalla civitas maxima al totus orbis. Diritto comune europeo e ordo iuris gobale tra età moderna e contempo-*

ranea, Milano, Giuffrè, 2007; L. Lacchè (a cura di), *Ius gentium, ius communicationis, ius belli. Alberico Gentili e gli orizzonti della modernità*, Milano, Giuffrè, 2009.

[24] L. Nuzzo, *Il linguaggio giuridico della conquista. Strategie di controllo delle indie spagnole*, Napoli, Novene, 2004; A.A. Cassi, *Ius commune tra vecchio e nuovo mondo. Mari, terre, oro nel diritto della conquista (1492-1680)*, Milano, Giuffrè, 2004; S. Langella, *Le fonti teologiche della dottrina del de bello in Francisco de Vitoria tra medioevo ed età moderna*, in A.A. Cassi (a cura di), *Guerra e diritto. Il problema della guerra nell'esperienza giuridica occidentale tra medioevo ed età moderna*, Soveria Mannelli, Rubettino, 2009, pp. 25-37.

[25] A. Brett, *Il territorio e lo ius peregrinandi: la In causa pauperum deliberatio di Domingo De Soto*, in M. Ferronato, L. Bianchin (a cura di), *Silete Theologi in munere alieno. Alberico Gentili e la Seconda Scolastica*, Padova, Cedam, pp. 293-309.

[26] M. Meccarelli, *La nuova dimensione geopolitica e gli strumenti giuridici della tradizione: approcci al tema del ius belli e del ius communicationis nella seconda scolastica*, in Lacchè (a cura di), *Ius gentium, ius communicationis, ius belli* cit., pp. 52-72.

[27] J. Vallejo, *Ruda equidad, ley consumada. Concepcion de la potestad normativa (1250-1350)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 35-259; C. Garriga, *Continuidad y cambio del orden juridico*, in C. Garriga (ed.), *Historia y constitución. Trayectos del constitucionalismo hispano*, México, CIDE, 2010, pp. 59-65; P. Costa, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale* (1969), Milano, Giuffrè, 2002; Id., *Civitas* cit.; L. Mannori, B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, Laterza, 2001, pp. 17-51.

[28] M. Stolleis, *Zur kritischen Funktion der Rechtsgeschichte*, in «Humboldt Forum Recht», n. 5, 2012; P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2005; Id., *Società, diritto, Stato* cit.; R.M. Fonseca, *Introdução teórica à história do direito*, Curitiba, Juruá, 2009.

[29] Th. Duve, *Von der Europäischen Rechtsgeschichte zu einer Rechtsgeschichte Europas in globalhistorischer Perspektive*, in «Rechtsgeschichte», n. 20, 2012; Id., *Die Justiz vor den Herausforderungen der kulturellen Diversität – rechtshistorische Annäherungen*, Einführung in die Ringvorlesung des LOEWE-Schwerpunkts „Außergerichtliche und gerichtliche Konfliktlösung", WS 2013/2014, FB 01 Rechtswissenschaft der Goethe-Universität, 7, 2013, <http://publikationen.ub.unifrankfurt.de/frontdoor/index/index/docId/29166>.

Costituzione e scrittura

ANTONIO MASTROPAOLO

> Non avrei altro modello da proporre, al custode delle leggi e all'educatore, migliore di questo, come, credo; nulla di meglio che invitare i maestri ad insegnare ai discepoli questi discorsi e quelli che si avvicinano a questi e che a questi sono simili; e se quelli incontreranno scorrendo le opere dei poeti o scritti in prosa o detti così semplicemente e non scritti, se incontreranno discorsi che siano fratelli di questi, in nessun modo li lascino sfuggire, li scrivano.
> [Platone, *Leggi* (VII, 811e)]

> Quindi, a quanto pare, è opportuno che le costituzioni di questo tipo, se vogliono imitare bene nelle misura del possibile quella vera costituzione di quell'unico che esercita il potere con tecnica, una volta stabilite le leggi, non facciano mai nulla contro quanto è stato scritto e contro le consuetudini patrie…
> [Platone, *Politico* (301a)]

Premessa

Il costituzionalismo riconosce alla scrittura delle costituzioni un alto significato simbolico. La scrittura delle regole fondamentali possederebbe cioè una sacralità che concorre ad accrescerne il valore normativo rispetto a quello delle altre regole giuridiche, siano esse scritte o non scritte[1]. Prova ne sarebbe il fatto che all'affievolirsi dell' effettività di una costituzione segue di solito un tentativo di aggiornarne la scrittura[2].

Nelle pagine che seguiranno si cercherà di ragionare sul rapporto che intercorre tra costituzione, intesa come *higher law*, e scrittura, in quanto elemento fondamentale della storia costituzionale occidentale[3]. È soprattutto in epoca moderna che, con il crescere e l'espandersi della conflittualità sociale, si è imposta l'idea della stesura di una legge fondamentale, frutto di un patto, o di un accordo, o, meglio ancora, di un armistizio[4], con cui si conclude a una stagione di conflittualità drammatica, mettendo per iscritto regole comuni volte e rinnovare la propria natura di "comunità di destini" volontariamente affermata. In precedenza, le regole fondamentali tendevano ad avere carattere di regole convenzionali e consuetudinarie che davano forma a una

costituzione intesa quale regola irriflessa, la cui effettività non era problematizzata o oggetto di contestazione. Anche qui però, osserveremo, la scrittura delle regole talvolta emergeva e si imponeva sia come gesto simbolico-sacrale, sia come strumento di razionalizzazione del diritto[5].

Nelle pagine che seguono intendiamo ricostruire anzitutto le ragioni del ricorso alla scrittura delle regole giuridiche, distinguendo la scrittura quale registrazione in nome della certezza dalla scrittura sacrale, che ha la pretesa ulteriore di fissare in modo permanente qualcosa. Sarà quindi esaminata, a titolo esemplificativo, la lunga vicenda dell'ordinamento costituzionale inglese, da sempre definita dalla letteratura scientifica come un caso di costituzione non scritta. Nel sottolineare le differenze rispetto ad altre esperienze, tale letteratura adotta per lo più una visione evolutiva e senza soluzioni di continuità, mettendo in risalto il carattere consuetudinario e non scritto della costituzione britannica, da cui deriverebbe la sua flessibilità[6]. È proprio vero, tuttavia, che la scrittura abbia un ruolo eccentrico nella tradizione costituzionale del Regno Unito? In realtà, all'osservatore che consideri in maniera più ravvicinata il ruolo dei testi scritti non può sfuggire come anche questa tradizione sia segnata dal ricorso alla scrittura "sacrale", con il compito di dettare regole di rango costituzionale chiamate di volta in volta a risolvere conflitti contingenti e a evitare conflitti futuri. Grazie appunto alla scrittura, tali regole hanno la pretesa di avere una forza differente rispetto a quelle non scritte e comunque superiore a ogni altro atto normativo[7].

1. *La dimensione magico-sacrale della scrittura del diritto*

Che l'introduzione delle scrittura rappresenti un passaggio fondamentale nella storia dell'umanità è affermazione scontata. Su di essa, e su cosa essa abbia significato per la vita associata, la letteratura è ricchissima. Come sottolinea l'antropologo Walter Ong nella sua celebre opera dedicata al rapporto tra oralità e scrittura, l'arrivo di quest'ultima non rappresentò esclusivamente una trasformazione nelle tecniche di comunicazione[8]. Essa ridisegnò le forme stesse del pensiero umano, in precedenza modellato secondo le esigenze della cultura orale[9]. La scrittura modificò l'attività cognitiva incidendo in modo indelebile sulla razionalità e sulla logica sì fra l'altro da rendere le culture che se ne dotarono dominanti su quelle orali[10].

Unanimemente gli antropologi sottolineano come la comparsa della scrittura si accompagni all'ampliarsi della dimensione collettiva. Rispetto ad altre tecniche di comunicazione e conservazione della conoscenza, la scrittura si impose dapprima per una necessità pratica di registrazione, connessa a forme di convivenza più complesse. Nella nuova e più estesa dimensione della collettività la scrittura servì inizialmente a memorizzare in maniera più stabile e affidabile che non l'oralità[11]. Solo in un secondo momento la scrittura si rivelerà utile a fini speculativi e quindi normativi, nel senso della produzione artificiale di trasformazioni della realtà.

Tra i primi a registrare, per quanto ne sappiamo, l'importanza del passaggio da una cultura orale a una cultura scritta, vi è Platone, il quale rivolse dure accuse alla scrittura tanto nel *Fedro* quanto nella *Setti-*

ma lettera e nel *Politico*[12]. Paradossalmente, tuttavia, lo stesso pensiero platonico fu risultato dell'influenza della scrittura sui processi mentali. Solo in un contesto culturale fondato sulla scrittura è possibile immaginare un pensiero in grado di speculare liberamente, superando i vincoli che costringono il corpo collettivo quando la cultura è dominata dall'oralità e maggiori energie vanno consumate per conservare il sapere passato. La scrittura ha inoltre carattere profondamente riflessivo, dovuto al tempo stesso che si richiede per scrivere su un qualche supporto. In questa prospettiva si può addirittura sostenere che tutto il pensiero platonico costituisca una critica, inconsapevole, della cultura orale mnemonica e paratattica espressa dai poeti; che il filosofo, forse proprio per questa ragione, esclude dalla *Repubblica*[13].

La contrapposizione è netta. Come dimostrano i dialoghi platonici con le loro ricostruzioni analitiche, la scrittura sembra, e in parte sicuramente è, proiettata in avanti, verso la speculazione astratta. Liberando gli esseri umani dall'onere della memoria, favorirebbe sul piano filosofico gli scopritori di cose nuove[14]. L''oralità è al contrario, almeno idealmente, rivolta al passato, alla tradizione, alla ripetizione e alla conservazione di ciò che è stato[15]. Il prezzo che si paga per aver aperto le porte della mente speculativa è però alto e in parte ribalta quest'ultima conclusione: in una cultura orale la partecipazione della comunità alla trasmissione del sapere è di gran lunga più ampia e meno rigida. Il sapere orale ha necessariamente carattere pubblico perché dipende dalla voce e dall'interazione tra almeno due soggetti, uno che parla e uno che ascolta[16]. Inoltre, tale cultura nell'esprimersi si rivela adattiva e in grado di arricchirsi di continuo di nuovi contenuti in ragione delle esigenze del presente. La cultura scritta, che in parte emancipa gli esseri umani dall'onere della memoria, crea viceversa un vincolo di adeguamento per il futuro, è uno strumento per disciplinare il mondo. A ciò si aggiunge che la scrittura, che è prima padronanza della tecnica e poi amministrazione del significato, è divenuta una forma di controllo sociale di gran lunga più stringente[17]. Solo in epoca moderna la scrittura sarà utilizzata con l'intento di diffondere la conoscenza e dunque con finalità inclusive, ma ciò avverrà con l'introduzione della stampa e l'ampliamento della scolarizzazione, che consentiranno di immaginare una partecipazione popolare alla definizione politica della comunità tramite una scrittura accessibile a tutti.

Quel che è certo è che il distacco della cultura scritta dalla cultura orale richiese tempo. Le culture orali, senza scrittura, erano scarsamente proccupate di memorizzare parola per parola. La mnemonica era imprecisa. Propostasi quale strumento di registrazione esatta e certa, una delle forme che assunse la scrittura colta nella sue prime espressioni fu quella della riscrittura[18]. L'*Iliade* e l'*Odissea* non sono state forse presentate come trascrizioni di narrazioni orali? Gli stessi dialoghi platonici non assunsero la forma di trascrizioni di dialoghi? In effetti tutta la letteratura antica fu per lo più nuova narrazione di miti tramandati, quando non imitazione dell'oralità[19]. La scrittura manteneva una tendenza strutturale propria della sua matrice: la rielaborazione di storie già note. Il mezzo mutò, ma il modello orale fece sentire ancora a lungo il suo peso[20].

In questa veste originaria la scrittura svolgeva una funzione di registrazione

e conservazione della cultura, dei testi, dei discorsi, dei simboli del passato. Ma al contempo introduceva un elemento di riflessività e artificialità. Nel momento in cui "codificava" le narrazioni orali, le rendeva inalterabili e, per quel che è possibile, eterne[21]. Nel far ciò dava vita a un linguaggio "decontestualizzato", per dirla con Ong, che si emancipava da colui che lo poneva in essere. Un testo scritto circolava senza che si potesse immediatamente discuterlo col suo autore e diveniva perciò relativamente autonomo.

Proprio per questo suo carattere metafisico, il testo scritto si legò presto alla dimensione del sacro sino ad assumere la medesima aura di incontestabilità. Ciò che esso diceva era "vero"[22], così come nella cultura orale avveniva per i vaticini e le profezie degli oracoli: in quel caso era la voce ad apparire come il tramite di un discorso il cui contenuto era stato elaborato in uno spazio sovraumano, che rifuggiva ogni forma di controllo; in questo era la fissità della scrittura ad attestarne la veridicità.

Il passaggio non fu verosimilmente indolore. È possibile almeno inizialmente una resistenza alla scrittura degli ambienti religiosi, depositari del potere di intermediazione con il divino, e conseguentemente di vaticinio. Così è testimoniato per esempio dai Galli che, quando iniziarono ad utilizzare la scrittura greca a fini contabili, incontrarono l'opposizione, dei druidi, poco disposti ad accettare la concorrenza della pretesa di verità espressa dalla scrittura[23].

Fu però la somiglianza, in tale pretesa, di oralità sacra e scrittura e che spinse probabilmente gli antichi a circondare la nascita di quest'ultima di un'aura di sacralità. In ambiente italico la si fece risalire a divinità come Saturnus, Hercules o Evander[24]. Col tempo la scrittura divenne parte dell'armamentario della classe sacerdotale, tanto che le fu riconosciuta, in ambito religioso, una funzione di tipo rituale. Essa serviva a fissare e controllare un testo profetico-religioso confuso, non immediatamente comprensibile, ma in grado di produrre effetti profondi sulla realtà una volta reso evidente[25]. La leggenda vuole che, nel segreto dell'antro cumano, la Sibylla tracciasse i suoi vaticini su foglie di palma quando erano rivolti ai singoli, mentre iscriveva le divinazioni concernenti il destino del popolo romano su rotoli che saranno poi custoditi nel tempio capitolino[26]. Fissando e bloccando le parole su supporti materiali, il valore performativo del linguaggio era rafforzato[27], nell'intento di tenere il fato sotto controllo e dominare il futuro.

Nelle narrazioni della Roma arcaica, ad esempio, il legame che si istituì tra la scrittura e il sacro fu percepito come un evento traumatico, che segnò l'uscita di Roma dalla dimensione mitica e il suo ingresso nella storia e nel vivere civile. Strumenti per governare le incertezze del futuro, i *Libri sibyllini* custodivano le "istruzioni" per risolvere le crisi che il popolo romano avrebbe dovuto affrontare nei secoli a venire, essendo essi testi sacri, la cui decifrazione era rimessa a lettori e interpreti qualificati. La loro custodia e la loro trasmissione assunsero perciò un rilievo politico fondamentale, mentre la scrittura si dimostrava un *medium* altamente selettivo, essendo la sua fruizione riservata a pochi eletti. Ciò non toglie che si sia col tempo proposta come strumento trasparente e inclusivo per la stabilità e la certezza che poteva offrire innanzi all'arbitrio, come accadde con l'esposizione pubblica delle Leggi delle

XII tavole, primo esempio romano di legge scritta messa a disposizione di chiunque.

Non occorre qui dilungarsi sull'importanza che assunse il controllo dell'autorità sacerdotale su tali testi scritti. I *Libri sibyllini*, custoditi dai sacerdoti, erano consultabili in occasione delle crisi solo previa autorizzazione del senato e la trasgressione di tale regola era punita severamente. Ma non solo i testi religiosi erano importanti. Anche l'atto dello scrivere in ambito religioso assunse importanza particolare. Non foss'altro perché i sacerdoti iniziarono a servirsene per codificare la tradizione e per lasciare memoria dei loro rituali, nonché, in una dimensione artificialista, per fissare le regole del culto[28]. Così faranno i *Pontifices* con i loro complessi rituali religiosi e così gli *Arvales*, i *Salii* e gli *Augures*[29]. È per questa via che si assistette a un progressivo distacco della scrittura dalla cultura oracolare che l'aveva prodotta, senza che se ne attenuasse la forza normativa[30].

Non era però solo la scrittura profetica a esser dotata della *mentis vis* di vincere la realtà. Anche la scrittura del diritto condivideva questa forza[31], istituendo un rapporto tra diritto, oralità e magia[32]. Sfera religiosa e sfera giuridica erano nel mondo antico un tutt'uno difficile da districare. Si ricorse alla scrittura dapprima allo scopo di conservare memoria degli obblighi reciproci che gli uomini contraevano tra di loro. L'atto giuridico, il *negotium*, delle società a cultura orale imponeva gesti simbolici sotto lo sguardo della divinità e in presenza di testimoni. Fu proprio tale ritualità a essere memorizzata dalla scrittura, richiedendo che l'atto portasse l'impronta del gesto simbolico che aveva vincolato tra di loro i contraenti. Così era avvenuto presso le popolazioni mesopotamiche, che definivano "bocca" la testimonianza riportata nella tavoletta e ritenevano che essa dovesse essere "ascoltata"[33].

L'introduzione della scrittura in questi spazi di ritualità orale non fu facile, I Romani furono restii ad accoglierla nel campo delle obbligazioni. La *stipulatio*, la forma contrattuale per eccellenza, mantenne a lungo il suo carattere orale di scambio di formule sacre e l'introduzione di forme scritte di registrazione dei contratti avvenne piuttosto tardi nel corso del basso impero. Al contrario, presso i Greci l'introduzione di registri "notarili" avvenne presto, favorendo la nascita di una nuova categoria di scrivani dipendenti dai pubblici poteri, che ne favorirono il predominio[34].

L'introduzione della scrittura nel campo del diritto è dunque segnata da stretti legami con la sfera religiosa[35]. Circondata di un'aura di sacralità, la legge è *ratio summi Iovis simul cum mente Pivina*, eterna e trascendente *ut illa divina mens*[36]. Proprio per questa sua ascendenza divina[37], la legge fu affidata alla gestione divinatoria dei *Pontifices*, che possedevano le competenze per decifrarla[38].

Il carattere già sacro del diritto orale, basato su formulari e detti privi di sistematicità, condusse dunque col tempo, come nella sfera religiosa, a attribuire un elevatissimo significato simbolico alla scrittura delle regole[39]. Almeno nelle sue forme iniziali, la scrittura di regole era intesa come trascrizione di regole discendenti dalla divinità, direttamente o per via consuetudinaria[40]. La scrittura del diritto, in quanto trascrizione di regole consuetudinarie, manteneva così un ampio residuo di oralità[41]. Permanevano in essa – o le si riconoscevano, sarebbe meglio dire – caratteri propri della cultura sacra orale, ovvero

la stessa forza performativa delle formule magico-religiose[42].

Le già ricordate Leggi delle XII tavole che, nel V secolo a.C., furono la prima redazione scritta di leggi romane, replicando il modello delle Leggi di Solone[43], almeno secondo una tradizione riportata da Livio e da Cicerone[44], esemplificano gli stretti legami tra scrittura, sacralità e diritto[45]. Tali leggi altro non erano che la trascrizione di antichi *mores*[46], voluta dalla plebe, all'inizio dell'età repubblicana, per contrastare gli abusi nell'amministrazione della giustizia commessi dai patrizi[47]. Come ogni altro testo sacro, esse erano destinate a non subire variazioni di sorta e ad essere esposte in pubblico[48]. Lo stesso Cicerone ricordava che le Leggi delle XII tavole venivano imparate dai bambini *uti carmen necessarium*[49]. Del resto la loro stessa formulazione aveva i caratteri di una prosa ritmica[50].

L'intenzione politica con cui furono redatte quelle leggi era ancora di garantire la certezza del diritto[51]. La loro scrittura le avrebbe rese "indiscutibili" e perciò vere[52]. Questa ambizione politica è innegabile e ispirerà ogni successivo tentativo di stabilire regole attraverso la scrittura. Con il trascorrere del tempo, tuttavia, il significato delle Leggi delle XII tavole divenne più incerto e di più difficile intendimento e di nuovo nella piena disposizione dei suoi interpreti autorizzati: i sacerdoti[53]. Restò fermo per contro il carattere di sacralità che si era addensato intorno alla loro "scrittura". Anche quando era solo ricognitivo di regole trasmesse dalla tradizione, il momento della scrittura aveva la pretesa, oltre che di fissare il passato, di controllare e orientare il futuro. Anche se la scrittura, per il suo stesso carattere artificiale e riflessivo, modificava il contenuto delle regole, ovvero introduceva nuovi elementi regolativi che superavano il passato, pur non prescindendone.

Non è forse possibile connettere a questa origine antica anche alcune caratteristiche del diritto nella sua veste moderna e finanche contemporanea? Basta, per rispondere affermativamente, ricordare il ruolo che la scrittura, con la sua artificialità, ha assunto nel passaggio dalla concezione medievale della legge come costume immemorabile, radicato nella tradizione – espressione di una legge naturale superiore, che può essere scoperta, ma non creata – alla concezione moderna della legge quale atto politico posto coscientemente e registrato in forma scritta[54].

2. *La scrittura delle costituzioni in epoca moderna*

Il carico di significati magico-sacrali proprio della scrittura del diritto nel mondo antico non è affatto destinato a decadere in epoca moderna, specie riguardo ai momenti costituenti, quando sono elaborate le regole fondamentali di un ordinamento[55]. A partire dal XVIII secolo le costituzioni sono essenzialmente costituzioni scritte[56]. In quanto tali sono prodotto degli eventi che le hanno precedute[57], ma c'è motivo di ritenere che si giovino della forza simbolica ancestrale propria della scrittura magico-sacrale[58], che contribuisce a conferire loro sia la capacità performativa in grado di superare la "crisi", sia una forza normativa tale da prevenire e regolare eventuali crisi future[59].

Differentemente però dal mondo antico, la scrittura, almeno a partire dal XVII

secolo, non è più uno strumento che cristallizza, almeno temporaneamente, le regole della convivenza e ne attribuisce la custodia a interpreti legittimi in grado di imporsi come i custodi della comunità e di fatto i suoi controllori. La scrittura del diritto assume piuttosto una funzione egualitaria, poiché diviene prima di tutto strumento di trasparenza costituzionale che rende il diritto conoscibile dalla collettività, chiamata a leggere, comprendere e riconoscersi nel testo scritto[60]. È la domanda di certezza in nome dell'eguaglianza che sembra prevalere su ogni altro aspetto[61].

Così fu per la costituzione americana, così per le costituzioni francesi[62]. E questa fu anche l'ambizione di quei documenti che furono in Inghilterra gli antesignani più prossimi delle costituzioni rivoluzionarie: l'*Agreement of the People* (1647-1649) e l'*Instrument of Government* (1653). Il primo era un progetto di costituzione per un nuovo ordine che doveva scaturire dalla rivoluzione. Il secondo ebbe una portata più limitata e si impose come riforma del precedente assetto costituzionale. Entrambi furono elaborati – e scritti – proprio in quel paese che oggi è considerato l'emblema dei sistemi a "costituzione non scritta". Vale la pena quindi considerare in quali circostanze storiche questi documenti furono predisposti in cerca di ricorrenze con le pratiche più antiche.

L'*Agreement of the People* fu discusso nell'ambito dei dibattiti che ebbero luogo a Putney nell'autunno del 1647 verso la fine della rivoluzione, sotto l'influenza delle idee più radicali espresse dal movimento dei *Levellers*. Cosa finora inedita, esso si presentava come un progetto – scritto, appunto – di costituzione fondato sulla volontà popolare. Contro ogni minaccia di potere arbitrario esso avanzava l'idea di un patto da sottoscrivere in quel momento storico dal popolo inglese. Esso per la prima volta disegnò l'immagine di una comunità di popolo, fondata sulla libertà individuale e sul diritto dei cittadini di partecipare al governo, di cui il Parlamento avrebbe dovuto essere portavoce e giammai tiranno[63].

Pur rivelatosi, com'è noto, fallimentare, il progetto dei *Levellers* appartiene a pieno titolo alla vicenda del costituzionalismo moderno, alla luce della sua ambizione di decretare atttraverso la scrittura il superamento della costituzione precedente, considerata ormai inadeguata, e verso la quale era venuta meno ogni deferenza. Il progetto di riforme costituzionali contenuto nell'*Agreement* indicava nell'esercito di Cromwell, il *New Model Army*, al contempo testimoniando la stringente analogia tra sfera religiosa e sfera politica: i principi organizzativi delle sette cui i *Levellers* appartenevano, in particolare l'idea di *covenant*, ovvero di patto religioso, ne erano la trama di quel testo[64], che voleva dar luogo a una nuova costituzione fondata sul pieno riconoscimento dei diritti e delle libertà degli inglesi.

Accompagnava il testo dell'*Agreement* un appello rivolto al *freeborn people of England* che ne chiariva la portata costituzionale. Tale appello rivendicava la necessità di redigere per iscritto un patto allo scopo di fissare i diritti naturali del popolo poiché: «No Act of parliament is or can be unalterable, and so cannot be sufficient security to save you or us harmless from what another parliament may determine if it should be corrupted»[65]. L'ambizione dei *Levellers* era di sottoscrivere una costituzione destinata a durare, espressione di un artificialismo innovativo, ma impregnato dai princi-

pi del diritto naturale. La forma scritta era la strada per raggiungere l'obiettivo[66].

Redatto nel dicembre 1653, il successivo *Instrument of Government* è ancor oggi ricordato come la prima vera costituzione scritta della storia moderna. Esso coronava una serie di riforme avviate dopo l'esecuzione di Carlo I, che intendevano rimuovere per via parlamentare le istituzioni della tradizione e che si inserivano in un processo di rinnovamento "legale", e formalmente non rivoluzionario, dell'ordinamento costituzionale. Il 6 febbraio, immediatamente dopo la monarchia, fu abolita l'*House of Lords*. Ancora pochi giorni e fu approvato un *Act* con il quale si cambiava il nome di *King's Bench* in *Upper Bench* e poi un atto con cui si sostituiva la parola "re" nei documenti pubblici con la formula, ricca di significato, di *Keepers of the Liberties of England*. Il 13 febbraio le funzioni del re furono attribuite a un Consiglio di stato composto da quaranta membri, di cui trentuno parlamentari, e il 10 marzo il Consiglio elesse il suo primo presidente. Il 19 marzo fu approvato un *Act* con cui si dichiarava che l'Inghilterra era *a Commonwealth or Free-State*. Il 15 dicembre del 1653, superando le resistenze del Parlamento, Cromwell giurò come *Lord rotector* e fu pubblicato l'*Instrument of Government*. Il suo autore era quello stesso John Lambert, generale del *New Model Army*, che nel 1647 aveva redatto le *Heads of Proposals*, che delineavano una riforma costituzionale moderata e alternativa al progetto radicale dell'*Agreement*.

Guardando indietro si può perciò legittimamente sostenere che l'idea di "scrivere" una costituzione e "codificare" un insieme di norme giuridiche regolative della convivenza collettiva nascesse in quei frangenti e che le prove generali di una codificazione costituzionale si fecero proprio nella patria della costituzione non scritta. Oltre che frutto della visione del legame tra gli uomini maturata negli ambienti riformati[67], e degli intenti di razionalizzazione dell'apparato decisionale del *Rump Parliament*[68], questa idea corrispondeva a una concezione antica della scrittura delle leggi.

Le parole più usate per indicare una costituzione scritta erano: *covenant*, *agreement*, *instrument*, *model*, *paramount law*[69]. Con essa si voleva superare l'idea di una costituzione consegnata dalla tradizione, non più ritenuta in grado di regolare una società in profonda trasformazione. È un'idea, quest'ultima, persistente anche quando il progetto assunse le forme più smussate, ma pur sempre artificialiste, sia delle *Heads of Proposals*, sia dell'*Instrument*[70].

Di fronte alla crisi politica, costituzionale, sociale che aveva investito il paese, e provocato una drammatica guerra civile, culminata nell'esecuzione del sovrano, le nuove condizioni del vivere comune andavano messe per iscritto, istituendo una norma in grado di dare un futuro pacifico alla vita dello Stato. Saranno poi la costituzione francese e quella americana del secolo successivo, sotto l'influenza del pensiero illuminista, a imprimere definitivamente al costituzionalismo moderno la sua veste inclusiva, tramite un patto fondativo, ovvero un impegno, volto a garantire i diritti e le libertà individuali insieme alla separazione – e limitazione reciproca – dei poteri[71]. Solo in quest'ultima prospettiva le costituzioni scritte moderne rappresentano una rottura di continuità e assolvono ad una "funzione polemica di negazione del passato"[72].

L'idea di una scrittura che razionalizza le regole più alte della vita collettiva trove-

rà un'esemplare formulazione esplicita nel 1803 in America nella sentenza *Marbury vs. Madison* redatta dal *Chief Justice* John Marshall. Il testo è noto ai costituzionalisti, perché è con esso che si vuole sia stato introdotto negli Stati Uniti il giudizio di costituzionalità sulle leggi[73]. In questa sede conviene citarlo per come argomenta la superiorità della *written constitution*.

La premessa filosofica da cui muovono le parole di Marshall è che esista un diritto originario del popolo a fissare "for their future government, such principles as, in their opinion, shall most conduce to their own happiness". L'esercizio di un tale diritto costituisce un grande "sforzo" dal carattere necessariamente straordinario che "nor can it nor ought it to be frequently repeated". E poiché si tratta di principi fondamentali e tendenzialmente permanenti, decisivo per Marshall è il ruolo della scrittura:

> The powers of the legislature are defined and limited; and that those limits may not be mistaken or forgotten, the constitution is written. To what purpose are powers limited, and to what purpose is that limitation committed to writing.

La supremazia della costituzione è fondata sul metodo della codificazione costituzionale e quindi proprio sul fatto che la costituzione è scritta. L'alternativa, secondo Marshall, sta tra il considerare la costituzione come norma superiore e immodificabile con mezzi ordinari o considerarla come una legge ordinaria e quindi modificabile. Se si dovesse accogliere questa seconda impostazione, allora la scrittura sarebbe superflua: "written constitutions are absurd attempts, on the part of the people, to limit a power in its own nature illimitable". Ma la costituzione vuole essere una norma superiore:

> certainly all those who have framed written constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation, and consequently the theory of every such government must be, that an act of the legislature repugnant to the constitution is void.

In quanto tale, la costituzione deve essere un documento scritto:

> this theory is essentially attached to a written constitution, and is consequently to be considered by this court as one of the fundamental principles of our society.

Le parole e l'argomentazione di Marshall hanno toni tutt'altro che radicali e anzi sembrano voler ribadire concetti su cui non poteva esservi disaccordo[74]. In ogni caso, è proprio sulla scrittura che si fonda la supremazia della costituzione, la quale – conviene forse ricordarlo – essendo espressione di un diritto originario a darsi regole fondamentali e permanenti, non solo per Marshall va scritta, ma non va neppure cambiata con troppa disinvoltura[75].

3. *Il ruolo della scrittura nella costituzione inglese*

Nella ricostruzione corrente dell'esperienza costituzionale inglese si sottolinea di regola l'assenza di una testo fondamentale scritto[76], oltre al sostanziale rifiuto del diritto romano come modello giuridico[77]. Non si vuol sostenere così che una costituzione manchi, ma che essa ha connotati differenti rispetto alle successive esperienze americane e continentali e che un diverso ruolo nella definizione dell'ordinamento è riconosciuto a consuetudini, convenzioni e finzioni giuridiche[78].

Si afferma quindi che la costituzione inglese avrebbe carattere essenzialmente consuetudinario ed evolutivo[79] e che la sua portata normativa sarebbe effetto in primo luogo del suo radicamento nel tempo[80]. Rispetto alle costituzioni rivoluzionarie parrebbero delinearsi due modelli di costituzione contrapposti: uno storico e uno astratto, una costituzione spontanea e organica e una costituzione riflessa e artificialmente costruita. Sarebbe caratteristica propria della costituzione inglese un processo evolutivo e adattivo per il quale «la novità di ogni idea e di ogni istituto… consiste, in tempi diversi e successivi, nel grado diverso e relativo di perfezione»[81]. Le costituzioni rivoluzionarie viceversa sottolineano la rottura con il passato, la soluzione di continuità, l'assoluta assenza di legami con la storia precedente[82].

Ma ciò non è rispondente al vero, perché pure la costituzione inglese riconosce un ruolo a documenti scritti di valore indiscutibilmente costituzionale[83]. Come altrove, in nome della certezza, nei momenti in cui si sono accesi conflitti sociali e si sono aperte fratture politiche profonde, che non sono mancati sebbene la storiografia, specie quella evolutiva di impronta *whig*, li abbia spesso sottovalutati[84], si è fatto ricorso alla scrittura.

Il rapporto tra testi scritti, consuetudini, convenzioni e interpretazioni nel caso inglese è di più difficile intendimento. La mancanza di un testo costituzionale unitario, gerarchicamente sovraordinato, impone di definire in termini funzionali – anziché in termini formali – ciò che è parte dell'ordinamento costituzionale[85]. Così un atto scritto, una consuetudine o una convenzione sono considerati in ragione di ciò che prevedono, piuttosto che in considerazione dei caratteri formali che li distinguono dalle leggi ordinarie. Ciò non toglie che una costituzione in Inghilterra esista. Come rilevava Albert V. Dicey, alla fine del XIX secolo, sono parte della costituzione inglese «all rules which directly or indirectly affect the distribution or the exercice of the soverign power in the state»[86]. A ben pensarci, tuttavia, un simile modo di intendere la costituzione è non troppo distante da quelle riflessioni che, nei sistemi a costituzione codificata, hanno dato rilievo alla vita concreta del sistema costituzionale e alle norme non scritte[87].

Le costituzioni in forma di codice assolvono normalmente a tre funzioni: creare le istituzioni dello Stato, disciplinarne il funzionamento e regolare i rapporti tra esse e i cittadini[88]. Ma ciò non ne esaurisce il compito, perché esse fissano, esplicitamente o implicitamente, anche obiettivi ulteriori, esprimendo una qualche idea di "buon governo", condizionata sia dal contesto sociale e politico entro cui è stato esercitato il potere costituente, sia dalle pratiche successive alla sua entrata in vigore. Le costituzioni sono perciò anche un prodotto della politica, specie se la intendiamo, in senso platonico, come arte della tessitura[89]. Una definizione che tenga conto di questa duplice dimensione strutturale e funzionale lascia ovviamente spazio a ampie zone d'ombra. Nel caso inglese ciò fa sì che si sostenga ancor oggi, non a torto, che la costituzione britannica è indeterminata, perché non tutte le sue regole sono chiare e direttamente desumibili da un testo scritto unitario; che è indistinta, perché le leggi di rilievo costituzionale non hanno elementi formali che le distinguano dalle altre leggi: che è infine flessibile, perché non esiste nulla che non possa essere mutato dal Parlamento con un

suo atto ordinario[90]. Sono nodi, questi, che secondo alcuni potrebbero essere sciolti da una codificazione costituzionale[91].

Val in ogni caso la pena rileggere alla luce di queste considerazioni, seppure per sommi capi, le tappe salienti dell'evoluzione costituzionale inglese, ponendo in risalto, attraverso la selezione di alcuni testi di rilievo costituzionale[92], il ruolo che la scrittura vi ha assunto. Anche la storia inglese non manca di soluzioni di continuità e anche in essa si è sentito perciò il bisogno di ricorrere alla forza della scrittura come strumento per risolvere le crisi politiche e per regolare in modo "certo" i successivi sviluppi costituzionali.

Il concetto da cui si dipana l'esperienza costituzionale inglese è comune anche ad altri paesi europei nel corso del Medioevo: l'equilibrio fondato sulla distinzione tra *gubernaculum* e *iurisdictio* instauratosi dopo la conquista normanna. Nello spazio del *gubernaculum*, com'è noto, il re governava il reame da solo. Unico vincolo alla sua volontà era la legge divina, la cui violazione non era però sanzionabile. Il sovrano era soggetto solo alla *vis directiva* del diritto naturale[93]: in tal senso doveva "governare bene", anche se non esistevano strumenti per far sì che ciò avvenisse[94]. Nell'ambito della *iurisdictio*, viceversa, il potere del re incontrava un limite invalicabile nel diritto positivo, da cui era vincolato sulla base del patto feudale. Le sue Corti di giustizia, compreso il Parlamento, erano chiamate a proteggere i diritti feudali sulla base della legge e non della sua volontà.

L'atto scritto attraverso cui furono fissati in modo chiaro i limiti della prerogativa regale, della sfera del *gubernaculum* rispetto alla *iurisdictio*, è solitamente ravvisato nella *Magna Charta* del 1215 e nelle successive *Confirmatio Chartarum*[95]. Pure quest'atto, considerato da tutti fondamentale tanto nella storia costituzionale occidentale quanto nella specifica esperienza costituzionale inglese, fu appunto il prodotto di uno scontro politico. In una situazione di forte conflittualità tra re, impegnato ad ampliare la sfera del *gubernaculum*, e baroni, preoccupati di tutelare i propri diritti feudali, si decise di mettere per iscritto le regole consuetudinarie che avevano disciplinato sino a quel momento i reciproci rapporti e che ora sembravano in pericolo. Si tratta, secondo la tradizione consolidata della scrittura delle regole giuridiche, di un testo ricognitivo, che fu però, inevitabilmente, occasione per introdurre elementi di novità nell'ordinamento. Una delle novità più interessanti è costituita dall'art. 61, il quale prevedeva una sorta di tribunale chiamato a giudicare delle violazioni della *Charta*.

La "Commissione di resistenza", composta da 24 baroni insieme al *Lord Mayor* di Londra, aveva il compito di fare la guerra al sovrano nel caso in cui avesse violato il patto[96]. Le lotte intorno a questo documento culminarono nel 1297 nella *Confirmatio Cartarum* di Edoardo I, che sancì l'impegno definitivo del monarca a rispettare gli impegni presi con la versione del 1225, oltre che a leggerne il testo due volte l'anno innanzi al popolo. Contestualmente fu approvato lo Statuto *de tallagio non concedendo* con cui si stabiliva che ogni contribuzione dovesse essere adottata con l'assenso del Parlamento.

Fu di nuovo un atto scritto come l'*Act of Supremacy* del 1534, approvato sotto il regno del Enrico VIII, a segnare il distacco dalla dimensione universalistica dell'ordinamento medievale fondata sul rapporto tra

Chiesa e Impero. Ma furono gli eventi che seguirono a porre le premesse dello sviluppo costituzionale moderno. Nuovamente in un contesto di forte conflittualità costituzionale tra il re, intenzionato ad espandere la propria autonomia decisionale, e il Parlamento, preoccupato di tutelare le proprie prerogative, il richiamo alla forza della scrittura assunse particolare valore salvifico[97]. Così, attraverso l'opera di interpretazione di eminenti giuristi – basti ricordare la figura di Edward Coke – la *Magna Charta* si trasformò da strumento di garanzia dei diritti feudali in fondamento dei diritti e delle libertà inglesi contro ogni forma di arbitrio. Fu quindi presentata e accettata la *Petition of Right* del 1628[98], che rivendicava "a fundamental propriety in his goods and a fundamental liberty of his person". In essa si lamentavano anche le violazioni dei diritti avvenute in passato, ma soprattutto si stabiliva che tali violazioni non potevano costituire un precedente legale. Con lo stesso spirito saranno approvati, dopo la rivoluzione, l'*Habeas Corpus Act* del 1679, che ribadiva la garanzia medievale del suddito contro gli arresti arbitrari, e il *Bill of Rights* del 1688, che, ponendo un limite al potere del re, dichiarava i diritti e le libertà dei sudditi[99].

Il principio costituzionale che si consolidò in questo modo è quello della *rule of law*, del "dominio della legge"[100], la supremazia di quest'ultima tanto sul re, quanto sul Parlamento, seppure con un significato in parte diverso da quanto avverrà sul continente con la nozione di stato di diritto[101]. Nella ricostruzione di Coke la legge non era il prodotto della volontà di una maggioranza parlamentare, ma le *Houses* si limitavano a dichiararne il contenuto e a ricordarla attraverso atti scritti. Sarebbe stata, quest'ultima, peraltro la funzione originaria dell'Assemblea degli Ottimati, precedente l'invasione normanna e antenata del Parlamento[102], la quale svolgeva questo compito in quanto Alta e Autentica Corte di giustizia, la cui funzione era redigere testi in armonia con la *common law*[103].

Lo spazio di intervento era apparentemente circoscritto. Al più le *Houses* colmavano lacune, in forma suppletiva con lo strumento degli statuti, così come il re interveniva con l'*equity*. I diritti non erano perciò riconosciuti dalla legge in via generale e astratta, ma erano protetti dai giudici in base alla *common law* e in base agli atti del Parlamento che la ricordavano[104]. Naturalmente l'intervento del Parlamento attraverso lo strumento della legge era destinato a creare una competizione con i giudici nella garanzia delle libertà. Fu proprio il *Bill of Rights* del 1688[105], un documento scritto, che secondo i suoi redattori era solo ricognitivo di diritti originari[106], che, al termine della Gloriosa rivoluzione, impose una serie di limiti al potere del sovrano, assegnando al Parlamento il controllo delle finanze ed escludendo il re dall'amministrazione della giustizia. Tale atto riconosceva tra le altre cose la libertà di parola e di discussione in Parlamento, il diritto di petizione, oltre a prescrivere elezioni regolari. Il testo riproponeva in forma di legge il documento con cui a Maria e Guglielmo d'Orange erano stati invitati a divenire sovrani inglesi al posto di Giacomo II.

L'importanza delle *Houses* in ogni caso cresceva. Un altro principio legato al primo prendeva forma: la *Supremacy of Parliament*. È già negli scritti di Coke che troviamo espressa l'idea di una distinzione tra lo *ius dare* e lo *ius dicere*, tra l'approvare una legge nuova e il dichiarare una legge vecchia[107].

Sono di nuovo atti scritti che hanno accompagnato questa evoluzione a partire dalla rivoluzione. Dapprima furono approvati i diversi *Triennial Acts* (1641, 1664, 1694), sulla frequenza e durata dei Parlamenti, e successivamente l'*Act of Settlement* (1701), con cui il Parlamento regolò per la prima volta la successione del re, escludendo i "papisti" dal trono, mentre confermò l'istituto dell'*impeachment* nei confronti dei ministri, così chiamati a rispondere individualmente del loro operato. Fu poi il *Septennial Act* (1716) che prolungò la durata dei Parlamenti da tre a sette anni, sottraendola alla discrezionalità del re. Su queste basi, tra '600 e '700 si affermò il "dogma" dell'onnipotenza delle *Houses*, per il quale il Parlamento può far tutto tranne che trasformare l'uomo in donna, secondo la celebre espressione attribuita a Jean Louis De Lolme[108].

A partire da queste riforme, emblematicamente "messe per iscritto", e anche attraverso ulteriori trasformazioni costituzionali che non furono accompagnate dall'approvazione di testi scritti, si configurò una monarchia costituzionale dualista. Prese in special modo forma il principio costituzionale della "separazione dei poteri". Sotto l'influenza della cultura rinascimentale, l'idea del *King in Parliament* assorbì l'antico tema dello Stato misto, come strumento di equilibrio e di stabilità, che prese poi, per la prima volta, nei *Due trattati sul governo* di Locke, la forma garantista del principio di separazione dei poteri, successivamente formalizzato e diffuso in Europa da Montesquieu con il capitolo "Della Costituzione dell'Inghilterra" dell'*Esprit des lois*.

Negli anni che seguirono la Gloriosa Rivoluzione il potere di direzione politica si ripartì tra monarchia e Parlamento, legittimati a governare da fonti diverse: la prima dalla tradizione nazionale e il secondo dal popolo. Al re spettava il potere esecutivo e la prerogativa, mentre al Parlamento toccava il compito di fare le leggi. Si instaurava un sistema di pesi e contrappesi, il re partecipava al potere legislativo e il Parlamento votava le imposte. Per il potere giudiziario vale un discorso a parte poiché la sua separazione fu riconosciuta con un atto – scritto – di rilievo costituzionale quale l'*Act of Settlement*, che nel 1701 sancì l'inamovibilità e l'indipendenza dei giudici delle corti di giustizia, *quam diu se bene gesserit*.

La tappa successiva nella trasformazione della forma di governo fu raggiunta quando l'esecutivo da collegio dei consiglieri di Carlo II – *Cabal* – si trasformò in organo distinto – *Cabinet* –, presieduto da un Primo ministro nominato dal re e politicamente responsabile per i suoi atti davanti alla Camera dei comuni, che gli concedeva la fiducia e poteva revocargliela. Ciò avvenne attraverso l'evoluzione del principio di origine medievale secondo cui il re non può sbagliare, che proprio al tempo della rivoluzione aveva assunto nuovo significato: non più che il re non può violare la legge, ma che tale violazione non può essere considerata atto del re ed è piuttosto responsabilità dei membri del Consiglio Privato, come mostrano i grandi processi per alto tradimento a partire dal terzo decennio del '600[109].

La responsabilità dei consiglieri del re si era già delineata a partire dall'*Act of Settlement*, che stabiliva che l'esercizio delle prerogative regie dovesse avvenire all'interno del Consiglio privato e che tutte le decisioni dovessero essere firmate dai suoi membri. Altre convenzioni nel contempo si svilupparono: il principio di insindaca-

bilità degli *interna corporis acta*, che sanciva l'insindacabilità degli atti compiuti dal Parlamento, e la fine del veto reale, inteso come rifiuto di apporre il sigillo alle leggi del Parlamento[110]. A partire dal *Succession to the Crown Act* del 1707[111], nell'ambito del *Privy Council*, si formò invece un collegio più ristretto, composto dai consiglieri titolari delle competenze più rilevanti, embrione del *Cabinet*, col compito di adottare le più importanti decisioni di governo. L'assenza del re dalle sedute – a partire dall'ascesa al trono di Giorgio I Hannover – divenne anch'essa convenzione costituzionale. In questo modo il Primo Ministro acquisì una posizione di raccordo tra re e Comuni, anche se solo successivamente la carica fu affidata all'esponente di maggior spicco o dei *Tories*, o dei *Whigs*.

Gli atti dell'esecutivo erano ancora di competenza regia: il re doveva acconsentirvi, anche se, in caso di mancato consenso, i ministri potevano minacciare le dimissioni e il Parlamento poteva appoggiare la loro posizione. In questa fase ancora non era tuttavia configurabile una responsabilità collegiale e politica dell'organo, ma solo una responsabilità giuridica dei singoli. Perché un esecutivo, distinto dalla Corona e legato da un rapporto di fiducia con il Parlamento, prendesse forma occorreva che fosse compiuto un ulteriore passo verso la collegialità e il carattere politico della responsabilità[112].

Il processo, durato circa un secolo, con cui l'esecutivo si distaccò dal re e il potere decisionale si spostò entro il rapporto fiduciario sviluppatosi tra *Cabinet* e Parlamento, dando luogo a un modello monista, caratterizzato da istituzioni direttamente o indirettamente legittimate dal corpo elettorale, senza dubbio si fondò molto più su convenzioni che su atti formali[113]. Ma a funzione della scrittura si era tutt'altro che esaurita. Non casualmente rivivrà tra fine '700 e inizio '800, negli anni della Rivoluzione francese e delle guerre napoleoniche, quando il ricorso alla legislazione scritta crebbe esponenzialmente. Sostenuta sul piano filosofico da pensatori come Jeremy Bentham e John Austin[114], tale legislazione servì a introdurre grandi riforme legislative in sintonia con l'evoluzione socio-economica del paese[115], le quali entrarono in concorrenza con il principio coevo del *Judge made Law*, affermatosi nell'ambito della *common law* contro gli orientamenti precedenti, che ritenevano che il giudice, anziché produrre legge, dovesse limitarsi a correggere le cattive interpretazioni[116].

Ciò malgrado, le trasformazioni della forma di governo, influenzate delle modalità e dai tempi dell'allargamento del suffragio, avvennero consolidando convenzioni costituzionali non scritte. Nonostante i profondi conflitti sociali che segnarono il XIX secolo, lo sviluppo di quello che verrà poi chiamato il 'modello Westminster' ebbe un andamento progressivo. C'è da presumere che il processo sia stato adeguatamente governato dalle classi dirigenti, che non sentirono il bisogno nemmeno di sanzionare per iscritto la ridefinizione dei rapporti tra Parlamento e esecutivo: quella revisione che fece del secondo, stando a una celebre definizione, "the leading committee of Parliament".

In compenso, fu proprio la scrittura a accompagnare a livello costituzionale l'introduzione di principi che si stavano diffondendo negli altri paesi europei attraverso le costituzioni codificate e le consuetudini e convenzioni che si sviluppavano a partire da esse[117]. In particolare,

furono proprio le riforme "scritte", denominate *Representation of the People Act*, susseguitesi dal 1832 al 1928, che sancirono l'evoluzione democratica del sistema. Tali *Acts*, che estesero progressivamente il diritto di voto, favorirono la politicizzazione delle contesa elettorale, fondata non più su contrapposizioni tra notabili, ma tra partiti e programmi politici. In pari tempo, i partiti vennero strutturandosi su scala nazionale, dandosi non solo dei programmi, ma anche una disciplina interna[118].

Col nuovo secolo invece, fino all'inizio del XXI secolo, per introdurre alcune importanti innovazioni di ordine costituzionale nel XX secolo e nella prima parte la scrittura verrà utilizzata largamente, accompagnando sia la nascita, sia oggi forse la crisi, del cosiddetto Stato costituzionale. Nella storia costituzionale del Regno Unito le due guerre mondiali, e l'ingresso nella Comunità e quindi nell'Unione europea sono stati momenti altamente drammatici nei quali il ricorso alla scrittura è apparso di nuovo necessario, revocando in dubbio il carattere non scritto della costituzione inglese.

Con il *Parliament Act* del 1911 (cui seguì poi quello del 1949) la Camera dei Lords fu privata del potere di veto sulle leggi di spesa, in omaggio al principio '*no taxation without representation*', riconoscendole esclusivamente un veto sospensivo sui *Public Bills*. Con lo stesso *Act* fu ridotta la durata massima della legislatura parlamentare da sette a cinque anni. Nel 1920 fu approvato il *Government of Ireland Act*, che sancì l'indipendenza dell'Eire, consentendo del pari la creazione di istituzioni di autogoverno locale in Irlanda del nord. Nel 1931 fu approvato lo *Statute of Westminster*, che mitigò il principio della sovranità parlamentare, ponendo vincoli al potere di legiferare per i *dominions* e poi per i paesi del *Commonwealth*. Nel 1937 il *Ministers of Crown Act* riconobbe la carica di *leader* dell'opposizione, attribuendo al suo titolare uno stipendio e legittimando di fatto la funzione costituzionale dei partiti. Nel 1947 Il *Crown Proceedings Act* rimosse l'immunità della Corona, consentendo di chiamarla in giudizio a titolo di responsabilità civile, mentre il *Life Peerages Act* del 1958 ha abolito il principio secondo cui solo pari ereditari, al di fuori di quelli di diritto e dei vescovi, possono sedere alla Camera dei Lords. L'*European Communities Act* del 1972 ha vincolato l'azione del Parlamento imponendo la diretta applicabilità delle norme comunitarie e di fatto ha attribuito una preminenza alla legislazione comunitaria. Nel 1975 il *Referendum Act* ha stabilito la possibilità di indire referendum a livello nazionale su questioni di particolare importanza. A livello europeo l'approvazione dell'Atto unico europeo nel 1986 ha inciso anch'esso sulla costituzione tramite l'ampliamento in sede europea del ricorso al voto a maggioranza qualificata. Ulteriori trasformazioni sono avvenute con la *devolution* a favore della Scozia, del Galles e dell'Irlanda del Nord dove sono state istituite autonome assemblee legislative[119], mentre lo *Human Rights Act* del 1998 ha incorporato nel diritto interno i diritti dell'Europa comunitaria.

È comunque nell'ultimo decennio, quando il Regno Unito ha stretto considerevolmente i suoi legami con l'Europa, e quando sono emerse tensioni centrifughe ne hanno messo in discussione l'unità, che si è assistito a un'ulteriore crescita del ricorso alla scrittura per "fissare" regole costituzionali contese o per introdurre riforme ordinamentali. Nel 2005 è stato

approvato il *Constitutional Reform Act*, che ha introdotto una Corte suprema[120]. Nel 2010 è invece entrato in vigore il *Constitutional Reform and Governance Act*, il quale, "mettendo per iscritto" precedenti convenzioni, ha introdotto una serie di importanti norme su diverse materie tra cui il pubblico impiego (parte I), la ratifica dei trattati (parte II), lo *status* economico e fiscale dei parlamentari. Quest'ultimo *Act* ha inoltre disposto l'abbassamento da trenta a vent'anni del periodo massimo di tempo durante il quale si può opporre il segreto di Stato (parte VI) e, infine, nella parte VII, ha introdotto disposizioni eterogenee tra cui la modifica della parte III dell'*Act of Settlement*, ma anche nuove regole in materia di conteggio di voti.

Un ultimo documento merita di essere ricordato per le importanti conseguenze che potrebbe avere sulla forma di governo: il *Fixed Term Parliament Act*, promulgato il 15 settembre del 2011. Tale atto ha scardinato le precedenti convenzioni costituzionali fissando il termine di durata di ogni legislatura, il modo in cui calcolare la data per procedere a nuove elezioni (art. 1 e 3), la disciplina della sfiducia, oltre che i casi di elezioni anticipate (art. 2), e infine la procedura dello scioglimento della Camera dei comuni (art. 3). In precedenza, la durata della Camera dei comuni era stata regolata dal *Septennial Act* (1715), che fissava la durata del Parlamento in sette anni, dal *Parliamentary Act* (1911), che la riduceva a cinque. Mentre non avevano invece una disciplina legislativa i casi di scioglimento anticipato e il rapporto di fiducia[121]. Questa riforma è intervenuta su entrambi i fronti, irrigidendo le scadenze di consultazione dell'elettorato e limitando le ipotesi di scioglimento[122].

Conclusioni

In queste pagine si è cercato di ricostruire l'antico rapporto tra scrittura, diritto e costituzione. Una costante di tale rapporto, come abbiamo detto, sta nel fatto che la scrittura del diritto, almeno nella sua dimensione originaria, serviva a fissare le regole della convivenza in situazioni di conflitto. Queste ultime sono per lo più il prodotto di ridefinizioni dello spazio collettivo che ne mettono in discussione le pratiche. Nelle situazioni di stabilità tendono, al contrario, a prevalere regole irriflesse di tipo consuetudinario. Nei momenti in cui le tensioni sociali e politiche si fanno più acute la scrittura ha una funzione pacificatrice, che in una qualche misura discende dalla sua originaria dimensione magico-sacrale. La scrittura stabilizza e sancisce una discontinuità in grado di far sì che la vita politica possa riprendere a scorrere nel quadro certo disegnato dalle nuove regole. In questa dimensione sono riconoscibili l'elettiva affinità tra scrittura e costituzionalismo, inteso come corrente di pensiero focalizzata sull'idea del governo della legge e quindi sul convincimento che un buon governo possa esistere solo quando esiste un corpo di regole stabili e durature applicate a tutti[123].

Segnate dal progressivo espandersi dell'azione dello Stato e dal superamento della logica dello status, le vicende della modernità hanno rimodulato e arricchito l'idea di governo della legge, indicando in vario modo come darle effetto. A partire dal XVII secolo la parola "costituzione" è riemersa dalle oscurità della storia e ha iniziato nuovamente a essere utilizzata per descrivere la struttura profonda del corpo politico riappropriandosi via via di un

carattere normativo analogo a quello che ricorreva nell'uso che ne aveva fatto la filosofica antica[124]. Questo carattere si è consolidato con l'acquisizione del significato di legge fondamentale e permanente, riferita di volta in volta a un costume immemorabile o a principi di ragione, giustizia ed equità, discendenti dalla legge naturale.

Furono le rivoluzioni borghesi a attribuire al costituzionalismo la sua veste di corrente di pensiero riflessiva, avente a oggetto prevalente le costituzioni "scritte". La stipula di accordi costituzionali e la scrittura di costituzioni, che esprimono la volontà dei gruppi costituenti di abbattere un ordine precedente e darsi regole comuni, fondamentali e permanenti è stato il presupposto della nascita dei governi costituzionali[125]. Non è un caso che il valore assunto dai documenti costituzionali nel corso degli ultimi due secoli sia notevolmente cresciuto a discapito della tradizione costituzionale consuetudinaria[126].

Nella lunga storia dei legami tra scrittura e diritto ciò che sembra essere variato è l'intensità del momento. Lo scopo minimo che storicamente la scrittura ha perseguito è la certezza, che costituisce la "specificità del diritto"[127]. Attraverso la scrittura si è inteso fissare stabilmente le regole contese, che in precedenza erano di tipo consuetudinario, rendendole immediatamente riconoscibili. D'altro canto, alla scrittura del diritto, in quanto registrazione a fini di conservazione, si sono dischiuse con il tempo possibilità regolative e innovative proiettate verso il futuro. Latente è anche da sempre l'aspirazione a rendere tutti uguali innanzi al diritto scritto[128].

Ma la scrittura ha avuto anche un fine più alto[129]: segnare una discontinuità col passato conferendo massimo valore rituale e simbolico al gesto costituente nella sua dimensione performativa e creativa di un ordine non solo nuovo o rinnovato[130], ma che si vuole destinato a durare[131]. Tale funzione è particolarmente evidente allorché si volle regolare *ex novo* l'intera vita collettiva mediante la stesura di una carta costituzionale, superando le precedenti concezioni consuetudinarie della costituzione[132]. È proprio tale scrittura che ha portato, e porta dentro di sé, con maggior forza, quella dimensione magico-sacrale che ha accompagnato la nascita del diritto scritto[133]. La memoria non può non andare alla sacralità che circonda la costituzione americana, ancor oggi intesa come il primo motore, non immobile, della società americana.

Si può pertanto concludere che le costituzioni moderne sono un prodotto di culture fondate sulla scrittura, dove le consuetudini hanno un ruolo, ma sempre legato alla presenza di testi scritti.. Se la tradizione costituisce un principio di legittimazione, la scrittura costituzionale mantiene pertanto il suo antico significato salvifico[134]. Non è registrazione del passato, ma sancisce e consacra scadenze storiche nevralgiche, ove si distingue tra un prima e un dopo. La parte scritta della costituzione svolge una alta funzione normativa – benché più magico-sacrale – che trascende il contenuto specifico delle regole che la compongono e che in grado di orientare i processi politici.

Il caso inglese, pur con la sua specificità, ne è conferma e la distanza con le esperienze continentali, considerata da questo punto di vista si rivela più ridotta. Pur se la definizione dell'ordine costituzionale discende da una pluralità di elementi, in larga parte non scritti, esistono regole di rilevo

costituzionale scritte che sono state in grado di influenzare la politica costituzionale e la conseguente produzione di consuetudini e convenzioni costituzionali[135]. Le specificità non vanno certo sottovalutate, tanto che l'opportunità di scrivere una vera e propria costituzione è talora evocata nel Regno Unito, ma la sua mancanza non è stata finora ritenuta decisiva[136].

Non vi è una carta costituzionale codificata, ma vi sono regole scritte che cercano e hanno cercato di rispondere agli scopi propri della scrittura del diritto e delle costituzioni. Anzi, tali regole, proprio per la loro scrittura, come argomentato in un contesto diverso dalla sentenza del giudice Marshall, hanno soddisfatto, almeno in parte, l'esigenza di un nucleo normativo forte e immodificabile nel tempo e perciò dispongono di un surplus di forza normativa rispetto alla produzione "ordinaria" delle leggi[137]. Questo del resto è ciò che rende una costituzione rigida. Non la procedura di revisione[138].

Non è fuori luogo ricordare, a ulteriore conferma di questa conclusione, che nel tentativo di impedire l'espansione dei poteri regali oltre i limiti fissati dalla costituzione il Parlamento inglese, nel 1642 con le *Nineteen Propositions* introdusse un controllo – sulla base "costituzionale" della *Petition of Rights* e di altri testi normativi parlamentari – sui giudici e sui membri del Consiglio privato, riconoscendo a queste regole scritte una forza normativa superiore[139].

D'altra parte, alla luce della sua persistente e ininterrotta evocazione, pure in Inghilterra esiste un atto scritto intorno al quale si coagula una forza normativa superiore. È la *Magna Charta*, la cui valorizzazione simbolica e le cui continue reinterpretazioni, iniziate con l'opera di Edward Coke, che, alla vigilia della Rivoluzione, volle adattarla alle necessità dello Stato moderno in gestazione, tuttora perdurano non solo in Inghilterra, ma finanche negli Stati Uniti, la patria simbolica della prima codificazione costituzionale moderna[140].

[1] M. Dogliani, *Diritto costituzionale e scrittura*, in «Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica», n. 2, 1997, p. 103; si veda anche Q. Camerlengo, *I fatti normativi e la certezza del diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 8 ss.

[2] Anche nel dibattito politico recente si attribuisce alla scrittura delle regole costituzionali forza salvifica. In Italia da tempo la si invoca come passaggio necessario per risanare il paese. Coerentemente, si prova a accompagnarlo con la ritualità necessaria a conferirgli un sovrappiù di autorità. Dopo l'istituzioni di tre commissioni "bicamerali", l'ultimo esempio è stata la convocazione nel 2013 di una commissione di saggi per predisporre la revisione costituzionale. Più dubbia è la retorica intorno alle proposte ultimissime di modifica, che ha fra l'altro istituito un singolare nesso tra riforme costituzionali e esigenza di risparmiare: cfr. P. Violante, *Editoriale*, in «InTrasformazione. Rivista di storia delle idee», 1, III, 2014.

[3] P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 145-148.

[4] M. Dogliani, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1994, pp. 332-334.

[5] Sembra sottolineare al contrario la scarsa importanza della scrittura nella qualificazione di un "sistema costituzionale" Q. Camerlengo in *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 54.

[6] Anche in Italia questa ricostruzione è prevalente: cfr. A. Torre, *Regno Unito*, Bologna, Il Mulino, 2005.

[7] A. Pace, *Presentazione* a J. Bryce, *Costituzioni rigide e costituzioni flessibili*, Milano, Giuffrè, 1998.

[8] Concorda un celebre sociologo, per il quale la scrittura "amplia in modo smisurato il potenziale comunicativo della società oltre l'interazione tra i presenti, sottraendolo al controllo da parte di concreti sistemi di interazione. Senza la scrittura non è possibile realizzare la costruzione di complesse concatenazioni di potere nelle burocrazie politico-amministrative, né tanto meno è possibile il controllo democratico del potere politico": cfr. N. Luhmann, *Potere e complessità sociale*, Milano, Il Saggiatore, 1979, p. 4.

[9] W.J. Ong, *Oralità e scrittura. Le tecnologie della parola*, Bologna, Il Mulino, 1986, pp. 23 ss.

[10] J. Goody, *Il potere della tradizione scritta*, Torino, Bollati Boringhieri, 2002, p. 9.

[11] Ong, *Oralità e scrittura* cit., p. 34.

[12] Platone riteneva che la scrittura rendesse superfluo l'utilizzo della memoria e di fatto surrogasse il rapporto diretto tra gli uomini. La scrittura per lui sarebbe muta e rifiuterebbe il dialogo e il confronto: cfr. M. Vegetti, *Quindici lezioni su Platone*, Torino, Einaudi, 2003, pp. 53-65.

[13] Ong, *Oralità e scrittura* cit., p. 121.

[14] R. Barthes, *Variazioni sulla scrittura*, Genova, Graphos, 1996, p. 34.

[15] A. Cevolini, *Erynnerung. Evoluzione e semantica del diritto arcaico*, in Id. (a cura di), *Potere e modernità. Stato, diritto, costituzione*, Milano, Franco Angeli, 2007, p. 170.

[16] Goody, *Il potere della tradizione scritta*, cit., p. 33.

[17] «C'è una verità nera della scrittura: la scrittura, per millenni, ha separato coloro che erano iniziati ad essa, cioè pochissimi, da quelli che non lo erano (la gran massa degli uomini), è stata il contrassegno della proprietà (tramite la firma) e della distinzione (ci sono scritture primarie, volgari, e scritture colte); ancor oggi, ogni fenomeno di padronanza, di secessione e, se così si può dire, di clandestinità, passa attraverso il possesso della scrittura»: cfr. Barthes, *Variazioni sulla scrittura*, cit., pp. 13-14, ma anche pp. 44-45 e pp. 47-48.

[18] Questo avviene anche in contesti diversi da quello europeo: cfr. G. Schoeler, *Writing and Publishing on the Use and Function of Writing in the First Centuries of Islam Author(s)*, in «Arabica», XLIV, n. 3, 1997, pp. 423-435.

[19] Se il mondo romano compì il passaggio decisivo nel distacco dalla cultura dell'oralità, la dimensione pubblica della città greca rimase sempre legata all'oralità. Basti ricordare l'importanza dell'assemblea come luogo di dibattito e del teatro come momento di riflessione sui valori fondanti della *polis*: cfr. M. Faraguna, *Tra oralità e scrittura: diritto e forme della comunicazione dai poemi omerici a Teofrasto*, in «Etica & Politica / Ethics & Politics», IX, n. 1, 2007, pp. 75-111.

[20] M. Bettini, *Le riscritture del mito*, in G. Cavallo, P. Fedeli, A. Giardina, *Lo spazio letterario di Roma antica*, Vol I: *La produzione del testo*, Roma, Salerno Editrice, 1989, p. 22.

[21] «A questo gesto di *in-scrizione* (qui occorre prendere il termine nel suo senso pienamente etimologico: tracciare *all'interno* stesso della materia minerale o vegetale) va ricollegato il divenire monumentale delle scritture antiche: il significato dell'iscrizione è, da un lato, che il tracciato non può essere ripreso, la lettera è irreversibile … e, dall'altro, che la scrittura vale in eterno, solitaria, in sé, al di fuori di ogni lettura»: cfr. Barthes, *Variazioni sulla scrittura*, cit., p. 59.

[22] Ong, *Oralità e scrittura* cit., p. 119. «Della magia – dice Barthes – noi non conserviamo che il peggio: la sua pretesa alla verità»: cfr. Barthes, *Variazioni sulla scrittura*, cit., p. 19.

[23] H.J. Martin, *Storia e potere della scrittura*, Roma-Bari, Laterza, 1990, p. 79.

[24] In diverse culture si fa risalire l'origine della scrittura a figure del mito: Thot, Cadmo, Palamede, Simonide di Ceo, l'angelo Raziel, Kan-ji. Come ricorda Barthes in *Variazioni sulla scrittura*, cit., pp. 22 e 31.

[25] G. Piccalunga, *I testi magico-sacrali*, in Cavallo, Fedeli, Giardina, *Lo spazio letterario di Roma antica*, cit., pp. 37-38.

[26] Ivi, p. 39.

[27] Non si può non ricordare sul tema J.L. Austin, *Come fare cose con le parole*, Milano, Marietti, 1987.

[28] P. Catalano, *Contributi allo studio del diritto augurale*, Torino, Giappichelli, 1960.

[29] Piccalunga, *I testi magico-sacrali*, cit., pp. 57-62.

[30] Sul ruolo politico delle figure sacerdotali nel mondo romano si veda G. Grosso, *Lezioni di storia del diritto romano*, Torino, Giappichelli, 1965, pp. 46-48.

[31] Si pensi ai formulari delle *legis actiones*: ivi, pp. 140 ss.

[32] C. Faralli, *Diritto e magia. Il realismo di Hägeström e il positivismo filosofico*, Bologna, Clueb, 1992; J. Frazer, *Il ramo d'oro. Studio sulla magia e la religione*, Torino, Bollati Boringhieri, 2012.

[33] Conviene ricordare che Sumeri e Babilonesi per primi scrissero regole giuridiche riguardanti l'ordine sociale. Il diritto mesopotamico presupponeva un patto di dipendenza e pace tra monarca e divinità e la sua finalità era la giustizia. Secondo le parole di Hammurabi, intorno al 1760 a.C.: «l'uomo oppresso che è implicato in un processo venga davanti alla mia statua, di me, re di rettitudine, e legga attentamente l'iscrizione della mia stele, ascolti le mie preziose parole. La mia stele lo illumini sulla sua contesa, scorga il suo diritto e il suo cuore

si slarghi e dica: 'Hammurabi è come un padre, che ha dato vita al suo popolo e si è sottomesso ai consigli di Marduk, suo signore'». Il codice di Hammurabi conteneva le regole dettate dal dio Sole Samas al sovrano, che rivendicava la sua funzione di giustiziere. Il testo regolava diverse materie e era espressione dell'unità politica tra popoli diversi: Sumeri, Babilonesi e Amorrei. Non si sostituiva però ai costumi, ma era ricognitivo di essi con lo scopo di uniformarli e di rendere il diritto certo e uguale per tutti: cfr. G. Semerano, *L'Infinito: un equivoco millenario. Le antiche civiltà del Vicino Oriente e le origini del pensiero greco*, Milano, Bruno Mondadori, 2004, pp. 231-238. Si veda anche Martin, *Storia e potere della scrittura*, cit., pp. 82-83. Il legame tra divinità, sovrano e legge era profondo, tanto che: «il rex più simile al sacerdote che al re in senso moderno, [era] colui che aveva autorità per tracciare i limiti della città e per determinare le regole del diritto»: cfr. E. Benveniste, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, vol. II: *Potere, diritto, religione*, Torino, Einaudi, 1976, p. 291. Sul tema si veda ancora A. Momigliano, *Il Rex Sacrorum e l'origine della repubblica*, in *Studi in onore di E. Volterra*, Milano, Giuffrè, 1971, pp. 357-364.

34 Martin, *Storia e potere della scrittura*, cit., p. 81.

35 Sul rapporto tra diritto e scrittura nel mondo romano si veda G. Purpura, *Diritto, papiri e scrittura*, Torino, Giappichelli, 1999.

36 Cicerone, leg. II 9-11.

37 Ciò che per i Greci è *nomos*, nel mondo orientale antico è la "parola" del sovrano ispirato dalla divinità. *Nomos* riprende l'accadico *nabûm* che sta per "parlare", "decretare". In Palestina questa voce accadica si integra nell'ebraico *naba*, che vuol dire "parlare come profeta": cfr. Semeraro, *L'Infinito: un equivoco millenario* cit., pp. 239-240 e 257-258 sull'idea diffusa nell'antichità della legge come comando del sovrano che discende dalla divinità. «Nomos alle origini non è dunque la legge che ha per fondamento la volontà degli uomini, ma è emanazione della divinità e degli eredi degli dei sulla terra, i re»: ivi, p. 262. È, questa, un'interpretazione diversa da quella offerta da Carl Schmitt, il quale sostiene che *nomos* indica la «prima misurazione, da cui derivano tutti gli altri criteri di misura; la prima occupazione di terra, con relativa divisione e ripartizione dello spazio; la suddivisione e distribuzione originaria»: cfr. C. Schmitt, *Il nomos della terra*, Milano, Adelphi, 1991, p. 54.

38 A. Schiavone, *Ius. L'invenzione del diritto in occidente*, Torino, Einaudi, 2005, pp. 50-73. Ma anche F. Cordero, *Diritto*, voce per l'*Enciclopedia Einaudi*, IV: *Costituzione-divinazione*, Torino, 1978, pp. 896-897. Anche nella tradizione ebraica norme religiose e norme giuridiche coincidevano. Basti ricordare Mosè e i comandamenti.

39 Cevolini, *Erynnerung. Evoluzione e semantica del diritto arcaico* cit., p. 172. Le leggi, che sono necessariamente "scritte" secondo l'etimologia di Semarano, sono inizialmente trascrizioni dei *nomoi*, le parole divine che possono passare attraverso i re che esprimono un'ideale di giustizia. Cfr. Semeraro, *L'Infinito: un equivoco millenario* cit., p. 25, nota 26.

40 Nel mondo greco i Thesmotheti avevano il compito di redigere per iscritto le consuetudini allo scopo di dirimere le controversie giudiziarie: cfr. Aristotele, *Ath. Pol. III 4*.

41 Muovendo da una concezione restrittiva di regola giuridica non è mancato chi abbia peraltro sostenuto che la legge nasca, nel mondo greco, con la codificazione scritta nel VII sec. a. C. Omero ed Esiodo esprimerebbero solo regole di comportamento sociale, cui sarebbe errato attribuire i caratteri della giuridicità.: cfr. Faraguna, *Tra oralità e scrittura* cit., p. 78.

42 K. Olivecrona, *Linguaggio giuridico e realtà*, in U. Scarpelli (a cura di), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, Comunità, 1976, pp. 239-283. Sul rapporto tra formule magiche orali e *ius* si veda F. Gallo, *Studi sulla distinzione tra "res mancipi" e "res nec mancipi"*, Torino, Giappichelli, 1958.

43 Per il mondo greco possiamo osservare che a partire dal VII, col crescere delle città, crebbe la domanda di regole certe. La memoria non può non andare a figure come quella di Licurgo per Sparta e di Dracone per Atene, la cui opera fu ricognitiva di costumi ancestrali, che ancora erano considerati le regole giuridiche preminenti. Il contesto era prevalentemente quello di una cultura orale, tanto che Plutarco riporta nelle sue *Vite parallele* la notizia che Ligurgo arrivò a vietare le leggi scritte. Il ribaltamento tra costume e legge scritta è legato alla figura di Solone, che, attraverso la riforma timocratica, volle realizzare l'eunomia, di cui troviamo menzione nel celebre discorso pronunciato nel 594 a. C. ad Atene: cfr. Martin, *Storia e potere della scrittura*, cit., p. 83.

44 Sui legami con le antiche istituzioni dettate dai monarchi mesopotamici, cfr. Semeraro, *L'Infinito: un equivoco millenario* cit., p. 251.

45 Schiavone, *Ius* cit., pp. 77 ss.

46 È suggestiva la ricostruzione di Semerano che ripercorre l'etimologia della parola "legge", peraltro comune ai nomi dei grandi legislatori greci *Lic*-urgo e *Za-leuco*, e legata all'espressione accadica *lù*, *le'u*, *lehu*, e semitica occidentale *luh*, ma anche ebraica *lu ah* che significa: "Tavola scritta": cfr. Semeraro, *L'Infinito: un equivoco millenario* cit., p. 242.

47 F. De Martino, *Storia della costituzione romana*, Napoli, Jovene, 1972, pp. 297 ss.

48 Anche le leggi di Solone furono scritte su rotoli e depositate sot-

to il portico del re dove chiunque poteva consultarle: cfr. Aristotele, *Ath. Pol. VII 1*.

49 Cicerone, leg. II 59.

50 Schiavone, *Ius* cit., p. 84.

51 Ciò avviene ad Atene alla fine del V sec. a. C., quando al termine di una fase di organizzazione dell'assetto giuridico della città si stabilì che la legge non scritta, *agraphos nomos*, non fosse più valida: cfr. Faraguna, *Tra oralità e scrittura* cit., p. 76. Questa riorganizzazione è riecheggiata nel contrasto tra la legge di Creonte e la legge di Antigone: cfr. G. Zagrebelsky, *Prolusione. Antigone tra diritto e politica*, in «Quaderno n. 13 dell'Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari», Torino, Giappichelli, 2003, pp. 3-30.

52 Grosso, *Lezioni di storia del diritto romano*, cit., p. 95.

53 Come testimonia lo stesso Cicerone: «'Mulieres genas ne radunto neve lessum funeris ergo habento'. Hoc veteres interpretes Sex. Aelius L. Acilius non satis se intellegere dixerunt, sed suspicari vestimenti aliquod genus funebris, L. Aelius lessum quasi lugubrem eiulationem, ut vox ipsa significat» (Cicerone, leg. II 59).

54 Sul rapporto tra scrittura e volontà legislativa sono fa segnalare le considerazioni di Hobbes sulla legge scritta: "Legge civile e legge naturale non sono generi differenti di legge, ma arti differenti di una legge, della quale, una parte, scritta, è detta civile, l'altra non scritta naturale"… "tutte le leggi, scritte e non scritte, acquistano autorità e forza dal volere dello stato"… La legge è un comando… che… consiste in una dichiarazione o manifestazione della volontà di colui, che comanda, con la voce, con lo scritto o con altra sufficiente espressione"… "Nel tempo antico prima che la scrittura fosse di uso comune, le leggi erano molte volte espresse in versi, che il rude popolo prendendo piacere a cantare od a recitare, più facilmente poteva ritenere a memoria": cfr. T. Hobbes, *Leviatano*, Bari, Laterza, 1974, vol. 1, pp. 234-258. Anche Sir Mattew Hale, pochi decenni dopo, si soffermerà sul tema distinguendo tra una *Lex scripta* formalmente redatta e approvata dal Parlamento e una *Lex non scripta* vincolante in forza di un uso immemorabile. Egli però riconosceva che un costume: «It is not simply an unwritten Custom, not barely Orally deriv'd down from one Age to another; but it is a Custom that is derived down in Writing, and transmitted from Age to Age, especially since the Beginning of Edw». Ci troviamo di fronte a una ricostruzione del ruolo della scrittura ancora segnato dall'oralità: la scrittura è anzitutto regisrazion e trascrizione: cfr. Sir M. Hale, *The History of the Common Law of England* (1713), reperibile all'indirizzo <http://www.constitution.org/cmt/hale/history_common_law.htm>.

55 C. Pinelli, *Il momento della scrittura. Contributo al dibattito sulla Costituzione europea*, Bologna, Il Mulino, 2002.

56 Le costituzioni scritte, in sostanza, registrano una discontinuità. Per alcune esempio recenti cfr. G. De Vergottini, *Le transizioni costituzionali: sviluppi e crisi del costituzionalismo alla fine del XX secolo*, Bologna, Il Mulino, 1998.

57 Riassume in maniera esemplare G. Ferrara: "Ogni Costituzione [..] è bilancio ed è progetto, è patto fondativo o novativo di una convivenza umana specifica, è *ethos* di un popolo che non si appaga della astratta e inerme validità del suo *ethos*. Perciò lo converte in *nomos*, che si dispiega in normativa suprema e concreta [..] ogni Costituzione è essenzialmente regolazione del conflitto sociale operata in via preventiva e generale, attraverso l'assunzione di un principio politico da cui solo può trarre la legittimazione ad instaurarsi": cfr. G. Ferrara, *La Costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*, Milano, Feltrinelli, 2006, p. 232.

58 Dichiarazioni in tal senso, a proposito di una costituzione per l'Unione europea, le troviamo in M. Cartabia, *La scrittura di una Costituzione europea e i poteri dei giudici*, <http://www.astridonline.it>, 2004, p. 7.

59 Più in generale la stessa scrittura delle leggi è carica di significati. Ricordiamo le parole di Jeremy Bentham: «The Statute Law is a body composed of members we are acquainted with. Those members are familiar to us: the idea of each one of them has a fixed and accurate termination in our minds. We see, we hear, we touch; in short we handle them. The idea of each one of the whole together is positive: its archetype, such or such a Statute is existing and before us». Cfr J. Bentham, *A Comment on the Commentaries*, in J.H. Burns, H.L.A. Hart (edd.), *The Collected Works of Jeremy Bentham*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 119-120.

60 Sul rapporto tra scrittura della costituzione e alfabetizzazione si veda P.H. Hutton, *The Print Revolution of the Eighteenth Century and the Drafting of Written Constitutions*, in «Vermont History», 56, n. 154, 1988, p. 158: «The growing importance attached to written constitutions reveals the change in mentality that had been worked by the spread of print culture between the sixteenth and the eighteenth centuries. By the 18th century, the middle class, then on the verge of acquiring political power, had learned to read. Reading was of fundamental importance because it promoted a transformation in the way human learn. Reading involved a move from learning through hearing to learning through seeing, a change that had far-reaching implications for political culture. Reading promoted a desire for precise information, and hence encour-

aged belief in the perfectibility of knowledge. One who reads is encouraged to define, to classify, and to specify. In the eighteenth century, this new mentality was characterized as "clarify of mind". In other words, reading creates a mentality that wishes to set precise rules and boundaries. The desire to set down in writing universal principles, grounded in reason, was promoted by the underlying imperative for precision that the print revolution had engendered».

61 Camerlengo, *I fatti normativi* cit., pp. 1 ss. e A. Ruggeri, *Scrittura costituzionale e diritto costituzionale non scritto*, in «Diritto e società», n. 1, 2004, p. 239.

62 Oggi nel mondo su circa 200 stati solo sei non hanno costituzione scritta. Di questi, tre sono paesi arabi (Oman, Libia e Arabia Saudita) che sostengono d'avere il Corano come costituzione. Gli altri tre sono paesi democratici che aderiscono al principio della sovranità del parlamento: Gran Bretagna, Nuova Zelanda e Israele.

63 L. Greenfeld, *Nationalism. Five Roads to Modernity*, Harvard, Harvard University Press, 1992, p. 77.

64 S.D. Glover, *The Putney Debates: Popular versus Elitist Republicanism*, in «Past and Present», n. 164, 1999, p. 49.

65 «An Agreement of the People for a firm and present peace upon grounds of common right and freedom (28 October 1647)»: A. Sharp (ed.), *The English Levellers*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 96.

66 L'*Agreement* metteva in discussione l'idea medievale di ordine costituzionale rovesciando il modo di percepire il legame sociale e politico. Il suo fallimento coincise con la ricomparsa di una concezione ascendente del potere in chiave contrattualistica, ma esso consentì che fossero sollevati in modo esplicito gli interrogativi del costituzionalismo moderno. Più diffusamente, cfr. A. Mastropaolo, *Il popolo che volle farsi re. Teoria e pratica della costituzione nella rivoluzione inglese*, Napoli, Jovene, 2009.

67 Per le tracce delle concezioni arcaiche dei rapporti di potere tra divinità, monarca e popolo che si si ritrovano nel pensiero del '600: cfr. A. Mastropaolo, *Il popolo nella teoria del diritto divino di Giacomo I*, in «Diritto pubblico», n. 1, 2007, pp. 179-218.

68 P. Portinaro, *Il grande legislatore e il custode della costituzione*, in G. Zagrebelsky, P. Portinaro, J. Luther, *Il futuro della costituzione*, Torino, Einaudi, 1996, p. 18.

69 N. Matteucci, *Introduzione*, in Id. (a cura di), *Antologia dei costituzionalisti inglesi*, Bologna, Il Mulino, 1962, p. 7.

70 «In every Government there must be Somewhat Fundamental (Will speak now of Fundamentals), Somewhat like a Magna Charta, which should be standing, be unalterable». Così Oliver Cromwell nel discorso pronunciato innanzi al Parlamento il 12 settembre 1654. Il testo del discorso si può ritrovare nel sito <http://www.olivercromwell.org>.

71 Ecco una definizione recente della Costituzione americana come costituzione scritta: «the Constitution is the document and set of amendments thereto that are broadly accepted as the written expression of the foundational commitments of the United States as a political community and that therefore structure debate about how those commitments ought to be understood, both inside and outside the courts»: cfr. R.H. Fallon Jr., *Legitimacy and the Constitution*, in «Harvard Law Review», 6, 118, 2005, p. 1812.

72 C. Mortati, *Costituzione (Dottrine generali)*, in «Enciclopedia del diritto», Milano, Giuffrè, 1962, vol. XI, p. 143.

73 B. Barbisan, *Nascita di un mito, Washington, 24 febbraio 1803: Marbury v. Madison e le origini della giustizia costituzionale negli Stati Uniti*, Bologna, Il Mulino, 2008.

74 Ivi, pp. 136, 150.

75 Critica l'idea di un nesso tra supremazia della costituzione e scrittura in G. Floridia, *La costituzione dei moderni. Profili tecnici di stria costituzionale*. I. *Dal Medioevo inglese al 1791*, Torino, Giappichelli, 1991, p. 98.

76 La differenza, osserva Dicey, «between the constitution of Belgium and the English constitution may be described by the statement that in Belgium individual rights are deductions drawn from the principles of the [written] constitution, whilst in England the so-called principles of the constitution are inductions or generalizations based upon particular decisions pronounced by the courts as to the rights of given individuals»: cfr. A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8th ed., London, MacMillan & Co., 1908, pp. 192-193.

77 Sul rapporto tra pensiero giuridico continentale e inglese, tra legge e consuetudine, che si rivela meno distante di quanto normalmente non si ritenga, si segnala: J.W. Tubbs, *The Common Law Mind: Medieval and Early Modern Conceptions*, Baltimore and London, John Hopkins University Press, 2000.

78 Un altro esempio di sistema a costituzione non scritta è quello israeliano. Nel dopoguerra l'Assemblea costituente d'Israele, chiamata a redigere la costituzione, abbandonò il progetto decidendo di approvare una "legge di transizione" con cui costituirsi in *Knesset*. Ben Gourion giustificò la scelta sulla base della considerazione che la volontà di pochi non poteva vincolare quelli che sarebbero arrivati poi, mentre sul piano religioso altri sostennero che di una carta non c'era bisogno perché c'era la *Torah*. Nel 1950 la *Knesset* approvò la risoluzione Harari, che riconosceva alla Commissione Affari costituzionali, legali e giudiziari il com-

pito di predisporre un progetto di costituzione diviso in capitoli di modo che ognuno di essi costituisse una legge fondamentale. Nel corso del tempo la *Knesset* ha approvato undici leggi che si possono qualificare come costituzionali: *Basic Law: The Knesset* (1958); *Basic Law: Israel Lands* (1960); *Basic Law: The President of the State* (1964); *Basic Law: The Government* (1968); *Basic Law: The State Economy* (1975); *Basic Law: The Army* (1976); *Basic Law: Jerusalem, Capital of Israel* (1980); *Basic Law: Judicature* (1984); *Basic Law: The State Comptroller* (1988); *Basic Law: Human Dignity and Liberty* (1992) e della *Basic Law: Freedom of Occupation* (1992). Anche la Nuova Zelanda, tradizionalmente considerato un paese senza costituzione scritta, possiede sia un *Constitution Act* (1986) sia un *Bill of Rights Act* (1990).

79 V. Bogdandor sostiene che lo sviluppo costituzionale inglese «has been evolutionary, unpunctuated by revolutionary upheaval or foreign occupation»: cfr. V. Bogdanor, *Britain: The Political Constitution*, in V. Bogdanor (ed.), *Constitutions in Democratic Politics*, Gower, Aldershot, 1988, p. 54.

80 Non è solo il ruolo delle convenzioni a determinare la definizione della costituzione come costituzione non scritta. Dicey distingue in proposito tra 'constitutional law'e 'conventions of the constitutions': cfr. in generale Dicey, *Introduction to the study of the Law of the Constitution*, cit.

81 L. Luzzatti, *La embriologia e l'evoluzione delle costituzioni politiche. A proposito di alcuni studi recenti nella Costituzione inglese (1880)*, in «Scienza & Politica», XXV, n. 49, 2013, p. 117.

82 Così anche Santi Romano, il quale sottolinea il carattere consuetudinario e tradizionale del diritto pubblico inglese, anche se poi afferma che quel paese "custodisce fra i suoi più preziosi tesori quegli antichi documenti, in cui talvolta è avvenuto che fossero consacrati principii basilari del suo diritto pubblico; ma siffatti testi, sia per alcuni loro speciali caratteri, sia perché concernono solo qualche punto dell'ordinamento politico di quello Stato, non possono certo, nemmeno da lontano, raffrontarsi con le vere e proprie carte costituzionali, nel senso moderno della parola". Normalmente "le fonti… del diritto pubblico, sono quali… normalmente debbono essere: varie e complicate, disperse in una quantità di testi e di documenti, formatisi in tempi diversi, senza un sistema prestabilito, ma tenuti insieme col saldo cemento del loro comune carattere, perenne e genuina emanazione dello spirito nazionale, da cui sono stati elaborati. Solo quando un popolo è costretto a rompere con la sua storia e non trova più nel passato la guida sicura per l'avvenire, quando occorre che improvvisi in un'ora di fermento ciò che, di solito, è e dev'essere opera di secoli, esso si trova nella necessità di affidarsi alle incertezze e all'arbitrio, se non al capriccio del razionalismo, di supplire con l'arte e, più spesso, con l'artificio ciò cui dovrebbe provvedere un lungo e involontario processo naturale. Siffatta necessità può manifestarsi nella formazione di un nuovo Stato o nella instaurazione di un nuovo Governo, dopo una crisi aperta o latente. Le carte costituzionali non hanno, di regola, altra origine": cfr. S. Romano, *Le prime Carte costituzionali* (1907), in Id., *Prolusioni e discorsi accademici*, Modena, Soc. Tipografica Modenese, 1931, pp. 38-39.

83 «Notwithstanding its allegedly unwritten nature, much (indeed, nearly all) of the constitution is written, somewhere»: cfr. A. Tomkins, *Public law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 7.

84 Vi è anche chi sostiene che la distinzione tra *Written Law* e *Non Written Law* sia una metafora: cfr. M.D. Walters, *Written Constitutions and Unwritten Constitutionalism*, in G. Huscroft (ed.), *Expounding the Constitution. Essays in Constitutional Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 245-276.

85 M.S.R. Palmer, *Using Constitutional Realism to identify the Complete Constitution: Lessons from an Unwritten Constitution*, in «American Journal of Comparative Law», n. 54, 2006, pp. 592-593.

86 Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, cit., pp. XXII-XXXI. Sul pensiero di Dicey cfr. A. Torre, *Albert Venn Dicey. Un constitutional lawyer al tramonto dell'età vittoriana*, in «Giornale di storia costituzionale», n. 13, 2007, pp. 11-63.

87 K.N. Llewllyn, *The Constitution as an institution*, in «Columbia Law Review», 1934, pp. 1-40. Da noi per tutti, con tutte le differenze del caso, C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, Milano, Giuffrè, 1940. Più di recente Sergio Bartole ha affermato che «la Costituzione che oggi utilizziamo è fatta di disposizioni scritte, delle relative scelte ermeneutiche, dei regolamenti parlamentari e delle leggi ordinarie che hanno concretato le scelte delle assemblee legislative, delle elaborazioni concettuali che vi si sono sovrapposte, delle convenzioni e prassi poste in essere dagli organi governanti, della giurisprudenza spesso additiva e certamente innovativa della Corte costituzionale»: cfr. S. Bartole, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, Il Mulino, 2004, p. 445.

88 Così anche Anthony King, il quale sottolinea però il carattere politicamente neutro di una simile definizione: «The word 'constitution' will be used from now on to refer to the set of the most important rules and common understandings in any given country that regulate the

relations among that country's governing institutions and also the relations between that country's governing institutions and the people of that country»: cfr. A. King, *The British Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 3.

[89] Tomkins, *Public law*, cit., p. 3. Secondo S. Romano «gli articoli del nostro Statuto, per esempio – e ciò a maggior ragione si potrebbe dire per le carte più antiche – somigliano a delle semplici intestazioni di libri, le cui pagine sono state lasciate bianche e che vengono a poco a poco riempite con i materiali che forniscono i nostri usi e costumi politici, le nostre incipienti tradizioni, in una parola, l'evolversi della nostra vita pubblica». Cfr. Romano, *Le prime Carte costituzionali*, cit., p. 45. E ancora: per Zagrebelsky «il diritto costituzionale è un insieme di materiali da costruzione, ma la costruzione in concreto non è l'opera della costituzione in quanto tale, ma di una politica costituzionale che si applica alle possibili combinazioni di quei materiali»: cfr. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, pp. 8-9.

[90] Sul rapporto tra scrittura e rigidità costituzionale si veda anche A. Pace, *La causa della rigidità costituzionale. Una rilettura dello Statuto albertino e di qualche altra Costituzione*, in Id., *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova, Cedam, 2002, pp. 1-97.

[91] Tomkins, *Public law*, cit., pp. 16-18.

[92] Naturalmente è oggetto di dibattito quali siano le regole veramente importanti: «There is bound to be, on the one hand, a core constitution, the changing of which everyone would agree was a real constitutional change, and, on the other hand, elements of a country's political practices that might or might not be regarded as strictly constitutional and the changing of which mightor might not therefore be regarded as constitutional change»: cfr. King, *The British Constitution*, cit., p. 4.

[93] E. Kantorowicz, *I due corpi del re*, Torino, Einaudi, 1989, p. 127.

[94] C.H. McIlwain, *Il pensiero politico dai Greci al tardo Medioevo*, Venezia, Neri Pozza Editore, 1959, p. 244.

[95] Esistono altri documenti simili nel resto d'Europa e anche nella stessa Inghilterra (La Carta delle libertà del 1100). La *Magna Charta* si distingue per la sua resistenza nel tempo. Ancor oggi è inserita nelle raccolte ufficiali della legislazione. Tra i tanti documenti simili possiamo ricordare che: nel 1183 Federico Barbarossa con il Trattato di Costanza concesse alle città della Lega Lombarda una serie di libertà che ne garantivano l'indipendenza dall'impero; nel 1188 Alfonso IX di Léon in lotta con la Castiglia promulgò nelle *cortes* di Léon delle ordinanze che conferivano importanti privilegi feudali ai suoi vassalli; nel 1205 Pietro II di Aragona stilò, ma non promulgò, concessioni ai sudditi della Catalogna; nel 1220 in cambio del sostegno al suo tentativo di unire la Sicilia all'Impero Federico II concesse speciali privilegi ai principi ecclesiastici dell'Impero; nel 1222 Andrea II di Ungheria concesse la Bolla d'oro; nel 1301 Enrico VII acquietò l'opposizione in Germania ampliando le concessioni del padre Federico; nel 1282-3 la guerra dei Vespri spinse Carlo d'Angiò e Carlo di Salerno a emanare ordinanze di riforma nel tentativo di recuperare la Sicilia e convinse l'invasore Pietro III d'Aragona a concedere il Privilegio Generale ai suoi sudditi; nel 1303 un'ordinanza di riforma fu approvata da Filippo IV di Francia; nel 1315 Luigi X fu costretto a concedere diverse carte.

[96] C. Mortati, *Le forme di governo*, Padova, Cedam, 1973, p. 97.

[97] Nella ricostruzione di Coke i giudici, compreso il Parlamento in quanto Alta Corte di Giustizia, erano i "leoni" che dovevano assicurare il rispetto della *common law* anche contro il Re. Secondo Francis Bacon i giudici erano sì leoni, ma ai piedi del trono, che non potevano in nessun modo opporsi alla prerogativa del sovrano: cfr. Mastropaolo, *Il Popolo che volle farsi re* cit., pp. 29-33.

[98] La petizione era lo strumento "scritto" attraverso cui si chiedeva al re un provvedimento legislativo: cfr. E.R. Foster, *Petitions and the Petition of Right*, in«The Journal of British Studies», XIV, n. 1, 1974, pp. 21-45.

[99] J.G.A. Pocock, *The Ancient Constitution and the Feudal Law. A Study of English Historical Thought in the Seventeenth Century*, Cambridge, Cambridge University Press, 1967.

[100] Cfr. E. Santoro, *Rule of Law e libertà degli inglesi. L'interpretazione di Albert Venn Dicey*, in P. Costa, D. Zolo (a cura di), *Lo stato di diritto: storia, teoria, critica*, con la collaborazione di E. Santoro, Milano, Feltrinelli, 2002, pp. 173-223.

[101] Cfr. Costa, Zolo (a cura di), *Lo stato di diritto* cit., pp. 120 ss.

[102] Mortati, *Le forme di governo*, cit., pp. 95-96.

[103] C.H. McIlwain, *The High Court of Parliament and its Supremacy*, New Haven, Yale University Press, 1910, cap V. Ma anche J.W. Gough, *Fundamental Law in English Constitutional History*, Oxford, Clarendon Press, 1955, pp. 13-14.

[104] Mastropaolo, *Il Popolo che volle farsi re* cit., pp. 23-32.

[105] La dicitura originaria era: *An Act Declaring the Rights and Liberties of the Subject and Settling the Succession of the Crown*.

[106] Anche se di fatto non faceva che accogliere i principi esposti negli scritti di John Locke.

[107] L. D'Avack, *Costituzione e Rivoluzione. La controversia sulla sovranità legale nell'Inghilterra del '600*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 230-231.

[108] Questo principio appare rigidamente positivista. Dicey, nell'esporlo, sembra considerare il potere legislativo come essen-

zialmente illimitato in mancanza di una costituzione scritta: cfr. J. Goldsworthy, *The Sovereignty of Parliament: History and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1999, pp. 1-21.

[109] A. Hast, *State Treason Trials during the Puritan Revolution, 1640-1660*, in «The Historical Journal», XV, n. 1, 1972, pp. 37-53.

[110] In realtà il concetto stesso di separazione tra esecutivo e legislativo fu oggetto di dibattito: cfr. E. Burke, *Pensieri sulla causa dell'attuale scontento*, tr. it. in Matteucci, *Antologia dei costituzionalisti inglesi*, cit., pp. 172 ss.

[111] All'interno di esso, in ossequio al principio della separazione dei poteri, era previsto che chi aveva ricevuto cariche o rendite dal sovrano non potesse sedere ai Comuni.

[112] C. Pinelli, *Forme di stato e forme di governo*, Napoli, Jovene, 2009, pp. 82-83.

[113] È da osservare come dal punto di vista della legge il Parlamento è ancora oggi composto dal re e dalle due Camere. Benché non eserciti il diritto di veto dal 1707, il re tuttora potrebbe opporsi a un progetto di legge.

[114] Secondo Austin, oggetto della scienza giuridica è il solo diritto positivo, la sola unica e vera legge: «Every positive law, or every law simply and strictly so called, is set by a sovereign body of individuals to a person or persons in a state of subjection to its autor»: cfr. J. Austin, *Lectures on Jurisprudence, or the Philosophy of Positive Law*, vol. 1, ed. by R. Cambell, Murray, 1885, p. 34.

[115] I tentativi di codificazione del diritto penale furono numerosi: dai *Judicature Acts* in materia processuale alle *Poor Laws* in materia sociale. La produzione legislativa tra la fine del '700 e i primi vent'anni dell'800 crebbe costantemente: cfr. D. Freda, *Stare decisis? Il giudice assediato nell'Inghilterra dell'Ottocento*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridco moderno», n. 40, 2011, pp. 523-524.

[116] Ivi, p. 526.

[117] Nel corso del XIX secolo si registra una crescita del ricorso alla legislazione per disciplinare gli ambiti più coinvolti dalle trasformazioni economico-sociali: urbanistica, sanità, previdenza, assistenza, istruzione, sicurezza dell fabbriche. Lo ricorda Pinelli, *Forme di stato e forme di governo*, cit., p. 67.

[118] Ivi, pp. 84-85.

[119] *Scotland Act 1998*, *Government of Wales Act 1998*, ma anche *Northern Ireland Act 1998*.

[120] A. Torre, *La Corte Suprema del Regno Unito: la nuova forma di una vecchia idea*, <http://www.giurcost.org/studi/torre.html>.

[121] G. Caravale, *Una costituzione in trasformazione. Recenti sviluppi della forma di governo britannica*, in F. Lanchester (a cura di), *La Costituzione degli altri*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 187-232.

[122] Molti altri sono gli atti di rilevo costituzionale che possono essere aggiunti a questa rassegna: basti ricordare solo negli ultimi anni: *Bank of England Act 1998*, *House of Lords Act 1999*, *Greater London Authority Act 1999*, *Freedom of Information Act 2000*, *Political Parties, Elections and Referendums Act 2000*, *Terrorism Act 2000* e *Regulation of Investigatory Powers Act 2000*.

[123] M. Fioravanti, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, Laterza, 2009.

[124] M. Dogliani, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, Il Mulino, pp. 111 ss.

[125] C. Ghisalberti, Voce *Costituzione (premessa storica)*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962, p. 137.

[126] Thomas Paine poteva così affermare: «una Costituzione non esiste solo nominalmente, ma anche di fatto. Non ha un'esistenza ideale ma reale; e dovunque non possa essere esibita in una forma visibile, non esiste»: cfr. T. Paine, *I diritti dell'uomo e altri scritti politici*, Roma, Editori Riuniti, 1978, p. 148. Opposta è la posizione di de Maistre il quale condanna i tentativi di redazione per iscritto delle carte: cfr. J. de Maistre, *Essai sur le principe générateur des constitutiones politiques et des autres institutions humaines (1814)*, in Id. *Des constitutions politiques et des autres institutions humaines*, Paris, Société d'éditions «Les belles lettres», 1959, pp. 3 ss.

[127] F.L. De Oñate, *La certezza del diritto*, Milano, Giuffrè, 1968, pp. 157 ss.

[128] Ancora oggi si può affermare che la legge scritta è "fonte necessaria, unica adatta a fondare una legislazione razionale, giusta e umanitaria": cfr. P.G. Grasso, *Il diritto pubblico alla luce del diritto naturale: (Diritto naturale e diritto costituzionale)*, in «Diritto e cultura», 2, 8, 1998, p. 103.

[129] Sul valore dei simboli cfr. G. Zagrebelsky, *Simboli e potere. Politica, fiducia, speranza*, Torino, Einaudi, 2013.

[130] Ecco allora che si può affermare che "la scrittura delle norme fondamentali di una data comunità, attinenti all'organizzazione politica e alle garanzie individuali, diviene essenziale per la fondazione di qualsilasi nuovo ordine": cfr. A. Pace, *La "naturale" rigidità della costituzioni scritte*, in «Giurisprudenza Costituzionale», 7, 38, 1993, pp. 4126-4127.

[131] Sul carattere effimero di questa pretesa alla durata delle carte costituzionali si veda V. Angiolini, *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, Padova, Cedam, 1995, pp. 35-36.

[132] Grasso, *Il diritto pubblico alla luce del diritto naturale*, cit., p. 106.

[133] «[…] l'unica effimera garanzia di stabilità sta nel redarre per iscritto il patto costituzionale fra i soggetti sovrani oppure nel ricondurre a tale patto ogni regola e nello sperare per questa via di porre ogni mutamento futuro sotto il segno del diritto e cioè di stabilire preventivamente se non altro i modi e le forme del mutamento»: cfr. G.U. Rescigno, *Le*

convenzioni costituzionali, Padova, Cedam, 1972, p. 134.

134 S. Bartole, *Costituzione (dottrine generali e diritto costituzionale)*, in *Digesto*, IV ed., *Discipline pubblicistiche*, Torino, Utet, 1989, p. 291.

135 Cfr. A. Barbera, *Ordinamento costituzionale e carte costituzionali*, in «Quaderni costituzionali», XXX, n. 2, 2010, pp. 357-358.

136 Cfr. V. Frosini, *Una Costituzione scritta per la Gran Bretagna*, in *Scritti in onore di Serio Galeotti*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 545-568. Ma cfr. anche: Institute for Public Policy Research, *A Written Constitution for the United Kingdom*, London, Mansell, 1993.

137 Sulla superiorità del testo costituzionale si è anche interrogato Omar Chessa nel suo *Cos'è la Costituzione*, in «Quaderni costituzionali», n. 1, 2008, pp. 41-64.

138 A. Pace, *La causa della rigidità costituzionale*, in Id. *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova, Cedam, 2002.

139 «That the Privy Councillors and Judges may take an oath, the form whereof to be agreed on and settled by Act of Parliament, for the maintaining of the Petition of Right and of certain statutes made by the Parliament, which shall be mentioned by both the Houses of Parliament: and that an enquiry of all breaches and violations of those laws may be given in charge by the Justices of the King's Bench every Term, and by the Judges of Assize in their circuits, and Justice of the Peace at the session, to be presented and punished according to law». Cfr. *The Nineteen Propositions sent by the two Houses of Parliament to the King at York*, in S.R. Gardiner, *The Constitutional Documents of the Puritan Revolution, 1625-1660*, Oxford, Clarendon Press, 1905, p. 253.

140 I richiami ad essa qui non mancano. Basti ricordare che la Suprema Corte americana cita la *Charta* per la prima volta in un parere del 1819, e i riferimenti crescono con gli emendamenti costituzionali successivi alla Guerra civile che estesero il principio dell'art. 39 agli schiavi. Ancora oggi essa è ampiamente citata nei dibattiti politici, pareri giuridici e sui giornali. Nel 1974 all'apertura delle udienze del congresso sull'*impeachment* nei confronti del Presidente Nixon il presidente della *House Judiciary Committee* faceva riferimento alla sua lezione che «the law must deal failry with every man», e rilevava che «Seven centuries have now passed since the English barons proclaimed [this] principle by comelling King John at the point of a sword, to accept the great doctrine of Magna Carta». Nel 2002, il *New York Times* indicava in un commento su sentenze nei confronti di criminali condannati che «that punishment must fit the crime is a principle that has been recognized since Magna Carta». E ancora nella sentenza del 2006 della Corte suprema sul carcere di Guantanamo il richiamo alla *Magna Charta* ricorre con insistenza nelle parole dei giudici. Cfr. R.V. Turner, *Magna Carta. Through the ages*, Harlow, Pearson Education, 2003, p. 2; <http://www.nytimes.com/2002/11/05/opinion/three-strikes-strikes-out.html>.

Reconsidering Constitutional Formation. Research challenges of Comparative Constitutional History

ULRIKE MÜSSIG

Introduction

The traditional approach in legal history focuses on constitutional documents, believing in a nominalistic autonomy of constitutional semantics. Looking onto the European Constitutionalism of the 19th century, even a written constitution cannot statically fix the administrative-legal relations of power, as they depend on the legal interpretation and the conflict mentality of the political decision-makers. In reference to the 21st British Legal History Conference on *Law and Authority* and to the ERC-Advanced Grant ReConFort[1], constitution is understood as an evolutionary achievement of the interplay of the constitutional text with its contemporary societal context, with the political practice and with the respective constitutional interpretation. Such a functional approach keeps historic constitutions from being simply log-books for political experts[2]. It makes apparent how sovereignty[3] as constituted power translates ways of thinking and opinions in the Burckhardtean sense: sovereignty can only be exercised with the consent of the ruled. Even the constitutional cycle anticipated by Polybius has presupposed that the *politeiai* of monarchy, aristocracy and democracy degenerate, where sovereignty is not accepted or gambled away[4].

The interest in the interdependencies between constitution and public discourse reaches the key goal legitimation. Thomas Paine's response to *Mr. Burke's attacks on the French Revolution* rests on the argument that legitimacy is not transmitted through tradition or established institutions, but rather solely through the consent and agreement of the citizens[5]. Not the text-body of the constitution, but rather the agreement of those to be ruled by the *pouvoirs constitutés* creates sovereignty. For David Hume the discourse-dependency of the state power in his variations of the idea of an equilibrium of power is axiomatic: «it is [...] on opinion only that government is founded» (1758)[6].

Sovereignty is considered to depend on the belief of the subjects and the political élites in its utility and legitimacy[7]. The 'belief in sovereignty' which went along with the founding act of forming a constitution becomes palpable in the 'religious affinities' of the constitutional preambles in the 18th century. Such an affinity does not mean the recourse of the constituents to divine authority for the written text, but rather the presentation of central constitutional guarantees as philosophical truths with a claim to eternal validity[8]. This is the context why the constitutional debates in the North American colonies are read as «statements of beliefs» («Gaubensbekenntnis der neuen Zeit»)[9]. To the religious affinities also belongs the constitutional precedence, with which the justification for the legal commitment of political power without social contract succeeds[10]. The auto-exemption of the Constitution refers to the reduction of the legal validity of Acts of Parliament on their constitutionality, claiming for itself not only validity, but accuracy according to the principles and truths[11]. Regardless of formal constitutional amendments the precedence over any subsequent legislation amounts to the 'secular eternity'[12] of constitutions long before the polemic of the Hegelian legal philosophy[13]. Precedence as normative claim of a constitution to be a paramount law does not correspond with an increased legal enforceability of the constitutional text, but depends on constitutional communication.

The litmus test of the communication dependency of constitutions is their indecisiveness in crucial points. Interestingly, neither 1776 nor 1789 there is a fixed concept of the 'separation of powers': Montesquieu called for the division of powers between the crown, nobility and middle class – however not for a functional separation of powers[14]. Jean-Jacques Rousseau infers the indivisibility of the state power from the indivisibility of popular sovereignty[15]. In the exercise of state power described in *Lettres Ecrites de la Montagne*, Rousseau deems the division of judiciary from government to be necessary, but not the division of executive and legislature[16]. Furthermore, the scheme for a representative model of government in the *Vues sur les moyens d'exécution dont les représentants de la France pourront disposer en 1789* (1788) by Emmanuel Joseph Sieyes is based on the Rousseauean «*volonté générale unitaire, imprescriptible, possédée par la nation, déléguée et exercée par ses représentants*»[17]. Correspondingly, Sieyes does not demand the separation of powers in his *Préliminaire de la Constitution: Reconnaissance et exposition raisonée des droits de l'homme et du citoyen* of July 20/21, 1789[18].

Rather, the relationship between monarch and parliament is left open and exposed to the dynamics of the constitutional practise. The old dualism of monarch and the assembly of the estates is replaced by the balancing between the *pouvoirs constitués*. Their need for consensus can be specified by the necessary approval of the monarch to the laws, resolved by the people's representation or by the monarchical right to veto against legal proposals, be it definite or just dilatory. An acting of the monarch in accordance to the majority of the people's representation could result, particularly since the establishment of a trusting relationship was politically smart due to the budgetary right of the people's representations.

The scope of action for taring the monarchical and parliamentary forces was influenced by the 'renaissance' of the monarchy in the early constitutionalism. Under the impression of the Jacobin reign of virtue and terror and the struggle for resistance of the allied monarchies against the revolutionary army of the *Republique Française*, the republic got into antagonism with monarchy. It is no more the Aristotelian hypernym of aristocracy, monarchy and democracy. The republican connotation of a representational system based on the separation of powers falls prey to the antonymy Republic-Monarchy[19]. Therefore, trust in a strong representation of the people, as the French Constitution of 1791 breathes, is hardly found among European Constitutions around 1800. Apart from the Norwegian constitution of Eidsvoll (May 31, 1814), echoes of the French September Constitution are just found in the short-lived Spanish Constitution of Cádiz 1812.

1. *Monarch and parliament in the French September Constitution*

The French September Constitution of 1791 does refer the *pouvoir constituante* neither to the crown nor to the people. Sovereign was the nation (Art. Tit. III, Art. 1)[20], from which all state power derived (Art. Tit. III, Art. 2)[21]. Sovereignty of the nation not only manages to integrate monarchical and popular sovereigns, but also joins the constitutional idea with national integration. Symbolizing the revolutionary pathos for equality, the idea of a French nation was expanded from that of a few privileged to all of the citizens, with a corresponding census. Thus, the French constitution of 1791 created a right of citizenship (Tit. II, Arts. 2-6)[22], and announced civil equality (Tit. I)[23], even though three sevenths of the French men because of poverty and French women altogether were excluded from the right to vote (Tit. III, Ch. I, Sec. II, Art. 2)[24], and the right to stand for election (Tit. III, Ch. I, Sec. III, Art. 3)[25].

The monarchical principle was held compatible with the sovereignty of the nation (Art. Tit. III, Ch. II Sec. I, Art. 2)[26]. The executive power was vested in the King and his ministers (Tit. III, Art. 4)[27]. The legislative power was vested in the National Assembly as a single-Chamber legislature, which emphasised the unity of the nation and avoided a conservative upper house (Tit. III, Art. 3, Tit. III, Ch. I)[28]. The right of legislative initiative was only accorded to the single-Chamber legislature (Tit. III, Ch. III, Sec. 1, Art. 1, No. 1)[29]. The meeting of the legislative body was regulated in the constitution (Tit. III, Sec. V, Art. 1 & 5)[30], and not dependent on the monarch's willingness. The king could not dissolve the National Assembly (Tit. III, Ch. I, Art. 5)[31]. The ministers were appointed and dismissed by the king (Tit. III, Sec. IV, Art. 1)[32], and assumed by counter-signature (Tit. III, Sec. IV, Art. 4)[33] the legal responsibility for the legality of the acts of government of the king (Tit. III, Sec. IV, Art. 5)[34]. Only two particularities modified the strict division between the executive of the king and his ministers from the single Chamber legislature of the National Assembly: the king had a suspensive veto in the legislative procedure (Tit. III, Ch. III, Sec. 3, Art. 1 & 2)[35], and the legislature had a right of participating in foreign policy (Tit. III, Ch. III, Sec. 1, Art. 2)[36]. The unified judiciary

supported by jury courts was independent from the executive and the legislature (Tit. III, Art. 5).

2. *Continuities with the pre-revolutionary class-based state in the Polish May Constitution*

The openness of the sovereignty of nation to continuities with the pre-revolutionary class-based state becomes manifest when considering the Polish May Constitution 1791, which was agreed four months earlier than the French September constitution as a constitutional contract between the assembly of the nobles and «Stanlislaus Augustus by God's Mercy and the Will of the People King of Poland» (Introduction to the Polish May Constitution 1791)[37]. The sovereignty of the nation is claimed to be the origin of all state authority (Article 5), even though since the second and third division of Poland a nation in the sense of a politically mobilised people is lacking[38]. The Polish nation in the sense of the Preamble is not a sovereign people of free and equal citizens, but rather – in continuity to the old feudal understanding of the aristocracy as the «foremost pillar of the freedom of the present constitution» (Art. 2 May Const. 1791) – it is the nation of the aristocracy. Hence, contrary to the French September document the Polish May constitution did *not* establish a new basis of legitimation for modern statehood after a revolutionary break with inherited power structures. There was no declaration of rights, only religious and cultural freedom was mentioned in the context of the fixing of Catholicism as the state religion in Art. 1.

Significant is the 'indetermination' of the May Constitution in terms of the coexistence of legal and parliamentary accountability for Ministers. The monarchical executive (Art. 7) was opposed to a constant two-Chamber legislature of representatives of the regions and senators (Art. 6). As «father and head of the nation», the monarch was not accountable (Art. 7). For any directives, the ministers appointed by the King assume legal accountability by counter-signature. Alongside this, in allusion to the two-thirds majority of the American impeachment process, Art. 7 provided for a parliamentary vote of no confidence: «In the case however, that both Chambers united in the Imperial Parliament demand, with a majority of two thirds of secret votes, the removal of a minister from the Council of State, or from his position, the king shall be bound to appoint immediately another in his place» (Art. 2 May Const. 1791).

Regardless of the pre-revolutionary continuities the May Constitution has a pioneering role by the adjustment of its constitutional precedence. It is the only constitutional document of the revolutionary era which expressly states the precedence of the constitution: «to this constitution, even all further decisions of the present parliament [shall] correspond in every respect» (Introduction, May Const. 1791). It is a desideratum to explain this progressiveness. Probably, the influence of the American constitutional movement on the Polish constitutional debate during the so-called 'Great Sejm' of 1788-1792 and the nexus between constitution-formation and the fight for national independence produced the factual open nature of the Polish May constitution. It is the argumentation of the American revolutionaries, opposing

the 'unconstitutional' taxation of the colonies by the Westminster Parliament against the constitutionally legitimate resistance of the colonies, which suited for the legitimation of the Polish resistance against the Russian Tsarina, the Prussian king and the Hapsburg Kaiser of the Holy Roman Empire. Fascinatingly, the reception and reflection of the American fight for freedom in contemporary manifests and pamphlets in Poland was the rhetorical arsenal by both the 'patriotic' progressive forces of reform as well as by the 'old republican opponents of the constitution' in the various press organisations to justify their own pretensions in the constitution-formation process. According to the *Gazeta Narodowa I Boca* and *Pamiętnik Historyczno-Politczny* reporting on the debates in the *Sejm* about the rights of co-decision of the city population, the idea of the new American society of no class differences played a crucial role. On the other hand, in the defense of the traditional Polish noble republicanism with elected monarchy and *liberum veto* in the pamphlets of *Field Hetman Seweryn Rzewuski* (1789/90), American federalism is also conceived as a central point of referral.

3. *The echoes of the French September Constitution in the Spanish Constitution of* Cortes

The constitutional process in Spain is connected with the anti-Napoleonic resistance[39]. The General and Extraordinary *Cortes* of Cadiz (*Cortes generales y extraordinarias*) have the constituent power (*el poder constituyente*), the monarch becomes the constituted power: «Don Ferdinand the Seventh, by the grace of God, and by the Constitution of the Spanish Monarchy, King of Spain» reads the preamble of the Constitution of Cádiz of March 19, 1812[40].

The reference to the sovereignty of the nation in Title 1, Art. 2[41] is no rejection of monarchy, but is rather just directed against the usurpation claims of the French imperial family Bonaparte[42]. Thus, only one day after the festive inauguration of the *Cortes* on September 24, 1812[43], the order followed that the proper title of Charles IV and Ferdinand VII was 'Majesty'[44]. Thanks to its sovereignty, the nation is able to annul the declaration of abdication given in Bayonne in favour of Napoleon, and to lay down «the laws and conditions, under which its kings accede to the throne»[45]. The deduction of monarchical power from the sovereignty of the nation represented by the *Cortes* alone was considered revolutionary by contemporaries[46]. Popular sovereignty in the sense of Rousseau's *volonté genéralé*, and the unlimited sovereignty of the people embodied in the French National Convention 1792-1795, however, is not what the *Cortes* had in mind: they did not act as representatives of their voters, but rather as sovereign representatives of the nation[47].

The centrepiece of the constitution of Cádiz is the legislative power of the *Cortes*[48], as the extent of its third title shows with its 140 articles. The parliamentary power is expanded far beyond the French role model of 1791[49]. This resulted not only from the circumstantial weakness of the transitional government (*regencia*) during the War of Independence[50], but is rather, above all, due to the constituents' admiration for the English parliamentary sovereignty[51]. The fascination for the English parliament is not singular, the constitutional movement

in Sicily 1812 and the Ionian Islands 1816 also evolved estates-based parliamentary structures oriented towards English constitutional practice[52].

The primacy of the parliament has various manifestations in the constitution of Cádiz. The *Cortes* are, together with the monarch, entitled to legislation (Art. 15, 142). Every representative and every member of the government has the right of legislative initiative[53].

The monarch only has a suspensive right to veto, limited to two years (Art. 147). If he denies his approval to a statute, the bill can be put forward a second time in the following session (Art. 147). A second refusal has suspensive effect, until the *Cortes* can override the monarchical veto with a two-thirds majority in the third year (Art. 148, 149)[54]. The exclusion of the executive from participation in parliamentary sessions also strengthens the superiority of the *Cortes*. Although the sessions were public, neither the King nor the ministers were allowed to attend them (Art. 124 et seq.)[55]. Furthermore, Art. 131, N° 26 stipulates a provisional presumption of the *Cortes*' competence in constitutional issues[56].

The precedence of the parliament over the monarchical executive (Art. 16, 170) is evident: The monarchical powers are regulated enumeratively in Art. 171 and bound to detailed participation rights of the *Cortes* (Art. 172). For instance, the catalogue of Art. 172 forbade the suspension of the *Cortes*. Secondly, the King could appoint his state ministers (Art. 171 N° 16), who in turn were parliamentary accountable to the *Cortes* (Art. 226). Thirdly, the *Cortes*' authority to recognise the Prince of Asturias as the legitimate heir to the throne (Art. 210), their right of recommendation for the appointment of members of the Council of State (*Consejo de Estado*) according to Art. 235[57] and the obligatory accession oath of the King before the plenum (Art. 173) document the derived monarchical power[58].

3.1. *Power politics of the Congress of Vienna and role modelling of the French* Charte Constitutionnelle

3.1.1. *Monarchism of the Congress of Vienna*

The equation of monarch and nation was the credo of the Congress of Vienna. For the United Kingdom of the Netherlands and Congress Poland, both newly designed by the ambassadors of European states chaired by Prince von Metternich. Both in the *Grondwet voor het Koningrijk der Nederlanden* of August 24, 1815 and in the constitution for Congress Poland of November 27, 1815, the crown symbolized state unity in a newly construct state, regardless of a national sense of solidarity among the population[59].

3.2. *Restoration of the Bourbonian monarchy*

The role model of the monarchical restoration after the Wars of Liberation and the defeat of the Napoleonic France was the *Charte Constitutionnelle* of June 4, 1814, combining monarchy with constitutionalism after the return of the Bourbons[60]. The monarch by the Grace of God[61] Louis XVIII[62] appears as constituent sovereign[63]. The *Charte Constitutionnelle* was one-sidedly imposed by the

king, and its label as charter (*charte*) tried to create the impression of a royal privilege. The *Charte* avoids the term sovereignty, the reference to authority (*l'autorité tout entière*)[64] in the preamble permits the subsumption of pre-revolutionary positions of power of the doctrine of divine right[65]. Due to his absolute power[66], the monarch is the sole bearer of executive power (Art. 13), of the exclusive right of legislative initiative (Art. 45, 46)[67], and of jurisdiction (Art. 57)[68].

Nevertheless, the restoration of the French monarchy in 1814 was, despite the objectives of the *Charte* to «preserve the rights and amenities of our crown in its entire purity»[69], not able to whisk off the outcomes of the revolution. Above all, the renewed monarchy held on to the Napoleonic administrative system with the appointment of all office bearers by the centre. Furthermore, the *Charte* seeks the support of the previous political elite. The new (Napoleonic) nobility is assured of the renunciation of the sale of the national property, of the guarantee of national debt and retention of its titles (Art. 9, 70, 71). Legislation and sovereignty in budgetary matters rested with a bicameral legislative after English models with a Chamber of pairs and a Chamber of deputies.

A part of the basic rights of the Constitutions of 1791, 1795, 1799 was guaranteed. Being 'political rights of the French' however, they do not seem to be expressing a natural freedom, antecedent to and to be recognised by the state, as the Declaration of the Rights of Man and the Citizen of 1789 proclaimed, but rather rights, which the monarch grants his subjects.

3.3. *German Constitutionalism in-between the German Federal Act and Final Act of the Congress of Vienna*

Paradigmatic for the role modelling of the *Charte Constitutionnelle* are the German estate constitutions[70], enacted according to Art. 13 of the German Federal Act (*Deutsche Bundesakte*)[71] of June 8, 1815. «Since the German Confederation (*Deutscher Bund*), except for the free cities, is constituted of sovereign princes, all state authority has to, according to the hereby given basic concept, stay united within the head of state, and the sovereign can be bound by an estate constitution only regarding the exertion of certain rights to the participation of the estates», as Art. 57 of the Final Act of the Congress of Vienna (*Wiener Schlussakte*) of May 15, 1820 formulates the monarchical principle[72]. In the monarch alone rests the state authority[73]. The constitutional self-commitment of the exertion of power[74] by constitutional imposition or agreement could no longer be one-sidedly repealed by the monarch[75].

The untouched, rather, according to Art. 57 Final Act of the Congress of Vienna (*Wiener Schlussakte*), even affirmed sovereign plenitude of power indicates a continuity of Early German Constitutionalism with the absolutist territorial sovereignties of the 18th century[76]. Here and there the bottom line is the orientation of the monarch towards the law, the rational *ratio legis*. Just as the enlightened absolutist granting of laws, the early constitutional guarantees are legal positions awarded by the state[77]. The early constitutional guarantees are ensured in the sections on rights and duties of the citizens. The Nassau patent 1814, the Bavarian constitution 1818, the constitu-

tion of the Grand Duchy of Baden 1818 and the constitution of Wuerttemberg 1819 all avoid the term 'fundamental rights' or 'human rights'. Guaranties are not justified through natural law, but just through positive law as stately awarding of the sovereign by virtue of monarchical jurisdiction. Thus, the latter do not entail civil rights and liberties antecedent to the state, but rather the self-commitment of the monarch, not to randomly deprive the litigants of the guarantees, however without determining the borders of arbitrariness for sovereign jurisdiction.

Thus, the early constitutional guarantees manifest as ineffective against the arbitrariness of Metternich's system according to the appraisement of Heinrich Albert Zachariä:

> However, the seemingly meaningful guarantees of the inviolability of the freedom of a person and of property, the freedom of conscience et cetera were, most often due to their indefinitive wording, not able to have a substantial importance in reality and they were nearly totally annulled in their practical importance due to the lack of other crucial guarantees of a legal freedom, under the pressure of censorship, by virtue of the rule of the inquisitory process and the pauperization of legal protection[78].

The tyrannical justice of the 'demagogues pursuits' revealed the weakness of the early constitutional guarantees, which were not recognized as human rights and could thus be restrained by law any time. The constitutional self-commitment of the monarch to abandon arbitrariness was not sufficient to ensure freedom and safety of the citizens.

4. *From the French double trust-parliamentarianism to the concurrency of popular and monarchical sovereignty in the Belgium constitution*

4.1. *Constitutional movement between monarchical influence and parliamentary majorities after the Paris July revolution*

The appointment of Martignac 1828 constituted a certain concession of Charles X. (1757-1836) to the majority situation in the parliament, but remained an intermezzo in the time of Restoration 1814i830. The king only took this step half-heartedly, so that the shift in power in favour of the parliament was not permanently realized[79]. Rather, he ended up in an unconstitutional abuse of emergency regulations and dissolved[8o] the newly elected Chamber of representatives because of their liberal majority, even before it could convoke. The liberty of the press was virtually abandoned and the election census was raised in favour of the conservative big landowners. The population of Paris stood up against these July *ordonnances* and achieved the overthrow of Charles X[81].

In the revision of the *Charte* of 1814 by the Chamber of representatives in cooperation with the Chamber of Pairs, substantial changes compared to 1814 had taken place under the revolutionary pressure, even before the July revolution: Both Chambers received the right of legislative initiative (Art. 15). The Chamber of Pairs was no longer a privy Chamber of nobles with hereditary seats, but rather an assembly of notables, to which also wealthy citizens could be appointed for life (Art. 23). The right to make regulations was subject to the primacy of law (Art. 13). There was no longer a general

authorisation for ordinances 'for national security' (Art. 14 in the end of the 1814 Charte: «et fait les règlements et ordonnances nécessaires pour l' exécution des lois et la sûreté de l'État»[82]). Apart from that, the strong monarchical executive persisted (Art. 12). The ministers were appointed and dismissed by the monarch and took over legal responsibility for the lawfulness of monarchical acts of government by contra-signature (Art. 12). This legal responsibility was sanctioned by ministerial impeachment. A political responsibility of the ministers was not envisaged.

A shift of power in favour of the parliament did not happen, because a firmly structured party system lacked in the France of the July monarchy. There were only the two big movements of the liberal conservative '*résistance*' (*Centre droit* and *Doctrinaires*) and the reform-liberal '*mouvement*' (*Centre gauche* and *Gauche dynastique*). Republican groups, whose followers mostly belonged to the middle and lower classes were not represented in the Chamber of Deputees because of the high electoral census. Further, many civil servants (*députés fonctionnaires*)[83] were among the deputies. Thus, the influence of Louis-Philippe on the formation of government remained uncontested[84]. Just four of overall ten prime ministers between 1830 and 1840 could provide the office next to the crown with a personal profile (Perier, de Broglie, Thiers, Guizot). The monarch never appointed a government that was contrary to cameral majority, so that his appointments actually showed the monarchical influence, but did not contravene parliamentary policies.

However, Louis-Philippe aced explicitly against the parliamentary majority when he dismissed the government of Thiers twice in 1836 and 1840, which had to resign not because they lacked support in the Chamber of deputies but because of the quarrel with the King about questions of foreign policy[85].

However, the parliament did not react to these dismissals with a challenge against the King as in England 1835 and 1841, but it rather tolerated the newly formed cabinet[86]. Even though the government Soult-Guizot could have practiced a policy independent from the King with the help of parliamentary majority after the electoral victory of 1846, the relationship of trust to the monarch remained strong. Thus, research agrees that Guizot's powerful position in the cabinet and his long term of government 1840-1848 can be explained directly with the good relationship to Louis-Philippe and the mutual agreement of important political landmark decisions[87]. The necessity of balancing the monarchical government and the other constitutional powers was formulated by François Guizot, Prime Minister of the July monarchy 1840-1848: «Le devoir de cette personne royale… c'est de ne gouverner que d'accord avec les autres grands pouvoirs publics…»[88]. Consequently, an ongoing need for negotiation about the limitations of the monarchical competencies about the responsibility of the ministers and about the treatment of the Chambers in order to obtain the majority, originates according to Guizot's argumentation:

> Quelque limitées que soient les attributions de la royauté, quelque complète que soit la responsabilité de ses ministres, ils auront toujours a discuter et à traiter avec la personne royale pour lui faire accepter leurs idées et leurs résolutions, comme ils ont à discuter et à traiter avec les chambres pour y obtenir la majorité[89].

Thus, a fluent passage from the constitutional to the parliamentary system can be observed. Evident for this is the understanding of the constitutional practice after 1830/1831 as shaped in French research as '*parlementarisme à double confiance*'[90]: the government of the monarch is admittedly formally not bound to the parliamentary majorities, however, their consideration is political normality. Thus, a substantial boost in parliamentarisation took place in France, the fluent passage from the constitutional to the parliamentary system was accelerated.

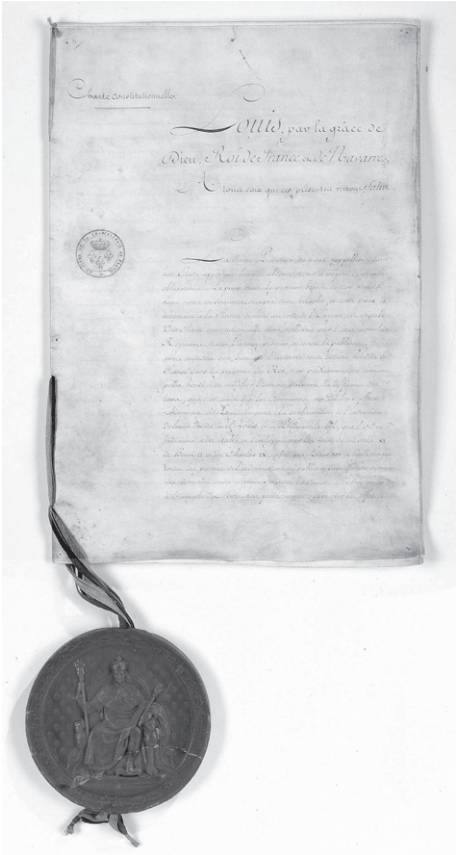
The *Charte Constitutionelle* 1830 is not imposed, but rather agreed upon between the *chambres assemblées* and the monarch[91]. The appointment of Louis-Philippe as king by the *chambres assemblées*, who took an oath on the *Charte* at August 9, 1830, makes the monarchy a *pouvoir constitué*. This also shows the changed imperial title: The Duke of Orleans, who descended from a branch line of the Bourbonian Royal House, could have been coronated as Philippe VII, 'King of France'[92]. Contrary to that he calls himself Louis-Philippe and reigns as 'King of the French' a people that appoints their 'Citizen King' in its own right. The Bourbonian *fleur-de-lys* gives way to the revolutionary tricolour. Louis-Philippe takes his coronation oath no longer on the Bible, but rather on the Constitution, and no longer in the coronation cathedrals of Reims or Notre Dame de Paris, but rather before the Chamber.

Because of the relatively high electoral census, the Chamber remained in the hands of the propertied bourgeoisie and the property-owning nobility (*juste milieu*). The July revolutionaries, coming from the middle and lower classes were not represented[93]. Just as the civil reform movement attends to the extension of the right to vote since 1847[94], the February revolution of 1848 takes place under the impression of the incipient economic crisis. The civil-liberal modified constitutional monarchy is replaced with a radical-democratic (second) republic, that is abandoned just like the republic of 1793[95] by a dictator, who proclaims himself as Emperor Napoleon (reg. 1852-1870) shortly after[96]. Even though the high census is just marginally extended, the first title of the constitution (Public Law of the French) begins with the guarantee of equality (Art. 1). Among the civil liberties, the freedom of opinion and the abolishment of censorship is emphasised (Art. 7).

4.2. *Openness of the Belgium constitution for parliamentarian accountability beyond the text*

The French *Charte* 1830 led to a Europe-wide constitutional movement, whereas due to the connection of the constitutional movement with national struggles for freedom, the people and its representation were invigorated as constitutional factors. Like in France, a parliament took over the task of drafting a constitution in Belgium after the Revolution of 1830: The constituent assembly, dominated by the liberal-catholic union, is *pouvoir constituant*, the newly-to-be-appointed King is just taking on the role as '*pouvoir constitué*'. Contrary to the French model, the Belgian Constitution is not negotiated with the monarch, but freely proclaimed by a national congress in its own right[97].

Since the United Kingdom of the Netherlands was recreated at the Congress of Vienna in 1814/15 there were differences between the former territory of the Austrian Netherlands, later French territory since 1795, and the Northern part of the country. The new King William I did not manage to take the Belgian interests into account, or at least to permanently commit individual social or professional groups. The King scared the francophone liberal bourgeoisie away with his language policy of 'Netherlandisation', and his laicist school policy provoked the Catholic clergy. In this gap, a political union of Belgian liberals and Catholics was formed since 1827, which was suspiciously termed 'Monster-verbond' by the Dutchmen. Calls for freedom of language and teaching arose next to calls for freedom of the press, expansion of the right to vote and a liberalisation of the constitution. The heated political situation, which even sharpened due to the socio-economic crisis (Unemployment, harvest losses, price rise) 1829/30, vented under the impression of the French July revolution in August/September 1830 in a riot[98]. All parts of the population voiced their approval, whereas the so-called '*classe moyenne*' played a pivotal role.



La Charte *del 4 giugno 1814*

Against the paternalism of the Dutch part of the United Kingdom, the provisional government, formed by liberals and clericals declared the Independence of Belgium in Brussels at October 4, 1830. They scheduled the elections for a constituent body for November 3[99]. Two days after the Declaration of Independence, the provisional government already assembled a committee at October 6, 1830, which was entrusted with the draft of a constitution[100]. These constitutional consultations were motivated by the pursuit of autonomy against the Dutch royal house and the constitutional structures from 1815. The constitutional debates in the Belgian National Congress 1830-1831 are accompanied by the reports of the leading journal *Politique* (Liège), which was the flagship of the independence movement. Its *spiritus rector* Paul Devaux was secretary to the constitutional commission, being constituted by the provisional government at 6th October 1830 for drafting a constitution. Devaux's authorship of the constitutional guarantees together

with Jean Baptiste Baron de Nothomb can be traced by means of sources, which reveal a strong impact of the French examples 1791, 1814/30, of the British constitutional practice and conventions and of the Dutch Grondwet 1815. The national congress, elected by a mixed capital and educational census[101], within which the liberal-catholic union with aristocrat big landowners, educated bourgeoisie, and clergy had a strong majority, largely confirmed the draft constitution, revised by Nothomb and Devaux[102] and passed the new constitution at February 7, 1831[103]. Though the Belgian National congress could decide in the constitutional question as *pouvoir constituant* sovereignly, he had to take numerous diplomatic questions into account when looking for a suitable candidate to the throne. The decision for Louis-Philippe's son failed on London's veto, whose support of the Belgian Independence depended on the ensuring of balance of power. Thus, Prince Leopold von Saxony-Coburg-Gotha, an uncle of the later Queen Victoria, who was related to the British royal house by marriage prevailed as candidate, who had earlier rejected the Greek royal crown. The National Congress eventually elected him as 'King of the Belgians' and in July 1831 the Duke proceeded to Brussels as King Leopold I[104].

In the publication formula of Belgian laws, the monarchic title is still called 'King of the Belgians'[105]. All powers «are coming from the nation» (Art. 25)[106]. They are exercised «as stipulated in the constitution» (Art. 25)[107]. «The King has no other power, but the one, which the constitution and other laws made in accordance with the constitution formally attribute» (Art. 78)[108]. The concurrency of popular sovereignty (Art. 25) and constitutional monarchy (Art. 78) was unique and owed to the chance of unconditional freedom of decision-making in the Constitutional Consultations of the national congress after the Belgian War of Independence against the United Kingdom of the Netherlands[109]. Within the separation of powers, the legislative power was mutually due to the King and the two Chambers, the House of Representatives, and the Senate. The Senate was an elected regional representation of notables[110]. Each of the three constitutional institutions had the right of legislative initiative (Art. 27 S. 1). The King had the executive power at his disposal «according to the regulations of the constitution» (Art. 29). The hierarchy of law and regulation, as established in the French July-*Charte* was taken over word by word in their constitution by the Belgian fathers of the constitution (Art. 67)[111]. The Belgian constitution even went a step further in this question and devolved the control of non-legal ordinances and regulations to the Courts (Art. 107)[112]. The judiciary was exercised by independent courts. A detailed catalogue of fundamental rights, reminiscent of the French role model of 1830 amended the equality of the Belgians before the law. The rights of the Belgians (Second Title of the Constitution) particularly entailed the freedom of assembly and of association (Art. 19, 20).

The monarch dismisses 'his ministers' just like in the France of the July monarchy (Art. 65). According to the French role model (Art. 12 of the 1830 *Charte*), the responsibility of the ministers is undefined in the text of the constitution (Art. 65 at the end). The ministerial responsibility by counter-signature (Art. 64) was normatively just regulated as judicial responsibility, which could lead to ministerial

impeachment (Art. 90). Neither the ministerial responsibility nor the parliamentary exertion of influence on the formation of government were envisaged in the text of the Belgian constitution, but they have developed on this basis in the constitutional practice. Thus, the Belgian constitution of 1831 provides an example for the evolutionary force of constitutional practice. This is proved by the different phases of the stronger and weaker influence of the monarch on the formation of government. Even though the Belgian constitutional system is often termed parliamentary monarchy in the literature since its early days[113], it has to be differentiated with focus on analysing the constitutional practice and its reflection within the *Revue nationale*, which was founded by Paul Devaux 1840 at the taking up of the government Lebeau-Rogier.

In the early years after the revolution, Leopold I held a comprehensive right of political participation also regarding the formation of government, so that the ministers needed 'double trust' in the sense of the French connotation of *parlementarisme à double confiance*. The King also had great influence regarding the organisation of governmental policy. For that, the Union of Liberals and Catholics, already formed in the opposition against the Dutch, which also persisted in the new parliament, presented a good opportunity, because he received his own ample room in this time of loose party structures and an uncertain majority situation. Further, the members of parliament acknowledged the political decision making power of the monarch due to the uncertain situation of foreign policy, who was able to secure the Belgian Independence because of his personal contacts with England, Germany, and France. Thus, the Belgian King projected national independence. Leopold made sure, that the ministers had a majority in the Chambers, but then needed also his trust. The new King naturally led the cabinet himself, and the governmental programme, which had to be realised, had to be discussed with him and possibly changed in his view. He had the '*cabinet du roi*' at his disposal for his personal policy planning, an own brain trust, independent of the parliament and not envisaged in the constitution[114].

The government did not obtain a more independent position until the end of Unionism in 1846/57, since now the majority situation in the Chamber permitted the formation of homogenous cabinets, borne by one political belief. But even in this time a great independent scope of action regarding foreign policy remained with the King. His son Leopold II, who succeeded him to the throne in 1865, led the cabinet in fundamental questions himself, and he managed to dismiss a cabinet, entrusted with parliamentary confidence, thrice, even though the parliamentary system was firmly structured, and to enforce his own beliefs thereby. In the year of 1871, the King tried at first to edge individual ministers out of the government, and when he was not successful, he dismissed the whole moderately-clerical cabinet of Anethan. A few years later he brought down the strictly clerical government of Malou, which had altered the radically liberal school law of 1876 after the narrow election victory of 1884. Even though the King sanctioned the auditing law, he achieved the resignation of the government, which was superseded by the moderately-clerical cabinet of Beernaert, so that the aspired moderation was finally achieved by the King. In the year of 1907

a whole government had to step down because of a conflict with the monarch, when the cabinet of Smet de Naeyer was not any longer able to prevail against the stubborn old monarch in the conflict on the drafting of the annexation treaty of Congo by the Belgian state[115]. The revocations under Leopold II indicate, that the dualistic character partially continued and was regarded as fundamental principle in the field of foreign policy and the military.

5. *Improvised parliamentarianism in the Frankfurt National Assembly*

The ideologisation of a western kind of constitutional monarchy[116] in Friedrich Julius Stahl's work *Das monarchische Prinzip* (*The Monarchical Principle*, 1845)[117] seems to be still manifest in the cemented state of the art[118] perceiving the Frankfurt draft constitution as a specifically German form of constitutionalism, whose dualism between monarch and popular representation is said to have precluded a parliamentary governmental practice. Such an ex post-explanation of the Paulskirche constitution 1848/49 separates the constitutional text from societal context, political practice and constitutional interpretation and tends to misunderstand German constitutionalism after 1849 as irreversible one-way road via the Prussian constitutional conflict to the exaggeration of the executive after 1933. Having in mind both the 'improvised parliamentarianism' in the National Assembly as well as the debates about ministerial accountability in June 1848, such a static opposition between constitutionalism and parliamentarianism is not plausible, especially in consideration of the fundamental politicisation due to the March Revolution.

The constitutional text carefully regulated the relationship between government and parliament by several provisions: The imperial right to convene and postpone the Reichstag (§§ 79, 104, 106, 109) is precisely fixed. It is only the *Volkshaus* (§§ 79, 106) that could be dissolved. The Emperor's veto concerning ordinary laws (§ 101 Abs. 2) and those altering the constitution (§ 196 Abs. 3) was only suspensive in nature and could be overcome by the *Reichstag*. Interior matters (Executive Committee, Membership, Standing Orders) could be regulated by the first and second Chamber without any need for participation of the executive (§§ 110-116). Beyond this, the text of the constitution left open many questions, in particular the question of the political-parliamentary accountability of the imperial government. The analysis of the public debate provides profound arguments that the consensus between the monarchical government and the parliamentary majority dominated political thinking in the National Assembly[119]. This can be even confirmed by the constitutional deliberations on ministerial accountability in June 1848. They reveal a consensus between left, 'old' and constitutional liberals about a political ministerial accountability, even if the text of the constitution framed it merely judicially. So for the representative Friedrich, of the Casino faction, an accountable Ministry could «not govern one day long without the majority of the National Assembly»[120]. Accountability to parliament was thought of not as a problem to be clearly regulated by law, but as a question of political style. So in the explanatory statement of the draft for the law «Concerning the Accountability of the Imperial

Ministers», the expectation was expressed, that a minister «against whom a vote of no confidence is pronounced, or whose behaviour becomes the object of constant complaint from sides of the house, will as a man of honour, resign»[121]. The political practice in the National Assembly corresponded to this. As long as the parliament was capable of functioning, the composition of the Imperial Ministry would be adapted to fit the changing majorities in the Frankfurt Parliament. The establishment of a minority cabinet in June 1849 provoked protest. The political linking of the government to the parliamentary majority was ultimately fostered by the compatibility between a mandate from the representative house and the assumption of ministerial office (§ 123)[122]. Together with the role modelling of the Belgian constitution in the Frankfurt consultations all this pleads for the possibility of a parliamentary governmental practice on the basis of the Imperial Constitution[123], had it come into force.

The possibility for a de facto parliamentary system of government on the basis of a 'constitutionalist' constitution corresponds with the openness of the 'Sovereignty of the Nation'[124], which Heinrich von Gagern addressed to inaugurate the Paulskirchen-assembly. Such a formula implies the unique and unlimited *pouvoir constituant* of the National Assembly and the claim of the nation to self-government. This avowal to the singular and unlimited *pouvoir constituant* of a not existing German nation does not make sense as a programmatic claim to self-government, but reflects the indecisiveness of the post-kantian liberalism between monarchical and popular sovereignty. It avoided the open commitment to popular sovereignty and thus the conflict with the monarchy, enabling a consensual framework between imperial government and parliamentary majority.

6. *Italian* costituzione flessibile

The national unification of the Italian Peninsula and the 'Kingdom of the Two Sicilies' was modelled under the kingdom of Piedmont-Sardinia which was converted to the Italian cause as the best means of dislodging the Austrians. King Victor Emmanuel II of Piedmont-Sardinia 1861 assembled the deputies of the first all-Italian Parliament (*Parlamento Subalpino*) in Turin which proclaimed the Kingdom of Italy and declared the Savoy to be King of Italy. Even though the Statuto Albertino, 1848 decreed for Piedmont-Sardinia, is no product of a constitutional assembly but of royal counselors (*Consiglio di conferenza*), its extension 1860 to the kingdom of Italy should be relieved from stereotype comparisons with the Prussian Constitution 1850: The parliament act 1861, complementing the monarchical legitimacy by God's grace with the nation's consent[125], is a remarkable example for constitutionalisation by constitutional practice: *costituzione flessibile*.

In addition to this evolutionary constitution-drafting, the monarchical appointment of Cavour as Sardinian Prime Minister in 1852 stands for parliamentarianism by constitutional practice. Victor Emmanuel had to appoint him due to the parliamentary majority of his *destra storica*. This constitutional practice within the monarchical framework of the *Statuto* was named *connubio* in the public discourse and legitimated the government-driven consti-

tutionalisation using the plebiscites in Tuscany, Sicily, Emilia-Romagna and Naples to get around the claimed convention of a constitutional assembly.

Another challenge is the controversy on the monarchical constitutionalism in the Italian state of art. Already Umberto Allegretti[126] and recently Giorgio Rebuffa[127] have questioned the transition to parliamentarianism within the monarchical framework of the *Statuto* at all. Only the comparative analysis with the 'improvised parliamentarianism' in the Frankfurt National Assembly and the Belgian '*parliamentarisme à double confiance*' will solve the established dispute about the manner of government and the assessment of the political impact of the monarchy. The ReCon-Fort-approach on constitutional realities will reveal conformities in parliamentarian forming of government continuing a side by side of monarch and parliament in foreign policy and military affairs in Belgium after 1865 and Italy 1876. Thereby, the national history of the '*anomalia italiana*'[128], of the 'German singularity'[129] or the '*singularité belgique*'[130] will be reassessed.

7. *Reconsidering Constitutional Formation: Basic patterns of constitutional communication as tertia*

Summing up the outlined research challenges, the evolutionary understanding of forming constitutions by text, societal context, political practice and respective constitutional interpretation allows and enables to elaborate appropriate *tertia comparationis* for comparative constitutional history. Taking into account the 'indetermination' of constitutional semantics and their interference with practice and interpretation leads to the basic patterns of constitutional communication as *tertia comparationis*. The basic patterns of constitutional communication Communication by constitutionalisation – Communication by constitutional practice – Communication by constitutional interpretation can serve as points of comparison both in a synchronic comparison and in a diachronic projection of constitutional paradigms. Given the hermeneutic circle of each comparison, such abstract categories evade the identification patterns of national historiography by institutions.

The above mentioned examples of constitutional formation, predominantly, happened in the stress field of external hegemonic powers (Polish Partitions, French occupation of Spain during the Napoleonic wars, Belgian secession from the United Kingdom of the Netherlands, German Restoration under the big four of the Vienna Congress, Franco-Austrian rivalry over Italian territories) or can be seen in the light of internal rivalries between ethnic-cultural or language factions (competing models for citizenship in post-1815 German territories and the Habsburg Empire, conflicts between Flames and Walloons). Starting with the Polish May Constitution and the French September Constitution 1791 the 'European' atmosphere of departure created a cross-border publicistic interest. Especially where constitutional formation has a key role for 'national' self-determination under external encroachments, publicistic debates on constitutional matters do not represent technical items for specialized elites, but were the mouthpiece of a general 'politi-

cised' public. In a general atmosphere of upheaval the reports of constitutional affairs are at the core of a fundamental politicisation of the broader population.

Constitutional formation itself is communication: messages are the 'national' self-determination, the parenthesis beyond ethnic-cultural or language factions, the openness for prerevolutionary continuities and the indecisiveness between monarchical or popular sovereignty. Political practice communicates the protagonists' understanding of governing. This is not only true in constitutional conflicts, but also in normal business. Constitutional interpretation communicates thinking and believes of the juridical elite and has formative effects.

With the constitutional communication as point of comparison it can be handled, that even identical constitutional semantic has different meanings in the different national constitutions. The most prominent example is the 'national sovereignty', which is addressed to in the Polish May Constitution 1791 (Art. 5), in the Cádiz Constitution of 1812 (Title 1, Art. 2) and in the Belgian Constitution of 1831 (Art. 25), all following the exemplary character of the French September Constitution 1791 (Title III, Art. 1). Comparing these avouls to national sovereignty fails because of the different notions of nation in the different national constitutions: The aristocratic nuances in Poland, the independence-loving nuances in Spain and Belgium, the unification-longing nuances in Germany and Italy are incompatible with French revolutionary feeling for equality and the subsequent idea of a nation going from a small number of privileged, to citizens of the state, expanded with a corresponding census. The functional approach to the avocations of national sovereignty reveals the communication of a compromise between popular and princely sovereignty. The nation is sovereign, from which all state power is derived, represented dually by popular representation and monarch. Inconsistently, the monarchical principle was held to be reconcilable with this, though the legislative power attributed to the national assemblies was not derived from the monarchical power. The meeting of the national assembly was governed by the constitution, and was not dependent on convocation by the king, who neither could dissolve the national assembly. The executive power was vested in the king and his ministers, who were appointed and discharged by the monarch. By counter-signature they assumed legal accountability for the legality of acts of government by the monarch. The programmatic compromise by national sovereignty becomes even clearer, as national sovereignty does not only integrate two sovereigns; it also joins constitutional thought with national integration.

Communication by constitutional practice and Communication by constitutional interpretation enable the comparative constitutional history to reflect constitutional conflicts not only by a static ex post view: Understanding the conflict management of the political protagonists as constitutional communication opens up the perspective for incompatibilities within the constitutional framework. This is true for the inbuilt incompatibility of the monarch's prerogative and the Chamber's legislative or budget rights in the constitutions throughout the 18th and 19th century. There seems to be invisible coincidence of the functionalisation of the monarchs as *pouvoirs constitués* by the

constitutionalism and their functionalisation as legitimatory 'ambassadors' for the international law of the Vienna Congress. Retrospectively, the successes of the Vienna Congress confirming the Paris peace treaty were communicated as implementation of the legal throne succession. This Metternich terminology of unalloyed monarchic sovereignty (Art. 57 Vienna Treaty) emerged from the 1830 challenge unaltered. Therefore, the constitutionalism of the 19th century was characterized by the incompatibility of the undivided monarchical prerogative and the Chambers' legislative or budget rights. Constitutional conflicts by the denial of budget and the dissolution of parliament paralysed the *pouvoirs constitués* and reached no solution within the constitutional framework. Not only can this be seen by Prussian monarch's recourse to the military, but also by Victor Emmanuel II dissolutions of the piedmontian parliament and forced new elections. His proclamation of Moncalieri 1849 also seems to be outside the constitutional framework.

The abstract categories Communication by constitutionalisation – Communication by constitutional practice – Communication by constitutional interpretation allows the synchronic analysis of the transnational exchange of ideas and interplay of constitutional protagonists, delivering sustainable basics in the inner-European history of transfer. The analysis of the transnational reception of constitution by communication is innovative for legal science and legal history, as both are stuck to juridical notion of 'reception', banning the concept of transfer in the literature sciences or the socio-cultural comparison. The Advanced Grant ReConFort is among the first to combine comparative constitutional history and transfer history. This tie opens up substantial possibilities in the current changes in North Africa (Tunisia, Egypt) and Middle East (Syria). To establish European constitutional models as attractive for Arabic and Asiatic neighbours requires sustainable basics in the inner-European history of transfer.

[1] Keynote speech at the Twenty-First British Legal History Conference, held at the University of Glasgow from Wednesday 10 July 2013 to Saturday 13 July 2013, coinciding with the tercentenary of the foundation in 1713 of the Regius Chair of Law at Glasgow. 7th Famework Programme, "Ideas", ERC, Advanced Grant ReConFort, Reconsidering Constitutional Formation. Constitutional Communication by Drafting, Practice and Interpretation in 18th and 19th century Europe.

[2] Compare also U. Müßig, *Forschungsaufgaben, Probleme und Methoden einer europäischen Verfassungsgeschichte (Research tasks, problems and methods of a European constitutional history)*, in «Der Staat», n. 18, 2010, pp. 175-216.

[3] According to the Max Weber's classical definition, 'power' means, within a social relationship, every chance (no matter whereon this chance is based) to carry through the own will (even against resistance). 'Sovereignty' on the contrary, is «the chance to find obedience for a command of certain content from specifiable persons» (M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft, Grundriß der verstehenden Soziologie*, edited by J. Winckelmann, 5th ed., Tübingen, Mohr, 1980, 1. part, Chapter I § 16, p. 28). The difference between the two concepts can also be recognized by the etymological basis (F. Kluge, *Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache*, 24th ed., Berlin, De Gruyter, 2002, p. 587). While power is value-neutral first, sovereignty requires

always a legitimation (H. Popitz, *Prozesse der Machtbildung*, 3rd ed., Tübingen, Mohr, 1976, pp. 255 ff.).

4 Cited by K. von Fritz, *The Theory of Mixed Constitution in Antiquity: A Critical Analysis of Polybius' Political Idea*, New York, Columbia University Press, 1954, pp. 10 ff.

5 Th. Paine, *Die Rechte des Menschen, Eine Antwort auf Herrn Burke's Angriff gegen die französische Revolution*, Berlin, Vossische Buchhandlung, 1792, p. 238.

6 D. Hume, *Essays and Treatises on Several Subjects* (1758), in *Political Essays*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994, p. 127.

7 See also N. Luhmann, *Macht*, 3rd ed., Stuttgart, Lucius & Lucius, 2003, pp. 4 ff., who describes state authority as a «symbolically generalized communication medium».

8 The «natural, inalienable and sacred rights of man» (Preface to the French *Declaration of the Rights of Men*), are laid down catechistically as the basis of «all political society» (Art. 2, also Art. 16).

9 H. Dreier, *Gilt das Grundgesetz ewig? Fünf Kapitel zum modernen Verfassungsstaat*, München, Carl Friedrich von Siemens Stiftung, 2008, p. 14.

10 F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1967, p. 267.

11 The time exception from the functional context of the legislation arises out of the deviation from the rule *lex posterior derogat legi priori*.

12 S. Kirste, *Die Zeitlichkeit des positiven Rechts und die Geschichtlichkeit des Rechtsbewußtseins*, Berlin, Duncker & Humblot, 1998, p. 227.

13 G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts, Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, § 273, in *Gesamtwerksausgabe*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1986, p. 439: «dass die Verfassung, obgleich in der Zeit hervorgegangen, nicht als ein Gemachtes angesehen werde. [Sie sei] … vielmehr das schlechthin an und für sich Seiende, das darum als das Göttliche und Beharrende und als über der Sphäre dessen, was gemacht wird, zu betrachten ist».

14 Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, Genève, Barillot et Filles, 1748, XI, p. 6.

15 J.-J. Rousseau: «Par la même raison que la souveraineté est inaliénable, elle est indivisible. Car la volonté est générale, ou elle ne l'est pas; elle est celle du corps du peuple, ou seulement d'une partie», *Du Contrat Social ou Principe du Droit Politique*, II, p. 2, in *Œuvres complètes*, edited by R. Derathé, Paris, Pléiade, 1964, p. 369. Compare F. Neumann, *Die Herrschaft des Gesetzes*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1980, pp. 149 ff. However, contradictory Rosseau, III, 7 (p. 414): «Le Government simple est le meilleur en soi, par cela seul qu'il est simple. Mais quand la Puissance exécutive ne dépend pas assez de la législative, c'est-à-dire, quand il y a plus de rapport du Prince au Souverain que du Peuple au Prince, il faut remédier à ce défaut de proportion en divisant le Gouvernement; car alors toutes ses parties n'ont pas moins d'autorité sur les sujets, et leur division les rend toutes ensemble moins fortes contre le Souverain».

16 VII Lettre: «D'abord la puissance Législative et la puissance exécutive qui constituent la souveraineté n'en sont pas distinctes». Rousseau, *Œuvres completes* cit., p. 815. Rousseau knew Locke's Treatises and claimed his agreement in the VIth letter of the *Lettres écrites de la Montagne*, which is dedicated to the defense of the *Contract Social* (ivi, p. 812).

17 E.-J. Sieyes, *Vues sur les moyens d'exécution, dont les Représentants de la France pourront disposer en 1789*, in *Écrits politiques*, edited by R. Zapperi, Paris, Archives contemporaines, 1985, p. 54.

18 Cited in F. Furet, R. Halévi (edd.), *Orateurs de la Révolution française*, vol. I, *Les Constituants*, Paris, Gallimard, 1989, p. 1016.

19 Compare J.C. Schuhr, *Kants Metaphysik der Sitten im Kontext der Naturrechtslehre des 18. Jahrhunderts*, in «JuristenZeitung», 2008, pp. 186-187.

20 Cited by D. Willoweit, U. Seif (Müßig), *Europäische Verfassungsgeschichte*, Munich, Beck, 2003, p. 299. According to the radicalization of the war, the overthrow of the monarchy in 1793 and the terror of the committee of welfare of 1793/94, the Directorial Constitution in 1795 evoked the sovereignty of Article 17 more intensively: «La souveraineté réside essentiellement dans l'universalité des citoyens». (Cited ivi, p. 353). The Consulate Constitution in 1799 gilded the Napoleonic military dictatorship and avoided a statement.

21 Cited ivi, p. 299.

22 Cited ivi, pp. 297 ff.

23 Cited ivi, pp. 294 ff.

24 Cited ivi, p. 302.

25 Cited ivi, p. 305. The 1795 directorial constitution regulated in Title II the civil rights and a vote tied to census. In Title I, the Consulate Constitution of 1799 had also regulations of civil rights as a content.

26 Cited ivi, p. 310.

27 Cited ivi, p. 300.

28 Cited ivi, p. 299 ff.

29 Cited ivi, p. 321.

30 Cited ivi, p. 308.

31 Cited ivi, p. 300.

32 Cited ivi, p. 319.

33 Cited *ibidem*.

34 Cited ivi, p. 320.

35 Cited ivi, p. 326.

36 Cited ivi, p. 322 ff.

37 Ivi, p. 281.

38 Only the Polish nobility was inhibited by liberal reform ideas. Accordingly, the Polish Constitution of 1791 regulated no Polish civil rights.

39 In detail A. Timmermann, *Die „gemäßigte Monarchie" in der Verfassung von Cadiz und das frühe liberale Verfassungsdenken in Spanien*, Münster, Aschendorff, 2007, pp. 25 ff.

40 Cited in Willoweit, Seif, *Europäische Verfassungsgeschichte*, cit., p. 429.

[41] Cited in ivi, p. 430.

[42] The French claimed that the sovereignty vested in the Spanish Crown, was transferred to them in Bayonne in 1808 due to the abdication of Karl IV and his son Ferdinand VII. Compare A. de Argüelles, *Discurso preliminar a la Constitutión de 1812* (1811), Madrid, CEC, 1989, Part I, p. 78; also related to this topic: L. Sánchez Agesta, *Introducción*, in ivi, p. 44; J. Ferrando Badia, *Vicisitudes e influencias de la Constitutión de 1812*, in «Revista de Estudios Políticos», n. 126, 1962, p. 187.

[43] *Colección de los Decretos y Órdenes que han expedido las Cortes generales y extraordinarios desde su instalacion en 24 de setiembre de 1810 hasta igual fecha de 1811*, Madrid, s.e., 1813, vol. I, pp. 1 ff.; D. Gallardo y de Font, *Apertura de las Cortes de Cádiz en 24 de Septiembre de 1810*, Segovia, s.e., 1910, vol. I, pp. 30 ff.: «[…] y declaran nula, de ningun valor ni efecto la cesión de la corona que se dice hecha en favor de Napoleon, no solo por la violencia que intervino en aquellos actos, injustos é ilegales, sino principalmente por falterle el consentimiento de la Nación», almost literally reinforced in the decree of January 1, 1811: «Declárense nullos todos los actos y convenios del Rey durante su opresión fuera ó dentro de España», in *Cortes generales y extraordinarias*, cit., p. 41.

[44] Decree of September 25, 1810: *Tratamiento que deben tener los tres poderes*, in *Cortes generales y extraordinarias*, cit., pp. 3 ff.

[45] Meeting of the *Cortes* on December, 29, 1810 in De Argüelles, *Diario de las Cortes*, cit., II. vol., p. 155; furthermore A. Florez Estrada, *Representación hecha a S.M.C. el señor Don Fernando VII* (1820), Madrid, Atlas, 1996, pp. 15, 17 ff.

[46] Instead of many: F. Soldevilla, *Las Cortes de Cádiz. Orígines de la Revolución española*, Madrid, Ricardo Rojas, 1910; E. Valle Iberlucea, *Las Cortes de Cádiz. La Revolución de España y la Democracia de América*, Buenos Aires, Martin Garcia, 1912; A. Gil Novales, *La revolución burguesa en España*, Madrid, Universidad Complutense, 1985, especially Id., *Las contradicciones de la revolución burguesa española*, Madrid, Universidad Complutense, 1985, pp. 50 ff.; M. Artola Gallego, *Antiguo Régimen y revolución liberal*, Barcelona, Ariel, 1991, among others pp. 161, 163; M. Morán Orti, *Revolución y reforma religiosa en las Cortes de Cádiz*, Madrid, Actas, 1994; J.M. Portillo Valdés, *Revolución de nación. Orígines de la cultura constitutional en España, 1780-1812*, Madrid, CEC, 2000.

[47] Timmermann, *Die „gemäßigte Monarchie"* cit., p. 39; and K. Löwenstein, *Volk und Parlament nach der Staatstheorie der französischen Nationalversammlung von 1789, Studien zur Dogmengeschichte der unmittelbaren Volksgesetzgebung* (München, Drei Masken, 1922), Aalen, Scientia, 1964, pp. 18, 20. Also compare the voting instruction of January 1, 1810 issued by the *central junta* (*Instrucción que deberá observarse para la elección de Diputados de Cortes* of January 1, 1810); the order was divided up into four voting instructions (*convocatorias*) with different addressees (among others the regional committees and the cities with a right to vote in the *Cortes*) and it may be referred to as the first actual Spanish electoral law, see E. Ull Pont, *Derecho electoral de las Cortes de Cádiz*, Madrid, CEC, 1972, p. 11; M. Estrada Sánchez, *El enfrentamiento entre doceañistas y moderados*, in «Revista de Estudios Políticos», n. 100, 1998, pp. 244 ff. Also compare Art. 27, Art. 99, Art. 100 Section 2 of the Cádiz-Constitution.

[48] De Argüelles, *Discurso preliminar* cit., part I, p. 77. Accordingly, the third title (*De las Cortes*) – alone comprising 140 articles – is also the most comprehensive of the whole text. Among other things, it comprises a complete electoral law; Ull Pont, *Derecho electoral de las Cortes de Cádiz* cit.

[49] *Cortes*, Spanish: House of Representatives, Parliament of the Estates.

[50] Sánchez Agesta, *Introducción*, in De Argüelles, *Discurso preliminar* cit., part I, p. 55.

[51] The comprehensive correspondence of the *Cortes generales y extraordinarias* with London is stored in the Spanish archives and will be investigated by ReConFort.

[52] Under the influence of the British commissioner Lord Bentinck; explicitly dealt with by K.H.L. Pölitz, *Die europäischen Verfassungen seit dem Jahre 1789 bis auf die neueste Zeit, Mit geschichtlichen Erläuterungen und Einleitungen*, second, restructured, corrected and completed edition, Leipzig, Brockhaus, 1833, vol. II, pp. 443 ff.

[53] In practice, the usage of the legislative initiative by the monarch remained the exception. For instance, 92% of the adopted drafts during the so-called Trienio Liberal (1820-1823) were based on the *Cortes*' initiative, J.I. Marcuello Benedicto, *División de poderes y proceso legislativo en el sistema constitucional de 1812*, in «Revista de Estudios Políticos», n. 93, 1996, pp. 225 ff.

[54] Cited in accordance with Willoweit, Seif, *Europäische Verfassungsgeschichte*, cit., p. 451.

[55] Cited in accordance with ivi, pp. 445 ff.

[56] Cited in accordance with ivi, p. 448.

[57] Cited in accordance with ivi, p. 463.

[58] Cited in accordance with ivi, p. 461.

[59] Suspiciously eyeballed by Metternich, the *Grondwet voor het Koningrijk der Nederlanden* of August 24, 1815 does not show whether it has been formed by pact or imposition. The *Grondwet* is published by royal decree of the same day as constitution «agreed upon by the lawful representatives of the people and sanctioned by the monarch» (*Staatblad van het Koningrijk der Nederlanden over*

de jaren 1813-1840 met algemeen register, number 45, pp. 103 ff., paraphr. translation of the author). The *Grondwet*, which was drafted by the constitutional convention was adopted by the convention of notables on March 29, 1814 and accepted by the Prince (*Staatblad van het Koningrijk der Nederlanden over de jaren 1813-1840 met algemeen register*, number 44, p. 27). The annexation of the Belgian Netherlands and Holland required a revision. This revised draft by a commission of representatives coming from the Northern and Southern provinces was adopted on August 24, 1815 and accepted by the King. The draft was adopted unanimously by the representatives of the Northern provinces and rejected by a majority of the convention of notables from the Southern provinces.

60 The claim for a kingship, that has legally never perished, stands behind the count of Louis being the XVIIIth. This sequence presumes, that Louis XVI was followed in 1792 by his yet under-age son under the name Louis XVII as legitimate pretender. The same is true for the count of the years of reign of Louis XVIII from 1795 on, the year of Louis XVI's death and label of the year 1814 as his 19th year of reign that has ensued from this.

61 The opening words of the preamble of the Charte Constitutionnelle: *Louis, par la grâce de Dieu, roi de France et de Navarre, à tous ceux qui ces présentes verront, salut*. (cited in F.-A. Hélie, *Les Constitutions de la France, ouvrage contenant outre les constitutions, les principales lois relatives au culte, à la liberté de la presse, de réunion et d'association, à l'organisation des départements et des communes, avec un commentaire*, 3. fascicule: *Le premier empire et la restauration*, Paris, A. Marescq ainé, 1878, p. 885).

62 Governing 1814-1824.

63 Preamble of the *Charte Constitutionnelle*: «En même temps que nous reconnaissions qu'une constitution libre et monarchique devait remplir l'attente de l'Europe éclairée, nous avons dû nous souvenir aussi que notre premier devoir envers nos peuples était de conserver, pour leur propre intérêt, les droits et les prérogatives de notre couronne […] qu'ainsi, lorsque la sagesse des rois s'accorde librement avec le vœu des peuples, une charte constitutionnelle peut être de longue durée», cited in Hélie, *Les Constitutions de la France* cit., 3. fascicule, p. 885.

64 Preamble: «Nous avons considéré que, bien que l'autorité tout entière résidât en France dans la personne du Roi, nos prédécesseurs n'avaient point hésité à en modifier l'exercice, suivant la différence des temps» (cited accordingly to L. Tripier, *Constitutions qui ont régi la France depuis 1789 jusqu'à l'élection de M. Grévy comme Président de la République*, Paris, Larose, 1879, p. 232).

65 For detailed references compare Seif, *Einleitung*, in Willoweit, Seif, *Europäische Verfassungsgeschichte*, cit., p. XXVI.

66 Preamble of the *Charte Constitutionnelle*: «Nous avons considéré que, bien que l'autorité tout entière résidât en France dans la personne du Roi…», cited in Hélie, *Les Constitutions de la France* cit., 3. fasc., p. 885.

67 «La personne du roi est inviolable et sacrée. Ses ministres sont responsables. Au roi seul appartient la puissance exécutive» (cited in ivi, p. 887).

68 Art. 45: «La Chambre se partage en bureaux pour discuter les projets qui lui ont été présentés de la part du Roi». Art. 46: «Aucun amendement ne peut être fait à une loi, s'il n'a été proposé ou consenti par le Roi, et s'il n'a été renvoyé et discuté dans les bureaux», cited in ivi, p. 888.

69 Cited in accordance to Willoweit, Seif, *Europäische Verfassungsgeschichte*, cit., p. 483.

70 Compare Ch.A. Scheffer, *Darstellung des politischen Zustandes von Deutschland*, Paris, Plancher et Daulaunay, 1816; Leipzig, In der Gräffschen Buchhandlung, 1817, p. 79.

71 «In allen Bundesstaaten wird eine landesständische Verfassung Statt finden» (An estate constitution is to be installed in all federal states), cited. in Ph.A.G. von Meyer (ed.), *Corpus Iuris Confoederationis Germanicae oder Staatsacten für Geschichte und öffentliches Recht des Deutschen Bundes*, Band 2, *Vollständige Sammlung der Grundgesetze des Deutschen Bundes und der normativen Beschlüsse der hohen deutschen Bundesversammlung von der Stiftung des Deutschen Bundes bis zum 9. September 1858* (Frankfurt am Main 1859-1861), reproduction of the 3rd edition Aalen, Scientia, 1978, I vol., pp. 1, 5. The promise of estate constitutions in Art. 13 of the German Federal Act remained an unfulfilled promise both in Austria and Prussia.

72 Cited in G. Dürig, W. Rudolf, *Texte zur deutschen Verfassungsgeschichte vornehmlich für den Studiengebrauch*, 3rd expanded ed., Munich, Beck, 1996, pp. 65, 75.

73 For instance compare: § 1 Tit. VIII Bavarian Constitution of May 26, 1818: «Alle Gerichtsbarkeit geht vom König aus» (All judicial power emanates from the king). § 5 Constitution of Baden of August 22, 1818: «Der Großherzog vereinigt in sich alle Rechte der Staatsgewalt» (All rights of sovereignty are vested in the Grand Duke).

74 Regarding the relation between state sovereignty and the sovereignty of the princes compare H. Quaritsch, *Staat und Souveränität*, Bd. 1, *Die Grundlagen*, Frankfurt am Main, Athenäum, 1970, pp. 489 ff.

75 Even if the monarch imposed the constitution by virtue of his sovereign authority, it is transformed from a law, which was subject to the prince's negotiation, into a regulation of the state as a legal person.

76 Instead of many: E.-W. Böcken-

förde, *Der Verfassungstyp der deutschen konstitutionellen Monarchie im 19. Jahrhundert*, in E.-W. Bökenförde, R. Wahl (edd.), *Moderne deutsche Verfassungsgeschichte (1815-1918)*, Köln, Kiepenheuer & Witsch, 1972, pp. 146, 149 ff.; G. Dilcher, *Zum Verhältnis von Verfassung und Verfassungstheorie im frühen Konstitutionalismus*, in G. Keinheyer, P. Mikat (edd.), *Beiträge zur Rechtsgeschichte, Gedächtnisschrift für Hermann Conrad*, Paderborn, Schöningh, 1979, pp. 65 ff.

77 H.-J. Böhme, *Politische Rechte des einzelnen in der Naturrechtslehre des 18. Jahrhunderts und in der Staatsphilosophie des Frühkonstitutionalismus*, Berlin, Duncker & Humblot, 1993, pp. 27 ff. Ch. Link, *Naturrechtliche Grundlagen des Grundrechtsdenkens in der deutschen Staatsrechtslehre des 17. und 18. Jahrhunderts*, in G. Birtsch (ed.), *Grund- und Freiheitsrechte von der ständischen zur spätbürgerlichen Gesellschaft*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1987, pp. 215 ff.; W. Schulze, *Ständische Gesellschaft und Individualrechte*, in ivi, pp. 161, 162 ff.; R. Wahl, *Rechtliche Wirkungen und Funktionen der Grundrechte im deutschen Konstitutionalismus des 19. Jahrhunderts*, in «Der Staat», n. 18, 1979, pp. 321 ff.

78 H.A. Zachariä, *Deutsches Staats- und Bundesrecht, Erster Theil: Allgemeine Lehren und Verfassungsrecht der Bundesstaaten*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1841, § 15, p. 201.

79 F. Ponteil, *Les institutions de la France de 1814 à 1870*, Paris, Puf, 1966, p. 26; M. Deslandres, *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à 1870*, Paris, A. Colin, 1932-1937; P. Bastid, *Les institutions politiques de la monarchie parlementaire française (1814-1848)*, Paris, Recueil Sirey, 1954, pp. 333 ff.; M. Morabito, D. Bourmaud, *Histoire constitutionelle et politique de la France (1789-1958)*, 3rd ed., Paris, Montchrestien, 1993, pp. 195 ff.

80 Together with his unpopular government under the counter-revolutionary Prince Jules de Polignac.

81 As already in 1789, in 1830 social discontentedness coupled with political protest (R. Magraw, *France 1815-1914. The Bourgeois Century*, Oxford, Blackwell, 1992, pp. 41 ff.; the three July ordonnances of July 25, 1830, in «Archives parlementaires», second series 61, pp. 639-641, respectively in P. Rosanvallon, *La monarchie impossible. Les Chartes de 1814 et de 1830*, Paris, Fayard, 1994, pp. 290-296; about the social basis of government and opposition: H.-G. Haupt, *Nationalismus und Demokratie. Zur Geschichte der Bourgeoisie im Frankreich der Restauration*, Frankfurt am Main, Europäische Verlagsanstalt, 1980, pp. 106 ff.

82 Cited in accordance to Willoweit, Seif, *Europäische Verfassungsgeschichte*, cit., p. 486.

83 Of the 459 representatives 188 were part of the *'députés fonctionnaires'*, 78 were part of the liberal professions (out of these 62 lawyers), 308 were part of the *'propriétaires sans activité professionnelle'*, about 40 representatives come from the world of the bourgeoisie of industries, trade and finance, among them renowned names such as Joseph Perier or the *'maître de forges'* Schneider. Comparing these pieces of information with the statistics from 1834, during these 12 years a clear shift in favour of the *'propriétaires'*, and an increase of the 'deputes fonctionnaires' happened, while the proportion of the business world even decreased slightly; 1834: 23% lawyers and judges, 18% civil servants, 22% *'propriétaires'*, 17% leading members of the business community, 14% military and 7% liberal professions (without lawyers). Statistics for 1834: Th.D. Beck, *French Legislators, 1800-1834. A Study in Quantitative History*, Berkeley, University of California Press, 1974, pp. 148, 184; the reasons for the long-term changes of political participation between 1789 and 1848 are controversial: P. McPhee, *Electoral Democracy and Direct Democracy in France 1789-1851*, in «European History Quarterly», n. 16, 1986, pp. 77 ff., 86 ff.; with a different accentuation: M. Edelstein, *Aux urnes citoyens! The Transformation of French Electoral Participation (1789-1870)*, in G.M. Schwab, J.R. Jeanneny (edd.), *The French Revolution of 1789 and Its Impact*, Westport, Greenwood Press, 1995, pp. 199 ff., 203 ff.

84 J.-J. Chevallier, G. Conac, *Histoire des institutions et des régimes politiques de la France de 1789 à nos jours*, 8th ed., Paris, Dalloz, 1991, pp. 177 ff.

85 In the light of this great influence of the king on the government, it appears reasonable not to talk about a parliamentary monarchy when referring to the constitutional system of the French July Kingdom, which is correctly emphasized by Michael Erbe against the prevailing contrary opinion in French literature (M. Erbe, *Geschichte Frankreichs von der Großen Revolution bis zur Dritten Republik 1789-1884*, Stuttgart, Kohlhammer, 1982, p. 127). Although it is the French literature that emphasizes the important political influence of Louis-Philippe, it does not raise any doubts about the parliamentary character of the system or remains ambivalent in its judgment, as Duverger, who ultimately talks about *'parlementarisme orléaniste'*, while at the same time dealing with it under the heading *"Les monarchies semi-parlementaires"* (M. Duverger, *Le système politique français. Droit constitutionnel et systèmes politiques*, 19th ed., Paris, Puf, 1986, pp. 73, 85); more skeptic towards the parliamentary character: R. Hervé, *L'orléanisme*, Paris, Puf, 1992, pp. 18 ff., 39 ff. (*"monarchie pré-parlementaire"*); tending more towards parliamentarianism for instance: Chevallier, Conac, *His-*

toire des institutions et des régimes politiques, cit., pp. 186 ff. ("*parlementarisme dualiste*"); Bastid, *Les institutions politiques*, cit., pp. 409 ff. («*régime parlementaire dualiste*»); Y. Guchet, *Histoire constitutionelle française (1789-1958)*, 2nd ed., Paris, Erasme, 1990, pp. 168 ff.; W.J. Mommsen, *1848. Die ungewollte Revolution. Die revolutionären Bewegungen in Europa 1830-1849*, Frankfurt am Main, Fischer, 1998, p. 43; only emphasis on the dualist character: P. Pasquino, *Sur la théorie constitutionnelle de la monarchie de Juillet*, in M. Valensise (ed.), *François Guizot et la culture politique de son temps*, Paris, Gallimard-Seuil, 1991, pp. 111 ff., 120 ff.; clear classification into the category of parliamentarianism: Ponteil, *Les institutions de la France*, cit., pp. 150 ff.; Morabito, Bourmaud, *Histoire constitutionelle et politique de la France* cit., p. 212 («*véritable monarchie parlementaire*»); R. Szramkiewicz, J. Bouineau, *Histoire des institutions 1750-1914. Droit et société en France de la fin de l'Ancien Régime à la Première Guerre mondiale*, Paris, Litec, 1989, p. 403; Rosanvallon, *La monarchie impossible*, cit., p. 10.

86 Morabito, Bourmaud, *Histoire constitutionelle et politique de la France* cit., pp. 208 ff.; Bastid, *Les institutions politiques* cit., pp. 305 ff., 310 ff.; A. Jardin, A.-J. Tudesq, *La France des notables*, vol. 1, *L'évolution générale 1815-1848*, Paris, Seuil, 1973, 142 ff., 151 ff.; G. Antonetti, *Louis-Philippe*, Paris, Fayard, 1994, pp. 750 ff., 763 ff., 819 ff.

87 Jardin, Tudesq, *La France des notables* cit., pp. 156 ff.; Morabito, Bourmaud, *Histoire constitutionelle et politique de la France* cit., pp. 209 ff.; G. de Broglie, *Guizot*, Paris, Perrin, 1990, pp. 271 ff.; M. Erbe, *Louis-Philippe (1830-1848)*, in P.C. Hartmann (ed.), *Französische Könige und Kaiser der Neuzeit. Von Ludwig XII. Bis Napoleon III. 1498-1870*, München, Beck, 1994, pp. 416 ff.

88 Cited Ponteil, *Les institutions de la France*, cit., p. 151.

89 Cited *ibidem*.

90 Duverger refers to a '*parlementarisme orléaniste*', marked by parliamentarianism 'à double *confiance*', which he saw realized not only in France in the time of 1830-1848, but also in the Great Britain of the 18th century until 1834. Duverger, *Le système politique français* cit., pp. 24 ff., 85. The idea of 'double trust' is also found in the Italian constitutional commentary of 1909, which states in the context of the characterisation of the «*governo parlamentare*»: «i Ministri, pur essendo Ministri del Re […] hanno costante bisogno della duplice fiducia del Re e della Camera»; F. Racioppi, I. Brunelli, *Commento allo Statuto del Regno*, 3 vols., Torino, UTET, 1909, pp. 285 ff. The theory of double confidence already existed in 18th century Great Britain: K. Von Beyme, *Die parlamentarischen Regierungssysteme in Europa*, München, Piper, 1973, p. 728; P. Brandt refers to the constitutional monarchy 'dominated by Parliament' as parliamentarianism, however without specifying what dominance substantially means; P. Brandt, *War das Deutsche Kaiserreich reformierbar? Parteien, politisches System und Gesellschaftsordnung vor 1914*, in K. Rudolph (ed.), *Geschichte als Möglichkeit. Über die Chancen von Demokratie. Festschrift für Helga Grebing*, Essen, Wickert, 1995 p. 190 with annotation 1.

91 The proposal made by a representative to submit the amended constitution to a referendum was declined by the other representatives.

92 Bastid, *Les institutions politiques* cit., pp. 114 ff., 118 ff.; H.A.C. Collingham, *The July Monarchy. A Political History of France 1830-1848*, London, Longman, 1988, pp. 26 ff.; about England: K. Loewenstein, *Der britische Parlamentarismus. Entstehung und Gestalt*, Reinbek bei Hamburg, Rowohlt, 1964, pp. 59 ff.

93 The representatives elected before the July revolution managed to push through their favourite candidate as new King by getting the old Lafayette to support his application. Thus, the old revolutionary who even had participated in the American War of Independence and had been chairman of the Paris National Guard in 1789 could no longer stand for election as potential candidate for the Republican presidency with the result, that the revolutionaries were deprived of a popular leader. Henceforth, the nomination of Louis-Philippe also served as defence of claims for participation coming from the middle and lower classes that were participating in the revolution; Jardin, Tudesq, *La France des notables* cit., pp. 115 ff., 119 ff.; Magraw, *France 1815-1914* cit., pp. 41 ff., 46 ff.

94 Since the rights of assembly and association were drastically aggravated after the numerous Republican labour revolts at the beginning of the July Monarchy 1835, the citizen reform movement organized semi-official banquets since 1847, during which invited politicians held fiery after-dinner speeches in favour of the extension of the right to vote. The beginning economic crisis of the same year created an explosive general mood, with the result of the prohibition of a planned reform banquet for February 22, 1848 providing for the final impetus for the revolution which ended the constitutional monarchy, unable to reform, in very few days and instead installed the Republic and the general right to vote. In 1848, it was for the third time after 1789 and 1830 that the call for just political participation in a time of socio-economic need lead to a revolution.

95 Constitution of the French Republic from June 24, 1793.

96 As was the case with Napoleon I, the rule of Napoleon III also ended due to the defeat in war and was

followed by the Third Republic.

97 «In the name of the Belgian people», the National Congress concludes the beginning of the Belgian Constitution; D. Gosewinkel, J. Masing (edd.), *Die Verfassungen in Europa 1789-1949*, München, Beck, 2006, p. 1307.

98 As in Paris, the opera *The mute girl of Portici* lead to upheaval on August 25, 1830. Together with demonstrating workers, the audience stormed the Palace of Justice.

99 M. Erbe, *Belgien, Niederlande, Luxemburg. Geschichte des niederländischen Raumes*, Stuttgart, Kohlhammer, 1993, pp. 201 ff.; E. Witte, J. Craeybeckx, *La Belgique de 1830 à nos jours. Les tensions d'une démocratie bourgeoise*, 2nd ed., Bruxelles, Labor, 1987, pp. 5 ff.; E.H. Kossmann, *The Low Countries. 1780-1940*, Oxford, Clarendon Press, 1998, pp. 151 ff.

100 All of the 14 members of the constitutional commission with the exception of Brouckère were jurists. Jean Baptiste Baron de Nothomb (1805-1881) and Paul Devaux (1801-1880) formulated the bulk of the provisions themselves as secretaries of the commission while being oriented immensely towards the French constitutions of 1791, 1814/30, the Dutch constitution of 1815, and partially towards the English constitutional practice. Both of them were to play an important role within liberal ranks later on. Nothomb was the architect of the constitutional Belgian monarchy and envoy to the German Bundestag in 1840. Devaux largely shaped the movement for independence in the Belgian public with the journal *Politique* (Liège). At the assumption of office of the government of Lebeau-Rogier, he founded the liberally-oriented *Revue nationale* in 1840.

101 Only 46.000 of about 4 Mio. Belgians had the right to vote.

102 108 of the 131 articles of the constitution were adopted literally – while the newly integrated provisions did not address the fundamental structure of the governmental structure leaving aside the mode of appointment of the senate and the relationship between church and state.

103 J. Gilissen, *Die belgische Verfassung von 1831 – ihr Ursprung und ihr Einfluß*, in W. Conze (ed.), *Beiträge zur deutschen und belgischen Verfassungsgeschichte im 19. Jahrhundert*, Stuttgart, Klett, 1967, pp. 42 ff. Gilissen calculated that about 35% of the Belgian provisions can be traced to the *Charte* of 1814/30, about 10% to the constitution of 1791, and about 40% to the Dutch fundamental law of 1815; Witte, Craeybeckx, *La Belgique de 1830 à nos jours*, cit., pp. 9 ff.; about the importance of the French revolution at the discussions of the national congress: M.-R. Thielemanns, *Image de la Révolution française dans les discussions pour l'adoption de la constitution belge du 7 février 1831*, in M. Vovelle (ed.), *L'image de la Revolution française 2*, Paris, Pergamon Press, 1990, pp. 1015 ff.

104 K. Diedrich, *Die Belgier, ihre Könige und die Deutschen. Geschichte zweier Nachbarn seit 1830*, Düsseldorf, Droste, 1989, pp. 36 ff.

105 For references see Gosewinkel, Masing, *Die Verfassungen in Europa* cit., p. 36.

106 Cited in Willoweit, Seif, *Europäische Verfassungsgeschichte*, cit., p. 513.

107 Cited in *ibidem*.

108 Cited in ivi, p. 522.

109 Thielemanns, *Image de la Révolution française* cit.; J. Kossmann-Putto, E.H. Kossmann, *Die Niederlande, 1780-1940*, Ons Efdeel, Rekkem, 1995.

110 As the second chamber, the Senate is also directly elected by the people and thus by the same voters as those for the first chamber, yet with a different amount of time elapsing between elections. The number of inhabitants of the provinces decides the number of seats, the provinces, however, are not distinct bodies of legitimation. According to Gosewinkel, Masing, *Die Verfassungen in Europa* cit., p. 36, the two-chamber system is not based on an estate or federal structure but is organized on the basis of the same body of legitimation for the first time.

111 Cited in Willoweit, Seif, *Europäische Verfassungsgeschichte*, cit., p. 520.

112 Addressing Art. 107 of the Belgian constitution in depth: P. Errera, *Das Staatsrecht des Königreichs Belgien*, Tübingen, Mohr, 1909, pp. 137 ff.

113 D. Langewiesche, *Europa zwischen Restauration und Revolution 1815-1849*, 5th ed., München, Beck, 2007, pp. 41 ff.; B. Mirkine-Guetzévitch, *1830 dans l'évolution constitutionnelle de l'Europe*, in «Revue d'histoire moderne», n. 6, 1931, pp. 248 ff.; R. Fusilier, *Les monarchies parlementaires. Études sur les systèmes de gouvernement (Suède, Norvège, Danemark, Belgique, Pays-Bas, Luxembourg)*, Paris, Les Editions Ouvrieres, 1960, pp. 360 ff.; in accordance with the Belgium state of arts, Erbe talks about parliamentary monarchy while at the same time emphasizing the influential role of the King; Erbe, *Belgien, Niederlande, Luxemburg* cit., pp. 211, 213 ff.; J. Stengers, *L'action du Roi en Belgique depuis 1831, Pouvoir et influence. Essai de typologie des modes d'action du Roi*, Paris, Duculot, 1992, pp. 28 ff., 34 ff.; referring to the doctrine of double trust of the ministers which continued to exist after the time of unionism in a differentiating manner: von Beyme, *Die parlamentarischen Regierungssysteme* cit., p. 128; Kaltefleiter on the contrary just talks about a «quasi-parliamentary system», W. Kaltefleiter, *Die Funktionen des Staatsoberhauptes in der parlamentarischen Demokratie*, Köln-Opladen, Westdeutsher Verlag, 1970, pp. 127 ff.

114 Kaltefleiter, *Die Funktionen des Staatsoberhauptes* cit., pp. 96 ff.; Witte, Craeybeckx, *La Belgique de 1830 à nos jours*, cit., pp. 24 ff.,

44 ff.; Stengers, *L'action du Roi en Belgique* cit., pp. 47 ff.; Id., *Evolution historique de la royauté en Belgique: modèle ou imitation de l'évolution européene*, in «Res publica», 1991, pp. 88 ff.; S. Noiret, *Political Parties and the Political System in Belgium before Federalism, 1830-1980*, in «European History Quarterly», n. 24, 1994, pp. 87 ff.

[115] Von Beyme, *Die parlamentarischen Regierungssysteme* cit., pp. 734 ff.; X. Mabille, *Histoire politique de la Belgique. Facteurs et acteurs de changement*, Bruxelles, Crisp, 1986, pp. 184 ff., Erbe, *Belgien, Niederlande, Luxemburg* cit., pp. 218, 226; P. Wigny, *Droit constitutionnel. Principes et droit positif*, 2 vols., Bruxelles, Bruylant, 1952, pp. 678 ff.

[116] J. C. Bluntschli in his *Allgemeines Staatsrecht*, 3. Aufl., Munich, Cotta, 1863, Bd. I, Chap. 21, calls the constitutional monarchy a Westeuropean type of constitution. Paul Laband's *Staatsrecht des Kaiserreichs* then intensifies the polarisation between constitutional and parliamentary constitutions (2. Aufl., Leipzig, Teubner, 1913, Bd. 2, 6. Chapter § 54). In 1911, the historian Otto Hintze hails the constitutional monarchy «*das eigenartige preußisch-deutsche System*» («the curious Prussian-German system»): *Das monarchische Prinzip und die konstitutionelle Verfassung*, in *Staat und Verfassung: Gesammelte Abhandlungen zur allgemeinen Verfassungsgeschichte*, 3rd ed., Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1970, p. 359.

[117] F.J. Stahl, *Das monarchische Prinzip, eine staatsrechtlich-politische Abhandlung*, Heidelberg, Mohr, 1845, p. IV, Reprint Berlin, Weltgeist-Bücher, 1926, p. 5.

[118] Huber, Böckenförde and Kühne conceive a specific German type of constitutionalism in the draft of the Paulskirchen assembly which rendered impossible parliamentary government politics due to its dualism of monarchy and popular representation (E.R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Bd. 3, 2. Auflage, Stuttgart-Berlin-Köln, Kohlhammer, 1978, pp. 3 ff.); Id., *Das Kaiserreich als Epoche verfassungsstaatlicher Entwicklung*, in J. Isensee, P. Kirchhof (edd.), *Handbuch des Staatsrechts*, 3rd ed., Heidelberg, Müller Juristischer Verlag, 2003, vol. I, § 4 Rdnr. pp. 52 ff.; E.-W. Böckenförde, *Der deutsche Typ der konstitutionellen Monarchie im 19. Jahrhundert*, in Conze (ed.), *Beiträge zur deutschen und belgischen Verfassungsgeschichte* cit., pp. 70 ff. J.-D. Kühne, *Die Reichsverfassung der Paulskirche, Vorbild und Verwirklichung im späteren deutschen Rechtsleben*, 2nd ed., Neuwied, Luchterhand, 1998. Concerning the present state of research compare E. Fehrenbach, *Verfassungsstaat und Nationsbildung 1815-1871*, München, Oldenburg, 1992, pp. 71-75 and 75-85.

[119] D. Grimm, *Gewaltengefüge, Konfliktpotential und Reichsgericht*, in U. Müßig (ed.), *Konstitutionalismus und Verfassungskonflikt: Symposium für Dietmar Willoweit*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, pp. 257-267 (261).

[120] J. Wigard, *Stenographischer Bericht über die Verhandlungen der Deutschen constituirenden Nationalversammlung*, Frankfurt am Main, Sauerländer, 1848, Bd. I, pp. 370 ff.

[121] K.D. Hassler, *Verhandlungen der deutschen verfassunggebenden Reichsversammlung zu Frankfurt am Main*, Horstmann, 1848, p. 145.

[122] Such a combination was excluded by the Reichsverfassung 1871 from the very beginning.

[123] M. Botzenhart, *Die Parlamentarismusmodelle der deutschen Parteien 1848/49*, in G.A. Ritter (ed.), *Gesellschaft, Parlament und Regierung*, Düsseldorf, Droste, 1974, pp. 121 ff.; D. Langewiesche, *Die Anfänge der deutschen Parteien – Partei, Fraktion und Verein in der Revolution 1848/49*, in «Geschichte und Gesellschaft», n. 4, 1978, pp. 324-361.

[124] Wigard, *Stenographischer Bericht* cit., p. 17.

[125] C. Ghisalberti, *Storia costituzionale d'Italia 1848-1948*, 8th ed., Roma-Bari, Laterza, 2012; L. Riall, *The Italian Risorgimento. State, society and national unification*, London, Routledge, 1994; Id., *The History of Italy from Napoleon to Nation-State*, Basingstoke-New York, Palgrave Macmillan, 2009.

[126] U. Allegretti, *Profilo di storia costituzionale italiana. Individualismo e assolutismo nello stato liberale*, Bologna, Il Mulino, 1989.

[127] G. Rebuffa, *Lo Statuto albertino*, Bologna, Il Mulino, 2003.

[128] Riall, *The Italian Risorgimento* cit.

[129] Kühne, *Die Reichsverfassung der Paulskirche* cit.

[130] H. Kaelble, *Vergleichende Sozialgeschichte des 19. und 20. Jahrhunderts*, in «Jahrbuch für Wirtschaftsgeschichte», n. 1, 1993, p. 173.

Georges Sorel e la psicologia del giudice

PAOLO MARCHETTI

Nel biennio 1894/1895 tra i collaboratori della rivista diretta da Cesare Lombroso, «Archivio di psichiatria», figura Georges Sorel[1]. Niente di straordinario. L'«Archivio» non è l'unica rivista italiana con la quale l'eclettico autore abbia avuto rapporti[2]. Nella sua lunga carriera di saggista avrà modo di pubblicare numerosi interventi di taglio filosofico, giuridico e politico in diverse riviste italiane, tra le quali, la «Rivista di storia e filosofia del diritto» (diretta da Giuseppe Salvioli e Giuseppe D'Aguanno), la rivista del socialismo italiano «Critica sociale», la «Riforma sociale», il «Giornale degli economisti», la «Rivista popolare di politica», «La Scuola positiva» (di Ferri e Garofalo) e «La rivista critica del socialismo». D'altra parte non va trascurato il fatto che, come è stato più volte sottolineato, Sorel fu uno scrittore sicuramente più popolare in Italia che non nella sua terra d'origine[3].

La cosa appare ancor meno sorprendente se si considera che tra il 1893 e il 1894 Sorel iniziò ad interessarsi anche di antropologia criminale, scrivendo in questi anni alcuni articoli dedicati a tale argomento su una rivista francese di divulgazione scientifica, la «Revue scientifique»; articoli che, tra l'altro, aiutarono Lombroso ad uscire dalla zona d'ombra cui lo avevano spinto le feroci critiche rivolte alle sue teorie al di là delle Alpi[4]. Anche sul piano della sensibilità politica, poi, vi era grande affinità tra i fondatori della rivista psichiatrico-criminologica italiana e lo scrittore francese. Da poco, infatti, Cesare Lombroso ed Enrico Ferri si erano 'convertiti' al socialismo[5]. Ed è proprio in questi anni che anche Sorel si orientò verso le medesime posizioni politiche. Tanto da autorizzare la congettura che l'incontro con la Scuola positiva di diritto penale, in particolare nel suo versante ferriano, abbia influito sull'adesione dell'autore francese al marxismo[6].

Negli anni della sua collaborazione, Sorel pubblicò due articoli nella rivista lombrosiana. Uno apparve nel 1895, ed era dedicato ad un'analisi comparata delle teorie penali di Émile Durkheim[7] e Gabriel Tarde.

Tra le due posizioni, Sorel mostrava di preferire senz'altro la prima. L'idea di Tarde di un mondo senza crimine, finalità cui ad avviso del magistrato di Sarlat avrebbe dovuto mirare qualsiasi sistema repressivo, non lo convinceva affatto (come non lo convinceva la speranza di poter vivere senza malattia, come scriveva ironicamente, e magari senza morire)[8]. Più fondate gli sembravano, al contrario, le considerazioni di Durkheim, per il quale il crimine non poteva che essere considerato una manifestazione normale (e quindi in qualche modo funzionale) di qualsiasi aggregato sociale[9]. Nella pagina che concludeva l'articolo, poi, Sorel cercava di mettere in evidenza l'utilità del nuovo approccio lombrosiano al tema della criminalità. Anche in questo caso egli ribaltava una visione del diritto criminale inteso esclusivamente in chiave repressiva, per accedere ad una considerazione più articolata e 'positiva' degli strumenti di governo della società. In fondo, la ricerca delle stigmate fisiche della criminalità nei delinquenti rappresentava un formidabile fattore di legittimazione di un potere, lo *jus gladii*, che senza questo ancoraggio non avrebbe trovato altra giustificazione sociale se non il suo esercizio da parte delle classi al governo. «Il faut – scriveva – que ce *jus gladii* soit justifié par des raisons étrangères à l'utilité que la peine peut procurer aux classes gouvernantes. Il faut qu'il existe, dans le monde sensible, des manifestations étrangères à la volonté du législateur, des manifestations objectives donnant une base au processus criminel. Il faut, en un mot, que le caractères du criminel condamnable à mort soient sur lui». Se c'era un'evidente utilità sociale nell'antropologia criminale, questa risiedeva proprio in tale processo di legittimazione. «Si l'anthropologie criminelle n'existe pas – concludeva infatti l'autore – le crime n'est qu'un mot et la peine qu'une violence exercée sur un vaincu»[10].

L'anno precedente Sorel aveva pubblicato un altro articolo nella «Rivista di psichiatria». Un articolo pioneristico quanto all'oggetto, perché dedicato alla psicologia del giudice. Argomento che, si potrebbe dire, faceva parte di un settore d'interesse, come quello dello studio della psicologia degli attori del processo, decisamente ai suoi esordi[11]. Ed è proprio su quest'articolo che converrà soffermarsi, se non altro per l'originalità del tema. Prima di parlare dello scritto converrà, però, spendere qualche parola sul modo in cui il filosofo francese possa essere arrivato a trattare un tale soggetto.

Che Sorel si interessi di temi giuridici non deve stupire. Il diritto, infatti, è un settore del sapere nei confronti del quale egli dimostrò sempre un vivo interesse[12]. Nel corso della sua lunga produzione scientifica Sorel, anche se non riuscì a dare alle proprie convinzioni in materia una dimensione sistematica, non mancò di approfondire questioni dotate di una fortissima valenza giuridica[13]. Più che una riflessione sullo *ius* in senso stretto, però, la sua analisi si presentava nella veste di una filosofia politica che s'interessava al diritto e alla modalità in cui esso veniva prodotto in una società data[14]. L'ambito dell'osservazione soreliana, per di più, era limitato prevalentemente al mondo del lavoro, al diritto che nasceva non solo dagli usi della classe lavoratrice, ma anche dalle sue rivendicazioni e dalle sue lotte[15]. Fatto che inseriva l'autore, a pieno titolo, in una più generale riflessione che in Europa si stava svolgendo non solo sulla capacità nomopoietica delle

organizzazioni sindacali dei lavoratori, ma anche sulla loro effettiva capacità di governo di un'intera nazione[16]. Nonostante questa parzialità del punto di vista del filosofo francese, è evidente come le sue idee possono essere inserite in un orizzonte teorico più ampio.

Antiformalista ed antistatalista[17], Sorel (il cui debito teorico nei confronti di Jhering[18] e Savigny[19] appare evidente) vedeva negli usi e nelle consuetudini operaie una modalità di regolazione del sociale attraverso un diritto scaturente direttamente dalla società, senza la mediazione del legislatore. La consuetudine, però, non nasceva dall'ambiente sociale che la esprimeva già dotata di forza giuridica. Essa, per essere tradotta in diritto, aveva bisogno di un'ulteriore sanzione, la quale non poteva che provenire dal giudice. Anche se Sorel esprimeva una decisa preferenza per la formazione di magistrature straordinarie o non professionali (capaci di superare il retaggio conservatore tipico della classe dei giudici togati)[20], è chiaro che quello da lui prefigurato era un diritto di formazione giurisprudenziale[21]. Un diritto consuetudinario e giurisprudenziale. I giuristi, scriveva, «savent que l'essentiel dans la législation est non pas la règle, mais l'usage que l'on en fera de manière à satisfaire le sentiment juridique»[22]. Il giudice, in questo contesto, veniva posto al centro dei rapporti sociali e per tale ragione si doveva far carico dell'evoluzione del «sentiment juridique du peuple»[23]. Un compito che il legislatore non era in grado di assolvere, se non in forma marginale. Esso infatti, osservava Sorel, il più delle volte «n'intervient que pour régulariser et coordonner: son rôle est celui d'un rédacteur mettant, dans une langue juridique, des décisions éparses et souvent discordantes. Le véritable mouvement doit être saisi là où se produisent ces décisions particulières»[24].

Questi temi, espressi con maggior chiarezza negli anni successivi alla pubblicazione dell'articolo sulla psicologia del giudice, possono dirsi però già presenti, come si avrà modo di sottolineare di qui a poco, in questo scritto del 1894. Anche se il giudizio espresso nei confronti della classe dei magistrati appare assai meno lusinghiero di quanto ci si possa attendere.

Oltre che studioso di diritto, Sorel si dimostra un appassionato cultore della psicologia. E da tale punto di vista si può ben dire che il far confluire questi due interessi in un saggio sulla psicologia del giudice appare un fatto abbastanza naturale. L'applicazione del filosofo francese nello studio della mente e del comportamento umano è abbastanza precoce. Tra il 1886 e il 1890 pubblicava già alcuni articoli nella «Revue philosophique» diretta da Théodule Armand Ribot. Alcuni erano dedicati alla percezione dell'immagine. Tema sicuramente legato al suo lavoro d'ingegnere, all'epoca non ancora abbandonato[25]. Ma anche negli anni successivi questo interesse continuò ad essere coltivato. Nei suoi lavori dedicati alla storia, tra il 1888 e il 1892, vi erano numerosi riferimenti ad una sorta di psicologia degli attori della rivoluzione francese[26].

A ben vedere, l'attenzione di Sorel non si rivolgeva verso la psicologia individuale[27]. Egli si mostrava interessato, piuttosto, ad una sorta di psicologia sociale (anche in questo caso in via di edificazione come ambito disciplinare) in cui i soggetti venivano analizzati nella loro dimensione collettiva. I suoi autori di riferimento erano sicuramente Théodule Ribot (le cui lezioni aveva seguito al *Collège de France*) e Wilhelm

Ritratto di Georges Sorel

Wundt. A partire dal 1893, cioè l'anno precedente la pubblicazione del saggio sulla psicologia del giudice, Sorel iniziò ad interessarsi anche di *determinismo* e *libero arbitrio.* In questo contesto, il filosofo francese si schierava a favore dei nuovi indirizzi della psicologia che stavano aprendosi alla dimensione inconscia dell'individuo, contro la vecchia psicologia 'intellettualista' che attribuiva alle idee una capacità autonoma di spingere un individuo all'azione[28]. Questo interesse per l'attività incosciente della psiche umana lo porterà a stabilire un punto di contatto tra diritto e psicologia. Sorel, infatti, arriverà a creare un'analogia tra le tradizioni, gli usi consolidati e le reminiscenze inconsce delle idee ricevute nell'infanzia, le quali avevano, a suo giudizio, una così consistente capacità di radicamento da non poter più essere modificate attraverso lo strumento della ragione, una volta raggiunta l'età adulta[29].

Come detto poco fa, i tratti essenziali del pensiero di Sorel, sia sul versante dell'osservazione psicologica sia su quello giuridico, sono quasi tutti già presenti nello scritto sulla psicologia del giudice, al netto della svolta 'sindacalista', ancora non maturata nelle riflessioni del filosofo francese. Anche se le pagine di questo scritto riservano al lettore qualche sorpresa.

L'*incipit* del lavoro appare abbastanza scontato. Se si vuole osservare il diritto penale nelle sue dinamiche concrete, scrive l'autore, bisogna indagare il soggetto che detiene la «force justicière», in altre parole bisogna indagare la psicologia del giudice[30]. L'indagine di Sorel prende così le mosse da una rapida ricognizione dei poteri esercitati dal giudice penale all'interno del processo francese, ma più in generale in quello di area continentale. Il suo intento è quello di mostrare come le prerogative dei magistrati, giudicanti ed inquirenti, siano assolutamente spropositate e prive di ogni controllo[31]. Più consistenti perfino di quelle vantate dai giudici di *ancien régime*, i quali almeno vedevano sottoposto il loro operato al vaglio di corti supreme come i *Parlaments*. Sorel cerca di sostenere questa sua posizione segnalando una serie di anomalie, tipiche del sistema giudiziario francese, come la tendenza dei presidenti delle corti d'assise di influenzare pesantemente il verdetto delle giurie; o, peggio ancora, quella dei magistrati inquirenti di utilizzare forme indebite di pressione nei confronti dell'imputato, tra le quali spicca l'uso arbitrario della carcerazione preventiva, per ottenerne la confessione[32]. Fatto, questo, che spinge Sorel ad interrogarsi

sul perché tanti magistrati mostrino una decisa avversione verso l'uso della suggestione nell'interrogatorio dell'imputato (tema molto in voga in quegli anni), visto che i mezzi da loro normalmente utilizzati provocano molti più abusi di quelli che potrebbero essere perpetrati attraverso l'uso dell'ipnosi[33].

Certo, Sorel non nega che la punizione di colui che si macchia di un reato sia una necessità; è la stessa coscienza sociale che esige una doverosa espiazione. Ciò che non condivide è però il fatto che tale finalità venga raggiunta attraverso la concessione di poteri arbitrari al giudice. La soluzione di questo problema, a suo avviso, non può però avvenire imitando il modello processuale accusatorio di stampo anglo-americano. La dichiarata simmetria delle posizioni dell'accusa e della difesa gli sembra nient'altro che la proclamazione di un principio astratto, che nella pratica non può trovare applicazione. Quella che deve essere garantita, per Sorel, non è la parità delle parti, ma la circostanza che il giudice non abusi arbitrariamente della propria posizione di potere all'interno del processo[34]. Il rimedio proposto per ovviare a questa apparente aporia – necessità sociale di una pronta punizione e temperamento dei poteri del giudice – appare però abbastanza originale. Per il filosofo francese, infatti, bisognerebbe far decrescere le garanzie dell'imputato e la sua presunzione d'innocenza mano a mano che, nel corso del processo, si accumulano prove e indizi a suo carico. Un passo indietro nel tempo, verrebbe da pensare. Un ritorno al rito d'antico regime, quello criticato da Voltaire e Beccaria, il quale aveva sostenuto l'illogicità del fatto di considerare le persone durante il processo un po' colpevoli ed un po' innocenti[35]. Sorel ne è pienamente consapevole, ma questa soluzione gli sembra l'unica adottabile in un'epoca, la sua, in cui il principio che regge l'azione della giustizia sembra essere quello in base al quale al magistrato è concesso qualsiasi potere per poter scoprire l'autore di un reato e punirlo[36]. D'altra parte, questa visione della giustizia di stampo utilitaristico, nei confronti della quale ad avviso del filosofo francese il popolo ha da sempre manifestato una grande avversione, è cosa che non può essere risolta ponendo maggiore attenzione nella selezione dei magistrati. Non si tratta, scrive, di una questione di persone, quanto piuttosto di un sistema capace di segnare il carattere degli individui. Ed è per questa ragione che si rende necessario «chercher quels sont les erreurs structurales, qui peuvent se produire dans l'esprit du juge»[37].

A questo punto del discorso Sorel ritorna sul tema della confessione e dell'interrogatorio dell'imputato. Ma qui le sue considerazioni si fanno sicuramente più interessanti e originali rispetto a quelle sviluppate in precedenza. Il filosofo francese nota, infatti, una sostanziale trasformazione del ruolo della confessione nel processo penale. Il brutale istituto della tortura giudiziaria aveva infatti come propria finalità, in antico regime, la rivelazione del segreto che circondava il delitto. Nei tempi odierni, scrive Sorel, il giudice sembra attribuire meno importanza al raggiungimento di questo obiettivo. Egli, infatti, si mostra più interessato a definire la fisionomia morale dell'accusato. La confessione, da questo punto di vista, smette di essere una semplice ammissione di colpa, per divenire una sorta di flusso di coscienza (che non deve trascurare di fare luce anche su episodi marginali e apparentemente insi-

gnificanti) attraverso il quale sia possibile cogliere le anormalità, le storture, i piccoli scarti rispetto alla norma che portano a definire un soggetto, nella sua diversità, come persona turpe ed immorale[38]. Il giudice, scrive, «doit savoir dans quelles limites la *liberté* du criminel a pu s'exercer; il est tenu de scruter les tendances qui se sont manifestées antérieurement; – en un mot il doit mettre à nu tous les ressorts psychologique de l'âme»[39]. Da questo punto di vista, osserva Sorel, la confessione giudiziaria assomiglia in maniera impressionante alla confessione cattolica la quale, normalmente, non risparmia al penitente alcun particolare, anche quelli che si vorrebbero nascondere persino a se stessi. Con la non trascurabile differenza che la confessione religiosa è circondata dall'assoluto segreto e porta alla salvezza dell'anima di colui che la rende, mentre quella giudiziaria è destinata ad essere resa pubblica e conduce alla condanna dell'imputato[40]. Il giudice, in fondo, nella situazione in cui si trova è nient'altro che «un mauvais confesseur»[41].

Nelle pagine del suo articolo Sorel si interessa anche di un autore italiano, Scipio Sighele, e di un suo lavoro (che però non viene citato) sulla coppia criminale; coppia caratterizzata dalla presenza di un soggetto incube e di uno succube. Il rapporto patologico che si instaura in queste relazioni, ad avviso di Sighele, conduce rapidamente ad una mostruosa anomalia e l'esito psichiatrico del funesto incontro è scontato: «l'incube est un candidat à la folie morale et le succube à l'imbecillité»[42]. Questa citazione permette al filosofo francese di introdurre l'ultima parte del suo articolo, quella dedicata a un'analisi psicopatologica della figura del magistrato.

In fondo, sostiene Sorel, ciò che rende probabile l'alterazione mentale di un magistrato è proprio il potere assoluto che egli può esercitare sulle persone soggette al suo giudizio, l'abitudine a rivestire il ruolo di incube. La concessione di un potere arbitrario così esteso conduce la persona che ne è investita a un regresso (ed in questo passaggio è ben visibile la lezione "atavistica" di origine lombrosiana) all'infanzia criminale; regresso sempre possibile, nonostante l'intervento dell'educazione, perché gli impulsi primitivi non sono mai completamente correggibili[43]. In fondo, continua Sorel, i magistrati francesi sono spinti nelle loro decisioni più dai sentimenti che dalla ragione. In questo modo essi sopravvalutano il proprio *talento* che diviene il metro di ogni valutazione giudiziaria. In altre parole i magistrati sono persone che possono facilmente divenire vittime di un complesso di superiorità capace di determinare una sorta di collasso morale in colui che ne è affetto. La condizione delirante che consegue a questa disposizione mentale non intacca, però, l'intelligenza dei soggetti che ne sono scossi, ma ne perverte l'anima. «L'homme – scrive Sorel – est vraiment émancipé, libre et monstreux»[44].

Il piano sul quale questa perversione appare più evidente è, per il filosofo francese, quello sessuale; ed è proprio su tale versante che i magistrati possono mostrare marcate alterazioni comportamentali. Questa improvvisa apertura verso la sessualità si mostra, in questa fine di secolo prefreudiana, conforme allo spirito dei tempi. Sorel attribuisce alla sessualità una grande importanza ma egli stabilisce un rapporto inversamente proporzionale tra disordine sessuale e chiarezza intellettuale, allineandosi all'opinione meno scan-

dalosa e più razionale dell'epoca[45]. «Je crois – scrive – qu'on ne saurait trop étudier les manifestation sexuelles, lorsqu'on veut pénétrer la psychologie des diverses classes sociales. L'instinct sexuel est le premier ; dans l'ordre naturel, il emporte de beaucoup sur les intérêts, les passions, l'égoïsme et, en un mot, sur tout ce qui se rapporte à la conservation de l'individu: il est vraiment le moteur fondamental»[46]. Riassumendo le sue considerazioni in un enunciato Sorel scrive che *le manifestazioni dell'istinto sessuale misurano in grandezza e direzione le attività umane.* Ogni anomalia intellettuale non può che ripercuotersi immediatamente sul funzionamento dell'istinto sessuale[47].

Non so se Sorel, una quindicina di anni dopo la pubblicazione del suo scritto, abbia letto il saggio di Sigmund Freud sul caso di paranoia del presidente della Corte d'Appello di Dresda Daniel Paul Schreber. Ne avrebbe forse tratto qualche motivo per ritenere fondate le proprie osservazioni sulla psicologia del giudice. Anche se il fondatore della psicoanalisi non accennava affatto alla possibilità che l'attività lavorativa svolta dal presidente Schreber avesse potuto influenzare il suo stato mentale. E in fondo, come appena detto, il rapporto tra disturbo della sfera sessuale e condizione psichica del soggetto, in Freud, appariva totalmente invertito. «Noi psicoanalisti – scriverà il medico viennese a margine dello studio del caso clinico, analizzato peraltro sul testo delle memorie scritte dallo stesso magistrato di Dresda – abbiamo infatti ritenuto finora che le radici di tutte le malattie nervose e psichiche siano prevalentemente da individuare nella vita sessuale; a tale concezione alcuni di noi sono pervenuti esclusivamente per via empirica, altri anche in base a considerazioni teoriche»[48].

[1] Sull'«Archivio di psichiatria» si veda P. Marchetti, *Cesare Lombroso e l'Archivio di psichiatria*, in L. Lacché, M. Stronati (a cura di), *Una tribuna per le scienze criminali. La 'cultura' delle Riviste nel dibattito penalistico tra Otto e Novecento*, Macerata, eum, 2012, pp. 69-96 (nel saggio, per una svista, viene scritto che Sorel tra il 1894 e il 1895 figura tra i condirettori invece che tra i collaboratori della rivista).

[2] C.M. Herrera, *Présentation*, in C.M. Herrera (ed.), *Georges Sorel et le droit,* Paris, Éditions Kimé, 2005, p. 13. Per una bibliografia degli scritti di Georges Sorel si rinvia a S. Sand, *Bibliographie des* écrits *de Sorel*, in J. Julliard, S. Sand (edd.), *Georges Sorel en son temps*, Paris, Seuil, 1986, pp. 425-466 e R. Vivarelli, *Nota bibliografica*, in G. Sorel, *Scritti politici*, Torino, Utet, 2006, pp. 56-67.

[3] Sulla fortuna di Sorel in Italia si rinvia a G.B. Furiozzi, *Sorel e l'Italia*, Messina, D'Anna, 1975.

[4] G. Sorel, *Le crime politique d'après M. Lombroso*, in «La Revue scientifique», n. 51, 1893, pp. 561-565; Id., *La position du problème de M. Lombroso,* in «La Revue scientifique», n. 51, 1893, pp. 206-210; Id., *La femme criminelle*, in «La Revue scientifique», 52, 1893, pp. 463-467. Ma si veda anche Id., *Le problème lombrosien et la psychologie physiologique,* in «Revue générale des sciences pures et appliquées», n. 4, 1893, pp. 632-638. Sulla polemica tra Lombroso e la scuola francese, si veda P. Marchetti, *L'armata del crimine. Teoria e repressione della recidiva in Italia. Una genealogia*, Ancona, Cattedrale, 2008, pp. 76 ss.

[5] Per una breve ricostruzione del-

le vicende biografiche di Cesare Lombroso si rinvia a P. Marchetti, voce *Cesare Lombroso*, in *Enciclopedia Italiana di Scienze, Lettere ed Arti. Il contributo italiano alla storia del pensiero*, Ottava appendice, *Diritto*, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Treccani, 2012, pp. 366-379.

6 W. Gianinazzi, *Naissance du mythe moderne. Georges Sorel et la crise de la pensée savante*, Paris, Éditions de la Maison des sciences de l'homme, 2006, p. 36. Sul rapporto tra Sorel e la scuola lombrosiana si veda O. Bosc, *La foule criminelle. Politique et criminologie dans l'Europe du tournant du XIXe siècle*, Paris, Fayard, 2007, in part. pp. 411 ss.

7 G. Sorel, *Théories pénales de MM. Durkheim et Tarde*, in «Archivio di psichiatria», n. 16, 1895, pp. 219-228.

8 Ivi, p. 222.

9 Ivi, p. 224.

10 Ivi, p. 228.

11 Id., *La psychologie du juge*, in «Archivio di psichiatria», n. 15, 1894, pp. 29-48.

12 C.M. Herrera, *Constellations juridiques du sorélisme*, in Id. (ed.), *Georges Sorel et le droit*, cit., p. 131. Su Gerges Sorel e il diritto, oltre ai più recenti lavori citati in queste note, possono essere visti: C. Goretti, *Il sentimento giuridico nell'opera di Giorgio Sorel*, Città di Castello, Il Solco, 1922; G. Cavallari, *Le idee giuridiche e la trasformazione della società democratico-borghese*, in S. Mastellone (a cura di), *Georges Sorel. Studi e ricerche*, Firenze, Olschki, 1974, pp. 37-89; S. Sand, *Lutte de classe et conscience juridique dans la pensée de Georges Sorel*, in J. Julliard, S. Sand (edd.), *Georges Sorel en son temps*, Paris, Seuil, 1985, pp. 225-245; P. Rolland, *L'enjeu du droit*, in M. Charzat (ed.), *Georges Sorel*, Paris, Cahiers de l'Herne, 1986, pp. 28-44.

13 P. Rolland, *Sorel et le «moment syndical» de la pensée du droit*, in Herrera (ed.), *Georges Sorel et le droit*, cit., p. 55.

14 Ivi, p. 56.

15 Sulla distinzione tra conflitto giuridico e conflitto politico in Sorel, cfr. Id., *Georges Sorel et le conflit dans la démocratie*, in «Commentaire», 22, été 1983, pp. 394-402, in part. pp. 395 ss. e 398 ss.

16 Rolland, *Sorel et le «moment syndical» de la pensée du droit*, cit., p. 78. Sulla recezione delle idee di Sorel nell'opera di Sergio Paunzio, si veda M. Dotti, *L'essenziale che si fa regola. Georges Sorel e la filosofia del diritto italiana*, in P. Pastori, G. Cavallari (a cura di), *Georges Sorel nella crisi del liberalismo europeo*, Ancona, Affinità elettive, 2001, pp. 427-441. Circa il dibattito giuridico sullo "Stato sindacale" in Italia si rinvia a P. Marchetti, *L'essere collettivo. L'emersione della nozione di collettivo nella scienza giuridica italiana tra contratto di lavoro e Stato sindacale*, Milano, Giuffrè, 2006, in particolare pp. 151 ss.

17 La condanna allo statalismo di Sorel investiva anche le posizioni legate al socialismo giuridico. Il proletariato, a suo avviso, non aveva come obiettivo quello di conferire allo Stato il potere di regolare le dinamiche sociali delle quali era attore (Sorel, *Le prétendu socialisme juridique*, in «Le Mouvement socialiste», 21, 185, avril 1907, p. 336, riprodotto in C.M. Herrera (ed.), *Par le droit, au-delà du droit, textes sur le socialisme juridique*, Paris, Kimé, 2003, p. 205). Sul socialismo giuridico in Italia si rinvia a M. Sbriccoli, *Il diritto penale sociale, 1883-1912*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», n. 3-4, 1975, pp. 557-642 (ora in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi ed inediti, 1972-2007*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 819-902). Per quanto riguarda la Francia, si veda Herrera, *Par le droit, au-delà du droit?* cit., pp. 7-30.

18 G. Cavallari, *Introduzione*, in Pastori, Cavallari (a cura di), *Georges Sorel nella crisi del liberalismo europeo*, cit., p. 22.

19 Rolland, *Sorel et le «moment syndical» de la pensée du droit*, cit., p. 73.

20 G. Sorel, *Étude sur Vico*, in «Le Devenir social», n. 2, 1896, p. 1046.

21 C.M. Herrera, *Sorel et le droit?*, in Id. (ed.), *Georges Sorel et le droit*, cit., p. 7; nel medesimo volume si vedano anche B. Silhol, *La conception sorélienne du droit au travail*, p. 48, e Rolland, *Sorel et le «moment syndical» de la pensée du droit*, cit., p. 73. In generale, sulla riflessione teorica in tema di diritto giurisprudenziale e questione sociale in Francia, si rinvia a C.M. Herrera, *Entre* équité *et socialisme? Le juge et la question sociale dans le débat politico-doctrinal français du début du XXe siècle*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», n. 40, 2011, *Giudici e giuristi. Il problema del diritto giurisprudenziale fra Otto e Novecento*, I, pp. 331-366, in particolare, per quanto riguarda gli autori di ispirazione socialista (compreso Sorel), pp. 353 ss.

22 Sorel, *Introduction à l'économie moderne*, Paris, Jacques, 1903, p. 37.

23 Id., *Les aspects juridiques du socialisme*, in «Revue socialiste», oct.-nov. 1900, testo riprodotto in Herrera (ed.), *Par le droit, au-delà du droit* cit., p. 92.

24 Id., *Etudes sur Vico*, cit., p. 1045.

25 Id., *Contributions psycho-physiques à l'étude esthétique*, in «Revue philosophique», n. 29, 1890, pp. 561-579 e 30, pp. 22-41; Id., *Esthétique et psychophysique*, in «Revue philosophique», n. 29, 1890, pp. 182-184.

26 Gianinazzi, *Naissance du mythe moderne. Georges Sorel et la crise de la pensée savante*, cit., p. 34. Interesse testimoniato dall'attenta lettura, fatta da Sorel, del libro di Gustave Le Bon sulla psicologia delle folle (G. Sorel, *Psychologie des foules*, in «Le Devenir social», 1, novembre 1895, pp. 765-770).

27 W. Gianinazzi, *Reminiscenze della storia e mito rigeneratore in Georges Sorel. Prolegomeni*, in Pastori,

Cavallari (a cura di), *Georges Sorel nella crisi del liberalismo europeo*, cit., p. 146.

[28] Id., *Naissance du mythe moderne. Georges Sorel et la crise de la pensée savante*, cit., p. 35.

[29] Sorel, *Etudes sur Vico*, cit., p. 941.

[30] Id., *La psychologie du juge*, cit., p. 29.

[31] Ivi, pp. 30 ss.

[32] Sul tema della confessione ed il suo ruolo nel processo penale in età moderna si veda P. Marchetti, Testis contra se. *L'imputato come fonte di prova nel processo penale dell'età moderna*, Milano, Giuffè, 1994.

[33] Sorel, *La psychologie du juge*, cit., p. 35. Sul dibattito ottocentesco sulla legittimità dell'uso dell'ipnosi nell'interrogatorio dell'imputato cfr. P. Marchetti, *Nothing but the truth. The defendant's speech in the forensic phychology at the beginning*, in «Giornale di Storia Costituzionale», n. 23, 2012, pp. 253-262.

[34] Sorel, *La psychologie du juge*, cit., pp. 36-37.

[35] C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Torino, Einaudi, 1963, § XXXI, *Delitti di prova difficile*, p. 76.

[36] Sorel, *La psychologie du juge*, cit., p. 38.

[37] Ivi, p. 40.

[38] Questa osservazione di Sorel (con le diversità del caso) sembra anticipare un discorso sviluppato da Michel Foucault tra gli anni Settanta e Ottanta del secolo scorso. Il filosofo francese ha decisamente insistito su questa trasformazione del ruolo della confessione nel processo penale. Per Foucault, infatti, essa ha cessato alla fine dell'Ottocento di rappresentare esclusivamente una prova giudiziaria, per divenire (attraverso l'ausilio offerto della scienza psichiatrica) una modalità di costruzione della *soggettività*. Si veda a questo proposito M. Foucault, *Mal fare, dir vero. Funzione della confessione nella giustizia. Corso di Lovanio (1981)*, Torino, Einaudi, pp. 191 ss. (ed. or. *Mal faire, dire vrai. Fonction de l'aveu en justice. Cours de Louvain, 1981*, Louvain, Presses Universitaires, 2012).

[39] Sorel, *La psychologie du juge*, cit., p. 41.

[40] Ivi, p. 42.

[41] Ivi, p. 43.

[42] Ivi, p. 42.

[43] Ivi, p. 43. Non a caso Sorel, nel trattare dei rimedi da adottare nei confronti di questi poteri esorbitanti attribuiti ai magistrati, parla di strumenti correttivi che ne limitino la portata come: l'introduzione delle giurie popolari, il controllo esercitato dagli organi di stampa e, sul modello anglosassone, un certo rispetto delle tradizioni e dei precedenti giudiziari (pp. 47-48 e 54).

[44] Ivi, p. 53.

[45] Gianinazzi, *Naissance du mythe moderne. Georges Sorel et la crise de la pensée savante*, cit., p. 143.

[46] Sorel, *La psychologie du juge*, cit., p. 50.

[47] Ivi, p. 51.

[48] S. Freud, *Osservazioni psicoanalitiche su un caso di paranoia (dementia paranoides) descritto autobiograficamente*, in *Opere*, VI, *Casi clinici e altri scritti, 1909-1912*, Torino, Einaudi, 1989, p. 359 (comparso per la prima volta con il titolo *Psychoanalytische Bemerkungen* über *einen autobiographisch beschrie benen Fall von Paranoia (Dementia paranoides)*, in «Jahrbuch für psychoanalytische und psychopathologische Forschungen», 3, 1, 1911, pp. 9-68).

Quaeta non movere. L'ingresso delle donne in magistratura e l'art. 51 della Costituzione. Un'occasione di riflessione sull'accesso delle donne ai pubblici uffici nell'Italia repubblicana

CARLOTTA LATINI

Le costituzioni aspirano all'eternità *ordinamentale*[1]. Come osservava Calamandrei nella sua *Introduzione storica sulla Costituzione*, la Costituente avrebbe dovuto soprattutto lavorare sull'avvenire e per esso *sub specie aeternitatis*, anziché tenere troppo presenti le attuali contingenze politiche[2]. Si tratta di un'affermazione importante perché investe la questione del come è stata concepita la Costituzione e cioè se sia stata il prodotto di un compromesso politico oppure se sia stato invece il frutto maturo dell'atteggiamento di ricerca di un terreno comune e di riflessione sulle libertà[3].

Le costituzioni sono un fatto dell'uomo e dunque la loro prospettiva, contrariamente a quanto potrebbe apparire, non è quella statica, ma quella dinamica[4]. La Costituzione repubblicana, pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 27 dicembre 1947 e entrata in vigore il 1° gennaio 1948 è stata subito oggetto di un dibattito riguardante la parità di genere e ha reso necessari interventi giurisprudenziali e dottrinali, nonché alla fine della Corte costituzionale allo scopo di evitare interpretazioni di alcune sue norme, in specie dell'art. 51 sull'accesso agli uffici pubblici e alle cariche elettive, di tipo discriminatorio rispetto alle donne.

Risolto il problema dei diritti politici, con decreto del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 1945 si riconosceva alle donne la pienezza dei diritti politici, e si poneva in maniera evidente il problema del lavoro[5].

1. *L'Assemblea costituente e il diritto al lavoro. Le donne, l'ordine giudiziario e la presunta fine dell'esclusione*

Per la verità, i lavori dell'Assemblea costituente dimostravano già la complessità della questione dell'ordine giudiziario e della partecipazione ad esso delle donne. Com'è noto, l'Assemblea ebbe in un solo corpo due nature e due volti: «Costituente per redigere ed approvare la nuova Costituzione, Parlamento per sindacare la poli-

tica del governo e per esercitare il potere legislativo»[6]. La stessa Assemblea deliberò nella seduta del 15 luglio 1946 di affidare l'elaborazione della nuova Costituzione ad una Commissione composta da 75 deputati nominati dal Presidente. Questa Commissione si divise poi in tre sottocommissioni, e la seconda in particolare si divise in due sezioni. La prima doveva occuparsi dei diritti civili e politici dei cittadini, la seconda delle norme della Costituzione relative all'organizzazione costituzionale dello stato, la terza dei rapporti economici e sociali dello stato.

Sin dai lavori della seconda sottocommissione della Commissione per la Costituzione, seconda sezione, e dal relativo dibattito, emergeva una non univocità di vedute da parte dei membri che animavano la discussione sul potere giudiziario. Forse per queste ragioni si pose sin da subito il problema dell'ingresso delle donne in magistratura[7].

La discussione sulla configurazione dell'ordine giudiziario e sul noto progetto Calamandrei[8] conferma questo ipotesi.

Se si eccettua l'istituto del Commissario della giustizia e, soprattutto, il principio dell'unità della giurisdizione quasi tutte le proposte di Calamandrei furono accolte e formarono l'ossatura del testo costituzionale[9]. Contrario alle giurisdizioni speciali sin dai tempi in cui rifletteva sui collegi dei probiviri[10] e favorevole al principio di unità della giurisdizione, da costituente Calamandrei non si contraddiceva.

Egli, nell'illustrare e presentare il suo progetto si dichiarava favorevole all'ammissione delle donne alla magistratura. In particolare, l'art. 20 del progetto Calamandrei[11] riguardante il titolo IV parte 2° (La magistratura) della Costituzione, prevedeva almeno tre questioni ritenute fondamentali: l'ammissione delle donne alla magistratura; l'ammissione di giuristi che avessero meriti insigni e la nomina di magistrati onorari. Gaspare Ambrosini[12] interveniva ritenendo che l'unico punto che poteva essere discusso, e che era bene considerare nella Costituzione, fosse quello della ammissione delle donne nella carriera giudiziaria. Per tutto il resto vi sarebbe stata la pregiudiziale del rinvio alla legge sull'ordinamento giudiziario. Calamandrei, Relatore, era favorevole al fatto che le donne potessero essere ammesse negli uffici giurisdizionali, perché avevano dato ottima prova in tanti altri uffici in cui occorrono doti di raziocinio, di equilibrio e di spirito logico pari a quelle che occorrono nella giurisdizione.

Il dibattito per certi versi si prospetta non del tutto privo di alcuni pregiudizi, il che non deve sorprendere, considerato che molti di coloro che vi intervenivano si erano formati e avevano respirato una cultura giuridica nella quale la differenziazione ovvero la discriminazione sulla base del genere[13] era ritenuta piuttosto fondata, specie negli ambienti di lavoro. Uno degli argomenti era la presunta debolezza, l'*infirmitas sexus*, connessa anche alla ritenuta maggiore difficoltà ad una certa capacità di giudizio e di equilibrio[14]. Anche in seno al dibattito sull'art. 20 del progetto dunque, il discorso verteva su considerazioni poco giuridiche ma fortemente legate "al costume" e a erronee opinioni, a pregiudizi e discriminazioni. Discriminazioni dello stesso tipo di quelle fondate sulla razza e infatti l'equiparazione tra le differenze di trattamento nel riconoscimento dei diritti e delle libertà costituzionalmente protette sono poste sullo stesso piano.

Non si deve dimenticare, come Calamandrei aveva scritto nella sua *Introduzione storica sulla Costituente* che, mentre lo Statuto albertino era stata una carta *octroyée*, concessa dal sovrano e che trovava il suo fondamento non nella volontà del popolo ma innanzi tutto nella concessione del monarca e aveva in definitiva natura pattizia, la Costituzione repubblicana non riconosceva altra fonte che quella della sovranità popolare. Secondo Calamandrei dunque, almeno in linea di principio la Costituzione repubblicana non avrebbe avuto un'origine contrattualistica ma sarebbe stata l'espressione di «poteri immanenti a titolo originario nel popolo che l'aveva deliberata ex novo»[15]. Lo stesso Calamandrei riconosceva però che se queste considerazioni erano valide sotto il profilo giuridico, sul piano politico anche la nuova Costituzione si presentava come il risultato di una transazione tra concezioni contrastanti e forze contrapposte. Se il contratto non si era insomma svolto tra re e popolo, nel caso della Costituzione repubblicana si era comunque verificato tra i partiti. Non solo, ma anche se alla formazione della Costituzione erano stati chiamati i soli deputati della Costituente, non vi era dubbio che sulle loro decisioni avevano operato altre forze ed ingerenze, come quelle provenienti dall'armistizio e dal trattato di pace, e quelle determinate dal partito più numeroso della Costituente.

La Costituzione italiana è stata considerata a lungo il frutto della convergenza[16] fra cattolici, comunisti e socialisti ma tale approccio ricostruttivo delle dinamiche interne alla Costituente non trovava conferma per quanto riguarda la giustizia e l'ordine giudiziario. In ogni caso, sul punto dell'apertura alle donne come su altri, quali l'indipendenza e l'autonomia della magistratura, la posizione di Calamandrei fu molto importante. Le tendenze di tipo conservatore si esprimevano nelle obiezioni secondo le quali le facoltà psicologiche della donna erano soggette a periodiche variazioni d'umore che avrebbero potuto portare ad una discontinuità dei giudizi; ma secondo Calamandrei, in certi giudizi, come quelli di separazione coniugale, l'intervento della donna sarebbe stato utilissimo per raggiungere un maggior equilibrio di valutazione. Egli era quindi favorevole all'ammissione delle donne con qualche limitazione, per certe materie della giurisdizione penale. Non solo. Ma la mancanza di razionalità e di senso giuridico, l'assenza quasi connaturata di un sapere tecnico-giuridico, tecnico perché razionale, veniva sovente esclusa in capo alla donna in maniera aprioristica. Come segnalava invece Peretti Griva a proposito delle donne-giurato, «Non è affatto detto che il senso giuridico debba essere la qualità precipua del magistrato: a mio avviso vale assai di più il senso comune e l'equilibrio, giacché il diritto non ha da essere considerato come un'arida astrazione»[17]. Egli denunciava che solo un'irriducibile opposizione e l'incontestato disprezzo per le donna potevano giustificare un'esclusione della donna dalla magistratura e dalle giurie popolari. Per Calamandrei dovevano far parte della giuria nei giudizi di Assise e del Tribunale per i minorenni e in tutte le questioni di giurisdizione volontaria e in quelle familiari, secondo un luogo comune abbastanza ricorrente nei dibattiti della Costituente per cui le donne sarebbero state particolarmente adatte a trattare le questioni giudiziarie inerenti ai rapporti familiari e ai giudizi dei tribunali minorili[18].

Cappi[19] riteneva invece che le donne avrebbero dovuto poter essere inserite e utilizzate in determinati giudizi, senza che avessero la possibilità di accedere alla carriera giudiziaria e diventare magistrati. In altri casi invece si segnalava come le donne, anche per le condizioni della vita pubblica e sociale odierna, avessero raggiunto un tale grado di maturità che precludere loro l'ingresso nella carriera giudiziaria avrebbe significato far loro un torto. Le donne ormai partecipavano a tutti gli uffici, facevano parte dell'Assemblea Costituente e non potevano essere escluse dagli uffici giudiziari. Il Presidente Conti[20] richiamava l'attenzione dei colleghi sull'articolo 3 del progetto Leone, nel quale si stabiliva che per i concorsi o, comunque, per le ammissioni in genere, non si richiedevano che capacità tecniche e morali, allo scopo di escludere qualsiasi incapacità razziale o di altro genere. Il dibattito della Costituente prendeva le mosse dall'art. 98 del progetto di Costituzione, divenuto poi l'art. 106, secondo il quale le nomine dei magistrati dovevano aver luogo per concorso, che conteneva un secondo comma, poi eliminato nella versione definitiva dell'art. 106, secondo il quale «Possono essere nominate anche le donne nei casi previsti dall'ordinamento giudiziario». Contro questo secondo comma, nella seduta del 26 novembre 1947 l'onorevole Maria Federici[21], presentava un emendamento soppressivo. Teresa Mattei e Maria Maddalena Rossi avevano infatti presentato un emendamento sostitutivo che ripristinava il diritto senza condizioni: «le donne hanno diritto di accesso a tutti gli ordini e a tutti i gradi della Magistratura».

Secondo Lorenza Carlassare l'emendamento di Federici sarebbe stato diverso da quello di Mattei e più cauto, per il timore che quello presentato da Mattei non sarebbe passato[22]. Lo stesso emendamento proposto da Federici era stato presentato da altri, ma con lo scopo opposto e cioè quello di non parlare neppure del diritto della donna di accedere alla magistratura. Le ragioni per le quali Maria Federici aveva presentato tale emendamento si ascrivevano al fatto che già l'art. 48 del progetto (divenuto poi art. 51) aveva stabilito che tutti i cittadini di ambo i sessi potevano accedere agli uffici pubblici in condizioni di uguaglianza conformemente alle loro attitudini. Tuttavia, l'art. 48 era stato a sua volta oggetto di ampio dibattito proprio per il testo, che dichiarava in origine che tutti i cittadini di ambo i sessi potevano accedere agli uffici pubblici in condizioni di eguaglianza, conformemente alle loro attitudini, secondo norme stabilite dalla legge. Vi fu infatti non poca tensione quando il testo fu discusso in Aula. Maria Federici disse che nell'art. 48 si coglieva «un'intenzione particolare» e cioè che esso volesse limitare alle donne la possibilità di accedere ai pubblici uffici e alle cariche elettive. Inoltre l'espressione «conformemente alle loro attitudini» risultava pleonastica visto che in ogni caso non solo per le cariche o carriere elettive, ma in generale per qualsiasi forma di lavoro, occorreva tenere conto delle attitudini. Federici aggiungeva che le attitudini però si manifestavano solo con il lavoro: escludere le donne da certi lavori significava non consentire loro di provare le attitudini o dimostrare di averne, con una conseguente chiara barriera nei confronti delle donne[23]. Si proponeva quindi la soppressione dell'inciso e la richiesta venne approvata. Tuttavia, il problema si ripresentava qualche mese dopo per la nomina dei magistrati, e cioè quando il 26 novembre 1947 si apriva la discussione sul punto.

La magistratura poteva essere considerata a pieno titolo un ufficio pubblico e dunque non vi era nessuna ragione per inserire l'ultima frase del primo comma nell'art. 98. Maria Federici ricordava nel suo intervento ai colleghi quante volte in quella sede si era parlato di libertà civili, di parità di diritti, di uguaglianza di diritti senza nessun'altra discriminazione determinata dalla legge e limitata all'incapacità naturale o legale. Ma soprattutto vi erano due impedimenti all'ultima frase del primo comma dell'art. 98: il primo stava nel testo dell'art. 48 del progetto in cui si parlava di parità di diritti, il secondo nell'art. 7 del progetto (art. 3 della Costituzione), in cui si dichiarava che i cittadini, senza distinzione di sesso, razza, lingua, condizioni sociali, opinioni religiose e politiche, sono uguali di fronte alla legge e hanno pari dignità sociale[24]. Non solo, ma l'art. 35 (30 e 10 del progetto) tutelava (e tutela) il lavoro in tutte le sue forme e applicazioni, e l'art. 4 riconosceva il diritto al lavoro a tutti i cittadini sancendo che ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e scelte, un'attività o funzione che contribuiscano al progresso materiale o spirituale della società. Il lavoro inteso come diritto-dovere del cittadino non doveva essere negato alla donna. Maria Federici dichiarava: «Vorrei anche dire [...] che se una donna ha ricevuto dalla Provvidenza talenti speciali, che la Provvidenza è ben libera di seppellire in un cervello femminile, quale diritto avete voi per impedire che questa donna possa sfruttare i talenti che ha ricevuto e che è suo dovere mettere a profitto?»[25].

Il modello preso in prestito era quello francese, nella cui costituzione era già stato sancito il riconoscimento alla donna di diritti uguali a quelli dell'uomo[26]. Durante il dibattito, si ripetevano i luoghi comuni già emersi quando Lidia Poët aveva chiesto l'iscrizione all'ordine degli avvocati di Torino, e con l'elezione di Teresa Labriola nel 1912[27]. Era stato Mortara nel 1906 a parlare, a proposito dei diritti politici delle donne, di *diritti fondamentali*, espressione non consueta ma impiegata qualche anno prima anche da Luigi Lucchini in altro contesto[28]. E di diritti fondamentali si trattava, nel dibattito in seno alla Costituente.

2. *Una Costituzione «presbite»*

Una volta entrata in vigore la Costituzione, la questione si collocava ben all'interno del discorso sull'attuazione e applicazione della Costituzione e sulla distinzione tra norme *precettive* e norme *programmatiche*. Intendendo per attuazione la volontà progettuale dei costituenti e per applicazione la supremazia della Costituzione rispetto alle fonti subordinate, attuazione e applicazione potevano distinguersi solo nel caso in cui il contenuto precettivo delle norme richiedesse una qualche attività in più rispetto alla mera applicazione. Si trattava di tutte le ipotesi in cui la Costituzione introduceva istituti nuovi e quindi richiedeva l'intervento del legislatore. Inoltre, v'era chi distingueva, all'interno delle norme precettive, due gruppi: quelle che contenevano veri e propri comandi giuridici di applicazione diretta ed immediata e quelle che contenevano comandi giuridici di applicazione diretta ma non immediata[29]. Secondo Calamandrei, insomma, il compito della Costituzione era così ampio che non doveva stupire se l'edificio costituzionale

> sia uscito dalle mani dei suoi artefici ancora incompiuto […] Certo, aggirandosi entro questa architettura costituzionale […] si ha l'impressione di trovarsi in uno di quei grandi edifici tirati su in gran fretta durante la crisi degli alloggi […] E qua e là, su queste mura […] si vedono rispuntare vecchie erbe maligne […] Ma i muri maestri ci sono: e sono muri che reggeranno perché il popolo italiano li ha cementati colle lagrime e col suo sangue[30].

Per Calamandrei, anche quelle disposizioni della Costituzione che hanno carattere puramente tendenziale possono avere un'importanza fondamentale e una forza pedagogica, un'efficacia educativa di stimolo e guida alle forze politiche: se il popolo italiano avesse saputo farne uso, secondo Calamandrei, questa Costituzione, proprio anche attraverso le norme con carattere tendenziale, sarebbe stata una costituzione dinamica, che avrebbe condotto verso la giustizia sociale[31]. Si trattava insomma di vedere come questa «Costituzione presbite», fosse in grado di guardare molto lontano[32].

In particolare, pur avendo l'art. 51[33] della Costituzione una natura *precettiva* (compiuta e concreta) e non *programmatica* o tendenziale, si riteneva da parte di alcuni che l'art. VII delle disposizioni transitorie della costituzione ne avesse rimandato l'applicazione sia relativamente ai giudici popolari che ai componenti delle G.P.A (Giunte provinciali amministrative[34]). Le trasformazioni che la Costituzione apportava all'ordine giudiziario erano profonde: innanzi tutto, esso diveniva organo costituzionale, ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere.

Date queste premesse, si può comprendere perché si sia aperto un dibattito dottrinale relativo all'art. VII delle disposizioni transitorie per il quale «Fino a quando non sia emanata la nuova legge sull'ordinamento giudiziario in conformità con la Costituzione, continuano ad osservarsi le norme dell'ordinamento vigente»; in base ad esso infatti era possibile escludere le donne dall'ingresso in magistratura. La presunta eccezione rappresentata dalla impossibilità delle donne di essere giudici popolari nelle corti d'Assise avrebbe trovato un suo fondamento nel fatto che l'ordinamento delle Corti d'Assise era stato sempre regolato da leggi autonome. Infatti, la legge generale sull'ordinamento giudiziario(r.d. del gennaio 1941 n. 12, varie volte emendata nel corso del tempo) non conteneva che pochi tratti relativi all'ordinamento della Corte d'Assise, posto dalla legge del 4 ottobre 1935 n. 1899.

Nel caso delle giurie popolari, a ben vedere, il rinvio fatto dall'art. 102 alla legge per la determinazione dei casi e delle forme della partecipazione diretta del popolo all'amministrazione della giustizia significava che il legislatore ordinario poteva determinare i casi di partecipazione, ma non avrebbe potuto escludere le donne. Inoltre, la logica della presenza dei giudici popolari nella Corte d'Assise andava ravvisata nella particolare natura dei reati in essa trattati, tali da chiedere un accentuato spirito di umana comprensione ed una particolare valutazione ambientale[35].

Tuttavia, l'art. 48, divenuto poi 51 nel testo definitivo della Costituzione, ha continuato, anche dopo la sua entrata in vigore, a suscitare qualche perplessità. L'ultima parte del secondo comma, con quell'inciso per cui l'accesso ai pubblici uffici si realizzava secondo i requisiti stabiliti dalla legge, poteva intendersi anche come rimessione al legislatore ordinario e al suo potere discrezionale di volta in volta la decisione

Ritratto di Piero Calamandrei

sull'ingresso o meno delle donne a tutti i pubblici uffici. Questa interpretazione, per la verità, trovava molte opinioni contrarie. Peretti Griva faceva notare come un'interpretazione simile avrebbe svuotato di contenuto la prima parte dell'art. 51, rendendola inutile.

E infatti, ben trecento donne presentarono ricorso contro la loro esclusione dall'albo di giudici popolari in Corte d'Assise, fondato sul fatto che l'art. 8 della legge sull'ordinamento giudiziario vigente in quel momento (30 gennaio 1941 n. 12) vietava alle donne la nomina in magistratura. Vi fu una prima sentenza del Tribunale di Roma, 11 febbraio 1952 e poi la decisione della Corte di Appello di Roma, che, con sentenza del 29 marzo 1952[36] ribaltava questa interpretazione della Costituzione e in particolare dell'art. 51, ricordando come qualsiasi ordinamento giuridico che sancisse un *piatto livellamento* tra uomini e donne, impedendo ogni differenziazione di compiti, anche se giustificata, sarebbe venuto meno al suo fine e cioè il bene del popolo. Secondo la Corte d'Appello, la distinzione tra i sessi non poteva dirsi bandita in modo assoluto neppure dall'art. 51.

In definitiva la sentenza riconosceva legittimo che il legislatore ordinario potesse porre qualche limitazione per alcuni uffici pubblici relativamente al sesso. Una parte della dottrina riteneva che l'errore, oltre che interpretativo, poggiasse sulla non comprensione del fatto che l'art. 51 era una norma della Costituzione precettiva e non aveva rinviato al legislatore ordinario la sua attuazione (come invece sarebbe accaduto per altri articoli, come l'art. 40, 42, 46 e 99). Secondo Michele Ansalone, che commentava la sentenza, l'art. 51 avrebbe avuto carattere tassativo.

Non solo, ma anche l'eliminazione del secondo comma dell'art. 106 in cui si dichiarava che le donne avevano diritto di accesso a tutti gli ordini e i gradi della magistratura, era interpretata in maniera strumentale allo scopo di dimostrare la possibilità concreta di esclusione delle donne e a questo riguardo, Silvio Lessona avvertiva circa le difficoltà dell'uso dei lavori preparatori, considerata l'ambiguità dei dibattiti.

Sia Calamandrei che Bianchi D'Espinosa erano concordi sul punto che l'art. 51 avesse riconosciuto un diritto pubblico soggettivo a tutti cittadini senza distinzioni di sesso. Inoltre, in tutti i casi di rinvio alla legge ordinaria fatti dalla Costituzione, occorreva che tale legge si uniformasse e osservasse le norme della Costituzione (di rango superiore) e non viceversa[37]. Come si vede, la questione dell'ammissione delle donne in magistratura, nelle giurie popolari e nelle giunte provinciali amministrative si intrecciava ad altre di non minore rilievo come quella dei rapporti tra le norme della Costituzione e tutta la legislazione ad esse anteriori: la Costituzione non era semplicemente una legge, e neppure una legge costituzionale, essa era la pietra angolare dell'ordinamento giuridico del popolo, senza la quale l'ordinamento non esisteva.

Nella sentenza del Tribunale di Roma 11 febbraio 1952[38] il Tribunale si rifaceva ai lavori preparatori della legge del 1951 sulla Corte d'Assise e osservava come la maggioranza dei membri del Parlamento avesse ritenuto che il problema dell'ingresso delle donne fra i giudici popolari andasse accantonato per discuterne in altra sede, cioè nell'ambito della discussione sull'ordinamento giudiziario. Questa posizione di un particolare gruppo parlamentare non poteva essere impiegata come criterio ermeneutico, a meno che non si volesse dare *valore di legge alle opinioni di un gruppo parlamentare*[39]. La Corte di Cassazione, con una sentenza del 17 gennaio 1953, confermava la decisione della Corte di appello di Roma, sostenendo la natura programmatica dell'art. 51 della Costituzione, tanto che secondo la Suprema Corte, esso aveva demandato al legislatore ordinario la determinazione dei requisiti per accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive. Il riferimento era in questo caso ad un precedente giurisprudenziale relativo al ricorso Porrino c. Anzivino, con cui si riteneva che i limiti posti alla eleggibilità a consigliere comunale stabiliti con decr. legisl. luog. 7 gennaio 1946 n. 1 erano stati abrogati dagli articoli 48 e 51 della Costituzione, che stabilivano l'uguaglianza giuridica dei cittadini nell'elettorato attivo e passivo; la Cassazione, con sentenza n. 1960 del 1950 aveva infatti affermato che tali articoli avevano posto principi a carattere programmatico, e cioè per l'avvenire. La Cassazione in questa sede ripeteva che la Costituzione aveva consentito al legislatore ordinario, con il rinvio del primo comma dell'art. 51, di

stabilire i requisiti necessari per l'accesso ai vari uffici pubblici, tenendo presente il principio dell'eguaglianza dei sessi, generale ma non assoluto[40].

Era stata poi la Quinta sezione del Consiglio di Stato, con decisione del 21 novembre 1952 a fissare il principio per cui le donne potevano far parte delle G.P.A. anche in sede giurisdizionale. La pronuncia era di fondamentale importanza in relazione alla qualificazione e interpretazione da darsi all'art. 51 della Costituzione, in rapporto all'art. VII delle norme transitorie e alla legge 10 aprile 1951 sul riordinamento dei giudizi di Assise. Già il d.l. 4 aprile 1944 n. 111 aveva infatti stabilito che per far parte della G.P.A. fosse necessario possedere i requisiti per la nomina ad assessore di Corte d'Assise.

In mancanza della Corte costituzionale, che avrebbe pronunciato nel 1956 la storica sentenza con la quale si affermava che tutte le leggi, anteriori o posteriori alla Costituzione, potevano essere oggetto di controllo e dichiarate incostituzionali se contrastanti con la Costituzione[41], si richiedeva uno sforzo interpretativo, in specie rispetto alle interpretazioni dell'art. 51 di tipo "storico-involutivo", con cui si faceva riferimento all'art. 7 della legge del 17 luglio 1919, n. 1176. Questa norma escludeva la donna dai pubblici uffici implicanti poteri pubblici giurisdizionali, salvo che la legge lo ammettesse espressamente[42].

L'art. 51 della Costituzione aveva senza dubbio sancito un principio opposto rispetto a quello prescritto dalla legge del 1919. Né sarebbe stato possibile interpretare la legge del 10 aprile 1951 n. 287 sul riordinamento dei giudizi di Corte d'Assise alla luce della legge del 1919, senza tenere in debito conto il principio sancito nell'art. 51 dell'uguaglianza dei sessi nell'accesso alle cariche pubbliche e funzioni. Inoltre, si poteva anche ritenere che la Costituzione avesse il potere di annullare, in caso di contrasto, i principi giuridici sanciti da una legge precedente.

Nel 1956 con l. 27 dicembre n. 1441 il legislatore ordinario ammetteva le donne a far parte delle Corti d'Assise, prescrivendo però al contempo che dei sei giudici popolari tre dovessero essere maschi. La Corte costituzionale investita del giudizio, con sentenza del 29 settembre 1958 n. 56, riconosceva la legittimità costituzionale della legge del 1956, sostenendo che:

> Si può concludere che una interpretazione sistematica delle norme costituzionali esaminate induce a far ritenere che le leggi ordinarie che regolano l'accesso dei cittadini ai pubblici uffici (art. 51) e che regolano i casi e le forme della partecipazione diretta del popolo all'amministrazione della giustizia (art. 102, 3° comma) possano tener conto, nell'interesse dei pubblici servizi, delle differenti attitudini proprie degli appartenenti a ciascun sesso, purché non resti infranto il canone fondamentale dell'eguaglianza giuridica[43].

Sempre nel 1958 tre donne, Edda Sorti, Giovanna Berti e Luciana Camastri, ricorrevano in Consiglio di Stato contro la prassi di richiedere il requisito del sesso maschile per l'ammissione al concorso di uditore giudiziario, chiedendo l'annullamento del decreto dell'11 gennaio del 1958 con cui il ministro di Grazia e giustizia aveva indetto un nuovo concorso per uditore giudiziario riservandolo ai cittadini italiani maschi. Le ricorrenti sollevarono la questione della legittimità costituzionale dell'art. 8 n. 1 della legge sull'ordinamento del 1941 (r.d. 30 gennaio 1941 n. 12, art. 8)[44]. La IV sezione del Consiglio di Stato dichiarava però inammissibile il ricorso con l'argomento

che le ricorrenti non avevano titolo per impugnare il decreto ministeriale in quanto non avevano partecipato al concorso[45].

Il discorso sul diritto delle donne di accedere alla magistratura si estendeva anche alla possibilità di essere nominate giudici popolari in Corte d'Assise e di svolgere tali funzioni in sede giurisdizionale, come anche di entrare a far parte della G.P.A. L'impressione che si trae leggendo i dibattiti anteriori e successivi all'entrata in vigore della Costituzione in Italia è che l'attuazione del principio di uguaglianza e quello di libero accesso agli uffici pubblici da parte delle donne avrebbero richiesto uno sforzo interpretativo ulteriore e non era, affatto scontata. I tentativi di porvi dei limiti dimostrano come il percorso verso una piena uguaglianza delle italiane non fosse ancora compiuto. Si potrebbe parlare di "gradualità" nell'applicazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 e di libero accesso agli uffici pubblici, di cui all'art. 51. In particolare, la mancata istituzione della Corte costituzionale subito dopo l'entrata in vigore della Costituzione, avrebbe ulteriormente giustificato o comunque consentito interpretazioni dell'art. 51 effettivamente foriere di discriminazioni fondate sul genere.

3. *La giurisprudenza della Corte costituzionale. Due sentenze a confronto*

Due sentenze in particolare della Corte costituzionale meritano in questa sede di essere ricordate: la prima, già vista, del 24 settembre 1958, n. 56, e la seconda del 13 maggio 1960 n. 33. Nella sentenza del 1958 la Corte, chiamata a pronunciarsi sulla questione di legittimità costituzionale della legge 27 dicembre 1956, n. 1441, sulla partecipazione delle donne all'amministrazione della giustizia nelle Corti d'assise e nei Tribunali per i minorenni, assumeva una posizione favorevole al riconoscimento del sesso come incluso tra i requisiti stabiliti dalla legge, secondo il dettato dell'art. 51 della Costituzione. Questa posizione della Corte in effetti come si vedrà, appariva in contrasto con quanto la stessa avrebbe detto due anni dopo, nella sentenza del 1960, a proposito della questione di costituzionalità dell'art. 7 della legge 17 luglio 1919, n. 1176, che escludeva le donne da tutti gli uffici pubblici implicanti l'esercizio di diritti e di potestà politiche, in riferimento all'art. 51, primo comma, della Costituzione. Il Presidente Gaetano Azzariti era lo stesso per entrambe le sentenze, come peraltro sempre Azzariti[46] era l'estensore della sentenza della prima sentenza della Corte, n. 1 del 14 giugno 1956 che affermava la competenza della Corte stessa a sindacare le norme anteriori alla Costituzione; la composizione della Corte vede la partecipazione, in entrambe, di giuristi come Aldo Sandulli, Giuseppe Branca, Nicola Jaeger.

In una fase in cui il redattore era il Presidente e redattore e relatore sistematicamente distinti, appare piuttosto difficile tentare di ricostruire l'eventualità di dissensi interni alla Corte, considerata la collegialità della stessa e delle sue decisioni[47]. Dunque le ragioni di un diverso giudizio della Corte, in merito alla portata dell'art. 51 e del suo noto inciso possono essere solo presunte. E così nel 1960 la Corte costituzionale dichiarava costituzionalmente illegittimo l'art. 7 della legge del 17 luglio 1919 n. 1176, con sentenza n. 33. La questione di legittimità costituzionale della norma con-

tenuta nell'art. 4 del R.D. 4 gennaio 1920, n. 39, nonché dell'art. 7 della legge 17 luglio 1919, n. 1176, sul quale la norma si basava, veniva proposta in via incidentale nel corso di un giudizio davanti al Consiglio di Stato su ricorso della dottoressa Rosa Oliva contro il Ministero dell'interno, l'avvocato era Costantino Mortati. L'illegittimità di questi articoli sarebbe derivata dal contrasto in cui essi si trovavano con l'art. 3, primo comma e l'art. 51, primo comma della Costituzione, dato che la potestà che l'art. 51 aveva conferito al legislatore di determinare i requisiti per l'ammissione agli uffici pubblici non si sarebbe riferita al requisito del sesso. La violazione dell'art. 51 si sarebbe avuta anche nel caso in cui si fosse potuta interpretare la norma contenuta in quest'articolo come quella che consentiva di considerare il sesso una ragione di differente capacità, considerato che un limite di questa portata non avrebbe potuto essere contenuto in una norma priva di efficacia formale di legge come quella di un regolamento.

Secondo la tesi della difesa, la norma contenuta nell'art. 51, primo comma, della Costituzione, aveva posto una riserva assoluta di legge. Lo si poteva dedurre già dalla stessa dizione letterale – «secondo i requisiti stabiliti dalla legge» – che non avrebbe potuto avere alcun altro significato se non quello dell'attribuzione al legislatore del potere-dovere di disporre esso soltanto «in ordine ai requisiti stessi». Da ciò sarebbe disceso il divieto per il legislatore di rimettere ad una qualsiasi fonte secondaria anche soltanto parte della disciplina della materia e l'illegittimità dell'art. 7 della legge 17 luglio 1919, n. 1176, che aveva invece rinviato ad apposito regolamento, la determinazione degli impieghi che comportassero l'esercizio di diritti e potestà politiche. Sempre secondo la difesa inoltre non era possibile obiettare contro questa linea interpretativa che la Costituzione, essendo sopravvenuta rispetto alla legge in questione, non avrebbe potuto determinare vizi formali di norme anteriori, trattandosi di una norma che tutelava i diritti fondamentali del cittadino, rimettendo al legislatore ogni intervento.

L'Avvocatura dello Stato sosteneva che la questione fosse infondata su due fronti, uno preliminare e uno di merito. Per quanto riguardava il primo profilo, cioè quello preliminare, la questione di legittimità sarebbe stata infondata perché al momento dell'emanazione della legge del 1919 non esisteva la riserva di legge, posta poi dall'art. 51 della Costituzione[48]. Non si sarebbe potuto pertanto imputare alla legge la violazione di una norma che in quel momento non era esistente. E quando anche la norma dell'art. 7, che conferiva una delega di poteri all'esecutivo, fosse da ritenere attualmente illegittima, il regolamento emesso in base a tale delega sarebbe stato valido. Non solo, ma l'Avvocatura dello Stato riteneva che la Corte, in altra sede e cioè con sentenza n. 56 del 26 settembre 1958, avesse già dato dell'art. 51 un'interpretazione che avrebbe consentito al legislatore di stabilire esclusioni o ammissioni a pubblici uffici, muovendo dall'appartenenza all'uno o all'altro sesso dei candidati a tali uffici. In particolare, la legge 27 dicembre 1956, n. 1441, in applicazione dell'art. 102, ultimo comma, della Costituzione, relativo alla partecipazione diretta del popolo all'amministrazione della giustizia, aveva ammesso anche le donne a far parte delle Corti d'assise, prescrivendo, però, che dei sei giudici popolari, che componevano il collegio, almeno tre devono essere uomini. In questo modo i componenti

donne nei collegi di Corte d'assise non potevano essere più di tre, ossia la metà dei giudici popolari.

In effetti, nella sentenza n. 56 del 26 settembre 1958, il dubbio che si poneva era il seguente e cioè, se il limite numerico fosse legittimo o non fosse piuttosto in contrasto con gli articoli 3 e 51 della Costituzione, che sanciscono, rispettivamente, l'eguaglianza giuridica dei cittadini senza distinzione di sesso e l'accesso agli uffici pubblici dei cittadini dell'uno e dell'altro sesso in condizioni di uguaglianza. L'illegittimità della norma era stata sollevata ritenendo che l'equiparazione dei sessi, riconosciuta negli articoli 3 e 51 della Costituzione, fosse assoluta e che la riserva di legge, contenuta nell'art. 51, riguardasse solo i requisiti che il legislatore doveva fissare per potere accedere ai pubblici uffici, e cioè la cittadinanza, l'età, il godimento dei diritti civili e politici, il titolo di studio, ma non anche quello del sesso, a proposito del quale la Costituzione avrebbe stabilito un principio di assoluta eguaglianza. Tale principio sarebbe stato violato proprio dalla legge n. 1441 del 1956, che richiedeva un numero minimo di giudici popolari di sesso maschile e non assicurava per altro verso anche un numero minimo di giudici popolari di sesso femminile, realizzando un trattamento diverso e per certi aspetti privilegiato per gli uomini, e, come tale, costituzionalmente illegittimo.

La sentenza n. 56 del 26 settembre 1958 sorprende perché la Corte costituzionale segnalava come non vi fosse alcuna violazione del principio di uguaglianza, ma che, in base allo stesso dettato dell'art. 51 fosse possibile per il legislatore ordinario dare rilievo a specifiche attitudini, tra cui poteva collocarsi senza dubbio il sesso.

Nel 1960, la Corte, pur non rinnegando la vecchia posizione, si pronunciava per l'incostituzionalità della norma impugnata, dichiarando come non esistesse dubbio che una norma consistente nell'escludere le donne in via generale da una vasta categoria di impieghi pubblici, dovesse essere dichiarata incostituzionale per l'irrimediabile contrasto in cui si poneva con l'art. 51, il quale proclamava l'accesso agli uffici pubblici e alle cariche elettive degli appartenenti all'uno e all'altro sesso in condizioni di eguaglianza. Emergeva l'idea per cui la diversità di sesso, in sé e per sé considerata, non poteva essere mai ragione di discriminazione legislativa, e cioè non poteva comportare un trattamento diverso degli appartenenti all'uno o all'altro sesso davanti alla legge. Se una norma lo avesse fatto avrebbe leso un principio fondamentale della Costituzione, e cioè quello di eguaglianza sancito dall'art. 3 rispetto al quale la Corte considerava l'art. 51 una conferma oltre che una specificazione. Così, implicitamente, la Corte andava oltre la stessa sentenza del 1958, dove non a caso essa ricordava le difficoltà sorte in occasione dei lavori dell'Assemblea Costituente, e al passaggio avvenuto, durante i lavori preparatori del testo costituzionale dall'uso dell'espressione "attitudini", a quello dei requisiti stabiliti dalla legge, nell'art. 48 del progetto, divenuto poi l'art. 51. Come acutamente era stato segnalato, nel caso della questione di costituzionalità relativa alla legge n. 1441 del 1956, la norma impugnata possedeva una logica di fondo legata alla chiara volontà del legislatore di evitare giurie con una composizione a larga maggioranza femminile, che sarebbero state considerate meno credibili e dunque era evidentemente ispirata a un principio di-

scriminatorio negato dalla Corte stessa, e in quella sede ritenuto indimostrabile.

Il ripensamento della Corte, rappresentava quindi il segnale di un percorso di piena applicazione del principio di uguaglianza e della rimozione di ogni discriminazione. Tre anni dopo, con la l. 9 febbraio 1963 n. 66 (Ammissione della donna ai pubblici uffici ed alle professioni) si disponeva che la donna potesse accedere a tutte le cariche, professioni e impieghi pubblici, compresa la magistratura, e veniva abrogata la legge 17 luglio 1919, n. 1176 (il cui articolo 7 era già stato dichiarato, come si è visto, costituzionalmente illegittimo nel 1960).

Nel 2003 inoltre l'art. 51 è stato oggetto di revisione costituzionale nell'ultima parte del primo comma, introducendo il principio per cui «a tal fine», e cioè al fine di rendere effettiva la possibilità di accesso ad uffici pubblici e cariche elettive in condizioni di eguaglianza, «la Repubblica promuove con appositi provvedimenti le pari opportunità tra donne e uomini». Con questa previsione in effetti si è cercato di incoraggiare il legislatore a trovare le possibili strade da percorrere per aumentare la rappresentanza femminile nelle cariche elettive e più in generale la partecipazione delle donne alla vita pubblica ed istituzionale. Questo non vuol dire che si sia garantita o imposta una parità numerica di uomini e donne in ogni ufficio pubblico o in tutti gli organi elettivi: semmai l'art. 51 ha dato alla Repubblica il compito di adottare le misure che siano idonee a riequilibrare le cosiddette posizioni di partenza di uomini e donne, situazioni in cui il sesso svantaggiato è solitamente quello femminile. Inoltre, con la legge costituzionale del 18 ottobre 2001 n. 3 art. 3, è stato modificato l'art. 117 della Costituzione, prevedendo l'obbligo per i legislatori regionali di favorire la parità tra uomini e donne. E infatti l'art. 111/7 prevede, ora, che «Le leggi regionali rimuovono ogni ostacolo che impedisce la piena parità degli uomini e delle donne nella vita sociale, culturale ed economica e promuovono la parità di accesso tra donne e uomini alle cariche elettive».

Il progetto elaborato dalla Costituente e poi tradotto, con vari aggiustamenti, nella Costituzione repubblicana, ha trovato, come si è visto, una serie di ostacoli, che tra l'altro, ritardarono l'istituzione della Corte costituzionale. La natura di questi fu varia, se si tiene conto che la Corte era un istituto nuovo per l'esperienza costituzionale italiana che, durante la vigenza dello Statuto albertino, non aveva conosciuto questo genere di controllo di costituzionalità "accentrato", se non in relazione all'attività di controllo svolta dai giudici ed in particolare dalla Cassazione (quindi di tipo "diffuso"), sulla cui opportunità politica esistevano peraltro molti dubbi e una giurisprudenza non sempre univoca[49]. Non è un caso se, in assenza dell'effettivo inizio dell'attività della Corte, la Cassazione, nel solco della tradizione maturata durante il tardo stato liberale di diritto, si pronunciasse sulla normatività della Costituzione[50] distinguendo come si è visto tra norme programmatiche e precettive, distinzione che almeno per alcuni anni, verrà ritenuta vincolante e grosso modo accettabile sul piano dottrinale, distinzione alla base della esclusione delle donne dall'accesso ad alcuni uffici pubblici. Non si trattava solo di una questione squisitamente scientifica, ma al contrario, una parte della dottrina in questo modo operava a favore della conservazione dello stato di diritto nel senso di una continuità con l'ordine giuridico pre-

cedente, continuità che era stata evidentemente interrotta dalla Costituzione repubblicana. Allo stesso tempo, la Costituzione, letta come espressione dell'interazione dei partiti, era relegata ad una dimensione di norma diretta ai poteri pubblici e al legislatore, più che all'ordinamento vigente.

I ritardi nell'attuazione della Costituzione, la distinzione tra norme programmatiche e norme precettive, e anche il cosiddetto "ostruzionismo di maggioranza"[51] – fenomeno per certi aspetti definibile in termini di "congelamento costituzionale"[52] – contribuirono a procrastinare una situazione di esclusione delle donne. L'inerzia e la complessità legislativa degli anni Cinquanta avevano inoltre consentito, come si è visto, la persistenza della vigenza della legge sull'ordinamento giudiziario, rimasta quella fascista – R.D. 30 gennaio 1941, n. 12 – anche se novellata. Se a questo si aggiunge che l'art. VII delle disposizioni transitorie e finali di fatto poteva essere inteso nel senso di consentire la proroga del vecchio ordinamento[53], si comprende come mai ancora nel 1960 l'Avvocatura di Stato ritenesse fondata l'obiezione della non ammissibilità del controllo di costituzionalità rispetto alle leggi anteriori alla Costituzione.

Le prime donne in magistratura si ebbero nel 1965, assunte grazie al concorso indetto nel 1963 e furono solamente otto. Nel corso del tempo naturalmente la proporzione delle donne in magistratura è nettamente aumentata, come in generale in altri uffici pubblici. Tuttavia, si segnala ancora oggi una netta riduzione della presenza femminile ai vertici almeno di alcuni di tali uffici, probabile manifestazione di un deficit di democrazia che sembrerebbe ancora presente nella vita sociale e politica italiana e non totalmente superato[54].

[1] M. Luciani, *L'interprete della Costituzione di fronte al rapporto fatto-valore. Il testo costituzionale nella sua dimensione diacronica*, in «Diritto e Società», n. 1, 2009, p. 22; ma anche *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, <http://www.unife.it/dipartimento/scienzegiuridiche/miniportal/potere-costituente/contributi/relazione-prof-massimo-luciani-dottrina-del-moto-delle-costituzioni-e-vicende-della-costituzione-repubblicana/view>. Q. Camerlengo, *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 78 ss.

[2] P. Calamandrei, *Introduzione storica sulla Costituente*, in Id. (a cura di), *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Firenze, Barbèra, 1950, p. CXXXV.

[3] Quelle quattro libertà delineate da Roosevelt, e cioè la libertà di parola e di espressione, di culto, la libertà dal bisogno e dalla paura; cfr. V. Onida, *La Costituzione quotidiana, intervista a Valerio Onida*, in P. Pacini, *La Costituente, Storia di Tersa Mattei. Le battaglie della partigiana Chicchi, la più giovane madre della Costituente*, Milano, Altra Economia, 1999, p. 12. Sulla dottrina delle quattro libertà e il Discorso sullo Stato dell'Unione del 6 gennaio 1941, cfr. P. Costa, *Dai diritti del cittadino ai diritti dell'uomo: dalle origini della Dichiarazione Onu del 1948*, in T. Mazzarese, P. Parolari (a cura di), *Diritti fondamentali. Le nuove sfide*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 21.

[4] L. Lacchè, *Il tempo e i tempi della costituzione*, in G. Brunelli, G. Cazzetta (a cura di), *Dalla costituzione "inattuata" alla costituzione "inattuale"? Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia re-*

pubblicana, Milano, Giuffrè, 2013, p. 368, a questo proposito osserva: «Le costituzioni sono sempre e comunque destinate al movimento. La costituzione esiste e viene "gettata nel mondo", opera nel concreto del mondo-della-vita. È sulla soglia storica della contemporaneità che all'idea ambigua e controversa di costituzione si comincia ad assegnare un significato più orientato ponendo il problema della dimensione temporale della costituzione come norma giuridica».

5 P. Gaiotti de Biase, *L'accesso alla cittadinanza il voto e la Costituzione*, in *Le donne e la Costituzione, Atti del convegno promosso dall'Associazione degli ex-parlamentari* (Roma, 22-23 marzo 1988), Roma, Camera dei deputati, 1989, p. 61.

6 Calamandrei, *Introduzione storica sulla Costituente*, cit., pp. CXXIII-CXXIV; *Commentario della Costituzione, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1994, voll. 2-4.

7 Per la verità, in passato la questione era stata risolta escludendo in maniera quasi sistematica le donne da tale carriera, fatta salva l'eccezione rappresentata dalla magistratura dei probiviri sulla cui natura giurisdizionale peraltro, molto si discuteva. Istituita con l. 15 giugno 1893 n. 295, all'art. 15 si prescriveva la formazione di due liste, una di rappresentanti di industriali e l'altra degli operai delle industrie, e le donne vi erano ammesse. Sin dagli esordi, nonostante l'organo si presentasse come provvisto di una doppia natura, da un lato quella conciliativa e dall'altro quella giurisdizionale, in cui la prima avrebbe dovuto nella mente nel legislatore avere carattere prevalente, l'organo funzionò soprattutto sul versante giurisdizionale. Non solo, ma per le cause eccedenti il valore di 200 lire si poteva trasformare, per volontà delle parti, in collegio arbitrale senza limite di valore. Nel suo complesso, la costituzione dei collegi probivirali determinava un ampio ruolo nei confronti della donna e una apertura al suo ingresso in magistratura di considerevole importanza, che all'epoca non era passato inosservato. Ad esempio, V. Polacco, *La nuova legge sui probiviri con particolare riguardo alla capacità giuridica delle donne e dei minorenni*, in «Monitore dei tribunali», 1893, p. 721, dichiarava: «Si rallegrino dunque i fautori della emancipazione della donna [...] Chi vorrebbe sostenere oramai, come pur fu deciso da noi in un caso clamorosissimo, l'incapacità della donna a fungere da avvocato, se il legislatore non ha esitato a rivestirla persino della qualità di giudice? Né servirebbe il dire che questa competenza giudiziaria è d'indole speciale perché riguarda soltanto le questioni fra capitale e lavoro [...] E che siano vere e proprie attribuzioni giudiziarie quelle che alla giuria dei probiviri competono, chiaro emerge dai combinati artt. 11 e 41 della legge. Per essi le decisioni emesse dalla giuria rivestono il carattere di sentenze definitive e sono redatte e vengono eseguite nella forma e nei modi prescritti dagli artt. 460 e ss. cpc [...] Posto ciò, se pure non azzarderemmo chiedere senz'altro l'ammissione del bel sesso nella magistratura ordinaria e in tutti i suoi gradi, come in verità scenderebbe a fil di logica dal principio accolto dalla materia in esame, s'imporrà almeno in modo ineluttabile la soppressione dell'art. 10 capov. cpc in quanto dichiara che "non possono essere arbitri le donne"». Su questa magistratura cfr. Cfr. E. Redenti, *Massimario della giurisprudenza dei probiviri. Introduzione. Sulla funzione delle Magistrature industriali*, Roma, Ufficio del lavoro, 1906, p. 97; R. Majetti, *Il Tribunale del lavoro. Guida teorico-pratica dei probiviri come funzionari, conciliatori e giudici*, Napoli, Pierro, 1894; L. Tartufari, *Del contratto di lavoro nell'odierno movimento sociale e legislativo*, Discorso letto il 5 novembre 1893 per l'inaugurazione degli studi dell'Università di Macerata, Macerata, Bianchini, 1893, p. 19; ad avviso di questo Autore i probiviri avrebbero dovuto applicare un «diritto dell'avvenire». V. anche P. Premoli, *Manuale dei probiviri ad uso degli operai*, Firenze, Nerbini, 1903, pp. 16-17; E. Bonaudi, *Per la riforma della legge sui probiviri industriali*, in «La riforma sociale», n. 11, 1904, pp. 453 ss.; A. Ascoli, *La riforma della legge sui probiviri*, in «Rivista di diritto commerciale», n. 1, 1903, vol. I, pp. 472-477 ss.; R. Cognetti de Martiis, *Per la riforma dell'istituto dei probiviri*, in «La legge», n. 54, 1904, pp. 97 ss.; L. Mattirolo, *Trattato di diritto giudiziario civile*, Torino, Fratelli Bocca, 1895, vol. I, pp. 709 ss.; E. Redenti, *Il contratto di lavoro nella giurisprudenza dei Probiviri*, in «Rivista di diritto commerciale», n. 3, 1905, vol. I, pp. 358-380; Id., *La riforma dei Probiviri*, in «Rivista di diritto commerciale», n. 7, 1910, vol. I, pp. 635-660; F. Carnelutti, *Sul contratto di lavoro relativo ai pubblici servizi assunti da imprese private*, in «Rivista di diritto commerciale», n. VII, 1909, vol. I, pp. 430 ss. Id., *La nuova procedura per le controversie sugli infortuni in agricoltura*, in «Rivista di diritto commerciale», n. XVI, 1918, vol. I, pp. 32-33; U. Romagnoli, *Francesco Carnelutti e il diritto del lavoro*, in G. De Luca, D. Vittorio (a cura di), *Francesco Carnelutti a trent'anni dalla scomparsa*, Udine, Forum, 1996, pp. 15 ss.; A. Segni, *I tribunali del lavoro in Italia*, in *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda*, Padova, Cedam, 1927, pp. 3 ss.; E. Grasso, *Metodo giuridico e scienza del processo nel pensiero di Enrico Redenti*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», n. 5, 1985, pp. 24-51; P. Passaniti, *Storia del diritto del lavoro*, vol. I, *La questione del contratto di lavoro nell'Italia liberale*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 355 ss.; P. Marchetti, *L'essere collettivo.*

L'emersione della nozione di collettivo nella scienza giuridica italiana tra contratto di lavoro e Stato sindacale, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 55 ss.

[8] «Eletto alla Costituente nel Collegio Unico nazionale, nella lista del Partito d'azione, Piero Calamandrei è chiamato a fare parte della Commissione dei 75 e quindi della seconda sottocommissione – presieduta da Umberto Terracini – il cui compito, come è noto, sarà quello di occuparsi dell'ordinamento costituzionale della Repubblica. Per incarico della Commissione elabora nell'autunno del 1946 la "Relazione sul potere giudiziario e sulla suprema corte costituzionale" che si affiancherà, oltre che ad una proposta ministeriale (elaborata dalla Commissione Torrente), alle proposte di altri due relatori, di Giovanni Leone per la DC e di Gennaro Majo Patricolo per l'Uomo Qualunque (quest'ultimo a un certo punto scomparso di scena e sostituito da Pietro Castiglia). La relazione contiene 26 proposizioni normative (in forma di articoli, ma definite "basi di discussione") che riproducono, talvolta alla lettera, le conclusioni della relazione presentata dallo stesso Calamandrei nella Commissione Forti qualche mese prima (nel maggio 1946). Solo in un paio di passaggi possono individuarsi delle correzioni o delle aggiunte». A. Barbera, *Calamandrei e l'ordinamento giudiziario: una battaglia su più fronti*, in «Forum di Quaderni costituzionali», ora in *Governo e magistratura*, in M. Cappelletti (a cura di), *Opere giuridiche*, Napoli, Morano, 1966, vol. II, pp. 195 ss. Cfr. ora B. Sordi, *Calamandrei, Piero*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, diretto da I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Miletti, Bologna, Il Mulino, 2013, vol. I, pp. 377-381.

[9] Barbera, *Calamandrei e l'ordinamento giudiziario: una battaglia su più fronti*, cit., p. 5.

[10] C. Latini, *«L'araba fenice». Specialità delle giurisdizioni ed equità giudiziale nella riflessione dottrinale italiana tra Otto e Novecento*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», n. 35, 2006, pp. 660 ss.; P. Calamandrei, *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità*, in «Archivio giuridico», n. LXXXV, 1921, p. 224.

[11] «Nomina dei magistrati. – La nomina dei magistrati è fatta con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Consiglio Superiore della Magistratura, in base a concorso seguito da un periodo di tirocinio. I requisiti per essere ammessi al concorso sono determinati dalla legge sull'ordinamento giudiziario; possono esservi ammesse anche le donne. Qualora per certi uffici della Magistratura sia necessaria una preparazione approfondita su determinate materie, possono essere banditi concorsi per l'ammissione a questi uffici tra candidati forniti di speciali titoli scientifici o professionali, o provenienti da altri uffici pubblici. L'apertura dei concorsi, la nomina delle Commissioni giudicatrici, la proclamazione dei vincitori, e tutti i provvedimenti relativi all'ammissione di essi al tirocinio ed alle ulteriori prove che essi devono superare secondo la legge per essere nominati giudici, sono del pari di competenza del Consiglio Superiore della Magistratura. Lo stesso Consiglio Superiore potrà, in considerazione di meriti insigni, proporre in via eccezionale la nomina senza concorso al grado di consiglieri di Cassazione di avvocati esercenti almeno da venti anni o di professori ordinari di materie giuridiche nelle università. I magistrati sono nominati a vita, salvi i limiti di età stabiliti dalla legge. Nei casi stabiliti dalla legge, privati cittadini potranno essere chiamati ad assumere temporaneamente attività giudiziarie, per integrare, come assessori esperti, la funzione dei magistrati. Il Consiglio Superiore della Magistratura potrà, con le modalità fissate dalla legge sull'ordinamento giudiziario, disporre la nomina di magistrati onorari per tutte quelle funzioni giudiziarie che la legge attribuisce alla competenza dei giudici singoli».

[12] Ambrosini, Gaspare (Favara 1886 - Roma 1985). Magistrato, divenne professore di diritto ecclesiastico nell'università di Messina (1911), di diritto costituzionale in quella di Palermo (1919), di diritto coloniale (1937) e quindi di diritto costituzionale (1953) presso l'Università di Roma. Deputato all'Assemblea Costituente, fu uno degli artefici della Costituzione repubblicana di cui elaborò lo schema riguardante le regioni, le province e i comuni. Deputato alla Camera dal 1948 al 1953, nel 1955 fu eletto dal Parlamento giudice della Corte costituzionale, di cui fu presidente dal 1962 al 1967; s.v., <http://www.treccani.it/enciclopedia/gaspare-ambrosini>. Cfr. *Ambrosini, Gaspare*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, 2 voll., Bologna, Il Mulino, 2013.

[13] B. Pezzini, *Donne e Costituzione: le radici e il cammino*, in «Studi e ricerche di storia contemporanea», n. 68, 2007, pp. 163-187, riflette sul genere come creazione del diritto ed evidenzia il ruolo del diritto, e della Costituzione, nella costruzione del genere.

[14] Il dibattito è in parte ricostruito da R. Canosa, *Il giudice e la donna. Cento anni di sentenze sulla condizione femminile in Italia*, Milano, Mazzotta, 1978, pp. 37 ss., secondo il quale «Le banalità e i luoghi comuni antidonna pronunciati in quell'occasione sono consacrati negli atti dell'Assemblea: c'è solo l'imbarazzo della scelta». L'onorevole Bettiol ricordava quella capacità di commozione puramente superficiale che sarebbe stata propria del genere femminile e che avrebbe reso inadeguate le donne all'amministrazione della giustizia. Gli faceva eco l'onorevole Persico, il quale

usava l'esempio del Mercante di Venezia di Shakespeare, per sostenere che la donna sarebbe stata un pessimo giudice, e ricordava che le donne nell'avvocatura erano entrate da molti anni ma non avevano dato quel contributo che si sperava. Dal tenore delle sue considerazioni, essere giudice era un compito troppo gravoso perché potesse essere sostenuto da una donna. Ambiguo, ma non troppo, l'intervento di Scalfaro, il quale nella seduta del 12 novembre condivideva le riflessioni di Maria Federici, ritenendo che l'art. 48 (divenuto poi il 51 Cost.) avesse risolto quasi ogni problema riconoscendo a tutti i cittadini di ambo i sessi l'accesso alle cariche elettive e agli uffici pubblici. E per quanto egli pure ritenesse che le diversità dell'ordine di natura esistessero tra sessi, egli alla fine ammetteva che le donne erano capaci di giudicare. Giovanni Leone legava il problema dell'ingresso della donna in magistratura a quello dell'indipendenza del giudice, ritenendo che, salvi alcuni casi, come la giuria o il tribunale dei minori, in tutte quelle magistrature più alte in cui i giudizi dovevano essere al massimo tecnici, le donne non potessero rivestire il ruolo e la funzione di giudici. Altri invece si ritenevano favorevoli, come Veroni e Conti, anche in considerazione del fatto che le donne in magistratura sarebbero state sicuramente poche.

[15] Calamandrei, *Introduzione storica sulla Costituente*, cit., p. CXXIX; C. Mortati, *La Costituente*, in E. Tosato, R. D'Addario (a cura di), *Raccolta di scritti*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1972, pp. 1-343.

[16] L'idea di Costituzione come frutto esclusivo di «accordi partitici» viene negata da L. Paladin, «*I principi fondamentali» della Costituzione repubblicana: una prospettiva storica*, in S. Bartole (a cura di), *Saggi di storia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2008, pp. 138-139. Per il ruolo dei partiti nella Costituente cfr. P.L. Ballini (a cura di), *Costituente Costituzione. Immagini nella stampa toscana*, Firenze, Polistampa, 2000.

[17] D.R. Peretti Griva, *La donna nella giuria popolare*, in «Rivista penale», LXXVII, n. 1, 1952, p. 52.

[18] Come ricorda F. Tacchi, *Eva togata. Donne e professioni giuridiche in Italia dall'Unità ad oggi*, Torino, Utet, 2009, p. 92, «La soluzione finale fu chiaramente compromissoria: il principio generale enunciato da Calamandrei ("Possono esservi ammesse anche le donne") fu approvato a maggioranza con l'opposizione di molti democristiani». Questi fecero mettere a verbale che avrebbero espresso voto favorevole solo se fosse stato accolto il primo emendamento Calamandrei che conteneva l'inciso «nei limiti e per le materie dalla legge sull'ordinamento giudiziario». Questo inciso poi ricomparve nel testo elaborato dal Comitato dei 18 che era presieduto da Meuccio Ruini e che vedeva, tra i componenti, Calamandrei, Dossetti, Fanfani, Togliatti, Terracini, etc.

[19] F. Malgeri, *Cappi, Giuseppe*, in *Dizionario biografico degli italiani*, Roma, Treccani, 1976, vol. 19. Originario di Cremona, nel 1908, presso l'università di Genova conseguì la laurea in giurisprudenza. Abbracciò, quindi, la carriera forense, esercitando la professione a Cremona. Sin dagli anni universitari Cappi aveva aderito al movimento cattolico, entrando a far parte della Federazione universitaria cattolica italiana. Candidato alle elezioni amministrative del 1910, nel mandamento di Casalbuttano, risultò eletto consigliere provinciale con 1158 voti contro gli 813 del suo avversario, il socialista L. Bissolati. Partecipò alla Prima guerra mondiale e, nel 1919 aderì al Partito popolare italiano fondato da L. Sturzo, schierandosi nella corrente di sinistra del partito. Antifascista, divenne fautore di una più stretta collaborazione parlamentare tra popolari e socialisti. Lasciò poi la politica e si dedicò esclusivamente alla sua professione di avvocato a Cremona. Dopo il periodo clandestino, durante il quale era entrato in contatto con le organizzazioni cattoliche antifasciste, aderì alla Democrazia cristiana. Il 27 aprile 1946, al primo congresso del partito venne nominato consigliere nazionale. Il 2 giugno 1946, fu candidato alle elezioni per l'Assemblea Costituente e venne eletto deputato nella circoscrizione di Mantova. Entrò a far parte della commissione dei settantacinque, adoperandosi attivamente nei lavori per l'elaborazione della carta costituzionale, ai quali portò il contributo della sua esperienza e preparazione giuridica.

[20] B. Di Porto, *Conti, Giovanni*, (17 novembre 1882 - 11 marzo 1957), in *Dizionario biografico degli italiani*, Roma, Treccani, vol. 28, 1983. Avvocato, giornalista e politico italiano, aderì al partito repubblicano. Fu vicepresidente dell'Assemblea costituente, presidente della sezione per l'elaborazione delle norme sul potere giudiziario. Contribuì alla formulazione dell'art. 104 sull'autonomia e indipendenza della magistratura da ogni altro potere.

[21] Maria Agamben Federici, professoressa di lettere e giornalista, fu eletta nella lista della Democrazia cristiana, nel collegio unico nazionale. Fece parte della "Commissione dei 75" incaricata di formulare il testo della Costituzione italiana; cfr. M.T.A. Morelli (a cura di), *Le donne della Costituente*, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. XXX; R. Canosa, *Il giudice e la donna. Cento anni di sentenze sulla condizione femminile in Italia*, Milano, Mazzotta, 1978; G. Basile, *La parola alle madri della Repubblica. I discorsi delle donne della Costituente*, in A.M. Thornton, M. Voghera (a cura di), *Per Tullio De Mauro. Studi offerti dalle allieve in occasione del suo 80° compleanno*, Roma, Aracne, 2012, pp. 15-42; C. Carrà, *Così ci conviene adempiere ogni giu-*

stizia. I dibattiti parlamentari sulle leggi emanate in favore delle donne nel primo quindicennio repubblicano (1948-1963), Roma, Aracne, 2012.

[22] L. Carlassare, *Il diritto alle pari opportunità a 60 anni dall'entrata in vigore della Carta costituzionale*, <http://www.csm.it/retePO/pdf/LORENZA_CARLASSARE.pdf>, p. 5.

[23] G. Fanello Marcucci, *Il contributo delle donne all'Assemblea costituente*, in *Le donne e la Costituzione* cit., p. 127.

[24] L. Paladin, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Milano, Giuffrè, 1965.

[25] Morelli (a cura di), *Le donne della Costituente*, cit., p. 152.

[26] Costituzione del 27 ottobre 1946, <http://www.dircost.unito.it/cs/docs/francia194.htm>, Preambolo: «La legge garantisce alla donna, in tutti i campi, diritti uguali a quelli dell'uomo».

[27] Cfr. L. Lacchè, *«Personalmente contrario, giuridicamente favorevole». La «sentenza Mortara» e il voto politico alle donne (25 luglio 1906)*, in N. Sbano (a cura di), *Donne e diritti. Dalla sentenza Mortara del 1906 alla prima avvocata italiana*, Bologna, Il Mulino, 2004; M. Severini, *Dieci donne. Storia delle primi elettrici italiane*, Macerata, Liberilibri, 2012; Tacchi, *Eva togata* cit., p. 17.

[28] Si trattava delle discriminazioni subite dai meridionali nell'esercito. Su questo punto mi permetto di rinviare a C. Latini, *Soldati delinquenti, scienza giuridica e processi penali militari nell'Italia unita*, in «Historia et ius, Rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna», n. 2, 2012, *passim*.

[29] G. Azzariti, *La nuova Costituzione e le leggi anteriori*, in «Foro italiano», n. IV, 1948, pp. 82 ss.; cfr. anche, sia pure su una posizione più drastica, A. Jannittti Piromallo, *Ancora sull'applicabilità diretta delle norme della Costituzione*, in «Foro italiano», n. IV, 1948, p. 137, per il quale tutte le norme della Costituzione, pur essendo precettive, avevano bisogno di essere tradotte in leggi ordinarie per avere concreta applicazione.

[30] Calamandrei, *Introduzione storica sulla Costituente*, cit., pp. CXXXVIII.

[31] Ivi, pp. CXXXVIII-CXXXIX.

[32] P. Calamandrei, *Chiarezza nella Costituzione*, in «Il Ponte», 4 marzo 1947.

[33] Art. 51: «Tutti i cittadini dell'uno o dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge». Cfr. l. 9 febbraio 1963 n. 66 sull'ammissione della donna ai pubblici uffici. Articolo 1: «La donna può accedere a tutte le cariche, professioni ed impieghi pubblici, compresa la Magistratura, nei vari ruoli, carriere e categorie, senza limitazione di mansioni e di svolgimento della carriera, salvi i requisiti stabiliti dalla legge. L'arruolamento della donna nelle forze armate e nei corpi speciali è regolato da leggi particolari». Articolo 2: «La legge 17 luglio 1919, n. 1176, il successivo regolamento approvato con regio decreto 4 gennaio 1920, n. 39, ed ogni altra disposizione incompatibile con la presente legge sono abrogati».

[34] Istituita con la legge 30 dicembre 1888 n. 5865, la composizione della giunta provinciale amministrativa variò nel tempo e fu oggetto di riforma durante il fascismo. Con la caduta del regime fascista, la legge 4 aprile 1944 n. 111, ripristinò l'elettività dei membri esterni all'amministrazione dello stato, lasciando però il loro numero a quattro effettivi e due supplenti. La giunta provinciale amministrativa aveva funzioni molto importanti, che comprendevano: il controllo di legittimità e di merito (la cosiddetta "tutela") sugli atti della provincia, dei comuni, dei loro consorzi e delle istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza (IPAB); funzioni di giudice amministrativo per ricorsi contro provvedimenti amministrativi di tali enti nonché per il contenzioso elettorale relativo ai loro organi. Quando operava come giudice amministrativo componevano il collegio solo il prefetto, i due funzionari della carriera prefettizia e due dei membri eletti dal consiglio provinciale, il più anziano e il più giovane (era la cosiddetta *sezione speciale*, in contrapposizione alla *sezione ordinaria* composta da tutti i membri). Le funzioni di giudice amministrativo sono state dichiarate incostituzionali dalla Corte costituzionale con sentenza n. 30 del 22 marzo 1967, poiché la posizione di dipendenza gerarchica dal Governo del prefetto e dei membri da lui designati ne pregiudicava l'indipendenza. Ora queste funzioni spettano al *tribunale amministrativo regionale* (TAR). Quanto alle funzioni di controllo sugli enti locali, con l'istituzione delle regioni sono state trasferite ad un organo di queste previsto dalla Costituzione repubblicana, il *comitato regionale di controllo* (CORECO), ora soppresso. Cfr. E. Capaccioli, *Giustizia amministrativa*, <http://www.treccani.it/enciclopedia/giustizia-amministrativa_(Enciclopedia-Italiana)>.

[35] Cfr. Relazione Grassi alla legge 10 aprile 1951 n. 287.

[36] «Foro italiano», n. II, 1952, p. 84. Questa sentenza faceva seguito al reclamo presentato da ben 300 donne contro la loro esclusione dall'albo di giudici popolari in Corte d'Assise, fondato sul fatto che l'art. 8 della legge sull'ordinamento giudiziario vigente in quel momento (30 gennaio 1941 n. 12) vietava alle donne la nomina in magistratura.

[37] Calamandrei, *Introduzione storica sulla Costituente*, cit., p. CXXXIV; L. Bianchi D'Espinosa, *Il Parlamento*, in Calamandrei (a cura di), *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, cit., vol. II, p. 12; P. Barile, A. Predieri, *Efficacia abrogante delle norme della Costituzione*, in Calamandrei (a cura

di), *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, cit., p. 20.

38 «Foro italiano», n. II, 1952, p. 44.

39 Lessona, *La donna giudice e l'art. 51 della Costituzione*, cit., p. 816.

40 Canosa, *Il giudice e la donna*, cit., pp. 45-46.

41 Si tratta di una sentenza molto importante, con Presidente De Nicola e Azzariti Relatore. Con essa, fra gli altri principi segnalati dalla Corte, viene enucleato quello secondo il quale la nota distinzione tra norme programmatiche e precettive viene letta alla luce della irrilevanza di tale distinzione sul piano del sindacato di costituzionalità della Corte: «perché la nota distinzione fra norme precettive e norme programmatiche può essere bensì determinante per decidere della abrogazione o meno di una legge, ma non è decisiva nei giudizi di legittimità costituzionale, potendo la illegittimità costituzionale di una legge derivare, in determinati casi, anche dalla sua non conciliabilità con norme che si dicono programmatiche, tanto più che in questa categoria sogliono essere comprese norme costituzionali di contenuto diverso: da quelle che si limitano a tracciare programmi generici di futura ed incerta attuazione, perché subordinata al verificarsi di situazioni che la consentano, a norme dove il programma, se così si voglia denominarlo, ha concretezza che non può non vincolare immediatamente il legislatore, ripercuotersi sulla interpretazione della legislazione precedente e sulla perdurante efficacia di alcune parti di questa; vi sono pure norme le quali fissano principi fondamentali, che anche essi si riverberano sull'intera legislazione». Corte costituzionale, Sentenza (5 giugno) 14 giugno 1956 n. 1 Pres. De Nicola, Rel. Azzariti, <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>, cfr. U. De Siervo, *Introduzione, 1956-2006, Cinquant'anni di Corte costituzionale*, Roma, Corte costituzionale, 2006, t. I, p. 5, per il quale la distinzione fra norme costituzionali programmatiche e precettive fu superata proprio grazie a questa storica sentenza; P.A. Capotosti, *Giurisprudenza costituzionale e evoluzione dell'ordinamento italiano*, Roma, Palazzo della Consulta, 24 maggio 2006, Intervento, II sezione, il quale ricorda che nella sentenza la Corte dopo aver premesso che abrogazione e dichiarazione di illegittimità costituzionale devono restare distinte, «sostiene altresì che la nota distinzione tra norme precettive e norme programmatiche "non è decisiva nei giudizi di legittimità costituzionale", perché anche il c.d. "programma" del legislatore può avere una propria coercibilità».

42 Nota come "Legge Sacchi", in realtà modificava abrogandole, varie norme del codice civile e del codice di commercio, nonché del codice di procedura civile, relative alla necessaria autorizzazione maritale.

43 *Archivio penale*, 1959, parte 2, pp. 3 ss. Sull'importanza di tale principio cfr. Paladin, *Corte costituzionale e principio generale d'eguaglianza: aprile 1979 - dicembre 1983*, in *1956-2006, Cinquant'anni di Corte costituzionale*, cit., t. III, p. 1095; V. Crisafulli, *Eguaglianza dei sessi, requisiti e sindacato della Corte*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1958, pp. 868-869; G. Zagrebelsky, *Corte costituzionale e principio d'uguaglianza*, in N. Occhiocupo (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna, Il Mulino, 1978, pp. 103 ss.

44 Art. 8: Requisiti per l'ammissione a funzioni giudiziarie: Per essere ammesso a funzioni giudiziarie è necessario:
1° [essere cittadino italiano, di razza italiana, di sesso maschile, ed iscritto al P.N.F.]; (tali requisiti non sono più richiesti); 2° avere l'esercizio dei diritti civili; 3° avere sempre tenuto illibata condotta civile, morale [e politica] (L'art. 3 Cost. ha eliminato qualsiasi discriminazione tra i cittadini in relazione alle opinioni politiche); 4° possedere gli altri requisiti previsti dalla legge per le varie funzioni.

45 Ivi, p. 42.

46 Su questo magistrato cfr. ora A. Meniconi, *Azzariti, Gaetano*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, a cura di I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Miletti, Bologna, Il Mulino, 2013, vol. I, pp. 135-136; F. Lanchester, *Azzariti, Gaetano*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, Roma, Treccani, 1988, vol. 34.

47 Branca, *Collegialità nei giudizi della Corte costituzionale, 1956-2006, Cinquant'anni di Corte costituzionale*, cit., t. I, pp. 494 ss.; in realtà il sistema italiano non consente l'emersione dell'opinione dissenziente. Cfr. tuttavia sul punto F. Lanchester, *Mortati Costantino, Il contributo italiano alla storia del pensiero – Diritto*, Roma, Enciclopedia italiana Treccani, 2012, <http://www.treccani.it/enciclopedia/costantino-mortati_(Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto)/>, «sottolineò costantemente l'importanza della giurisdizione costituzionale in un moderno Stato sociale di diritto, caratterizzato da pluralismo ideologico. In questo quadro si colloca la sua battaglia per l'evidenziazione dell'opinione dissenziente, sulla base dell'esempio statunitense, non considerando le peculiarità della situazione nazionale che spingono per la non evidenziazione dell'eventuale conflitto all'interno del collegio»; Fioravanti, *Mortati, Costantino*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., vol. II, pp. 1386-1389; cfr., M. Galizia, P. Grossi (a cura di), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Milano, Giuffrè, 1990; C. Mortati, *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, Milano, Giuffrè, 1964.

48 Ma su questo punto la difesa obiettava che tale riserva era già

nello Statuto albertino, proclamato nell'art. 24, pure se era consentito al legislatore di affidare al regolamento esecutivo di disporre anche *praeter legem*.

49 M. Meccarelli, *La questione dei decreti-legge tra dimensione fattuale e teorica: la sentenza della Corte di Cassazione di Roma del 20 febbraio 1900 riguardo al r.d. 22 giugno 1899 n. 227*, in «Historia Costitucional», n. 6, 2005, pp. 34 ss.; J. Luther, *Idee e storie di giustizia costituzionale nell'Ottocento*, Torino, Giappichelli, 1990, p. 12;. M. Bignami, *Costituzione flessibile, costituzione rigida e controllo di costituzionalità in Italia (1848-1956)*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 2; G.B. Ugo, *Sulle leggi incostituzionali*, Macerata, Mancini, 1887, p. 10. Significativa l'opinione di L. Lucchini, *Il decreto-legge sui provvedimenti politici*, in «Rivista penale», n. L, 1899, p. 142, ad avviso del quale, «Devesi invece ritenere che il nostro diritto pubblico, più liberale della stessa legislazione americana, che à costituito un'apposita Corte giudiziaria per giudicare della costituzionalità delle leggi e degli atti del governo, deferisce al potere giudiziario in genere codesta suprema potestà [...] condizione suprema, essenziale, imprescindibile del libero reggimento è che il potere giudiziario sia posto in grado di proteggere e vendicare il diritto, sempre contro ciascuno e contro tutti, e specialmente contro le esorbitanze del potere politico, le violenze e le cupidigie delle fazioni».

50 S. Bartole, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, Il Mulino, 2004, pp. 448 ss. In questo caso si fa riferimento alla nota sentenza del febbraio 1948 della Cassazione a sezioni unite penali, con la quale si esprimeva un concetto piuttosto tradizionalistico secondo il quale i principi contenuti nella costituzione fossero rivolti prevalentemente al legislatore e ai poteri pubblici per orientarne l'attività. Le norme della costituzione per avere una forza normativa richiedevano l'intervento del legislatore; a questa posizione avrebbe aderito in parte anche V. Crisafulli, *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, Giuffrè, 1952; Id., *Le norme programmatiche della Costituzione* (1952), in Id., *Stato, popolo, governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1985; Id., *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II: *1 L'ordinamento costituzionale italiano*, Padova, Milani, 1984, pp. 63 ss., per cui la Costituzione è fonte «sulla produzione e di produzione», mentre per una interpretazione della Costituzione come norma giuridica oggetto di interpretazione anche da parte del giudice occorre rinviare a Carlo Esposito e Piero Calamandrei. Ma è soprattutto a Ranelletti che, come ha sottolineato M. Fioravanti, *L'attuazione della Costituzione: il ruolo della cultura costituzionale*, Relazione al Convegno "La Costituzione della Repubblica Italiana. Le radici, il cammino ", Bergamo, 28-29 ottobre 2005, p. 5, si può ricondurre l'orientamento secondo il quale la Costituzione non potesse essere intesa se non come legge di organizzazione fondamentale dello stato, con le ricadute che questa opinione poteva avere in tema di attuazione. A proposito dunque della normatività della Costituzione e della sentenza della Cassazione del 1948, Fioravanti ricorda come il dibattito sulla normatività aveva forti ricadute sul piano pratico, specie rispetto alle norme entrate in vigore prima della Costituzione.

51 P. Calamandrei, *L'ostruzionismo di maggioranza*, in «Il Ponte», n. I, 1953, p. 129; l'espressione, e il concetto, sono stati ripresi da molti Autori: cfr. F. Dal Canto, S. Panizza, *Manuale di diritto costituzionale italiano e europeo*, a cura di R. Romboli, Torino, Giappichelli, vol. I, 2011, p. 92; G. Zagrebelsky, *La Giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1988, p. 491: «La fine dell'ostruzionismo della maggioranza sulla legge disciplinante la corte costituzionale non fu però dovuta a una sconfitta parlamentare delle forze politiche che l'avevano per lungo tempo praticato ma ad una circostanza esterna, l'approvazione della legge 31 marzo 1953 n. 148»; questa legge, nota come «legge truffa» attribuiva un premio di maggioranza al raggruppamento di partiti che avesse ottenuto la metà più uno dei voti.

52 Come ricorda A. Meniconi, *Storia della magistratura italiana*, Bologna, Il Mulino, 2013, pp. 287-288, tale fenomeno fu denunciato da Piero Calamandrei. Tuttavia osservazioni di ordine diverso si leggono in A. Simoncini, *L'istituzione della Corte costituzionale e la sua affermazione: una lezione dalla storia*, in «Giornale di Storia costituzionale», n. 11, 2006.

53 Barbera, *Calamandrei e l'ordinamento giudiziario: una battaglia su più fronti*, cit. il quale ricorda che per il nuovo ordinamento giudiziario si è dovuto attendere «quel testo Castelli (legge 25 luglio 2005, n. 150), la cui approvazione è stata tormentata e la cui attuazione si presenta assai ardua per il deciso dissenso e dei magistrati e dell'attuale opposizione parlamentare».

54 Tacchi, *Eva togata* cit., p. 214.

La question prioritaire de constitutionnalité

PIERRE SERRAND

La question prioritaire de constitutionnalité (QPC) est une procédure qui permet de contrôler la constitutionnalité de la loi lors de son application. Introduite en droit français par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, elle est entrée en application le 1er mars 2010, à la suite de l'adoption de la loi organique du 10 décembre 2009[1].

Pourquoi une telle procédure, qui existe depuis déjà longtemps en Italie et dans de nombreux pays européens, a-t-elle été implantée si tardivement en France? C'est probablement en raison d'une certaine tradition légicentriste, guère compatible avec le contrôle de constitutionnalité de la loi[2]. C'est d'ailleurs ce que confirme le rejet, en l'an III, lors des débat sur la Constitution qui devait donner naissance au Directoire, du projet de "jury constitutionnaire" proposé par Sieyès[3].

Pour le comprendre, il faut remonter à la Révolution et revenir à la définition donnée de la loi par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789: «la loi est l'expression de la volonté générale». Cette expression signifie, pour reprendre les termes de Rousseau, que la loi «doit partir de tous pour s'appliquer à tous»[4]. Venant de l'ensemble des citoyens et s'appliquant à tous les sujets, la loi est générale «dans son objet ainsi que dans son essence»[5]. Comment la loi peut-elle ainsi recueillir l'assentiment de l'ensemble de ses auteurs? Parce qu'elle est l'expression de la raison[6]. Les hommes de la Révolution considèrent en effet que, au terme de la délibération nécessaire à la confection de la loi, le travail de la raison permet de déboucher sur des énoncés vrais. Intrinsèquement rationnelle, la loi exprime alors des vérités. Comment dès lors envisager qu'un tel acte de souveraineté puisse faire l'objet d'un contrôle juridictionnel? Au nom de quoi la volonté particulière de quelques juges pourrait-elle faire obstacle à la volonté générale du peuple souverain?

C'est sans doute parce que cette conception de la loi n'était guère compatible avec le contrôle de constitutionnalité qu'il a fal-

lu attendre que la loi décline pour que l'on commence à envisager de la contrôler.

Apparu dès les travaux préparatoires du Code Napoléon[7], ce déclin de la loi s'est progressivement accentué[8]. Toutefois, la souveraineté encore reconnue au Parlement sous l'empire des lois constitutionnelles de 1875 ne permettait pas, comme l'a montré Carré de Malberg, d'envisager le contrôle de la constitutionnalité des lois[9]. Il a fallu attendre la Constitution de 1946 pour qu'apparaisse un début de contrôle de constitutionnalité de la loi. La Constitution de la IVème République, en son Titre XI intitulé «De la révision de la Constitution», institue en effet un Comité constitutionnel chargé d'examiner «si les lois votées par l'Assemblée nationale supposent une révision de la Constitution». Il ne s'agissait cependant que d'un pseudo contrôle de constitutionnalité de la loi. D'une part, il portait seulement sur la conformité de la loi aux Titres I à X de la Constitution, c'est-à-dire principalement aux dispositions relatives à la procédure législative, ainsi qu'à quelques règles de fond. Il s'agissait par-là d'exclure le contrôle de la loi par rapport au Préambule, c'est-à-dire aux droits de l'homme. D'autre part, en cas d'incompatibilité de la loi avec ces dispositions, la loi était renvoyée devant l'Assemblée nationale pour une nouvelle délibération et, si le vote initial était maintenu, elle ne pouvait être promulguée qu'après révision de la Constitution.

Ce n'est donc qu'avec la Constitution du 4 octobre 1958 que le contrôle de constitutionnalité de la loi apparaît véritablement en France. Confié à un Conseil constitutionnel composé de neuf membres nommés par le Président de la République et par les présidents des assemblées parlementaires, il était à l'origine principalement destiné à imposer au Parlement le respect des mécanismes de rationalisation du parlementarisme mis en place par la nouvelle Constitution. Cette dernière distingue notamment la loi du règlement d'un point de vue matériel: en vertu de ses articles 34 et 37, la loi a alors un domaine assigné, et le règlement un domaine réservé[10]. A l'origine, le contrôle de constitutionnalité de la loi portait principalement sur la procédure législative et était destiné à protéger le pouvoir exécutif contre d'éventuels empiètements du pouvoir législatif. C'est d'ailleurs ce qui explique pourquoi l'article 61 de la Constitution impose un contrôle obligatoire des lois organiques et des règlements des assemblées parlementaires.

Il a fallu attendre la grande décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971 (CC, 71-44 DC), relative à la liberté d'association, pour que le contrôle de constitutionnalité devienne un instrument de protection des droits fondamentaux. Le législateur avait alors décidé de limiter la liberté d'association en la soumettant à un régime d'autorisation préalable, alors qu'elle bénéficiait, depuis 1901, d'un régime de déclaration préalable. Saisi de cette loi, et procédant à une interprétation particulièrement volontariste de la Constitution – et manifestement contraire à l'intention de ses rédacteurs[11] –, le Conseil constitutionnel considère que le Préambule de la Constitution de 1958, ainsi que les textes auxquels il se réfère, bénéficient d'une valeur constitutionnelle. Font dès lors partie des règles susceptibles de servir de fondement au contrôle de la loi: la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, les principes politiques économiques et sociaux considérés comme particulièrement nécessaires à notre temps et énumérés par

le Préambule de 1946, ainsi que les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République auxquels le Préambule de 1946 fait référence. Parmi ces derniers principes, il y a la liberté d'association. Consacrée par une loi de la IIIème République cette liberté a constamment été affirmée depuis, donnant ainsi naissance à un principe fondamental reconnu par les lois de la République. La loi portant atteinte à ce principe méconnaît donc la Constitution.

Antérieurement protégés par la loi, les droits et libertés deviennent protégés de la loi. Le Conseil constitutionnel en ressort transformé: il passe de «chien de garde de l'exécutif» (M. Debré) à protecteur des libertés et droits fondamentaux.

C'est la volonté de renforcer cette protection qui a conduit à instituer une nouvelle procédure de contrôle par voie d'exception. Là encore, cela ne fut pas facile[12]. Une première tentative eut lieu en 1989, à l'initiative de l'ancien président du Conseil constitutionnel Robert Badinter. Avec le soutien du Président Mitterrand, un projet de loi constitutionnelle fut adopté en Conseil des ministres, puis déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale. Il ne put aboutir faute d'un accord entre les deux assemblées parlementaires. Une deuxième tentative eut lieu en 1993, à la suite du rapport rendu par le Comité consultatif pour la révision de la Constitution présidé par le doyen Vedel[13]. Toutefois, le mécanisme de l'exception d'inconstitutionnalité proposé par ce Comité et retenu dans le projet de révision constitutionnelle ne fut pas entériné par les assemblées parlementaires.

Il a donc fallu attendre 2008 pour que le contrôle de la loi par voie d'exception soit institué dans le cadre de ce que l'on appelle désormais la «question prioritaire de constitutionnalité», plus communément dénommée QPC. En effet, le contrôle ne pouvait antérieurement avoir lieu qu'*a priori*, c'est-à-dire avant que la loi ne soit promulguée et n'entre en vigueur. Il n'était en revanche pas possible d'en contester la constitutionnalité lors de son application. Le Conseil d'État et la Cour de cassation se sont en effet toujours refusés de vérifier la conformité des lois à la Constitution, y compris celles adoptées par le Gouvernement de Vichy[14]. C'est donc par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 que ce contrôle *a posteriori* est pour la première fois introduit en France. Le nouvel article 61-1 de la Constitution dispose ainsi:

> Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé.

Cette disposition, complétée par la loi organique du 10 décembre 2009, institue un mécanisme de question préjudicielle permettant au Conseil constitutionnel de contrôler la conformité à la Constitution des dispositions législatives lors de leur application. Nous allons le constater en étudiant successivement les modalités de ce contrôle (I), puis la procédure conduisant à l'exercer (II).

I. *Les modalités du contrôle*

Du point de vue de ses modalités, la QPC est d'abord une question de constitutionnalité (A). C'est ensuite une question prioritaire (B).

A. *Une question de constitutionnalité*

La question qui se pose au juge est en effet de savoir si certaines dispositions législatives (2) ne méconnaissent pas certaines règles de valeur constitutionnelle (1).

1. *Les règles constitutionnelles servant de fondement au contrôle*

Seule la méconnaissance de certaines règles constitutionnelles peut être invoquée dans le cadre de la QPC: celles garantissant «des droits et libertés». Il n'y a donc que les normes constitutionnelles de fond garantissant des droits et libertés qui peuvent servir de fondement au contrôle ici exercé, à l'exclusion des autres règles constitutionnelles comme celles relatives à la procédure législative ou à la compétence du législateur. Cela signifie que la QPC n'est pas une technique de garantie de la suprématie de la Constitution, mais une technique de protection des droits et libertés constitutionnels.

Toute la difficulté est de déterminer ce qu'il faut entendre par l'expression «droits et libertés que la Constitution garantit». Comme la jurisprudence ne définit pas cette notion, on ne peut donc que donner une liste des droits et libertés considérés comme tels.

Certains sont consacrés par le texte même de la Constitution, c'est-à-dire par ses articles. C'est en définitive assez rare car le propre d'une Constitution est, non pas de consacrer des droits et libertés, mais de régir l'organisation et le fonctionnement des pouvoirs publics. Le Conseil constitutionnel a cependant considéré que la libre administration des collectivités territoriales, qui est mentionnée à l'article 72 alinéa 3 de la Constitution, est une liberté invocable sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution (CC, 2010-12 QPC). A l'inverse, la méconnaissance par le législateur du domaine du règlement ne constitue pas une violation d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution[15].

Les droits et libertés garantis par la Constitution sont donc principalement consacrés par les autres textes de valeur constitutionnelle auxquels le Préambule de la Constitution de 1958 fait référence: la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, le Préambule de la Constitution de 1946, et la Charte de l'environnement de 2004.

La Déclaration de 1789 se rattache au mouvement philosophique des Lumières. D'obédience individuelle et libérale, c'est un texte bref comportant 17 articles. L'idée fondamentale qui s'en dégage est que l'homme est titulaire de droits naturels inhérents à sa personne et, par conséquent, antérieurs et supérieurs à l'Etat. Ce sont «la liberté, la propriété, la sûreté, la résistance à l'oppression» (art. 2). La liberté consiste à faire tout ce qui ne nuit pas à autrui (art. 4). Il s'agit d'abord de la liberté individuelle, c'est-à-dire de la liberté d'aller et venir. Il s'agit aussi de la liberté de pensée, de la liberté d'opinion et de la liberté d'expression (art. 10 et 11). Le droit de propriété, qui est qualifié d'«inviolable et sacré» (art. 17), ne peut céder que «lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité» (art. 17). La sûreté correspond au droit de ne pas être arbitrairement détenu, ce qui signifie que «nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés

par la Loi, et selon les formes qu'elle a prescrites» (art. 7). Quant au droit de résister à l'oppression, il est la consécration du droit de résistance formulée par certains auteurs libéraux aux XVII et XVIII siècles.

Le Préambule de la Constitution de 1946 consacre d'abord 16 principes politiques, économiques et sociaux qu'il considère particulièrement nécessaires à notre temps. Ces principes sont l'expression de la pensée du socialisme humaniste issue de la résistance. Sont proclamés: l'égalité des sexes, le droit au travail, le droit syndical, le droit de grève, le droit à l'instruction publique, le droit à des moyens convenables d'existence, ainsi que la garantie donnée aux individus que leur santé et leur sécurité matérielle seront protégées. Mais le Préambule de 1946 fait également référence aux *principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*. Ce texte fait seulement référence à cette notion sans donner une liste de ces principes. C'est donc au juge que revient le pouvoir de les découvrir, notamment au Conseil constitutionnel. C'est ce qu'illustre la grande décision précitée du 16 juillet 1971 par laquelle le Conseil constitutionnel fait rentrer la liberté d'association dans cette catégorie. Pour consacrer l'existence de tels principes, le juge s'appuie sur des textes législatifs républicains, c'est-à-dire sur des lois adoptées sous les Républiques antérieures à l'entrée en vigueur du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. Les lois de la République sont donc principalement à rechercher parmi les lois de la IIIème République. Mais elles peuvent également résulter de textes adoptés par les Républiques antérieures. Ces lois républicaines doivent bien sûr toucher aux libertés et droits fondamentaux car les principes fondamentaux reconnus par ces lois doivent se rattacher «aux droits et libertés de l'homme et du citoyen» au sens du Préambule de 1946. En outre, pour consacrer des principes fondamentaux, ces lois doivent contenir des règles fondamentales, c'est-à-dire appliquées avec constance. En dehors de la liberté d'association déjà mentionnée, on peut citer la liberté de l'enseignement (CC, 77-87 DC), le respect des droits de la défense (CC, 76-70 DC: en matière pénale; CC, 77-83 DC: en matière administrative et civile), ainsi que le droit de ne pas être extradé dans un but politique[16].

La Charte de l'environnement a été adoptée en 2004. Elle a ensuite été «adossée» à la Constitution par la révision constitutionnelle du 1er mars 2005, de telle manière que le Préambule de 1958 y fait désormais référence. Par cette Charte, le peuple français, après avoir considéré la situation environnementale de la planète, proclame dix principes définissant en la matière des droits et des devoirs, notamment les principes de prévention[17] et de précaution[18], ainsi que le droit «d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement» (art. 7).

Tous ces droits et libertés sont garantis par la Constitution. Ils doivent être respectés par les règles législatives.

2. *Les règles législatives contrôlées*

Les dispositions législatives susceptibles d'être contrôlées peuvent figurer dans tous les actes législatifs: lois ordinaires, lois financières, ordonnances de l'article 38 de

la Constitution. Deux précisions doivent cependant être données. Par «dispositions législatives», il faut à la fois exclure les «neutrons législatifs» et inclure les interprétations jurisprudentielles de la loi.

Tout d'abord, le Conseil d'Etat considère que les dispositions qui «se bornent à fixer des objectifs à l'action de l'Etat» et qui «sont dépourvues de portée normative» ne peuvent pas faire l'objet d'une QPC[19]. Que sont ces dispositions? On les appelle des «neutrons législatifs». Ceux-ci sont dépourvus de caractère législatif. Le Conseil constitutionnel estime en effet qu'il résulte de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, qui définit la loi comme l'expression de la volonté générale, que «la loi a pour vocation d'énoncer des règles de droit et doit par suite être revêtue d'une portée normative» (2004-500 DC). Le Conseil constitutionnel a souhaité en cela mettre un terme à ce bavardage législatif qui contribue à la dégradation de la loi.

Il n'a pas fallu attendre bien longtemps pour que, sur le fondement de cette jurisprudence, le Conseil constitutionnel censure pour la première fois une disposition non normative contenue dans une loi (CC, 2005-512 DC). Il s'agissait de l'article 7 de la loi déférée, dont voici les termes: «L'objectif de l'école est la réussite de tous les élèves. – Compte tenu de la diversité des élèves, l'école doit reconnaître et promouvoir toutes les formes d'intelligence pour leur permettre de valoriser leurs talents. – La formation scolaire, sous l'autorité des enseignants et avec l'appui des parents, permet à chaque élève de réaliser le travail et les efforts nécessaires à la mise en valeur et au développement de ses aptitudes, aussi bien intellectuelles que manuelles, artistiques et sportives. Elle contribue à la préparation de son parcours personnel et professionnel». Cet exemple illustre bien ce que sont ces neutrons législatifs par lesquels, trop souvent, le législateur énonce d'inutiles évidences dépourvues de portée normative. Les lois mémorielles relèvent aussi de cette catégorie, comme c'est le cas, par exemple, de la loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi[20].

Si ces neutrons législatifs ne peuvent pas faire l'objet d'une QPC, il en va différemment des interprétations jurisprudentielles de la loi. Les juges ont évidemment le pouvoir d'interpréter les lois. Les interprétations qu'ils en donnent ont-elles le caractère de «dispositions législatives» au sens de l'article 61-1 de la Constitution? Le Conseil constitutionnel répond positivement à cette question puisqu'il estime que les justiciables peuvent user de la QPC à l'encontre des interprétations jurisprudentielles «constantes» (CC, 2010-39 QPC) tranchées par le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation (CC, 2011-120 DC). Cette solution s'explique par la volonté du Conseil constitutionnel de faire échec à la jurisprudence de la Cour de cassation – non à l'inconstitutionnalité d'une disposition législative, mais de la jurisprudence interprétant une telle disposition –, refusant de lui transmettre les QPC relatives.

Cette solution est importante car, en se faisant juge de la jurisprudence des juridictions se trouvant au sommet de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire, le Conseil constitutionnel change de nature et devient, dans le cadre de la QPC tout au moins, une véritable Cour suprême susceptible de briser en dernier ressort les jurisprudences des deux ordres de juridiction.

Le Conseil d'Etat a pris acte de cette solution puisqu'il considère que

> la circonstance que le Conseil d'Etat a, dans ses formations contentieuses, fixé sur certains points l'interprétation à donner des dispositions législatives en litige, ne fait pas obstacle à ce qu'il statue, ainsi que le lui prescrit l'article 61-1 de la Constitution, sur le bien-fondé du renvoi au Conseil constitutionnel de la question de constitutionnalité[21].

Voici quelles sont les dispositions législatives susceptibles de faire l'objet du contrôle. Ce contrôle est, rappelons-le, destiné à protéger les droits et libertés garantis par la Constitution. Toutefois, ces droits et libertés sont aussi très souvent protégés par les conventions internationales liant la France. Comment alors conjuguer ce contrôle de constitutionnalité avec le contrôle de conventionnalité? La question de constitutionnalité doit être posée avant la question de conventionnalité car elle est prioritaire.

B. *Une question prioritaire*

Reformulons le problème juridique rencontré. Le contrôle de constitutionnalité exercé par le juge constitutionnel dans le cadre de la QPC est destiné à protéger les droits et libertés constitutionnels. Mais il existe également un contrôle de conventionnalité, qui est exercé par les juridictions administratives et judiciaires, et dont l'objet est d'imposer le respect des engagements internationaux de la France. Parmi ces engagements internationaux, il existe des conventions humanitaires qui consacrent des droits et libertés. C'est évidemment le cas de la Convention européenne des droits de l'homme. Les droits et libertés garantis par la Constitution le sont donc également très souvent par ces conventions. Les deux contrôles ont ainsi souvent le même objet. Comment les articuler?

La question de constitutionnalité a un caractère prioritaire. En effet, selon les articles 23-2 et 5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel (issus de la loi organique du 10 décembre 2009), le juge ordinaire, administratif ou judiciaire, doit, lorsqu'il est saisi «de moyens contestant la conformité d'une disposition législative, d'une part, aux droits et libertés garantis par la Constitution et, d'autre part, aux engagements internationaux de la France, se prononcer par priorité» sur la question de constitutionnalité. Cela signifie que la règle constitutionnelle, qui est en droit interne la norme suprême, doit d'abord être utilisée, et ce n'est qu'à défaut que l'on doit se tourner vers la norme internationale. Le Conseil d'Etat a ainsi jugé que, si la réponse donnée par le Conseil constitutionnel à la QPC n'a pas donné pleinement satisfaction au requérant, et si ce dernier invoque aussi la méconnaissance, par la loi, des engagements internationaux de la France, il revient au juge administratif ou au juge judiciaire d'exercer son contrôle de conventionnalité de la loi[22]. Le passage du contrôle de constitutionnalité au contrôle de conventionnalité n'a donc lieu que si le premier n'a pas suffi à satisfaire entièrement les conclusions du requérant. La question de constitutionnalité prime par conséquent la question de conventionnalité. La primauté, dans l'ordre interne, de la norme constitutionnelle est ici affirmée.

La question s'est alors posée de savoir si ce caractère prioritaire de la question de constitutionnalité, qui découle de la primauté de la Constitution dans l'ordre interne, était compatible avec la primauté, affirmée par la Cour de justice, du droit de l'UE. Cette délicate question a été posée par la Cour de cassation[23]. La Cour de justice y répond dans sa décision du 22 juin 2010[24]. Dans un souci d'apaisement qui illustre bien le dialogue des juges, elle considère que la QPC n'est pas contraire au traité dès lors que:

> les juridictions nationales restent libres: de saisir, à tout moment de la procédure qu'elles jugent approprié, et même à l'issue de la procédure incidente de contrôle de constitutionnalité, la Cour de toute question préjudicielle qu'elles jugent nécessaire; d'adopter toute mesure nécessaire afin d'assurer la protection juridictionnelle provisoire des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union; de laisser inappliquée, à l'issue d'une telle procédure incidente, la disposition législative nationale en cause si elles la jugent contraire au droit de l'Union.

En adoptant cette solution, la Cour procède à un infléchissement de sa jurisprudence *Simmenthal*[25] selon laquelle le juge national, en tant que juge du droit de l'Union, doit pouvoir trancher lui-même le litige dont il est saisi en faisant immédiatement application du droit de l'Union et qu'aucune règle procédurale de droit interne ne doit l'en empêcher. Par l'arrêt *Melki*, la Cour accepte en effet que la solution du litige en application du droit de l'Union soit un peu différée pour laisser la possibilité au mécanisme interne de contrôle de constitutionnalité de s'exercer. Cela revient en pratique à retarder un peu l'effectivité du droit de l'Union, ce qui n'est pas trop grave.

Voici quelles sont les modalités du contrôle exercé dans le cadre de la QPC. Examinons maintenant la procédure qui conduit à l'exercer.

II. *La procédure conduisant au contrôle*

La procédure susceptible de conduire à la saisine du Conseil constitutionnel est régie par la loi organique du 10 décembre 2009 qui précise à la fois la recevabilité et la transmission de la QPC.

A. *La recevabilité de la QPC*

Qui, quand, comment? Telles sont les trois questions auxquelles il convient de répondre successivement.

D'abord, la question de constitutionnalité peut être posée devant le juge ordinaire, administratif ou judiciaire. Elle peut l'être devant toute juridiction relevant du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation, à l'exception de la Cour d'assises. Le Conseil constitutionnel, lorsqu'il statue en qualité de juge électoral, ne relève pas non plus du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation. Cela ne l'a cependant pas empêché de se transmettre à lui-même quatre QPC. Reste le cas du Tribunal des conflits, qui ne relève lui non plus ni de l'ordre administratif, ni de l'ordre judiciaire. Il n'est donc pas évident qu'une QPC puisse être soulevée devant lui. Toutefois, la solution adoptée par le Conseil constitutionnel en qualité de juge électoral pourrait ici être étendue.

La QPC peut ensuite être posée au cours de toute instance, y compris pour la première fois en appel ou en cassation. Si le juge du fond a rejeté une QPC, le requérant n'est recevable à présenter une nouvelle QPC devant le juge de cassation qu'à la condition qu'il la fonde sur d'autres moyens[26].

Enfin, la QPC doit être, à peine d'irrecevabilité, présentée dans un écrit distinct et motivé. Cela signifie d'abord que le moyen tiré de la violation, par une disposition législative, de droits et libertés garantis par la Constitution ne peut pas être soulevé d'office. Ce n'est donc pas un moyen d'ordre public. Mais cela signifie aussi qu'un mémoire spécifique et argumenté doit être entièrement consacré à la question de constitutionnalité. La QPC est donc une question particulière à laquelle le juge doit répondre. Elle n'est cependant pas sans lien avec la requête initiale. Le Conseil d'Etat considère ainsi que le juge administratif n'a pas à examiner une QPC soulevée devant lui lorsque la requête qui lui est adressée est irrecevable[27]. En revanche, si la requête est recevable, la QPC l'est également, même si le juge a déjà statué au fond afin de respecter les textes qui lui imposent de statuer en urgence[28].

Dès lors que les conditions de recevabilité sont remplies la QPC peut être transmise.

B. *La transmission de la QPC*

La juridiction ordinaire saisie de la QPC ne peut pas saisir directement le juge constitutionnel. Elle doit transmettre la question au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation.

1. *La transmission de la QPC au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation*

La juridiction saisie de la QPC doit la transmettre au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation si trois conditions sont réunies:

1. La disposition contestée doit être applicable au litige ou à la procédure, ou constituer le fondement des poursuites.

2. Elle ne doit pas avoir été déjà validée par le Conseil constitutionnel, sauf changement de circonstances. Le changement de circonstances est facilement identifiable s'il s'agit d'un changement de circonstances de droit, tel qu'une révision de la Constitution[29]. Le changement de circonstances de fait est évidemment beaucoup plus difficile à apprécier. En cas de changement de circonstances, le Conseil accepte d'examiner une disposition qu'il avait antérieurement déclarée conforme à la Constitution (CC, 2010-14/22 QPC).

3. La question ne doit pas être dépourvue de caractère sérieux. Le juge ordinaire doit donc à la fois vérifier qu'une disposition législative est bien en cause, que des droits et libertés garantis par la Constitution sont bien concernés, et que la première est éventuellement susceptible de porter atteinte aux seconds. Cela doit nécessairement le conduire à apprécier, même de manière sommaire, la constitutionnalité de cette disposition.

Si les conditions sont réunies, la juridiction doit surseoir à statuer et saisir la juridiction suprême dont elle relève: le Conseil d'Etat s'il s'agit d'une juridiction administrative, la Cour de cassation s'il s'agit d'une juridiction judiciaire. Sa décision doit être motivée. La décision de transmettre n'est susceptible d'aucun recours. La décision de ne pas transmettre

est susceptible de recours à l'occasion d'une contestation de la décision réglant le litige[30], ceci afin d'éviter que la question de constitutionnalité soit utilisée comme une manœuvre dilatoire. Statistiquement, il apparaît qu'environ 80% des QPC ne passent pas le premier filtre.

Lorsque le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation sont saisis de la question de constitutionnalité, il leur appartient de décider de la transmettre ou non au Conseil constitutionnel.

2. *La transmission de la QPC au Conseil constitutionnel*

C'est au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation de décider s'il convient ou non de transmettre la QPC au Conseil constitutionnel. La transmission est obligatoire si trois conditions sont réunies. Les deux premières conditions sont les mêmes que celles qui s'appliquent en amont (v. *supra*). Il n'en va pas de même de la troisième: il faut que la question présente un caractère sérieux ou soit nouvelle.

Il est donc ici exigé que la question présente un caractère sérieux, alors qu'en amont il faut seulement qu'elle ne soit pas dépourvue de caractère sérieux. Le passage d'une formule négative (n'est pas dépourvue de caractère sérieux) à une formule positive (présente un caractère sérieux) signifie que le contrôle demandé aux juridictions suprêmes est plus poussé que celui demandé aux premiers juges. Ces derniers doivent donc se contenter d'écarter les questions peu pertinentes ou fantaisistes, alors que les juges suprêmes ne doivent renvoyer que les questions sérieuses. La différence de terminologie traduit ainsi un contrôle «en entonnoir»[31], large à la base et plus étroit au sommet. Nous sommes donc en présence d'un mécanisme de double filtrage. Evidemment, si la QPC est directement soulevée devant le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation, il n'y a qu'un seul filtre. L'objectif du filtrage ainsi mis en place est d'éviter la multiplication des questions de constitutionnalité, et donc l'encombrement du Conseil constitutionnel.

Il est clair que l'examen de la troisième condition conduit les juridictions ordinaires suprêmes à contrôler la constitutionnalité des lois[32]. Le risque est qu'en statuant ainsi sur la question de savoir s'il faut transmettre ou non la question de constitutionnalité au Conseil constitutionnel, elles développent une interprétation autonome des droits et libertés garantis par la Constitution et s'érigent ainsi en juges constitutionnels concurrents du Conseil constitutionnel. Pour éviter ce risque, il est prévu que la question de constitutionnalité n'a pas à avoir un caractère sérieux lorsqu'il s'agit d'une question nouvelle. Dans ce cas et par conséquent, «les moyens par lesquels il est fait valoir en défense que la question serait […] dépourvue de sérieux sont sans incidence sur la nécessité du renvoi»[33]. L'objectif est ici d'éviter que le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation ne concurrencent trop le Conseil constitutionnel en écartant des arguments d'inconstitutionnalité comme non sérieux alors même que la question serait nouvelle. Le Conseil constitutionnel doit donc être saisi d'un problème de constitutionnalité sur lequel il n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer.

Les juridictions ordinaires suprêmes disposent d'un délai de 3 mois pour saisir le Conseil constitutionnel. Si le délai de 3

mois n'est pas respecté, le Conseil constitutionnel est automatiquement saisi de la question de constitutionnalité.

Dès lors que le Conseil constitutionnel est saisi, il en avise immédiatement le Président de la République, le Premier ministre et les présidents des assemblées parlementaires. Ceux-ci peuvent lui adresser leurs observations. Les parties sont aussi mises à même de présenter des observations. Une véritable procédure contradictoire est donc instituée devant le Conseil constitutionnel. En outre, l'audience est normalement publique.

Le Conseil doit statuer dans un délai de 3 mois à compter de sa saisine. Sa décision doit être motivée. Elle est notifiée aux parties et communiquée, soit au Conseil d'Etat, soit à la Cour de cassation, ainsi que, le cas échéant, à la juridiction devant laquelle la question a été soulevée. Elle est aussi communiquée au Président de la République, au Premier ministre et aux présidents des assemblées. Elle est publiée au *Journal officiel*.

Le délai de règlement de la question de constitutionnalité est donc fixé à 6 mois maximum, à raison de 3 mois laissés aux cours suprêmes pour envoyer ou non la question, et de trois mois accordés au juge constitutionnel pour se prononcer sur celle-ci. Ce délai assez bref conditionne l'attractivité de la question de constitutionnalité par rapport au contrôle de conventionnalité. On peut en effet partir du postulat que, lorsque les parties ont à leur disposition plusieurs voies de droit, elles seront tentées d'utiliser celle qui leur permettra d'obtenir satisfaction le plus rapidement possible. Cela ne fait que confirmer le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité, ainsi que, par voie de conséquence, la supériorité, dans l'ordre interne, de la règle constitutionnelle.

Si le Conseil constitutionnel estime que la disposition législative contestée ne porte pas atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution, il rejette la QPC. Dans le cas contraire, la disposition est déclarée inconstitutionnelle. Elle est alors abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou à une date ultérieure fixée par cette décision. Le mécanisme de l'abrogation différée permet au Parlement d'intervenir pour pallier les inconvénients d'une abrogation immédiate[34]. Le Conseil constitutionnel se reconnaît le pouvoir, tant de fixer la date de l'abrogation et reporter dans le temps ses effets, que de prévoir la remise en cause des effets que la disposition a produits avant l'intervention de la déclaration d'inconstitutionnalité (CC, 2010-108 QPC et 2010-110 QPC). En effet, si l'abrogation de la disposition législative invalidée n'a normalement pas d'effet rétroactif, il en va différemment à l'égard des parties à l'origine de la question de constitutionnalité, afin de les faire bénéficier de la solution rendue par le juge constitutionnel (CC, 2010-108 QPC et 2010-110 QPC). Le Conseil constitutionnel estime également que «la disposition déclarée contraire à la Constitution ne peut être appliquée dans les instances en cours à la date de la publication de la décision du Conseil constitutionnel» (CC, 2010-108 QPC et 2010-110 QPC). Il s'agit d'un renforcement de l'effet rétroactif des déclarations d'inconstitutionnalité puisque cet effet bénéficie, non seulement aux parties à l'origine de la QPC – ce qui est normal –, mais aussi à tous les requérants auxquels la disposition législative pourrait être appliquée – ce qui est moins évident.

Il revient alors aux juges du fond de régler le litige à la lumière de la déclaration d'inconstitutionnalité prononcée par le Conseil constitutionnel[35]. Le moyen tiré de l'abrogation, par le Conseil constitutionnel, d'une disposition inconstitutionnelle est un moyen d'ordre public devant être soulevé d'office par le juge ordinaire[36]. Il en va différemment du moyen tiré de l'inconventionnalité d'une loi qui doit être soulevé par les parties pour être examiné par le juge. Les règles de la procédure contentieuse contribuent donc, elles aussi, à distinguer les contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité, et à assurer le caractère prioritaire du premier sur le second.

Quelques précisions statistiques pour en terminer

Au 1er mars 2013, c'est-à-dire au terme de 3 années de QPC, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation ont été saisis de 1520 QPC. 314 d'entre elles ont été renvoyées au Conseil constitutionnel: 137 par le juge administratif et 177 par le juge judiciaire. Quatre QPC soulevées à l'occasion d'un contentieux électoral ont été transmises au Conseil constitutionnel par lui-même. La procédure a ainsi donné lieu, depuis sa création, à 255 décisions du Conseil. Dans plus de la moitié des cas (137 décisions), le Conseil a déclaré conforme à la Constitution les dispositions qui lui étaient soumises. Il a en revanche prononcé 43 censures totales, émis des réserves d'interprétation dans 33 décisions, et conclu à une non-conformité partielle dans 23 décisions. Sur le fond, les dispositions jugées non conformes relèvent en premier lieu du domaine du droit pénal (7 censures) ou de la procédure pénale (8 censures). Il y a aussi le droit de l'environnement (6 censures) et le droit de la santé publique (5 censures). Le délai moyen de jugement s'établit à 2 mois, le plus court ayant été de 19 jours et le plus long de 92 jours.

[1] Sur la QPC, la littérature, bien que nécessairement récente, est très abondante. De très nombreux articles ont été publiés dans les principales revues juridiques françaises: «Dalloz», «Revue Française de Droit Administratif», «Actualité Juridique Droit Administratif», «Revue Française de Droit Constitutionnel», «La semaine juridique (JCP)». On relèvera seulement les numéros ou dossiers spéciaux consacrés à la QPC dans les revues suivantes: «Revue du Droit Public», 2009, p. 564, dossier «L'exception d'inconstitutionnalité: un chantier difficile»; «Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel», n. 29, 2010, dossier *La question prioritaire de constitutionnalité* (disponible en ligne); «Pouvoirs», n. 137, 2011, . Plusieurs ouvrages sont également consacrés, partiellement ou totalement, à la QPC. En dehors des manuels récents de droit et contentieux constitutionnels, dont il n'est pas utile de donner la liste, on consultera avec pro-

fit: C. Maugüé, J.-H. Stahl, *La question prioritaire de constitutionnalité*, Dalloz, 2ème éd., 2013, coll. "Connaissance du droit", 308 p.

[2] Sur l'histoire du contrôle de constitutionnalité en France notamment M. Battaglini, *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, Milano, Giuffrè, 1957; H.H. Ky, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en France*, Paris, Pedone, 1926; D. Mauss, *La naissance du contrôle de constitutionnalité des lois en France*, in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, p. 713.

[3] Sur ce projet destiné à instituer un organe politico-juridictionnel chargé de contrôler la constitutionnalité des lois et de proposer une révision de la Constitution, M. Fioravanti, *Sieyès et le jury constitutionnaire: perspectives historico-juridiques*, en «Annales historiques de la Révolution française», n. 349, 2007, p. 87 (disponible en ligne); L. Jaume, *Sieyès et le sens du jury constitutionnaire: une réinterprétation*, en «Droits», n. 36, 2002, p. 115; M. Troper, *Sieyès et le jury constitutionnaire*, en *La République. Mélanges en l'honneur de Pierre Avril*, Paris, Montchrestien, 2001, p. 265.

[4] J.-J. Rousseau, *Contrat social*, Livre II, Chapitre IV.

[5] *Ibidem*.

[6] Sur ce point G. Burdeau, *Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français*, en «Archives de Philosophie du Droit», 1939, pp. 12 ss.

[7] En ce sens P. Serrand, *La loi dans la pensée des rédacteurs du Code Napoléon*, en «Droits», n. 42, 2005, pp. 31-47.

[8] Sur le déclin de la loi, v. notre entrée «Loi» dans *Dictionnaire des droits de l'homme* (sous la direction de J. Andriantsimbazovina, H. Gaudin, J.-P. Marguénaud, S. Rials et F. Sudre), Paris, Puf/Quadrige, 2008. V. également, de manière plus approfondie, notre contribution: *La loi, cinquante ans après*, en *50e anniversaire de la Constitution française*, Les journées du droit français en Pologne, 20-21 novembre 2008, Orléans, Presses Universitaires d'Orléans, 2011, pp. 119-137.

[9] Selon lui, la puissance législative «ne s'analyse pas seulement en puissance d'un degré supérieur, mais la vérité est qu'elle apparaît comme douée des caractères et des vertus propres à la souveraineté elle-même. Elle implique, par conséquent, que la Constitution de 1875 ne s'est pas bornée à reconnaître au Parlement une primauté hiérarchique de qualité et de rang parmi les diverses autorités constituées, mais qu'elle l'a assimilé au souverain» (R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale. Etude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875* (1931), Paris, Sirey, Economica, 1984, p. 46).

[10] En ce sens, G. Vedel, *Cours de droit constitutionnel et d'institutions politiques*, Les cours de droit, Paris, 1968-1969, p. 568.

[11] Lorsque la question se posa de savoir si le Préambule de la Constitution et la Déclaration de 1789 avaient valeur constitutionnelle et pouvaient servir de fondement au contrôle de constitutionnalité, le commissaire du gouvernement Janot, qui représentait officiellement le général de Gaulle au Comité Consultatif Constitutionnel, y répondit clairement par la négative. Selon lui, «ni la Déclaration ni le Préambule n'ont dans la jurisprudence actuelle, valeur constitutionnelle. Leur donner valeur constitutionnelle aujourd'hui, au moment où on a créé un Conseil Constitutionnel, c'est aller au devant de difficultés considérables, et c'est s'orienter dans une très large mesure vers ce gouvernement des juges, que beaucoup d'entre vous croyaient redoutable» (*Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, Paris, La Documentation Française, t. II, 1988, p. 256).

[12] Sur ce point R. Badinter, *L'exception d'inconstitutionnalité*, en *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2008; J.-H. Stahl, *La longue marche de l'exception d'inconstitutionnalité*, en *ibidem*.

[13] *Propositions pour une révision de la Constitution: rapport au Président de la République*, Paris, La Documentation française, Février 1993, Collection des rapports officiels, p. 106.

[14] CE, 22 mars 1944, *Vincent*, *Rec.*, p. 417.

[15] CE, 15 juillet 2010, *Région Lorraine*, req. n° 340492.

[16] CE, Ass., 3 juillet 1996, *Koné*, *Rec.*, p. 255.

[17] «Toute personne doit, dans les conditions définies par la loi, prévenir les atteintes qu'elle est susceptible de porter à l'environnement ou, à défaut, en limiter les conséquences» (art. 3)

[18] «Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage» (art. 5).

[19] CE, 18 juillet 2011, *Fédération nationale des chasseurs et Fédération départementale des chasseurs de la Meuse*, req. n° 340512.

[20] CC, 2012-647 DC: «une disposition législative ayant pour objet de «reconnaître» un crime de génocide ne saurait, en elle-même, être revêtue de la portée normative qui s'attache à la loi».

[21] CE, 12 septembre 2011, *M. et Mme A.*, req. n° 347444.

[22] CE, Ass., 13 mai 2011, *Mme M'Rida*, *AJDA*, 2011, chron., p. 1136: «les juridictions administratives et judiciaires, à qui incombe le contrôle de la compatibilité des lois avec le droit de l'Union eu-

ropéenne ou les engagements internationaux de la France, peuvent déclarer que des dispositions législatives incompatibles avec le droit de l'Union ou ces engagements sont inapplicables au litige qu'elles ont à trancher; qu'il appartient, par suite, au juge du litige, s'il n'a pas fait droit à l'ensemble des conclusions du requérant en tirant les conséquences de la déclaration d'inconstitutionnalité d'une disposition législative prononcée par le Conseil constitutionnel, d'examiner, dans l'hypothèse où un moyen en ce sens est soulevé devant lui, s'il doit, pour statuer sur les conclusions qu'il n'a pas déjà accueillies, écarter la disposition législative en cause du fait de son incompatibilité avec une stipulation conventionnelle ou, le cas échéant, une règle du droit de l'Union européenne dont la méconnaissance n'aurait pas été préalablement sanctionnée».

[23] Cass., 16 avril 2010, *M. Melki*, *AJDA*, 2010, p. 1023.

[24] CJUE, grande chambre, 22 juin 2010, *Melki et autres*, aff. C-188/10 et C-189/10.

[25] CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. C-106-77.

[26] CE, 17 juillet 2012, *M. et Mme Rodriguez*, req. n° 357574.

[27] CE, 28 septembre 2011, *Société Alsass*, req. n° 349820.

[28] CE, 4 juin 2012, *M. Morel*, req. n° 357693, *AJDA*, 2012, p. 1645, concl. D. Hedary: rejet au fond d'une requête relative à l'enregistrement d'une candidature à une élection locale, le juge du fond devant statuer dans un délai de 3 jours.

[29] CE, 8 octobre 2010, *M. Kamel D.*, *AJDA*, 2010, p. 2433, concl. Liéber: révision issue de la loi constitutionnelle du 23 février 2007 et introduisant à l'article 66-1: «Nul ne peut être condamné à la peine de mort».

[30] CE, 1er février 2011, *SARL Prototech*, *AJDA*, 2011, p. 1209: «lorsqu'une cour administrative d'appel a refusé de transmettre au Conseil d'Etat la question prioritaire de constitutionnalité qui lui a été soumise, il appartient à l'auteur de cette question de contester ce refus, à l'occasion du pourvoi en cassation formé contre l'arrêt qui statue sur le litige, dans le délai du recours contentieux et par un mémoire distinct et motivé, que le refus de transmission précédemment opposé l'ait été par une décision distincte de l'arrêt, dont il joint alors une copie, ou directement par cet arrêt».

[31] En ce sens, P. Bon, *La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 10 décembre 2009*, en «RFDA», 2009, pp. 1107 ss.

32 V. p. ex. CE, 4 avril 2011, *Mme Moussa*, req. n° 345661: le Conseil d'Etat affirme la constitutionnalité du régime dérogatoire d'entrée et de séjour à Mayotte, lequel prévoit notamment que les bénéficiaires d'un titre de séjour à Mayotte ne sont pas autorisés à séjourner en France métropolitaine; il considère à la fois que le principe constitutionnel d'égalité n'est pas méconnu et que «le législateur n'a pas porté à la liberté d'aller et venir reconnue aux étrangers séjournant régulièrement sur le territoire une atteinte disproportionnée»; dès lors dépourvue de caractère sérieux, la question de constitutionnalité n'est pas transmise au Conseil constitutionnel. V. également CE, 21 octobre 2011, *Groupement des entreprises de services à la personne du Languedoc-Roussillon*, req. n° 351424, *AJDA*, 2011, p. 2427: le Conseil d'Etat considère que deux dispositions législatives du code de l'action sociale et des familles «ne portent atteinte ni au principe d'égalité ni au principe de la liberté d'entreprendre». Il est clair que pour apprécier si la question soulevée présente un caractère sérieux, le juge ordinaire doit apprécier la constitutionnalité de la loi.

[33] CE, 8 octobre 2010, *M. Kamel D.*, *AJDA*, 2010, p. 2433, concl. Liéber.

[34] CC, 2010-1 QPC: «afin de permettre au législateur de remédier à l'inconstitutionnalité constatée, l'abrogation des dispositions précitées prendra effet à compter du 1er janvier 2011».

[35] Sur cette question, v. CE, Ass., 13 mai 2011, *Mme M'Rida*, *Mme L.*, et *Mme D.*, 3 espèces, *AJDA*, 2011, chron., p. 1136.

[36] CE, Ass., 13 mai 2011, *Mme M'Rida*, *AJDA*, 2011, chron., p. 1136.

Granting citizenship following Caracalla? The French experience and the *Code Napoléon*

LUIGI LACCHÈ

"A state cannot be enlarged without injustice" – among you Romans and for your benefit was that saying born. And this virtue is yours: one which embraces all the virtues: avarice, the humbling of rulers, oath-breaking, and all your other virtues.
[Alberico Gentili, *The Wars of the* Romans, Book I, chap. 13: 119]

We have wished our enemies to be friends, allies, citizens. Behold, gradually the citizenship was given to all who lived in the Roman world. Behold: Rome, the common fatherland. O the immeasurable glory of Roman citizenship!
[Alberico Gentili, *The Wars of the* Romans, Book II, chap. 13: 347]

Ce retour aux droits sacrés de l'humanité était digne d'un prince qui mérita le titre de père de la patrie, et, suivant Pausanias, eût dû être appelé le père des hommes.
[*Opinion du tribun Malherbe, contre le projet*, Séance du 27 frimaire an X – 18 Décembre 1801, Fenet 1837, t. 7: 392]

Il n'est point, dans toute l'histoire, d'État plus étroitement égoïste que la cité romaine; point de conquête où il ait été employé plus de violence et de perfidie que la conquête romaine; mais lorsque le monde eut été soumis par les armes, il prit conscience de son unité […].
[Lavisse 1890: V]

Si quelqu'un dans la longue série des *imperatores augusti* ressemble aux vrais Césars, ce n'est pas Otton, ni Conrad, ni Fréderic, c'est Napoléon.
[Lavisse 1890: XXXII]

Le droit civil, [qui] est le droit propre a chaque nation et qui la distingue des autres […].
[*Discours prononcé par M. Gary*, 17 March 1803, in Fenet 1836, t. 7, 642]

1. *Preliminary remarks*

In 2012 many initiatives have celebrated the anniversary of the *Constitutio Antoniniana* (212 a.C.)[1]. The universal grant of citizenship to all residents of the Roman empire by the emperor Antoninus Caracalla has given rise to varied and complex legacies in empires and European politics to the present day. Roman law of citizenship in general – and the edict of universal citizenship in particular – were widely cited and influential, for example, in the writing of the Constitution of Cadiz, in the prepa-

ration of the Napoleonic Code, and in the clauses on citizenship in the Prussian Code a half century later.

In this article I consider the echoes of the Antonine Constitution in the French experience relating to the *Code Napoléon*. I will try to identify some elements which together might constitute a plausible *morphological approach*.

As I shall shortly explain, we can isolate at least four points or structures or discourses that allow us to adumbrate some kind of morphology. To begin with, there was the imperial discourse[2]. Napoleon became *empereur des Français* at the end of 1804 while the first title of the civil code on citizenship (*De la jouissance et de la privation des droits civils*) was approved between 1801 and 1803. Napoleon was already *First Consul* for life but we know how prone he was in those years to emphasize the logic of monocratic power. Caracalla, an African emperor, and Napoleon, a son of Corsica, were alike fascinated, despite the marked differences in historical epoch, by Alexander the Great, and the relationship between Empire and citizenship had certainly a pronounced constitutional value[3]. The Treaty of Amiens (25.3.1802) did not check the consulate's drift towards Empire[4] (and not just in Europe either: consider the reconquest of Santo Domingo, the reintroduction of slavery and the transfer of the Louisiana from Spain to France).

At the same time we can point to a second morphological structure: the relationship between the republican legacy and the idea of Empire with citizenship a key issue. In the Napoleonic era this relationship was clarified far more swiftly than had been the case in Rome in its agony, but this relationship has to be well analyzed[5].

A third point then comes to mind, namely, the relationship between the class of jurists and power, concerning the full legitimacy of the Prince as legislator. In this case the morphological structure could be discerned in a very important phenomenon, namely, the massive development of bureaucracy and legislative pattern. The *ius*, under the Antonines, could no longer rule a *respublica* that had lost its boundaries. We may perhaps recall that when Caracalla is granting his *constitution*, Ulpian begins his *Institutiones* by emphasizing the strange definition of *ius* as «autem a iustitia appellatum»[6]. We can plausibly view the Napoleonic age as a very important turning point, involving a very strong expansion of bureaucratic logic and of the rule of the law[7]. Does not the famous Portalis *Discours préliminaire* prompt much reflection about the relationship between *ius*, *aequitas* and *lex*? Does the process of construction of the Civil Code not give us much food for thought regarding this fundamental relationship?

My fourth and final remark concerns the debate surrounding citizenship/nationality and the *Code Napoléon*. The French Civil Code may be seen as a strategic crossroads between the civil law and the framework of the new nation-state. It was necessary for legal pluralism to be reduced to uniformity and to attain universality through the architecture of the civil code. In a way the *code Napoléon* has been able to express something fundamental in the relationship between order and life. Its ontology and its ideology seem to evoke an anthropological subjectivity which, though novel, perpetuates the Roman law tradition. We again encounter a scaffolding, a *morphology*, originally fashioned by Roman law. Although not strictly comparable, the same questions loom large in both traditions.

2. *The French tradition of citizenship*

In this context we have to ponder the main starting point of the modern tradition. The debate surrounding the first title of the *code civil* is important because the *code Napoléon* has been a real paradigm in a universal sense. Its constitutional dimension is equally important because it governs the relationship between citizenship and civil rights. Under the *ancien* régime there had been no general concept and definition of citizenship[8]. Persons belonged to different social statuses; 'rights' were first of all 'privileges'. The reference point was not one's belonging to a general idea of the nation but rather to a specific structure (*seigneurie* or *pays d'état*, *noblesse* or ecclesiastical status etc.). Nevertheless, the *qualité de Français* emerges in relation to, for example, the *droit d'aubaine*, a customary legal institution which was progressively restricted by the *lettres de naturalité*, by several treaties and by the *arrêts* issued by the *Parléments*[9]. But it was indeed the French Revolution that contributed most to the ideology of national citizenship.

In his famous pamphlet, *Qu'estce que le Tiers Etat*, Sieyès renewed the political conception of citizenship. The nation, in his judgement, had to be a voluntary, political act of association. The nation, and consequently citizenship, was not based on ethnocultural factors, but on political considerations. Assimilation policies, for example, the *politique de la langue*, were politically oriented. Unity and uniformity were the result of a political project.

France, after 1789 and above all after 1792 and the battle of Valmy, reinforced the belief that assimilation presupposed a political idea of citizenship consonant with the roman tradition. The image of the *Grande Nation* is the synthesis of a process of transformation[10]. We are concerned here with a missionary Nation inspired by the principles of liberty, ready to export them but at the point of a bayonet. The idea of a great mission for the French nation persisted, throughout the whole of the nineteenth Century. Its *mission libératrice et civilisatrice* could be used to transform foreigners into citizens.

Alexis de Tocqueville in *L'Ancien* régime et la *Révolution* has said that the French Revolution took on the appearance of a religious revolution:

> Toutes les révolutions civiles et politiques ont eu une patrie et s'y sont renfermées. La Révolution française n'a pas eu de territoire; bien plus, son effet a été d'effacer en quelque sorte de la carte toutes les anciennes frontières. On l'a vue rapprocher ou diviser les hommes en dépit des lois, des traditions, des caractères, de la langue, rendant parfois ennemis des compatriotes, et frères des étrangers; ou plutôt elle a formé, au-dessus de toutes les nationalités particulières, une patrie intellectuelle commune dont les hommes de toutes les nations ont pu devenir citoyens[11].

This common intellectual homeland is located above and beyond all the particularisms:

> La Révolution française a opéré, par rapport à ce monde, précisément de la même manière que les révolutions religieuses en vue de l'autre; elle a considéré le citoyen d'une façon abstraite, en dehors de toutes les sociétés particulières, de même que les religions considèrent l'homme en général, indépendamment du pays et du temps. Elle n'a pas recherché seulement quel était le droit particulier du citoyen français, mais quels étaient les devoirs et les droits généraux des hommes en matière politique[12].

In this fashion eighteenth-century cosmopolitanism became politicized. The

National Assembly thus abrogated the *droit d'aubaine* on the grounds that it was contrary to the principle of fraternity. In fact the decree of 6 August 1790 abolished the rights of escheat and detraction. This abolition was primarily a political and a symbolic act because even under the *ancien* régime many agreements with other states had already limited the impact of the *droit d'aubaine*. But the decree of 1790 was the highest expression of the principle of extension of citizenship based on *jus soli*. This law could ever naturalize foreigners without their express formal consent. In 1806 Philippe-Antoine Merlin in the guise of state solicitor general defended this ruling before the Supreme Court (*Cour de Cassation*). On that occasion, the Court, after the judgment of the *Cour d'appel* of Orléans, had to decide regarding the application to Mr. Terence Mac-Mahon, formerly an Irishman, of the divorce law[13]. Mac-Mahon claimed not to have become a French citizen. It was true that he had lived in France since 1782, was an officer in the French Army and he had married a French woman, but he had never asked to become French.

Merlin used various counterarguments. Crucially, he reminded the court that following the decree of 1790 the civic oath and, thus formal consent, was not required. According to Merlin (in a ruling confirmed by subsequent jurisprudence) naturalization could be imposed «par la seule puissance de la loi, et sans l'assentiment de l'étranger». The will of the sovereign was fundamental and a foreigner could not say: «Je ne veux pas être citoyen, quoique j'habite vos états». It is worth pointing out that Merlin bolsters this argument by invoking the Antonine Constitution. «C'est ainsi que, lorsque Antonine, par une ordonnance rapportée dans la loi 17, D. *de statu hominum*, déclara citoyens romains tous les habitants de son vaste empire, qualité précédemment réservé aux habitants de l'Italie, et plus anciennement à ceux de Rome, il ne s'avisa pas de faire dépendre de leur consentement, le bienfait dont il jugeait à propos de les gratifier»[14]. It is what France did when the law of 23 February 1797 extended French citizenship to all Belgians.

The 1791 Constitution withdrew the automatic naturalization established in 1790. Those who had been born in France to a foreign father and decided to reside in the Kingdom were French citizens. Those who had been born abroad to a French father could recover citizenship if they settled in France and swore the civic oath (*serment civique*). Persons born abroad but having French parents and being the descendants of Protestant exiles likewise regained citizenship. Moreover, persons born abroad to foreign parents could become Frenchmen after five years of residence in France if they had purchased a property or married a French woman or established an agricultural or commercial enterprise, but in these circumstances by swearing the civic oath[15]. The constitutional discipline started of course with the *jus sanguinis* but it confirmed the citizenship of these foreigners who decided to become French. Stability of the link, property, marriage and the civic oath were the elements that allowed one to be a good citizen. This new constitutional citizen had to be «fidèle à la nation, à la loi et au roi, et de maintenir de tout [son] pouvoir la constitution du royaume, décrétée par l'Assemblée nationale constituante»[16]. The constitution of 1791 was in effect for only a short period because the combination of the law of 1790 and the constitution

of 1793 then extended automatically the *qualité de Français*. Once more[17] the Thermidorian constitution of 1795 (5 fructidor year III) put a stop to the automatic naturalization. Now citizenship belonged to every man who was twentyfive or older, born and residing in France, who decided to become a *citoyen actif* by enrolling himself on the register of his canton and who had resided in France for a full year and paid taxes. At the same time, a stranger who was twenty-one or older could become a French citizen after having declared his intention to live in France, but on condition that he had resided in France for ten consecutive years, paid taxes, owned a property or agricultural enterprise or else had married a French woman.

3. *Napoleon, Jean-Denis Tronchet and the idea of citizenship*

The constitution of 22 frimaire an VIII (13 December 1799) is important because it furnished the final political element for the debate on the Civil Code[18]. According to article 2 every man born and residing in France was a Frenchman but only a male who, «having reached the age of twenty-one, had his name recorded in the civic register of his communal district» and had lived for a year since that time within the territory of the Republic was a citizen[19]. The French debate surrounding the Civil Code shows just how important the relationship between constitution and codification is. The constitution organizes and regulates political rights, that is, *citoyenneté active*. The Civil Code, for its part, has to organize and regulate civil rights and the *status civitatis*, the *qualité de Français*. Civil Code and Constitution are interdependent and yet at the same time intervene in different spheres[20].

However the French model established a paradigm which has to prove very successful during the nineteenth Century. This model bears the mark of Napoleon but at the same time goes beyond him. The French Civil Code has the capacity to identify and strengthen ingrained social and economic structures. It becomes itself the *new* constitution, the real *constitution des Français.*

Napoleonic constitutionalism was weak to the degree that – *verfassungsrechtlich*, one might say – the Civil Code was strong[21]. It was the alpha and omega of the new France, and its social foundations envisaged new point of equilibrium for the changed social order then coming into being. The *Code civil* entails the idea of a civil law which, carefully examined, may be regarded as the ultimate constitution of private individuals. Was it by means of the civil code that the elusive termination of the Revolution would be achieved?[22] The swift mythologization of the *Code Napoléon* has done much to foster an image of it as at once profoundly stable and utterly central.

Portalis says, in his famous *Discours préliminaire*, that it is time to overcome the *esprit révolutionnaire*, that is «le désir exalté de sacrifier violemment tous les droits à un but politique…»[23]. France should recover «de bonnes lois civiles». These laws are

> la source des mœurs, le *palladium* de la propriété, et la garantie de toute paix publique et particulière: si elles ne fondent pas le gouvernement, elles le maintiennent; elles modèrent la puissance, et contribuent à faire respecter, comme si elle était la justice meme. Elles atteignent chaque individu, elles se mêlent aux principales actions de la vie, elles le suivent partout; elles sont sou-

> vent l'unique morale du peuple, et toujours elles font partie de sa liberté: enfin, elles consolent chaque citoyen des sacrifices que la loi politique lui commande pour la cité, en le protégeant, quand il faut, dans sa personne et dans ses biens, comme s'il était, lui seul, la cite toute entière[24].

In this reasoning of Portalis we catch an echo of the celebrated *incipit* of the Ulpian *Institutiones*.

Locré speaking in 1805 about the *ésprit du code Napoléon*, says that it at last distinguishes «entre l'expérience et la routine, entre le progrès réel des lumières et les illusions de l'idéologie»[25]. The code eliminates the abuses of the past but also the groundless changes. «Aussi le CODE NAPOLÉON fixetil parmi nous l'époque du retour à l'ordre, aux idées saines, aux idées véritablement grandes, véritablement libérales»[26].

The drafting of the French Civil Code launched a very important debate about the modern idea of citizenship. Il was a long and intricate debate. «Ce titre – Maleville has noted – est celui dont l'analyse m'a le plus coûté, à cause de la multitude de questions importantes qu'on y a traitées, et de la variation des décisions qu'elles ont reçues; ce n'est qu'à la septième rédactions qu'il a été enfin adopté tel que nous l'avons [...]»[27].

The *premier consul*, Napoleon, during the early discussion at the Council of State (*Conseil d'état*), took great care to affirm the principle that «Tout individu né en France est Français»[28]. As we know, the intellectual presence of Napoleon in the drafting of the civil laws was by no means marginal[29] and was not limited to divorce and a number of other special legal institutions (divorce, dowry etc.). He was interested in different parts of the civil laws, citizenship among them.

The debate between Napoleon and FrançoisDenis Tronchet, perhaps the most conservative of the four architects of the Code Civil[30], and one of the *notables* of the Napoleonic regime, is of particular interest. Famous for having been part of the counsel during the trial against of Louis XVI, Tronchet was president of the *Tribunal de cassation* and president (with Portalis, Maleville and Bigot de Préameneu) of the commission charged with drafting the Civil Code. Tronchet stated that the fact of having been born in France gave one the possibility of enjoying civil rights but that the assumption of them was to be a voluntary act. Tronchet thought that the Civil Code ought to determine the status of persons born in France to a foreign father. The constitution of the year VIII enabled a second generation foreigner, once he was twentyone years old, to claim political rights. This being the case, it would make better sense – Tronchet noted – if the Civil Code were to establish that a foreigner born in France had civil rights also[31]. Napoleon asked what problem there was in recognizing the foreigner born in France «sous le rapport du droit civil». In fact – Napoleon observed – «Il ne peut y avoir que de l'avantage à étendre l'empire des lois civiles françaises». Napoleon wanted to reverse the constitutional principle: «... au lieu d'établir que l'individu né en France d'un père étranger n'obtiendra les droits civils que lorsqu'il aura déclaré vouloir en jouir, on pourrait décider qu'il n'en est privé que lorsqu'il renonce formellement»[32].

Tronchet explained that the authors of the draft had abided by tradition, that is, the ancient maxims on the personal status of foreigners. This stance was not accidental, for Tronchet attached great importance

to the *coutumes* (customs). But Tronchet, as jurist, «argued with all the more conviction that *jus sanguinis* was superior to *jus soli* because it was inspired by Roman law, whose influence had expanded among jurists during the eighteenth century»[33].

The aim was not to prejudice the principles established by the *Assemblée constituante*, which had allowed all foreigners to enjoy civil rights without any condition of reciprocity. The French monarchy had already abolished the *droit d'aubaine* to many foreign countries. The French state held back one tenth of bequests to foreigners (*droit de detraction*). Then, the revolutionary Assembly had completely abolished the *droit d'aubaine* and the *droit de detraction*, too.

Napoleon does not seem to have been convinced. According to him this issue would have to be considered «sous le rapport de l'intérêt de la France»[34]. The *Premier Consul* had strategic goals in mind, being concerned not to give directly, on the basis of *jus soli*, citizenship to persons born in France to foreigners. This would make it impossible to subject them to military conscription or to public taxes. In that period there were many foreigners in France who were prisoners. «Si les individus – Napoleon said – nés en France d'un père étranger n'ont pas de biens, ils ont du moins l'esprit français, les habitudes françaises; ils ont l'attachement que chacun a naturellement pour le pays qui l'a vu naître; enfin ils portent les charges publiques. S'ils ont des biens, les successions qu'ils recueillent dans l'étranger arrivent en France; celles qu'ils recueillent en France sont régies par les lois françaises…». So, Napoleon concludes, it is altogether to France's advantage to admit them to the status of Frenchmen[35].

The main interlocutor of Napoleon, Tronchet, acknowledges that this problem should be seen according to utility, but he continues to believe that there is utility only when the stranger chooses France and this really happens if the foreigner expresses the will to become French. If he refuses, his property reverts to the country of his father unless there is a reciprocal agreement[36]. Tronchet's approach – then followed by many speakers during the debate – is closer to the post-revolutionary philosophy that focuses upon human interests and upon the selfish nature of man[37]. Roederer thought that most foreigners' sons would remain in France. But Tronchet believed that in any case residence would have to be a condition of citizenship.

The positions of Napoleon and Tronchet represent two distinct ways of viewing the civil structure of citizenship, though they agreed on many other aspects. Tronchet thought that only a conditioned *jus soli* could give rise to a compromise between the general principle («Tout individu né en France est Français») and its real application. Napoleon underlined the revolutionary potential of an expanding citizenship capable of enhancing the constitutional dimension. Napoleon's vision was no longer inspired by the ancient question of the *droit d'aubaine*[38]. Napoleon looks at the positive aspects, and envisages an imperial France able to grant an unconditioned citizenship to those born in France to a foreign father. We have to remind ourselves that Napoleon was speaking in July 1801. For the first time in ten years Europe was 'at peace'… A 'French peace', we could say. The great powers had signed peace treaties but we might do better to speak of a truce. Nevertheless France was the dominant nation on

the Continent and the *grande Nation* now seemed increasingly an effective imperial structure. The *jus soli* – according to Napoleon – was part and parcel of a strategy in which military and fiscal goals were apparent. Contrary to expectations, the starting point was not the *jus sanguinis*.

This intense debate between Napoleon and Tronchet was not easily or swiftly resolved. Napoleon, perhaps a little impatient, put the principle to the vote. But what principle? The problem was to put it into words. Boulay, Regnier and Regnaud de Saint-Jean-d'Angely proposed three different drafts. Finally «Le Premier Consul renvoie la rédaction à la section»[39].

The issue of the extension of citizenship crops up again and again in the course of this debate. Some members of the Council of State deny that the son of someone who had renounced his homeland could be considered French. But Tronchet answers that when dealing with civil laws «il faut se placer une grande distance des circonstances où l'on se trouve. Le faveur de l'origine doit l'emporter sur toute autre considération. Ce principe est celui de l'Europe entière»[40]. So, it cannot be the immediate past that determines the choices of the legislature. Roederer says that France, with its burgeoning prosperity, will lure back the children of French expatriates. Napoleon pronounced on this question, too, stressing the need to distinguish between those who had borne arms against France and those who had emigrated for other reasons. «La nation française, – Napoleon declared – nation grande et industrieuse, est répandue partout, elle se répandra encore advantage par la suite»[41].

At the end of the debate in the Council of State three main principles are approved. Every Frenchman enjoys civil rights established by French law (art. 1). Every person born in France is a Frenchman (art.2). Every child born abroad to a Frenchman is French. If a father has renounced France, the son can recover citizenship by asserting a wish to reside in France[42]. Napoleon appeared to have won this battle. But this was only the first round.

4. *The debate in the legislative assemblies: Napoleon as Antoninus?*

On December 2, 1801, the project was presented to the *Corps législatif* by the *conseiller d'Etat* Boulay. The Napoleonic constitution of 1799 had weakened the legislative power. The Council of State, as we have seen, drafted the laws[43], while the *Tribunat* discussed the drafts presented by the *Premier Consul*. It could not amend the texts but merely gave its opinion, favourable or negative. The *Corps législatif*, composed of 300 members, could only accept or reject the drafts after having listened to the adversarial debate between the speakers put forward by the government and the *Tribunat*. Boulay stated that the *code civil* project provides three levels. First, the natural right to the *jus sanguinis* transmitted by a French father whether domiciled in France or abroad. But «Le même privilege – asks Boulay – ne doit-il pas encore être accordé au sol de la France?»[44]. The rapporteur employs the rhetoric of France as land of freedom:

> Nous tenions autrefois pour maxime que la France était le pays naturel de la liberté, et que dès qu'un esclave avait la bonheur de mettre le pied sur son territoire, par cela seul il cessait d'être esclave. Pourquoi ne reconnaîtraiton pas

> de même, dans cette terre heureuse, la faculté naturelle d'imprimer la qualité de Français à tout individu qui y aurait reçu la naissance? N'estce pas d'ailleurs un moyen d'y attirer les étrangers, et d'enrichir sa population? Et, si l'on veut raisonner de plus haut, n'est-ce pas le territoire qui rassemble et qui fixe les habitants? n'estil pas une des causes fondamentales du maintien de la société? n'estce pas aussi par la distinction des territoires que l'on distingue le plus généralement les nations? n'est-ce donc pas se conformer à la nature des choses que de reconnaître la qualité de Français dans celuilà même qui n'a d'autre titre à cette qualité que d'être né sur le sol de la France?[45]

The third level concerns the son of a Frenchman who has forfeited his citizenship. But French blood flows in his veins. So, if he chooses France, he has the right to be a French citizen.

The project deals with the status of foreigner also, finally achieving a compromise between two 'extremes'. Boulay mentions Roman law as offering a model for the exclusion of foreigners from political and civil rights. The Constituent Assembly had unconditionally abolished the *droit d'aubaine* in the philanthropic belief that other nations would do the same. The Civil Code for its part, would establish a point of equilibrium and follow the principle of reciprocity[46]. At the same time it was impossible, Boulay observed, to image a system that allowed foreigners to become Frenchmen without conditions and some form of control by the government. The foreigner would therefore have to have resided for ten years in France prior to asking for citizenship but in the meantime he could enjoy civil rights[47]. A pessimistic anthropology prevails, one predicated upon egoism and national interest[48].

On 2 December, 1801, the *Corps legislatif* submitted the draft to the *Tribunat*, that is the Assembly having the right and duty to discuss it. A special Committee of the *Tribunat* was to report on the project[49]. The *tribun* Siméon reported on the first chapter of the first title, that is *De la jouissance des droits civils*, *tribun* Thiessé on the second title, *De la privation des droits civils*. It is important to stress that during the discussion on the first titles of the project many tribunes voiced critical objections. Napoleon was none too pleased, and the following year, in 1802, when one fifth of the *Tribunat*'s one hundred members were up for renewal, he seized his opportunity, excluding Benjamin Constant and some of his former 'friends' and colleagues, the *idéologues*.

Joseph Siméon[50] begins his report by saying that

> Ils ont loin de nous, ces temps où des peuples peu nombreux et demisauvages recevaient des lois d'un homme de génie. Alors, un législateur s'élevait comme un géant au milieu d'une foule convaincue de sa supériorité et subjuguée par la confiance; il prononçait, on ne discutait pas, on obéissait. Aujourd'hui, tout grand qu'il soit, le génie n'a plus la même puissance. Quoique peu d'hommes approchent de sa hauteur, un grand nombre est assez fort pour ne pas se courber sur sa parole, assez instruit pour soumettre ses conceptions à l'épreuve de l'examen[51].

The allusion to the great Legislators of the past and to Napoleon is evident. Solon, Alexander the Great, the roman emperors are no longer living!

The draft will be widely discussed – Siméon says – and there will be severe criticism. The first rapporteur anticipates that the Committee will be opposed to the adoption of the second title, which is concerned with depriving citizens of civil rights and in particular with the reintroduction of the so-called 'civil death'[52].

Siméon raises questions regarding some of these topics. Can the sons of *emigrés* retrieve rights that their fathers have lost? Can the government curb the rights of foreigners wishing to set up in France without infringing Article 3 of the Constitution? How beneficial will it be to reintroduce the principle of reciprocity towards foreigners and therefore the *droit d'aubaine*?[53] Siméon criticizes the reintroduction of what Montesquieu[54] had called a foolish right introduced by the barbarian peoples. Portalis in his *Discours préliminaire* had likewise cited Montesquieu's views on the status of the foreigner and the *progrès de la civilisation*. The development of trade has trumped venerable prejudices, as people understood all too well[55].

The Constituent Assembly had abolished this right unconditionally and now the draft reintroduced it. The speaker also considers bizarre the principle vaunted by Napoleon (art. 2 of the draft) «Tout individu né en France est Français». The remark is paradoxical:

> Le fils d'un Anglais peut devenir Français; mais le serait-il par cela seul que sa mère, traversant la France, l'aura mis au jour sur cette terre étrangère à elle, à son mari, à ses parents? Si chaque nation fait une telle déclaration, nous perdrons autant des Français que nous en gagnerons. On appartiendra plus à sa famille et à sa nation. La patrie dépendra moins de l'affection qui y attache, du choix et de l'établissement, que du hasard de la naissance[56].

Open the door to the foreigners, but do not impose as a servitude what was simply a benefit.

It is interesting to note that one of the central issues in the discussion concerns the comparison between the ancient and the modern world. The ancient republics – the *tribun* Delpierre says – rarely accorded citizenship to foreigners. Isolation and war were the hallmarks. But today trade had changed the face of the world heralding the advent of commercial society. France was a commercial nation and as such it required close relationships with other peoples and nations. But philanthropic ideas had to have their limits. «… l'intérêt politique doit guider l'intérêt commercial; prodiguer aux externes. L'habilité du législateur consiste à établir un juste équilibre entre les calculs que nous devons faire pour accroître nos richesses, et les précautions que nous devons prendre pour maintenir notre vigueur»[57]. The reintroduction of the principle of reciprocity should be seen in this light. This system was favorable to France and to foreigners; other nations would follow it, since it at the same time protects and harmonizes political and commercial interests.

Do not forget – another *tribun* in sympathy with the draft says – that «L'acte qui confère la qualité de Français au nom du peuple est fondé sur le droit de souveraineté, dont l'exercice s'étend à tous les individus disséminés sur le territoire soumis à la domination du souverain. Il est encore fondé sur le droit des gens qui permet à un gouvernement d'adopter et de compter au nombre des gouvernés tout individu qui se trouve porté sur son territoire»[58]. After the Revolution and a long war against most of the other European nations, France had to be cautious; its natural propensity for philanthropy had to be adapted to the new situation. This emphasis on national interest led the *tribun* Curée to declare:

> La question est enfin de savoir si, lorsque vos relations et vos rapports, soit politiques, soit commerciaux, avec vos voisins, ne sont pas encore rétablis de leur part, et peut-être ne le seront pas

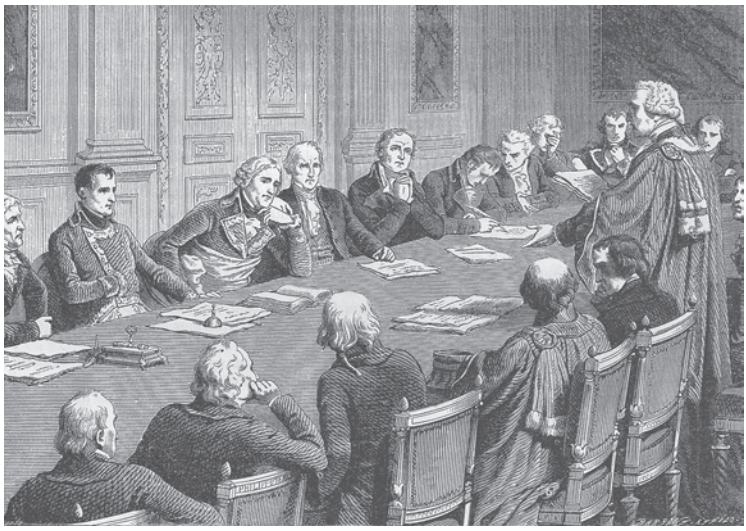
> de long-temps sur des base bien assurés pour le citoyen français… il serait convenable, il serait conforme à notre intérêt national, de commencer à rétablir de notre côté ces rapports et ces relations en faveur des étrangers, de la manière la plus large, la plus illimitée, et suivant ce système de bienveillance universelle, qui est peut-être aussi impossible à réaliser que le système de la paix universelle[59].

Conversely, those *tribuns* speaking against the draft deemed the principle of reciprocity to be a regression because it brought back to life the *droit d'aubaine*. It was not an excess of philanthropy that had driven the monarchy in the course of the eighteenth century, and, above all, the Constituent Assembly to abolish the *droit d'aubaine*. Indeed, they took such a step because they were convinced that abolition would render France more prosperous. The speaker Boissy d'Anglas cited Jacques Necker, who had said that the abolition of the *droit d'aubaine* should not be regarded as an act of compliance but as the expression of a political vision[60].

Members of the Tribunate opposed to the draft also observed that the project marked a break with the policies of the revolutionary assemblies. «Ces principes – Ganilh observes – admettaient les étrangers à la participation de nos droits civils, sans restriction ni réserve, et leur ouvraient une route facile pour parvenir à la jouissance des droits politiques. Le projet de loi renverse ce système libéral, rétablit le système de réciprocité des derniers temps de la monarchie, fait revivre le droit d'aubaine, et les lettres de naturalisation»[61]. It is easy – *tribun* Malherbe added – to imagine what Adam Smith would have said about the reintroduction of this feudal right[62].

Charles Ganilh (1758-1836), an economist who subscribed to mercantilist doctrines, evaluated the draft from the point of view of political economy. «C'est dans la science politique – he says – qu'il faut puiser tous les principes de notre législation; c'est de notre existence politique, civile et commerciale, que doit découler notre législation civile […]»[63]. It is on the notion of trade that we should draw when devising legislation concerning foreigners. All the guiding principles of the political economy require freedom of communication between peoples. It is very much in the interests of so modern and so vigorous a nation as France to abide by such principles. If France were to raise barriers against foreigners it would be going against its real best interests. France was in dire need of foreign investment in its industry, agriculture and mines[64]. A terrible revolution lasting twelve long years had consumed and fragmented French capital.

For these reasons, Ganilh continued, any reference to the Romans was wholly inappropriate. «Les Romains, sans industrie, sans commerce, tiraient leurs richesses du travail des esclaves et des contributions des peuples vaincus […] Il était dans l'intérêt des Romains d'éloigner les étrangers […]»[65]. But it was also an error to suppose that the principle of reciprocity could strengthen civic patriotism. Here too the references to the Romans were mistaken. «L'amour de la patrie chez les peuples anciens se nourrissait de la haine des autres peuples; cette haine dérivait de l'état de guerre dans lequel étaient constamment les peuples anciens, et du besoin qu'ils avaient de la guerre pour subsister […]»[66]. The logic of trade prevailed in modern societies as the liberal system introduced by the Constituent Assembly had recognized. The *tribun* Saint-Aubin thus described the



Présentation du Code civil *au Conseil d'État. Extrait de l'*Histoire du Consulat *par Adolphe Thiers*

Romans as a people whose great civilization had been founded upon ferocity and inhumanity. It had been a society based on war and slavery[67]. «En général, avec ce respect aveugle pour l'antiquité et pour les anciennes lois, on justifierait toutes les absurdités du monde»[68].

What the *tribun* Malherbe had to say about the reference to the Romans is particularly interesting. He could not subscribe to the view of the rapporteur Boulay; the draft was not, Malherbe insisted, a sort of midpoint between the Roman system, which excluded foreigners, and the liberal system of the revolutionary assemblies.

By contrast with many of the other speakers, Malherbe was at odds with the following claim by Portalis, the father of the Civil Code: «La plupart des auteurs qui censurent le droit romain avec autant d'amertume que de légèreté, blasphèment ce qu'ils ignorent». It was necessary to distinguish between those Roman laws which really were the *raison écrite* from those «qui ne tenaient qu'à des institutions particulières, étrangères à notre situation et à nos usages […]»[69].

But the problem was that the Romans, Malherbe adds, had from the beginning been a conquering people. «Les étrangers n'étaient à leurs yeux que des barbares, qu'ils considéraient à peine comme des hommes, et il fallait, pour qu'ils pussent obtenir les droits de l'humanité, que la tâche originelle fût effacé par l'admission au droit de cité; mais cette rigueur cessa avec les causes qui en étaient la source»[70]. Malherbe thus reckoned that the Antonine Constitution was the final result of a sort of anthropological turn. «Ce retour aux droits sacrés de l'humanité était digne d'un prince qui mérita le titre de père de la patrie, et, suivant Pausanias, eût dû être appelé le père des hommes»[71]. The magistrate cites

the law *in toto orbe*, *ff. de statu hominum* and the chapter 5 in the *Novella* 88. «Omnes peregrini – following the *Authenticum* – est advenae libere hospitentur ubi voluerint, et hospitati si testari voluerint de rebus suis, liberam ordinandi habeant facultatem, quorum ordinatio inconcussa servetur». Malherbe recalls the experience of the Languedoc, a region in which this Roman principle had always been observed[72]. The speaker wonders how one could reconcile the art. 10 and the art.13 of the draft, that is, combine the principle that says that every person born in France is a Frenchman with the principle of reciprocity for foreigners who wish to establish themselves in France. «Comment peut-on reconnaître qu'il faut adopter la première pour attirer les étrangers, et détruire, par la seconde, un attrait bien plus fécond en résultats avantageux pour l'accroissement de la population?»[73]. The principles of reciprocity could not be based on a handful of examples drawn from the legislation of the Greeks or the Romans.

In any case, the development of the nation was something dynamic, changing over time. France was the result of a series of transformations. The territory and population of post-revolutionary France were double that of the ancient France. «Dans le moment actuel, – the *tribun* Saint-Aubin observed,

> plus de huit millions d'âmes, c'est-à-dire près du quart de la population entière de la France, sont composés de ci-devant Belges, Flamands et Allemands, naguère tous étrangers, parlant une langue absolument différente du français, ayant des mœurs, des usages, des habitudes différentes, élevés sous une forme de gouvernement, et régis jusqu'ici par des lois différentes. Tous ces ci-devant étrangers sont devenus, le jour même de leur réunion, citoyens français, jouissant de tous nos droits civils et politiques. Peut-on croire qu'il en résulte le moindre inconvénient pour le caractère national? La nation française n'y a-t-elle gagné tout ce qu'elle peut désirer sous le rapport de l'industrie, du commerce, de la puissance et de toutes les sources de la richesse et de la prospérité nationale? Peuple sur terre a-t-il une plus brillante perspective?[74]

The Belgians, the Flemish and the Germans were not 'French', yet 'imperial' France had to see in the *Napoleonic peace* the idea of a great nation that turned foreigners into Frenchmen.

Siméon's warnings at the beginning of the discussion on the first title of the civil code draft were not empty. We have to say that on 14 December 1801 the *Corps legislatif* had already rejected, following the *Tribunat*, the project of law on the publication and application of the laws. The speakers favourable to the text approved by the Council of State could not prevail over the fierce opposition on the part of the *Tribunat*. At the end of a long, animated debate, the Assembly voted to reject the project and appointed a committee composed of Thiessé, Faure and Boissy to present and defend, in front of the *Corps législatif*, the reasons behind the vote. The following day Napoleon delivered a message to the *Tribunat* preventing its vote from being transmitted to the *Corps législatif*. The discussion was interrupted. Then Cambacérès persuaded Napoleon to being forward the elections to renew the first fifth of the *Tribunat*. But the Senate instead drew lots to designate outgoing and incoming members. The Assembly was thus purged of the draft's main opponents[75].

On June 26 1802 the government referred the rejected draft back to the *Tribunat* (legislation section) without any further discussion in the Council of State. The legislation section at the *Tribunat* appointed a

committee to draw up a report on the draft. In July the section scrutinised the report and penned some observations for the *Conseil* d'Etat[76]. These observations reiterated some of the earlier critical insights but this time the *Tribunat* accepted the basic character, general drift and overall structure of the project. The government sought agreement between *Tribunat* and *Conseil d'Etat*. Finally a joint conference of the legislation sections was held under the chairmanship of Cambacérès. A new text emerged from this conference, to be presented to the Council of State for final approval. On 28 october 1802 Bigot de Préameneu presented the new draft to the *Conseil d'Etat*. He said that at long last full agreement had been reached regarding the first chapter *De la Jouissance des droits civils*. Only a point on the effects of civil death remained at issue but here the solution presented by the *Tribunat* was accepted. On 25 November the Council of State approved the project[77].

At this point the government decided that the draft would be presented to the *Corps législatif*. Napoleon appointed a committee composed of Treilhard, Regnaud de Saint-Jean-d'Angely and Petiet. On 25 February 1803 the *conseiller d'état* Treilhard was able to justify the project to the Assembly. First of all, its great importance was due to the fact that «… l'éclat de la victoire, la prépondérance d'un gouvernement fort et sage, donnent sans doute un grand prix à la qualité de *citoyen français* […]»[78]. The text, Treilhard observed, had taken the *jus sanguinis* as its guiding principle. Thus, the wife – according to a right limited to men – follows everywhere the condition of her husband. The children follow the condition of their father. But if the father has lost the *qualité de Français*, what happens to the children? Should they have to pay the consequences? France cannot be like a stepmother. «Non, sans doute: c'est toujours du sang français qui coule dans ses veines; l'inconstance ou l'inconduite du père n'en ont pas tari la source […] et peut-être encore les remords du père ont-ils mieux fait sentir au fils le prix de la qualité perdue […]»[79].

The *jus soli* allows a child born in France to a foreigner to become a Frenchman when he reaches the age of majority by declaring his intention to be domiciled there. He is French because «[…] ses premiers regards ont vu le sol français, c'est sur cette terre hospitalière qui a souri pour la première fois aux caresses maternelles […] les impressions de l'enfance ne s'effacent jamais […]»[80]. Threilhard says that the most contested issue had been whether a foreigner in France should enjoy civil rights. After an improvised, indeed, exhaustive debate, it had been decided that the Constitution should determine the conditions for becoming a *citoyen français*. When, however, a foreigner decided to settle in France he relinquished his original citizenship. «[…] la patrie ancienne est abdiquée, la nouvelle n'est pas encore acquise; il ne peut exercer des droits politiques ni dans l'une ni dans l'autre»[81]. For this reason the draft granted the exercise of civil rights to the foreigner but this concession had to be authorized by the Government.

During the long debate – Treilhard says – two positions had emerged. We could call the first one the 'philanthropic position' inasmuch as it seeks to grant a total and absolute exercise of civil rights. It condemns every kind of barrier and thinks that in this fashion the hateful *droit d'aubaine* can be reintroduced. The second one

– supported by the rapporteur – is the 'realistic position'. A world totally open and without barriers is an utopia. Once again, jettison grand theories and trust experience instead! «Une institution peut n'être pas bonne, et cependant sa suppression absolue peut être dangereuse; et c'est ici le cas de rappeler cette maxime triviale, que *le mieux est souvent un grand ennemi du bien*»[82]. The principle of reciprocity had to be seen as the first step on a long journey.

The draft was finally adopted by the *Tribunat* on March 3, 1803 and by the *Corps législatif* on March 17. The law was enacted on the following day.

Guillaume Locré in his *Esprit du Code Napoléon* states that «La France ne prodiguera plus inutilement la faveur des droits civils à des nations qui la lui refusent; elle l'offre encore à tous les peuples, mais sous la condition si juste de la réciprocité»[83].

5. *Final remarks*

The outcome of a lengthy debate, lasting nearly two full years, may prompt some final remarks.

The Civil Code contains a comprehensive discipline about citizenship (*qualité de Français*) as a national property right. Is this discipline so expansive? It is surely less expansive than the revolutionary doctrine itself or so many commentators judged in the nineteenth Century[84].

From a certain point of view Napoleon's principle – «Tout individu né en France est Français» – is a more accurate reflection of revolutionary ideology. The *tribun* Gary, presenting the project to the *Corps législatif* on 17 March 1803, began his speech with words that evoke another very famous *incipit*, *Omnes populi* of the *Institutiones* of Gaius. «Le droit civil, [qui] est le droit propre à chaque nation et qui la distingue des autres [...]»[85]. A first proposal, endorsed by Napoleon, had been to declare every person born in France a Frenchman «sans s'embarrasser de sa destinée et de sa volonté ultérieure»[86]. According to this idea, those blessed with such good fortune – *bonheur* Gary says – should enjoy all the rights that Frenchmen do. But this sort of universalization of French citizenship sounds rather like a feudal legacy. The model could hardly be England, where every person who had been born there was a subject of the King. Napoleon had in mind strategic and political goals[87] and spoke about the advantage of extending the sway of French civil laws. Napoleon had an 'imperial vision' and, in 1801, when he advanced the principle, France was clearly meant to become the *Grande Nation* in an imperial context. The coronation of Napoleon in 1804 was merely the ratification of a process. It is true that, as Rogers Brubaker argues, «The expansive definition of citizenship in the Civil Code reflects a markedly Francocentric set of presumptions about the attachments and loyalties of persons connected to France by birthplace or parentage». But the myth of the French Revolution as *revolution libératrice* is now hard to sustain. Probably the *Tribunat*, but also some important *conseillers d'Etat*, saw in Napoleon's *grandeur* the imperial perspective and sought, successfully, to limit the idea of an unconditional *jus soli*. A sort of universalization of French citizenship seemed at odds with Gaius' idea of the civil law[88], as recalled by the rapporteur Gary[89]. Napoleon said that France had an interest in extending the sway of

French civil laws. Others feared that to bestow French citizenship too widely, without regard for the intrinsic ties of nationhood, would devalue the status of French citizenship, depriving it of dignity and prestige. They still sought to reaffirm the expansiveness of French citizenship but their horizons had changed. As Tocqueville would later observe, the idea of a «patrie intellectuelle commune» would become increasingly less resonant. But the Civil Code, now the *Code Napoléon*, seemed in 1804 to be the 'common law' for a *Grande Nation* which already included Belgium, Luxembourg, Geneva, and some departments in the Rhineland and in Piedmont. Napoleon has been thus represented as fourth founder of the French dynasties, after Clovis, Charlemagne and Hugh Capet[90]. The ancient lands of Lotaringia regained political and strategic value[91].

«Le Code civil – Bigot de Préameneu noted in 1807 – était la loi particulière des Français; elle est devenue la loi commune des peuples d'une partie de l'Europe»[92]. And the Civil Code could also be incorporated into other legal systems now in the orbit of the French empire[93]. Expanding citizenship meant conquering Europe. Like the Emperor Antoninus, Napoleon could extend citizenship to the 'others'[94].

Jus sanguinis, namely the tie of kinship, was the predominant principle because it was the exclusive criterion «for attributing the quality of being French at birth»[95]. The *qualité des Français* derived only from birth and patronymic line[96], in France or abroad. Only attainment of the age of majority and residence could enable someone to have French citizenship by virtue of the *jus soli*. Finally, the Civil Code contained an 'ingenious compromise', supported by Trochet, between two elements[97], but with the *jus sanguinis* always having the upper hand. After the Revolution «The first turning point was reached with the Civil Code in 1803, Nationality took on autonomy: it was defined independently of citizenship and became a personal right»[98].

At the same time, the reciprocity clause determines the status of foreigners and their chances of enjoying civil rights in France. So citizenship status depends, according to the first articles of the Code Napoleon, on *jus sanguinis* though with some elements introduced through *jus soli*[99]. This is also doubtless the reason why during nineteenth century the discipline of the Napoleonic code could be invoked, in Italy for instance, by those intent upon promoting one or the other principle[100].

In 1803 another *tribun*, Sédillez, asked: is the Civil Code the labour of four years or four centuries? «est-ce la conception d'un seul homme, ou les chefs-d'oeuvres réunis, embellis, de plusieurs héros? est-ce l'histoire ou la Fable? La postérité doutera peut-être; vous connaissez la vérité»[101]. What truth might this be? The propaganda machine immediately promoted the notion that the Civil Code had been the creation of Napoleon, supported by the four artisans. But this 'fable' was part and parcel of Napoleonic hegemony with the Civil Code being depicted as a *mass of granite*. Historians, for their part, do not confuse the fable with a highly complex historical process tinged, with mythic attributes from the very start[102].

When we look at Napoleonic France as a conquering Empire we find the *Grande Nation* granting citizenship «par la seule puissance de la loi, et sans l'assentiment de l'étranger» – as Merlin argued in 1806. And here we can see the 'Antonine moment'.

But finally let us look just for a moment at the other side of the coin. Ten years later, Benjamin Constant wrote a powerful *pamphlet* against Napoleon, the French Attila, and his legacy, *De l'esprit de conquête et de l'usurpation dans leurs rapports avec la civilisation européenne*. He began chapter 13 by saying that «Il est assez remarquable que l'uniformité n'ait jamais rencontré plus de faveur que dans une révolution fait au nom des droits et de la liberté des hommes»[103]. This spirit of conquest led to the formation of the «grand empire»[104]. This was the opposite of the liberty of the Moderns, which was based on trade, industry[105], rest and leisure. Instead, the spirit of conquest sought everywhere the same laws, the same weights and measures and even the same language[106]. «Sur tout le reste, le grand mot aujourd'hui, c'est l'uniformité»[107]. Constant published the book in 1814, as a polemic against the Napoleonic dictatorship, but in fact some passages dated back to 1802, while others derived from the manuscript *Principes de politique* of 1806. Uniformity through conquest, and universalization, threatened the freedom to be 'different', pluralism and political liberalism[108]. Constant quoted Montesquieu (*Esprit des Lois*, XXIX, 18) and the elder Mirabeau (*Ami des hommes, ou Traité de la population*, part IV), but also cited a conservative German jurist by the name of August Wilhelm Rehberg while touching upon some of the issues raised by the 'emerging' *Historische Schule*. Nationhood is not an abstract entity. «chaque génération – Rehberg wrote with regard to the application of the *Code Napoléon* in Germany – hérite de ses aïeux un trésor de richesses morales, trésor invisible et précieux qu'elle lègue à ses descendants»[109]. But Constant looked to the future, to the relationships between general interest and special interests, universality and localism, central power and municipal power. Constant concluded by saying «La variété, c'est de l'organisation; l'uniformité, c'est du mécanisme. La variété, c'est la vie; l'uniformité, c'est la mort»[110]. The ephemeral *Acte additionel aux Constitutions de l'Empire* – text to whom the same Benjamin Constant gave some contribution…[111] – revealed the intention «d'organiser un grand système fédérative européen». To say 'French Empire *communis nostra patria est*' was less and less plausible. Napoleon's dream was about to end.

[1] I presented a version of this text at the international Conference *The Antonine Constitution after 1800 years. Citizenship and empire in Europe, 200-1900*, Roma, British School, Koninklijk Nederlands Instituut, American Academy, 20-22 September 2012. I thank Clifford Ando, Professor of Classics, History and Law, University of Chicago, for his kind invitation.

[2] See E. Di Rienzo, *L'Impero-nazione di Napoleone Bonaparte*, in «Filosofia politica», XVI, n. 1, 2002, pp. 63-82.

[3] L. Scuccimarra, *I confini del mondo: storia del cosmopolitismo dall'antichità al Settecento*, Bologna, Il Mulino, 2006, pp. 54-55, pp. 81 ff.

[4] S.J. Woolf, *Napoleon's integration of Europe*, London-New York, Routledge, 1991; M. Broers, *Europe under Napoleon. 1799-1815*, London-New York, Arnold, 1996.

[5] I. Woloch, *The New Regime. Transformations of the French civic order, 1789-1820*, New York-London, Norton, 1994; Id., *Napoleon and his collaborators. The making of a Dictatorship*, New York-London, Norton, 2001.

[6] D. I.I.Ipr-I. About this see in this regard comments in A. Schiavone, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, Einaudi, 2005, pp. 341 ff.

[7] The remarks of J.P. Coriat, *Le Prince Législateur. La technique législative des Sévères et les méthodes de création du droit impérial à la fin du principat*, Roma, Ecole francaise de Rome, 1997, p. 14 regarding the concept of 'structure' in the legislation of the severian age and the Napoleonic period are of interest.

[8] M. Vanel, *Histoire de la nationalité française d'origine: evolution historique de la notion de Français d'origine du XVIe siècle au Code civil*, Paris, Ancienne imprimerie de la Cour d'appel, 1946; J.-F. Dubost, P. Sahlins, *"Et si l'on faisait payer les* étrangers*?": Louis XIV, les immigrés et quelques autres*, Paris, Flammarion, 1999; P. Sahlins, *Unnaturally French: Foreign Citizens in the Old Regime and After*, Ithaca, Cornell University Press, 2004.

[9] Ph. Sagnac, *La Législation Civile de la Révolution française (1789-1804). Essai d'histoire sociale*, Paris, Hachette, 1898, p. 246.

[10] J. Godechot, *La Grande Nation. L'expansion révolutionnaire de la France dans le monde, 1789-1799*, Paris, Aubier, 1956.

[11] A. de Tocqueville, *L'Ancien régime et la Révolution*, Paris, Michel Lévy Frères, 1866, ch. III, *Comment la Révolution française a* été *une Révolution politique qui a procédé à la manière des révolutions réligieuses, et pourquoi*, p. 15.

[12] Ivi, pp. 18-19.

[13] P. Weil, *How to be French. Nationality in the Making since 1789*, Durham and London, Duke University Press, 2008, p. 17, has given a convincing reconstruction of this affair.

[14] Ph. A. Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, Garnery, 1812, vol. III, pp. 789-790.

[15] Constitution of 3 September 1791, tit. II, art. 2-3.

[16] Ivi, art. 5.

[17] Weil, *How to be French* cit., p. 19.

[18] B. Schnapper, *La naturalisation française au XIXème siècle. Les variations d'une politique*," in Id., *Voies nouvelles en histoire du droit. La justice, la famille, la repression pénale (XVIème-XXème siècles)*, Paris, Puf, 1991, pp. 662-664.

[19] Weil, *How to be French* cit., pp. 19-20.

[20] See L. Lacchè, *L'espropriazione per pubblica utilità. Amministratori e proprietari nella Francia dell'Ottocento*, Milano, Giuffrè, 1995, p. 266.

[21] For a political history of the *Code civil des Français* see J.-F. Niort, *Homo civilis. Contribution à l'histoire du Code Civil français*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004, t. 1, pp. 11 ff.

[22] L. Jaume, *Terminer la Révolution par le code civil?*, in C. Gauvard (ed.), *Les penseurs du Code Civil*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 183-202.

[23] Portalis, Tronchet, Bigot-Préameneu, Maleville, *Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la commission du gouvernement*, in P.A. Fénet, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil…, Discussions, motifs, rapports et discours,* livre premier, *Des personnes*, tit. premier, *De la jouissance et de la privation des droits civils*, *Discussion du Conseil d'Etat*, *Procès-verbal de la séance du 6 thermidor an. IX - 25 juillet 1801*, Paris, Au dépot, 1836, t. 1, p. 465. But Jean-Louis Halpérin has rightly noted that the «but politique» is by no means alien to the civil code. Declaring the 'naturalization' of the civil laws is a way of affirming a political ideology of the Code Napoleon; J.-L. Halpérin, *L'impossible code civil*, Paris, Puf, 1992, pp. 288-289. Cfr. I. Théry, Ch. Biet, *Portalis ou l'esprit des siècles. La rhétorique du marriage dans le Discours préliminaire au projet de Code civil*, in I. Théry, Ch. Biet (edd.), *La famille, la loi, l'Etat de la Révolution au Code civil*, Paris, Imprimerie Nationale, 1989, pp. 105-106.

[24] Portalis, Tronchet, Bigot-Préameneu, Maleville, *Discours préliminaire* cit., pp. 465-466.

[25] J.G. Locré, *Esprit du Code Napoléon: Tiré De La Discussion, Ou, Conférence Historique, Analytique Et Raisonnée Du Projet De Code Civil, Des Observations Des Tribunaux, Des Procès-verbaux Du Conseil D'état, Des Observations Du Tribunat, Des Exposés De Motifs, Des Rapports Et Discours*, Paris, Imprimerie imperiale, 1805, p. X.

[26] Ivi, pp. X-XI.

[27] J. de Maleville, *Analyse raisonnée de la discussion du code civil au Conseil d'état*, Paris, Garnery et Laporte, 1805, t. 1, pp. 16-17.

[28] In P.A. Fénet, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil…, Discussions, motifs, rapports et discours, livre* premier, *Des personnes*, tit. premier, *De la jouissance et de la privation des droits civils*, *Discussion du Conseil d'Etat*, *Procès-verbal de la séance du 6 thermidor an. IX - 25 juillet 1801*, Paris, Videcoq, 1836, t. 7, p. 4.

[29] E.-M. Theewen, *Napoléons Anteil am Code civil*, Berlin, Dunkker & Humblot, 1991. Napoleon participated, as president, in 52 plenary sessions of the Council of State. The sessions devoted to the debate on the civil code were 107 in total.

[30] S. Solimano, *Verso il Code Napoléon. Il progetto di codice civile di Guy JeanBaptiste Target (1798-1799)*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 114; Niort, *Homo civilis* cit., t. 1, pp. 78-79.

[31] Fénet, *Recueil complet* cit., t. 7, p. 5.
[32] Ivi, p. 5.
[33] Weil, *How to be French* cit., p. 24; A. Lefebvre-Teillard, *Jus sanguinis: l'émergence d'un principe (Éléments d'histoire de la nationalité française)*, in «Revue critique de droit international privé», n. 82, 2, 1993, pp. 223-250.
[34] Fénet, *Recueil complet* cit., t. 7, p. 6.
[35] *Ibidem*.
[36] Ivi, p. 7.
[37] See X. Martin, *Mythologie du Code Napoléon. Aux soubassements de la France moderne*, Bouère, D.M. Morin, 2003.
[38] Napoléon asked Roederer to report on the *droit d'aubaine* and its effects particularly after the revolutionary legislation. See *Procès-verbal de la séance du 14 thermidor an IX - 12 août 1801*, in Fénet, *Recueil complet* cit., pp. 69 ff.
[39] Ivi, p. 8; Locré, *Esprit du Code Napoléon* cit., p. 195.
[40] *Procès-verbal de la séance du 14 thermidor an IX - 12 août 1801*, in Fénet, *Recueil complet* cit., p. 8.
[41] *Procès-verbal de la séance du 14 thermidor an. IX - 2 août 1801*, in ivi, t. 7, p. 29.
[42] *Procès-verbal de la séance du 4 fructidor an IX - 22 août 1801*, in ivi, t. 7, p. 124.
[43] Ch. Durand, *Etudes sur le Conseil d'Etat napoléonien*, Paris, Presses Universitaires, 1949; Id., *L'exercice de la fonction législative de 1800 à 1814*, Aix-en-Provence, Impr. des croix provençales, 1955, J. Bourdon, *Napoléon au Conseil d'Etat*, Paris, Berger-Levrault, 1963; Ch. Durand, *Conseil d'Etat*, in J. Tulard (ed.), *Dictionnaire Napoléon*, Paris, Fayard, 1989, pp. 475-485.
[44] Fénet, *Recueil complet* cit., t. 7, p. 140.
[45] *Ibidem*.
[46] Ivi, p. 144.
[47] Ivi, pp. 145-146.
[48] J.L. Halpérin, *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, Paris, Puf, 1999, p. 18.
[49] This Committee was composed of the *tribuns* Boisjolin, Boissy d'Anglas, Caillemer, Chabot (de l'Allier), Siméon, Roujoux and Thiessé.
[50] See s.v. Tulard, *Dictionnaire Napoléon*, cit., pp. 1576-1577.
[51] *Rapport fait par M. Siméon à l'Assemblée Générale sur le chapitre de la jouissance des droits civils*, *Séance du 25 frimaire an* X - 16 décembre 1801 in Fénet, *Recueil complet* cit., t. 7, p. 153.
[52] See M.R. Di Simone, *L'identità giuridica e la sua perdita nell'istituto della morte civile in Francia tra il XVIII e il XIX secolo*, in «Rivista di storia del diritto italiano», n. LXXIX-LXXV, 2001-2002, pp. 21-78. In the present essay I do not deal with the issue of being deprived of civil rights.
[53] *Rapport fait par M. Siméon à l'Assemblée Générale Sur le chapitre de la jouissance des droits civils*, in Fénet, *Recueil complet* cit., t. 7, pp. 155-156.
[54] Ch.-L. de Montesquieu, *Esprit des Lois*, 1748, Genève, Barrillot & Fils, liv. XXI, chap. 17.
[55] Portalis, Tronchet, Bigot-Préameneu, Maleville, *Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la commission du gouvernement* cit., p. 480.
[56] *Rapport fait par M. Siméon à l'Assemblée Générale Sur le chapitre de la jouissance des droits civils*, in Fénet, *Recueil complet* cit., t. 7, p. 166.
[57] *Opinion du tribun Delpierre, pour le projet*, in ivi, p. 198.
[58] *Opinion du tribun Ludot, pour le projet*, in ivi, p. 324.
[59] *Opinion du tribun Curée, pour le projet*, in ivi, p. 417.
[60] *Opinion du tribun Boissy d'Anglas, contre le projet*, in ivi, pp. 229-230.
[61] *Opinion du tribun Ganilh, contre le projet*, in ivi, p. 262.
[62] *Opinion du tribun Malherbe, contre le projet*, in ivi, p. 387.
[63] *Opinion du tribun Ganilh, contre le projet*, in ivi, pp. 266-267.
[64] See also *Opinion du tribun Malherbe, contre le projet*, in ivi, pp. 384-385.
[65] *Opinion du tribun Ganilh, contre le projet*, in ivi, p. 271.
[66] Ivi, p. 272.
[67] See amplius *Opinion du tribun Saint-Aubin, contre le projet*, in ivi, pp. 512 ff.
[68] Ivi, p. 514.
[69] Portalis, Tronchet, Bigot-Préameneu, Maleville, *Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la commission du gouvernement* cit., p. 480. See J.-L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, Puf, p. 104.
[70] *Opinion du tribun Malherbe, contre le projet*, in Fénet, *Recueil complet* cit., t. 7, p. 392. Joseph Anne Robert Malherbe (1758-1841), magistrate, girondin, incarcerated during the Terror, participated in the coup d'état of 18 Brumaire and was also the secretary of the *Tribunat*.
[71] *Ibidem*.
[72] Ivi, p. 383. He cites P. de Caseneuve, *Le Franc-Alleu de la province de Languedoc establi et défendu. Seconde édition revue et augmentée d'un second livre… à laquelle a esté de plus adjousté un traicté de l'origine, de l'antiquité et des privilèges des Estats Généraux de la mesme province. Ensemble un recueil des chartes de ses principaux privilèges*…, Toulouse, J. Boude, 1645.
[73] *Opinion du tribun Malherbe, contre le projet*, in Fénet, *Recueil complet* cit., t. 7, p. 402.
[74] *Opinion du tribun Saint-Aubin, contre le projet*, in ivi, pp. 509-510.
[75] Among the *tribuns* excluded in 1802 we find some of those who spoke against the draft. For example, the former Jacobin Thiessé and the economist Charles Ganilh. See J.-L. Halpérin, *Le code civil*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 22-23. Among the most famous were Constant, Daunou, Chénier, Guinguené, Say. See J.-L.A. Chartier, *Portalis, le père du Code civil*, Paris, Fayard, 2004, pp. 182-183. B.W. Jasinski, *Benjamin Constant tribun*, in E. Hofmann (ed.), *Benjamin*

Constant, Madame de Staël et le Groupe de Coppet, Oxford-Lausanne, The Voltaire Foundation; Institut *Benjamin Constant*, 1982, p. 80. Weil, *How to be French* cit., p. 28. About the so-called 'opposition' mounted by the *Tribunat* see Halpérin, *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, cit., pp. 16 ff. The *Tribunat* would finally be abolished in 1807.

[76] Fénet, *Recueil complet* cit., t. 7, p. 591.

[77] Ivi, pp. 621-626.

[78] *Présentation au Corps législatif, et exposé des motifs, par le conseiller d'état Treilhard*, in ivi, t. 7, p. 626.

[79] Ivi, p. 627.

[80] *Ibidem*.

[81] Ivi, p. 629.

[82] Ivi, p. 633.

[83] Locré, *Esprit du Code Napoléon* cit., p. XI.

[84] «C'est le Code civil qui réagit contre les tendances philanthropiques des premières assemblées de la Révolution», E.-A. Réglat, *De la condition des* étrangers *en droit romain et en droit français*, Faculté de droit de Paris, thèse pour le doctorat, Beauvais, 1872, p. 82, p. 89.

[85] *Discours prononcé par M. Gary*, in Fénet, *Recueil complet* cit., t. 7, p. 642.

[86] Ivi, p. 643.

[87] This political position of Napoleon was not an exception – as Theewen has argued (Theewen, *Napoléons Anteil* cit., p. 73, p. 79, p. 251) – in the context of the debates on the civil code.

[88] On the text by Gaius construed as an as «instrument of empire», see C. Ando, *Law, Language, and Empire in the Roman Tradition*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2011.

[89] Note how this sentence would be recalled by de Mardigny in a nationalist sense as the *incipit* of his dissertation, R. De Mardigny, *De la nationalité. Du titre de citoyen dans l'antiquité et à Rome. De la qualité de Français dans l'ancien et le nouveau droit*, Nancy, Berger-Levrault, 1873, p. 1.

[90] L. Dubroca, *Les Quatre fondateurs des dynasties françaises, ou Histoire de l'établissement de la monarchie française par Clovis, du renouvellement des dynasties royales par Pépin et Hugues Capet et de la foundation de l'Empire français par Napoléon le Grand*, Paris, Fantin, 1806.

[91] M. Broers, *Napoleon, Charlemagne, and Lotharingia: acculturation and the boundaries of Napoleonic Europe*, in «The Historical Journal», n. 44, 1, 2001, pp. 135-154.

[92] Quoted by Halpérin, *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, cit., p. 20. See H.-P. Haferkamp, M. Meccarelli, S. Solimano, *Perception and application of French law as a paradigm in 19th century Europe*, in «Forum Historiae Iuris», 2005, <http://www.forhistiur.de>; B. Dölemeyer, H. Mohnhaupt, A. Somma (edd.), *Richterliche Anwendung des Code civil in seinen europäischen Geltungsbereichen außerhalb Frankreichs*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2006.

[93] Regarding the application of the French citizenship rules after 1804 in the context of private international law see Halpérin, *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, cit., pp. 21 ff.

[94] As regards the image of Napoleon the great Legislator as another Justinian see S. Soleil, *Le Code civil de 1804 a-t-il* été *conçu comme un modèle juridique pour les nations?*, in Gauvard (ed.), *Les penseurs du Code Civil*, cit., pp. 225-241.

[95] Weil, *How to be French* cit., p. 29.

[96] C. Bruschi, *Droit de nationalité et* égalité *des droits de 1789 à la fin du XIXe siècle*, in S. Laacher (ed.), *Questions de nationalité. Histoire et enjeux d'un code*, Paris, L'Harmattan, 1987, p. 33, speaks about «un attachement de type familial, pour ne pas dire tribal […]».

[97] For this more general aspect see Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, cit., pp. 21-22. The history of citizenship in France during the nineteenth Century is characterized by the coexistence/alternation of the two policies: expansion and restriction (Schnapper, *La naturalisation française* cit., pp. 661-662).

[98] Weil, *How to be French* cit., p. 168.

[99] Halpérin, *Le code civil*, cit., pp. 28-29.

[100] C. Bersani, *Modelli di appartenenza e diritto di cittadinanza in Italia dai codice preunitari all'Unità*, in «Rivista di storia del diritto italiano», n. LXX, 1997, pp. 294-296.

[101] *Considérations sur quelques unes des influences du Code* civil, par le Tribun Sédillez, Tribunat 10 floréal an XI, Archives Nationales, AD II 51, quoted by Solimano, *Verso il Code Napoléon*, cit., p. 1.

[102] Martin, *Mythologie du Code Napoléon*, cit.

[103] B. Constant, *De l'esprit de conquête et de l'usurpation dans leurs rapports avec la civilisation européenne* (1814), in *Ecrits politiques*, edited by M. Gauchet, Paris, Gallimard, 1997, chap. XIII, p. 164.

[104] Ivi, p. 169.

[105] Ivi, chap. II, p. 131.

[106] Ivi, p. 163.

[107] *Ibidem*.

[108] L. Lacchè, *Coppet et la percée de l'Etat libéral constitutionnel*, in L. Jaume (ed.), *Coppet, creuset de l'esprit libéral. Les idées politiques et constitutionnelles du groupe de Madame de Staël*, Paris, Puam, 2000, pp. 135-155.

[109] A.W. Rehberg, *Ueber den Code Napoleon und dessen Einführung in Deutschland*, Hannover, Bey den Gebrüdern Hahn, 1813, p. 8, quoted by Constant, *De l'esprit de conquête* cit., chap. XIII, p. 165.

[110] Constant, *De l'esprit de conquête* cit., chap. XIII, p. 168. See L. Lacchè, *L'Europe et la Révolution du droit: brèves réflexions*, in «Annales historiques de la Révolution française», n. 3, 2002, pp. 153-169, pp. 484-485.

[111] L. Lacchè, *Constitución, Monarquía, Parlamento: Francia y Belgica ante los problemas y "modelos" del constitucionalismo europeo*, in «Fundamentos», n. 2, 2000, pp. 484-485.

Civilization, Ethnicity and Citizenship as Key Factors Shaping Human Personality and Behavior

ROBERT YENGIBARYAN

What factors determine a human fate? In my opinion, the key factors are the place and country of birth, religious and cultural affiliation, ethnicity and, finally, citizenship. However, they all can be modified in a certain way. The only totally objective and unchangeable factor is the time when the person happened to be born. All other factors derive from this one. A person can change his/her social status, country and place of residence, improve or damage health, alter his/her appearance and even gender.

It is obvious that changing one's language, culture, mode of life, values and mentality is not easy. The necessity for such changes can be, first of all, caused by emigration, leaving for another place or country, and sometimes – moving from village to town.

But the most dramatic changes affecting the inner world, behavior and the very nature of a person occur when the culture based on a person's religious affiliation alters. This is not about conversion from one branch to another within one religion, for example, from Catholicism to Protestantism or Orthodoxy in Christianity. Such conversion has its own difficulties, but they are of minor importance for an irreligious person. The God – Jesus Christ, the Bible, the European liberal patterns of life constitute a specific cultural code, the violations of which (*e.g.* rejection of religion, adultery, infidelity, disrespect for the Bible, blasphemy) won't cost a person his/her life or result in a cruel punishment. In a Christian country, or in any secular state in the twenty first century all these violations are treated as a breach of ethical standards that can entail disapproval, alienation of property and, if it comes to the worst, problems of child upbringing. But if a person was born in the Islamic world, especially in a radical Islamic environment and if he/she is a Muslim, he/she may be punished for similar violations in the severest way, for example, by hanging or stoning to death.

It can be assumed that an Englishman, a Frenchman or a Russian may convert to

Islam; such conversion does not mean the mere choice of new cultural values; what it really means is that by making this choice the person ceases to be what he/she used to be before.

Sometimes people speculate whether destiny has chosen a good or bad time for them to be born. Had I been born, say, 10 or 15-20 years earlier or later, my life would have gone a different path. Some epochs are relatively quiet and trouble-free, while others see endless calamities, wars, epidemics, revolutions, insane or cruel leaders. On the other hand, all these events are unevenly distributed not only in a particular time period but in a territory of a particular country or a group of countries. In such countries as Switzerland, the Scandinavian countries, the USA and some others, events which would destroy and ruin the lives of whole generations seldom take place. In others, calamities and disasters are almost a constant factor, with very few quiet and relatively trouble-free years. There are countries where human life enjoys high or even the highest value in contrast to "unhappy" nations where human life means nothing, an individual feels unprotected against arbitrary rule of government or criminal attacks, healthcare is at a medieval level, the population growth is either negative or so high that the country's economy fails to cope with such pressure. The average human lifespan in such countries is three (or even more) times as short as in prosperous countries. Therefore, in addition to the time factor, the place and country of birth explicitly determine a human fate, well-being, and happiness.

Won't such speculations bring us to the theory of predestination, won't they make us humbly and passively assume that everything has finally been predetermined for us by someone unknown, whether it is fate or God, or any intrinsic factors? All above mentioned may be the case, but the most part of our destiny is not objective by nature, nor is it determined by some external factors beyond our reasonable control, quite the opposite, it depends on us, on our commitment, diligence, ability to correctly evaluate events, people and their possible behavior. It is quite obvious that there are factors of destiny beyond explanation. They can arise objectively, without participation and irrespective of will or actions of an individual. We do not choose the time, place and country of our birth, religious and cultural environment, ethnic origin, language, and intelligence. But we should be satisfied with what the God and the nature have given us. Indeed, there is always room for doubts. Things could be much better or, to the contrary, much worse, but if there is any chance for improvement we must take it.

Being born in the Christian cultural environment is, in my opinion, another great luck because this culture and civilization have broadened human horizons in all areas of social, political and economic life. Freedom, respect for a personal dignity and life represent the key Christian values. It is this civilization that has led to the French revolution, the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen, the Universal Declaration of Human Rights adopted by the UN on December 10, 1948, and many other pivotal events in the history of humankind. Immortal humanistic literature, symphonic music, opera and ballet, the splendor of contemporary architecture and fine arts are the fruit of this civilization. This civilization sent a manned mission to

the Moon, started using the nuclear energy for peaceful purposes, created modern telecommunications systems, cutting-edge medical technologies which allowed reading the genetic code, and most importantly this civilization set the high living standards for people protecting their rights and freedoms. This is what I am absolutely positive about having no intention to insult religious beliefs of any people. At the same time, I firmly believe that people belonging to different confessional, cultural and civilizational communities can also be proud of both Christian and European culture and their own civilizational values since all such cultures and values form the unique heritage of the humankind.

However, an irreversible process of blending cultures, races and nations is under way in the world. Long-term observations show that the gene pool is not deteriorated as a result of such blending, quite the opposite, it is enriched by added diversity and variability.

Nationality and citizenship play the fundamental role in the life of every person. They are the principal categories upon which civil, social and political rights are based. First and foremost we should clarify the meaning of the terms "nationality" and "citizenship". In many modern countries the term "nationality" implies both citizenship and a person' ethnicity, but the latter may be different from the titular ethnic nation, sometimes even in terms of racial and religious affiliation. For example, citizenry of the Russian Federation or France, apart from the titular nation representatives, may also include naturalized individuals and not only the ones in the first generation – Koreans, Chinese, Arabs, natives of Africa, etc. Thus, in the modern world the priority is given to the legal status of an individual determined by the citizenship rather than by a person's ethnic and national origin. At present mono national states are rare, however they do exist due to a number of factors: historically such a state was formed on a mono ethnic basis; its economy is poorly developed; it has high unemployment rate, poor living standards, harsh climatic conditions; the country is isolated from other global cultures and economies; its communication systems fail to work properly; there is no democracy, political and civil institutions are inefficient; and all these factors taken together give rise to high crime rates, lack of personal protection, property insecurity, xenophobia, religious intolerance, etc. Given that all such criteria describe an "inefficient" state we can say that there is no other chance for its citizens to flourish but to flee, emigrate, change their place of residence, taking refuge in more prosperous countries. The above factors could hardly make such country attractive for foreigners as well.

On the other hand, most countries with developed market economy and mature democracy, efficient and effective legal mechanisms such as the USA, the UK, France, and Germany ensure high living standards for their citizens, and for this reason are very attractive for emigrants from various countries. That is why such countries are multi ethnic, with the titular nation and ethnic group gradually decreasing in numbers. Some other countries, such as Russia, Spain, or the UK evolved historically as multi ethnic states with one prevailing ethnic group represented by the Russians dominating in Russia, the Castilians dominating in Spain, and the English

dominating in the United Kingdom. If beginning from the 18th-19th centuries to the middle of the 20th century the world witnessed the constant evolvement of national states, upon the end of the Second World War most European countries (and the USA earlier) have become supranational by nature. That means that priority is on the citizenship, whereas the ethnic factor is only of personal and/or moral nature. Should a person be a citizen of the country that is not his/her place of ethnic origin, he/she is obviously subject to the jurisdiction of the country of citizenship. Moreover, if under certain circumstances the interests of the country of his/her ethnic origin conflict with the interests of the country of citizenship, such an individual must perform his/her civil duties to the country of citizenship, even if it comes to military actions. Otherwise, he/she will be held liable, subject to arrest and/or punishment depending on the type of felony. In multi ethnic countries it is for an individual to decide the question of a personal ethnic, religious and political identification, provided that such individual remains fully liable to the country of citizenship. The country's constitution provides him/her with rights equal to the rights of other citizens.

There are many examples when, being ethnically or even racially different from the titular nation, an individual becomes a political leader in the country of citizenship. Let me take as example Barack Hussein Obama, Nicolas Sarkozy or some others. Aren't they the best confirmation that ethnic origin is a factor secondary to the factor of citizenship? But it is true only with respect to developed countries with mature democracy and efficient political institutions. In the environment of developing democracies (*e.g.* Russia), antipathy of a significant part of the population towards persons not belonging to the titular nation makes full equality of citizens in all aspects of the social and political life impossible. It is hard to imagine that in today's Russia a Georgian or a Jew, an Uzbek or an Armenian can be elected to a policy-making political position, let alone become the first executive of the country.

It is unreasonable to draw historical parallels with the Soviet Union, because the time was different and priority was given not to the nationalities but political class factor.

At the same time I would like to note that the factor of religious affiliation shapes the identity of a person, even if he/she is far from being religious, more deeply than his/her ethnic origin. Let us consider, theoretically, whether it is possible that tomorrow a non-Christian, even if he/she declares being irreligious and secular, can become the president of, say, France or the USA. This fact will put the voters off him/her. I am sure that if Barack Obama had not declared himself to be of the Christian religion, whatever his political talent might be he would not have got more than 3% of votes. Those 3% are the number of Muslims living in the USA. Out of 44 presidents of the USA only one did not belong to the Protestant branch of Christianity, it was John Fitzgerald Kennedy, and among all US presidents there were no Jews despite their significant number (6 million) and political activity or anyone belonging to another religion.

The issue of identifying a person's ethnicity is of great interest in political theory. The answers are many. Let us group them as follows: 1) whether a person has cultural

ties and speaks the language of a particular ethnic group; 2) whether a person shares the destiny of this ethnic group or, in wider terms, this nation. In other words, the nationality identification is a personal issue of an individual, regardless of his/her place of residence. Therefore, the nationality identification is a private matter caused by civilizational needs and mentality of an individual.

Things become much more complicated when the country of ethnic origin and the country of which a person is a citizen represent different civilizational environments, such as Christianity, Islam, Judaism or Buddhism. Christians quickly assimilate in common Christian environment, especially if the country of residence is better developed in terms of culture and economy than the country from which a person comes. One or two generations have passed, and a person already thinks in the language of the host country and shares the interests and cultural needs of that country. My opinion is based on the example of such an assimilation-resistant nation as the Armenians. The reason why I do not take the Jews as an example is that if a Jew is religious (he/she is a Judaist), he/she is in an alien environment. The first step towards assimilation with the dominating population (nation) is rejection of one's religion if it differs from the dominating religion in the host country, and only after that full alignment with a local environment, embracement of cultural and other values, local social customs and lifestyle can take place.

A significant number of Jews have converted to Orthodoxy in Russia, Protestantism in the USA or Catholicism in Europe, others have remained irreligious. If a Jew ceases to be a Judaist, in one or two generations there will be full assimilation, personal fusion with a local population, though we cannot exclude certain perception by the individual of some ethnic duality.

Centuries of the Armenians' living in Muslim environment, their perfect knowledge of local languages and customs, sometimes high social ranks could not persuade them to embrace Islam[1]. However in Russia, even more so in the USA, very few of Armenians remain representatives of their ethnic group in the third generation, perhaps they preserve only their surnames and recollections of their grandparents who spoke Russian with an accent. In many cases, under a non-Russian surname the ethnic origin is indicated as Russian. I have to note that living in Russia with a Russian surname is more comfortable than with a foreign one. Unfortunately, this is a simple fact that does not need proving. Therefore, it is possible to say that the main obstacle to globalization processes, absorption or assimilation of smaller societies into the large ones is the religious and civilizational difference and not the ethnic one. A radical change of one's religion affiliation, such as conversion from Islam to Christianity or vice versa, involves more than change of nationality. That means complete de-identification of a person, revision of values and mentality, reconsideration of one's place not only in social environment but in life on the whole. The core of any personality is the way of thinking, perception of oneself as a person, where the key criterion is the personal liberty, endless and infinite for one's soul but strictly regulated by law from perspective of social behavior. That means that a citizen of a civilized country must obey only the legitimately enacted law irrespective of his/her ideological, religious

and political affiliation. If I converted to another religion, for example Islam, which I respect, I would lose my self-identity and freedom of conscience, since I would have to worship the God[2] created by the spiritual and behavioral canons that are alien to me. I am totally against it. I myself determine my way of living, and I myself decide what I should do and what I should not do. Any religious behests, especially if they are, like in Islam, strictly mandatory for an individual and entail punishment (up to death penalty) for apostasy, are absolutely unacceptable for me. Being a completely non-religious person I am grateful to my destiny for having been born in such a civilizational environment where freedom of conscience is up to me to decide. I can take to Buddhism, embrace it, get disappointed, reject it, become a Christian, get disappointed, reject it. In Islam, you cannot get away with such an attitude, you can be punished, and the punishment may be very severe. And this already means the loss of freedom. Only the law and my conscience determine the limits of my freedom. But of course, this is true in theory. In practice, there are hundreds of moral, ethical and ideological restrictions and conventionalities that an individual accepts voluntarily or, under certain circumstances, involuntarily.

I would like to note that there is a considerable number of Catholics or Protestants among Russians, Georgians, Armenians, Ukrainians, etc., but this fact does not dissociate them from their national cultures. There are many families where the husband is a Catholic and the wife is an Orthodox Christian, which does not preclude them from choosing their faith for themselves. This is certainly impossible in the case of a Muslim family. There is only one decision in such a case: the Christian must abandon his/her faith.

Does ethnic origin affect the character and behaviour of an individual? It certainly does. Ethnic origin does not involve only the place of birth, geographic latitude, or landscape, but also implies a distinct genetic code, ties to a specific subculture, more or less obviously different from a subculture of other ethnic groups. All these factors shape the character, way of thinking, temperament, even appearance of an individual.

It is common knowledge that despite the general similarity of people and races, they differ from each other in many ways. Who would assert that the Russians, Ukrainians, Georgians, or Greeks (all being representatives of the Orthodox branch of Christianity) do not differ from each other, that they are a uniform community living according to the same rules? The Russians, Ukrainians, Belarusians and others do have their own distinctive feature, dominants in their character, mentality, behavior. This issue is definitely not simple, very slippery, even dangerous if misinterpreted, and there can be no fixed solutions, but it would be a mistake to claim that there are no differences between the Belarusians and the Ukrainians, the Poles and the Germans, the Georgians and the Greeks. The differences do exist and there are lots of them. But the differences between these and other Christian nations, whether they live in the north or in the south, are insignificant and not so fundamental as the differences between them and Islamic nations. Will the present-day world using its strict economic laws, common monetary, financial and telecommunication systems

be able to bring together these two worlds that are in many respects antipodal, make them cooperate and co-exist without global conflicts? There seems to be no other alternative. We can only hope that this process will not last long, let us say 50-100 years, if demographic aggression and unrestrained migration caused by it cease to threaten the normal life of the Christian world.

The reality today is such that all of us do business or make friends based solely on our cultural and civilizational criteria and not on the ethnic origin of this or that person.

Thus, in the 21st century the differences between continents, nations and people do not diminish. If a person is born in a developed country with a strong democracy and a mature economy, such as the USA, Canada or the European Union, such a person has a different mentality, different criteria of legal protection, higher self-respect, bigger life opportunities, and more personal freedom. The lucky one often lives in his great-grandparents' house and is not afraid that one day someone will illegally take it away and that he will be put into prison and even get killed. He learns a second language not because he is forced to do that but out of pure interest or to increase his competitiveness. He travels around the globe with a passport opening all the borders. He spends currency which is his homeland currency. Whatever you say, inequality begins at the moment the person is born, in the place of his birth, with his ethnic origin and citizenship. Any individual will need a lot of determination, energy and talent if he wants to belong to the happy and free who perceive their society friendly and their state as true partner.

1 In 1922 Nubar Kulpekian, an ethnic Armenian from Karabakh, became the first Prime Minister of Egypt that had just gained independence. Being one of the richest men in the world, ranking among the 10 multi-millionaires of that time, he preserved his faith and nationality, remaining highly religious.

2 For me, it means the universal harmony, justice, inestimable value of human life. But I do not want to be obliged to go to church regularly, observe the fast or Ramadan, etc.

L'acquisizione della cittadinanza nei paesi della UE: problematiche e prospettive

MARIO RIBERI

1. *Cittadinanza europea, cittadinanze nazionali e flussi migratori verso l'Europa*

A vent'anni dal trattato di Maastricht, che ha introdotto la cittadinanza europea, è lecito chiedersi se l'obiettivo di «rafforzare la tutela dei diritti e degli interessi dei cittadini dei suoi Stati membri mediante l'istituzione di una cittadinanza dell'Unione[1]» sia stato raggiunto. Infatti nel corso degli anni tali finalità sono andate via via ridimensionandosi: il termine cittadinanza non è più menzionato esplicitamente nel trattato di Lisbona, anche se viene in qualche modo richiamato[2]. Si tratta di una domanda legittima, perché rispondere ad essa significa non soltanto esaminare la questione della cittadinanza sotto il profilo del diritto comunitario, ma esprimere un giudizio sull'attuale stato di salute politico ed economico dell'Unione Europea.

Nel 2001, con la sentenza Grzeleczyk[3], la Corte di Giustizia Europea aveva dichiarato, con una formula fortunata e ripresa più volte, che «lo status di cittadino dell'Unione è destinato a essere lo status fondamentale dei cittadini degli Stati membri». Questa necessità di comprendere in tale status i cittadini comunitari si era già imposta durante la Conferenza intergovernativa del 1991[4] ed era legata all'ambizioso progetto di costituire un'Unione Europea più politica che economica, obiettivo che non poteva essere conseguito se non attraverso un forte consenso popolare. In questo senso, perciò, occorre capire se la cittadinanza sia un principio irrinunciabile o se sia soltanto uno strumento per servire gli interessi dell'Unione politica, per conferirle un'immagine di maggior democraticità[5]. In ogni caso, poiché si trattava di aumentare il senso di appartenenza all'Unione e, allo stesso tempo, di rafforzarne la legittimazione, l'istituzionalizzazione di questo nuovo status giuridico mirava a consolidare e sviluppare l'identità europea, nonché a consentire ai cittadini dell'Unione di essere più coinvolti nel processo di integrazione. «Noi non coalizziamo Stati, ma uniamo uomini»,

aveva affermato Jean Monnet nell'esergo dei suoi *Mémoires*[6].

Presentata dal trattato di Maastricht come uno degli obiettivi dell'Unione, la cittadinanza europea è stata intesa dalla dottrina come una risposta alle accuse di deficit democratico[7]: i singoli soggetti appartenenti alle varie nazioni degli Stati membri non potevano essere considerati soltanto come dei semplici componenti dell'Unione Europea, ma dovevano diventare veri e propri cittadini, riconosciuti come tali dai trattati e soprattutto dalla Corte di Giustizia Europea. Questa innovazione essenziale era emersa come uno degli indici più rilevanti del processo di costituzionalizzazione del sistema comunitario[8].

Tale visione ampia e idealistica della cittadinanza europea deve essere però confrontata con un'altra, forse più limitata ma maggiormente realistica: quella dei cittadini comunitari che, essendo migrati da uno Stato membro a un altro, sono divenuti titolari di diritti civili, politici e sociali, in aggiunta al loro diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio dell'Unione Europea. Sono questi soggetti a volere rivendicare ed esercitare i diritti connessi a questo nuovo tipo di cittadinanza[9]. La Corte di Giustizia ha prodotto un'ampia giurisprudenza in materia, anche se talvolta in modo confuso e contraddittorio, che mostra come la libera circolazione rimanga la prerogativa principale dei cittadini europei: si tratta di sentenze che fanno coesistere diversi regimi di libertà di movimento, difficili da distinguere tra loro. Alcuni commentatori[10] lamentano che non vi sia una separazione netta tra la libera circolazione, riservata ai cittadini dell'Unione, e le restrizioni imposte ai migranti provenienti dai paesi terzi, perché tra questi due regimi coesiste una molteplicità di situazioni.

Casi recenti, come la sentenza Zambrano[11], hanno mostrato il dinamismo della CEG, che non ha esitato a concedere il diritto di soggiorno al cittadino di uno stato terzo che sia genitore di minori cittadini di uno Stato dell'Unione. Questa creatività ha suscitato grandi entusiasmi rapidamente frenatisi, e tale approccio è stato criticato per non essere coerente e sufficientemente sistematico. Denis Martin[12], membro del servizio giuridico della Commissione europea, ha rilevato come la giurisprudenza della Corte sollevi diversi interrogativi, perché se essa da una parte riconosce nuovi diritti alle famiglie di cittadini europei le quali provengono da paesi terzi, dall'altra ha spesso privilegiato i cittadini inattivi rispetto ai lavoratori che all'interno dell'Unione esercitano la loro libertà di movimento. Martin inoltre si è domandato se «lo statuto fondamentale» introdotto dalla sentenza Grzelczyk e frequentemente ripreso dalle sentenze della Corte non sia in realtà un'«illusione», in quanto il richiamarsi ad esso non ha impedito o una regressione dei diritti di alcune categorie di cittadini comunitari (lavoratori o «destinatari di servizi»[13]) o, in altri casi, il godimento da parte dei cittadini di paesi terzi di diritti più ampi rispetto a quelli esercitati dai cittadini degli Stati dell'UE.

Ciò si verifica perché la caratteristica della cittadinanza europea è quella di sovrapporsi o aggiungersi alla cittadinanza nazionale, integrandola ma non sostituendola. Infatti essa deriva dalla cittadinanza di uno Stato membro, senza che sia necessaria alcun'altra condizione aggiuntiva, come ad esempio il luogo di residenza. Inoltre, essendo inseparabile dalla cit-

tadinanza nazionale, il fatto di possedere la cittadinanza di uno Stato membro è un presupposto essenziale ed inderogabile per rivendicare la cittadinanza dell'Unione[14]. Per i sostenitori delle istanze federaliste nel 1992 l'istituzione della cittadinanza ha comportato un'implicita scelta a favore di un'Unione federale, poiché la volontà di stabilire un rapporto diretto tra l'Unione e i suoi cittadini non poteva prescindere da tale approccio. Ma i governi nazionali non hanno appoggiato tale opzione, ritenuta una minaccia alla sovranità statuale. Il concetto di cittadinanza divenne perciò un elemento del dibattito tra federalisti e nazionalisti: i primi sono riusciti ad inserire la cittadinanza nel Trattato, ma i secondi hanno limitato la portata innovatrice di questo concetto svuotandolo ampiamente dei suoi contenuti. La parte seconda del Trattato di Maastricht, dedicato alla Cittadinanza dell'Unione, rispecchia queste due opposte posizioni: da una parte si legge la volontà politica di creare e stabilire lo status di cittadino dell'Unione, ma dall'altra si nota il rifiuto di dargli un preciso significato e di dissociarlo dallo stato nazionale.

In base a tali presupposti è evidente come la prerogativa più importante della cittadinanza europea sia rappresentata dalla libera circolazione delle persone. Naturalmente, in questo settore gli Stati membri possono introdurre misure d'eccezione per contenere o controllare i flussi delle persone, in caso di problemi riguardanti l'ordine, la sicurezza e la morale pubblica. A ciò si aggiungono gli impedimenti alla libera circolazione delle persone, negoziati come deroghe temporanee con i nuovi Stati membri in occasione della loro adesione all'UE nel 2004 e nel 2007[15].

Tuttavia, malgrado i significativi progressi compiuti dopo l'attuazione degli Accordi di Schengen[16], che sostituivano le norme risalenti agli anni Cinquanta, la libera circolazione è ancora lungi dall'essere pienamente realizzata. Infatti, perché questo diritto trovi una completa attuazione, si deve prima applicare in tutta l'Unione Europea un pacchetto di norme relative ai temi della libertà di movimento incluse nell'*acquis*, le quali comportano la soppressione effettiva dei controlli alle frontiere interne. Allo stesso tempo si deve mantenere il coordinamento a livello europeo delle politiche di visti, asilo e immigrazione, in modo che la libera circolazione non generi contraccolpi negativi in termini di sicurezza.

D'altro canto la creazione di uno spazio comune di libera circolazione pone gli Stati membri, oltre che dinanzi a nuove sfide, anche di fronte alla consapevolezza che il comportamento di ciascuno di essi può avere ripercussioni sugli interessi dei partner e che dunque è fondamentale tenerne conto nel definire ed attuare le proprie politiche di immigrazione, integrazione e asilo. Benché questo accordo di massima sia una necessità che risulta evidente dall'analisi dei dati sull'immigrazione in Europa, elaborati da Eurostat (l'ufficio statistico dell'Unione) nel rapporto del dicembre 2009, ad esso però non corrispondono né un medesimo punto di vista sul peso che occorre attribuire alla politica migratoria, né azioni comuni specifiche attraverso cui attuarla concretamente. Ciò dipende, ovviamente, dalle caratteristiche che il fenomeno migratorio ha assunto nelle società degli Stati membri e dalle modalità in cui viene disciplinata una questione alla quale sono connesse problematiche di

natura particolarmente delicata. Tuttavia, indipendentemente da tale disomogeneità, l'intervento dell'UE in questo campo è divenuto non soltanto necessario ma inevitabile a partire dal momento in cui sono stati rimossi i controlli alla circolazione delle persone tra gli Stati membri. Così, in Europa le politiche migratorie rimangono diverse e sono influenzate dall'esperienza che i singoli Stati hanno su questa materia: per alcuni – come Francia, Regno Unito e Germania – non si tratta di un fenomeno nuovo, ma risalente agli anni Cinquanta; altri paesi, invece, soltanto a partire dagli ultimi decenni del Novecento hanno affrontato flussi migratori sempre più consistenti, tra i quali quelli provenienti da Stati recentemente entrati a fare parte dell'Unione Europea, come Romania e Bulgaria. Di conseguenza, risulta praticamente impossibile fornire un modello unico del fenomeno migratorio in Europa e, perciò, per descriverlo in modo esauriente, è necessario fare riferimento alle situazioni demografiche dei diversi Stati.

Secondo gli ultimi dati elaborati da Eurostat nel già citato rapporto del 2009, la popolazione immigrata è aumentata dal 2008 tre volte in più rispetto alla crescita naturale[17]. In totale, gli stranieri che vivono nel territorio dell'UE sono 31 milioni, pari al 6,2% dell'intera popolazione dell'Unione[18]. Oltre un terzo dei non cittadini nell'UE a 27 nazioni, e cioè 11,3 milioni di persone, sono cittadini di altri Stati membri. Tra questi ultimi è in aumento il numero dei rumeni, passato da 300.000 mila persone nel 2001 a 1,7 milioni nel 2008[19]. Il secondo gruppo rilevante di stranieri è rappresentato da più di 6 milioni di persone provenienti dai Paesi europei non membri dell'UE, soprattutto dai Paesi dell'Est. Seguono quasi 5 milioni di africani e 3,7 milioni di asiatici. Tuttavia, le più grandi comunità di immigrati nel continente europeo rimangono quelle provenienti dalla Turchia con 2.419.000 persone, dal Marocco con 1.727.000 e dall'Albania con 1.015.000, alle quali fanno seguito la Cina con 621.000 persone, l'Ucraina con 602.000, l'Algeria con 594.000, l'India con 512.000, l'Ecuador con 511.000 e la Serbia e il Montenegro con 473.000 persone[20].

In tale contesto, nel 2011, una nuova ondata migratoria è arrivata in Europa in seguito ai fatti della cosiddetta "Primavera araba". L'accaduto ha costituito motivo di preoccupazione, anche per il fatto che dai dati ufficiali pubblicati da Eurostat risulta che gli ingressi in Europa sono 1.200.000 all'anno, senza contare quelli illegali che si aggirerebbero intorno ai 500.000, una stima probabilmente per difetto, come affermano anche le organizzazioni non governative. Sono proprio questa situazione e la dimensione del nuovo flusso migratorio ad avere provocato reazioni contro il processo di unificazione europea, ma soprattutto contro le decisioni prese a Schengen, inducendo un effetto politico molto forte: la Francia ha deciso di ripristinare controlli alla frontiera con l'Italia, mentre la Danimarca ha infranto gli accordi di Schengen e stabilito, unilateralmente, di ripristinare i controlli alle frontiere con la Svezia e la Germania. Il 7 giugno del 2012 è stato raggiunto un compromesso che prevede, in circostanze eccezionali, una sospensione del trattato[21]: il ripristino dei controlli sui confini interni può durare sei mesi ed essere rinnovato per altri sei; i paesi dell'UE potranno ristabilire, in via provvisoria, tale vigilanza anche nel caso in cui uno dei paesi

della Comunità stessa non sia in grado di regolamentare i flussi migratori. In sostanza, qualora si verifichi una nuova grande ondata migratoria in Italia, che arriva dalla Sicilia o da altre sue coste, ed i paesi limitrofi – Francia ed Austria – ritengano che ciò possa compromettere anche la loro sicurezza, essi sono autorizzati a rimettere in funzione le frontiere nei confronti dell'Italia.

2. *L'accesso alla cittadinanza nelle nazioni UE: profili comparatistici*

Numerosi sono gli studi riguardanti le politiche sulla cittadinanza dei paesi dell'Unione Europea. In questa sede, ne saranno esaminati due: quello del sociologo franco-americano Marc M. Howard, pubblicato alla fine del 2009, e i risultati del progetto NATAC[22] del 2007, al quale peraltro anche Howard dichiara di avere fatto ricorso sottolineando il quadro metodologico comune all'interno di cui lui stesso ed i ricercatori europei hanno operato.

Entrambe le ricerche si propongono di evidenziare modalità e linee di tendenza che accomunano le disposizioni messe in atto in materia di cittadinanza da parte dei quindici paesi che per primi hanno fatto parte dell'UE. Anche i due criteri di valutazione di cui si avvalgono – l'incidenza dello *ius soli* e la durata del requisito della residenza – sono i medesimi. A questi, però, lo studioso franco-americano aggiunge la presenza della possibilità di ottenere la doppia cittadinanza. I due studi giungono a conclusioni che si possono definire abbastanza simili nel raggruppare i quindici paesi esaminati in ragione della maggiore o minore restrittività delle loro politiche in materia di acquisizione della cittadinanza. Howard li classifica in tre categorie: restrittiva, liberale, media. Il progetto NATAC li raggruppa in quattro categorie che identificano con maggiore precisione le situazioni intermedie, introducendo quelle di paesi semi-restrittivi e semi-liberali. Da queste analisi emerge la sostanziale difficoltà di individuare stabilità e tendenze coerenti di sviluppo delle norme in materia di accesso alla cittadinanza in vigore dal 1985 al 2004, dato che, a partire dalla seconda metà degli anni Novanta, in questi paesi esse sono state oggetto di un dibattito politico sempre più intenso e di numerose riforme e revisioni.

Come accennato, la valutazione di Marc Howard riguarda i 15 paesi costituenti la Comunità europea nel 2003[23]: ne sono infatti rimasti fuori i paesi per i quali il vertice di Copenaghen (12-13 dicembre 2002) sancì l'allargamento dell'Unione Europea che, attualmente, risulta costituita da 28 membri. Entro il primo semestre del 2004, infatti, furono inclusi nell'Unione altri dieci Stati (Polonia, Ungheria, Repubblica Ceca, Slovacchia, Slovenia, Estonia, Lettonia, Lituania, Malta e Cipro), mentre l'adesione di Romania e Bulgaria fu rinviata al 2007, a causa della loro situazione economica ancora insoddisfacente, e, nel 2013, infine, è entrata nell'Unione anche la Crozia. Tuttavia, a proposito delle nazioni ammesse a far parte dell'UE dopo il 2003, occorre tener presente che, ad eccezione dell'Estonia, la quale ha al suo interno una forte minoranza russa, esse non presentano immigrazioni significative da paesi extracomunitari.

Per valutare la politica europea sulla cittadinanza, il sociologo ha elaborato un indice (CPI–Citizenship Policy Index) consistente nella somma dei punteggi attribuiti ai seguenti tre fattori:

- la presenza della garanzia dello *ius soli*, e cioè della possibilità per i figli di non cittadini, nati nel territorio del paese in cui essi risiedono, di acquisire la cittadinanza di questo paese (o immediatamente alla nascita o automaticamente dopo un certo numero di anni di residenza);

- la durata minima del requisito "residenza" per la naturalizzazione (tanto per gli immigrati stessi quanto per i coniugi immigrati che hanno sposato cittadini della nazione in cui soggiornano);

- la possibilità per gli immigrati naturalizzati di possedere la doppia cittadinanza.

Secondo Howard, il criterio decisivo per stabilire quanto sia liberale la politica sulla cittadinanza di un paese è il conseguimento automatico della cittadinanza alla nascita sul suo territorio da parte dei figli di immigrati (ovvero immigrati di "seconda generazione" o "terza generazione"). All'atto pratico, il modo in cui i paesi riconoscono lo *ius soli*, malgrado la condizione di immigrati dei genitori, è molto variabile: i paesi europei più tolleranti impongono certe condizioni e requisiti, solitamente collegati alla durata della residenza legale dei genitori[24] L'indice di Howard tiene conto tanto dello *ius soli* alla nascita (l'automatico ottenimento della cittadinanza alla nascita da parte dei figli di immigrati) quanto dello *ius soli* dopo la nascita (la garanzia di ottenere la cittadinanza ad una certa età e/o dopo un certo numero di anni di residenza), assegnando ad essi punteggi distinti, di cui quello finale è la media.

Un'altra componente fondamentale della politica di un paese in materia di cittadinanza riguarda la trasparenza e la facilità con cui i residenti stranieri possono diventare cittadini naturalizzati. I requisiti per la naturalizzazione, pur variando dall'uno all'altro paese, presentano alcune caratteristiche comuni: innanzi tutto, il requisito della residenza – ovvero il numero di anni di residenza legale in un paese, necessario per richiedere formalmente la cittadinanza –, talvolta la conoscenza della lingua del 'nuovo' paese e/o della sua storia, il reddito sufficiente, la buona reputazione, l'assenza di precedenti penali e il giuramento di lealtà. L'indagine di Howard non ha potuto tenere conto di dati – quali il numero e il tipo di richieste di cittadinanza prodotte nei vari paesi, la percentuale di accettazioni e di rifiuti, nonché le relative motivazioni – che sarebbero stati utili al fine di un'analisi statistica comparativa, ma che di fatto erano indisponibili. Così, il requisito della residenza, nonostante sia un indicatore incompleto, è risultato per Howard un criterio di misurazione significativo attraverso il quale valutare come i requisiti per la naturalizzazione cambino da un paese all'altro[25]. Infatti, per quanto riguarda la residenza, l'indice della politica sulla cittadinanza tiene conto di due elementi: il numero di anni occorrenti ad un migrante per diventare cittadino ("naturalizzazione per immigrazione") e il tempo richiesto ad un migrante per la "naturalizzazione per matrimonio"[26]. Inoltre, il punteggio attribuito a questo fattore penalizza i paesi che hanno aggiunto i succitati requisiti di "integrazione civica", che rendono più difficile la naturalizzazione, come la conoscenza obbligatoria della lingua e il superamento di test sulla storia e la cultura del paese ospitante. Anche dei punteggi assegnati alla naturalizzazione per immigrazione ed a quella per matrimonio viene fatta una media, ottenendo un punteggio combinato di naturalizzazione.

Il progetto NATAC, nonostante l'analisi dettagliata delle norme in materia di accesso alla cittadinanza in vigore dal 1985 al 2004 nei 15 paesi membri dell'UE ne abbia evidenziato la mancanza di stabilità e di coerenza, individua due elementi principali in base ai quali definirne la maggiore o minore apertura alla naturalizzazione degli stranieri. Come per Howard, essi sono:

- il requisito dalla residenza;
- il requisito dello *ius soli*, ovvero se e in quale misura questo principio viene applicato alla seconda generazione nata e/o cresciuta nel paese.

Utilizzando questi dati vengono individuati quattro gruppi di paesi. Il primo gruppo è connotato da politiche di tipo restrittivo, che subordinano l'accesso alla cittadinanza a lunghi periodi di residenza, estendendoli anche alle seconde generazioni. Di esso fanno parte sia paesi dell'Europa centro-settentrionale, come Germania, Austria e Danimarca, sia paesi dell'Europa meridionale, come Italia e Grecia: tra di essi Grecia e Danimarca risultano senza dubbio i due stati più restrittivi[27].

Il secondo gruppo, definito semi-restrittivo, oltre che da Irlanda e Belgio, è costituito dalle nazioni cattoliche dell'Europa meridionale di antica tradizione coloniale, come la Spagna e il Portogallo, che prevedono requisiti abbastanza severi per la concessione della cittadinanza agli immigrati di prima generazione, ma sono meno rigide per la naturalizzazione dei loro figli[28].

Il gruppo di paesi denominato semiliberale, e cioè Lussemburgo, Svezia e Finlandia, è caratterizzato da una mescolanza di norme liberali in materia di naturalizzazione, attenuate da restrizioni nei confronti delle seconde generazioni[29].

Il quarto è il gruppo dei paesi liberali, come Gran Bretagna, Olanda e Francia, che, avendo fondato nell'età moderna imperi coloniali multietnici e multiculturali, hanno sperimentato lo *ius soli* e continuano ad utilizzarlo per far accedere più facilmente alla cittadinanza i loro ex-sudditi. Queste nazioni si contraddistinguono per la presenza di clausole favorevoli alla naturalizzazione: 5 soli anni di residenza ed estensione dello *ius soli* ai nati sul territorio da genitori stranieri[30].

La recente evoluzione legislativa dei paesi che, in base alle norme di accesso alla cittadinanza rientrano in questi quattro gruppi, evidenzia però alcuni orientamenti comuni, sia in senso liberale che restrittivo[31]. Va in direzione liberale la tendenza ad accettare la doppia nazionalità e ad eliminare progressivamente le limitazioni a questo diritto: in Austria, Danimarca, Germania, Lussemburgo, Olanda e Spagna, a tali norme, che sono state mantenute, si consentono frequenti deroghe. Sintomo di una tendenza restrittiva appare, invece, la crescente importanza attribuita a requisiti quali la conoscenza della lingua e delle istituzioni del paese di residenza. Sono ormai 11 i paesi in cui sono stati introdotti test e prove di questo tipo: tra gli ultimi ad approvare leggi al riguardo, la Francia e l'Olanda nel 2003. Ciò significa che l'acquisizione della cittadinanza in molte nazioni europee è collegata alla dimostrazione da parte del soggetto richiedente di essersi integrato nel paese in cui risiede[32]. Ugualmente restrittive sono le modifiche apportate in molti paesi, a partire dal 1990, alle norme relative all'acquisizione della cittadinanza attraverso il matrimonio, per evitare che esse facilitino nozze di comodo. Come negli altri casi riveste un ruolo prioritario la di-

mostrazione della conoscenza della lingua e/o della cultura del paese di residenza, ma diversi paesi hanno aumentato il periodo di residenza e/o la durata minima del matrimonio. Su quest'ultima materia la legislazione italiana è più aperta: i coniugi stranieri di cittadini italiani possono diventare cittadini italiani dopo due anni di residenza nel paese o, in alternativa, tre anni di matrimonio (art. 5 c. l. n. 91/1992). Tuttavia, a differenza di quanto avviene in altri paesi europei, l'Italia non prevede alcuna norma specifica per i partner conviventi[33].

Infine, oltre al già citato soddisfacimento di requisiti di "integrazione civica", anche il pagamento di tasse specifiche risulta in molti paesi particolarmente rilevante nel rendere più o meno restrittivo l'accesso alla cittadinanza, disincentivando o ostacolando la naturalizzazione[34].

Come ricordato all'inizio di questo paragrafo, secondo Howard una componente strettamente correlata alla politica della cittadinanza, e perciò uno dei tre fattori sulla base dei quali egli ne valuta la maggiore o minore restrittività, riguarda il fatto che i paesi consentano ai loro cittadini di possedere o meno la doppia cittadinanza[35]. In proposito, il sociologo sottolinea l'esistenza di una distinzione fondamentale tra paesi che consentono la doppia cittadinanza principalmente ai loro emigrati, e paesi che consentono ad immigrati della prima generazione di diventare cittadini naturalizzati pur mantenendo ancora la loro cittadinanza originaria. Nel primo caso, la concessione della doppia cittadinanza spesso serve a mantenere e promuovere rapporti culturali e linguistici con soggetti residenti permanentemente in un altro paese. Nel secondo, si tiene conto dell'integrazione di stranieri come cittadini naturalizzati che progettano di vivere, lavorare e stabilirsi permanentemente nel paese ospitante, e ciò comprova significativamente la realizzazione di una politica liberale in materia di cittadinanza.

Proseguendo nell'analisi delle politiche sulla cittadinanza, occorre fare una distinzione tra paesi europei, come Francia, Regno Unito e Olanda, che, avendo un passato coloniale, dopo la seconda guerra mondiale sono stati interessati da consistenti flussi migratori in conseguenza della decolonizzazione, ed altri che, come la Germania, hanno conosciuto fenomeni migratori in relazione allo sviluppo industriale legato alla ricostruzione postbellica. Se Francia e Regno Unito sono paesi "storicamente liberali" in campo politico, ciò non significa che attualmente non esistano problemi riguardo alla cittadinanza. Al contrario, forse proprio a causa delle loro tradizioni relativamente generose nella concessione di questa, l'argomento è diventato oggetto di controversie e dibattiti sia tra le diverse forze politiche sia tra la popolazione. L'analisi di questi due casi ne mette in evidenza le specificità: in Francia, in particolare, le modifiche alla normativa sulla cittadinanza, intervenute negli anni Novanta a causa delle diverse politiche dei governi che si sono alternati al potere; nel Regno Unito, l'eredità complessa e di lunga durata dell'Impero Britannico. In generale, si rileva che, anche in paesi con una tradizione di maggiore inclusività, le politiche liberali sulla cittadinanza non sono né completamente acquisite né immodificabili in senso restrittivo.

Il modello di integrazione francese è orientato alla trasformazione degli immigrati in cittadini della Repubblica. Ciò implica due ordini di conseguenze: innanzi tutto, poiché in Francia prevale lo *ius soli*, la

cittadinanza non è etnicamente caratterizzata e, perciò, non è collegata strettamente alla comunità nazionale intesa come 'stirpe'; tuttavia, proprio da questa concezione è derivata la tendenza all'assimilazione culturale degli immigrati attraverso strumenti di socializzazione, quali esercito o scuola, il cui scopo era di creare una forte identità nazionale, mediante l'educazione ai valori e al patriottismo repubblicano. Nel caso del Regno Unito, uno dei paesi europei che ha maggiormente assorbito forme di emigrazione intercontinentale, il modello di integrazione differisce da quello francese sotto molti punti di vista. In primo luogo, la causa fondamentale dei movimenti di persone verso l'Inghilterra non sono stati gli squilibri demografici interni, bensì le crisi politiche dei paesi del Commonwealth. Secondariamente, nei confronti degli immigrati il governo inglese si è sempre attenuto ad obiettivi modesti, limitandosi a disciplinare i comportamenti degli stranieri residenti in Gran Bretagna, senza pretendere una loro completa "naturalizzazione" sotto il profilo culturale. Il multiculturalismo costituisce, perciò, un elemento tipico del modello inglese, che ha il suo fondamento sia nella cultura politica del paese, in cui si è sviluppato il rispetto delle controparti, sia nella natura dei rapporti all'interno del Commonwealth. Anche tale progetto, come quello francese, in parte corrisponde alla politica coloniale e in parte la continua sul territorio metropolitano, ma, mentre questa politica, nel caso della Francia subordina la concessione della nazionalità all'uniformarsi da parte dei nuovi cittadini alle tradizioni storico-giuridiche della Repubblica, nel caso del Regno Unito è maggiormente rispettosa dell'identità culturale e delle consuetudini locali dei paesi di provenienza dei migranti[36].

I casi di Germania e Italia, valutati da Howard tra i paesi europei più restrittivi, presentano alcune affinità sotto diversi aspetti. In primo luogo, le disposizioni sulla concessione della cittadinanza di entrambi i paesi evidenziano una prevalenza dello *ius sanguinis* sullo *ius soli*. In Germania, ciò è avvenuto per venire incontro alle richieste dei cosiddetti *Aussiedler*, vale a dire i "tedeschi per origine etnica", che – nel secondo dopoguerra e dopo il 1989 – furono riconosciuti, in quanto tali, come aventi diritto alla cittadinanza tedesca. In Italia, per rispondere alle istanze dei connazionali emigrati all'estero nel corso del Novecento e dei loro discendenti, la legge del 1992 ha continuato a far prevalere il principio dello *ius sanguinis*. Così in queste due nazioni le politiche sulla cittadinanza hanno tenuto prioritariamente conto dell'elemento "coetnico" piuttosto che indirizzarsi alla piena integrazione dei lavoratori immigrati. In secondo luogo, in entrambi i paesi, il modello di integrazione degli stranieri è stato piuttosto rigido: è prevalsa un'impostazione 'lavoristica' per cui gli immigrati sono considerati lavoratori ospiti temporanei, ritenendo che i compiti istituzionali dello Stato consistano esclusivamente nell'estensione dei diritti e delle garanzie economico-sociali, e non comportino la concessione della cittadinanza se non dopo un significativo periodo di soggiorno senza soluzione di continuità nel paese ospitante. In terzo luogo, l'esame dei casi della Germania e dell'Italia mette in risalto l'incidenza delle politiche della cittadinanza sui risultati elettorali e, quindi, la strumentalizzazione del tema dell'immigrazione da parte dei partiti per conseguire maggiori consensi.

In Italia, dove i legislatori hanno costantemente operato una netta separazione tra le disposizioni sulla cittadinanza e quelle che regolamentano l'immigrazione, queste ultime sono state influenzate da campagne elettorali, come quelle della Lega Nord, prevalentemente incentrate sul tema dell'opposizione agli immigrati. Così, il tentativo di regolamentare la permanenza dei lavoratori stranieri e le modalità di acquisizione della cittadinanza[37] è stato condizionato dalla debolezza dei partiti al governo e in seguito accantonato per non destabilizzarne le coalizioni. Tale situazione ha determinato un'inadeguatezza della legislazione italiana in materia di immigrazione rispetto a quella degli altri paesi europei, e perciò a tutt'oggi in Italia l'acquisizione della cittadinanza secondo il principio dello *ius soli* prevede per i cittadini stranieri il raggiungimento della maggiore età, se essi hanno risieduto legalmente ed ininterrottamente sul nostro territorio dalla nascita fino ai diciotto anni e se rendono un'esplicita manifestazione di volontà in tal senso entro il diciannovesimo anno[38].

Nella Repubblica Federale Tedesca, l'ostilità nei confronti dei *Gastarbeiter*, provenienti dalla Germania orientale, il cui numero era considerevolmente aumentato dopo l'unificazione, determinò l'incremento elettorale dei partiti di destra. Inoltre, nel 1998, la mobilitazione dell'opinione pubblica, voluta dai partiti all'opposizione tramite una raccolta di firme contro la doppia cittadinanza, costrinse il governo formato da SPD e Verdi ad abbandonare un progetto di riforma che avrebbe comportato l'integrazione nella cittadinanza dei bambini stranieri nati sul territorio tedesco e facilitato i diritti alla naturalizzazione degli stranieri residenti in Germania. Tuttavia la Germania, per lungo tempo considerata un paese poco sensibile alle nuove realtà demografiche ed alle pressioni verso la liberalizzazione[39], ha introdotto notevoli cambiamenti negli ultimi decenni: non soltanto ha allentato i requisiti per la naturalizzazione, ma, fatto molto più rilevante, nel luglio 2004, ha approvato un testo di legge contenente norme meno restrittive in materia di cittadinanza, pur contemperandole con le nuove esigenze di sicurezza. Per questi motivi, il sociologo Howard ha valutato la politica tedesca sulla cittadinanza come più liberale di quella italiana.

In Italia, invece, le culture delle diverse forze politiche hanno oscillato fra posizioni opposte di xenofilia e xenofobia, impedendo la formulazione di proposte realistiche per l'integrazione dei migranti[40]. Anche gli atteggiamenti della popolazione risultano diversamente orientati, dividendosi tra chi sottolinea gli aspetti problematici dell'immigrazione e reclama l'espulsione degli extracomunitari, e chi ne evidenzia soltanto le caratteristiche positive.

Conclusioni

Per fare il punto sulla questione delle identità nazionali del nostro continente nel contesto della globalizzazione, è necessario innanzitutto tenere presente che l'Unione Europea è una potenza economica globale, in concorrenza sul mercato mondiale e negli scambi con le altre nazioni e, in quanto tale, naturalmente ha bisogno di utilizzare a proprio vantaggio tutte le opportunità che si presentano in questa competizione.

Tuttavia attualmente l'UE deve affrontare le conseguenze della grave depressione economica dell'ultimo quinquennio ed assicurarsi la lealtà dei suoi cittadini attraverso la crescita della produzione e l'affermazione del proprio progetto politico. Se soltanto pochi anni fa l'unificazione rappresentava la realizzazione del desiderio di pace, di prosperità economica, di integrazione e di solidarietà dei popoli del nostro continente, oggi questa idea pare avviata al tramonto. I sondaggi in paesi tradizionalmente filoeuropei – come l'Italia, la Spagna, la Germania – mostrano un crollo vertiginoso del consenso, mentre l'esito negativo di sei referendum[41] sulla fiducia dei cittadini nelle istituzioni europee ha segnato una battuta d'arresto nella costruzione europea; per non parlare della recente sentenza del Tribunale costituzionale tedesco di Karlsruhe che, ponendosi in contrasto con il percorso evolutivo intrapreso dall'Europa per raggiungere l'unità, ha definito la UE semplicemente come un'organizzazione internazionale di Stati sovrani[42].

In una tale situazione alcuni intellettuali ed economisti da più di un lustro esprimono riserve riguardo all'unità europea, anche se in modo meno radicale rispetto al nazionalisti e ai separatisti, da sempre contrari. Tra i primi rientrano sia i fautori di un'Europa delle patrie, come il sociologo norvegese Johan Galtung, sia i sostenitori del mercato globale. Entrambi avanzano dubbi sulla concezione dell'Unione Europea come stato sovrano sopranazionale, dotato quindi di maggiori poteri rispetto all'attuale organismo comunitario. In particolare Galtung[43] considera l'Unione Europea come una nuova potenza egemone che impone ai suoi vicini una scelta *de facto*: o di essere messi da parte o di essere assorbiti come stati membri con una corrispondente perdita di sovranità. Secondo il sociologo, le opportunità per il futuro di quei pochi paesi europei che ancora non fanno parte dell'Unione, come la Norvegia e la Svizzera, dipendono in misura considerevole dalle politiche dell'Unione stessa, sia che si uniscano sia che non si uniscano ad essa. Dal punto di vista di Galtung, una confederazione che implichi la collaborazione libera di Stati sovrani costituirebbe la soluzione migliore, perché potrebbe opporsi alla concentrazione di potere nelle mani di uno stato federale centralizzato. Invece, per i poteri economico-finanziari che si confrontano sui mercati internazionali, l'Europa non è che una tappa intermedia sulla via della mondializzazione dell'economia: addossarle compiti troppo impegnativi potrebbe trasformarsi in un ostacolo al modo di pensare e agire globale. Pertanto, essi preferiscono affrontare i problemi della globalizzazione attraverso le organizzazioni internazionali, come le Nazioni Unite o il WTO, piuttosto che attraverso le istituzioni della UE. Per questi ultimi la sfida della transnazionalità non consiste soltanto nell'estensione dei diritti dai cittadini ai non cittadini, ma comporta anche una ridefinizione del concetto di cittadinanza e del significato dei diritti in una dimensione planetaria, come ha osservato Habermas.

Infatti il filosofo tedesco ritiene che gli stati nazionali non si possano sviluppare in modo pacifico ed organico se continuano a considerarsi comunità politiche fondate sull'identità etnica, linguistica e storica degli abitanti. Ciò perché le società contemporanee appaiono sempre più pluralistiche, cioè caratterizzate dalla presenza di individui e gruppi, appartenenti

a culture diverse da quelle autoctone che, forti di una consapevolezza crescente della propria identità, richiedono di essere riconosciuti come uguali ad ogni altro cittadino per ottenere il rispetto e la tutela delle loro specificità. In tal modo l'ambito politico nazionale, divenuto multiculturale, si trova costretto a confrontarsi con una varietà di fenomeni che, per la loro evidenza nello spazio pubblico, esigono un nuovo approccio sul piano istituzionale. Sulla base di tali presupposti, Habermas, essendo convinto che il dialogo tra la cultura occidentale e le altre, come pure quello tra culture religiose e laiche, sia inevitabile per tentare di superare i conflitti e per costruire cittadini capaci di convivere nel mondo globalizzato, ipotizza la creazione di un nuovo stato di diritto. La sua proposta prefigura un assetto costituzionale internazionale[44], in cui le prassi democratico-istituzionali degli Stati membri siano volte all'inclusione nei processi deliberativi di tutti i cittadini, cioè di tutti coloro che vivono stabilmente in un determinato territorio. In tal modo la cittadinanza acquisisce un carattere più generale che, andando oltre l'inclusione pura e semplice degli immigrati, diventa una realtà da aggiornare e rinegoziare continuamente.

Questo suo configurarsi come un processo attraverso il quale essa si ridefinisce sulla base di fini ed ideali condivisi pare essere più adeguato alle caratteristiche della società europea contemporanea, in cui il dialogo tra le culture è irrinunciabile. Infatti, secondo i dati Eurostat, già 32,5 milioni di extracomunitari vivrebbero nel continente europeo[45]. E, tuttavia, secondo un noto e assai discusso rapporto ONU[46], l'Europa ha bisogno di nuove risorse: essa auspica, quindi, che nel 2050 venga raggiunto un numero di 80 milioni di immigrati, per mantenere la popolazione attiva allo stesso livello di quella attuale in un continente che invecchia sempre di più.

A fronte di una situazione così variegata e complessa, non è perciò facile prevedere in quale modo le nuove popolazioni che continuano a stabilirsi in Europa ne determineranno una trasformazione radicale, o come le varie culture si integreranno senza ostacolare la convivenza pacifica, ma per costituire un punto di forza di una società sempre più multietnica. Se le nazioni europee e le loro classi politiche si mostreranno incerte e incoerenti davanti alla questione, aumenterà la diffidenza reciproca tra i popoli. Se invece si costituirà un'identità europea forte e, al tempo stesso, rispettosa delle diversità, potrà realizzarsi una convivenza più costruttiva.

Queste problematiche rendono necessaria una revisione dei concetti di nazione, di identità collettiva e delle modalità di integrazione dei popoli facenti parte dell'Unione e dei migranti da altri paesi.

In Germania – dove è a lungo prevalsa l'idea di nazione fondata sull'etnia, nonostante la realtà economica di un ampio mercato transnazionale del lavoro – con le riforme introdotte nell'ultimo decennio del secolo scorso si è cercato di fare un passo avanti verso una condivisione più aperta della cittadinanza per renderla maggiormente compatibile con le diversità etniche e culturali. Tuttavia la naturalizzazione della maggior parte dei lavoratori stranieri, i quali in precedenza fruivano dei soli diritti sociali, non ha risolto completamente il problema dell'integrazione dei migranti di religione islamica, perché soprattutto le seconde generazioni, sentendosi estranee alla società tedesca, spesso mostrano di

non condividere i valori su cui è fondata la loro cittadinanza[47].

In relazione alla politica progressivamente restrittiva del Regno Unito in materia di immigrazione, occorre osservare che le limitazioni recentemente introdotte non sono dovute ad una svolta nazionalista delle maggioranze di governo né a carenze legislative, ma sono piuttosto determinate da esigenze di sicurezza per la presenza di terroristi all'interno delle numerose comunità islamiche e da problemi di ordine pubblico per la convivenza forzata di gruppi etnici di origine diversa in alcuni quartieri delle città industriali[48].

In Francia[49], dove invece l'idea repubblicana di nazione ha guidato anche le politiche in materia di cittadinanza, integrazione – come già visto – ha significato assimilazione, in analogia con quanto è avvenuto nei confronti delle popolazioni provenienti dal Maghreb. Tuttavia questa politica non è stata affiancata da aiuti concreti che consentano ai nuovi cittadini di rispondere positivamente alle aspettative che lo Stato francese ha nei loro confronti, e di conseguenza ciò ha generato conflitti, più frequenti che in Gran Bretagna e in Germania[50], nonostante l'accesso alla cittadinanza sia stato consentito ad un maggior numero di immigrati rispetto a questi ultimi paesi.

Altri paesi, tra cui l'Italia, hanno reagito alle pressioni dell'immigrazione e dell'integrazione degli immigrati in modi diversi, non tanto estendendo i diritti ai non cittadini quanto includendoli nella nazione come residenti[51].

Appare, perciò, problematico individuare un'impostazione comune per l'istituzione di una cittadinanza a livello europeo, perché la compresenza di questi tre modelli, che identificano tre modi diversi di concepirla, induce a pensare che ciascuno di essi cercherà di imporsi. È dunque probabile che l'integrazione continui ad essere realizzata in Europa in forme diverse – come accoglienza rispettosa delle diversità, secondo il modello inglese; come assimilazione, alla maniera francese; come processo di armonizzazione giuridica, secondo quanto è avvenuto in Germania; oppure secondo le modalità più o meno liberali o più o meno restrittive che sono state sperimentate negli altri Stati dell'Unione – ed a procedere attraverso sviluppi successivi, indipendentemente l'uno dall'altro. Ciò quando, invece, la fase di profonda trasformazione che la società europea sta attraversando renderebbe necessaria la promozione di una governance europea più democratica ed efficace attraverso la creazione di strumenti di consultazione e di cooperazione territoriale a livello comunitario, come auspicano i federalisti[52].

Tuttavia anche i più convinti tra loro devono ammettere che la trasformazione dell'Unione in una federazione secondo il modello statunitense sta sollevando più riserve che consensi, sia per le oggettive difficoltà di attuazione sia perché è ancora forte la convinzione che l'identità nazionale stia alla base di ogni organizzazione politica. Perciò le decisioni di quasi tutti gli organismi tecnici dell'UE, ma soprattutto quelle della Commissione di Bruxelles, sono diventate oggetto di critica, mentre la federalizzazione e l'adozione di una costituzione – che garantirebbero uguali diritti di cittadinanza per tutti gli abitanti dell'Unione – vengono apertamente osteggiate da quella parte dell'opinione pubblica, di cui si fanno portavoce i partiti "nazionalisti"[53].

La situazione, però, è più complessa perché in questo clima di ostilità sono stati assunti – per la verità in modo assai poco trasparente – provvedimenti tecnici che tendono a trasformare l'UE in una sorta di stato federale. Infatti la recente adozione del Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla governance dell'unione economica e monetaria (TSGC, detto più sinteticamente *Fiscal compact*[54]) indubbiamente rappresenta una rottura rispetto alle norme stabilite nei precedenti trattati, che prevedevano per i paesi facenti parte dell'Unione il diritto di veto e l'unanimità delle decisioni[55]. Tuttavia questi progressi, impensabili prima della crisi economica dell'eurozona, mettono in risalto la questione della legittimazione popolare delle istituzioni dell'Unione, che ne ha connotato il percorso fin dalle sue origini[56]. Infatti per l'UE questo è forse il problema fondamentale: la sua evidenza stigmatizza la situazione difficile nella quale gli eurocrati si trovano, senza disporre di vie d'uscita al momento percorribili.

Il progetto europeo continua dunque a svilupparsi, nonostante la crisi o a causa di essa, e il peso dell'Europa aumenta a scapito delle istituzioni nazionali, ma contemporaneamente cresce lo scostamento tra la democratizzazione effettiva e quella auspicabile. Certo l'autoreferenzialità delle istituzioni e il "deficit democratico" condizionano la possibilità di risolvere i problemi dell'Unione, ma sono soprattutto i nazionalismi e i sistemi politici dei paesi membri ad alimentare le diffidenze dei cittadini e ad ostacolare l'espressione di un Parlamento da cui tutti gli abitanti dell'UE si sentano veramente rappresentati.

[1] Enunciato nell'art. B del Trattato di Maastricht e ripreso nell'art. 2 del Trattato CE (ora abrogato, per quanto riguarda questo aspetto, dall'art. 3 TUE).

[2] Infatti l'art.2 c.2 afferma: «L'Unione offre ai suoi cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone insieme a misure appropriate per quanto concerne i controlli alle frontiere esterne, l'asilo, l'immigrazione, la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest'ultima».

[3] Relativa al diritto di uno studente di uno Stato membro ad ottenere un beneficio disposto dalla legge belga a favore dei soli studenti belgi. CGE, sent. 20 settembre 2001, causa C 184/99, *Grzeleczyk*, in *Racc.*, I- 6193, cpv. 31.

[4] «Il 17 aprile 1991 la Conferenza dei rappresentanti dei governi degli Stati membri sottoscrisse il cd. "Non-paper" nel quale trovava collocazione appropriata la "Cittadinanza dell'Unione". Questa stessa compariva nel progetto di Trattato dell'Unione Europea licenziato dalla presidenza lussemburghese della Conferenza intergovernativa il 18 giugno 1991», M. Accorsi, *Cittadinanza Europea: progetto politico per un'Europa federale*, Bruxelles, Parlamento Europeo, 1999, p. 29.

[5] E. Triggiani, *Cittadinanza dell'Unione e integrazione attraverso i diritti*, in L. Moccia (a cura di), *Diritti fondamentali e Cittadinanza dell'Unione Europea*, Milano, Franco Angeli, 2010, pp. 158-163.

[6] J. Monnet, *Mémoires*, Paris, Fayard, 1976, p. 9.

[7] T. Lobello, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali nell'UE: evoluzione storico-giuridica*, in S. Mangiameli (a cura di), *L'ordinamento europeo*, Milano, Giuffrè, 2006, vol. I, p. 131.

[8] M. Pandolfino Allone, *La cittadinanza dell'Unione Europea: conte-*

nuti e prospettive, in R. Ferrara, F. Manganaro, A. Romano Tassone (a cura di), *Codice delle cittadinanze*, Milano, Giuffrè, p. 627.

9 N. Fontaine, *La Charte des droits fondamentaux, un nouveau pas vers la reconnaissance et la défense des droits des citoyens de l'Union européenne*, in «Droit et patrimoine», n. 92, 2001, p. 28.

10 E. Pataut, *Citoyenneté de l'Union européenne 2012*, in «Revue trimestrielle de droit européen», 48, 3, 2012, p. 623.

11 CGE, sent. 3 marzo 2011, causa C-41/09, *Zambrano*.

12 D. Martin, *De Zambrano à Dereci: Le citoyen européen, un être déprimé à la recherche de son identité*, in «Revue de droit du travail», n. 6, 2012, pp. 339-342.

13 Per quanto riguarda tale categoria, nella sentenza Gottwald del 2009, la *Corte ha considerato giustificata* la *discriminazione tra cittadini residenti* in *Austria e cittadini non residenti rispetto alla concessione* di un'esenzione dai pedaggi autostradali per portatori di handicap. CGE, sent. 1 *ottobre 2009*, *C-103/08*, *Gottwald*, in *Racc.*, I-9117, cpv. 36.

14 In questo senso, il diritto alla nazionalità esprime «la persistenza del potere nazionale all'interno dell'ordinamento giuridico comunitario», E. *Meisse*, *Le Droit de la nationalité à l'épreuve de l'intégration communautaire*, in G. Duprat (ed.), *L'Union européenne, droit, politique, démocratie*, Paris, Puf, 1996, p. 111.

15 A seguito dell'adesione di 10 paesi all'UE il 1° maggio 2004, sono stati previsti periodi transitori per i lavoratori di otto di essi (tranne Malta e Cipro). Dopo varie estensioni, nel maggio 2011 è stata istituita per tali Stati membri la libera circolazione completa. Quando la Bulgaria e la Romania sono entrate a far parte dell'UE nel 2007, sono stati decisi periodi transitori analoghi per questi due paesi. Cfr. V. Cesareo, *Migrazioni 2007, uno sguardo d'insieme*, in Id. (a cura di), *Tredicesimo rapporto sulle migrazioni 2007*, Milano, Franco Angeli, pp. 15-16.

16 L'*acquis* di Schengen di cui all'allegato A della decisione n. 1999/435/CE è stato successivamente pubblicato in *GUCE*, L. 239 del 22 settembre 2000, pp. 1 ss.

17 «Tra questi il 75% degli stranieri nell'Unione europea vive in Germania, Spagna, Regno Unito, Francia e Italia. In termini relativi, il Paese con la più alta percentuale di stranieri presenti nella sua popolazione continua ad essere il Lussemburgo, con oltre il 42,5% della popolazione residente. I Paesi con il più alto tasso di immigrazione, tra il 10% o più della popolazione residente, sono Svezia, Lettonia, Estonia, Cipro, Irlanda, Spagna e Austria, mentre i Paesi con più basso tasso di immigrazione, al di sotto dell'1%, sono Romania, Polonia, Bulgaria e Slovacchia», M.F. Massò Garrote, *Il quadro giuridico politico comune in materia di immigrazione nell'Unione Europea*, in S. Gambino, G. D'ignazio (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali. Fra Costituzioni nazionali, Unione Europea e Diritti fondamentali*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 142.

18 Dati Eurostat 94/2009 sulla popolazione e sulle condizioni sociali elaborati da K. Vasileva, *Populations and Social Conditions*, 2009, p. 1, <http://epp.eurostat.ec.europa.eu>.

19 Ivi, p. 2.

20 Ivi, p. 3.

21 L'accordo si basa sul testo di compromesso 6161/4/12, approvato dal Consiglio dell'Unione Europea, che ha modificato il regolamento (CE) n. 562/2006 al fine di introdurre norme comuni sul ripristino temporaneo dei controlli alle frontiere interne in circostanze eccezionali. Cfr. 6161/4/12 REV 4, <http://www.register.consilium.europa.eu/pdf/it>.

22 Numerosi progetti di ricerca finanziati dell'UE hanno affrontato la questione dell'immigrazione e della nazionalità nell'ambito del Sesto programma quadro (6PQ) della Commissione. Tra questi sono di grande interesse il THESIM (Towards harmonised European statistics on international migration) e il NATAC (The acquisition of nationality in the EU Member States: rules, practices and quantitative developments). THESIM costituisce un passo avanti verso la raccolta di dati comparabili e affidabili sull'immigrazione in tutti e 25 gli Stati membri dell'Unione, poiché ha riunito uffici statistici nazionali e ministeri che in precedenza non avevano avuto molti contatti reciproci. Il progetto NATAC ha rappresentato invece il primo tentativo di raffrontare le leggi nazionali e la loro attuazione nell'UE a 15. I risultati del progetto sono stati pubblicati in due volumi (R. Bauböck, E. Ersbøll, K. Groenendijk, H. Waldrauch (edd.), *Acquisition and Loss of Nationality*, 2 vols., Amsterdam, Amsterdam University Press, 2006) e i report originali sono disponibili sul sito <http://www.imiscoe.org/natac>.

23 Tali risultati sono stati pubblicati in M.M. Howard, *The Politics of Citizenship in Europe*, New York, Cambridge University Press, 2009, pp. 17 ss.

24 Sebbene i due concetti – quello di *ius sanguinis*, il diritto di cittadinanza trasmesso per linea ereditaria, e quello di *ius soli*, il diritto di cittadinanza acquisito per nascita in un dato paese – siano spesso stati presentati come rigidamente antitetici, in realtà tutti i paesi seguono lo *ius sanguinis* (anche quelli che tradizionalmente si basano sullo *ius soli*). Cfr. T.A. Aleinikoff, D. Klusmeyer, *Citizenship Policies for an Age of Migration*, Washington D.C., Carnegie Endowment for International Peace, 2011, p. 7.

25 Howard, *The Politics of Citizenship in Europe*, cit., pp. 22-23.

26 *Ibidem*.

27 «Per inoltrare domanda di naturalizzazione sono necessari 10 anni di residenza in Grecia e 9 in

Danimarca; inoltre, in entrambi i casi non è prevista alcuna possibilità di acquisizione della cittadinanza alla nascita, anche se la Grecia prevede l'accesso alla naturalizzazione per i bambini stranieri nati nel paese e che vi risiedono permanentemente senza indicare però requisiti specifici in termini di numero di anni», T. Caponio, *Gli stranieri e le naturalizzazioni*, in M. Barbagli (a cura di), *Primo Rapporto sugli immigrati in Italia*, Roma, Ministero dell'Interno, 2007, p. 165, <http://www.interno.it>.

[28] «In Spagna e in Portogallo, ad esempio, se per diventare cittadini sono necessari 10 anni di residenza, i nati nel paese da genitori stranieri godono di condizioni facilitate. In Portogallo è prevista l'acquisizione immediata della cittadinanza alla nascita a condizione che almeno uno dei genitori abbia risieduto nel paese per un minimo di 6 anni, se originario di uno stato la cui lingua ufficiale è il portoghese, o 10 anni negli altri casi; in Spagna, invece, basta che lo straniero nato nel paese possa dimostrare almeno un anno di residenza, anche se maggiorenne», *ibidem*.

[29] «In Lussemburgo, ad esempio, per la naturalizzazione sono richiesti solo 5 anni di residenza nel paese, mentre i nati nel paese possono diventare cittadini solo a 18 anni a patto di rispettare anch'essi 5 anni di residenza ininterrotta», ivi, p. 166.

[30] «In particolare, nel caso della Gran Bretagna, l'acquisizione automatica della cittadinanza avviene *ex-lege* se almeno uno dei genitori o la madre, nel caso di nascita al di fuori del matrimonio, risulti in possesso di un regolare permesso di soggiorno. In mancanza di questo requisito, le norme per l'acquisizione della cittadinanza da parte di minori nati nel paese rimangono particolarmente favorevoli», *ibidem*.

[31] Ch. Joppke, *Citizenship and Immigration*, Oxford, Polity Press, 2010, pp. 68-72.

[32] Bauböck, *Acquisition and Loss of Nationality. Policies and Trends in 15 European States*, cit., vol. 1: *Comparative Analyses*, p. 24.

[33] G. Zincone, *The Italian Case*, in Ead., R. Penninx, M. Borkert (edd.), *Migration Policymaking in Europe: The Dynamics of Actors and Contexts in Past and Present*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 2011, p. 256.

[34] Solo in Belgio, Francia, Italia, Lussemburgo e Spagna non sono richiesti pagamenti per l'acquisizione via naturalizzazione. Negli altri paesi, sono previsti bolli e/o tasse per la presentazione della domanda, per sostenere i test previsti e per la registrazione dell'atto di concessione. Questi vanno dalla somma poco più che simbolica di 56 € in Portogallo, a cifre decisamente elevate come 635 € in Irlanda e addirittura 1.470 € in Grecia, mentre solo in Olanda e in Austria l'ammontare delle tasse è stabilita in base al reddito. Cfr. Caponio, *Gli stranieri e le naturalizzazioni*, cit., p. 167.

[35] Howard, *The Politics of Citizenship in Europe*, cit., pp. 24-26.

[36] «In altre parole, i britannici ammettevano che i colonizzati conservassero, se lo volevano, le loro tradizioni e le loro strutture sociali e politiche, purché riconoscessero, al di sopra di loro, l'autorità del viceré o del governatore britannico. Questa condotta è stata poi mantenuta, con le necessarie modifiche, nel Commonwealth che, non a caso, è riuscito a sopravvivere alla decolonizzazione, mentre la Communauté française fu presto costretta a dichiarare il proprio fallimento», U. Melotti, *Migrazioni internazionali: globalizzazione e culture politiche*, Milano, Bruno Mondadori, 2004, p. 24.

[37] Ciò è avvenuto a partire dal 1986 con una prima legge sull'immigrazione e poi nel 1990 con la Legge Martelli, nel 1998 con la Turco-Napolitano, nel 2002 con la Bossi-Fini.

[38] Così prevede l'art. 4, n. 2 della legge 5 febbraio 1992, n. 91. Si tratta, peraltro, della conferma di una norma risalente alla legge 13 giugno 1912, n. 555, che perciò è rimasta vigente (sia pure con talune significative modifiche) fino ad oggi.

[39] R. Brubaker, commentando l'evoluzione della politica tedesca in materia di cittadinanza, ha scritto in *Citizenship and Nationhood in France and Germany* (Cambridge, Harvard University Press, 1992, p. 115), che «la trasformazione automatica degli immigrati in cittadini, in Germania, rimane impensabile».

[40] U. Melotti, *Cultura politica e migrazioni*, in A. Costabile, P. Fantozzi, P. Turi (a cura di), *Manuale di Sociologia politica*, Roma, Carocci, 2007, p. 290.

[41] Danese per il trattato di Maastricht, irlandese sul trattato di Nizza, svedese sull'euro, francese e olandese per i trattati che istituiscono una Costituzione per l'Europa e, infine, ancora irlandese per il trattato di Lisbona.

[42] BVerfG 30 giugno 2009 «Lissabon Urteil».

[43] B. Balamir-Coşkun, B. Demirtas-Coşkun, *Neighborhood Challenge: European Union and Its Neighbors*, Boca Raton, Universal Publishers, 2009, pp. 71-72.

[44] «In questo senso l'articolo 28 della "Dichiarazione dell'Onu sui diritti dell'uomo" (1948) fa riferimento a un ordine globale in cui i diritti e le libertà stabiliti da questa dichiarazione trovino compiuta realizzazione. Ma questo obiettivo, consistente nella istituzione effettiva di un diritto cosmopolitico, è ancora tutt'altro che prossimo», J. Habermas, *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, traduzione e cura di L. Ceppa, Milano, Feltrinelli, 1998, pp. 221-222.

[45] Eurostat, *Statistiche sulle migrazioni internazionali e sulle popolazioni di origine straniera*, Dati ottobre 2011, <http://epp.eurostat.ec.europa.eu/Migration_and_mi

grant_population_statistics/it>.

46 Onu-Population Division, Department of Economic and Social Affairs, United Nations Secretariat, *Replacement Migration. Is it a Solution to Declining and Ageing Populations?*, ESA/P/WP. 160, 21 March 2000.

47 C. Calla, *La violence des jeunes issus de l'immigration s'accroit à Berlin*, in «Le Monde», 16 marzo 2007, p. 8.

48 U. Melotti, *Le "banlieues". Immigrazioni e conflitti urbani*, Roma, Meltemi, 2007, p. 47.

49 P. Weil, A. Spire, *France*, in Bauböck, *Acquisition and Loss of Nationality* cit., vol. II, pp. 188-189.

50 Melotti, *Le "banlieues"* cit., pp. 36-46.

51 M. Arena, B. Nascimbene, G. Zincone, *Italy*, in Bauböck, *Acquisition and Loss of Nationality* cit., vol. II, pp. 85-109.

52 D. Grimm, *Una costituzione per l'Europa?*, in G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro, J. Luther (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Torino, Einaudi, 1996, p. 359.

53 Y. Meny, *L'Unione Europea: too big to fail?*, in «Il Mulino», n. 2, 2014, pp. 183-198.

54 L'ordinamento italiano si è adeguato ad esso con l. n. 114 del 23 luglio 2012, contenente l'autorizzazione alla ratifica del Trattato e l'ordine di esecuzione dello stesso, *GURI*, 175, 28 luglio 2012.

55 In proposito Meny (*L'Unione Europea: too big to fail?*, cit., p. 196) sostiene: «Si tratta, è vero, di una pratica spesso adottata per aggirare l'ostacolo di un diritto di veto generalizzato, ma al tempo stesso rappresenta l'accettazione della regola che ha permesso alla confederazione americana di diventare una federazione».

56 A. Pace (*La Dichiarazione di Laeken e il processo costituente europeo*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», n. 3, 2002, pp. 635-636) rileva «che a livello di istituzioni europee, un deficit democratico sussista è ammesso nella stessa Dichiarazione di Laeken. Tutti del resto concordano che il controllo esercitato dal Parlamento sulla Commissione e il Consiglio è, allo stato, soltanto parziale; che la legittimazione derivante dall'interazione tra organi dell'UE e organi degli Stati è imperfetta; che le decisioni, soprattutto del Consiglio, sono raggiunte informalmente».

Indésirable, *suspect*, *dangereux*: *La schiuma della terra* di Arthur Koestler

RONALD CAR

Per il giurista liberal-conservatore Joseph Barthélemy, nel 1935 la libertà in Francia era minacciata dal socialismo di Léon Blum. «Le socialisme réclame la liberté pour lui-même dans l'ordre bourgeois; mais son ordre à lui n'est pas libéral. "Le crépuscule des dieux de l'ordre bourgeois commence", s'écriait un prophète du socialisme, Bebel. Et parmi ces dieux de l'ordre bourgeois, il y a, en première ligne, la liberté»[1]. La difesa della libertà esigeva a suo dire una *adaptation de la République*, da ottenere limitando gli effetti del suffragio universale, in primo luogo spostando il baricentro dell'autorità dal legislativo all'esecutivo. Nel 1941, come Ministro della Giustizia del Maresciallo Pétain, Barthélemy, prescelto per redigere la costituzione dell'*État français*, precisava: «On s'approche du feu quand on a froid. On s'en éloigne quand il fait chaud. À l'heure présente, la France a besoin de se rapprocher de l'autorité. La liberté n'est pas la fondation des institutions; elle peut en être, après la tempête, une fois le beau temps revenu, le couronnement, le luxe»[2].

La sconsolante parabola di Barthélemy si rivelò – più che un paradosso – il destino di un liberalismo che, incapace di difendere i propri presupposti sociali, sperava di trovare rifugio nell'abbraccio dell'autoritarismo. Per il giurista liberale, *l'ordre bourgeois* era il frutto della *Révolution*. Guidati da Marianne, i «bourgeois instruits ont emprunté l'idée de liberté à l'histoire grecque et romaine, ils demandaient le droit de parler à leur guise, de voter comme il leur plaît, de se donner des magistrats qui avaient toute leur sympathie; c'était en cela que consistait la liberté»[3].

Lo scrittore di origini ungheresi Arthur Koestler, residente in Francia, negli stessi anni descriveva nel suo romanzo autobiografico *La schiuma della terra* un'altra realtà. Dopo che la dissoluzione della Terza Repubblica aveva generato il regime di Vichy, ai suoi occhi la Marianne rivoluzionaria non era che una vecchietta affetta dalla «Psicosi della Muraglia Cinese»:

> La linea Maginot, come la Muraglia Cinese, era destinata a proteggere e a preservare una civiltà molto avanzata e stagnante contro l'intrusione dei barbari più vigorosi […] durante gli ultimi venti anni l'idea della Muraglia Cinese aveva cambiato carattere; non era più diretta a proteggere la comunità nazionale, ma una casta privilegiata in decadenza; il muro si era ristretto e la maggioranza della nazione era considerata come vivente *extra muros*. All'interno, su di una fragile sedia Luigi XVI, sedeva una vecchia Marianna dal viso sottile, con i bei capelli castani sostituiti da un toupet. Spaventata a morte dal rumore del popolo al di là della Muraglia, attendeva il principe barbaro che venisse a salvarla. Sapeva indubbiamente quale prezzo avrebbe dovuto pagare; e mentre cercava di convincersi che egli si sarebbe comportato da gentiluomo, attendeva con vergognosa curiosità il suo disonore. E quando avvenne, e il salvatore le ebbe strappato il berretto frigio e la parrucca, si guardò con orrore allo specchio, e il mondo la guardò in viso con orrore[4].

Queste «riflessioni […] vane perché tutte rivolte al passato e alla questione della fatalità storica»[5] affluivano alla mente di Koestler durante la lunga notte passata sul ponte della nave che da Marsiglia lo portava via dalla Francia del «fascismo senile»[6]. Come vuole l'epica degli esuli dalla Fortezza Europa, la tappa successiva sarebbe stata Casablanca, da dove, via Lisbona, avrebbe finalmente raggiunto Londra. La Francia della triade rivoluzionaria, patria di adozione per chi come lo scrittore ungherese vedeva in lei la 'terra promessa', non esisteva più. Le perplessità di Koestler, confluite nell'immagine di una Marianne trasfigurata, erano apparse già un mese prima della fortunosa fuga da Marsiglia. Il 9 luglio 1940 lo scrittore affidava alle pagine del suo diario una riflessione sulla Francia, che aveva sì dato i natali alla Rivoluzione, ma anche al Terrore con la *loi des suspects* del 1793:

> Ho letto il resoconto di una riunione di deputati al Petit Casino di Vichy […] il vero divertimento fu Spinasse, eminente deputato socialista: "Dobbiamo finirla con le illusioni del passato. Abbiamo creduto nella libertà individuale, nell'indipendenza dell'uomo. Era l'anticipazione di un futuro al di là della nostra portata…" […] È il principio del Terrore. Peggiore della rivoluzione e della contro-rivoluzione: il Terrore dei Furfanti e dei Vecchi. Addio, Francia[7].

Come altri antifascisti rifugiati, Koestler aveva creduto che il governo della Terza Repubblica si sentisse obbligato a 'onorare' il lascito ideale del 1789, ovvero la dichiarazione sulla sacralità dei diritti dell'uomo. Ma non era anche il Terrore un lascito della Rivoluzione?

1. *Le Cassandre dall'accento straniero*

Nell'Europa degli Stati-nazione un rifugiato veniva generalmente percepito come un *déraciné* – un individuo sradicato dalla propria collocazione 'naturale'. Riconoscere la legittimità della sua posizione equivaleva a mettere in dubbio l'ordine costituito: una visione talmente radicale del rapporto tra cittadino e governo da odorare di per sé di sovversione. Ne furono consapevoli molti dei profughi mitteleuropei ritrovatisi a Parigi dopo il 1933, come il figlio di Thomas Mann, Klaus:

> La maggior parte della gente ci guardava per istorto, non perché eravamo tedeschi, ma perché avevamo lasciato la Germania. Sono cose che non si fanno, pensano i più. Un galantuomo resta attaccato alla sua patria, chiunque la governi. Chi si pone contro il potere legittimo si rende sospetto: se non addirittura un ribelle, è quanto meno un querulo. E non rappresentava forse Hitler il potere legittimo? Certo, secondo l'opinione dei più[8].

Negli anni che condussero il mondo al secondo conflitto, «le sole persone in Francia con un'intima comprensione di quanto stava accadendo», scrisse Koestler nelle sue memorie, erano persone come lui, le «poche migliaia di rifugiati» approdate nella patria della libertà[9]. Per loro,

> le intenzioni future di quel nuovo regime [...] erano un'intima, straziante realtà. Questo ci condannava al sempre impopolare, stridulo ruolo di Cassandra. A nessuno piace la gente che va in giro per le strade strillando "Preparatevi, preparatevi, il giorno del giudizio è vicino". Tanto meno quando strillano con un accento straniero e, con la loro stridente denuncia [...] aumentano la tensione internazionale e il sospetto. Sono chiaramente fanatici, o isterici, o afflitti da manie di persecuzione[10].

Con l'espandersi della peste bruna sul continente, le 'poche migliaia' divennero milioni. Una successione di grandi ondate di Cassandre si ammassava sul territorio francese, annunciando il crollo dell'*ordre bourgeois*. La tradizionale propensione all'accoglienza, inaugurata con la *Déclaration des Droits de l'Homme*, aveva trasformato la Terza Repubblica in terra d'asilo. Più di tre milioni di stranieri vi risiedevano, il sette percento della popolazione totale secondo le statistiche ufficiali. La maggior parte degli immigrati economici (un terzo del numero complessivo di stranieri) proveniva dall'Italia[11]. Ad essi si sommavano e confondevano quelli prettamente politici: la prima grande ondata fu costituita dai profughi dalla Rivoluzione russa. Dopo due decenni trascorsi fuori dalla patria questi si dividevano, per usare la terminologia sardonica coniata dall'ex comunista Koestler, tra Russi bianchi-bianchi e quelli rossi-bianchi: «i bianchi-bianchi erano emigrati rimasti ostili al bolscevismo. I rossi-bianchi erano anche emigrati, ma in venti anni di esilio si erano convertiti all'idea che una rivoluzione non può tornare indietro e che deve essere accettata come un fatto compiuto»[12].

Fu un Russo bianco-bianco ad infliggere il primo duro colpo allo spirito d'accoglienza francese: il 6 maggio 1932, il Presidente della Repubblica Paul Doumer fu ucciso a Parigi dall'immigrato russo bianco Paul Gorguloff (in origine Pavel Gorgulov). A motivazione del suo atto, l'assassino, sedicente "presidente dei fascisti russi", accusò il governo francese di non aver sostenuto la lotta contro il bolscevismo. L'attentato segnò il momento in cui le autorità e una parte della stampa francese iniziarono ad associare alla figura dell'immigrato politico quella del sovversivo o del terrorista[13]. Durante il dibattito processuale, il procuratore generale di Parigi, Donat-Guigue chiarì al pubblico le radici della follia omicida individuando tra gli immigrati russi una «malsaine et dangereuse psychose»[14]. L'idea che atti come quelli di Gorgulov potessero ridurre la politica francese a ostaggio degli estremisti stranieri, spiegava il procuratore, era folle per un francese, ma appariva logica ad un russo. Ma agli occhi del procuratore era ancor più grave che l'atto offrisse a tutti i rifugiati stranieri un esempio profondamente sovversivo; pertanto, egli esclamò, «Paris ne doit plus être le champ de tir des assassins, fussent-ils des assassins politiques. Que ceux qui ne sont pas dignes d'habiter Paris s'en aillent et, s'ils ne veulent pas partir, qu'on les chasse!»[15].

Solo due anni dopo, un secondo durissimo colpo si abbatté sulla *République*: il 9 ottobre 1934, il re Alessandro di Jugoslavia ed il ministro degli Esteri francese Louis Barthou vennero uccisi a Marsiglia da un terrorista macedone, Vlado Chernozemski,

con la complicità di ustascia croati. Oltre all'allarme suscitato dalla sensazione che gruppi politici stranieri stessero trasformando il suolo francese in un campo di battaglia, l'opinione pubblica era profondamente scossa dalle analogie con l'assassinio dell'Arciduca Francesco Ferdinando a Sarajevo, che vent'anni prima aveva gettato la Francia in guerra contro la Germania. Il giorno dopo l'attentato, il quotidiano di estrema destra «*L'ami du peuple*» invocava «l'immediato *refoulement en masse* di questa feccia internazionale, di questi rifiuti di tutte le nazioni del mondo che hanno scelto la Francia come la loro terra promessa [...] Per quanto tempo ancora il governo permetterà agli stranieri di intromettersi nella nostra politica e di mangiare il pane dei nostri operai disoccupati?»[16]. Dal canto suo, il colonello de la Rocque, capo della *Croix de Feu*, sfruttava l'occasione per costruire un nesso ideale tra il Fronte Popolare ed i popoli *déracinés*[17].

Timori che la polveriera balcanica potesse nuovamente trascinare la Francia in guerra estesero l'apprensione ben oltre i settori della destra. «*La République*», organo del partito radicale, giunse ad accusare il proprio esponente, il ministro degli Interni Albert Sarraut, di evidenti mancanze nell'organizzazione di un evento di estrema delicatezza[18]. Dopo aver richiesto le dimissioni del prefetto locale e del capo della *Sûreté Nationale*, Sarraut stesso dovette rinunciare al proprio incarico. Tornerà al Ministero degli Interni quattro anni dopo, alla caduta del governo del Fronte Popolare, ed inaugurerà la nuova politica verso gli stranieri: la politica della *loi des suspects* che segnerà la vita di Koestler e di quanti si erano affidati alla protezione della Repubblica.

2. *I tempi di Fouché*

Nel racconto della sua odissea – tra internamenti e kafkiane lotte per il rinnovo dei documenti – Koestler non menziona mai il nome del responsabile delle politiche di cui è vittima, Albert Sarraut. Non lo nomina perché non riesce a scoprire chi sono i suoi persecutori, che azionano le leve della macchina statale seguendo uno schema incomprensibile. A pochi giorni dall'esordio della *drôle de guerre*, avvertito dalla portinaia che la polizia lo sta cercando, lo scrittore si rivolge a Jubert, il «brillante e noto giovane avvocato [...] oratore della sinistra, membro di numerosi comitati contro la persecuzione razziale»[19]. Questi può solo confermargli che

> il paese viveva sotto la *loi des suspects*, che dava alla polizia un potere praticamente incontrollato sull'individuo. "Per la Francia sono tornati i tempi di Fouché; possa Iddio preservarci dal ritorno dei tempi della ghigliottina" [...]
> "Ma se loro pensano di aver qualcosa contro di me", gli chiesi, "perché non mi hanno arrestato fin dal mio arrivo?".
> "Che cosa intende per *loro*?" disse Jubert. "Intende la *Sûreté Nationale* o il *Deuxième Bureau*, o la *Préfecture* di Parigi? Ciascuno di loro ha la sua pratica su di lei, e le proprie liste nere che non si trovano depositate presso i commissariati locali o agli sportelli per le carte d'identità. Procedono per razzie periodiche. Lei non può andare a farsi arrestare a suo piacere – questa è una concezione semplicemente anarchica. Deve aspettare che vengano a prenderla[20].

Le ragioni che avevano trasformato il noto esule antifascista in un nemico della Francia repubblicana erano facili da intuire per un esperto giornalista politico come Koestler. Gli esponenti della sinistra europea raccolti a Parigi premevano su Dalladier affinché si ponesse con decisione alla testa del fronte antifascista. Così facendo si ren-

devano però *indésirable* poiché svelavano la contraddizione alla base della sua linea di governo. Benché avesse dichiarato guerra alla Germania, il governo Dalladier usava la *drôle de guerre* sul piano interno per chiudere i conti col Fronte Popolare, mentre sul piano degli esteri il Ministro Bonnet cercava di ritornare alla politica di *appeasment*. Come conferma a Koestler l'amico Jubert,

> C'è una specie di silenzioso pogrom in atto contro la gente di sinistra [...] c'è una cricca assai favorevole a Bonnet alla *Sûreté Nationale*. Cercano di addossare la responsabilità al campo 'anti-*Munichois*'. E poi c'è la Spagna. Noi teniamo naturalmente a lasciare la Spagna al di fuori della guerra e questo serve a coloro che nella *Sûreté* e nel *Deuxième Bureau* sono inclini al fascismo come pretesto per perseguitare i vecchi sostenitori della Repubblica spagnola [...] sanno naturalmente che lei fu condannato a morte da Franco e se il *Deuxième Bureau* ha ottenuto la lista nera spagnola, come indubbiamente ha fatto, lei è certamente fra i primi nomi[21].

Internato al campo di Vernet nei bassi Pirenei, l'esule ungherese non può che prendere atto di essere tra i 'sospetti', senza alcuna accusa precisa. Un "prigioniero" e non un "internato", afferma Koestler, riconoscendo l'evidente inconsistenza della base legale su cui poggia la sua detenzione: «il nostro stato legale era difficile a definirsi. Eravamo ufficialmente classificati étrangers indésirables e dunque appartenevamo a una categoria differente da quella dei normali internati tedeschi e austriaci»[22]. Di conseguenza, i possibili ricorsi giurisdizionali e amministrativi si rivelarono di pari inconsistenza: amici e parenti «per settimane non erano nemmeno riusciti a scoprire con quale autorità avrebbero dovuto mettersi in contatto. La *Préfecture de Police* sosteneva che era la *Sûreté*, la *Sûreté* sosteneva che erano le 'Autorità Militari'; le Autorità Militari, se riuscivano ad avvicinarle, li rimandavano alla *Préfecture*»[23].

L'indicazione che fossero i prefetti a decidere i destini degli internati era esatta, ma ciò non giovava a chiarire la loro posizione: dietro il velo dell'opacità burocratica non si celava alcuno stato legale dei detenuti, ma una pura azione di polizia priva di riguardi per lo Stato di diritto. Difatti, le azioni dei prefetti erano letteralmente dirette a "sbarazzarsi" di potenziali nemici politici, secondo la linea indicata nelle circolari emesse dal loro capo gerarchico, Sarraut. Il giorno dell'insediamento del governo Dalladier, 14 aprile 1938, questi aveva ripreso in mano le redini del Ministero degli Interni con la evidente intenzione di chiudere i conti con quanti avevano compromesso la sua posizione nel 1934. La circolare inviata lo stesso giorno richiedeva ai prefetti di

> mener une action méthodique, énergique et prompte en vue en débarrasser notre pays des éléments étrangers indésirables qui y circulent et y agissent au mépris des lois et règlements ou qui interviennent de façon inadmissible dans des querelles ou des conflits politiques ou sociaux qui ne regardent que nous[24].

Alla circolare seguì il decreto-legge del 2 maggio 1938 che inaspriva notevolmente la legislazione sugli stranieri. L'aspetto emergenziale fu rafforzato dalla sensazione che la Francia fosse stata lasciata sola a gestire quasi mezzo milione di profughi della guerra civile spagnola, ai quali si aggiungevano quanti dovettero fuggire dall'Austria e dalla Cecoslovacchia dopo l'*Anschluss* e gli accordi di Monaco. Soprattutto la Francia era la meta degli ebrei in fuga da tutti quei paesi nei quali il 1938 segnò il varo di legislazioni antisemite (leggi che nei territori del *Reich* accompagnarono la *Kristallnacht*, ma anche le norme introdotte in Polonia, Ita-

lia, Romania e Ungheria). Nel luglio 1938, su pressione del Presidente Roosevelt, ad Évian-les-Bains si tenne una conferenza internazionale in cui delegazioni di 32 paesi tentarono di accordarsi sul problema dei profughi ebrei espulsi dal Terzo *Reich*. Il rappresentante francese Henry Bérenger affermò che il suo governo intendeva assestarsi sulla posizione formulata da Jean Berthoin, Segretario generale del Ministero degli Interni e braccio destro di Sarraut. Secondo lui, la Francia era 'satura' di immigrati e di conseguenza non intendeva più riconoscere il diritto d'asilo a quanti si presentavano alle sue frontiere[25].

La negazione del diritto di asilo e il nuovo regime per stranieri ideato da Sarraut furono i primi passi di un percorso scandito da decreti-legge e circolari esplicative che, nell'arco di due anni e mezzo, condusse alla situazione che Koestler identificò come una nuova *loi des suspects*[26]. Entro il dicembre del 1939, infatti, Sarraut perfezionò un canale di azione dello Stato, parallelo a quello legale e progettato appositamente per rendere inoffensivi i nemici politici. Si possono distinguere tre passaggi fondamentali nel processo. Nel maggio 1938 il potere discrezionale assegnato alla polizia fu giustificato con la massiccia presenza di stranieri indesiderabili. Nel novembre dello stesso anno al nuovo regime furono sottoposti anche i rifugiati che avevano acquisito la cittadinanza francese; infine nel novembre 1939 il regime del sospetto inglobò tutti, cittadini francesi inclusi.

Il preambolo del decreto-legge del 2 maggio 1938 esordiva affermando che «le nombre sans cesse croissant d'étrangers» imponeva l'adozione di misure dettate da ragioni di «sécurité nationale, de l'économie générale du pays et de la protection de l'ordre public»[27]. Beninteso, non era intenzione del governo attentare alle regole tradizionali «de l'hospitalité française, à l'esprit de libéralisme et d'humanité qui est l'un des plus nobles aspects de notre génie national»[28]. La Francia rimaneva «largement ouverte à la pensée, à l'idéal persécutés, qui lui demandent asile», a condizione «qu'il ne soit pas fait du titre respectable de réfugié politique un usage illégitime qui serait un abus de confiance». Pertanto, lo Stato avrebbe distinto «l'étranger de bonne foi» da colui che «se serait montré indigne de notre hospitalité»[29]. Concretamente, all'articolo 2 il decreto dava ai prefetti il potere discrezionale di ritirare allo straniero la carta d'identità o di rifiutarne il rinnovo, il che equivaleva all'espulsione; per i «clandestins» il medesimo articolo prevedeva pene draconiane. Infine, (articolo 11) agli stranieri che non potevano essere espulsi poiché nessun paese li voleva accettare, il Ministro degli Interni poteva assegnare una residenza obbligatoria.

Il passo successivo fu compiuto con il decreto-legge del 12 novembre 1938. L'assegnazione di una residenza obbligatoria fu tramutata in internamento vero e proprio a causa della presenza di stranieri "particolarmente pericolosi":

> il est de ces étrangers qui, en raison de leurs antécédents judiciaires ou de leur activité dangereuse pour la sécurité nationale, ne peuvent, sans péril pour l'ordre public, jouir de cette liberté encore trop grande que leur conserve l'assignation à résidence. Aussi est-il apparu indispensable de diriger cette catégorie d'étrangers vers des centres spéciaux où elle fera l'objet d'une surveillance permanente que justifient leurs infractions répétées aux règles de l'hospitalité[30].

Pertanto l'articolo 25 introduceva il concetto di internamento, camuffato die-

Foto segnaletiche degli internati al campo di Vernet

tro la disposizione sull'applicazione di «mesures de surveillance plus étroites»[31] rispetto alla residenza obbligatoria prevista dal decreto del 2 maggio. Nell'interesse dell'ordine e della sicurezza pubblica, gli stranieri erano costretti a «résider dans un des cantons dont la désignation sera faite par décret et dont l'organisation sera établie par les ministres de l'intérieur et, s'il y a lieu, par le ministre des colonies»[32].

Inoltre, il nuovo decreto introduceva un forte attacco ai diritti di quanti avevano acquisito la cittadinanza francese per naturalizzazione. Ricorrendo al già collaudato leitmotiv di «faire le partage entre les bons éléments et les indésirables», nel preambolo si sosteneva la necessità di rimuovere il «caractère trop "automatique"» di accesso ai diritti offerto dalla legislazione «des plus libérales pour attribuer aux étrangers la qualité de Français»[33].

Quest'ultima, in primo luogo, non doveva più comportare «l'octroi immédiat du droit de vote; le nouveau français doit faire son éducation de citoyen de la République, avant d'y exercer un droit souverain»[34]. Pertanto, il diritto di voto attivo si acquisiva solo cinque anni dopo la data della naturalizzazione, quello passivo dieci anni dopo (art. 20). La conseguente relativizzazione dei diritti politici degli stranieri naturalizzati costituiva una prima parziale realizzazione dell'idea promossa negli stessi anni da Barthélemy, secondo cui l'esercizio di voto doveva essere inteso più come un mez-

zo per l'educazione politica dei cittadini, che come loro diritto a partecipare ai processi decisionali[35].

In secondo luogo, la cittadinanza poteva essere revocata in qualsiasi momento a quanti «se montreraient indignes du titre de citoyen français»[36]. Secondo l'articolo 22, il Ministro degli Interni poteva individuare e privare di cittadinanza le 'mele marce' che a suo avviso avevano compiuto «actes contraires à l'ordre public, à la sûreté intérieure ou extérieure de l'État ou au fonctionnement de ses institutions»[37]. Il 25 luglio 1940, Koestler segnava nel suo diario che il governo formato dal Maresciallo Pétain aveva introdotto per decreto «una commissione speciale per riesaminare tutte le naturalizzazioni concesse agli stranieri dal 1927»[38]. Ma se il governo di Vichy dava forte risalto a tale passo poiché fondava su di essa la legittimazione politica della 'rivoluzione nazionale', il governo della Terza Repubblica si era già nel 1938 silenziosamente attribuito il medesimo potere.

Il terzo passo, che estendeva la pratica dell'internamento amministrativo anche ai cittadini francesi, fu compiuto il 18 novembre 1939 con il decreto-legge «relatif aux mesures a prendre a l'egard des individus dangereux pour la defense nationale ou la securite publique»[39]. Fintanto che restava in vigore lo stato d'assedio, ai prefetti era dato il potere di deportare gli individui ritenuti pericolosi «dans un centre désigné par décision du ministre de la défense nationale et de la guerre et du ministre de l'intérieur» (art. 1)[40]. I detenuti nei campi di internamento potevano essere obbligati ai lavori forzati (art. 3: «Les individus soumis aux dispositions du présent décret peuvent être requis en vue d'accomplir tous travaux intéressant la défense nationale»[41]); le sole garanzie giuridiche loro riconosciute erano quelle che la legge sull'organizzazione dell'esercito del 1927 riconosceva per i belligeranti e quelle del diritto delle genti dell'epoca.

3. *Il "doppio Stato"?*

«Vous êtes le représentant de la République et l'agent d'un Gouvernement républicain», si premurò di ribadire il Ministro Sarraut nella circolare segreta inviata ai prefetti il 14 dicembre 1939, per illustrare le condizioni d'applicazione del decreto del 18 novembre[42]. L'uso di poteri straordinari di salute pubblica non contraddiceva a suo dire la tradizione democratica, ma anzi era la dimostrazione della sua determinazione a combattere le dittature. Pertanto la Repubblica doveva essere in grado di superare i «formalismi incuranti degli imperativi della situazione reale» per «forgiare le armi per la propria difesa»[43]:

> ce Gouvernement n'entend rien répudier de sa tradition démocratique, dans l'heure même où il conduit le combat contre des dictatures dressées pour la destruction des libres démocraties. S'il exerce les pouvoirs de l'autorité pour le salut public, il n'entend ni se permettre ni permettre une résurrection de méthodes politiques abolies dont le régime républicain repousse à la fois les procédés et l'esprit. Il s'arme à l'intérieur comme il s'est armé sur les frontières pour défendre l'indivisible destin de la Patrie et de la République[44].

Le misure previste dal decreto – precisava il Ministro – erano da intendere come «complementari», «s'il n'est pas d'autre moyen légal d'atteindre les individus dan-

gereux»[45], ossia da azionare nei casi in cui il sistema legale non garantiva risultati politici soddisfacenti. In questo canale parallelo di azione statale i principi della presunzione di innocenza, della responsabilità personale e del divieto della doppia pena (*ne bis in idem*) erano sostituiti dal «principe de sécurité préventive». I prefetti non dovevano, in altre parole, usare i poteri del decreto per perseguire l'atto ostile, giacché per questo esisteva la giustizia ordinaria: «la nécessité s'impose d'être armé non seulement contre le fait délictueux ou criminel, mais aussi contre la volonté notoire de le commettre»[46].

Il loro obiettivo non doveva essere la persecuzione di un determinato atto, e nemmeno di una determinata persona, bensì l'epurazione dalla società di un atteggiamento, o di un fenomeno sociale, riconducibile a delle figure generiche. I 'formalismi' dai quali lo Stato si sentiva affrancato riguardavano le procedure di individuazione del responsabile di un singolo atto; chiaramente dal momento in cui si esigeva dai prefetti una «précaution préventive»[47], questi avevano bisogno di criteri di individuazione di tutt'altro tipo rispetto a quelli che indicavano una responsabilità personale. Per facilitare il loro compito, la circolare del Ministro degli Interni indicava delle tipologie di sospetti costruite su generalizzazioni grossolane. Da un lato vi erano le categorie di individui pericolosi per la sicurezza pubblica: «gens sans aveu, repris de justice, ou vagabonds spéciaux»; dall'altro quelli che minacciavano la difesa nazionale: «l'extrémisme qui, par ses conseils et ses tracts, s'efforce de rompre dans les usines le moral robuste des travailleurs, l'alarmiste des cénacles ou des salons qui jette sur ses auditoires les paroles de mensonge ou les prophéties de panique»[48]. Quest'ultima categoria raccoglieva anche soggetti di particolare pericolosità poiché si trattava di «individus qu'aucune condamnation antérieure ou aucune activité notoirement exercée en marge du droit commun ne marque d'un stigmate visible et précis [...] Ceci s'adresse notamment en premier chef, à tout ce qui se rattache à l'activité clandestine de l'ex-parti communiste»[49].

Complessivamente, il decreto era ideato per i casi in cui la «responsabilité ne pourra pas être établie judiciairement» e «les individus dont il s'agit ne pourront pas être mis hors d'état de nuire par l'emploi d'une autre mesure préventive»[50]. Se ne dovrebbe dedurre che il governo francese aveva deciso di ricorrere alla formula del doppio Stato, che negli stessi anni era stata sviluppata da Ernst Fraenkel per fornire una sintesi teorica della dittatura nazista? Per la durata dello stato d'assedio, il governo di Dalladier e Sarraut si arrogava il potere di decidere se l'atteggiamento o la mera presenza di determinate persone – cittadini francesi o stranieri – confliggeva con la «discipline totale qui est tout ensemble la loi et le moyen de salut national»[51]. In caso affermativo, i decreti sull'internamento amministrativo permettevano di sprofondare tali persone in un vuoto giuridico, quindi di sottrarli alle procedure legali dello Stato normativo per trattarle con i mezzi dello Stato discrezionale.

Un simile modo di procedere corrispondeva a quanto si andava teorizzando in Germania dopo il crollo della Repubblica di Weimar. Era il nuovo diritto 'concreto' che doveva subentrare a quello liberale dimostratosi inadatto a "proteggere la nazione". In tale quadro, il filosofo del diritto Karl Larenz proponeva l'adozione di "tipi giuridici

concreti": in luogo delle categorie generali astratte come ad esempio 'persona', il diritto nazional-socialista accoglieva "categorie generali concrete" come 'soldato valoroso', 'padre di famiglia responsabile' etc.[52] La definizione di categorie di tipi 'asociali' come "refrattari al lavoro", "vagabondi", "mendicanti", "prostitute" e "zingari" era il primo passo per il loro internamento in campi di concentramento in base ai decreti di gennaio e luglio 1938.

Essendo lo stato d'assedio, come sostenne Fraenkel, la vera costituzione del Terzo *Reich*[53], il diritto di polizia non seguiva più i parametri della colpa e della punizione individuale. Pertanto, come aveva affermato il costituzionalista Reinhard Höhn nel 1936, nella nuova ottica, i singoli atti criminali, come anche i destini dei singoli individui, non avevano più alcun peso. Ciò era dimostrato, a suo avviso, dai decreti sull'arresto preventivo dei criminali abituali, emanati il 13 novembre 1933 e il 10 febbraio 1934 da Hermann Göring in qualità di Ministro degli Interni prussiano[54]. Le decretate misure di polizia erano considerate le più idonee per difendere la comunità non dai singoli atti criminali, ma da una generica tendenza al comportamento asociale, che minava l'unità del popolo:

> La polizia criminale, che in base ai principi liberali doveva limitarsi alla difesa contro casi singoli, ha riorientato la propria azione assumendo come punto di partenza la comunità, di cui ora è in grado di organizzare una difesa pianificata. Ora non si tratta più di reagire al pericolo nei singoli casi, bensì di estirpare in modo programmato dalla comunità del popolo un fenomeno asociale come il crimine abituale[55].

Secondo Fraenkel, la sottrazione della vita politica al dominio del diritto aveva come esito che, mentre «nello Stato di diritto i tribunali controllano l'amministrazione dal punto di vista della legalità, nel Terzo Reich le autorità di polizia controllano i tribunali dal punto di vista della opportunità»[56]. «Questa compresenza di ordinamento giuridico e ordinamento politico», proseguiva Fraenkel, «si spiega a partire dal fatto che entrambi sono orientati verso differenti valori»[57]: il principio politico non è legato alla nozione di giustizia, ma – in base alla dottrina dell'*arcanum imperii* – si legittima da sé. «Poiché però le grandi masse risultano impermeabili ad un tale punto di vista, il nemico politico deve essere discriminato moralmente. La lotta politica deve essere condotta come se si trattasse di un processo di bonifica morale e giuridica»[58].

Nel caso della bonifica intrapresa dal governo Dalladier, la testimonianza di Koestler ci offre un vivido quadro degli effetti sociali della operazione:

> I *flics*, lavati di fresco, nelle loro linde uniformi ci guardavano con sprezzante disgusto. Leggevano i giornali del mattino, e proprio quella mattina tutti i giornali pubblicavano un comunicato ufficiale che spiegava come la folla di stranieri di cui era stata fatta una retata negli ultimi due giorni dalla "nostra vigile polizia" comprendeva gli elementi più pericolosi dei bassifondi parigini – la vera schiuma della terra. […] La gente per strada si fermava al nostro passaggio. Avevano tutti letto sui giornali la notizia della retata della schiuma di Parigi – ed eccola qui. Dopo tre notti in quella cantina del carbone, avevamo un aspetto che corrispondeva alla loro attesa. Tutti si slogavano il collo per guardarci. Mi tirai su il colletto del cappotto[59].

Chiaramente, nessun confronto tra l'atteggiamento di un governo della Terza Repubblica e di quello hitleriano può reggere alla luce delle disumanità sistematicamente perpetrate nei campi nazisti. Koestler stes-

so lo ribadisce a più riprese:

> Nella scala centigrada liberale il campo del Vernet era lo zero dell'ignominia; misurato in Dachau-Fahrenheit era ancora 32 gradi sopra zero. Al Vernet le percosse erano un evento quotidiano; a Dachau venivano prolungate fino a produrre la morte. Al Vernet la gente moriva per mancanza di assistenza medica; a Dachau veniva uccisa intenzionalmente. Al Vernet metà dei prigionieri doveva dormire senza coperte a venti gradi sotto zero; a Dachau venivano messi in catene ed esposti al gelo. […] Se uno gridava di notte nella nostra baracca, si sapeva che aveva sognato la Gestapo. E, riprendendo conoscenza, egli riconosceva con sollievo l'odore della paglia marcia del Vernet[60].

Ciò nondimeno, lo scrittore ungherese si ribella contro i tentativi di eludere o mitigare le responsabilità di un governo democratico contrapponendole alla barbarie hitleriana. «Ricordai – credo che tutti noi ricordammo – i ben noti racconti di forche caudine a Dachau», si legge nella *Schiuma della terra* a proposito dei maltrattamenti subiti dalla polizia francese: «qui nessuno veniva ucciso, e il peggio che poteva capitare era di perdere qualche dente. I nazisti ci avevano insegnato a consolarci con i confronti»[61]. Il paragone col nazismo non doveva 'consolare', poiché non giustificava la deriva autoritaria della Repubblica. L'aspirazione a soffocare le voci critiche per conseguire la "*discipline totale*" pretesa da Sarraut, aveva segnato l'inizio della sua fine.

Durante i mesi di prigionia Koestler aveva finito la stesura del suo romanzo più famoso, *Buio a mezzogiorno*. Il fiuto per le aporie dei movimenti rivoluzionari, che aveva dimostrato nella elaborazione letteraria dei processi moscoviti, si volgeva in quei giorni anche alla comprensione delle ragioni che lo avevano condotto al campo di Vernet. Dove il mezzogiorno doveva far brillare il sole, regnava il buio; allo stesso modo, il sale della terra era rigettato come schiuma. La origine del paradosso sembrava radicata profondamente nelle origini rivoluzionarie della società francese. La Terza Repubblica appariva condannata a soccombere al contrasto che già nel 1848 aveva dilaniato la Seconda, scissa tra il *Parti de l'Ordre* e la sinistra repubblicana erede della *Montagne*. Per Barthélemy, l'ordine borghese stabilitosi sul lascito della Grande Rivoluzione andava difeso a scapito della partecipazione popolare che le aveva fornito la spinta propulsiva. Agli occhi di Koestler invece, la Repubblica avrebbe potuto salvarsi dall'imminente aggressione tedesca solo se si mobilitavano le sue risorse ideali:

> Il popolo di Parigi avrebbe potuto combattere su barricate fatte di selci delle strade, di materassi, e di gabbie di uccelli come nei giorni eroici del 1848, come nei giorni della Comune, e nei giorni di Sacco e Vanzetti. Perfino la Marna, con la pazza improvvisazione di andare in battaglia in taxi, non era stata una specie di improvvisato combattimento su barricate? No, il popolo di Parigi non poteva "sopportare". Se l'eroica follia si fosse impadronita di loro avrebbero potuto vivere di topi arrostiti e caricare il nemico con le sole unghie e strappargli a morsi il naso. *Se*. Ma dov'era l'eroica follia?[62]

Il problema, la "cosa sinistra", come avrebbe chiosato il suo amico di Vernet Leo Valiani, era che nel 1940 la follia eroica sembrava essere prerogativa dei militanti comunisti:

> Ce n'erano parecchi milioni – la parte più tenace, più attiva e più violentemente antinazista della classe operaia francese. Erano, per tradizione ed educazione di partito, i più adatti a dare esempio di cameratismo e di sacrificio temerario nella lotta. […] Per la nazione francese era l'occasione storica di riguadagnare il controllo dei suoi *enfants terribles*. Bastava far rivivere dalla loro araldica pietrificazione le tre parole, *Liberté*, *Egalité*, *Fraternité*, far esplodere la dinamite latente nella

parola patriote se pronunciata con gli accenti di Saint-Just e di Danton[63].

Membro egli stesso membro del partito comunista fino al 1938, Koestler sapeva fin troppo bene che questi novelli crociati non avrebbero combattuto per difendere lo *status quo*, ma per imporre un ordine diverso da quello emerso dal 1789. Ai loro occhi, «ogni qual volta la stampa di boulevard o un capo politico tentavano di provare che la Francia stava combattendo una guerra per la democrazia, facevano l'effetto di un vecchio e panciuto commediante che cerchi di recitare la parte di Bruto»[64]. Di fronte a una simile prospettiva, il militante di sinistra avrebbe replicato: «Combattiamo contro il fascismo, ma non combattiamo per la democrazia di Stavisky, di Bonnet e delle Duecento Famiglie. Se la democrazia deve essere un programma, deve esserne il contenuto un nuovo ordine sociale. Questo non lo vediamo»[65]. La fondazione di quel nuovo ordine sociale avrebbe a sua volta implicato il varo di grandi operazioni di "bonifica morale" da elementi visti come asociali.

A questo punto il cerchio si chiude e Koestler ci lascia senza risposte, tranne forse una. Per ricostruirla, vale la pena di ripensare a *Buio a mezzogiorno*, ultimato poco prima che la polizia francese tentasse di internarlo per la seconda volta nell'aprile 1940. Nell'immaginare la scena dell'arresto del protagonista Rubasciov, lo scrittore ungherese aveva posto contro il noto rivoluzionario un giovane poliziotto dai modi duri ed impietosi, insensibile alla sua fama poiché «cresciuto sotto nuovi eroi [...] Si capiva che la sua brutalità non era più artefatta, ma gli era naturale. "Bella generazione che abbiamo prodotto" pensò Rubasciov. Gli vennero in mente i cartelloni di propaganda in cui la gioventù veniva sempre rappresentata con un volto ridente. Si sentì stanchissimo»[66].

Come antidoto contro "il tempo della grande tenebra" preconizzato dal suo eroe Rubasciov, Koestler credeva di aver trovato una buona risposta. L'aveva già provata sul padre dominicano Darrault, con il quale aveva condiviso parte del cammino verso la zona non occupata nei giorni dopo l'armistizio:

> Gli raccontai di come ero stato a osservare la colonna motorizzata tedesca e di quel ragazzo ritto sulla torretta, e che per prima volta in vita mia avevo sentito un vero bisogno di uccidere – di uccidere senza odio. "*C'est logique*", disse: "l'unica alternativa all'uccidere è predicare". "Vada a provare", gli risposi. "Vada a predicare a questi uomini di Neanderthal motorizzati" [...] "In concreto: che cosa predicherebbe lei a quegli uomini nelle torrette?". "Sempre la stessa semplice parola che abbiamo predicata per gli ultimi duemila anni: Amore". "Questo è il vostro errore", dissi, "L'amore non è un'alternativa all'odio. Possono vivere perfettamente bene fianco a fianco, in compartimenti della stessa mente" [...] "Il rimedio contro l'odio", dissi, "è insegnar loro a ridere e a sorridere"[67].

Una volta raggiunto l'esilio londinese, per l'ex comunista Koestler la risposta era – come già per Rubasciov in attesa dell'esecuzione – auspicare per il futuro un nuovo movimento, sorto «in un nuovo clima morale dove i Mezzi giustifichino il Fine e non il contrario». E, per il momento, a rivendicare il suo «unico e ultimo scopo di guerra: insegnare a questo mondo a ridere di nuovo»[68].

[1] J. Barthélemy, *Valeur de la liberté et Adaptation de la République*, Paris, Recueil Sirey, 1935, p. 86.

[2] Intervista con Barthélemy di Raymond Recouly, *Le garde de Sceaux me parle de la Constitution novelle*, in «Gringoire», 1° agosto 1941, citato in G. Martinez, *Joseph Barthélémy et la crise de la démocratie libérale*, in «Vingtième Siècle. Revue d'histoire», n. 59, luglio-settembre 1998, pp. 28-47, qui p. 41.

[3] Barthélemy, *Valeur de la liberté* cit., p. 86.

[4] A. Koestler, *Scum of the Earth* (1942), ed. it. *La schiuma della terra*, Bologna, Il Mulino, 1989, p. 223 e p. 226.

[5] Ivi, p. 222.

[6] Ivi, p. 202.

[7] Ivi, p. 194.

[8] K. Mann, *Der Wendepunkt* (1949), ed. it. *La svolta*, Milano, il Saggiatore, 2001, p. 252.

[9] A. Koestler, *The Invisible Writing. The Second Volume of an Autobiography: 1932-1940* (1953), ed. it. *La scrittura invisibile. Autobiografia 1932-1940*, Bologna, Il Mulino, p. 216.

[10] *Ibidem*.

[11] Sulla immigrazione economica e politica italiana in Francia alla fine della Terza Repubblica si veda il ricchissimo studio di P. Milza, D. Peschanski (edd.), *Exils et migration: italiens et espagnols en France, 1938-1946*, Paris, l'Harmattan, 1994.

[12] Koestler, *La schiuma della terra* cit., p. 68.

[13] S. Coeuré, F. Monier, *Paul Gorgulov, assassin de Paul Doumer (1932)*, in «Vingtième Siècle. Revue d'histoire», n. 65, gennaio-marzo 2000, pp. 35-46. Sulla verosimiglianza dell'affermazione di Gorgulov di essere a capo di un *Ordre des chevaliers patriotes fascistes nationaux russes* cfr. p. 39.

[14] Ivi, p. 45.

[15] Ivi, pp. 45-46.

[16] «L'ami du peuple», 10 ottobre 1934, citato in M. Dewhurst Lewis, *The Boundaries of the Republic: Migrant Rights and the Limits of Universalism in France, 1918-1940*, Stanford, Stanford University Press, 2007, p. 112.

[17] Colonello de la Rocque in «Le Jour», 11 ottobre 1934, citato in ivi, p. 113.

[18] *Ibidem*.

[19] Koestler, *La schiuma della terra* cit., pp. 36-39.

[20] Ivi, pp. 36-37.

[21] Ivi, pp. 37-38.

[22] Ivi, p. 67.

[23] Ivi, p. 119.

[24] Citato in D. Peschanski, *Les camps français d'internement (1938-1946)*, Thèse de doctorat d'État en Histoire, direction Antoine Prost, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2000, p. 24.

[25] V. Caron, *Unwilling Refuge: France and the Dilemma of Illegal Immigration, 1933-1939*, in F. Caestecker, B. Moore (edd.), *Refugees from Nazi Germany and the Liberal European States*, New York, Berghahn Books, 2010, pp. 66-68.

[26] Per un'approfondita ed esaustiva analisi storico-costituzionale dell'originaria *loi des suspects* – per la precisione del *décret relatif aux gens suspects* emanato dalla Convenzione Nazionale il 17 settembre 1793 – si veda R. Martucci, *Logiche della transizione penale. Indirizzi di politica criminale e codificazione in Francia dalla Rivoluzione all'Impero (1789-1810)*, in «Quaderni fiorentini», n. XXXVI, 2007, pp. 131-274, in particolare p. 239, dove l'autore indica le otto categorie di individui sospetti: «i fautori della tirannia (monarchia), del federalismo (repubblicani girondini) e l'onnicomprensiva classe dei nemici della libertà; coloro che non possono giustificare mezzi di sussistenza e l'adempimento dei doveri civici; coloro a cui è stato rifiutato dalle autorità locali il *certificat de civisme*; i funzionari pubblici sospesi o destituiti e non reintegrati; quei nobili (compresi i congiunti di ogni ordine, età e grado) e gli agenti di emigrati che non abbiano costantemente manifestato attaccamento alla Repubblica; quei nobili già emigrati dopo il 1° luglio 1789, rientrati in Francia e radiati dalle liste d'emigrazione in virtù del decreto 30 marzo-8 aprile 1792».

[27] Il testo del decreto-legge del 2 maggio 1938 è tratto dal sito Livres de guerre, <http://pages.livresdeguerre.net/pages/sujet.php?id=docddp&su=103>, aprile 2014. Per un'analisi del decreto cfr. V. Caron, *Uneasy Asylum: France and the Jewish Refugee Crisis, 1933-1942*, Stanford, Stanford University Press, 1999, pp. 174-175; Dewhurst Lewis, *The Boundaries of the Republic* cit., pp. 219-222.

[28] *Ibidem*.

[29] *Ibidem*.

[30] Per il testo del decreto-legge del 12 novembre 1938 cfr. il sito *Livres de guerre*, <http://pages.livresdeguerre.net/pages/sujet.php?id=docddp&su=103&np=780>, aprile 2014.

[31] *Ibidem*.

[32] *Ibidem*.

[33] *Ibidem*.

[34] *Ibidem*.

[35] Cfr. Martinez, *Joseph Barthélémy et la crise* cit., p. 37.

[36] Décret-loi du 12 novembre 1938 relatif à la situation et à la police des étrangers, cit.

[37] *Ibidem*.

[38] Koestler, *La schiuma della terra*, cit., p. 203.

[39] 18 novembre 1939. Décret relatif aux mesures à prendre à l'égard des individus dangereux, pour la défense nationale ou la sécurité publique, in *Criminocorpus*, <https://criminocorpus.org/sources/16723/>, aprile 2014.

[40] *Ibidem*.

[41] *Ibidem*.

[42] Per il testo della circolare cfr. il sito *Histoire pénitentiaire et Justice militaire*, <http://prisons-cherche-midi-mauzac.com/varia/une-circulaire-du-ministre-de-linterieur-definit-les-modalites-dapplication-du-decret-loi-du-18-novembre-1939-7598>, aprile 2014. A proposito della circolare e dei suoi effetti si veda

in primo luogo M. Luirard, *Aspects de la legislation sur les camps d'internement*, in *Répression - Camps d'internement en France pendant la seconde guerre mondiale, aspects du phénomène concentrationnaire*, Saint-Etienne, Université de Saint-Etienne, 1983, in particolare pp. 54-63. Cfr. anche M. Curtis, *Verdict on Vichy: Power and Prejudice in the Vichy France Regime*, New York, Arcade Publishing, 2002, p. 157; D. Jarrassé, *Les juifs de Clermont: une histoire fragmentée*, Clermont-Ferrand, Presses Univ. Blaise Pascal, 2000, p. 223.

43 Circulaire secret n. 12 du 14 décembre 1939, cit.

44 *Ibidem*.

45 *Ibidem*.

46 *Ibidem*.

47 *Ibidem*.

48 *Ibidem*.

49 *Ibidem*.

50 *Ibidem*.

51 *Ibidem*.

52 Cfr. K. Larenz, Über *Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens*, Berlin, Junker und Dünnhaupt, 1938, in particolare pp. 43-53.

53 E. Fraenkel, *Der Doppelstaat* (1941), ed. it. *Il doppio Stato. Contributo alla teoria della dittatura*, Torino, Einaudi, 1983, p. 21.

54 Sulla lotta preventiva contro il fenomeno del crimine abituale nella Germania nazista cfr. G. Werle, *Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich*, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1989, in particolare pp. 481-532.

55 R. Höhn, *Altes und neues Polizeirecht*, in F. Hans, H. Himmler, W. Best, R. Höhn, *Grundfragen der deutschen Polizei. Bericht* über *die konstituirende Sitzung des Ausschusses für Polizeirecht der Akademie für deutsches Recht am 11. Oktober 1936*, Hamburg, Hanseatische Verlaganstalt, 1937, p. 31.

56 Fraenkel, *Il doppio Stato* cit., p. 62.

57 Ivi, pp. 62-63.

58 *Ibidem*.

59 Koestler, *La schiuma della terra*, cit., p. 58 e p. 60.

60 Ivi, pp. 81-82.

61 Ivi, p. 56.

62 Ivi, p. 40 e p. 42.

63 Ivi, p. 71.

64 Ivi, p. 45.

65 Ivi, p. 46.

66 A. Koestler, *Darkness at noon* (1940), ed. it. *Buio a mezzogiorno*, Milano, Arnaldo Mondadori, 2010, p. 10.

67 Koestler, *La schiuma della terra*, cit., p. 184.

68 Ivi, p. 236.

Diciassette proposte di lettura

A CURA DI ANTONELLA BETTONI, RONALD CAR, NINFA CONTIGIANI, LUIGI LACCHÈ, PAOLO MARCHETTI, GIUSEPPE MECCA, GIOVANNI RUOCCO, MONICA STRONATI

A

Eliana AUGUSTI
Questioni d'Oriente. Europa e Impero ottomano nel diritto internazionale dell'Ottocento

Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013, pp. X-404
ISBN 9788849526844, Euro 44

Prima che il Trattato di Sèvres, nel 1920, decretasse la definitiva scomparsa dell'Impero ottomano, l'agonia di questa estesissima organizzazione politica posta a cavallo tra Oriente e Occidente aveva contrassegnato lo scenario politico europeo del XIX secolo. Eliana Augusti, attraverso un'accurata e attenta analisi della letteratura internazionalistica dell'epoca e di alcune rilevanti fonti d'archivio, ricostruisce la fitta trama di avvenimenti (diplomatici, giuridici e politici) che accompagnarono la progressiva erosione, a vantaggio delle principali nazioni europee, del potere esercitato dalla Porta nei confronti dei propri possedimenti territoriali. Sullo sfondo di questo declino (che affonda le sue radici già nel secolo precedente), l'autrice colloca le profonde trasformazioni che interessarono i principî posti alla base della regolazione dei rapporti tra Stati. In questi decenni, infatti, lo *ius publicum europaeum*, contrassegnato dalla comune matrice cristiana che da sempre aveva connotato le nazioni ammesse al suo consesso, conobbe un rapido processo di trasformazione che lo spinse verso la costruzione di un diritto internazionale scevro da connotazioni identitarie di tipo religioso e finalizzato alla costruzione di un ordinamento spaziale comune, il cui equilibrio doveva essere garantito dalle nazioni che ne facevano parte. In questo contesto, un ruolo di stimolo fu giocato dalla necessità di includere, nell'ambito dei soggetti del nuovo diritto internazionale, quell'esperienza singolarissima sul piano giuspolitico (in prospettiva europea) rappresentata dall'Impero ottomano, considerato sino ai primi decenni dell'Ottocento niente di più che un'aggregazione di fatto. Dopo aver tracciato nei primi tre capitoli del libro lo scenario su cui collocare il dipanarsi degli avvenimenti – attraverso l'analisi della Questione d'Oriente, del sistema politico istituzionale ottomano e della nascita del diritto pubblico europeo – l'autrice concentra la propria attenzione su quattro decenni del XIX secolo (dall'inizio degli anni Quaranta alla fine degli anni Settanta)

cruciali per le sorti dell'Impero. In questo quarantennio, caratterizzato dalle due guerre russo-ottomane, conclusesi con il Tratto di Parigi del 1856 e quello di Berlino del 1878, l'atteggiamento delle nazioni occidentali nei confronti dell'Impero ottomano appare contrassegnato da tratti di fortissima ambiguità. Se da una parte, infatti, esse sembrano spingere verso un'integrazione dell'Impero ottomano all'interno dello scenario politico europeo, dall'altro continuano ad erodere (attraverso accordi internazionali patteggiati o imposti, come in maniera documentata mostra l'autrice del libro) i poteri esercitabili dal sultano sui propri territori. In ogni caso, se nella guerra di Crimea la Porta e i suoi alleati avevano vinto, conclude Eliana Augusti, e l'oggetto dell'accordo internazionale era finalizzato al mantenimento dell'Impero ottomano, nel 1878 i suoi sostenitori di vent'anni prima sembravano desiderosi di progettare il futuro politico dei vasti territori lasciati in eredità a seguito della sua auspicata dissoluzione.

P.M.

B

Giuditta Brunelli, Giovanni Cazzetta (a cura di)
Dalla Costituzione "inattuata" alla Costituzione "inattuale"? Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana
Materiali dall'incontro di studio Ferrara, 24-25 gennaio 2013

Milano, Giuffrè, 2013, pp. 430
ISBN 8814182701, Euro 44

Il volume raccoglie gli atti del seminario tenuto il 24 e 25 gennaio del 2013. Il terzo Seminario ferrarese ha avuto ad oggetto la cultura giuridico-politica dell'Italia repubblicana, in particolare il tema del potere costituente e delle riforme costituzionali, o meglio: gli orizzonti spazio-temporali del testo (costituzionale). Un tema complesso, di sicura attualità e interesse vista anche l'importante partecipazione testimoniata dai 36 contributi raccolti nel volume sistemato in tre parti: le relazioni di G. Brunelli, P. Costa e M. Luciani, introdotte dalla premessa di G. Cazzetta; gli interventi e la tavola rotonda che ha visti impegnati studiosi delle istituzioni di diritto pubblico, diritto costituzionale, diritto pubblico comparato, diritto amministrativo storici del diritto e delle istituzioni politiche. Differenti approcci perché qualsiasi «discorso sulle Costituzioni non può reggere se non è condotto da una molteplicità di prospettive e con l'ausilio degli apporti di molte discipline» e perché bisogna possedere «una visione d'insieme» della storia costituzionale della Repubblica. Si sostiene che il modello disegnato dalla Costituzione repubblicana sia fortemente caratterizzato dall'agire politico, questo dovrebbe attuare il testo costituzionale operando in una prospettiva dinamica. La giurisdizione, invece, dovrebbe assolvere il compito di *applicare* la Costituzione, altrimenti eserciterebbe una funzione di supplenza delle aule parlamentari dove, invece, si esprime la nozione costituzionale di popolo. Una nozione problematica, quest'ultima, perché si tratta d'un popolo disomogeneo e plurale, che incontra nella Costituzione limiti giuridici precisi: processi decisionali democratici. Il circuito politico-parlamentare, tuttavia, soffre da decenni di profonde crisi. Il tema della inattualità del testo si lega, così, inesorabilmente con quello delle forme di rappresentanza e della loro crisi, e si pone un'altra domanda: inadeguata e inattuale la Costituzione o ciò che gli sta intorno? D'altra parte, si sostiene, la Costituzione non è un mero 'compromesso' politico, ma è una fonte giuridica, peraltro sovraordinata a quella legislativa, che fa i conti con il tempo ed anche con un processo interpretativo aperto e plurale. In questo contesto la giurisdizione offrirebbe al «moto» delle costituzioni argini rassicuranti e impedirebbe la frattura tra testo e diritto vivente.

M.S.

C

Mario Caravale, Francesca Laura Sigismondi (a cura di)
La Facoltà giuridica romana in età liberale. Prolusioni e discorsi inaugurali

Napoli, Jovene, 2014, pp. 894
ISBN 9788824322966, Euro 83

Risultato di una ricerca d'interesse nazionale (PRIN 2008) dal titolo *Prolusioni, prelezioni, discorsi. Retoriche dei giuristi e costituzione dell'identità nazionale*, il corposo volume è una raccolta di fonti dottrinali precedute da saggi introduttivi. Carlo Bersani (*Il diritto internazionale nella Facoltà romana di Giurisprudenza e in età liberale attraverso il genere del «discorso»*) rilegge l'insegnamento romano di Pasquale Stanislao Mancini, Augusto Pierantoni e Dionisio Anzillotti. La scienza internazionalistica a Roma ha seguito le trasformazioni politiche e istituzionali dell'Italia liberale. Com'è indicato dal titolo, Mario Caravale (*La dialettica libertà-autonomia nei costituzionalisti romani di età liberale*) analizza i contributi dei costituzionalisti della Sapienza romana attraverso i discorsi sulle libertà e le guarentigie individuali. Dopo aver dato conto delle difficoltà incontrate dall'Ateneo nel dare un insegnamento di elevato valore scientifico nei primi anni dell'annessione di Roma allo Stato unitario, è posta particolare attenzione al pensiero giuridico di Luigi Palma, Pietro Chimienti, Vittorio Emanuele Orlando e Luigi Luzzatti. Alla ricerca dei luoghi in cui si consumano le fratture della scienza civilistica dalle impostazioni pandettistiche, è dedicato il saggio di Giordano Ferri (*Gli studi privatistici e la Facoltà giuridica romana tra XIX e XX secolo*), con richiami al processo di commercializzazione del diritto privato. Il contributo di Antonia Fiori (*Le prolusioni storico-giuridiche e romanistiche della Facoltà di Giurisprudenza 1871-1922*) consta di due parti. La prima è dedicata alle prolusioni appartenenti all'ambito disciplinare della Storia del diritto ove sono analizzate le personalità di Guido Padelletti e Francesco Brandileone. La seconda parte è dedicata alle riflessioni della scienza romanistica attraverso il magistero di Filippo Serafini, Vittorio Scialoja e Pietro Bonfante. Le ultime due sezioni della raccolta sono dedicate rispettivamente alle scienze penalistiche e alla filosofia del diritto. L'introduzione di Francesca Laura Sigismondi (*La scienza penalistica alla «Sapienza» di Roma in età liberale*) ricostruisce le vicende della cattedra di diritto e procedura penale attraverso gli insegnamenti di Nocito, Ferri e Impallomeni, mentre l'approfondimento di Mauro Vanga (*Guerra e libertà nelle prolusioni romane di filosofia del diritto 1860-1916*) evidenzia che sin dal periodo postunitario l'interesse dei filosofi è stato attratto dalle tematiche sulla libertà individuale, dalla prevenzione dei conflitti armati e dalla ricerca della pace.

G.M.

Aldo Andrea Cassi (a cura di)
*Figure giuridiche dell'*altro *tra medioevo e futuro*

Soveria Mannelli, Rubettino, 2013, pp. 374
ISBN 9788849837643, Euro 18

La povertà dei miseri e dei marginali, il suo significato e il cambiamento di esso, la ricerca delle sue cause, soprattutto le teorie e le pratiche di trattamento riservate ai poveri dalle istituzioni pubbliche del passato e dagli ordinamenti costituzionali e democratici, sono i temi affrontati nel volume curato da Andrea Cassi e frutto della raccolta degli atti dell'omonimo convegno tenutosi all'Università di Brescia il 12 e 13 maggio 2011 nella Facoltà giuridica. Lungo un arco cronologico che si snoda dal Medioevo del Diritto comune passando per le prime ordinanze e normative più organiche della fase di formazione degli stati territoriali moderni il volume ricostruisce le politiche dirette al primo assistenzialismo caritatevole – strettamente legato all'esigenza di controllo dell'ordine pubblico e sempre più connesso al *topos* dell'"ozio padre di tutti i vizi" – fino a quelle vincolate all'ob-

bligo di lavoro, sempre più repressive ed escludenti. Un cammino letto in controluce da Pietro Costa che svela il rapporto con l'altro come segnato inesorabilmente dall'esigenza di costruzione del nemico interno (parte I: *Profili storici e istituti giuridici di inclusione-esclusione dell'*altro; saggi di A. Calore, C. Storti, A.A. Cassi, F. Migliorino, A. Sandonà, F. Paletti, D. Luongo, A. Carrera, P.Costa). Il volume chiude il cerchio sulla contemporaneità con i saggi dedicati all'ordinamento costituzionale italiano (ancora alla condizione dello straniero, ma anche ai diritti dei migranti, alla prospettiva canonistica ed ecclesiastica, all''alterità reclusa', fino agli invalidi come 'altri' del nuovo welfare) non senza un interessante sguardo critico che sembra cogliere l'aporia strutturale della tutela antidiscriminatoria riservata ai Rom e ai Sinti da una società eretta sul principio di residenzialità e sull'etica del lavoro produttivo; è questa un'alterità veramente trattabile? O siamo di fronte all'ennesimo tentativo di disciplinamento e di trattamento riservato al diverso per tranquillizzare tutti gli altri? (Parte II: *L'alterità nell'ordinamento giuridico vigente. Consolidazioni e prospettive future*; saggi di T. Mazzarese, A. Apostoli, L. Guaglianone, C. Minelli, C. A. Romano, V. Glassier).

N.C.

D

Angela De Benedictis, Karl Härter (Hrsg.)
Revolten und politische Verbrechen zwischen dem 12. und 19. Jahrhundert. Rechtliche Reaktionen und juristisch-politische Diskurse

Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 2013, pp. 477
ISBN 9783465041986, Euro 63

Il volume raccoglie gli atti del convegno internazionale *Revolten und politiche Verbrechen zwischen dem 12. und 19. Jahrhundert: Reaktionen der Rechtssysteme und juristisch-politische Diskurse* (Rivolte e crimini politici tra XII e XIX secolo: Reazioni del sistema giuridico e discorso giuridico-politico), tenutosi presso il Max-Plank-Institut für europäische Rechtsgeschichte, Francoforte sul Meno nell'aprile 2011. Il convegno, combinando storia sociale, politica e giuridica, si proponeva di offrire nuovi approcci e interpretazioni relativi ai temi correlati del crimine politico e delle rivolte (p. IX), giovandosi dei risultati a cui la storiografia italiana e tedesca, ma non solo, è giunta negli ultimi decenni. Il volume è diviso in due parti: la prima parte fornisce il quadro giuridico entro cui collocare il reato politico nella sua multiforme varietà, indicando le reazioni del sistema giuridico, della dottrina giuridica e politico-giuridica e dei sistemi di comunicazione del tempo; la seconda espone casi concreti che spaziano dalle rivolte politiche nell'Italia comunale e signorile, a quelle dei *Moriscos* di Granada, degli ebrei di Fulta, degli aristocratici francesi, dei contadini sassoni, etc. offrendo possibilità di comparazioni con diversi registri tematici. Nel volume è giustamente individuata l'ontologica ambivalenza del crimine politico per sempre teso fra due poli opposti: da una parte crimine, dall'altra resistenza legittima a un potere ingiusto. Questa sua ambivalenza ha variamente influenzato i sistemi giuridici costringendoli spesso a differenziare la risposta al reato politico adeguandola alla situazione politica e sociale. Tali risposte vanno dalla criminalizzazione e repressione di comportamenti tra i più vari, all'adozione di normative di emergenza o di leggi militari, alla mediazione dei conflitti, all'adozione di misure di prevenzione. Il volume si pone, e senz'altro realizza, il proposito di ricostruire il modo in cui il crimine politico altera i sistemi giuridici e in particolare il sistema di *ius commune*.

A.B.

Franco M. Di Sciullo
Gestire l'indigenza. I poveri nel pensiero politico inglese da Locke a Malthus

[n. ed.], Roma, Aracne, 2013, pp. 281
ISBN 9788854857384, Euro 18

Il volume ripercorre lo sviluppo del pensiero politico inglese sull'assistenza pubblica e sul controllo sociale della marginalità nel periodo che va dalla Gloriosa rivoluzione alla fine delle guerre napoleoniche. Prendendo in esame le riflessioni di diversi autori di primo piano (Locke, Defoe, Mandeville, Fielding, Smith, Townsend, Burke, Spence, Paine, Godwin, Bentham e Malthus) esso vuole ricostruire l'interazione tra il pensiero politico inglese e la legislazione, tra trattamento dell'indigenza, della marginalità, dell'esclusione e la repressione di quei comportamenti devianti che l'approccio empirico inglese rappresenta immediatamente come criminali, non solo per via della sicurezza ma per via della loro 'volontaria' distanza dalle comunità territoriali e/o da uno dei ceti sociali in cui si articola la struttura sociale del Regno in quegli anni (cap. 1). Sostanzialmente attraverso nuove ricerche e la nuova storiografia edita dagli anni Novanta, rispetto al suo lavoro intitolato *Il merito e la frusta. Assistenza, disciplina e mobilità sociale nel pensiero politico inglese del Settecento*, Aracne 2000, l'autore rilegge il fenomeno del rapporto stretto tra legislazione assistenziale per i poveri ('s-venturati' e quindi meritevoli) e legislazione repressiva dei poveri (non meritevoli e quindi pericolosi) sullo sfondo dell'equilibrio costituzionale basato sulla coppia fondativa principio di residenzialità/controllo pubblico che è messo in discussione dalla non accettazione passiva del proprio stato di indigenza o dalla non accettazione dell'obbligo di lavoro come riscontro di utilità sociale dovuta per compensare il costo della pubblica assistenza (cap. 2). Il dibattito sugli effetti della staticità fisica e anche sociale prodotta dal sistema assistenziale eretto a partire dalla *Poor Law* elisabettiana fu segnato dalla paura per la valenza sovversiva del vagabondaggio e della mendicità come rifiuti del principio politico dell'appartenenza comunitaria (anche nazionale) e delle esigenze di sempre maggiore produttività emergenti nel frattempo dalle teorie economiche (capp. 3-4). Il lavoro si chiude con la trasformazione decisiva e irreversibile della considerazione della povertà come strutturale e 'sistemica' e ripercorrendo il passaggio dalla reiterazione delle politiche repressive all'avvio della «gestione manageriale delle risorse umane emarginate dal mercato del lavoro» passando per le analisi critiche di Malthus e Bentham che fecero l'ultimo tentativo per l'ennesima responsabilizzazione morale del povero (capp. 5-6).

N.C.

G

Saverio Gentile
La legalità del male. L'offensiva mussoliniana contro gli ebrei nella prospettiva storico-giuridica (1938-1945)

Torino, Giappichelli, 2013, pp. XIV-614
ISBN 9788834899588, Euro 68

L'A. si pone alla «finestra del giuridico» ed esamina le varie prospettive in cui è stato declinato l'antisemitismo. Da qualche anno gli storici si confrontano con un cliché tanto infondato quanto persistente, si pensi a David Bidussa, Filippo Focardi o Angelo Del Boca. Il volume di Saverio Gentile aggiunge alle argomentazioni storiche quelle giuridiche a constatare l'infondatezza del rassicurante luogo comune che vorrebbe gli "italiani brava gente". Il peso di Auschwitz, quel luogo-simbolo, ha modificato i criteri di paragone e di giudizio generando la rinuncia a collocare l'antiebraismo fascista all'interno della vasta realtà europea extratedesca dell'epoca. In quel contesto, ci ricorda l'A., «la legislazione persecutoria varata da Mussolini fu di gran lunga la più grave e la più articolata». Come testimonia la ricca Appendice documentaria, l'A. ha affrontato il tema attraverso una pluralità di fonti: documenti d'archivio che confermano il protagonismo di Benito Mussolini, ma anche

«una responsabilità corale e diffusa ai più vari livelli della società». E le circolari ministeriali, la parte 'dinamica della persecuzione' che supera i contenuti della legislazione e trova più che zelanti burocrati a rinforzare la persecuzione con soprusi di ogni genere.

Il titolo scelto per il volume è fortemente evocativo di un'epoca nella quale il giudice è 'subditus legum' e se non approva la mostruosità morale delle leggi non gli rimane che commettere una «'illegalità' particolare per rimediare alla generale ingiustizia del legislatore».

M.S.

Massimiliano Gregorio
Parte totale. Le dottrine costituzionali del partito politico in Italia tra Otto e Novecento

Milano, Giuffrè, 2013, pp. 439
ISBN 8814181969, Euro 45

Il volume si pone il fine ambizioso di dare un contributo allo studio delle dottrine costituzionali del partito politico, utilizzando una chiave ricostruttiva particolare, quella espressa dal sintagma 'parte totale'. Tale «concetto ispiratore» (p. VIII) dà forma all'intero volume e bene esprime i due poli attrattivi tra i quali il partito politico oscilla: la parte e il tutto. Il partito politico è necessariamente, e per definizione, espressione dei valori e degli interessi di una parte, tuttavia aspira a farsi interprete dell'interesse generale, a farsi principio di unità politica. L'autore partendo dalla genesi della nozione di partito politico nella cultura illuministica e nel costituzionalismo britannico ci conduce fino alle interpretazioni elaborate dalla scienza del diritto costituzionale negli anni Sessanta del Novecento. Un arco di tempo lunghissimo attraverso il quale il lettore è magistralmente guidato. Pur rimanendo il termine 'partito' invariato, diverse sono le teorie costituzionali che nel corso della storia gli danno senso, sostanza e contenuto. Nello Stato liberale si afferma il partito parlamentare, necessario contenitore di punti di vista (solitamente due) differenti all'interno dell'assemblea. All'inizio del Novecento durante il governo Giolitti con l'affermazione politica del partito socialista, un'altra idea di partito emerge: quella di partito di massa non più «articolazione della classe che governa», ma «espressione del ceto dei governati» (p. 62). Con l'esperienza fascista si fanno strada le nozioni di partito nazionale e di partito di Stato, mentre in Germania durante il nazismo si impone il concetto di Stato di partito. Terminata l'esperienza fascista, il partito torna in Parlamento e i partiti si propongono «come credibili costruttori di unità» (p. 283). Infine i partiti del dopoguerra si costruiscono come partiti della democrazia, nel senso «che essi intavola[…]no con l'idea di democrazia un dialogo complesso, che non [è] sempre lineare e che [è], qualche volta, anche ambiguo e difficoltoso» (p. 292). Il volume termina con la ricostruzione del difficile rapporto tra partiti politici e costituzione negli anni Cinquanta e Sessanta e l'ammissione di un fallimento: le forze politiche italiane infatti «avevano evitato di svolgere il loro ruolo costituzionale, piegando il funzionamento della forma di governo repubblicana alle proprie esigenze di parte e causandone così un'immediata crisi» (p. 412). L'opera rappresenta un contributo fondamentale per quanti storici e politologi intendano in futuro occuparsi di tali questioni, raggiunge senz'altro l'obiettivo propostosi e dipinge del partito politico un affresco vivissimo, riproponendone la validità e necessità come mediatore di una pluralità di interessi sociali confliggenti, compito per la cui attuazione il partito politico sembra essere ancora indispensabile.

A.B.

Paolo Gubinelli
Sparate dritto al cuore. La decimazione di Santa Maria la Longa e quella inglese a Étaples
con prefazione di Alberto Monticone

Udine, Gaspari Editore, 2014, pp. 175
ISBN 978887541297X, Euro 18

Non è la prima volta che Paolo Gubinelli (magistrato inquirente di professione) mette

le sue competenze di giurista al servizio di una ricerca storica. Lo aveva già fatto alcuni anni fa (come questa rivista non ha mancato di segnalare), interessandosi dei processi ai collaborazionisti nelle Marche all'indomani del secondo conflitto mondiale. Con questo lavoro, *Sparate al cuore*, Gubinelli non esce dal contesto bellico (o post-bellico) e neanche da quello dell'analisi del funzionamento degli ordinamenti penali in momenti di particolare tensione dei sistemi politici di cui sono espressione. Con un salto indietro nel tempo di qualche decennio (rispetto alla precedente ricerca) l'autore ci porta questa volta proprio al centro della prima tragedia del XX secolo, la Grande Guerra. La sua attenzione si concentra, in particolare, su due episodi avvenuti nel primo conflitto mondiale. Si tratta di vicende nelle quali la giustizia penale militare entra tragicamente all'opera. Nel primo caso ad essere intrappolati negli apparati repressivi bellici sono alcuni militari italiani coinvolti in un episodio di disobbedienza collettiva e di ribellione a Santa Maria la Longa; nel secondo si tratta invece di militari inglesi dislocati in Francia, presso la cittadina di Étaples, accusati più o meno dei medesimi reati contestati ai primi. Al di là delle concrete dinamiche di queste vicende, narrate assieme ad altre con uno stile capace di coinvolgere il lettore anche sul versante emotivo, Gubinelli pone a confronto le modalità di funzionamento della giustizia penale militare in tempo di guerra di due paesi abbastanza distanti tra loro, non solo per ciò che riguarda la cultura giuridica. Il suo intento è quello di mettere in discussione un giudizio da tempo circolante sull'operato delle magistrature militari (in particolare quella italiana) basato su valutazioni generiche e poco fondate sul piano dell'analisi storica. «Sarebbe quindi fuor di luogo – scrive Gubinelli a conclusione del suo libro – rassegnarsi all'inevitabilità di una ormai consolatoria considerazione secondo la quale, per motivazioni di classe o per la ferocia dei tempi, la repressione italiana fu spietata, e peggiore, *ma alfine non dissimile da quelle attuate dagli altri paesi belligeranti*». L'analisi di queste due (e numerose altre) vicende giudiziarie porta, infatti, l'autore ad osservare come la maggior spietatezza degli apparati repressivi italiani sia stata il frutto di una serie di scelte politiche in cui era proprio il sistema della legalità ad essere volutamente sacrificato dalle forze di governo del paese, attraverso la concessione di poteri assolutamente straordinari e al di fuori di ogni controllo alle gerarchie militari, le quali venivano vigorosamente spronate ad agire con il massimo rigore e la maggior severità (forse sulla spinta dei timori suscitati da episodi di rivolta popolare, come la Settimana rossa, che avevano di poco preceduto in Italia lo scoppio della guerra). Al contrario in altri paesi, come la Gran Bretagna, l'uso di mezzi repressivi durissimi, utilizzati per gestire le truppe all'interno di uno scenario di guerra, avvenne quasi sempre evitando di manomettere (anche in presenza di fortissime torsioni) il perimetro della legalità che l'ordinamento giuridico consentiva.

P.M.

L

Vincenzo Lippolis, Giulio Salerno
La repubblica del Presidente. Il settennato di Giorgio Napolitano

Bologna, Il Mulino, 2013, pp. 200
ISBN 978-8815244277, Euro 16

È abbastanza raro trovare nel panorama italiano un lavoro dedicato ad una istituzione costituzionale che punti a combinare il dato della 'contingenza' politica (in questo caso la presidenza Napolitano) con i relativi profili giuridici e sistematici. Questo libro, scritto da due noti studiosi del diritto pubblico, riesce a farlo efficacemente, sollevando il dibattito dal piano della più usuale cronaca giornalistica a quello dell'analisi approfondita dell'istituto della presidenza della repubblica, considerato

nella cornice più ampia della dimensione storica, comparatistica e fattuale. Uno dei profili che colpisce positivamente è la capacità degli autori di cogliere l'importanza della riflessione storico-teorica sulla figura del capo dello Stato. Si tratta di recuperare opportunamente alcune indicazioni che emergono dai dibattiti costituenti. Il presidente della commissione dei settantacinque, Meuccio Ruini, aveva ben sintetizzato i caratteri fondamentali della figura del presidente nella Costituzione *in fieri*: al di sopra delle maggioranze cangianti, doveva rappresentare e impersonare l'unità e la continuità nazionale, 'grande consigliere', 'magistrato di persuasione e di influenza', in grado di poggiare queste funzioni su una solida posizione nel sistema costituzionale. Ruini, politico còlto e di grande esperienza, ricapitolava, attraverso questo preciso lessico politicocostituzionale, i tratti essenziali di una storia profonda e altamente istruttiva. Una storia che rimandava alle origini, ovvero alla riflessione del gruppo di Coppet (Necker, Madame de Staël, Constant) sul problema della 'costruzione' del potere esecutivo e della salvaguardia dell'equilibrio politico e costituzionale. Constant non elaborò il concetto di 'potere neutro' al momento del ritorno della Francia al formato monarchico. In realtà, si trattava di un tema che aveva radici repubblicane e che il gruppo di pensatori legati al castello dei Necker aveva elaborato in rapporto dialettico con l'esperienza della monarchia inglese. È vero invece che il ritorno alla forma monarchica consentì a Constant di 'riportare' il concetto di 'pouvoir neutre et préservateur' all'interno della più favorevole 'condition monarchique'. Nei *Principes* del 1815 Constant riprese la teoria dei cinque poteri e i ragionamenti di età repubblicana nonché, soprattutto, quanto aveva già detto nelle *Réflexions sur les constitutions* e in *De la responsabilité des ministres*. La descrizione è ben nota: il 'pouvoir royal' è il potere neutro; il 'pouvoir ministeriel' un potere attivo. Il monarcaorologiaio interviene 'dall'esterno' quando il 'mouvement général' si inceppa. Se il vizio più grave delle costituzioni precedenti era stato quello di non aver saputo creare un potere neutro, il 'pouvoir royal' sembra assicurare «[…] une sphère inviolable de sécurité, de majesté, d'impartialité, qui permet à ces dissentiments de se développer sans péril […]». Il conflitto diviene così, entro certi limiti, una risorsa, e il 'pouvoir royal' interviene solo se necessario e «[…] y met un terme par des moyens légaux, constitutionnels, et dégagés de tout arbitraire […]». Gli autori del volume sono ben consapevoli di queste radici e ne seguono alcuni sviluppi successivi, in specie quelli del primo Novecento, con riguardo a Smend e Schmitt. La Costituzione italiana è probabilmente la costituzione europea che più ha valorizzato questo *background* facendo del presidente della repubblica un regolatore, un custode e un riattivatore del sistema. Qui entrano in gioco molte variabili e la periodizzazione, tra prima e seconda repubblica, funziona, al di là della debolezza formale, nel cogliere un *prima* e un *dopo*. La vicenda italiana ci fa vedere che se l'indirizzo politico parlamento-governo è forte, saldo (come è stato nella storia del sistema partitico uscito dal dopoguerra), il ruolo del presidente assume tratti significativi ma essenzialmente 'notarili'. La crisi del sistema, dopo il 1992-1993, ha invece fatto riespandere naturalmente i poteri e le prerogative del capo dello Stato. La fragilità dei partiti, anche nel dimensionamento della democrazia maggioritaria, e più tardi la crisi istituzionale ed economica hanno ridato centralità al 'potere neutro' del presidente, facendo parlare di 'supplenza', di 'presidenzialismo di fatto' o di altre, imprecise, formule giornalistico-politologiche. In realtà, l'esame puntuale degli atti compiuti dal presidente Napolitano mostrano una consapevolezza straordinaria del suo ruolo (probabilmente come nessuno aveva mai fatto prima nella storia repubblicana) di garante, di custode,

di mediatore e riequilibratore del sistema, capace di comunicare ogni atto con pienezza di motivazione. È stata evocata, a tratti, la categoria del semipresidenzialismo alla francese, ma è più corretto restare, come fanno gli autori, nell'alveo della struttura e della prassi costituzionale italiana. Quando gli autori hanno consegnato alle stampe il loro volume, il settennato del presidente Napolitano era agli sgoccioli. Era a dir poco difficile prevedere che sarebbe stato il primo presidente ad essere rieletto, pur a malincuore, da un'assemblea che ben testimoniava tutti i mali del sistema politico italiano (frammentazione, 'politicismo', confusione istituzionale). Tuttavia, il libro offre molti spunti per capire anche l'avvio del secondo settennato del presidente Napolitano e i suoi primi sviluppi. La storia del 'potere neutro' continua.

L.L.

Nicola Lupo (a cura di)
Il precedente parlamentare tra diritto e politica

Bologna, Il Mulino, 2013, pp. 333
ISBN 9788815245151, Euro 26

Nella collana del Centro di Studi sul Parlamento della LUISS Guido Carli viene pubblicato, a cura di Nicola Lupo, un volume che mette a confronto costituzionalisti e funzionari parlamentari per analizzare, in maniera organica, un tema cruciale per lo sviluppo del diritto parlamentare. Il testo muove da una preoccupazione e dalla constatazione del fatto che questo 'ramo' del diritto parlamentare ha conosciuto negli ultimi anni, specialmente dopo le trasformazioni politiche e istituzionali successive al 1993, una fase di minore interesse e soprattutto una carenza di interventi sul piano interpretativo e dell'uso concreto, facendo prevalere in taluni casi la 'politica' sul 'diritto'. È mancata la manutenzione politica (non tanto quella tecnica degli Uffici e delle Commissioni) e con essa è aumentato il rischio di una marginalizzazione dettata da una molteplicità di ragioni (talune strutturali conseguenti all'affermarsi del parlamentarismo postfordista, ben segnalate nel saggio di Giuseppe Filippetta). Eppure la storia del parlamentarismo non è pensabile senza prendere in considerazione il tema/problema del precedente. Nicola Lupo ricorda opportunamente il dimensionamento consuetudinario e convenzionale dei regimi parlamentari, a cominciare dal modello britannico e da quello 'autoctono' italiano basato sulle scarne notazioni prescrittive dello Statuto albertino. Alcuni degli istituti cardine del sistema parlamentare sarebbero storicamente inconcepibili senza il dato consuetudinario (*contra* o *praeter legem*). Non è un caso che nel 1887 i funzionari Mancini e Galeotti diedero alle stampe il loro ineguagliato *Norme e usi del parlamento italiano*, allineando l'esperienza italiana alle principali realtà, a cominciare dal notissimo *Treatise on the Law. Privileges, Proceedings and Usage of Parliament* (1844) di Erskine May. Nell'esperienza repubblicana la lunga durata dei regolamenti del 1971 avrebbe consigliato più opportuni adeguamenti alle mutazioni politicocostituzionali, specie dell'ultimo ventennio, riuscendo a valorizzare il 'buon' precedente quale punto di equilibrio tra le esigenze legittime della 'politica' e il bisogno di codificazione/garanzia del processo e della decisione parlamentare. Non dimentichiamo che il tema del precedente è parte integrante dell'idea stessa dello spazio pubblico parlamentare e del *government by opinion*. L'indebolimento del tema del precedente e del *distinguishing* suscitano interrogativi e riflessioni che questo volume riesce a far emergere utilmente.

L.L.

M

Andrea Manzella (a cura di)
I regolamenti parlamentari a quarant'anni dal 1971

Bologna, Il Mulino, 2012, pp. 251
ISBN 9788815241313, Euro 20

A quarant'anni dall'adozione dei regolamenti parlamentari

del 1971, questo volume, curato da uno dei massimi studiosi del nostro diritto parlamentare, combina assieme, grazie a dieci saggi, storia, trasformazioni e interpretazioni. I regolamenti del 1971 hanno segnato la stagione della centralità del Parlamento e della democrazia parlamentare. Stagione che per gli uni è stata vista come l'inizio, in negativo, del 'consociativismo' che avrebbe portato alla crisi della democrazia italiana dei partiti, per gli altri come il riconoscimento e l'argine ad una 'parlamentarizzazione' ed una 'procedimentalizzazione' della dialettica politica inevitabili per rafforzare la democrazia tanto più di fronte all'avvio della strategia della tensione e agli anni del terrorismo. Il volume sviluppa questa seconda opzione e coglie, pur tra luci e ombre, l'effetto *ad includendum* dei regolamenti, premessa 'tecnica' e 'politica' per supportare l'evoluzione del sistema politico e del suo rendimento istituzionale. Si osserva giustamente che si trattò anzitutto di una 'operazione culturale' (Manzella) e ciò è importante per cogliere più in profondità il tema della mediazione, della concertazione democratica, in ultima istanza della ricerca di un consenso più ampio per consolidare e rafforzare la democrazia italiana. La 'tenuta' dei regolamenti e delle novelle lascia però aperto il tema critico dell'evoluzione e degli 'adattamenti': basti pensare allo statuto delle opposizioni nella democrazia a tendenza 'maggioritaria', la struttura dei gruppi parlamentari, gli aspetti più problematici del rapporto Governo-Parlamento (legislazione delegata e decreti-legge).

L.L.

N

Lara J. Nettelfield
Courting Democracy in Bosnia and Herzegovina. The Hague Tribunal's Impact in a Postwar State

Cambridge *et al.*, Cambridge University Press, 2013, pp. 336
ISBN 9781107616066, $ 37.99

Come base teorica a cui ancorare l'inchiesta sulle dinamiche della giustizia transizionale in Bosnia ed Erzegovina, l'autrice propone la classica visione della democrazia di transizione definita da Juan Linz e Alfred Stepan. Secondo loro, il consolidamento del 'gioco democratico' e l'eliminazione della violenza dalla vita politica richiedono dei prerequisiti comportamentali, attitudinali e costituzionali. Lo sviluppo di quelli costituzionali è in Bosnia sostanzialmente bloccato, a causa dalla natura degli accordi di pace di Dayton del 1995. Il prezzo per porre fine alle atrocità del conflitto interetnico era, difatti, il riconoscimento internazionale e la legittimazione costituzionale delle sfere di potere ottenute dai capi delle fazioni in lotta. Il Tribunale Penale Internazionale per l'ex Jugoslavia (ICTY) aveva pertanto ricevuto il compito di promuovere il messaggio sull'inviolabilità dei diritti umani operando entro un contesto statale avverso, in quanto frammentato lungo linee di demarcazione etno-nazionali. Di conseguenza, il giudizio dell'autrice sull'impatto della Corte sulla società postbellica è limitato alla valutazione dei progressi compiuti sul piano dei prerequisiti comportamentali e attitudinali, mentre assume come inevitabile l'evidente stallo del piano costituzionale. Entro tali limiti, la ricerca sul campo dell'autrice procede primariamente con gli strumenti della sociologia del diritto ed è incentrata su tre aspetti: la diffusione tra l'opinione pubblica bosniaca dell'idea della responsabilità dei leaders politici o, come si usa dire nella tradizione liberale, la loro *accountability*; lo sviluppo della fiducia nell'efficacia dell'associazionismo civico; infine, il rafforzamento degli organi di giustizia locale e della loro propensione ad ammettere e perseguire i crimini commessi dai membri della propria etnia. Indubbiamente non è facile confutare la dominante visione pessimistica riguardo ai progressi del-

la società bosniaca; parimenti, non si possono nascondere i limiti nella impostazione e nella prassi di una Corte perennemente scissa tra il fragile diritto penale internazionale e la rude politica internazionale. Tutto ciò nonostante, l'autrice propone la sua conclusione 'controfattuale': senza l'ICTY sarebbe stato peggio.

R.C.

Franz Neumann, Herbert Marcuse, Otto Kirchheimer
Il nemico tedesco. Scritti e rapporti riservati sulla Germania nazista (1943-1945)
a cura di Raffaele Laudani

Bologna, Il Mulino, 2012, pp. 559
ISBN 9788815238023, Euro 40

I testi presentati nella raccolta sono frutto della collaborazione tra gli esponenti della Scuola di studi sociali di Francoforte e la prima agenzia di *intelligence* degli Stati Uniti, Office of Strategic Services (OSS). I tre accademici tedeschi avevano accettato la sfida di porre la loro conoscenza teorica al servizio del governo americano, per fornire risposte sull'identità del nemico nazista, e una volta che il Terzo Reich fu liquidato, sul modo per denazificare in modo duraturo la società tedesca. I rapporti tentano di indicare in modo sintetico i punti nevralgici, economici e ideologici, del sistema di potere hitleriano e le loro radici culturali e sociali. Giudicando a posteriori la puntualità delle loro valutazioni e l'uso che ne fecero (o non fecero) le amministrazioni di Roosevelt e Truman, si può ricostruire fino a che punto l'impostazione politica, filosofica e giuridica dei 'francofortesi' rispondeva alle aspettative dei vertici militari e politici statunitensi. Le previsioni e le raccomandazioni elaborate dai tre illustri esuli si fondano necessariamente più sulle loro conoscenze pregresse che sulle scarse notizie che provenivano dalla Germania nazista. Non sorprende pertanto che vi traspaiono non di rado segni della 'sindrome dell'emigrato': le riflessioni sono spesso rivolte più alla comprensione delle ragioni del crollo della Repubblica di Weimar, che alla conoscenza della società cresciuta sulle sue ceneri. Per di più, l'ingrato compito di predire gli sviluppi futuri è comprensibilmente condizionato dalle analogie con il crollo dell'Impero guglielmino nel 1918 e con la situazione in Italia dopo il crollo del fascismo. Nonostante simili difficoltà, alcuni rapporti, in particolare quelli attribuiti ad Otto Kirchheimer, colpiscono per la lucidità e completezza dell'analisi della macchina statale nazista e delle sue dinamiche interne.

R.C.

S

Paolo Slongo
Governo della vita e ordine politico in Montaigne

Milano, Franco Angeli, 2010, pp. 255
ISBN 9788856824766, Euro 30

Un Montaigne postmoderno?, viene da chiedersi leggendo questa ricerca di Paolo Slongo sul pensiero della politica che anima la riflessione dell'autore degli *Essais*.

Va detto subito che il 'vecchio' lettore di Montaigne rischia di trovarsi spiazzato davanti al linguaggio particolarmente iniziatico del libro, che evoca un certo lessico contemporaneo, quello che informa per esempio la recente letteratura sulla biopolitica e sul governo sociale dei corpi. Ma se, da un lato, il flusso a tratti debordante della narrazione mostra in trasparenza e riveste elegantemente in una forma nuova concetti e profili del pensiero del bordolese in prevalenza già noti; dall'altro, però, esso ha il grande merito di ricostruire nel suo insieme, a mio avviso con un approccio intelligente e del tutto corretto, la trama aggrovigliata e umorale degli *Essais*, restituendo l'immagine di un pensatore politico che non può essere messo in forma; e non può essere, quindi, ricondotto né alla figura del teorico implicito della ragion di Stato, né a quella del fau-

tore del partito dei *politiques*, e neppure a quella ancora più esplicita del sostenitore dell'assolutismo politico. Un pensatore per il quale il movimento e il mutamento sono costitutivi della vita, questa è osservata nel cuore della società e delle relazioni umane, il governo di sé non può essere pensato in modo disgiunto da quello politico, e il potere è sempre necessariamente regolazione della vita in società, non trascendimento dell'una e dell'altra: dunque, la politica è vissuta come *cura* del corpo sociale, mentre la norma non può essere pensata come sovraordinata ad esso, ed è invece costantemente ricondotta all'espressione intima del suo movimento organico, cioè alla tessitura della sua specifica *coutume*.

Nel quadro di una ricostruzione convincente della riflessione di Montaigne, felicemente contaminata dall'umore inquieto e mutevole che caratterizza la trama degli *Essais*, una perplessità mi deriva dall'opzione dell'autore per il superamento di una rappresentazione di quel pensiero in termini di «dissociazione dell'individuo dallo spazio pubblico»; «per la semplice ragione – conclude Slongo – che negli *Essais* è proprio l'individuo che non c'è» (p. 244): se la conoscenza e la vita vanno da Montaigne al mondo e viceversa, lungo un flusso continuo, non è possibile comprendere, mi sembra, la continuità e le direzioni di questo flusso se non si coglie l'esigenza forsennata, che Montaigne manifesta continuamente, di far leva sul sé e sulla riflessione interiore per *apprendere* il mondo, e se non si legge questa esigenza, in realtà, come un bisogno smisurato, costantemente rinnovato, di *individuarsi*.

G.R.

Emanuele Somma
Juge naturel *e ordinamento giudiziario francese 1790-1795*

Milano, Giuffrè, 2013, pp. 166
ISBN 9888141181764, Euro 17

Ricostruire il principio del «giudice naturale» entro la cornice dell'ordinamento giudiziario francese è l'obiettivo del volume di Emanuele Somma. Per raggiungere lo scopo l'autore dichiara che non basta risalire ai precedenti della regola fissata dall'Assemblea Costituente francese, ma è opportuno analizzare i campi lessicali in relazione alla struttura sociale in cui è usata la formula del «giudice naturale» o espressioni simili. L'impostazione implica – secondo l'autore – un'attenzione alla linguistica settecentesca molto spesso trascurata. Bisogna fare i conti con il rapporto tra Costituenti e oggetto della linguistica e i problemi derivanti dalla scarsa conoscibilità degli enunciati normativi da parte dei destinatari ma anche degli operatori giudiziari. Il discorso dell'autore è denso e complesso. Preliminarmente, si dà conto della dimensione d'*ancien régime* e del significato di «naturalità» nell'*ordonnance criminelle*, dello sfondo rivoluzionario, dei dibattiti e dei progetti legislativi precedenti all'entrata in vigore della legge sull'organizzazione giudiziaria (*décret* 16-24 agosto 1790). Poi, per comprendere il peso da attribuire al principio si toccano punti nevralgici sul piano teorico/applicativo dell'ordinamento giudiziario. Segnatamente, l'attenzione è concentrata sulla separazione dei poteri quale sfondo socio-politico del giudice naturale, il dibattito sulle funzioni della Corte di Cassazione con attenzione ai motivi di suspicione, il divieto di interpretazione e le posizioni dei giudici.

G.M.

Michael Stolleis
Storia del diritto pubblico in Germania.
II. *Dottrina del diritto pubblico e scienze dell'amministrazione 1800-1914*

Milano, Giuffrè, 2014, pp. 765
ISBN 8814182051, Euro 78

Dopo solo cinque anni dalla pubblicazione dell'edizione italiana del primo volume, la Biblioteca del Centro per la storia del pensiero giuridico moderno di Firenze si arricchisce del secondo volume della monumentale *Storia del*

diritto pubblico in Germania di Michael Stolleis, storia che, nel frattempo, ha raggiunto il quarto (e per il momento ultimo) tomo dedicato al secondo dopoguerra (vedi scheda in questa rivista, 23, I, 2012, p. 304). Di questa storia tedesca, che nel panorama odierno della storiografia mondiale non ha eguali, ora il lettore non germanofono potrà godere forse quello che, per certi versi, può apparire come il più rappresentativo 'segmento' della storia del diritto pubblico in Germania, ricompreso tra il cambio di paradigma dell'età post-rivoluzionaria e la fine di un'epoca segnata dall'avvio della prima guerra mondiale. Per i giuristi l'Ottocento tedesco vuol dire, senza troppe parole, pandettistica e *Rechtsstaat*, *Rechtswissenschaft* e *Staastlehre*. È nel corso di questo secolo 'lungo', inquieto, straordinariamente complesso, nel quale convivono, lottano e si integrano vecchio e nuovo, che prendono forma le grandi strutture dello Stato di diritto 'alla tedesca' e il processo di costituzionalizzazione della forma monarchica. La storia di Stolleis può essere letta, ovviamente, dall'inizio alla fine ma anche come aggiornatissimo *Handbuch*, da consultare all'occorrenza, per informarsi su un autore, un'opera, un momento della storia del diritto costituzionale, del diritto amministrativo e della scienza dell'amministrazione e della dottrina generale dello Stato. L'A. ha saputo connettere in maniera mirabile la storia della scienza del diritto pubblico con la storia costituzionale e quella del mutamento politico e sociale, riuscendo a far emergere (avendo come passaggio intermedio decisivo il marzo 1848) protagonisti, opere, articolazioni disciplinari *in fieri*, controversie metodologiche, istituti giuridici fondamentali.

L.L.

Autori / *Authors*

Romano Ferrari Zumbini, Professore di Storia del diritto, Facoltà di Giurisprudenza Luiss - Guido Carli, Via Parenzo, 11 - 00198 Roma, rz.ferrari@luiss.it

Valeria Ferrari, Ricercatore universitario, Dipartimento di Scienze Politiche, P.le Aldo Moro, 5 - 00185 Roma, v.ferrari@uniroma1.it

Francesco Mastroberti, Professore associato in storia del diritto medievale e moderno, Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo: società, ambiente, culture, Università degli Studi di Bari Aldo Moro, Via Duomo, 259 - 74121 Taranto, fmastroberti@fastwebnet.it

Massimo Meccarelli, Professore ordinario in storia del diritto medievale e moderno, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Macerata, Via Garibaldi, 20 - 62100 Macerata, meccarelli@unimc.it

Antonio Mastropaolo, Ricercatore in Istituzioni di diritto pubblico, Università della Valle d'Aosta, a.mastropaolo@univda.it

Ulrike Müßig, Professore ordinario, Chair for Civil Law, German and European Legal History, Advanced Grantee of the ERC, Passau University, Innstrasse 39 (Juridicum), D- 94032 Passau, Germany, umuessig@uni-passau.de

Paolo Marchetti, Professore straordinario in storia del diritto medievale e moderno, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Teramo, Campus di Coste Sant'Agostino, Via R. Balzarini 1, 64110 Teramo, pmarchetti@unite.it

Carlotta Latini, Professore associato in storia del diritto medievale e moderno, Palazzo Ducale, Università degli Studi di Camerino, Piazza Cavour 19/f - 62032 Camerino, carlotta.latini@unicam.it

Pierre Serrand, Professeur agrégé des Facultés de Droit, Université d'Orléans, UFR Droit, rue de Blois, 45000 Orléans, pierre.serrand@univ-orleans.fr

Luigi Lacchè, Professore ordinario in storia del diritto medievale e moderno, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Macerata, Via Garibaldi, 20 - 62100 Macerata, lacche@unimc.it

Robert Yengibaryan, Professor, Honored Scholar of Russia, International Institute of Administration, Moscow State Institute of International Relations, 76 Prospect Vernadskogo, Moscow, Russia

Mario Riberi, Assegnista di Ricerca, Dipartimento di Giurisprudenza, Campus Luigi Einaudi, Università degli Studi di Torino, Lungodora Siena, 100 - 10153 Torino, marioantonio.riberi@gmail.com

Ronald Car, Ricercatore in storia delle istituzioni politiche, Dipartimento di scienze politiche, della comunicazione e delle relazioni internazionali, Università di Macerata, Piazza Strambi, 1 - 62100 Macerata, ronald.car@unimc.it

Abstracts

Romano Ferrari Zumbini, *Nella Repubblica cisalpina fra aprile 1797 e settembre 1798: un inatteso esempio di costituzionalismo a geometria variabile /The Cisalpine Republic: an unexpected model of flexible constitutionalism at the end of the 18th century (april 1797 - september 1798)*

La vicenda storica, all'origine del costituzionalismo in Italia a fine '700, esprime il fondale normativo. Oggetto precipuo dello scritto invece è il dualismo fra la previsione astratta del testo scritto e la realtà della quotidiana vita istituzionale. In assenza di disposizioni normative sorsero vari istituti, come il Capo dello Stato (non contemplato, ma 'auto-impostosi') e il giudizio di legittimità costituzionale (come risposta dei parlamentari cisalpini a violazioni da parte francese del testo costituzionale, pur da Parigi imposto ai patrioti cisalpini).

The historical vicissitudes by which foundations were laid for Italian constitutionalism on the close of the 18th century represent the legal background. The main focus of this article, on the other hand, is on the duality between the abstract statutory provisions and the reality of day-to-day life of the institutions. Without any formal legislative act, many entities took form. For example, the Head of State (not provided for, but 'self-imposed') and the trial of 'constitutional legitimacy' of legislative acts (created by cisalpine MPs as a response to French violations of the written constitution, even though this same text had paradoxically been imposed by Paris to the Cisalpine patriots).

Parole chiave / Keywords: Vita costituzionale in Italia 1797-1798; spontaneità (fonte del diritto costituzionale); giudizio di costituzionalità (in assenza di norme scritte); Repubblica Cisalpina / 18th century Italian constitutionalism; source of constitutional law; trial of constitutional legitimacy; legislative act; Cisalpine Republic.

Valeria Ferrari, *"Troppo francese e troppo poco napoletano"? Il progetto costituzionale della Repubblica Napoletana del 1799 e la sua fortuna storiografica / "Too French and too*

little Neapolitan"? The constitutional project of the Neapolitan Republic of 1799 and its historiographical fortune

L'articolo si compone di due parti: nella prima viene sviluppata una comparazione fra i contenuti del progetto costituzionale della Repubblica Napoletana del 1799, redatto dal giurista Mario Pagano, e quelli della Costituzione francese del 1795, punto di riferimento di tutte le Costituzioni italiane del triennio 1796-1799; nella seconda trovano invece spazio le diverse interpretazioni che la storiografia, da Cuoco ai giorni nostri, ha elaborato riguardo al progetto costituzionale del Pagano.

The article comprises two parts: the first is developed by way of a comparison between the contents of the constitutional project of the Neapolitan Republic of 1799, drawn up by jurist Mario Pagano, and those of the French Constitution of 1795, reference point of all the constitutions of the Italian Republican Triennium 1796-1799; in the second part we find the different interpretations that historiography, from Cuoco up to the present day, has elaborated on the Pagano's constitutional project.

Parole chiave / Keywords: Mario Pagano; 1799; Direttorio; Costituzione; storiografia / Mario Pagano; 1799; Directory; Constitution; historiography.

Francesco Mastroberti, *Jacques Rambaud e* Naples sous Joseph Bonaparte*: due storie interrotte / Jacques Rambaud and* Naples sous Joseph Bonaparte*: two interrupted stories*

Il saggio traccia un profilo biografico e storiografico di Jacques Rambaud, storico francese poco conosciuto e ricordato in patria, morto trentaseienne il 2 ottobre 1914 sul campo di battaglia. La sua opera principale, *Naples sous Joseph Bonaparte* (Paris 1911), per la ricchezza delle fonti utilizzate, per la completezza dell'indagine e per gli originali spunti storiografici, da un secolo a questa parte è stata il punto di riferimento per tutti gli studiosi del Decennio francese nel regno di Napoli. In essa le grandi riforme varate tra il 1806 e il 1808 vengono esaminate in rapporto alle condizioni del Regno e inserite nel quadro di una ben definita linea politica del Sovrano che, a giudizio di Rambaud, si caratterizzò per una certa autonomia rispetto alle direttive dell'Imperatore. Una politica che si interruppe bruscamente con l'improvvisa chiamata di Giuseppe al trono di Spagna.

The essay draws a biographical and historiographical profile of Jacques Rambaud, a French historian not very well known and remembered in his homeland, who died October 2, 1914 on the battlefield at the age of thirty-six. His main work, *Naples sous Joseph Bonaparte* (Paris 1911), for the richness of the sources, for the completeness of the survey and for the original historiographical ideas, for a century has been the reference point for all scholars of the French Decade in the kingdom of Naples. In this work the great reforms enacted between 1806 and 1808 are examined in relation to the conditions of the Kingdom and placed within the framework of a well-defined policy of the King who, in the opinion of Rambaud, was characterized by a degree of autonomy compared to the directives of the Emperor. A policy that ended abruptly with the sudden calling of Joseph to the throne of Spain.

Parole chiave / Keywords: Jacques Rambaud; Giuseppe Bonaparte; Decennio francese; Regno di Napoli; storiografia / Jacques Rambaud; Joseph Bonaparte; French decade; Kingdom of Naples; Historiography.

Massimo Meccarelli, *La protezione giuridica come tutela dei diritti: riduzioni moderne del problema della dimensione giuridica della giustizia / Juridical defence as defence of rights: modern simplifications of the matter of the juridical dimension of justice*

La configurazione della tutela giuridica come tutela dei diritti è un prodotto dell'età moderna e contemporanea, che oggi è in fase di trasformazione; lo evidenzia il nuovo ruolo assunto, in Europa, dalle giurisprudenze nella produzione di tutele giuridiche in riferimento ai diritti fondamentali. Il saggio considera la storia della giustizia come possibile piattaforma per analizzare tale parabola. Si tratta di guardare alla costruzione dei diritti come ad un processo di emancipazione dal problema del dimensionamento giuridico della giustizia. Tale ipotesi di lavoro viene esemplificata seguendo l'evoluzione concettuale della *repraesalia* (dal campo della *iustitia denegata* a quello dello *ius denegatum*) e l'emersione del *ius peregrinandi* (che pone la tutela individuale in rapporto all'esercizio della sovranità statale). La parte conclusiva del saggio è dedicata alla individuazione di alcuni profili metodologici propri di un tale approccio storico-giuridico.

The outline of the legal protection as defence of rights is a product of the modern and contemporary period, which is now in a phase of transformation. This is highlighted by the new role assumed, in Europe, by case law in the production of legal protection with reference to fundamental rights. The essay considers the history of justice as a possible standing point in order to analyse such a course. It is a matter of looking at the process of rights building as a process of emancipation from the issue of juridical dimensioning of justice. Such a work hypothesis is exemplified following the conceptual evolution of reprisal (*repraesalia*) (from the field of *iustitia denegata* to that of *ius denegatum*) and the surfacing of the right of migration (*ius peregrinandi*) (which relates the individual protection to the exercise of State sovereignty). The final part of the essay is dedicated to individualising some methodological features which belong to such historical-juridical approach.

Parole chiave / Keywords: Diritti; giustizia; tutela giuridica; rappresaglia; immigrazione / Rights; justice; juridical defence; retaliation; immigration.

Antonio Mastropaolo, *Costituzione e scrittura / Constitution and writing*

Che legame intercorre tra scrittura e costituzione? Questo saggio risale alle origini della scrittura del diritto, utilizzata originariamente per disciplinare situazioni che le consuetudini non riescono più a governare una volta venuto meno il consenso su di esse. La scrittura del diritto è sin dalle origini legata allo spazio magico-simbolico della religione e per tale via svolge una funzione performativa della realtà. Tale forza della scrittura si conserva anche in epoca moderna e contemporanea, nella scrittura delle carte costituzionali, che assolvono il compito di superare situazioni di crisi e di dettare le regole di un ordine nuovo, proprio facendo leva sul suo valore simbolico. A conferma di ciò si può osservare che, anche in un contesto tradizionalmente restio alle regole costituzionali scritte come quello inglese, innanzi a passaggi storici nevralgici si è fatto ricorso alla scrittura.

What is the relationship between writing and constitution? Writing was originally an instrument to govern situations that customs couldn't govern anymore. Writing was able to regulate these because it was linked to religion and to magical oral tradition which were an instrument to transform reality. The same power of writing can be seen when, in the age of revolutions, people started to codify constitutions. Constitutions both then and now have been invented as a symbolic instrument to resolve a crisis. They establish the rules for a new order which needs this symbolic portent. British experience

confirms this conclusion. England is traditionally a country without a written constitution, but, in reality, sometimes rules were written to deal with a political crisis. These rules have constitutional relevance because they are written and establish fundamental laws.

Parole chiave / **Keywords**: scrittura; oralità; diritto scritto; consuetudini; costituzione scritta, costituzione non scritta; Inghilterra / Writing; orality; written law; customs; written constitution; unwritten constitution; England.

Ulrike Müßig, *Reconsidering Constitutional Formation. Research challenges of Comparative Constitutional History / Riconsiderando la genesi costituzionale. Sfide della ricerca nella storia costituzionale comparata*

Comparative Constitutional History of the 19th century cannot rely on that which is focused by constitutional documents. As evolutionary achievements of the interplay of the text with its contemporary societal context, with the political practice and with the respective constitutional interpretation, constitutions depend on communication. This becomes obvious by the constitutions` indecisiveness in crucial points, like the relationship between monarch and parliament. As the latter is left open to the dynamics of constitutional practice, the Restoration of the monarchy, after the *Charte Constitutionnelle* of 1814 which modelled roles, could not eliminate potentialities for parliamentarianism in the political practice after 1830, like the French double trust-parliamentarianism, the concurrency of popular and monarchical sovereignty in the Belgium constitution, the improvised parliamentarianism in the Frankfurt National Assembly and the Italian *costituzione flessibile*. Basic patterns of constitutional communication serve as suitable *tertia comparationis*. They are taken from the constitutional semantic and can realize different meanings of identical wording in different national contexts.

La storia costituzionale comparata dell'Ottocento non può basarsi solo su quanto messo a fuoco dai documenti costituzionali. In quanto conquiste evolutive dell'interazione fra testo e contesto sociale contemporaneo, pratica politica e corrispondente interpretazione costituzionale, le costituzioni dipendono dalla comunicazione. Ciò appare evidente dalla irresolutezza delle costituzioni su punti cruciali, come il rapporto tra monarca e parlamento. Poiché quest'ultimo è stato lasciato aperto alle dinamiche della pratica costituzionale, la Restaurazione della monarchia, dopo la *Charte Constitutionnelle* del 1814 che disegnava ruoli, non era in grado di eliminare le possibilità di parlamentarismo nella pratica politica dopo il 1830, come il parlamentarismo francese a doppia fiducia, la coesistenza della sovranità popolare e monarchica nella Costituzione Belga, il parlamentarismo improvvisato nell'Assemblea Nazionale di Francoforte e la costituzione flessibile italiana. Modelli di base della comunicazione costituzionale servono come *tertia comparationis* idonei. Essi sono tratti dalla semantica costituzionale e sono in grado di produrre significati diversi di termini identici nei diversi contesti nazionali.

Keywords / **Parole chiave**: Comparative Constitutional History; constitutional communication; monarch and parliament; constitutional practice; potentialities for parliamentarianism / Storia costituzionale comparata; comunicazione costituzionale; monarca e parlamento; pratica costituzionale; potenzialità del parlamentarismo.

Paolo Marchetti, *Georges Sorel e la psicologia del giudice / Georges Sorel and the psychology of the judge*

Nel biennio 1894/1895, Georges Sorel scrisse due articoli per la rivista italiana «Archivio di psichiatria», diretta dal famoso psichiatra Cesare Lombroso. Uno di essi era dedicato alla psicologia del giudice. L'argomento era decisamente originale. Georges Sorel nella sua vita non si interessò solo di politica e filosofia, ma anche di diritto e psicologia. In questo articolo egli mette a frutto entrambe queste due conoscenze per tracciare un profilo di questa categoria professionale. Nonostante fu sempre un deciso sostenitore della centralità dell'intervento della magistratura nell'ambito della formazione del diritto, il quadro tracciato da Sorel della psicologia del giudice non è poi così edificante. Il giudice, per il filosofo francese, soffre spesso di un complesso di superiorità che lo porta ad abusare della sua autorità. Questo complesso, in generale, è capace di pervertire le persone che esercitano un grande potere nei confronti di altri soggetti, e i giudici da questo punto di vista non fanno eccezione.

In the biennium 1894/1895, Georges Sorel wrote two articles for the Italian periodical «Archivio di psichiatria», edited by the famous psychiatrist Cesare Lombroso. One of them was given over to the judge's psychology. The subject was decidedly original. Georges Sorel was interested not only in politics and philosophy in his life, but also in law and psychology. In this article he put both these two branches of knowledge to good use for outlining a profile of the psychology of this professional category. Despite always being a fervent advocate of the centrality of the intervention of the courts in the construction of law, the portrait painted by Sorel of the psychology of the judge is not so edifying. The judge, according to the French philosopher, is often suffering from a superiority complex that brings him to abuse his authority. This complex, in general, is able to pervert those who wield great power toward other subjects, and judges, from this point of view, are no an exception.

Parole chiave / Keywords: Psicologia; diritto; giudice; processo penale; confessione / Psychology; law; judge; criminal trial; confession.

Carlotta Latini, Quaeta non movere. *L'ingresso delle donne in magistratura e l'art. 51 della Costituzione. Un'occasione di riflessione sull'accesso delle donne ai pubblici uffici nell'Italia repubblicana /* Quaeta non movere. *Women judges and art. 51 of the Italian Constitution. An Opportunity to reflect on Women's Access to public Offices in Republican Italy*

Il saggio si propone di indagare come sia stata attuata la Costituzione italiana nei primi anni dopo la sua vigenza. In particolare il profilo indagato è quello dell'accesso delle donne ai pubblici uffici in relazione al principio di uguaglianza e di parità di genere. Il saggio si occupa anche del ruolo avuto nell'attuazione di questi principi da parte della Corte di Cassazione e della Corte Costituzionale.

The essay aims to investigate how the Italian Constitution has been implemented in the early years after its enacting. In particular, the profile investigated is that of access of women to public office in relation to the principle of equality and gender equality. The essay also deals with the role played in the implementation of these principles by the Court of Cassation and the Constitutional Court.

Parole chiave / Keywords: principio di uguaglianza; parità di genere; Costituzione repubblicana; attuazione della Costituzione; Corte costituzionale / principle of equality; gender equality; the Republican Constitution; implementation of the Constitution; Constitutional Court.

Pierre Serrand, *La question prioritaire de constitutionnalité / The priority question of constitutionality*

Il controllo di costituzionalità della legge ha incontrato grandi difficoltà di recepimento in Francia, in ragione di una certa tradizione legicentrista. Dopo alcuni tentativi falliti, la Costituzione del 1958 ha istituito il *Conseil Constitutionnel*, cui ha affidato il compito di controllare la costituzionalità delle leggi emanate dal Parlamento. Si trattava inizialmente di un controllo previsto per imporre al Parlamento i meccanismi di razionalizzazione del parlamentarismo; tuttavia, con una storica decisione del 1971 relativa alla libertà di associazione, esso diviene uno strumento di protezione dei diritti e delle libertà. Stante la sua finalità originaria di protezione dei diritti fondamentali *dalla* legge, il controllo poteva configurarsi solo come preventivo, cioè prima della promulgazione della legge stessa. Solo nel 2008 viene finalmente introdotto in Francia quel controllo *a posteriori* che da tempo è esercitato da numerose corti costituzionali europee. A questo scopo è stato necessario attendere una riforma costituzionale che consacra quella che si chiama ormai 'questione prioritaria di costituzionalità'. Nel presente articolo vengono analizzate le modalità di questo controllo e la procedura all'uopo prevista.

In France the constitutional judicial review found great difficulties to be implemented, as a result of a positivistic tradition. The Constitution of 1958 created the *Conseil Constitutionnel* in order to impose to the Parliament the mechanism of rationalisation of parliamentarianism. With a historical decision of 1971, concerning the freedom of association, it became an instrument of protection of rights and freedom. This constitutional judicial review had the aim of protecting fundamental rights *from* the statute law and so it was conceived as a preliminary scrutiny of constitutionality, which took place before the enactment of statute laws. Through the reform of the French Constitution of 2008 the so-called QPC was introduced, that is to say a procedure which enables a judicial review of the constitutionality of statute laws after their enactment. In this article we will examine the ways through which this judicial review takes place and the relevant procedures.

Parole chiave / Keywords: Francia; controllo di costituzionalità delle leggi; controllo a posteriori; diritti fondamentali; *Conseil constitutionnel* / France; constitutional judicial review; review after the enactment of statute laws; fundamental rights; *Conseil constitutionnel.*

Luigi Lacchè, *Granting citizenship following Caracalla? The French experience and the* Code Napoléon */ Concedere la cittadinanza come Caracalla? L'esperienza francese e il* Code Napoléon

This article aims to provide an overview of the debate surrounding the first title of the French Civil Code (chap. I, *De la jouissance des droits civils*). This title is important for many reasons. The *code civil* is the most significant and influential example of civil codification during the Nineteenth century. The Code's discipline as regards 'citizenship' as a principle of nationality based on *jus sanguinis* marks an important turning point in relation to revolutionary legislation based on *jus soli*. This debate was long and very complex and it saw Napoleon play an active role, favorable to the *jus soli* principle on account of his geo-strategic goals. The drafting and the debate evoke in different ways Roman law and the Antonine Constitution of 212 a.C. We can discern some analogies but it is more interesting to understand why French jurists and Parliament speakers evoke the Roman law *topos* to build their

discursive strategies. If citizenship is a personal right, peculiar to every nation, how is it possible to extend it? The era of the French Civil Code opens up new horizons and new contradictions.

Questo articolo intende offrire una panoramica sul dibattito che ha riguardato il Titolo primo del codice civile francese (Cap. I, Del godimento dei diritti civili). Questo titolo è importante per diverse ragioni. Il *code civil* è il più significativo e influente esempio di codificazione civile per gran parte dell'Ottocento. La disciplina codicistica che riguarda la cittadinanza come principio di nazionalità basato sullo *jus sanguinis* segna un importante punto di svolta rispetto alla legislazione rivoluzionaria fondata sullo *jus soli*. Il dibattito fu lungo e articolato e vide Napoleone giocare un ruolo attivo, favorevole al principio dello *jus soli* in virtù dei suoi obiettivi geopolitici e strategici. I progetti e il dibattito evocano in vari modi il diritto romano e la Costituzione antoniniana del 212 d.C. Possiamo così cogliere alcune analogie ma ciò che più interessa è capire perché i giuristi francesi e gli oratori parlamentari usano il *topos* romanistico per costruire le loro strategie discorsive. Se la cittadinanza è un diritto individuale, proprio ad ogni nazione, come è possibile estenderlo? L'età del codice civile francese apre nuovi orizzonti ma anche nuove contraddizioni.

Keywords / Parole chiave: French Civil Code; Napoleon; Caracalla; Citizenship; Nationality; Roman law; Antonine Constitution / Codice civile francese; Napoleone; Caracalla; cittadinanza; nazionalità; diritto romano; Costituzione antoniniana.

Robert Yengibaryan, *Civilization, Ethnicity and Citizenship as Key Factors Shaping Human Personality and Behavior / Civilizzazione, etnicità e cittadinanza come fattori chiave che modellano la personalità e il comportamento umano*

The article outlines civilization, ethnicity and citizenship as key factors that shape human personality and behavior in modern global environment with special focus on religious and cultural affiliation of an individual which if changed can lead to dramatic developments in the life of a person. In the author's opinion, Christianity is not just a confession but a cultural civilization, or even ideology that gave rise to such basic human values as justice, freedom, respect for a personal dignity and life. In addition, such interconnected yet distinct concepts as ethnicity and citizenship play the fundamental role in the life of any person. They constitute the basic categories laying ground for civil, social and political rights of an individual.

L'articolo descrive la civilizzazione, l'etnicità e la cittadinanza come fattori chiave che modellano la personalità e il comportamento umano nel moderno ambiente globale con un focus speciale sull'affiliazione religiosa e culturale dell'individuo, la quale qualora cambi può condurre a sviluppi drammatici nella vita della persona. Secondo l'opinione dell'autore, la Cristianità non è solamente una confessione religiosa piuttosto è una civilizzazione culturale, o perfino un'ideologia che fece sorgere alcuni valori umani fondamentali come giustizia, libertà, rispetto per la dignità personale e per la vita. In aggiunta concetti, interconnessi ma distinti, come etnicità e cittadinanza giocano un ruolo determinante nella vita di qualsiasi persona. Essi costituiscono le categorie di base che pongono le fondamenta per i diritti civili, sociali e politici di un individuo.

Keywords / Parole chiave: civilization; ethnicity; citizenship; human personality; civilizational values / civilizzazione; etnicità; cittadinanza; personalità umana; valori di civilizzazione.

Mario Riberi, *L'acquisizione della cittadinanza nei paesi della UE: problematiche e prospettive / Acquisition of citizenship in the countries of the EU: problems and perspectives*

L'articolo, dopo aver esaminato sotto il profilo del diritto comunitario il concetto di cittadinanza nell'Unione Europea e la libertà di movimento dei cittadini al suo interno, affronta il problema dell'acquisizione della cittadinanza da parte degli extracomunitari residenti negli Stati facenti parte dell'Unione Europea, in riferimento al contesto dell'economia globale e al fenomeno dei movimenti migratori. Le soluzioni che le politiche nazionali dei paesi membri della Comunità hanno dato alla questione vengono studiate da un punto di vista comparatistico e si basano sui dati forniti da due studi sull'argomento: quello del sociologo franco-americano Marc M. Howard, pubblicato alla fine del 2009, ed il progetto europeo NATAC del 2007. Particolare attenzione è stata dedicata alle politiche di Regno Unito, Francia, Germania e Italia, in considerazione della diversa esperienza storica che questi paesi hanno avuto del fenomeno migratorio che, per i primi due, è una conseguenza della decolonizzazione, mentre per la Germania risale agli anni dello sviluppo industriale legato alla ricostruzione postbellica e per l'Italia è un effetto molto più recente dei cambiamenti politici che hanno riguardato prima l'Europa orientale e successivamente i paesi del Nord Africa. Inoltre, l'analisi del problema dell'integrazione degli immigrati ha messo in luce notevoli elementi di criticità all'interno dell'Unione. Infatti, nonostante la convergenza delle politiche economiche e sociali, i singoli Stati perseguono politiche interne ed estere autonome e difformi in materia di cittadinanza, perché hanno di quest'ultima concezioni molto differenti, quando per gestire nel miglior modo possibile i flussi migratori sarebbe necessaria una legislazione comune e una strategia unitaria di accoglienza.

The paper, after an overview on the idea of citizenship in the European Union and the freedom of movement of European Citizens within the Union as regulated by the communitarian law, addresses the problem of citizenship acquisition on the part of the extra-communitarian people living within members States of the EU, in reference to the context of the global economy and the phenomenon of migratory movements. The solutions that the national policies of the Member States of the Community have given to the matter are studied from a comparative point of view and are based on data provided by two studies on the subject: that of the French-American sociologist Marc M. Howard, published at the end of 2009, and the European project NATAC of 2007. Particular attention has been paid to the policies of United Kingdom, France, Germany and Italy, in view of the different historical experience that these countries had of the migratory phenomenon. For United Kingdom and France it is a consequence of decolonization, while for Germany dates back to the years of industrial development tied up to the postwar reconstruction and for Italy is a much newer effect of the political changes that have affected the Eastern Europe and the countries of North Africa. In addition, the analysis of the problem of integration of immigrants has brought to light a considerable critical element within the Union. In fact, despite remarkable convergence in their economic and social policies, the countries of the European Union still maintain autonomous and different, internal and external policies concerning citizenship, because they have very differing definitions of citizenship, while to manage, in the best possible way, migration fluxes a common legislation and a joint strategy would be required.

Parole chiave / Keywords: Cittadinanza Europea; Acquisizione della cittadinanza; Movimenti migratori; Politiche nazionali sulla cittadinanza; Politiche comparate / European Citizenship; Acquisition of Citizenship; Migration Movements; National Citizenship Policies; Comparative Policies.

Ronald Car, Indésirable, suspect, dangereux: La schiuma della terra *di Arthur Koestler* / Indésirable, suspect, dangereux: *Arthur Koestler's* Scum of the Earth

Dal settembre al dicembre 1939, lo scrittore Arthur Koestler fu internato nel campo di Vernet, vittima dei decreti-legge redatti da Albert Sarraut, Ministro degli Interni del governo Dalladier. Nel romanzo autobiografico *La schiuma della terra*, Koestler ricostruisce la sua esperienza dando un vivido ritratto del clima politico della Francia della *drôle de guerre* e dei primi mesi del regime di Vichy. Traendo spunto dalla sua testimonianza letteraria, l'articolo indaga le dinamiche che hanno condotto un governo democratico a istituire un apparato repressivo parallelo allo Stato di diritto. L'internamento fu inizialmente proposto come misura precauzionale contro immigrati indesiderati, per essere successivamente esteso a tutti gli individui potenzialmente pericolosi, cittadini francesi inclusi. Infatti, ancora prima che lo scoppio della guerra potesse giustificare lo stato d'assedio, nel dibattito politico della Terza Repubblica era diffusa la tendenza a difendere l'ordine liberale con metodi autoritari, da applicare verso alcune categorie di individui classificati come socialmente pericolosi. Il regime che amava rappresentarsi come custode degli ideali del 1789 si rivelava permeabile all'uso politico della giustizia: una tendenza che negli stessi anni era stata eretta a sistema dalla dottrina costituzionale nazista e che avrebbe contrassegnato anche la 'rivoluzione nazionale' di Vichy.

From September to December 1939, the writer Arthur Koestler was interned in the camp of Vernet as a victim of decree-laws drafted by Albert Sarraut, Minister of the Interior of the Dalladier Government. In the autobiographical novel *Scum of the earth*, Koestler reconstructs his experience giving a vivid picture of the political climate of France during the *drôle de guerre* and the first months of the Vichy regime. Inspired by his literary testimony, this article investigates the dynamics that led a democratic government to set up a repressive apparatus parallel to the rule of law. The internment was initially proposed as a precautionary measure against unwanted immigrants, to be later extended to all potentially dangerous individuals, including French citizens. In fact, even before the outbreak of war could justify a state of siege, there was a widespread tendency within the political debate of the Third Republic to defend the liberal order with authoritarian methods, to be applied to certain categories of individuals classified as socially dangerous. The regime that used representing itself as the guardian of the ideals of 1789 proved itself to be permeable to the political use of justice: a trend that, in the same years, has been set up as a system by the Nazi constitutional doctrine and that would mark also the Vichy 'national revolution'.

Parole chiave / Keywords: Arthur Koestler; *loi des suspects*; Albert Sarraut; Terza Repubblica; internamento amministrativo / Arthur Koestler; *loi des suspects*; Albert Sarraut; Third Republic; administrative internment.

n. 28 – II semestre / 2nd semester 2014

Numero speciale / *Special Issue*

Le pouvoir exécutif en France. Révolution-Ve République: regards croisés */ Executive Power in France. Revolution-Fifth Republic: crossed glances*

a cura di /edited by Michel Troper

Contributi di /articles by: Jean-Charles Bédague, Guillaume Glénard, Jean-Louis Halpérin, Cyprien Henry, Arnaud Le Pillouer, Virginie Martin, Marcel Morabito, Vivien Richard, François Saint-Bonnet, Martine Sin Blima-Barru, Michel Troper.

n. 29 – I semestre / 1st semester 2015

Numero speciale / *Special Issue*

Il pensiero di Edmund Burke. Costituzionalismo ereditato e costituzioni rivoluzionarie */ The thought of Edmund Burke. Inherited constitutionalism and revolutionary constitutions*

a cura di /edited by Alessandro Torre

Contributi di /articles by: Marina Calamo Specchia, Patricia Chiantera, Daniele Francesconi, Simone Gianello, Maurizio Griffo, Eliga Gould, Martin Loughlin, Claudio Martinelli, Alessandro Pace, Giovanni Rizzoni, Paolo Rondini, Alessandro Torre.

Library of the Journal of Constitutional History / Biblioteca del Giornale di Storia costituzionale

Series directed by / Collana diretta da: Luigi Lacchè, Roberto Martucci, Luca Scuccimarra

L'evidenza dei diritti. La déclaration des droits *di Sieyès e la critica di Bentham*, con testi originali a fronte, a cura di / edited by Giovanni Ruocco, 2009

Lucien Jaume, *Che cos'è lo spirito europeo?*, 2010

Maurizio Ricciardi, *La società come ordine. Storia e teoria politica dei concetti sociali*, 2010

Simona Gregori, *L'enfance de la Science du Gouvernement. Filosofia, politica e istituzioni nel pensiero dell'abbé de Saint-Pierre*, 2010

Ronald Car, *"Un nuovo Vangelo per i tedeschi". Dittatura del Cancelliere e Stato popolare nel dibattito costituzionale tedesco del secondo Ottocento*, 2011

Il 'giureconsulto della politica'. Angelo Majorana e l'indirizzo sociologico del Diritto pubblico, a cura di / edited by Giacomo Pace Gravina, 2011

Michele Basso, *Max Weber. Economia e politica fra tradizione e modernità*, 2013

Luca Cobbe, *Il governo dell'opinione. Politica e costituzione in David Hume*, 2014

Forthcoming / In preparazione:

La teoria costituzionale di Sieyès di Antoine Claude Boulay de la Meurthe, con testo originale a fronte, a cura di / edited by Paolo Colombo

Costituzione e governo. Scritti e interventi politici di P.-L. Roederer, con testi di L. Lacchè, R. Martucci, L. Scuccimarra

Andrea Marchili, *Dal sovrano alla nazione. Rousseau e la rappresentazione del popolo*

Trasfigurazioni costituzionali nelle quattro lezioni di J.J. Park: The Dogmas of the Constitution (1832); traduzione ed edizione critica a cura di U. Bruschi e D. Rossi, con saggi introduttivi di M. Bertolissi e D. Rossi

Demands and informations / Per richieste ed informazioni:
eum edizioni università di macerata
Via Carducci, snc
62100 Macerata
T (39) 0733258608 1
F (39) 0733258608 6
info.ceum@unimc.it
http://eum.unimc.it

Indicazioni redazionali per gli autori

1. La redazione accetta articoli nelle principali lingue di comunicazione scientifica.
2. Gli articoli vanno elaborati in formato digitale (file .doc o .rtf), contenendone la lunghezza entro le 60.000 battute (spazi inclusi). Possono essere recapitati all'indirizzo di posta elettronica giornalecostituzionale@unimc.it oppure registrati su supporto elettronico (Cd-Rom) e inviati per posta ordinaria all'indirizzo della Redazione: Giornale di Storia costituzionale, Dipartimento di diritto pubblico e teoria del governo, Università degli Studi di Macerata, piazza Strambi, 1 – 62100 Macerata, Italia.
3. Ogni articolo deve essere corredato da:
   - titolo, eventuale sottotitolo, nome e cognome dell'autore, titolo accademico, denominazione e indirizzo dell'ente, recapito di posta elettronica;
   - un abstract (non più di 2.500 battute) e da 5 parole-chiave, redatti sia nella lingua del contributo che in lingua inglese.
4. L'eventuale materiale iconografico va consegnato in file separati, nominati in modo da indicarne la sequenza. Le immagini (formato .tiff o .jpeg) dovranno avere una risoluzione di almeno 300 dpi e una larghezza alla base di almeno 70mm; grafici e tabelle dovranno essere consegnati nel formato originale di elaborazione, con una larghezza non superiore ai 133mm. In un apposito file di testo vanno invece riportate le didascalie relative a ciascuna immagine, tabella o grafico.

NORME EDITORIALI

Titoli. Evitare l'uso del maiuscolo o del maiuscoletto. I titoli dei contributi e degli abstracts vanno riportati anche in inglese. I titoli di paragrafi e sottoparagrafi debbono essere numerati, con numerazione progressiva in cifre arabe. Il punto finale non va messo in nessun caso.

Redazione del testo. La formattazione del testo deve essere minima. Si richiede soltanto che siano riconoscibili gli elementi che compongono il contributo: il titolo, i titoli dei paragrafi e dei sottoparagrafi, il corpo del testo, le citazioni, le note e la collocazione degli eventuali materiali di corredo (immagini, grafici e tabelle). Vanno evitate tutte le istruzioni/impostazioni 'superflue' ai fini della comprensione dei contenuti, che pure rendono meno agevole il trattamento del file. Da evitare la formattazione automatica, la giustificazione, l'uso degli elenchi numerati (o puntati) da programma, l'utilizzo del trattino e del tasto invio per la sillabazione. Evitare anche la sillabazione automatica; è sufficiente allineare il testo a sinistra. Usare il ritorno a capo (tasto invio) solo per chiudere il paragrafo. Rispettare la funzione e la gerarchia delle virgolette; limitare l'uso dei corsivi e, se possibile, evitare quello dei grassetti e dei sottolineati.
Si scelga font comuni (arial, times, verdana) e si segnali – in una nota per la redazione – l'eventuale utilizzo di caratteri speciali. Per ulteriori indicazioni si veda di seguito.

Citazioni. Le citazioni lunghe (superiori a 3-4 righe) vanno staccate dal testo (precedute e seguite da uno spazio), senza essere racchiuse da virgolette, composte in corpo minore e sempre in tondo.
Le citazioni brevi vanno incorporate nel testo e poste fra virgolette basse (o caporali) « »; eventuali citazioni interne alla citazione vanno poste fra virgolette doppie alte " ", sempre in tondo.

Note. Le note al testo sono destinate essenzialmente a mero rinvio bibliografico e a fini esplicativi. Si raccomanda di contenere al massimo il numero delle note. In ogni caso, le battute relative alle note (spazi inclusi) non devono superare il terzo delle battute complessive del testo (nel caso di un testo standard di 60.000, spazi inclusi, le note non dovranno superare le 20.000 battute).
Il rimando alle note, all'interno del testo, va elaborato automaticamente e va collocato prima della punteggiatura (salvo i casi dei punti esclamativo, interrogativo e di sospensione). Anche se si tratta di note di chiusura (e non a piè di pagina), i riferimenti nel testo non vanno in nessun caso creati assegnando l'apice a un numero posto manualmente, ma solo utilizzando l'apposita funzione del programma di video scrittura (che automaticamente genera il numero e colloca il testo di nota; in Word, dal menù Inserisci > riferimento). Il punto chiude sempre il testo delle note.

Indicazioni bibliografiche. I dati bibliografici di un'opera citata vanno in nota.
Nella prima citazione debbono essere completi dei seguenti elementi, nell'ordine indicato.

– se si tratta di un'**opera compiuta**: iniziale puntata del nome e cognome dell'autore (con solo le iniziali in maiuscolo e mai in maiuscoletto); titolo in corsivo; luogo; editore; anno (in apice, l'eventuale segnalazione del numero dell'edizione citata). Tutti questi elementi saranno separati l'uno dall'altro mediante virgole. Sempre mediante la virgola, vanno se-

parati i nomi degli autori in un'opera a più mani. Nel caso in cui l'autore abbia un nome doppio, le iniziali vanno indicate senza lo spazio separatore. L'a cura di va riportato (tra parentesi tonde) nella lingua di edizione del testo, subito dopo il nome del curatore e con la virgola solo dopo la parentesi di chiusura. Se viene indicata una parte della pubblicazione, va aggiunta la pagina (o le pagine) di riferimento. Qualora si tratti di un'opera in più volumi, l'indicazione del volume (preceduta da 'vol.') va anteposta ai numeri di pagina. Esempi:

F. Jahn, *Deutsches Volksthum*, Lübeck, Niemann & Co, 1810.
L. Pegoraro, A. Rinella, *Le fonti del diritto comparato*, Torino, Giappichelli, 2000.
R.D. Edwards, *The Best of Bagehot*, London, Hamish Hamilton, 1993, p. 150.
A. King (edited by), *The British Prime Minister*, London, Macmillan, 1985², pp. 195-220.
AA.VV., *Scritti in onore di Gaspare Ambrosini*, Milano, Giuffrè, vol. III, pp. 1599-1615.

– se si tratta di un'**opera tradotta**: iniziale puntata del nome e cognome dell'autore; titolo originale dell'opera in corsivo; anno di pubblicazione tra parentesi tonde, seguito dal 'punto e virgola'; l'abbreviazione che introduce il titolo della traduzione 'tr. it.' (o 'tr. fr.', 'tr. es.' ecc.); titolo della traduzione in corsivo; luogo; editore; anno. Esempi:

W. Benjamin, *Über den Begriff der Geschichte* (1940); tr. it. *Sul concetto di storia*, Torino, Einaudi, 1997.
J.S. Mill, *Considerations on Representative Government* (1861); tr. it. *Considerazioni sul governo rappresentativo*, Roma, Editori Riuniti, 1999.

– se si tratta di un **contributo che compare in un volume miscellaneo**: iniziale puntata del nome e cognome dell'autore del contributo; titolo del contributo in corsivo; nome (puntato) e cognome del curatore/autore del volume, preceduto da 'in' ed eventualmente seguito da (a cura di); titolo del volume in corsivo; luogo; editore; anno; paginazione del contributo. Esempi:

G. Miglio, *Mosca e la scienza politica*, in E.A. Albertoni (a cura di), *Governo e governabilità nel sistema politico e giuridico di Gaetano Mosca*, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 15-17.
O. Hood Phillips, *Conventions in the British Constitution*, in AA.VV., *Scritti in onore di Gaspare Ambrosini*, Milano, Giuffrè, vol. III, pp. 1599 s.

– se si tratta di un **contributo che compare in una pubblicazione periodica**: nome dell'autore e titolo dell'articolo (riportati come in tutti gli altri casi); testata del periodico tra virgolette caporali preceduta da 'in'; (ove presenti) indicazione dell'annata (in numeri romani) e numero del fascicolo preceduto da 'n.' (e non da n°, N., num. ecc.); anno di pubblicazione; numero pagina/e. Nel caso di citazione da un quotidiano, dopo il titolo della testata si metta la data per esteso. Nel caso si faccia riferimento ad articoli pubblicati in riviste on line, si dovrà fornire l'indirizzo esatto del testo (o, in alternativa, della pagina principale del sito che lo rende disponibile) e la data di consultazione. Esempi:

G. Bonacina, *Storia e indirizzi del conservatorismo politico secondo la dottrina dei partiti di Stahl*, in «Rivista storica italiana», CXV, n. 2, 2003.
A. Ferrara, M. Rosati, *Repubblicanesimo e liberalismo a confronto. Introduzione*, in «Filosofia e Questioni Pubbliche», n. 1, 2000, pp. 7 ss.
S. Vassallo, *Brown e le elezioni. Il dietrofront ci insegna qualcosa*, in «Il Corriere della Sera», 9 ottobre 2007, p. 42.
G. Doria, *House of Lords: un nuovo passo sulla via della riforma incompiuta*, in «www.federalismi.it», n. 4, 2007, <http://www.federalismi.it>, settembre 2010.

I dati bibliografici dovranno essere completi solo per il primo rimando; per i successivi si procederà indicando solo il cognome dell'autore/curatore; il titolo (o una parte) in corsivo e seguito dall'abbreviazione 'cit.' o 'tr. cit.' (nel caso di opere tradotte); l'indicativo delle pagine. Di seguito gli esempi per le diverse tipologie di:

Jahn, *Deutsches Volksthum* cit., pp. 45, 36.
Pegoraro, Rinella, *Le fonti del diritto* cit., p. 200.
King, *The British Prime Minister* cit., p. 195.
Benjamin, *Über den Begriff* tr. cit., pp. 15-20, 23.
Bonacina, *Storia e indirizzi del conservatorismo politico* cit., p. 19.
Ferrara, Rosati, *Repubblicanesimo* cit., pp. 11 ss.
Doria, *House of Lords* cit.

Nel caso si rimandi alla stessa opera e alla stessa pagina (o pagine) citate nella nota precedente si può usare '*Ibidem*' (in corsivo), senza ripetere nessuno degli altri dati; se invece si rimanda alla stessa opera citata nella nota precedente, ma a un diverso numero di pagina, si usi 'Ivi', seguito dal numero di pagina.

ULTERIORI INDICAZIONI PER LA REDAZIONE DEL TESTO

Rimandi interni al volume. Non debbono mai riferirsi a numeri di pagina; si può invece rimandare a sezioni di testo, interi contributi e paragrafi o immagini (opportunamente numerati).

Paginazione. Nei riferimenti bibliografici, il richiamo al numero o ai numeri di pagina deve essere sempre preceduto (rispettivamente) da p. o pp. e riportato per intero; quindi, ad es., pp. 125-129 e non pp. 125-9. Qualora non si tratti di pagine consecutive, i numeri vanno separati dalle virgole: per es. pp. 125, 128, 315. Per indicare anche la pagina seguente o le pagine seguenti si utilizzi rispettivamente s. o ss. (quindi senza 'e' precedente) e non sgg., seg. o formule analoghe.

Date. Riportando le date, l'autore può adottare il criterio che ritiene più adeguato, purché rispetti rigorosamente l'uniformità interna all'articolo. Nel caso vengano utilizzate forme abbreviate, il segno per l'elisione è l'apostrofo e non la virgoletta alta di apertura (per es. '48 e non ‘48).

Sigle e acronimi. Le sigle devono sempre comparire senza punti tra le lettere e, la prima volta in cui sono citate, vanno fatte seguite dalla dicitura per esteso e dall'eventuale traduzione tra parentesi. Non occorre l'esplicitazione delle sigle di uso comune (come USA, NATO, ONU, UE, ecc.).

Punti di sospensione o elisione. Sono sempre 3, quindi non si rendono digitando tre volte il punto sulla tastiera ma inserendo l'apposito simbolo. Quando indicano sospensione – come ogni segno di punteggiatura – vanno staccati dalla parola che segue e attaccati alla parola che li precede (ad esempio … *non mi ricordo più*…). Non richiedono il punto finale.
Quando indicano elisione, quindi un taglio o una lacuna nel testo, il simbolo viene incluso tra parentesi quadre, in questo modo […].

Trattini. Il trattino medio viene usato, seguito e preceduto da spazio, per aprire e chiudere gli incisi. Quando il trattino di chiusura dell'inciso coincide con la chiusura della frase, si omette e si inserisce solo il punto fermo. Ad es. … *testo – inciso che chiude anche la frase.*
Il trattino breve si usa solo per i termini compositi formati da parole intere (ad es. centro-sinistra) e per unire due quantità numeriche (ad es. pp. 125-148); sempre senza spazi prima e dopo.

Virgolette. Le virgolette basse « » (caporali) si usano per indicare il discorso diretto, le citazioni brevi e, nei riferimenti bibliografici, per i titoli delle pubblicazioni periodiche. Le virgolette alte " ", invece, per le parole di uso comune a cui si vuole dare particolare enfasi (o assunte prescindendo dal loro significato abituale). Inoltre, nelle citazioni di titoli di quotidiani, periodici, riviste oppure di capitoli e sezioni di paragrafi di un libro (ad es. … come indicato nel paragrafo "La Germania assassinata" della *Storia dell'età moderna*…). Infine, quando è necessario fare uso delle virgolette all'interno di un discorso già tra caporali. La gerarchia è la seguente: «… "… '…' …" …». I segni di punteggiatura (salvo il punto esclamativo o interrogativo quando fanno parte della citazione) vanno sempre posposti alla chiusura delle virgolette.

Rimandi al web. Quando si fa riferimento a contenuti on line, bisogna sempre indicare in maniera completa l'indirizzo (compreso il protocollo http:// o ftp:// ecc.; possibilmente senza spezzarlo) e racchiuderlo tra i segni minore e maggiore; va indicata sempre anche la data di consultazione o di verifica (dell'indirizzo). Altro dato indispensabile è il titolo (o nome) del sito/pagina o una breve descrizione dei contenuti che si troveranno all'indirizzo riportato. Quindi, ad esempio, un riferimento corretto può essere così formulato: Sezione novità delle Edizioni Università di Macerata, <http://eum.unimc.it/novita>, giugno 2010.

Codice etico

DOVERI DEI DIRETTORI E DEI REDATTORI

I principi etici su cui si basano i doveri dei Direttori e dei Redattori del *Giornale di Storia costituzionale* si ispirano a COPE (Committee on Publication Ethics), *Best Practice Guidelines for Journal Editors*: http://publicationethics.org/files/u2/Best_Practice.pdf.

I Direttori e Redattori del *Giornale* decidono quali articoli pubblicare fra quelli sottoposti alla redazione.
Nella scelta sono guidati dalle politiche stabilite dal Comitato Internazionale del *Giornale* e sono tenuti al rispetto delle norme vigenti.
Essi tendono fattivamente al miglioramento della qualità scientifica del *Giornale*.

Direttori e Redattori valutano i manoscritti sulla base del loro contenuto intellettuale senza tener conto di razza, sesso, orientamento sessuale, fede religiosa, origine etnica, cittadinanza, o orientamento politico dell'autore.

I Direttori e i membri della redazione non devono rivelare alcuna informazione concernente un manoscritto sottoposto alla redazione a nessun'altra persona diversa dall'autore, dal referee, dal referee potenziale, dai consiglieri di redazione, dall'editore.

Il materiale non pubblicato contenuto in un manoscritto non deve essere usato nella ricerca di uno dei Direttori o Redattori senza l'espresso consenso scritto dell'autore.

DOVERI DEI REFEREES

I principi etici su cui si basano i doveri dei Referees del *Giornale di Storia costituzionale* si ispirano a http://www.njcmindia.org/home/about/22.

Il referaggio dei pari assiste i Direttori e i Redattori nel compiere le scelte redazionali e attraverso la comunicazione redazionale con gli autori può anche aiutare gli autori a migliorare l'articolo.

Ogni referee scelto che si senta inadeguato a esaminare la ricerca riportata in un manoscritto o che sappia che gli sarà impossibile esaminarlo prontamente deve comunicarlo ai Direttori del *Giornale* e esentare se stesso dal processo di esame.

Ogni manoscritto ricevuto e da sottoporre a valutazione deve essere trattato come documento confidenziale. Esso non deve essere mostrato o discusso con altri eccetto quelli autorizzati dai Direttori e Redattori.

L'esame del manoscritto deve essere condotto in maniera obiettiva. Critiche personali concernenti l'autore sono inappropriate. I referees devono esprimere i loro pareri chiaramente con argomenti a loro supporto.

I referees devono individuare lavori rilevanti pubblicati che non sono stati menzionati dall'autore. Affermare che osservazioni, deduzioni, o tesi siano state precedentemente già sostenute deve essere accompagnato dalla citazione pertinente. I referees devono anche portare all'attenzione dei Direttori e Redattori ogni somiglianza sostanziale o sovrapponibilità tra il manoscritto sotto esame e ogni altro paper pubblicato di cui essi abbiano conoscenza personale.

Informazioni privilegiate o idee ottenute attraverso il referaggio devono essere considerate confidenziali e non usate a vantaggio personale. I referees non dovrebbero accettare di esaminare manoscritti che possano far nascere conflitti di interesse risultanti da relazioni o rapporti competitivi o collaborativi o di altra natura con gli autori, le società o le istituzioni connesse con il paper.

DOVERI DEGLI AUTORI

I principi etici su cui si basano i doveri degli Autori del *Giornale di Storia costituzionale* si ispirano a http://www.elsevier.com/framework_products/promis_misc/ethicalguidelinesforauthors.pdf.

Gli autori di manoscritti che riferiscono i risultati di ricerche originali devono dare un resoconto accurato del metodo seguito e dei risultati ottenuti e devono discuterne obiettivamente il significato e valore. I dati sottostanti la ricerca devono essere riferiti accuratamente nell'articolo. Questo deve contenere sufficienti riferimenti tali da permettere ad altri di ripercorrere la ricerca eseguita. Affermazioni fraudolente o scientemente inaccurate costituiscono comportamento non etico e sono inaccettabili.

Gli autori devono assicurare di aver scritto lavori interamente originali, e se gli autori hanno usato il lavoro e/o le parole di altri ciò deve essere citato in modo appropriato.

Di norma, gli autori non pubblicano manoscritti che presentano la stessa ricerca in più di un periodico o pubblicazione primaria.

Deve sempre essere dato riconoscimento appropriato del lavoro degli altri. Gli autori devono citare le pubblicazioni che hanno influito nel determinare la natura del lavoro da essi svolto.

La paternità di un manoscritto deve essere limitata a coloro che hanno dato un contributo significativo alla concezione, pianificazione, esecuzione o interpretazione dello studio riportato. Tutti coloro che hanno dato un contributo significativo dovrebbero essere elencati come co-autori. Nel caso in cui ci siano altri che hanno partecipato in alcuni aspetti sostanziali del progetto di ricerca, essi dovrebbero essere menzionati o elencati come contributori.
L'autore con cui è in contatto il *Giornale* dovrebbe assicurarsi che tutti i co-autori siano inclusi nell'articolo, e che tutti i co-autori abbiano visto ed approvato la versione finale del contributo e siano d'accordo a sottoporlo al *Giornale* per la sua pubblicazione.

Quando un autore scopre un errore significativo o una inesattezza nel proprio articolo pubblicato, ha l'obbligo di notificarlo prontamente ai Direttori, Redattori o Editori del *Giornale* e di cooperare con i Direttori per ritrattare o correggere l'errore.

Board of editors of the Giornale di Storia costituzionale / Journal of constitutional history

STYLE SHEET FOR THE AUTHORS

1. The editorial staff accepts articles in the main European languages.
2. The articles must have an electronic format (a '.doc' file or a '.rtf' file) and should not exceed 60,000 characters (including spaces). They can be sent to the following email address giornalestoriacostituzionale@unimc.it or copied onto a CD or a DVD and sent to the postal address of the Board of Editors: Giornale di Storia costituzionale / Journal of Constitutional History, Dipartimento di diritto pubblico e teoria del governo, Università degli Studi di Macerata, piazza Strambi, 1 – 62100 Macerata, Italy.
3. Every article must include:
   - title, eventual subtitle, name and surname of the author, her / his academic title, name and address of the institution to which she / he belongs, email address;
   - abstract (no longer than 2,500 characters) and 5 keywords, written both in the language of the article and in English.
4. The eventual iconographic material should be sent in separate files named in such a way as to indicate their sequence. Images ('.tiff' or '.jpeg' format) should have a definition of, at least, 300 dpi and a width at their base of, at least, 70 mm; graphs and tables should be sent in their original format with a width no larger than 133 mm. The captions relating to every image, table or graph have to be inserted in a separate text file.

EDITORIAL RULES

Titles. The use of capital letters or small capital letters is to be avoided. The titles of articles and abstracts are to be written in English as well. Subheadings and sub-subheadings must be numbered with progressive Arabic numerals. Please avoid to put a full stop at the end.

Manuscript preparation. The manuscript must have basic stylistic features. The editors only require the recognisability of the elements of which the contribution is made up: the title, the subheadings and sub-subheadings, the body of the text, the quotations, the endnotes and the position of the eventual explicative material (images, graphs, tables). All the layout that is not necessary for the comprehension of the content must be avoided, in that it makes less easy file processing. Automatic text formatting, justifying lines, using numbered (or bullet) lists provided by a programme, using the hyphen or striking the enter key in order to divide words into syllables must be avoided. Automatic division into syllables must be avoided as well; it is sufficient to justify the left margin. Use the enter key only in order to end a section. Respect the function and the hierarchy of inverted commas (" ") and quotation marks (« »); limit the use of italics and, if possible, avoid the use of bold type or underlined parts.
Choose common fonts (Arial, Times, Verdana) and indicate – in a note for the editorial board – the eventual use of special type. For further instructions see below.

Quotations. Lengthy quotations (more than 3 or 4 lines) must be separated from the body of the text (preceded and followed by a blank line), should not be in inverted commas or quotation marks, should be written with types of a smaller size and never in italics.
Short quotations should be incorporated in the text body and put in quotation marks « »; eventual quotations which are within a quotation must be put in inverted commas " ", and never in italics.

Endnotes. Endnotes are essentially destined to mere bibliographical reference and to explicative purposes. We recommend limiting the number of endnotes. In any case, the number of characters (including spaces) of the endnotes should not exceed a third of the total number of characters of the text (therefore in a standard text of 60,000 characters, including spaces, endnotes should not exceed 20,000 characters, including spaces).
Note numbers in the text should be automatically created, should precede a punctuation mark (except in the cases of exclamation and question marks and of suspension points) and be superscripted without parentheses.
Even if it is a question of endnotes (and not footnotes), note numbers in the text should never be created superscripting numbers manually, but always using the specific automatic function of the writing programme (for example in Word for Windows 2003 in the menu Insert > Reference). A full stop always ends the text in the notes.

Bibliographical references. Bibliographical information of a quoted work belongs in the notes.
In the first quotation of the work, complete data must be indicated, that is the below-mentioned elements following the order here established.

– if it is a **monograph**: initial of the name (in capital letters) followed by a full stop and surname of the author (with only the initial in capital letters and never in small capital letters); title in italic type; place of publication; publishers; year

of publication (eventual indication of the quoted edition superscripted). All these elements must be separated from one another by a comma. A comma must also separate the name of the authors, if a work has been written by more than one person. In the case in which the author has a double name, the initials should not be separated by a space. 'Edited by' must be written between parentheses in the language in which the quoted text is written, immediately after the name of the editor and the comma must be inserted only after the last parenthesis. If only a part of the work is quoted, the relative page (or pages) must be added. If it is a work of more than one volume, the indication of the number of the volume (preceded by 'vol.') must be given and it should be placed before the numbers of the pages. Examples:
F. Jahn, *Deutsches Volksthum*, Lübeck, Niemann & Co, 1810.
L. Pegoraro, A. Rinella, *Le fonti del diritto comparato*, Torino, Giappichelli, 2000.
R.D. Edwards, *The Best of Bagehot*, London, Hamish Hamilton, 1993, p. 150.
A. King (edited by), *The British Prime Minister*, London, Macmillan, 1985^{2}, pp. 195-220.
AA.VV., *Scritti in onore di Gaspare Ambrosini*, Milano, Giuffrè, vol. III, pp. 1599-1615.

– if it is a **translated work**: initial of the name (in capital letter) followed by a full stop and surname of the author (with only the initial in capital letter and never in small capital letters); original title of the work in italic type; year of publication between parentheses, followed by a semicolon; the following abbreviations: It. tr. or Fr. tr. or Sp. tr. etc. (which precede and introduce the title of the translation); title of the translation in italic type; place of publication; publishers; year of publication. Examples:
W. Benjamin, *Über den Begriff der Geschichte* (1940); It. tr. *Sul concetto di storia*, Torino, Einaudi, 1997.
J.S. Mill, *Considerations on Representative Government* (1861); It. tr. *Considerazioni sul governo rappresentativo*, Roma, Editori Riuniti, 1999.

– if it is an **article published in a miscellaneous work**: initial of the name (in capital letters) followed by a full stop and surname of the author of the article (with only the initial in capital letters and never in small capital letters); title of the article in italic type; initial of the name (in capital letters) followed by a full stop and surname of the editor / author of the volume (with only the initial in capital letters and never in small capital letters) preceded by 'in' and eventually followed by ('edited by'); title of the volume in italic type; place of publication; publishers; year of publication; pages of the articles. Examples:
G. Miglio, *Mosca e la scienza politica*, in E.A. Albertoni (a cura di), *Governo e governabilità nel sistema politico e giuridico di Gaetano Mosca*, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 15-17.
O. Hood Phillips, *Conventions in the British Constitution*, in AA.VV., *Scritti in onore di Gaspare Ambrosini*, Milano, Giuffrè, vol. III, pp. 1599 s.

– if it is an **article which appeared in a periodical**: initial of the name (in capital letters) followed by a full stop and surname of the author of the article (with only the initial in capital letters and never in small capital letters); title of the article in italic type; name of the periodical in quotation marks (« ») preceded by 'in'; number of the volume of the periodical (if present) written in Roman numerals; number of the issue preceded by 'n.' (not by n°., N., num. etc.); year of publication; page number(s). In the case of quotation from a newspaper, after the name of the newspaper indicate the complete date. In the case of reference to articles published in online periodicals, the exact 'http' address of the text must be given, or alternatively, of the main page of the website which publishes it. Examples:
G. Bonacina, *Storia e indirizzi del conservatorismo politico secondo la dottrina dei partiti di Stahl*, in «Rivista storica italiana», CXV, n. 2, 2003.
A. Ferrara, M. Rosati, *Repubblicanesimo e liberalismo a confronto. Introduzione*, in «Filosofia e Questioni Pubbliche», n. 1, 2000, pp. 7 ss.
S. Vassallo, *Brown e le elezioni. Il dietrofront ci insegna qualcosa*, in «Il Corriere della Sera», 9 ottobre 2007, p. 42.
G. Doria, *House of Lords: un nuovo passo sulla via della riforma incompiuta*, in «www.federalismi.it», n. 4, 2007, <http://www.federalismi.it>, settembre 2010.

Bibliographical data must be complete only for the first quotation; the following quotations are shortened, indicating only the surname of the author / editor; the title (or part of it) in italic type followed by the abbreviation 'cit.' or 'cit. tr.' (in the case of translated works); the number of pages. Here we give some examples for the different typologies of works:

Jahn, *Deutsches Volksthum* cit., pp. 45, 36.
Pegoraro, Rinella, *Le fonti del diritto* cit., p. 200.
King, *The British Prime Minister* cit., p. 195.
Benjamin, *Über den Begriff* cit. tr., pp. 15-20, 23.
Bonacina, *Storia e indirizzi del conservatorismo politico* cit., p. 19.
Ferrara, Rosati, *Repubblicanesimo* cit., pp. 11 and following pages.
Doria, *House of Lords* cit.

In the case of reference to the same work and the same page (or pages) quoted in the preceding endnote '*Ibidem*' (in italic type) can be used, without repeating any of the other data; if instead reference is made to the same work quoted in the preceding endnote, but to a different page, 'Ivi' can be used followed by the page number.

FURTHER INSTRUCTION FOR THE PREPARATION OF THE MANUSCRIPT

References within the issue. They should never refer to page numbers; instead sections of the text, full articles and paragraphs or images (opportunely numbered) can be referred to.

Pages. In bibliographical references, referring to the number or the numbers of the pages must always be preceded by (respectively) 'p.' or 'pp.' and reported entirely; therefore, for example, 'pp. 125-129' and not 'pp. 125-9'. In the case in which it is a question of non consecutive pages, numbers must be separated by commas: for example: 'pp. 125, 128, 315.' in order to indicate the following page or pages, as well please use 'f.' or 'ff.' respectively (hence without the preceding 'and').

Dates. Reporting dates, the author can adopt the criterion which he believes to be the most adequate, as long as he rigorously respects the internal uniformity of the article. In the case where abbreviated forms are used, please use the preceding apostrophe and not the single inverted comma (for examples '48 and not '48).

Abbreviations and acronyms. Abbreviations must always be without the dot between the letters and, the first time they are quoted, they must be followed by the full name and by the eventual translation in brackets. It is not necessary to explain common use abbreviations (like USA, NATO, ONU, UE, etc.).

Suspension points. Are always three in number, therefore they should not be inserted in the text writing three full stops, rather inserting its symbol. When they indicate suspension – as every punctuation mark – they should be separated by a space from the following word and attached to the word that precedes them (for example: … *I do not remember any more*…). They do not require the final full stop.
When they indicate elision, therefore a cut or a gap in the text, the symbol must be included in square brackets, like this […].

Dashes and hyphens. The dash is used, followed or preceded by a space, in order to open and close an incidental sentence. When the dash that closes the incidental sentence coincides with the closing of the whole sentence, it is omitted and only a full stop is inserted. Eg.: …*text – incidental sentence that closes also the whole sentence*. The hyphen is used only for compound words formed by entire words (eg.: tree-house) and in order to unite two numerical quantities (eg.: pp. 125-148); always without spaces before and after.

Quotation marks and inverted commas. Quotation marks « » are used in order to indicate direct speech, short quotations, and, in bibliographical references, for the titles of the periodicals. The inverted commas " ", instead are used for words of common use to which the author would like to give a particular emphasis (or which are used regardless of their habitual meaning). Moreover, in the quotation of titles of newspapers, periodicals, magazines or chapters or sections of paragraphs of a book (eg.: … as indicated in the paragraph "La Germania assassinata" of the *Storia dell'età moderna*…). Finally, when it is necessary to use inverted commas within a sentence which is already in quotation marks. The hierarchy is the following: «… "… '…' …" …». Punctuation marks (except the exclamation or the question mark when they are part of the quotation) should always be placed after the closing quotation marks or inverted commas.

Web reference. When referring to online contents, the complete address (including the protocol 'http://' or 'ftp://' etc. possibly without breaking it) must be indicated and must be included between the signs < >; the date of consultation or verification of the address should always be indicated. Another essential element is the title (or name) of the website / page or a brief description of the contents that could be found at the quoted address. Therefore, for example, a correct reference can be formulated as follows: Sezione novità delle Edizioni Università di Macerata, <http://eum.unimc.it/novità>, June 2010.

Publication ethics and publication malpractice statement

DUTIES OF EDITORS

Our ethic statements concerning the duties of the editors of the *Journal of Constitutional History* are based on COPE (Committee on Publication Ethics), *Best Practice Guidelines for Journal Editors*: http://publicationethics.org/files/u2/Best_Practice.pdf.

The editors of the *Journal* are responsible for deciding which of the articles submitted to the *Journal* should be published. They are guided by the policies of the *Journal*'s International Board and constrained by the laws in force.
They actively work to improve the quality of their *Journal*.

The editors evaluate manuscripts for their intellectual content without regard to race, gender, sexual orientation, religious belief, ethnic origin, citizenship, or political orientation of the authors.

The editors and any editorial staff must not disclose any information about a submitted manuscript to anyone other than the corresponding author, reviewers, potential reviewers, other editorial advisers, and the publisher.

Unpublished materials disclosed in a submitted manuscript must not be used in an editor's own research without the express written consent of the author.

DUTIES OF REVIEWERS

Our ethic statements concerning the duties of reviewers are based on http://www.njcmindia.org/home/about/22.

Peer review assists the editor in making editorial decisions and through the editorial communications with the author may also assist the author in improving the paper.

Any selected referee who feels unqualified to review the research reported in a manuscript or knows that its prompt review will be impossible should notify the editor and excuse himself from the review process.

Any manuscripts received for review must be treated as confidential documents. They must not be shown to or discussed with others except as authorized by the editor.

Reviews should be conducted objectively. Personal criticism of the author is inappropriate. Referees should express their views clearly with supporting arguments.

Reviewers should identify relevant published work that has not been cited by the authors. Any statement that an observation, derivation, or argument had been previously reported should be accompanied by the relevant citation. A reviewer should also call to the editor's attention any substantial similarity or overlap between the manuscript under consideration and any other published paper of which they have personal knowledge.

Privileged information or ideas obtained through peer review must be kept confidential and not used for personal advantage. Reviewers should not consider manuscripts which can give birth to conflicts of interest resulting from competitive, collaborative, or other relationships or connections with any of the authors, companies, or institutions connected to the papers.

DUTIES OF AUTHORS

Our ethic statements concerning the duties of authors are based on http://www.elsevier.com/framework_products/promis_misc/ethicalguidelinesforauthors.pdf.

Authors of reports of original research should present an accurate account of the work performed as well as an objective discussion of its significance. Underlying data should be represented accurately in the article. This should contain

sufficient detail and references to permit others to replicate the work. Fraudulent or knowingly inaccurate statements constitute unethical behaviour and are unacceptable.

The authors should ensure that they have written entirely original works, and if the authors have used the work and/or words of others that this has been appropriately cited or quoted.

Usually, authors should not publish manuscripts presenting the same research in more than one *journal* or primary publication.

Proper acknowledgment of the work of others must always be given. Authors should cite publications that have been influential in determining the nature of the reported work.

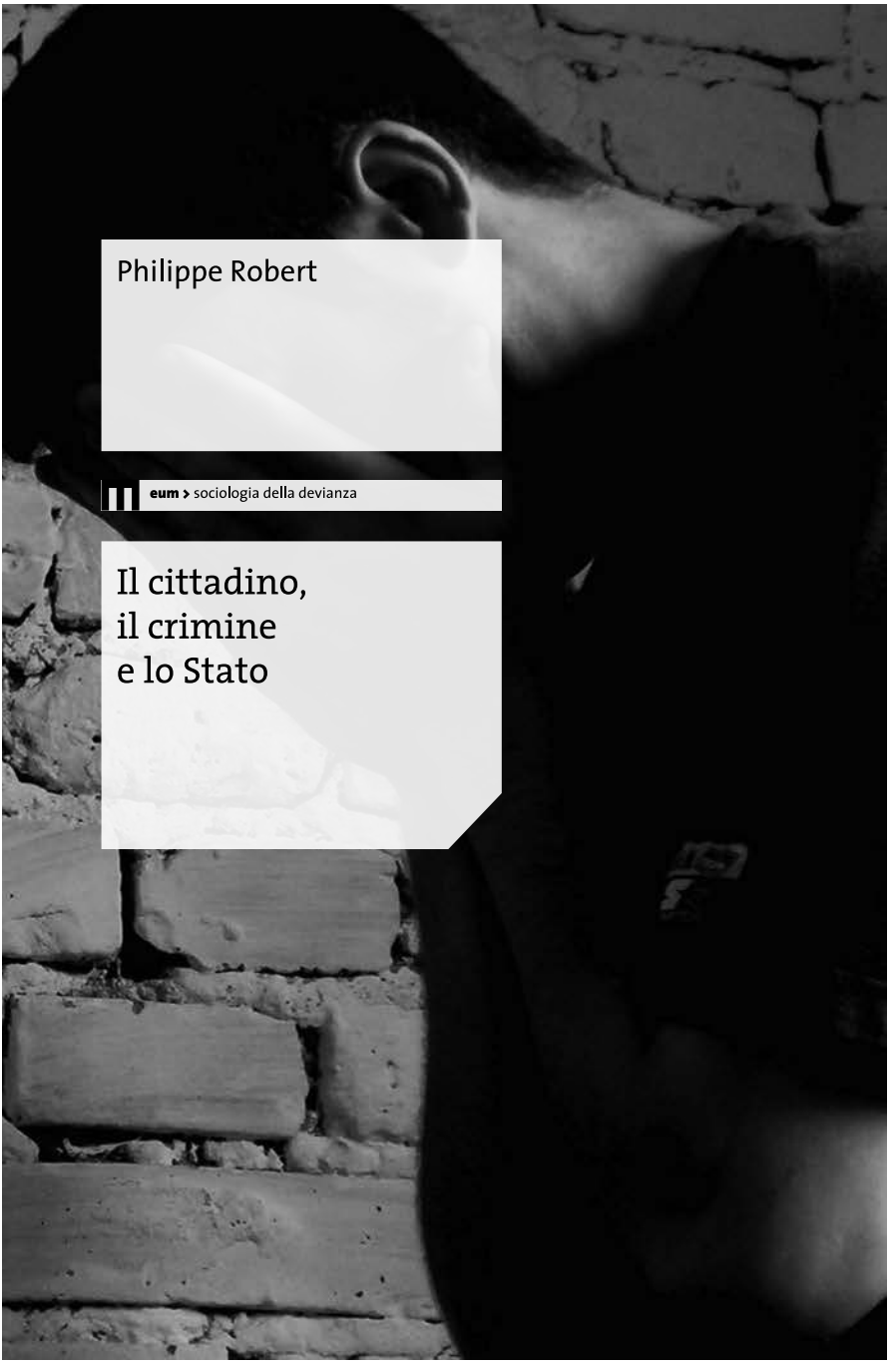
Authorship should be limited to those who have made a significant contribution to the conception, design, execution, or interpretation of the reported study. All those who have made significant contributions should be listed as co-authors. Where there are others who have participated in certain substantive aspects of the research project, they should be acknowledged or listed as contributors.
The corresponding author should ensure that all co-authors are included on the article, and that all co-authors have seen and approved the final version of the article and have agreed to its submission to the *Journal* for its publication.

When an author discovers a significant error or inaccuracy in his/her own published work, it is the author's obligation to promptly notify the *Journal* editor or publisher and cooperate with the editor to retract or correct the paper.

Luca Cobbe

Il governo dell'opinione. Politica e costituzione in David Hume

eum × biblioteca Giornale di Storia costituzionale



Philippe Robert

eum > sociologia della devianza

Il cittadino, il crimine e lo Stato