Giornale di

Storia costituzionale

PERIODICO DEL LABORATORIO DI STORIA COSTITUZIONALE "ANTOINE BARNAVE" n. 4 / II semestre 2002

PAGINE APERTE Nuzzo Riflessioni in margine a un progetto ONU INTERSEZIONI Corciulo Alle origini del dibattito metodologico sulla storia delle istituzioni parlamentari LEZIONI Troper Les relations extérieures dans la constitution de l'an III RICERCHE Dumoulin La dévolution du pouvoir municipal dans la France d'Ancien régime / Persano L'*Encyclopédie* fra continuità e mutamento storico / Clavero Voz de Nación por Constitución. España, 1808-1811 / Labriola Giolitti e lo Statuto da riformare ARCHEOLOGIE Lahmer La doctrine physiocratique du contrôle juridictionnel de la loi positive / Gojosso Le contrôle de constitutionnalité dans la seconde moitié du XVIII^{ème} siècle / Laquieze Le contrôle de constitutionnalité de la loi aux Etats-Unis / Meccarelli Controllo di costituzionalità e giurisdizione suprema nell'Italia post-unitaria VIRTUTE E CONOSCENZA Macrì Tra storia e amministrazione nelle pagine dell'Enciclopedia del Diritto (1958–1992) TESTI & PRETESTI Lacchè Il telegrafo di Stendhal CRONACHE ITALIANE Martucci La leggenda di casa Savoia

Giornale di

Storia costituzionale

n. 4 / II semestre 2002

Giornale di Storia costituzionale
Periodico del Laboratorio "A. Barnave"
n. 4 / II semestre 2002

Direzione
Luigi Lacchè, Roberto Martucci

Comitato scientifico
Bronislaw Baczko (Ginevra), Giovanni Busino (Losanna), Francis Delperée (Lovanio), Alfred Dufour (Ginevra), Lucien Jaume (Parigi), Michel Pertué (Orléans), Joaquín Varela Suanzes (Oviedo)

Comitato di redazione
Paolo Colombo, Federico Lucarini, Giovanni Ruocco, Luca Scuccimarra

Segreteria di redazione
Marco Fioravanti, Alessandro Macrì, Paola Persano

Direzione e redazione
Laboratorio di storia costituzionale "A. Barnave"
Università di Macerata
piazza Strambi, 1
62100 Macerata,
tel. +39 0733 258724; 258775; 258365
fax. +39 0733 258777
e-mail: barnave@unimc.it

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.

Direttore responsabile
Angelo Ventrone

Registrazione al Tribunale di Macerata
n. 463 dell'11.07.2001

Edizione e distribuzione /Publisher and Distributor
Quodlibet edizioni
via padre Matteo Ricci, 108
62100 Macerata
tel.+39 0733 264965
fax +39 0733 267358
e-mail: quodpost@tin.it

ISBN 88-7462-004-7
ISSN 1593-0793

Progetto grafico
Augusto Wirbel

Tipografia
Litografica Com, Capodarco di Fermo (AP)

La rivista è pubblicata con un finanziamento dell'Università di Macerata e con un contributo del Dipartimento di diritto pubblico e teoria del governo.

Finito di stampare nel mese di dicembre 2002

In copertina
Philippe de Champaigne, *Gli Scabini di Parigi*, 1648.

Prezzo di un fascicolo
euro 15,49;
arretrati, euro 22;
Abbonamento annuo (due fascicoli)/ Subscription rates (two iusses)
Italia, euro 25,82; Unione europea, euro 36,15; U.S.A. e altri Stati, euro 55;

Pagamento:
A mezzo conto corrente postale n. 14574628 intestato a
Tempi provinciali soc. coop. a.r.l.,
via p. Matteo Ricci, 108 - 62100 Macerata;
Con assegno bancario, con la stessa intestazione;
Tramite bonifico bancario: Banca delle Marche cc. 13004
ABI 6055 CAB 13401
con Carta Visa, inviando, tramite fax o e-mail, i propri dati, numero della Carta e le ultime quattro cifre della data di scadenza.

Payments:
By bank cheque to: Tempi provinciali soc. coop. a.r.l., via P. Matteo Ricci, 108 - 62100 Macerata, Italy;
By bank transfer:
Banca delle Marche cc. 13004 ABI 6055 CAB 13401
Swift BAMA IT 3A001
By Credit Card (Visa): please send by fax or e-mail the Credit Card number and the last four digits of expiration date.

Gli abbonamenti non disdetti entro il 31 dicembre si intendono rinnovati per l'anno successivo.

Sommario

GIORNALE DI STORIA COSTITUZIONALE n. 4 / II semestre 2002

5 Un organo intermedio tra il popolo ed il Corpo legislativo

Pagine aperte

7 Diritto all'identità e metanarrazioni. Riflessioni in margine a un progetto ONU
LUIGI NUZZO

Intersezioni

23 Alle origini del dibattito metodologico sulla storia delle istituzioni parlamentari: il contributo della International Commission for the History of Representative and Parlamentary Institutions (ICHRPI)
MARIA SOFIA CORCIULO

Lezioni

33 Les relations extérieures dans la Constitution de l'an III. Vers la fonction gouvernementale
MICHEL TROPER

Ricerche

49 La dévolution du pouvoir municipal dans la France d'Ancien régime: les systèmes électoraux
JAQUELINE DUMOULIN

69 L'*Encyclopédie* fra continuità e mutamento storico
PAOLA PERSANO

81 Voz de Nación por Constitución. España, 1808-1811
BARTOLOMÉ CLAVERO

105 Giolitti e lo Statuto da riformare
SILVANO LABRIOLA

Archeologie

125 La doctrine physiocratique du contrôle juridictionnel de la loi positive
MARC LAHMER

145 Le contrôle de constitutionnalité dans la pensée juridique française de la seconde moitié du XVIII^ème siècle: une autre approche
ERIC GOJOSSO

155 Le contrôle de constitutionnalité de la loi aux Etats-Unis vu par les penseurs libéraux français du XIX^ème siècle
ALAIN LAQUIEZE

173 Il grande assente? Controllo di costituzionalità e giurisdizione suprema nell'Italia post-unitaria
MASSIMO MECCARELLI

Virtute e conoscenza

191 Il difficile connubio: un itinerario tra storia e amministrazione nelle pagine dell'Enciclopedia del diritto (1958-1992)
ALESSANDRO MACRÌ

Testi & pretesti

217 Il telegrafo di Stendhal. Politica ed elezioni nel «Lucien Leuwen» ai tempi della Monarchia di Luglio
LUIGI LACCHÈ

Cronache italiane

237 La leggenda di casa Savoia
ROBERTO MARTUCCI

Librido

251 Quarantasei proposte di lettura

Agenda Barnave

275 La politica allo specchio. Un seminario a Macerata
GIOVANNI RUOCCO

Un organo intermedio tra il popolo ed il corpo legislativo*

Lo Stato costituzionale del XX secolo ha istituzionalizzato la figura e le modalità tecniche del controllo di costituzionalità della legge e del disciplinamento giuridico dei poteri. Certo, il 'modello' continentale – pur nelle sue diverse variabili storico-nazionali – ha seguito un percorso accidentato ed ha dovuto superare possenti pregiudiziali.

Il rilievo assunto dalle Corti supreme in termini di interpretazione, di adeguamento e di evoluzione costituzionale è ormai un fatto assolutamente ovvio, anche se sono trascorsi diversi decenni prima che la generalità del ceto dei giuristi se ne rendesse pienamente conto. Gli equilibri raggiunti sembrano poggiare su pilastri forti e ben piantati. La giustizia costituzionale è diventata una tecnica avanzata della democrazia (costituzionale) e la legittimazione a mezzo del diritto ne ha tratto un decisivo rafforzamento.

Non mancano i dubbiosi e gli scettici, chi teme, specie in Francia, per le sorti stesse del diritto politico-costituzionale quasi schiacciato dal peso esorbitante del 'vero' diritto costituzionale di fonte contenziosa. Il dibattito è aperto e le discussioni e i dubbi sono alimento per ogni pensiero realmente critico.

Il "Giornale di storia costituzionale" propone in questo numero un primo approfondimento monografico e 'archeologico' sul problema della costituzionalità della legge. Non è facile invero ripercorrere le tracce di una vicenda che in Europa sembrerebbe potersi delineare solo in negativo, cioè come impossibilità e imperfezione. Se assumiamo, nel guardare all'indietro, la costituzione normativa e i suoi corollari come parametri di valutazione e di confronto, troveremo allora *troppo poco*, per lo più meri tentativi. Se invece ci poniamo il problema dal punto di vista – più coerente rispetto alle dinamiche sette-ottocentesche – della garanzia, interna ed esterna, della costituzione e della logica giurisdizionale del controllo della legge, gli

* Il Federalista n. 78.

esiti potranno essere più significativi e rivelare talune singolari analogie – sulle quali riflettere - con la moderna concezione della legalità costituzionale. Così la trascurata teorica fisiocratica sullo statuto dichiarativo della legge (*ratio*) quale espressione dell'ordine naturale (Lahmer) si intreccia in modo forse inatteso con la riflessione sul ruolo e sulle pratiche di controllo adottate dalle corti sovrane depositarie delle "leggi fondamentali del regno" (Gojosso). La lettura 'americana' di Tocqueville e di Laboulaye è un inventario dei dilemmi della cultura liberale francese (ed europea) di fronte alla funzione giurisdizionale di controllo (Laquièze). Il comparativismo relativista resto quello del Montesquieu che va alla ricerca del più intimo *esprit* delle 'leggi' e delle istituzioni sociali e politiche. Tra l'Europa e la Gran Bretagna c'è di mezzo un canale e non è poco, figurarsi l'immenso Oceano che divide il nostro continente dagli Stati Uniti, laddove ai tribunali è stato affidato "un immenso potere politico"…

Ma il problema di fondo rimane. La legge deve poter essere limitata, ma non bastano più né l'ordine naturale né la ragione tanto cara ai dottrinari. Il figurino del *rule of law* è ben presente ai liberali alla Tocqueville e può confluire, con opportuni adattamenti, nel grande alveo dello Stato liberale di diritto, forma e concetto denotante una complessa e variegata genealogia.

Il tradizionale binomio interpretativo rigidità/flessibilità della costituzione non esaurisce più il problema del controllo di costituzionalità. L'alternativa appare un letto di Procuste che costringe le fluide esperienze ottocentesche dentro gli schemi di un normativismo costituzionale che non appartiene ad esse. Bisogna imboccare sentieri apparentemente meno battuti. La definizione del "grande assente" diviene un problema *in sé*, da leggere attraverso le categorie dei giuristi liberali tra Otto e Novecento. "Ci troviamo di fronte ad un ritorno di (o una riformulazione della) centralità del giurista, che, con la sua prerogativa più tipica e cioè interpretare il diritto, entra nelle maglie del sistema di relazioni tra potere politico e diritto per ritagliarsi e svolgere una funzione fondamentale" (Meccarelli).

Proprio il contributo interpretativo delle Corti supreme con parametri di giudizio richiamanti principi, valori, consuetudini, bilanciamenti induce una modalità di enunciazione della regola che cerca, pur tra incertezze e formulazioni non sempre condivisibili, di temperare la *voluntas* con il richiamo alla *ratio*, facendo intravedere una concezione della legalità (costituzionalmente intesa) più ricca, complessa, consensuale, pluralistica. Anche in questo caso la storia costituzionale europea non resta muta.

Diritto all'identità e metanarrazioni
Riflessioni in margine a un progetto ONU*

LUIGI NUZZO

…The gorilla wrestles with the superman
I who am poisoned with the blood of both,
Where shall I turn, divided to the vein?
I who have cursed
The drunken officer of British rule, how choose
Between this Africa and the English tongue I love?
Betray them both, or give back what they give?
How can I face such slaughter and be cool?
How can I turn from Africa and live?
DEREK WALCOTT, *A Far Cry from Africa* (1962)

> Indigenous people have the right to the full and effective enjoyment of human rights and fundamental freedoms recognized in the Charter of United Nations, the Universal Declaration of Human Rights and international human rights law.

Con queste parole si apre il progetto finale di Dichiarazione sui diritti dei popoli indigeni elaborato nei primi anni Novanta dal Working Group on Indigenous Populations, e approvato nel 1994 dalla Sotto-commissione sulla prevenzione della discriminazione e la protezione delle minoranze, istituzione creata dal Consiglio economico e sociale delle Nazioni Unite nel 1982 al fine di promuovere la difesa delle popolazioni indigene e di assicurare un più efficace strumento per il riconoscimento dei loro diritti[1]. Un progetto però che, nonostante il richiamo "fideistico" alla Dichiarazione universale dei Diritti dell'Uomo e la sua sostanziale riconducibilità all'interno della logica discorsiva dei diritti umani, aspira a ripensare la difficile eredità che quella dichiarazione «coloniale e non universale»[2] ci ha lasciato.

Viene orgogliosamente rivendicato infatti che l'iniziativa nasce dal basso, da un gruppo di lavoro privo di «autorità propria», ma che arricchito dalla presenza dei nativi si è trasformato in realtà in un organo internazionale per la rappresentanza dei popoli indigeni e per la diffusione della «voce indigena»[3] nelle sale delle Nazioni Unite e dun-

* Si riproduce, con le opportune integrazioni e modifiche, il testo di una relazione svolta il 28 luglio 2001, presso l'Università di Siviglia, al *I. Encuentro de Investigatores sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* sul tema *El Proyecto de Declaración Universal de los derechos de Pueblos Indígenas de Naciones Unidas*.
Queste pagine sono dedicate a Luciano.

que in uno strumento per la definizione e l'affermazione di una nuova soggettività giuridica: il popolo indigeno. Un nuovo soggetto, che vuole ora dotarsi di parola e dei mezzi per farla sentire, che deve essere pensato comunitariamente, con nuova identità e diritti collettivi perché solo attraverso il riconoscimento di tali diritti, e soprattutto del diritto alla autodeterminazione, può arrivare a recuperare ed ammettere diritti soggettivi e libertà individuali.

Questo soggetto non richiede, né anela, riconoscimenti o legittimazioni statali, può farne a meno perché già dato, preesistente, ma rivendica all'interno della spazialità statale il mantenimento e il rafforzamento dei propri sistemi politici e normativi e soprattutto il recupero e il riconoscimento della sua memoria.

«Things are not so clear», scrive Colin Perrin, e non così semplici, purtroppo[4]. Innanzitutto perché nonostante i successi ottenuti da molti movimenti indigeni le loro richieste di autodeterminazione e di giustizia continuano ad infrangersi sulle resistenze statali a riconoscere nuove forme di soggettività politica e sulle barriere erette per una strenua difesa degli ultimi brandelli di sovranità nazionale[5]; non si dimentichi, il progetto è ora sottoposto all'esame della Commissione delle Nazioni Unite sui diritti umani, e quindi al rischio di essere attratto nell'orbita degli Stati nazionali, imbrigliato nei lacci delle pratiche discorsive e delle strategie retoriche statali[6].

La dichiarazione e la società civile di cui è espressione potrebbero ritornare dunque nelle maglie di una sovranità e di uno Stato, che inesorabilmente tende a disattivare la forza costituente di ogni nuova soggettività altra, o facendosi carico, giuridicamente e politicamente, della sua tutela, o negandola come terroristica e riducendola ad un banale problema di ordine pubblico[7].

Un'altra domanda, poi. Di chi si parla quando si parla di popoli indigeni? Chi sono gli indigeni? Sono un prodotto della nostra immaginazione occidentale, vivono ancora nelle riserve del nostro immaginario coloniale? La dichiarazione in esame non vuole aiutarci.

Tuttavia, pur non contenendo alcuna definizione di "indigenità", non può fare a meno di presupporla insistendo nei 45 articoli sulla identità culturale e sulla diversità etnica di gruppi preesistenti agli Stati coloniali lungo una linea già fissata in una relazione del 1983 di Martinez Cobo, special rapporteur della Sottocommissione Onu sulla Prevenzione delle discriminazioni e la protezione delle Minoranze. Secondo tale relazione le comunità, i popoli e le nazioni indigene sono infatti coloro che

> having a historical continuity with pre-invasion and pre–colonial societies that developed on their territories, consider themselves distinct from other sectors of societies now prevaling in those territories or parts of them. They form at present non dominant sectors of society and they are determined to preserve and develop and transmit to the future generations their ancestral territories, and their ethnic identity, as the basis for their continued existence as people[8].

Formalmente quindi si sfugge ai pericoli (e ai limiti) che ogni definizione contiene, ma non si può fare a meno di costruire il nuovo soggetto attraverso una logica binaria e dialettica che si muove sempre nello spazio chiuso di due opposti, centro/periferia, occidente/terzo mondo, moderno/premoderno, colonizzatore/colonizzato[9]. Sfuma quindi la possibilità di fare dell'indigenità una categoria aperta, libera dai condiziona-

menti imposti dalla temporalità e dalla spazialità coloniali, pronta all'incontro con altre soggettività resistenti e si riconduce il soggetto indigeno, nato da uno storico processo di lotta, e necessariamente contingente, nelle trame di un discorso senza tempo fondato su di una sua *distinctiviness* etnica, fatta di pratiche religiose, tradizioni culturali, legami ancestrali con la madre terra, in una categoria che appare quindi astorica, naturale e non problematica[10].

Ripartiamo dunque dall'identità e ripensiamola storicamente. Ciò che intendo proporre in queste pagine è infatti una rilettura, da una prospettiva storica, del concetto di identità individuale e collettiva delle popolazioni indigene, affermato solennemente nell'art. 8 del progetto e poi specificato in diversi articoli, che possa permettere rinnovate ricostruzioni per mezzo di nuovi montaggi istituzionali collettivi e aprire a diverse soluzioni politiche. Un discorso che è costruito, da un lato, archeologicamente, come ricerca delle strategie retoriche attraverso cui l'identità è stata negata e come analisi dei meccanismi comunicativi che permisero il radicamento dei valori occidentali tra i colonizzati; dall'altro è pensato all'interno di quel metadiscorso che si sviluppa nei 45 articoli del progetto e che costituisce uno degli ultimi straordinari prodotti della modernità e forse delle sue illusioni.

Ma leggiamo il testo.

L'articolo 8 prevede che

> [i]ndigenous peoples have the collective and individual right to maintain and develop their distinct identities and characteristic, including the right to identify themselves as indigenous and to be recognized as such,

stabilendo quindi il diritto dei popoli a autorappresentarsi come indigeni ed essere di conseguenza riconosciuti come tali. Con l'articolo 9 poi si prevede che

> [i]ndigenous peoples and individuals have the right to belong to an indigenous community or nation, in accordance with the traditions and customs of the community or nation concerned. No disadvantage of any kind may arise from the exercise of such a right.

Si sancisce dunque formalmente ciò che i conflitti etnici degli ultimi anni hanno chiaramente anticipato, cioè il carattere artificiale e fittizio dello Stato nazionale, invenzione occidentale poi esportata e imposta nel resto del globo, che ha prodotto «l'effetto perverso di irrigidire le identità dei popoli con la pretesa di sussumerli entro forzose unità e così di negarne le differenze non meno delle comuni identità»[11].

Le popolazioni indigene sono, nel testo, nuovamente nazione, costituiscono comunità nazionali che vivono all'interno dei singoli Stati secondo le proprie tradizioni e i propri costumi. L'ONU riconosce infatti alle popolazioni indigene il diritto di manifestare, praticare, insegnare le proprie tradizioni culturali, celebrare le proprie cerimonie spirituali e religiose, trasmettere la propria storia, cultura e lingua alle generazioni future (artt. 12, 13, 14).

In altre parole si cerca di restituire agli indigeni la memoria negata, l'identità di un popolo può esistere infatti solo se vi è memoria di sé e della propria storia.

Come ha scritto Fanon,

> il dominio coloniale, perché totale e semplificante, ha presto fatto disconnettere in modo spettacolare l'esistenza culturale del popolo sottomesso. La negazione della realtà nazionale, i rapporti giuridici nuovi introdotti dalla potenza occupante, la cacciata alla periferia, da parte della società coloniale, degli indigeni e dei loro usi, l'esproprio,

l'asservimento sistematizzato degli uomini e delle donne, rendono possibile questa obliterazione culturale[12].

Le parole di denuncia di Fanon, che aprivano una conferenza sul rapporto tra cultura nazionale e lotte di liberazione, testimoniano la straordinaria efficacia e il lungo percorso del discorso coloniale della modernità. Esso necessitava per la sua sopravvivenza e il suo perfezionamento non solo di un'opzione politico-militare, ma anche di una struttura ideologica e culturale, che si nutriva e continua a nutrirsi di diversi elementi: giuridici, religiosi o anche in apparenza soltanto artistico–culturali, come per esempio la pittura, il romanzo, l'opera, o le rappresentazioni teatrali[13].

Questo processo di «obliterazione culturale» cui furono sottoposte le popolazioni indigene può essere, a mio avviso, compreso appieno attraverso una rilettura storica dei primi incontri tra civiltà europea e alterità indigena e delle relazioni che si vennero a strutturare con coloro che popolavano le terre indiane[14].

Nell'America spagnola si assistette infatti alla completa sovrapposizione di un sistema culturale su un altro, si definirono i percorsi e le strategie che garantissero l'ingresso e il radicamento dei valori dell'occidente cristiano nel mondo indigeno e si ricondussero le nuove soggettività nelle più rassicuranti categorie già conosciute degli schiavi, dei bambini, degli idioti, dei rustici[15].

L'alfabetizzazione delle popolazioni indigene e l'irrompere della scrittura nel sistema culturale americano, finanche all'interno delle rappresentazioni iconografiche, che di quella cultura erano uno dei prodotti più autentici, non rappresentarono solo lo strumento per la normalizzazione del sapere indigeno. Esse fornirono, da un lato, la premessa giustificazionista per la conseguente espropriazione delle terre americane rafforzando l'equiparazione degli indiani con fanciulli o idioti, che, come tali, necessitavano di una tutela intellettuale e legale, e dall'altro costituirono il canale per l'interiorizzazione della nuova giuridicità e per il radicamento dei suoi valori.

Un formidabile impulso per il raggiungimento di questo obiettivo, non privo tuttavia di contraddizioni, si ebbe con l'instancabile attività di alfabetizzazione svolta dagli Ordini mendicanti e perseguito dalla Corona con l'emanazione di numerose *leyes, cédulas* e *cartas* relative alla istituzione di scuole e collegi e alla fissazione delle regole alle quali ci si sarebbe dovuti attenere nell'insegnamento della lingua spagnola. Questo processo normativo di ispanizzazione linguistica delle Indie trovò nelle grandi opere di Antonio De Nebrija e di Aldrete il fondamento teorico e il modello ideologico da esportare e vide, nel vocabolario messicano-castigliano di Alonso de Molina e nella grammatica della lingua generale del Perù di Domingo de Santo Tomás, i risultati più brillanti[16].

L'intensa produzione legislativa in materia linguistica nasceva dalla consapevolezza che solo la diffusione dello spagnolo come lingua comune avrebbe garantito ai vincitori l'accesso al passato e la condivisione delle antiche memorie dei vinti. L'adozione di un comune linguaggio poneva di converso anche le basi per l'ingresso dei barbari all'interno della comunità civile, per il superamento dell'imbarazzante nudità a cui gli indiani parevano condannati e per la negazione della loro diversità[17].

Gli indigeni erano come *tabulae rasae* che necessitavano della mano sapiente di un pittore o di un incisore, il quale vi inscrivesse i

segni della civiltà e della cristianità[18]. E l'intero mondo americano era un mondo barbaro, «una bestia sin policía alcuna», che

> estotro mundo de acá con su conversación y trato le ha desenvuelto y hecho ladino y conversable, y le ha traído de los montes donde estaba a términos de mejor policía[19].

La diversità doveva essere superata, era necessario ricostruire l'ordine universale stabilito da Dio[20]. Bisognava quindi ricondurre all'interno delle categorie della cultura occidentale le popolazioni autoctone. Ciò avrebbe contribuito a disattivare le paure che queste nuove soggettività creavano dal punto di vista sessuale (si ricordi il mito della sodomia e della libertà dei rapporti carnali), giuridico-sociale (si pensi alla frequente e inquietante assenza di rapporti proprietari, o al diverso significato di formazioni come la famiglia) e, naturalmente, religioso[21]. Permetteva, inoltre, lo ricordo ancora, l'applicazione nei loro confronti dei paradigmi normativi previsti per i fanciulli e la loro tutela, e soprattutto per mendicanti e vagabondi e la loro rieducazione attraverso la fede e il lavoro[22].

Dal punto di vista grammaticale, invece, ordine voleva dire ritorno all'unità linguistica originaria, a quella unità cioè che gli uomini, con la torre di Babele[23] e con il loro folle disegno di toccare il cielo, avevano forse irreparabilmente minato e che ora si perseguiva con l'affermazione del castigliano e con l'alfabetizzazione delle lingue indigene, con la riconduzione dunque di suoni sconosciuti a lettere conosciute.

Come ha ricordato recententemente W. Mignolo, in pagine molto belle dedicate alla diffusione delle opere di Nebrija nel nuovo mondo, questa operazione costituì non solo una rivoluzione tecnologica del sistema di sapere indiano, ma determinò anche una prima frattura con la tradizione classica. Le lettere infatti si liberavano della subordinazione nei confronti della voce cui erano state condannate e divenivano lo strumento per il controllo della voce stessa. Le lettere furono promosse a una dimensione ontologica con una chiara priorità sulla voce come su tutti gli altri sistemi di scrittura.

> The letters had become the voice in itself, while non alphabetic writing systems were suppressed. The discontinuity of the classical tradition during the encounter with Amerindian languages emerged in the common and repeated expression esta *lengua carece de tales letras*[24].

Con l'applicazione americana del principio dell'umanista spagnolo che «se debe escribir como se habla y se debe hablar como se escribe» e che «los sonidos deben corresponder a cada una de las figuras de las letras»[25] si rese possibile la conquista del sistema sonico di lingue complesse come il *nahuatl* o il *quechua* e la loro traduzione nei rigidi schemi di un alfabeto.

L'insegnamento del castigliano diventava quindi un passaggio obbligato nel processo di civilizzazione della popolazione indigena e nello stesso tempo di razionalizzazione del territorio. Un unico disegno disciplinante che andava dalla politica linguistica a quella urbanistica percorreva l'attività colonizzatrice spagnola: agli indios doveva essere impedito di fuggire sui monti o nelle foreste; essi dovevano essere ripartiti nei pueblos, in nuclei familiari strutturati sul modello europeo *mujer e hijos y heredades*, ogni villaggio avrebbe dovuto avere una chiesa e presso ogni chiesa ci sarebbe dovuta essere una "casa" dove i fanciulli imparassero a leggere, a scrivere e si avvicinassero così alla dottrina cristiana[26].

Il castigliano appariva, nelle rappresentazioni normative della Corona, la lingua comune, lo strumento per la riduzione ad unità della molteplicità degli idiomi indiani, il canale attraverso il quale strutture politiche, buoni costumi e naturalmente la fede cattolica sarebbero penetrati anche nel selvaggio mondo americano e avrebbero conquistato i suoi abitanti[27].

Come Tomás López Medel ricordava, il merito maggiore che gli spagnoli potevano vantare verso gli indiani era quello di aver reso il loro mondo «mas conversable». Il castigliano infatti, lingua buona, elegante e civile, permetteva, superando la confusione linguistica locale, la creazione di un rapporto di comunicazione fra gli spagnoli e gli altri, nonché tra le stesse popolazioni indigene altrimenti condannate al silenzio o all'incomprensione. Dall'ascolto e dalla comprensione delle parole degli altri poteva nascere la *conversación*, cioè il dialogo e le relazioni sociali, e poi ancora, da questa l'amore e l'amicizia fra indiani e spagnoli[28].

Questi sentimenti modellati sull'esempio più alto dell'amore verso Dio permettevano inoltre di mutuare l'obbligo di obbedienza che era dovuto alla divinità, di veicolarlo nella società e di strutturare proprio attraverso questo dovere le stesse relazioni umane e in particolare quelle tra colonizzatori e colonizzati.

La lingua era un mezzo di comunicazione che attivava i sentimenti profondi d'amore, amicizia, grazia, che muovevano ancora le rappresentazioni del mondo premoderno, li metteva in circolo e permetteva che essi dispiegassero tutta la loro forza ordinante. Lo stabilirsi d'amorevoli relazioni avrebbe permesso agli Indios, ricordava ancora Medel, di apprendere «nuestra policía de comer, de beber, de vestir, de limpiarnos y de tratar nuestras crianzas» e li avrebbe resi soprattutto docili e obbedienti[29].

Al contrario la resistenza, anche solo culturale, la volontà di preservare la propria identità rifiutando il nuovo ordine politico o anche conservando solo la memoria della propria lingua e della propria storia avrebbe prodotto esclusione. Un simile comportamento avrebbe infatti allontanato i nativi dal sentimento di amore e liberalità che la corona e gli ordini religiosi provavano nei loro confronti, e che regolava in modo quasi giuridico e così pervasivo tutti i rapporti politici e umani delle società premoderne.

La ricerca di questa identità negata, prima, dalla violenta e performativa affettività medievale e, poi, dimenticata nella generalità e astrattezza della modernità, che a quel mondo plurale aveva opposto l'unità dello Stato e la solitudine dell'individuo, ha animato la riflessione del gruppo di lavoro delle Nazioni Unite. Nell'art. 8 del progetto si afferma quindi il diritto all'identità e si esprime la necessità che la memoria indigena, violata per troppo tempo, sia finalmente reintegrata.

Tuttavia il diritto all'identità deve necessariamente (o realmente) significare anche diritto alla diversità e al riconoscimento della politicità di quella diversità, finalmente liberata dall'ansia tipicamente moderna di essere catalogata, dalla preoccupazione cioè di collocare in qualche modo gli indigeni, condannati a rimanere sospesi in uno spazio atemporale in cui la loro

> indigenousness is sufficiently "present" for them to be able to claim rights, as well as sufficiently "absent" to make their claim to rights necessary[30].

L'introduzione di un diritto alla diversità attraverso il riconoscimento di un diritto all'identità, in un progetto di Dichiarazione universale di diritti, può rappresentare una novità di grande importanza. Se infatti, come ha dimostrato la ricerca sociologica e storica di matrice sistemica, l'universalismo dei valori, nella sua specificazione nei sottosistemi della società, svela tutta la sua illusorietà e inconsistenza, infrangendosi inesorabilmente sulle diseguaglianze e sulle reali differenze sociali[31], sostenere e dichiarare la diversità indigena costituisce un primo timido segnale verso una problematizzazione del discorso giuridico della modernità sui diritti umani e sulla dignità umana e verso il superamento dell'unicità del soggetto giuridico. Si introduce infatti una specificazione all'interno del sistema universale dei valori di uguaglianza e pari dignità degli uomini non produttiva di diseguaglianza, ma che attraverso il riconoscimento della diversità bioculturale concorre a produrre uguaglianza.

Insistere sul diritto ad una identità diversa delle popolazioni indigene può produrre ulteriori benefiche conseguenze nella teoria giuridica.

Come ha notato giustamente Crenshaw, uno dei maggiori esponenti della teoria della differenza razziale, l'identità dipende dalla nozione di differenza. «La differenza è un concetto derivato, basato sull'identità: due cose sono diverse se non sono identiche»[32].

Se dunque l'identità è comprensibile solo in termini di differenza rispetto all'altro, il discorso giuridico della modernità, che occultava queste differenze all'interno di unico discorso alimentato dai supremi principi dell'uguaglianza formale, dell'universalità, della generalità e dell'astrattezza ed incentrato su un'immagine di uomo come essere giuridico, soggetto razionale titolare di diritti, è segnato da crepe e contraddizioni profonde che sempre più difficilmente possono essere occultate[33].

Antinomie e insufficienze che in verità la teoria marxista aveva già smascherato, riconoscendo la finzione dell'autonomia soggettiva e il carattere ideologico della centralità del soggetto. L'analisi antiumanista di Althusser aveva infatti ricondotto l'invenzione del soggetto giuridico all'interno dell'apparato ideologico dello Stato e, liberandolo dall'egualitarismo e dall'astrattismo cui lo aveva confinato la riflessione illuminista e poi ottocentesca, aveva ribadito la sua centralità all'interno dei meccanismi di riproduzione e conservazione del sistema di potere borghese[34].

Più recentemente il paradigma moderno della soggettività giuridica ha subito la critica definitiva della teoria dei sistemi e della giurisprudenza postmoderna. Nella teoria dei sistemi, infatti, la razionalità ha abbandonato il soggetto per il sistema, mostrando una volta per tutte la debolezza e la consunzione delle strategie e delle finalità che avevano portato la scienza giuridica e politica ottocentesca alla concezione "soggettocentrica"[35].

> L'epistemologia di Luhmann individua il modo di produzione della razionalità moderna che è razionalità del sistema ed elabora la strategia dell'integrazione del soggetto nell'universo descritto da quella razionalità; essa capovolge l'immagine mistica del soggetto razionale, del soggetto al di sopra e al di là del sistema sociale, e indica le condizioni epistemologiche per realizzare la comprensione e la riduzione della complessità del mondo, le condizioni, cioè, per cui il soggetto, che è ormai solo un equivalente funzionale del sistema, partecipi della razionalità del capitale e impegni tutto se stesso nella realizzazione di quella razionalità universale che lo guida, lo programma, che canalizza le sue delusioni, che orienta le sue

> illusioni, che gli tiene latente quanto potrebbe spingerlo a non accettare il gioco[36].

Nel postmodernismo giuridico, invece, l'applicazione delle teorie decostruttiviste, poststrutturaliste, gli approcci psicoanalitici e femministi hanno contribuito alla decostruzione del postulato dell'uguaglianza formale dei consociati e dell'unicità del soggetto giuridico[37]. Ne è emerso un soggetto non più alienato, ma frammentato, decentrato, plurale. Queste complicazioni soggettive hanno favorito la consapevolezza della propria identità e quindi della propria diversità e disattivato la forza programmatica delle metanarrazioni moderne.

Ciò ha permesso, da un lato, il superamento delle forme di individualità forte: nazione, Stato, partito politico, e la sostituzione con individualità diverse come etnie, gruppi, movimenti e, dall'altra, l'emersione di una molteplicità di discorsi che tiene conto delle diverse identità e dei diversi punti di vista. Infatti, il riconoscimento dell'identità e quindi della diversità ha prodotto, come hanno dimostrato gli studi postcoloniali, rilevanti risultati sul piano retorico, permettendo lo sviluppo di nuove pratiche discorsive che hanno ribaltato le tradizionali prospettive per la lettura del rapporto noi/altri; centro/periferia[38].

Tuttavia la lettura che si cerca di proporre in queste pagine, fondata sul riconoscimento ad un diritto alla diversità attraverso l'affermazione del diritto all'identità, non risolve, a mio avviso, tutte le contraddizioni e i dubbi da cui è attraversata.

Si può parlare infatti ancora di un'identità? è possibile ancora ricostruire (o forse più esattamente costruire), partendo dalla memoria, un'identità che viva ancora sull'opposizione binaria colonizzati/colonizzatori? o la frammentazione del soggetto, che abbiamo assunto come presupposto per il riconoscimento del diritto alla diversità, produce un'irreparabile parallela frammentazione dell'identità? o ancora, negare la forza semplificante e omogeneizzante del soggetto giuridico unico non determina inesorabilmente una fondamentale ambiguità di fondo del concetto di identità che ci conduce fino al paradosso di Balibar che non vi è identità che non sia identica a se stessa?[39]

Non ci aiuta *Peau noir, masques blanches* di Fanon, né la rilettura che Homi Bhabha ne fa in *The Location of Culture*. Nel testo di Fanon si assiste infatti ad un inesorabile e irreparabile spiazzamento dell'io coloniale, ad una schizofrenia dell'identità

> nel momento in cui il soggetto colonizzato si accorge che non potrà mai diventare bianco, come gli è stato insegnato di diventare, o liberarsi dell'essere nero che ha imparato a disprezzare[40].

Bhabha, invece, partendo dal concetto di ibridità, scioglie le identità coloniali, sia del soggetto colonizzato che del colonizzatore, supera il conflitto tra il «Sé coloniale e l'Altro colonizzato», affermando la reciproca dipendenza di queste identità e nello stesso tempo la loro continua fluidità e indeterminatezza[41].

In verità, se le riflessioni psicanalitiche non ci aiutano a trovare una risposta definitiva, neppure le strategie discorsive più tradizionali sviluppate dall'ONU nel progetto in esame riescono a risolvere i nostri dubbi. Anzi, insistere sulla necessità di un'identità indigena dal carattere essenzialmente culturale, intessuta di tradizioni e cerimonie del passato, rivolta alla conservazione e al recupero della memoria sto-

rica, anche attraverso la riscoperta degli idiomi originari, può determinare un'ulteriore frammentazione del soggetto, questa volta diviso tra un'identità concreta, determinata dall'appartenenza alla comunità etnica o alla nazione, e un'identità astratta che deriva dall'essere, il soggetto indigeno, anche cittadino di uno Stato, ma che in assenza di strumenti che permettano una reale interazione con la vita politica dei singoli paesi rischia di rimanere appunto su un piano ideale, astratto[42].

Infine un paradosso.

Al di là delle diverse conseguenze che il superamento del principio dell'unità del soggetto giuridico potrebbe determinare sull'identità del soggetto stesso, o una maggiore consapevolezza della propria specificità e dunque della propria diversità, o all'opposto un'irrecuperabile perdita di identità, non può negarsi l'esistenza nel testo in esame di un'antinomia tra la forma e il contenuto.

Infatti, sia l'art. 8, che dichiara il diritto collettivo e individuale delle popolazioni indigene a conservare e sviluppare la propria identità, sia l'art. 9, che sancisce un riconoscimento ufficiale della molteplicità delle identità e delle identificazioni, e quindi della diversità indigena (mediante il diritto di appartenenza ad una comunità e nazione indigena), fanno ancora parte di un metadiscorso che è espressione di valori e principi propri della modernità.

Si assiste cioè al paradosso di perseguire un diritto alla diversità all'interno di una narrazione che ha come suo obiettivo ultimo quello di superare le differenze e produrre unità, rimanendo ancora fedeli al dogma del soggetto giuridico unico (se pur indigeno), generale, astratto, ancora indeterminato e non localizzato.

Tuttavia nonostante questo paradosso o forse grazie a questo paradosso si possono aprire nuovi spazi per il giurista. La consapevolezza delle difficoltà di determinare semanticamente il contenuto dei diritti fondamentali ci permette di sfruttare più adeguatamente il capitale simbolico della dichiarazione per costruire un discorso che, libero dai lacci della filantropia giuridica e al di là della retorica dei diritti umani, non cerchi, ancora una volta, di disattivare le antinomie del soggetto, ma che sia realmente plurale, sensibile alla moltiplicazione soggettiva della postmodernità. La diversità quindi come obiettivo di un'azione politica volta al suo riconoscimento sul piano giuridico-culturale, e come coelemento per la definizione di una nuova soggettività, non più chiusa negli spazi predefiniti della modernità, ma radicalmente aperta e antagonista.

Un'azione politica intessuta di una molteplicità di scontri che recuperino spazialità e temporalità concrete, che non si arrestino di fronte alle barriere formalistiche della legalità, e che quindi non escludano aprioristicamente quei momenti di illegalità necessariamente impliciti in tutte le pratiche politiche, sociali, giuridiche che portano alla definizione di nuovi soggetti e alla comparsa di diritti fino ad allora non immaginabili[43].

Una dichiarazione universale dei diritti delle popolazioni indigene, se ha ancora un senso, deve presupporre dunque l'esistenza di una pluralità di ordini normativi e di meccanismi di potere che il giurista della postmodernità, non più «legislatore» ma nuovamente «interprete»[44], ha il compito di svelare e di far parlare al fine di permettere l'emersione delle altre soggettività, schiacciate nella modernità, fino alla

loro negazione, dalla forza egemonica delle categorie dell'individuo proprietario e dello Stato[45], e ora nuovamente messe in pericolo proprio dal globalismo giuridico e dai nuovi standard di civilizzazione[46] fissati da carte, progetti e istituzioni per la difesa dei diritti umani[47].

[1] La prima versione del progetto è del 1993 ; dopo un riesame tecnico il progetto, adottato da tutta la Sottocommissione, è stato approvato con la risoluzione 1994/45 del 26 agosto 1994. Per un quadro sintetico del percorso che ha portato a questa dichiarazione cfr. A. Burguete Cal y Mayor, M. Xib Ruiz Hernández, *Hacia una carta universal de derechos de los pueblos indígenas*, in AA.VV., *Derechos indígenas en la actualidad*, Mexico 1994, pp. 117-151.

[2] B. Clavero, *Derechos indígenas versus Derechos humanos (a propósito de un proyecto de Naciones Unidas)*, «Quaderni Fiorentini», 26 (1997), p. 567.

[3] B. Clavero, *De los ecos a las voces, de las leyes indigenistas a los derechos indígenas*, in AA.VV., *Derechos de los pueblos indígenas*, Vitoria-Gasteiz 1998, pp. 35-72.

[4] C. Perrin, *Approaching Anxiety: The Insistence of the Postcolonial in the Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, in E. Darian, F. Fitzpatrick (a cura di), *Laws of Postcolonial*, Ann Arbor 1998, pp. 19-38.

[5] V. le proposte per un «federalismo diverso, democratico e decentrato» di I. M. Young, *Hybrid Democracy: Iroquois Federalism and Postcolonial Project*, in D. Ivison, P. Patton, W. sanders (a cura di), *Political Theory and the Rights of Indigenous Peoples*, Oakleigh 2000, pp. 253-58.

[6] Con la risoluzione 1994/45 [vedi. nt.1] la Sottocommisione aveva già sottoposto il progetto alla Commissione sui diritti umani dell'Onu che ha deciso con la Risoluzione 1995/32 (3.04.1995) «to establish, as matter of priority and from within existing overall United Nations resources, an open-ended inter-sessional working group of the Commission on Human Rights with the sole purpose of elaborating a draft declaration, considering the draft contained in the annex to resolution 1994/45 (26.08.1994) of the Subcommission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, entitled draft "United Nations declaration on the rights of indigenous peoples" for consideration and adoption by the General Assembly within the international Decade of the World's Indigenous People»; cit. in S. J. Anaya, *Indigenous Peoples in International Law*, New York 2000, p. 67, nt. 86.

[7] Per una critica dello Stato postmoderno, diffusamente M. Hardt, A. Negri, *Il lavoro di Dioniso. Per la critica dello stato postmoderno*, Roma 2001 (ed. or. 1994). Degli stessi autori si veda anche *Empire*, Cambridge (Mass.) 2000, in cui si afferma l'emersione di una nuova forma di soggettività radicale e alternativa alle logiche del potere globale, «un potere costituente biopolitico e comune che può creare democrazia».

[8] U.N. Subcommision on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities (J. Martinez Cobo, special rapporteur), *Study of the Problem of Discrimination against Indigenous Populations*, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1983/21 Add.1-7 (1983).

[9] Un'acuta critica della visione binaria del mondo e della dialettica che la informa è nei saggi di H. Bhabha, *The Location of Culture*, London-New York 1994, trad. it. A. Perri, *I luoghi della cultura*, Roma 2001.

[10] Perrin sottolinea la difficoltà di collocare gli indigeni, «simply here (inside) or there (outside)» poiché essi sono «not placed simply before or behind colonialism and modernity; this time is inimical to the writing of the Declaration; it is a "time immemorial" which is, therefore, not quite historical», Perrin, *Approaching Anxiety*, cit., pp. 25-27.

[11] L. Ferrajoli, *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello Stato nazionale*, Roma-Bari 1997, p. 48.

[12] F. Fanon, *Fondamenti reciproci della cultura nazionale e delle lotte di liberazione*, in Id. *Opere scelte*, a cura di G. Pirelli, Torino 1971, p. 61.

[13] Nell'ampia storiografia dedicata all'analisi dei rapporti tra dimensione culturale e colonialismo è d'obbligo rinviare a E. Said, *Culture and Imperialism*, New York 1993, trad. it. S. Chiarini e A. Tagliavini, *Cultura e imperialismo. Letteratura e progetto dell'Occidente*, Roma 1998; si veda anche E. Cheyfitz, *The Poetics of Imperialism. Translation and Colonization from The Tempest to Tarzan*, Oxford 1991; T. Eagleton (a cura di), *Nationalism, Colonialism and Literature*, Minneapolis 1990.

[14] Per un diverso sguardo sui diritti umani attraverso le lenti della storia giuridica cfr. A.A. Cassi, *Diritto e diritti nella costruzione del Nuovo*

Mondo, in A. Sciumè (a cura di), *I diritti umani nel processo di consolidamento delle democrazie occidentali*, Brescia 2000, pp. 23-46.

[15] Cfr. A. Pagden, *The Fall of Natural Man. The American Indian and the Origins of Comparative Ethnology*, Cambridge 1982; trad. it. I. Legati, *La caduta dell'uomo naturale. L'indiano d'America e le origini dell'etnologia comparata*, Torino 1989, pp. 26-141; A. M. Hespanha, *Sabios y rústicos. La dulce violencia de la razón jurídica*, in ID., *La gracia del derecho. Economia de la cultura en la edad moderna*, Madrid 1993, pp. 17-60; v. anche L. Nuzzo, *Percorsi religiosi e strategie di dominio tra Atlantico e Mediterraneo agli inizi dell'età moderna*, in M. Bernardini et alii (a cura di), *L'Europa e l'Islam tra i secoli XIV-XVI, Europe and Islam betweeen XIV and XVI Centuries*, Napoli 2001, vol. 1, pp. 325-371.

[16] Alonso de Molina, *Arte de la lengua mexicana y castellana*, Madrid 1945 (ed. 1571); Domingo De Santo Tomás, *Lexicón o vocabulario de la lengua general del Perú*, Lima 1951 (ed. 1560); *Gramatica o arte de la lengua general de los indios de los Reynos del Perú*, Lima 1951 (ed. 1560).

[17] Con molta chiarezza Bernardo de Aldrete, *Del origen, y principio de la lengua castellana ò romance que oi se usa en España*, ed. L. Nieto Jiménez, Madrid 1993, pp. 146-47.

[18] V. S. J. Greenblatt, *Learning to Curse: Aspect of Linguistic Colonialism in the Sixteenth Century*, in F. Chiappelli (a cura di), *First Image of America*, vol. 2, Berkeley and Los Angeles 1976, p. 562.

[19] Tomás López Medel, *De los tres elementos. Tratado sobre la naturaleza y el hombre de Nuovo Mundo*, ed. B. Ares Queija, Madrid 1990, p. 284; la citazione è tratta dal catalogo di "cargos" che l'Europa aveva nei confronti delle Indie. Ricordo che Medel era un *licenciado* di diritto canonico e *oidor* dal 1548 presso l' *Audiencia de los confines* in Guatemala e rinvio per ogni altra notizia biografica allo studio introduttivo di B. A. Queija.

[20] Sul significato di ordine giuridico si rinvia a P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari 1995; cfr. anche A.M. Hespanha, *Las categorias de lo político y de lo jurídico en la época moderna*, in «Ius Fugit. Revista interdisciplinar de estudios histórico-jurídicos», 3-4 (1996), pp. 63-99.

[21] S. Greenblatt, *Learning to Curse*, cit., p. 562.

[22] Cfr. diffusamente A. Serrano González, *Como lobo entre ovejas. Soberanos y marginados en Bodin, Shakespeare, Vives*, Madrid 1992.

[23] L'aggettivo è tratto da Bernardo De Aldrete, *Del origen*, cit., prologo, p. 2.

[24] W. D. Mignolo, *The Dark Side of the Renaissance. Literacy, Territoriality and Colonization*, Ann Arbor 1995, p. 46; pp. 37-43; tra i numerosi interventi del linguista americano vedi anche *Nebrija in the New World. The Question of the Letter, the Colonization of Amerindian Languages, and the Discontinuity of the Classical Tradition*, in «L'Homme», 122-124 (1992), XXXII, pp. 185-207; per uno sguardo più ampio cfr. W. J. Ong, *Orality and Literacy. The Technologizing of the Word*, London and New York 1982, trad. it. A. Calanchi, rev. R. Loretelli, *Oralità e scrittura. Le tecnologie della parola*, Bologna 1986, pp. 169 ss; W.J. Ong, *The Presence of the Word*, New Haven 1967, trad. it. R. Zelocchi, *La presenza della parola*, Bologna 1970, pp. 183-98.

[25] A. De Nebrija, *De vi ac potestate litterarum*, ed. A. Quilis, P. Usábel, Madrid 1987, p. 38, p. 34; sul punto già B. Teubner, *Europäisches und Amerikanisches im frühneuzeitlichen Diskurs über Stimme und Schrift*, in «Romanistik in Geschichte und Gegenwart», 24 (1987), p. 47.

[26] *Instruccíon al governador de las Indias ordenando que se formen pueblos con la población indígena dispersa y que les enseñen a leer y escribir*, in F. de Solano (ed.), *Documentos sobre la política lingüística en Hispanoamérica (1492-1880)*, Madrid 1991, pp. 6-7; vedi anche i canoni LXXI e LXXIII del primo concilio provinciale messicano del 1555, in J. Tejada y Ramiro, *Colleccíón de cánones de todos los concilios de la Iglesia de España y de America*, Madrid 1863, V, *Primero Concilio provinciale mexicano*, pp. 164-165.

[27] Le "cedule", le ordinanze e le "carte" che la Corona invia in America sono numerosissime; fra queste vedi *Cedula que manda al Visorrey de la nueva España, provea y de orden como se enseñe a los Indios la lengue Castellana* (1550), poi incorporata nella *Recopilación de Leyes de los reinos de las Indias, mandadas a imprimir y publicar por la Magestad catolica del Rey Don Carlos II*, Madrid 1841, 6, 1, 18, dove si afferma che «como una de las principales cosas que Nos deseamos para el bien de esta tierra es la salvacion y conversion a nuestra santa Fe Catolica de los naturales de ella, y que tambien tomen nuestra policia y buena costumbres; y asi tratando de los medios que para este fin se podrian tener, a parecido que uno de ellos y el mas principal seria dar orden como a essas gentes se les eseñase nuestra lengua castellana, porque sabida esta, con mas facilidad podrian ser doctrinados en las cosas del Santo Evangelio y conseguir todo lo demas que les conviene para su manera de vivir». Ulteriori testimonianze nelle carte, "cedule" e istruzioni edite in Diego de Encinas, *Cedulario Indiano*, (1596) Madrid 1946, 4, ff. 339-340.

[28] Cfr. i testi fondamentali di B. Clavero, *Antidora. Antropología católica de la Economía moderna*, Milano 1991, e A. M. Hespanha, *La senda amorosa del derecho. Amor y iustitia en el discurso jurídico moderno*, in C. Petit (a cura di), *Pasiones del Jurista. Amor, memoria, melancolia, imaginación*, Madrid 1997, pp. 25-56.

[29] Tomás López Medel, *De los tres elementos*, cit., p. 284; sempre di Tomás López Medel v. la *Carta* edi-

ta in F. de Solano (a cura di), *Documentos*, cit., pp. 52-55.

[30] C. Perrin, *Approaching Anxiety*, cit., p. 29.

[31] Cfr. G. Corsi, *Valores y derechos fundamentales en perspectiva sociologica*, in J. Torres Nafarrate (a cura di), *La teoria dos sistemas*, Universidad Iberoamericana, Mexíco; ID., *Sociologia da costituçāo*, «Revista da Facultade de Dreito da UMFG», entrambi in corso di stampa (consultati in dattiloscritto per la cortesia dell'autore).

[32] K.W. Crenshaw, *Race, Reform and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law*, «Harvard Law Review», 101 (1988), p. 748, cit. in G. Minda, *Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century's End*, New York and London 1995, trad. it. C. Colli, *Teorie postmoderne del diritto*, Bologna 2001, p. 298 (ma vedi pp. 277-307). Annulla ogni distanza tra identità e differenza E. Resta, il quale ha recentemente ricordato, partendo dalle *Rovine circolari* di Borges, che l'identità costituisce la differenza e la differenza l'identità: tutti gli uomini sono identici nel volersi differenziare dagli altri, per cui l'unica differenza consiste nel fatto di non differenziarsi. E. Resta, *Il diritto fraterno. Uguaglianza e differenza nel sistema del diritto*, in L. Gallino (a cura di), *Diseguaglianze ed equità in Europa*, Roma-Bari 1993, p. 384.

[33] Contro le semplificazioni che i miti della modernità hanno imposto al nostro immaginario giuridico è intervenuto più volte P. Grossi, vedi da ultimo, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano 2001.

[34] L. Althusser, *Sur la reproduction*, Paris 1995, trad. it. M. T. Ricci, *Lo stato e i suoi apparati*, Roma 1997.

[35] V. soprattutto N. Luhmann, *Beobachtungen der Moderne*, Opladen 1992, trad. it. F. Pistolato, *Osservazioni sul moderno*, Roma 1995, in part. p. 33 ss.

[36] R. De Giorgi, *Scienza del diritto e legittimazione*, Lecce 1998, pp. 216-17; sulla "parabola" del soggetto giuridico cfr. P. Barcellona, *Il declino dello stato. Riflessioni di fine secolo sulla fine di un progetto moderno*, Bari 1998, p. 203 ss.

[37] In una letteratura ormai imponente vedi il classico testo di C. Douzinas, R. Warrington, S. McVeigh, *Postmodern Jurisprudence. The Law of Text in the Texts of Law*, London and New York 1991; cfr. anche i saggi raccolti da P. GOODRICH in *Law and Postmodern Mind. Essays on Psycoanalisis and Jurisprudence*, Chicago 1998; da ultimo la traduzione del manuale di G. Minda, *Teorie postmoderne del diritto*, cit.

[38] Utili indicazioni per orientarsi nei *Postcolonial Studies* in A. Loomba, *Colonialism/Postcolonialism*, Routledge 1998, trad. it. F. Neri, *Colonialismo/postcolonialismo*, Roma 2000; cfr. anche M. Hardt, *La coscienza oscura degli studi postcoloniali*, in «Posse», 1 (2000), pp. 218-27.

[39] E. Balibar, *Le identità ambigue. Internazionalismo o Barbarie*, Relazione alla *IX Semana Galega de Filosofia*, Pontevedra (Galicia), 20-24 aprile 1992, in ID., La *paura delle masse. Politica e filosofia prima e dopo Marx*, trad. it. A. Catone, Milano 2001, p. 197.

[40] A. Loomba, *Colonialismo/postcolonialismo*, cit., p. 175; F. Fanon, *Peau noir masques blanches*, Paris 1952, trad. it. M. Sears, *Pelle nera maschere bianche: il nero e l'altro*, Milano 1996.

[41] H. K. Bhabha, *I luoghi della cultura*, cit., pp. 61-96.

[42] E. Balibar, *Tre concetti della politica: emancipazione, trasformazione, civiltà*, in ID., La *paura delle masse*, cit., p. 29.

[43] Cfr. B. Sousa Santos, *Law: a Map of Misreding*, «Journal of Law and Society» 14 (1987), pp. 279-302; ID., *Stato e diritto nella transizione post-moderna. Per un nuovo senso comune giuridico*, in «Sociologia del diritto» 3 (1990), pp. 5-33. Vedi anche Id., *Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade*, Porto 1989.

[44] Cfr. Z. Baumann, *Legislator and Interpretes. On Modernity, Postmodernity and Intellectuals*, Cambridge 1987, trad. it. G. Franzinetti, *La decadenza degli intellettuali. Da legislatori a interpreti*, 1992; cfr. la lettura che A. M. HESPHANHA fa di questo testo in *Jurists as Gamekeepers. Scrutinizing Order in Early Modern Western Europe*, disponibile presso la pagina web dello storico portoghese.

[45] B. Sousa Santos, *Modernidade, Identidade e a Cultura de Fronteira*, in ID., *Pela mão de Alice*, cit., pp. 122.

[46] G. W. Gong, *The Standard of 'Civilization' in International Society*, Oxford 1984; per una critica del globalismo giuridico rinvio a D. Zolo, *I signori della pace. Una critica al globalismo giuridico*, Roma 2001.

[47] Cfr. C. Douzinas, *The End of Human Rights*, Oxford 2000.

Alle origini del dibattito metodologico sulla Storia delle istituzioni parlamentari

Il contributo della International Commission for the History of Representative and Parliamentary Institutions (ICHRPI)

MARIA SOFIA CORCIULO

La creazione della ICHRPI ha significato, fin dai suoi esordi ai nostri giorni, sia un'efficace razionalizzazione degli studi di storia parlamentare, sotto l'aspetto metodologico, sia un incremento quantitativo e, soprattutto, scientificamente qualitativo degli stessi.

Il padre fondatore della ICHRPI fu il belga Émile Lousse, professore all'Università di Lovanio, promotore, nel 1933, nel VII Convegno Internazionale di Scienze Storiche, tenutosi a Varsavia, della creazione di una Commissione permanente – all'interno del Comitato Internazionale di Scienze Storiche – che si occupasse soprattutto del complesso problema della formazione delle prime Assemblee di Stati.

Gli auspici del Lousse si realizzarono nel 1936 allorché tale Commissione fu varata in occasione del Convegno internazionale di Bucarest; egli ne assunse la segreteria generale; al francese Coville fu attribuita la presidenza ed all'italiano Pier Silvio Leicht, la vice-presidenza della stessa, la cui denominazione fu *Commission pour l'étude des origines des Assemblées d'États*, composta inizialmente da un limitato numero di studiosi - dieci - che, gradualmente, dettero vita alle sessioni nazionali francese, tedesca, spagnola, italiana, olandese, polacca, ungherese e belga, quest'ultima – come era ovvio - la più numerosa ed attiva.

Erano, quelli, gli anni in cui diveniva quanto mai politicamente indispensabile mantenere in vita ed incrementare il dibattito sulle istituzioni rappresentative, neglette e disprezzate dagli imperanti regimi autoritari. E risultava senza dubbio più semplice – per evitare le possibili e previste censure – che il confronto su questi temi avvenisse fra gli studiosi all'interno di un cenacolo scientifico. Non certo casualmente si dette vita, proprio nel 1935, ed ancora una volta in Belgio, alla *Société Jean Bodin pour l'histoire du droit et des institutions politiques*, come pure si varò la prestigiosa rivista d'«Histoire politique et constitutionnelle» diretta da Boris Mirkine Guetzévich.

Ma veniamo alla vita ed alle opere della Commissione, il cui primo Convegno si

tenne nel 1936, a Losanna. Fra i relatori vi erano, oltre al Lousse, la studiosa inglese Helen Cam ed il Leicht che, in quell'occasione, fece un pubblico elogio dell'allora giovine studioso Antonio Marongiu.

Come in una *pièce* teatrale, coloro che saranno i principali protagonisti della vita scientifica della Commissione erano tutti presenti fin dalla prima scena. Soprattutto il Lousse che, nel ventennio 1933-1953, ne sarà una specie di primo attore grazie alla formulazione della sua nota teoria metodologica sulle origini e lo sviluppo delle Assemblee di Stati. Dico "nota" perché essa dette vita ad un vasto e dotto dibattito nel quale vennero coinvolti tutti gli specialisti dell'epoca.

La costruzione metodologica di Émile Lousse che è passata alla storia con la denominazione di teoria costituzionale-corporativa, ove per costituzione s'intendeva la condizione politica, sociale ed economica di un determinato "Ordine" o "Stato", la *Ständische Verfassung*, che si enucleava attraverso tre momenti istituzionalmente rilevanti:

a) l'aggregazione di territori sempre più ampi, precedentemente indipendenti e con autonome forme giuridiche;

b) la formazione di una gerarchia amministrativa, formata da una fitta rete di funzionari scelti dal *princeps* e di fronte a lui responsabili;

c) successivamente, grazie all'organizzazione corporativa della società, si perveniva alla gerarchia politica, cioè all'Assemblea di Stati, alla quale veniva affidata la tutela dei privilegi e la rappresentanza degli interessi cetuali, in definitiva la difesa dei suoi rappresentati di fronte agli eventuali abusi del sovrano.

In tale contesto, le distinzioni tra abitanti di uno stesso territorio si fondavano sulla diversità di funzioni esercitate; all'interno di ciascuna delle quali i detentori di comuni interessi si riunivano in associazioni, che, se dotate dal *princeps* di un proprio statuto, diventavano corpi privilegiati. Questi, a loro volta, si costituivano in Ordini o Stati

> L'organizzazione corporativa è fondata su di una corrispondenza di funzioni e di diritti, di servizi e di privilegi: le funzioni svolte inducono a loro volta la concessione di privilegi, e le libertà concesse limitano i servizi da rendere in avvenire[1].

E, pertanto, alla luce di queste considerazioni, il Lousse così definiva l'Assemblea di Stati:

> un'assemblea politica composta dai rappresentanti dell'Ordine o degli Ordini politicamente privilegiati di un Paese che agiscono (agissant) in nome di questi Ordini e dell'insieme del Paese per vegliare, da una parte, sul mantenimento dei privilegi degli Ordini, dei corpi e degli individui e, dall'altra, sul mantenimento dei diritti fondamentali del Paese, e per rendere al principe i servizi stipulati nelle Carte [di libertà] come contropartita dei diritti riconosciuti e dei privilegi da lui stesso concessi[2].

Il Lousse vedeva pertanto nelle Assemblee di Stati l'inevitabile punto di arrivo cui perveniva la società tardo-medievale nella sua divisione (o meglio costituzione) corporativo-cetuale. Si trattava di una costruzione dualistica, nella quale gli Stati ed il principe erano chiamati – entrambi – a gestire il potere condiviso. Gli inizi di questo percorso evolutivo istituzionale non furono semplici: spesso gli Ordini dovettero affrontare una dura lotta affinché il principe non venisse meno ai patti stipulati; lotta che si concludeva generalmente con

un compromesso allorché si riusciva finalmente a enucleare, dal fruttuoso disordine degli Ordini, l'Assemblea degli Stati.

Ad avallo della sua teoria il Lousse sosteneva che essa si poteva applicare non solo agli Stati tedeschi, in cui più e meglio si era realizzata la fenomenologia da lui descritta, ma anche a gran parte dell'Europa cristiana; in ciò polemizzando con la scuola dei cosiddetti istituzionalisti o parlamentaristi di formazione prevalentemente anglo-francese (in particolare lo Stubbs, Macaulay, il Maitland, il Green, il Guizot) ai quali egli rimproverava la sottovalutazione della società e dell'operato di queste prime assemblee cetuali, in favore di quegli aspetti politico-istituzionali di esse (per esempio, la preminenza del Terzo Stato) che più facilmente si potevano collegare ai trionfanti futuri nazionalismi e costituzionalismi del XIX secolo.

In definitiva Émile Lousse esplicitamente accusava gli studiosi liberali di aver messo la storia al servizio dell'ideologia politica, enfatizzando la funzione e l'importanza dell'attività delle assemblee – genericamente definite rappresentative – svincolate quasi da ogni dipendenza dalla società in cui erano sorte. Come pure rimproverava loro la lacunosità di una metodologia delle istituzioni rappresentative che si era fino allora limitata all'esame di ogni singola assemblea, senza inquadrarla in un contesto comparativistico di cui il Lousse fu sempre uno strenuo assertore[3].

Indubbiamente va dato atto allo studioso belga, con la sua valorizzazione degli aspetti socio-economicistici della società tardo medievale, di avere contribuito ad attenuare quell'approccio limitativo – diciamo così sovrastrutturale – tendente ad individuare e qualificare le istituzioni politiche sulla base di contenuti quasi prevalentemente giuridici. Ma la tipologia da lui delineata si prestava davvero a divenire un modello valido per individuare le origini di tutte le assemblee rappresentative, come egli sosteneva? E per questa individuazione si potevano usare altri strumenti metodologici?

Dopo la parentesi bellica, vennero formulate le prime critiche alla costruzione del Lousse: per esempio, il noto storico Dhondt, membro della sessione belga, contrappose alla statica unanimità d'interessi della società medievale – disegnata dal Lousse – le continue contrapposizioni e lotte per l'egemonia fra gli Ordini, che egli preferiva definire potenze, lotta che si trasferiva inevitabilmente all'interno delle Assemblee di Stati[4].

A sua volta, l'inglese Helen Cam, presidente dal 1949 della Commissione, non mancò di far notare che la teoria corporativa del Lousse non poteva essere valida per l'Inghilterra, ove la divisione per ceti all'interno del *Parliament* aveva avuto modestissime dimensioni, essendo questo piuttosto una «concentration of local communities» in un contesto di «selfgovernment at the King's command».

Non è casuale che proprio sotto la presidenza della Cam – nel 1950 -, per ampliare il campo d'indagine della Commissione venisse affiancata accanto alla sua denominazione in lingua francese – divenuta peraltro *Commission Internationale pour l'histoire des Assemblées d'États* (*les origines* erano sparite) – quella inglese: *International Commission for the History of representative and parliamentary institutions;* con ciò intendendo allargare il campo di studi non più solo alle origini delle assemblee e non più solo alle Assemblee di Stati. La stessa

Cam, assieme ad Antonio Marongiu ed allo svedese Günther Stöckl presentò a Roma, sempre nel 1950, – in occasione del X Congresso Internazionale di Scienze storiche – una relazione sulle origini e sviluppo delle assemblee rappresentative[5]; il termine Stati non figurava nel titolo, e, *pour cause*; la metodologia del Lousse veniva messa in discussione nello schema interpretativo proposto da Marongiu, i cui studi erano già ampiamente noti.

Seguiamo pertanto con attenzione la sua costruzione metodologica. Il punto essenziale, la domanda chiave che egli si poneva era la seguente: perché e come le Assemblee di Stati assunsero quella rilevanza politica tale da farle considerare organi inseriti nell'apparato statale? Era possibile individuare un metodo, in qualche modo certo, che ci permettesse di comprendere quando, dalle diverse tipologie assembleari succedutesi a partire dal basso Medioevo, emerse un nuovo soggetto di diritto pubblico?

Marongiu iniziò la sua analisi partendo da una tripartizione delle stesse:

1) la prima di esse si ebbe, allorché, secondo una prassi molto comune fino a circa il 1000, il sovrano indiceva sporadicamente alcune grandi riunioni, cui partecipavano i maggiori dignitari, in occasione degli eventi più importanti del regno: nascita dell'erede al trono, nozze, dichiarazioni di guerra, stipulazioni di trattati, celebrazioni di vittorie, ecc. Marongiu definì tali riunioni – che si limitavano ad acclamare le decisioni del *princeps* – assemblee-avvenimenti o di parata.

2) Accanto a queste – o successivamente ad esse – altre assemblee, che Marongiu definisce consultive-ricettive, venivano convocate dal sovrano per avere il consiglio dei loro componenti ed ottenere gli eventuali aiuti (finanziari o bellici) richiesti.

Questi due primi tipi di assemblee sono definite da Marongiu pre-parlamenti, per distinguerle dalla terza, apparentemente simile alle precedenti, ma con caratteristiche soggettive ed oggettive totalmente nuove, individuate essenzialmente nella consapevolezza dei suoi componenti di essere i depositari di una forma di rappresentanza giuridica e politica, precedentemente sconosciuta e, nello stesso tempo, nel riconoscimento-accettazione di essa da parte del *princeps*.

Il Marongiu considera questa personale consapevolezza dei membri di tale assemblea la caratteristica fondamentale affinché si possa parlare a giusto titolo di un nuovo potere dello Stato, portatore di una nuova dimensione giuridico-politica, precedentemente sconosciuta. Ci troviamo di fronte a quelle assemblee che egli definisce parlamenti. Pur essendo queste, in qualche modo, una logica derivazione delle precedenti, il passaggio dalle une alle altre non doveva considerarsi automatico – come sosteneva il Lousse – poiché era frutto di una specifica e precisa volontà politica. (Del resto Georg Jellinek non ha affermato che le istituzioni giuridiche – e quindi a maggior ragione – quelle politiche si basano soprattutto sull'elemento psicologico?).

Questo mutamento istituzionale si poteva cogliere solo attraverso un'attenta consultazione della documentazione archivistica *ad hoc*. A volte alcuni indizi ci facevano in qualche modo comprendere che ci stavamo avviando dalla tipologia pre-parlamentare a quella parlamentare vera e propria (mi riferisco, per esempio, alle convocazioni più frequenti, o alla partecipa-

zione alle Assemblee anche del cosiddetto terzo Stato); ma anche tali indizi, se non suffragati dalla documentata consapevolezza da parte dei suoi componenti di essere gli unici depositari della volontà degli abitanti del regno, non erano sufficienti a far sì che l'assemblea venisse considerata come rappresentativa-deliberativa.

Questa nuova soggettività giuridica collegiale, assieme alla solidarietà politica, furono elementi costitutivi di una realtà comune e superiore che, attraverso l'espressione della volontà, limitò d'allora in poi i poteri del titolare della sovranità, il quale, a sua volta, nell'accettare tale limitazione riconobbe all'assemblea il diritto-dovere di partecipare in maniera "costituzionale" alla *res publica:* la nuova assemblea diventò in tal modo l'organo di collegamento istituzionale tra il re e i sudditi, a loro volta in stretto contatto personale con i membri di essa.

Questo schema metodologico del Marongiu – da lui ulteriormente perfezionato con l'elencazione delle modalità storico-istituzionali attraverso le quali si erano venute enucleando le assemblee parlamentari – fu adottato da molti studiosi europei (si parlò di *Cortes* di fatto, *Cortes* di diritto, *true Parliament*, prototipo di parlamento); esso si distanziava notevolmente dalla costruzione del Lousse poiché ne derivava che le Assemblee di Stati non erano altro che una *species* della più vasta categoria di quelle parlamentari, che, in teoria, potevano essere divenute tali anche prima della divisione in Ordini; come pure, al contrario, sia non tutte le assemblee cetuali dovevano essere considerate dei veri e propri parlamenti; e ancora, – come sottolineò il Leicht, in contrasto con il Marongiu - vi erano state delle assemblee che, parados-salmente, avevano svolto un'attività politica più rilevante prima di essere ufficialmente istituzionalizzate (anche se si trattò di eventi del tutto casuali).

Conseguentemente alla sua tesi, il Marongiu sostituiva il participio presente del Lousse, *agissant* (che fotografava una situazione di fatto delle assemblee) con la frase «che hanno la funzione-consapevolezza di agire».

È evidente che la costruzione dell'illustre studioso rivalutava l'apporto, diciamo così, personale, dei componenti l'istituzione assembleare, rispetto alla società, nella formazione di una coscienza e di una rappresentanza politiche moderne: pertanto la sua teoria è stata definita, per distinguerla da quella ottocentesca, neo-parlamentare.

In generale, le assemblee rappresentative, in un arco cronologico di circa quattro secoli – dal 1100 al 1500 – passarono attraverso quattro fasi: dopo l'assunzione di rilevanza rappresentativa-deliberativa attuarono un accordo-compromesso con i sovrani, costituendo con ciò una limitazione al potere di essi; in seguito – siamo nei secoli XV-XVI – iniziarono ad indebolirsi e, infine, a decadere, in concomitanza con le prime forme assolutistiche della sovranità.

I tempi e le modalità con cui avvennero tali mutamenti istituzionali non potevano assolutamente essere generalizzati, – come sosteneva il Lousse – poiché diversi e più complessi sono stati i contesti storici che hanno fatto da cornice a tale fenomenologia politica.

L'applicazione della metodologia del Marongiu contribuì a fare – diciamo così – un certo ordine all'interno dei numerosi esempi di assemblee più o meno rappresentative, spesso posticipando nel tempo la

data iniziale di una pretesa assemblea parlamentare, nella quale taluni ferventi storici avevano visto l'inizio di un proprio proto-nazionalismo. A questo proposito è stato argutamente notato che

> nello studio delle assemblee medievali e premoderne, gli storici sono come gli studiosi di ittiologia che cercano di classificare ogni specie e forma di pesci, con la continua emozione di scoprirne una nuova[6].

In questo senso, è certamente corretto quanto nota in un suo recentissimo saggio sul «Journal» della ICHRPI, Thomas Bisson allorché ci esorta a diffidare della tipologia considerata «in modo troppo astratto per illuminare storicamente i modelli che delinea», pur non sottovalutando – come successivamente aggiunge – che

> i problemi concettuali e metodologici si pongono di fronte a tutti coloro che desiderano studiare e insegnare la prima fase dell'esperienza europea del potere e della consultazione[7].

Con lo schema metodologico del Marongiu si sono confrontati molti storici, a volte denunciandone taluni limiti: come quelli espressi «dalla *nouvelle vague* critica della storia delle istituzioni parlamentari» (la definizione è dello stesso Marongiu). Questi studiosi – specie a partire dagli anni '70 – hanno messo l'accento sull'importanza dell'impulso "rappresentativo" proveniente dalla società (ovviamente intesa in un'accezione molto più ampia e dinamica di quella disegnata dal Lousse).

Mi riferisco - fra gli altri - in particolare all'italiano Guido D'Agostino[8] e all'olandese Wym Blockmans[9]; quest'ultimo, dall'osservazione delle strutture, organizzazioni e funzioni delle istituzioni rappresentative individuò cinque tipologie corrispondenti ad altrettante e diverse realtà sociali dalle quali erano sorte. L'invito a non ingessarsi in rigidi schemi metodologici venne anche da uno dei più noti storici contemporanei, Helmut Königsberger, *honorary past president* della nostra Commissione. Egli, in una magistrale lezione tenuta al King's College, pur apprezzando l'importanza delle tipologie, ne sottolineava l'utilità soprattutto se esse venivano combinate «con la dinamica delle forze socio-politiche in continua lotta per il potere»[10].

L'apporto societario significa anche che nello studio delle istituzioni rappresentative e parlamentari non vanno trascurate né le teorie, né le pratiche politiche (per esempio l'organizzazione interna dei corpi assembleari), come pure il vasto contesto culturale ad esse sotteso (in particolare l'estrazione sociale e la formazione politico-culturale dei loro componenti (specie per i parlamenti più cronologicamente vicini a noi è stata dimostrata l'importanza del "mito" della rappresentanza).

Negli studi dell'ultimo ventennio si sono sempre più consolidati quegli aspetti intesi a valorizzare la vitalità e la forza del cosiddetto 'regionalismo' europeo nel quadro delle dinamiche del potere e delle rappresentanze ad esso connesse. Queste testimonianze storico-istituzionali sembrano, infatti, aver lasciato una traccia molto più consistente di quanto non si sapesse ai tempi di Lousse e di Marongiu[11].

Quest'ultimo - presidente della Commissione dal 1970 al 1980 - amò sempre confrontare dialetticamente i risultati della sua ricerca con quanti rispettosamente gli presentarono le loro osservazioni critiche, che egli stesso enumerava in un saggetto, in francese, pubblicato sulla rivista

della ICHRPI, nel 1982, e significativamente intitolato *Progrès et problèmes de l'histoire des Assemblées d'États et Parlements*. L'ormai più che anziano studioso a conclusione di una attenta disamina affermava, con encomiabile modestia

> che l'origine delle assemblee rappresentative era senza dubbio un problema complicato, del quale egli aveva tentato di spiegare – forse riuscendovi solo in parte – *le pourquoi et le comment*[12].

Per comprendere *le pourquoi et le comment* della nascita, evoluzione ed istituzionalizzazione della rappresentanza politica, in definitiva delle prime tipologie parlamentari, la Commissione Internazionale organizza ogni anno un convegno di studi in una delle nazioni-membri; pubblica, anch'esso annualmente, un «Journal», *Parliaments, Estates and Representation* e continua a mantenere quella che ormai può certo definirsi una collana storica, *Les Études présentées à la Commission*.

Negli ultimi venti anni, gli esperti di storia parlamentare dei secoli XIX e XX , membri della Commissione, sono diventati altrettanto numerosi quanto quelli del periodo moderno; il Medio-Evo, dopo essere stato tanto studiato, o forse per questo, risulta attualmente piuttosto trascurato, come ha puntualmente notato Thomas Bisson[13].

I componenti la *Commission* provengono soprattutto dall'Europa dell'Ovest, ma anche dell'Est, e dagli USA, nonché da taluni paesi asiatici, in particolare dal Giappone e dalla Cina; più rare sono le presenze dell'America Latina.

In definitiva, se lo scopo scientifico della Commissione è certamente quello di promuovere ricerche sulle origini, evoluzione e mutamenti delle istituzioni parlamentari in tutto il mondo ed in tutti i periodi – Königsberger ne aggiungeva un altro, più propriamente etico e politico, nel discorso di chiusura del suo mandato presidenziale:

> I parlamenti con la loro esistenza non hanno risolto i grandi problemi dell'umanità: la libertà e l'uguaglianza, la guerra e la pace. Ma nessun'altra organizzazione societaria è stata in grado di farlo. Io credo che il dialogo politico debba rimanere aperto. La storia di questo problema è l'oggetto dei lavori della Commissione Internazionale[14].

[1] G. D'Agostino, *Argomenti di storia delle Istituzioni parlamentari*, Napoli, Coop. Ed. Ec. e Comm., 1975.

[2] É. Lousse, *Parlementarisme et corporativisme. Les origines des Assemblées d'États*, in «Revue Historique de droit français et étranger», 15 (1935), (pp. 683-706), p. 699

[3] Cfr. É. Lousse, *La société d'ancien régime*, in *Études présentées à la Commission Internationale pour l'histoire des Assemblées d'États*, VI, Louvain, 1952.

[4] J. Dhondt, « *Ordini* » *o* « *potenze* »: *l'esempio degli Stati di Fiandra*, in *Lo Stato moderno* (a cura di E. Rotelli e P. Schiera), il Mulino, Bologna, I, 1971.

[5] Cfr. H. Cam - A. Marongiu - G. Stockl, *Recent works and present views on the origins and development of representative assemblies*, in *X Congresso Internazionale di Scienze Storiche*, Relazioni (Roma 4-11 settembre 1955), Firenze, pp. 1-101. Di A. Marongiu cfr., inoltre, *Il Parlamento in Italia nel Medio Evo e nell'età moderna*, Milano, Giuffré, 1962.

[6] J. Rogister, *Scientific balance-sheet of the work of ICHRPI*, Londra, 1996, p. 328 (*brochure*). Dello stesso autore, cfr. *Some new directions in the Historiography of State Assemblies and Parliaments in Early and Late Modern Europe*, in *Parliaments, Estates, Representa-*

tion, vol. 16, 1996.

[7] Cfr. T. Bisson, *The problem of medieval parliamentarism : a review of workes published by ICHRPI (1936-2000)*, in *Parliaments, Estates, Representation*, vol. 21, 2001, pp. 6 e 10.

[8] Cfr. G. D'Agostino, *Le istituzioni parlamentari nell'ancien régime*, Napoli, Guida, 1979.

[9] Cfr. W. P. Blockmans, *A Typology of representative institutions in late medieval Europe*, in «Journal of Medieval history», 4 (1978).

[10] Cfr. S. Mastellone, *The 50th Anniversary of ICHRPI*, in *Gli aspetti sociali delle istituzioni rappresentative nell'età medievale, moderna e contemporanea*, Centro editoriale toscano, Firenze, 1986, p. 12.

[11] Cfr. l'interessante disamina di L. Blanco, *Note sulla più recente storiografia in tema di Stato moderno*, in «Storia, Amministrazione, Costituzione», 2/1994.

[12] In *Parliaments, Estates, Representation*, vol. 2, part. 2, p. 12.

[13] Cfr. T. Bisson, *The problem of medieval parliamentarism*, cit.

[14] Cfr. S. Mastellone, *The 50th Anniversary*, cit., p.13.

Les relations extérieures dans la constitution de l'an III. Vers la fonction gouvernementale*

MICHEL TROPER

C'est, dit-on, dans le domaine des relations internationales que se manifeste particulièrement la prépondérance du pouvoir exécutif. Si cette idée est politiquement exacte, juridiquement il en va différemment, puisque dans la plupart des systèmes représentatifs, les décisions les plus importantes, la guerre et les traités, doivent être approuvées par les Parlements ou au moins par une assemblée parlementaire. En droit, il s'agit donc non d'une véritable prépondérance de l'exécutif, mais tout au plus d'un partage du pouvoir entre les deux principaux groupes d'autorités de l'État.

Cependant, même un simple partage donne au pouvoir exécutif un rôle qui dépasse de beaucoup la simple exécution des lois. Sans doute ne peut-il prendre seul la décision de faire la guerre ou de conclure une convention internationale, mais c'est lui qui le plus souvent exerce seul l'initiative. C'est lui qui négocie les traités et sollicite l'approbation des Parlements ou l'autorisation de les ratifier.

Ces solutions ne manquent pas de justifications pratiques et il est facile de rappeler l'impossibilité matérielle pour une assemblée de mener une négociation, la nécessité d'agir vite ou celle de conserver le secret. Toutefois, s'il y a toujours partage des compétences, ce partage n'est pas toujours identique et les assemblées constituantes ont fréquemment invoqué et tenté d'appliquer à cette matière des principes déjà admis pour d'autres. C'est notamment à la lumière de la séparation des pouvoirs que l'on pouvait rechercher une solution. Ce principe est, on le sait, susceptible de plusieurs interprétations et peut se traduire par plusieurs règles différentes. On se bornera ici à rappeler les deux principales.

La première prescrit de spécialiser deux autorités dans l'exercice des deux fonctions principales, la fonction législative et la fonction exécutive. Il suffira alors de déterminer si les relations extérieures relèvent de l'une ou de l'autre, puis d'en confier la direction à

* Cette étude a fait l'objet d'une publication dans les *Mélanges Hubert Thierry*, Paris, Pedone, 1998, pp.403-17.

l'autorité compétente. Il est clair que le partage des compétences que l'on a observé dans cette matière est tout-à-fait incompatible avec cette interprétation de la séparation des pouvoirs.

Au contraire, d'après la seconde interprétation, les autorités ne doivent pas être spécialisées. Pourvu qu'aucune ne cumule l'exercice des deux fonctions, ce qui en ferait un despote, elles peuvent - et même elles doivent- être associées à la fonction législative. C'est ainsi qu'une autorité chargée à titre principal de la fonction exécutive, peut participer au pouvoir législatif soit grâce au monopole de l'initiative, soit par le droit de veto. Il reste alors à déterminer si les relations extérieures relèvent bien de la fonction législative. Dans l'affirmative, mais dans l'affirmative seulement, les compétences dans cette matière seront partagées.

Mais quelle que soit l'interprétation qu'on en donne, le principe de la séparation des pouvoirs ne peut être utile que si l'on se fonde sur deux présupposés: d'abord que les relations extérieures relèvent tout entières soit de la fonction législative, soit de la fonction exécutive; ensuite qu'elles ne constituent pas une troisième fonction ou qu'elles ne sont pas une partie d'une troisième fonction.

Or, dès 1791, il a fallu abandonner le premier de ces présupposés et adopter le présupposé contraire, pour distinguer parmi les actes qui concourent à la conduite des relations extérieures ceux qui relèvent de la fonction législative et ceux qui relèvent de la fonction exécutive, pour les soumettre au régime juridique correspondant. D'autre part, si les constituants de '91, qui se fondaient sur la seconde des deux règles, pouvaient bien associer les principaux organes à la partie législative des relations extérieures, leurs successeurs de la Convention, qui, dans leurs trois constitutions, prétendaient suivre la règle de la spécialisation et qui auraient dû par conséquent attribuer au seul organe législatif le pouvoir de faire les actes de nature législative, ont été contraints de déroger à leurs principes, de partager eux aussi ce pouvoir et d'y associer l'autorité exécutive.

Les solutions de l'an III, qui constituent les exceptions les plus graves à la règle de la spécialisation, ne se comprennent qu'à la lumière du second présupposé et obligent à considérer que les relations extérieures ne relèvent pour l'essentiel ni de la fonction législative, ni de la fonction exécutive, mais d'une autre fonction, la fonction gouvernementale. Pour mesurer l'ampleur et la portée de ce changement, il est indispensable de se reporter d'abord aux constitutions antérieures.

1. Les premières constitutions révolutionnaires

Depuis le début de la Révolution, les rôles étaient définis conformément à un principe d'attribution des compétences relativement simple: on ne doit pas raisonner par matière, mais par types d'actes. Les relations extérieures ne relèvent entièrement ni de l'une ni de l'autre des deux grandes fonctions, mais certains des actes qui en relèvent sont des actes législatifs et d'autres des actes exécutifs. Il suffit donc d'attribuer au pouvoir législatif les premiers et au pouvoir exécutif les seconds.

L'application de ce principe présupposait bien entendu qu'on soit capable de définir les fonctions législative et exécutive et de dire précisément ce qui relève respectivement de chacune. Mais une fois cette répar-

tition déterminée, le principe devait conduire à accorder des compétences aux deux organes principaux. L'organe exécutif devait même recevoir deux types de pouvoirs: celui de faire des actes d'exécution, mais aussi dans le cas, où il était normalement associé à l'exercice de la fonction législative, celui de participer aux actes de politique extérieure de nature législative.

Le principe essentiel du droit public révolutionnaire est que les décisions essentielles doivent être l'expression de la volonté générale. En d'autres termes, elles relèvent de la loi[1]. Les choix politiques doivent donc nécessairement prendre la forme législative. Le reste, ce qui relève de l'exécution, est seulement la mise en oeuvre des décisions législatives. Cependant, la latitude qui est laissée à l'autorité exécutive, chargée de cette mise en oeuvre varie selon les domaines et se trouve à son maximum dans la conduite des relations extérieures. Ceci se vérifie à propos des pouvoirs de guerre et de la conclusion des traités[2].

a. La guerre

Pour ce qui concerne la guerre, on distingue toujours la décision de faire la guerre, qui est de nature législative et la conduite des opérations, qui relève de l'exécution. Sur le premier point, l'accord se fait facilement à l'Assemblée constituante. La proposition de Mirabeau de réserver au roi le pouvoir de décision est combattue par Barnave, qui souligne que

> la détermination de faire la guerre, qui n'est pas autre chose que l'acte de la volonté générale, doit être dévolu aux représentants du peuple

ce qui signifie encore à ses yeux - on est au printemps '90 - à l'assemblée[3]. Le compromis est donc facile: le pouvoir sera partagé entre l'assemblée et le roi. Cependant, il s'agit d'un compromis non sur le principe, mais sur la solution[4]. Celui que Barnave avait invoqué sera appliqué dans toute sa rigueur et Mirabeau peut s'y rallier entièrement, sans renoncer à ses propres prémisses. Si on laissait à l'assemblée seule le droit de déclarer la guerre, avait-il déclaré, «vous auriez deux principes différents, l'un pour la législation ordinaire, l'autre pour la législation en fait de guerre»[5]. Or, la législation ordinaire est faite par le concours du corps législatif et du roi. Si la détermination de faire la guerre est un acte de la volonté générale, elle doit être donc dévolue au pouvoir législatif. Or, le pouvoir législatif est exercé par le corps législatif et le roi. L'argument était d'ailleurs explicitement invoqué par Le Chapelier:

> En donnant au roi la sanction, vous avez exigé le concours du roi pour les lois, comment lui refuseriez-vous le concours pour la guerre?[6].

Bien entendu, il sera nécessaire d'aménager les modalités de ce concours : pour les lois ordinaires, seuls les députés ont l'initiative, le corps législatif vote un décret, qui est présenté au roi. Lorsque celui-ci accorde sa sanction, le décret devient loi. Pour les relations extérieures, l'initiative ne peut venir que du roi. L'Assemblée constituante adopte donc à la quasi-unanimité une règle, qui figurera au chapitre «De l'exercice du pouvoir législatif»

> la guerre ne peut être décidée que par un décret du corps législatif, rendu sur la proposition formelle et nécessaire du roi.

Ce principe a un corollaire, qui inspire le projet girondin: lorsque le pouvoir législatif appartient au corps législatif seul, c'est lui seul qui peut déclarer la guerre[7]. Le rôle du pouvoir exécutif, lorsqu'il n'est plus organe législatif partiel, est nécessairement très réduit. S'il intervient, c'est seulement à titre consultatif.

La constitution de '93 ne contient aucune disposition sur la déclaration de guerre, peut-être parce qu'on n'imagine pas faire d'autres guerres que de défense, des guerres qu'il ne sera donc pas nécessaire de déclarer.

Jusqu'en l'an III, les choses sont donc simples: comme la décision de faire la guerre relève du pouvoir législatif, le pouvoir exécutif n'y participe que s'il est co-législateur. En d'autres termes, s'il dispose pour la législation ordinaire d'une compétence décisionnelle, notamment par un droit de veto, c'est qu'il contribue à l'expression de la volonté générale. Il est donc représentant du sujet de cette volonté, la nation souveraine, et il doit être associé aussi à cette forme de législation qu'est la déclaration de guerre. Il faut souligner que si on lui donne ce pouvoir, ce n'est pas en raison de ses compétences dans la fonction exécutive, mais seulement en raison de et dans la mesure de son pouvoir législatif.

En revanche, quelle que soit la constitution, tout ce qui concerne la conduite de la guerre, est l'exécution de la volonté générale et relève sans discussion du pouvoir exécutif seul. La constitution de '91 va jusqu'à distinguer la décision de faire la guerre, qui est législative et la déclaration de guerre, qui en est l'exécution. Aussi, après que le Corps législatif a décidé la guerre, sur proposition du roi, celui-ci doit encore la déclarer[8].

Quant à la direction des opérations militaires, elle relève clairement de la fonction exécutive seule. Selon la constitution de '91, «le roi est le chef suprême de l'armée de terre et de l'armée navale», comme il est le chef suprême de l'administration[9], et c'est lui qui doit

> distribuer les forces de terre et de mer ainsi qu'il le jugera convenable et en régler la direction en cas de guerre[10].

De la même façon, selon le projet girondin,

> le Conseil exécutif est tenu d'employer pour la défense de l'État, les moyens qui sont remis à sa disposition[11]

et la Constitution de '93 dispose que

> la force publique employée contre les ennemis du dehors, agit sous les ordres du Conseil exécutif.

Toutefois ce principe de répartition des compétences doit souffrir quelques exceptions en raison de la spécificité des relations extérieures. La première concerne la guerre imposée: toutes les constitutions doivent prévoir au moins le cas d'une attaque soudaine, à laquelle il est nécessaire de faire face avant même que l'autorité législative soit en mesure d'exprimer la volonté générale. La constitution de '91 y ajoute le cas où il faudrait entreprendre la guerre pour soutenir un allié ou pour conserver un droit par la force. Dans tous ces cas, le pouvoir exécutif est autorisé à riposter, à charge pour lui de prévenir le corps législatif, qui exerce un contrôle: il pourra ordonner la cessation des hostilités ou requérir le roi de négocier la paix. Il faut noter que ces décisions du corps législatif expriment la volonté générale et que le roi est tenu de les exécuter, conformément au principe[12]. Le projet girondin contient une disposition analogue, en partie d'ailleurs recopiée de la constitution de '91[13].

Toutes ces règles peuvent d'ailleurs être considérées comme exceptionnelles de deux manières: tantôt, elles sont exceptionnelles parce qu'elles dérogent au principe de répartition des compétences, comme dans le cas où le pouvoir exécutif prend seul, au moins provisoirement, une décision qui relève normalement de la volonté générale, par exemple en déclenchant une guerre pour riposter à une attaque ou soutenir un allié; tantôt, elles sont exceptionnelles bien qu'elles ne dérogent pas à la répartition normale des compétences; le pouvoir exécutif reste bien dans l'exécution, mais on conçoit ici la fonction exécutive de manière bien plus large que dans les autres domaines.

En effet, la distinction des fonctions juridiques de l'État se comprend normalement au XVIII^{ème} siècle, comme la distinction de la volonté et de la force. La première correspond à la fonction législative et la seconde à la fonction exécutive, d'où il résulte que l'autorité exécutive ne doit pas, en tant que telle, exprimer de volonté, mais seulement mettre la force au service de la volonté générale. La fonction exécutive est donc subordonnée et surtout elle n'implique en principe aucune marge de pouvoir discrétionnaire. Ceci découle d'ailleurs directement de l'idéal de la liberté politique: en obéissant au pouvoir exécutif, on doit obéir indirectement à la loi, ce qui arrive si le commandement du pouvoir exécutif n'est que le produit d'une déduction de la loi, en d'autres termes, si le pouvoir exécutif n'a qu'une compétence liée.

Or, en matière de relations extérieures, une conception aussi étroite de la fonction exécutive ne saurait évidemment convenir et il est indispensable de disposer d'une grande marge d'appréciation quant aux moyens employés. Toutes les constitutions tiennent compte de cette nécessité et attri-

Le sceau des Affaires étrangères

buent à l'autorité exécutive un pouvoir discrétionnaire à l'aide de deux procédés. D'une part, elles définissent dans certains cas la fonction du pouvoir exécutif non par les actes qu'il est autorisé à accomplir, mais par la fin qu'il doit poursuivre. C'est ainsi qu'en 1791, la constitution délègue au roi «le soin de veiller à la sûreté extérieure du royaume, d'en maintenir les droits et les possessions»[14], et que le projet girondin précise, comme on l'a vu, qu'en cas d'hostilités, «le Conseil exécutif est tenu d'employer, pour la défense de l'État, les moyens qui sont remis à sa disposition»[15]. D'autre part, elles confèrent ce pouvoir discrétionnaire de façon explicite, comme le fait la constitution de '91 quand elle dispose que le roi pourra distribuer les forces «ainsi qu'il le jugera convenable et en régler la direction en cas de guerre». La constitution de '93 qui, pourtant, tient le pouvoir exécutif dans la plus grande subordination, est elle aussi contrainte de recourir à ce procédé:

> la force publique employée contre les ennemis du dehors, agit sous les ordres du Conseil exécutif.

b. Les traités

Ce sont les mêmes principes que l'on tente d'appliquer aux traités. Comme la décision de faire la guerre, un traité est une loi. Il doit donc être conclu par l'autorité législative. En 1791, cette autorité législative est composée du Corps législatif et du roi. L'argument tiré de la participation du roi au processus de conclusion des traités sera d'ailleurs l'un des principaux arguments de Barnave, au cours du fameux débat du 10 août 1791, la qualité de représentant du roi. Est représentant celui qui veut pour la nation. Donc, le roi comme le Corps législatif est représentant

> 1° en ce qu'il consent et veut pour elle [la nation] que les nouvelles lois du corps législatif soient immédiatement exécutées ou qu'elles soient sujettes à une suspension, 2° en ce qu'il stipule pour la nation, en ce qu'il prépare et fait en son nom des traités avec les nations étrangères, qui sont de véritables lois[16].

Mais comme pour la guerre, il faut aménager la procédure législative pour l'adapter à la matière des relations extérieures. Il serait bien entendu techniquement impossible que le Corps législatif exerce l'initiative, c'est-à-dire négocie, tandis que le pouvoir du roi se limiterait à donner son consentement[17].

C'est donc le roi seul qui pourra exercer l'initiative en négociant les traités et c'est le corps législatif qui devra ratifier. Cependant, comme pour la guerre, si les rôles joués par ces deux organes dans la procédure législative ordinaire sont renversés, le principe n'est pas en cause: pour les traités, comme pour les lois, il y a deux coauteurs. L'un propose et l'autre consent. C'est pourquoi, la forme de la ratification est devenue différente de ce qu'elle est devenue aujourd'hui. Le Corps législatif ne peut pas adopter une loi autorisant la ratification; il doit réellement ratifier. Il n'a pas le pouvoir d'adopter seul une loi, mais seulement un acte partiel, qui, dans la procédure ordinaire, est un décret. Dans la procédure de conclusion des traités, cet acte législatif partiel sera la ratification. C'est le traité tout entier qui est un acte de nature législative, parce qu'il est l'expression de la volonté nationale. De même que le vote du décret dans la procédure ordinaire, la ratification, elle, n'est qu'une participation à l'édiction de l'acte.

Mais, il devient impossible de respecter ce parallélisme avec la procédure législative ordinaire lorsque le pouvoir exécutif est écarté de la fonction législative, comme c'est le cas dans toutes les constitutions révolutionnaires à partir du projet girondin. La logique voudrait en effet que ce pouvoir exécutif soit privé de tout pouvoir de décision et même de toute initiative en matière de traité, comme pour la législation ordinaire, ce qui est évidemment impossible, car on imagine mal que le corps législatif conduise lui-même les négociations internationales.

On est donc contraint de revenir sur le principe et de donner au pouvoir exécutif, au moins dans certains cas, non seulement un pouvoir d'initiative qu'on lui refuse pour la législation ordinaire, mais même parfois le monopole de l'initiative. Le projet girondin distingue toutefois entre deux types de négociations.

Dans le premier cas le principe est sauf. C'est celui où la négociation a pour but d'obtenir la cessation des hostilités. Elle ne peut être entamée qu'en vertu d'un décret du Corps législatif, si bien que l'ouverture des pourparlers apparaît bien comme l'exécution de la volonté du législateur et non comme une participation décisionnelle à la con-

clusion du traité.[18]. Dans le second cas, en revanche, on écarte nettement le principe: il s'agit des conventions et traités de paix, d'alliance et de commerce, qui sont négociés à l'initiative et sous la direction du Conseil exécutif et ratifiés par le Corps législatifs[19]. Par la force des choses, cette solution est également adoptée par la constitution de '93, qui elle aussi confie au Conseil exécutif la négociation des traités, qui devront être ratifiés par le Corps législatif[20].

Il existe bien alors un partage des compétences et chacune des deux autorités, dont le consentement est indispensable à la validité de l'acte, doit être considérée comme coauteur de la décision de conclure le traité, le Conseil exécutif parce qu'il a exercé le monopole de l'initiative, le Corps législatif parce qu'il a ratifié, de sorte qu'on ne maintient la solution technique qu'en sacrifiant les principes. Contrairement à '91, les textes de '93 violent leurs principes en attribuant les rôles en matière de relations extérieures contrairement au principe officiel de répartition: le pouvoir exécutif est appelé à participer à un acte de nature législative.

2. La constitution de l'an III : vers la fonction gouvernementale

En apparence, la Convention s'en tient aux principes en vigueur depuis le début de la Révolution. La déclaration de guerre est un acte de nature législative. Elle est décidée par décret dans les formes législatives ordinaires[21].De même, les traités sont soumis à la ratification du Corps législatif[22]. De même encore, les compétences du Directoire semblent découler de la nature exécutive de sa fonction, bien que celle-ci soit conçue de manière plus extensive que par le passé et comme la mise en oeuvre d'un pouvoir discrétionnaire plus étendu. C'est ainsi qu'aux termes de l'article 144:

> Le Directoire pourvoit, d'après les lois, à la sûreté extérieure ou intérieure de la République...Il dispose de la force armée [...].

Pourtant, l'application cohérente des principes se révèle vite impossible et il faudra en dégager d'autres.

On peut le constater à propos de la déclaration de guerre. Paradoxalement, c'est dans la similitude des termes employés par la constitution de l'an III avec ceux de la constitution de '91 que réside la grande innovation:

> article 326. La guerre ne peut être décidée que par un décret du Corps législatif, sur la proposition formelle et nécessaire du Directoire exécutif.

On pourrait croire que la Convention s'est bornée à recopier le texte de '91 en remplaçant les mots "roi" par "Directoire exécutif", mais cette ressemblance cache des différences significatives. Tout d'abord, ces dispositions figurent à des endroits différents dans les deux constitutions: en '91, dans le chapitre consacré au pouvoir législatif et, en l'an III, dans le titre XII *Relations extérieures*. La raison en est qu'en '91, on appliquait à la déclaration de guerre les principes généraux relatifs à l'exercice du pouvoir législatif: concours du roi et de l'assemblée; initiative de l'un et approbation par l'autre.

Mais si l'on avait voulu appliquer à cette matière en l'an III les principes relatifs au pouvoir législatif, il aurait fallu tout simplement refuser au Directoire un pouvoir d'initiative quelconque parce que privé de toute participation à l'exercice du pouvoir législa-

tif général, il ne pouvait s'en voir attribuer dans l'exercice du pouvoir de décider de la guerre. Pour copier la solution technique de '91, il est donc logiquement nécessaire d'écarter le principe qui la fonde et cesser de considérer que la déclaration de guerre est une loi. Thibaudeau l'affirme d'ailleurs expressément:

> Il ne s'agit point de savoir si le droit de faire la guerre et la paix est une émanation du pouvoir législatif ou du pouvoir exécutif; c'est un droit du peuple, il faut donc examiner seulement à quel pouvoir il est plus utile au peuple de le déléguer[23].

On va encore plus loin dans l'atteinte aux principes dans l'article suivant, qui donne au Directoire le pouvoir de déclencher la guerre seul. La constitution devait naturellement prévoir la possibilité d'une attaque contre laquelle il faudrait se défendre avant même d'avoir pu décider la guerre. La constitution de '91, toujours sous la rubrique «pouvoir législatif» se préoccupait davantage d'éviter à l'Assemblée législative de se trouver engagée dans une guerre qu'elle n'aurait pas décidée que de donner au roi le pouvoir d'y faire face. Elle prévoyait que dans tous les cas où il faudrait agir rapidement, le roi devrait le notifier aussitôt au corps législatif, qui pourrait ordonner la cessation des hostilités et poursuivre les ministres responsables de l'agression[24]. Là encore, on appliquait le principe: si l'un des deux organes législatifs partiels prend une initiative, quand bien même celle-ci lui serait imposée de l'extérieur, l'autre peut s'opposer à lui. Désormais au contraire, bien que le Directoire ne soit pas législateur partiel, il peut en cas d'urgence, définie de manière large, décider seul des mesures à prendre.

> Article 328. En cas d'hostilités imminentes ou commencées, de menaces ou de préparatifs de guerre contre la République française, le Directoire exécutif est tenu d'employer pour la défense de l'État les moyens mis à sa disposition, à charge d'en prévenir sans délai le Corps législatif.

L'article est muet sur les pouvoirs du Corps législatif lorsque celui-ci aura été prévenu. Le Directoire peut donc facilement employer «les moyens mis à sa disposition» sous prétexte de menaces ou de préparatifs de guerre. Il a même, contre tous les principes, un droit d'initiative législative exceptionnel.

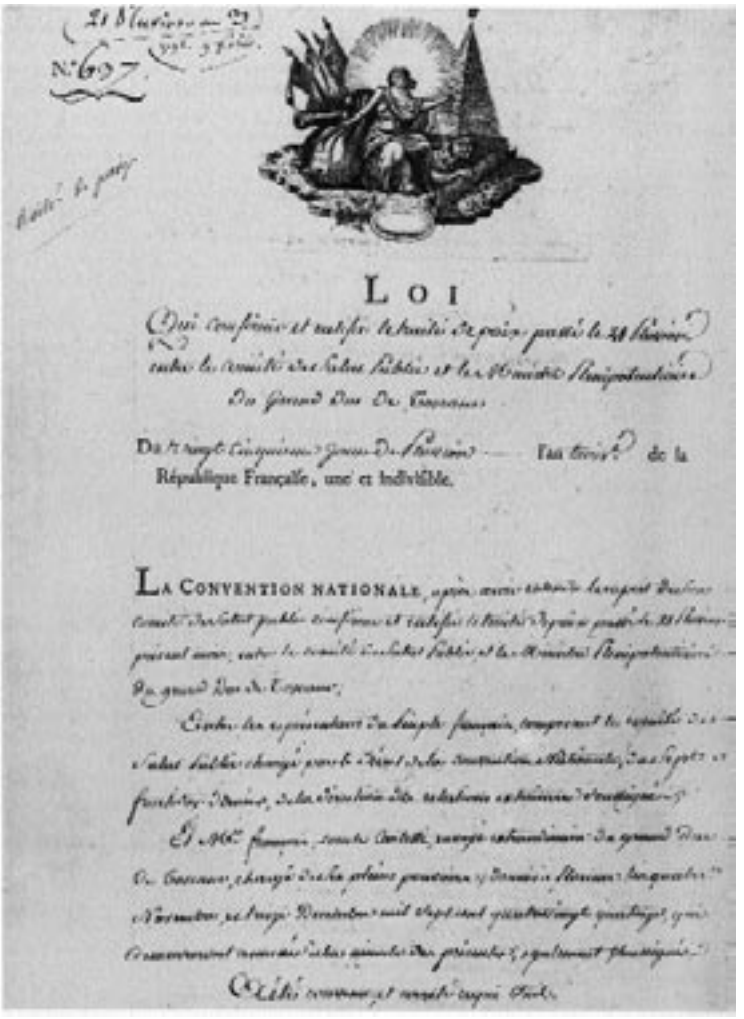
> Il peut même indiquer, en ce cas, les augmentations de force et les nouvelles dispositions législatives que les circonstances pourraient exiger[25].

Le projet girondin contenait certes une disposition analogue, mais la constitution de l'an III remplace "nouvelles mesures" par "nouvelles dispositions législatives". Il ne s'agit plus seulement de suggérer une nouvelle loi, mais bien de présenter un projet.

Pour la conclusion des traités, le Directoire se voit confier un pouvoir bien plus grand que celui de n'importe quel exécutif antérieur. D'abord, il a un pouvoir d'initiative identique à celui du roi en 91, que ne justifie pourtant pas cette fois une qualité d'organe partiel de la fonction législative, puisque, comme le roi, il peut, aux termes de l'article 331, négocier

> tous les traités de paix, d'alliance, de trêve, de neutralité, de commerce, et autres conventions qu'il jugera nécessaire au bien de l'État.

Sans doute, les traités doivent-ils être ratifiés par le corps législatif, mais, pour la première fois, ils peuvent contenir des articles secrets, immédiatement exécutoires sans ratification[26].



LOI

La Convention nationale

Traité de paix avec la Toscane

Ainsi, le principe de spécialisation, que la Convention a pourtant appliqué de manière systématique aux trois constitutions qu'elle a élaborées, ne s'applique pas aux relations extérieures. Il aurait conduit à considérer, comme dans les constitutions précédentes, que certains actes sont de nature législative et relèvent par conséquent des deux assemblées et que d'autres sont de nature exécutive et relèvent du Directoire. Il aurait en tout cas interdit d'en faire l'objet de compétences partagées. Pourtant, c'est la solution qui s'impose pour des raisons que l'on présente comme de pure opportunité. Tel paraît bien être le sens des propos de Thibaudeau, qui affirme examiner seulement l'intérêt du peuple.

Pourtant, quand Thibaudeau préconise de rompre ici avec la solution girondine et de confier au Directoire le monopole de l'ini-

tiative de la guerre, l'intérêt du peuple qu'il invoque tient à la nécessité du secret et à l'exigence de rapidité dans l'action. Cette justification vaut d'ailleurs aussi pour les traités. Les raisons pour lesquelles le Directoire serait plus apte à agir et délibérer en secret, Thibaudeau n'a pas besoin de les énoncer, mais elles sont évidentes pour tous: c'est qu'il s'agit d'un organisme restreint. D'autres orateurs ajoutent la connaissance qu'a le Directoire de l'état des forces en présence ou la nécessité de coordonner l'action dans différents domaines.

On en arrive ainsi à l'idée que tous les actes de la politique extérieure, qui requièrent ainsi une délibération rapide et secrète, et dont l'exécution doit être assurée de manière coordonnée, échappent pour cette raison à la grande distinction de la fonction législative et de la fonction exécutive.

On doit alors dire qu'ils relèvent d'une troisième fonction, la fonction gouvernementale. L'expression même de "fonction gouvernementale" n'est elle pas employée par la constitution, ni d'ailleurs par les Conventionnels, mais on trouve à l'article 341 le terme de «fonction de gouvernement»[27] et le terme de "gouvernement" est utilisé très fréquemment et il l'est dans une signification nouvelle[28].

Jusque là, ce mot avait dans le vocabulaire politique deux sens principaux. Au sens large, il était synonyme de pouvoir politique, comme dans l'expression "les formes de gouvernement". Au sens étroit, chez Rousseau, par exemple, il désignait l'organe du pouvoir exécutif, entendu de manière particulièrement restrictive, comme le pouvoir d'assurer l'application des lois[29].

Sous la Convention, plusieurs orateurs, parmi les plus importants, commencent à l'employer avec une signification intermédiaire pour désigner l'organe du pouvoir exécutif, mais en tant qu'il accomplit des actes qui ne peuvent se rattacher à la fonction exécutive strictement entendue. Thibaudeau, par exemple, déclare que

> il ne faut donc plus confondre le gouvernement et l'administration, la volonté et l'exécution, la cause et l'effet[30].

De même, Sieyes, dans son grand discours du 2 thermidor, distingue nettement gouvernement et administration ou gouvernement et pouvoir exécutif (au sens strict). Après avoir rendu au plan de la Commission des Onze, un hommage mesuré, notamment parce qu' «il a divisé, quoique d'une main peu ferme le pouvoir exécutif dans ses deux principales parties» (le gouvernement et l'administration), il déclare:

> Je ne confonds point le pouvoir exécutif avec le gouvernement; je regarde, au contraire, la division de ces deux pouvoirs, dans une République, comme une de ces vues qui appartiennent encore au progrès de la science [...] le pouvoir exécutif est tout action, le gouvernement est tout pensée; celui-ci admet la délibération, l'autre l'exclut à tous les degrés de son échelle

et précise que le gouvernement (au sens organique) doit exercer trois pouvoirs et être 1) jurie de proposition et avoir l'initiative des lois; 2) jurie d'exécution et disposer à ce titre du pouvoir réglementaire ; 3) procurateur d'exécution, c'est-à-dire nommer le pouvoir exécutif (les ministres) et diriger son action[31].

Cette distinction paraît avoir une double origine. La première est le dualisme de l'exécutif que l'on avait été contraint d'introduire dans la constitution de '91 en raison de l'irresponsabilité du roi. Il résultait de ce dualisme que les actes du roi qui relevaient

de la fonction exécutive, mais seulement ceux-là, devaient être contresignés par les ministres. En revanche, les actes du roi dans la fonction législative n'étaient pas soumis au contreseing. Si l'on voulait caractériser globalement le rôle du roi, on ne pouvait pas dire qu'il assurait l'exécution des lois, parce qu'il ne l'assurait pas seul, mais avec les ministres. Par contre, on pouvait observer qu'il avait dans l'exécution un rôle directeur, qu'il lui revenait notamment de nommer et révoquer les ministres et de coordonner leur action.

La constitution de '93 reproduisait ce dualisme en distinguant le Conseil exécutif et les ministres, appelés agents généraux en chef de la République. Le Conseil nommait et révoquait les ministres. Il était chargé sans doute de la fonction exécutive, mais la constitution précisait qu'il devait diriger et surveiller l'action des agents. Là encore, on observe une distinction latente entre l'exécution proprement dite et la direction et la coordination de l'exécution.

L'autre origine paraît être le gouvernement révolutionnaire. Sans doute, le mot "gouvernement" est-il pris ici dans son sens large de mode d'exercice du pouvoir politique, mais pendant la durée du gouvernement révolutionnaire, la Convention avait mis en place des comités, dont les principaux, le Comité de Salut Public et le Comité de Sûreté Générale, étaient précisément appelés «comités de gouvernement», parce qu'ils étaient chargés de surveiller et de diriger l'action des administrations. Dans ce contexte, on appelait parfois "gouvernement" la fonction exercée par ces comités. Ainsi, un projet de décret présenté par Daunou, emploie-t-il le mot gouvernement justement dans ce sens fonctionnel:

> article 1er. Jusqu'à ce que les lois constitutionnelles soient mises en activité, le gouvernement sera confié aux Comités de Salut public & de Sûreté générale, sauf les exceptions & les modifications contenues dans les articles suivants.[32]

et il précise que cette fonction consiste notamment dans la direction de la force armée dans Paris, la surveillance de toutes les parties de l'administration, la direction des relations extérieures, celle des armées, la surveillance de la trésorerie etc...

Ainsi, l'idée d'une fonction gouvernementale apparaît comme directement liée à la nécessité de justifier l'attribution à l'autorité exécutive de compétences qui ne relèvent pas de la fonction exécutive et qu'on ne pouvait pas non plus rattacher à la fonction législative, puisque le Directoire n'avait aucun rôle dans cette fonction. Le nouveau concept fournissait une justification parfaite à toutes ces compétences. Si le Directoire est un gouvernement et non une simple autorité exécutive, alors il apparaît naturel, conforme aux principes aussi bien qu'aux nécessités pratiques, de lui donner au moins certaines des attributions relevant de la fonction gouvernementale et au premier rang le pouvoir de conduire la politique extérieure.

La Convention thermidorienne n'ira pas plus loin, parce qu'elle n'est pas encore assez éloignée des conceptions qui l'ont guidée depuis 1792 pour accepter de donner au Directoire le droit d'initiative des lois ou un vaste pouvoir réglementaire. Les rédacteurs de la constitution de l'an VIII sauront, eux, tirer de la nouvelle invention tout le parti convenable. Leur texte ne comprend plus de titre consacré au pouvoir exécutif, mais un titre justement intitulé «du gouvernement», tandis que le titre consacré spécialement aux relations extérieures a disparu.

Le mot gouvernement peut désormais désigner à la fois une autorité investie de compétences relevant de toutes les fonctions juridiques de l'État et une fonction, définie comme l'ensemble des compétences du gouvernement au sens organique, un ensemble dont les relations extérieures sont un élément essentiel.

*
* *

Les transformations du droit des relations extérieures contribuent ainsi à expliquer les mutations de la doctrine de la séparation des pouvoirs au XIX^{ème} siècle. Avant et pendant la Révolution, au moins jusqu'en 1795, la fonction exécutive était conçue comme essentiellement subordonnée et l'idée que son titulaire pouvait faire équilibre au pouvoir législatif était proprement inconcevable. Mais dès lors que l'autorité exécutive est désignée comme le "gouvernement" et qu'elle exerce, au delà de la fonction exécutive, tout un ensemble de compétences soit législatives, soit relatives au droit des relations extérieures, on peut désigner cet ensemble comme la "fonction gouvernementale" et l'on peut concevoir que son titulaire dispose d'une puissance équivalente à celle du pouvoir législatif. Mais il peut arriver qu'alors même que le gouvernement possède toutes ces attributions, on continue de le désigner par métonymie comme "pouvoir exécutif", de sorte qu'on commence à dire que ce "pouvoir exécutif" doit faire équilibre au pouvoir législatif.

L'apparition, à cause de ces mutations, du concept de gouvernement offre une bonne illustration de la genèse et de la transformation des concepts et théories constitutionnels. Selon la vision traditionnelle, les auteurs d'une constitution – mais le raisonnement est le même pour la législation et pour tous les actes juridiques – appliquent des doctrines juridiques ou des idéologies politiques et les traduisent en textes normatifs. On concède sans doute qu'il peut leur arriver de faire des exceptions, soit par pragmatisme, parce qu'ils constatent que leurs doctrines sont mal adaptées aux besoins pratiques, soit par tactique politique, parce qu'il faut bien faire des compromis. Mais le schéma explicatif repose toujours sur l'idée qu'une constitution n'est que la mise en oeuvre, au prix des exceptions imposées par la vie, de principes formulés par une théorie antérieure à l'aide des concepts produits par cette théorie.

Ce qui ressort au contraire de l'analyse des travaux préparatoires, c'est que si les nécessités pratiques contraignent les Constituants à apporter des exceptions aux théories, elles contraignent aussi à imaginer des concepts et des théories nouvelles, propres à justifier les dispositions positives, si bien que les constitutions produisent des concepts et des théories autant que les théories produisent des constitutions.

[1] Cfr. Michel Troper, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, LGDJ, 1973.

[2] Tout cela se traduit dans la forme et le style d'écriture des constitutions. Il est remarquable que lorsque les principes s'appliquent facilement, les dispositions relatives aux relations extérieures sont réparties entre les chapitres consacrés aux compétences législatives et exécutives, tandis que le titre qui porte spécialement sur les relations extérieures est réduit à la détermination des buts généraux de la politique extérieure. C'est le cas de la Constitution de 91, dont le titre VI *Des rapports de la nation française avec les nations étrangères*, contient seulement, outre l'engagement de renoncer à toute guerre de conquête, quelques dispositions sur le droit des étrangers qui ne pouvaient trouver place ailleurs. Ceci se comprend parfaitement: le roi est l'organe de deux fonctions. Il est co-législateur et pouvoir exécutif. Par conséquent, il est facile de lui attribuer des pouvoirs de co-décision de nature législative, et des compétences d'exécution sans faire exception aux principes. En revanche, lorsque l'organe du pouvoir exécutif n'est pas en même temps organe législatif partiel, en d'autres termes lorsqu'il ne dispose pas d'un droit de veto, il n'est pas possible, en matière de relations extérieures, de lui attribuer certaines compétences de nature législative sans apporter aux principes des exceptions importantes. Il faut alors consacrer aux relations extérieures un titre à part dans le texte de la constitution. C'est ce qui se réalisera à partir du projet girondin.

[3] Séance du 21 mai 1790, *Archives Parlementaires*, t. 15, p. 641.

[4] Il y a là une forme de compromis tout-à-fait particulière. Jon Elster distingue entre le débat, qui porte sur les principes, et le marchandage (*arguing and bargaining*). Il semble que le second se prête mieux au compromis que le premier, parce qu'entre principes opposés, le compromis est difficile, tandis qu'on peut à la suite d'un marchandage trouver une solution pratique intermédiaire entre deux solutions extrêmes. Mais, nous sommes ici dans une situation où l'un des orateurs, Mirabeau, peut obtenir un compromis, non pas en exerçant une pression, ni en combattant le principe invoqué par son adversaire, mais en s'y ralliant pour en défendre une interprétation orthodoxe (cfr. Jon Elster, *Argumenter et négocier dans deux assemblées constituantes*, dans RFSP, vol. 44, n° 2, 1994, pp. 187 ss).

[5] Séance du 22 mai 1790, *Archives Parlementaires*, t. 15, p. 656.

[6] *Ibidem* p. 654.

[7] Titre VII, sect. II, *Des fonctions du corps législatif*, article 1er «au corps législatif seul appartient l'exercice plein et entier de la puissance législative».
article 3. «Les actes émanés du corps législatif se divisent en deux classes : les lois et les décrets» ;
article 6. «Sont désignés sous le nom particulier de décrets, les actes du corps législatif concernant [....] les déclarations de guerre, la ratification des traités et tout ce qui a rapport aux étrangers».
La règle est répétée au titre XIII *Des rapports de la République française avec les nations étrangères et des relations extérieures*; article 365 : «La déclaration de guerre sera faite par le corps législatif et ne sera pas assujettie aux formes prescrites pour les autres délibérations; mais elle ne pourra être décrétée qu'à une séance indiquée au moins trois jours à l'avance, par un scrutin signé, et après avoir entendu le Conseil exécutif sur l'état de la République».

[8] Titre III, chap. IV, *De l'exercice du pouvoir exécutif*, sect. III, *Des relations extérieures*, article 2. «Toute déclaration de guerre sera faite en ces termes: de la part du roi des français, au nom de la Nation».

[9] Titre III, chap. IV, article 1er.

[10] Titre III, chap. IV, *De l'exercice du pouvoir exécutif*, sect. III, *Des relations extérieures*, article 1er.

[11] Titre XIII, article 6.

[12] Titre III, chap. III, *De l'exercice du pouvoir législatif, sect. 1ère, Pouvoirs et Fonctions de l'Assemblée Nationale législative*, article 2. «Dans le cas d'hostilités imminentes ou commencées, d'un allié à soutenir, ou d'un droit à conserver par la force des armes, le roi en donnera, sans aucun délai, la notification au Corps législatif, et en fera connaître les motifs. Si le Corps législatif décide que la guerre ne doive pas être faite, le roi prendra sur le champ des mesures pour faire cesser ou prévenir toutes les hostilités, les ministres demeurant responsables des délais. Si le Corps législatif trouve que les hostilités commencées soient une agression coupable de la part des ministres ou de quelque autre agent du pouvoir exécutif, l'auteur de l'agression sera poursuivi criminellement. Pendant tout le cours de la guerre, le Corps législatif peut requérir le roi de négocier la paix et le roi est tenu de déférer à cette réquisition».

[13] Titre XIII, article 6. «En cas d'hostilités imminentes ou commencées, de menaces, ou de préparatifs de guerre contre la République française, le Conseil exécutif est tenu d'employer pour la défense de l'État, les moyens qui sont remis à sa disposition, à la charge d'en prévenir le corps législatif, sans délai. Il pourra même indiquer en ce cas, les augmentations de forces, et les nouvelles mesures que les circonstances pourraient exiger».

[14] Titre III, chap. IV, article 1er.

[15] Titre XIII, article 6, précité.

[16] A.P. t. 29, p. 331.

[17] Comme l'écrira Eugène Pierre, «négocier ne saurait être le fait de plusieurs, et rien de ce qui touche aux relations d'un peuple avec ses

voisins ne peut être préparé dans le tumulte d'une assemblée délibérante» (cité par Didier Maus, *La répartition des compétences en matière de politique étrangère dans l'élaboration de la constitution de la V*ème *République*, communication au Colloque *La conduite de la politique étrangère de la France sous la V*ème *République*, Bordeaux , 7 avril, 1995).

[18] Titre XIII, article 8. «Aucune négociation ne pourra être entamée, aucune suspension d'hostilité ne pourra être accordée, sinon en vertu d'un décret du corps législatif, qui statuera sur ces objets après avoir entendu le Conseil exécutif».

[19] Titre XIII, article 9. «Les conventions et traités de paix, d'alliance et de commerce seront négocies au nom de la République française par des agents nationaux nommés par le Conseil exécutif et chargés de ses instructions; mais leur exécution sera suspendue et ne pourra avoir lieu qu'après la ratification du corps législatif ».

[20] Articles 55 et 70.

[21] Article 327. «Les deux conseils concourent, dans les formes ordinaires, au décret par lequel la guerre est déclarée».

[22] Article 333. «Les traités ne sont valables qu'après avoir été examinés et ratifiés par le Corps législatif [...]».

[23] Séance du 11 thermidor, Moniteur, t. 25, p. 376.

[24] Titre III, chap. III, sect. I, article 2.

[25] Article 328, al.2.

[26] Articles 332 et 333.

[27] «L'assemblée de révision n'exerce aucune fonction législative ni de gouvernement: elle se borne à la révision des seuls articles constitutionnels qui lui ont été désignés par le corps législatif».

[28] Sur la fortune de cette expression, cfr. Michel Troper, *La théorie de la fonction gouvernementale chez Georges Burdeau*, dans Bernard Chantebout (Ed), *Le pouvoir et l'État dans l'oeuvre de Georges Burdeau*, Paris, Economica, 1993, pp. 73 ss.

[29] «Le mot de gouvernement, dans son acception la plus étendue, s'applique à l'exercice de tous les pouvoirs publics; il comprend l'ordre législatif aussi bien que l'ordre exécutif; il comprend même la souveraineté. Mais ce mot se rend aussi et même habituellement dans une acception plus restreinte et comme ne désignant que l'ordre exécutif» (Antoine Boulay de la Meurthe, *Théorie constitutionnelle de Sieyes. Constitution de l'an VIII. Extraits des mémoires inédits*, Paris, 1836, p. 24).

[30] Antoine-Clair, Thibaudeau, *Discours sur le gouvernement actuel de la République française, prononcé dans la séance du 7 floréal*, Paris, floréal an III, p. 10.

[31] Emmanuel-Joseph Sieyes, *Opinion sur plusieurs articles des titres IV et V du projet de constitution, prononcée à la convention le 2 thermidor de l'an troisième de la république*, Paris, an III.

[32] Pierre-Claude-François Daunou, *Rapport sur les moyens de donner plus d'intensité au gouvernement actuel, présenté au nom de la Commission des Onze*, Paris, floréal an III.

La dévolution du pouvoir municipal dans la France d'Ancien régime: les systèmes électoraux

JAQUELINE DUMOULIN

L'évocation de la dévolution du pouvoir municipal en France sous l'Ancien régime sous-entend l'existence d'un droit électoral, étant entendu que nous exclurons de notre propos les provinces qui n'ont pas retenu le système de l'élection. Il en est ainsi par exemple pour l'Artois, le Hainaut et la Flandre, régions récemment conquises où le seigneur désignait les échevins.

Dans le cadre de cet article, les systèmes électoraux ne sont pas étudiés en détail car il en existe à peu près autant que de communautés, chacune étant libre d'ailleurs de faire évoluer son système électoral au fil des années. Il a semblé préférable de présenter les grandes lignes, en commençant par la création de la réglementation, de la coutume qui vient compléter des points mal rédigés ou demeurés dans l'ombre et de leur évolution. Maîtres de leur réglementation électorale, les habitants des villes ne jouissent cependant que d'un pouvoir délégué qui peut être repris dans certaines circonstances.

Consacrée aux charges municipales, la seconde partie, découle logiquement de la première, étant entendu qu'on laissera de côté les charges électives de moindre importance.

Enfin, la troisième partie s'attachera à une procédure électorale en constante évolution pour être de plus en plus complexe et là encore chaque communauté choisit le système qui lui semble le plus adapté, la participation de la population étant un des traits les plus intéressants.

Le contentieux électoral sera traité ici à l'aide des quelques renseignements recueillis, une documentation homogène faisant défaut.

I. *De l'autonomie à l'encadrement électoral*

A des périodes qui varient selon chaque communauté, au moins en théorie, les habitants maîtrisent leur droit électoral, mettant au point des statuts municipaux

souvent inspirés des pratiques antérieures. L'uniformité n'existant pas dans l'Ancien régime, aucune loi générale ne réglant les élections, les règlements et les coutumes variaient selon les provinces. Cependant, si les différences étaient parfois considérables entre les pays d'états et les pays d'élection, donc entre le nord et le sud, certains principes étaient généralement admis, tel celui qui faisait dériver les charges municipales de l'élection, tels ceux qui s'inspiraient du droit canon.

En l'absence de toute difficulté, ce droit est exercé librement, mais dès que surviennent les problèmes, le pouvoir central s'immisce dans la réglementation. Quant aux parlements, de tout temps, il ont fait œuvre utile dans ce domaine, soit sur requête, soit de leur propre autorité.

1. Les communautés, sources internes de droit électoral

Généralement, les communautés élaborent seules ces documents appelés statuts municipaux ou règlements électoraux, cependant cette formalité ne présentait aucun caractère d'obligation et des communautés encore au XVIII^{ème} siècle, en l'absence de règlement, suivaient les usages régionaux.

a. Statuts municipaux. D'une manière générale, les individus répugnent à mettre en place de nouveaux statuts, ils préfèrent aménager les mesures existantes et il faut des menées, brigues, cabales et monopoles (manœuvres destinées à fausser le jeu électoral) particulièrement scandaleux pour qu'ils se décident à rédiger de nouveaux règlements électoraux.

Plusieurs types de procédure président à cette élaboration. La communauté peut rédiger elle-même son nouveau règlement, ce qui suppose un certain nombre de personnes capables et généralement le nouveau texte est le fait de plusieurs instances: un projet mis au point par un conseil est adopté par un bureau avec adjonction de députés ou bien le projet est mis au point par une assemblée des plus apparents.

Si la communauté ne peut ou ne souhaite pas rédiger ses nouveaux statuts, elle recourt à un membre du parlement qui établit un projet soumis ensuite à l'approbation de la communauté.

Le nouveau texte est accepté par une assemblée de composition plus ou moins large et généralement la majorité simple suffit. Ensuite, bien que cette formalité ne soit pas obligatoire, parce qu'elle donne force de loi aux nouveaux statuts, l'homologation du parlement sera requise.

La conservation est assurée par la transcription du nouveau règlement dans les registres de la communauté, et la publicité, par sa lecture avant chaque élection.

Lorsque les habitants mettent au point leurs statuts municipaux, ils choisissent librement le système qu'ils désirent voir appliquer dans leur cité. Un bref inventaire donne une idée de la diversité.

Montdidier (Somme) a retenu le suffrage universel et le vote à deux tours pour le mayeur de la ville. Gaillac (Tarn) a abandonné le suffrage universel au début du XVII^{ème} siècle (1603) car «la plus vile populace s'introduisait dans les assemblées électorales». Carcassonne (Aude) et Rennes (Ille-et-Vilaine) préfèrent le suffrage à trois degrés, avec élection d'un certain nombre de délégués appelés à voter pour les magistrats municipaux. A Rabastens (Tarn) en 1655, l'élection est confiée à

trente-et-un anciens consuls tirés au sort. A Orchies et Douai (Nord), les échevins sortant nommaient trois bourgeois de la ville comme électeurs, ceux-ci nommaient trois échevins, lesquels en désignaient deux autres et les cinq échevins ainsi constitués nommaient les deux derniers.

Alors que les rédacteurs de statuts pouvaient mettre en place une réglementation complète, il semble qu'une stricte codification les ait inquiétés et il est évident qu'ils sont plus à l'aise avec les coutumes électorales, nombreuses et variées, qui complètent au fil des ans les défaillances de la mesure réglementaire.

b. Coutume. Par certains points restés dans l'ombre ou mal rédigés, les statuts municipaux sont incomplets. Surgies pendant la création du nouvel état, ces carences compromettent le bon déroulement de l'élection: en cas de blocage, le conseil d'élections sera rompu et la nomination reviendra au roi. Une solution doit donc être trouvée et appliquée immédiatement, utilisable les années suivantes dans le même contexte. C'est ainsi que naissent les coutumes, d'abord simples mesures ponctuelles comblant un vide juridique, ensuite règles obligatoires.

L'élaboration de la coutume a donc lieu obligatoirement pendant l'élection, en dehors de ce contexte, toute nouvelle mesure serait une modification du droit électoral existant.

Le droit de proposition revient normalement à toute personne assistant à l'élection, mais le plus souvent c'est un des premiers magistrats qui assume cette tâche.

Après discussion de la proposition, les opinants se prononcent selon l'ordre établi pour l'élection des premiers magistrats. Généralement, la majorité simple suffit pour que la mesure soit adoptée. Alors elle ne constitue pas encore une coutume puisque, par définition, une certaine répétition est nécessaire, mais elle le deviendra si elle est reprise les années suivantes, sans qu'il soit besoin de recourir à nouveau au vote.

La preuve des coutumes est assurée par leur inscription dans les registres de la ville.

Il n'est assuré aucune publicité, ce qui n'est pas très grave pour les coutumes les plus connues, pour les autres, il faut rechercher dans les registres ou faire appel à la mémoire des opinants. En cas d'hésitations ou de contradictions, une nouvelle règle sera votée et appliquée.

Le domaine de la coutume est très riche: accès aux principales magistratures politiques, dation du chaperon, installation des élus, … Richesse qui est le corollaire de la faiblesse de la réglementation.

2. Evolution de la réglementation électorale

Pour répondre à sa mission, permettre le déroulement normal de la création du nouvel état, le droit électoral se perfectionne au fil des années, constante évolution qui cependant ne sera jamais capable d'endiguer les menées, brigues, cabales et monopoles.

Les registres montrent deux principales causes d'évolution: l'insuffisance de la réglementation et le besoin de lutter contre des agissements répréhensibles. En fait, si très souvent, les règlements municipaux sont incomplets, il semble que ce ne soit pas le fait du hasard. On trouve en effet une certaine volonté de ne mettre en place

qu'un cadre et un désir patent de conserver des zones d'ombre afin de profiter du vide juridique ou de l'imprécision pour se livrer à des menées et cabales.

Chaque fois que, selon certains, la maison commune est en danger, une modification est proposée, mais les améliorations sont généralement insuffisantes. Bien qu'ils estiment utile de lutter contre les abus, ils hésitent à mettre en place des règlements rigides et complets. Si les tenants du pouvoir ont intérêt à lutter contre les manœuvres électorales, il serait maladroit de leur part d'établir une stricte réglementation pouvant se retourner contre eux en cas de perte de la maison commune.

La complexité de cette situation ne peut être ignorée si l'on veut comprendre le fonctionnement des systèmes en place.

Le perfectionnement du droit entraîne momentanément un recul des manœuvres, jusqu'au moment où un autre point faible du règlement retiendra l'attention des brigueurs.

Les troubles peuvent aussi permettre le passage de la simple manœuvre à la violation. Comme à la fin du XVIIème siècle il est de plus en plus difficile de briguer, il ne reste plus alors que la transgression du droit, illustrée par deux exemples: l'interdiction d'élire les parents et alliés des premiers magistrats et celle de mettre en place des fils de famille. Souvent, les opinants, ne dénoncent plus la violation et acceptent des nominations frauduleuses: c'est l'aboutissement du système.

Cela est d'autant plus facile que le droit électoral étant souvent dépourvu de sanctions, les brigueurs ne risquent qu'une dénonciation publique. Si des peines sont prévues, elles ne sont jamais appliquées, comme si un rapport de force interdisait aux élus de dénoncer les brigues, tolérance qui va jusqu'au pouvoir central puisque le roi, mis au courant des troubles, n'applique presque jamais les sanctions prévues. Leur qualité est peut-être aussi à prendre en compte: la gravité est telle que leur application semble plus redoutée que les troubles: à Dijon (Côte-d'Or) par exemple, le parlement défend d'acheter les suffrages et de venir en armes aux assemblées électorales sous peine d'être pendu et étranglé et pour que tout le monde soit conscient de la menace, une potence est dressée devant le lieu où se déroulent les élections.

Il faut de plus s'interroger sur la finalité des sanctions: empêcher une personne de nuire à nouveau, mais cela n'est réalisable que si l'action émane d'un individu agissant pour son propre compte, éventualité qui doit être écartée. Il fallait donc mettre en place des sanctions touchant un groupe d'individus, problème devant lequel les auteurs étaient désarmés.

Les titulaires du droit de modification sont les premiers magistrats en exercice, parfois ceux qui ont déjà été en charge et les conseillers, donc un groupe relativement restreint, mais cette règle n'est pas immuable. A Aix-en-Provence (Bouches-du-Rhône), à la fin du XVII^{ème} siècle, c'est la population aixoise qui s'empare du pouvoir réglementaire, ce qui pourrait laisser pressentir une certaine maturité politique, mais il faut être prudent car en fait il n'y a que cinquante Notables qui tentent de s'immiscer dans la confection de la règle de droit. Il faut souligner qu'ils proposent des mesures originales, allant jusqu'à l'instauration d'un autre mode d'élection des consuls. Ils ne seront pas suivis par le pouvoir central.

La procédure est simple: il suffit d'établir un projet qui sera soumis au plus prochain conseil, lequel se prononcera généralement à la majorité simple.

Comme les statuts, les modifications sont reportées dans les registres de la ville.

La publicité est généralement assurée par la lecture des nouvelles mesures avant les élections, afin que chaque opinant connaisse les règles en vigueur, mesure qui se perdra au fil des ans car il deviendra trop compliqué de lire les nombreuses modifications.

Si ces nouvelles mesures ne modifient pas l'équilibre politique précédemment établi, le parlement n'est pas sollicité pour leur homologation.

Pour toutes les villes du royaume, le droit électoral atteste d'une véritable autonomie municipale, mais souvent, cette dernière s'exerce dans un cadre restreint. Généralement, les rédacteurs ne profitent pas de la liberté qui leur est accordée, préférant s'inspirer du passé, comme si la seule antériorité justifiait de la qualité des mesures. Surtout, il est évident que les rédacteurs mettent en place des statuts qui servent leurs intérêts, répugnant à instaurer de nouvelles règles qui comportent obligatoirement un facteur d'incertitude. Fréquemment, les rédacteurs font partie d'un groupe d'oligarques compétents, mais aussi intéressés, cela allant de pair avec leur disponibilité économique et culturelle pour prendre en charge l'administration de la cité.

Dans l'Ancien régime, le cadre électoral, est le seul fait de la cité, mais une telle liberté comportait ses limites. Le droit traque la fraude, la fraude contourne le droit et pénètre ses lacunes, se perfectionne et viole délibérément la règle. Vient alors le temps pour le pouvoir central d'intervenir, certes pour lutter contre les troubles, mais aussi pour développer la centralisation et la soumission des villes.

3. Les sources externes du droit électoral

D'une manière générale, il semble que les parlements interviennent relativement peu dans la vie électorale des communautés. Plus générales et plus vastes sont les intrusions du pouvoir central qui, sur requête ou de son plein gré, modifie la réglementation lorsque les manœuvres électorales deviennent scandaleuses, avec une nette accélération à la fin du XVIIème siècle, conséquence logique de l'affirmation de l'absolutisme royal. Il faut noter une différence entre les interventions des parlements et celles du pouvoir central : d'un côté les arrêts ont un aspect strictement technique, de l'autre, les décisions peuvent avoir un caractère politique.

a. Les parlements. Normalement, les parlements n'interviennent pas de façon arbitraire dans la réglementation électorale. Leurs arrêts résultent soit d'une demande, tout particulier pouvant présenter une requête en cas d'abus, soit d'une auto-saisine lorsqu'ils la jugent utile. Les parlements qui homologuent les règlements, et parfois participent à leur confection, possèdent une telle connaissance du droit électoral qu'il sont aptes à juger les mesures qu'il faut éviter, celles qui doivent être mises en place.

Lorsque les parlements interviennent dans la réglementation électorale, les communautés ne sont pas consultées sur la règle édictée, elle s'impose car le roi leur a délégué une partie de ses pouvoirs.

Le seul objectif de ces institutions est de faciliter la vie électorale. Si à Aix-en-Provence, le parlement ne s'est jamais immiscé particulièrement dans la réglementation électorale, ce désintérêt ne se retrouve pas dans tout le royaume. En 1603, le parlement de Toulouse (Haute-Garonne), pour remédier à des abus, ordonne que les consuls de Gaillac seront nommés par un conseil général composé de soixante membres pris parmi les plus apparents et plus qualifiés de la ville, écartant ainsi la population. La situation est à peu près identique à Briançon (Hautes-Alpes), en 1614, lorsque le parlement met au point le règlement municipal.

b. Le roi. L'ingérence royale prend deux formes différentes selon qu'elle vise exclusivement une ville ou l'ensemble du royaume.

Dans le premier cas, son intrusion peut être commandée par des circonstances exceptionnelles, tels le rétablissement de l'ordre et la bonne administration de la province. A Marseille (Bouches-du-Rhône), en 1660, alors que de violents troubles agitent la ville, le roi met en place un nouveau règlement. Il avait procédé de la même façon, à Aix, l'année précédente. L'objectif royal peut aussi concerner la bonne administration de la ville, s'il change la date des élections pour que les charges soient exercées pendant l'année civile.

Après une intervention royale, surtout lors de la mise en place d'un nouveau règlement, les habitants, obligés de respecter la hiérarchie des sources, sont pratiquement dépossédés de leur pouvoir réglementaire, sauf pour apporter des modifications concernant des problèmes d'organisation.

Dans le second cas, la mesure royale concerne tout le royaume. Ainsi, en 1547, il réserve l'administration des villes aux bourgeois et notables marchands, autant de personnes capables de manier les deniers et disposant du temps nécessaire pour s'occuper des affaires de la ville. Le roi écarte ainsi ses officiers qui avaient tendance à accaparer le pouvoir municipal au détriment de leurs fonctions. L'autre intervention générale, qui se produit en 1692, marque un tournant décisif dans l'histoire municipale française. Désormais, les communautés ne peuvent plus élire leur premier magistrat politique car le roi, pour améliorer les finances de l'Etat, crée des offices qui seront vendus aux particuliers. L'édit de Versailles est officiellement pris pour d'autres motifs, tels les troubles constants observés dans les communautés.

Les villes réagissent vigoureusement mais le roi est intraitable, sauf si elles rachètent l'édit. Les communautés qui acceptent cette opération perdent quand même le droit d'élire le premier magistrat de la cité, mais, comme à Aix, le roi le choisira parmi trois noms proposés par la ville. Généralement, il retiendra le premier nom de la liste.

Louis XIV a trouvé le moyen d'obtenir de l'argent et de s'immiscer dans les élections municipales, bonne opération, puisqu'il a fait acheter par les communautés quelque chose qui leur appartenait. D'ailleurs, la même manœuvre sera renouvelée en 1702, 1703, 1706, 1707… jusqu'en 1724, tous ces édits auront pour but de soutirer de l'argent aux communautés. L'imagination ne faisait d'ailleurs pas défaut, tous les prétextes étaient bons pour créer de nouveaux offices qui, généralement, étaient rachetés par les communautés.

En 1724, les difficultés seront terminées ou sur le point de l'être. Le pouvoir central

décidera, par édit de juillet, que désormais les offices rétablis en 1722 seront à nouveau supprimés. Ceci aura pour conséquence de rendre aux villes leurs compétences anciennes. La liberté électorale sera rétablie et les communautés pourront à nouveau élire leurs consuls selon les anciennes coutumes et règlements.

Les lettres patentes, édits (...) sont enregistrées par les parlements et leur conservation est assurée par leur inscription dans les registres de la ville.

c. Le Conseil d'Etat. Les interventions du Conseil d'État, générales ou ponctuelles, sont relativement rares. L'arrêt du 22 octobre 1666, valable pour tout le royaume, est destiné à régler l'élection des greffiers. A Aix, en 1669, il comble une lacune de la réglementation puisqu'aucun texte ne mentionne le contentieux électoral.

D'une manière générale, le Conseil d'État intervient peu dans la vie des communautés, les élections municipales ne sont pas son fait, pour cela un autre agent du pouvoir central est tout désigné.

d. L'intendant. A la fin du XVIIème siècle, avec la mise en place de l'intendant, le roi s'est doté d'un redoutable agent. Sans aborder ici la surveillance des élections puisque sa présence sera obligatoire à chaque conseil de création du nouvel état, il faut souligner la place qu'il tiendra désormais parmi les sources externes du droit électoral.

Bien souvent, le roi, par son éloignement, ne disposait pas des informations nécessaires pour mettre en place les règles électorales les plus idoines. Il devait se fier à des personnes venues l'informer de la situation de la ville, dont les propos étaient rarement exempts de subjectivité. Désormais, un agent à demeure dans la province l'informe des manœuvres, mais surtout, par voie d'ordonnance, peut imposer de nouvelles règles.

Normalement, le droit électoral devrait toujours être d'une efficacité maximum or, à l'évidence, la réglementation est souvent, si ce n'est toujours, insuffisante. Le véritable problème tient au fait qu'elle ignore la réalité. Mise en place pour lutter contre des manœuvres individuelles, elle est impuissante face à celles des partis et la mentalité des intéressés autant que celle des parlements, du roi, des intendants, n'était pas prête à s'adapter, à accepter la situation et à composer la réglementation en partant des faits. A vouloir faire entrer absolument les pratiques électorales dans une réglementation désuète, celle-ci devenait inutile. Il suffit, pour illustrer ce propos, d'évoquer l'interdiction de candidature. Dans la pratique, celle-ci existait bel et bien et le droit ne pouvait s'y opposer efficacement.

L'attribution du pouvoir politique et administratif fait l'objet d'une réglementation précise à l'aide de statuts municipaux et de coutumes qui ont pour but essentiel de déterminer les personnes dignes d'accéder aux plus hautes magistratures politiques de la ville et à l'ensemble des charges électives. Par un ensemble de conditions complexes, ils récompensent les individus les plus méritants et protègent la maison commune des indésirables.

II. *Les charges municipales*

En 1579, Henri III impose que les principaux magistrats politiques des villes soient élus. Une ordonnance de Louis XIII, en

1619, confirme cette disposition, cependant, si en théorie les charges municipales émanent nécessairement de l'élection, à travers le royaume, la pratique est parfois bien différente.

A titre d'exemple, il faut savoir qu'en Gascogne, à la fin de l'Ancien régime, le seigneur choisit les futurs consuls parmi les sujets proposés par la communauté. A Lille (Nord), le *rewart* et le *maïeur* sont nommés par le gouverneur. A Toulouse, à partir de 1687, la nomination revient au roi, sur une liste de présentation, mais parfois il ne tient pas compte de cette proposition. Enfin, il peut même se trouver des cas d'hérédité comme à Saint-Maixent (Deux-Sèvres) où les enfants des échevins (équivalents des conseillers) sont préférés à tous autres pour obtenir ces charges, d'où naissance d'une caste à laquelle est réservée l'administration municipale.

Ailleurs, le principe de l'attribution élective des charges municipales est une réalité constante. Il ne peut subir d'atteintes qu'en cas de circonstances très particulières qui imposent un autre mode de choix, modifications liées généralement à l'obligation de protéger des intérêts supérieurs.

C'est d'ailleurs au nom de l'un deux, le bien public, que sont élus les magistrats politiques sans qu'ils aient à manifester leur volonté de diriger l'administration municipale. Perçue comme une récompense, l'élection confère logiquement des honneurs qui ne peuvent cependant faire oublier quelques charges, destinées à protéger l'administration municipale. Ce même souci impose d'ailleurs que les élus ne restent en place qu'une seule année.

1. Caractère des charges électives

Les charges électives sont en nombre variable, selon les communautés et les époques. Elles sont caractérisées par l'absence de candidature et par l'obligation d'accepter l'honneur échu, système qui permet de faire administrer la ville par les personnes jugées les plus compétentes, même si capacité ne signifie pas obligatoirement disponibilité et bonne volonté. En contrepartie de cet honneur, l'élu jouira de certains avantages. Malgré les désagréments qu'elles entraînent, parce qu'elles sont considérées comme une récompense, les charges publiques sont annuelles afin que tous puissent y prendre part.

Dans le cadre de cette communication, pour ne pas alourdir le propos, on ne tiendra compte que des consuls, maires, échevins (…) et des conseillers, les principaux acteurs de la vie politique de la communauté.

2. Liberté individuelle et charges municipales

Le principe de l'absence de candidature est une donnée commune à tout le royaume. Ce système a théoriquement l'avantage de faire accéder à la tête de la cité des gens paisibles, au-dessus des querelles. C'est le prototype du *bonus pater familias*, image rassurante qui correspond cependant assez peu à la vérité et la pratique est là pour attester que l'acte de candidature existait bel et bien et que parfois, comme à Nantes (Loire-Atlantique), il était officiel.

Les charges communales, considérées comme un devoir à accomplir, ne peuvent être refusées par les élus. Cette ancienne

tradition romaine, contenue dans le code Théodosien (XII, 29) est reproduite dans les chartes communales de Picardie et de Bourgogne par exemple.

Cette mesure est appliquée différemment selon les provinces. En Provence, il existe peu de cas de refus de charge pour convenance personnelle et généralement les arguments ne sont pas retenus. D'autres villes du royaume montrent plus de souplesse et le grand âge, les maladies, le nombre d'enfants… sont des motifs valables pour obtenir une exemption. En fait, il faut relever la grande diversité, certaines villes retenant tels arguments qui seront refusés ailleurs.

Il est de règle dans tout le royaume de contraindre par voie de justice ceux qui, sans excuse légitime, refusent de remplir les charges auxquelles ils sont élus. A Amiens (Somme), si un bourgeois refuse d'être échevin, sa maison est rasée, il doit payer une amende et remplir quand même la charge.

Comme les premiers magistrats, les conseillers n'ont pas à faire acte de candidature. Dès que la pluralité des opinants a jugé un individu apte à veiller sur les intérêts de la communauté, il doit s'exécuter.

Sensibles à l'honneur qui leur est fait, conscients du rôle qu'ils peuvent jouer dans la ville, les élus essaient rarement de fuir les charges et, même après avoir tenté cette manœuvre souvent désespérée, ils suivent assez consciencieusement l'administration de la ville. Il n'est pas impossible que les honneurs attachés aux fonctions aient joué un certain rôle, les charges étant de plus en plus théoriques au fil des ans.

3. Honneurs et charges attachées aux fonctions municipales

Le fait d'accéder à la plus haute magistrature politique de la ville confère des honneurs, des avantages pécuniaires et en nature qui, à travers le royaume, sont fixés par la coutume et les règlements.

Parmi les honneurs, il faut citer l'anoblissement des roturiers. Les premiers offices dotés de la vertu d'anoblir semblent avoir été les charges de maires et échevins des villes de Poitiers (Vienne) en 1372 et d'Angoulême (Charente) en 1375. Ce privilège fut ensuite étendu à beaucoup d'autres villes, de là est sortie la noblesse d'échevinage, dite aussi noblesse de cloche, par allusion au beffroi municipal.

La qualité de noble accordée aux premiers magistrats confère un certain nombre d'immunités héréditaires, celle de la taille pour les immeubles roturiers, de logement des gens de guerre (…)

Toujours au titre des honneurs, il faut relever le droit d'être député à la cour, moyen de se faire connaître du roi. A Marseille, les consuls revenaient de la cour avec un présent en argent, une commission d'officier dans un régiment ou sur un des navires du roi (…)

Généralement, les premiers magistrats percevaient annuellement une somme d'argent qui pouvait être un véritable traitement. Au contraire, comme à Béthune (Pas-de-Calais), les fonctions municipales sont gratuites, les élus sont seulement défrayés. Les consuls de Grenoble (Isère) et d'autres villes du Dauphiné, en plus de leurs gages, sont exempts de taille l'année de leur consulat mais ils ne peuvent prétendre à aucune vacation.

En effet, indépendamment des gages,

les premiers élus perçoivent des vacations qui sont parfois substantielles. Elles représentent la rémunération d'un travail exceptionnel (établissement des billets de logement des troupes (…).

D'une manière générale, dans l'ensemble du royaume, si ce type de charge est rémunéré de façon très raisonnable, les vacations par contre sont extrêmement avantageuses, à tel point qu'elles attirent l'attention royale. Un édit du 18 juin 1668 réglemente les députations effectuées par les communautés. Désormais, les premiers magistrats ne peuvent être députés, sauf s'ils déclarent ne rien prendre pour leur voyage et séjour, sinon ils seront condamnés à rembourser le quadruple.

D'après l'ardeur à conquérir la première place dans la ville, il semblerait que les charges ne comportent que des avantages. Pourtant les inconvénients ne manquent pas: les élus engagent leur temps, leur patrimoine, leur responsabilité solidaire, leur sécurité en cas de troubles ou d'épidémie.

Le patrimoine des premiers magistrats politiques peut être engagé pendant l'année d'exercice en cas de faute ou d'erreur de gestion. Cette possibilité justifie la nécessité de figurer parmi les plus nantis de la ville: la surface financière de l'individu sert alors de caution.

Indépendamment de toute faute, les élus peuvent être amenés à entamer leur patrimoine. A Aix, en 1576, un consul est jeté en prison parce que la ville doit 515 florins qu'elle ne peut payer. A Poitiers, en 1601, un échevin prête de l'argent pour obtenir le départ des troupes royales, à Brive (Corrèze), les consuls avancent des fonds et ne seront remboursés que si les comptes sont approuvés.

Les élus sont responsables des fautes qu'ils peuvent commettre pendant leur année d'exercice. Déjà en 1386 à Dijon, le maire devait être riche afin de donner à la commune les moyens d'obtenir une indemnité pour le cas où, par son fait, la mairie serait saisie. A Saint-Etienne de Tinée (Alpes-Maritimes), le jour de la prestation de serment, les consuls doivent verser chacun 5 écus d'or, et 70 florins lors de leur sortie de charge.

D'autres cas de responsabilité financière sont prévus, tenant toujours à l'entrée de l'argent dans la caisse communale, et se trouve alors punie la négligence d'élus qui ne sont pas suffisamment diligents pour récupérer les deniers de la ville ou surveiller les comptes du trésorier. A Pélissanne (Bouches-du-Rhône), les consuls supportent tous les dépens et dommages-intérêts que peut subir la communauté.

Il faut souligner que d'une manière générale, si les principaux magistrats politiques sont responsables solidairement, dans la pratique, les élus viennent rarement au secours des finances de la ville, et leur responsabilité est tout aussi exceptionnelle. Cependant, le risque demeure.

Les élus peuvent encore voir leur patrimoine engagé lorsqu'ils prennent des mesures impopulaires. A Aix, en 1653, un consul voit sa maison pillée à la suite d'un vote sur la ferme de la farine.

La présentation des charges pesant sur les élus serait incomplète si une circonstance, certes exceptionnelle, n'était envisagée car, par l'engagement physique qu'elle imposait, elle bouleversait la vie des individus. Il s'agit de la peste. Lorsqu'elle gagne la ville, les élus doivent veiller à l'état sanitaire, au maintien de l'ordre, au ravitaillement … Alors un certain sens du devoir est

*Bordeaux au XVII*ème *siècle*

indispensable et bien entendu l'abandon ne peut être envisagé.

La complexité des honneurs, privilèges et charges attachés aux premières magistratures politiques rappelle leur caractère extraordinaire, les plus considérées de la ville. Les autres officiers, qui œuvrent dans l'ombre et dans l'indifférence presque générale, sont moins bien pourvus.

4. Autres charges municipales

Dans presque toutes les villes du royaume, aucune somme d'argent n'est attribuée aux conseillers pour le temps consacré aux affaires de la ville, qu'il s'agisse de gages ou d'indemnités. Donc, ils exercent une fonction obligatoire et gratuite, privée d'honneurs et de prestige, ce qui peut expliquer le désintérêt pour le conseillorat.

Parmi les charges qui pèsent sur la fonction de conseiller, la principale est l'obligation d'assister aux séances du conseil. Cette participation n'étant pas toujours spontanée, des moyens sont mis en place pour lutter contre l'absentéisme et ceux-ci, pour toute la France, sont à peu près identiques.

Il peut tout d'abord exister un procédé de convocation destiné à éviter les oublis. Certaines communautés imposent une amende aux conseillers absents. Lorsque le règlement est très rigoureux, ils sont immédiatement condamnés et peuvent être incarcérés sur réquisition des syndics. En Provence, d'une manière générale, ces sanctions ne sont pas appliquées.

Obligés d'accepter leur charge, les con-

seillers ne doivent pas en attendre d'honneurs, mais, à l'opposé, la pratique montre qu'ils prennent leur tâche avec philosophie. En obligeant des individus à accomplir un travail qu'ils ne désirent pas, à un moment qu'ils n'ont pas choisi, le risque était grand de rencontrer un absentéisme considérable et donc de voir un petit groupe de personnes détenir effectivement le pouvoir municipal.

Très souvent, la réglementation ne comporte aucune disposition quant à une responsabilité éventuelle des conseillers.

L'accès à la maison commune est réglementé, les charges municipales sont obligatoires, autant de précautions destinées à des individus qui généralement resteront en charge pendant une courte période.

5. Annalité des fonctions municipales

Assez répandue dans le royaume, cette règle n'est cependant pas obligatoire. A Eu (Seine-Maritime), au XVII^{ème} siècle, il est fréquent que les échevins demeurent en charge plus d'une année. A Provins (Seine-et-Marne), le roi accorde le droit d'élire un maire et quatre échevins qui seront réélus tous les deux ans. A Dijon, depuis le XIII^{ème} siècle, en l'absence de règlement s'introduit la coutume de prolonger le mandat des officiers.

Ailleurs, le principe de l'annalité des fonctions est tellement évident qu'il est souvent inutile de l'affirmer dans les statuts municipaux.

Un aussi bref délai limite les dangers en cas d'incompétence et les inconvénients vis-à-vis d'élus obligés d'accepter la charge.

Autre avantage: le renouvellement annuel permet à un plus grand nombre d'individus d'accéder aux honneurs.

En 1692, le roi bouleverse l'ordre établi et l'un de ses arguments pour imposer des maires perpétuels trouve sa source dans l'inconvénient du système: les élus quittent leurs charges alors qu'ils commencent à connaître les affaires. A l'évidence, cela n'a pas échappé aux communautés. A Toulouse, les capitouls ont obtenu du parlement qu'un quart des magistrats reste en fonction d'une année à l'autre afin d'introduire l'esprit de suite dans l'administration capitulaire. A Paris, les échevins sont élus pour deux ans, renouvelables par moitié tous les ans. D'autres communautés, comme Aix, palient les inconvénients de l'annalité en adjoignant aux consuls nouvellement élus des consulaires (personnes qui ont déjà été consuls), les consuls et conseillers vieux (sortant de charge).

La règle de l'annalité peut être tempérée lorsque les circonstances l'exigent: les élus seront prorogés de quelques mois ou reconduits pour une année en cas de troubles, ils seront remplacés en cas de décès ou d'apparition d'une incompatibilité.

Le plus grand nombre d'individus devant avoir accès aux honneurs conférés par les charges, cela implique l'interdiction d'être réélu trop rapidement. En Languedoc, les règles imposent parfois un délai de sept années entre les magistratures. Le but est alors de préserver les intérêts privés contre la communauté autant que celle-ci contre les ambitions personnelles.

Chaque communauté est libre de choisir le délai d'inéligibilité, en fonction de critères telle la disponibilité d'élus potentiels. D'une manière générale, la durée de l'interdiction est plus courte pour les conseillers que pour les principaux magistrats puisque tous les ans il faut trouver un certain nombre de personnes capables.

Obligatoires, les charges électives n'accaparent le temps des habitants de la cité que pendant une année, cependant, même pour une si courte période, il faut veiller à ce que les élus figurent parmi les plus dignes de la ville. La compétence n'est pas un critère suffisant, il semble plus important de veiller à la moralité, à la religion … des élus, autant de points qui doivent néanmoins être complétés par des incompatibilités et chefs d'inéligibilité afin que l'administration de la ville soit confiée aux plus méritants.

6. Règles d'accès aux charges électives

Un certain nombre de conditions ont été déterminées dont l'objectif est double : permettre au conseil d'élections d'effectuer le meilleur choix en se conformant à la réglementation, éviter que certains individus manœuvrent et accaparent le pouvoir. L'arsenal juridique destiné à éviter les erreurs est fonction de la valeur accordée aux différentes charges municipales. L'analyse des statuts met en évidence l'importance des consuls, maires, échevins (…) qui seuls bénéficient d'un système de protection sophistiqué.

Multiplicité des conditions requises pour accéder à la tête de la maison commune. L'origine des conditions imposées par le droit est double. Parfois modifiées en devenant réglementaires, les unes résultent des mesures coutumières régissant l'accès au consulat, principalement lorsqu'elles sont importantes ou susceptibles d'être ignorées, les autres, créées par les habitants de la cité ou par le roi, entièrement nouvelles, comblent les lacunes.

a. Conditions d'éligibilité. L'évidence de l'obligation d'être de sexe masculin est telle que bien souvent il est inutile de l'affirmer dans les statuts municipaux. Il en est de même pour l'état de santé. S'il fut un temps où les magistrats municipaux ne devaient pas être atteints de lèpre, cela n'est plus mentionné aux XVI^{ème} et XVII^{ème} siècles. Autre condition apparemment passée sous silence: l'interdiction des magistratures suprêmes aux bâtards. Son évidence est telle qu'elle peut être passée sous silence.

Certaines communautés divisent la population en classes ou échelles. Ainsi, à Montpellier (Hérault) et à Nîmes (Gard), chacun occupe une position en fonction de sa profession et chaque échelle fournit un consul qui la représente au sein du gouvernement local. A Perpignan (Pyrénées-Orientales), c'est l'alternative entre les nobles et les bourgeois quant à l'exercice des fonctions de premier et second consuls.

En ce qui concerne la religion, la situation est des plus confuses, selon les périodes et les régions. A Ganges (Hérault), devenue protestante à la fin du XVI^{ème} siècle, il n'y avait que quelques catholiques en 1635. Souvent les villes connaissent des situations incertaines, passant de l'acceptation à l'exclusion comme à Montpellier ou à Strasbourg (Bas-Rhin).

Il arrive que les statuts municipaux prévoient l'âge minimum requis pour l'élection de même que l'âge limite. En cas de silence, la coutume est sollicitée.

Pour être éligible, il est souvent imposé d'être natif et originaire de la ville et souvent d'y être domicilié, le temps variant d'une communauté à l'autre. A Bagnères (Hautes-Pyrénées), il fallait avoir résidé depuis dix ans.

Souvent il est demandé aux élus de pos-

séder des biens dans la ville ou le terroir. La plupart des communautés provençales exigent des élus qu'ils possèdent des biens inscrits au cadastre pour une certaine valeur, les chiffres variant beaucoup d'une communauté à l'autre et parfois aussi en fonction de la charge.

L'ensemble de la réglementation, qui détermine les personnes dignes d'accéder à la tête de la maison commune, est complété par de nombreux cas d'inéligibilité contenus essentiellement dans le droit.

b. Chefs d'inéligibilité. Les comptables, personnes en compte avec la communauté tels que les fermiers, sont généralement exclus des charges municipales car on craint de leur part des manœuvres destinées à favoriser leurs propres finances.

L'interdiction des fils de famille fait aussi partie des chefs d'inéligibilité. Ils inspirent une certaine crainte puisque, sous la domination du *bonus pater familias*, ils ne peuvent disposer d'une fortune personnelle. En cas d'élection, le père serait tenu de rembourser les deniers publics, comme cela a été décidé par le parlement de Grenoble en 1637 à propos d'un fils relicateur (débiteur) de la communauté. Certaines communautés, comme Saint-Jeannet (Alpes-Maritimes) admettent que les mineurs ou enfants de famille puissent être élus s'ils ne demeurent plus chez leur père et dirigent seuls leurs affaires depuis dix ans. Dans ce cas, il s'agit d'une émancipation tacite, mais deux conditions doivent être remplies: le domicile distinct et la possession de moyens d'existence propres.

Pour éviter que la maison commune ne soit la propriété d'une famille, les statuts prévoient presque toujours l'interdiction d'élire des parents et alliés, mais cette règle pose souvent des problèmes, notamment en cas de pénurie de gens capables.

Autre règle fréquemment insérée dans les statuts: l'exclusion des «gens ayant procès avec la ville». Elle est destinée à empêcher les plaideurs de manipuler les dossiers à leur profit.

L'éviction des «gens prévenus par justice pour crimes et délits» protège le consulat de personnes dont la réputation est de nature à ternir l'image des principaux magistrats politiques.

Les deux derniers chefs d'inéligibilité concernent les débiteurs de la ville et les spéculateurs. Les premiers mettant en péril des finances déjà fragiles, on peut craindre que leur élection ne soit l'occasion de manœuvrer pour éteindre la dette ou pour la réduire. En fait, l'action est certainement très psychologique: inciter les personnes susceptibles d'être élues à payer leurs dettes. Quant aux spéculateurs, ils sont écartés car ils accaparent les denrées, chose répréhensible.

Très tôt, l'ensemble des précautions ci-dessus a été complété par une mesure qui a eu pour conséquence d'écarter de l'administration municipale les gens de robe longue.

c. Incompatibilités. Depuis l'édit de 1547 signé par Henri II, les gens de robe longue (membres des parlements, cours des comptes, avocats …) sont écartés de l'administration des villes. Les sanctions prévues en cas de violation sont très sévères: une forte amende doit être payée par chaque votant, et s'y ajoute une privation du droit d'élire. Bien entendu, les élus sont également punis par la perte de leurs offices. Le roi désirait que l'administration des deniers de la ville revînt aux personnes les plus compétentes, les bourgeois et les notables marchands.

A travers le royaume cette règle est bien

appliquée, sauf en cas de pénurie de gens compétents. A Auch (Gers), le premier consul est souvent un homme de loi, à Angers (Maine-et-Loire), les magistrats remplissent toujours les charges municipales.

Il ressort des règles ci-dessus, que tous les habitants d'une communauté ne pouvaient espérer devenir consuls. Par contre, il était beaucoup plus facile d'accéder au conseillorat.

7. Les conseillers

Théoriquement, seuls les conseillers possèdent le pouvoir de décision en matière d'administration communale. Que leur accès à la tête de la ville soit l'objet d'une stricte réglementation serait normal, mais très souvent, le droit et la pratique montrent que la situation est tout autre.

a. Conditions d'éligibilité. Généralement, il faut être «citoyen» de la ville pour travailler à ses intérêts.

En ce qui concerne la religion, à Aix, avant 1585, sept personnes sur vingt-quatre doivent appartenir à la religion prétendue réformée (sont protestantes). A partir de cette année, les conseillers, respectant la volonté royale, prêtent serment de vivre catholiquement.

Il arrive que les statuts imposent un âge minimum pour pouvoir être élu conseiller, de même qu'un certain allivrement (niveau de fortune) peut être demandé.

Il ne paraissait pas nécessaire de prévoir un plus grand nombre de conditions d'éligibilité pour éviter la main-mise sur le pouvoir municipal et les chefs d'inéligibilité ne sont guère plus nombreux.

b. Chefs d'inéligibilité. La mesure qui se retrouve le plus fréquemment dans les statuts concerne les règles de parenté. Parfois ce sont les mêmes que celles qui sont imposées aux consuls mais, bien souvent, la pénurie de gens capables oblige à tempérer cette disposition. Ainsi, à Troyes (Aube), en 1665, le conseil est devenu une affaire de famille et malgré un rappel du Conseil d'Etat les difficultés d'application sont nombreuses.

Comme pour les consuls, le fait d'être en procès avec la ville est un cas d'inéligibilité.

En matière d'inéligibilité des conseillers, la coutume n'est guère plus riche que le droit, la seule explication valable tient au désintérêt qu'ils inspirent. Quelques dispositions çà et là et une pratique très souple semblent suffire.

c. Incompatibilités. Comme pour les consuls, le fait d'être en compte avec la ville est une cause d'inéligibilité.

L'ensemble de toutes ces mesures montre que la finalité du droit et de la coutume n'était pas de porter au pouvoir les gens les plus compétents. En fait, très souvent, l'essentiel était que les premiers magistrats fassent honneur à la ville. Pour le reste, seules les valeurs les plus importantes étaient protégées, telles les finances de la ville. Reflet de la mentalité, le besoin d'une bonne administration n'est jamais évoqué. Dans ce cas, il ne faut pas s'étonner que règlements et coutumes s'intéressent plus à la moralité des gens, à ce qu'ils sont: honnêteté est alors synonyme de compétence, pourvu que l'élection soit légitime, que les élus correspondent bien à ce que la cité attend d'eux et que la procédure soit régulière.

III. *La procédure électorale*

A travers le royaume, la procédure électorale est aussi variée que l'ensemble de la réglementation.

Si les habitants jouissent d'une grande liberté pour organiser leurs élections municipales, ils doivent néanmoins respecter quelques principes généraux, et parmi ceux-ci l'obligation d'observer la date et le lieu prévus dans les statuts municipaux, parfois le recours au parlement pour convoquer le conseil de création du nouvel état, toute dérogation ne pouvant qu'être exceptionnelle.

1. Organisation des élections

Chaque ville détermine la date qui lui convient. A Troyes, c'est le 11 juin, à Saint-Dizier (Haute-Marne) à la chandleur (…) La date choisie sera toujours respectée, toute modification non justifiée entraînant la cassation des élections. De même, les élections ont toujours lieu au même endroit. Selon l'ordonnance de juin 1559, les assemblées doivent se tenir dans un lieu accessible à tous. Si les communautés sont riches, elles possèdent une maison commune, si elles sont pauvres, les élections auront lieu sur la place de l'église, dans la salle du château (…) Ces deux règles font que tout le monde connaît le moment du changement de l'administration municipale et le lieu où se déroulent les opérations.

Parfois, la convocation du conseil de création du nouvel état doit être autorisée par le parlement, sur requête présentée par les consuls, eux-mêmes mandés par le viguier. En Provence, en autorisant les élections, le parlement désigne les conseiller et commissaire qui assisteront à la création du nouvel état.

Il arrive que les élections soient précédées d'une phase préparatoire qui permet par exemple aux consuls sortants de choisir leurs successeurs. Ici encore l'uniformité n'existe pas. Chaque communauté a mis au point le système qui lui semble le meilleur. A Aix, les consuls en fin de mandat n'ont pas le pouvoir de choisir directement leurs successeurs. La première sélection est opérée par les consulaires qui inscrivent les noms des futurs consuls possibles sur des bullettes (petits morceaux de papier). Les consuls sortant vont ensuite classer ces noms, vérifier la qualité des personnes proposées et établir ainsi le rôle, étant entendu que le premier nom sera proposé en premier aux opinants. Normalement, le rôle est secret, mais il est certain que tout le monde connaît les noms qui y sont portés.

Selon les communautés, la population joue un rôle plus ou moins important lors des élections. A Dijon, en 1611, un édit limite le nombre de votants par le cens, mais on compte quand même 1 500 à 1 600 électeurs, et plus lorsque les vignerons arrivent en masse. A Aix, trente personnes de la ville, les cités, rejoignaient les conseillers pour composer le conseil d'élections.

Afin que chaque intéressé et l'ensemble de la population connaissent le moment des élections, le système de convocation doit être le plus large possible. Elles peuvent être annoncées à «sons de cloches et voix de trompes» par le crieur public à tous les carrefours. Il est assez fréquent que les opinants ne soient pas convoqués individuellement.

La convocation a généralement lieu le

matin même de l'élection, ce qui peut sembler tardif, mais il faut tenir compte de l'intérêt des habitants de la ville pour la création du nouvel état. Avec les brigues et les cabales qui entourent le changement des officiers plusieurs semaines avant les élections, il est impensable que la convocation ait pour but de rappeler aux intéressés qu'ils doivent opiner. Il faut plutôt croire que, partie du formalisme électoral, elle n'a qu'un but de confirmation et d'information envers les habitants qui vont perdre des magistrats politiques pour en trouver de nouveaux.

La surveillance des élections est assurée par un représentant du pouvoir central. Cette mesure a été mise en place en 1547 et 1549 pour préserver l'indépendance des maisons communes. Dans certaines régions du Nord, à Arras (Pas-de-Calais) par exemple en 1664, le gouverneur préside au renouvellement de la loi (conseil d'élections) et ensuite cette tâche sera dévolue à l'intendant. A Valence (Drôme), l'évêque préside les élections municipales et reçoit le serment des consuls. En Provence, c'est le viguier qui veille au respect de la procédure électorale.

Généralement, les élections sont une affaire d'hommes, mais une distinction est parfois opérée entre ceux qui sont mariés et les célibataires. Ainsi, dans les petites communautés de la généralité de Paris, on admet les célibataires inscrits sur le rôle de la taille. A l'inverse, dans les plus grandes villes leur suffrage n'est pas requis, jugés incapables. A Dijon, cas tout à fait exceptionnel, les femmes avaient le droit d'assister à l'élection du maire, mais sous Louis XIII la norme s'impose comme ailleurs et leur présence est interdite.

D'une manière générale, partout dans le royaume, l'assiduité est une obligation sanctionnée par une amende, laquelle double ou triple en cas de récidive.

A Aix, certains opinants sont interdits de vote : les parents et alliés en fonction du degré d'alliance. A travers le royaume d'autres systèmes sont en vigueur. Ainsi, un arrêt du parlement de Normandie en 1675, pour la ville de Verneuil (Eure), prévoit que les voix du père, du fils, du frère et du neveu comptent pour une seule voix.

Parmi les interdits se trouvent les nommés eux-mêmes qui, de plus, doivent quitter la salle du conseil au moment du vote.

L'assistance à la messe permet aux opinants, visités par l'Esprit Saint, de choisir les personnes les plus idoines pour administrer la ville et de trouver la force d'oublier toutes leurs affections pour ne penser qu'au bien public.

Pour le cas où les esprits ne seraient pas suffisamment préparés, les élections sont précédées par des harangues, recommandations destinées elles aussi à écarter les passions.

Enfin, des serments, en nombre plus ou moins important, sont ajoutés. Ainsi, la prestation de serment est obligatoire pour les premiers magistrats au moment de la nomination de leurs successeurs, et pour tous les opinants, au moment du ballottement (vote).

Tous les moyens sont mis en œuvre pour que les élections soient à l'abri des convoitises. La procédure de la création du nouvel état est jalonnée de précautions qui, prises individuellement, sont d'une efficacité relative, par contre, il n'est pas impossible que l'ensemble ait permis d'éviter de plus grands débordements.

Toutes ces mesures sont cependant d'une efficacité relative car inadaptées au mal,

la crainte de Dieu et le désir de lui plaire, ainsi qu'au roi, ne sont pas des arguments suffisants pour empêcher les brigues, cabales et monopoles. Ces moyens sont dérisoires face à des individus prêts à tout pour s'attribuer ou conserver le pouvoir municipal. Il suffit de savoir que, notamment à Dijon, en 1561, il était interdit de se rendre armé à l'assemblée sous peine d'être pendu et étranglé pour comprendre l'ambiance d'un conseil d'élections.

A travers le royaume, les modes d'élection sont d'une extrême diversité. A Arras, les électeurs viennent tour à tour sur un tapis placé au centre de la salle rayer les noms qu'ils veulent éliminer. A Nantes, avec le suffrage des «piques», chaque électeur prononce tout haut le nom de son candidat et en même temps pique, c'est-à-dire marque d'un trait sur la liste des éligibles, le nom de son candidat. A Rians (Var), le vote s'effectue à l'aide de «fayo» (haricot) blanc pour l'accord et noir pour le refus. A la fin du XVII^{ème} siècle encore, dans un village de Bigorre, on distribue aux habitants des grains de millet. A Aix, au début du XVII^{ème} siècle, le vote s'effectue à l'aide de ballottes de drap noir. Certaines communes préfèrent recourir au tirage au sort.

En ce qui concerne les caractères du vote, il faut savoir qu'au XVII^{ème} siècle, il est impossible d'assister aux élections et refuser de voter. La notion d'abstention est inconnue. A Aubagne (Bouches-du-Rhône), le règlement prévoit qu'en cas de refus par un opinant, il sera condamné par le juge à une amende de 500 écus et comparaîtra en justice devant la cour d'Aix s'il maintient son refus.

Toute personne convoquée à la création du nouvel état qui ne peut s'y rendre, perd son droit d'opiner car le système de la procuration ou du vote par correspondance est inconnu. Le vote est un droit personnel intransmissible.

Enfin, le vote peut être public ou secret. Il est public lorsqu'il s'effectue à haute voix, système qui n'est pas sans inconvénient puisqu'un jour à Bayeux (Calvados) un artisan, pour se faire élire, vote plusieurs fois en changeant sa voix. Certaines villes sont plus méfiantes, tel Albertville (Savoie) où les électeurs défilent un à un devant l'auditeur des voix et quittent la salle après avoir exprimé leur vote. A Cuers (Var), Angers, Troyes, le vote est entouré d'une certaine discrétion. Pour d'autres communautés, le doute subsiste puisqu'il suffit de regarder dans quelle boite est plongée la main pour connaître le vote. Sauf si, comme à Pélissanne, le règlement prend la précaution d'obliger les opinants à mettre la main dans toutes les boites, l'entrée étant protégée par un drap.

Le décompte des ballottes s'effectue immédiatement après la fin du vote. Pour être élu, la majorité simple suffit. S'il se trouve autant de ballottes pour l'approbation que pour le refus, selon les époques, certaines personnes votent à nouveau afin d'effectuer le partage, ou bien le nommé est rejeté (on ne parle pas encore de ballottage, mais de partage de voix).

Lorsque les élections sont terminées, les élus ne prennent pas immédiatement leurs fonctions et souvent des cérémonies destinées à les faire connaître sont organisées.

2. Prise de fonction et mise en place des élus

Avant leur prise de fonction, les officiers nouvellement élus donnent une dernière

garantie en prêtant serment. Cette obligation est imposée par l'édit de Crémieu de 1536, mais le principe était plus ancien.

Après leur prestation de serment, les consuls reçoivent leur chaperon, vêtement porté pendant la durée de leur charge, qui constitue une considérable marque de distinction. Dans de nombreuses villes, les consuls, en plus du chaperon, portent une robe consulaire.

D'une manière générale, les consuls nouvellement élus attendent un mois avant de prendre effectivement leurs fonctions. Pendant ce temps, ils assistent à toutes les réunions et se mettent au courant des affaires.

Selon les communautés, différentes cérémonies encadrent la prise de fonction des nouveaux élus: assistance à une messe, visite au gouverneur, présentation au public, déjeuner (…)

La création du nouvel état fait l'objet de soins attentifs, réglés soit par le droit, soit par la coutume. Tous ces système fonctionnent de façon variable selon les périodes. Dans l'ensemble, on peut estimer que les habitants étaient assez satisfaits des rouages mis en place, d'autant que la cassation des élections était là pour contenir l'ambition des plus virulents d'entre eux.

3. Contentieux électoral

L'appel de l'élection a pour but d'obtenir sa cassation et les règles applicables sont celles du droit canon qui admettait qu'une élection puisse être frappée d'appel et soit cassée si elle était entachée de vice.

D'une manière générale le contentieux électoral est assez difficilement abordable. A Aix, pendant longtemps, les statuts municipaux ne contiennent aucun article sur les règles d'appel, les motifs de cassation, les demandeurs possibles … Les rares informations sont recueillies au fil des pages. Ainsi, apprend-on que l'appel de l'élection doit avoir lieu dans le délai de trois mois. Les conseiller et commissaire du parlement constituent le premier degré de juridiction, exercé pendant le conseil de création du nouvel état. Si les appelants ne sont pas satisfaits de la décision, ils présentent une requête au parlement, ce qui constitue le second degré, mais ils peuvent aussi s'adresser directement à cette cour, à condition que cette intervention se situe après la clôture des élections. Dans ce cas, le parlement juge en première instance. Enfin, le Conseil d'Etat peut aussi être saisi en première instance par les intéressés.

L'appel a pour caractéristique de n'être pas suspensif, ce qui est prudent et logique. Si les administrateurs n'avaient pu entrer en charge avant la sentence du parlement, on pouvait craindre des mécontents un appel systématique. Cette mesure par ailleurs est logique: d'une part, la direction de la maison commune ne peut être vacante, d'autre part l'élection représente la volonté du conseil d'élections, laquelle est plus forte que celle d'un seul individu.

Conclusion

Nombre de villes du royaume sont des polyarchies, le gouvernement y est assuré par le conseil de ville et le consulat, l'échevinage …, élus selon un système dont le souci majeur n'est pas la recherche de la démocratie. Généralement, les régimes sont ploutocratiques et oligarchiques.

Tous ces traits sont communs à l'ensem-

ble du royaume, de même que l'application du droit électoral. Partout, il semble que les abus aient été la règle et la permanence des brigues et cabales montre assez que le droit était inadapté, ceci s'affirmant davantage au fil des années.

Pour apprécier l'efficacité du droit face aux manœuvres, il faut distinguer deux périodes. Dans un premier temps, les brigues sont essentiellement individuelles, alors le droit, pleinement efficace, empêche les cabales et monopoles et endigue parfaitement l'ardeur des individus. Efficacité telle que les amoureux du pouvoir municipal s'organisent et les partis vont alors jouer un rôle qu'ils ignoraient jusque là. D'individuelles, les manœuvres deviendront collectives et le droit impuissant car il n'a pas été conçu pour s'opposer à des gens organisés et regroupés: dès lors l'institution juridique ne correspondra plus à la réalité électorale et aucun remède efficace ne sera proposé. Cependant, dans l'absolu, il ne faut pas exagérer l'importance des brigues et des cabales: en respectant le droit ou en le contournant, les gens portés au pouvoir n'étaient guère plus compétents. L'administration de la ville était de toutes façons livrée aux gens les plus représentatifs, en respectant une légitimité, même factice.

Cette situation, à la fin du XVII^{ème} siècle, ne peut se comprendre qu'à l'aide d'une brève analyse du jeu du pouvoir central. Le roi, durant la première moitié du XVII^{ème} siècle, alors que sa position est souvent peu solide, s'efforce de maintenir l'équilibre entre les forces en présence, avantageant les partis opposés à tour de rôle afin de polariser l'attention d'habitants bien remuants. Au milieu du XVIIème siècle, la situation change. Louis XIV s'affirme de jour en jour ; pour lui, il devient moins important de maintenir un équilibre que d'obtenir le soutien inconditionnel du parti qui lui est le plus favorable, prêt à agir au mieux des intérêts du royaume, tel qu'il les conçoit.

La création des offices de maires en 1692 ne laisse subsister aucun doute: l'aimable désordre électoral n'a plus de place dans un état fort et organisé. Le temps de l'autonomie municipale est révolu, et d'ailleurs on peut se demander avec certains auteurs si la royauté ne voyait pas d'un œil favorable une agitation qui, tôt ou tard, permettrait l'application de remèdes énergiques. Louis XIV, en s'attaquant aux habitudes électorales de ses sujets, en modifiant les formes anciennes et les usages séculaires, ruinait ce qui restait d'esprit d'indépendance de ses provinces, consolidait sa puissance et surtout endiguait la vie politique des provinces.

L'*Encyclopédie* fra continuità e mutamento storico

PAOLA PERSANO

> […] un fils est né auprès de son père, et il s'y tient: voilà la société, et la cause de la société.
>
> MONTESQUIEU, *Lettres Persanes*, XCIV

1. *La staffetta fra le generazioni*

Nell'articolo "Encyclopédie", uno dei contributi a più forte carica programmatica dell'intero *Dictionnaire raisonné des Sciences, des Artes et des Métiers*, Diderot scrive:

> ce mot signifie *enchaînement de connaissances* […]. En effet, le but d'une *Encyclopédie* est de rassembler les connaissances éparses sur la surface de la terre; d'en exposer le système général aux hommes avec qui nous vivons, et de le trasmettre aux hommes qui viendront après nous; afin que les travaux des siècles passés n'aient pas été des travaux inutiles pour les siècles qui succéderont; que nos neveux, devenant plus instruits, deviennent en même temps plus vertueux et plus heureux, et que nous ne mourions pas sans avoir bien mérité du genre humain[1].

Nessun dubbio sul nesso di incidenza diretta fra il momento epistemologico e quello etico-politico: le conoscenze, declinate al plurale, ma non per questo destinate al caos o ad una accumulazione acritica, appaiono agli occhi di Diderot il presupposto necessario di qualsivoglia progresso nel segno della virtù e della felicità umane.

A riprova della centralità del sapere teorico e pratico[2], quale elemento fondante la fede nel progresso illimitato dell'umanità, Jacques Proust traccia idealmente, a proposito della filosofia della storia degli enciclopedisti, una linea continua di pensiero che, partendo dal *Discours préliminaire* di d'Alembert e dall'articolo "Eclectisme" (vol. V, p. 270) di Diderot, e passando attraverso il *Tableau philosophique des progrès de l'esprit humain* di Turgot (1750), giunge fino all'*Esquisse* di Condorcet (1794)[3].

Ma nella definizione di *encyclopédie* riportata in apertura c'è dell'altro: alla condivisione attuale di un sapere, che è anche saper agire, si somma la sua necessaria trasmissione nella duplice direzione temporale del passato e del futuro. Ciò che si impone è, per un verso, la salvaguardia delle con-

quiste ereditate da coloro che ci hanno preceduto, e per l'altro, la capacità di gettare uno sguardo lungo sulle sorti di quanti verranno dopo di noi.

E proprio l'intreccio di destini passati, presenti e futuri – o meglio, la rappresentazione che di tale intreccio gli enciclopedisti verranno elaborando – è la prospettiva di indagine da cui muove la presente trattazione. Altrimenti detto, si tratta di comprendere se il discorso sul peso della tradizione da un lato, e sulla preoccupazione per i posteri dall'altro, che animerà parte del successivo dibattito rivoluzionario, trovi già nell'*Encyclopédie* una seppur embrionale articolazione.

Solide conferme dell'iscrivibilità della questione generazionale nella retorica e nella pratica della Rivoluzione francese sono reperibili, del resto, nei discorsi ufficiali e nella corrispondenza privata degli attori politici, come pure nella produzione di *pamphlets* e *brochures* dell'epoca. Le fonti restituiscono, infatti, una polifonia di voci pro e contro la rivoluzione[4], appropriantesi del tema per ragioni spesso ideologicamente antitetiche, ma nel convincimento comune che la relazione tra morti e viventi e tra viventi e non ancora nati possa sostenere le rivendicazioni più diverse, quelle di rottura radicale col proprio passato nazionale almeno quanto quelle di continuità politico-istituzionale.

Si pensi allo scontro tra Edmund Burke e Thomas Paine intorno alla legittimità della monarchia ereditaria inglese ed alla natura liberatoria dell'impresa rivoluzionaria francese.

Nella *Letter to a noble Lord* del 1796 Burke esclude che un grande stato possa sopravvivere a lungo senza un corpo di nobiltà ereditaria, che è poi la catena che lega le età ed unisce le generazioni di una nazione.

Di contro Paine obietta che

> […] there never did, there never will, and there never can exist a parliament, or any description of men, or any generation of men, in any country, possessed of the right or the power of binding and controuling posterity to the *end of time* […], or of commanding for ever how the world shall be governed, or who shall govern it; […]. Every age and generation must be as free to act for itself, *in all cases*, as the ages and generations which preceded it[5].

La polemica fra i due sul senso creativo o conservativo dell'atto rivoluzionario e sull'identità del soggetto chiamato ad assumersene l'onere - soggetto universale per Paine, storicamente dato per Burke – è lo spaccato di una stagione politica in cui l'interesse per la storia, già fatta e da farsi, è ormai divenuto imperante [6].

Se e come la maturazione di tale interesse nel clima prerivoluzionario della Francia di metà Settecento abbia, poi, alimentato un approccio inedito al tema del vincolo generazionale, sarà l'oggetto specifico della lettura combinata di articoli dell'*Encyclopédie* che vado a proporre.

2. *Tramonto di un pregiudizio*

Nessuna seria riflessione sulla storia, e sulle generazioni come soggetto storico, sarà condotta in Francia nella perdurante assenza di apprezzamento per l'innovazione politica, vale a dire ciò che di inedito è in grado di prodursi sulla scena pubblica, spontaneamente o per effetto dell'azione combinata dei soggetti coinvolti.

Tale apprezzamento faticherà a lungo ad

affermarsi, a causa del pregiudizio risalente, ma ancora diffuso alla metà del Settecento ed oltre, che rigetta il cambiamento politico, soprattutto quando a promuoverlo sia il popolo, quale fattore destabilizzante dell'ordine costituito. Con l'*Encyclopédie*, a dire il vero, il pregiudizio di cui sopra, pur non scomparendo del tutto, appare affievolito. Ed è da questo processo di affievolimento che intendo partire nell'analisi dell'opera.

Prima tessera del mosaico, dunque, l'articolo "Nouveauté" (vol. XI, p. 265):

> c'est tout changement, innovation, réforme bonne ou mauvaise, avantageuse ou nuisible: car voilà le caractère d'après lequel on doit adopter et rejetter dans un gouvernement les *nouveautés* qu'on y veut introduire. Le temps, dit Bacon, est le grand innovateur; mais si le temps par sa course empire toutes choses, et que la prudence et l'industrie n'apportent pas des remedes, quelle fin le mal aura-t-il? Cependant ce qui est établi par coutume sans être trop bon, peut quelquefois convenir, parce que le temps et les choses qui ont marché longtemps ensemble, ont contracté pour ainsi dire une alliance, au lieu que les *nouveautés*, quoique bonnes et utiles, ne quadrent pas si bien ensemble: elles ressemblent aux étrangers qui sont plus admirés et moins aimés. D'un autre côté, puisque le temps lui-même marche toujours, son instabilité fait qu'une coutume fixe est aussi propre à troubler qu'une *nouveauté*. Que faire donc? admettre des choses nouvelles et qui sont convenables, peu à peu et pour ainsi dire insensiblement: sans cela tout qui est nouveau peut surprendre et bouleverser. […] Il est bon de ne pas faire de nouvelles expériences pour raccomoder un état sans une extrême nécessité et un avantage visible. Enfin il faut prendre garde que ce soit le desir éclairé de réformer qui attire le changement, et non pas le desir frivole du changement qui attire la réforme.

Colpisce la lucidità del «laborieux compilateur»[7] Louis de Jaucourt nel cogliere il rapporto particolarmente complesso fra *temps* e *choses*, e da lì l'effetto, a seconda dei casi, di consolidamento o di erosione che il tempo esercita sulla fattualità umana – istituzioni politiche incluse. D'altronde, che il tempo sia per i redattori del *Dictionnaire raisonné* un concetto che vive e si specifica nel rapporto con le cose appare chiaro solo che si presti attenzione alla rispettiva voce "Temps", curata da Jean-Henri Samuel Formey, (vol. XVI, p. 95):

> […] le temps qui n'est que l'ordre des successions continues, ne saurait exister, à-moins qu'il existe des choses dans une suite continue.

Ciò premesso, è proprio la voce "Nouveauté" che, se confrontata con altre definizioni contenute in dizionari anteriori all'*Encyclopédie*, svela un primo reale sforzo di superamento dell'atteggiamento di condanna per il nuovo in politica.

Alludendo in generale alla nozione di novità, Alain Rey ne avverte «la valorisation tardive […] et contemporaine de celle de *modernité*» sottolineando come «jusqu'au XVIII^{ème} siècle, elle fait plutôt l'objet d'emplois critiques, se rapportant spécialment aux changements, aux bouleversements politiques, religieux, sociaux […], ou même aux troubles, aux révolutions […])»[8]. Basti guardare al *Dictionnaire François* di Richelet, nel quale le *nouveautés* sono ridotte a «troubles, remuements et brouilleries qui changent la face d'un état»[9], entrando significativamente a comporre la fisionomia della nazione francese [10].

Dieci anni più tardi, con *Le Dictionnaire Universel* di Furetière, il pregiudizio di cui dicevamo trova una formulazione, se possibile, ancora più esplicita nell'affermazione per cui «[l]e peuple court après les *nouveautés*. Toutes les *nouveautés* sont dange-

reuses en matière de religion. Les *nouveautés* sont bonnes en Phisique, parce qu'elles sont fondées sur de nouvelles experiences, sur de nouvelles decouvertes»[11]. Qui all'accezione politica si disconosce persino uno spazio autonomo di senso. Resta quella più vaga attitudine popolare a subire il fascino del nuovo che, data la generalità della proposizione, immaginiamo non risparmi neppure l'ambito politico.

Tornando a Jaucourt, si noti come la presa di distanza dal succitato pregiudizio avvenga in prospettiva riformista: il mutamento di regime o, più semplicemente, di legge è ammesso, a condizione di essere necessario quanto alle cause, graduale nell'esecuzione, ed "insensible", cioè impercettibile negli effetti.

Sono cosciente del rischio di anacronismo insito nell'utilizzazione di categorie come riforma, riformismo e riformista in un contesto storico diverso da quello contemporaneo, ma l'uso che da qui in avanti farò di questi termini è un uso "debole", nel senso di provare a descrivere più un atteggiamento mentale nei confronti del nuovo, che una precisa ideologia politica. Condivido quindi l'opinione di coloro che parlano di vena riformista con riguardo all'intera cerchia di collaboratori dell'*Encyclopédie* – eccezioni in tal senso sarebbero il Rousseau della voce "Economie (politique)" (vol. V, p. 337) ed il redattore della voce "Législateur" (vol. IX, p. 357) [12], il quale si spinge a subordinare la felicità pubblica al comunismo dei beni. E credo che su questo terreno abbia ragione Jacques Proust nel voler istituire un nesso di continuità materiale ed ideale – appartenenza allo stesso *milieu* sociale e culturale – fra gli enciclopedisti ed i primi rivoluzionari come Antoine Barnave e Jean-Joseph Mounier.

Egli attribuisce a Louis Blanc, Jean Jaurès e René Hubert il comune punto di vista secondo cui «l'idéal encyclopédique n'a été celui que d'une fraction des hommes de la Révolution, principalement dans la phase de la Constituante»[13]. Altrove lo stesso autore si chiede se

> [l]es encyclopédistes furent-ils des révolutionnaires […]. Si l'on admet en effet que la constitution de 1791 […] correspondait à peu près à l'idéal moyen des encyclopédistes, il faut admettre aussi que ce sont Barnave et Mounier qui incarnèrent le plus complètement cet idéal, et non pas les jacobins. Mounier lui-même reconnaît que les encyclopédistes et les philosophes en général ont joué un rôle essentiel dans la lutte contre les abus de l'Ancien régime. Mais il nie qu'ils aient eu consciemment et dans leur ensemble la volonté de renverser ce régime. Leur idéal, qui se confond avec le sien, était de voir la bourgeoisie commerçante et industrielle relayer *sans violence* l'aristocratie à la direction de l'Etat, après l'avoir en partie et progressivement supplantée, dans l'ordre de la richesse, par la pratique des affaires. (*Encyclopédie*, cit., pp. 103-04).

Tuttavia, oltreché sotto il profilo politico-ideologico, la posizione di Jaucourt è anche metafisicamente sintonica con l'impianto generale dell'*Encyclopédie*, e più precisamente con i motivi leibniziani in essa presenti. Alla radice di qualsivoglia fenomeno starebbe infatti la legge di continuità, così come formulata dal fondatore della teodicea[14] ed ispirante l'articolo "Continuité" del già citato Formey (vol. IV, p. 116):

> […] rien ne se fait par saut dans la nature, et […] un être ne passe point d'un état dans un autre, sans passer par tous les différents états qu'on peut conçevoir entr'eux.

Accostando l'affermazione per cui la natura non conosce salti al fatto della totale

assenza di una nozione sia metafisica che politica del termine rottura – "Rupture" (vol. XIV, p. 438) gode di considerazione esclusivamente medico-chirurgica ricalcando, almeno in parte, le sorti del lemma *régénération*, sul cui impiego originario nella duplice chiave medica e religiosa sono state scritte pagine di straordinario valore da Antoine de Baecque[15] – possiamo scorgere i tratti essenziali di una teoria certamente dinamica della politica e del diritto pubblico, nella quale però l'esigenza di conservazione dello *status quo* non è del tutto spenta.

James Barry (1741-1806), *Il progresso del genere umano*

3. *Da figli a costituenti*

Che spazio è riconosciuto alla dimensione generazionale in una teoria riformistica del mutamento? Qual è il ruolo della tradizione? e della storia? Si aprono prospettive ancora inesplorate per l'istruzione e l'educazione delle nuove generazioni? e per la progettazione politica del futuro?

A queste domande cercherò di rispondere tornando all'analisi testuale dei diciassette volumi in-folio dell'*Encyclopédie*, più esattamente alla voce "Génération" (vol. VII, p. 558):

> […] c'est le changement d'un corps en un autre, qui ne conserve aucun reste de son état précédent. Car, a proprement parler, la *génération* ne suppose point une production de nouvelles parties, mais seulement une nouvelle modification de ces parties: c'est en cela que la *génération* diffère de ce que nous appellons *création*.

Quella riportata è, a dire il vero, solo una parte della definizione: all'uso fisiologico del vocabolo segue l'uso di storia antica e moderna – specialmente attestato, secondo l'autore dell'articolo, nella traduzione delle Sacre Scritture – per cui *génération* altro non è che il popolo, la razza, la nazione. Mettendo l'uno accanto all'altro i due significati, scorgiamo l'ennesimo segnale di una sensibilità politica ed intellettuale – quella di alcuni, se non proprio di tutti gli esponenti del cosiddetto «mouvement encyclopédiste»[16] – attenta al cambiamento delle forme di vita, anche associata, e che questo cambiamento accetta di esprimere ricorrendo a caute metafore, non ultima quella generazionale. Dietro la cautela impiegata Albert Soboul scorge la necessità di aggirare l'onnipresente censura ecclesiastica, da cui l'inconsistenza della voce "Progrès" (vol. XIII, p. 430), nonostante l'ideale di progresso illimitato del genere umano sia «un des dogmes de l'*Encyclopédie*», (Id., Introduction a *Textes choisis de l'Encyclopédie*, cit., p. 201).

Rispetto, invece, al linguaggio metaforico adoperato alla voce "Génération", possiamo dire che la metafora di un processo che non crea dal nulla ma modifica il corpo (sociale) preesistente e, così facendo, ne origina uno nuovo, ha dalla sua il vantaggio di non contraddire alla logica conservativo-riformistica di partenza e di assegnare una funzione preminente al racconto storiografico, in quanto opera di condivisione e perpetuazione da padre in figlio di un patrimonio comune.

Scrive Voltaire nell'articolo "Histoire" (vol. VIII, p. 221):

> [l]es premiers fondaments de toute *histoire* sont les récits des pères aux enfants, transmis ensuite d'une génération à une autre; ils ne sont que probables dans leur origine, et perdent un degré de probabilité à chaque génération.

L'accento cade sulla trasmissione del *récit*, piuttosto che sulla sua costruzione originaria, e filtra l'idea che la storia si fondi, non già su un atto inventivo di data certa, ma su quel binomio *temps-choses* indagato altrove. Che il fondamento della narrazione storica sia lontano, indistinto e, via via che si ripercorre a ritroso la catena generazionale, sempre meno distinguibile, non toglie che pur sempre di un fondamento si tratti. Tutto sta a non confondere il momento costitutivo della narrazione storica con quello ricostruttivo della stessa.

Solo nel secondo caso si porranno esigenze di scientificità, veridicità e corretta selezione ed interpretazione delle fonti, in altre parole il problema dell'origine. E sarà soltanto allora che dovrà farsi strada il libero esercizio della critica, il cui apprendimento generalizzato resta uno dei principali obiettivi filosofici del secolo dei Lumi. Marie Leca-Tsiomis evidenzia come «[l]a fonction de recueil est indissociable de la critique du recueil lui-même et ce n'est pas de masquer les carences qu'il s'agit, mais de les dévoiler. Pour Diderot, "encyclopédiser" est, tout à la fois, transmettre les connaissances et mettre en évidence les béances du savoir. […] la souveraine fonction […] est l'apprentissage de la critique […]», (Id., *Ecrire l'Encyclopédie*, cit., pp. 251-52).

Sebbene nessuno degli enciclopedisti dubiti del primato della scrittura sull'oralità, quando si tratti di sottrarre all'usura del tempo e alle manipolazioni degli uomini una legge o una consuetudine, Jaucourt, chiamato a definire a livello teologico il lemma "Tradition" (vol. XVI, p. 507), non lascerà perciò solo in ombra la tradizione orale per la più sicura tradizione scritta, vedendo nella prima

> […] un témoignage rendu de vive voix sur quelque chose: témoignage qui se communique aussi de vive voix des pères aux enfants, et des enfants à leurs descendants.

Qui, per la prima volta, fanno la loro comparsa al fianco dei padri e dei figli i discendenti di questi ultimi, e la catena generazionale si arricchisce di nuovi anelli. Il fatto poi che tale arricchimento avvenga sul terreno religioso, e non su quello politico-giuridico, non è privo di importanza.

La cosa si spiega, in primo luogo, con la precedenza assegnata dall'*Encyclopédie* alla sfera morale in rapporto alle altre sfere di vita. Riprendendo il *Discours préliminaire* di D'Alembert (vol. I, p. xi), ne risulta che per gli enciclopedisti

> […] la Politique [est une] espèce de morale d'un genre perticulier et supérieur […] surtout quand ne veut pas oublier que la loi naturelle, antérieure à toutes les conventions particulières, est aussi

> la première loi des Peuples, et que pour être homme d'Etat on ne doit point cesser d'être homme.

In secondo luogo, c'è che motivi ed istanze politiche non restano del tutto estranei al discorso religioso – si tenga presente, in special modo, la contrapposizione cattolici-protestanti, che attraversa l'opera nella sua interezza.

Su questo secondo punto, nella medesima voce "Tradition" Jaucourt riconosce ai protestanti un forte spirito di emancipazione nei confronti e della tradizione e, più in generale, del principio di autorità degli avi.

> […] les Protestants n'ont rien oublié pour infirmer l'autorité des pères. Rivet et Daillé [rif. in nota a *Du vrai usage des pères*, libro I, dal cap. j al cap. xj; e, come risposta di parte cattolica, al *Traité de la véritable religion* di M. l'abbé de la Chambre], deux de leurs plus célèbres ministres ont objecté I° qu'il est impossible de trouver au juste le sentiment des pères sur quelque matière que ce soit, leurs ouvrages ayant été ou supposés ou corrompus et altérés, n'étant pas sûr de leurs sens, ni qu'ils ayent proposé tel ou tel point comme une *tradition* universelle; 2° que la notoriété du sentiment des pères n'impose aucune nécessité de le suivre; 3° que les pères se contradisent et donnent eux-mêmes la liberté de les abandonner; 4° que l'autorité des pères est toute humaine, et par conséquent qu'elle ne peut servir de fondement à la foi qui est toute divine; 5° que les pères ne sont recevables dans leur témoignage qu'autant qu'ils prouvent bien ce qu'ils avancent; 6° que l'autorité de la *tradition* est injurieuse à la plénitude de l'écriture.

La tesi della piena emancipazione trova, comunque, un leggero correttivo nell'articolo "Ancien" (vol. I, p. 441), dove l'abbé de Mallet scrive che

> […] *ancien* est encore un titre fort respecté chez les Protestants. C'est ainsi qu'ils appellent les officiers, qui conjointement avec leurs pasteurs ou ministres, composent leurs consistoires ou assemblées pour veiller à la Religion et à l'observation de la discipline […].

Tutto l'opposto per i cattolici:

> […] la *tradition*, selon les Catholiques, est règle de foi, et […] c'est à l'Eglise seule qu'il appartient d'en juger et de discerner les fausses *traditions* d'avec les véritables, ce qu'elle connaît ou par le témoignage unanime des pères, ou par l'usage constant et universel des églises […].

Il primo obiettivo polemico dei redattori dell'*Encyclopédie* è la pretesa egemonia sul sapere accademico da parte della Sorbona, come risulta dall'analisi di Albert Soboul per il quale «[l]'*Encyclopédie* poursuit avec acharnement la philosophie scolastique, doctrine officielle de l'Eglise, toujours ensignée par la Sorbonne», (Id., *Textes choisis de l'Encyclopédie*, cit., p. 17). In aggiunta a questo, gli enciclopedisti stigmatizzano la sfera di influenza gesuita, poiché, come fa notare Marie Leca-Tsiomis (*Ecrire l'Encyclopédie*, cit., p. 11),

> au sein du conflit très connu entre les "philosophes" et les pouvoirs politiques et religieux, notamment la Compagnie de Jésus, la parution de l'*Encyclopédie* a constitué une nouvelle bataille dans la longue guerre des dictionnaires, c'est-à-dire dans l'âpre dispute pour la maîtrise d'une de voies essentielles de la trasmission du savoir […].

Il tutto a voler sottolineare che il riconoscimento di una certa tradizione come collante fra individui di generazioni diverse, che professino la comune appartenenza al genere umano, non può tradursi in un'ipoteca perpetua sulla libertà di pensare e di agire autonomamente di quegli stessi individui, impedendo loro di metterne in discussione la legittimità e di provarsi a raccontare una storia diversa da quella dei padri e dei nonni, la propria storia.

Il continuismo degli enciclopedisti non è rotto, ma appena scalfito. Eppure ciò che ne consegue è l'apertura di un piccolo varco che qualcun altro dopo di loro saprà percorrere ed ampliare.

Si comincia col riconoscere l'esistenza di una tradizione. Se ne ha bisogno allo scopo di istituire un vincolo generazionale saldo e duraturo, un vincolo non più soltanto naturale - l'essere tutti esemplari della specie umana e, come tali, tutti potenzialmente soggetti al diritto naturale, è solo la condizione di partenza. Occorre che la società degli uomini rifletta in qualche misura le caratteristiche della catena di esseri del regno naturale, tenuto conto, tuttavia, di come nella prima ipotesi la catena debba svilupparsi non solo sul piano sincronico, ma anche diacronico. È proprio lo sviluppo diacronico che permette di introdurre la categoria di successione nel tempo, e quindi di trasmissione e di tradizione.

Dal riconoscimento della tradizione, dal sentirsene parte integrante, discende quasi automaticamente, laddove non se ne voglia diventare schiavi, la messa in questione della stessa. Passata al vaglio della razionalità individuale, che è anche razionalità universale, la tradizione è ridotta, relativizzata e da ultimo superata.

Ecco acquistare senso la contrapposizione fra mondo protestante e mondo cattolico, più dinamico e dissacrante il primo, più chiuso e conservatore il secondo. In un caso l'*ipse dixit*, nell'altro il coraggio di sottrarsi alla tutela paterna.

Che il potere politico sia altro dall'autorità dei padri è inoltre confermato alla voce "Pouvoir paternel" (vol. XIII, p. 255) la quale, messa in relazione con l'articolo "Enfant" (vol. V, p. 652), configura una cittadinanza finalmente sottratta alle forme di dipendenza che nella società di *Ancien Régime* ancora caratterizzano – e non potrebbe essere altrimenti – la relazione padre-figlio.

La logica della dipendenza non si applica all'esercizio della sovranità politica, se non a prezzo di scivolamenti nell'assolutismo. E la vera alternativa al potere assoluto consiste nel modellare i rapporti politici su quelli domestici che legano, non già verticalmente padri e figli, ma orizzontalmente questi ultimi fra loro alla morte del padre. Scrive Jaucourt nella detta voce "Pouvoir paternel" che

> […] si le pouvoir du Père a du rapport au gouvernement d'un seul, le pouvoir des frères[17] après la mort du père a du rapport au gouvernement de plusieurs; enfin la puissance politique comprend nécessairement l'union de plusieurs familles.

I padri e i figli cui ci si riferisce sono verosimilmente compresenti, ma non è detto che le dinamiche interne al loro rapporto non possano estendersi per similitudine a quelle fra individui adulti di generazioni diverse.

Solo allentando la stretta dei padri, della quale pure è stato necessario ammettere l'esistenza, è possibile procedere ad un'effettiva riappropriazione dei destini individuali e collettivi, presenti e futuri. A ciò contribuirà, fra l'altro, il volontarismo giuridico teso a negare, ad esempio, che il regime delle successioni patrimoniali possa avere alcunché di automatico e, pertanto, di lesivo della libertà dell'erede. Per *l'Encyclopédie*, infatti, il moderno "Héritier" (vol. VIII, p. 165) cessa di sottostare alla disciplina di diritto romano, che prevedeva accanto agli eredi necessari quelli volontari, detti anche *étrangers*, ed è sempre e soltanto «héritier volontaire». Come l'eredità dei beni, così la tradizione può essere ugualmente accettata o

respinta da chi è chiamato a beneficiarne.

Ma attraverso quali mezzi i figli-eredi verranno messi in condizione di compiere la scelta emancipatrice nei riguardi dei padri? Come si riuscirà a scongiurare il pericolo che l'eventuale rifiuto dell'eredità avita produca uno strappo insanabile fra la loro generazione e quelle che l'hanno preceduta? La risposta è ancora una volta cercata sul terreno culturale del sapere condiviso, ed il mezzo individuato nell'educazione. La cura dei figli, e prima ancora il fatto stesso di decidere di averne o meno, diventa fattore discriminante fra il buono ed il cattivo cittadino, in quanto indice di sincera preoccupazione per l'avvenire della propria patria.

La definizione di diritto naturale del termine "Père" (vol. XII, p. 338) recita testualmente:

> [c]elui qui vit dans le célibat, devient aisement indifférent sur l'avenir qui ne doit point l'intéresser; mais un *père* qui doit se survivre dans sa race, tient à cet avenir par des liens éternels. […] les *pères* qui ont fait la fortune ou l'élévation de leur famille, aiment plus tendrement leurs enfants; sans doute, parce qu'ils les envisagent sous deux rapports également intéressants, et comme les héritiers, et comme leurs créatures […].

Il legame filiale non dev'essere semplicemente rimosso dalla società, ma ripensato e reso funzionale alle nuove finalità sociopolitiche del presente e del futuro. Il desiderio di paternità è promosso a valore civico fondamentale, per ragioni non del tutto estranee alla demografia politica.

> L'*homme* vaut par le nombre […]. Un souverain s'occupera donc sérieusement de la multiplication de ses sujets. […] Ses Etats sont dans une situation déplorable, s'il arrive jamais que parmi les *hommes* qu'il gouverne il y en ait un qui craigne de faire des enfants, et qui quitte la vie sans regret. […] Ce sont les enfants qui font des *homme*. Il faut donc veiller à la conservation des enfants par une attention spéciale sur les pères, sur les mères et sur les nourrices,

Denis Diderot

è quanto si legge nell'articolo "Homme" (vol. VIII, p. 274), per la parte che riguarda l'accezione politica del termine.

E ancora, a proposito della posterità (voce anonima "Posterité", vol. XIII, p. 172):

> […] c'est la collection des hommes qui viendront après nous. Les gens de bien, les grands hommes en tout genre, ont tous en vue la *posterité*. Celui qui ne pèse que le moment où il existe est un homme froid, incapable de l'enthousiasme, qui seul fait entreprendre de grandes choses aux dépens de la fortune, du répos, et de la vie.

In fondo la cura dei figli propri ha molto a che vedere – così credono gli enciclopedi-

sti – con la cura delle generazioni future, quella *collection* di individui che essi non incontreranno mai ma che vorrebbero definitivamente emancipati dall'ignoranza e dal pregiudizio, come pure dal giogo politico di un sovrano-despota. Si celebra, dunque, il nuovo protagonismo di coloro che, sebbene destinatari di una pedagogia che altri – gli adulti del proprio tempo o di epoche ben più risalenti – hanno predisposto per loro, allo scopo di farne cittadini degni di comporre le fila della nazione francese, potranno assumere un giorno la funzione politicamente attiva di costituenti.

Nel lungo articolo "Représentant" (vol. XIV, p. 143)[18], l'autore esplicita il suo ideale di costituzione rappresentativa, certo che

> [p]our maintenir le concert qui doit toujours subsister entre les souverains et leurs peuples […] rien ne serait plus avantageux qu'une constitution qui permettrait à chaque ordre de citoyens de se faire représenter, de parler dans les assemblées qui ont le bien général pour objet. […] Les *représentants* supposent des constituants de qui leur pouvoir est émané, auxquels ils sont par conséquent subordonnés, et dont ils ne sont que les organes. […] un *représentant* ne peut s'arroger le droit de faire parler à ses constituants un langage opposé à leurs intérêts; les droits des constituants sont les droits de la nation, ils sont imprescriptibles et inaliénables; pour peu que l'on consulte la raison, elle prouvera que les constituants peuvent en tout temps démentir, désavouer et révoquer les *représentants* qui les trahissent, qui abusent de leurs pleins pouvoirs contre eux-mêmes, ou qui renoncent pour eux à des droits inhérents à leur essence; en un mot, les *représentants* d'un peuple libre ne peuvent point lui imposer un joug qui détruirait sa félicité; nul homme n'acquiert le droit d'en représenter un autre malgré lui.

Il modello è quello di una comunità di cittadini-costituenti che alla figura dei padri preferisce ormai quella dei rappresentanti, ai quali è legata da una fedeltà sempre revocabile e che non ha davvero più nulla della soggezione ad un'autorità assoluta.

Interpreti come Ermanno Vitale minimizzano la valenza costituzionalistica del nesso *représentants-constituants*, sottolineando come l'ideale di riforma in senso costituzionale della monarchia francese non appaia qui sostenuto da

> una chiara delimitazione del potere politico in virtù della rivendicazione dei diritti dei cittadini: il modello liberale lockiano, solo in apparenza reso più rispondente alle istanze dei rappresentati con la proposta del mandato imperativo per i rappresentanti, viene infatti intorbidato da una visione tradizionale della società per ordini, che rende implausibile […] una limpida affermazione costituzionale dei diritti individuali[19].

Trovo che analisi come questa non tengano sufficientemente conto del «faticoso approdo alle rive del costituzionalismo» che pure, secondo Furio Diaz, gli enciclopedisti seppero intraprendere (Id., *Scritti politici di Denis Diderot*, cit., p. 45). Che il discorso, poi, seppure intriso di elementi tradizionali, si innesti sul terreno costituzionalistico è assunto difficilmente negabile, come risulta dalla definizione di "Constituant" (vol. IV, p. 61) che «signifie aussi quelquefois *établissant*», derivando quest'ultimo termine da *établissements*, vale a dire le antiche ordinanze del Regno.

Per concludere ritengo possa sostenersi che il vincolo generazionale, al pari della tradizione, è riconosciuto perché e purché sia sempre possibile, all'occorrenza, allentarne la stretta.

Pensarsi soggetti ad un vincolo sempre removibile è il presupposto logico della maggior intraprendenza nell'agire politico concreto di cui daranno prova le generazioni formatesi all'ombra di quella straordinaria

«espèce d'ouvrage cosmopolite» che è per Witold Wolodkiewicz l'*Encyclopédie* (op. cit., p. XVIII).

Che la successiva storia costituzionale della Francia in rivoluzione sia leggibile in termini di oscillazioni continue fra riconoscimento e negazione più o meno radicale del legame generazionale, è ipotesi di lavoro su cui conto di tornare presto ad interrogarmi.

[1] D. Diderot e J.-B. D'Alembert, *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des Sciences, des Artes et des Métiers, par une Société de gens de lettres*, Paris, Libraires associés, 1751-1780, vol. V, p. 635.

[2] Per la valorizzazione del sapere tecnico-scientifico all'interno dell'*Encyclopédie*, N. Matteucci, *Sugli studi intorno all'Encyclopédie,* ne "Il Mulino", febbr. 1953, pp. 97-98, il quale vede in esso più ancora che nel ragionamento astratto «l'elemento caratteristico della condizione umana da cui ogni proposta umanistica deve partire».

[3] J. Proust, *L'Encyclopédie*, Paris, Armand Colin, 1965, pp. 148-49. Questi nega che all'interno dell'*Encyclopédie* possa parlarsi di sistematicità, poco importa se baconiana o di altra natura (p. 165). Sulla sua stessa linea di pensiero P. Vernière, che nel Settecento riconosce una stagione di crisi per tutti i grandi sistemi filosofici del passato, soprattutto quello cartesiano (Id., *L'Encyclopédie ou l'idée de synthèse*, "Revue de synthèse", LXVII, 1950; ora in *Lumières ou clair-obscur? Trente essais sur Diderot et quelques autres*, Paris, PUF, 1988, p. 23). Sull'applicazione del sistema di classificazione baconiano alle conoscenze raccolte nell'*Encyclopédie*, si veda M. Leca-Tsiomis, *Ecrire l'Encyclopédie. Diderot: de l'usage des dictionnaires à la grammaire philosophique*, Oxford, Voltaire Foundation, 1999, p. 244. Per un inquadramento generale dell'influenza di Bacone sullo spirito enciclopedico, rinviamo a F. Venturi, *Le origini dell'Enciclopedia*, Torino, Einaudi, 1963, cap. IV, pp. 109-21 ed a W. Tega, *Arbor scientiarum. Enciclopedia e sistemi in Francia da Diderot a Comte*, Bologna, Il Mulino, 1984.

[4] Un utile strumento di lavoro è in questo senso l'antologia a cura di A. de Baecque e con prefazione di M. Gauchet, *Pour ou contre la Révolution*, Paris, Bayard Éd., 2002.

[5] T. Paine, *Rights of Man*, London, J. S. Jordan, 1791 (ed. consultata Oxford & New York, Oxford University Press, 1995, pp. 91-92).

[6] Sul ruolo della rappresentazione del passato nella formazione dell'immaginario politico del diciottesimo secolo, si veda K. M. Baker, *Au tribunal de l'opinion. Essais sur l'imaginaire politique au XVIII^e siècle*, Paris, Éd. Payot, 1990. L'autore allude specialmente alla pubblicistica precedente l'89, all'interno della quale spiccano le numerose *Histoires de France*, tese a costruire culturalmente un'identità nazionale di cui è sempre più forte il bisogno.

[7] J.-F. Marmontel, *Mémoires*, Paris, Éd. M. Tourneux, 1891, vol. 2, p. 364. Ma che intorno alla figura del cavaliere de Jaucourt circolassero anche giudizi assai meno lusinghieri è dimostrato da W. Wolodkiewicz nella Nota di lettura a *Le droit romain et l'Encyclopédie,* Napoli, Jovene Ed., 1986, pp. xxiii-xxvi.

[8] A. Rey, *Dictionnaire historique de la langue française*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 1992, p. 1336.

[9] P. Richelet, *Dictionnaire François, contenant les mots et les choses, plusieurs nouvelles remarques sur la langue françoise*, Genève, J. H. Widerhold, 1680, p. 76.

[10] A completamento della voce, si riporta il passo tratto dai *Mémoires* di La Rochefoucault, secondo cui «[la] nation [française] a une pente naturelle aux nouveautés», *ibidem*.

[11] A. Furetière, *Dictionnaire Universel: contenant généralement tous les mots françois*, La Haye e Rotterdam, A. e R. Leers, 1690.

[12] Si tratta di una voce anonima sulla cui esatta attribuzione gli interpreti restano tuttora divisi. Propendono a favore della paternità diderotiana S. Goyard-Fabre (*Les idées politiques de Diderot au temps de l'Encyclopédie*, "Revue Internationale de Philosophie", 38, 148/49, 1984, fasc. 1-2, p. 114) e W. Wolodkiewicz (*Le droit romain et l'Encyclopédie,* cit., p. xxi). Contra F. Diaz, curatore degli *Scritti politici di Denis Diderot con le voci politiche dell'Enciclopedia*, Torino, Einaudi, 1967, p. 116.

[13] J. Proust, *Diderot et l'Encyclopédie*, Paris, Armand Colin, 1962, p. 12.

[14] Per una lettura che riconosce in quella leibniziana soltanto una delle rappresentazioni settecentesche della natura, segnaliamo il bel libro di Guido Barsanti, dedicato in larga parte alla controversia fra Linneo e Buffon, in cui colpisce la presa di distanza dalle tesi di Arthur Lovejoy sull'assoluta continuità, pienezza e gradazione della natura, quale principio incontrastato del diciottesimo secolo. L'autore di *The Great Chain of Being* (Cambridge Mass., Harvard University Press, 1936; trad. it. *La grande catena dell'essere*, Milano, Feltrinelli, 1966)

avrebbe indebitamente generalizzato la "grande catena dell'essere", «dipin[gendo] uno scenario [coerente di] nominalismo in gnoseologia, ottimismo in morale, riformismo in politica» dove si elidono i pur numerosi fattori di discontinuità delle settecentesche rappresentazioni della natura, evidenziati, per contro, dal Michel Foucault de *Les mots et les choses*, (G. Barsanti, *La Scala, la Mappa, l'Albero. Immagini e classificazioni della natura fra Sei e Ottocento*, Firenze, Sansoni, 1992, p. 5).

[15] A. de Baecque, *Comment un mot entre en politique: régénération des fidèles, régénération des plaies, régénération du pleuple français,* in *Le corps de l'histoire*, Paris, Calmann-Lévy, 1993, pp. 165-94.

[16] L'espressione è mutuata da A. Soboul, Introduction a *Textes choisis de l'Encyclopédie*, Paris, Editions Sociales, 1962², pp. 7-24.

[17] Dobbiamo alla brillante tesi di dottorato di Jean Bardy, *Recherches sur la pensée juridique dans les dictionnaires encyclopédiques du XVIII^e siècle* (*Thèse pour le doctorat*, Faculté de droit, Université de Paris, 1954, dattil.) di aver raccolto le costruzioni propriamente giuridiche presenti all'interno dell'*Encyclopédie* intorno a due teorie fondamentali: quella patriarcale di Boucher d'Argie e la teoria contrattualistica cara a Diderot; in un caso cioè il padre in rapporto ai figli, nell'altro i figli tra loro che si fanno fratelli.

[18] Ulteriore voce anonima che, sebbene attribuita dagli studi più recenti a d'Holbach, Furio Diaz nel 1967 non esitava a ricondurre alle vedute più autenticamente liberali di Diderot, difendendone quindi la paternità almeno ideale (F. Diaz, *Scritti politici di Denis Diderot*, cit., pp. 26-35).

[19] E. Vitale, *La visione illuministica del mondo nell'*Encyclopédie *di Diderot et D'Alembert*, Milano, Baldini&Castoldi, 1998, p. 15.

Voz de Nación por Constitución España, 1808-1811

BARTOLOMÉ CLAVERO

> Quisiera que la traducción correspondiese al mérito del original; pero habiéndola hecho en tiempos de inquietud (...) no dudo que (...) a lo menos (se) agradecerá la buena intención[1].

En la fecha del día quinto de noviembre de 1809 una *Junta de Legislación* que se reúne de lo más discretamente en el Palacio Arzobispal de Sevilla adopta este acuerdo:

> No habrá en adelante sino una Constitución única y uniforme para todos los dominios que comprende la Monarquía Española, cesando desde el momento de su sanción todos los fueros particulares de Provincias y Reynos,

a cuyo efecto «las Cortes serán restablecidas», dejándose para momento ulterior la decisión acerca del «método de la convocación y reunión, así como la autoridad y demás atributos correspondientes a la representación nacional» que así se denomina, con término tradicional implicando Monarquía, *Cortes*. Observemos que es un hito constituyente, bien que solapado de momento por su carencia misma de autoridad alguna a propósito tamaño. Alcanzará efecto. En virtud de tal resolución de una Junta que actúa prácticamente en secreto y conforme a unas previsiones de las que guarda completa reserva, pronto, mediante *representación nacional* por institución de *Cortes* efectivamente, se alcanzará lo primero, la *Constitución* de la *Monarquía Española*, y no tanto lo segundo, la uniformidad constitucional excluyente de *fueros particulares de Provincias y Reynos*. Fue todo un comienzo[2].

Con la atención específica que no suele prestarse en la historiografía predominante, incluso entre la que se presenta como constitucional, hacia unos planteamientos jurídicos, cuales los constitucionales precisamente, procedo a un repaso de los acontecimientos de tal trascendencia que se producen desde el mes de septiembre de 1808, cuando se constituye una Junta *Central* encabezando todo un movimiento de Juntas *Provinciales*, hasta las mismas alturas de 1810, cuando se reúnen unas *Cortes* que producirán en efecto la Constitución de 1812, con alguna expedición todavía por el año inme-

diato, cuando dicha asamblea se adentra en trabajos de signo constituyente. Será repaso histórico y también historiográfico, esto segundo incluso, como veremos, por la propia evidencia pretérita. Por aquellas fechas se intenta producir no sólo norma constitucional, sino también visión histórica como cuestión realmente primera a unos mismos efectos de alcance constituyente[3].

1. Autoridad entre Juntas, Consejos y Cortes

Unos acontecimientos políticos pueden darse en estas páginas por sabidos. Me refiero por supuesto a la situación de emergencia generada por la rendición dinástica y la quiebra institucional de la Monarquía Borbónica ante el Imperio Napoleónico en 1808. Los ejércitos franceses ocupan buena parte de la península y la dinastía de Bonaparte se entroniza en Madrid intentando legitimarse con una Constitución, la de Bayona. Cuenta con una relativa aceptación que permite una irregular puesta en práctica[4], pero también se encuentra con una fuerte reacción en la que desde un inicio confluyen y se confunden la defensa a ultranza del sistema establecido y unas aspiraciones regeneradoras de signo vagamente constitucional que no se identifican con la Francia de Napoleón o que no desesperan tanto de la propia sociedad como para resignarse y confiarse a la hegemonía del Imperio de Bonaparte.

En situación así abiertamente bélica, *Provincias y Reynos* forman *Juntas Supremas* o *Superiores* de resistencia acabando por erigirse entre *diputados* suyos y «en nombre del Rey nuestro Señor Don Fernando VII», a finales de septiembre de 1808, una *Junta Central Suprema y Gubernativa del Reyno* o *Junta Central de Gobierno de los Reynos de España y de las Indias*. Son organismos provisionales que tienden a formarse con personalidades legitimadas no tanto por elección política como por cargo institucional o posición social[5]. La Junta Central tampoco se legitima revolucionariamente por sí misma ni en exclusiva por diputación y mandato procedente de las otras Juntas, las de *Provincias*. Retengamos este principio. Se actúa en nombre y por autoridad de *nuestro Señor* Fernando VII teniéndosele siempre por monarca legítimo y así sobre todo teniéndose también a la Monarquía misma por establecida sin solución de continuidad alguna en teoría de derecho[6].

Se estaba en un momento de recuperación transitoria por parte resistente de la Corte central, Madrid, y con ello también de restablecimiento de algunas instituciones principales por este bando. El *Consejo Real*, como institución que representa la persona o hace presente la autoridad del rey, pasa a avalar y revalidar la institución de la Junta Central. Sus miembros retoman posesión prestando juramento. Juran la religión católica, la dinastía de Borbón en cabeza del rey Fernando y «la conservación de nuestros derechos, fueros, leyes y costumbres». En nombre todo esto siempre del monarca ausente, adoptando también esta representación y tal compromiso no menos expreso con el ordenamiento establecido mediante juramento, la Junta Central se sitúa por encima del Consejo Real. Falló el intento de que este mismo pasase a encabezar directamente el movimiento de las Juntas, pero la Central tampoco anula al Consejo ni se lo propone. Ni siquiera lo desplaza de derecho como institución que representa establemente la autoridad del Rey.

Por todo lo que vaya a seguir, no olvidemos este dato de la presencia de unas instituciones tradicionales junto a las nuevas. Tampoco despreciemos el dato de que una cultura política y jurídica presentaba unas mismas características que no resultaban esquizofrénicas porque fuesen complejas[7]. El terreno nunca queda expedito ni despejado para unas innovaciones, constitucionales o no, lo cual podrá revestir su importancia para esto mismo, para la novedad de signo en su caso constitucional. Tampoco es que permaneciera o se recuperara toda una estructura íntegra e incólume que no dejase espacio a improvisaciones e innovaciones. No sólo falta el Rey, Fernando VII, sino también personal importante de las instituciones principales de la Monarquía. Por esta razón y por el grado como en tales momentos problemáticos afectaba en particular a un consejo para Ultramar, el *Consejo de Indias*, y a uno de finanzas, el *Consejo de Hacienda*, el *Consejo Real* se refunde a finales de junio de 1809 junto con ellos y algún otro en un *Consejo y Tribunal Supremo de España e Indias*, más coloquialmente conocido como *Consejo reunido*. Como representación institucional más estable de la Monarquía, el propio *Consejo Real* se restablecería en sus términos a las mismas vísperas de las Cortes para ser finalmente desautorizado por ellas en dicho preciso extremo y en su propia existencia[8].

Para las Cortes, para unas Cortes de tal autoridad por encima de Consejo identificado con la persona del monarca, falta todavía un trecho decisivo. De momento se entiende que la Monarquía institucionalmente se recupera. Gaspar Melchor de Jovellanos, miembro entonces más autorizado de la Junta Central, aunque no estuviera presidiéndola, expresaría a continuación de su establecimiento lo que dicha conservación implicaba. Este organismo no asumía, pues no le cabía, «autoridad ni jurisdicción» propiamente dichas. Habrían de restablecerse plenamente, a medida que el curso de la guerra lo fuera permitiendo, «el exercicio del poder judicial, económico y administrativo» por parte de las magistraturas y potestades competentes de conformidad con el orden establecido, el de tracto tradicional. Repárese bien, pues lo merece, en el trazado jurídico del escenario político. La Junta Central se consideraba constitutivamente incapaz de *autoridad ni jurisdicción* mientras que las instituciones realmente capacitadas, las monárquicas, no estuvieran en condiciones de hacerse cargo de unos cometidos que se presentaban como distinguiendo *poderes* entre lenguaje antiguo de *económico* o doméstico y reciente de *administrativo* o ejecutivo.

Jovellanos en su dictamen añadía algo que podrá resultar de importancia crucial mucho más allá de lo que entonces él mismo pensara ni desease. Falta de autoridad ni jurisdicción para adoptar por sí misma decisiones menos coyunturales, al alcance de la propia Junta quedaban, aparte la dirección bélica, posibilidades tan apreciables como la de convocatoria y reunión de Cortes: «Que la nación fuese llamada a cortes para establecerse un gobierno de regencia» e incluso para decidirse «el modo de formarle». Aun con este añadido de decidir un régimen de regencia y no sólo limitarse a elegirla, se entiende esta posibilidad de Cortes como recurso justamente previsto por el mismo ordenamiento tradicional en vigor que ha establecido y habilitado las autoridades y jurisdicciones debidas. Así también se desliza la novedad de atribuirse a *la Nación* un protagonismo, la condición

de sujeto político de eventuales determinaciones que, aun pudiendo resultarlo a estas alturas, no se presentan de momento ni se entienden de oficio como constituyentes.

El planteamiento de Jovellanos lo irán haciendo suyo otros miembros y algunos significados adláteres de la Junta Central con el añadido en casos de un expreso propósito constituyente. Es idea que también se manifiesta por estos medios durante estos meses. La convocatoria de Cortes habría de servir entonces para plantearse francamente «la creación de una Constitución» de cuya preparación podía además ocuparse la misma Junta, la cual finalmente la presentaría «a la sanción de la Representación Nacional» en tales posibles Cortes. Su convocatoria se alegará de continuo que, rehén ya de Napoleón, Fernando VII, como efectivamente parece aun faltando la constancia documental, la había dispuesto, sólo que al efecto nada constituyente de defensa de la dinastía en esta situación de emergencia.

2. Consenso de Cortes y equívoco de Constitución

Cortes no es una palabra que asustara, pero *Constitución* tampoco tenía por qué. En los flatos de voz al menos y ante la profundidad y envergadura de la crisis podía producirse bastante coincidencia. La situación era tal que requería recurrirse a Cortes y mirarse a Constitución. A partir de ahí podían venir las desavenencias. Venían realmente. Hubo un juego de solapamientos e incluso de disimulos que despistó entonces y confunde ahora. La historiografía sigue reproduciéndolo, cuando no agravándolo[9].

La voz de *Constitución* por sí no representaba piedra de escándalo. Era palabra vieja de lenguaje coloquial, como establecimiento, y del jurídico, como norma, que había venido cobrando durante el siglo XVIII sentido nuevo, el constitucional que desde entonces se califica. La invoca Jovellanos, pero entendiéndola existente y necesitada tan sólo de vigorización y, si acaso, de saneamiento. Era la vía por la que pensaba que podría llegarse a un constitucionalismo con riesgos menores, tanto procedimentales como finales, de arbitrismo y de arbitrariedad. Tal es el entendimiento entonces predominante en el sector de signo más constitucional. El término de *Constitución* con acepción de una especie de norma caracterizada como fundamental por principios de libertad se hace entonces bastante común, mas con una diversidad relevante de modulaciones. Sirve tanto para defender lo constituido como promover lo constituible. Experimentándose y previniéndose equívocos, también se acusan escrúpulos en la utilización franca de la palabra[10].

El uso entre precavido y diversificado del término de *Constitución* entrañaba tanto unas competencias muy distintas de las posibles Cortes, para *reformar* o para *constituir*, como una forma bien dispar de plantearlas, ya por estados tradicionales de nobleza, clero y corporaciones, ya de nueva planta y para asamblea unitaria mediante elecciones más generales. La Junta Central acordó lo primero, la reforma por cámaras estamental y corporativa, y en su interior mismo se fue gestando lo segundo. En su mismo seno se fueron haciendo los preparativos para la innovación constitucional por asamblea nacional.

El 22 de mayo de 1809 la Junta Central acuerda iniciar los trámites para proceder a

la convocatoria, todavía sólo esto: «Que se restablezca la representación legal y conocida de la Monarquía en sus antiguas Cortes», sin que se vea modo inmediato de procederse. Con dichas miras, la misma Junta Central instituye en su seno una *Comisión de Cortes*, la cual a su vez, «con el objeto de que examine y le exponga las reformas que juzgue necesarias» a la luz de «las leyes constitucionales de España», establece la susodicha *Junta de Legislación*. Sus sesiones se desarrollan entre principios de octubre de dicho año, 1809, y mediados de enero del siguiente, 1810. Ahí se adopta discretamente la decisión constituyente citada y por ahí, en Sevilla y con participación de miembros de dicha Junta, parece que se prepara solapadamente un texto constitucional que pudiera presentarse ya formado a las Cortes[11].

El propio acuerdo referido de la Junta de Legislación, el de 5 de noviembre de 1809, hace la previsión de prepararse por ella misma «el proyecto de Constitución», de lo que más públicamente no se supo ni hoy se sabe. A través todavía de serias vicisitudes en las que aquí no vamos a entretenernos, acabarán imponiéndose esos planteamientos. La Junta de Legislación, como subsidiaria de otra, la Central, sin *autoridad ni jurisdicción*, no tiene legitimidad ni capacidad para sus decisiones e iniciativas, pero parece que se las toma. Las Cortes, aunque convocadas para reforma por estamentos y corporaciones, van preparándose y acaban constituyéndose conforme a dichas otras previsiones de un carácter más constituyente.

En su *Comisión de Constitución*, la de las Cortes que acabarán celebrando sus sesiones en Cádiz, la que ya podrá asumir formalmente el cometido de preparar el proyecto constitucional, harán aparición, con armas y bagaje, hasta tres miembros de la *Junta de Legislación* subsidiaria de la Junta Central. Uno de ellos, Antonio Ranz Romanillos, es quien transmitiría el texto preparado en Sevilla. No sería diputado, pero esto no fue óbice para que se le integrara con voz e incluso voto en dicha Comisión de Constitución de las Cortes. Su carrera constituyente venía de antes. Había comenzado en 1808 participando en la elaboración de la Constitución bonapartista, la de Bayona. Otro miembro de la Junta de Legislación también significado, Agustín Argüelles, será diputado en las Cortes por Asturias e impulsor resuelto del proyecto constitucional en ellas, en comisión como en pleno. A aquella *Junta de Legislación*, no se sabe si por lapso o con malicia, Jovellanos, quien pronto cae en desgracia, se defiende a contracorriente y fallece, la llamaría *Junta de Constitución y Legislación*, anteponiendo el encargo al nombre. Se negaría a aceptar Jovellanos la juridicidad de las Cortes de Cádiz. Años más tarde, Argüelles, quien seguiría sustancialmente defendiéndolas, dirá sin mayor matiz ni reserva que la misma tuvo el cometido del *proyecto de Constitución*. Jurídicamente, ni había sido lo uno ni hizo lo otro, ni *Comisión de Constitución* ni *Comisión de Legislación* autorizada para formular el proyecto. Mas lo fue todo ello y lo hizo así de hecho[12].

Jovellanos también dejaría escrito que algunas Juntas provinciales como la de Sevilla aspiraban a «una especie de constitución federal» cuando así resulta que dicha otra, la *de Legislación*, estaba ya decidiendo y hasta probablemente redactando una Constitución muy distinta[13]. Existía la base y la posibilidad de planteamientos constitucionales tan diversos y no se adoptaba con publicidad el que vendría a querer estable-

cerse, el menos federal del cese de *todos los fueros particulares de Provincias y Reynos*. No se tome un proceso como ineluctable. Reténgase que una alternativa federal se tiene presente, en pro o a la contra, desde un arranque[14].

No será la que tengan las Cortes a la vista. Su primera sesión notoriamente se celebra el 24 de septiembre de 1810 en la Isla de León, luego San Fernando, junto a Cádiz. A las once de la noche se formalizan sus primeros acuerdos. El primerísimo será éste:

> Los diputados que componen este Congreso, y que representan la Nación española, se declaran legítimamente constituidos en Cortes generales y extraordinarias, y que reside en ellas la soberanía nacional.

Sigue el planteamiento de una distinción de poderes, *el poder legislativo, el executivo y el judiciario*, asignándose éste a los Tribunales establecidos, confiándose el segundo a la Regencia transitoria, que ha sucedido a la Junta Central antes de la reunión de Cortes, y reservándose éstas el primero, *el poder legislativo en toda su extensión*. No han sido los términos de la convocatoria, como tampoco serán los de la Constitución, pero resultan así los de partida para la reunión[15].

De tal modo, la *Nación española* se presume existente y se declara representada, como sujeto constituyente de unidad política, en *Cortes generales y extraordinarias*, lo cual se hace entre Sevilla y Cádiz sin mayor debate abierto que pudiera clarificar entonces e iluminar ahora. Nunca se reconoce en público particularmente la base de los trabajos y las decisiones de la Junta de Legislación. Las actas y noticias de sesiones públicas o también reservadas de comisiones y del pleno de las mismas Cortes no son mucho más suficientes o ni siquiera muy fidedignas. Constituyéndose así España como *Nación* políticamente representada, porque ayer quisieran eludirse los problemas de fondo que fueran a tal efecto los jurídicos, no van a seguir ignorándose hoy[16].

3. Representación simple o compuesta

La representación se ha planteado inicialmente mediante estamentos y corporaciones, lo cual implicaba el problema de cuáles y cómo. Jamás habían existido unas Cortes de *todos los dominios que comprende la Monarquía Española*, lo que nunca olvidemos, a los mismos efectos jurídicos de la representación política, que entonces se extiende hasta archipiélagos asiáticos pasándose por el continente americano con población no sólo de origen europeo, sino también la colonizada y todo el grueso que entonces escapaba o resistía al colonialismo[17].

Lo que más se había acercado a una representación común no era mucho, pues se trataba de la práctica en la metrópolis durante el siglo XVIII de unas *Cortes de España*. Tras la abolición de las Cortes respectivas de Aragón, Valencia y Cataluña a principios de la centuria, se había tratado de la continuidad de unas Cortes realmente de Castilla, compuestas de estamento tan sólo ciudadano, esto es, mediante representación de corporaciones locales o territoriales, y extendidas ahora dichas mismas Cortes a ciudades capitales de tales otros territorios, Cataluña, Aragón y Valencia. Subsistían en Navarra Cortes de estados, esto es, de clero, de nobleza y de ciudades[18]. Existían además con autoridad análoga Juntas de corporaciones locales en algunos otros territorios

septentrionales de la Península, como eminentemente en los vascos, en Vizcaya, Guipúzcoa y Álava. Eran territorios que además contaban con Diputaciones de las Cortes, caso de Navarra, o de las Juntas, caso vasco, para funciones más estables de gobierno interior así bastante autónomo, es decir, de determinación sustancialmente propia. Y lo eran que, sobre dicha base, podían figurarse a estas alturas la existencia de una *Constitución* privativa[19]. Con tales mimbres, entre estos materiales que no eran de derribo, la Junta Central afrontó el reto de fraguar una *representación nacional* en *Cortes Generales*, un tal parlamento.

El acuerdo indicado de la Junta Central en 22 de mayo de 1809 sobre formación de la Comisión de Cortes para convocatoria de las mismas se extiende a disponer que

> la Junta consultará a los Consejos, Juntas superiores de las provincias, Tribunales, Ayuntamientos, Cabildos, Obispos y Universidades, y oirá a los sabios y personas ilustradas

con el objetivo último dicho de *la representación legal y conocida de la Monarquía en sus antiguas Cortes*. Se dicen *antiguas* porque no sirven las actuales, las referidas del siglo XVIII, y se procede a la encuesta porque la institución no resulta así tan *conocida*. Ante todo se pregunta sobre los «medios de asegurar la observancia de las leyes fundamentales del Reino». A tales efectos de averiguación sobre *leyes fundamentales* por mor de su cumplimiento, se plantea por la propia Comisión de Cortes una investigación histórica en toda regla de las prácticas parlamentarias de los diversos territorios en orden a extraerse una matriz común. La consulta más general aportó bastantes materiales, pero escasa o ninguna ilustración a unos propósitos que pudieran hacerse operativos[20].

Jovellanos busca quien pudiera encargarse de la investigación histórica a dichos mismos efectos de operatividad actual. El mejor conocedor entonces de la documentación pretérita del caso, en lo que toca a los territorios de León y Castilla, e individuo además de posición bastante constitucional, bien que de irregular formación jurídica y deficiente información comparada, Francisco Martínez Marina, a quien primero se dirige Jovellanos, no se muestra dispuesto. Por su cuenta y riesgo, hará una *Teoría de las Cortes* más bien crítica tanto con la postura que representa el mismo Jovellanos, por estamental, como respecto al planteamiento que hará suyo la Constitución de Cádiz, por parlamentario[21].

Acepta el encargo Antonio Capmany, buen conocedor de la documentación de Cataluña y persona también de cierta posición constitucional y de intereses en la materia no improvisados[22]. Como en el caso de la consulta, lo que se cosechará es fracaso, pero no merece por esto desprecio la operación. Recuérdese que unos mismos individuos, Jovellanos y Martínez Marina en concreto, venían impulsando con éxito un cambio de cultura jurídica en torno a la propiedad mediante recurso clave a la historia[23]. En circunstancias ahora de urgencia, no conseguirían lo propio respecto a la cultura política de la representación.

La operación historiográfica se tomaba realmente en serio. La Comisión de Cortes de la Junta Central puso empeño. Recaba materiales históricos interesantes a la institución y práctica de Cortes de los diversos territorios. El comisionado Capmany los estudia efectivamente para dilucidar el modo de convocarse, constituirse y desempeñarse un *Congreso nacional* o *Cortes generales de la Nación*. En cuanto a su estableci-

miento y régimen, encuentra mejores orientaciones pretéritas fuera de los territorios de Castilla, poniendo en este punto especial énfasis:

> Pues qué, ¿la corona de Aragón no tuvo por espacio de cinco siglos fueros, constituciones, libertades y franquezas invulnerables? ¿Aragón, Valencia, Cataluña y Navarra no son de España y no lo eran antes? ¿Han sido extrangeras las Provincias Vascongadas y el Principado de Asturias, gobernados por sus fueros y juntas concejiles?"[24].

Obsérvese de paso cómo comparece Asturias en una posición que, al contrario de los otros casos, no suele hoy reconocerse por parte de la historiografía[25].

El problema de fondo seguía siendo el de una composición conjunta, el de la representación actual de la *Nación* y no pretérita de algún cuerpo menos integrado. Se tenían, como hoy se tienen, escritos sobre prácticas más o menos históricas de uno u otro territorio que pueden aportar sugerencias, pero no entonces directrices, para una institución común[26]. El montaje que se requería, aunque otros ya hayamos detectado que cupieran, era el del escenario apuntado por la Junta de Legislación, el de unas únicas Cortes para *una Constitución única*, algo que no suministraba la historia por mucho que se la forzara. El propio Capmany lo reconoce sin ambages: «Nunca representaban la Nación» unas instituciones históricas o ni siquiera sus elementos corporativos de ciudades. Los apuntes fallidos de este intento de investigación de historia para la puesta en práctica de derecho se conservan y recuerdan hoy bajo el título posterior de *Práctica y estilo de celebrar Cortes*[27].

Entre otros intentos de similar corte y en el círculo jovellanista, hubo uno más expedito y práctico salido de pluma inglesa y venido a vía muerta, como todo un resto[28]. En tamaño fracaso, no olvidemos que sólo se han tomado en consideración territorios europeos. El contingente americano y asiático ni siquiera entraba en el intento de figuración de *Nación*. No es de extrañar que entrase mal en el de representación ya institucional.

Son testimonios de una imposibilidad no quizá absoluta, pues el mismo caso entonces socorrido de Inglaterra, el de un corresponsal de Jovellanos, parecía probar otra cosa, pero lo era al menos de extrema dificultad práctica dada la adversidad de la experiencia histórica propia, entre las Cortes deficientes de Castilla y las difuntas de Aragón y Cataluña con otros organismos vivos de por medio, a un propósito mínimamente constitucional. Jovellanos también intentó recurrir como modelo de forma más directa al caso inglés, no sólo recabando informaciones y propuestas poco aprovechables como la referida, sino también planteando sin mayor éxito la traducción de la obra que entonces ofrecía la exposición más completa del constitucionalismo británico, los *Commentaries* de William Blackstone[29]. Se tradujo en cambio y estuvo a disposición desde antes de publicarse otra obra bastante informada, pero de escasa utilidad operativa para accederse a Cortes en España, la *Constitution* de Jean Louis De Lolme[30]. Jovellanos parece haber olvidado que ya había asistido, no hace tanto, a una operación importadora de este género constitucional[31].

Tales *Comentarios*, los de Blackstone, y tal *Constitución*, la de De Lolme, eran obras entonces plenamente actuales, de pasado el ecuador del siglo XVIII, pero de actualidad relativa para el caso de la coyuntura española, salvo por contrarrestarse el predica-

mento creciente del constitucionalismo francés revolucionario, no del napoleónico, entre quienes abogaban por Cortes. Puede decirse que pugnaban más unas posiciones políticas *liberales* que unos planteamientos jurídicos *constitucionales*. Y no acababa de producirse la confluencia precisa a los mismos efectos constituyentes. Un modelo inglés podía iluminar horizonte, pero no señalar camino. Uno francés facilitaba esto, el procedimiento, por revolucionario, dificultando lo otro, el objetivo, por constitucional. No contaba además este otro planteamiento, el de procedencia francesa, con obras constitucionales de entidad equivalente a las de matriz inglesa. Ofrecía entonces Francia menos un modelo que un modo, el modo además que, por franqueza constituyente, mayor problema de legitimidad creaba y superior incertidumbre de viabilidad introducía. Pero una alternativa factible tampoco es que brindaran ni Blackstone ni De Lolme ni unos corresponsales ingleses de Jovellanos, estos agentes entonces de un servicio de inteligencia constitucional[32].

La frustración no era sólo personal, sino también y ante todo institucional. Por esto aquí nos interesa. La consulta general planteaba qué podría hacerse; la Comisión, cómo podría impulsar; las agencias, de qué modo cabía encauzar. El fracaso, si ya se anuncia, es más que doble. No lo resulta tan sólo de una persona, de Jovellanos, sino de todo un primer intento de planteamiento constitucional en España. Mas el revés acumulado sobre el qué y el cómo no arredra. En unas circunstancias que favorecían más la precipitación que la ponderación del modo, se irá decidiendo una cosa y poniendo en marcha otra. Sin soltarse nunca las riendas ni tampoco del todo las amarras, sin llegar a cederse hasta la reunión efectiva de las Cortes, se acabará de hecho imponiendo el programa más constituyente entre los que estaban entonces en liza. Con algún que otro amago y alguna que otra crisis, con avatares cuyos pormenores aquí podemos ahorrarnos, se produce y realiza la misma convocatoria de Cortes, una convocatoria que, sin partir de la premisa constituyente concluirá en el resultado constitucional con problemas de tracto jurídico y autoridad normativa. La propia entrada en vigor de la Constitución podrá en su momento acusarlo[33].

4. Solución de Cortes como voz de Nación

La convocatoria de Cortes se cursa en enero de 1810 por parte de la Junta Central. Fue su última determinación importante. Ante una trayectoria de la guerra que recluye a la resistencia en Cádiz y sus aledaños, se produce su caída sucediéndole una Regencia, un *Supremo Consejo de Regencia de España e Indias* sin dependencia como tal en principio de las Juntas provinciales, con autoridad propia causada por la representación provisional de la Monarquía. La Regencia asume la convocatoria aun sin desplegar mucha diligencia. Ha sido entonces cuando Jovellanos sale de escena. Siguen en la trastienda quienes pugnan por Cortes más abiertamente constituyentes. También permanecen, con su propio entendimiento de la representación, las Juntas. Desde principios de 1809 se les está intentando reducir sin éxito a unas funciones militares subordinadas bajo el apelativo de *Juntas Provinciales de Observación y Defensa*. Mas su presencia y peso como Juntas representativas de provincias sigue haciéndose notar[34].

Los términos de la convocatoria comien-

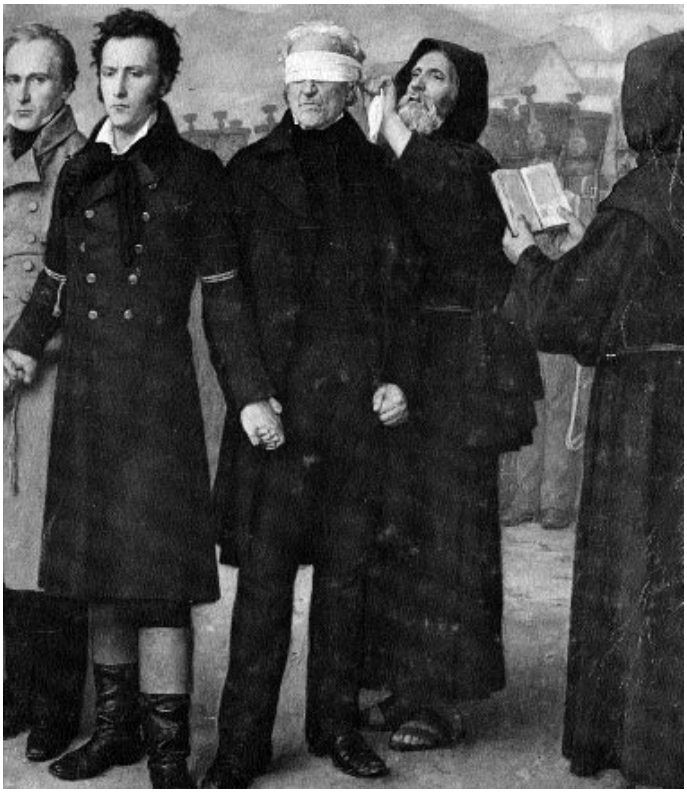
zan a concretarse desde el año nuevo de 1810. No son los de unas elecciones generales, pero algo se acercan sobre todo en comparación con prácticas tradicionales de representación corporativa y presencia estamental. Con las mismas se guarda todavía una continuidad que queda limitada a lo primero, atribuyéndose un diputado a cada ciudad que había tenido voto en las últimas Cortes, de 1789. Se mantenía también la previsión de convocatorias distintas al clero y la nobleza, pero sencillamente no se cursaron, cancelándose así de discretamente su presencia como estamentos o en cámara separada. Nunca se ha aclarado, aunque ya entonces se investigara, cómo se traspapelaron estas concretas convocatorias, las estamentales.

Se atiende también una línea de continuidad con las instituciones improvisadas por la emergencia dinástica y la circunstancia bélica. Las Juntas provinciales también eligen un diputado cada una. Y a ellas viene a encomendárseles la dirección de las elecciones ya más generales en sus respectivos distritos. Son de diverso grado a partir de asambleas parroquiales de vecinos para elección final de un diputado por cada 50.000 *almas*, por individuos, o fracción de 25.000 con arreglo al censo último, de 1797, con un reajuste a favor de Canarias. Así se calculan en la Península algo más de 200 diputados que oscilan entre 23 por Galicia y uno por Álava, a los que hay que sumar de momento, pues aún faltan los territorios ultramarinos, una treintena por las Juntas y una cuarentena por las ciudades de voto en Cortes.

La convocatoria se extiende a América y Filipinas encomendándose directamente la designación de diputados a los ayuntamientos de ciudades, a uno por capital de distrito amplio, mediante elección de ternas y selección por sorteo. Sin asignación así por población, se calcula entonces esta presencia en unos ochenta diputados, pero cifrándose en menos de la mitad, en sólo treinta, a unos efectos provisionales de suplencias. Este de suplencia es el recurso que se arbitra en tanto que no se produce la comunicación, se desarrolla el procedimiento y acontece finalmente el arribo de los diputados ultramarinos. Los naturales de los distritos sin elecciones cumplidas que se encontraran a mano en Cádiz elegirán unos suplentes para el desempeño provisional, pero pleno, de la representación.

Aparte otras previsiones para territorios militarmente ocupados, dicho arbitrio de suplencia también a su vez se extiende a los casos metropolitanos en los que la guerra no permitiese la celebración del elecciones, refundiéndose entonces en un solo representante los escaños por los diversos conceptos de Junta, ciudad de voto en Cortes y Provincia. Los supuestos de provisionalidad en diverso grado y tiempo eran mayoritarios. Afectaban de entrada a veintitrés distritos de la treintena peninsular. Por esto no se supo entonces ni cabe hoy determinar el número exacto de escaños habilitados. Con tendencia así retráctil, se situaban por encima de los trescientos.

De una u otra forma, las diputaciones o mandatos proceden o se entienden de los correspondientes territorios. Todos los diputados son estrictamente tales por parte de sus respectivos comitentes. Son mandatarios. Para poder actuar, han de recibir *poderes*, pero unos poderes que la misma convocatoria especifica. No pueden condicionarse ni restringirse:



El fusilamiento de Torrijos

> Otorgan poderes ilimitados a todos juntos, y a cada uno de por sí, para cumplir y desempeñar las augustas funciones de su nombramiento, y para que con los demás Diputados de Cortes puedan acordar y resolver cuanto se proponga en las Cortes, así en razón de los puntos indicados en la Real carta convocatoria, como en otros cualesquiera, con plena, franca, libre y general facultad.

No se entendía que la elección diputase y habilitase por sí misma, pues se precisaban poderes. Tampoco se suponía que este mandato, por su alcance, pudiera desvincular al individuo representante con respecto al cuerpo representado, provincia, ciudad o junta por sí o por la representación a su vez, en el caso de suplencias, de sus naturales desplazados. Se recibían en efecto mandatos, unos *poderes*, y conforme a ellos se actuaba, bien que hubieran de determinarse de tal forma abierta. Mas así había diputación, habilitación y vinculación, todo ello, también esto tercero, un vínculo establecido y mantenido con el territorio o la comunidad que se representaba y comprometía.

«El Rey, en su nombre la Suprema Junta gubernativa de España e Indias» o, pues a finales de enero de 1810 se interpone la sustitución de *Junta* por *Regencia*, «el Rey nuestro Señor Don Fernando VII, y en su nombre el Consejo de Regencia de España e Indias», convocan «para restablecer y

mejorar la Constitución fundamental de mis Reinos», para lograrse así «una Constitución que sea digna de la Nación española» por parte de «las Cortes generales de la Nación» misma. Éste es el lenguaje de la Junta Central, heredado por la Regencia, cuyos matices ya no se nos escaparán. No es una convocatoria constituyente. Se hace en nombre del rey y así se entiende que por el rey mismo, no dejando de registrarse que lo dejó dispuesto al inicio de toda esta crisis.

Y se procede ahora a la convocatoria con el objetivo expreso de reavivar una Constitución que se entiende existente y en la que reside entonces la incógnita. Ante todo, para mejorarla, habría de recuperarse. ¿Cuál era? ¿Dónde estaba? Ya sabemos que los intentos de una tal especie de restablecimiento había fracasado plenamente. Con ese equívoco de fondo entre otros embarazos que van siendo sorteados, prosigue un procedimiento que resultará constituyente sin serlo de entrada e incluso sin confesarse nunca francamente. Mas habrá Constitución y por obra de unas Cortes. Se estaba produciendo el primer intento histórico propiamente dicho de constituirse por sí misma toda una *Nación*, la *española*.

El *Consejo Real*, que se repone por la Regencia a este propósito, pretendió hacerse cargo de la comprobación de credenciales, constitución de la asamblea y presidencia de sus sesiones, valiéndose para todo ello de prácticas anteriores de Cortes, pero los términos de la convocatoria fueron también concretándose en una línea de jurisdicción y autogobierno parlamentarios. Mediado septiembre de 1810, concurriendo ya diputados en Cádiz, el propio Consejo de Regencia, «atendiendo a que estas Cortes son extraordinarias», dispone que los seis primeros acreditados

> examinen y aprueben por sí y en virtud de delegación expresa que hace Su Magestad, los poderes de todos los Procuradores de las provincias, ciudades, Juntas y demás Corporaciones de estos Reynos y los de Indias.

Su Magestad es la misma Regencia; *Procuradores*, los diputados; *Corporaciones*, las representadas. Asumiendo la jurisdicción electoral definitivamente frente a las pretensiones de otras instituciones de rango regio, las Cortes mismas formarán una Comisión de Poderes. No es el único signo, como enseguida veremos, de que van a superponerse a ellas, las Cortes a las instituciones de autoridad monárquica y en particular a Regencia y a Consejo.

La misma Regencia excusa a estas alturas las convocatorias estamentales que hubieran supuesto el contrapeso de una segunda cámara en el mismo seno de las Cortes:

> Ha resuelto que, no obstante lo decretado por la Junta Central sobre la convocación de los brazos de Nobleza y Clero a las próximas Cortes, deliberación que necesariamente había de causar considerables dilaciones, quando por otra parte se hallan personas de uno y otro estado entre los Procuradores nombrados en las Provincias, que sin necesidad de especial convocatoria de los Estados, se haga la instalación de las Cortes, sin perjuicio de los derechos y prerogativas de Nobleza y Clero.

Las Cortes se inauguran a continuación como ya se ha recordado, el día 24 de septiembre de 1810, estando presentes apenas la tercera parte de los por encima de tres centenares de diputados previstos, más o menos esto como también ya nos consta, y cerca de la mitad además en calidad de suplentes. Los *propietarios*, según se calificaba a los elegidos efectivamente por los

distritos, alcanzaban de entrada a una escasa mayoría. Nada de esto es óbice para que unas Cortes se proclamen de inmediato, como igualmente ya hemos visto, representantes de *la Nación española*, así depositarias de *la soberanía nacional* y titulares de un *poder legislativo en toda su extensión*. Y para que procedan a hacer la Constitución. La misma será suscrita por algo menos de doscientos diputados, ya todos actuando como titulares o al menos sin especificarse las suplencias, aunque alguna todavía quedara, lejos en todo caso de los más de trescientos por sufragio que inicialmente se pensaran[35].

Pero nada de esto les amilana ni arredra o, al contrario, todo ello más bien les incita y mueve a afirmarse y apoderarse. A continuación de la proclamación primera como representantes de Nación soberana, al día siguiente, se atribuyen estas Cortes el título de *Magestad*, reservando el inmediatamente inferior de *Alteza* para la Regencia y otras instituciones representativas del monarca entonces, por virtud de un derecho aún vigente[36]. Parecía confiarse todavía más en esta autoridad de tracto tradicional que en la que pudiera conferir la Nación misma mediante pronunciamiento electoral más o menos efectivo. Esto comenzaba por fallar dadas no sólo las circunstancias bélicas, sino también la dimensión jurídica de un diseño político. He aquí entonces la *Nación española* no sólo representada, sino también entronizada.

Dados los términos de la convocatoria y las deficiencias de las elecciones, ambas cosas, ¿tenían estas Cortes autoridad o legitimidad para comenzar a hacer lo que hicieron en nombre y representación de la *Nación*? ¿Contaban con tal autorización o legitimación, con tamaña cualificación? Jovellanos lo negaba. Alguna razón ha de concedérsele. De momento, conforme van produciéndose los acontecimientos en el ámbito que importa al respecto, el del derecho, lo que hay no es exactamente una Nación que elige unas Cortes a fin de constituirse a sí misma, sino unas Cortes que postulan una Nación a fin de constituirla, con el fin de apoderarse ellas mismas para hacerla institucionalmente existir. Frente a todas las ilusiones de entonces y las que aún se abrigan por la historiografía[37], la *Nación* sencillamente no existía y había que producirla.

5. Complejo de Diputaciones como voces de Cuerpos

Las Cortes, el conjunto de *los Diputados que componen este Congreso*, proclaman que *representan la Nación española*, con lo que cada diputado participa así en el ejercicio de una *soberanía nacional* o tiene voto para la composición de la voz y la determinación de la voluntad de esta Nación. *Nación* es su *Congreso* y a mayor razón el de estas *Cortes Generales y Extraordinarias*. He aquí una clave de identidad nacional encarnada en una institución y además en solitario que ha venido rondando durante el procedimiento de convocatoria y que ahora se pone inequívocamente de manifiesto desde la primera sesión de las Cortes. En su seno, intentará hacerse especialmente valer frente a los diputados que reivindiquen una voz propia y distinta en representación de la provincia o cuerpo que le ha elegido. Mas el éxito será siempre entonces relativo para una parte como para la otra, para la voz de la Nación en Cortes o para la voz de cada territorio mediante sus dipu-

tados. La idea de la *Constitución* en singular no cancelaba tan fácilmente una realidad como la de los *fueros* en plural.

He ahí una dinámica que hacía más compleja la representación nacional sin imposibilitarla necesariamente ni mucho menos. Su ejercicio no habría entonces de agotarse en las deliberaciones y acuerdos de un congreso, pues tendría que participarse a otros cuerpos o instituciones. Las mismas Cortes lucharon contra esto vanamente. Conforme en su seno los suplentes vayan siendo sustituidos por los llamados propietarios, podrá acentuarse tal dinámica de vinculación entre representante y representados. Los *poderes* ilimitados expresamente requeridos no eran óbice para el acompañamiento de *instrucciones* por parte de los cuerpos apoderantes y para la práctica de consultas entre los representantes y ellos, generalmente unas Juntas *Provinciales* como ya sabemos.

El mismo término de *Provincia* asumía así un valor activo de representación propia y no pasivo de dependencia territorial. Gracias a unas *Juntas Superiores*, las provinciales, unos territorios que habían perdido anteriormente entidad política y autonomía jurídica han vuelto a poder entenderse y actuar como *Cuerpos de Provincia*, como corporaciones institucionalizadas con representación propia de la correspondiente comunidad. Todavía no se había producido la división provincial que hoy existe[38]. Así tenemos entonces por ejemplo unas Juntas de Cataluña, unas de Aragón o unas de Valencia identificándose con los respectivos territorios o comunidades y eligiendo en su nombre *diputación* en Cortes. Entre Cortes y *Cuerpos*, la dinámica de vinculación era lógica y sería efectiva[39].

Existían también territorios o comunidades que no necesitaron de dicha clase de Juntas para reconstituirse y actuar. Habían mantenido entidad política y podían así contar con Juntas más estables y autorizadas, unas *Juntas concejiles*, esto es intermunicipales, en la expresión de Capmany que conocemos. Era esencialmente, aunque tampoco sólo, el caso vasco. Vizcaya, Guipúzcoa y Alava constituían sendos *Cuerpos de Provincia* con sus Juntas y Diputaciones particulares[40]. Es un supuesto que no se tiene en cuenta en el procedimiento de convocatoria a Cortes, encerrando una mayor potencialidad de conflicto con la clave sobrevenida y superpuesta de la representación nacional. Como el asunto se planteó de forma explícita y resulta muy significativo, vamos a recordarlo sumariamente.

Álava figura entre los territorios representados inicialmente por un diputado suplente, pero en Cádiz se presenta un representante de las Juntas alavesas ante la Corte, ante la Monarquía, alegando su derecho a representar también en Cortes, en el Congreso, conforme así a los fueros de dicha Provincia. Acreditada esta representación, no sería precisa la de otras Juntas y aún menos la más improvisada por los pocos alaveses presentes en Cádiz. Como a las Cortes, según ya sabemos, corresponde la jurisdicción electoral, ante ellas se formaliza un recurso, provocándose el rechazo más tajante por parte de la Comisión de Poderes:

> Ninguno de los diputados que tienen el honor de componer tan respetable cuerpo ha podido ser admitido sin presentar autorización reglada a la fórmula prescrita generalmente, y no habiéndose observado ésta ni nada de lo sustancial de la elección, importa poco alegar los fueros particulares de la provincia de Álava.

Es la respuesta de las Cortes, remachando: «La ley es tan general para toda la Nación y tan uniforme sus conductas y deseos»[41]. El caso particular es bien expresivo de la resistencia de las Cortes a aceptar la dinámica más compleja de la composición territorial de una representación nacional que unas Juntas establecidas hacen posible y otras transitorias potencian. La Nación se quería una con voz simple, pero la tenía compleja.

Pese al propio empeño de las Cortes, el fenómeno de las Juntas provinciales no fue efímero a dichos mismos efectos representativos que ahora estamos considerando. La dinámica de la representación particular concurriendo distintamente, con voz propia, en una *representación nacional* va a adquirir carta de naturaleza por virtud de la misma Constitución de Cádiz, ya que dota de forma general a los territorios con unas Juntas y unas Diputaciones, las cuales, sobre todo las segundas, vendrán a ser sucesoras de las *Juntas Superiores* o de las *de Observación y Defensa* por ocupar su lugar en lo que toca a la presencia del territorio de cara a la representación en Cortes. Conforme a la Constitución, las Juntas elegirán a una y otra diputación, la nacional y la provincial. La Diputación de la provincia habría de ser organismo estable que se entiende representante de los intereses territoriales con la prolongación al mismo efecto de los diputados provinciales en Cortes[42]. No es raro que les transmita instrucciones y que evacue consulta de los mismos. *Diputados* se llaman tanto unos como otros, tanto los nacionales como los provinciales. Lo son elegidos por las mismas Juntas de la provincia. Todo ello mantiene la composición más compleja de la *representación nacional*.

Pues puede que tengan una validez más general, atendamos las explicaciones de la Diputación de Cataluña ante la puesta en práctica de la Constitución:

> Las voces de apoderado, comisionado, diputado, y acaso otras de igual significación, son sinónimas; por cada una de ellas se quiere significar una persona que tiene la representación de aquella cuia voz lleva en los negocios que le tiene confiados. Así pues la frase *Diputación Provincial* significa una Provincia representada en la unión de sus Diputados, y sobre estos principios cree ésta de Cataluña ser representante de la provincia.

Según sigue la misma explicando, no estorba para todo esto la existencia de los diputados en Cortes: «No repugnan dos o más representaciones de una provincia a la vez, con tal que existan en diferentes parages». Así, los mismos «Diputados en Cortes por esta Provincia miran a esta Diputación provincial como una representación de el Principado», guardando la vinculación dicha[43]. Son planteamientos consiguientes a la Constitución, situados bajo su vigencia. Reflejan posiciones ya presentes y pujantes durante el propio proceso que conduce a Cádiz. Hemos visto a Jovellanos decir cómo había Juntas que anhelaban una *constitución federal*, no otra cosa en sustancia que lo que ahí manifiesta la Diputación de Cataluña. A este efecto, el caso estadounidense podía ofrecer desde luego un modelo que ya se hacía por el escenario americano de la propia Monarquía[44], pero por el propio lenguaje de la Diputación de Cataluña puede apreciarse que estaba menos presente por la península.

Las explicaciones catalanas eran oportunas porque la Constitución misma realmente posibilitaría, aunque entre importantes limitaciones, dicha concepción y práctica sustancialmente *federales* mediante Juntas y Diputaciones Distaría bastante de establecerla con claridad y garantizarla

con eficacia, pero no se merece la fama centralista que empezó a cosecharse por América y luego se ha enquistado en la historiografía más o menos constitucional y en el constitucionalismo más o menos retrospectivo[45]. El principal impedimento para el propio *federalismo* radicaba en el susodicho principio de *Nación* una con voz simple que intentará consagrarse por la misma Constitución. Aunque no sea ahora el momento de entrar en la problemática sustantiva de este primer constitucionalismo, dejemos al menos apuntado que todo es a su respecto puro problema, comenzándose por el propio texto[46].

6. *Comisión y Constitución, Revolución y Nación*

La Comisión de Constitución está nombrada antes de fin de año. Al cabo de uno entero, en navidad de 1811, la misma puede dar por completado no sólo el proyecto, sino también un *Discurso Preliminar* justificativo en la línea cada vez más forzada de no perder el tracto con el tenor no constituyente, sino de *reforma*, del proceso de convocatoria, de este título limitativo, junto a la deficiencia electoral, de la propia autoridad. No es por ello tal discurso la mejor entrada para la inteligencia de esta Constitución, pero resulta altamente expresivo[47]. Existe todo un hilo nunca del todo perdido por evitarse una solución de continuidad que sería relevante porque implicaría pérdida completa de legitimidad. No apliquemos a la institución de las Cortes de Cádiz, a su identificación con la Nación y a su labor realmente constituyente, una legitimación revolucionaria que entonces no se dio. Su autoridad es un problema histórico porque fue un problema jurídico. Las Cortes operaron con conciencia de la precariedad de su legitimación constituyente.

Como puede verse por los términos inicialmente definidores de la tarea de la Comisión de Constitución, se consideraba que la misma, la Constitución, había de calificarse por razón de una materia, la *política*. Al mismo tiempo y con independencia, se considera por las Cortes la posibilidad de formación de otras distintas comisiones «para reformar nuestra legislación» con distinción de sus «diversas partes», la civil, la criminal, la de Hacienda, la de comercio y la de educación[48]. El proyecto de la Comisión de Constitución se referirá a ella misma en sus remisiones internas como *la Constitución* sin más, pero el pleno de las Cortes reintroducirá el calificativo de *política*, sólo que ahora por contraposición a otra posible *eclesiástica*. Es indicio también de hasta qué punto la misma Constitución puede alcanzar incluso a un campo imprevisto en aquellas primeras identificaciones de materias como ésta de una iglesia, la católica.

En tal referencia de signo constituyente a la composición del ordenamiento, obsérvese la ausencia de alguna materia de Administración o administrativa, aunque ya pudiera identificarse, como hemos visto por Jovellanos. Es indicio de que opera una cultura jurisdiccionalista más todavía que legalista ni que ejecutiva[49]. Y adviértase también que no se entendía de entrada en el seno de las Cortes que la Constitución pudiera concebirse como norma que presidiera e informase el entero orden jurídico, como la norma que tendiere finalmente a incidir incluso de forma neurálgica en una materia entonces principal y cuya revisión de entrada no se ha previsto, la eclesiástica.

Tratándose de *política*, con esta calificación para el objeto constitucional en la dimensión normativa, se entiende en todo caso aquella que produce derecho, la que se hace institución para regir el ordenamiento mediante la determinación de la Nación y su representación. Ahí se han identificado materias que podrán comparecer de diverso modo y en distinto grado por títulos constitucionales, en partes de la Constitución. Están la civil, la criminal, la de Hacienda, la de comercio y la de educación, no sólo así la política.

Ya desde mediados del mes de agosto había entrado el pleno en el debate de partes del proyecto anticipadas por la Comisión. Los acuerdos definitivos de las Cortes van adoptándose o debiendo hacerse por «mayoría absoluta, esto es, uno más de la mitad» de los presentes, con obligación de asistencia de los diputados. Mas también cabe y se aplica la aprobación por asentimiento sin votación expresa ni registro de presencias. Y hubo sesiones secretas, no todas ni en todo documentadas[50]. Al inicio del debate constitucional en el pleno, cuando ya se formalizan decisiones transcendentes, la asamblea aún no alcanza a los ciento cincuenta miembros, la mitad o más bien menos de los previstos. La expresión citada es del reglamento que, aplicando desde un arranque el principio de autonomía parlamentaria o valiéndose del título de *Magestad* frente a las instituciones rebajadas al de *Alteza*, se han dado las Cortes el 24 de noviembre de 1810, cuando todavía no se había decidido formalmente la formación de la Constitución. No hay en él previsión alguna de votación más cualificada a tal efecto constitucional[51].

Durante los últimos días de dicho mes, agosto de 1811, el pleno de las Cortes debate y aprueba los pronunciamientos constitucionales expresos respecto a la Nación y su soberanía. El proyecto de la Comisión de Constitución propone atribuirle en consecuencia «el derecho de establecer sus leyes fundamentales, y de adoptar la forma de gobierno que más le convenga», *gobierno* en el sentido entonces de Estado, pero las Cortes suprimen este último pronunciamiento, esto es, la atribución más clara de un poder constituyente. En todo caso, la Nación se constituye a sí misma. Está haciéndolo. Tal acuerdo representa el desenlace decisivo de alcance constituyente con vocación de permanencia.

Lo será con la promulgación de la Constitución o intentará serlo mediante el juramento de la misma por la Nación o por los cuerpos que la componen[52]. La decisión de una asamblea identificada con la representación nacional resulta desde luego crucial, pero no acabará de constituir la última por definitiva. No se trata tan sólo de la cuestión de hecho de que la Constitución no tenga luego una vigencia continua y asegurada, sino del problema de derecho del principio y forma de su autoridad y establecimiento. Un primer proceso constituyente, material y nunca formalmente tal, presenta sus complejidades no sólo coyunturales o circunstanciales.

Para la Comisión de Constitución que ha ultimado el proyecto, el mismo guarda un nexo histórico de derecho presente, un tracto así jurídico. No puede ser de otro modo dada la carencia siempre de un poder propiamente constituyente, poder no autorizado por las elecciones ni asumido nunca explícitamente, aun mediando la sugerencia, por parte de las propias Cortes con toda la soberanía y representación que se arrogan, con todo lo *Generales y Extraordinarias*

que se predican. A ello ha venido, forzando desde luego evidencias, pero manteniendo así también tracto de ordenamiento, evitando con todo a ultranza alguna solución de continuidad, el *Discurso Preliminar* justificatorio del proyecto:

> Nada ofrece la Comisión en su proyecto que no se halle consignado del modo más auténtico y solemne en los diferentes cuerpos de la legislación española,

en unas *leyes fundamentales* anteriores y así se entiende que en vigor. Tal es el motivo, todo un síntoma. A efectos constitucionales no hay revolución; a los constituyentes no puede contarse con ello.

Las *Cortes Generales y Extraordinarias* no han comenzado asumiendo principios que pudieran legitimar para una iniciativa constitucional más franca, aquellos que sólo podían ser los derechos y sus garantías, unas libertades y sus requerimientos. A partir de un pronunciamiento de este género, podría haberse generado una acción constituyente más abierta. No fue así como ya sabemos en el caso. El 24 de septiembre de 1810, pese a contarse con ejemplos notorios, la primera determinación de las Cortes no ha sido una *declaración de derechos*, sino otra de otro objeto, una *declaración de poderes*. Tras atribuirse de hecho, pero sin identificarlo, un poder que resulta constituyente, han hecho acto seguido distinción entre *poderes*, *el legislativo, el executivo* y *el judiciario*, para la respectiva asignación entre Cortes, Regencia y Tribunales. Esta declaración, la de *poderes*, no se mantendría por la Constitución en dichos términos, sino en otros de *potestades* bajo supuestos comunes jurisdiccionales, mientras que la otra, la de *derechos*, no comparecerá como tal en el texto constitucional, bien que los derechos se registrarán entre los principios del jurisdiccionalismo constitucional vinculante de potestades. En lo que ahora nos importa, no encontraremos los derechos como título de legitimación constituyente.

A lo que en esta fase interesa, nunca estamos jurídicamente ante una revolución. Si alguna realmente hay, no es una *revolución de derechos*, revolución constitucionalista, de este estricto compromiso, sino una *revolución de poderes*, revolución constitucional, de este concreto resultado. Es *revolución constitucional* y no *revolución constituyente* lo que entonces se produce, dicho lo mismo de otra forma. Son cosas diversas, aun compartiendo campo y hasta juego. Una dicotomía del género entre *revoluciones* no es que quepa mantenerse hasta el final, pues el mismo establecimiento de poderes puede y, para resultar constitucional, debe estar mirando a la existencia de derechos. Si la conexión no se produjera en algún momento y modo, no habría llanamente constitucionalismo.

Como arranque, la distinción entre *revoluciones* marca distancias, pero no separa categorías. Distingue entre planteamientos constituyentes más o menos legitimados por principios jurídicos propios, *los derechos*, además, en su caso, que por la representación electoral aquí también precaria. Para la propia suerte que espera a la Constitución de 1812, conviene retener que las Cortes de Cádiz nunca se movieron con un título de legitimidad suficiente para lo que se plantearon e hicieron. De ahí deriva su especial necesidad de una continuidad jurídica. En estos términos más específicos, pues ha de mantenerse un tracto de derecho a todo lo largo de este proceso, revolución no hay en rigor ninguna. A tales efectos nos interesa la constatación. Nos importa la Constitución, no la revolución.

Ya no hay tiempo (Francisco Goya)

Mantengamos siempre nuestros términos, los constitucionales. Por estas latitudes del debate constitucional gaditano, la voz de *revolución* y sus derivados fue en su momento más que nada descalificación, improperio de enemigos del constitucionalismo en mayor medida que estimación de amigos, aunque también se hiciera postreramente identificativo más neutro para unos acontecimientos tenidos luego hasta hoy usualmente por revolucionarios sin mayores precisiones jurídicas ni constitucionales. Con todo, unos términos de mucho uso entonces y en la historiografía luego tal y como lo sean *serviles* para los unos, los enemigos, y *liberales* para los otros, los amigos, resultan muy confusos y requieren matices. Aun hablándose entonces de liberalismo y además revolucionario, no resulta exactamente lo que entonces ocurre entre Juntas y Cortes una *revolución liberal* sin más matices, sin muchas matizaciones realmente[53]. Comenzaba por no originarse en derechos de libertad, por este punto esencial si de constitucionalismo se trata. Ante una historia constitucional más centrada en poderes que en libertades, conviene recordar cosas tan elementales[54].

Hay que mirar desde luego al lenguaje y la semiología toda de la época, o más todavía movernos con su guía, pero ciñéndonos a la dimensión constitucional como jurídica con sus propios y suficientes problemas[55]. Así que no nos distraigamos con logomaquias bizantinas, con discusiones tan atractivas y gustosas para la historiografía, para historiadoras e historiadores profesionales o aficionados, también para juristas, como dudosas e impertinentes para el asunto sustantivo, para el constitucionalismo y

su genética. De tal intento se trata y no de otro si de lo que tratamos es realmente del parto constitucional, pues no anterior, de la Nación española.

De momento tenemos, como premisa de la Constitución para ella misma, la Nación que esta norma está constituyendo o se propone constituir, *la Nación española*, una entidad constituyente aun no constituida todavía, o ya constituida sólo imaginariamente con anterioridad a constituirse en los términos institucionales que la hagan definitivamente operativa. Podía comenzar a existir porque ya existía antes de cobrar vida. La propia imaginación ya era forma de existencia con cierta operatividad, con la capacidad partenogenética de concebirse a sí misma. ¿Qué clase de criatura es esa? ¿Cómo se concibe y actúa en fase de gestación o incluso antes de la fecundación? El proceso lo estamos contemplando, pero ¿cómo cabe en dichos términos de Nación por Constitución en su doble sentido, que se moviliza por ella, por lograrla, y que existe gracias a ella, por procurarla? No estamos, aunque lo parezca, ante una petición de principio. No es un círculo vicioso, sino una virtualidad histórica.

La *Nación española* existía y no existía, ambas cosas, antes de afrontar y alcanzar los propios términos constitucionales de su existencia o así su existencia misma. Existía a ojos vista como una entre varias formas de identificación, ni la más acendrada ni la de mayor significación, de la *Monarquía católica* y sus dominios, la Monarquía de base hispana y dicho título religioso e imperial más oficial, el de catolicismo. No existía, salvo la imaginación del caso, como comunidad humana jurídica ni política ni tampoco cultural o ni siquiera lingüística de entidad propia distinta a dicha institución de imperio. La Nación constituyente va a constituirse dando el paso o intentando salvar la distancia desde unos términos y los otros. Con revolución jurídica o sin ella, era todo un salto entre la realidad y el deseo.

Va a hacer el intento porque puede hacerlo. El salto no era enteramente sobre el vacío ni mucho menos. No sólo se trata de que la crisis dinástica e institucional de la propia Monarquía lo permitiera. Puede ser un desencadenante, pero no el factor decisivo a los efectos constituyentes de una Nación política. A las alturas en las que estamos de principios del siglo XIX, también ocurre que tal posibilidad, la constitucional, existe y que lo hace tanto en función de *derechos* como de *poderes*, ya conjunta, ya también distintamente. Hemos visto tan sólo cómo empieza a jugarse la partida. Un balbuceo dice mucho de la criatura.

[1] Juan de la Dehesa introduciendo en 1812 la traducción de la *Constitución de Inglaterra* que, según referiré, tenía dispuesta desde 1809. El presente trabajo ha sido presentado y debatido en seminario del grupo de investigación HICOES, *Historia Cultural e Institucional del Constitucionalismo en España* (actual proyecto BJU 2000-1378), formado ahora por Marta Lorente, José María Portillo, Paz Alonso, Carmen Muñoz de Bustillo, Jesús Vallejo, Carlos Garriga, Fernando Martínez, Carmen Serván, María del Mar Tizón, Pablo Gutiérrez Vega, Alba de Paz y quien suscribe, Bartolomé Clavero. Nuestras aportaciones podrán apreciarse por mis referencias.

[2] Edición de las actas de esta Junta de Legislación por Francisco Tomás y Valiente en «Anuario de Historia del Derecho Español», 65, 1995, pp. 103-125, como apéndice de un trabajo que tiene

ahora edición italiana: *Genesi di un costituzionalismo euroamericano. Cadice, 1812*, traducción de Andrea Romano, Milán 2002.

[3] Para una reflexión con copia y crítica que aquí, teniéndose en italiano, ahorro en su mayor parte, B. Clavero, *Cadice come Costituzione. Nota bibliografica*, en A. Romano (ed.), *Costituzione política della Monarchia spagnuola tradotta dall'originale* (1813), Messina 2000 (edición rústica, pues la hay encuadernada sin el aparato), pp. LXXVII-LXXXVI, nota que procede de *Constitución Política de la Monarquía Española promulgada en Cádiz a 19 de Marzo de 1812*, vol. II de *Estudios*, Sevilla 2000, pp. 248-262, la reflexión; 75-248, la exposición de aquel sistema constitucional.

[4] A los efectos constitucionales, y frente a la idea aún predominante de inefectividad normativa del texto de Bayona, interesa particularmente Carmen Muñoz de Bustillo, *Bayona en Andalucía. El Estado bonapartista en la Prefectura de Xerez*, Madrid 1991.

[5] Descontextualizando y sobrevalorando desde este inicio, Antonio Moliner, *Revolución burguesa y movimiento juntero en España*, Lleida 1997.

[6] Salvo aviso de nota, tanto citas textuales como datos concretos respecto al proceso que conduce desde las Juntas hasta las Cortes proceden del material, que sigue un fácil orden cronológico aunque de doble entrada, por introducción y por documentación, publicado en los tres volúmenes, que no responden ni a título, por ser historia, ni a subtítulo, por no extenderse o ni siquiera acercarse a su presente, de Manuel Fernández Martín, *Derecho Parlamentario Español. Colección de Constituciones, disposiciones de carácter constitucional, leyes y decretos electorales para diputados y senadores, y reglamentos de las Cortes que han regido en España en el presente siglo*, Madrid 1885-1900 (reprint Madrid 1992). Trabajo en directo sobre este acervo y no a través de la historiografía que acostumbra a saquearlo a veces incluso, por segunda o enésima mano, inconscientemente.

[7] José María Portillo, *Revolución de Nación. Orígenes de la cultura constitucional en España, 1780-1812*, Madrid 2000.

[8] Para todo esto, documentalmente, Salustiano de Dios, *Fuentes para el estudio del Consejo Real de Castilla*, Salamanca 1986, pp. 154-160.

[9] El agravamiento vino a finales de los años cincuenta del siglo pasado, el XX, porque, entre el régimen anticonstitucional y una historiografía confesional, se adoptó el motivo gaditano en la proyección pretérita de construcciones legitimadorasde la dictadura franquista, topándose la operación con una posición liberal interna, representada eminentemente en el terreno historiográfico por Miguel Artola, *Los orígenes de la España contemporánea*, Madrid 1959. En el primer bando, el del régimen entonces establecido, se sitúan el número monográfico sobre las Cortes de Cádiz de la «Revista de Estudios Políticos», 126, 1962, que todavía se sigue inérticamente citando como autoridad, y toda una escuela, la dirigida por Federico Suárez a quien también me referiré ahora, cuya obra principal de aportaciones documentales tampoco es que se sostenga mucho, dado su apresuramiento de trascripción y descuido de edición.

[10] Clara Álvarez, *La influencia británica y la idea de Constitución en Jovellanos*, en A. Romano (ed.), *Il modello costituzionale inglese e la sua recezione nell'area mediterránea tra la fine del 700 e la prima metà dell'800*, Messina 1998, pp. 507-543; J.M. Portillo, *Existía una constitución española? El debate sobre el modelo inglés en España, 1808-1812*, en el mismo volumen, *Il modello costituzionale inglese*, pp. 545-585; Santos M. Coronas, *La recepción del modelo constitucional inglés como defensa de la constitución histórica propia, 1761-1810*, en el mismísimo volumen, *Il modello costituzionale inglese*, pp. 615-643; Joaquín Varela, *El debate sobre el sistema británico de gobierno en España durante el primer tercio del siglo XIX*, en José María Iñurritegui y J.M. Portillo (eds.), *Constitución en España. Orígenes y destinos*, Madrid 1998, pp. 453-505; S.M. Corona, *El pensamiento constitucional de Jovellanos*, en «Revista Electrónica de Historia Constitucional», 1, 2000. (http://hc.rediris.es/rhc.html)

[11] Raquel Rico, *Constitución, Cortes y opinión pública. Sevilla, 1809*, en «Anuario de Historia del Derecho Español», 67, 1997, vol. I, pp. 799-819, como episodio clave emparedado entre presencias bonapartistas que también eran, como ya he recordado, constitucionales en algún grado, el aspecto que menos aprecia Manuel Moreno Alonso, *Sevilla Napoleónica*, Sevilla 1995.

[12] F. Tomás y Valiente, *Génesis de la Constitución de 1812*, en «Anuario de Historia del Derecho Español», 65, 1995, pp. 13-125 (*Obras Completas*, Madrid 1997, vol. V, pp. 4449-4555), con las actas citadas, tales referencias de Jovellanos y de Argüelles, y la edición italiana referida. Agustín de Argüelles, *Discursos*, edición del mismo Tomás y Valiente, Oviedo 1995; el mismo Argüelles, *Examen histórico de la reforma constitucional de España* (1835), edición de M. Artola, Oviedo 1999.

[13] Gaspar Melchor de Jovellanos, *Memoria en defensa de la Junta Central* (1811), ed. José Miguel Caso, Oviedo 1992, vol, I, p. 66 (parte I, cap. I, par. 55).

[14] B. Clavero, *Historia y autonomía. Federalismo anónimo en la Constitución española*, en «Revista de Occidente», 229, 2000, pp. 11-29; J.M. Portillo, *Revolución de Nación*, pp. 162-256 y 462-491.

[15] *Colección de Decretos y Órdenes de las Cortes de Cádiz*, Cádiz 1811-1813 (reprint Madrid 1987), vol. I, pp. 1-3 (27-29 en el reprint).

[16] Puede ser ahora botón de muestra, entre tantos, José Álvarez Junco, *Mater Dolorosa. La idea de España en el siglo XIX*, Madrid 2001.

[17] B. Clavero, *Ama Llunku, Abya Yala. Constituyencia Indígena y Código Ladino por América*, Madrid 2000.

[18] Pedro Molas, *Las Cortes de Castilla en el siglo XVIII*, en AA.VV., *Las Cortes de Castilla y León en la Edad Moderna*, Valladolid 1989, pp. 143-169, volumen que también ofrece exposiciones sobre Cortes de Cataluña, Aragón, Valencia y Navarra; José Luís Castellanos, *Las Cortes de Castilla y su Diputación, 1621-1789. Entre pactismo y absolutismo*, Madrid 1990.

[19] J.M. Portillo, *Monarquía y Gobierno Provincial. Poder y Constitución en las Provincias Vascas, 1766-1808*, Madrid 1991.

[20] M. Artola, *Los orígenes de la España contemporánea*, vol. II, pp. 111-593; Federico Suárez Verdaguer (director), *Cortes de Cádiz*, I. *Informes oficiales sobre Cortes*, (I.1). *Baleares*, (I.2). *Valencia y Aragón*, (I.3). *Andalucía y Extremadura*, Pamplona 1967-1974, con la cautela indicada.

[21] Francisco Martínez Marina, *Teoría de las Cortes o Grandes Juntas Nacionales de los Reinos de León y Castilla. Monumentos de su Constitución Política y de la Soberanía del Pueblo. Con algunas observaciones sobre la Lei Fundamental de la Monarquía Española sancionada por las Cortes Generales y Extraordinarias y promulgada en Cádiz a 19 de marzo de 1812* (1813), edición viva de José Antonio Escudero, Oviedo 1996.

[22] Jesús Vallejo, *Geografía constitucional ilustrada*, en «Historia. Instituciones. Documentos», 25, 1998, pp. 685-715; *Estudio preliminar*, pp. LXVII-LXXII, a su edición de Duque de Almodóvar, *Constitución de Inglaterra*, Madrid 2000, pp. XI-CXXVIII.

[23] B. Clavero, *Amortizatio. Ilusión de la palabra*, pp. 352-358, en «Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno», 17, 1988, pp. 319-358.

[24] B. Clavero, *Cortes tradicionales e invención de la historia de España*, en AA.VV., *Las Cortes de Castilla y León, 1118-1988*, vol. III-I, Valladolid 1990, pp. 147-195.

[25] Lo reconoce y estudia C. Muñoz de Bustillo, *De Corporación a Constitución. Asturias en España*, en «Anuario de Historia del Derecho Español», 65, 1995, pp. 321-403.

[26] M. Artola, *Los orígenes de la España contemporánea*, vol. II, pp. 11-109. Existe viva ahora la edición por Tomás de Montagut de Lluys de Peguera, *Practica, forma y stil de celebrar Corts Generals en Cathalunya, y materias incidents en aquellas*, Madrid 1998.

[27] Antonio Capmany, *Práctica y estilo de celebrar Cortes en el reino de Aragón, principado de Cataluña y reino de Valencia, y una noticia de las de Castilla y Navarra. (...) Va añadido el reglamento para el Consejo Representativo de Ginebra y los reglamentos que se observan en la Cámara de los Comunes de Inglaterra*, Madrid 1821.

[28] F. Tomás y Valiente, *Las Cortes de España en 1809, según un folleto cuya autoría hay que atribuir a un triángulo compuesto por un lord inglés, un ilustrado español y un joven médico llamado John Allen* , en *Estat, dret i societat al segle XVIII. Homenatge al prof. Josep M. Gay i Escoda*, Barcelona 1996, con edición de ese modo, bilingüe, del texto del susodicho John Allen, *Suggestions on the Cortes*, Londres 1809, e *Insinuaciones sobre las Cortes*, igualmente Londres 1809.

[29] *Memoria en defensa de la Junta Central* (1811), edición de José Miguel Caso, Oviedo 1992, vol. I, p. 192 (parte II, parágrafo 86); *Obras Completas* cuidadas por el mismo Caso, tomo V, *Correspondencia*, vol. IV, Oviedo 1988, pp. 187-188 (carta a lord Holland de 4 de junio de 1809).

[30] William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Oxford 1765-1769; Jean Louis De Lolme, *Constitution de l´Angleterre ou état du gouvernement anglois, comparé avec la forme républicaine et avec les autres monarchies de l´Europe*, Amsterdam 1771, traducción referida de Juan de la Dehesa, *Constitución de Inglaterra, o Descripción del Gobierno Inglés comparado con el democrático, y con las otras Monarquías de Europa*, Oviedo 1812, disponible desde 1809: Archivo del Congreso de los Diputados, legajo 30, núm. 28; edición comprendida en la de B. Clavero, Jean Louis De Lolme, *Constitución de Inglaterra*, Madrid 1992.

[31] J. Vallejo, *Estudio preliminar* a Almodóvar, *Constitución de Inglaterra*, pp. XXXV-XXXVIII y LXXXV-LXXXVII.

[32] M. Moreno Alonso, *La forja del liberalismo es España. Los amigos españoles de lord Holland, 1793-1840*, Madrid 1997, pródigo en noticias, pero sin sensibilidad para el constitucionalismo, como ya indiqué.

[33] Marta Lorente, *La voz de Estado. La publicación de las normas, 1810-1889*, Madrid 2001, pp. 33-52.

[34] Recordemos que constancias documentales y noticias concretas sobre todo este proceso pueden fácilmente localizarse, salvo aviso contrario de nota, en el *Derecho parlamentario español* de M. Fernández Martín.

[35] R. Rico (ed.), *Constituciones históricas. Ediciones oficiales*, Sevilla 1989, pp. 19-70, con las suscripciones.

[36] *Colección de Decretos y Órdenes de las Cortes de Cádiz*, vol. I, pp. 4-5 (30-31).

[37] Para otro botón de muestra ahora, también entre tantos preconstituyendo nación, Ricardo García Cárcel, *Felipe V y los españoles. Una visión periférica de la historia de España*, Barcelona 2002.

[38] Jesús Burgueño, *Geografía política de la España constitucional. La divi-*

sión provincial, Madrid 1996, bien que no apreciando precisamente la diferencia gaditana, lo que es común: C. Muñoz de Bustillo, *Los antecedentes de las Diputaciones Provinciales o la perpleja lectura de un pertinaz lector*, en «Anuario de Historia del Derecho Español», 67, 1997, vol. II, pp. 1179-1192.

39 Antonio Peyró, *Las Cortes de Aragón de 1808. Pervivencias forales y revolución popular*, Zaragoza 1985, con su trasfondo más inmediato: Ernest Lluch, *Las Españas vencidas del siglo XVIII. Claroscuros de la Ilustración*, Barcelona 1999; J. Vallejo, *De Sagrado Arcano a Constitución Esencial. Identificación histórica del derecho patrio*, en Pablo Fernández Albaladejo (ed.), *Los Borbones. Dinastía y memoria de la Nación en la España del siglo XVIII*, Madrid 2001, pp. 423-484.

40 Carmen Muñoz de Bustillo, *Encuentros y desencuentros en la historia. Los territorios del Norte peninsular en la coyuntura del setecientos*, en la revista «Historia Contemporánea», 12, 1995, pp. 135-173.

41 Pilar Chávarri, *Las elecciones de diputados a las Cortes Generales y Extraordinarias, 1810-1813*, Madrid 1988, pp. 26, 38 y 92-95, no valorando el asunto, como es ciertamente regla en la historiografía; B. Clavero, *Ama Llunku, Abya Yala*, Madrid 2000, pp. 236-251, ampliando noticia y consideración.

42 C. Muñoz de Bustillo, *Los otros celadores del orden constitucional doceañista. Diputaciones provinciales y Ayuntamientos constitucionales*, en J.M. Iñurritegui y J.M. Portillo (eds.), *Constitución en España*, pp. 179-213.

43 Josep Sarrión i Gualda, *La Diputació provincial de Catalunya sota la Constitució de Cadis, 1812-1814 i 1820-1822*, Barcelona 1991, pp. 97-98, con ulteriores manifestaciones bien expresivas por parte de los diputados catalanes tanto *provinciales* como en Cortes. No aprecia en cambio, como es lo usual, la posibilidad federal del constitucionalismo gaditano Manel Risques, *El Govern Civil de Barcelona al segle XIX*, Barcelona 1995.

44 Jaime E. Rodríguez, *La independencia de la América española*, México 1996; B. Clavero, *Ama Llunku, Abya Yala*, pp. 390-397; Eduardo Martiré, *1808. Ensayo histórico-jurídico sobre la clave de la emancipación hispanoamericana*, Buenos Aires 2001; J.M. Portillo, *Autonomía e Independencia en el Mundo Hispano*, libro de próxima publicación.

45 Como nuevo botón de muestra, Alejandro Nieto, *Los primeros pasos del Estado constitucional en España. Historia administrativa de la Regencia de María Cristina de Borbón*, Barcelona 1996.

46 C. Muñoz de Bustillo, *Cádiz como impreso*, en la edición y volumen citados, el segundo de los *Estudios*, de la *Constitución Política de la Monarquía Española promulgada en Cádiz a 19 de Marzo de 1812*, vol. II de *Estudios*, pp. 173.

47 Mª Cristina Díez Lois (ed.), *Actas de la Comisión de Constitución, 1811-1813*, Madrid 1976; Mª Luisa Alguacil (ed.), *Proyecto y texto definitivo de la Constitución de 1812. Discurso preliminar*, en *Revista de las Cortes Generales*, 10, 1987, *La Constitución de Cádiz*, pp. 149-385, de utilidad para la comparación entre proyecto de la Comisión y texto definitivo de la Constitución; Alicia Fiestas, «El Diario de Sesiones de Cortes», *1810-1814*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 65, 1995, pp. 533-558.

48 *Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias*, Madrid 1870-1874, vol. I, p. 153, sesión del nueve de diciembre. Existe un volumen de *Índice*, el noveno, de aquella legislatura con voces de *Constitución*.

49 C. Garriga y M. Lorente, *Responsabilidad de los empleados públicos y contenciosos de la administración (1812-1845). Una propuesta de revisión*, en J.M. Iñurritegui y J.M. Portillo (eds.), *Constitución en España*, pp.215-272; los mismos Garriga y Lorente, *El modelo constitucional gaditano*, en A. Romano (ed.), *Il modello costituzionale inglese*, pp. 589-613. Clave ahora es el estudio de Fernando Martínez Pérez, *Entre confianza y responsabilidad. La justicia del primer constitucionalismo español, 1810-1823*, Madrid 1999. Abrió campo M. Lorente, *Las infracciones a la Constitución de 1812. Un mecanismo de defensa de la Constitución*, Madrid 1988.

50 *Actas de las sesiones secretas de las Cortes Generales y Extraordinarias de la Nación española... (y)... de las celebradas por la Diputación permanente de Cortes*, Madrid 1874. Añaden noticias al respecto Joaquín Lorenzo Villanueva, *Mi viaje a las Cortes*, Madrid 1860 (reprint Valencia 1998), y Adolfo de Castro, *Cortes de Cádiz. Complementos de las sesiones verificadas en la Isla de León y en Cádiz*, Madrid 1913.

51 *Reglamentos (del Congreso de los Diputados y de las Cortes)*, Madrid 1977, pp. 7-21, éste de 1810. El Senado es posterior: *Reglamentos del Senado (1834-1993)*, Madrid 1993.

52 M. Lorente, *El juramento constitucional*, en «Anuario de Historia del Derecho Español», 65, 1995, pp. 585-632.

53 Dentro de las coordenadas historiográficas a las que ya me he referido, aquellas que reproducían las facciones de *serviles* y *liberales* bajo la dictadura franquista, la imagen revolucionaria del episodio gaditano se impuso por el mérito de *Los orígenes de la España contemporánea* de Miguel Artola. Es obra que, al cabo de las décadas, se mantiene editorialmente viva. Hoy la tiene en catálogo el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, principal editor también de los libros citados de miembros del grupo HICOES.

54 B. Clavero, *Freedom's Law and Oeconomical Status*, a publicarse

en «Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno», 30, 2002.

55 Para abordaje anacrónico de la entrada normativa y del medio lingüístico, tampoco faltan botones de muestra: José F. Chofre Sirvent, *Categorías y realidad normativas en las primeras Cortes españolas, 1810-1837*, Madrid 1997; María Teresa García Godoy, *Las Cortes de Cádiz y América. El primer vocabulario liberal español y mejicano, 1810-1814*, Sevilla 1998. Para la clave normativa, puede particularmente confrontarse C. Garriga, *Constitución, ley, reglamento. El nacimiento de la potestad reglamentaria en España, 1810-1814, 1820-1823*, en «Anuario de Historia del Derecho Español», 65, 1995, pp. 449-531. Habrá podido observarse, por la concurrencia de citas, que también está dedicado al constitucionalismo gaditano dicho número del «Anuario de Historia del Derecho Español», la revista que entonces dirigía Francisco Tomás y Valiente. Ahí empezó la renovación que haya podido apreciarse.

Giolitti e lo Statuto da riformare

SILVANO LABRIOLA

1. La riforma dell'articolo 5 dello Statuto

L'ultimo governo presieduto da Giovanni Giolitti si presenta alla Camera per la fiducia il 24 giugno 1920. È un tentativo estremo di sopravvivenza del regime rappresentativo, destinato a fallire, come quelli degli effimeri Gabinetti che si succedono, dal governo Bonomi del luglio 1921, ai due governi Facta, del febbraio e dell'agosto 1922, fino all'epilogo, segnato dalla nomina del governo Mussolini, il 31 ottobre dello stesso anno, che segna l'avvento del regime autoritario.

Le dichiarazioni programmatiche rese dal presidente del Consiglio rivestono un certo interesse, sul piano della ricostruzione storica del diritto costituzionale statuario, e specificamente per la parte relativa alla disciplina delle relazioni internazionali, che è decisiva per l'accertamento dei lineamenti sistematici del primo ordinamento positivo dell'unificazione e per una sua attendibile definizione tipologica.

Il tema è inquadrato politicamente già da prima, nel discorso elettorale tenuto a Dronero in occasione delle elezioni dell'ottobre 1919[1]. Lo stesso Giolitti ne riporta la sostanza nelle sue *Memorie*, in modo aperto ed esplicito:

> […] rilevavo la strana contraddizione dei nostri ordinamenti politici, pei quali, mentre il potere esecutivo non può spendere una lira, non può modificare in alcun modo gli ordinamenti amministrativi, né creare o abolire una Pretura o un semplice impiego d'ordine, senza la preventiva approvazione del Parlamento; può invece, a mezzo di trattati internazionali, assumere, a nome del paese, i più terribili impegni che portino inevitabilmente alla guerra; e ciò non solo senza l'approvazione del Parlamento, ma senza che né il Parlamento, né il Paese ne siano o ne possano essere in alcun modo informati[2].

Ne deriva la necessità di sciogliere la contraddizione «prescrivendo…che nessuna convenzione internazionale possa stipularsi, nessun impegno si possa assumere senza l'approvazione del Parlamento».

In questa affermazione si riflettono gli elementi sui quali il sistema statuario sembra attestarsi per tentare un proprio aggior-

namento, a salvaguardia, almeno, della forma rappresentativa del regime costituzionale. Vi è un evento decisivo, al quale come si vedrà lo stesso Giolitti fa riferimento per argomentare il proposito di sopprimere la prerogativa dell'esecutivo nella politica estera, ed è la introduzione del suffragio universale maschile.

Da questa riforma, come altrove si è già sostenuto[3], si genera il passaggio dalla prima alla seconda costituzione rappresentativa. Si è dubitato, per vero, di una simile "periodizzazione", perché fondata sulla incerta giustificazione della riforma dell'elettorato attivo. Non si tratta però di una riforma della disciplina elettorale, ma di altro, e cioè del riconoscimento del diritto politico al voto per ciascun cittadino, senza alcun discrimine selettivo, e pertanto di questione della forma dello Stato, che muta, con il suffragio universale, da Stato elitario a Stato democratico: non del succedersi di fasi distinte di uno stesso regime costituzionale, che presuppone la continuità, ma del succedersi di un regime ad un altro, il che presuppone la discontinuità.

La proposta di riforma dell'articolo 5 dello Statuto, cui sono dedicate queste riflessioni, ne costituisce una importante conferma. Il mutamento progettato, e le sue ragioni soprattutto, assumono un significato importante sia per la comprensione degli avvenimenti del tempo, e del carattere della fase istituzionale che si determina, sia, retrospettivamente, al fine della lettura storica dell'ordinamento costituzionale unitario, attestato sulle fondamenta di quello sardo. La proposta governativa del 1920, e la sua motivazione, svelano fino in fondo la natura formalistica della interpretazione suggerita dalla dottrina ufficiale del tempo in ordine alla prerogativa[4].

Giolitti è esplicito sul punto. Le sue parole hanno il pregio di una non comune chiarezza, e meritano di essere riportate:

> Come salda garanzia di pace, il Parlamento deve avere nella politica estera la stessa autorità che ha nella politica interna e in quella finanziaria. Per la completa applicazione di questo principio presentiamo un disegno di legge, il quale, modificando l'articolo 5 dello Statuto, dispone che i trattati e gli accordi internazionali, qualunque sia il loro oggetto e la loro forma, non sono validi se non dopo l'approvazione del Parlamento; e che, senza la preventiva approvazione del Parlamento non vi può essere dichiarazione di guerra[5].

Aggiunge Giolitti, da esperto conoscitore del meccanismo parlamentare, e dei modi in cui può essere manovrato per ridurre la riforma e mera proclamazione di principio, senza sèguito pratico, che vi è la indispensabile condizione

> che si istituiscano, presso i due rami del Parlamento, commissioni permanenti alle quali il Governo dia notizia dello svolgimento delle trattative che riguardano le questioni più gravi[6].

Il governo, ad attestazione del carattere strategico e primario di questo suo obiettivo, presenta nella stessa seduta in cui è tenuto il discorso del presidente del Consiglio, il disegno di legge n. 453, che reca il nuovo testo dell'articolo 5:

> I trattati e gli accordi internazionali, qualunque sia il loro oggetto e la loro forma, non sono validi se non dopo l'approvazione del Parlamento. Il Governo del Re non può dichiarare la guerra senza la preventiva approvazione delle due Camere.

Alcune precisazioni possono essere opportune. La nuova disposizione proposta sembra comprendere ogni intesa o patto nelle relazioni internazionali, che sia ido-

neo, indipendentemente dalla forma assunta, a vincolare lo Stato che vi assume obbligazione. Tecnicamente è formula avveduta, perché rende certo l'àmbito applicativo, prevenendo elusioni in danno delle attribuzioni parlamentari, di cui la diplomazia è insigne e collaudata fabbrica, e la mutevolezza delle forme che si modellano nell'ordinamento internazionale terreno di cultura propizio.

Si può misurare l'importanza di questo aspetto, raffrontando il testo con la formulazione dell'articolo 80 della vigente costituzione della Repubblica italiana. Il ricorso agli accordi in forma semplificata, agli scambi di Note, e ad altre forme della prassi diverse dai trattati ma dotati di pari efficacia, apre il varco all'aggiramento della previa autorizzazione legislativa, presupposto della valida manifestazione della volontà dello Stato ad obbligarvisi. La dottrina giuridica ne discute, contrapponendosi diversi avvisi tra internazionalisti e costituzionalisti, e all'interno dei due campi scientifici: in pratica, recedono le attribuzioni del Parlamento.

Il disegno di legge è sottoscritto dal presidente del Consiglio e da tutti i ministri (si ricordi che, formalmente, l'iniziativa legislativa dell'esecutivo è imputata dallo Statuto al re, che la esercita tramite i ministri, che propongono e controfirmano il decreto reale che dà forma al disegno di legge governativo: solitamente sono i ministri le cui attribuzioni dicasteriali attengono alla materia). Ciò implica due rilievi significativi: ne risalta la solennità formale, rafforzando la natura di riforma costituzionale dell'iniziativa (su cui dunque è presunto l'assenso del capo dello Stato), e, inoltre, tenuto conto della struttura politica della composizione del Gabinetto, rivela una ampia base di consensi tra gruppi e partiti.

L'articolo unico del disegno di legge riproduce letteralmente le espressioni contenute nelle comunicazioni del governo sulla fiducia, fatte dal presidente del Consiglio. La relazione contiene invece una più articolata e in parte diversa motivazione.

Non si fa più riferimento alla sola «salda garanzia di pace», attribuita dal Giolitti alla revisione dell'articolo 5, ma le finalità e le ragioni si slargano, risalendo a considerazioni ancor più generali. La relazione afferma che è «di manifesta evidenza» che

> non possa più seguirsi la via tenuta fin qui: essa condurrebbe all'assurdo che quanto più il popolo si elevasse, quanto più crescesse il suo diritto e la sua capacità ad avere un peso decisivo nel Governo del Paese, tanto più questo Governo gli sfuggirebbe, perché continuerebbe ad essere retto da intese di gabinetti, sottratte ad ogni pubblicità e sottoposte -forse- solo ad un limitato controllo posteriore, più illusorio che reale.

Non si potrebbe essere più chiari: e non solo per il presente, ma anche per il passato. La prerogativa è incompatibile con la democrazia: se il popolo è maturo per governarsi, ciò deve valere nella politica estera non meno che negli altri campi. Il controllo parlamentare previsto dall'articolo 5 dello Statuto albertino è facilmente aggirabile, perché al governo spetta stabilirne l'attivazione (è il governo che ne dà «notizia alle Camere tosto che l'interesse e la sicurezza dello Stato il permettano»); ed è anche illusorio, perché fiaccato sotto il peso del fatto compiuto. Per lo più, recedere unilateralmente da un cattivo trattato può procurare danno maggiore che approvarlo politicamente nella sede parlamentare.

2. Il precedente del Patto di Londra del 1915

Giolitti matura il suo proposito spinto anche dalla esperienza, recente ed amara, sofferta appena cinque anni prima, tra l'inverno e la primavera del 1915, nel corso degli eventi che precedono la entrata in guerra dell'Italia a fianco delle Potenze dell'Intesa, e contro gli antichi alleati della Triplice.

I termini della questione sono noti. Il neutralismo, sostenuto da Giolitti, ha un sèguito maggioritario alla Camera. Malgrado ciò il governo Salandra, giovandosi di pressioni di piazza, alimentata da gruppi di interesse, e con l'avallo della Corona, prepara la scelta della guerra, e per questo fine sottoscrive con Inghilterra e Francia il Patto di Londra. Si tratta di un vero e proprio trattato segreto, sottoscrivendo il quale l'Italia si impegna ad intervenire in guerra a fianco dell'Intesa: sono previste clausole relative a compensi ed acquisti territoriali in caso di vittoria.

Il Patto di Londra è sottoscritto e tenuto segreto, alla stregua dei significativi precedenti del regime statutario, espressione della prassi della prerogativa regia[7]. Il testo sarà noto solo a guerra conclusa e per il mezzo invero singolare offerto da fonte bolscevica, dopo il ritrovamento della copia custodita negli archivi zaristi. Non soltanto il Parlamento ne è tenuto all'oscuro, ma il Patto viene stipulato dai rappresentanti del governo italiano nonostante la dichiarazione di neutralità ufficialmente resa, e contro l'orientamento neutralista della maggioranza della Camera elettiva, attestato pubblicamente allo stesso Giolitti.

Conformemente ai lineamenti impressi dalla consuetudine costituzionale, il governo esercita la prerogativa, sentendosi esentato dal necessario consenso del Parlamento, forte viceversa dell'assenso della Corona. Questo è il dato che emerge sotto il profilo formale: dal lato politico, l'analisi storiografica più attenta assolve al compito di ricostruire le ragioni delle correnti del fronte interventista, che è di complessa natura e composizione.

Giolitti farà scrivere da Olindo Malagodi nelle sue *Memorie* parole che suonano di censura dell'episodio, compresa la segretezza in cui matura, con ricorso ad un sobrio *understatement*. Riferendo di una udienza reale avvenuta l'8 maggio, quando il Patto è già stipulato (26 aprile), ricorderà che «anche in quella conversazione, l'obbligo del segreto, scritto nel Trattato, impedì che ne fossi informato»[8].

La censura è tuttavia assai prudente. In effetti, è stata applicata una norma costituzionale consuetudinaria, costantemente osservata dalla entrata in vigore dello Statuto al tempo del regime sardo. Ancora da ultimo ciò è avvenuto per il caso della guerra coloniale libica, essendo presidente del Consiglio lo stesso Giolitti, come gli viene ricordato polemicamente in una interruzione dalla «estrema sinistra» (come annota scrupolosamente lo stenografo della Camera), durante la esposizione del programma nella ricordata seduta del 24 giugno 1920[9].

La riforma pertanto è rivolta a rimuovere quella norma consuetudinaria, grazie alla sostituzione dell'articolo 5 dello Statuto, e quindi espungere la prerogativa; non si tratta di pareggiare il conto dell'ingrata vicenda del 1915, ma può servire anche a questo gradito fine.

3. Fondamento della prerogativa di politica estera

A fondamento della norma consuetudinaria stanno due riferimenti, che risalgono al testo dell'articolo 5 dello Statuto.

L'uno, affatto generale, corrisponde alla intestazione del potere esecutivo al capo dello Stato (nello Statuto è la locuzione di «Governo del Re»); l'altro, specifico, si rinviene nella competenza del re a fare i trattati internazionali.

Quanto alle attribuzioni parlamentari, si prescrive, oltre alla disciplina delle comunicazioni del governo nei termini richiamati, il principio per cui «i trattati che importassero un onere alle finanze, o variazioni del territorio dello Stato, non avranno effetto se non dopo ottenuto l'assenso delle Camere». L'effettivo contenuto di tale principio discende da questa formulazione, posta però a sistema con la parte dello stesso articolo 5, in cui si subordina l'adempimento della comunicazione degli atti pattizi all'apprezzamento che spetta al governo della convenienza di renderli noti, come si è detto, sotto il profilo dell'interesse e della sicurezza dello Stato.

La prassi statutaria indica senza incertezze che l'esecutivo agisce in piena discrezionalità: la pretesa delle "mani libere" ha sempre successo. L'apprezzamento in questione viene fatto rientrare nella competenza dell'organo che "fa i trattati", ossia li stipula, e vi si obbliga, in quanto rappresentante dello Stato nell'ordinamento internazionale: quindi, nella competenza regia, e, come si dirà, del potere esecutivo.

Vero è che, secondo i canoni del regime parlamentare, potrebbe (o dovrebbe?) configurarsi specularmente il controllo delle Camere, ma si tratta di una fattispecie del tutto astratta, e anzi, nella costituzione materiale non mai accolta nel senso indicato dallo Statuto. L'approvazione prevista dall'articolo 5, è atto bicamerale non legislativo (diversamente dalla prescrizione dell'articolo 80 della costituzione repubblicana): nell'ordinamento rappresentativo regio le Camere sono chiamate a porre in essere un atto di natura politica, il cui compimento può avvenire senza vincolo di forma, ed anche implicitamente.

Giovanni Giolitti, istantanea primo Novecento

L'esecutivo si è avvalso di tale disciplina effettiva della prerogativa con tale larghezza

che, in casi di eminente rilevanza, come quelli ricordati delle guerre coloniali (al caso libico si può almeno aggiungere il clamoroso, noto, caso del trattato di Uccialli), o della alleanza della Triplice, che fissa il sistema delle relazioni internazionali del regno d'Italia fino al primo conflitto mondiale, il segreto sul testo dei trattati è mantenuto, e comunque ne è omessa la comunicazione ufficiale alle Camere, se non ad esaurimento pratico dei patti.

È questo un primo contenuto della prerogativa della politica estera. L'esecutivo si riserva di dare notizia dei trattati alle Camere quando lo ritenga opportuno, rinviando nel tempo anche indefinitamente: si è di fronte a consuetudine innovativa dell'articolo 5 dello Statuto.

4. L'approvazione parlamentare e le sue conseguenze

L'altro contenuto della prerogativa regia incide sulla norma che subordina l'esecuzione dei trattati, che importino oneri finanziari o variazioni del territorio dello Stato alla approvazione parlamentare.

Restano pertanto esclusi trattati che possono rivestire importanza generale, come per il commercio, o per il regolamento di rapporti di diritto civile o processuale, sulla estradizione e sulla cooperazione giudiziaria, ed altri ancora. Per essi vale solo la norma sulla comunicazione alle Camere, applicata in forza della consuetudine che si è richiamata.

Per i trattati, che l'articolo 5 dello Statuto albertino enumera tassativamente, si pongono alcuni interrogativi sull'efficacia della condizione posta per la loro esecuzione. Se tale efficacia viene qualificata nell'ordinamento internazionale, si tratta di una condizione impropria, poiché per il principio dell'affidamento, al tempo dello Statuto valido in assoluto, le obbligazioni internazionali sorgono, e lo Stato è tenuto ad adempiere, per il solo fatto che il trattato sia stipulato e ratificato, o comunque concluso secondo gli usi se è un patto di forma diversa, da parte degli organi che hanno la rappresentanza internazionale dello Stato.

La responsabilità internazionale dello Stato è piena, quando la manifestazione della volontà di obbligarsi è posta in essere da chi ne ha titolo nell'ordinamento internazionale, indipendentemente dal perfezionamento del procedimento del diritto interno, la cui eventuale inosservanza non può valere ad esimere dalla responsabilità per la mancata applicazione del trattato.

Sul piano del diritto interno, è assai dubbio che possa configurasi una responsabilità dell'esecutivo per il fatto di dare esecuzione ad un trattato, concluso in debita forma, senza l'approvazione del Parlamento per i casi in cui è prescritta dall'articolo 5. Anche per tali trattati vale la riserva di dar corso alla comunicazione quando ciò non sia in contrasto con l'interesse dello Stato. Se il governo fa valere la pretesa a giudicare inopportuna la comunicazione, può anche pretendere di dare esecuzione al trattato, pur mancando la approvazione del Parlamento, poiché la condizione dell'approvazione presuppone ovviamente la comunicazione: e d'altra parte, il non dare esecuzione integra la responsabilità internazionale dello Stato. Può apparire un artificio formalistico, ma non lo è, perché è formalistico ignorare la norma consuetudinaria della prerogativa, che altera il contenuto dell'articolo 5 dello Statuto.

È questo un caso in cui l'attivazione del controllo politico delle Camere è affidata all'apprezzamento del controllato: il potere esecutivo resta arbitro del procedimento. A ciò si aggiunga che l'atto di controllo non ha natura legislativa, né forma tipica, e quindi può farsi implicitamente: nel caso della variazione del territorio, con riferimento al plebiscito di comodo, che maschera l'annessione, nel caso dell'accollo di oneri finanziari, con i relativi appostamenti nel bilancio di previsione.

La prassi indica che l'esecutivo agisce richiamandosi alla prerogativa, con l'avallo della Corona (come si ricorderà, sempre partecipe della prerogativa, seppure con intensità variabile). Né mancano casi in cui si registra una qualche derisione delle regioni invocate dal Parlamento, che lamenta la spoliazione subìta: così è nel noto episodio del trattato di Uccialli, in relazione alla mancata approvazione del quale Crispi negherà che si trattasse di variazione del territorio nazionale, ma solo di acquisto coloniale.

Per i trattati che importino oneri finanziari soccorre il mezzo del bilancio di previsione, utilizzato allo stesso modo per la politica estera in generale e per quella militare, che vi è strettamente connessa. La formulazione del bilancio ed il procedimento di discussione e di approvazione si svolgono con la tacita ammissione di una assoluta preminenza dell'esecutivo in queste materie: il governo formula le appostazioni conformi alle obbligazioni internazionali assunte, e fa valere a giustificazione la maggiore riservatezza propria del regime della prerogativa.

I mezzi giuridici dei quali il governo si avvale, anche in forza di consuetudini che esso stesso promuove e sostiene, per limitare o addirittura escludere il controllo politico della rappresentanza non sono dato esclusivo del sistema statutario. La tendenza stende le sue radici molto in profondità, proseguendo nel tempo con successo alterno, come un fiume carsico, che talvolta scompare dalla superficie e poi riaffiora, anche quando una prolungata dimora sotterranea fa illudere l'osservatore credulo che sia scomparso, interrato per sempre. Così non è, come insegnano le cronache costituzionali più recenti del sistema repubblicano.

5. La prerogativa regia in politica estera

La storia del diritto pubblico statutario conferma, fin dall'esordio della Carta albertina, l'effettiva sussistenza della prerogativa di politica estera: ne è testimonianza la crisi dei rapporti tra la Corona e la Camera elettiva, per la prima volta insediata all'atto della conclusione rovinosa della Prima guerra d'Indipendenza (1849), con ripetuti scioglimenti della Camera, ripetuti nell'arco di poche settimane, perché riottosa ad approvare il trattato con l'Austria vittoriosa.

Si tratta certo di una congiuntura straordinaria, dal punto di vista interno ed internazionale, del regno di Sardegna: tuttavia l'affermazione della prerogativa è inequivocabilmente enunciata nel proclama di Moncalieri. Il monito esplicito al corpo elettorale (ristretto), perché abbandoni l'atteggiamento ostile, ripetutamente confermato, e assecondi la volontà del capo dello Stato che il trattato si approvi, viene munito della minaccia di sospendere o addirittura abrogare lo Statuto emanato l'anno prima: se gli elettori continueranno a votare contro tale volontà, non voteranno più (è notevole come l'episodio sia riportato ancora agiograficamente nella *Storia*

costituzionale del Regno d'Italia (1848-1898), dell'Arangio Ruiz, mezzo secolo più tardi, nel 1898[10]). Il re parla chiaro:

> se il paese, se gli elettori mi negano il loro concorso, non su me ricadrà oramai la responsabilità del futuro, e nei disordini che potessero avvenirne, non avranno a dolersi di me, ma avranno a dolersi di loro.

La prerogativa regia non sarà mai né interrotta né attenuata nello svolgimento delle istituzioni statutarie; si rinvia agli studi in materia per le casistiche e gli altri rilievi che confortano l'affermazione: da Villafranca alle vicende coloniali, alla stipulazione e al rinnovo della Triplice. Il Patto di Londra, infine, attesta che essa non viene meno fino all'epilogo del regime statutario con il colpo di Stato del 1922: resta inalterato il contenuto di principio, per la parte in cui esclude, o fortemente limita, la partecipazione della Camera elettiva all'esercizio della politica estera, e, specificamente, al procedimento della attività pattizia.

Si affianca a quest'altra prerogativa, nella materia militare, a sua volta confortata da una attendibile letteratura, che pone in evidenza il legame affatto speciale tra tecnostruttura militare e Corona, anche chiamando in causa una tradizione che molto risale nel tempo, di cui si afferma la continuità sostanziale pur dopo l'avvento della forma rappresentativa negli ordinamenti istituzionali.

L'influenza del sovrano nella scelta dei ministri della Guerra è nota e generalmente ammessa. La nomina di militari in tali uffici subisce una battuta d'arresto solo nei primi anni del Novecento, propiziata da eventi particolarmente critici che consigliano la scelta di una personalità estranea all'ambiente ed alla carriera (29 dicembre 1907: l'ingegnere Severino Casana è nominato ministro della Guerra).

È significativa la giustificazione teorica addotta a sostegno delle due prerogative, in dichiarata limitazione del principio rappresentativo, e ad avvalorare la speciale partecipazione del capo dello Stato alla direzione politica della cosa pubblica. Le relazioni internazionali e la condotta militare sarebbero attività diverse da ogni altra, perché rivolte a perseguire interessi "unitari" dello Stato, al riparo dall'influenza partigiana delle parti politiche, le cui "passioni", le cui vicende di azione e di contrasto sarebbero pur sempre impregnate di calcoli di convenienza.

Così la dottrina, e non certo la meno autorevole, può sostenere che la dichiarazione di guerra, «facoltà molto contestata», può quanto alla sua devoluzione al capo dello Stato «legittimarsi solo per il pericolo di affidare questioni estere, sempre complicate e delicate, alle dispute delle Camere ed alle velleità dei partiti»[11]. Se ne desume anche quale opinione si abbia della rappresentanza e dei partiti politici, e non nel *milieu* giornalistico, me nella comunità scientifica.

La politica estera e la politica militare devono restare nella volontà unitaria dello Stato: l'organo che in luogo di ogni altro è "simbolo" e rappresentante della "unità dello Stato" è il titolare della Corona. La continuità del capo dello Stato, data la forma monarchica è presupposto indefettibile della necessaria continuità delle politiche estera e militare, che la precarietà delle maggioranze parlamentari sarebbe inadatta ad assicurare.

Non manca chi segnala l'anomalia di questa concezione in rapporto alla forma rappresentativa del sistema costituzionale albertino, senza però riuscire a scalfirne la

predominanza e la decisiva influenza sul diritto positivo. Non si promuove una discussione scientifica sul punto, sia per la insufficiente elaborazione teorica dei giuspubblicisti, sia perché vi si opporrebbe la costituzione materiale, che anima un regime elitario, con esclusione del principio di sovranità popolare, e nel quale il sistema è dualista, non monista.

Le due prerogative si integrano a vicenda, in forza della evidente connessione materiale, e tendono a fare corpo. Ciò ne accresce il rilievo sistematico tra i principi regolatori della forma di governo.

6. Tra Corona e Gabinetto

Fin qui si è fatto riferimento per indicare il potere esecutivo, quando alla Corona, quando al Gabinetto. Ma chi detiene effettivamente la prerogativa, a chi spetta di far valere la pretesa che vi è racchiusa di esercitare poteri e facoltà sottratti alla concreta, puntuale ingerenza della Camera elettiva in funzione di controllo politico?

Appare inapplicabile lo schema secondo cui la prerogativa sarebbe solo nominalmente intestata alla Corona, perché apparterrebbe formalmente ed effettivamente al governo, il solo che può risponderne al Parlamento. Questo schema si presenta come tipico errore di prospettiva storica.

Intanto, la struttura della prerogativa esclude il rapporto di responsabilità politica verso le Camere, o quanto meno lo mette in discussione (si tornerà sul punto subito dopo).

È, inoltre, indimostrato l'assunto per cui al regime statutario apparterrebbe il principio proprio delle moderne democrazie parlamentari, che esclude ogni partecipazione del capo dello Stato all'indirizzo politico, negli Stati la cui forma è monarchica, e negli altri in cui non vi è elezione popolare del presidente.

Neppure si adatta al regime rappresentativo albertino l'opposto schema, che preveda l'attribuzione piena ed esclusiva della prerogativa, nonché dei connessi poteri e facoltà, al sovrano. È ipotesi priva di fondamento, considerando le previsioni normative dello Statuto, e lo svolgimento delle istituzioni costituzionali. Il tentativo di giustapporre all'ordinamento statutario la forma costituzionale pura, appena dissimulato sotto la nota locuzione del *Torniamo allo Statuto*, declamata a fine secolo da Sydney Sonnino[12], non ha sèguito: ma se lo avesse avuto, si sarebbe prodotto un mutamento di regime, non la sua riabilitazione.

Per giungere ad una attendibile ipotesi interpretativa è necessario partire dalla base binaria della struttura costituzionale del potere esecutivo, assicurata da un duplice presupposto: la devoluzione al capo dello Stato della titolarità del potere, disposta dallo Statuto; la competenza generale del governo per gli atti della funzione, derivante dal principio della responsabilità politica, affermato nei canoni della forma parlamentare di governo fin dalla prima fase applicativa dello Statuto.

La partecipazione del capo dello Stato non si restringe mai del tutto alla sfera nominale. Ne fanno fede alcuni dati del sistema. La valida esistenza del Gabinetto richiede certamente la fiducia della Camera elettiva e l'assenso del Senato: il regime della doppia fiducia persiste, malgrado l'affermarsi della forma parlamentare.

La doppia fiducia riemerge nell'esercizio di attribuzioni rilevanti, in cui si attiva la

responsabilità politica del governo, ma il contenuto della volizione degli atti, nella forma del decreto reale, non si limita alla tutela della legalità costituzionale da parte del capo dello Stato, ma comprende anche l'apprezzamento della opportunità dei provvedimenti. Si può menzionare lo scioglimento della Camera elettiva, l'esercizio delle prerogative, compresa la nomina del ministro preposto ai dicasteri degli Affari Esteri, della Guerra e della Marina, nonché importanti atti relativi al funzionamento delle Camere ed all'alta amministrazione.

È significativo, sotto questo profilo, il capitolo dell'uso dei poteri normativi del governo, e di quelli concernenti l'ordine pubblico e la sicurezza dello Stato, alla luce di una assai ridotta razionalizzazione del sistema delle fonti.

Non può che farsi un breve richiamo alla forma degli atti in cui si manifestano i poteri normativi del governo, nel quadro della diversità sostanziale del regime statutario rispetto al modello accolto nel regime repubblicano oggi vigente, nel raffronto con il quale meglio si precisano i lineamenti del primo. Flessibile l'uno, rigido l'altro; la posizione del capo dello Stato partecipe dei tre poteri nell'uno, estranea a ciascuno nell'altro, in cui ha solo figura di garanzia; scarsamente razionalizzato il sistema delle fonti nel primo, come si è detto, compiutamente razionalizzato nell'altro.

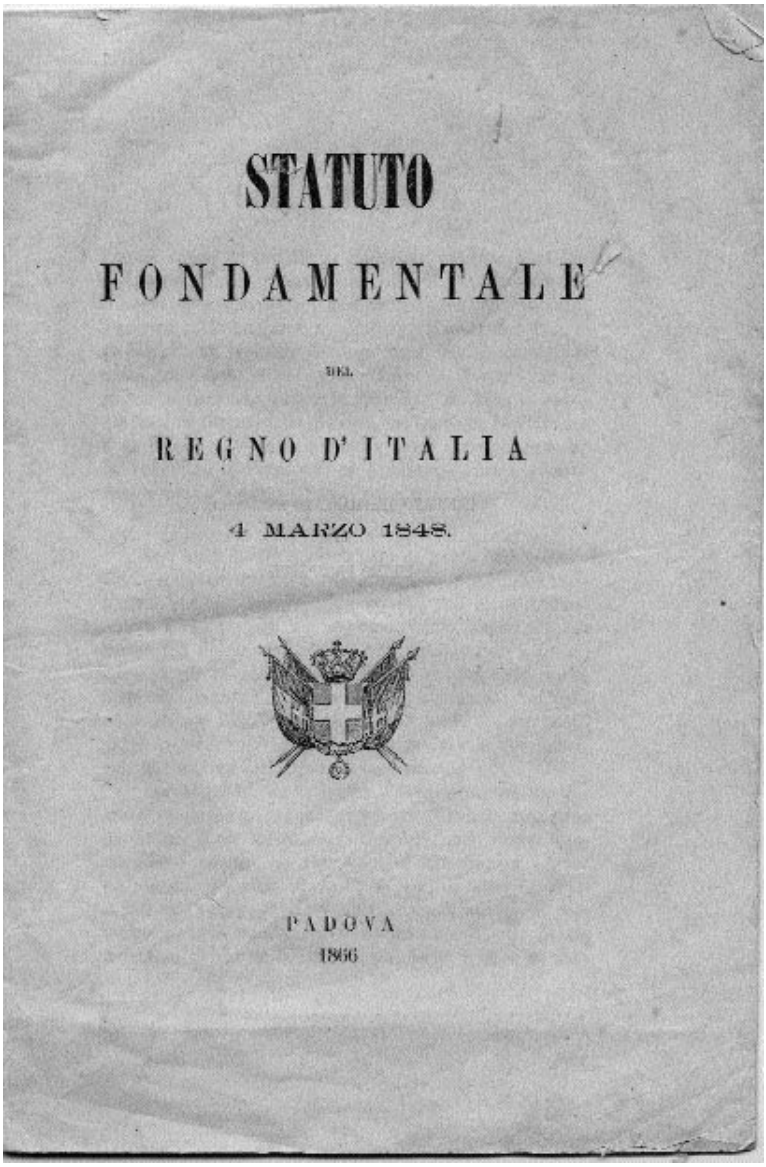
La tormentata vicenda istituzionale del decreto legge, lentamente affermatosi nel regime statutario, e non mai pervenuta ad una disciplina certa ed univoca, è ben eloquente in questo senso. All'epilogo di quel regime vi è il rifiuto del capo dello Stato di emanare il decreto per lo stato d'assedio deliberato dal governo Facta, e il mutamento di regime avviene mentre al Senato si discute, sulla scorta di una istruttiva ed acuta relazione Scialoja[13], la introduzione della disciplina organica della decretazione legislativa d'urgenza.

La struttura binaria dell'esecutivo non prevede una definizione certa e durevole del limite reciproco dei poteri e delle competenze dei due organi, capo dello Stato e governo. Sul punto, sistema politico ed ordine costituzionale delle attribuzioni si intrecciano strettamente, al punto da rendere impossibile la demarcazione di quanto è devoluto all'uno ed all'altro organo costituzionale[14].

In particolare, nel campo delle relazioni internazionali, vi è un confine mobile tra le attribuzioni della Corona e quelle del governo, fin dall'inizio della esperienza unitaria, come afferma la più avvertita ricerca storiografica[15]. Né le une né le altre subiscono mai compressioni tali da ridursi ad essere puramente nominali: in presenza di caratteristiche di instabilità e precarietà di governi e di maggioranze, l'influenza del capo dello Stato tende ad espandersi molto.

7. *Responsabilità politica e "copertura" della Corona*

In ogni caso, come si è osservato riguardo alle prerogative, l'organizzazione costituzionale del potere esecutivo su base binaria, si risolve in una alterazione del rapporto tra Gabinetto e Parlamento rispetto ai lineamenti propri della forma parlamentare di governo, a detrimento delle attribuzioni di controllo politico delle Camere. L'effetto si produce indipendentemente dal punto di equilibrio tra i due organi del potere esecutivo.


STATUTO

FONDAMENTALE

DEL

REGNO D'ITALIA

4 MARZO 1848.

PADOVA
1866

frontespizio dello Statuto Albertino

Come si è ricordato, il principio della responsabilità politica del governo è certamente posto nell'ordinamento costituzionale. Il governo si assume la responsabilità politica per ogni atto compiuto nell'esercizio delle sue funzioni nei confronti del Parlamento, e segnatamente della Camera elettiva. Accade, peraltro, che il governo assume la responsabilità politica anche per atti che sono nella volizione di altro organo, il capo

dello Stato: situazione che si riassume nella nota formula della "copertura politica della Corona".

La formula è oggetto di enunciato scarsamente approfondito dalla dottrina del tempo. Essa appare ambigua e polivalente, il relativo contenuto essendo individuato secondo moduli ricostruttivi diversi, frutto di teorizzazioni disparate, tra di loro distanti. L'uso abbastanza frequente della locuzione nell'intero arco temporale della esperienza statutaria è peraltro sintomo della esistenza di una sottostante figura del diritto positivo.

Non convince la ipotesi, da più parti avanzata, secondo cui la formula attesterebbe l'avvenuto spostamento di attribuzioni sostanziali dal capo dello Stato al governo. È comune osservazione che dove è responsabilità è potere: ma, per il caso in questione, non si forniscono altri argomenti, né prove, salvo ricorrere, essendo il sistema rappresentativo, ai principi elaborati in astratto relativi alla forma di governo. In questo modo però si dà per dimostrato l'assunto, che invece esige di essere dimostrato.

Se, invece, si procede verificando il diritto positivo, come risulta dalla evoluzione del sistema, si deve ammettere che quel trasferimento di attribuzioni non è mai interamente avvenuto, dal che consegue che non possa affermarsi l'appartenenza del regime statutario al modello parlamentare compiuto, ma, come molti affermano, ad un modello di tipo limitato.

Altri argomenti, e pseudo argomenti, addotti dalla dottrina del tempo, sono ancor meno accettabili, pur continuando a circolare nella successiva letteratura. Tipico di essi è lo schema secondo cui il sovrano "non può sbagliare", e se un suo atto è posto in discussione, non deve risponderne, ed è il governo necessariamente ad essere esposto. È evidente la inconsistenza logico giuridica di una simile premessa ricostruttiva, che dissimula la realtà positiva, non già la identifica.

Vi è un dato che caratterizza la figura della copertura politica della Corona, che appartiene al regime degli atti, ed è la deroga che implicitamente si pone quanto alla sindacabilità politica degli atti per cui ricorre quella figura. Se si indaga su tale premessa, si imbocca una via fruttuosa per sciogliere i dubbi interpretativi dell'ambigua, ed ellittica, formula.

8. Significato di una formula

Quando il governo dichiara di assumere la responsabilità politica di un atto del sovrano, dà luogo ad una duplice affermazione. La prima è che l'atto deriva dalla volontà del sovrano oltre che da quella del governo, perché diversamente, se risalisse alla volontà esclusiva del governo, la dichiarazione non sarebbe necessaria, essendo sempre presunta l'assunzione di responsabilità politica del governo per ogni suo atto.

La seconda affermazione esclude l'atto in sé dal sindacato politico delle Camere, poiché risale alla volontà di un organo che è per prescrizione statutaria politicamente irresponsabile. Il controllo parlamentare non può esercitarsi neppure sulla formazione dell'atto, nella quale non sono chiamate in causa le sole attribuzioni del governo, salvo che per un aspetto.

Ciò che può farsi rientrare nel controllo politico della rappresentanza è l'assenso del governo alla formazione dell'atto, la manca-

ta opposizione del Gabinetto alla posizione dell'atto da parte del capo dello Stato.

Ne deriva una restrizione dell'oggetto del sindacato politico, essendo non l'atto ma il comportamento del governo di cooperazione alla formazione dell'atto argomento della responsabilità politica: il che è già rilevante sul piano delle relazioni tra Gabinetto e Camere parlamentari. Ma vi è di più.

Nella ipotesi che si delinea, in cui il governo dichiara che l'atto è manifestazione della volontà del capo dello Stato, assumendosi la responsabilità per l'assenso prestato, il contenuto effettivo del controllo parlamentare si restringe sensibilmente, fino a ridursi ad una fattispecie residuale ed estrema. Se infatti le Camere sanzionassero con la censura l'esito del controllo, non una crisi politica si aprirebbe (ipotesi fisiologica), ma una vera e propria crisi costituzionale (ipotesi di rottura). Ne consegue che la pienezza della funzione di controllo viene meno, e, con essa, quella del rapporto di responsabilità politica del governo.

La conclusione cui si perviene, uguale a quella accennata prima a proposito specificamente della prerogativa della politica estera, è che si produce una retrocessione del rapporto di responsabilità politica, il cui circuito si sottrae ai princìpi regolatori del sistema rappresentativo nella forma parlamentare di governo. Il "figurino" del re che regna e non governa si rivela astrazione, così come l'altro "figurino" del rapporto di responsabilità politica piena e diffusa tra Gabinetto e Camera elettiva.

L'ambigua formula della "copertura politica della Corona" corrisponde in concreto a questo regime della funzione di indirizzo. I valori cui è riferita la posizione costituzionale del capo dello Stato, uno dei soggetti esponenziali che sono contraenti della carta convenzionale (non *octroyée*) dello Statuto, si riassumono in locuzioni del tipo del "superiore, unitario interesse della Nazione", ma si risolvono in termini di puro apprezzamento politico, e richiamano attività di indirizzo, salvo retoriche mistificazioni.

Il capo dello Stato dispone di un efficiente mezzo di persuasione per indurre il governo a riconoscere la effettività delle attribuzioni della Corona, ed è il conseguente sottrarsi dello svolgimento della funzione di indirizzo al sindacato politico parlamentare.

Neppure il governo, peraltro, può ammettere che si rendano nominali i suoi poteri, a profitto della Corona e dell'*establishment* che vi si collega. Nemmeno un governo supinamente cortigiano (e non ne sono mancati) potrebbe fare questo, per i riflessi immediati e penetranti che l'esplicarsi delle prerogative della politica estera e della politica militare provocano sull'intera funzione esecutiva, e in primo luogo sui bilanci.

Quale conclusione se ne deve trarre nella ricostruzione del sistema? Nel campo delle prerogative specialmente si afferma una struttura binaria dell'esecutivo, i cui organi sono il capo dello Stato e il Gabinetto, ciascuno dotato di attribuzioni sostanziali, delimitate l'una rispetto all'altra in modo non razionalizzato, ma volta per volta determinato dal grado di solidarietà tra Gabinetto e maggioranza della Camera elettiva. Da tale struttura, e dal regime del suo atteggiarsi, deriva la riduzione del sindacato politico parlamentare, segnatamente nei campi delle relazioni internazionali e della funzione militare.

9. Prerogative regie e regime parlamentare

La considerazione della rilevanza dell'oggetto delle prerogative fa dubitare fondatamente della classificazione dell'ordinamento statutario nella categoria del sistema parlamentare, e della applicabilità ad esso del modello di forma parlamentare di governo.

Si è preferito adottare la formula del regime parlamentare limitato, che però richiede precisazioni, dubitandosi, in generale, della attendibilità del "figurino" parlamentare, secondo la critica, cui si aderisce, serratamente condotta da Massimo Severo Giannini[16].

Anche nella ricostruzione storica è salutare guardarsi dalle schematizzazioni, anche quando sembrino avvalorate dal tenore letterale di disposizioni e fonti, per non incorrere nel pericolo denunciato dal monito dottrinario appena ricordato:

> […] è un ben curioso modo di procedere quello di prendere un'esperienza costituzionale, di cacciarla per forza nel barattolo del sistema parlamentare, e poi criticarla perché ne restano fuori i piedi.

Nel caso italiano dello Statuto albertino vi è la retrocessione sensibile delle attribuzioni della rappresentanza, in una con il carattere elitario del regime, attestato dalla selezione nell'accesso al diritto di elettorato attivo, che verrà meno solo al suo tramonto. Sono le prerogative a determinare tale retrocessione.

Politica estera e politica militare sono elementi decisivi nella definizione e nello svolgimento dell'indirizzo politico, in ogni caso, ma specialmente nello Stato italiano appena unificato. Gli atti di governo e di alta amministrazione nei due campi vincolano le strategie di bilancio, il sistema della finanza pubblica, produzione e consumi, nonché gli scambi di merci e l'approvvigionamento di materie prime, la ricerca scientifica, e le politiche dell'ordine pubblico.

La relazione al disegno di legge per la modifica dell'articolo 5 dello Statuto albertino contiene affermazioni eloquenti in questo senso e, per la verità, valide anche oltre la congiuntura storica:

> Le relazioni fra i vari Stati, vanno facendosi ogni giorno più frequenti e più intense ; non vi è ramo di attività umana nel quale non abbiano influenza – direttamente o di riverbero – accordi o convenzioni internazionali; e dall'indirizzo e dalla condotta della politica estera dipendono gli aspetti più vari della politica nazionale; possono essere limitate o vietate, incoraggiate o indirizzate correnti di traffici, scambi di prodotti, emigrazione di forze di lavoro o di ricchezza: possono essere rese più rapide e più semplici comunicazioni di ogni genere […]; insomma, la vita degli Stati, nelle sue più varie manifestazioni, appare, ogni giorno più, dominata da intese e da patti che leghino i vari paesi; stretta e chiusa in una gran rete di accordi che mentre limitano le singole attività dei vari Stati, rivelano come tutti i popoli siano sottoposti ad una legge di solidarietà, che vieta di compiere ulteriormente una politica di chiuso egoismo.

Come si è accennato, bisogna tener conto delle caratteristiche del nuovo Regno d'Italia. Si tratta di uno Stato di secondaria statura internazionale, segnato da forti squilibri interni, la cui formazione avviene nella indifferenza popolare, è osteggiata dalla influente gerarchia religiosa, e appesantita da elevata disomogeneità sociale, culturale e civile. In tale quadro, politica estera e politica militare decidono le forme e gli orientamenti generali dell'indirizzo politico.

10. *Abolizione della prerogativa e suffragio universale maschile*

Nel discorso sulla fiducia, e nella giustificazione del progetto di riforma dell'articolo 5 dello Statuto albertino, si fa esplicito riferimento alla recente introduzione del suffragio universale tuttora riservato ai soli elettori maschi, ma liberato da ogni selezione limitativa di ordine sociale. La premessa è significativa.

La relazione al disegno di legge afferma che la sopravvivenza della prerogativa non è più ammissibile nel nuovo quadro istituzionale determinato dal suffragio universale (maschile):

> È [...] di manifesta evidenza come, nel campo della partecipazione del popolo – a traverso della sua rappresentanza – al Governo della politica estera, non possa più seguirsi la via tenuta fin qui: essa condurrebbe all'assurdo che quanto più il popolo si elevasse, quanto più crescesse il suo diritto o la sua capacità di avere un peso decisivo nel Governo del Paese, tanto più questo Governo gli sfuggirebbe, perché continuerebbe ad essere retto da intese di gabinetti sottratte ad ogni pubblicità e sottoposte – forse – solo ad un limitato controllo posteriore, più illusorio che reale.

In limpida sintesi è reso il quadro istituzionale effettivo del regime statutario quanto alla condotta nelle relazioni internazionali, che si risolve, come è detto senza giri di parole, nelle «intese di gabinetti» sotto un «limitato controllo posteriore, più illusorio che reale» del Parlamento.

La relazione addita nel riconoscimento del suffragio universale, che rimuove il principio di regime dello Statuto della selezione dell'accesso all'elettorato attivo, l'evento che rende inammissibile la prerogativa della politica estera, riassunta nel quadro che si è appena richiamato. Del resto, il valore di rottura della riforma risulta lampante quando si consideri la teorizzazione del voto limitato ad opera della dottrina: chiare sono le parole dell'Arangio Ruiz, che si può citare tra i tanti:

> Non è lo spirito delle istituzioni, che deve determinare la base dello elettorato, bensì [...] è nelle condizioni sociali che fu mestieri rintracciare la base, poiché tutti gli idonei debbono essere chiamati al voto, nessuno fuori di essi[17].

Sono i mutamenti della costituzione materiale che si riflettono nella riforma. La selezione sociale per l'accesso al diritto politico dell'elettorato attivo, già originariamente fondata sul censo e in sèguito temperata solo apparentemente dal requisito alternativo dell'acculturazione (che in quella Italia equivale al censo, essendo elevatissima la quota di analfabetismo, che è quota di povertà spinta), identifica uno dei soggetti contraenti il patto statutario, e ne è condizione essenziale.

Si deve tener ben fermo il presupposto della natura convenzionale della costituzione statutaria, per intendere compiutamente il valore della limitazione del diritto di elettorato attivo, e non prestare fede alla tesi sul carattere *octroyé* di uno Statuto liberamente concesso, come in disprezzo della verità storica si pretende di affermare ancora mezzo secolo più tardi, da studiosi del livello di Domenico Zanichelli:

> Quando si dice che il Re fu costretto a far ciò, quando si pretende di sostenere che Egli cedette per paura d'una rivoluzione che lo sbalzasse dal trono, si erra fortemente [...]. [Carlo Alberto] liberamente si convinse e liberamente concesse lo Statuto[18].

Con la eliminazione del principio (1912), che si conserva sostanzialmente intatto fino

a quel momento, malgrado la *réformette* Depretis, si fa strada una diversa concezione del diritto politico di elettorato attivo, rafforzata dal contemporaneo passaggio, altrettanto significativo ma assai meno osservato rispetto al suffragio universale, che è la sostituzione dell'iscrizione a domanda del cittadino nelle liste elettorali con l'iscrizione automatica.

La nuova e diversa concezione è alla base della giustificazione offerta al progetto di revisione dell'articolo 5. Infatti, il diritto di elettorato attivo non è più visto quale potestà di scegliere i governanti più idonei, i rappresentanti per il miglior governo, ma come applicazione del principio della sovranità popolare. La forma rappresentativa non si combina più con lo Stato monoclasse in crisi.

11. La transizione repubblicana

L'interesse dell'episodio non è limitato al progetto di superamento della prerogativa, ma si estende alla giustificazione di carattere generale che ne è motivazione, che investe principi del regime costituzionale, fino a toccare la questione della attribuzione della sovranità.

Se tutto il popolo è rappresentato, la rappresentanza non può che essere espressione di sovranità in senso proprio, ed i poteri politici della Camera rappresentativa non possono ammettere limitazioni del tipo di quelle poste con la prerogativa, devoluta agli organi costituzionali del potere esecutivo.

Si legge nella relazione al disegno di legge per la revisione dell'articolo 5 dello Statuto:

> […] un popolo potrebbe…trovarsi di fronte ad una guerra dichiarata e deliberata ad opera del Governo e di fronte alla necessità ineluttabile della guerra, derivante dall'azione del suo Governo.

Ma è proprio questo che non può ammettersi:

> […] quando da una decisione dipendono insieme l'avvenire e l'esistenza stessa di un popolo, quella decisione non può, non deve essere presa senza che il Parlamento la voglia e l'approvi.

Non viene celata la preoccupazione di fondo che muove il governo a proporre la riforma, che racchiude due ragioni essenziali di politica costituzionale.

La prima ragione appartiene alla storia politica, ed è espressione della linea seguìta da Giolitti, mirante ad assorbire con progressive riforme gli elementi di crisi e di rottura sociale e culturali addensatisi nella comunità nazionale. I contributi storiografici di Rosario Romeo ne sono la più aggiornata e condivisibile ricostruzione.

La seconda ragione ha carattere più puntualmente istituzionale, e si traduce nell'impulso ulteriore al mutamento di regime promosso dalla introduzione del suffragio universale maschile che, sulla premessa implicita, mette in discussione la costituzione albertina: si prende atto che è cambiata la costituzione materiale dello Stato.

Questa linea di politica costituzionale è esposta in modo consapevole nella relazione:

> […] sembra che sia diffuso un po' dovunque un certo senso di disagio nelle masse popolari, e si ritiene - o si teme - da molti, che sia in quel disagio una insofferenza degli attuali ordinamenti; ma una più serena valutazione delle cose, mostra, invece, che nelle masse del popolo è nulla più che una forte aspirazione ad un più libero governo, che

esse vorrebbero obbedisse meno al volere di pochi, e risentisse più l'influenza delle grandi correnti del pensiero nazionale. Dare quindi al popolo la possibilità di sapere che nelle assemblee parlamentari, che sono una sua legittima rappresentanza, tutti i problemi di politica estera sono sottoposti a sereno ed ampio dibattito, soprattutto a decisivo dibattito, è, oltre che giusto, sommamente utile ai fini di una politica di pace e di lavoro, perché è ovvio che debba rifuggire da atteggiamenti violenti e da decisioni arrischiate il popolo che sappia poter essere l'arbitro delle proprie sorti e l'artefice del proprio avvenire e che sia sicuro di poter foggiare con libera volontà le armi della propria elevazione e gli strumenti del proprio progresso.

Ancora una volta, non si potrebbe essere più chiari di così.

Il governo Giolitti avrà una breve vita, e della proposta riforma dell'articolo 5 non resterà che il disegno di legge. Gli avvenimenti successivi porteranno ad un regime di segno diverso da quello auspicato: il principio rappresentativo non muterà la sua base, ma sarà soppresso.

[1] Sul dibattito preelettorale del 1919 si leggono ancora utilmente le considerazioni di G. Perticone, *La crisi della democrazia e la lotta dei partiti (1915-1920)*, in *La politica italiana nell'ultimo trentennio*, Roma, Leonardo, 1945, pp. 324-335.

[2] Giovanni Giolitti, *Memorie della mia vita*, a cura di Olindo Malagodi, Milano, Treves, 1922, II, pp. 556-557.

[3] Cfr. Silvano Labriola, *Storia della costituzione italiana*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1995, pp. 173-202.

[4] Cfr Gaetano Arangio Ruiz, *Istituzioni di diritto costituzionale italiano*, Torino, Unione Tipografica Editrice, 1913, pp. 566-578.

[5] Atti del Parlamento, Legislatura XXV, I Sessione, Camera dei deputati, Discussioni, 24 giugno 1920, p. 2221.

[6] *Ibidem*.

[7] Cfr sul punto, Paolo Colombo, *Il Re d'Italia. Prerogative costituzionali e potere politico della Corona (1848-1922)*, Milano, Franco Angeli, 1999, pp. 320-324.

[8] Giovanni Giolitti, *Memorie della mia vita*, cit., p. 540.

[9] Atti del Parlamento, cit., p. 2221.

[10] Gaetano Arangio Ruiz, *Storia costituzionale del Regno d'Italia*, [Torino, 1898], presentazione di Leopoldo Elia, introduzione di Lorenza Carlassare, Napoli, Jovene, 1985, pp. 33-57.

[11] Giorgio Arcoleo, *Diritto costituzionale. Dottrina e storia*, Napoli, Tocco, 1907, p. 379.

[12] Sidney Sonnino, *Torniamo allo Statuto*, in «Nuova Antologia», 1897.

[13] V. «Studi giuridici», V, 1936, pp. 15 ss., 52 ss.

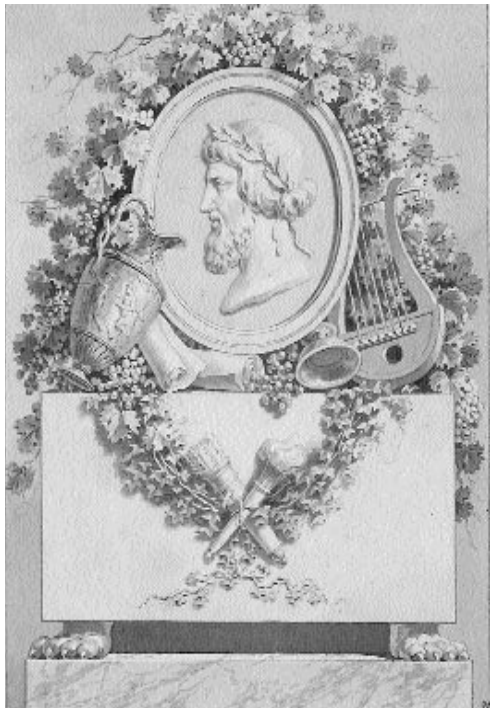
[14] Cfr Paolo Colombo, *Il Re d'Italia. Prerogative costituzionali e potere politico della Corona (1848-1922)*, cit., pp. 352-368.

[15] Federico Chabod, *Storia della politica estera italiana dal 1870 al 1896. Le premesse*, Bari, Laterza, 1951, pp. 654-692.

[16] Nella nota *Prefazione* all'edizione italiana dell'opera di Georges Burdeau, *Il regime parlamentare nelle Costituzioni europee del dopoguerra*, Milano, Edizioni di Comunità, 1950.

[17] Gaetano Arangio Ruiz, *Storia costituzionale del Regno d'Italia*, cit., p. 352.

[18] Domenico Zanichelli, *Lo Statuto di Carlo Alberto*, in *Studi di storia costituzionale e politica del Risorgimento italiano*, Bologna, Zanichelli, 1900, pp. 92-93.



La doctrine physiocratique du contrôle juridictionnel de la loi positive

MARC LAHMER

> Organes et dépositaires des lois, Magistrats respectables, elle est faite pour vous cette Science.
>
> Du Pont de Nemours, *Physiocratie ou constitution naturelle du gouvernement le plus avantageux au genre humain*, Yverdon, 1768, p. LIX.

La pensée politique des physiocrates a fait l'objet d'études remarquables et désormais classiques[1]. S'inspirant de ces travaux, juristes et politologues se réfèrent à l'ordinaire à ce courant soit pour marquer son influence sur la Déclaration des Droits de 1789[2] soit pour relever son rôle essentiel dans l'émergence et la promotion de la figure du citoyen-propriétaire, si présente lors de la Révolution française[3].

En regard, nous voudrions démontrer que la doctrine de Quesnay et ses disciples a également pour caractère essentiel de constituer la théorie la plus aboutie produite en France au XVIII^{ème} siècle en faveur du contrôle juridictionnel de la loi, et que l'on ne peut de ce fait s'interroger sur la genèse de cette idée dans ce pays sans évoquer la contribution de ceux que l'on nommait alors « les Economistes », et qui, au moyen d'une riche production éditoriale défendirent auprès de leurs contemporains le modèle du « despotisme personnel et légal », dit également « monarchie économique ». Pour le comprendre, il convient de présenter les fondements essentiels de ce corps de doctrine pensé sous la forme d'un système (1) lequel emportait en toute rigueur au sens des membres de l'École la nécessité d'un contrôle juridictionnel de la loi positive (2).

1. L'axiologie des physiocrates ou le primat de la loi naturelle

La physiocratie se présente comme une théorie générale de l'organisation sociale ayant pour objet la totalité des rapports de l'Homme avec la société, ce que traduisait le sous-titre du moniteur officiel de l'école, les «Ephémérides du citoyen», qualifié à dessein de *Bibliothèque raisonnée des sciences*

morales et politiques. Dans ce cadre, participant de l'esprit du siècle[4], cette doctrine tirait sa spécificité et sa cohérence d'un postulat, à savoir l'affirmation de l'existence d'un ordre naturel consistant dans un ensemble de lois physiques et morales établies par la Providence, lesquelles formaient ce que les physiocrates appelaient – de façon indistincte – le droit naturel ou la loi naturelle, c'est-à-dire l'ensemble des conditions essentielles auxquelles les hommes doivent s'assujettir s'ils veulent prospérer. Précisément, la physiocratie, science du droit naturel appliqué à la société, se proposait de déterminer les termes de cette application, ainsi que ses voies et moyens[5].

Du Pont de Nemours, doué pour rendre de façon synthétique les enseignements du maître Quesnay, s'en était expliqué:

> Il y a – avait-il affirmé – un ordre naturel, essentiel et général, qui renferme les lois constitutives et fondamentales de toutes les sociétés; un ordre duquel les sociétés ne peuvent s'écarter sans être moins sociétés, (…) un ordre qu'on ne pourrait abandonner entièrement sans opérer la dissolution de la société et bientôt la destruction absolue de l'espèce humaine[6].

Bref, la nature, harmonieuse et ordonnée par un dessein divin, prescrivait des lois dites « fondamentales » ou lois de nature, à la définition desquelles les hommes ne pouvaient participer: « c'est par la nature invariable des choses », disait ainsi Mercier de la Rivière, « et non par la volonté ambulatoire des hommes que les lois se trouvent être fondamentales ». Sur cette base, il incombait à la puissance publique de les transcrire dans les lois constitutionnelles, dites « constitutives », et ordinaires, dites « positives ».

Or, cela impliquait que la loi positive participait d'un acte de connaissance et non de volonté, puisqu'elle consistait exclusivement dans la transcription dans le for interne d'une norme supérieure. Du Pont avait eu sur ce sujet une formule frappante:

> Les lois sont des règles de justice, de morale, de conduite utiles à tous et à chacun – avait-il posé sous forme de principe. Les hommes ni leur gouvernement, ne les font point et ne peuvent point les faire. Ils les reconnaissent comme conformes à la raison suprême qui gouverne l'univers; ils les déclarent, ils les portent au milieu de la société […]. C'est pour cela qu'on dit porteur de loi, législateur et recueil des lois portées, législation, et qu'on n'a jamais osé dire faiseur de loi, législacteur ni législaction[7].

Autrement dit, « le pouvoir législatif ne peut être celui de créer, mais celui de déclarer les lois », puisque la loi positive est *ratio*, non *voluntas*. Il s'agissait là d'un des points capitaux de la doctrine, que les membres de l'Ecole exposaient sans cesse: « le terme de *faire* des lois est une façon de parler fort impropre », rapportait ainsi Mercier de la Rivière, puisqu'à son sens en effet le pouvoir législatif consistait dans

> le droit exclusif de manifester par des signes sensibles aux autres hommes les résultats des lois naturelles et essentielles de la société (et) n'est donc que le pouvoir d'annoncer des lois déjà faites nécessairement, et de les armer d'une force coercitive[8].

Ainsi, les lois naturelles devaient être « déclarées », ce qui dans l'acception technique utilisée par les physiocrates signifiait qu'elles devaient être transposées dans le droit positif. De ce fait, la puissance publique était exclusivement préposée à appliquer un ordre juridique autonome et préexistant, à verser la loi de nature dans la loi positive, à la concrétiser. S'il pouvait en être ainsi, c'est que la loi naturelle était susceptible d'ê-

tre découverte et saisie par l'Homme, sans quoi elle serait inutile et constituerait alors la preuve manifeste du défaut de sagesse du Créateur.

Les physiocrates en effet développaient une épistémologie spécifique de la connaissance, centrée sur la notion d'Evidence, définie comme une « certitude si claire et si manifeste par elle-même que l'esprit ne peut s'y refuser », et qui de ce fait constituait au profit de l'individu un discernement exact de ses vrais intérêts[9]. De fait, l'Homme pouvait avoir une connaissance évidente de la loi de nature et se déprendre ainsi de « l'opinion », c'est-à-dire de l'erreur issue des passions et de l'exercice non raisonnable de sa volonté[10].

Ainsi le binôme évidence/opinion correspondait chez les physiocrates à leur propre version d'une distinction essentielle en son temps à la pensée politique des Anciens, opposant *techne* et *doxa*, laquelle discriminait la politique scientifique de l'erreur commune. Ainsi, en tant qu'objet de connaissance, la loi de nature, « la loi des lois, la tige et le tronc de toutes les lois »[11] formait une règle infaillible de laquelle les hommes pouvaient déduire une législation complète, de sorte qu'ils devaient s'interdire de rien concevoir et d'ajouter par eux-mêmes sous peine d'établir le désordre. Ainsi les lois visibles de l'ordre naturel renfermaient les lois nécessaires de l'ordre social, de sorte que la physiocratie – terme forgé en 1767 par Baudeau – étymologiquement, gouvernement de la nature, était possible, et tendait à l'institution d'une société régie par le despotisme de la loi de nature, dit également despotisme de l'évidence.

Dans ce cadre, le droit naturel, «ce fonds, ce principe et cet éternel prototype de toutes bonnes lois possibles »[12], se réalisait pleinement dans le droit de propriété. En d'autres termes, il leur paraissait

> évident que la protection du droit de propriété, tant personnelle que foncière et mobilière, est la grande, la sublime et peut-être l'unique fonction de tous les gouvernements[13].

Plus encore, ces penseurs qui tiennent une place déterminante dans l'histoire de l'économie politique professaient dans cette matière une doctrine moniste exclusivement favorable à l'agriculture. En effet, dans leur optique, seule l'activité humaine appliquée au domaine de l'agriculture était véritablement créatrice de richesses, en ce qu'elle permettait de dégager un « produit net », c'est-à-dire un excédent de valeur mis à la disposition de la communauté, lequel consistait précisément dans l'excédent du produit des terres, défalcation faite des dépenses du travail et de la culture.

Ainsi, les physiocrates qualifiaient de « productive » la classe des agriculteurs et de « stérile » celle des industriels et commerçants, car ces activités s'exerçant sur des matières fournies par l'agriculture étaient certes génératrices d'une valeur ajoutée mains non d'un « produit net », seul instrument de mesure et d'accroissement du bien-être et de la prospérité en société. Conséquence notable de ce choix, les propriétaires fonciers faisaient seuls essentiellement partie du corps politique. De fait, la politique des physiocrates se voulait simple: « sûreté des propriétés: voilà tout le pacte social en trois mots », disaient-ils, « l'abrégé de toutes les lois naturelles, et le germe unique des vraies lois positives ».

Ainsi, en ce que la loi positive, application de la loi naturelle, traduisait la volonté

de Dieu, c'est, selon un terme qu'ils employaient eux-mêmes, à une véritable « théocratie » que les Economistes entendaient aboutir, dans laquelle « le droit de législation (…) n'est à personne », puisque la volonté humaine n'y a aucune part, ce que traduisait la devise de Quesnay, *Ex natura jus, ordo et leges, ex homine arbitrium, regimen et coercitio*.

Or, cette conception très connotée de la loi emportait au sens des physiocrates une conséquence fondamentale en matière d'organisation des pouvoirs publics, à savoir une condamnation de principe de la balance des pouvoirs et du gouvernement mixte[14]. En effet, la doctrine physiocratique fut à l'origine de la réfutation la plus systématique produite au XVIII^{ème} siècle contre ce mode spécifique de distribution des pouvoirs, qu'ils désignaient ordinairement du terme de « contreforces », en ce qu'ils y voyaient un régime politique débile créateur d'un pouvoir législatif arbitraire, impropre à produire des normes juridiques conformes au droit naturel.

En effet, dans l'optique physiocratique, chaque organe simple de législation était destiné à la défense et promotion d'intérêts spécifiques contradictoires avec l'unité d'intérêt propre à la société, contenue en l'espèce dans l'intérêt des propriétaires fonciers. Ainsi, disaient-ils, « l'évidence ne saurait avoir de contrepoids. Les éléments d'Euclide n'en eurent jamais »[15], et dénonçaient de ce fait

> la balance des opinions, la balance des intérêts, la balance des pouvoirs, (…) toutes les balances imaginables, à la réserve de celle de la justice et du droit naturel[16].

De fait, ces rationalistes ne pouvaient consentir à une forme institutionnelle qui, estimaient-ils, faisait s'aheurter des intérêts sociaux exclusifs en dehors de toute recherche de la Vérité, de sorte que, véritable « maladie sociale », elle entretenait au sein de l'Etat des discordes civiles dans le cadre d'une guerre intestine. En d'autres termes, pour les Economistes, à l'opposition évidence / opinion correspondait dans l'ordre politique l'opposition despotisme légal / contreforces. Ainsi s'explique par exemple que Turgot devait dans sa *Lettre au Docteur Price* du 22 mars 1778 condamner sans appel le constitutionnalisme américain naissant, précisément fondé sur la balance des pouvoirs[17].

Mais, déjà, dans son *Ordre naturel et essentiel des sociétés politiques*, Mercier de la Rivière avait consacré à ce sujet un chapitre entier, intitulé *Réfutation du système chimérique des contre-forces établies pour balancer l'autorité tutélaire dans le gouvernement d'un seul*, dans lequel il marquait l'irréductibilité l'une à l'autre de ces deux logiques institutionnelles que sont le despotisme légal et la balance:

> Ceux qui ont imaginé le système des contre-forces – argumentait-il – ont pensé que le pouvoir du Souverain pouvait être modifié par un autre pouvoir opposé, tel que celui d'une puissance établie pour en être le contre-poids et le balancer. Si dans l'exécution de cette idée bizarre, poursuivait-il, on pouvait parvenir à instituer deux puissances parfaitement égales, séparément elles seraient toutes deux nulles […]. Si au contraire elles étaient inégales il n'y aurait plus de contre-forces. Sous quelque face que nous considérons ce système spécieux, nous y trouverons donc les mêmes contradictions: il consiste au fond à opposer une opinion à une autre opinion, des volontés arbitraires à d'autres volontés arbitraires […]. Dans cet état – concluait-il – il est impossible que les intérêts particuliers ne soient pas la mesure de la résistance […] il est impossible qu'entre ces mêmes forces ne se perpétue pas une guerre sour-

> de et insidieuse […], destructive, qui se fait toujours aux dépens des intérêts de la nation[18].

De fait, la contention entre partisans respectifs de l'autorité tutélaire et de la balance devait être dans le dernier tiers du XVIII[ème] siècle une constante du débat politique français. Dans ce cadre, Mably notamment rédigea ses *Doutes proposés aux philosophes économistes sur l'ordre naturel et essentiel des sociétés politiques* à l'effet de réfuter Mercier de la Rivière dont *L'ordre naturel*, succès d'édition, venait de frapper les esprits à l'avantage de l'École. En réaction, l'abbé réaffirma que le partage du pouvoir législatif constituait le tempérament politique par excellence: « notre auteur », écrivit-il en ce sens en désignant Mercier,

> qui cherchait des gardiens et des protecteurs aux lois, ne s'est pas aperçu qu'il ne les trouverait que dans un gouvernement tempéré. […]. Que n'examinait-il – rétorquait en effet Mably inversant la logique de ses adversaires – les ressorts du gouvernement mixte [dans lequel] les classes de citoyens […] apprennent à n'avoir qu'un intérêt commun, parviennent à connaître la vérité par le secours de la discussion [et où] tous les ordres de la société se balancent, […] se tiennent en équilibre[19].

Au final, au rebours des partisans de la balance, les physiocrates en tenaient de façon exclusive pour « l'évidence, l'unique contre-force » à leur sens, ainsi que l'écrivit Diderot, un temps sectateur de l'Ecole avant de s'en déprendre sans retour.

De fait, hostiles par principe à la distribution du pouvoir législatif entre différents organes, les membres de l'École en tenaient pour « l'unité de pouvoir ». Par ce terme, ils entendaient une monarchie dans laquelle le roi, instruit des lois de l'ordre et doté de façon exclusive de l'intégralité des fonctions

A.R.J. Turgot

législative et exécutive, était destiné à transcrire la loi naturelle dans le droit positif: Dans cette configuration, « la loi saisit le roi… » écrivait le marquis de Mirabeau, de sorte que l'ordre social était conformé à l'ordre naturel[20]. On notera toutefois que, s'inscrivant dans la tradition du droit public français qui prônait l'exercice par le roi de la souveraineté après aide et conseil, les Economistes jugeaient nécessaire l'institution d'un conseil de sages. Quesnay lui-même avait jugé ce point fondamental, estimant indispensable

> un conseil aulique permanent et nombreux des prudes de toutes les classes, pour la direction générale du royaume. Sans quoi », ajoutait-il, « il est inutile de parler monarchie; car autrement la monarchie ne peut être qu'une folle le glaive à la main[21].

Mais, au-delà de l'établissement d'un tel conseil, ce type de régime n'était pas à leur sens sans garanties, lesquelles étaient de plusieurs ordres. En premier lieu, le souverain, par l'impôt foncier qu'il prélevait, était copropriétaire du produit net, ce qui impliquait une identité entre ses propres intérêts et ceux des propriétaires, puisque, tout comme eux, il avait avantage à l'accroissement de ce produit et était porté de ce fait à ne rien entreprendre contre la propriété, expression sociale privilégiée du droit naturel.

Mais, surtout, les physiocrates entendaient donner à l'évidence la plus grande publicité possible afin de l'appuyer de la force irrésistible de l'opinion publique. Ces publicistes, en effet, comme beaucoup de leurs contemporains, prêtaient à l'opinion publique -terme valorisé, distinct de celui, négatif, d'opinion- une force irrésistible qui s'imposait au gouvernement[22].

Dès lors, il s'agissait de la gagner à la physiocratie afin d'assurer l'effectivité d'un ordre naturel rationnel pleinement objectif mais entravé jusqu'alors par les passions: « C'est plutôt », écrivit Le Trosne à ce sujet, « l'opinion qui gouverne les hommes que la raison; il s'agit donc de savoir la diriger pour maîtriser et transformer les hommes ».

Autrement dit, l'évidence devait être rendue « manifeste » pour s'imposer aux esprits. Pour ce faire, il était impératif d'assurer la « publicité » des lois de l'ordre naturel, en premier lieu dans le cadre d'une instruction publique, « le premier, le vrai lien social » à leurs yeux[23]. Par ailleurs, convaincus que l'erreur ne pouvait se soutenir devant l'évidence, ils étaient favorables à la liberté de la presse conçue comme un appui déterminant à cette diffusion. Alors, estimaient-ils, dans une société parvenue à une connaissance évidente et publique de l'ordre naturel, il serait procuré aux individus la garantie de leurs libertés et de leurs propriétés, car de fait c'est cette opinion publique instruite qui

> deviendrait la contreforce la plus puissante et la plus forte barrière qui pût jamais être opposée aux prétentions mal fondées des sujets, et aux volontés arbitraires du souverain[24].

Mais, par ailleurs, les Economistes concevaient une garantie d'un tout autre ordre, qui s'inscrivait quant à elle dans l'organisation même des pouvoirs publics, et faisait intervenir le juge, exerçant plus que tout autre, un « ministère grave ».

2. *Le contrôle juridictionnel de conformité de la loi positive à la loi naturelle*

On peut contester à la physiocratie ses prémisses axiologiques mais non sa cohérence d'ensemble en tant que système de pensée.

En effet, ces publicistes, qui concevaient fondamentalement la loi positive comme une norme secondaire et conditionnée, ont jugé indispensable de s'assurer de la conformité de celle-ci par rapport à la norme supérieure afin de se garantir d'un législacteur qui, *de facto*, contreviendrait à la hiérarchie des normes et établirait le désordre[25]. Les droits et devoirs des individus étant fixés par la nature, il était nécessaire de s'assurer que le despotisme de la nature puisse prévaloir sur toute expression juridique de la volonté humaine, arbitraire par essence: de là l'institution d'un contrôle *a priori* et par voie d'action au profit du juge appelé à remplir une «fonction indispensable et sainte».

En effet, «le pouvoir législatif consis-

t(ant) à déduire, à appliquer, à déclarer»[26], il revenait aux juges - dont le premier devoir, avant même d'étudier le droit positif, était d'être instruits de la raison primitive des lois, en d'autres termes de connaître le droit naturel - de s'assurer de l'exactitude de la déduction opérée par le monarque et d'attester aux membres de la société, susceptibles en cas d'atteinte à leurs droits de se mobiliser en tant qu'opinion publique, que la loi naturelle avait été «déclarée», c'est-à-dire correctement transcrite dans la loi positive.

Cette conception structure l'œuvre des physiocrates qui étaient des partisans déterminés d'un pouvoir judiciaire distinct et indépendant du roi, détenteur quant à lui des pouvoirs législatif et exécutif. Malheureusement, si elle a été exposée dans son principe, le détail sur la procédure envisagée fait défaut de sorte que l'on peut simplement affirmer que toute ordonnance du roi, avant d'être promulguée en tant que loi positive, devait avoir été soumise de droit à un ou des tribunaux -leur nombre n'est pas donné- compétents pour en connaître. Dans le *Despotisme de la Chine*, Quesnay a dit peu de choses à ce sujet, mais par les mots qui suivent, Du Pont a dit traduire la pensée du Maître:

> Les ordonnances sont l'ouvrage des hommes (et) il est dans leur nature de demeurer sujettes à l'examen, et d'être révocables quand il devient évident qu'elles ne sont pas d'accord avec les lois[27].

De fait, il revenait aux juges d'attester aux membres du corps social que la loi était une règle de justice et d'équité et qu'ils leur devaient obédience.

Le Mercier de la Rivière, qui devait écrire son *Ordre naturel et essentiel des sociétés politiques* sous l'inspection de Quesnay, est celui qui a le plus insisté sur ce point important:

> Puisqu(e les magistrats) doivent toujours avoir pour guide l'évidence de la raison primitive et essentielle des lois – prétendait-il – le témoignage évident qu'ils rendent aux lois nouvelles […] est donc pour les autres hommes une preuve suffisante qui établit en eux la certitude de la justice et de la nécessité de ces nouvelles lois; or cette certitude étant ce qui assure nécessairement une soumission constante aux lois, la magistrature se trouve être ainsi le lien commun qui unit l'Etat gouverné à l'Etat gouvernant[28].

Ainsi, au moyen de ce contrôle juridictionnel destiné à protéger les droits fondamentaux, le corps social était prémuni contre l'arbitraire du roi et l'État était assuré de l'obéissance à la loi positive.

De ce fait, le jeune La Vauguyon, à l'occasion précisément d'une réponse à Mably qui, nous l'avons vu, avait attaqué l'École au motif qu'elle ignorait la garantie essentielle de la distribution des pouvoirs, s'appliqua en retour à lui faire observer que suivant les Economistes les magistrats auxquels était confiée la garde de la loi participaient par leur ministère d'un mécanisme de protection de la liberté, pleine et entière, effective et efficace:

> Nous regardons – objecta-t-il en effet à l'abbé – comme la base essentielle d'une administration éclairée, les tribunaux qui décident, d'après les lois positives, des biens, de l'honneur et de la vie des citoyens; et qui doivent être instruits des lois naturelles, de l'ordre social, pour comparer dans leur institution les lois positives de l'administration avec les lois naturelles et essentielles constitutives de tout gouvernement. […]. Pourquoi, Monsieur, ardez-vous toujours le silence sur une condition essentielle de la législation dans les monarchies: c'est le devoir des tribunaux dans l'admission des lois. Ces tribunaux dans une nation éclairée, sont nécessairement instruits des

lois naturelles et constitutives, dont les lois positives de l'administration ne doivent être que des actes déclaratoires, revêtues d'une sanction qui assure d'autant plus l'obéissance que l'on doit à ces lois sacrées. Ce sont les lumières des magistrats, c'est la fonction respectable d'en faire l'application dans l'examen préalable des nouvelles lois positives qui s'opposent aux effets de la séduction et de la surprise dans le Souverain. Les ordonnances que celui-ci promulgue, et a seul le droit de promulguer, ne deviennent exécutables, et ne forment proprement des lois qu'après qu'elles ont été vérifiées par les Magistrats[29].

De ce fait, Charles de Butré avait raison de caractériser dans les termes suivant la doctrine des Economistes et de la disculper ce faisant du reproche qui lui était adressé de ressortir à une logique d'auto-limitation du pouvoir:

Personne ne doutera – disait-il – que l'opinion publique bien établie et entretenue par une instruction continuée ne soit un frein très fort pour les passions même, quoique je ne croie pas facile de décider si elle serait dans tous les cas capable de les arrêter. Il pourrait donc arriver que le despotisme légal tendît vers l'arbitraire, s'il n'avait pas d'autre frein que l'évidence. Et c'est pourquoi – précisait-il – les Philosophes Economistes y ajoutent l'honneur et l'intérêt des Magistrats, qui ne sont point Législateurs, mais qui sont chargés de vérifier les lois positives que le souverain croit nécessaires, en les comparant avec les lois naturelles de l'ordre social. Le devoir que la conscience impose à ces magistrats, le devoir négatif que leur donne l'évidence de la justice et de la raison, la nécessité que la conformité des ordonnances nouvelles avec les lois de la justice par essence soit constatée par leur examen, avant que ces ordonnances puisent être mises à exécution, ont paru très propres à seconder, au milieu d'une nation éclairée, le pouvoir de l'évidence: qui elle-même facilite aux Magistrats l'accomplissement des devoirs essentiels de leur ministère, et leur assure l'usage des droits respectables, qui leur sont confiés pour l'intérêt commun de la Nation et du Souverain[30].

Au demeurant, s'il fallait citer un seul texte en ce domaine, ce serait un extrait du livre intitulé *De l'origine et des progrès d'une science nouvelle*, précisément en ce que cet ouvrage rédigé par Du Pont de Nemours était un précis destiné à vulgariser la Science et valait de ce fait pour ses qualités didactiques. Il y est exposé en effet l'essentiel de la justification développée par les Economistes à l'appui du contrôle:

L'autorité souveraine, y représentait l'auteur, n'est pas instituée pour faire des lois; car les lois sont toutes faites par la main de celui qui créa les droits et les devoirs. De ce fait, les ordonnances des souverains qu'on appelle lois positives ne doivent être que des actes déclaratoires de ces lois essentielles de l'ordre social [et] il y a [...] un juge naturel et irrécusable des ordonnances mêmes des souverains, et ce juge est l'évidence de leur conformité ou de leur opposition aux lois naturelles de l'ordre social. [...]. Ainsi, ce qu'on appelle le pouvoir législatif, qui ne peut pas être celui de créer, mais qui est celui de déclarer les lois, et d'en assurer l'observance, appartient exclusivement au souverain, parce que c'est au souverain que la puissance exécutive appartient exclusivement, par la nature de la souveraineté même [...]. Par la raison même que le souverain a la puissance législative et la puissance exécutive, la fonction de juger les citoyens est incompatible avec la souveraineté, [puisque, consistant dans] l'application de la loi à des cas particuliers [elle] entraîne la recherche d'une infinité de faits particuliers, à laquelle le souverain ne peut se livrer, [au risque, de surcroît, de] ne plus savoir s'il parle comme législateur ou comme juge.

Il faut donc, poursuivait-il,

qu'il y ait des magistrats établis pour faire l'application des lois, pour examiner les contestations qui s'élèvent entre les particuliers[31], et même entre le souverain, comme protecteur du public, et les particuliers accusés d'avoir violé l'ordre public[32], et pour déclarer, après un examen suffi-

sant, qu'un tel est dans tel cas, sur lequel la loi a prononcé. Pour qu'il soit évident que les magistrats aient apporté un examen suffisant dans les affaires soumises à leur jugement, il faut qu'ils soient assujettis à des formes qui constatent cet examen[33]. Le droit de régler ces formes appartient au souverain comme une branche de la législation positive.

Mais, en outre, indiquait Du Pont,

les magistrats étant chargés de juger d'après les lois positives et conformément aux règles prescrites par les lois positives, et ayant à décider ainsi des biens, de la vie, de l'honneur de leurs citoyens, *ils sont religieusement obligés de commencer par juger les lois positives*.

En effet, insistait-il,

il est évident qu'un magistrat serait coupable, qui se chargerait de prononcer des peines contre ses semblables, d'après des lois évidemment injustes.

Les magistrats – insistait-il – *doivent donc comparer les ordonnances positives avec les lois de la justice par essence, qui règlent les droits et les devoirs de chacun, et qui sont ainsi la base de l'ordre social, avant de s'engager à juger d'après ces ordonnances*. (...)[34].

L'examen auquel les magistrats sont obligés – précisait-il aussitôt – ne saurait être préjudiciable à l'autorité souveraine; car l'autorité souveraine n'étant telle que parce qu'elle est dépositaire des forces publiques, elle n'a d'autre intérêt légal que celui d'accroître, par les meilleures lois positives, ces forces qui sont à sa disposition [...]. Quand il échappe donc une erreur aux souverains dans leurs ordonnances positive, ce ne peut être qu'involontairement, et les magistrats les servent utilement, fidèlement et religieusement, en leur faisant remarquer ces erreurs involontaires.

Enfin, concluait-il,

pour que les magistrats puissent remplir cette fonction inséparable de leur ministère, la fonction importante de vérifier les ordonnances positives en les comparant avec les lois naturelles et essentielles de l'ordre social, il faut [...] que les magistrats soient très profondément instruits de ces lois primitives et fondamentales de toute société. Pour être certain que les magistrats sont éclairés et suffisamment instruits des lois naturelles de l'ordre social, il faut que l'on puisse juger de leur degré d'étude et de leur capacité à cet égard[35].

Ainsi, le juge, garant de l'ordre, avait pour fonction essentielle de rapporter la loi ordinaire à la loi de nature, afin de vérifier si elle en était bien une norme d'application. Pour ce faire, il disposait d'un critère de conformité, défini strictement, sur le plan formel tout au moins. En effet, la propriété étant la raison de toutes les lois positives, l'accroissement du produit net faisait le critère sur la base duquel l'adéquation à la loi naturelle de la loi positive devait être évaluée. Quesnay l'avait dit dans son *Despotisme de la Chine*:

Il faut – avait-il considéré – que le conseil du législateur, et les tribunaux qui vérifient les lois, soient assez instruits des effets des lois positives sur la marche de la reproduction annuelle des richesses de la nation, pour se décider sur une loi nouvelle par les effets sur cette opération de la nature.

De même, Du Pont avait fait écho au maître:

Il n'y a aucune ordonnance positive, sur laquelle on ne puisse proposer cette question: *s'agit-il d'augmenter nos moissons, d'élever nos enfants, et d'accroître les revenus du prince; ou de brûler nos récoltes, d'étouffer notre postérité, de ruiner les finances publiques*? La solution de cette question discutée jusqu'à l'évidence par les magistrats, rappellera toujours à un monarque héréditaire et co-propriétaire, quelle est sa véritable volonté[36].

On voit combien un tel critère était intellectuellement grossier et susceptible au demeurant d'une interprétation. Il faut toutefois relever qu'il est congruent avec le monisme économique de l'École et qu'il était

formulé dans le cadre d'une représentation de l'État gendarme, dont le premier devoir était celui de l'abstention législative, en plein accord avec le principe du laisser faire[37]. D'ailleurs, les lois « fondamentales » auxquelles les juges devaient se reporter étaient elles-mêmes peu nombreuses, et simples dans leur substance. Pour un publiciste physiocrate, elles figuraient pour l'essentiel dans les *Maximes générales du gouvernement économique d'un royaume agricole* de Quesnay, ainsi que Du Pont l'expliquait: « les *Maximes générales* », écrivait-il en effet dans un propos introductif à ce texte, « réunissent les principales lois naturelles et immuables conformes à l'ordre ». On pouvait de la sorte constater, poursuivait-il, « à quel petit nombre de propositions se réduisent les lois fondamentales du bonheur des sociétés »[38].

De fait, le courant physiocratique, par la promotion d'un mécanisme du contrôle juridictionnel de la loi, s'inscrivait, pour reprendre la distinction formulée par M. Manin, non dans le « libéralisme par la balance » qui limite l'action de l'État par la distinction et l'opposition de ses organes, mais bien dans le « libéralisme par la règle » qui circonscrit la sphère d'action de la puissance publique[39].

Compte tenu de ces éléments, on est conduit à s'interroger sur une éventuelle parenté de ce courant de pensée avec les thèses parlementaires, d'autant qu'un auteur tel que Mathiez a pu voir dans le système de l'École une expression d'obédience parlementaire[40].

Pour notre part, il nous semble que si des similarités peuvent, et doivent, être relevées, on ne peut toutefois conclure à l'identité des doctrines, prises dans leur pureté conceptuelle.

En effet, des différences significatives existaient, qui portaient tant sur l'argumentaire que sur le climat propres aux deux corps de doctrine. C'est ainsi qu'à travers leurs remontrances ou bien encore leurs manifestes les plus significatifs tels que les *Lettres historiques sur les fonctions essentielles du parlement* de Le Paige (1753-54), les *Maximes du droit public français* par un collectif (1772) et le *Catéchisme du citoyen* de Saige (1775), les parlements, revendiquant la succession des plaids de l'époque mérovingienne et carolingienne, présentés comme les assemblées générales de la nation, prétendaient représenter à leur tour la nation, et à ce titre, au moins dans l'intervalle des Etats généraux, avoir la mission et le pouvoir de consentir aux lois en son nom.

Or les physiocrates étaient non seulement étrangers à cette logique qui participait de la promotion du principe de la souveraineté nationale, mais plus encore hostiles puisque partisans quant à eux d'une souveraineté de la raison[41]. Ainsi, pour l'essentiel, les remontrances des Cours souveraines, fondées sur un *corpus* opportuniste et évolutif, se reportaient aux lois fondamentales du royaume, aux privilèges et précédents, tandis que les Économistes alléguaient la raison primitive et essentielle des lois dans le cadre d'une conception abstraite et cohérente[42].

Une remarque, toutefois, est nécessaire pour bien juger de cette question. En effet, comme tout groupe de pensée, le "mouvement" physiocratique n'était pas univoque dans son expression, et souffrit le disparate, notamment après 1770, date charnière retenue par Weulersse, à la suite de laquelle les pensées s'individualisent et divergent.

Pour preuve, Baudeau par exemple, qui

se considérait comme le « disciple fidèle » de Quesnay, qu'il nommait ordinairement le « Confucius d'Europe », considérait que le *Mémoire sur les municipalités* de Turgot était anti-monarchique, inspiré de Rousseau et destructif de la monarchie. Pour le même motif, il condamnait *l'Administration provinciale* de Le Trosne, auteur qui participait de la physiocratie estimait-il, mais dont les idées étaient « bizarrement amalgamées avec la doctrine hétérodoxe et antimonarchique (...) de M. Turgot »[43].

En retour, Du Pont jugeait Mercier de la Rivière et Baudeau trop favorables au « pouvoir absolu », à tel point qu'ils faisaient à son sens « une branche particulière » de l'école de Quesnay[44].

Bref, l'idéologie propre à ce courant n'était pas uniforme et, sur le point qui nous occupe, il est possible de distinguer en son sein deux pôles, le premier pleinement favorable au parlement, symbolisé par Mercier de la Rivière, et l'autre anti-parlementaire, incarné par Turgot, et vers lequel Dupont inclinait sans réserve.

Paul-Pierre Le Mercier de la Rivière avait lui-même été, de 1747 à 1757, membre du parlement de Paris[45]. Ses conceptions politiques se ressentaient de cette appartenance. Témoigne de cela l'initiative d'une médiation qu'il prit en 1757 à la suite de l'exil de seize conseillers du parlement de Paris qui contestaient l'enregistrement forcé du 13 décembre 1756. A cette occasion, en effet, il rédigea un document dans lequel il demandait au roi, outre la grâce des exilés, son engagement d' « assurer la liberté des suffrages dans les délibérations », en d'autres termes de renoncer au lit de justice dans sa forme traditionnelle[46]. Plus encore, sollicité par Maupeou lui-même afin d'intégrer sur les ruines des Cours souveraines le tout nouveau parlement, Mercier, se refusant à toute inflexion idéologique, opposa un refus, alors même qu'il affrontait de graves difficultés financières. Dans la suite, les *Ephémérides* devaient être interdits à l'instigation de Terray[47]. Au demeurant, dans un livre paru en 1788, Mercier ne devait pas faire mystère dans ce domaine de ses options fondamentales, puisqu'il entendit démontrer

> cette maxime de notre droit public, que nul acte de la volonté du souverain ne peut acquérir le caractère de loi, que par un enregistrement libre du parlement.

Cherchant en effet dans la constitution monarchique un corps dépositaire et gardien des lois, il désignait expressément le parlement:

> Ce corps – exposait-il avec conviction – était déjà tout trouvé, tout institué; il existait dans celui qui, depuis la fondation de la monarchie, avait toujours été le conseil législatif de nos monarques, et qu'on ne pouvait dépouiller de cette fonction, sans dénaturer le gouvernement. On sent bien que la qualité de gardien de nos lois fondamentales n'eût été qu'un vain titre [...] si de cette qualité il ne fut résulté, pour le parlement, l'obligation de veiller sans cesse à la conservation de ce dépôt précieux, de ne jamais prêter son ministère à l'institution d'une loi nouvelle incompatible avec les lois constitutives de la monarchie[48].

Rien de tel, en revanche, chez Turgot. Celui-ci, en effet, avant même d'éprouver en tant que ministre l'opposition virulente de ces corps de magistrature, avait, de façon constante, marqué son hostilité de principe à concéder à ces tribunaux un pouvoir de décision ultime en matière politique. D'ailleurs, il avait fixé assez tôt sa position sur ce sujet, puisque il avait dès 1754 entrepris un ouvrage contre le parlement dans lequel, soucieux de circonscrire un pouvoir d'action

ultime, il réservait au roi le « dernier mot »[49]. Cette posture explique sans doute que, à la suite de l'exil à Pontoise puis à Soissons des membres de la Grand-Chambre du Parlement de Paris, il fut des dix-huit conseillers d'Etat et des quarante maîtres des requêtes qui composèrent la Chambre royale instituée par lettres patentes du 1er novembre 1753 « pour connaître de toutes les affaires de la compétence du Parlement ».

Plus encore, l'Édit fatal lui agréa dans son principe: « Pour moi » – confia-t-il à Du Pont – sitôt la « révolution » de Maupeou consommée,

> en détestant les causes, les motifs, les dessous de cartes, je ne blâme pas le fond de la besogne, et il me semble que si elle peut tenir, le public à la longue y gagnera plus qu'il n'y perdra[50].

Car en effet, à son sens, l'action politique, qu'il concevait comme réformatrice, ne pouvait s'accommoder du risque d'inertie contenu en puissance dans toute faculté d'empêchement: ainsi, expliqua-t-il,

> je ne prends pas un intérêt infini aux cruches cassées[51] (...). Leur résistance – développait-il – pourrait être utile, si elle était éclairée et désintéressée; mais la négative absolue qu'ils voudraient s'arroger dans le gouvernement est une chose absurde en elle-même et avec laquelle aucun gouvernement ne peut subsister, ni agir raisonnablement[52].

De fait, les économistes évoluèrent entre ces deux pôles ou sensibilités[53]. Au final, s'il est un fait que la physiocratie a partie liée avec la thématique parlementaire, elle n'est pas réductible à cette dernière et doit en être distinguée en raison de ses fondements théoriques et de son rationalisme impénitent.

Ainsi, en tant qu'idéologie, la physiocratie emportait au plan politique un contrôle de conformité de la loi positive à une norme supérieure afin de s'assurer de sa « naturalité » pourrait-on dire, un tel contrôle valant comme garantie politique fondamentale. La loi positive ne pouvait être telle que dotée des attributs de la loi naturelle, et cette assomption en quelque sorte devait être validée par le juge doté d'un pouvoir d'interprétation authentique. C'est dire combien les Economistes s'en remettaient à

> un corps de citoyens institués pour être, plus particulièrement encore que tous les autres, dépositaires et gardiens de l'évidence même [et] qui en cette qualité sont chargés de veiller sans cesse autour de l'autorité législative[54].

Or, en contradiction avec cette caractéristique majeure, la très grande majorité des interprètes immédiats de cette doctrine ne prirent pas conscience de sa dimension et de sa signification exactes, et résumèrent pour l'essentiel le *credo* des Economistes à une défense et promotion d'un pouvoir absolu, délesté de tout mécanisme institutionnel régulateur.

Ce n'est pas le moindre des étonnements de compter dans cette liste Turgot, physiocrate indocile, certes, mais pourtant si proche des quesnaysiens sur bien des points. En effet, singulier paradoxe, ce dernier alla même jusqu'à voir dans la suppression des parlements par Maupeou un acte politique qui ne pouvait que satisfaire les membres de l'École: « Que disent les Economistes du nouvel Edit? », interrogea-t-il en effet Du Pont. « Il me semble », lui fit-il observer, «qu'on chemine vers le despotisme légal »[55]. Turgot signifiait ainsi qu'à son sens la doctrine physiocratique se résorbait en

PHYSIOCRATIE,

OU

CONSTITUTION NATURELLE

DU GOUVERNEMENT

LE PLUS AVANTAGEUX AU GENRE HUMAIN.

Publié par DU PONT, *des Sociétés Royales d'Agriculture de Soissons & d'Orléans, & Correspondante de la Société d'Emulation de Londres.*

Ex naturâ, jure, ordine, & Lege.
Ex honesto, arbitrium, regimen, & certum. F. Q.

A PEKIN,

Et se trouve A PARIS,

Chez MERLIN, Libraire, rue de la Harpe.

M. DCC. LXVII.

entier dans la notion de monarchie absolue, au point d'ailleurs de considérer, *horresco referens*, que le

> despotisme légal, dont la doctrine ne cesse de salir les ouvrages des économistes […] ne devrait se trouver que dans ceux de Linguet[56].

De même, le publiciste et futur historiographe du roi Jacob-Nicolas Moreau tendit à adultérer la portée objective du discours physiocratique qu'il fut pourtant amené à analyser dans le détail. Il lui revint en effet de connaître, en tant que censeur royal, de leur production, tant celle de certains de leurs livres que celle, à partir de 1770, des Ephémérides.

Or, ce partisan de la « monarchie pure », s'il reconnaissait aux parlements le droit de

remontrances, leur déniait conjointement toute faculté d'empêcher, au point de faire de la réfutation des théories parlementaires l'axe majeur de sa propre œuvre[57]. De fait, il éprouvait une sensibilité particulière à l'égard de tout écrit tendant à justifier et établir un contrôle juridiquement contraignant, de quelque nature qu'il soit, sur le pouvoir législatif du roi. Or, pour autant, à chaque examen, le censeur fit bénéficier les physiocrates d'un *nihil obstat*, les exonérant ainsi de tout dessein de ce type: « je n'ai trouvé », écrivit-il en effet, « que des choses bonnes et utiles ».

S'il en était ainsi, c'est que Moreau, s'il déniait aux cours souveraines le droit de contraindre, leur concédait en retour le droit d'éclairer le monarque, détenteur exclusif du pouvoir législatif. Or, précisément il fit participer l'École de cette même position doctrinale, se félicitant de ce que les Economistes en tenaient pour

> une nation (...) chez laquelle des magistrats chargés de faire l'application des diverses lois positives aux cas particuliers, ont le devoir, le droit, et de plus un intérêt très pressant *d'avertir* le souverain de son erreur toutes les fois qu'il pourrait lui échapper une ordonnance opposée à la conservation des droits de la nation[58].

Bref, concluait-il, « rien ne doit rassurer davantage le gouvernement qu'une doctrine qui n'admet de moyens de réprimer les excès du pouvoir qu'en *l'éclairant* » et il validait de ce fait « les écrits de ces philosophes (qui) respectent [...] les principes du gouvernement et les lois établies » en leur attribuant un certificat de loyauté envers la monarchie[59].

De fait, prolongeant l'erreur d'interprétation primitive, les publicistes devaient sous la Révolution française ignorer pour l'essentiel cette spécificité physiocratique[60]. Il faut toutefois excepter de cette erreur commune Emmanuel-Joseph Sieyes, dont les interventions lors des débats constituants de l'an III ne peuvent être comprises sans une référence à leur matrice physiocratique.

Sieyes, en effet, à ce moment plus qu'à tout autre, pensait et parlait sur bien des points à la façon de ces auteurs, maintes fois lus et médités depuis les années soixante-dix, et dont par un effet naturel cet esprit rationaliste et dogmatique s'était imprégné. Ainsi s'explique sa dénonciation, véritable réminiscence physiocratique, d'un législateur abandonné à sa discrétionnalité qui « ne faisait que vouloir ».

Mais, de plus, nous sommes pour notre part convaincu que sa proposition d'une jurie constitutionnaire, sans nier son originalité manifeste, devait beaucoup, notamment quant à sa fonction de tribunal de cassation destiné à prononcer sur les violations ou atteintes faites à la constitution, à la propre réflexion des Economistes.

Ce sentiment est confirmé en outre par la prise en considération d'une autre mission impartie à la jurie par Sieyes, qualifiée par lui-même de « supplément de juridiction naturelle », dans le cadre de laquelle l'instance devait désigner au sort un dixième de ses membres afin de former un « jury d'équité naturelle », destiné à être saisi par les tribunaux lorsqu'un juge s'estimerait dans l'impossibilité de rendre une décision, soit parce que la loi serait défaillante, soit parce que celle-ci heurterait sa conscience. Or, par cette procédure projetée, Sieyes exprimait à nouveau un trait de doctrine constant chez ses devanciers selon lequel les juges, loin de s'en tenir à la simple disposition textuelle et à son interprétation étroite, devaient s'appliquer à remonter à la raison primitive de la

norme juridique, contenue dans le droit naturel, afin que la règle de raison ne soit jamais méconnue par l'effet d'un texte de droit positif mal défini[61].

La raison de cette évaluation fautive est prosaïque: les physiocrates, peu lus en définitive, ont été victimes d'avoir proposé à leurs contemporains une « littérature peu divertissante »[62]. De là, des lectures hâtives, dominées par l'impression invincible produite par les termes symboliques de « despotisme légal », d' « autorité tutélaire » et d' « unité du pouvoir », dont il ne semblait pas qu'ils puissent se concilier avec le principe d'un contrôle juridictionnel. Turgot, toujours avisé, avait prévenu l'École que certaines options terminologiques nuiraient à la propagation de la doctrine[63]. Elles devaient également compromettre sa compréhension.

C'est un fait, la théorie politique des physiocrates a passé dans le domaine public pour ce qu'elle n'était pas de sorte que le jugement communément porté en doctrine sur ce *corpus* doit être révisé. Tocqueville lui-même, qui par ailleurs faisait aux Economistes une place essentielle dans son *Ancien régime et la Révolution*, à la mesure de leur importance doctrinale et historique, estimait que ces publicistes, négligeant les garanties politiques, avaient promu un schéma politique dans lequel « un mandataire unique » était contrôlé par une simple « raison publique sans organes »[64].

On imputera cette erreur au sommeil d'Homère, car en effet c'est bien le juge qui dans l'optique physiocratique constituait l'organe privilégié de cette raison publique, chargé en cette qualité d'attester auprès de l'opinion publique la conformité de la loi ordinaire à la loi naturelle. Mercier de la Rivière avait eu à ce propos des mots définitifs: « les lois », avait-il certifié « ne peuvent parler que par la bouche du Magistrat [...]. Elles habitent en lui, elles vivent et pensent en lui »[65].

Par ces motifs, les physiocrates peuvent prétendre à une place authentique dans l'histoire de la pensée juridique, car il s'agit là d'un élément structurant et déterminant de leur doctrine, laquelle, codifiée par des penseurs systémistes, était de leur avis propre « tellement liée par un enchaînement de conséquences nécessaires qu'on ne peut en détacher la moindre partie... »[66].

[1] Citons, en priorité, la somme de G. Weulersse, l'œuvre d'une vie, à savoir *Le mouvement physiocratique en France de 1756 à 1770*, Paris, F. Alcan, 1910; *Les physiocrates*, Paris, Doin, 1931; *La physiocratie sous les ministères de Turgot et de Necker*, Paris, PUF, 1950; *La physiocratie à la fin du règne de Louis XV (1770-1774)*, PUF, 1959 et enfin, avec la participation de C. Beutler, *La physiocratie à l'aube de la Révolution, 1781-1792*, Paris, ed. de l'E.H.E.S.S., 1984. Il faut également compter les contributions d'Eugène Daire, *Physiocrates* (...), Paris Guillaumin, 1846 et de E. Fox-Genovese, *The origins of Physiocracy*, Cornell U. P., Ithaca and London, 1976.

[2] Voy. en ce sens P. Dubreuil, *Le despotisme légal, vues politiques des physiocrates*, Paris, Noblet, 1908, pp. 107-109 et également M. Thomann, *Origines et sources doctrinales de la Déclaration des Droits*, «Droit», 1988, n° 8, p. 61 *in fine*, brève allusion. Celui toutefois qui donna le plus d'extension à cette thèse fut V. Marcaggi, suivant lequel la doctrine physiocratique était la principale source d'inspiration de la Déclaration des droits, et ce relativement à son principe même, à sa philosophie générale et à certains de ses articles. Voy.

Les origines de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, Paris, Rousseau, 1904, passim. Conscient de l'univocité de son analyse, cet auteur devait en 1912 lors de la réédition de son livre nuancer son propos primitif (voy. 2e ed., p. VI notamment).

[3] Sur ce sujet, voy. P. Rosanvallon, *Le sacre du citoyen: histoire du suffrage universel en France*, Paris, Gallimard, 1992. Afin, d'une façon générale, de mesurer l'influence des physiocrates lors de la Révolution, on se reportera aux travaux de J.-J. Airiau, *L'opposition aux physiocrates à la fin de l'Ancien régime*, Paris, L.G.D.J., 1965 et de F. Lacroix, *Les économistes dans les assemblées politiques au temps de la révolution*, Paris, Bonvalot-Jouve, 1907.

[4] Voy. B. Raynaud, *Les discussions sur l'ordre naturel au 18e siècle*, «Revue d'économie politique», 1905, pp. 231-248 et 355-373.

[5] Sur ce sujet, voy. A. Dubois, *L'évolution de la notion de droit naturel antérieurement aux physiocrates*, Paris, P. Geuthner, 1908 et J. Habermas, « Droit naturel et révolution », in *Théorie et pratique*, Paris, Payot, 1975, T. I, pp. 109-144.

[6] P.S. Du Pont de Nemours, *De l'origine et des progrès d'une science nouvelle*, Paris, Desaint, 1768, p. 7.

[7] *Maximes du Docteur Quesnay*, in A. Oncken, *Œuvres économiques et philosophiques de F. Quesnay* (…), Paris, J. Peelman, 1888, p. 398.

[8] P.P.F. Mercier de la Rivière *L'ordre naturel et essentiel des sociétés politiques*, Londres, Paris, Desaint, 1767, chap. XV, pp. 105-106.

[9] Sur la notion d'évidence, utilisée par les physiocrates sous la double influence de courants rationaliste et sensualiste, voy. les travaux de L. Ph. May, *Descartes et les physiocrates*, «Revue de synthèse», juillet-déc. 1950, pp. 7-26 et A. Kubota, « Quesnay disciple de Malebranche », in *François Quesnay et la physiocratie*, Paris, I.N.E.D., 1958, t. I, pp. 169-196.

[10] « Tout ce qui n'est pas évidence n'est qu'opinion, et tout ce qui n'est qu'opinion est arbitraire et sujet au changement », dit à ce propos Mercier de la Rivière dans son *Ordre naturel et essentiel des sociétés politiques*, cit., chap. VIII, p. 50.

[11] Marquis de Mirabeau, *Lettres sur la dépravation, restauration et stabilité de l'ordre*, lettre 7, Paris, T. II, p. 399.

[12] «Ephémérides du citoyen», 1775, T. XII, p. 53.

[13] «Journal d'Agriculture», juillet 1766, p. 200.

[14] La balance des pouvoirs consistait dans l'érection d'un organe législatif complexe, composé d'au moins deux organes partiels de législation, par opposition à un organe unique. Sur cette base, le gouvernement mixte était constitué lorsque chaque organe partiel de législation correspondait à une classe sociale ou ordre spécifiques, de sorte que la structure sociale se reflétait dans la structure de l'organe législatif complexe. Au XVIIIème siècle, l'archétype du gouvernement mixte était le régime anglais du roi-en-son-Parlement dans lequel le pouvoir législatif était exercé conjointement par les Communes, les lords et le roi. Sur ces notions essentielles au droit public des XVIIIème et XIXème siècles et consubstantielles avec celle de séparation des pouvoirs, voy. M. Troper, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, L.G.D.J., 1980 et M. Lahmer, *La séparation des pouvoirs d'après le Second Traité et L'Esprit des Lois*, à paraître.

[15] *Ordre dépravé*, op. cit., lettre XI, T. II, p. 802. C'est la raison pour laquelle, dans son *Despotisme de la Chine*, Quesnay traitait du gouvernement mixte dans un paragraphe intitulé « diversité des gouvernements *imaginés* par les hommes », voulant marquer ainsi qu'il s'agissait d'une création humaine arbitraire, en violation des lois de l'ordre: *Despotisme de la Chine*, chap.VIII, § III.

[16] *Ordre dépravé*, op. cit., T. II, lettre 12, pp. 881-882.

[17] Sur l'importance déterminante de cette pièce dans la réflexion politique, tant américaine que française, voy. M. Lahmer, *La constitution américaine dans le débat français: 1795-1848*, Paris, L'Harmattan, 2001.

[18] *L'ordre naturel et essentiel des sociétés politiques*, cit., T. I, pp. 207, 267, 272-273. Dans les mois qui suivirent, Du Pont donna une *Critique raisonnée* de cet ouvrage et revint naturellement sur ce point: « M. de la Rivière », exposa-t-il, « a pris exprès ce mot despote qui signifie maître et propriétaire, pour écarter ces systèmes inutiles, dangereux, de mélange, d'opposition des intérêts, des forces et des autorités, dont quelques auteurs modernes ont fait et font encore leur chimère favorite sous le nom de balance des pouvoirs et de contre forces… ». «Ephémérides du citoyen», 1767, T. XII, pp. 205-206.

[19] *Doutes*…, in *Collection complète des œuvres de l'Abbé de Mably*, Paris, Desbrière, an III, T. XI, pp. 70-71.

[20] « Lettres sur la dépravation … », 4e lettre, «Ephémérides du citoyen», déc. 1767, p. 15.

[21] Ce passage est tiré d'un *fragment sur la noblesse* rédigé par le marquis de Mirabeau entre 1758 et 1760 et annoté par Quesnay, publié par G. Weulersse, *Les manuscrits économiques de François Quesnay et du Marquis de Mirabeau*, Paris, P. Geuthner, 1910, p. 27. Quesnay devait d'ailleurs préciser sa pensée: « Il est essentiel », observa-t-il, « que le roi ait un conseil permanent composé de douze ou quinze personnes choisies dans la noblesse et la magistrature, afin de maintenir un plan fixe de gouvernement qui puisse se soutenir contre les abus et l'administration arbitraire de l'autorité confiée, et

qui dans la minorité et dans la faiblesse de la vieillesse des souverains assure la solidité et l'immutabilité du gouvernement ». Voy. note (de Quesnay) au *Bref état des moyens pour la restauration de l'autorité du Roi et de ses finances* par le marquis de Mirabeau, édité par G. Weulersse, «Revue d'histoire économique et sociale», VI, 1913, pp. 186-187.

[22] Sur cette perception de l'opinion publique, voy. K. M. Baker, *Politique et opinion publique sous l'Ancien régime*, «Annales E.S.C.», janv.-fev. 1987, pp. 41-71 et J. Habermas, *L'espace public. Archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*, Paris, Payot, 1978.

[23] Baudeau, *Première introduction à la philosophie économique* (…), Paris, Didot l'aîné, 1771, p. 47. C'est dans ce même esprit que, parallèlement à l'édition de précis élémentaires, furent utilisés les «Ephémérides du citoyen», destinés dans un premier temps à instruire et convertir les élites. Sur cette stratégie publicitaire sophistiquée, voy. C. E. Coleman, *Ephémérides du citoyen, 1767-1772*, «Papers of the Bibliographical Society of America», vol. 56, 1962, pp. 17-45; P.-H. Goutte, Les *Ephémérides du citoyen, instrument périodique au service de l'ordre naturel (1765-1772)*, «Dix-huitième siècle», 26, 1994, pp. 139-161 et B. Delmas et alii, *Les physiocrates, la science de l'économie politique et l'Europe*, in *La diffusion internationale de la physiocratie (XVIII^e-XIX^e)*, Actes du colloque de Saint-Cloud, 23-24 sept. 1993, P.U. de Grenoble, 1995, pp. 7-26. On remarquera par ailleurs que sous le ministère de Turgot, les préambules des édits, étoffés et didactiques, étaient précisément destinés à la diffusion d'une connaissance. (Ces textes sont reproduits dans *Les édits de Turgot*, préf. De M. Garden, Paris, Imprimerie nationale, 1976). Constatant ce phénomène inédit, La Harpe dira de Turgot qu' « il est le premier parmi nous qui ait changé les actes de l'autorité souveraine en ouvrages de raisonnement et de persuasion ». Cité par L. Say, *Turgot*, Paris, Hachette, 1891, p. 108.

[24] Le Trosne, *De l'ordre social*, cit., p. 258.

[25] Puisque, disait Mirabeau, lorsque « la puissance tutélaire devient législative », « par-là même (elle) établit le désordre légal ». Voy. *Lettres sur la dépravation , restauration et stabilité de l'ordre*, lettre 18, cit., T. III, p. 470.

[26] Le Trosne, *De l'ordre social*, cit., p. 53.

[27] Du Pont de Nemours, *Nécrologue de M. Quesnay de St Germain, par D.P.D.N.*, in A. Oncken, *Œuvres économiques et philosophiques de François Quesnay*, cit., p. 893.

[28] *L'ordre naturel et essentiel des sociétés politiques*, cit., pp. 91-92.

[29] «Ephémérides», 1768, T. V, pp. 238-239 et T.VII, pp. 192-193.

[30] *Lettre de M.K. à M. le Chevalier de **. Au sujet des Doutes de M. l'Abbé de Mably*, «Ephémérides», 1768, T. VI, pp. 163-164. Sur Butré, voy. R. Reuss, *Charles de Butré, 1724-1805* (…), Paris, Fischbacher, 1887.

[31] Du Pont évoque la justice civile.

[32] Il évoque ici la justice pénale.

[33] L'auteur fait sur ce point référence à la cassation, en usage bien entendu sous l'Ancien régime puisque le Conseil du Roi joignait à ses fonctions administratives le pouvoir de réviser, devant la section appelée conseil privé ou conseil des parties, les jugements des parlements et de les annuler le cas échéant pour violation de formes.

[34] Ce passage pourrait donner à penser que les physiocrates étaient favorables à un contrôle *a posteriori* par voie d'exception. En vérité, il n'en est rien.

[35] *De l'origine et des progrès d'une science nouvelle*, § XIX, Londres, Paris, Desaint, 1768.

[36] *Ibidem*, § XX, p. 72. Voy. également Mirabeau, *Précis de l'ordre légal*, op. cit., p. 206 et p. 210.

[37] Le Marquis de Mirabeau ne manquait jamais de revenir sur cet aspect: « Il suffit », déclarait-il, « que le gouvernement sache que le monde va de lui-même […], que le règlement et l'ordonnance, s'ils sont conformes aux lois physiques de la nature, sont inutiles […]; au contraire, qu'ils sont nuisibles et atroces s'ils s'en écartent […]: qu'en un mot, l'autorité n'a rien d'autre affaire que d'exister, de réprimer les brigands, et d'ailleurs de laisser faire ». Voy. *Précis de l'ordre légal*, cit., pp. 104-105.

[38] *Physiocratie ou constitution naturelle du gouvernement le plus avantageux au genre humain*, Yverdon, 1768, « Avis de l'éditeur », pp. 82-83. Les *Maximes* sont reproduites pp. 85-98.

[39] Sur cette distinction, voy. B. Manin, « Les deux libéralismes: la règle et la balance », in I. Théry et Ch. Biet (dir.), *La famille, la loi, l'Etat*, Paris, Imprimerie nationale, s.d., pp. 372-389.

[40] A. Mathiez, *Les doctrines politiques des physiocrates*, «Annales historiques de la révolution française», vol. 13, 1936, pp. 198-199. Déjà, en son temps, Grimm avait prétendu que *L'Ordre naturel* était un livre de facture parlementaire et, rendant compte en octobre 1767 de l'ouvrage, stigmatisait le « *despote légal* à qui il faut un *pouvoir illimité*, et que l'*évidence* met dans *l'impossibilité physique* d'en abuser et de faire jamais le moindre mal à son peuple; qui a néanmoins besoin d'un corps de magistrats pour être les gardiens de la *certitude* et pour attester aux peuples que le souverain suit l'*évidence*, le tout, pour montrer la nécessité *physiquement essentielle* des parlements de France et de leur droit de faire des remontrances, et cela, parce que l'auteur a été autrefois conseiller au parlement, et qu'aucun écrivain de droit public en France ne peut s'écarter des préventions parlementaires sans risquer d'être cité à la barre, et même, suivant l'exi-

gence du cas, décrété de prise de corps ». *Correspondance littéraire, philosophique et critique par Grimm, Diderot* (…), par M. Tourneux, Paris, Garnier Frères, 1879, T. VII, pp. 447-448. (Les italiques sont de Grimm).

41 « La souveraineté réside dans la raison publique » écrivait en effet le Marquis de Mirabeau dans sa *Critique de la Déclaration des droits de Virginie*, op. cit., p. 12. De fait, précédant les Doctrinaires, ils étaient eux aussi les tenants d'une délocalisation - au sens premier du terme - de la souveraineté, aucune instance humaine ne pouvant y prétendre.

42 Un point d'ailleurs témoigne de l'irréductibilité des *ethos* propres à ces deux constructions doctrinales. Les Economistes en effet insistaient autant qu'ils le pouvaient sur l'obligation faite aux magistrats de s'instruire et sur la nécessité d'un contrôle de leurs capacités. Or, dans le contexte de l'époque, de telles précautions ne pouvaient être avancées qu'en réaction à la pratique parlementaire, puisqu'au sein des compagnies l'examen d'entrée était « de pure forme » (suivant les termes de O. Chaline, « Parlements », *Dictionnaire de l'Ancien régime*, Paris, P.U.F., 1996, p. 961, en accord sur ce point avec la totalité de la doctrine), ce qui était inconciliable avec la thématique de la Raison véhiculée par l'Ecole.

43 Sur Baudeau, voy. Pervinquière, *Un précurseur inattendu de l'Action française: l'abbé Baudeau*, «l'Action française», 15 septembre 1909, T. XXIV, n° 228, pp. 210-230.

44 *Notice sur les Economistes*, in E. Daire, *Œuvres de Turgot*, Paris, Guillaumin, 1844, p. 260. Pour faire bonne mesure, le Marquis de Mirabeau nommait Du Pont l'« économiste métis », marquant ainsi son éclectisme qu'il désapprouvait.

45 Sur ce publiciste, à l'étude de J.-M. Cotteret, *Essai critique sur les idées politiques de Mercier de la Rivière*, Thèse, Paris, 1960, on préférera celle de L. Ph. May, *Le Mercier de la Rivière (1719-1801). Aux origines de la science économique*, Paris, C.N.R.S., 1975, ainsi que son article *Despotisme légal et despotisme éclairé d'après Le Mercier de la Rivière*, «Bulletin of the International Committee of historical sciences», vol. IX, march 1937, n° 34, pp. 56-67. Voy. également G. Weulersse, *Mercier de la Rivière*, *Encyclopaedia of the Social Sciences*, New-York, MacMilan, 1933, vol. X, p. 353.

46 Voy. sur ce point le *Mémoire des services de M. Le Mercier de la Rivière, 21 mai 1775*, A.N., E. 276, dossier personnel, pièce 3. Cette initiative est évoquée par J. Flammermont, *Les remontrances du parlement de Paris au XVIII*ème *siècle*, Paris, Imp. Nat., 1888, T. I, p. XXXIV et par L.-Ph. May, *Le Mercier de la Rivière (1719-1801)*, cit., p. 18.

47 D'ailleurs, en cette même "époque Maupeou", Mercier, sollicité à cette fin par le prince Massalski, évêque de Wilno était occupé à concevoir une constitution pour les Polonais. En l'espèce, il s'adressa à ces derniers comme s'il l'avait fait à des Français: « Ne me demandez pas », disait-il, « qui vous garantira l'observation constante de(s) lois; vous trouverez cette garantie dans les corps de magistrature que vous avez établis pour être les gardiens des lois, et qui, en cette qualité, auront derrière eux toute la nation, seront ainsi, selon l'exigence des cas, ou réprimés ou soutenus par toute la nation ». Voy. *L'intérêt commun des Polonais, ou Mémoire sur les moyens de pacifier pour toujours les troubles actuels de la Pologne, en perfectionnant son gouvernement, et conciliant ses véritables intérêts avec les véritables intérêts des autres peuples*, (A.N, K 1317, n° 15). C'est dire qu'il faisait preuve d'une remarquable cohérence doctrinale, laquelle devait le mener par la suite, dans une sorte d'anticipation à la démonstration que développera le Chief-Justice Marshall, à affirmer que « s'il était libre au pouvoir législatif de changer la constitution, il n'y aurait point de constitution ». Voy. *L'heureuse Nation, ou gouvernement des Féliciens*, Paris, Creuze, Behal, 1792, T. II. p. 402.

48 *Les vœux d'un Français, ou considérations sur les principaux objets dont le roi et la nation vont s'occuper*, Paris, Versailles, 1788, pp. 87-88. Ce livre, dont l'un des objets essentiels tendait à légitimer le droit de libre vérification et d'enregistrement du parlement, parut peu après la réforme de Lamoignon, instituant une cour plénière à laquelle était transféré le droit d'enregistrement des parlements (initiative à laquelle l'auteur fait référence pp. 101-102). Il apparaît de ce fait que Mercier avait conçu cette production (dans laquelle était également condamné l'Édit fatal, p. 112) comme un manifeste pro-parlementaire dans une conjoncture adverse. Il devait récidiver un an plus tard, à l'occasion de la parution de ses *Essais sur les maximes et lois fondamentales de la monarchie française, ou canevas d'un code constitutionnel*, dans lequel il plaidait en faveur d'un « corps national, dépositaire et gardien des lois ». Ce corps, précisait-il, « doit avoir la même stabilité que les lois, et ce corps ne peut être que celui de la haute magistrature, dont la consistance fait partie de celle des lois, sa qualité d'organe des lois l'identifiant avec les lois » (voy. Titre V, art. I à IV). Les mêmes termes figurent dans son dernier livre, dans lequel l'auteur faisait droit par ailleurs sur bien des points à l'esprit et aux acquis de la Révolution: « il faut nécessairement donner », y liton, « une grande consistance à la magistrature, si l'on veut donner une grande consistance aux lois ». Voy. *L'heureuse nation, ou gouvernement des Féliciens* (…), cit., T. II, p. 409.

49 Voy. *Plan d'un ouvrage contre le par-*

lement, (fragments), reproduit par G. Schelle, *Œuvres de Turgot et documents le concernant*, Paris, F. Alcan, 1913, T. I, pp. 435-436

[50] Lettre XCII, 28 février 1771, idem, T. III, p. 475.

[51] Terme par lequel Turgot désignait les parlements supprimés.

[52] Lettre CXXXIII, 1er février 1771, *à Du Pont*, in G. Schelle, *Œuvres de Turgot et documents le concernant*, cit., p. 471. Toutefois, ainsi qu'il le disait dans cette même lettre, Turgot savait leur retour inéluctable. C'est la raison pour laquelle, s'il ne fut pas, comme l'a écrit imprudemment H. Carrée, d'une passivité coupable à cette occasion, (voy. *Turgot et le rappel des parlements (1774)*, «La Révolution française», 1902, vol. 43, pp. 193-208), il se résolut sur un mode minimal à plaider seulement pour un encadrement normatif plus strict de leur activité. Sur ce point, Du Pont pensait à l'identique de son maître et, fondamentalement, concevait le retour des parlements sous l'angle exclusif d'une réintroduction des passions. Voy. à ce propos sa lettre *A son Altesse Sérénissime Monseigneur le prince héréditaire de Bade*, 1er janvier 1783, publiée par C. Knies, *Carl Friedrich von Baden Brieflicher Verkehr mit Mirabeau und Du Pont*, Heidelberg, 1892, vol. II, pp. 351-353.

[53] Ainsi, par exemple, le Marquis de Mirabeau ne devait cesser de critiquer la conduite des parlements abandonnés à leur opposition systématique: « dans une société », fit-il observer, « où toutes les têtes n'ont d'idée que d'un droit négatif, il est impossible que tout ne tende à sa dissolution. D'où il suit que les tribunaux mêmes, ne sachant que nier, n'étant fondés, dans leurs réclamations, que d'une procuration négative, appuyés que d'un consentement négatif, ne servent qu'à perpétuer la désunion… ». Voy. *Lettres sur la dépravation…*, cit., T. II, lettre 11, pp. 780-781 et dans le même sens T. III, lettre 13, p. 68. Il devait d'ailleurs, sur le tard, les juger « trop redoutables pour la monarchie ». Voy. *M. de Mirabeau au bailli de Mirabeau, 4 septembre 1787*, lettre reproduite par M. Dauphin-Meunier, «Le Correspondant», 25 janvier 1913, pp. 276-277. Le Trosne, en revanche, longtemps avocat du roi au parlement, considérait plus favorablement la sphère parlementaire, et se félicita de ce que Louis XVI ait rapporté l'Édit fatal, ce par quoi, jugeait-il, il « raffermi(t) la constitution ébranlée par une révolution malheureuse ». Voy. *De l'ordre social*, cit., p. 438.

[54] Mercier de la Rivière, *L'ordre naturel et essentiel des sociétés politiques*, cit., p. 87.

[55] Lettre XCII, *à Du Pont*, 28 février 1771, in G. Schelle, *Œuvres de Turgot* (…), cit., T. III, p. 475.

[56] Lettre XCVIII, 10 mai 1771, *à Du Pont*, *ibidem*, pp. 486-487. Sur ce même rapprochement avec la doctrine du célèbre avocat, voy. également la lettre X, 5 février 1771, *à Caillard*, *ibidem*, p. 502.

[57] Pour autant, Moreau, qui n'hésitait pas à parler du « despotisme des parlements » et fut entre autres le rédacteur du discours tenu par le Chancelier Lamoignon au lit de justice du 21 juillet 1760, devait toutefois se montrer hostile à l'action du Chancelier Maupeou: voy. *Mes souvenirs*, Paris, Plon, 1902, T. II, p. 89.

[58] *Lettre de Monsieur M. censeur royal, à un magistrat*, «Ephémérides du citoyen», 1768, T. IX, sec. partie, p. 147.

[59] « Corps de doctrine du censeur actuel des Ephémérides du citoyen », *ibidem*, 1770, T. I, p. 270 et *Lettre de Monsieur M. censeur royal, à un magistrat*, cit., p. 174. Sur Moreau, voy. D. Gembicki, *Histoire et politique à la fin de l'Ancien régime. Jacob-Nicolas Moreau, 1717-1803*, Paris, Nizet, 1979, B. Barret-Kriegel, *Jean Mabillon*, Paris, PUF, 1988, pp. 211-267 et K.M. Baker, *Au tribunal de l'opinion*, chap. II: « Maîtriser l'histoire de France: l'arsenal idéologique de J.-N. Moreau », Paris, Payot, 1993, pp. 85-122.

[60] D'ailleurs, cette interprétation commune a passé dans la plupart des manuels d'histoire des idées politiques et dans bon nombre d'études spécialisées. Toutefois, il faut de toute nécessité distinguer le livre, malheureusement méconnu, de Mario Einaudi, *The Physiocratic doctrine of judicial control*, Introduction by Ch. H. Mc Ilwain, Cambridge (Mass.), Harvard political studies, 1938, X-96 p. On regrettera que ce texte, essentiel et entièrement consacré au thème du contrôle, ne soit toujours pas disponible en France malgré son ancienneté et n'apparaisse guère dans les bibliographies.

[61] Ainsi, dans le *Despotisme de la Chine*, Quesnay regrettait que les tribunaux « trop fixés à la connaissance des lois positives […] pourraient ignorer souvent les lois de la nature [car] bornés à l'intelligence littérale des lois de la justice distributive, [ils] ne remonteraient pas aux principes primitifs du droit naturel, du droit public et du droit des gens ». C'est la raison pour laquelle les physiocrates jugeaient prioritaire l'établissement, au sein même des facultés de droit, d'une chaire de droit naturel, avant même celui d'une chaire de droit public, et ce « pour pénétrer les interprètes de la loi de ses premiers principes ». Voy. «Ephémérides du citoyen», 1775, T. XII, p. 46.

[62] Suivant l'appréciation portée par Thiers et rapportée par A. Batbie, *L'homme aux quarante écus et les physiocrates*, Paris, Cottillon, 1865, p. 1.

[63] « Ce diable de despotisme », représenta-t-il à Du Pont, « nuira toujours à la propagation de votre doctrine, et surtout en Angleterre, et parmi les gens de lettres. Ceux-ci seront toujours

aussi révoltés du ton de secte ». Voy. Lettre XCVII, 7 mai 1771, in G. Schelle, *Œuvres de Turgot* (…), cit, T. III, p. 486. Turgot avait d'ailleurs plaidé auprès de Du Pont pour que l'épithète « tutélaire », dans lequel il voyait « le cachet économistique », fût supprimé en ce qu'il caractérisait « la partie honteuse du système des économistes », et en tenait quant à lui pour le terme d' « autorité publique ». Voy., lettre CXXXIII, 14 mars 1774, *ibidem*, p. 662. Dans le même sens, voy. lettre LXXXV, 21 décembre 1770, ibid., p. 398.

64 *L'Ancien régime et la révolution*, L. III, chap. III.

65 L'*Ordre naturel et essentiel des sociétés politiques*, cit., p. 89.

66 Le Trosne, *De l'ordre social*,cit., p. 313.

Le contrôle de constitutionnalité dans la pensée juridique française de la seconde moitié du XVIII^{ème} siècle : une autre approche

ERIC GOJOSSO

On occulte trop souvent le fait que sous l'Ancien régime, déjà, des Cours souveraines –Parlements et Cours des Aides– avaient manifesté la prétention de vérifier la conformité aux lois fondamentales du royaume des lettres patentes données par le roi [1]. Exprimée dès juillet 1718 [2] et formulée à maintes occasions durant tout le siècle, cette revendication avait suscité une réflexion non dénuée d'intérêt. Malheureusement, la célébrité du projet de « jury constitutionnaire » défendu par Sieyès devant la Convention, en 1795, a eu l'inconvénient de rejeter dans l'ombre les perspectives de contrôle envisagées par d'autres auteurs dont les travaux méritent pourtant d'être tirés de l'oubli.

Traiter du contrôle de constitutionnalité à l'époque des Lumières en échappant au reproche d'anachronisme suppose préalablement de dissiper quelques équivoques. Tout d'abord, l'existence d'une hiérarchie normative est suffisamment ancienne pour avoir pénétré la pensée juridique contemporaine. Ecrivant deux siècles plus tôt, Jean Bodin faisait de la législation le principal attribut de la souveraineté et reconnaissait déjà simultanément la validité de règles supérieures, lois divines, lois naturelles, lois du royaume, toutes sanctionnées selon des modalités spécifiques destinées à en garantir l'effectivité. De manière prémonitoire, il annonçait déjà que

> quant aux lois qui concernent l'état du royaume […], le Prince n'y peut déroger, comme est la loi salique : et quoi qu'il fasse, toujours le successeur peut casser ce qui aura été fait au préjudice des lois royales sur lesquelles est appuyée et fondée la majesté souveraine[3].

Pour autant, admettre dans une optique non positiviste la juridicité des lois fondamentales suffit-il à légitimer une approche constitutionnaliste de la question ? Y répondre renvoie au fameux débat qui divise depuis toujours les partisans et les adversaires de l'assimilation des lois du royaume à la constitution. Au delà des déclarations de ceux qui insistent sur la rupture révolutionnaire et de ceux qui, à rebours, défen-

dent la réalité d'un ordre constitutionnel tout à la fois formel et informel antérieur à 1789[4], il convient de relever que la plupart des auteurs attachés au contrôle de la législation monarchique le conçoivent en regard d'un corpus de règles qui déborde du cadre strict des lois fondamentales – nous le montrerons bientôt.

De plus, il importe de noter que la constitutionnalité des dispositions royales n'est guère envisagée de manière autonome ; très souvent les mêmes mesures doivent être également appréciées du point de vue de leur opportunité ou de leur cohérence par rapport au droit vigueur. Il n'est d'ailleurs pas toujours facile de faire le départ entre les différentes grilles de lecture proposées tant leurs éléments demeurent enchevêtrés.

Enfin, en mettant l'accent sur la nouveauté, il ne faudrait pas être conduit à présumer la modernité des tenants du contrôle de constitutionnalité. En vérité, les revendications des hauts magistrats, quelles que soient leurs arrière-pensées, – Michel Antoine a parlé à cet égard d'un « rêve de gouvernement des juges » [5] –, participent plus de la lutte contre le despotisme que de la dénonciation de l'absolutisme.

A aucun moment, l'avocat janséniste Le Paige, héraut de l'opposition judiciaire, ne rompt avec la conception classique de la monarchie[6]. A sa suite, les auteurs des *Maximes du droit public français*, très hostiles au Chancelier Maupeou, séparent encore le pouvoir absolu du pouvoir arbitraire [7]. D'ailleurs, le revirement de certains, à l'instar de Maultrot, n'interviendra qu'à la veille de la Révolution, dans un contexte de radicalisation, lors même que l'imminence des Etats généraux ressuscités préfigure des solutions d'une autre envergure.

L'identification apparemment paradoxale des parlementaires aux défenseurs de l'absolutisme se comprend mieux à la lecture du grand ouvrage de Montesquieu. D'après l'*Esprit des lois* (1748), la monarchie est le régime dans lequel « un seul gouverne selon des lois fixes et établies » (II.1), « où un seul gouverne par des lois fondamentales » (II.4). L'économie du système requiert par conséquent la présence d'un organe chargé de garantir la sécurité juridique sans laquelle le pouvoir verserait dans l'arbitraire et se confondrait avec le despotisme.

> Il ne suffit pas qu'il y ait, dans une monarchie, des rangs intermédiaires ; il faut encore un dépôt de lois,

déclare Montesquieu (id.) qui confie implicitement cette fonction aux Parlements (ils « annoncent les lois lorsqu'elles sont faites ») en attendant que d'autres en viennent à préciser et à étendre les prérogatives des hautes juridictions.

Car si l'*Esprit des lois* pose les premiers jalons, c'est surtout la littérature juridique et politique du dernier tiers du XVIII[ème] qui conforte et nourrit les ambitions des magistrats. C'est elle qui va dégager ce caractère systématique qui faisait jusqu'alors défaut. En l'espèce, trois grandes phases peuvent être isolées dans l'histoire idéologique du contrôle de constitutionnalité, trois phases en étroite corrélation avec les événements majeurs de la période : réforme du Chancelier Maupeou, pré-Révolution, Révolution.

Un premier groupe d'auteurs et non des moindres se prononce en faveur du contrôle de constitutionnalité lors de la crise inaugurée par l'affaire de Bretagne et terminée par le rappel des Parlements après l'avènement de Louis XVI[8].

Ici, la réflexion est en grande partie débitrice d'une brochure de Catherine II de

Russie, l'*Instruction en vue de l'élaboration d'un Code de lois* ou *Nakaz* (1766). Ce texte marqué par l'influence de Montesquieu et de Beccaria fut traduit en français et largement diffusé en Europe. Il inspira tous les tenants de la vérification des lois -même si beaucoup en firent une interprétation controuvée. Les jansénistes partisans des cours souveraines, des philosophes comme Diderot et Voltaire, le physiocrate Mercier de la Rivière, le parlementaire émigré Jannon l'ont connu et médité. Résolument opposés à la réforme de 1770-1771, les avocats Aubry, Blonde, Camus, Maultrot et Mey s'en réclament dans leurs *Maximes du droit public français* qui cristallisent les grands thèmes de l'opposition parlementaire[9]. Diderot, le maître d'œuvre de l'*Encyclopédie*, réagit lui aussi aux propos de la tsarine dans les *Entretiens avec Catherine II* et dans les *Observations sur l'instruction de S.M. impériale*, composées autour de 1773-1774. Après 1789, le texte de la tsarine sera encore mentionné par certains nostalgiques de l'organisation judiciaire traditionnelle.

La seconde étape qui correspond à la pré-Révolution, enregistre le recul de la thématique du contrôle de constitutionnalité: l'heure est aux débats sur la réunion des Etats généraux et sur leur composition (doublement du tiers, vote par tête…) ainsi qu'aux controverses sur la définition de la Nation. Pour autant, l'idée n'est pas complètement abandonnée comme en témoignent les écrits du juriste et physiocrate Mercier de la Rivière [10]. Rendu célèbre par *L'ordre naturel et essentiel des sociétés politiques* (1767), élevé au rang de manifeste de l'école du docteur Quesnay, il publie en 1788 et 1789 deux opuscules : *Les vœux d'un Français ou Considérations sur les principaux objets dont le roi et la nation vont s'occuper* et les *Essais sur les maximes et les lois fondamentales de la monarchie française*.

La mise en perspective de ces publications révèle que si le contrôle de constitutionnalité est encore d'actualité en 1788, il ne l'est plus l'année suivante car, en 1789, le problème se pose autrement. Le roi ne détenant plus le pouvoir législatif, on ne peut plus songer qu'à instituer un contrôle de légalité. Telle est la conséquence du triomphe de la Nation souveraine et de son corollaire, le légicentrisme fondé sur la conception de la loi comme expression de la volonté générale. Il semblerait que le contrôle de constitutionnalité ne puisse plus trouver place qu'au sein d'un régime monarchique traditionnel ou absolutiste, – ce qui valide les idées de Montesquieu.

Au demeurant, cette conclusion peut être vérifiée durant la troisième phase, à l'heure de la Révolution, quand le principe du contrôle de la législation recrute surtout ses partisans dans les rangs royalistes [11]. Les Constituants l'ont écarté d'emblée et l'avènement de la République ne modifie pas cette approche, comme le prouvent les discussions sur la constitution de l'an I et le rejet du projet de Sieyès en 1795[12].

Dès lors, c'est en exil que la réflexion se perpétue chez des auteurs célèbres – J. de Maistre (*Considérations sur la France*, 1797), L. de Bonald (*Théorie du pouvoir politique et religieux*, 1796) - ou moins connus – Jannon (*Développement des principes fondamentaux de la monarchie française*, 1795), l'abbé Ruffo de Bonneval (*La véritable constitution française*, 1799)-, qui se rejoignent pour associer le rétablissement de la monarchie et l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité des actes royaux.

L'évocation rapide de ces trois époques et des penseurs qui les ont illustrées suffi-

ra sans doute à convaincre de la relative unité de vues qui existe entre 1766 et 1799. Au delà du régime politique particulier dans lequel le contrôle doit s'inscrire et nonobstant les inévitables divergences, il est néanmoins possible de faire ressortir certains traits communs: l'examen de la législation reste le fait des seules cours souveraines (1), qui opèrent selon la procédure de l'enregistrement (2) en se référant à un vaste corpus de normes (3).

1. Les cours souveraines, organe de contrôle

Il existait sous l'Ancien régime plusieurs Cours souveraines, juridictions de droit commun (les Parlements) ou spécialisées (les Cours des aides), principalement chargées de rendre la justice en dernier ressort sur le fondement d'une délégation royale. La plus importante d'entre elles était le Parlement de Paris qui, relayant une attitude ancienne, – voir la Fronde –, développa au XVIII^{ème} siècle une politique d'opposition quasi-systématique à l'encontre du pouvoir.

Les différentes péripéties de ce conflit ont bien été décrites, par Jules Flammermont, François Olivier-Martin et Jean Egret, de même que la réaction royale conduite par le Chancelier Maupeou en 1770-1771, sur laquelle se sont penchés Robert Villers et Michel Antoine. Ce n'est pas sans raison que cette dernière a été qualifiée de « victoire à la Pyrrhus » : de courte durée puisque l'une des premières mesures de Louis XVI fut de rappeler les anciens parlements que son aïeul avait supprimés, elle permit également au terme d'un véritable travail de propagande de convaincre les esprits que les Cours souveraines devaient être préposées au contrôle de constitutionnalité des lois royales, ce qui n'était pas acquis auparavant.

Certes, les hautes juridictions elles-mêmes avaient à plusieurs reprises manifesté leurs prétentions en la matière, mais Catherine II qui fut vraiment la première à penser ce type de contrôle, dépassant les esquisses de Montesquieu, ne se départit pas, dans son *Nakaz*, d'un certain réalisme politique [13]. Souveraine autocrate, montée sur le trône à la faveur d'un coup d'État, elle ne pouvait songer sérieusement à subordonner son autorité législative à l'approbation d'une structure indépendante. C'est pourquoi, dans son projet resté lettre morte, elle veilla à confier le contrôle au Sénat qui était en Russie, depuis Pierre le Grand, le collège ministériel, c'est-à-dire la conférence des ministres nommés par le chef de l'État.

Appelé à réagir aux propositions de la tsarine, le philosophe Diderot qui entretenait avec elle des relations privilégiées, fut loin d'en épouser toutes les vues [14]. Il était hostile au choix du Sénat, rejoignant par là Montesquieu qui avait déclaré que le conseil du prince n'était pas « un dépôt convenable » (*EdL*, II.4) et réprouvait pareillement toute solution représentative ou parlementaire.

Sévère à l'endroit de la réforme du Chancelier qu'il détestait, il ne prenait pas davantage le parti des anciennes juridictions. Il développa d'ailleurs à leur encontre une critique qui ne manque ni de force ni de lucidité. Pour lui, le Parlement n'était qu'une institution fortuite dont les prérogatives étaient incertaines et l'existence précaire. Créée par le roi, cette cour fut toujours dans la dépendance de la monarchie qui fixa l'étendue de ses compétences. En

outre, ce ne fut que par accident qu'elle en vint à contrôler la législation. Ce rôle ne lui était pas dévolu: elle l'a en quelque sorte usurpé.

Enfin, Diderot ne croyait pas que l'esprit de corps des parlementaires qui se manifesta par la fameuse « théorie des classes », pût profiter au bien public et à l'intérêt du royaume. Partant, le dépôt des lois devait être remis à une formation unique, ni judiciaire ni représentative, peut-être à mi-chemin entre les deux.

Naturellement, les avocats jansénistes des *Maximes du droit public français* et, plus largement, les auteurs des brochures qui abondent après 1771, ne pensent ni comme Catherine ni comme Diderot [15]. Ils sont fermement attachés aux Parlements, ardents défenseurs des dissidents religieux, et n'hésitent pas de ce fait à travestir les propos de l'impératrice pour les mettre au service de la cause qu'ils soutiennent. En définitive, leur thèse va l'emporter avec le geste inopportun de Louis XVI qui, de manière durable, sonne le glas des solutions extra-parlementaires. A partir de 1775, tous les auteurs se rallient donc à la formule érigeant les Cours souveraines en organe de contrôle. Les éléments qui cimentent cette unanimité sont de deux ordres, avec des arguments destinés à asseoir la légitimité de telles institutions et d'autres qui s'inscrivent plutôt dans un registre statutaire.

Sur le premier point, la thèse qui prévaut, durant la réforme Maupeou, à l'intérieur du courant janséniste, souligne la double légitimité, tout à la fois historique et nationale, des hautes juridictions. Celles-ci passent pour les héritières des assemblées générales de l'époque franque qui concouraient à l'élaboration des lois. Au sein des *placita*, champs de mars ou champs de mai, la nation adoptait des mesures que le roi sanctionnait et faisait exécuter, selon une interprétation controuvée du capitulaires de Pîtres (864) : « *lex consensu populi fit et constitutione regis* ».

Si la monarchie s'est transformée depuis la période des origines, les Parlements ont prolongé les assemblées primitives et interviennent encore, à ce titre, dans la procédure législative par le biais de la vérification et de l'enregistrement. De plus, en l'absence de réunion des Etats généraux, la dernière remontant à 1614-1615, ils ont très logiquement recueilli la qualité de représentant de la nation qui vient à propos conforter leurs prétendues prérogatives.

Cependant, à l'approche de la Révolution et en raison du divorce consommé dans l'opinion entre la magistrature et le parti patriote, les cours souveraines sont peu à peu déchues du titre de défenseur de la nation. Il est vrai que le Parlement de Paris lui-même a avoué son incompétence dans les remontrances du 26 juillet 1787 en renvoyant aux Etats généraux la connaissance des questions fiscales. Pour le physiocrate Mercier de la Rivière, qui écrit en 1788-1789, il ne fait pas de doute que les hautes juridictions sont dépourvues de toute légitimité nationale bien que leur existence puisse être encore justifiée par la tradition monarchique [16].

En fait, c'est la Révolution qui porte un coup fatal au mythe du Parlement consubstantiel à la royauté, dont les penseurs de l'émigration mesurent *a posteriori* le caractère subversif. Le président Jannon l'affirme avec d'autant plus de vigueur qu'il est un ancien parlementaire: les cours souveraines ne descendent pas des assemblées franques[17]. Elles sont issues du Conseil du roi et datent de l'époque médiévale. Elles tirent

leur autorité du seul souverain et non de la nation ou d'une chimérique constitution originelle altérée par l'absolutisme. Contre Le Paige, Jannon présente d'ailleurs les Etats généraux comme les successeurs des champs de mai dont ils ont annexé des compétences somme toute limitées car, depuis Pharamond, la nation ne participe plus à l'élaboration des lois. Partant, dans l'optique de la plupart des contre-révolutionnaires, l'existence des Cours souveraines ne procède plus désormais que de la seule volonté royale.

Sur le second point, l'avantage du contrôle exercé par les Parlements et autres Cours des aides réside dans les garanties d'indépendance offertes par le statut des magistrats. En effet, à l'exception des premiers présidents et des procureurs généraux, ceux-ci étaient des officiers détenteurs d'une charge acquise moyennant le versement d'une somme d'argent, même s'ils en étaient formellement investis par le seul monarque. La mise en place du système de la vénalité avait entraîné l'inamovibilité de ces magistrats, qui ne pouvaient être démis de leur office qu'en cas de forfaiture. Ils étaient de ce fait à l'abri des pressions du pouvoir dont la marge de manœuvre paraissait à leur égard limitée. Pendant longtemps, l'exil collectif ou individuel des parlementaires resta la mesure la plus énergique employée par la royauté. Au paroxysme de la crise, le Chancelier Maupeou lui-même ne put totalement occulter le régime de la patrimonialité qui survécut à travers le remboursement des offices des juges révoqués. Du reste, sa réforme maintint le principe d'inamovibilité de magistrats désormais salariés par l'Etat.

Devenue un lieu commun de la littérature juridique contestataire, l'indépendance des cours souveraines sera encore saluée par les royalistes de l'émigration qui feront valoir la capacité de résistance des Parlements durant le XVIII^{ème} siècle. Certains, comme Bonald, n'hésiteront pas à dénoncer avec virulence les réformes de Maupeou (1770-1771) et de Lamoignon (1788) [18].

Le contrôle de constitutionnalité doit donc incomber aux Cours souveraines. Le consensus qui règne quant à l'organe n'est pas moins large concernant les modalités du contrôle.

2. L'enregistrement, procédure de contrôle

La vérification préalable à l'enregistrement est la procédure préconisée pour le contrôle des actes royaux. De Catherine II à l'abbé Ruffo de Bonneval en passant par Diderot, Mercier de la Rivière et Bonald, tous s'accordent sur cette procédure dont on sait l'importance dans la France d'Ancien régime, les lettres patentes ne devenant exécutoires qu'après leur transcription sur les registres des Cours souveraines.

Ainsi mis en œuvre, le contrôle présente des caractéristiques qui vont bien au delà des usages institutionnels. De l'aveu général, la vérification est systématique: elle doit porter sur tous les actes royaux et pas seulement sur les lettres patentes. Les Ordonnances sans adresse ni sceau et les Arrêts du Conseil sont également visés[19].

Au terme de la vérification qui s'effectue librement, les magistrats statuant en leur âme et conscience, un arrêt d'enregistrement établit publiquement la conformité de la loi nouvelle à la «constitution». Dans le cas contraire, il est sursis à la transcription et procédé à l'envoi de remontrances pour

Séance du Parlement de Paris

demander au roi de modifier son texte. Pour les auteurs qui écrivent avant 1789, le refus d'enregistrement a d'ailleurs un caractère absolu. Les lettres de jussion et les lits de justice dont la monarchie se sert pour imposer ses vues, sont inadmissibles. Les mesures prescrites grâce à de tels procédés sont nulles et de nul effet tant qu'elles contrarient l'ordre constitutionnel. Les Cours peuvent légitimement persévérer dans leur opposition en rendant des arrêts de défense contre l'exécution des lois ou en cessant leur fonction. C'est la thèse défendue par les avocats jansénistes aussi bien que par le physiocrate Mercier.

La Révolution va pourtant contribuer à modifier cette opinion. Pour les monarchistes exilés, le roi doit avoir le dernier mot. Ce point ne souffre aucune discussion; il s'agit là, sans doute, d'un enseignement tiré de l'expérience récente. Partant, les Cours ne sauraient contrarier durablement la volonté royale. Bonald remarque ainsi qu'elles disposent d'une sorte de « veto » suspensif. L'enregistrement forcé demeure possible bien qu'il ne soit pas souhaitable et emporte l'obéissance des hauts magistrats. Néanmoins un auteur comme l'abbé Ruffo n'exclut pas la mise en place d'une forme de recours. Consécutivement à une transcription d'autorité, obligation est faite aux hautes juridictions de saisir les États généraux pour leur communiquer les motifs les ayant conduites à contrecarrer les résolutions du prince. Les trois ordres peuvent alors solliciter, dans leurs cahiers, le «redressement» de la loi inconstitutionnelle. Ils ne possèdent pas eux-mêmes le pouvoir de l'amender ou de l'annuler: ils doivent convaincre le souverain de le faire[20].

Aussi convient-il de noter combien la différence est sensible par rapport à l'épo-

que antérieure à 1789. Les magistrats ne se posent plus en contre-pouvoir comme ils le faisaient naguère, mais recouvrent leur mission traditionnelle de conseillers, plus particulièrement chargés d'attirer l'attention sur tout ce qui heurte la constitution. Joseph de Maistre déclare qu'ils « ont le droit d'avertir le monarque, d'éclairer sa religion et de se plaindre des abus » [21]. En toutes circonstances, la décision ne laisse pas d'appartenir au roi, mais quelque étendue que soit sa puissance, celle-ci prend place dans un cadre ayant vocation à la contenir.

3. Les lois fondamentales et la constitution, normes de référence

A ce propos, il importe tout d'abord de relever une évolution dans le vocabulaire. Globalement, on parle plutôt de « lois fondamentales » avant 1789 et plutôt de « constitution » après cette date, mais il faut se garder d'être catégorique [22]. Quoi qu'il en soit de la terminologie usitée pour désigner ces normes de référence, il est indéniable que la tendance est à l'élargissement de leur champ matériel.

Avant 1789, sur la base d'une distinction faite par le publiciste suisse Burlamaqui, la plupart des théoriciens distinguent deux catégories de lois fondamentales, les unes naturelles, les autres positives.

Les lois fondamentales naturelles sont « inaltérables et imprescriptibles » selon les termes des auteurs des *Maximes du droit public français*. Ayant une dimension universelle, elles correspondent à peu près aux droits individuels qui seront bientôt consacrés par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Il s'agit plus concrètement et par ordre d'importance de la propriété – personnelle, mobilière et foncière –, de la liberté et de la sûreté des sujets. Ensemble, elles forment la « base du droit public » de tout État (Mercier). Toute disposition portant atteinte à l'un de ces droits doit donc être censurée.

Les lois fondamentales positives comprennent les règles propres à chaque État, touchant l'organisation du pouvoir et les relations entre l'autorité et les sujets. Appliquées à la monarchie française, elles s'entendent d'abord des principes régissant la dévolution de la couronne et établissant l'inaliénabilité du domaine, s'identifiant ainsi aux lois fondamentales dans l'acception classique de l'expression. La plupart des auteurs ne se limitent pas cependant à cette approche pour ainsi dire formelle et la complètent par des dispositions diverses prescrivant l'indivisibilité de la couronne et de la souveraineté, la réunion périodique de la nation en assemblée, le respect des « stipulations faites par les différentes provinces » lors de leur réunion au domaine, l'inamovibilité des offices, le caractère constitutionnel du dépôt des lois et de la vérification des actes royaux.... Pour l'essentiel, ces thèmes seront d'ailleurs exposés dans la déclaration du Parlement de Paris, du 3 mai 1788 [23].

Avec la Révolution, le syntagme « lois fondamentales » recule devant le vocable « constitution ». C'est désormais par rapport à elle que le contrôle doit être effectué. Pour autant, la conception des normes de référence n'en sort pas bouleversée car les royalistes restent fidèles à la notion traditionnelle. Pour eux, la constitution n'est pas une norme édictant des droits, des devoirs et des habilitations, mais elle désigne une organisation constante et (presque) inva-

riable, impliquant un certain nombre de règles et s'imposant au souverain comme à ses sujets. D'où une plus grande plasticité du contrôle, envisagé aussi bien par rapport à des principes (Jannon) qu'à des coutumes, des usages, voire des habitudes (Ruffo), avec par exemple la prise en compte de la division sociale en trois ordres. D'où, également, le maintien des deux catégories de lois fondamentales, naturelles et positives, que certains intègrent à la constitution organique en veillant à en étendre le contenu. Pour Ruffo, les lois fondamentales naturelles comprennent ainsi, outre les droits individuels précités, les principes de justice, de bon ordre et le respect de la religion.

Si les lois fondamentales positives sont elles aussi enrichies de dispositions hétéroclites, dans la veine parlementaire prérévolutionnaire, il est frappant de constater qu'elles continuent d'être regardées comme modifiables. Déjà, au début des années 1770, les auteurs des *Maximes du droit public français* avaient soutenu que la nation pouvait changer l'ordre successoral et instituer un nouveau régime politique. A la veille de la Révolution, Mercier de la Rivière semblait du même avis: tout en admettant le caractère coutumier de la constitution monarchique, il reconnaissait la possibilité d'en réformer le contenu « du consentement général de la nation ».

De manière surprenante, le cataclysme révolutionnaire ne met pas un terme à cette dérive volontariste. Le président Jannon et l'abbé Ruffo soutiennent ainsi que les trois ordres peuvent participer avec le roi à l'établissement, à la modification ou à l'abrogation des lois fondamentales qui forment la constitution.

Si Maistre est muet sur le sujet, Bonald est le seul à combattre franchement une telle assertion en plaçant l'ensemble des normes positives sous l'emprise du prince. Dans la mesure où toutes les lois procèdent de la nature, le souverain a pour unique mission d'observer et de transcrire les règles de l'ordre du monde – il est le « secrétaire » de la nature. C'est dire que si le pouvoir est réservé au prince, en ce sens absolu, il n'en demeure pas moins limité. Partant, dans cette perspective jusnaturaliste classique, il ne saurait y avoir d'innovations constitutionnelles véritables: on ne doit parler que de « perfectionnements insensibles ».

Au delà des différences qui peuvent exister et qui concourent à nourrir la réflexion, le thème du contrôle de constitutionnalité est indéniablement présent chez les publicistes du dernier XVIII^{ème} siècle. Bien que certains révolutionnaires cherchent à lui donner consistance au sein des assemblées, lors des travaux constituants, sa promotion est plutôt le fait de leurs adversaires royalistes. La Révolution aurait même pour conséquence de grossir leurs rangs, avec la présence de personnalités comme Maistre ou Bonald réputés pour leur intransigeance doctrinale. Pourtant, quand la Restauration interviendra, aucun de ces auteurs ne militera plus pour que soit garantie la constitutionnalité des lois. L'épisode napoléonien et l'ineffectivité du contrôle sénatorial d'une part, la mise en place d'une monarchie limitée de l'autre[24], éclairent sans doute un tel revirement.

[1] On en trouve cependant mention chez Fr. Olivier-Martin, *Les parlements contre l'absolutisme traditionnel au XVIII^e siècle*, Paris, reprint LGDJ, 1997, pp. 421-422.

[2] Le 26 juillet 1718, le Parlement de Paris indique au roi qu'il n'enregistrera que les lettres patentes ne renfermant « rien de contraire aux intérêts de Votre Majesté et aux lois fondamentales du royaume », texte in J. Flammermont, *Remontrances du Parlement de Paris*, Paris, Imprimerie nationale, 1898, tome 1, p. 88. Cf. J.-L. Mestre, *Juridictions judiciaires et contrôle de constitutionnalité en France de 1715 à 1814* in *Toward Comparative Law in the 21st Century*, Tokyo, Chuo University Press, 1998, pp. 500-504.

[3] *Les six livres de la république*, éd. de 1593, Paris, Fayard, 1986, I.8, p. 197.

[4] Cf. par exemple Ph. Sueur, *Histoire du droit public français, XV^e-XVIII^e*, Paris, PUF, 2^e éd. 1993, tome 1, pp. 115-118.

[5] *Louis XV*, Paris, Fayard, 1989, p. 568.

[6] C. Maire, *De la cause de Dieu à la cause de la Nation. Le Jansénisme au XVIII^e siècle*, Paris, Gallimard, 1998, pp. 405-407 ; Fr. di Donato, *Constitutionnalisme et idéologie de robe. L'évolution de la théorie juridico-politique de Murard et Le Paige à Chanlaire et Mably* in «Annales HSS», juillet-août 1997, n°4, pp. 826-835 notamment.

[7] *Maximes du droit public français*, s.l. en France, 1772.

[8] Cf. E. Gojosso, *L'établissement d'un contrôle de constitutionnalité selon Catherine II de Russie et ses répercussions en France (1766-1774)* in «Revue Française de Droit Constitutionnel», n°33, 1998, pp. 87-99.

[9] Ces auteurs s'appuient également sur les écrits de deux juristes allemands, Fleischer et Griebner, cf. J.-L. Mestre, *L'évocation d'un contrôle de constitutionnalité dans les Maximes du droit public français (1775)* in AFHIP, *Etat et pouvoir. L'idée européenne*, Aix-en-Provence, P.U. Aix-Marseille, 1992, pp. 21-36.

[10] Cf. E. Gojosso, *Le contrôle de l'activité normative royale à la veille de la Révolution : l'opinion de Mercier de la Rivière* in «Revue de la Recherche Juridique-Droit prospectif», 1999-1, pp. 237-250.

[11] Cf. E. Gojosso, *Le contrôle de constitutionnalité des lois dans quelques écrits monarchistes de la période révolutionnaire* in AFHIP, *La constitution dans la pensée politique*, Aix-en-Provence, P.U. Aix-Marseille, 2001, pp. 229-243.

[12] M. Lévinet, *Le problème du contrôle de la loi lors de l'élaboration de la constitution de 1793* in «Revue du Droit Public et de la science politique», n°3, 1991, pp. 697-732 ; J.-L. Mestre in L. Favoreu (dir.), *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 4^e éd., 2001, pp. 245-248.

[13] *Instruction en vue de l'élaboration d'un code des lois* ou *Nakaz* (1766) in «Revue d'histoire économique et sociale», 1920.

[14] *Entretiens avec Catherine II* (1773) et *Observations sur l'Instruction de Sa Majesté Impériale* (1774) in Diderot, *Œuvres politiques*, éd. P. Vernières, Paris, Garnier, 1963.

[15] Sur ce courant janséniste, outre l'ouvrage déjà cité de C. Maire, cf. D. K. Van Kley, *The Religious Origins of the French Revolution*, New Haven et Londres, Yale U.P., 1996 et M. Cottret, *Jansénismes et Lumières*, Paris, A. Michel, 1998.

[16] *Les vœux d'un Français…*, Paris et Versailles, Vallat la Chapelle et Veillard, 1788 et *Essais sur les maximes et lois fondamentales…*, Paris et Versailles, Vallat la Chapelle et Veillard, 1789.

[17] *Développement des principes fondamentaux de la monarchie française*, s.l. [Neuchâtel], 1795.

[18] *Théorie du pouvoir politique et religieux* in *Œuvres complètes de M. de Bonald*, Paris, J.-P. Migne éditeur, 1859, tome 1, VI.3.

[19] Sur la typologie des actes royaux, cf. Ph. Sueur, *Historie du droit public*, *cit.*, tome 2, pp. 64-76.

[20] *La véritable constitution française*, s.l. [Vienne], 1799, 2^e partie, tome 2.

[21] *Considérations sur la France* in *Ecrits sur la Révolution*, éd. J.-L. Darcel, Paris, PUF, 1989, chap.VIII.

[22] Cf. M. Ganzin, *Le concept de constitution dans la pensée jusnaturaliste (1750-1789)* in AFHIP, *La constitution, op. cit.*, pp. 167-201 et A. Vergne, *La notion de constitution d'après la pratique institutionnelle à la fin de l'Ancien Régime (1750-1789)*, thèse droit dactyl., Paris II, 2000.

[23] Reproduite in *Archives Parlementaires*, 1^ère série, tome 1, p. 285.

[24] Cf. S. Rials, *Essai sur le concept de monarchie limitée* in *Révolution et Contre-révolution au XIX^e siècle*, Paris, DUC/Albatros, 1987, pp. 88 et suiv.

Le contrôle de constitutionnalité de la loi aux Etats-Unis vu par les penseurs libéraux français du XIX^{ème} siècle

ALAIN LAQUIEZE

> Les Américains ont donc confié à leurs tribunaux un immense pouvoir politique ; mais en les obligeant à n'attaquer les lois que par des moyens judiciaires, ils ont beaucoup diminué les dangers de ce pouvoir.
>
> Alexis de Tocqueville, *De la Démocratie en Amérique* (1835), 1ère partie, chapitre 6

> Nous avons donc besoin d'aller à l'école de l'Amérique pour apprendre qu'une constitution n'est pas une confiscation de la vie nationale au profit d'une ou deux chambres, mais simplement une loi qui, réservant la souveraineté nationale, et ne la déléguant jamais dans son entier, organise les pouvoirs publics dans des limites déterminées, et voit dans ces limites la garantie de la liberté.
>
> Edouard Laboulaye, *Histoire des Etats-Unis*, t. 3 (1866), 1ère leçon

Etudier le contrôle juridictionnel de constitutionnalité de la loi dans la France du XIX^{ème} siècle peut sembler, à première vue, d'une pertinence relative, eu égard au terreau idéologique et institutionnel d'un pays, alors peu favorable à l'éclosion d'une telle technique.

Le légiscentrisme, hérité de la Révolution[1], est dominant, même s'il est vrai que certaines interrogations existent quant au caractère sacré et incontestable de la loi[2]. La loi, expression de la volonté générale, constitue une garantie pour les libertés, ce que le magistrat de la Cour de Cassation Hello exprime en 1848 en déclarant que «La loi vient remplir la promesse de la Charte, c'est-à-dire servir de garantie à nos droits».[3]

Cette forte exaltation de la loi occulte par là même la question de la valeur juridique du texte constitutionnel et *a fortiori* de la Déclaration des droits, dont la fonction n'est pas négligeable dans le sens d'une légitimation du régime politique en place mais dont la mise en oeuvre laisse pour le moins à désirer: il suffit de penser par exemple aux vicissitudes rencontrées par le principe de liberté de la presse tout au long du XIX^{ème} siècle.

D'autant que le juge qui est une autorité plus qu'un pouvoir occupe une position subordonnée qui n'est guère favorable à une

défense efficace des libertés. Le souvenir des Parlements d'Ancien régime, défiant la puissance royale, n'encourage guère le pouvoir politique à lui accorder des prérogatives substantielles et une indépendance affirmée. Dès lors, on ne s'étonnera guère que la magistrature soit régulièrement épurée, au gré des changements de régimes[4].

En outre, l'expérience que la France a eu du contrôle de constitutionnalité de la loi sous l'Empire de Napoléon I^er^ puis de Napoléon III n'a pas laissé de souvenirs impérissables : le Sénat impérial, chargé de ce contrôle, était un organe politique dont les membres, nommés discrétionnairement par l'Empereur, étaient, à divers titres, des obligés du pouvoir. Le contrôle de constitutionnalité qui fut exercé n'eut par conséquent aucune efficacité réelle: c'est ainsi que le Sénat du Second Empire ne devait censurer aucun projet de loi de portée nationale[5].

Ces conditions idéologiques nettement défavorables expliquent sans doute que les débats constitutionnels du temps soient focalisés par d'autres enjeux. Les libéraux, qu'il s'agisse des doctrinaires ou des tenants de la liberté du sujet tels que Benjamin Constant ou plus tard Prévost-Paradol, pensent la limitation du pouvoir étatique par la théorie de la séparation des pouvoirs et non par la hiérarchie des normes où la constitution l'emporterait sur la loi. Il est vrai que pour un auteur comme Constant, la loi est susceptible d'être mauvaise mais elle trouvera alors des bornes avec un aménagement équilibré des institutions politiques, le pouvoir neutre étant «le pouvoir judiciaire des autres pouvoirs», voire aussi avec l'examen critique du citoyen qui peut refuser d'obéir à une loi injuste[6].

Dans cette perspective, l'idée d'une constitution qui, comme aux Etats-Unis, serait un acte juridique garanti par le pouvoir judiciaire face aux lois est bien loin de la conception française d' omnipotence du pouvoir législatif, rappelée par Laboulaye au début de son *Histoire des Etats-Unis*[7].

Au demeurant, la perception que les Français cultivés du XIX^ème^ siècle peuvent avoir de l'Amérique est nécessairement schématique, en particulier du fait de l'éloignement. En 1820, il faut en effet plus de deux mois de voyage pour atteindre le Nouveau Monde[8]. On en reste donc à une vision naïve et quelque peu idyllique des Etats-Unis, à savoir une république de petits propriétaires terriens qui contribuent activement à l'intérêt commun. Cette perception s'affinera après 1830, avec la multiplication des voyages des Français outre-Atlantique et la parution de nombreuses études, dont la plus célèbre est sans conteste celle de Tocqueville. Mais plus que les spécificités institutionnelles, on retient d'abord des Etats-Unis qu'ils sont une fédération de républiques qui protègent les libertés, comme la liberté de conscience ou de circulation.

L'idée républicaine a son importance dans l'attachement conjoncturel que les Français portent à la patrie de Jefferson: celle-ci, tel un phénomène de mode, reviendra au devant de la scène idéologique française à chaque tourmente révolutionnaire (1789, 1830, 1848, 1870)[9].

Les libéraux français ne pouvaient qu'être séduits par un modèle de balance des pouvoirs, respectant les libertés individuelles, mais son caractère démocratique, tendant à l'uniformisation des goûts[10], et son peu de respect des traditions leur faisaient préférer encore l'exemple britannique. Effectivement, le libéralisme français du XIX^ème^ siècle est un libéralisme aristocrati-

que plus que démocratique, et plus anglophile qu'américanophile. Les grands libéraux français (Constant, Victor de Broglie, Guizot, Royer-Collard, Thiers, Prévost-Paradol …) ont d'abord été des tenants de la monarchie constitutionnelle anglaise, sans doute parce que, soucieux de mettre fin aux prétentions républicaines et aux dérapages révolutionnaires que certains d'entre eux avaient eu l'occasion de subir, ils recherchaient le modèle d'un régime libéral stable, compatible avec une dynastie royale. Les Etats-Unis, jeune république sans passé et sans aristocratie, ne leur étaient point d'un grand secours.

Il n'en demeure pas moins que c'est parmi le courant libéral que l'on rencontre, au cours du XIX^{ème} siècle, les meilleurs connaisseurs des institutions politiques américaines ainsi que leurs plus ardents défenseurs auprès de l'opinion publique française ; deux noms doivent être plus spécialement cités: Tocqueville et Laboulaye. Notons qu'ils sont de la même génération, le premier étant né en 1805, le second en 1811, et tous les deux d'origine aristocratique, même si la famille de Tocqueville est d'une noblesse bien plus ancienne que celle de Laboulaye, dont le grand-père avait été anobli à la fin de l'Ancien régime en raison de sa charge de Secrétaire du Roi de la Grande Chancellerie de France[11]. Est-il besoin de rappeler qu'ils ont également tous les deux une solide formation de juriste, Tocqueville ayant été licencié en droit en 1826 et Laboulaye en 1833, avant de se faire connaître par de savants travaux en histoire du droit et d'obtenir, en 1849, la chaire de législation comparée au Collège de France[12]?

En revanche, leurs œuvres consacrées aux Etats-Unis n'ont pas été rédigées à la même période. Si la première *Démocratie en Amérique*, texte qui nous occupera ici plus spécialement[13], date de 1835, c'est-à-dire de la Monarchie de Juillet, les travaux de Laboulaye ont été rédigés pour leur part sous la Deuxième République et surtout sous le Second Empire, la publication de son *Histoire des Etats-Unis* en trois volumes s'échelonnant tout au long du Second Empire[14]. En outre, on ne saurait mettre exactement sur le même plan le chef d'œuvre de Tocqueville et l'ouvrage, certes érudit mais moins profond, de celui qui fut l'un de ses disciples, bien qu'il n'ait jamais été conduit à le rencontrer[15].

Il faut encore signaler que leur connaissance des Etats-Unis ne s'est pas effectuée de manière identique puisque Laboulaye, contrairement à Tocqueville, ne s'y est pas rendu. Une santé délicate l'a empêché d'imiter son illustre aîné dont on connaît le voyage effectué entre avril 1831 et mars 1832[16]. Pour le reste, ils avaient tous les deux des contacts avec des correspondants américains, notamment des législateurs et des juges, et disposaient de sources livresques comparables[17].

Qu'allaient chercher Tocqueville et Laboulaye dans l'organisation politique et judiciaire des Etats-Unis ? Pour ces auteurs qui, à l'instar de Benjamin Constant, défendaient la conception d'une souveraineté limitée, la loi devait nécessairement être bornée. Comme elle ne pouvait plus l'être dans le respect de la Loi naturelle, expression d'une Justice transcendante ou de la Raison, il fallait bien trouver ailleurs les garanties contre l'arbitraire: c'est dans le respect des formes juridiques et de la puissance des tribunaux que résidait, selon eux, la meilleure garantie des droits des particuliers. La toute puissance des juges américains et leur faculté de fonder leurs arrêts

sur la constitution plutôt que sur les lois constituaient le meilleur contrepoids possible à la domination du pouvoir du peuple[18].

L'étude du contrôle de constitutionnalité des lois aux Etats-Unis passe par une réflexion sur la nature et les fonctions du pouvoir judiciaire américain. Les analyses de Tocqueville sont, sur cette question, d'une grande pénétration, et l'on peut avancer que Laboulaye, fortement influencé par l'auteur de la *Démocratie en Amérique*, s'en est largement inspiré pour décrire le système de contrôle de la loi (I). En revanche, les deux auteurs sont en désaccord lorsqu'ils s'interrogent sur une éventuelle transposition de ce contrôle de la loi en France: tandis que Tocqueville, avec beaucoup de lucidité, ne le croit guère possible en l'état des institutions publiques françaises de la Monarchie de Juillet, Laboulaye, dont on a pu souligner l'«enthousiasme un peu naïf» à l'égard des Etats-Unis[19], en est un chaud partisan (II).

1. La description du contrôle de constitutionnalité des lois aux Etats-Unis

Les réflexions de Tocqueville sur le contrôle de constitutionnalité exercé par le juge américain, telles qu'elles apparaissent notamment dans le chapitre VI de la première partie intitulé «Du pouvoir judiciaire aux Etats-Unis et de son action sur la société politique»[20], dépassent largement, par leur profondeur, leur caractère systématique et leur traitement comparatiste[21], le cas des Etats-Unis au XIX^{ème} siècle. A cet égard, elles se distinguent nettement de celles, pourtant aiguisées mais beaucoup plus circonstanciées, d'autres auteurs qui écrivent, au même moment sur les institutions américaines[22]. Leur modernité – le mot n'est pas trop fort – autorise les interprétations suivantes qui pourraient parfois sembler anachroniques, si elles s'appliquaient à d'autres documents. Mais l'on sait que, pour reprendre les termes de François Furet,

> Tocqueville est […] allé chercher aux Etats-Unis non pas un modèle, mais un principe à étudier, et une question à illustrer et à résoudre ; à quelles conditions la démocratie, si elle est un état de société, devient ce qu'elle *doit* être aussi, faute de conduire à une dictature: un état de gouvernement.[23]

Etudiant le pouvoir judiciaire américain, Tocqueville relève d'abord qu'il présente les trois caractères classiques de tout pouvoir judiciaire :

- c'est un arbitre qui ne peut se prononcer que lorsqu'il y a un litige;

- il ne s'occupe que d'un cas particulier. S'il attaquait un principe général, il deviendrait «quelque chose de plus important, de plus utile peut-être qu'un magistrat» mais il cesserait «de représenter le pouvoir judiciaire»[24].

- Pour agir, la «puissance» judiciaire, pour reprendre un terme qu'utilise volontiers Tocqueville, doit attendre qu'on l'ait saisi.

> De sa nature, le pouvoir judiciaire est sans action ; il faut le mettre en mouvement pour qu'il se remue.[25]

Cependant, le juge américain se sépare sur un point important des magistrats des autres nations. Il est en effet revêtu, précise l'auteur de *La démocratie en Amérique*, d'un immense pouvoir politique qu'il tient

uniquement de ce qu'on lui a reconnu le droit de fonder ses arrêts sur la constitution plutôt que sur les lois. On lui a ainsi permis de ne pas appliquer les lois qui lui paraîtraient inconstitutionnelles.

Que la justice soit dotée d'un pouvoir politique est une véritable découverte qui nous vient des Etats-Unis, s'exclame Edouard Laboulaye lorsqu'il s'adresse à son auditoire du Collège de France. En France, la justice n'a jamais été, sauf sur le plan des principes, un pouvoir politique ; elle a été

> une branche de l'administration, une dépendance du pouvoir exécutif, une fonction du gouvernement, mais une fonction subalterne.[26]

Elle s'est contentée d'appliquer la loi, sans en discuter ses mérites.

Deux raisons majeures permettent d'expliquer ce pouvoir qui n'est contesté par personne aux Etats-Unis, nous dit Tocqueville. En premier lieu, la constitution est la loi suprême qui s'impose aux lois ordinaires. Elle est à l'origine de tous les pouvoirs et la force prédominante est en elle seule. Elle n'est pas censée être immuable comme la Charte de 1830 en France et n'est pas susceptible non plus d'être modifiée par le Parlement telle une loi ordinaire, à l'image de l'Angleterre.

> Elle forme une œuvre à part, qui, représentant la volonté de tout le peuple, oblige les législateurs comme les simples citoyens, mais qui peut être changée par la volonté du peuple, suivant des formes qu'on a établies, et dans des cas qu'on a prévus.[27]

La constitution des Etats-Unis qui s'impose tant aux législateurs qu'aux citoyens, est au sommet de la hiérarchie des normes. Etant la première des lois, elle ne saurait être modifiée par le Parlement comme il le ferait d'une simple loi et les tribunaux doivent faire prévaloir la constitution sur les lois[28]. De l'idée que la constitution est la norme suprême, Tocqueville en déduit très logiquement les mécanismes juridiques de la révision constitutionnelle et du contrôle juridictionnel de constitutionnalité de la loi, anticipant sur les analyses des constitutionnalistes du siècle suivant.

Il existe une seconde raison majeure qui justifie que ce soit un juge, et non un organe politique, qui est amené à contrôler la conformité de la loi par rapport à la constitution. Du fait de la nature même de son activité, le juge procède régulièrement à une combinaison de normes dans le cadre des litiges qui lui sont soumis et va déterminer quelle est la règle de droit qui s'impose dans chaque espèce[29]. En outre et surtout, le juge fait partie, avec les avocats, de ce corps de légistes qui est un contrepoids efficace aux excès démocratiques. Dans le chapitre VIII de la deuxième partie de son ouvrage, Tocqueville fait l'inventaire des facteurs qui tempèrent aux Etats-Unis, la tyrannie de la majorité : l'absence de centralisation administrative et l'existence du jugement par jury sont ainsi évoqués, mais ce sont les légistes qui, au vu des fortes pages qui leur sont consacrées, «forment aujourd'hui la plus puissante barrière contre les écarts de la démocratie»[30], alors que, paradoxalement, ils constituent une puissance que l'on redoute peu car elle s'adapte aux évolutions du corps social.

De par leurs travaux consacrés à l'étude des lois, les légistes développent un goût pour les formes et un amour pour les raisonnements logiques et rigoureux qui les rendent par nature conservateurs. En acquérant la maîtrise d'une «science nécessaire», nécessaire à la fois parce qu'elle est

peu répandue dans la population et qu'elle rend des services considérables aux citoyens, les légistes ont le sentiment d'appartenir à une classe supérieure, à un véritable «corps» – le mot est employé par Tocqueville – qui occupe une place à part dans la société[31]. On peut voir là une aristocratie de la connaissance, soucieuse d'ordre et par conséquent favorable à l'autorité, volontiers antidémocratique et prête à accepter quelques sacrifices du point de vue des libertés, du moment que les formes légales sont respectées. Le prince a donc intérêt à s'appuyer sur les légistes pour gouverner et s'il est tenté d'exercer un pouvoir autoritaire, les décisions qu'il prendra trouveront, grâce à eux, une justification légale[32].

Parmi les légistes, les juges sont, au sein de leurs tribunaux, les plus à même de constituer un pôle de stabilité au sein de la société démocratique. Outre ce goût pour l'ordre et les formes qu'ils ont contracté dans l'étude des lois, l'inamovibilité de leurs fonctions et leur pouvoir politique consistant à déclarer les lois inconstitutionnelles leur donnent une autorité suffisante pour réfréner les passions populaires et contraindre le peuple à rester fidèle à ses lois. C'est à eux qu'il revient de résoudre une crise politique, résultant d'un affrontement entre les différents pouvoirs.

Un texte de Tocqueville en date de 1858 met bien en évidence toute l'importance de leur intervention:

> Que la constitution d'un pays oblige en droit le législateur lui-même: cela est reconnu en Europe aussi bien qu'aux Etats-Unis; mais en Europe, il n'y a guère que les révolutions qui, de temps à autre, appartiennent aux grands pouvoirs de l'Etat qu'ils sont sortis de sa constitution ou qu'ils en méconnaissent l'esprit; tandis qu'en Amérique, c'est le juge qui, à chaque pas que le pouvoir exécutif ou la législature sont hors de la constitution, les arrête en refusant de donner la sanction judiciaire à leurs volontés[33].

Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois a donc une fonction essentielle, celle d'assurer la paix sociale. C'est une des leçons que nous donnent les Etats-Unis: tandis qu'un conflit, même politique, se résout là-bas par un procès, tout se termine, dans la France d'alors, par une révolution. Dans son cours au Collège de France, Laboulaye rappellera l'avantage de cette technique, à ses yeux décisif[34].

Dans la deuxième *Démocratie en Amérique*, Tocqueville insistera à nouveau sur l'importance du pouvoir judiciaire et l'attachement aux formes juridiques pour contrebalancer les effets néfastes de la démocratie. Il y voit la meilleure garantie des libertés individuelles contre un souverain tenté d'intervenir jusque dans la vie privée des particuliers[35].

Le contrôle de constitutionnalité de la loi exercé par le juge tempère par conséquent les excès de la démocratie. Il modère, par la même occasion, les excès d'assemblées despotiques et se révèle comme un élément déterminant d'une démocratie libérale.

Mais du fait même que le pouvoir judiciaire est immense aux Etats-Unis, il faut encore que les magistrats soient dotés d'un grand pouvoir de discernement quant à l'esprit du temps. Evoquant les juges de la Cour suprême sur qui reposent la paix, la prospérité et l'existence même de l'Union, sans qui la Constitution serait une œuvre morte, Tocqueville précise:

> Les juges fédéraux ne doivent donc pas seulement être de bons citoyens, des hommes instruits et probes, qualités nécessaires à tous

> magistrats, il faut encore trouver en eux des hommes d'Etat; il faut qu'ils sachent discerner l'esprit de leur temps, affronter les obstacles qu'on peut vaincre, et se détourner du courant lorsque le flot menace d'emporter avec eux-mêmes la souveraineté de l'Union et l'obéissance due à ses lois[36].

Car le pouvoir que détiennent les juges de la Cour suprême n'est qu'un "pouvoir d'opinion"; aussi important soit-il, il n'est rien si le peuple refuse d'obéir à la loi. Il est donc fait appel au civisme et à la responsabilité du juge qui est invité à mener une politique jurisprudentielle empreinte de sagesse et de modération.

Tocqueville ne s'intéresse pas uniquement aux fondements du contrôle de constitutionnalité de la loi mais décrit aussi ses modalités. Ainsi oppose-t-il, bien avant Charles Eisenmann, le contrôle par voie d'exception au contrôle par voie d'action, le premier ayant de loin sa préférence. Ce qu'il reproche au contrôle abstrait, c'est qu'il place le juge comme un acteur politique parmi d'autres. Perdant son impartialité, sa distance par rapport aux événements, il serait alors conduit à prendre parti : le pouvoir politique accordé aux juges deviendrait excessif. Citons ici Tocqueville:

> Si le juge avait pu attaquer les lois d'une façon théorique et générale; s'il avait pu prendre l'initiative et censurer le législateur, il fût entré avec éclat sur la scène politique; devenu le champion ou l'adversaire d'un parti, il eût appelé toutes les passions qui divisent le pays à prendre part à la lutte[37].

Comment ne pas voir dans ces propos le spectre du gouvernement des juges, régulièrement agité aujourd'hui à l'encontre du juge constitutionnel, et ne pas les rapprocher des controverses passionnées que

Alexis de Tocqueville

suscite l'action du Conseil constitutionnel, à l'occasion par exemple des nationalisations ou plus récemment de la responsabilité pénale du président de la République? Juger la loi, c'est encore légiférer, c'est être co-législateur, c'est être un acteur essentiel de la vie politique. Mais c'est sans doute aussi, lorsque le contrôle s'effectue seulement contre la loi, déclencher des passions qui vont à l'encontre de la fonction modératrice et d'apaisement que doit exercer le pouvoir judiciaire. Il n'est du reste pas sûr que ce dernier pourra faire preuve d'une détermination identique dans son contrôle en fonction des périodes et des lois examinées[38].

C'est pourquoi il faut préférer le contrôle par voie d'exception, dont Tocqueville, toujours à partir de l'exemple américain,

met en évidence les avantages:

- en premier lieu, il ne soulève pas d'enjeux partisans car le juge n'examine une loi que dans le cadre d'un litige particulier, «dans un débat obscur et sur une application particulière»[39]. Il n'y aura donc pas de publicité, on parlerait aujourd'hui de médiatisation, excessive de l'affaire.

- Si la loi est censurée, elle ne l'est que pour un litige précis. Le jugement n'ayant pour but que de frapper un intérêt individuel, «la loi ne se trouve blessée que par hasard». Bien qu'elle soit écartée dans un cas particulier, elle continue à exister, et ce n'est que si plusieurs arrêts l'écartent, que l'on pourra en conclure qu'elle est annulée[40].

- Un autre intérêt de ce contrôle est d'attaquer une loi, seulement lorsque le besoin s'en fait sentir. Ce n'est que lorsqu'une personne se sentira lésée et qu'elle ira devant le juge que la loi qui s'applique sera susceptible d'être contestée. La législation n'est ainsi pas attaquée inconsidérément et sans de fondement juridique solide, comme cela arrive souvent dans le contrôle par voie d'action[41].

Résumant sa pensée, Tocqueville explique que le contrôle par voie d'exception est le plus favorable à l'ordre public puisqu'il ne paralyse pas d'un seul coup et complètement une loi et qu'il s'exerce de surcroît dans un climat paisible. Il est également le plus favorable à la liberté, en ce qu'il permet au juge qui n'attaque pas de front le législateur, de contrôler la constitutionnalité de la loi, sans avoir la crainte d'y procéder. C'est donc l'individu au procès qui est concerné et non l'Etat. Il y a là un gage d'indépendance pour le juge et de liberté pour les plaideurs. Certes, le juge exerce encore un pouvoir politique dans ce type de contrôle, mais ses inconvénients sont largement réduits, du fait que la législation n'est susceptible d'être censurée que dans le cadre restreint d'un procès d'un particulier.

Au-delà de cette utilité sociologique, Tocqueville dégage une ultime conséquence juridique du contrôle de conformité de la loi à la constitution. Ecoutons-le une nouvelle fois:

> […] du jour où le juge refuse d'appliquer une loi dans un procès, elle perd à l'instant une partie de sa force morale. Ceux qu'elle a lésés sont alors avertis qu'il existe un moyen de se soustraire à l'obligation de lui obéir: les procès se multiplient, et elle tombe dans l'impuissance. Il arrive alors l'une de ces deux choses: le peuple change sa constitution ou la législature rapporte sa loi[42].

Il est tentant de voir ici esquissée, avant Charles Eisenmann et Louis Favoreu, la théorie de l'aiguilleur, selon laquelle le juge, lorsqu'il censure une loi, déclare seulement l'incompétence du législateur à intervenir dans le domaine considéré et invite le pouvoir constituant à s'en saisir[43]. En vérité, Tocqueville pose bien l'alternative qui se présente lorsque l'application d'une loi est écartée par plusieurs juges, comme l'illustre l'exemple américain. La loi subsiste bel et bien dans l'ordre juridique, mais le pouvoir judiciaire sollicite implicitement mais nécessairement une des situations suivantes:

- soit on procédera à une révision constitutionnelle, afin d'harmoniser la loi et la constitution;

- soit le législateur devra retirer sa loi et la réécrire afin de la rendre conforme au texte constitutionnel.

Nous sommes là dans une problématique que connaissent bien nos démocraties

constitutionnelles. Mais il ne faut pas s'y tromper: la prérogative donnée au juge d'apprécier, par voie d'action ou d'exception, la régularité de la loi n'est, en cas de censure, qu'une sollicitation du pouvoir constituant ou du législateur à prendre leurs responsabilités, dans le strict respect de l'ordre juridique, mais en aucune façon de se substituer à eux.

2. Le contrôle américain de constitutionnalité des lois est-il transposable en France ?

Sur ce point, nous l'avons laissé entendre, Tocqueville et Laboulaye ne sont pas d'accord. L'auteur de la *Démocratie en Amérique* pense que le système n'est pas transposable dans la France de Louis-Philippe. On retrouve ici la grande prudence de l'auteur, étayée par une observation rigoureuse des différents systèmes institutionnels: le contrôle de constitutionnalité, tout comme les institutions fédérales, peuvent s'épanouir aux Etats-Unis et montrer leurs avantages; ce n'est pas pour autant qu'ils peuvent être transplantés sans réflexion dans d'autres contrées[44].

Ce comparatisme relativiste s'exprime notamment dans le chapitre VI intitulé «Du pouvoir judiciaire aux Etats-Unis et de son action sur la société politique». Pour Tocqueville, si le contrôle de constitutionnalité des lois n'est pas applicable dans la France de la Monarchie de Juillet, c'est en particulier parce que la Charte de 1830 ne dispose pas d'articles concernant sa révision. Dès lors en effet que le texte constitutionnel ne comporte aucune disposition concernant sa révision, il est immuable. Répondant à une opinion alors largement répandue, il précise que si les pouvoirs constitués – roi, chambre des pairs, chambre des députés – pouvaient modifier de leur propre initiative la Charte, ils nieraient le texte constitutionnel et sa valeur supérieure puisqu'ils pourraient le modifier comme une simple loi, cette dernière étant adoptée à l'époque par le monarque et les deux chambres. Ils nieraient du même coup leur existence même, puisqu'ils ne tiennent leur existence que de la Charte constitutionnelle[45]. Tocqueville récuse de surcroît l'assimilation qui pourrait être faite avec l'Angleterre: cette dernière n'ayant pas de constitution écrite, qui peut dire qu'on change sa constitution ?[46]

Dans l'hypothèse par conséquent où les juges français pourraient écarter des lois qu'ils estiment inconstitutionnelles, c'est eux seuls qui disposeraient du pouvoir constituant «puisque seuls ils auraient le droit d'interpréter une constitution dont nul ne pourrait changer les termes»[47]. Or, les juges ne représentant qu'eux-mêmes, il vaut mieux encore accorder ce pouvoir à des parlementaires qui représentent les volontés du peuple, même imparfaitement. Tocqueville n'est d'ailleurs pas loin de penser que c'est ce qui se passera effectivement dans la monarchie constitutionnelle de Louis-Philippe.

Concluant sur ce point, Tocqueville précise:

> En France, la constitution est également la première des lois, et les juges ont un droit égal à la prendre pour base de leurs arrêts ; mais, en exerçant ce droit, ils ne pourraient manquer d'empiéter sur un autre plus sacré encore que le leur : celui de la société au nom de laquelle ils agissent. Ici, la raison ordinaire doit céder devant la raison d'Etat[48].

Autrement dit, la logique juridique de la hiérarchie des normes qui imposerait normalement que le juge fasse prévaloir la constitution sur la loi, doit céder devant la logique sociale ou plus précisément, devant la volonté de la nation, exprimée par ses représentants.

On retrouvera une argumentation assez similaire dans les conclusions conformes du commissaire du gouvernement Latournerie sur l'arrêt du Conseil d'Etat, *Arrighi*, en date du 6 novembre 1936, qui a refusé d'examiner un moyen tiré de l'inconstitutionnalité d'une loi[49].

> Lorsqu'un régime juridique – explique Latournerie – établit dès lors une hiérarchie entre les lois, c'est-à-dire lorsqu'il existe ce qu'on a appelé une «super-légalité» ou encore une «loi des lois», le juge [...] ne fait rien que de conforme à sa mission – pourvu que sa décision n'ait d'effet que sur le procès auquel elle s'applique, – en faisant céder, le cas échéant, à la loi supérieure celle du degré inférieur. [...] Mais ce n'est pas dans de telles considérations de logique pure qu'en France tout au moins la solution doit être cherchée.[50]

Et Latournerie d'insister sur la conception alors dominante de la souveraineté de la loi, expression de la volonté générale, qui empêche le juge, «en l'état actuel du droit public français», d'opérer un tel contrôle[51].

Non seulement la constitution n'a pas en France la portée juridique qu'elle a aux Etats-Unis, alors même qu'elle est pourtant "la première des lois", mais en outre les légistes n'ont pas eu ce rôle modérateur, défendant la légalité et assurant un contrepoids efficace aux entraînements de la majorité, qu'ils ont eu outre-Atlantique. Les juristes français ont contribué à renverser la monarchie en 1789 et, dans les Assemblées révolutionnaires, alors même qu'ils prétendaient consacrer et garantir les droits de l'individu, ils ont en réalité augmenté les prérogatives du pouvoir et diminué les garanties que la Révolution entendait pourtant consacrer[52].

Si Tocqueville est réticent à l'idée de transposer le modèle américain de contrôle de constitutionnalité[53], certains de ses contemporains en revanche s'y montrent plus favorables. C'est le cas de Berriat Saint Prix qui, dans son *Commentaire sur la Charte constitutionnelle*, pense que le pouvoir législatif est limité par le pouvoir constituant et tire comme conséquence de cette doctrine que toute loi inconciliable avec le texte de la Charte est inconstitutionnelle. Il propose ainsi, à l'image des Etats-Unis, que

> les juges, lorsqu'ils auront à opter entre le texte de la loi et celui de la constitution, devront faire du dernier la base de leur jugement[54].

Toutefois, reprenant une argumentation qu'il a certainement lue chez l'auteur de la *Démocratie en Amérique*, qu'il cite d'ailleurs en note, il redoute que les juges soient pris entre un double écueil, soit qu'ils usurpent le pouvoir législatif en refusant d'appliquer des lois régulières, soit qu'ils reculent devant la nécessité de déclarer une loi inconstitutionnelle.

Laboulaye est également favorable à l'adoption d'un système de contrôle de constitutionnalité à l'américaine. Il ne cache d'ailleurs pas à ses auditeurs du Collège de France que l'étude qu'il entreprend de la constitution américaine doit servir à avoir une idée nette de ce qu'est une constitution, dans un pays où «nous trouvons partout l'omnipotence législative, et nulle part la liberté mise à l'abri du despotisme des assemblées»[55]. La constitution en France est un mot car il y a des Chambres qui font des lois qui ne sont pas toujours d'accord avec la constitution. Prenant l'exemple de la liberté religieuse qui

Louis-Philippe d'Orléans Lientenant-général du Royaume (31 juillet 1830)

fait certainement partie des principes de 1789 proclamés par la constitution, Laboulaye cite le cas suivant:

> La liberté religieuse, suivant les principes de 1789, c'est encore la liberté d'annoncer sa foi, de rassembler ses frères, et pourvu qu'on ne trouble pas l'ordre dans la rue, qu'on n'injurie personne, c'est le droit de dire ce qu'on veut, de parler comme on l'entend, à la charge d'être responsable devant les tribunaux. Cependant, si après avoir réuni plus de vingt personnes pour prier Dieu, je m'adressais à un tribunal, la constitution à la main, il n'est pas douteux qu'on me condamnerait en vertu de l'article 291 du Code pénal. On se prononcerait pour la loi, on déclarerait que la loi est plus ou moins conforme à la constitution, mais qu'il n'y a rien au-dessus des lois, et que le pouvoir judiciaire est chargé de les faire exécuter, et non point de les juger[56].

Si les Français font des révolutions, c'est parce qu'ils n'ont pas confiance dans ces lois qui s'imposent durablement, au détriment de constitutions pourtant changeantes. Les lois viennent en effet s'intercaler entre le texte constitutionnel, issu de la volonté du peuple, et les citoyens. Ces derniers sont donc obligés de faire la révolution qui accouche d'une nouvelle constitution qui, tout en promettant de nouvelles garanties libérales, ne sera pas mieux respectée par le législateur que les précédentes. La France est ainsi placée dans un cercle vicieux[57], le peuple étant dépossédé de tout pouvoir par une assemblée qui est le véritable souverain[58]. Pour sortir de cet engrenage, Laboulaye propose, à l'image des Etats-Unis, l'institution d'un pouvoir judiciaire indépendant chargé de vérifier la constitutionnali-

té de la loi. Ainsi serait établi un pouvoir intermédiaire entre la constitution et la loi qui permettrait de limiter l'influence du législateur[59].

Ce contrôle ne s'exercerait pas par voie d'action. Si le juge

> a le droit de dire: «Cette loi est contraire à la constitution, elle est nulle» [il ne pourrait] le faire d'une façon générale et dire: «Nous ne reconnaissons pas telle loi.» Il n'a pas de pays qui résisterait à un pareil antagonisme des pouvoirs suprêmes.[60]

En outre, pour assurer l'indépendance des juges vis-à-vis du pouvoir politique, il faudrait qu'ils soient nommés, et non élus, l'élection n'étant pas compatible avec la fonction de magistrat qui nécessite de se retirer complètement de la vie active. Soumettre le juge à l'élection le conduirait à se livrer à «une foule de petites manœuvres», à faire de «la cuisine électorale», à s'engager, une fois élu, à ne pas appliquer certaines lois qui déplaisent à ses électeurs. Comme le dit Laboulaye, «dès que vous soumettez la nomination du juge à l'élection, vous n'avez plus de justice»[61].

Si l'élection des juges, pratiquée pourtant par certains États américains, est désapprouvée par Laboulaye, l'inamovibilité, garantie par la constitution fédérale de 1787, trouve au contraire son approbation, car elle est une protection du juge à la fois contre le peuple et le pouvoir politique et par là, assure son indépendance. Pour Laboulaye, il s'agit d'assurer avant tout le triomphe de la justice et de la liberté, et non celui de la volonté populaire que les constitutions françaises ont jusqu'alors promu, l'assimilant abusivement à la défense de la liberté. Car

> dire qu'un peuple peut tout faire, cela ne veut pas dire qu'un peuple soit libre, et on peut être certain que plus on donne un pouvoir actif au peuple, moins il a de liberté. […] Le pouvoir du peuple n'est que le règne d'une majorité, ce n'est pas du tout le règne de la liberté. Le règne de la liberté, c'est le règne de la loi sagement faite, sagement appliquée, et c'est le besoin de s'assurer ce bienfait qui a fait établir l'inamovibilité des magistrats[62].

L'inamovibilité des juges, au même titre que la liberté de la presse et le contrôle de la nation ou de ses représentants sur les affaires publiques, constitue, pour Laboulaye, une garantie essentielle des libertés civiles[63]. Et pour que le juge puisse mettre un terme à la toute-puissance du Parlement, il faut qu'il fasse prévaloir la constitution sur les lois ; il s'agira toutefois d'une constitution qui, à l'image des Américains, comporte

> des clauses restrictives qui définissent étroitement la compétence du gouvernement. Ces clauses restrictives sont ce qu'on appelle les déclarations de droits[64].

L'auteur des *Questions constitutionnelles* précise bien qu'il ne vise pas là des thèses philosophiques, «si générales et si vagues qu'elles ont le défaut de tout promettre et de ne rien tenir», comme on en trouve en France, mais des maximes concrètes, des lois formelles et supérieures qui s'imposent au législateur.

> A vrai dire, ce sont les vieilles libertés anglaises rédigées en articles ; c'est le *common law* régnant en souverain de l'autre côté de l'Atlantique[65].

Il faudrait donc insérer dans le corps de la constitution des articles contenant les grandes libertés civiles et politiques.

Au cours de l'été 1848, Laboulaye avait

participé au débat constituant précédant l'adoption de la Constitution de la Seconde République. Dans une brochure intitulée *Considérations sur la Constitution*, il avait en appendice inséré un projet de constitution qui reprenait, pour partie, le projet élaboré par la Commission de la Constitution[66]. Rejetant le droit au travail et le droit à l'instruction, et plus largement tous les devoirs sociaux énoncés dans le projet de la Commission de la constitution, «énumération sentimentale (qui) est une concession puérile faite aux théories socialistes »[67], le projet de constitution présenté par Laboulaye comportait un titre VI intitulé «Dispositions générales», où figuraient notamment l'abolition de la peine de mort en matière politique, la liberté de la presse, le libre exercice de la religion, la liberté d'enseignement, l'inviolabilité du domicile et le droit de propriété[68].

Il est certain que le programme libéral de Laboulaye était ambitieux au regard de la culture politique française, érigeant la souveraineté de la loi et du Parlement comme un dogme et traditionnellement méfiante envers l'autorité judiciaire, de surcroît divisée en deux ordres de juridictions, ce qui rendait délicat l'institution d'un contrôle de constitutionnalité par voie d'exception. En tout état de cause, Laboulaye ne put, pas plus que Tocqueville en 1848, défendre avec succès ce type de contrôle juridictionnel, alors même qu'il fut un membre influent de la Commission des Trente et qu'il rapporta à l'Assemblée, le 7 juin 1875, le projet de loi constitutionnelle concernant les relations des pouvoirs publics entre eux[69].

Une fois de plus, la défense des libertés passait d'abord par l'aménagement des pouvoirs avant la garantie des droits par le pouvoir judiciaire qui n'avait de toute façon rien pour séduire les notables du début de la III^{ème} République. Les catholiques libéraux du Correspondant ne voyaient en effet dans le contrôle de constitutionnalité qu'une technique permettant d'asseoir l'influence d'une aristocratie de magistrats, incapable de transcender les choix partisans ou les intérêts de classe. Les républicains n'éprouvaient guère, pour leur part, la nécessité de méditer l'expérience américaine, dès lors que les institutions républicaines étaient solidement établies[70].

Dans cette perspective, il n'est pas étonnant de retrouver sous la plume d'Emile Boutmy ce jugement sur la Cour suprême américaine qui fait à nouveau planer le spectre du gouvernement des juges :

> C'est une des maximes de Blackstone que, dans toute constitution, il y a un pouvoir qui contrôle et n'est pas contrôlé, et dont les décisions sont suprêmes. Ce pouvoir est représenté, dans la société américaine, par une petite oligarchie de neuf juges inamovibles. Je ne connais pas d'antinomie plus frappante que cette suprématie d'une autorité non élue dans une démocratie réputée du type le plus extrême, d'une autorité qui ne se renouvelle que de génération en génération dans ce milieu instable qui change d'année en année, d'une autorité enfin qui pourrait à la rigueur, au nom d'un mandat moralement périmé, perpétuer les préjugés d'une période et porter un défi, dans la sphère politique même, à l'esprit transformé de la nation. On sait que le quatrième président de la Cour suprême, John Marshall, resta en fonction trente cinq ans ![71]

Il faudra attendre les premières années du siècle suivant pour que le débat, tant dans la classe politique que dans la doctrine publiciste, soit relancé quant à l'adoption d'un contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois en France. Mais cette fois, l'Amérique ne servira plus de modèle unique[72].

[1] Est-il besoin de rappeler que la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 donnait déjà à la loi une place déterminante dans la protection des libertés. V. sur ce point, les ouvrages de Stéphane Rials, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette, 1988, spéc. p. 364 et ss., et de Lucien Jaume, *La déclaration des droits de l'homme 1789*, Paris, Flammarion, coll. GF, 1989, p. 54 et ss.

[2] Renforcées par certains arrêts de la Chambre criminelle de la Cour de cassation: l'arrêt Paulin du 11 mai 1833 qui semble admettre un contrôle de régularité d'une loi sur les délits de presse par rapport aux formes prescrites par la Charte; puis deux arrêts des 15 mars et 17 novembre 1851 dans lesquels la Cour de cassation accepte de connaître de la constitutionnalité d'une loi postérieure à l'entrée en vigueur de la constitution de 1848. Pour l'analyse de ces arrêts qui interviennent dans des périodes de libéralisme politique, on renverra aux travaux de Jean-Louis Mestre, notamment *Les juridictions judiciaires et l'inconstitutionnalité des ordonnances royales de la Restauration au Second Empire*, «Revue française de droit constitutionnel», n° 15, 1993, p. 451 et ss.; *La Cour de cassation et le contrôle de constitutionnalité*, in *La Cour de cassation et la Constitution de la* République, actes du colloque des 9 et 10 décembre 1994, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1995, p. 35 et ss.; *De l'ancien sur l'article 37, alinéa 2 de la Constitution*, *RFDA*, n° 2, 2001, p. 301 et ss.

[3] Charles-Guillaume Hello, *Du régime constitutionnel dans ses rapports avec l'état actuel de la science sociale et politique*, Paris, Auguste Durand, 3ème édition, 1848, t. 2, p. 42.

[4] V. Jean-Pierre Royer, *Histoire de la justice en France*, PUF, 2ème édition, 1996, p. 466 et ss., 518 et ss., 592 et ss.

[5] V. l'article d'Antoinette Ashworth, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois par le Sénat du Second Empire*, RDP, 1994, p. 45 et ss.

[6] V. les *Principes de politique* (1806), texte établi par Etienne Hofmann, Genève, Droz, 1980, t. 2, p. 476 et ss. ; v. aussi Lucien Jaume, *Droit, Etat et obligation selon Benjamin Constant*, «Commentaire», n° 87, automne 1999, p. 711 et ss.

[7] V. Edouard Laboulaye, *Histoire des Etats-Unis*, Paris, Charpentier, 1855, t. 1, p. 21.

[8] V. René Rémond, *Les Etats-Unis devant l'opinion française (1814-1852)*, Paris, Armand Colin, 1962, t. 1, p. 19 et ss.

[9] V. Françoise Mélonio, *Tocqueville et les Français*, Paris, Aubier, 1993, *passim* ; Jean-Claude Lamberti, *Le modèle américain en France de 1789 à nos jours*, «Commentaire», n° 39, automne 1987, pp. 490 et ss.

[10] Stendhal par exemple, goûtera aux Etats-Unis les institutions libérales, mais leur reprochera leur caractère trop démocratique et uniforme. Pour lui, la société démocratique donne trop de place à l'utilitarisme et au mépris des arts. Comment alors être heureux dans un pays sans Opéra au milieu d'un peuple sans fantaisie ni imagination, d'une société sans conversation qui ramène tout à des considérations d'argent ? L'existence y serait trop dure. V. René Rémond, *Les Etats-Unis devant l'opinion publique française (1814-1852), cit.*, t. 2, p. 682.

[11] Sur la vie d'Edouard Laboulaye, on renverra à la belle thèse d'André Dauteribes, *Les idées politiques d'Edouard Laboulaye 1811-1883*, thèse de droit, Montpellier, 1989, dactylo., 2 vol., spéc. t. 1, p. 19 et ss. (je remercie tout spécialement l'auteur de m'avoir communiqué un exemplaire de sa thèse, malheureusement non publiée.)

[12] Sur le professorat de Laboulaye au Collège de France, *ibidem.*, t. 1, p. 45 et ss.

[13] On ajoutera un texte ultérieur de Tocqueville intitulé *Rapport sur un ouvrage de M. Th. Sedgwick*, en date de juillet 1858, *Œuvres complètes*, Paris, Gallimard, 1989, t. XVI, p. 243-247.

[14] C'est ainsi que le premier tome relatif à l'histoire des colonies américaines, issu d'un cours au Collège de France en 1849-1850, a été publié en 1855 et que les deux tomes suivants (*Histoire de la Révolution; Histoire de la Constitution*), issus de leçons faites au Collège de France en 1863 et 1864, ont été publiés en 1866. Je citerai pour ma part ce texte dans sa deuxième édition, en date de 1867, parue chez Charpentier à Paris.

[15] Ainsi que l'avoue Laboulaye, dans sa notice nécrologique sur Tocqueville, parue dans *L'Etat et ses limites, suivi d'Essais politiques*, Paris, Charpentier, 1871, p. 138-201.

[16] Sur le voyage de Tocqueville aux Etats-Unis, on se reportera à l'ouvrage de George Wilson Pierson, *Tocqueville and Beaumont in America*, Oxford University Press, 1938.

[17] La constitution américaine, le *Fédéraliste*, les ouvrages de Joseph Story, dont certains avaient été traduits en français, leur étaient connus. Sur les références livresques de Tocqueville, v. l'article de George Wilson Pierson, *Le "second voyage" de Tocqueville en Amérique*, in *Alexis de Tocqueville. Livre du Centenaire 1859-1959*, Editions du CNRS, 1960, spéc. p. 77. Sur l'influence du pasteur américain Channing sur les conceptions religieuses et sociales de Laboulaye, v. Pierre Legendre, *Méditation sur l'esprit libéral. La leçon d'Edouard de Laboulaye, juriste-témoin*, RDP, 1971, spéc. p. 91-92 ; André Dauteribes, *Les idées politiques*, cit., t. 1, p. 245 et ss. : Laboulaye, à la suite de Channing, pense que l'individu est indéfiniment perfectible, ce qui a pour but de donner à la politique un sens,

celui d'assurer à l'homme le plein développement de ses facultés. Il y a donc un lien étroit entre religion et politique. Laboulaye précise également que «Le grand devoir de la société, c'est le ménagement, c'est la protection de l'individu; la perfection de l'Etat, c'est la perfection du citoyen…» (Préface aux *Œuvres sociales de Channing*, cité par André Dauteribes, *Les idées politiques*, cit., t. 1, p. 248.)

[18] On renverra ici à l'ouvrage de Jean-Claude Lamberti, *Tocqueville et les deux démocraties*, Paris, PUF, coll. Sociologies, 1983, p. 115 et ss.

[19] V. René Rémond, *Les États-Unis*, cit., t. 1, p. 322.

[20] Alexis de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, Paris, Flammarion, 1981, t. 1, p. 167 et ss.

[21] La méthode comparatiste est en effet une constante chez Tocqueville. A propos du contrôle de la loi et du pouvoir judiciaire, il se sert des exemples des États-Unis, de l'Angleterre et de la France.

[22] Citons les ouvrages d'un juge à la Cour suprême, grand spécialiste de la constitution de son pays, Joseph Story, en particulier les *Commentaries on the Constitution of the United States*, Boston, Hilliard, Gray and Co, Cambridge, Brown, Shattuck and Co, 1833, 3 vol., spec. t. 3, p. 425 et ss., p. 691 et ss.; une traduction en français a été réalisée par Paul Odent, *Commentaire sur la Constitution fédérale des États-Unis*, Paris, Joubert, 1843, 2 vol.; En France, on citera les noms du saint-simonien Michel Chevalier, auteur des *Lettres sur l'Amérique du Nord* (Paris, 1836, 2 vol.) et bien évidemment de Laboulaye.

[23] Préface de François Furet à l'édition Flammarion *De la démocratie en Amérique*, t. 1, p. 18.

[24] Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, cit., t. 1, p. 168.

[25] *Ibidem*.

[26] Edouard Laboulaye, *Histoire des Etats-Unis*, Paris, Charpentier, 2ème édition, 1867, t. 3, p. 472.

[27] Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, cit., t.1, p. 169.

[28] «Aux Etats-Unis, la constitution domine les législateurs comme les simples citoyens. Elle est donc la première des lois, et ne saurait être modifiée par une loi. Il est donc juste que les tribunaux obéissent à la constitution, préférablement à toutes les lois.» (*ibidem*, t. 1, p. 170) Cf. Edouard Laboulaye, *Histoire des Etats-Unis*, *cit.*, t. 3, p. 478-479: «La constitution est une arche sainte où le peuple a déposé ses libertés afin que personne, fût-ce même le législateur, n'ait le droit d'y toucher. Les juges fédéraux sont les gardiens de ce dépôt sacré.»

[29] «choisir entre les dispositions légales celles qui l'enchaînent le plus étroitement est, en quelque sorte, le droit naturel du magistrat.» (Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, cit., t. 1, p. 170.)

[30] *Ibidem*, t. 1, p. 363.

[31] Citons le texte de Tocqueville: «Les hommes qui ont fait leur étude spéciale des lois ont puisé dans ces travaux des habitudes d'ordre, un certain goût des formes, une sorte d'amour instinctif pour l'enchaînement régulier des idées, qui les rendent naturellement fort opposés à l'esprit révolutionnaire et aux passions irréfléchies de la démocratie. – Les connaissances spéciales que les légistes acquièrent en étudiant la loi leur assurent un rang à part dans la société; ils forment une sorte de classe privilégiée parmi les intelligences. Ils retrouvent chaque jour l'idée de cette supériorité dans l'exercice de leur profession ; ils sont les maîtres d'une science nécessaire, dont la connaissance n'est point répandue ; ils servent d'arbitres entre les citoyens, et l'habitude de diriger vers le but les passions aveugles des plaideurs leur donne un certain mépris pour le jugement de la foule. Ajoutez à cela qu'ils forment naturellement *un corps*. Ce n'est pas qu'ils s'entendent entre eux et se dirigent de concert vers un même point; mais la communauté des études et l'unité des méthodes lient leurs esprits les uns aux autres, comme l'intérêt pourrait unir leurs volontés». (*Ibidem*, t. 1, p. 363-364.)

[32] «Je pense donc que le prince qui, en présence d'une démocratie envahissante, chercherait à abattre le pouvoir judiciaire dans ses Etats et à y diminuer l'influence politique des légistes, commettrait une grande erreur. Il lâcherait la substance de l'autorité pour en saisir l'ombre. Je ne doute point qu'il ne lui fût plus profitable d'introduire les légistes dans le gouvernement. Après leur avoir confié le despotisme sous la forme de la violence, peut-être le retrouverait-il en leurs mains sous les traits de la justice et de la loi». (*Ibidem*, t. 1, p. 365-366.) Le droit peut apporter une légitimité à un pouvoir despotique: cette intuition géniale trouvera, on le sait, de nombreuses illustrations au XXème siècle, siècle des totalitarismes.

[33] *Rapport sur un ouvrage de M. Th. Sedgwick*, in *Œuvres complètes*, cit., t. XVI, p. 245.

[34] «En Angleterre, comme en Amérique, tout finit par un procès. Dans ces pays, l'on se dit : " Nous avons des juges, nous verrons qui a raison. " Malheureusement nous n'avons pas cette patience civique. Ainsi, en 1848, la question de savoir si on avait oui ou non le droit de faire des banquets devait se terminer par un procès, c'est ainsi que les choses se seraient passées aux Etats-Unis. En France, on a mieux aimé trancher la difficulté par une révolution. C'est un peu plus cher qu'un procès, et c'est la liberté qui en paye les frais». (Edouard Laboulaye, *Histoire des Etats-Unis*, cit., t. 3, p. 478.)

[35] *De la démocratie en Amérique*, cit., t. 2, p. 392-393 : «La force des tribunaux a été, de tout temps, la plus

grande garantie qui se puisse offrir à l'indépendance individuelle, mais cela est surtout vrai dans les siècles démocratiques; les droits et les intérêts particuliers y sont toujours en péril, si le pouvoir judiciaire ne grandit et ne s'étend à mesure que les conditions s'égalisent».

36 *Ibidem*, t. 1, p. 227.

37 *Ibidem*, t. 1, p. 171.

38 «Si le juge ne pouvait attaquer les législateurs que de front, il y a des temps où il craindrait de le faire ; il en est d'autres où l'esprit de parti le pousserait chaque jour à l'oser. Ainsi il arriverait que les lois seraient attaquées quand le pouvoir dont elles émanent serait faible, et qu'on s'y soumettrait sans murmurer quand il serait fort ; c'est-à-dire que souvent on attaquerait les lois lorsqu'il serait le plus utile de les respecter, et qu'on les respecterait quand il deviendrait facile d'opprimer en leur nom». (*Ibidem*, t. 1, p. 172.)

39 *Ibidem*, t. 1, p. 171.

40 «D'ailleurs, la loi ainsi censurée n'est pas détruite: sa force morale est diminuée, mais son effet matériel n'est point suspendu. Ce n'est que peu à peu, et sous les coups répétés de la jurisprudence, qu'enfin elle succombe». (*Ibidem*.)

41 «(…) on comprend sans peine qu'en chargeant l'intérêt particulier de provoquer la censure des lois, en liant intimement le procès fait à la loi au procès fait à un homme, on s'assure que la législation ne sera pas légèrement attaquée. Dans ce système, elle n'est plus exposée aux agressions journalières des partis». (*Ibidem*, t. 1, p. 171-172.)

42 *Ibidem*, t. 1, p. 171.

43 V. Charles Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, Economica et Presses Universitaires d'Aix-Marseille, (édition de 1928), rééd. 1986, p. 20 : «(…) le sens juridique de la justice constitutionnelle - le seul que l'on recherche ici - est donc, en dernière analyse, de garantir la répartition de la compétence entre législation ordinaire et législation constitutionnelle, d'assurer le respect de la compétence du système de règles ou de l'organe suprême de l'ordre étatique» et Louis Favoreu, *La modernité des vues de Charles Eisenmann sur la justice constitutionnelle*, *ibidem*, p. 380.

44 V. la dernière subdivision du chapitre VIII sur la constitution fédérale, intitulée «Ce qui fait que le système fédéral n'est pas à la portée de tous les peuples, et ce qui a permis aux anglo-américains de l'adopter», *De la démocratie en Amérique*, cit., t. 1, p. 241 et ss.

45 *Ibidem*, t. 1, note L, p. 558 : «Les lois de 1830, non plus que celles de 1814, n'indiquent aucun moyen de changer la constitution. Or, il est évident que les moyens ordinaires de la législation ne sauraient suffire à cela. — De qui le roi tient-il ses pouvoirs ? de la constitution. De qui les pairs ? de la constitution. De qui les députés ? de la constitution. Comment donc le roi, les pairs et les députés, en se réunissant, pourraient-ils changer quelque chose à une loi en vertu de laquelle seule ils gouvernent ? Hors de la constitution ils ne sont rien : sur quel terrain se placeraient-ils donc pour changer la constitution ? De deux choses l'une : ou leurs efforts sont impuissants contre la charte, qui continue à exister en dépit d'eux, et alors ils continuent à régner en son nom ; ou ils parviennent à changer la charte, et alors la loi par laquelle ils existaient n'existant plus, ils ne sont plus rien eux-mêmes. En détruisant la Charte, ils se sont détruits».

46 *Ibidem* Sur les débats parlementaires de 1831 et de 1842 à propos du pouvoir constituant, v. Alain Laquièze, *Les origines du régime parlementaire (1814-1848)*, thèse de droit, Paris, dactylo., 1995, t. 1, p. 281 et ss.

47 *De la démocratie en Amérique*, cit., t. 1, p. 170.

48 *Ibidem.*

49 Dalloz, 1938, 3ème partie, p. 1 et ss.

50 *Ibidem*, p. 5-6.

51 «Si (…) malgré les progrès qu'il a faits dans l'étendue de son contrôle, le juge, et en particulier le juge de l'excès de pouvoir, a désarmé les préjugés qui avaient fait tenir en suspicion la magistrature de l'époque intermédiaire, ce serait, semble-t-il, une entreprise non moins vaine que dangereuse que de l'engager à risquer, par de telles tentatives de contrôle, tout l'acquis de la jurisprudence. Quelque atteinte qu'aient pu recevoir certaines idées peut-être trop absolues sur la souveraineté de la loi, il n'en reste pas moins en effet que, dans la théorie et aussi dans la pratique de notre droit public, le Parlement reste l'expression de la volonté générale et ne relève à ce titre que de lui-même et de cette volonté». (*ibidem*, p. 7.)

52 V. les observations de Jean-Claude Lamberti, *Tocqueville et les deux démocraties*, cit., pp. 119-121.

53 C'est le cas aussi d'un conseiller à la Cour de cassation, Charles-Guillaume Hello qui, en 1848, déconseille aux tribunaux de «juger entre les pouvoirs constituant et législatif» car la loi «se présente à eux comme l'expression de la souveraineté et ils lui doivent l'obéissance», *Du régime constitutionnel*, cit., t. 2, p. 249.

54 Félix Berriat Saint Prix, *Commentaire sur la charte constitutionnelle*, Paris, Videcoq, 1836, p. 119.

55 Edouard Laboulaye, *Histoire des Etats-Unis*, cit., t. 3, p. 28-29.

56 *Ibidem*, t. 3, p. 475.

57 «Il n'y a pas une disposition de la constitution qu'on ne puisse violer par une loi. La constitution déclare que la liberté individuelle sera respectée, que nul ne sera distrait de ses juges naturels, que les accusés seront jugés par le jury.

Viendra un moment d'agitation, et l'on fera une loi qui renverra les citoyens devant des commissions militaires. Ils s'adresseront à la justice, la constitution à la main; les tribunaux décideront qu'ils ne connaissent que la loi. De là est né le peu d'estime que nous avons pour les constitutions. Nous savons que le lendemain des révolutions on nous fait des constitutions où on nous promet tout ; mais les lois ne nous donnent rien, et les lois ne sont pas changées. Dès qu'on arrive à mettre à exécution la constitution, on trouve ces lois entre la constitution et la justice». (*ibidem*, t. 3, p. 475-476.)

58 V. la préface des *Questions constitutionnelles*, Paris, Charpentier, 1872 (p. IV et ss.) qui contient un tableau comparatif entre l'école révolutionnaire ou française et l'école américaine, ainsi que cette observation: «[…] il y a un abîme entre la démocratie suivant l'école révolutionnaire et la démocratie telle qu'on l'entend aux Etats-Unis. Chez nous, la souveraineté du peuple est un mot ; le véritable souverain, c'est l'assemblée. En Amérique, le peuple est souverain en droit et en fait; on rirait d'une chambre qui oserait s'attribuer une apparence de souveraineté» (*ibidem*, p. VI - VII).

59 «La grande réforme faite en Amérique est donc de placer entre la constitution et la législation un pouvoir qui dit au législateur: la constitution faite par le peuple est ta loi comme la mienne. C'est la *lex legum*. Nous ne devons la violer ni l'un ni l'autre» (*ibidem*, t. 3, p. 477).

60 *Ibidem*, t. 3, p. 476.

61 *Ibidem*, t. 3, p. 491.

62 *Ibidem*, t. 3, p. 493-494. On notera que Laboulaye, à la suite de Montesquieu et de Tocqueville, défend un libéralisme qui accorde une place essentielle à la loi pour la défense des libertés : sur cette question, v. Jean-Claude Lamberti, *Tocqueville*, cit., p. 108 et ss.; Lucien Jaume, *La liberté et la loi. Les origines philosophiques du libéralisme*, Paris, Fayard, 2000, *passim*.

63 V. son livre *Le parti libéral. Son programme et son avenir*, Paris, Charpentier, 7ème édition, 1869, spéc. p. 115 et ss.

64 *Du pouvoir constituant* (octobre 1871), in *Questions constitutionnelles*, cit., p. 386.

65 *Ibidem*.

66 V. les procès-verbaux de la Commission de la Constitution de 1848, présidée par Cormenin et dont faisait partie Tocqueville, in Alexis de Tocqueville, *Œuvres complètes*, t. III: *Ecrits et discours politiques*, Paris, Gallimard, 1990, p. 55-158.

67 *Considérations sur la Constitution* (juillet 1848), in *Questions constitutionnelles*, cit., p. 48.

68 *Ibidem*, p. 101-102 ; on pourra comparer cette liste à l'énumération des droits effectuée par la constitution du 4 novembre 1848, articles 2 à 17.

69 V. André Dauteribes, *Les idées politiques d'Edouard Laboulaye*, cit., t. 1, p. 172 et ss.

70 V. Françoise Mélonio, *Tocqueville et les Français*, cit., p. 222 et ss.

71 Emile Boutmy, *Etudes de droit constitutionnel*, Paris, Plon-Nourrit, 1885, p. 181-182.

72 Une bonne synthèse de ce débat est présentée par Guillaume Drago, *Contentieux constitutionnel français*, Paris, PUF, 1998, p. 133 et ss.

Il grande assente? Controllo di costituzionalità e giurisdizione suprema nell'Italia post-unitaria *

MASSIMO MECCARELLI

1. La questione della Giurisdizione suprema e il programma di costruzione dello Stato post-unitario

L'Unificazione d'Italia, oltre che l'approdo del percorso risorgimentale, rappresenta anche l'avvio di una nuova fase dell'esperienza giuridica. Fatta l'Italia si trattava di costruire un edificio giuridico unitario per una realtà eterogenea; l'operazione avrebbe richiesto decenni, nel corso dei quali molteplici settori della cultura sarebbero stati chiamati a dare il proprio apporto. La giurisprudenza scientifica e giudicante, come d'abitudine, non si è tirata indietro. Essa, da un lato, ha cercato di guidare le scelte di politica legislativa, dall'altro, ha contribuito a tararne gli effetti e a determinarne le valenze.

Ciò era inevitabile in un contesto in cui realtà giuridica statuale e identità nazionale rappresentavano un programma più che un risultato. Era ulteriormente inevitabile mentre si trattava di promuovere un processo di statalizzazione in un territorio che, per molti secoli della sua storia, aveva vissuto una esperienza giuridica a base giurisprudenziale non impostata sulla piattaforma della unità e dell'uniformità del diritto.

Nel nuovo ordine, basato sulla sistematica del codice, la giurisdizione suprema era chiamata a costituire un punto di chiusura, che avesse le forme del controllo di legalità, per garantire il rispetto della legge nella sua fase applicativa. Si costituiva in tal modo uno spazio istituzionale in cui, al naturale ruolo di vertice dell'ordinamento giudiziario, si sommava una funzione ausiliaria del potere legislativo.

È per questa sua attinenza con la costruzione del nuovo ordine giuridico che il terreno della giurisdizione suprema diveniva rilevante anche per i riflessi sulle relazioni tra i poteri dello Stato.

* Una versione in lingua tedesca del presente articolo è pubblicata nella Rivista digitale «Forum historiae iuris»(http://www.rewi.hu-berlin.de/online/fhi).

2. La valenza costituzionale della questione della corte suprema

La priorità annunciata era quella di assicurare il primato del potere legislativo su quello giudiziario. Il dato non è poi così nuovo alla metà del XIX secolo; è la persistenza di un programma presente già nelle origini della idea di un tribunale di *cassation*. Si era trattato, in Francia, di ridimensionare il peso dei *Parlements* nella gestione dell'ordinamento giuridico, di proteggere il nuovo potere legislativo, ansioso di centralità, dalle incisive incursioni del vecchio potere giudiziario dei grandi tribunali[1].

Un sistema di giurisdizione suprema organizzato nella forma della cassazione è in effetti orientato a controllare i giudici piuttosto che il legislatore. Nelle percezioni francesi tale dato funzionale è chiaramente riconosciuto; «est tellement entracinée dans l'esprit français» osservava De la Grasserie «n'ayant aucun besoin d'être analysée, discutée ou améliorée»[2].

Tali valenze sistematiche sono riconosciute nella cassazione anche dalla dottrina italiana del XIX secolo[3]; al contempo però essa mostra di sapervi riconoscere i nessi con le peculiarità francesi[4]. In effetti per l'Italia altre erano le condizioni di contesto e i problemi che con la giurisdizione suprema si era chiamati a risolvere; altri erano i presupposti culturali e le percezioni fondamentali su cui si basava la scienza giuridica.

Conseguentemente, la valenza costituzionale della questione della giurisdizione suprema non si spiega solo nella costruzione di un ambito istituzionale teso a garantire il legislatore dai suoi giudici. Più complesse sembrano le funzioni assegnate a questo settore della vita dello Stato.

Lo si capisce subito dal carattere ibrido del sistema di cassazione nell'Italia postunitaria e dal modo con cui viene costruito.

La scelta per la *cassation* in Italia non è affatto scontata, la si assume legislativamente nonostante molte resistenze nel mondo scientifico. La discussione, soprattutto nei primi anni dopo l'Unificazione, è abbastanza aperta anche riguardo alla compatibilità di un tale tipo di giurisdizione suprema con l'ordine costituzionale italiano.

C'è ad esempio chi come Carcano vede nella Cassazione una istituzione che oltre a limitare eccessivamente l'indipendenza del giudice e del corpo giudiziario è anche «usurpatrice» delle prerogative del potere legislativo: «tutti gli atti e i procedimenti della Corte di Cassazione sono, per la loro essenza, atti e procedimenti di potere legislativo»[5].

Essa, secondo queste percezioni, introduce un portato sistematico («la pretesa unità ed uniformità della giurisprudenza, la separazione assoluta del diritto dal fatto, la violazione di legge e simili»), che contrasta con «la critica acuta e profonda dell'esperienza»[6].

Le perplessità, seppure manifestate con una diversità di accenti e punti di vista, sembrano caratterizzare l'intera scienza giuridica e condizionare il modo e i tempi con i quali il nostro ordinamento recepisce il modello francese.

Come sappiamo, almeno per tutta la durata dell'esperienza liberale, la giurisdizione suprema opera sulla base di un assetto legislativo riconosciuto come transitorio, il quale già dal momento della fondazione dell'ordine giuridico unitario non fa riferimento a «un sistema preconcetto di legislazione»[7]. La sua natura contiene profili sfumati che sono in parte riconducibili al

concetto di *cassation*, nel senso originariamente voluto in Francia, ma in parte sono anche inquadrabili nella categoria della terza istanza o della revisione; modelli di giurisdizione suprema, questi ultimi, tipici dell'esperienza giuridica precedente alla svolta legalistica impressa dagli esiti della Rivoluzione francese e dell'età dei Lumi.

Contemporaneamente, la struttura della giurisdizione suprema non è unitaria. È articolata tra un centro assente o debole e un tessuto di Corti supreme regionali tra loro relativamente autonome.

Tutto ciò – si tratta del resto di un approccio che caratterizza in generale la riforma dell'ordinamento giudiziario post-unitario[8] –, è consapevolmente pensato, oltre che come questione tecnico giuridica di sistema, anche nelle relazioni che implica rispetto agli assetti costituzionali del potere[9]. Anzi il profilo costituzionale della questione prende spesso le valenze di un punto dirimente per l'alternativa tra cassazione e terza istanza. Occorre valutare, ad esempio spiegava Carcano,

> se e quanto l'uno e l'altro sistema possono accomodarsi ai principii del Governo rappresentativo e stare in mezzo ad istituzioni della natura di quelle che ci governano[10].

Il legislatore si orienterà nel senso della cassazione, ma il tema dei rapporti tra assetti costituzionali e struttura della giurisdizione suprema non smetterà di costituire un punto aperto, sul quale discutere.

È in questo mobile scenario che si inquadra anche la questione del controllo di costituzionalità.

Si tratta dunque per noi di studiare, da un diverso punto di vista, quello cioè della giurisdizione, un problema che la storiografia ha tradizionalmente considerato a partire dalla questione del carattere di rigidità o di flessibilità riconoscibile nella costituzione albertina[11].

3. Il grande assente: il potere di controllo di costituzionalità

Le indagini dedicate alla storia della Cassazione in Italia hanno già evidenziato che tra le prerogative della giurisdizione suprema non c'è il controllo di costituzionalità delle leggi. Una tale prospettiva, soprattutto nella dinamica immediatamente post-unitaria, non sembrava praticabile.

Essa si poneva in linea di conflitto con la tradizione statutaria piemontese. Pesavano inoltre sulla attività legislativa del governo sospetti di illegittimità. Si pensi alla legislazione del 1859, che aveva visto la luce in forza di un potere di decretazione concesso al governo, per l'emergenza costituita dalla guerra contro l'Austria; tale potere eccezionale era stato esercitato anche al di fuori dei limiti temporali concessi[12].

Nella vita post-unitaria dello Stato, inoltre, molteplici sono i provvedimenti speciali a rischio di incostituzionalità. In particolare tutte quelle misure repressive, parte consistente della politica di emergenza criminale, introdotte con decreto e sulle quali il Parlamento risultava incapace di interloquire tempestivamente, per via dei meccanismi istituzionali di sospensione e chiusura delle sessioni parlamentari, oltre che di scioglimento della Camera dei deputati.

Il controllo di costituzionalità, dal punto di vista delle strategie di governo, poteva rappresentare un ingombrante potenziale

fattore destabilizzante. La sua "assenza" avrebbe quindi corrisposto alla necessità di garantire un ruolo di primo piano al potere esecutivo e margini di manovra nel dialogo con il potere legislativo.

È possibile però trovare ulteriori spiegazioni. Va tenuto infatti presente che la vicenda dell'evoluzione dell'ordinamento giudiziario post-unitario non si esaurisce in un necessario contrasto tra magistratura e potere politico:

> Potere politico e potere giudiziario non solo non rappresentavano forze diverse ma, non di rado, si confondevano persino negli stessi individui[13].

Il punto dunque è comprendere quanto l'assenza di un vero meccanismo di controllo di costituzionalità, esercitato dalla giurisdizione suprema, consista nella strumentale rimozione di un problema e quanto, invece, tutto ciò abbia rappresentato un modo di percepire la divisione dei poteri.

In sostanza occorre chiedersi come la questione sia colta dalla cultura giuridica di quel tempo.

Tracce di una discussione su un possibile potere di controllo di costituzionalità da attribuire al potere giudiziario sono rinvenibili in progetti di riforma, oltre che nella discussione scientifica.

Già nel progetto in materia di ordinamento giudiziario presentato dalla Commissione Cassinis (1861), istituita

> per deliberare sulla convenienza d'instituire Corpi giudiziarii superiori alle Corti d'Appello nei principali centri del nuovo Regno Italiano ed un Supremo ed unico consiglio di Giustizia, inteso segnatamente a risolvere i conflitti, a tutelare la disciplina, a mantenere l'unità della Giurisprudenza

si riprendevano alcuni profili della Corte suprema degli Stati Uniti proprio riguardo alla «cognizione di tutte le quistioni di incostituzionalità»[14].

La riforma prospettava un assetto "federalista" dell'ordinamento giudiziario retto da una giurisdizione suprema ripartita tra sei Corti di terza istanza (e non di cassazione) regionali autonome e da una Corte suprema centrale denominata Supremo Consiglio di Giustizia.

Tali proposte si legano negli anni '60 ad un ricco dibattito. Si tratta, tuttavia, di una discussione in cui il problema di un possibile ruolo della Corte suprema come giudice di costituzionalità – seppure venga posto – non appare costituire un nodo fondamentale.

La eventuale Corte suprema unitaria di cui si parlava, si caratterizzava piuttosto per le funzioni disciplinari, la risoluzione di conflitti di giurisdizione tra le Corti supreme regionali, la sanzione delle decisioni per violazione di legge, la collaborazione con il legislatore al fine di modificare norme poco chiare. Tale vertice della giurisdizione suprema era descritto come «corpo intermedio tra la magistratura ed il potere legislativo»[15], oppure come organo che rendeva l'amministrazione della giustizia indipendente dall'esecutivo completando, dunque, una effettiva divisione dei poteri[16]; ma tutto ciò senza passare necessariamente attraverso una attribuzione esplicita di funzioni di controllo di costituzionalità.

Molti anni dopo, tra la fine del vecchio e l'inizio del nuovo secolo, il quadro è omologo. La questione di un possibile sindacato di costituzionalità da attribuirsi alla giurisdizione suprema appare secondaria, messa in ombra dal problema, ancora irrisolto, della unificazione o della articolazio-

ne della giurisdizione suprema, e dal nodo ancora non sciolto della natura di terza istanza o di cassazione che essa o esse dovevano assumere.

Siamo di fronte ad omologie certamente riconducibili a ragioni di contesto ben diverse da quelle che avevano caratterizzato il dibattito degli anni '60. Se ai tempi di Cassinis si trattava di stabilire con quale supporto giurisdizionale dovesse essere accompagnata l'unificazione legislativa del diritto, ora si trattava di fronteggiare, anche sul terreno della giurisdizione suprema, la complicata fase storica[17] in cui l'evoluzione sociale ed economica rendevano insufficiente il sistema a diritto codificato in vigore.

Esso risultava continuamente eroso da interventi legislativi speciali e da una giurisprudenza dottrinale e giudicante sempre più consapevole di un possibile e necessario ruolo creativo, rispetto all'ordinamento giuridico positivo.

In questa diversità di contesti è ulteriormente significativo l'atteggiamento che persiste costante in materia di sindacato di costituzionalità.

Nel 1903 si discute alla Camera dei deputati un progetto di riforma presentato dal governo Zanardelli che interessava in generale l'ordinamento giudiziario.

Per ciò che riguarda la sistemazione degli assetti della giurisdizione suprema esso appare, in particolare, caratterizzarsi per una doppia scelta. Istituzionalizzare una rete di Corti regionali di terza istanza e istituire una Corte di Cassazione unica che avesse, tecnicamente parlando, i caratteri tipici della cassazione. L'iter giudiziario si completava a livello regionale. Quello centrale sarebbe servito solo a garantire un controllo di legalità e a favorire l'uniformità giurisprudenziale[18].

Sul piano degli assetti costituzionali, il vertice giudiziario, con questo tipo di Corte centrale, non tendeva ad esercitare un controllo sugli altri poteri ma continuava a essere rivolto all'interno della magistratura – proprio perché distaccato da dinamiche e necessità della giustizia sostanziale e votato a fissare la corretta interpretazione della legge.

La nuova Corte di Cassazione unitaria, spiega Zanardelli, si pone «all'infuori dei comuni ordini giudiziari»[19]. Il progetto intende fare della Cassazione

> un consesso in cui si raccolgano i più eminenti giuristi d'ogni contrada d'Italia, ciascuno dei quali vi porti il contributo del sapere, dei progressi, delle correnti scientifiche [...] che si elaborano nei vari centri della cultura nazionale; cosicché, col concorso degli studi e della dottrina di tutti, la giurisprudenza sia l'espressione del progresso, e formi l'unità del diritto, fondamento primo dell'unità morale della nazione[20].

Tale caratterizzazione e destinazione funzionale fanno della Corte suprema centrale un organo che

> senza perdere la sua notevole indole di istituzione giudiziaria, per essere posta all'apice del potere giudiziario, si asside arbitra fra tutti i poteri[21].

Sulla base di queste impostazioni della riforma ci sono alcune voci che valorizzano proprio gli aspetti connessi agli equilibri fra i poteri; aspetti marginali nella discussione, ma significativi per la nostra analisi.

Ad esempio c'è chi trova nel sistema proposto un elemento di garanzia costituzionale anche rivolto al potere legislativo:

> quanto alla Cassazione plaudo che il disegno la restituisca alla più alta missione, con la speranza non lontana che a più alti ideali possa mirar-

si, fino a metterla al di sopra del potere legislativo quando si attenti di violare le libertà statutarie[22].

Dunque il progetto avrebbe introdotto una corte giurisdizionale capace di esercitare un controllo di costituzionalità anche contro il potere legislativo.

Altri riconoscono in questa nuova istituzione unitaria,

un collegio – disse bene la relazione – non solamente giudiziario, ma costituzionale, [un organo custode] dei diritti dei privati nella interpretazione della legge, [che] è anche custode del potere legislativo contro le usurpazioni del potere esecutivo, come custode dell'integrità del potere giudiziario[23].

Si tratta di un potere di controllo della legalità che tende ad assumere valenze di un controllo di costituzionalità nel senso di garantire anche una corretta dialettica tra i poteri, impedendo eccessi da parte dell'esecutivo.

4. Il controllo rivolto all'esecutivo

Seguiamo allora la pista tematica appena suggeritaci. Sullo sfondo c'è la questione concretissima e spinosa – se ne è fatto cenno sopra – del regime giuridico da riconoscere al potere di decretazione del governo. Sono gli abusi del potere di decretazione in materia repressiva che

dimostrano che la Corte di Cassazione entra ormai nei congegni costituzionali; ed abbiamo tutto l'interesse, anzi la necessità che essa risponda sempre a questa sua alta missione[24].

Sulla base di tale approccio la giurisdizione suprema sarebbe investita di un compito di "controllo" di costituzionalità, che concentri la sua azione non sulla verifica di attinenza della legislazione ordinaria ai principi fondamentali, ma sulla verifica della legittimità formale dei provvedimenti normativi e in particolare di quelli del governo. Si può ricordare che, in effetti, è questo ruolo che, sul piano dei risultati, la Cassazione aveva in certi casi assunto, come in occasione del decreto Pelloux[25]. Ci riferiamo alla vicenda apertasi con la emanazione del decreto del 22 giugno 1899 n. 227. In questo caso il Governo ricorreva al decreto per superare le resistenze parlamentari ad una proposta di legge in materia di libertà di stampa e di pubblica sicurezza. Con ulteriori provvedimenti venivano prima sospese e poi chiuse le Sessioni parlamentari. La Cassazione, con sentenza del 20 settembre 1900, ritenne decaduto il decreto proprio in ragione del provvedimento di chiusura della Sessione. Questo infatti «giusta le norme costituzionali ed in base alla costante consuetudine» determinava la decadenza di tutti i progetti di legge sospesi [26].

A ben vedere però un simile tipo di funzione di controllo rivolta all'esecutivo, non è concepita come prerogativa specifica della giurisdizione suprema. La dottrina tende in generale a vedere nel giudice un "controllore di legittimità".

Seppure, si ribadisce, la funzione giurisdizionale non può sindacare le ragioni di necessità che hanno costituito fondamento del ricorso al potere eccezionale di decretazione, tuttavia spetta al magistrato in genere «senza dubbio la interpretazione e l'applicazione dei decreti-legge» e in particolare

decidere se il decreto-legge sia tuttora nello stadio di imperfezione organica che costituisce il suo peccato originale, ovvero se abbia acquistato definitiva autorità di legge, qualora su questo punto

> siavi controversia. [L'indagine] è diretta ad accertare se esista una vera e propria norma giuridica, laonde appartiene alla competenza giudiziaria[27].

C'è chi più decisamente parla di un potere di controllo

> integro e assoluto rispetto a tutte le norme giuridiche emanate dal potere esecutivo[28].

Osserva Brunialti che

> la difesa giurisdizionale della libertà si esercita dunque esclusivamente contro il potere esecutivo, quando non si attribuisca al potere giudiziario la facoltà di toglier forza nell'applicazione alle leggi incostituzionali.

Tuttavia, si specifica, in omaggio alla divisione dei poteri, che il "sindacato" non consiste in una declaratoria di annullamento del decreto, ma in una non applicazione della norma al caso concreto. Inoltre il discorso non concerne la decretazione per delega legislativa. Si potrà soltanto sindacarne la legittimità con riguardo al momento dell'esaurimento del mandato legislativo[29]. Oppure, secondo altri, si potrà sindacare la «mala esecuzione» della delega legislativa[30].

La questione del sindacato di costituzionalità sembra dunque rilevare come questione di controllo in sede giudiziale del potere di decretazione del governo.

Si tratta, del resto, di un punto discusso in questi termini non solo in Italia. C'è l'esempio del Belgio[31], dove già la costituzione del 1831 stabiliva che i tribunali (e non solo la Corte suprema) dovessero attenersi esclusivamente alla legge non applicando provvedimenti amministrativi, regolamenti e decreti in contrasto con la legge. Il punto è dibattuto con approcci simili anche negli ambienti scientifici tedeschi a partire già dagli anni '60 dell'Ottocento[32]. Al centro della dialettica Parlamento-governo, considerata dal punto di vista della *Verffassungsmässigkeit der Verordnungen*, non sta un giudice supremo di costituzionalità. Sono i tribunali a valutare la legittimità formale del decreto, spiega Rudolf von Gneist, e

> ob und wie weit die publizierten "Verordnungen" der Staatsregierung nach der Landersverfassung Gesetzeskraft haben oder nicht.

nel caso poi di regolamenti esecutivi di legge ponderano anche

> wo die Grenze zwischen Ausführung und Abänderung der gesetze liegt[33].

Anche in questo caso tale controllo, sostanzialmente formale, appartiene al potere giurisdizionale in genere, non alla sua giurisdizione suprema.

Cercando di ricapitolare: il tema controllo di costituzionalità – assente tra le prerogative della giurisdizione suprema – sembra trovare cittadinanza con riguardo al problema dei limiti del potere normativo del governo; tuttavia la questione emerge in uno spazio istituzionale che non è solo quello della giurisdizione suprema ma in generale della giurisdizione del giudice.

5. *La costituzionalità delle norme positive e i compiti del giudice*

Allarghiamo allora la nostra base di riferimento. La relazione tra giurisdizione suprema e costituzione fondamentale si chiarisce meglio nella definizione del ruolo del giudice rispetto alla costituzionalità delle norme positive.

Al riguardo l'*habitus* continentale tende a considerare il potere giudiziario come «mero strumento degli altri poteri»[34].

Lodovico Mortara ci ricorda che

> Negli stati parlamentari non esiste un organo costituente speciale con la sua speciale funzione;

il che non vuol dire immaginare un diritto costituzionalmente immobile e immodificabile:

> Mediante l'esercizio della funzione legislativa può ottenersi il progressivo svolgimento del diritto pubblico fondamentale dello Stato.

Si tratta – piuttosto che di un potere di sostituire, abrogare, emendare le disposizioni costituzionali – di sottoporre le norme costituzionali, tramite le leggi, ad

> una continua e progressiva interpretazione [che le adatta] ai movimenti della vita sociale[35].

La funzione costituente esiste, ma non c'è un organo specialmente dedicato al suo esercizio, diverso da quello che esercita il potere legislativo.

Lo rilevava anche Attilio Brunialti:

> può ritenersi essere ormai generale tra noi la dottrina che il potere costituente è una sola cosa col legislativo ed in verun modo può considerarsi come distinto. La qual dottrina come a suo luogo vedremo, è conforme alla evoluzione della costituzione italiana, nella quale non è traccia di un distinto potere costituente[36].

È una conseguenza del modo, tratto dall'esperienza francese, di concepire la divisione dei poteri «legislativamente attuata soltanto a carico e non a favore del potere giudiziario»[37], prospettiva che esclude la possibilità che la magistratura eserciti un sindacato sulla legge nel merito e tanto più nella sua costituzionalità. Del resto, lo stesso Statuto per la sua formulazione, oltre che per il posizionamento nella gerarchia delle fonti, mal si prestava a favorire un controllo di costituzionalità.

L'esempio americano seppure studiato con interesse, più che fornire soluzioni, suggestiona i giuristi europei dell'Ottocento. Si affermava che

> Cette introduction de la magistrature dans les affaires publiques, est faite pour nous surprendre. Elle semble violer le principe sacré de la séparation des pouvoirs en rendant possibles des conflits dangereux entre l'autorité législative et l'autorité judiciaire[38].

Il confronto con le esperienze anglosassoni è aperto, mosso da curiosità; ma, allo stesso tempo, tende nel complesso a non risultare spendibile negli ordinamenti a diritto continentale. Ciò che contrasta è la stessa percezione – meno pronunciata nei paesi anglosassoni – della separazione dei poteri; essa indurrebbe a configurare il potere giudiziario come «un vero potere politico»[39]. Prospettiva ritenuta impraticabile al di qua della Manica.

Insomma, riguardo al tema dei limiti della funzione legislativa l'orientamento scientifico sembra ben consolidato. Constatava Santi Romano in uno scritto camerte del 1902,

> Due – principalmente, anzi quasi esclusivamente – sono stati i punti di vista da cui si è creduto di poter condurre ed esaurire l'esame del grave problema: la modificabilità per mezzo degli organi legislativi ordinari, dello Statuto e l'incompetenza dei giudici a sindacare gli atti che presentano, regolarmente osservate, le forme esteriori delle leggi[40].

Giuseppe Zanardelli (1826-1903)

6. Segue: controllo intrinseco o estrinseco?

Sgombrato il campo da una possibile assegnazione al corpo giudiziario di funzioni di controllo di costituzionalità, i giuristi definiscono la soglia fino alla quale il giudice può spingersi ove ravvisi elementi di illegittimità costituzionale nelle norme da applicare.

Alcune posizioni dottrinali tendono a distinguere tra controllo di costituzionalità intrinseca ed estrinseca. La prima consiste nel verificare se le disposizioni di legge

> abbiano un contenuto conforme o compatibile coi principi generali stabiliti nella carta costituzionale;

la seconda invece verifica se la

> deliberazione e formazione» [di disposizioni di legge] «sia avvenuta secondo le forme della carta medesima stabilite[41].

Per la scienza ottocentesca al livello "intrinseco" il problema della incostituzionalità non può configurarsi [42]. Occorre che il regime parlamentare preveda

> una funzione legislativa straordinaria, distinta dalla ordinaria perché affidata ad un organo speciale, il quale come la funzione stessa, riceve il nome di "costituente".

Solo dove è istituita questa funzione

> col relativo organo [...] necessariamente la funzione legislativa incontra un impedimento a svolgersi oltre i confini del diritto nazionale[43].

Non dubita che ai giudici sia «sottratto qualsiasi controllo sulla legittimità sostanziale delle leggi» neanche chi, come Santi Romano, sul tema dei limiti della funzione legislativa, si dichiara disposto a

> non arrestarsi innanzi a principii e formule, che si presentano con la consistenza di dommi e che invece rivelano la loro manchevolezza[44].

Al livello di incostituzionalità intrinseca il giudice non può neanche spingersi a sospendere l'applicazione di una norma ritenuta incostituzionale[45]. Il problema in sostanza è solo del Parlamento; la soluzione spetta ad esso.

Può invece configurarsi una questione di incostituzionalità estrinseca o formale se manca «l'opera collettiva e simultanea dei tre fattori legislativi», o, come precisano altri, se mancano i requisiti essenziali[46].

Il sindacato, in senso tecnico, resta comunque al Parlamento. Si può riconoscere all'autorità giudiziaria la facoltà di non applicare una norma con le caratteristiche di incostituzionalità estrinseca. Si tratterebbe tuttavia di una decisione incapace di produrre effetti di invalidazione della norma che vale rispetto al caso singolo, come anche si osservava con riferimento ai decreti[47].

C'è poi chi si mostra prudente anche rispetto a questa possibilità di sindacato "sospensivo", seppure riferito a problemi di incostituzionalità estrinseca. Nel nostro sistema, osservava Mortara

> la competenza a esaminare se una legge abbia o no i requisiti esteriori della costituzionalità, spetterebbe, caso per caso, ad ogni conciliatore o pretore, tribunale o corte esistente sul territorio italiano. È facile ravvisare il pericolo che ne deriverebbe[48].

7. *Segue: la prospettiva di un non-luogo istituzionale: l'interpretazione del diritto*

In tale quadro restrittivo si apre però uno spazio strategico, che forse costituisce il vero luogo in cui il controllo di costituzionalità consegue – lo osserviamo qui con riferimento alle percezioni teorico-sistematiche – margini effettivi di operatività.

I nostri giuristi, Brunialti ne è buon esempio, restano dell'avviso che «la vita costituzionale di uno Stato» si esprime e svolge anche con «manifestazioni della coscienza giuridica» oltre che politica. È una constatazione feconda di conseguenze.

Sulla base di tale consapevolezza, infatti, si riconosce al giudice il compito di

> interpretare una legge in modo che si accordi alle norme dello Statuto. [...]. Se l'opposizione ai principii dello Statuto risulta non dal testo di una legge, ma da un determinato modo di intenderla, il potere giudiziario, nell'applicarla, le può dare quell'interpretazione che la renda conciliabile coi principii medesimi[49].

La questione della costituzionalità delle leggi è in ultima analisi «une question d'interprétation légale»[50].

Santi Romano osserva che in effetti

> tutto il diritto scritto ha la sua base in un diritto tacito, fondamentale, immediata emanazione delle forze sociali ordinate [...] che *governa le leggi*.

Il diritto scritto in sostanza

> retrotrae, per dir così, ad una specie di diritto consuetudinario, cui non solo non domina, ma dal quale viene dominato, quasi penetrato.

L'interprete fonda la sua attività su regole che traggono il loro valore nel ricollegarsi ai principi fondamentali «siano scritti o non scritti, poco importa», gli stessi che vincolano il legislatore:

> Siffatte regole, rispetto agli individui che debbono obbedire alle leggi, qualunque sia il loro contenuto, non possono essere che regole d'interpretazione, di fronte al legislatore solo limiti.

Certo, prosegue Romano, il legislatore può derogare ai principi fondamentali come accade per la irretroattività, l'uguaglianza, i diritti quesiti, ma lo può fare solo se sostenuto da precisi motivi. Il potere discrezionale che il Parlamento esercita in tal caso deve essere infatti conforme

> alla finalità da cui il potere medesimo deriva; si ha altrimenti uno sviamento del potere, che costituisce una violazione di diritto, nel senso proprio della parola[51].

Si finisce dunque nella sostanza con il ricavare spazi per un sindacato indiretto; un potere di conformare interpretativamente la norma incostituzionale.

Si tratta di una percezione ermeneutica della corrispondenza tra dato legale e principio costituzionale – ben spiegabile in una dimensione culturale come quella italiana tradizionalmente giurisprudenziale – che legittima l'armonizzazione interpretativa del diritto positivo con i principi generali dell'ordinamento costituzionale; sono principi fondamentali, sottolineiamo, che sono rinvenuti non solo nello Statuto, ma vengono tratti, potremmo dire, dal tessuto stesso della costituzione materiale.

Il che equivale a spostare il problema della costituzionalità dal campo dei rapporti istituzionali a quello del metodo di applicazione del diritto.

La prospettiva tecnico-giuridica dell'interpretazione diventa un non-luogo istituzionale di effettiva regolazione della costituzionalità delle leggi.

Si tratta di un approccio che valorizza certamente il peso del potere giudiziario. L'esistenza della legge valida è gestita dal potere giudiziario poiché una volta che la volontà nazionale ha prodotto la legge «la sua esistenza è indipendente dalla volontà creatrice come tale»[52]. È anche grazie a questo suo peculiare ruolo, che il potere giudiziario consegue una propria indipendenza dagli altri poteri dello Stato.

Ciò tuttavia si rende possibile senza mettere in discussione il rapporto tra diritto e bisogno di giuridicità misurato con la legge.

L'interpretazione infatti determina ponderazioni delle valenze costituzionali della legge senza incidere sul regime della sua validità e lasciando aperta la possibilità di una lettura costituzionale della legge di volta in volta aggiornata[53].

L'interpretazione inoltre non è un'attribuzione esclusiva e, per i nostri giuristi, non si esaurisce di certo nel giudice. Essa presuppone anche e anzitutto la mediazione insostituibile del giurista-scienziato. È tale presenza a garantire che le dinamiche interpretative, "costituzionalizzanti" il diritto positivo, non confliggano con la scelta della legalità e della divisione dei poteri.

Già con la svolta pandettistica il giurista si era trovato a promuovere

> un'alleanza della scienza con la legislazione facendosi mallevadore del controllo scientifico di legittimità dell'operato della giurisprudenza.

La scienza giuridica, mentre assicurava la subordinazione del giudice alla legge, si ricavava un ruolo di primo piano nella costruzione del sistema giuridico. Correlativamente, la costruzione del sistema sulla legge tramite la scienza serviva a difendere i principi dello Stato di diritto anche da eventuali interventi dello stesso legislatore politico. Insomma il giurista

> rifiutava il controllo giudiziario della costituzionalità sostanziale delle leggi per affermare, invece, l'esigenza del controllo dottrinale della 'scientificità' dei loro contenuti, come elemento necessario alla ricevibilità e all'introduzione delle leggi nel sistema del diritto positivo[54].

Tale impostazione diventa ancor più significativa nello scorcio finale dell'Ottocento e nei primi decenni del Novecento, quando, nel loro vario giustapporsi alla tradizione pandettistica, si fanno strada nuovi modi di concepire l'interpretazione del diritto in una prospettiva che

> riguarda non pure il carattere generale dell'interpretazione e il suo inevitabile sopraffare il testo, ma la relazione fra legge e interpretazione[55].

Nella realtà italiana anche tali approcci antiformalisti e di valenza giusliberista continuano a riservare al giurista-scienziato un ruolo centrale nella interpretazione del diritto[56]. È una caratteristica che distingue il giusliberismo italiano dalla tedesca *Freirechtsbewegung* più orientata nel senso della centralità del giudice.

Ci troviamo di fronte ad un ritorno di (o una riformulazione della) centralità del giurista, che, con la sua prerogativa più tipica e cioè interpretare il diritto, entra nelle maglie del sistema di relazioni tra potere politico e diritto per ritagliarsi e svolgere una funzione fondamentale. Il giurista in tal modo si pone nel mezzo della dialettica tra i poteri per il solo fatto di svolgere la propria funzione culturale, senza dover occupare un luogo istituzionale.

Il dato si spiega ulteriormente se si tiene presente anche la forte contiguità (e in molti casi anche l'identità) di persone tra coloro che siedono nella varie distinte istituzioni, così come tra questi e coloro che svolgono attività scientifica. Con tale alta propensione alla fungibilità delle risorse umane, la vita delle istituzioni rispetto al diritto, non può esaustivamente essere regolata attraverso una ripartizione delle competenze.

L'interpretazione del diritto sembra costituire un livello comune dove completare la dialettica tra istituzioni. Tutto ciò implica appunto il primato del giurista, piuttosto che del giudice.

8. La giurisdizione suprema come risorsa costituzionale

Tenendo conto di questa genetica ultrattività della interpretazione del diritto, altra valenza assume il punto della giurisdizione suprema.

Maggiore pregnanza prendono espressioni ricorrenti che indicano nella Cassazione – giudice supremo chiamato a garantire l'esatta osservanza della legge – il luogo di "svolgimento" della legge e di prosecuzione delle scelte del legislatore. Secondo Mortara – quello stesso che negava esplicitamente uno spazio istituzionale autonomo al controllo di costituzionalità –

> tra la funzione della legge e quella della giurisdizione non vi è solo un rapporto di dipendenza [...]. La funzione giurisdizionale [...] segna il confine al di là del quale non può estendersi quella che suolsi chiamare la onnipotenza della legge[57].

È in questo modo, – sotto la copertura di altre funzioni, queste sì, istituzionalmente assegnate – che la giurisdizione suprema può giungere ad incidere sulle valenze costituzionali della legge.

Con tali premesse teoriche la morfologia pluralistica della giurisdizione suprema sembra favorire aperture ad una gestione interpretativa delle valenze costituzionali del diritto positivo, moltiplicando giurisprudenzialmente (anche al massimo livello giurisdizionale), le opportunità per una loro ponderazione.

Forse è anche per questo che quel sistema di Corti supreme così ostentatamente criticato è potuto rimanere in vigore tanto a lungo. Era in fondo una risorsa preziosa per uno Stato con istituzioni giovani, privo di consolidate prassi costituzionali capaci di indirizzarne la vita e la dialettica, e di determinare da sole una struttura di assetti compatibile con la realtà; era, del resto, uno Stato sovrano che, volendo essere "di diritto", non poteva prescindere dal pressante e problematico tema del disciplinamento dei propri poteri.

[1] Cfr. J.L. Halperin, *Le tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, Paris, LGDJ, 1987, passim, L. Lacchè, *Il potere giudiziario come potere politico in Attilio Brunialti*, in «Storia, amministrazione, costituzione», 7, 1999, p. 34.

[2] R. De la Grasserie, *De la fonction et des juridictions de cassation en législation comparée (évolution, comparaison critique, réforme)*, Paris, LGDJ, 1911, p.1. Rilievi simili sono proposti da M. Renouard, *Considerations sur l'histoire de la Cour de Cassation*, Paris, Cosse, 1875, p.18. Sottolinea le valenze antigiurisprudenziali nel modello francese anche P. Harras von Harrasowsky, *Die Rechtsmittel im Civilprocess nach dem gegenwärtigen Stände der Gesetzgebung*, Wien, Hölder, 1879, p. 5.

[3] Fra gli altri cfr. G.D. Tiepolo, *Della suprema autorità giudiziaria*, in *La legge*, I, 1861, p. 170, L. Frojo, *Elementi di procedura civile*, Napoli, Stamperia di F. Ferrante e C., 1865, p. 66, G. De Falco, *Discorso pronunciato presso la Corte di Cassazione di Roma nella assemblea generale del 3 gennaio 1884*, Roma, Tipografia del Senato, 1884, p. 14, C. Carbellotto, *Cassazione e Corte di Cassazione*, in *Digesto italiano*, VII, 1888, p. 49, L. Mortara, *Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile*, (terza ed.), Milano, Vallardi, 1905, vol.II, pp. 14-15.

[4] Si veda ad esempio De Foresta, *Del riordinamento giudiziario. Cassazione o terza istanza?*, (1868), in appendice a M. D'Addio, *Politica e magistratura, (1848-1876)*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 487, o la *Discussione sul disegno di legge sull'ordinamento giudiziario*, in Atti parlamentari. Camera dei deputati. Discussioni, Legislatura XXI, 2ª Sessione 1902-1903, Vol.VII, Roma, Camera dei Deputati, 1903, Tornata del 10 marzo 1903, p. 6538, G. Sarocchi, S. Lessona, E. Finzi, E. Barsanti, A. Tellini, *Sul problema delle Cassazioni territoriali. Consigli degli avvocati e dei procuratori di Firenze*, Firenze, Tipografia Barbera, 1923, p. 6.

[5] G. Carcano, *La Cassazione e lo Statuto*, Milano, 1872, pp. 12-13 e pp. 27-28. Simili sono le osservazioni formulate da E. Barral, A. Anelli, R. Luzzati, L. Bertolotti, *Intorno alla suprema magistratura del Regno*, Milano, f.lli Rechidei, 1872, pp. 132-133, F. Carrara, *Della sostituzione dei supremi tribunali di terza istanza alle quattro corti di cassazioni*, (1873), in appendice a M. D'Addio, *Politica e magistratura*, cit., p. 534, G. Carnazza, *Sull'organizzazione giudiziaria*, in «Il circolo giuridico», X, 1879, pp. 66-68.

[6] Con queste osservazioni il «Monitore dei tribunali», II, 1861, p. 155, introduceva alle pagine dei Processi verbali della Commissione Cassinis, pubblicati integralmente. Cfr. *infra* paragrafo 3.

[7] C. Giuliani, *La terza istanza e la Corte di Cassazione*, in «La legge»,

I, parte I, 1861, p. 94. Cfr. M. Meccarelli, *Identità e funzione delle corti supreme in Europa al tempo delle codificazioni*, in «Quaderni fiorentini», 28, 1999, pp. 1147-1166.

[8] Cfr. E. Dezza, *Gli ordinamenti giudiziari in Italia nell'età della codificazione*, in *Saggi di storia del diritto penale moderno*, Milano, Led, 1992, p. 191, A. Sciumè, *'Quando la politica entra dalla porta la giustizia fugge impaurita dalla finestra': giudici e sentimento della giustizia in Italia dall'Unità al primo Novecento*, in *Europäische und amerikanische Richterbilder*, a cura di A. Gouron, L Mayali, A. Padoa Schioppa, D. Simon, Frankfurt am Main, Klostermann, 1996, pp. 167-175, V. Denti, M. Taruffo, *La Rivista di diritto processuale civile*, in «Quaderni fiorentini», 16, 1987, p. 663, N. Tranfaglia, *Magistratura*, in *Storia d'Italia*, a cura di F. Levi, U. Levra, N. Tranfaglia, Firenze, Nuova Italia, 1978, p. 619, P. Marovelli, *L'indipendenza e l'autonomia della magistratura italiana dal 1848 al 1923*, Milano, Giuffrè, 1967, pp. 194-201.

[9] Si vedano fra gli altri C. Manganini, *Raffronto tra il sistema della Cassazione e quello delle terze istanze*, in «La legge», VI, parte I, 1866, pp. 355-358, E. Barral, A. Anelli, R. Luzzati, L. Bertolotti, *Intorno alla suprema magistratura del Regno*, cit., pp. 133-136, D. Cavalleri, *L'istituto della cassazione e della terza istanza*, Milano, Hoepli, 1902, p. 48. Si veda anche la *Discussione del progetto di legge per istituire sezioni temporanee in talune Corti di cassazione*, in Atti parlamentari, Camera dei deputati, Discussioni, Legislatura XII, Sessione 1874-75, 2° periodo, Roma, 1875, vol.IV, pp. 4447-4478.

[10] G. Carcano, *La Cassazione e lo Statuto*, cit., p. 5.

[11] Cfr. J. Luther, *Idee e storie di giustizia costituzionale nell'Ottocento*, Torino, Giappichelli, 1990, pp. 169-183, e dello stesso *Die italienische Verfassungsgerichtsbarkeit. Geschichte, Prozeßrecht, Rechtsprechung*, Baden-Baden, Nomos, 1990, pp. 44-50, M. Bignami, *Costituzione flessibile, costituzione rigida e controllo di costituzionalità in Italia (1848-1956)*, Milano, Giuffrè, 1997, pp. 1-25, J. Varela Suanzes, *Riflessioni sul concetto di rigidità costituzionale*, in «Giurisprudenza costituzionale», XXXIX, 1994, II, p.3313-3338, A. Pace, *La causa della rigidità costituzionale*, Padova, Cedam, 1996, pp. 74-96.

[12] Cfr. R. Martucci, *L'invenzione dell'Italia unita*, Milano, Sansoni, 1999, p. 342, A. Sciumè, *Fra revisione e cassazione. Modelli di organizzazione giudiziaria e politica dell'unificazione nella Lombardia postunitaria*, in *Ius mediolani*, Milano, Giuffrè, 1996, pp. 997-998, 1022-1023 e 1049-1050, P. Saraceno, *Storia della magistratura italiana*, Roma, Università La Sapienza, 1993, pp. 130-135, M. D'Addio, *Politica e magistratura*, cit., pp. 109-113, P. Marovelli, *L'indipendenza e l'autonomia della magistratura*, cit., pp. 54-55.

[13] P. Saraceno, *Alta magistratura e classe politica dalla integrazione alla separazione*, Roma, Edizione d'Ateneo & Bizzarri, 1979, p. 23.

[14] G. Astengo, (a cura di), *Processi verbali delle sedute della commissione* […], in «Monitore dei tribunali», II, 1861, verbale n.3, p. 159. Se ne veda la trattazione in A. Sciumè, *Fra revisione e cassazione*, cit., pp. 1001-1026 e M. D'Addio, *Politica e magistratura*, cit., pp. 109-117.

[15] S. Marchese, *Sull'ordinamento delle Corti supreme italiane*, in «La legge», I, parte I, p. 10.

[16] G.D. Tiepolo, *Della suprema autorità giudiziaria*, cit., p. 169. Tali caratterizzazioni della Corte suprema unitaria sono rinvenibili anche in A. Caveri, *Corte di terza istanza, di cassazione, di revisione, corte suprema*, (1861), in appendice a M. D'Addio, *Politica e magistratura*, cit., pp. 467-469, G. Astengo, (a cura di), *Processi verbali*, cit., verbale n. 3, pp. 158-159, D. Giuriati, *La Cassazione e le tre istanze*, Torino, 1861, p. 2, G. Calgarini, *Il tribunale di terzo grado e una giurisdizione suprema*, in «La legge», VI, 1866, parte I, pp. 893-894. Secondo M. D'Addio, *Politica e magistratura*, cit., p. 115, tuttavia, il progetto Cassinis «avrebbe portato alla conclusione che il giudizio di costituzionalità era la vera ed unica giustificazione che distingueva il consiglio supremo di giustizia dalle Cassazioni regionali».

[17] Una approfondita sintesi di tali svolgimenti scientifici è proposta da P. Grossi, *Scienza giuridica italiana*, Milano, Giuffrè, 2000.

[18] G. Zanardelli, *Discorso del Presidente del Consiglio rivolto alla Camera dei Deputati, nella tornata del 25 marzo 1903*, in *Discorsi parlamentari*, Roma, Camera dei Deputati, 1905, vol.II, pp. 642-643, in particolare p. 638, C. Cavagnari, *La riforma dell'ordinamento giudiziario*, in «Monitore dei tribunali», XLIV, 1903, p. 161, C. Lessona, *La réforme judiciaire en Italie*, in «Revue trimestrielle de droit civil», IX, 1903, pp. 349-351, E. Piola Caselli, *La magistratura*, Torino, Utet, 1907, pp. 417-421. Cfr. P. Marovelli, *L'indipendenza e l'autonomia della magistratura*, cit., pp. 195-202.

[19] G. Zanardelli, *Discorso del Presidente del Consiglio*, cit., p. 638. Lo ribadisce l'on. Sacchi durante il dibattito parlamentare in Atti parlamentari, Camera dei deputati, VII, cit., tornata del 13 marzo 1903, p. 6397, *Discussione sul disegno di legge sull'ordinamento giudiziario*.

[20] Così il ministro di Grazia e Giustizia Cocco-Ortu durante il dibattito alla Camera, *ibidem*, tornata del 24 marzo 1903, p. 6686.

[21] C. Cavagnari, *La riforma dell'ordinamento giudiziario*, cit., p. 162.

[22] È un brano dell'intervento dell'on. Sorani, in Atti parlamentari,

Camera dei deputati, VII, cit., tornata del 18 marzo 1903, p. 6502, *Discussione sul disegno di legge sull'ordinamento giudiziario*.

[23] Sono parole dell'on. Sacchi, tornata del 13 marzo 1903, cit., p. 6397.

[24] *Ibidem*, p. 6398; un ruolo di argine contro le ingerenze del potere esecutivo è riconosciuto alla Corte suprema di cassazione anche dall'on.Giradini, tornata del 19 marzo 1903, p. 6538.

[25] Cfr. M. Sbriccoli, *Il diritto penale liberale. La* «Rivista Penale» *di Luigi Lucchini, 1874-1900*, in «Quaderni fiorentini», 16, 1987, pp. 105-183, J. Luther, *Idee e storie*, cit., pp. 192-194, e dello stesso *Die italienische Verfassungsgerichtsbarkeit*, cit., p. 50, M. Bignami, *Costituzione flessibile*, cit., pp. 53-55.

[26] Sentenza del 20 settembre 1900 in «Giurisprudenza italiana», 1900, II, col. 57. Se ne legga sulla stessa rivista il commento di L. Mortara, *Il decreto-legge 22 giugno 1899 davanti alla Corte di Cassazione*, col. 53-56. Cfr. E. Presutti, *Il decreto-legge 22 giugno 1899 avanti alla giurisprudenza penale*, in «Giurisprudenza italiana», 1899, II, col. 367-380, L. Lucchini, *Il decreto legge sui provvedimenti politici*, in «Rivista penale», 50, XXV, 1899, pp. 125-143, e dello stesso *Decreti legge e necessità di Stato*, in «Rivista penale», 51, XXVI, 1900, pp. 583-584.

[27] L. Mortara, *Commentario*, cit., I, pp. 100-104. Cfr. A. Brunialti, *Il diritto costituzionale e la politica nella scienza e nelle istituzioni*, Torino, Utet, 1900, II, p. 594.

[28] F. Degni, *L'interpretazione della legge*, Napoli, Jovene, 1909, p. 230. Così anche C. Lessona, *La legalità della norma e il potere giudiziario*, in *Scritti minori*, Santa Maria Capua Vetere, Cavotta, 1911, I, pp. 52-72.

[29] Così A. Brunialti, *Il diritto costituzionale*, cit., I, (1896), p. 385 e p. 320, II, p. 594 e pp. 569-597. Cfr. D. Cavalleri, *L'istituto della cassazione e della terza istanza*, cit., p. 49, C. Lessona, *La legalità della norma*, cit., p. 54.

[30] F. Degni, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 234. Così anche C. Lessona, *La legalità della norma*, cit., pp. 47-48. Sui diversi punti di vista dottrinali e giurisprudenziali manifestatisi in merito al "sindacato" dei decreti legislativi e sui decreti legge si veda M. Bignami, *Costituzione flessibile*, cit., pp. 43-61.

[31] Cfr. L. Lacchè, *La costituzione belga del 1831*, in «Storia, amministrazione, costituzione», 9, 2001, pp. 100-101. Lo ricordava già A. Brunialti, *Il diritto costituzionale*, cit., II, p. 581.

[32] Le posizioni sono abbastanza articolate. Si pensi ad esempio alla discussione tra E. A. Ehr, *Studien über das preußsche Staatsrecht*, pp.179-243 e R. John, *Rechtsültigkeit und Verbindlichkeit publizirter Gesetze und Verordnungen nach den Grundsätzen des preussischen Staatrechts*, pp. 244-274, nelle pagine della *Zeitschrift für deutschen Staatsrecht und deutsche Verfassungsgeschichte*, I, 1867. Sul tema si vedano anche H. Bischof, *Verfassung, Gesetz, Verordnung und richterliches Prüfungsrecht der Verfassungsmässigkeit landesherrlicher Gesetze und Verordnungen*, in *Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß*, XVI, 1859, pp. 235-294, 385-422, XVII, 1860, pp. 104-144, 253-304, 448-464 e R. von Gneist, *Soll der Richter auch über die Frage zu befinden haben, ob ein Gesetz verfasssungsmässig zu Stande gekommen? Gutachten für den vierten Deutschen Juristentag*, Berlin, Springer, 1863, in particolare pp.5-6; per i decenni successivi si vedano, G. Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, Freiburg, Mohr, 1887, E. Hubrich, *Das Reichsgericht über den Gesetzes- und Verordnungsbegriff nach Reichsrecht*, Berlin, Struppe & Winckler, 1905. Cfr. J. Luther, *Idee e storie*, cit., pp.141-168.

[33] R. von Gneist, *Soll der Richter auch*, cit., p. 22.

[34] L. Lacchè, *Il potere giudiziario*, cit., pp. 31-32.

[35] L. Mortara, *Commentario*, cit., I, p. 124. Di simile avviso sono F. Degni, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 228, S. Romano, *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano* (1902), ora in *Scritti minori*, Padova, Cedam, 1950, I, p. 238.

[36] A. Brunialti, *Il diritto costituzionale*, cit., I, p. 336. L'autore aveva utilizzato toni più espressamente critici nel saggio *Funzione politica del potere giudiziario*, in *Archivio giuridico*, V, 1870, p. 408. Si veda la trattazione fattane da L. Lacchè, *Il potere giudiziario*, cit., pp. 25-45.

[37] E. Piola Caselli, *La magistratura*, cit., p. 138.

[38] E. Hedde, *Du rôle politique du pouvoir judiciaire dans la constitution des États-Unis*, Paris, V. Giard et E. Brière, 1895, p. 6. Cfr. R. De la Grasserie, *De la fonction et des juridictions de cassation*, cit., p. 88, A. Brunialti, *Il diritto costituzionale*, cit. I, p. 324, L. Mortara, *Commentario*, cit., I, p. 130, e già G.D. Tiepolo, *Della suprema autorità giudiziaria*, cit., p. 169, A. Caveri, *Corte di terza istanza*, cit., p. 469.

[39] A. Brunialti, *Funzione politica del potere giudiziario*, cit., p. 404. Confermerà tali approcci in *Il diritto costituzionale*, cit., in particolare, I, pp. 322-325.

[40] S. Romano, *Osservazioni preliminari*, cit., p. 217. Il tentativo di Romano è quello di elaborare, con una "osservazione microscopica", ma senza rinunciare ai due principi sopra indicati, una più circostanziata teoria dei limiti della funzione legislativa.

[41] L. Mortara, *Commentario*, cit., I, p. 123. Cfr. M. Bignami, *Costituzione flessibile*, cit., pp. 27-43.

[42] F. Degni, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 228. È questo un orientamento dottrinale ben consolidato. Cfr. M. Bignami, *Costituzione flessibile*, cit., pp. 27-28. Il criterio

distintivo sarà ancora impiegato negli anni Trenta; cfr. G. Arangio Ruiz, *Intorno al sindacato giudiziario sulle leggi*, in *Studi di diritto pubblico in onore di Oreste Ranelletti nel XXXV anno del suo insegnamento*, Padova, Cedam, 1931, I, pp. 21-23.

43 L. Mortara, *Commentario*, cit., I, p. 123. Cfr. A. Brunialti, *Il diritto costituzionale*, cit. II, p. 591, C. Lessona, *La legalità della norma*, cit., p. 45.

44 S. Romano, *Osservazioni preliminari*, cit., p. 228 e p. 217.

45 A. Brunialti, *Il diritto costituzionale*, cit. II, p. 591, L. Mortara, *Commentario*, cit., I, pp. 123-124, C. Lessona, *La legalità della norma*, cit., pp. 39-45.

46 F. Degni, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 229. Non sono però sindacabili gli *interna corporis*. Così anche M. D'Amelio, *Corte di Cassazione,* in *Enciclopedia italiana di scienze lettere ed arti*, IX, 1931, p. 539, C. Lessona, *La legalità della norma*, cit., pp. 43-44, A. Brunialti, *Il diritto costituzionale*, cit. II, p. 592.

47 A. Brunialti, *Il diritto costituzionale*, cit., II, p. 593 e vol. I, p. 322 e già F. A. De Marchi, *Dell'autorità giudiziaria siccome guarentigia dell'osservanza dello Statuto*, in «Monitore dei tribunali», I, 1860, pp. 545-549. Orientamenti con tali valenze erano seguiti dalla tradizione dottrinale tedesca. Sono riassunti da R. von Gneist, *Soll der Richter auch*, cit., pp. 3-4 e pp. 22-23. Cfr. R. John, *Rechtsültigkeit und Verbindlichkeit*, cit., pp. 260-262, H. Bischof, *Verfassung, Gesetz, Verordnung*, cit., passim. Cfr. M. La Torre, *Scienza giuridica e stato di diritto. Leonard Nelson e Georg Jellinek*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2, 1999, p. 395.

48 L. Mortara, *Commentario*, cit., I, p. 130.

49 Così A. Brunialti, *Il diritto costituzionale*, cit., I, p. 172 e II, p. 592; la linea è ribadita anche in I, p. 322.

50 E. Hedde, *Du rôle politique du pouvoir judiciaire*, cit., p. 16.

51 S. Romano, *Osservazioni preliminari*, cit., pp. 240-242. Tale approccio serve anche a individuare le ipotesi in cui il legislatore può modificare lo Statuto; e cioè: quando la modifica è imposta «dalla necessità», intesa come «diritto che scaturisce immediatamente e direttamente dalle forze sociali»; quando si tratti di riconoscere una consuetudine; quando la modifica è indiretta consistendo in una integrazione dello Statuto (pp. 236-238).

52 A. Brunialti, *Funzione politica del potere giudiziario*, cit., pp. 406-407.

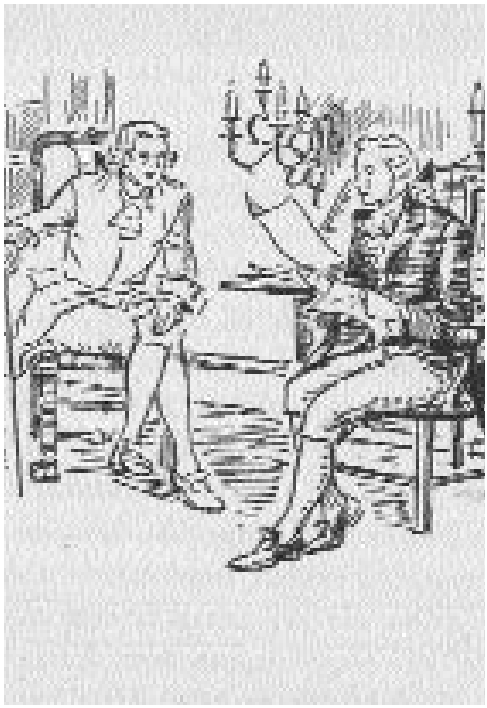
53 G.M. Malvezzi, *Sulle tesi delle convenienza di unificare la Corte di Cassazione in Italia*, Venezia, tip. Emiliana, 1872.

54 G. Cianferotti, *Storia della letteratura amministrativistica italiana*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 757 e anche p. 756. Cfr. J. Varela Suanzes, *Riflessioni sul concetto di rigidità costituzionale*, cit., p. 3332, in riferimento alla «concezione materiale della legge» elaborata dalla giuspubblicistica tedesca.

55 B. Brugi, *Dalla interpretazione della legge al sistema del diritto*, in *Per la storia della giurisprudenza e dell'Università italiane*, Nuovi Saggi, Torino, 1921, p. 17. Cfr. M. Meccarelli, *Un senso moderno di legalità. Il diritto e la sua evoluzione nel pensiero di Biagio Brugi*, in «Quaderni fiorentini», 30, 2001, pp. 124-184.

56 Sul "giusliberismo" italiano si vedano P. Grossi, *Scienza giuridica italiana*, cit., e dello stesso *Itinerari dell'assolutismo giuridico. Saldezze e incrinature nelle "parti generali" di Chironi, Coviello e Ferrara*, in «Quaderni fiorentini», 27, 1998, p. 168-227, *Interpretazione ed esegesi*, in *Studi in memoria di G. Tarello*, I, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 282-307, «*La scienza del diritto privato*». *Una rivista progetto nella Firenze di fine secolo*, Milano, Giuffrè, 1988, P. Costa, *L'interpretazione della legge: François Gény e la cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, in «Quaderni fiorentini», 20, 1991, p. 428, L. Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1975.

57 L. Mortara, *Commentario*, cit., I, p. 71.



Il difficile connubio: un itinerario tra storia e amministrazione nelle pagine dell'Enciclopedia del diritto (1958–1992)

ALESSANDRO MACRÌ

Premessa

> Le droit administratif actuel, comme toute autre branche du droit, a son histoire. Pour le bien comprendre, les phases par lesquelles il est passé sont d'une importance incomparable [...] nous pouvons maintenant embrasser d'un coup d'oeil toute une série de révolutions importantes et profondes qui se sont produites dans un espace de temps assez court et qui viennent seulement d'être achevées. Ici, l'histoire du droit n'a pas à constater le développement paisible, semblable à celui de l'arbre, qui pousse de jeunes rejetons et laisse périr les vieux; il ne s'agit pas d'un lent accroissement et de l'épanouissement des différentes formes qui aujourd'hui nous entourent. C'est le fondement tout entier, qui est, à chaque fois, changé[1].

Con queste parole, Otto Mayer apriva la *partie générale* della traduzione francese, da lui stesso curata, della sua famosa opera *Deutsches Verwaltungsrecht*, pubblicata originariamente tra il 1895 ed il 1896, dimostrando, primo di una lunga serie, un certo qual interesse per le tematiche dello sviluppo storico del diritto amministrativo. Interesse destinato a concretizzarsi in prassi contenutistica riscontrabile nei più celebrati manuali di diritto amministrativo, a partire appunto dal tornante di fine secolo durante il quale, nelle pieghe di imponenti impianti dogmatici che prendono corpo in poderose opere di sintesi, si definiscono le linee portanti della sistematica e della "specialità" di questa nuova entità disciplinare: il diritto amministrativo.

A dispetto di una depurazione e cristallizzazione giuridica di quest'ultimo da qualsiasi commistione storica, politologica, filosofica – decantata dagli esponenti del metodo giuridico – fa capolino un fugace accenno al farsi storico di una disciplina che, seppur appena delineatasi in forma larvale in terra d'Oltralpe a partire dall'età napoleonica, o – così nell'auto-legittimante vulgata teorica otto-novecentesca – maturatasi e costruitasi gradatamente, quasi in una lotta secolare, a partire da archetipi lontanissimi nel tempo ed in diretta connessione con il succedersi delle forme storiche di Stato[2], fino alla trionfante giuridicizzazione dell'ottocentesco Stato di diritto, richiede pur sem-

pre un antecedente logico, una contestualizzazione storica dalle venature talora mitopoietiche che le consenta di assestarsi, di acquisire fisionomia, anche a costo di forzate contrapposizioni rispetto ad universi istituzionali affatto eterogenei.

Le ricostruzioni si fanno carico del peso del tempo e, secondo itinerari logici più o meno plausibili, si dipanano lungo il fluire ininterrotto dei secoli per cercare le matrici originarie, intrecciandosi necessariamente con gli apparati organizzativi e le dinamiche funzionali che qualsivoglia ordinamento politico ha via via modellato per le istituzioni deputate alla cura degli interessi dei governati.

Oggi, a distanza di tanto tempo, cosa rimane di quei tentativi di incursione retrospettiva, delle poderose sequenze modellistiche di forme di stato e di istituzioni, concatenantesi come ingranaggi, pensate dai primi Maestri della scienza del diritto amministrativo?

Cercarle nello strumento che oggi rappresenta il primo punto di partenza dogmatico per chi si voglia avvicinare alle nozioni ed agli istituti giuridici, ossia l'*Enciclopedia del diritto*, è lo scopo di queste brevi notazioni.

Analizzare alcuni lemmi, strutturalmente non concepiti con un taglio meramente aderente al dato normativo o tecnico-giuridico, alla scoperta di spunti di ricostruzione storica, può essere un ulteriore mezzo per fare il punto della situazione in ordine al complesso problema della declinazione del rapporto tra storia ed amministrazione – ovviamente con tutte le cautele del caso imposte dalla constatazione delle gabbie contenutistiche entro le quali si trova costretta una voce enciclopedica – o, in ogni caso, per osservare, attraverso la trama offertaci dall'evoluzione delle istituzioni amministrative, delle teorie che le hanno supportate, dei contrasti dottrinali cui possono aver dato luogo, il ruolo giocato dall'insieme di questi elementi nella trasformazione di lungo periodo della cornice delle odierne strutture pubbliche.

Non sfugge, certamente, la difficoltà di reperire, tra le pieghe dei dettagli legislativi e dei tecnicismi, significative contestualizzazioni storiche od aperture a vocazione storico-istituzionale, nondimeno voci come quella – già analizzata in un contributo precedente, in questa stessa rubrica, da F. Lucarini – *Stato (storia)* di Maurizio Fioravanti (già in *Enc. del dir.*, vol. XLIII, *ad vocem*, Giuffrè, Milano, 1990; ed ora, rivisitato, in ID., *Stato e costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Torino, Giappichelli, 1993, da cui si cita) sono ben espressive del livello di consapevolezza raggiunto circa la pregnanza del « fattore amministrativo-pubblico quale ulteriore carattere distintivo della modernità politica» (p. 22).

Né il contenitore prescelto per la selezione dei contributi, con il suo taglio eminentemente giuridico, è del tutto peregrino. È sufficiente riflettere sull'influenza esercitata dalle ricostruzioni prospettate dagli esponenti del pensiero giuridico e della dottrina amministrativistica classica sopra accennati – le quali, volenti o nolenti, si sono rivelate ben difficili da rimuovere fino a tempi recenti, quasi una sorta di involontaria e persistente griglia concettuale[3], trasferitasi perfino nell'adozione, nel linguaggio comune, del lemma "amministrazione" in riferimento a periodi a dir poco sospetti –, per comprendere come anche ai frutti della riflessione giuridica e storico-giuridica si sia debitori di rilevanti contributi per una messa a fuoco del fenomeno amministrativo.

Non si può, su opposto versante, non concordare con quanto sottolineato nell' *Introduzione* alla sua *Storia dell'amministrazione italiana* da Guido Melis, il quale, in una breve rievocazione dello sviluppo della storiografia amministrativa italiana, associa ad una rinnovata stagione di studi, legata alla valorizzazione di una approfondita ricerca d'archivio, il raggiungimento di una «percezione della complessità del momento amministrativo sia rispetto alla dimensione giuridico-normativa (ineliminabile, ma non per questo totalizzante) sia a quella meramente politica» (p. 11).

È da questo "difficile connubio", quindi, tra storia istituzionale ed amministrativa e storia del diritto, così come del pensiero giuridico, che possono giungere i risultati più incisivi per la comprensione del fattore "amministrazione", di tutta la sua secolare e complessa evoluzione. D'altronde, già recenti opere manualistiche su questo tema, come quelle di Melis e di Mannori–Sordi appunto, danno segnali estremamente positivi al riguardo, facendo ben sperare in progressi futuri e confermando le potenzialità di una possibile sinergia tra i due approcci.

Resta solo da dire che le voci analizzate faranno, rispettivamente, riferimento al tema delle origini dell'amministrazione (*Polizia*), a quello del suo sviluppo storico e del relativo statuto giuridico costruitole attorno (*Amministrazione pubblica*, *Diritto amministrativo*), ed infine alla rilevante problematica degli strumenti approntati per la soluzione dei conflitti sorgenti tra soggetto privato e pubblica autorità (*Contenzioso amministrativo*, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*).

Polizia: un passaggio ineludibile verso l'amministrazione moderna?

L'onda lunga della vulgata tramandata dalla dottrina amministrativistica della fine dell'Ottocento circa gli snodi epocali che conducono all'evoluzione degli apparati amministrativi e di un loro correlato statuto e strumentario giuridico, è dato riscontrarla nella voce *Polizia*, bipartita nella trattazione concernente il periodo del diritto intermedio ed il diritto pubblico vigente.

Nella prima, dovuta alla penna di Mario Sbriccoli, eminente studioso di storia del diritto, pur concentrandosi l'attenzione sui profili storici dell'enucleazione di una funzione di prevenzione dei reati e di garanzia dell'ordine pubblico – quale quella di polizia, appunto, nella sua moderna accezione – non manca qualche accenno a quel connubio interpretativo che ha visto legati i destini della «funzione di governo» e della «funzione di polizia» (p. 117).

Osservando gli sviluppi successivi alla crisi, per non dire "evanescenza", del potere centrale, collocantesi tra IX e X secolo, è con la rinascita della dimensione cittadina, con le problematiche ad essa connesse del mantenimento di «sicurezza e di ordine, di convivenza e di moralità, di organizzazione, approvvigionamento, igiene» (p. 113), che si assiste alla faticosa emersione di un «nuovo ruolo» per la "polizia".

Il contesto della città-stato basso medievale vede crearsi, *in nuce*, le condizioni per la confluenza degli interessi oligarchici del ceto dominante in una rappresentazione unitaria che li prospetta come interessi comuni a tutti i cittadini, in una cornice di pratiche di governo e di legislazione statutaria le cui parole d'ordine di *"utilitas publica"* o *"bonum civitatis, communis, rei publicae"* consolida-

no le fondamenta concettuali della nuova funzione di governo e di controllo che sta lentamente emergendo.

La conseguente rinascita del concetto di autorità pubblica costituisce il prodromo logico per un più incisivo intervento di regolamentazione ed ispezione successiva mirante alla verifica dell'osservanza dei precetti stabiliti. Senza addentrarsi nella disamina dei campi d'azione e dei soggetti istituzionali deputati ad occuparsene, è sufficiente rilevare, ai nostri fini, la continuità di un siffatto processo, attraverso le fasi storiche delle Signorie, dei Principati, fino ai nascenti Stati regionali e, in successione, sino agli antichi Stati italiani, in una dinamica d'espansione della funzione di *polizia* che procede di pari passo alla «complicazione della vita civile, allo sviluppo della vita economica, ed alla progressiva assolutizzazione del potere politico dei Principi» (p. 115).

La distinzione tra " polizia di benessere" e "polizia di sicurezza" comincia a farsi più nitida, sebbene, in principio, i metodi operativi adottati siano per molti profili simili. L'occhiuta sorveglianza, la trama repressiva di controlli e divieti, sono i caratteri di una *polizia* cui l'assolutismo – a partire dal XVI secolo –, in un crescendo normativo di «constitutiones, statuta, prammatiche, ordinanze, capitolari, bolle, editti, ordini, decreti, bandi, gride e notificazioni» (p. 116), conferisce una *"potestas inspiciendi suprema"*, finalizzata alla "*cura avertendi mala futura*" ed allo "*ius promovendae salutis*". Ma gli esiti di questo sviluppo sono strani.

Se l'*ordre dans la rue* mantiene sempre un ruolo preminente nel quadro funzionale della polizia d'*Ancien régime*, la specificazione dei limiti di quest'ultima verrà, specie nel XVIII secolo, cristallizzata in una teorizzazione che sovrappone «funzione di governo» e «funzione di polizia», ponendo le basi per la «costruzione dottrinale del cd. Stato di polizia» (p. 117)[4]; in una sintesi, quindi, che, privilegiando l'unitarietà ricostruttiva alle sfumature storiche, fa convergere in un unico alveo le diverse attitudini d'intervento dei vari esempi di organi magistratuali nati prima come organi di polizia e poi trasformatisi in giurisdizionali, nell'indistinzione, per non dire sovrapposizione, tipica di quella temperie storica, tra funzioni di giustizia, polizia e governo.

Ed è proprio questo processo ad essere maggiormente sviluppato nel successivo contributo di A. Chiappetti – dedicato alla nozione di "polizia" nel diritto pubblico vigente – nel quale, in una breve trattazione introduttiva, esplicitamente votata a recuperare, attraverso l'ausilio della prospettiva storica, una dimensione unitaria del concetto di "polizia", si tenta di riannodare le fila di una secolare evoluzione.

Indubbiamente quest'ultimo vanta origini, anche semantiche, assai risalenti nel tempo, collegandosi già dal punto di vista della radice lessicale all'archetipo aristotelico della «*politeia*, come fine generale di buon governo dello Stato, come dover essere della *polis*» (p. 121).

Per seguire allora l'evoluzione di questo prototipo concettuale, l'unica via proficua è quella di doppiarne l'itinerario in diretta connessione con «l'evoluzione storica degli ordinamenti statuali» (*ibid.*), giusta l'ovvia constatazione che l'attuale stato normativo e la configurazione teorica di esso altro non sono che il risultato finale di «una secolare evoluzione della legislazione che ha sempre avuto come punto fisso di riferimento, una nozione "originale" ».

Un punto di partenza decisivo è costituito dalla *riscoperta* del termine "polizia" in

coincidenza con la temperie della nascita e dello sviluppo dello Stato moderno. L'«immanenza» (p. 122) del concetto di polizia è assodata in ogni scansione evolutiva di questo processo, «da quello della formazione, con il superamento del frazionamento feudale, a quello della stabilizzazione, con la razionalizzazione della figura statuale ad opera dell'Illuminismo, dalle vicende delle monarchie assolute fino al liberalesimo» (*ibid.*). Nello stato assolutistico l'interconnessione tra la funzione di polizia, garante di una «ideale situazione sociale di ordine, di sicurezza e di benessere» e la ricerca del «consenso da parte delle classi produttive emergenti», perseguito dai sovrani continentali, viene presentato come dato indubitabile. I monarchi francesi ed i principi tedeschi, dalla fine del '400, si "impossessano" della funzione di polizia, tentando di conseguire, a fini dinastici o patrimoniali, una aggregazione territoriale ed una concentrazione dei poteri pubblici. Tutto ciò in antitesi al pluralismo ed alla frammentazione politico-istituzionale di matrice medievale. Perentoriamente il monarca si pone al centro della scena: «attraverso il potere di emettere ordinanze di polizia, *Polizeiordnungen*, e dotandosi degli apparati serventi di giustizia e di amministrazione», egli «ha trovato la forza per realizzare il nuovo assetto pubblicistico» (p. 122). La sicurezza interna, lo sviluppo dei traffici e delle industrie, nell'ambito di dimensioni territoriali ampie, sono ormai risultati alla sua portata; è questo il cammino che conduce alla «creazione dello stato moderno».

A queste finalità corrisponde una *dilatazione* del concetto di polizia, la quale «viene a costituire il fondamento dell'autorità monarchica assolutistica, legittimata dalla finalità dell'ordine, della sicurezza e del benessere» (p. 123). Ed ancora, dato ai nostri fini significativo, si sottolinea la circostanza che vede il principe dotarsi «di una propria giurisdizione e di un apparato amministrativo a lui facente capo» (*ibid.*). E' questa configurazione ipostatizzata della potestà di emanazione di *Polizeiordnungen* e del suo ruolo nella fase storica di consolidamento dello stato moderno ad essere stato evidenziato «per merito della scienza giuridica tedesca a cavallo tra Seicento e Settecento, in relazione allo studio e sistemazione della *Polizeiwissenschaft*» (p. 123).

Siamo così giunti al tornante, già sottolineato da Sbriccoli, che vede espandersi le fondamenta dello "*ius politiae*". D'ora in poi assisteremo, nell'economia della parte storico-descrittiva della voce che stiamo analizzando, ad un processo dinamico, diremmo, di azione e reazione che registra un'iniziale dilatazione del campo teorico ed operativo della "polizia" ed un successivo restringimento, con le dovute eccezioni, sino alle dimensioni iniziali.

Sotto la spinta manipolativa della "scienza della polizia", le maglie della fitta rete regolativa gettata in base al potere di ordinanza superano le barriere della *Sicherheit*, della sicurezza e dell'ordine pubblico, per giungere a comprendere la *Wohlfahrt*, il benessere dei singoli, quale presupposto del benessere collettivo e pubblico, che, in un quadro di pulsione eudemonistica, «consente al monarca di intromettersi, legiferando e *amministrando*» (p. 123). È questa la fase del *Polizeistaat*, dello Stato di Polizia.

Il disciplinamento, le scienze ausiliarie dello Stato divengono lo strumento di una rinnovata azione di governo «sull'intera vita sociale ed economica». Ma non è tutto. Nel quadro dipinto dall'estensore della voce,

rinnovato si presenta anche lo strumentario e la consistenza stessa «degli apparati serventi dell'esercizio del potere di ordinanza: la giustizia e, in modo massiccio, l'amministrazione statale» (p. 123). Si giustificherebbe, quindi, l'ipotesi di un salto di qualità verso l'amministrazione in senso moderno, evento già predicabile in questo periodo denso di pregnanti modificazioni, non ultima delle quali «la correlazione tra le due combacianti nozioni del *Polizeistaat* e del *Verwaltungstaat*… indice della strettissima correlazione tra l'esistenza stessa dello stato moderno e la necessarietà e centralità di una struttura amministrativa permanente la quale si dimostra a lungo andare come il vero centro di imputazione della sovranità dello stato assoluto» (p. 124).

È in questo passaggio che la *Verwaltung*, l'amministrazione appunto – nella sua accezione "tedesca" dato che il riferimento, seppur non esplicitato, pare essere esemplato sull'esperienza dell'assolutismo di stampo germanico –, si rivestirebbe di un plusvalore teorico e funzionale, venendo intesa nel significato «onnicomprensivo di qualsivoglia attività esercitata dal pubblico potere» (*ibid.*), sia pure nell'indistinzione dei poteri consustanziale allo stato assoluto.

Invero il tessuto argomentativo, in questi passaggi, pare un po' risentire, conformemente all'impressione suggerita dalle indicazioni bibliografiche poste a piè di pagina (vengono citati, tra gli altri, i non recenti lavori, seppur di impianto e solidità non passibili di oblio, di Bussi, di Astuti, di Miglio), di qualche forzatura interpretativa che non restituisce appieno la cifra della dimensione amministrativa della stagione dello Stato di Polizia. Prima di tutto è da segnalare l'apparente universalizzazione dell'esperienza tedesca, che sacrifica i divergenti percorsi nazionali di evoluzione normativa ed istituzionale del soggetto "amministrazione", che – seppur nell'apparente univocità semantica del denominatore di questa stagione (*Policey*, *police*, *policìa*, *polizia* – o, più diffusamente, *Buon Governo*) – percorre itinerari peculiari per ogni rispettiva area geografica. Parimenti forzata – quasi una riproposizione degli automatismi, già segnalati, tipici della giuspubblicistica ottonovecentesca – appare la descrizione di un'amministrazione matura ben prima del tempo della sua reale incubazione come funzione e potere autosufficiente dal punto di vista teorico e funzionale; una descrizione che, al di là dell'esatta individuazione di un crescente tessuto regolativo di cui si fa promotore il potere centrale, ne oblitera le caratterizzazioni tipiche dell'*Ancien régime*, vuoi nella forma della necessaria mediazione giurisdizionale a livello di esecuzione – tipica di un *Justizstaat* –, vuoi il substrato permanentemente corporativo e cetuale che ne condiziona ed impaccia, con le sue ramificate e profonde radici, l'azione, per non dire la plausibile predicabilità di esistenza.

D'altronde, ad attenuante, si deve registrare il diverso oggetto cui la voce, seppur ineludibilmente collegata con il tema dell'amministrazione, è dedicata nonché il progresso degli studi in questo campo specifico[5]. Né va sottaciuto il fatto che, a proposito dell'evoluzione del concetto di "polizia" successiva alla rivoluzione francese ed, a seguire, sino all'arco temporale dell'apogeo dell'età del liberalismo, Chiappetti opportunamente opera delle puntualizzazioni.

Per tornare alla metafora dell'espansione e riduzione del campo teorico ed operativo della "polizia", giustamente se ne segnala la «drastica modificazione» conseguente

all'irrompere delle idee e delle innovazioni proprie dell'89. Proprio in terra d'oltralpe lo sviluppo degli innovativi principi della separazione dei poteri fa cadere il «tropo della conservazione e del benessere» (p. 124) tipico dell'azione dello *Stato di polizia*, facendone confluire la relativa nozione verso l'originario ambito del mantenimento dell'ordine e della sicurezza, e dischiudendo al contempo le porte all'ingresso di una *administration*, questa volta veramente rinnovata, espressione di una funzione costituzionalmente deputata alla realizzazione dei fini pubblici, potere destinato a dispiegarsi in un contesto di superamento degli assetti giustiziali e delle pastoie corporative.

L'opposto avverrà nei «regimi di monarchia costituzionale limitata [...] delle monarchie dell'Europa centrale» (p. 125). In questi contesti la evitata "irruzione" dei nuovi principi, anche dopo il tornante del 1848, non consentirà repentini cambiamenti di conduzione politica della cosa pubblica; sarà cioè possibile per «l'esecutivo tedesco (e austriaco) [...] continuare ad operare, in un largo ventaglio di attribuzioni secondo gli antichi criteri monocratici dello *ius politiae*» (*ibid.*).In altri termini, sarà possibile registrare una perpetuazione – solo per alcuni profili, aggiungiamo noi – di quella vecchia protagonista, la *Policey*, che continuerà «a rappresentare ancora un'ampia parte dell'azione amministrativa dello stato, presentandosi come un incontestabile elemento di continuità con la precedente esperienza dello stato assoluto e della sua forma settecentesca più perfezionata, di Stato di polizia» (*ibid.*). Affermazione che, pur generica, rispecchia un certo tasso di attendibilità.

Organizzazione o statuto giuridico?

Nella prossima voce che passiamo ad analizzare, *Amministrazione pubblica (premessa storica)*, frutto della penna di un giurista positivo dalla spiccata sensibilità storiografica, Massimo Severo Giannini, maestro della dottrina amministrativistica italiana, ci vengono prospettate delle riflessioni che, a dispetto della seppur sintetica vocazione storico-ricostruttiva suggerita dall'intitolazione, si offrono piuttosto come perspicue indicazioni di carattere metodologico ed epistemologico.

Senza dubbio, osserva preliminarmente l'autore, non sfuggì agli operatori del diritto del secolo scorso il macroscopico ed incessante sviluppo delle pubbliche amministrazioni, circostanza che si ritenne di spiegare in base ai postulati di una «concezione quantitativa» (p. 231): la rilevante caratura legislativa e giuridica assunta dalle istituzioni amministrative non sarebbe stata altro che l'evidenziazione progressiva dell'importanza di questo nuovo soggetto pubblicistico, un tempo latente.

L'esistenza, nei diritti dell'antichità, «di una normazione comune ai privati e ai pubblici operatori» nonché la copertura e messa in atto di «gran parte dei servizi personali degli uffici dei pubblici *munera* [...] (da parte dei) *servi pubblici*» ed ancora, durante il seguente periodo feudale, la rilevanza puramente fattuale degli apparati amministrativi esplicavano il basso profilo, la dimensione minimale degli apparati organizzativi e del correlativo statuto operativo «negli ordinamenti giuridici generali dell'antichità». Senonché tale deterministica e semplicistica spiegazione era destinata a non reggere l'offensiva euristica condotta sulla scorta dei risultati di più accurate ricerche storiche.

Lungi dall'accreditare l'ipotesi di «una continuità di sviluppo quantitativo» (p. 231), questi ultimi dimostrano l'esistenza di salti qualitativi: «a determinati momenti gli ordinamenti generali necessari, quantomeno nell'esperienza politica dell'occidente, cambiarono la loro struttura, attribuendo separato rilievo giuridico a gruppi di uffici che si raccolsero sotto il nome di *pubbliche amministrazioni*»(*ibidem*). Uno sviluppo, quindi, non graduale ed indisturbato, ma fatto di problematiche scansioni interne, interpretabile in virtù del riconoscimento della sua intrinseca «storicità». Caratteristica che, se ne facilita l'approccio cognitivo, al contempo prospetta la necessità di fissare "paletti" terminologici e concettuali ben definiti. Primo di tutti quello della distinzione tra «apparato amministrativo» pubblico e «pubblica amministrazione in senso proprio».

Mentre il primo indica prosaicamente «ogni ordinazione di servizi di persone e di servizi di mezzi organizzato secondo un disegno preventivo» (p. 232), piattaforma ineliminabile di qualsivoglia ordinamento se non sua stessa condizione di esistenza, è solo con l'assunzione di «rilevanza giuridica separata» da parte di quest'ultimo che si giunge alla dimensione sovraordinata della seconda entità sopracitata. È questo uno scarto qualitativo che abilita il passaggio da una descrizione meramente analitica della storia degli apparati amministrativi e della loro disciplina, da una «narrativa episodica e sezionale» – sostanzialmente coincidente con la storia del diritto pubblico di ordinamenti nei quali, nell'indistinzione delle funzioni, «l'organizzazione costituzionale dei pubblici poteri è tutt'uno con l'organizzazione amministrativa e con quella giudiziale» – ad un taglio ricostruttivo, sembra suggerire la trama argomentativa nell'assenza di una esplicita presa di posizione, inserito in coordinate scientifiche decisamente più definite.

Si tratta di uno snodo concettuale particolarmente delicato, soggetto a dar adito a «confusione di idee», in particolar modo consideratone lo stretto collegamento con lo spinoso tema, croce e delizia della storiografia istituzionale, del concetto di Stato. Se non si adotta l'accortezza linguistica di non declinare tale termine che per gli «ordinamenti generali necessari che son venuti in vita al XVI secolo» (p. 232), si è destinati ad incorrere nell'equivoco sostanziale per cui «quasi per un meccanico procedere si trasferiscono ad ordinamenti generali necessari, precedenti cronologicamente il sorgere dell'ordinamento generale necessario denominato Stato, gli attributi e le caratteristiche, anche strutturali, proprie di quest'ultimo» (*ibidem*).

Le aspettative suscitate dall'indicazione di questi scogli concettual-linguistici si stemperano, però, nel riconoscimento, da parte dello stesso autore, del parziale disinteresse degli studiosi – «per ragioni varie, non ultima delle quali la non rilevante utilità» – verso un'analisi della posizione giuridica degli apparati amministrativi nei periodi precedenti la formazione dello stato. La nebbia su tali passaggi pre-statuali è destinata a diradarsi nella fase segnata dalla configurazione delle impalcature istituzionali del periodo comunale, grazie all'introduzione – una sorta di salvifica intermediazione – della «nozione di persona giuridica, e l'applicazione di essa all'ente rappresentativo della comunità». Ma è solo con il XVIII secolo, con la sanzione della formula organizzatoria della divisione dei poteri che si opererà, entro la cornice degli apparati dei pubblici poteri, una

separazione di complessi organizzativi, consentendo la «qualificazione come pubblica amministrazione [...] (del) complesso costituito dalla Corona, dal Governo e dagli uffici esecutivi ed ausiliari».

Ci si incammina quindi, come sottolineato anche precedentemente, verso il confine che segna l'inizio dell'assunzione di rilevanza giuridica da parte di tali rinnovate soggettività istituzionali, unitamente all'uso di un «corpo di norme giuridiche proprie, le quali potranno essere indifferentemente tanto un ramo speciale del diritto comune ai privati e ai pubblici poteri, quanto un corpo di norme separate, che col tempo daranno origine al diritto amministrativo».

Ed è, dunque, sulla scia di queste considerazioni generali, frutto di una astraente utilizzazione di elementi concettuali tratti dalla scienza dell'amministrazione così come da una libera interpretazione della narrazione storica, che Giannini ci introduce involontariamente all'analisi di una categoria giuridica ingombrante, che subito para dinanzi il grosso interrogativo delle proprie origini: il *Diritto amministrativo* appunto, cui è dedicata l'omonima voce.

Se pare indubbio, dice l'autore, che con tale espressione si indichi un *quid* che ripete la propria formulazione, seppur in nuce, al contesto culturale e politico dell'89 – erano stati i legisti della rivoluzione francese ad introdurre le nozioni di amministrazione pubblica, potere amministrativo, atto amministrativo, contenzioso amministrativo (p. 855) –, non è possibile però eludere degli interrogativi di fondo che sorgono spontanei. E prima della rivoluzione esisteva un diritto amministrativo? Se sì, perché non ci se ne era accorti? O, altrimenti, se non c'era perché nacque proprio in quella occasione?

È con la dirompente elementarità retorica di questi quesiti che Giannini apre la propria trattazione. Inutile anche solo il tentare di ripercorrere vicende dottrinali intricatissime, terreno fertile per «dotte accademie». Vale la pena, però, di lumeggiare gli snodi concettuali che le hanno accompagnate, al fine di comprendere le problematiche attuali con l'ausilio delle indicazioni forniteci dagli sforzi speculativi trascorsi.

Nel secolo scorso si contrapposero due scuole di pensiero: una, propensa, con il suggello dell'*auctoritas* di Romagnosi, a vedere nel diritto amministrativo un «diritto nuovo»; l'altra, invece, disposta a riconoscere la «novità» della «scienza» del diritto amministrativo e non della sottostante branca normativa. Con un atteggiamento fideistico nella potenzialità dell'ingegno speculativo che riesce a manipolare, sino alla costruzione di un sistema scientifico perfetto e conchiuso, il materiale grezzo del diritto, ci si adagiò nell'accettazione, talora acritica, della tesi di un fantomatico «diritto amministrativo incognito» (p. 856). Esso era sempre esistito, quasi una sorta di connotazione naturalistica ed «indisponibile della statualità *tout court*»[6]. Ad infrangere tale sicurezza bastò la semplice «acquisizione comparatistica» che il mondo – per tanto tempo sconosciuto e, per questo, soggetto a quell'alone di mistero e incomprensione che ne consegue – della civiltà giuridica inglese non conosceva un diritto amministrativo, pur potendo vantare risalenti sperimentazioni di istituzioni amministrative (ad esempio l'autogoverno). Abbandonate orgogliose quanto sterili qualificazioni di sottosviluppo culturale per tali esperienze, non restava che riconoscere, grazie alle intuizioni novecentesche di giuristi quali Hauriou, Fleiner, Zanobini che la «novità»

era da predicarsi non solo per la scienza, ma anche per il «ramo del diritto» (*ibid.*). Tesi divenuta dominante al tempo della stesura della voce.

D'altronde, tale conclusione sfavorevole alla tesi del diritto amministrativo incognito è suffragata dalla riproposizione, da parte di Giannini, delle distinzioni operate nel contributo analizzato precedentemente (*Amministrazione pubblica-premessa storica cit.*) tra mere organizzazioni e maturi ordinamenti generali di stampo statuale nonché delle partizioni introdotte nell'ambito dei differenti stadi evolutivi delle istituzioni amministrative, le quali, lungi dall'essere innocenti sfumature semantiche prive di incidenza, nascondono un contenuto sostanziale.

La verità è che «esiste una nozione di istituto amministrativo» – che con disinvoltura viene applicata retroattivamente – «che non è giuridica ma di scienza dell'amministrazione» ed impone ogni cautela, atteso che «il trasporto di simboli verbali ad indicare realtà anteriori al momento della nascita o dell'introduzione dei simboli stessi è da accogliere sempre con grandissime cautele nelle scienze dell'uomo a causa della storicità del reale che esse studiano» (p. 858).

Se il diritto amministrativo è presente in una determinata dimensione, esso annette ed implica la sfera delle organizzazioni amministrative (o buona parte di esse); in caso contrario, quest'ultime non vengono meno, benché al prezzo di una mutazione di qualificazione giuridica. È proprio questa evenienza, prosegue l'autore, a costituire il nocciolo del dilemma: quali sono i «tipi strutturali di disciplina dei fatti amministrativi» – intesi unitariamente sotto la veste dell'organizzazione e del reciproco risvolto funzionale di essa in termini di attività (*id est* azioni, omissioni, fatti ed atti, situazioni soggettive, effetti e risultati) – nell'assenza di un diritto amministrativo?

Rispondere a questo «difficilissimo» interrogativo, implica, anche, ripercorrere storicamente le varie tappe percorse nel faticoso processo di regolamentazione dei fatti amministrativi; operazione che riceverà, nell'ambito della voce, un parziale abbozzo, essendo piuttosto compito della «dottrina futura» colmare le lacune degli studi di storia del diritto pubblico, sinora troppo «descrittivi ed elementarizzanti per quanto concerne le categorie giuridiche di qualificazione» (p. 859).

Vengono così enucleate quattro categorie di tipi strutturali di ordinamenti generali moderni: uno è quello degli «ordinamenti a diritto comune» (Giannini preferirebbe la locuzione «a normazione unitaria») in cui i fatti amministrativi sono regolati dal diritto privato, rivisto alla luce delle esigenze "pubblicistiche" cui deve adattarsi, e vi è una normazione omogenea per tutti gli operatori giuridici dell'ordinamento. Sua caratteristica precipua è che l'atto autoritativo è ancora uno *iussus*, coercibile tramite l'intermediazione del giudice, che infatti ha un « ruolo primario» (p. 859), con i suoi poteri decisionali in materie pubbliche, anche se ciò lo inabilita ad assumere le vesti di titolare di un ufficio burocratico.

Un secondo tipo è quello «degli Stati ispirati ai principi costituzionali dell'assolutismo pieno» (p. 860), in cui tutti i poteri pubblici usano un diritto "proprio", dato che si è in presenza di un ordinamento improntato alla predominanza di rapporti soggettivi riconducibili al binomio "potestà-soggezione" (viene citato il tipico caso della Francia del XVIII secolo).

Seguono due tipologie intermedie, una delle quali è quella dei Paesi anglosassoni «in cui vi è una compresenza di *ius publicum* e di *ius privatum*» (*ibid.*), ove il primo regola i fatti amministrativi concernenti l'aspetto organizzativo (fatti interorganici), mentre il secondo quelli concernenti l'attività (fatti intersoggettivi). Vi si riscontra, dunque, un predominio di un "diritto comune ad operatori privati ed a pubblici poteri", a fronte di un'area minoritaria costituita da «una normazione che compone il diritto costituzionale, a contenuto fortemente autoritativo»: in sintesi, massiva presenza del diritto "comune" e spiccato giurisdizionalismo, come meccanismo di difesa delle situazioni soggettive private colpite da atti autoritativi.

Infine, si ha un altro tipo intermedio caratterizzato dall'*actum principis*, in cui predomina sì una vasta area di rapporti intersoggettivi regolata dal diritto comune, spesso comunque costellato di "*privilegia fisci*", cui fa riscontro, però, un'altra zona in cui l'autorità pubblica del sovrano ha una latitudine assoluta, non controllabile giudiziariamente. Quest'ultima si materializza in «atti fortemente autoritativi e direttamente eseguibili anche con la coercizione» (*ibid.*), ma non è priva di confini, superati i quali si rientra nella zona di diritto comune, soggetta al controllo del giudice. Sono annoverabili in tale tipo i Paesi dell'area germanica, tra i quali l'Austria, che costituiscono specie dell'assolutismo illuminato, ed in cui, per la nettezza e rilevanza del confine sopra ricordato, si introduce una larga delimitazione normativa dell'ambito degli *acta principis*, ed una disciplina dei procedimenti contenziosi volti a rendere controllabile dal centro l'azione dei poteri locali. In sintesi, vi vige una normazione non di diritto comune, né di diritto dello Stato, e non ancora qualificabile come diritto amministrativo, bensì riconducibile, probabilmente, a quel *Polizeirecht* ed alla *scienza camerale*, ricordati dall'autore come prodotti tipici dei Paesi collegabili alla tipologia degli ordinamenti generali in analisi.

Con questa incursione, impostata su un taglio a cavaliere tra rievocazione storica e tipizzazione fondata su basi categoriali legate alle nozioni di scienza dell'amministrazione, ancora una volta l'autore ci mette in guardia dal rischio di cadere in fallaci proiezionismi storici, o di essere tentati di «ritenere che le istituzioni di cui si riscontra la continuità o la riedizione o la simiglianza siano tutte istituzioni amministrative» (p. 861).

Il pericolo di prospettare un *continuum* storico non fondato su basi razionali né, tanto meno, su corrette qualificazioni giuridiche è sempre in agguato.

La decostruzione, quindi, della categoria del "diritto amministrativo incognito" riceve un altro tassello argomentativo significativo, nell'auspicio che possa ricevere ulteriore impulso dalla «nuova attenzione che sta salendo intorno alla storia dell'amministrazione pubblica» (p. 860).

Pari cautela deve adottarsi nella ricostruzione del problema delle origini storiche del diritto amministrativo. Ad essere scartate preliminarmente sono le spiegazioni offerte dai «pubblicisti pandettisti del secolo scorso», che lo vedevano come una conseguenza dell'instaurazione dello Stato costituzionale o della correlativa applicazione del principio della divisione dei poteri; stessa sorte incontrano quelle che attribuivano la sua benefica creazione allo Stato di diritto (che però, come si osservò, era tale *in quanto* possedeva un diritto amministrativo, a testimonianza di come si fosse incorsi in una

patente tautologia). L'autore ricorda, infatti, che la semplice valutazione degli esempi offerti dai casi dell'Inghilterra e degli Stati Uniti d'America, privi di un diritto amministrativo, smentisce tali assunti.

Accoglienza migliore non trova, infine, la teoria – già analizzata nella disamina della voce *Polizia* – tanto in voga presso gli «studiosi di lingua tedesca», che sostiene l'idea di una successione, nel corso dell'età moderna, delle forme "statuali" di un *Justizstaat*, seguito dal *Polizeistaat*, e coronata, a chiusura, dallo "Stato di diritto" «inteso nel senso specifico di Stato in cui l'amministrazione è legata nella sua azione al principio di legalità» (p. 861).

Pare più proficuo, all'autore, affidarsi ai risultati conseguiti sulla base di studi improntati«ad una più vigilata coscienza storica» (*ibid.*).

È così che per la nuova branca si predica un'origine alle cui radici sta la «confluenza delle esperienze costituite dai tipi strutturali *ad actum principis* e del *Polizeirecht* con i principi costituzionali introdotti dalla Rivoluzione francese, e con lo spirito di razionalità dei legisti francesi» (p. 861); confluenza che vede sicuramente nella carica innovativa dei principi dell'89, e soprattutto della normazione ad essi conseguente, un imprescindibile punto di partenza. In definitiva, in consonanza con quanto affermato dagli studi più recenti, è in quel frangente storico che si sostiene sia stata tenuta a battesimo l'invenzione di un moderno "spazio amministrativo".

Segue poi una rapida carrellata sulle vicende storiche di sviluppo della disciplina che definisce lo statuto giuridico di una nuova presenza istituzionale: l'amministrazione.

Partendo dalle argomentazioni fornite da storici come Salvemini e Lefebvre, che qualificano il diritto amministrativo come uno strumento nelle mani della borghesia, che di esso si serve in funzione antagonista contro le classi sociali concorrenti, una sorta di «creatura dei Termidoriani» venata di autoritarismo, costituente un potente veicolo di accentramento e di centralizzazione, così come di controllo sociale – icastica e suggestiva la frase usata da Giannini: «si potrebbe dire, forse un po' forzando, che il diritto amministrativo sorse per dare nuovi manici a vecchie mannaie» (p. 862) –, l'autore cerca di riportare entro giuste coordinate, maggiormente aderenti ad una trattazione giuridica, la problematica affrontata, che deve essere inquadrata su un ottica di lungo periodo.

L'estensore della voce si immerge in una rievocazione di largo respiro (di cui volutamente tralasciamo la parte dedicata all'età contemporanea ed alla scienza del diritto amministrativo nella sua versione dottrinale, analisi che pure ha segnato un momento di sintesi di indiscusso valore, riconosciuto ancor oggi), che vede opporsi, in un confronto serrato, i due poli costitutivi della neonata branca, quello «autoritativo» e quello «se non libertario, almeno non autoritario» (p. 862). Pur conscio delle «espressioni ipostatiche» adottate (p. 863), Giannini coglie l'intima cifra di quello che sarà il carattere saliente dell'utilizzo fatto e delle valutazioni date su questa nuova disciplina. Un'entità giuridica strutturalmente bifronte, soggetta a scosse interne, spesso sottoposta a torsioni ed irrigidimenti dalle venature autoritarie, funzionali alla ricerca di un bilanciamento del rapporto libertà-autorità troppo spesso non favorevole al cittadino. Nondimeno «strumento di civiltà» che, se interpretato e rivolto in direzione garantista, sarà destinato, nell'arco di un faticoso

processo di evoluzione e secondo modalità più sofferte di quelle evocate nel corso della voce, ed in tempi a noi molto più vicini di quelli della famosa stagione dello Stato di diritto, ad offrire il proprio contributo al progresso dell'ordinamento giuridico.

«Un pianeta in gran parte sconosciuto»: la giustizia amministrativa preunitaria nella forma del contenzioso amministrativo.

È con l'espressione ad effetto riportata nell'intitolazione di questo paragrafo, mutuata da un contributo di sintesi risalente a qualche tempo fa[7], che ci accingiamo ad addentrarci nell'analisi delle due ultime voci dell'*Enciclopedia del diritto* prescelte, inerenti alla problematica dei conflitti sorgenti tra soggetto privato, *uti singulus*, ed amministrazione.

Fortunatamente, alla luce dello stato di avanzamento degli studi, può ben predicarsi un significativo progresso delle conoscenze in merito alle origini del contenzioso amministrativo, alle sue radici teoriche ed ai connessi sviluppi istituzionali. Studi come quelli di Abbamonte, di Aimo, di Feola, di Mannori – per non parlare dei rilevanti contributi della storiografia d'oltralpe per la rispettiva esperienza nazionale – hanno gettato uno squarcio di luce su un campo d'indagine che, sebbene ancora in buona parte inesplorato (in particolare modo per alcune realtà statuali preunitarie) più che sconosciuto, inizia a restituirsi agli occhi degli storici in un'immagine dai contorni più nitidi, grazie anche alle importanti acquisizioni storiografiche raggiunte in ordine al dibattito dottrinale che vivificò la concreta prassi di quest'esperienza istituzionale.

Trattazioni, allora, come quella della voce *Contenzioso amministrativo (premessa storica)*, redatta da Giuseppe Franchi, mantengono comunque la loro utilità come epitome dei lineamenti di sviluppo normativi ed organizzativi che caratterizzano la stagione del contenzioso, presentandone una panoramica sulla base dei noti e risalenti contributi descrittivi dovuti alla penna dello Schupfer, di Salandra e del Bertetti (e stupisce che in bibliografia non venga menzionata la fine – seppur sintetica e focalizzata sull'esperienza sardo-piemontese – trattazione fattane, all'inizio del secolo scorso, da un giurista della statura di Cammeo).

Va notato, preliminarmente, come la voce in analisi entri subito *in medias res*, affrontando la questione dell'esperienza preunitaria del contenzioso, senza un richiamo comparativo alle vicende genetiche del sistema francese di *contentieux administratif* – che trovano sintetica esposizione in un'autonoma partizione della stessa voce, espressamente dedicata al diritto comparato vigente – il quale, come è noto, trova le propria fondamenta nei provvedimenti emanati nella convulsa, ma normativamente produttiva, stagione che intercorre tra i lavori dell 'intero arco della legislatura dell'Assemblea costituente[8] – pervasi da uno spirito creativo e "costituente"[9], nell'accezione lata e simbolica assunta da tale termine in quel torno di tempo – ed i nuovi e significativi sviluppi della legislazione dell'anno VIII, con la istituzione del *Conseil d'Etat* (art. 52 della costituzione consolare) e dei consigli di prefettura (legge 28 piovoso). Tracce normative tangibili, queste, della faticosa presa d'atto della consustanziale inerenza all'azione amministrativa di una verifica giudiziale, da non attribuirsi alla cognizione del giudice ordinario in quanto esponente di un potere

altro rispetto all'amministrazione. Non ancora "vera" giustizia amministrativa, e comunque parziale risposta, per i cittadini, al bisogno di istanze di controllo in caso di conflitti di interessi tra la parte privata e l'autorità, pur in un sistema caratterizzato dalla particolare posizione di preminenza riconosciuta all'amministrazione.

Pleonastico ricordare come il modello francese abbia influito profondamente nella configurazione dei sistemi di "giustizia amministrativa" degli Stati preunitari, sia durante che nella stagione successiva al dominio napoleonico nella penisola.

Ecco, allora, che il lettore si trova proposto un quadro ricostruttivo impostato su una tripartizione: da una parte, vi sono esperienze di «tendenzialmente completa» (p. 614) esenzione dell'amministrazione dalla giurisdizione, come nel caso del Ducato di Modena e del Regno Lombardo-Veneto; dall'altra, un sistema di giurisdizione unica, attuato nel Granducato di Toscana; ed infine l'insieme prevalente, anche per numero di aree geografiche e di realtà statuali, dei sistemi in cui il contenzioso di ispirazione francese viene mantenuto, vale a dire nel Ducato di Parma, nel Regno delle Due Sicilie, nel Regno di Sardegna e nello Stato pontificio.

Analizzando partitamente le singole realtà istituzionali, risaltano subito i casi di quelle emancipatesi dal modello d'oltralpe, una volta venuta meno la dominazione francese. Per quanto riguarda il Ducato di Modena, appunto, le controversie amministrative vengono rimesse ai ministeri competenti per materia e – a partire dal 1852 – ai delegati provinciali in primo grado ed al Ministro dell'Interno in secondo e, talora, ultimo grado; a chiudere il sistema, contro le decisioni di una amministrazione *iudex in causa propria*, viene concesso un ricorso in appello – in controversie non di carattere finanziario – al Supremo Tribunale di revisione, ma solo per questioni di diritto e non di fatto.

Parimenti – ma in un contesto istituzionale di ben più rilevante caratura, come quello lombardo-veneto – il modello francese di contenzioso viene abbandonato dopo il ritorno dei territori agli Austriaci. Pur dopo un iniziale prolungamento di vigenza, infatti, viene ristabilita la competenza degli organi esecutivi – in un'ampia gamma di settori di interesse ed intervento pubblico come in materia di strade, acque, boschi, miniere, imposte – a conoscere delle controversie sorte e a provvedere alla loro composizione; al contrario, spetta ai tribunali ordinari la trattazione delle cause relative alla « proprietà e altri diritti, compresi quelli nascenti da pubblico appalto e incluse – fino al 1835 – le imposte indirette» (p. 615).

Del tutto peculiare, poi, l'esperienza toscana, dove, ad una generale competenza dell'autorità giudiziaria – tranne che in tema di pensioni, di contabilità pubblica e di appalti di strade – fa riscontro un così strutturato sistema di ricorsi «aventi natura semi-giurisdizionale ed esperibili davanti ad autorità amministrative specializzate contro gli atti dei Comuni» (così ci informa Mannori nell'articolo sopra citato, p. 144), da far sostenere al Franchi – in maniera imprecisa, ma perfettamente conseguente alla scarsa conoscenza a tutt'oggi raggiunta in merito a tale esperienza – che « per contenzioso amministrativo si intendeva in Toscana il rimedio del ricorso gerarchico» (*ibid.*).

A parte le eccezioni alla regola sopra descritte, frutto del recupero delle precedenti matrici originarie risalenti, rispettivamente, al modello amministrativo del riformismo asburgico, per il Lombardo-

Veneto, ed alla tradizione istituzionale autoctona del Granducato, si deve constatare la persistenza, negli altri casi, dell'influenza del prototipo francese.

Proprio nei territori più intimamente legati alla Francia, quelli del Regno d'Italia, si era assistito all'introduzione del sistema del contenzioso amministrativo, nel 1805. Nel seno del neo costituito Consiglio di Stato, infatti, la sezione del consiglio degli Uditori era incaricata di riferire in adunanza plenaria le «questioni relative al contenzioso amministrativo, sia in primo grado, sia in appello dalle decisioni prese, in materie tassativamente indicate, dal consiglio di prefettura. La deliberazione dell'assemblea generale del Consiglio di Stato doveva essere approvata dal Re» (p. 615). Così, nelle parole del Franchi, si rievoca il funzionamento di queste strutture e dei relativi meccanismi decisionali, palesi calchi dell'archetipo originale, destinati a costituire un punto di riferimento fondamentale per la prassi contenziosa degli Stati preunitari. Impossibile soffermarsi, seppur concisamente, in queste brevi notazioni, sul profondo ascendente esercitato dall'opera dottrinale di figure quali quella di G.D. Romagnosi, indiscusso protagonista intellettuale di quella stagione, giustamente ricordato nel testo dall'estensore della voce.

È così che, pur venuta meno la presenza francese, ci si confronta e se ne toccano con mano i lasciti. A cominciare dal piccolo Ducato di Parma, dove il Consiglio di Stato, riorganizzato a partire dal 1814 ed ordinato definitivamente nel 1822, contempla una sezione specificatamente votata alla trattazione del contenzioso e contro le cui decisioni è ammesso appello al Consiglio plenario.

Lo stesso dicasi per il Regno delle Due Sicilie, dopo il rientro dei Borboni, che vede confermate ed affinate le linee guida del sistema del contenzioso del Regno di Napoli napoleonico, che aveva tenuto a battesimo l'opera dei consigli di intendenza, le cui pronunce erano suscettibili di appello al Consiglio di Stato.

Con la nuova legge sul contenzioso amministrativo del 21 marzo 1817 e quella sulla relativa disciplina del procedimento del 25 dello stesso mese, si pongono le basi per l'operatività di quella che era destinata ad essere la più completa tra le coeve esperienze preunitarie.

Basata su una clausola sufficientemente lata, che attribuiva al contenzioso «le controversie che, cadendo sopra oggetti dell'amministrazione pubblica, la interessano direttamente o indirettamente», e su un'elencazione tassativa ma ampia degli «oggetti dell'amministrazione pubblica », nonché con l'ausilio di una fiorente ed acuta dottrina giuridica, la prassi degli organi del contenzioso del regno meridionale denotava un discreto grado di affinamento, sì da render oggetto dell'attenzione degli studiosi, ancora fino ad oggi, l'attività dei consigli di intendenza e della Camera del contenzioso della Gran Corte dei Conti, le cui decisioni in sede di appello erano dal Re approvate o sostituite con la decisione di un'altra camera della stessa Corte.

Neppure lo Stato Pontificio si rivela impermeabile alle suggestioni del modello francese. Seppur in ritardo, nel 1835, con l'editto Gamberini viene introdotto l'«ordinamento della giurisdizione delle materie amministrative», che vede – seppur in un quadro applicativo generale della neonata giurisdizione che non eccellerà per qualità e quantità – come organi del contenzioso «le congregazioni governative in primo grado per le controversie di interesse locale, con

appello al Legato e, in mancanza, alla Congregazione del buon governo; la Congregazione camerale per le controversie più importanti con appello alla Congregazione di revisione» (p. 616), con la previsione – in caso di revoca o di riforma della decisione di primo grado da parte del giudice d'appello – di una terza istanza giurisdizionale presso il Consiglio Supremo.

Questa complessa gerarchia viene ulteriormente completata, con gli editti Antonelli del '50 e '51, che istituiscono una sezione di giurisdizione contenziosa presso la recente struttura del Consiglio di Stato.

Per ultima , non in ordine di importanza e quasi a suggerire le linee direttrici di riferimento entro le quali si muoverà il sistema della giustizia nell'amministrazione del futuro Stato post-unitario, viene analizzata l'evoluzione dell'esperienza del contenzioso nel Regno di Sardegna. Senza addentrarci nella graduale costruzione, durante la stagione delle riforme dell'assolutismo sabaudo del XIX secolo, di embrionali strutture atte a dirimere le controversie tra privati e pubblica amministrazione – facenti capo agli intendenti ed alla Corte dei Conti, e, dopo le riforme di Carlo Felice del '22, anche ai tribunali di prefettura (giudici ordinari) – è con le Regie Patenti del 1842 (integrate dal regio editto del 29 ottobre 1847) che il Piemonte si incanala verso un sistema assimilabile al modello francese, con la creazione di organi propriamente contenziosi, i Consigli di intendenza, contro le cui decisioni di primo grado – previste per un *numerus clausus* di materie, quali le imposte, le riscossioni, gli appalti pubblici, le acque e strade pubbliche, la contabilità degli enti locali – è dato appello alla Corte dei conti, limitatamente però a quelle di maggiore rilevanza.

Ed è proprio sul crinale della conclusione di questa sintetica, ma al contempo completa carrellata descrittiva del contenzioso degli Stati preunitari, che la voce denuncia i limiti di un taglio troppo ancorato al dato legislativo formale. Nel momento in cui si esaurisce la costruzione dell'impalcatura istituzionale di questo sistema, dalla Restaurazione in avanti, paradossalmente se ne devono registrare anche i primi segnali di crisi, concretizzantisi nella «sempre più insistente [...] corrente di giuristi che voleva abolito il sistema del contenzioso», collegata, in una dimessa e liquidatoria connessione, se non altro temporale, «ai fermenti liberali che portavano – nel Piemonte di Carlo Alberto – all'abolizione, nel 1847, di molti giudici speciali e del foro privilegiato per il regio patrimonio» (p. 617).

All'aprirsi di una successiva parte della voce, dedicata alla rievocazione delle schermaglie per l'abolizione del contenzioso amministrativo ed all'instaurazione del sistema di giustizia amministrativa post-unitario, si avverte una cesura logica, l'assenza di elementi che forniscano un barlume di spiegazione in merito all'improvvisa contestazione del precedente sistema.

A prescindere dalle motivazioni sottese a questa avversione ed alla questione della sua fondatezza o meno su reali deficienze tecnico-giuridiche o su disfunzioni applicative - che già autorevolmente sono state segnalate e commentate, come ad esempio nel contributo di Mannori più volte richiamato, e che non è compito di queste brevi notazioni rievocare - si sente la mancanza di una presa di posizione in merito, che, sola, possa contestualizzare gli sviluppi storici successivi.

Tra i tanti progetti presentati, nell'offensiva abolizionista, si segnalano quelli del ministro Galvagno (1850) – nella cui rela-

zione di presentazione si affaccia per la prima volta una distinzione destinata a lunga fortuna, quella tra diritti ed interessi – e due di Rattazzi (del 1854 e del 1857), progetti nei quali, a livello propositivo, si spazia dall'ipotesi di una devoluzione di tutte le controversie alla giurisdizione ordinaria, ad una più blanda riduzione delle clausole attributive di competenza, per materia, del giudice del contenzioso.

È con i pieni poteri conferiti al Governo che la situazione si sblocca, conciliando l'attuazione di riforme, legate al nome di Rattazzi, le quali sanciscono l'istituzione di Consigli di governo, organi che, con la legge 30 ottobre 1859 n. 3708, divengono giudici ordinari del contenzioso amministrativo; mentre giudici di appello sono, in materia di contabilità, la Corte dei Conti, ordinata con la legge 30 ottobre 1859, n. 3706, e nel resto il Consiglio di Stato (legge n. 3707), dotato di apposita sezione del contenzioso. Ma si tratta del canto del cigno del contenzioso. Pur a fronte della sua estensione – nel periodo precedente la formazione della nuova compagine statale unitaria, con le annessioni – alla Lombardia ed alle Marche, ed al suo mantenimento a Parma e nel meridione, la successiva constatazione della divisione del Paese in una sostanziale bipartizione istituzionale, tra aree già a tendenziale giurisdizione unica ed aree tuttora sotto la vigenza del sistema del contenzioso, nonché il peso di esempi di sanzione costituzionale del principio di unità di giurisdizione (quale quello sancito nella *Constitution* belga del 1831), attizzano il fuoco delle polemiche e propiziano le schermaglie e le prese di posizione nei confronti della prassi del contenzioso amministrativo. Eventi abbastanza noti per essere rievocati e che coinvolgono nomi destinati ad occupare il proscenio della politica italiana, quali Minghetti, Crispi, Rattazzi – per citare solo i più noti.

Furono costoro ad animare un dibattito di alto profilo, la cui conclusione era forse già in parte segnata. Sulla base del progetto presentato dal Peruzzi, dopo alcune modifiche si giunge all'allegato E della legge sull'unificazione amministrativa del Regno del 20 marzo 1865, n. 2248, che abolisce «i tribunali speciali investiti della giurisdizione del contenzioso amministrativo» (art. 1) e devolve alla giurisdizione ordinaria «tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile e politico, comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione e ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa», limitando però il potere di cognizione dei giudici ordinari e stabilendo che, in ogni caso, «l'atto amministrativo non potrà essere revocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti autorità amministrative, le quali si conformeranno al giudicato dei tribunali in quanto riguarda il caso deciso (art. 4, 2° comma) ». È, quello sopra citato in merito alla devoluzione di giurisdizione, il famoso art. 2 che segna la fine di un'esperienza ed, a breve distanza, il riaccendersi di un conflitto suscitato dalle manchevolezze del sistema, presto evidenziatesi.

È quasi l'attuarsi di una legge del contrappasso, quello cui si assiste; una vendetta postuma da consumarsi a breve distanza di tempo a danno dell'inaugurata giurisdizione unica. La drastica diminuzione delle posizioni soggettive tutelate – basti pensare al famoso «ch'ei si rassegni» pronunciato dal Mancini a riguardo dei meri "interessi" – ed una prassi applicativa che denota le tare del nuovo modello, ne incrinano presto la carica innovativa. La storia del delicato rappor-

to tra giustizia e amministrazione continuerà ad occupare le agende dei lavori parlamentari, ad innescare dotte disquisizioni e suscitare contrasti dottrinali. Ancor oggi permangono divisioni nell'interpretazione della scelta abolizionista, vista la perdurante scissione tra i sostenitori della sua valenza sostanzialmente garantista, seppur intrisa di un certo intellettualismo dottrinario, e coloro che vi riscontrano i segni di una frettolosa ed ingiustificata alzata di scudi nei confronti dell'esperienza del contenzioso.

Viene spontaneo notare che, in definitiva, gli sviluppi successivi ci mostrano, con le modifiche attuate ad un non lungo lasso di tempo – peraltro occupato in serrate polemiche sul tema della "giustizia nell'amministrazione" – ad un sistema da poco inaugurato, che le vittime erano state due: l'eccessiva fiducia degli abolizionisti nelle proprie tesi e le potenzialità non valorizzate del contenzioso. Una la causa necessitata e sufficiente: un nuovo stato da costruire, con un'amministrazione forte a sostenerne le fondamenta ancora non assestate.

Un laborioso processo: la formazione del sistema italiano di giurisdizione amministrativa

Come anticipato sopra, quello che poteva sembrare un punto di arrivo, la legge n. 2248, all. E, si rivela piuttosto come il blocco di partenza da cui prende inizio un faticoso cammino di riforme, fatto di incertezze, di passi falsi, di altisonanti discussioni che producono risultati compromissori.

Il dato oggettivo è, dunque, quello di una normativa che, piuttosto che rivelarsi come «pietra angolare del sistema» (p. 231), è semmai la prima di una serie di statuizioni legislative che non esauriscono «la disciplina della giustizia amministrativa: i problemi della giurisdizione si risolvono in base ad una normativa non scritta, nata dalla paziente opera di integrazione (creazione) dell'ordinamento svolta dalla giurisprudenza»(p. 250). È nella trama argomentativa che separa queste due decise affermazioni, che la voce *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione* di M.S. Giannini e A. Piras ci presenta una ricostruzione critica delle vicende e dei personaggi che hanno dato vita al nostro sistema di giustizia amministrativa.

Per comprendere l'impianto stabilito nel 1865, e nella fattispecie il principio basilare di esso, ossia quello dell'unicità di giurisdizione – impresa non facile, considerati i molteplici «aspetti della riforma che sconcertano chi riconsideri oggi l'intera materia» (p. 233), come l'artificiosità dell'alternativa tra giurisdizione ordinaria e speciale, la distinzione tra diritti e meri interessi, l'incerta disciplina dei conflitti di attribuzione così come il mantenimento di talune giurisdizioni speciali – gli autori si rifanno ad una considerazione estranea alle «teorizzazioni successive alla riforma».

Certo, si può discutere sul contesto culturale, permeato da un marcato individualismo di matrice liberale, in cui matura la scelta abolizionista; così come lo si può fare circa la reperibilità, sul momento, di criteri alternativi di individuazione della giurisdizione; o sulla volontà di far salvo il principio della separazione delle funzioni e dei poteri dello stato. Ma non è questa l'ipotesi interpretativa suggerita.

Più prosaicamente si sottolinea la necessaria finalità, nemmeno tanto recondita, di ricercare, attraverso la normazione del '65, «un difficile punto di equilibrio tra due

opposte esigenze, l'esigenza di non togliere nulla al carattere autoritativo dell'azione amministrativa, la necessità di ammettere, sia pure con le dovute cautele e riserve, il principio dell'azionabilità delle pretese verso l'amministrazione», e tra le due «la prima prevalse sulla seconda» (p. 234).

La conservazione – e successiva moltiplicazione – di numerose giurisdizioni speciali a tutela di quelle situazioni soggettive non ricadenti nell'alveo dei "diritti civili e politici", così come la mancata attribuzione delle controversie che fossero insorte in ordine alla giurisdizione ad un organo dello stesso potere giudiziario, ossia ad una delle Corti di Cassazione esistenti – come si sa, tale competenza venne affidata al Consiglio di Stato –, non sono altro che indici di inevitabili deviazioni dalla coerente configurazione del «tipo di struttura [...] e costrutto teorico» adottati (p. 235), entrambi sacrificati sull'altare della necessità politica.

In un contesto che, nella prassi applicativa, denotava i limiti intrinseci delle previsioni normative, buona parte delle controversie è quindi lasciata nelle mani dell'amministrazione attiva, nei meandri delle gerarchie burocratiche, facendo risaltare ancor di più le aporie del congegno legislativo appena messo in azione. Ma le riforme erano ancora lontane. Nel frattempo, a fronte di vistose dimenticanze, come l'oblio di una specifica menzione circa la problematica dei rapporti scaturenti dalla «materia di diritto pubblico relativa ai corpi morali legalmente riconosciuti» – leggi Comuni e Province –, non includibili nel cono di proiezione della formula dei "diritti civili e politici", si prospettano nuove direttrici di sviluppo.

Creato appositamente uno speciale ricorso al Re, esteso anche al merito dell'affare, è il Consiglio di Stato che "fatalmente" tende «ad assumere le funzioni di un organo supremo di giustizia nell'amministrazione» (p. 235). Occorre intendersi sul punto. Nessun intervento legislativo sancisce tale funzione; anzi, scarse furono le voci che «si levarono a reclamare riforme» fino alla rivoluzione parlamentare del 1876. Pur tuttavia – tra il 1865 e il 1876 – la giurisprudenza relativa ai ricorsi al Re, a detta degli autori, costituisce il materiale che sarà il punto di riferimento del movimento politico e dottrinario degli anni '80 per "la giustizia nell'amministrazione". Ad onor del vero, nemmeno di giurisprudenza in senso proprio si può parlare, visto che il Consiglio di Stato emetteva pareri sui quali la risoluzione era adottata con decreto reale; comunque l'alto consesso, pur nella consapevolezza – espressa nei pareri resi – che il rimedio straordinario con il quale si confrontava «non poteva essere sperimentato a difesa di situazioni giuridiche che già avessero la loro tutela nell'azione di fronte ai tribunali ordinari» (p. 236), fornisce un contributo nella definizione della posizione deducibile in giudizio – la quale va oltre i "diritti condizionati o affievolibili" –, sino a giungere ad enucleare idee come la possibilità di considerare suscettibili di protezione «le aspettative legittime, garantite dalla legalità dei procedimenti attraverso i quali si formano gli atti amministrativi», o quella di «interesse diretto, personale ed attuale» in tema di legittimazione a ricorrere o, infine, un abbozzo del nucleo concettuale della valutabilità della «legittimità intrinseca del provvedimento amministrativo oltre la conformità alla legge» (p. 238).

Anche gli autori esprimono cautela nel prospettare tale vicenda, quasi una sorta di reviviscenza di una «specie di contenzioso

amministrativo», ma fanno leva sulla circostanza che «niente riuscì ad opporsi a che funzionasse anche nel nostro ordinamento un istituto ed un rimedio del quale era sentita l'esigenza e che poteva ritenersi consentito dalla legge, ove di questa si fosse accettato un intelligente adattamento ai bisogni pratici della vita» (p. 237).

Nella descrizione di un clima in bilico tra aggiustamenti in corso d'opera e surrettizie ricomparse non è possibile non far menzione della questione dei conflitti di attribuzione. È attorno ad essa che erano confluite le disfunzioni del sistema.

Ad un congegno legislativo che aveva pressoché relegato nella dimensione dell'irrilevante giuridico tutta la sfaccettata e composita area degli "interessi", si erano aggiunte le pronunce del Consiglio di Stato, questa volta assai meno proficue, che non si erano certo indirizzate verso un *favor*[10] giurisprudenziale nei confronti della giurisdizione ordinaria.

Ad un'amministrazione sempre pronta ad usare l'"arma" della richiesta di verifica della giurisdizione per «sottrarre alla competenza dei tribunali ordinari una rilevante serie di affari amministrativi che coinvolgevano diritti civili» (p. 238) si associa, dunque, la "timidezza"[11] dei tribunali ordinari nell'opporre resistenza a tale spoliazione – vuoi anche per il pressoché incontestato dominio della distinzione tra atti emanati *iure imperii* o *iure gestionis* quale criterio distintivo della competenza del giudice ordinario a difesa dei diritti – anche a fronte di un atto emanato *iure imperii* dall'amministrazione. Sulla base di queste considerazioni risulta facile comprendere come anche la legge n.3761 del 1877 non poteva risolvere, da sola, le pecche del sistema, valendo piuttosto «ad eliminare gli inconvenienti maggiori derivanti dalla normativa sui conflitti, restituendo la pronuncia sulla giurisdizione (ché in questa si risolveva la decisione sul conflitto di attribuzione) al suo naturale giudice, ossia ad una delle Corti di Cassazione», nella fattispecie alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione di Roma (p. 239).

La verità è che il principio dell'unicità di giurisdizione aveva perduto «tutto il suo originale fulgore» (p. 240), anche agli occhi di coloro che lo avevano sostenuto, ed era destinato ad incontrare ben presto le prime dure critiche ed ostili prese di posizione.

Inizia così un lungo cammino accidentato attraverso il quale gli autori ci guidano con mano sicura, sebbene a prevalere, in fondo, sia un taglio espositivo orientato in senso teorico-dottrinale, capace comunque, con qualche densa e lucida apertura più marcatamente storico-politica o, talora, con fulminanti affermazioni, di restituirci delle istantanee del clima entro il quale verranno a maturare le successive riforme che approntano la piattaforma legislativa su cui si basa ancora, in buona parte, l'assetto della giustizia amministrativa.[12]

Si parte dal vasto movimento politico e dottrinario per la giustizia nell'amministrazione che, singolarmente, trova tra i suoi più eminenti esponenti personaggi legati alla «parte politica alla quale appartenevano i legislatori dell'unificazione» (p. 240), tra i quali si può ricordare Silvio Spaventa (l'autore del famoso discorso di Bergamo del 1880) ed il Minghetti. Indubbiamente vi è una componente tecnica alla radice di questa ricca stagione politico-culturale, legata alle evidenziate anomalie funzionali del sistema messo in piedi nel '65, ma giustamente si sottolinea anche l'importanza della mutata percezione delle questioni sul tappeto susseguente alla svolta politica del '76.

Alla base di un rinnovato fervore riformistico si pone la consapevolezza «dell'ineluttabilità della trasformazione del governo parlamentare in governo di partiti….la convinzione al fine raggiunta che la libertà » – prendendo a prestito le parole di Spaventa – «deve cercarsi non tanto nella costituzione e nelle leggi politiche, quanto nell'amministrazione e nelle leggi amministrative» (p. 240). La necessità di trovare nuovi strumenti interpretativi della realtà politica del paese, così come mezzi giuridici atti a difendere il cittadino dai possibili abusi dell'autorità, viaggiano di pari passo, in tale frangente, con un dibattito che coinvolge l'essenza stessa della dinamica statale, in rapporto all'incidenza di quest'ultima sui termini di definizione dei rapporti di peso da instaurare, nella cornice di un moderno Stato di diritto, tra le diverse componenti del problematico binomio concettuale libertà-autorità.

La prospettiva tecnico-giuridica non viene sicuramente tralasciata, ed è così che, sulla scia delle suggestioni del «modello germanico», si propone la creazione di una vera giurisdizione amministrativa che, a dispetto dell'altisonante prospettazione dei problemi sul tappeto, più dimessamente, nelle proposte di Spaventa si sostanzia nella «semplice riforma delle attribuzioni e forse della composizione del Consiglio di Stato, nonché delle attribuzioni giurisdizionali e del procedimento delle Deputazioni provinciali, e allo sviluppo delle facoltà giurisdizionali attribuite a parecchie commissioni e corpi amministrativi [...] (che) deliberavano senza garanzia nessuna di procedimento» (p. 241). Una riforma, quindi, tutta interna al sistema, di palese impronta moderata, ben espressiva delle contraddizioni del modello liberale allora per la maggiore.

Dopo una serie di tentativi andati a vuoto, tocca al progetto di legge presentato da Crispi nel 1887, tagliare il traguardo dell'approvazione, nel 1889, sancendo, nel disposto della legge n. 5992, l'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato, chiamata a decidere sui ricorsi per incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge degli atti amministrativi. A fronte degli elementi di novità sottolineati dagli autori, costituiti dall'introduzione della distinzione tra giudizio di legittimità e giudizio di merito, della precisazione della definizione dei vizi che davano luogo ad annullamento e delle norme stabilite per affermare il principio che l'eccezione di incompetenza della IV sezione comportava la sospensione del procedimento ed il rinvio alla Cassazione per la decisione sulla giurisdizione, non vengono, però, celate le aporie concettuali ancora sottese alla riforma e che si riverberavano nella profonda incertezza circa la natura giurisdizionale o meno dell'organo appena istituito e circa le posizioni giuridiche soggettive da quest'ultimo tutelate. Gli strali dei critici si concentravano allora sulla mancata rottura rispetto al sistema del 1865, sul mancato superamento del criterio discriminante relativo agli atti di impero o di gestione, in una parola – sulla scorta delle preziose informazioni forniteci da Salandra (pp. 243-244) –, nella perpetuazione della configurazione del Consiglio di Stato come «organo, per quanto eminente, della pubblica amministrazione», una sorta di moderatore dell'«azione degli organi minori dell'amministrazione medesima». Una creatura, quindi, che «come accade ad ogni istituzione, la quale non rappresenti la razionale e completa effettuazione di un ideale politico o giuridico, ma, innestandosi ad istituti preesistenti, a torto o a ragione lasciati intatti, si risolve in una serie di transazioni e compro-

messi» risultando, a giudizio di alcuni, «opera deficiente ed insufficiente» (*ibidem*).

Ad onor del vero, pur rispecchiando un quadro veritiero per ciò che attiene alle certezze concettuali raggiunte, bisogna però ricordare come tramite questa riforma si fosse recuperata ad una forma di tutela giuridica tutta quella vasta area degli "interessi" che la normativa del '65 aveva lasciato scoperta; il che non è certo risultato irrilevante, considerato anche il quadro politico, caratterizzato da un precario rapporto libertà-autorità, entro il quale la riforma veniva ad inserirsi. Ciò nondimeno, neanche l'istituzione, nel 1890, delle Giunte provinciali amministrative, con funzioni anche di tribunali amministrativi di prima istanza – contro le cui decisioni, peraltro, relativamente a materie stabilite con il criterio dell'enumerazione, ci si poteva appellare al Consiglio di Stato – contribuisce in modo determinante ad assestare il sistema, se non altro per il ruolo residuale cui vengono presto relegate.

Si apre così un'ultima stagione, icasticamente definita «delle occasioni mancate», durante la quale assistiamo ai «tentativi falliti di correggere le inconseguenze maggiori della legislazione del 1865 e del 1889 per dare la coerenza di un "sistema" al disorganico insieme di disposizioni» (p. 247).

In un clima tutt'altro che irenico, costellato di dotte disquisizioni circa i criteri di riparto della giurisdizione, che vede fronteggiarsi i sostenitori della teoria del *petitum* contro i seguaci della dottrina della *causa petendi*, di serrati contrasti tra la Corte di Cassazione ed il Consiglio di Stato, di commissioni di studio istituite per la riforma degli istituti di giustizia amministrativa, si dipana una sequela di tentativi di assestamento del sistema. Tentativi, questi, della cui urgenza non si può certo dubitare visto che, proprio in questo periodo, che si estende dall'età giolittiana alla stagione della dittatura fascista, l'amministrazione si impenna verso una crescita quantitativa e qualitativa rilevante, per presenza e pervasività di intervento, da cui scaturisce la necessità di reperire strumenti di tutela delle posizioni giuridiche soggettive.

Frutto legislativo di questa stagione sarà la legge del 7 marzo 1907 n. 62, che istituisce la V sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato, cui viene riservata la cd. "giurisdizione di merito", mentre quella di "legittimità" è conservata in capo alla IV («inutile distinzione» la definiscono gli autori), ma la vera novità è la definitiva sanzione del carattere "giurisdizionale" del Consiglio di Stato e la qualità di sentenze delle sue pronunce.

Ma è ben poca cosa rispetto all'incerto e talora caotico dibattito che anima la prassi applicativa del sistema. La stessa commissione di studi, istituita nel 1910 dal ministro Luzzatti, non vedrà tramutati i risultati del proprio duro lavoro, vivificato dal parallelo svolgersi di un'alta discussione scientifica sui temi in questione, in un testo normativo. Pur tuttavia le proposte contenute nella relazione stilata dalla medesima e pubblicata nel 1916, dopo la parentesi del primo conflitto mondiale hanno la ventura di essere tradotte nel decreto n. 2840 del 30.12.1923, le cui disposizioni, coordinate con le norme preesistenti, danno corpo al testo unico del Consiglio di Stato del 1924, affiancato poco dopo dai regolamenti di procedura per i giudizi di fronte al supremo consesso amministrativo ed alle G. P. A. (su cui peraltro gli autori danno un giudizio poco lusinghiero).

Una travagliata storia legislativa, come

quella appena descritta, restituisce appieno la cifra del tasso di politicità della materia, acuito sia dalla connessa problematica della definizione del rapporto libertà-autorità sia da una concezione statocentrica propria dello sviluppo della tradizione politica del nostro Stato unitario sia dalle inquiete stagioni (si pensi solo alle crisi di fine secolo ed alla parabola dell'affermazione della dittatura) attraverso le quali era passata l'incubazione e la maturazione dei tentativi di riforma. Le stesse schermaglie, gli insoliti «concordati giurisprudenziali, i regolamenti pattizi di giurisdizione intervenuti tra il Consiglio di Stato e la Corte Suprema di Cassazione» (p. 250) (si pensi a quello famoso tra Mariano D'Amelio e Santi Romano) sono testimonianza patente di un sistema in perenne "fase di transizione", sempre in bilico fra tenaci continuità e sofferte mutazioni, sostenuto «dalla stessa giurisprudenza, dalla viva realtà delle cose e dalla concreta esperienza dei giudici» (p.250), di un sistema continuamente discusso anche all'indomani di ogni trasformazione e che, con tutte le sue "tare", è riuscito comunque anche nelle stagioni più difficili a garantire una certa tutela a difesa dei cittadini. Il prosieguo di questa vicenda si proietta direttamente verso l'odierna prassi giurisdizionale della nostra realtà repubblicana.

Bibliografia

Massimo Severo Giannini, *Amministrazione pubblica (premessa storica)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffré, 1958, vol.II, pp. 231-233.

Giuseppe Franchi, *Contenzioso amministrativo (premessa storica)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffré, 1961, vol. IX, pp. 614-618.

Massimo Severo Giannini, *Diritto amministrativo*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffré, 1964, vol. XII, pp. 855-871.

Massimo Severo Giannini - Aldo Piras, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffré, 1970, vol. XIX, pp. 229-294.

Mario Sbriccoli, *Polizia (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffré, 1985, vol. XXXIV, pp. 111-120.

Achille Chiappetti, *Polizia (diritto pubblico)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffré, 1985, vol. XXXIV, pp. 120-158.

[1] O. Mayer, *Le droit administratif allemand*, edition française par l'auteur, Paris, V. Giard & E. Brière libraires-èditeurs, 1903, t. I, pp. 23-24.

[2] Si tratta della famosa successione descritta in O. Mayer, *Le droit administratif*, cit., pp. 24-82, che vede l'affermarsi progressivo dei «régime des *droits de supériorité du prince* (landesherrliche Hoheitsrechte) [...] le régime qui suit, qui est caractérisé par la *prépondérance de la police* (Polizeistaat) [...] [fino a] l'Etat soumis au *régime du droit* (Rechtsstaat)»; per una acuta contestualizzazione delle logiche sottese a tale tipologia ricostruttiva nell'ambito della dottrina amministrativistica classica nonché per limpide osservazioni sui contenuti ed i destini dell'espressione "diritto amministrativo", si veda la premessa («*La parola e la cosa*») della prima parte del volume di L. Mannori – B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, Laterza, 2001, pp. 5-16.

[3] Basti citare, al riguardo, le considerazioni fatte da L. Mannori, *Giustizia e amministrazione tra antico e nuovo regime,* in R. Romanelli (a cura di), *Magistrati e potere nella storia europea*, Bologna, Il Mulino, 1997, specie pp. 41-46.

[4] Merita riportare le parole dell'autore, M. Sbriccoli, *Polizia (dir. interm.)* in *Enc. del dir.*, Milano, Giuffrè, 1985, vol. XXXIV, p. 117: «

[…] nel dibattito settecentesco la polizia – sia che agisca per la sicurezza, sia che operi per il benessere – ha il preciso compito di osservare, controllare, informare, prevenire. Compiti di governo, che si aggiungono a quelli più specifici che riguardano la repressione delle attività criminali e la funzione di polizia giudiziaria».

5 Si veda, in tema, il saggio di B. Sordi, *Police/Policey. Linguaggi comuni e difformi sentieri istituzionali nel passaggio dalla polizia di antico regime all'amministrazione moderna*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XXVI (1997), pp. 625 ss., ricco di perspicue osservazioni.

6 Cfr. L. Mannori – B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo cit*, p. 10.

7 L. Mannori, *I contenziosi amministrativi degli Stati preunitari italiani e il modello francese. Riflessioni e spunti per un possibile studio comparato*, in «Jahrbuch für europäische Verwaltungsgeschichte», II (1990), pp. 139 ss.; saggio al quale, unitamente a G.S. Pene Vidari, *Giustizia amministrativa (storia)*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, vol. VII, *ad vocem*, Torino, Utet, 1991, si rinvia per una trattazione sinottica dell'argomento.

8 Non potendoci soffermare sul punto si rinvia alle perspicue sintesi contenute nei saggi di J.L. Mestre, P. Alvazzi del Frate, P. Aimo inclusi nel volume *Constitution et Revolution aux Etats-Unis d'Amérique et en Europe (1776/1815)*, sous la direction de Roberto Martucci, Macerata 1995; nonché alla rassegna storiografica di S. Mannoni, *Giustizia amministrativa,* in «Storia Amministrazione Costituzione», Annale ISAP, 5/1997, pp. 192-197.

9 Traggo la suggestione dalle riflessioni svolte al riguardo da R. Martucci, *L'ossessione costituente. Forma di governo e costituzione nella Rivoluzione francese (1789-1799)*, Bologna, Il Mulino, 2001, pp. 26–30; cfr. pure il saggio di F. Burdeau, *Pouvoir administratif et droit public français I. Le sens de l'expérience administrative de la révolution*, in «Giornale di storia costituzionale», 2/2001, pp. 33 ss.

10 Sul punto si vedano i contributi inclusi in, Archivio ISAP, n.s., n. 6, *Le Riforme crispine*, vol. II, *Giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1990.

11 Si aprirebbe qui il capitolo riguardante il grado di autonomia e di indipendenza dei membri dell'ordine giudiziario, che non è possibile in questa sede affrontare, sebbene sia stato da taluno giustamente richiamato all'attenzione come variabile incidente sul funzionamento del sistema, sicuramente degna di accurata analisi; cfr. M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, IV ed., Bologna, Il Mulino, 1994, pp. 66-69.

12 Sugli aspetti che verranno esaminati nel prosieguo del testo d'obbligo il rinvio al volume di B. Sordi, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano, Giuffré, 1985; nonché all'agile ricostruzione, distesa su un più lungo arco temporale, di P. Aimo, *La giustizia nell'amministrazione dall'Ottocento a oggi*, Roma-Bari, Laterza, 2000.

Il telegrafo di Stendhal. Politica ed elezioni nel «Lucien Leuwen» ai tempi della Monarchia di Luglio

LUIGI LACCHÈ

1. Auto-esercizi di editing per un romanzo impubblicabile

«... Così, non preoccupatevi. Avrete il telegrafo a vostra disposizione»[1]. Con questo rassicurante viatico, Lucien Leuwen, giovane referendario, addetto al gabinetto particolare del ministro dell'Interno de Vaize, si accinge a partire per una impegnativa, quasi disperata, *tournée* elettorale. Eh sì, perché il protagonista emblematico della seconda parte del *Lucien Leuwen* è il telegrafo, onnipresente reificazione di tutto ciò che per il console Henri Beyle evoca speculazione finanziaria, corruzione politico-elettorale, prevaricazione amministrativa: insomma, tutte le tare, tradizionalmente enfatizzate, della Monarchia di Luglio.

Non meraviglia quindi che uno degli otto titoli che Stendhal ha attribuito generosamente a singole parti di quell'imponente manoscritto di duemiladuecento fogli che per convenzione chiamiamo *Lucien Leuwen* sia appunto «Il Telegrafo». L'indecisione sulla scelta del titolo non è ovviamente casuale e testimonia anzi dell'assoluta importanza che l'autore di volta in volta assegna all'opera *in progress*.

Ogni titolo, infatti, rievoca memorie, luoghi e atmosfere particolari (*Le Chasseur Vert*, *Le Bois de Prémol*, *L'Orange de Malte*) oppure connotazioni letterarie e politiche non meno importanti: si tratti de *Le Rouge et le Blanc* (o di *L'Amarante et le Noir*), ideale prosecuzione del più celebre romanzo stendhaliano del 1830, o ancora del ricordato *Le Télegraphe*. Alla fine il romanzo prenderà il suo nome dal protagonista, facendo prevalere un titolo in apparenza più "semplice" e dal sapore vagamente settecentesco (come l'ammirato *Tom Jones* di Fielding), essendo gli altri al contrario troppo legati a singoli aspetti del romanzo.

Il *Lucien Leuwen* è stato a lungo (ma l'equivoco è duro a morire) considerato un testo *incompiuto*, un mero progetto romanzesco, anche se di così massicce proporzioni; tecnicamente potrà anche esserlo, se appena si considera che l'opera manca di una immaginata terza parte ambientata a Roma e

con un possibile, ma poco probabile, *happy end*.

Eppure, gli anni che vanno dal discreto successo de *Il Rosso e il Nero* al capolavoro *La Certosa di Parma* non possono essere derubricati sotto la voce dell'*incompiutezza*, dell'abbozzo, del mero progetto. Il fatto è che in Stendhal/Henri Beyle – il re insuperabile degli egotisti – il confine tra il reale e il contingente e la vita vissuta nella pagina letteraria non risponde a nessun schematismo ed è impossibile dire quanto l'incompiutezza sia una necessità e quanto invece il risultato di una fin troppo cosciente volontà poetica.

Sin dal 1831 Stendhal ha deciso di non pubblicare più e si può forse parlare di due livelli di *impubblicabilità*, l'uno più vistoso, come nel caso del *Lucien Leuwen* romanzo politico, l'altro invece legato al tono sperimentale, al registro stilistico, alla ricerca di altri modelli[2].

Il romanzo in questione nasce, come gran parte dell'opera di Stendhal, da una singolare sollecitazione letteraria. Nel dicembre 1833 Henri Beyle torna all'ufficio di console nell'odiata Civitavecchia portandosi dietro un manoscritto che l'amica parigina Madame Gaulthier – semplicemente Jules per lo scrittore – gli ha affidato per una consulenza "professionale". Il testo parla della vita e degli amori di un tenente (da qui il titolo: *Le Lieutenant*) in una città di provincia. La trama non è certo originale per Stendhal (basti pensare ad un abbozzo del 1825 nel suo *Racine et Shakespeare*).

Nella circostanza l'amico è severo, se non crudele, come lui stesso sottolinea in una lettera del maggio 1834. Uno dei consigli riguarda proprio il titolo: sarebbe bene cambiarlo in *Leuwen o l'allievo espulso dall'Ecole Polytechnique*. In esso c'è già il primo nucleo tematico e l'*incipit* del romanzo stendhaliano. Ormai è evidente che sarà Stendhal a scrivere il *suo* romanzo (all'inizio è *L'Orange de Malte*); nell'arco di più di un anno vi lavora, corregge e riscrive, si arresta infine alla seconda parte. Il manoscritto diventerà per i decifratori stendhaliani un notevole rompicapo, tante sono le note, le trappole, le ambiguità, i messaggi di cui è infarcito.

Tanto il manoscritto dell'amica è pesante, enfatico, falso nei toni tanto il registro che Stendhal ricerca è quello della semplicità e dell'asciutezza. «È scritto come il codice civile. Ho orrore della frase alla Chateaubriand», scrive alla fine del 1834 a Sainte-Beuve annunciandogli il suo nuovo romanzo.

2. *Un console della Monarchia di Luglio*

> Giungeva a Roma senza ambizioni, solo per passare dieci anni senza troppi fastidi e poi tornare a Parigi o altrove a finire la sua vita, in una condizione un po' superiore a quella della povertà[3].

In questo passaggio di un romanzo abbandonato al terzo capitolo – *Une position sociale*[4] – si può leggere l'attitudine esistenziale del signor Henri Beyle (e quindi del protagonista Roizand) che si sta avvicinando ai cinquant'anni, nel suo futuro scorge solo un'orrida vecchiaia (d'altronde, non è già vecchio?), costretto a vivere in un borgo putrido di pescatori e galeotti, lontano dal palcoscenico parigino, in un'Italia che si avvia a perdere del tutti il fascino dell'innocenza.

Il consolato a Civitavecchia è ovviamente un ripiego (cfr. M. Crouzet, *Stendhal. Il signor me stesso*, cit., in particolare capp. X-XI).

Ha dovuto subire una cocente delusione nell'agosto del 1830 quando François Guizot[5], ministro dell'Interno nel governo provvisorio che guida la transizione al regime orleanista, gli rifiuta una prefettura qualsiasi. Nella febbre d'ambizione che lo colpisce, Stendhal ha sperato per un momento di poter rinverdire gli antichi fasti dell'amministratore napoleonico.

Eppure, lo scrittore dal riso beffardo e dall'*esprit* troppo spiccato ha ben poco da spartire con quei duri dottrinari che per carattere e visione letteraria non lo amano, riproponendo, nel significato esistenziale prima ancora che politico, quella dialettica tra *resistenza* e *movimento* che contrassegnerà l'intero sviluppo della Monarchia di Luglio[6].

Beyle però ricerca una più tranquilla «condizione sociale», avendo di fronte l'alternativa tra una vita parigina tutta letteratura, tardiva *bohème* e sguarnite stanze in affitto e una carriera di funzionario che gli assicuri un minimo di sicurezza materiale per una vecchiaia incombente. La scelta gli sembra alla fine obbligata, ma il prezzo da pagare è l'esilio a Civitavecchia, inseguito ovunque dalle polizie e dalle spie di quasi tutti gli Stati italiani, male accolto nel Pontificio, costantemente sospettato di chissà quali complotti. Stendhal, però, non può neppure amare il regime orleanista che pure, in vari momenti, lo protegge, più per difendere il suo pericolante prestigio internazionale che la carriera dello scrittore.

Non si attende più nulla, se non di poter vivere come Roizand «senza troppi fastidi», restando il meno possibile nel porto tirrenico, cercando di soggiornare a Roma o architettando una ininterrotta strategia di congedi che lo riportino a Parigi. La memoria e il passato diventano i suoi veri orizzonti: vivere è diventato impossibile, non resta che ricordare; e l'Io diventa il protagonista assoluto.

3. I piani di lettura di un romanzo politico

La trama del *Lucien Leuwen* è, se così si può dire, tipicamente stendhaliana. Al centro un giovane eroe, come Julien Sorel o Fabrice del Dongo, costretto a vivere in un'epoca nella quale sembra possibile per i protagonisti amare solo donne *ultras*, accostandosi a mondi rinserrati in un passato che non può ritornare, dovendo fare i conti, più prosaicamente, con una società "democratizzata" sempre più attratta da un presente fatto di cinismo e di mediocrità.

Come può un giovane eroe che si pensava duro e inetto e scopre invece di possedere un cuore, sfuggire al destino che gli nega la *possibilità* di essere felice in quel preciso contesto storico?

Lucien è figlio di un ricco banchiere, libertino, vivace, abile, tanto spiritoso da detestare chi è privo d'*esprit*, e di una madre salottiera e sensibile. Espulso dal Politecnico «come repubblicano» lascia Parigi per intraprendere senza convinzione la carriera militare.

La vita di guarnigione a Nancy è quanto di più squallido e meschino ci possa essere, da condividere con ufficiali di cui è ormai impossibile riconoscere i tratti eroici dei prodi soldati di Napoleone. L'isolamento è assoluto e l'aristocrazia *ultra* detta i tempi, i riti e gli stili di una vita provinciale molto più lontana da Parigi di quanto non dica la geografia. Se non ci fosse una Madame de Chasteller, vedova bellissima, ambitissima e facilmente idealizzabile, che Lucien intra-

vede un giorno dietro una finestra del palazzo avito, il nostro eroe non si sottoporrebbe a nessuno dei "sacrifici" necessari per introdursi – lui borghese e figlio di un disprezzabile banchiere del *juste-milieu* – negli ambienti legittimisti.

Lucien, che veste così bene l'uniforme – scopriranno presto le gran dame di Nancy – è elegante, ha modi raffinati, è còlto e se vuole sa essere spiritoso, ed è per di più ricchissimo: dopotutto un ottimo partito per figlie in età da marito in una città di provincia… Tuttavia, i nobili senza qualità che sperano di mettere le mani soprattutto sul cospicuo patrimonio di Madame de Chasteller, menati per il naso da un rozzo e astuto plebeo, il dottor du Poirier capo dei legittimisti della zona, cominciano a vedere in Lucien un pericoloso concorrente.

L'ingenuo Lucien cade nell'inverosimile trappola escogitata da du Poirier: questi gli fa credere che la donna angelicata in realtà sta per dare alla luce un figlio concepito con un aristocratico suo amante. La fuga da Nancy, con Lucien sconvolto ma ancora innamorato dell'inconsapevole Madame de Chasteller, chiude la prima parte del romanzo.

La seconda, come si è detto, si svolge tra Parigi, dove il padre banchiere vuole per Lucien una carriera politica e un'appendice amorosa con l'altrettanto bella signora Grandet, moglie giovanissima di un ricco finanziere e perfetta antitesi dell'aristocratica lorenese, e le missioni elettorali in provincia.

La morte del padre, il fallimento della banca di famiglia e la partenza di Lucien per raggiungere il posto di secondo segretario d'ambasciata che il ministro della Guerra ha voluto fargli avere come pagamento di un debito d'onore verso suo padre, segnano la rapida conclusione del romanzo.

Come si può intuire da questa trama, pur ridotta all'essenziale, Stendhal nel *Lucien Leuwen*, più che in ogni altro suo romanzo, adotta un registro che passa dal sublime, dall'amore assoluto per Madame de Chasteller, ai meandri fangosi della politica, in una inesorabile discesa verso il basso[7]. La commedia trova in questo romanzo più libero sfogo e il ridicolo diventa spesso la lente per mostrare i dilemmi della letteratura nella nuova società democratica[8].

Non sorprendono le assonanze con la *commedia umana* di Balzac o con l'*educazione sentimentale* di Flaubert. Alcune pagine ambientate a Nancy o il viaggio in provincia della seconda parte tra prefetture e collegi elettorali rivelano caratteri di satira sociale e politica che si possono ritrovare in Dickens[9] o nello specchio grottesco di Gogol'.

Lucien è troppo ricco per amare il denaro, vorrebbe una vita diversa, ma non ha vere ambizioni: «vorrebbe tanto desiderare qualcosa, ma non sa cosa…» (M. Crouzet, *Stendhal*, cit., p. 736).

Per il padre quell'aria seria e triste da giovane innamorato deluso lo fa apparire un povero sansimoniano… In fondo Lucien vorrebbe vivere a Parigi, solo per qualche settimana all'anno[10], come fosse uno straniero, impegnando il resto in un vagabondaggio perenne e quasi senza meta[11]. «Sono un bambino» piagnucola Lucien rivolto al suo compagno di viaggio durante la missione elettorale.

> No, – gli risponde – voi siete un fortunato del secolo, come dicono i predicatori, e non avete mai avuto compiti spiacevoli (*Lucien Leuwen*, cit., cap. L, p. 605).

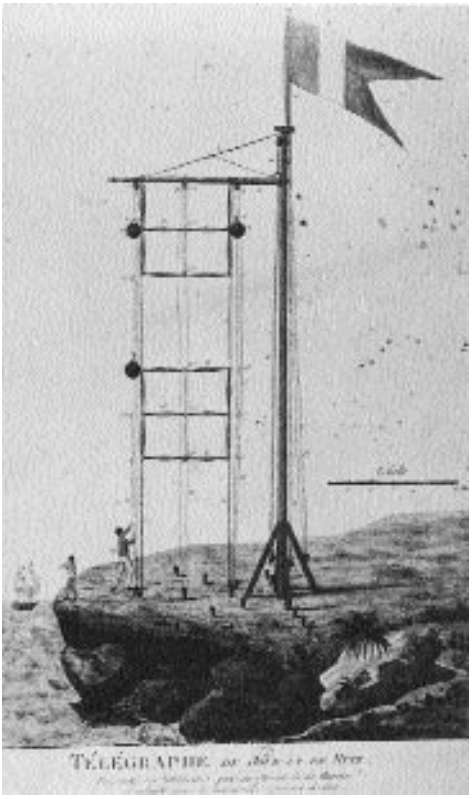
Viziato, in modo diverso, dal padre e dalla madre, è – come accade spesso in Stendhal – di un altro secolo, ma deve vivere nel suo.

> Qual è il carattere di Lucien? – si domanda Stendhal in una annotazione – Non ha certo l'energia e l'originalità di Julien. Ciò è impossibile nella società (del 1835 e con ottantamila franchi di rendita).
> (*Appendici a Lucien Leuwen*, in *Romanzi e racconti*, cit., vol. II, cit., p. 1248).

La *vie élegante* – come in Balzac – è un modo di stare al mondo che anticipa l'atteggiamento del *dandy* di fronte alla noia di un'esistenza sociale che tende sempre più a uniformare le condizioni umane[12].

Stendhal, come si è visto, inizia il romanzo ricordando per bene che Lucien è stato cacciato dall'*École polytechnique* per aver preso parte ad una non meglio precisata manifestazione repubblicana. Gli aspiranti ingegneri godevano di questa fama, almeno fintantoché durava il loro duro tirocinio. In effetti, l'espediente è ottimo: Lucien non può "non essere" una di quelle teste matte che simpatizzano per i repubblicani, salvo poi provare insuperabili perplessità verso di loro. L'*incipit* ironico, del resto, mostra subito che il *Lucien Leuwen* è un grande romanzo politico. In tal senso, però, contiene vari livelli di lettura politica, dalla riflessione sui presupposti socio-economici della politica passando per le sue componenti strutturali, "partitiche", per arrivare infine alle procedure e alle forme di organizzazione e di gestione del consenso in un sistema censitario e notabiliare.

Lucien è stato dunque espulso «come repubblicano» e pensa, come Stendhal, che la corrotta Monarchia di Luglio possa cadere presto per mano della repubblica i cui scarsi seguaci hanno il merito di essere probi e virtuosi ma persistono testardamente nella mania "costruttivista" di voler riplasmare i Francesi, trasformarli in angeli anziché farli vivere secondo le loro inclinazioni (*Lucien Leuwen*, cit., capp. VI; XXXVII, p. 430; L, p. 615; LII, p. 659).



Il telegrafo Chappe

Lo scetticismo stendhaliano si nutre di una importante ragione estetico-letteraria. L'eco della prima parte de *La démocratie en Amérique* è evidente. L'America diventa il paradigma della democrazia sociale, quella sorta di specchio nel quale i Francesi più avvertiti possono già scorgere caratteri e trasformazioni che la Rivoluzione, con altri mezzi, ha reso in Francia irrevocabili.

Stendhal è per l'eguaglianza, ma tende a disgiungerla dalla condizione democratica. Nelle diverse prefazioni che lo scrittore ha

previsto per il romanzo è ricorrente la critica della democrazia americana. Per Stendhal è preferibile dover corteggiare un Guizot ministro dell'Interno per ottenere una prefettura piuttosto che il droghiere o il calzolaio dell'angolo.

> Nel XIX secolo – aggiunge – la democrazia porta decisamente nella letteratura il predominio della gente mediocre, ragionevole, limitata e piatta, letterariamente parlando
> (*Lucien Leuwen*, cit., pp. 69-70, 72, prima e terza prefazione).

Nel romanzo poi si coglie anche il lato strettamente politico di questa preoccupazione: la maggioranza, in virtù del suffragio universale, è un nuovo tiranno.

> Gli uomini non sono soppesati, ma contati, e il voto del più rozzo degli artigiani vale come quello di Jefferson, e spesso incontra maggiore simpatia…
> (*Lucien Leuwen*, cit., cap. LXIII, p. 773. V. anche cap. IV, p. 106; cap. VI, p. 142).

Un'osservazione, questa, che François Guizot, e con lui una gran parte dei liberali dell'epoca, avrebbero sottoscritto con un certo entusiasmo.

Stendhal è ben consapevole della contraddizione. Come Lucien rimpiange l'*âge d'or* della conversazione[13], teme che le idee raffinate dei letterati possano venire sommerse dalla mediocrità democratica. Preferirebbe trovarsi nel salotto frequentato da Talleyrand piuttosto che conversare con un irreprensibile ma noioso Washington. Insomma «… ho bisogno dei piaceri che può dare un'antica civiltà…» (*Lucien Leuwen*, cit., cap. VI, p.142). L'arte è un fatto elitario e la democrazia, in quanto regime sociale di uniformità e conformismi, crede Stendhal, minaccia lo *status* dell'artista e la sua libertà creativa.

> Il mio destino è dunque quello di passare la vita tra un gruppo di legittimisti terribilmente egoisti e compiti, che adorano il passato, e dei repubblicani, terribilmente generosi e noiosi, che adorano il futuro.
> (*Lucien Leuwen*, cit., cap. XI, p. 213).

Se la forma repubblicana e la democrazia rappresentano un orizzonte ravvicinato e inevitabile, il giudizio politico di Lucien sui legittimisti non è meno severo. Del resto la prima parte del romanzo è un *de profundis* – come già *Il Rosso e il Nero* – per gli adoratori del passato, questo sì inesorabilmente tramontato, malgrado una loro persistente influenza sociale e politica a livello locale. Se Lucien si abbona ai giornali legittimisti e frequenta il covo dei gesuiti, dissimulando le sue vere opinioni, *cherchez la femme*: solo l'attrazione per Madame de Chasteller può tanto.

L'abbiamo visto, neanche a dire che un personaggio "anacronistico" come Lucien possa accettare un destino così diverso dalla sua sensibilità e indeterminatezza caratteriale. Ma che altro può essere il figlio unico di un banchiere, stereotipo del nuovo ordine politico della Monarchia di Luglio? Questo destino il giovane rampollo lo rifiuta, anche perché a ben vedere il padre è un singolare finanziere che mette il motto di spirito e la beffa al di sopra del denaro (che possiede in abbondanza) e la madre sembra più una dama borghese e còlta del Settecento che non una qualsiasi Madame Grandet del romanzo ottocentesco. Lucien, come Stendhal, paradossalmente non può essere *altro* –e qui sta il problema - che «un fautore moderato della Carta del 1830» (*Lucien Leuwen*, cit., prima prefazione, p. 69).

Non lo possiamo vedere né negli abiti del repubblicano, né in quelli del sansimonia-

no, né tanto meno del legittimista. Che cosa gli resta dunque? La realtà, ovvero il *juste-milieu* a cui appartiene per nascita. Lo *specchio*[14] di Stendhal, per utilizzare un'immagine cara alla sua poetica, riflette e distorce al tempo stesso, «raffigurare le abitudini della società attuale» significa comunque lasciarsi andare alle dolci illusioni dell'arte. (*Lucien Leuwen*, cit., prima prefazione, pp. 69-70).

La seconda parte del romanzo è *une histoire des moeurs politiques* del regime orleanista scritta da un funzionario isolato, deluso, intristito. Stendhal traccia un ritratto duro, beffardo, a tratti spietato del nuovo ordine. Il salotto affollato e mondanissimo di Madame Grandet – «…quest'anima da cameriera ospite di un corpo così bello» (*Lucien Leuwen*, cit., cap. XLVII, p. 546) – è la quintessenza grottesca del trionfante *milieu* politico-finanziario. Lucien *deve* a malincuore frequentarlo: del resto gli *homines novi* – coloro che come dice suo padre rappresentanto la nuova nobiltà guadagnata schiacciando o truffando la Rivoluzione di Luglio – saranno pure ridicoli e rozzi, ma costoro, a differenza dell'antica aristocrazia paralizzata dal passato e ossessionata dalla Rivoluzione, agiscono, vivono. Fin troppo.

Nella seconda parte Stendhal accentua il carattere dell'attualità politica. Si prende gioco del *King* Philippe (memorabile l'episodio del colloquio del re col padre di Lucien), dei ministri, della loro condotta politica. Nella rete di annotazioni che interfogliano i manoscritti, Guizot diventa Zotgui o Zogt, l'odiato Thiers è 1/3, D'Argout diventa Nez, il nasone, ed è la figura che gli ispira il ministro de Vaize. In questa parte Stendhal mette insieme fatti realmente accaduti con trasfigurazioni e reinvenzioni, quasi a voler rafforzare il carattere di pressante attualità politica del romanzo. Del tutto trasparente è l'ispirazione offerta da personalità politiche di spicco come Guizot, Thiers, D'Argout, il maresciallo Soult, il ministro degli esteri de Rigny. Nello stesso tempo, Stendhal allude più volte ad alcuni dei fatti più tragici dei primi anni del regime: l'insurrezione operaia a Lione, il massacro della rue Transnonain a Parigi («…la vostra battaglia di Marengo è la spedizione di rue Transnonain…», dice du Poirier a Lucien – *Lucien Leuwen*, cit., cap. VIII, p. 173), e alcuni scandali politici e finanziari.

Stendhal scrive il romanzo nella sua condizione di console isolato, spiato e infelice; segue la politica francese "da lontano" attraverso i giornali che un consigliere d'ambasciata gli lascia vedere o grazie alle lettere di qualche amico ben informato. L'immagine è prevalentemente farsesca e, per numerosi aspetti, si direbbe oggi, *impolitica*.

> Finché per vivere sarò costretto a servire il Bilancio, non potrò print it, perché ciò che il Bilancio più detesta è che si faccia mostra di avere delle idee[15].

Il romanzo è sotto questo aspetto rigorosamente *impubblicabile* almeno finché lo scrittore dovrà vivere a spese del Bilancio: solo la fine del regime – che preconizza – potrebbe consegnarlo al lettore.

4. Il telegrafo

«Perché mettere le mani su quella macchina diabolica?» si domanda Lucien dopo averne fatto ampio uso durante le sue missioni elettorali. Questa macchina in effetti, come già anticipato, è l'allegoria che domi-

na la seconda parte del romanzo. Lasciata precipitosamente la carriera militare, fuggito da Nancy innamorato e disgustato al tempo stesso, a Parigi Lucien si vede offrire una penosa alternativa: l'impiego in banca o l'ingresso nel gabinetto particolare dell'aspirante ministro dell'Interno de Vaize.

Lucien sceglie la politica, poiché non ama il denaro. Ma per fare la politica, secondo Stendhal, bisogna essere un po' furfanti. Si tratta però di una furfanteria particolare.

> Tra dieci anni saprete – osserva il padre banchiere – che Colbert, Sully, il cardinale Richelieu, in breve, tutti coloro che sono stati uomini politici, vale a dire che hanno diretto gli uomini, hanno raggiunto per lo meno quel primo grado di furfanteria che vorrei vedere in voi.
> (*Lucien Leuwen*, cit., cap. XXXVI, p. 430).

Lucien accetta l'offerta, ma a tempo determinato, ovvero per non più di diciotto mesi. Il padre si prova allora a fargli un corso accelerato sulle «cose sporche» della politica, sulle menzogne necessarie, sulle mene elettorali.

> Il governo fa sparire i diritti e il denaro della popolazione giurando ogni mattina di rispettarli… Mai la verità pura e semplice. Guardate i dottrinari.
> (*Lucien Leuwen*, cit., cap. XXXVIII, pp. 439-440).

Con queste istruzioni Lucien prende possesso della sua scrivania al ministero, ricoprendo una sicura e promettente posizione di potere. Il ministro conte de Vaize è per Stendhal un prototipo dell'*homme politique* del regime orleanista, ambizioso, vanitoso, menzognero e soprattutto molto interessato al denaro. Il ministro dell'Interno ha dalla sua almeno due armi temibili: ottantasei prefetture e il telegrafo. Bisogna però saperli utilizzare questi strumenti. De Vaize, al primo incontro con Lucien, finisce con l'elogiare

> la probità del suo predecessore, il quale – nota Stendhal - aveva la fama di aver messo da parte ottocentomila franchi in un anno di ministero.
> (*Lucien Leuwen*, cit., cap. XLI, p. 463).

Una delle prime riflessioni che il nuovo lavoro suggerisce a Lucien è la seguente:

> Impariamo, dunque, se non a rubare, per lo meno a chiudere un occhio sui furti di Sua Eccellenza, come tutti questi impiegati che ho conosciuto oggi.
> (*Lucien Leuwen*, cit., p. 465).

Il ministro ha il telegrafo, e tuttavia ha bisogno della competenza di una banca d'affari per speculare in Borsa giacché è proprio questo che sta a cuore a de Vaize: trasformare le notizie che gli giungono in anteprima attraverso la «macchina diabolica» in denaro sonante frutto di abili speculazioni in Borsa sui corsi e sulle rendite pubbliche. Il ministro non può fare a meno del padre di Lucien.

> Correte da vostro padre… Ma prima copiate questo dispaccio telegrafico… Copiate, per favore, anche questa nota che mando al «Journal de Paris»… Capirete tutta l'importanza e la segretezza della cosa…
> (*Lucien Leuwen*, cit., p. 470).

Lucien fa la spola tra il ministro e suo padre, per mettere a segno le speculazioni. Se il banchiere, oltre a guadagnarci del suo, ha così posto le basi per la carriera del figlio, il ministro pensa di trarne enormi guadagni. L'altero e grossolano de Vaize, che sa di poter dare ordini a tutti, si trova a malpartito con quel banchiere che non ama «abbastanza il metallo per avere troppi riguardi»; François Leuwen lo tiene sulla corda, perché il ministro dipende molto più da lui di quanto il figlio non dipenda da de Vaize[16].

5. Le missioni elettorali

Se Lucien accetta l'incarico di agente elettorale è perché in fondo vive la sua nuova posizione come una *corvée* impostagli dal padre e in ultimo come una sorta di inevitabile autoflagellazione dopo il fallimento di Nancy… Non serve con lui evocare il nome del re[17], né il prestigio del governo, né ovviamente il guadagno personale. Alla fine accetta la duplice missione elettorale a condizione che «non ci sia del sangue». Bisogna dapprima andare nello Cher, a Champagnier. Qui si tratta di far vincere il signor Blondeau. Non dovrebbe essere difficile, visto che il suo avversario Malot è un fanfarone imprudente e vacuo. Del resto, Lucien non vi giungerà a mani vuote: avrà da distribuire denaro, tre rivendite di tabacchi e probabilmente due direzioni di uffici postali. Potrà inoltre far destituire chi vorrà.

> Trattate con riguardo la vecchia nobiltà e il clero: fra loro e noi c'è solo la vita di un bambino. Nessuna pietà per i repubblicani…
> (*Lucien Leuwen*, cit., p. 565).

È a Caen, nel Calvados, che Lucien incontrerà ben altri ostacoli.

> Occorre impedire a tutti i costi che venga eletto Mairobert. È un uomo intelligente e brillante; con una dozzina di teste come la sua, la Camera diverrebbe ingovernabile. Vi do più o meno carta bianca in fatto di denaro, posti da assegnare e destituzioni[18].

Il prefetto del luogo ha già provveduto a scrivere un *pamphlet* diffamatorio. Tuttavia, dice il ministro, è bene che vengano distribuiti libelli stampati altrove e commissionati per l'occasione; Lucien ne porterà con sé diverse centinaia di copie. L'ultima raccomandazione per il giovane impetuoso referendario è di non irritare i prefetti, anche se poi Lucien ottiene di poter corrispondere per telegrafo col ministro senza dover sottoporre i dispacci a queglialti funzionari. «Così, non preoccupatevi. Avrete il telegrafo a vostra disposizione».

La sera stessa Lucien parte alla volta dello Cher assieme a Coffe, un suo ex-compagno del Politecnico che aveva voluto con sé al ministero dopo averlo tirato fuori da Sainte-Pélagie, il carcere dei debitori. L'inizio del viaggio è emblematico di ciò che li attende. Mentre cenano in una locanda di Blois un gruppo di persone cerca di saccheggiare la loro carrozza. Arrivando i nostri hanno, infatti, inavvertitamente seminato per strada i pamphlet elettorali di cui il mezzo era ingombro. La folla li apostrofa minacciosamente: «Abbasso la spia, abbasso il commissario di polizia». Lucien riceve in faccia una palata di fango. Gli insulti feroci degli astanti lo rendono pazzo di collera, e la fuga ignominiosa è una discesa agli Inferi. «Il fango e i torsoli di cavolo piovevano da tutte le parti sul calesse» (*Lucien Leuwen*, cit., cap. XLVIII, p. 571).

Solo la calma di Coffe riesce a lenire il pianto di rabbia di Lucien e i suoi propositi di abbandonare la missione.

> È solo in provincia – dice il saggio Coffe – che il ministeriale si accorge del disprezzo che gli concede generosamente la maggioranza dei francesi…
> (*Lucien Leuwen*, cit., p. 581).

Dopo la ritirata da Blois i nostri eroi fanno subito rotta verso la prefettura di destinazione. Il signor de Riquebourg li riceve in berretto da notte mentre sta gustando una saporita frittata. Il *Lucien Leuwen* è, tra le altre cose, anche un saggio tipologico sulle

figure dei prefetti e sui loro uffici. Il prefetto di Nancy, Fléron, era un giovinastro vanitoso, untuoso, e corrotto, con in testa una prefettura più importante o, meglio ancora, una direzione generale parigina da quarantamila franchi. Il prefetto dello Cher nel mentre riceve gli ospiti già si profonde in una geremiade e invoca subito la protezione dell'onnipotente «commissario alle elezioni»:

> Il mio posto, signori, è appeso a un filo; se non mi protegge un po' sua eccellenza, per me è un disastro
> (*Lucien Leuwen*, cit., cap. XLIX, p. 583).

Naturalmente de Riquebourg presenta il collegio, di media entità, come estremamente difficile e con un voto dall'esito incerto. Il dipartimento sarebbe dunque un covo di oppositori, annoverando ben 27 abbonamenti al *National* e 8 alla *Tribune*. Ma il diabolico prefetto sa il fatto suo e vuole dimostrarlo al commissario elettorale. Come impedire l'elezione del candidato Malot, commerciante di legname e stoffe? Anzitutto facendo credere che è prossimo al fallimento per via di certi cattivi affari. Nel suo piano il telegrafo è il mezzo lungo il quale corre la diffamazione. Il prefetto fa in modo di impedire che un tale non diventi presidente del collegio, facendolo bloccare dai gendarmi. Lui invece sarà presente nei locali del seggio elettorale indossando l'alta uniforme.

> In assenza di Malot, non esito a rivolgere la parola agli elettori contadini, e – aggiunge Riquebourg a voce bassissima, – se il presidente del collegio elettorale è un pubblico funzionario, anche liberale, mollo ai miei elettori in ghette delle schede con su scritto in grosse lettere: *Jean-Pierre Blondeau, padrone delle ferriere*. In questo modo guadagnerò almeno dieci voti. Gli elettori, sapendo che Malot è sull'orlo della bancarotta…
> (*Lucien Leuwen*, cit., p. 590).

Lucien non crede ai propri orecchi ma Coffe è al settimo cielo e si diverte. L'attivismo del prefetto però non può non suscitare l'ironico entusiasmo di Lucien. Di questo passo, gli dice, arriverete al Consiglio di Stato. Oh, no signore, Parigi è troppo cara per me. Aspiro solo ad una prefettura in una città importante, con dei buoni fondi segreti, aggiunge. Ma al momento doversi trasferire sarebbe per lui un vero disastro.

> Tre matrimoni che la signora de Riquebourg sta trattando per le figlie non sarebbero più possibili. E poi ho troppi mobili.
> (*Lucien Leuwen*, cit., p. 588).

Aggiungiamo che il prefetto tiene in suo potere anche i gesuiti ed è pronto a far sapere che un nipote del candidato governativo sta per essere nominato segretario generale del ministero delle Finanze così da impressionare una ventina di elettori che hanno interessi diretti. Alla fine il prefetto sottopone a Lucien la sua distinta dei voti:

> elettori iscritti 613
> presenti nel collegio, al massimo 400
> costituzionali di cui sono sicuro 178
> votanti per Malot che mi assicurerò personalmente 10
> voti gesuiti procurati segretamente da Crochard, 12, mettiamo il minimo 10
> Totale: 198.

Mancano due voti, dunque, ma la nomina del nipote di Blondeau gli assicurerà quattro voti e una piccola maggioranza di due. Qualora, infine, Lucien lo autorizzasse a compiere quattro destituzioni, potrebbe promettere una maggioranza di dodici o forse diciotto voti.

A questo punto la prima missione può dirsi conclusa e a Lucien non resta che partire alla volta della città di N*** per la secon-

da, ben più impegnativa, elezione. L'incontro di Lucien col prefetto Boucaut de Séranville rivela subito l'incompatibilità tra i due. Il prefetto, piccolissimo, esile, elegante, è un giovane poco più che trentenne, non meno vanitoso di Lucien nel quale scorge subito un rivale e non certo un possibile *protettore*. Questo prefetto cavilloso e affettato è già contrariato dal fatto di dover mostrare a Lucien e al suo oscuro segretario la distinta delle elezioni. La situazione è quasi compromessa: in un collegio di 1280 iscritti, probabilmente saranno 900 quelli presenti. Il signor de Mairobert può contare su 500 voti, 100 in più del signor Gonin, candidato governativo.

Tutto ciò che il prefetto non dice, Lucien lo viene a sapere dal generale Fari, comandante di divisione. Mairobert, gli conferma, è onesto, ricco, cortese e non ha punti deboli. Gli elettori di Mairobert sono convinti, energici; i nostri, invece, sono

> silenziosi, tristi… mi sembra che i nostri bravi votanti si vergognino della loro parte (*Lucien Leuwen*, cit., cap. L, p. 613).

Lucien non ha segreti per il generale.

> Posso disporre di centomila scudi, ho sette o otto posti da concedere, posso chiedere per telegrafo almeno altrettante destituzioni.

«È troppo tardi» commenta laconico il militare. La colpa è del prefetto che ha mal condotto le operazioni, impaurendo i timidi, irritando un buon numero di elettori

> Qui, i ricchi non apprezzano come dovrebbero il governo del re, ma hanno una paura tremenda della repubblica.
> (*Lucien Leuwen*, cit., p. 615).

Lucien scrive un dispaccio telegrafico da inviare a de Vaize per fargli conoscere la reale situazione. Il prefetto però gli nega il telegrafo facendo nascere un violentissimo alterco. Lucien, fuori di sé, minaccia di farlo arrestare. «Farmi arrestare, perdiana!», grida il prefetto che gli si lancia contro, Lucien lo tiene a distanza con una sedia… Si sfidano a duello… La risposta del ministro risolve la controversia a favore di Lucien che avrà la direzione superiore delle elezioni.

Il giovane signor Leuwen nell'occasione dimostra carattere e un certo talento. Come può reagire a prove tanto lontane dalla propria sensibilità se non con uno stile personale? Intanto bisogna cercare di ribaltare la situazione. La rete elettorale del generale Fari è al lavoro, ma Lucien capisce che l'unico modo per impedire l'elezione di Mairobert è far convergere i voti del candidato governativo su quello legittimista. Lucien ricorda una massima del ministro: meglio dieci legittimisti che un solo Mairobert.

Questa via, dice il generale, è molto rischiosa per Lucien che potrebbe attirarsi tutto il biasimo del ministro. Ma per il giovane commissario conta solo, a questo punto, vincere le elezioni. Che fare dunque? Prospettare la situazione al capo dei legittimisti, il reverendo Le Canu. Ma per arrivare a lui, bisogna passare attraverso il reverendo Donis-Disjonval. L'indomani Lucien riesce a parlare con Le Canu, un rinnegato, furfante della peggiore specie, un «Machiavelli in persona» (*Lucien Leuwen*, cit., cap. LI, p. 629).

Lucien non gli nasconde nulla e gli offre i voti ministeriali. Le Canu è laconico: «È troppo tardi». Lucien gli parla dei milioni del padre e osserva come sia questa la sola cosa che impressiona il suo scaltro interlocutore. Con un dispaccio chiede al ministro

se intende spendere centomila franchi per avere un legittimista al posto di Mairobert. Le elezioni inizieranno tra diciannove ore e non c'è tempo da perdere.

Il telegrafo, sempre lui, invia e riceve freneticamente i dispacci. I centomila franchi – poiché i legittimisti hanno nel frattempo accolto i termini della transazione – arriveranno in tempo?

> Vi guarderanno sempre come un pazzo, per aver messo in pericolo la vostra posizione personale… [osserva Coffe] Ci ho pensato subito – risponde Lucien –. Ma poi mi sono detto: quando si agisce per i ministri, non è degli avversari che dobbiamo aver paura, ma delle persone di cui siamo al servizio. Così andavano le cose a Costantinopoli nel basso impero…
> (*Lucien Leuwen*, cit., pp. 643-644).

Le elezioni politiche di cui parliamo evocano quelle del giugno 1834, le prime dell'era orleanista celebrate secondo la legge organica dell'aprile 1831. Si tratta della legge che ha soppresso il doppio collegio reintroducendo l'elezione diretta a livello di *arrondissement*.

Abbassando il censo da 300 a 200 franchi per essere elettori (art.1) e da 1000 a 500 per essere eleggibili (art.59) e prevedendo un piccolo correttivo in senso capacitario, si determinava il raddoppio del corpo elettorale, ovvero dai quasi 90.000 del luglio 1830 ai circa 166.000 della prima elezione. Questi elettori formano il cosiddetto *pays légal*, poca cosa rispetto a 32 milioni di Francesi.

Eppure sarebbe errato giudicare questo sistema censitario con la lente del suffragio universale. Il regime ristretto, come è noto, corrisponde negli anni del *Lucien Leuwen* ad una filosofia politico-morale della rappresentanza nella quale gran parte dei liberali – pur con sfumature diverse – si riconoscono pienamente[19]. Semmai il vero problema sarà quello del mancato adeguamento del sistema allo sviluppo sociale ed economico del paese, non bastando, ai fini dell'integrazione politica di nuovi ceti, la fin troppo abusata esortazione guizotiana: *Enrichessez-vous*.

Il collegio[20] in cui Lucien deve operare annovera 1280 elettori, dei quali meno di mille si recheranno a votare. Quello che può apparire un collegio molto piccolo è in realtà un collegio molto grande nel quale bisogna saper conquistare diverse centinaia di voti.

> Creando circoscrizioni di *arrondissement* e collegi formati da centocinquanta elettori, si costringeva i deputati a una dipendenza stretta e del tutto personale dai loro committenti; si legava il destino degli uomini pubblici, quale fosse la loro importanza, agli interessi e ai capricci di un piccolo numero di famiglie, e per proteggere la Camera contro le ispirazioni dello spirito di partito, la si lasciava preda dello spirito di località[21].

La ristrettezza fisiologica dei collegi è un dato comune a molti altri sistemi elettorali a prevalenza censitaria lungo il XIX secolo. In Francia è accentuata la trasformazione del regime elettorale[22] in *sistema politico-amministrativo* assecondando quella radicata tradizione nazionale che individuava nella centralizzazione un complesso e coerente strumento di mediazione locale e di necessario raccordo con la sfera della rappresentanza politica. L'*esprit de localité* – che differenzia profondamente le regioni francesi – non è un effetto bensì una condizione di partenza. Anche nei collegi più "grandi" conta la personalità dei candidati e la campagna elettorale non può che essere personalizzata, discreta, basata sui vari livelli di influenza dei notabili.

Non bisogna dimenticare che le elezioni

Stendhal in un disegno dell'epoca

di cui parliamo prima ancora di essere un fatto politico sono una manifestazione della società locale, soprattutto quanto più ci si allontana dalle grandi città. La percentuale di partecipazione al voto censitario è piuttosto elevata, malgrado le condizioni onerose che lo accompagnano, ovvero la dimostrazione del reddito, l'iscrizione alle liste, il piccolo viaggio per recarsi al collegio, restando, se necessario, più giorni nel capoluogo.

Quella che si chiama e non di rado è corruzione è un altro effetto del collegio ristretto[23], anche se sappiamo che nessun sistema elettorale è di per sé esente da traffici di influenza. Stendhal ne fa una chiave di lettura del romanzo, secondo un'immagine destinata a prevalere: tutto ha un prezzo nella Monarchia del re borghese e speculatore, dominata da un piccolo gruppo di finanzieri e di grandi industriali.

Il telegrafo è lo strumento attraverso cui passa la corruzione, i denari da elargire, i posti, le destituzioni. La realtà viene filtrata attraverso lo specchio deformante di Stend-

hal che rischia di mescolare troppo facilmente cause ed effetti.

Lo stesso dicasi per l'immagine ricorrente ed enfatizzata della Monarchia orleanista come regime della borghesia capitalista. Si rischia qui di avere riflessa un'immagine distorta, uniformemente *borghese*, che non tiene conto della complessità delle trasformazioni e delle permanenze, delle differenze e delle stratificazioni regionali e locali. Non bisogna confondere l'*esprit* borghese raffigurato con straordinaria evidenza da un Balzac, uno Stendhal o un Daumier con una categoria analitica pesante e uniformatrice.

L'enfasi che il "trionfo della borghesia" porta con sé rispecchia un paradigma dal forte carattere ideologico, dove ciò che è proiezione, desiderio o condanna rischia di far velo sulla realtà. Se la letteratura è un osservatorio[24] straordinariamente ricco e suggestivo per penetrare i meandri delle società del passato, nondimeno il complesso legame tra storia e letteratura non può abbattere le barriere esistenti tra *novel* e *history*.

Ma ritorniamo a Lucien e alle operazioni elettorali appena iniziate nella sala delle Orsoline. Il collegio elettorale ha una vita propria, una sua esistenza giuridica e fisica. Esso designa il presidente, figura di notevole importanza sulla cui scelta i prefetti cercano in tutti i modi di influire[25]. Il prefetto de Séranville, non a caso, fa ritardare l'arrivo di un elettore anziano per poter far insediare un suo uomo di fiducia. Il presidente detta i tempi delle elezioni, forma l'ufficio, può influenzare i presenti e orientare il voto degli incerti. Trenta elettori governativi che avevano fatto colazione in prefettura vengono fischiati non appena fanno il loro ingresso nella sala elettorale. Ogni quarto d'ora Lucien manda Coffe al telegrafo e fa tener d'occhio anche i movimenti della seconda stazione per evitare che il prefetto tenti di bloccare eventuali dispacci.

Il telegrafo di Stendhal non è ancora il telegrafo elettromagnetico a un solo filo perfezionato nel 1838 dall'americano Samuel Morse e basato su un alfabeto che usa linea, punto e spazio. La Francia ha avuto nel fisico Claude Chappe (1763-1805) e nei suoi fratelli i pionieri della comunicazione a distanza. Nel marzo del 1791 Chappe diede dimostrazione pubblica di un sistema di trasmissione ottica composto da due stazioni ad una distanza di sedici chilometri e basato su segnali meccanici corrispondenti a codici.

Il tachigrafo, il primo nome dato dall'ecclesiastico francese alla sua invenzione, divenne poi il sempre più perfezionato telegrafo di Stato da impiegare, tra l'età repubblicana e quella napoleonica, soprattutto per usi militari. I semafori del telegrafo Chappe venivano posti su un rilievo ad una distanza l'uno dall'altro variabile tra i dieci e i trenta km, a seconda della configurazione del terreno. Solo nel 1846 venne installato sulla linea tra Parigi e Lilla il primo telegrafo elettromagnetico, con un ritardo sui tempi dovuto proprio all'estensione (più di 4000 km) della vecchia rete a segnali ottici.

Anche la storia del telegrafo sembra voler confermare il dato emblematico e il contrasto stridente – sottolineato da Stendhal a più riprese – tra la Francia dei tempi eroici, quando un giovane ricercava la gloria per sé e la Nazione, e la Francia della mediocrità borghese dove il telegrafo serve le speculazioni di Borsa e la corruzione elettorale.

L'elezione, come si diceva, ha ben poco del carattere standardizzato e "neutrale" che conosciamo. È un rito di sociabilità dei ceti privilegiati, occasione di incontro, di conflitto, di una vera e propria rappresentazio-

ne politica. È parimenti una *kermesse*: non è un caso che nel romanzo un migliaio di persone sosti dinanzi alle Orsoline commentando tutto ciò che accade. Passano le due, le due e mezzo, il dramma si sta per compiere: il limite fissato per lo scambio elettorale è oltrepassato. Mentre il reverendo Disjonval con aria offesa dice di non poter far ritardare oltre il voto dei suoi amici, ecco arrivare Coffe trafelato: «Il telegrafo si è messo in movimento!».

Che sia il dispaccio tanto atteso? Lucien chiede ancora un quarto d'ora, vola all'ufficio del telegrafo e ritorna di corsa dopo venti minuti col testo originale: il ministro delle Finanze ha autorizzato il pagamento. Convintosi, Disjonval non perde tempo, va al seggio promettendo di fare tutto il possibile per la nomina del presidente del collegio. Intanto Lucien si reca da Le Canu per concordare l'elezione del signor de Crémieux, legittimista moderato, abbonato ai *Débats* e senza un passato da *émigré*…

> Se verrà eletto al posto del signor Mairobert, il generale e io vi consegneremo i centomila franchi. (*Lucien Leuwen*, cit., cap. LII, p. 651).

Disjonval ha nel frattempo squinzagliato una quindicina di agenti per battere le campagne e portare al seggio 150 legittimisti.

Lo scrutinio inizia alle cinque. Il primo spoglio mostra che il candidato legittimista è realmente sceso in lizza. Alle sei il ricevitore generale consegna i centomila franchi a Leuwen e al generale Fari che li mettono in una cassetta affidata, in attesa dei risultati finali, ad uno stimato e ricchissimo proprietario. Al primo turno gli elettori presenti sono 873, destinati ad aumentare l'indomani. Solo mettendo insieme i voti del candidato del prefetto e quelli dei legittimisti sarà possibile impedire l'elezione di Mairobert. Che resta da fare, dunque? Il passo più difficile, ovvero convincere il prefetto della bontà del piano. Ci si prova il prudente generale Fari, ma la reazione del funzionario è collerica e non lascia speranze:

> Non mi aspettavo di meno, dopo tutte queste comunicazioni telegrafiche. Ma infine, signori, ve ne manca una: io non sono ancora destituito, e il signor Leuwen non è ancora il prefetto di Caen. (*Lucien Leuwen*, cit., p. 655).

Neanche un dispaccio del ministro può far cambiare idea all'ostinato prefetto. L'affare dunque non può che fallire. Il giorno dopo, nonostante venga fatta diffondere dal prefetto la falsa notizia della messa in stato d'accusa di Mairobert come fautore del movimento insurrezionale e repubblicano – siamo nel 1834, dopo i fatti di Lione, della rue Transnonain, all'avvio dei grandi processi contro i repubblicani –, il galantuomo di Caen viene egualmente eletto. In un clima pacifico, Lucien si aggira coraggiosamente tra la folla rendendosi conto della sua forza.

> Ecco il popolo veramente sovrano", pensò» (*Lucien Leuwen*, cit., p. 659).

Gli evviva annunciarono l'esito del voto.

> "È gioia o rivolta?" gridò il generale correndo alla finestra. "È gioia – disse con un sospiro –, e noi siamo f…".

Non restava altro da fare se non leggere il bollettino dello scrutinio:

> elettori presenti 948
> maggioranza 475
> Mairobert 475
> Gonin, candidato del prefetto 401
> Crémieux 61

> Sauvage, repubblicano che vuole ritemprare il carattere dei francesi con leggi draconiane 9 voti nulli 2.

Lucien e Coffe riprendono la strada per Parigi.

> La vostra condotta è stata terribilmente imprudente – gli dice l'amico –; vi siete fatto trasportare in pieno da quella follia della prima giovinezza che si chiama zelo.
> (*Lucien Leuwen*, cit., p. 660).

6. Una fisiologia della vita parlamentare

È questo il titolo che si potrebbe dare all'ultima parte del romanzo. Lucien è di nuovo a Parigi, de Vaize lo riceve freddamente ma lo propone per una gratifica. Il ministro teme il padre di Lucien, il Talleyrand della Borsa, il suo celebre salotto, la sua ironia affilata. Nel frattempo il banchiere è stato eletto nell'Aveyron, dopo tre ballottaggi.

Quest'ultima parte, in effetti, ha come protagonista più il padre che il figlio, ovvero la vita parlamentare di un ricco deputato che mettendo insieme una pattuglia di *peones* senza arte né parte, riesce a diventare un temibile ago della bilancia nella frammentata e infida Camera dei deputati[26].

Che umiliazioni per il povero de Vaize sbeffeggiato in aula dal perfido signor François Leuwen, lui sì invece acclamato come uno dei migliori oratori del Parlamento, tanto da far pronunciare, senza alcuna ironia, il nome di Mirabeau. Il neo-deputato *frondeur*, uomo d'*esprit*, che non ha passione per la politica ma che si innamora della sua posizione parlamentare, ama mettere in difficoltà il governo.

> C'è qualcuno che prende sul serio le mie chiacchiere parlamentari? Ho dunque un'influenza, una consistenza?…
> (*Lucien Leuwen*, cit., cap. LIV, p. 690).

Il *King* Philippe in persona, il tariffario incoronato come lo chiama Stendhal, deve intervenire sul banchiere per averne i voti. Al re che promette a lui e ai suoi famelici amici impieghi e quant'altro, che immagina di dover sborsare una bella somma, Leuwen offre gratuitamente i suoi 27 voti, «ma la supplico: mi permetta di burlarmi dei suoi ministri» (*Lucien Leuwen*, cit., cap. LVIII, p. 711), quel tipo d'uomini che odiano l'intelligenza e la battuta di spirito. Questo *dandy* in là con gli anni è anche la personificazione dello sberleffo verso un'idea di politica – coeva ma, per certi aspetti, senza tempo – che Stendhal disprezza e di cui subisce di rimbalzo taluni sgraditi effetti.

In ciò pare di scorgere qualcosa della piega ironica della bocca del console Henri Beyle che non crede alla politica.

> Il governo ha tutto l'interesse – dice il banchiere alla signora Grandet che spera di ottenere il ministero di de Vaize per suo marito – a trattare con riguardo la Borsa. Un ministero non può disfare la Borsa, e la Borsa può disfare un ministero. L'attuale ministero non può andare lontano. (*Lucien Leuwen*, cit., cap. LXI, p. 744).

Ma il ghigno di Stendhal non si ferma qui.

> Poiché questi costumi [corrotti, N.d.A.] stanno per cedere il posto alle virtù disinteressate della repubblica, i cui uomini sapranno morire, come Robespierre, con tredici lire e tredici soldi in tasca, abbiamo voluto prenderne nota. (*Lucien Leuwen*, cit., cap. LVIII, p. 720).

A noi non resta che fare altrettanto.

[1] Stendhal, *Lucien Leuwen*, in *Romanzi e racconti*, vol.II, Introduzioni e note ai testi di M. Di Maio, Cronologia di M. Crouzet, Traduzioni di M. Cucchi, Milano, Mondadori, 2002, I Meridiani, p. 567.

[2] Su *inachèvement* e *impossibilité* in Stendhal v. M. Crouzet, *Stendhal ou Monsieur Moi-même*, Paris, Flammarion, 1990, tr. it. *Stendhal. Il signor me stesso*, Roma, Editori Riuniti,1992, pp. 739 ss. e M. Di Maio, *Introduzione*, cit., pp. 9 ss.

[3] Stendhal, *Una posizione sociale*, in *Romanzi e racconti*, vol. II, cit., p. 971.

[4] Scritto nel 1832, Stendhal lo riteneva un importante materiale narrativo da utilizzare nell'architettura del *Lucien Leuwen*.

[5] Stendhal ha lasciato un gustoso dialogo immaginario con Guizot al quale sollecita una prefettura, nonché il testo di un proclama che avrebbe dato alle stampe in caso di nomina. Cfr. *Diario*, a cura di E. Rizzi, Torino, Einaudi, 1977, vol.II, pp. 574 ss.

[6] Sul punto rinvio a L. Lacchè, *La Libertà che guida il Popolo. Le Tre Gloriose Giornate del luglio 1830 e le Chartes nel costituzionalismo francese*, Bologna, Il Mulino, 2002.

[7] Per un'analisi di questi temi si veda adesso la lettura critica di Mariella Di Maio, *Introduzione*, cit., pp. 43 ss.

[8] M. Ozouf, *Les aveux du roman. Le dix-neuvième siècle entre ancien régime et révolution*, Paris, Fayard, 2001, pp. 19 ss.

[9] Cfr. P. Colombo, *Sketches by the Polls. La politica e il sistema elettorale inglese sotto lo sguardo di Charles Dickens*, in «Giornale di Storia Costituzionale», 1, 2001, pp. 151-162.

[10] «Per me, la felicità, o ciò che io credo sia la felicità, è vivere in Europa o in America con una rendita di sei o ottomila franchi, cambiare spesso città…» (*Lucien Leuwen*, cit., cap. XLVI, p. 532).

[11] Sull'immagine del *flâneur* v. W. Benjamin, *Das Passagen-Werk*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1982, tr. It. *Parigi, capitale del XIX secolo. I "passages" di Parigi*, a cura di R. Tiedemann, Torino, Einaudi, 1986; Id., *Johann Jakob Bachofen*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, tr. it. *Il viaggiatore solitario e il flâneur. Saggio su Bachofen*, a cura di E. Villari, Genova, Il Melangolo, 1998.

[12] Cfr. G. Rebuffa, *Il trionfo del codice civile nella testimonianza di Honoré de Balzac*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1, 1992, pp. 67 e 83.

[13] B. Craveri, *La civiltà della conversazione*, Milano, Adelphi, 2001.

[14] «…un romanzo dev'essere uno specchio», (*Lucien Leuwen*, cit.., seconda prefazione, p. 71).

[15] Testamento del 17 febbraio 1835.

[16] «… mi sono impegnato a condurre, come suo socio al cinquanta per cento, tutti gli affari basati su dispacci telegrafici… Mettiti bene in testa che de Vaize non può fare a meno di mio figlio…» (*Lucien Leuwen*, cit., p. 479).

[17] «Povera monarchia! – pensò il conte de Vaize – Il nome del re è ormai privo del suo effetto magico…» (*Ibidem*, cap. XLVIII, p. 562).

[18] *Ibidem*, pp. 565-566. «…la mia opinione personale è che è meglio spendere cinquecentomila franchi e non avere Mairobert dinanzi a noi alla Camera. È un uomo tenace, saggio, stimato, terribile. Disprezza il denaro e ne ha molto. Insomma, è il peggio che ci sia» (p. 568).

[19] Per un'analisi più ampia ed articolata v. L. Lacchè, *La Libertà che guida il Popolo*, cit.

[20] Che forse non è scelto a caso da Stendhal, essendo il collegio di Lisieux nel Calvados il feudo elettorale di Guizot fino al 1848. Si veda Ch.-H. Pouthas, *Les élections de Guizot dans le Calvados, d'après des documents inédits* (extrait), Caen, Imprimerie de J. Ambroise, 1920.

[21] L. de Carné, *Etudes sur l'histoire du gouvernement représentatif en France de 1789 à 1848*, Paris, Didier, 1855, t. II, pp. 175-176.

[22] Cfr. S. Kent, *Electoral Procedure under Louis-Philippe*, New Haven, Yale University Press, 1937; A. Roubaud, *Les élections de 1842 et 1846 sous le ministère Guizot*, in *Revue d'histoire* moderne, XIV, 1939, pp. 271-286; A.-J. Tudesq, *Les listes électorales de la Monarchie censitaire*, in «Annales. E.S.C.», avril-juin, 1958, pp. 277-288; S. Kent, *Electoral Lists of France's July Monarchy*, in «French Historical Studies», 1, 1971, pp. 118-127; A.-J. Tudesq, *Les comportements électoraux sous le régime censitaire*, in *Explication du vote*, a cura di D. Gaxie, Paris, Presses de la Fondation National des Sciences Politiques, 1989, pp. 106-125.

[23] Sul punto, per glianni Quaranta, v. A.-J. Tudesq, *Les grands notables en France, (1840-1849). Etude historique d'une psychologie sociale*, Bordeaux, Delmas, 1964, t. II, pp. 878 ss. e i rilievi di P.L.R. Higonnet, T.B. Higonnet, *Class, Corruption and Politics in the French Chamber of Deputies,1846-1848*, in «French Historical Studies», 5, 1967, pp. 204-224.

[24] M. Ozouf, *Les aveux du roman*, cit., p. 10.

[25] R. Rémond, *La vie politique en France*, t.I, *1789-1848*, Paris, A. Colin, 1965, pp. 277 ss.

[26] Sul sistema politico della Monarchia di Luglio v. L. Lacchè, *La Libertà che guida il Popolo*, cit.

La leggenda di Casa Savoia: *trois rois n'est pas coutume* (nel ricordo di Adolfo Omodeo)

ROBERTO MARTUCCI

… Radetzky? Ma che? L'armistizio… la pace, la pace che
[regna…
… quel giovine Re di Sardegna è uomo di molto giudizio!
È certo uno spirito insonne, e forte e vigile e scaltro…
È bello? — Non bello: tutt'altro. — Gli piacciono
molto le donne…
(Guido Gozzano)

Chi fu desso? Del popolo figlio?
O fu invece di stirpe regale?
Che m'importa? Chi fosse non cale,
a me basta che Italia Egli fé
(Antonio De Vecchis)

O chi assolda quei carnefici?
O chi premia quelle fiere?
Ahi, d'Italia o prence o sere!
Qua il bicchiere!… Viva il Re!
(Felice Cavallotti, 1868)

Accorrete, su, all'asta, o fratelli!
All'Italia oggi arridono i fati:
su, accorrete, voi, plebi, ai mercati
dove il segno l'araldo vi dié!
O chi compra le gioje, gli anelli
della sposa dell'uomo plebeo!
Vogliam farne un superbo cammeo
da donare alla figlia del re
(Felice Cavallotti, 1868)

Da tutto il pantano
si sente gridare:
evviva il sovrano
che lascia rubare!
D'imbrogli e di guai
non s'occupa mai,
oh comodo! oh bello!
un re travicello!
(*Re travicello*, aggiornamento del 1893)

1. La Monarchia non è come la Repubblica

È opportuno tener presente che, prima ancora di essere qualificabile come Stato a base parlamentare e rappresentativa, l'Italia unita era, innanzi tutto, una Monarchia. Vale a dire, una forma di governo al cui vertice istituzionale era posto un re, al quale lo *Statuto fondamentale* del 5 marzo 1848 attribuiva poteri rilevanti a cui nessuno dei sovrani avvicendatisi sul trono avrebbe mai rinunciato[1]. Non a caso, la celebrata massima formulata da Adolphe Thiers «il re regna ma non governa», era quanto di più estraneo si potesse immaginare, rispetto alla mentalità di Vittorio Emanuele II e dei suoi successori.

Per non schiacciare in una griglia istituzionale monocromatica il ruolo del monarca mi sembra utile inquadrarne funzione e immagine sotto altri profili.

Contrariamente a quanto sarebbe dato pensare in un'epoca fortemente secolarizzata e proiettata nel futuro quale l'attuale, nei secoli XVIII e XIX — che pure sono di forte cambiamento politico in tutta Europa — la Monarchia non è riducibile a una specie di Repubblica dotata, però, di un capo dello Stato ereditario. È invece qualcosa di assimilabile a un vestito istituzionale di natura immemoriale di cui si è dotato il corpo mistico della Nazione per attribuire perennità alla propria esperienza di comunità politica.

In quel contesto, l'espianto del re è quasi inconcepibile, prima che impossibile. Ci riusciranno gli Stati Uniti solo grazie alla secessione dall'impero britannico. Gli inglesi, esauritasi l'esperienza dell'Interregno cromwelliano (1649-1660), se ne guarderanno bene e anche dopo il consolidamento istituzionale della figura del *premier* (nel corso dell'Ottocento) il loro resterà pur sempre «il governo di Sua Maestà».

In Francia il trauma dell'uccisione del «padre della patria» (21 gennaio 1793) darà sì cittadinanza all'immagine femminile della patria-madre, la "madrepatria" (Marianna), ma lascerà sostanzialmente vuoto (di funzioni) il trono di capo dello Stato fino alla Quinta Repubblica (1958)[2].

Nella Germania imperiale, infine, la centralità del *kaiser* sarà fuori discussione e ad Otto von Bismarck, malgrado sia Cancelliere del *Reich*, sarà consentito di sviluppare la propria politica solo grazie all'influenza personale extra-politica (e alla stima) che lo legava al *kaiser* Guglielmo I.

Tuttavia, almeno fino alla Grande Guerra, in Europa la monarchia vive anche dei mille legami che la stringono al paese e alla sua gente, dell'immagine che riesce a proiettare all'esterno, del grado di credibilità immediata di cui può godere un sovrano nel momento in cui proietta sui suoi popoli l'immagine rassicurante e, allo stesso tempo, virile di «padre della patria». In altre parole, nel contesto appena evocato un re incarna la *Majestas populi* — divenendo a pieno titolo Sua Maestà — se riesce ad elevarsi al di sopra della *routine* burocratica di primo funzionario dello Stato per proporsi all'immaginario nazionale come fattore aggregante di un'identità collettiva.

Nelle pagine che seguono vedremo se sarà possibile considerare in questi termini l'episodio sabaudo. Ho utilizzato volutamente il termine «episodio» a proposito della Monarchia italiana dei Savoia, proprio per rimarcare la sua specificità di "corta" durata rispetto alla "lunga" durata monarchica europea. Ed è per tal motivo che, parafrasando il noto detto francese — *deux fois n'est pas coutume* — che richiede molto più di due episodi congiunturali per radicare consuetudinariamente un istituto, ho ritenuto di poter dire che nella storia italiana «trois rois n'est pas coutume».

2. I Savoia Carignano dalla Sardegna all'Italia

In un celebre saggio pubblicato nel 1940, in dura polemica con l'impostazione agiografica dominante, lo storico Adolfo Omodeo dimostrò come *La leggenda di Carlo Alberto* fosse il prodotto di una rivisitazione patriottica e risorgimentale di un regno che era stato, invece, oscurantista e isolato internazionalmente[3]. Si potrebbe del pari sostenere che di analoga rilettura celebrativa abbia

beneficiato l'intera dinastia, con un'ardita opera di ricollocazione agiografica e sequenzialmente significativa di eventi e di frasi estrapolate qua e là.

Espressioni assurte però alla dignità di massime, una volta decontestualizzate: dal «grido di dolore» del 1859, al «ci siamo e ci resteremo!» (Roma, 1870) che trasfigura un infastidito commento dialettale per un viaggio scomodo e durato troppo — «*Finalment ij suma!*» — in un'apostrofe fieramente anti-papalina. Fino alla frase, celebre ma improbabile, rivolta il 24 marzo 1849 a Vignale dal nuovo re Vittorio Emanuele II al maresciallo Radetzky — «Casa Savoia conosce la via dell'esilio, non quella del disonore!» — destinata, nei fatti, ad essere ridicolizzata ottantaquattro anni più tardi. Ci avrebbe pensato l'8 settembre 1943 il nipote del «Re Galantuomo», con la fuga a Pescara e Brindisi e l'esercito lasciato privo di ordini.

Comincia abbastanza presto, incoraggiata in seguito dai governi post-unitari — compresi quelli diretti da Francesco Crispi e Benito Mussolini — la sedimentazione degli elementi fondamentali di un mito che reinventa e nobilita un passato dinastico, giungendo a trasformare il probabile capostipite del Casato — Umberto Biancamano (vissuto intorno all'anno 1000), uomo d'arme e, forse, conte borgognone — in una specie di equivalente di Ugo Capeto fondatore del regno di Francia.

È così che secoli oscuri di rafforzamento contrastato di domìni feudali nella Savoia, vengono omogeneizzati in una anacronistica prospettiva unitaria, all'insegna della messa a fuoco della missione italiana. Una volta ricollocata la dinastia sul filo della lunga durata in un passato di comodo, sempre proteso verso destini alti, essa veniva implicitamente equiparata alle millenarie monarchie nazionali europee.

Con la differenza, che mentre queste ultime avevano visto avvicendarsi su di un trono "nazionale" per più secoli consecutivi le Case regnanti — Normanni, Plantagenéti, Lancaster, Tudor, Hannover per l'Inghilterra; Capetingi, Valois-Angoulême, Borbone, Orléans per la Francia — Casa Savoia era, invece, millenaria per conto proprio. Senza cioè radicarsi stabilmente su un trono importante, avendo visto avvicendarsi i domìni posti sotto il suo controllo: Bresse, Isère, Aosta, Susa, Savoia, Ivrea, Nizza, Torino, Monferrato, Sardegna, Italia in fine.

Vale a dire che solo a fine percorso, nella seconda metà dell'Ottocento, Casa Savoia si era visto riconoscere il diritto a regnare su un grande Stato nazionale, conseguendo con ritardo plurisecolare l'obiettivo che le grandi dinastie europee avevano raggiunto tra la fine del Medioevo e l'inizio dell'età moderna.

Anche se non è detto così esplicitamente, è questo che troviamo nei testi scolastici a partire dall'Unità, compendiabili nell'ingenua gioia con cui Giuseppe La Farina — proprio lui, il fondatore della Società Nazionale — riferendosi al mosaico di feudi territorialmente non tutti contigui che costituivano nel Medioevo i domìni sabaudi, poteva osservare che «la persistenza ne' propositi e le virtù militari sono doti antiche nella casa di Savoia»; o, ancora, che «casa di Savoia s'estendeva e si ingagliardiva»[4].

Grottesco appare il tentativo di chi tenta di attribuire alla dinastia statura quasi millenaria — è il caso, ancora una volta, di un libro di testo, il *Compendio di storia patria*[5] scritto da Ercole Ricotti — pubblicando una lunghissima serie unica di ben quaranta tra conti, duchi e re; senza distinguere tra per-

sonaggi mitici, vassalli, conti, vicari imperiali e duchi sovrani; tacendo il fatto che solo a partire da Emanuele Filiberto (1559) possa parlarsi effettivamente di un principato sovrano riconosciuto dalle Potenze.

3. Un passato regio risalente al Settecento

Al contrario, quella che amava presentarsi come «la più antica dinastia d'Europa»[6] aveva in realtà un passato recentissimo — se analizzato in una dimensione prospettica di lunga durata — risalendo il suo titolo regio al Trattato di Utrecht (11 aprile 1713) che aveva trasformato Vittorio Amedeo II da duca di Savoia in re di Sicilia (1713-1720), nell'àmbito di una più vasta risistemazione dei territori europei a seguito della Guerra di Successione spagnola (1700-1714). Ma la Sicilia si era rivelata un possesso cadùco. Infatti, l'isola era stata rioccupata quasi immediatamente dalla Spagna (1718) per essere poi presidiata da forze anglo-austriache prima di essere ceduta all'Impero. Avendo però ottenuta in cambio la Sardegna (1720), Vittorio Amedeo II era ugualmente riuscito a consolidare un titolo sovrano di rango superiore.

Fino a quel momento nella storia d'Europa i Savoia più celebri non erano stati dei regnanti (non importa se conti o duchi), bensì due dei più famosi generali asburgici: il già citato Emanuele Filiberto, vincitore della battaglia di San Quintino (1557), reinsediato da Spagna e Francia alla guida del Ducato di Savoia dopo la pace di Cateau-Cambrésis (1559); il feldmaresciallo principe Eugenio, vincitore dei Turchi (1697) e protagonista della Guerra di Successione spagnola.

Tra i tanti vassalli del duca di Borgogna nel Medioevo; poi conti di Savoia con Amedeo IV (1233); percepiti per secoli come principotti riottosi di area francofona, i Savoia costruiscono le loro fortune grazie al controllo dei passi alpini sulle direttrici Lione-Chambéry-Ginevra e Chambéry-Torino-Milano. Agganciati all'Impero, alla Francia, alla Spagna e a potentati minori con attente strategie matrimoniali, i signori di Chambéry (divenuti duchi dal 1416) sviluppano comportamenti analoghi a quelli dei grandi feudatari proto-moderni delle marche di frontiera dell'Europa medievale e di Antico regime. Con la Spagna contro la Francia e viceversa, con bruschi rovesciamenti di alleanze nel corso di una stessa guerra, consolidando una fama solidissima di alleati infìdi e avversari duttili, disposti ad ammorbidirsi con adeguati compensi territoriali.

Dopo una crisi secolare, se è vero che alla metà del XVI secolo Emanuele Filiberto ridiventa sovrano del Ducato avìto, deve però tollerare il presidio francese delle piazzeforti di Torino, Chieri, Chivasso, Pinerolo e Villanova d'Asti; mentre l'alleata Spagna presidia i forti di Nizza e Villafranca. Spostata la direzione degli affari politici da Chambéry a Torino (1563) e le mire espansioniste dall'asse Lione-Ginevra alle direttrici Torino-Milano e Torino-Piacenza-Modena, un adeguato dispositivo militare supporta questi appetiti.

Ma già alla fine del Settecento — con le offensive napoleoniche del 1796 che assestano un colpo durissimo alla fama militare sabauda — la dinastia esce ridimensionata su scala europea, obbligata a lasciare la terraferma piemontese e ridotta per una ventina d'anni a una dimensione isolana.

4. Miti e proiezioni regali: Italo Amleto, Re Galantuomo, Re buono, Re soldato, Re di maggio

La dinastia dei Savoia, reinsediata dal Congresso di Vienna sul trono di Sardegna dopo la notte napoleonica, durò il breve spazio di tre lustri, estinguendosi con Carlo Felice per mancanza di eredi maschi. Ascese così al trono Carlo Alberto, principe di Carignano, discendente da un ramo collaterale dei Savoia. Quattro suoi eredi in linea diretta avrebbero regnato dopo di lui per undici anni sul trono di Sardegna (1849-61) e per ottantacinque anni sull'Italia unita.

Lo spazio di tre generazioni avrebbe bruciato l'esperienza monarchica, attribuendole una durata pressappoco uguale a quella dei vari tentativi di esportazione dinastica esperiti dalle Grandi Potenze nei Balcani tra il 1860 e il 1940 per stabilizzarne i regimi a spese dell'agonizzante Impero Ottomano.

Una permanenza sul trono italiano, altresì, irrilevante sul filo della lunga durata monarchica, se posta in relazione con i dieci secoli inglesi (che espressero quaranta re) o con gli otto secoli francesi con i loro trentatré re.

Recuperata dal Congresso di Vienna in chiave di contrappeso anti-francese, la dinastia esprimerà appena sette sovrani, regnando su due Stati per complessivi centotrentun'anni (1815-1946) e cioè per un arco cronologico di poco superiore a quello coperto dai Borboni a Napoli (1735-1860) e che, disaggregato, dà quarantasei anni di regno sui domìni ereditari (1815-1861) e ottantacinque anni sull'Italia unita.

Ricollocati nel loro contesto e rapportati alle crisi politiche con cui si sono dovuti confrontare i sette sovrani Savoia — dalla Restaurazione (1815) alla fine della Monarchia (1943-46) — appaiono, innanzi tutto, inadeguati e incapaci di padroneggiare avvenimenti che li sorpassano. I loro atti pubblici, esaminati con cura, ne attestano talora la completa inaffidabilità.

Basti pensare che la crisi del 1821 trovò Vittorio Emanuele I impreparato; avrebbe preferito abdicare piuttosto che accogliere o respingere la richiesta di promulgare la costituzione di Spagna. Dei suoi successori sui troni di Sardegna e d'Italia avremo modo di occuparci nelle pagine che seguono.

5. Carlo Alberto, «l'Italo Amleto»

Dei cinque sovrani con i quali è chiamata a fare i conti l'epopea risorgimentale e il primo ottantennio unitario — Carlo Alberto, Vittorio Emanuele II, Umberto I, Vittorio Emanuele III, Umberto II — il primo è quello al quale le cronache hanno riservato l'appellativo meno lusinghiero: «Italo Amleto», per le sue indecisioni nella partecipazione al Quarantotto italiano.

La mancanza di risolutezza aveva in realtà caratterizzato l'intera vita del Carignano, dando l'impressione che egli subisse gli avvenimenti «senza la capacità di valutarli»[7]. Ambiguità, rigore poliziesco e ritardi nelle riforme amministrative forniscono le cifre della sua inadeguatezza.

Dai più, il momento alto e significativo del regno di Carlo Alberto di Savoia Carignano viene identificato nella concessione dello Statuto. Atto di grande rilievo politico, preceduto però da diciassette anni di assolutismo forcaiolo — i processi del 1833 contro la mazziniana *Giovine Italia* si concludono con quindici condanne a morte — che attenuano gli entusiasmi per quel regno.

Già erede presuntivo della Corona nel grigiore della Restaurazione, Carlo Alberto accetta le confidenze di giovani nobili politicamente eretici — i Federati — carpendone, probabilmente, la buona fede; salvo denunciarne il complotto al ministro della Guerra:

> Il principe di Carignano mi aveva fatto chiamare. Mi venne incontro all'ingresso del suo studio e, prendendomi per mano, mi disse con un'aria piena di dolce soddisfazione: «Rallegriamoci; non bisogna più preoccuparsi. Ho scoperto e sventato una trama di cui ebbi il filo grazie a qualche amico fedele [...]»[8].

Divenuto Reggente a seguito dell'abdicazione di Vittorio Emanuele I, Carlo Alberto accoglie in un primo tempo le richieste dei Federati, li associa al governo — con Santorre de Rossi di Santa Rosa al ministero della Guerra — e promulga la costituzione di Cadice (15 marzo 1821)[9]; salvo abbandonarli per precipitarsi dalle truppe lealiste del maresciallo La Tour e mettersi a disposizione del nuovo re Carlo Felice.

Tenterà di farsi perdonare le oscillazioni di campo partecipando alla campagna militare francese (impresa del Trocadero, 1823) proprio contro quei costituzionali di Spagna che avevano riproposto il modello rappresentativo di Cadice agli incauti Federati piemontesi, abbandonati a sé dall'ondivago Carignano. Ma gli resterà appiccicata addosso un'aura di ambiguità tale da renderlo indecifrabile per avversari ed amici, tanto da far dire al suo biografo, marchese Costa:

> Il suo sguardo contraddiceva continuamente la sua parola; la sua parola smentiva il suo sorriso, il suo sorriso mascherava il suo pensiero[10].

Asceso al trono sardo nel 1831, Carlo Alberto isola lo Stato, incoraggiando la velleitaria politica estera del conte Clemente Solaro della Margarita e impelagandosi nelle questioni dinastiche ispaniche e portoghesi. Contro la Francia di Luigi Filippo d'Orléans finanzia la disgraziata spedizione della duchessa di Berry. La stessa Confederazione Elvetica non si sottrae alle sue manovre: sfumata l'annessione del Vallese, appoggia il movimento separatista ultracattolico del *Sonderbund*.

Quanto alle vantate riforme civili — che pure sono una realtà e servono ad europeizzare il Regno — esse sono però tardive e si concretizzano nella riesumazione del passato istituzionale napoleonico: un Consiglio di Stato, un draconiano codice penale, un codice civile depurato del divorzio e integrato per iniziativa del re da anacronistici editti che vincolando le successioni ereditarie e sottraendole alla libera circolazione e disponibilità dei beni — si disse — portarono al suicidio il Guardasigilli Giuseppe Barbaroux.

Introverso, bigotto (nell'imbarazzo di chi ne conosce le abitudini, si diverte a ritagliare dai libri immaginette di santi), ambiguo con gli amici, vendicativo con gli avversari, imprevedibile con tutti attende che la guerra attesti la sua attitudine al comando.

Al posto di quell'armata anti-francese che Metternich non aveva mai messo a sua disposizione arriva, invece, il confronto con l'Austria a cui non era preparato. Così, dopo aver passato una vita eternamente in uniforme, regolata da squilli di tromba tra sfilate e giochi di simulazione (con i soldatini), inizia la campagna lombarda del marzo-giugno 1848 senza piani di guerra, con una debole intendenza e privo di carte topografiche.

La sua fiacca direzione delle operazioni farà il resto, provocando le disfatte di Custo-

Vittorio Emanuele III, la regina Elena e i loro figli (1922)

za e Novara, l'abdicazione, l'esilio portoghese. Tuttavia, «la fine shakesperiana di Carlo Alberto» — secondo il noto giudizio dello storico Adolfo Omodeo — avrebbe trasformato l'ambiguo e «dilettantesco» principe della Restaurazione nel «re della causa nazionale, il martire di Oporto»[11].

6. Vittorio Emanuele II, il «Re Galantuomo»

Si deve alla penna di Massimo d'Azeglio la voce che il sovrano del compimento del sogno nazionale, il «padre della Patria» Vittorio Emanuele, non fosse di sangue reale, ma plebeo.

È storicamente accertato che una vampata di fiamme avvolse la culla del principino neonato e l'incauta nutrice ne riportò ustioni tali da morirne; si sarebbe invece salvato il bambino, in previsione di giorni più fausti. Se così è stato, non resta che inferirne che una qualche forma di benevolenza provvidenziale abbia presieduto ai regali destini.

Tuttavia, la malignità azegliana sembra dar fondamento a chi si interroghi sulla scarsa somiglianza tra padre e figlio; come se l'alto, dinoccolato e aristocratico Carlo Alberto non avesse potuto dare i natali al corpulento, brevilineo e plebeo Vittorio Emanuele.

Questi, d'altra parte, è l'opposto del padre anche caratterialmente. Chiuso, introverso, bigotto, cortese espressione della "civiltà delle buone maniere", e quindi anche simulatore cortigiano il primo; quanto il figlio sarebbe stato invece espansivo, cordiale, superstizioso all'occorrenza, rozzo e *naïf* spesso, attento alla parte da recitare, sempre. In questo senso, si può dire che

Vittorio Emanuele fosse l'unico dei cinque sovrani presi qui in considerazione ad esercitare il mestiere di re con consumata abilità, tanto da essere egli stesso in parte artefice di un mito che copre manchevolezze e cadute di stile.

Salito al trono dopo l'abdicazione di Novara, regna per undici anni sui domìni ereditari e per circa diciotto sull'Italia unita, abituando il paese e le istituzioni a una costante partecipazione del sovrano alla gestione dello Stato. Esordisce chiamando al governo Massimo d'Azeglio — che costruirà l'immagine inizialmente vincente del re che è «Galantuomo» per aver saputo preservare lo Statuto dalle lusinghe reazionarie — poi, ha la fortuna di legare al trono l'abilità politica del conte di Cavour.

La scomparsa prematura dello statista lo priverà di un punto di riferimento forte, obbligandolo a oscillazioni continue tra il cortigiano Rattazzi e il tronfio Ricasoli, tra l'incolore Minghetti e gli energici Lanza e Sella, con frequenti preferenze per quei militari da cui si sentiva attratto (La Marmora, Menabrea) perché sicuro di poterli ricondurre a una logica dinastica pre-parlamentare.

Politicamente irrequieto, insofferente alle regole costituzionali e attratto dal governo personale — arriverà a nominare presidente del Consiglio il già malato e demente Luigi Carlo Farini (dicembre 1862) nell'illusione di poterlo influenzare — sempre alla ricerca di canali diplomatici paralleli per poter ampliare il suo Stato o procurare un regno al cadetto Amedeo (Grecia o Spagna), Vittorio Emanuele II è percepito in Europa come una variabile dinastica non facilmente controllabile.

Egli si serve di chiunque, forse nella convinzione che una sua investitura ufficiosa possa nobilitare qualunque avventuriero. Così, il conte Ottaviano Vimercati per dieci anni addetto militare italiano a Parigi, è, alle spalle del proprio governo, agente di collegamento tra il re e Napoleone III. Una sua antica amante, l'attrice Laura Bon, si vede trasformata nella improbabile latrice di una proposta di rovesciamento d'alleanze, indirizzata al feldmaresciallo austriaco Benedek a Verona. L'ex generale garibaldino ungherese Stefano Türr trama per conto del re nei Balcani. Mentre il sovrano in persona si rivolge all'avvocato romano Enrico Diamilla Müller per agganciare, utilizzare, forse neutralizzare Mazzini.

Nei rapporti con Garibaldi Vittorio Emanuele II esprime il meglio di sé in termini di ambiguità e spregiudicatezza. Gli andrà bene nel 1860 con la spedizione nelle Due Sicilie, ma solo perché l'abile regista dell'intera manovra è il conte di Cavour[12]. Viceversa, il duplice incoraggiamento dei malconcepiti tentativi di Aspromonte (1862) e Mentana (1867) getterà per due volte il paese sull'orlo della catastrofe, dimostrando la sua debolezza rispetto all'iniziativa militare francese.

Sono ormai acclarate l'incapace gestione del comando supremo nella guerra del 1866 (di cui si addossò la responsabilità a La Marmora) e le incaute trattative per una alleanza militare con la Francia (1870) svoltesi all'insaputa di governo e paese, che si trovarono a un passo da un potenziale conflitto con la Prussia di Bismarck. Eppure, con l'aiuto delle centinaia di monumenti che lo mostrano gigante militare a cavallo con feluca e sciabola, la sua fama gli sopravviverà.

Salvo il passo falso del «Re Galantuomo», immediatamente percepito nel Mezzogiorno come "re dei galantuomini": da intendersi non già nell'improbabile accezione di persone dabbene, bensì di accaparratori di terre

demaniali e tirannelli locali. Si sarebbe espresso in tal senso — nella sua deposizione alla Commissione parlamentare d'inchiesta sul brigantaggio — il possidente Vincenzo Tedeschi di Minervino Murge[13].

Ne avrebbe scritto cinque anni più tardi l'intellettuale napoletano Angelo Camillo De Meis, sottolineando come nelle Due Sicilie il popolo «nel *re galantuomo* non vide il suo re, ma solo il *re dei galantuomini*: bisticcio fatale e profondamente storico»[14]. Giudizio confermato da Pasquale Turiello secondo cui «i contadini espressero subito la loro impressione equivocando sul titolo del re *Galantuomo*»[15]. Passo falso di cui sembrano non rendersi conto i cortigiani piemontesi, ma che, invece, non sfugge agli osservatori stranieri, tanto da strappare una significativa ammissione a George, nipote di lord John Russell: «Re Galantuomo (nomignolo tristemente equivoco)»[16].

7. Umberto I, il «Re buono»

Subentrato al padre il 9 gennaio 1878, Umberto I appare come il più scialbo sovrano espresso dalla dinastia sabauda, visto che al suo omonimo «Re di Maggio» il destino (sotto forma referendaria) non ha dato l'opportunità di cimentarsi come regnante con prove tali da attestarne la tempra istituzionale.

Torniamo, dunque, a Umberto I, timido e introverso regnante, consegnato alla nostra percezione visiva da centinaia di immagini che ripropongono incessantemente i suoi occhi spalancati e sgomenti, adagiati su enormi baffi. Schiacciato dalla esuberante personalità del padre Vittorio Emanuele; intimidito dalle civetterie culturali della moglie Margherita; succube di Agostino Depretis e Francesco Crispi; ingrato nei confronti di Benedetto Cairoli che, pure, aveva deviato il pugnale parricida di Giovanni Passanante; dilapidatore di fondi pubblici e "convitato di pietra" nello scandalo della Banca Romana; antisemita nel fondo; entusiasta aderente alla Triplice alleanza; corresponsabile dell'alto e insostenibile livello raggiunto dalle spese militari; Umberto I viene ricordato con l'insignificante e incongruo appellativo di «Re buono».

Cosa ci fosse di buono in un carattere chiuso e introverso, in un'esaltazione guerresca priva di prove, nella infantile preferenza per lo stato d'assedio (1894, 1898), in una inadeguatezza di ruolo attestata dall'entusiasmo per il mitragliatore di Milano generale Bava Beccaris, la storia non è riuscita a dimostrarlo. Incapace di fronteggiare crispismo e post-crispismo, corresponsabile della disfatta coloniale di Adua, Umberto I perde la testa nelle crisi politiche del 1894 e del 1898-99.

Martire suo malgrado è, piuttosto, simbolo di uno dei massimi livelli di discredito raggiunti nel secolo dalla Corona. Ne affossa il mito incipiente; sarà il primo ad indossare un inutile giustacuore di maglia d'acciaio sotto la camicia; attira su di sé pugnali parricidi, fino all'appuntamento fatale con il proprio destino per mano di un fanatico nella Monza dell'amata Eugenia Litta il 29 luglio 1900.

8. Vittorio Emanuele III, il «Re soldato»

Asceso al trono nelle circostanze drammatiche del regicidio di Monza, il re Vittorio Emanuele III sembra inizialmente incarna-

re le aspettative di un paese inquieto, unificato da appena quarant'anni, e in preda a una crisi di assestamento, tuttora non pienamente valutata nella sua giusta misura in sede storica.

I quindici anni che precedono la Grande Guerra accreditano l'immagine schiva del primo funzionario dello Stato che affida il Regno alle mani esperte del presidente del Consiglio, riducendo significativamente il protagonismo regio dei suoi predecessori; fino a ridimensionare sensibilmente la partecipazione del monarca ai lavori del Consiglio dei ministri. Conoscitore dei meccanismi profondi della gestione del potere, Vittorio Emanuele III si era probabilmente reso conto che un suo intervento diretto alle riunioni di Consiglio avrebbe potuto "scoprire" politicamente la Corona, ridimensionandone l'immagine *super partes*.

Nel primo Novecento sembrò che Giovanni Giolitti potesse essere quel *premier* forte, in grado di guidare la compiuta parlamentarizzazione del sistema con l'assenso sovrano. Salvo rimettere tutto in discussione con lo scoppio della Prima guerra mondiale, quando il re avrebbe deciso il rovesciamento di alleanze e l'entrata in guerra a Camere chiuse, isolando la maggioranza parlamentare giolittiana e chiudendo entrambi gli occhi di fronte alle vivacissime intemperanze anti-parlamentari delle «radiose giornate» del maggio 1915, benevolmente incoraggiate dal governo Salandra.

L'entrata dell'Italia in guerra produce istantaneamente il mito del «Re soldato», anche se il ruolo militare del sovrano si limita a quei continui giri d'ispezione dei reparti combattenti che tanto infastidivano il generalissimo Luigi Cadorna.

La lunga crisi del primo dopoguerra mette Vittorio Emanuele III di fronte all'incapacità della classe dirigente liberale di gestire la pace — con le sue tensioni — dopo aver voluto la guerra. Non è questa la sede per riproporre le crisi aperte, chiuse e riaperte da Vittorio Emanuele Orlando, Ivanoe Bonomi, Giovanni Giolitti, F. S. Nitti, Luigi Facta e i mille fili che legavano tutti loro all'uomo del momento, l'autentico leader dei combattenti smobilitati: Benito Mussolini[17].

Mi basterà solo ricordare il ruolo da protagonista svolto da Vittorio Emanuele III in quell'autentica commedia degli equivoci andata in scena a Roma il 28 ottobre 1922, quando il capo dello Stato, dopo un consenso iniziale, rifiutò di firmare il decreto di stato d'assedio deliberato dal governo Facta.

Anche se c'è da dire che, in assenza di una energica *leadership* liberal-conservatrice, l'eventuale ricorso allo stato d'assedio (in funzione antifascista) nell'ottobre 1922 non avrebbe tutelato l'agonizzante regime rappresentativo. Viceversa, avrebbe aperto la strada a un ennesimo governo militare — il quinto nella breve storia dell'Italia unita — ma dal corto respiro. Visto che i gabinetti guidati dai generali La Marmora (1864-66), Menabrea (1867-69), Pelloux (1899-1900), non si erano mai spinti al di là del biennio di vita.

Fu così che Vittorio Emanuele III decise di nominare Benito Mussolini alla guida del suo governo, benché quel leader fosse alla testa di una sparuta pattuglia di una quarantina di deputati. Poi, nel ventennio successivo, il re ne coprì e incoraggiò tutte le svolte più significative — crisi Matteotti (1924), Aventino (1925), leggi razziali (1938), guerre — nella probabile speranza che il duce del Fascismo potesse rivelarsi quel Cancelliere del Regno che la dinastia non aveva trovato in Giolitti.

Salvo prenderne le distanze a guerra ormai perduta e ordinarne l'arresto con il *coup de Majesté* del 25 luglio 1943. Ma la fuga da Roma dopo l'armistizio dell'8 settembre, il collasso del Comando supremo e la cinica mancanza di direttive alle grandi unità combattenti — virtualmente lasciate alla mercé dei tedeschi — dimostrarono l'inconsistenza di quell'epiteto di «Re soldato» costruito dalla propaganda.

9. Umberto II, il «Re di Maggio»

Colmato di onori dal cessato regime fascista, ma sostanzialmente tenuto ai margini della vita pubblica malgrado formalmente rivestisse il grado di generale d'armata, Umberto principe di Piemonte è chiamato ad esercitare le funzioni di capo dello Stato, a guerra perduta.

Lo fa a titolo provvisorio, quale Luogotenente generale del Regno, in sostituzione del più che compromesso Vittorio Emanuele III, in base ad un artificio giuridico messo a punto dal vecchio uomo politico napoletano Enrico De Nicola, fatto accettare al vecchio re il 12 aprile 1944.

Sarebbe rimasto in tale limbo istituzionale per due anni — dal 5 giugno 1944 al 9 maggio 1946 — nominando presidenti del Consiglio (Ivanoe Bonomi, Ferruccio Parri, Alcide De Gasperi, già designati dal Comitato di Liberazione Nazionale) e accettandone a turno le dimissioni, senza poter in alcun modo interferire sull'apertura e chiusura delle crisi di governo. In attesa che la fine della guerra rendesse possibile quel referendum istituzionale — Monarchia o Repubblica? — richiesto dai partiti del C.L.N. e per il quale il governo De Gasperi aveva già iniziato gli adempimenti di rito.

Poi, improvvisamente, l'esautorato re Vittorio Emanuele III — che si era ben guardato dall'abdicare dopo l'ingloriosa fuga dell'8 settembre 1943 — pensò bene di por fine alla tregua istituzionale per rafforzare le *chances* referendarie della screditata Monarchia.

Così, il 9 maggio 1946, cioè ventiquattro giorni prima della celebrazione del referendum istituzionale del 2 giugno, Vittorio Emanuele rinunciò al trono vergando una formula stereotipata su carta da bollo, all'insaputa del Consiglio dei Ministri. Quasi che la Corona fosse stata una sua personale proprietà soggetta al normale regime delle successioni patrimoniali.

Atto tardivo — se volto a separare le responsabilità della Corona dal caduto regime fascista e dalla guerra perduta sì, ma già voluta — l'abdicazione del vecchio sovrano servì solo a tramutare per breve tempo il suo erede nel triste «Re di Maggio». Era troppo tardi anche per influire sull'esito referendario che, comunque, sancì una prevalenza repubblicana di soli due milioni di voti — 12.672.767 contro 10.688.905 — quasi che l'elettorato non si fosse reso ben conto delle dinamiche che avevano condotto alla perdita della guerra, predisponendo l'opinione pubblica a quell'oblìo da me richiamato in un precedente scritto, pubblicato sul n° 2 di questo «Giornale».

Mal consigliato, Umberto II sembrò non credere che la Monarchia potesse risultare sconfitta dalle urne, preparandosi a restare al Quirinale in attesa che la Corte di Cassazione comunicasse il risultato ufficiale del voto. I primi tafferugli tra monarchici e repubblicani, letti come pericolose avvisaglie di una possibile nuova guerra civile, obbligarono il Consiglio dei Ministri a

dichiarare la immediata decadenza del re, investendo il presidente del Consiglio De Gasperi delle funzioni provvisorie di capo dello Stato.

Fu così che il pomeriggio del 13 giugno 1946, il «Re di Maggio» abbandonò definitivamente Roma alla volta di Lisbona, avendo scelto il Portogallo come terra d'esilio, sulle orme del trisavolo Carlo Alberto di Carignano.

Resta solo da aggiungere che il sogno italiano di Casa Savoia — magistralmente reso possibile dall'accorta regìa del Cavour — era stato irresponsabilmente bruciato in soli ottantacinque anni, lasciando in eredità alla giovane repubblica un paese ferito nelle sue certezze e lacerato da una sofferta guerra civile.

[1] Per un inquadramento generale della questione rinvio a Paolo Colombo, *Il re d'Italia. Prerogative costituzionali e potere politico della Corona (1848-1922)*, Milano, FrancoAngeli, 1999.

[2] Marcel Morabito, *Il comando negato. La Rivoluzione francese e il potere esecutivo*, Manduria, Piero Lacaita Editore, 1997, p. 54.

[3] Adolfo Omodeo, *La leggenda di Carlo Alberto nella recente storiografia*, Torino, Einaudi, 1940, ora in Adolfo Omodeo, *Difesa del Risorgimento*, Torino, Einaudi, 1955, pp. 156-235.

[4] Giuseppe La Farina, *Lezioni elementari di Storia nazionale dalla caduta dell'Impero d'Occidente sino ai giorni nostri secondo i programmi legislativi ad uso delle Scuole Magistrali maschili e femminili*, Torino, Tipografia scolastica di Sebastiano Franco e figli, 1861, pp. 41, 95.

[5] Ercole Ricotti, *Compendio di storia patria dall'anno 476 al 1861 ad uso delle Scuole ginnasiali e tecniche*, Milano, V. Maisner, Torino, G.B. Paravia, 1866, pp. 239-240.

[6] Cfr. Giuseppe Massari, *La vita ed il regno di Vittorio Emanuele II di Savoia primo re d'Italia*, Milano, Fratelli Treves Editori, 1880[3], p. 202.

[7] Adolfo Omodeo, *La leggenda di Carlo Alberto*, cit., p. 210.

[8] La testimonianza del conte Alessandro di Saluzzo è riportata da Adolfo Omodeo, *La leggenda di Carlo Alberto*, cit., p. 187.

[9] Cfr. Paolo Colombo, *Costituzione come ideologia. Il 1820-21 italiano di fronte alla costituzione di Cadice*, in José M. Portillo Valdés, *La Nazione cattolica. Cadice 1812, una costituzione per la Spagna*, Manduria, Piero Lacaita Editore, 1997.

[10] Charles Costa de Beauregard, *Le prologue d'un règne: la jeunesse du roi Charles-Albert*, Paris, Plon, 1889, p. 1.

[11] Adolfo Omodeo, *La leggenda di Carlo Alberto*, cit., p. 234.

[12] Cfr. Roberto Martucci, *L'invenzione dell'Italia unita 1855-1864*, Milano, Sansoni, 1999., pp. 139-242.

[13] Deposizione del 26 gennaio 1863, citata da Franco Molfese, *Storia del brigantaggio dopo l'Unità*, Milano, Feltrinelli, 1983 (1964), p. 113.

[14] Angelo Camillo De Meis, *Il Sovrano. Saggio di filosofia politica con referenza all'Italia* [1868], a cura di Benedetto Croce, Bari, Laterza, 1927, p. 15.

[15] Pasquale Turiello, *Governo e governati in Italia* [1882], a cura di Piero Bevilacqua, Torino, Einaudi, 1980, p. 71.

[16] Da una lettera del novembre 1860, citata da Denis Mack Smith, *Cavour e Garibaldi nel 1860*, Torino, Einaudi, 1972 (1958), p. 519.

[17] Sul punto rinvio a Roberto Martucci, *Storia costituzionale italiana dallo Statuto alla crisi della repubblica 1848-2001*, Roma, Carocci, 2002.

Quarantasei proposte di lettura

A CURA DI ALBERTO CLERICI, PAOLO COLOMBO, FILIPPO DEL LUCCHESE, MARCO FIORAVANTI, FEDERICO LUCARINI, LORENZO MANCINI, PAOLA MANDILLO, ROBERTO MARTUCCI, PAOLA PERSANO, GIOVANNI RUOCCO, LUCA SCUCCIMARRA, MONICA STRONATI

A

Paolo ALVAZZI DEL FRATE
L'interpretazione autentica nel XVIII secolo
Divieto di interpretatio *e "riferimento al legislatore" nell'illuminismo giuridico*
Torino, Giappichelli, pp. 181
ISBN 88-348-0864-9,
Euro 13,94

Come esplicitamente dichiarato nella *Premessa* questo libro costituisce la prima parte di una ricerca più ampia sull'evoluzione dell'interpretazione autentica nel XVIII e XIX secolo.

L'autore parte dal diritto intermedio e sottolinea come le fonti giustinianee avessero assegnato al solo Imperatore la funzione legislativa e interpretativa, salvo poi spiegare che «il divieto di *interpretatio* giustinianeo non ebbe in pratica effettività alcuna» (p. 45). Nel panorama del diritto comune l'interpretazione autentica divenne tema centrale soprattutto del pensiero canonistico (l'autore si sofferma sul gesuita spagnolo Francisco Suárez), in particolare nel clima culturale della Controriforma, in funzione della difesa della dottrina cattolica contro le eresie.

Al centro dell'opera si trova l'illuminismo giuridico, francese e italiano, di fronte al dibattito sull'interpretazione della legge, di cui l'autore ricostruisce, in maniera puntuale, le tappe più significative. Il primato del legislatore e il "legicentrismo", o meglio il "mito" della legge, nella dottrina illuministica ha comportato da una parte l'esaltazione del ruolo svolto dal legislatore come creatore della legge e dall'altra, di conseguenza, un forte ridimensionamento, per non dire discredito, del ruolo dell'interprete. Da ciò l'enfatizzazione dell'interpretazione autentica, ritenuta unica interpretazione possibile, perché effettuata dal legislatore stesso.

Con il *Code Napoleon*, nel 1804, tramonta la concezione illuministica dell'interpretazione della legge a vantaggio della funzione interpretativa della giurisprudenza.

M. F.

Association française pour l'histoire de la Justice
La cour d'assises. Bilan d'un héritage démocratique
Paris, La Documentation française, 2001, pp. 319
ISBN 2-11-004721-6, Euro 19

Questo volume raccoglie gli Atti del Colloquio svoltosi presso la

Cour de Cassation l'11 e 12 giugno 1999, per iniziativa dell'*Association française pour l'histoire de la Justice* e dell'*École nationale de la magistrature*.

Da tempo in Francia ci si interroga sul destino di questo importante lascito di epoca rivoluzionaria, fino a dubitare che la partecipazione popolare all'amministrazione della giustizia penale possa attestare la democraticità dell'ordinamento.

Nell'impossibilità di dar conto di tutti i contributi, basterà sapere che il Colloquio è stato organizzato in tre sessioni: *Idéal démocratique et pratiques judiciaires*, *Souveraineté populaire et cultures politiques*, *Procès d'assises et rôle des acteurs*; permettendo così di spaziare dalla storia del *jury criminel* in Francia (A. Padoa Schioppa) e negli Stati Uniti (Gwénaële Calvès) alle contraddizioni di Vichy (Alain Bancaud), dalle prospettive liberali di Tocqueville (Lucien Jaume) all'atteggiamento di tre intellettuali — Gide, Mauriac, Giono — nei riguardi della Corte d'Assise (Thierry Pech).

R. M.

B

Francesco Benigno
Ultra pharum
Famiglie, commerci e territori nel Meridione moderno
Corigliano Calabro, Meridiana Libri, 2001, pp. XIV-209
ISBN 88-86175-69-8,
Euro 17,56

È un viaggio nella Sicilia degli Spagnoli e dei Borbone, rivisitata attraverso percorsi di ricerca e questioni interessanti in realtà l'intero Regno meridionale al di qua e al di là del Faro, quello che ci suggerisce l'autore, noto studioso dell'Antico regime in tutte le sue sfaccettature.

Il volume ripropone meritoriamente alcuni importanti saggi di storia economica e sociale, già pubblicati negli anni passati su riviste o in raccolte collettanee, ma ora rileggibili in un contesto unitario. Dapprima, Benigno ci presenta «il territorio meridionale nella congiuntura secentesca», tracciando un ampio affresco dei rapporti città-campagna, nel quale trovano spazio riflessioni sulla produzione granaria e sulle colture arborate, senza dimenticare le dinamiche demografiche e un importante aspetto dell'Antico regime istituzionale: i conflitti giurisdizionali.

La parte centrale del volume è dedicata al commercio marittimo e illustra, in particolare, il ruolo svolto dal porto di Trapani negli scambi commerciali mediterranei.

La parte conclusiva concerne la famiglia siciliana di Antico regime, analizza il ruolo socio-economico del matrimonio, la complessa struttura degli aggregati domestici, il ruolo della parentela (la grande famiglia allargata piena di zie, cugini e acquisiti).

R. M.

Silvio Bertoldi
Il re che tentò di fare l'Italia.
Vita di Carlo Alberto di Savoia
Milano, Rizzoli, 2000, pp. 290
ISBN 88-17-86481-1,
Euro 16,53

L'autore — noto giornalista già cimentatosi in appassionati saggi di divulgazione storica — tratteggia il ritratto efficace di uno dei protagonisti più contraddittori e controversi della stagione risorgimentale, tramandatoci nelle vesti carducciane di Italo Amleto.

In pagine equilibrate, ma non complici, ci viene riproposto il lungo itinerario che trasforma lo spaesato principe di Carignano nell'erede al trono di una dinastia priva di successori; divenuto, poi, l'ambiguo amico dei liberali piemontesi (Collegno, San Marzano, Santa Rosa), l'ondivago mallevadore del *pronunciamiento* costituzionale del marzo 1821 e, infine, il reazio-

nario "eroe del Trocadero" dell'agosto 1823.

Dei suoi primi diciassette anni di regno (1831-48) improntati a princìpi reazionari puntellati dal frequente uso della forca, non ci viene taciuto nulla: dalle ossessioni bigotte del sovrano, alla subalternità all'Austria, all'incauto coinvolgimento nel tentativo insurrezionale ideato dalla duchessa di Berry contro il re francese Luigi Filippo (1833).

Il 1848 porta lo Statuto (4 marzo) e poi la guerra all'Austria per il possesso di Milano e Venezia: le disfatte di Custoza e Novara, la successiva abdicazione, il patetico esilio in Portogallo sono seguiti dall'autore con crescente e "carducciana" simpatia, quasi che la morte romantica sulle rive dell'Atlantico possa in qualche modo riscattare quello che per la storia resterà l'Italo Amleto.

R. M.

Roberto Bianchi
Bocci-Bocci.
I tumulti annonari nella Toscana del 1919
Firenze, Olschki, 2001,
pp. 406
ISBN 8822249836, [s. i. p.]

Il biennio rosso delle province toscane, fino ad ora un po' meno studiato rispetto a quello di altre zone – il pensiero corre diretto a Torino – e relativamente meno segnato dal ruolo della grande industria, fu marcato dagli eventi dell'estate del 1919 che, non a caso, si sarebbero fissati nella memoria popolare con il curioso appellativo di «bocci-bocci», deformazione linguistica di bolscevichi.

L'autore tiene a sottolineare come il biennio rosso (che può vantare una letteratura sterminata), non esaurisca la sua portata nelle iniziative operaie – culminate con l'occupazione delle fabbriche nel settembre 1920 – ed includa quale fattore di rilevante importanza i moti contro il caroviveri.

In Toscana i tumulti annonari si caratterizzarono per un legame non episodico con le strutture locali del movimento operaio organizzato (Partito socialista, Camere del lavoro, cooperazione) e riuscirono ad esprimere le forme di azione che in vario modo contrassegnarono i moti nel resto della penisola.

È da sottolineare l'impegno di Bianchi nel condensare la mappa dei tumulti in Toscana, nel descrivere l'«ondata» del giugno 1919, nella indicazione dei luoghi dei moti, nel mettere a punto un censimento delle merci requisite e un elenco degli imputati.

Si è così scomposto il volto anonimo e collettivo delle folle «multiformi e multicolori» che assalivano negozi, magazzini, depositi e cantine, e si sono recuperati almeno alcuni segmenti che le componevano, facendo riemergere una pagina di storia dell'Italia contemporanea di particolare intensità e problematicità, i cui contenuti erano stati troppo sommariamente etichettati come arcaici e residuali e i cui protagonisti troppo frettolosamente annullati nell'unità indistinta della «folla».

F. L.

Pierre Bodineau
et Michel Verpeaux
Histoire constitutionnelle de la France
Paris, PUF, 2000, pp. 127
ISBN 2-13-050588-0,
Euro 6,50

Affresco riuscitissimo dell'evoluzione costituzionale francese dalla Rivoluzione del 1789 alla crisi del 1958, pubblicato nella collana "Que sais-je?".

Formidabile «consommateur de constitutions» (p. 4), la Francia ne avrebbe avute quattordici in centosettant'anni, senza contare governi rivoluzionari e provvisori o cambiamenti consuetudinari, delineando un quadro nettamente contrapposto a quello statunitense retto dalla costituzione del 1787 tuttora in vigore.

A tal proposito, gli autori invitano alla cautela: tale instabilità — essi dicono — potrebbe essere più apparente che reale, considerata la lunga permanenza al potere di uomini politici che hanno attraversato più regimi: si pensi a Sieyès o Thiers. D'altra parte, la solidi-

tà della tecnostruttura amministrativa fa da contrappeso alla «discontinuité constitutionnelle» (p. 5).

La ricostruzione che ne segue è quadripartita in modo convincente. C'è, innanzi tutto, la fase delle Rivoluzioni costituzionali del 1789-99, con il tentativo di costruire uno Stato di diritto (1789-91) che s'incaglia nelle secche del governo rivoluzionario (1792-95), fallendo poi nel tentativo di costruire con il Direttorio il nuovo ordine repubblicano (1795-99).

Il ritorno all'ordine è rappresentato dalla fase napoleonica, bipartita nei due regimi repubblicano-consolare (1799-1804) e imperiale (1804-15): entrambi fortemente autoritari ed imperniati sulla centralità di un capo, inizialmente Primo console e poi imperatore dei Francesi.

La difficile gestazione del regime parlamentare (1815-70) abbraccia quattro differenti regimi e altrettanti fallimenti: la Restaurazione difficile di una monarchia limitata (1815-30); una Monarchia di Luglio nata come repubblica sotto mentite spoglie ma in cui, rapidamente, Luigi Filippo diviene padrone delle regole (1830-48); una Seconda Repubblica senza repubblicani (1848-52); un Secondo Impero che dopo un decennio autoritario conosce una crescente parlamentarizzazione, interrotta dalla disfatta di Sedan (1852-70).

La democrazia parlamentare caratterizza i due regimi detti della Terza (1870-1940) e della Quarta Repubblica (1946-58); esperienze interrotte da due governi di fatto: quello collaborazionista, detto di Vichy (1940-44) e quello provvisorio (1944-46) di derivazione gollista. Della Terza Repubblica gli autori sottolineano la difficilissima incubazione, nell'impossibilità di una restaurazione monarchica, e le disfunzioni di tipo parlamentarista connotanti il successivo sessantennio fino alla disfatta del 1940.

Della Quarta Repubblica sono richiamati il bicameralismo ineguale con netta centralità dell'Assemblea Nazionale, i ridotti poteri del presidente della Repubblica, il complessivo insuccesso del tentativo di dar vita a stabili governi, fino alla crisi finale, con la nomina del «plus illustre des Français», il generale Charles De Gaulle, alla presidenza del Consiglio. Ma questa è un'altra storia.

R. M.

Pierre Boisseau
La Commune de Paris de 1871 à l'épreuve du droit constitutionnel
Clermont-Ferrand, Presse Univ. Fac. de Droit, 2001, pp. 426
ISBN 2-912589-08-8, Euro 22,87

L'autore si interroga sulla possibilità di applicare l'analisi costituzionale alla Comune parigina del 1871. Può il diritto costituzionale contribuire a decifrare la rivoluzione, anche quando questa ha caratteri di assoluta atipicità? ed applicarsi, più in generale, ai fenomeni di transizione giuridica?

La risposta è affermativa, a patto di ammettere che esista un diritto costituzionale «du nouveau régime» accanto al diritto «du changement de régime».

Liberata la Comune dalla dimensione mitica, se ne tenta la riabilitazione giuridica tramite il resoconto della sua produzione normativa. Si scopre allora che i Comunardi avevano una propria idea di diritto, non filtrata attraverso le categorie del potere costituente e della costituzione di portata nazionale, ma attraverso l'idea tutta locale di una federazione di comuni francesi come entità sovrane.

P. P.

Bruno Bongiovanni e Gian Mario Bravo (a cura di)
Nell'anno 2000. Dall'utopia all'ucronia
Firenze, Leo S. Olschki Editore, 2001, pp. 242
ISBN 88 222 49917, Euro 24.79

La Fondazione Firpo di Torino ha patrocinato nel marzo di due anni fa' un importante Colloquio internazionale di cui la prestigiosa casa editrice Olschki propone qui gli atti.

Vi si tematizza l'utopia come «fatto culturale proteiforme» - l'espressione è di Bronislaw Baczko, autore dell'Introduzione. L'utopia rivela una natura bifronte: genere letterario tra i più fortunati, tradisce la vocazione ad imporsi quale forza propulsiva in grado di muovere la storia. Ed è proprio tale doppiezza che gli interventi raccolti cercano di restituire.

Si comincia col percorso storiografico di Giuseppe Ricuperati sull'utopia come componente dell'Illuminismo, detto radicale, per contrasto con i Lumi ufficiali del Settecento francese. È quindi Michel Vovelle ad approfondire il nesso fra utopia e rivoluzione in epoca contemporanea, preparando il terreno alle riflessioni di Gian Mario Bravo sull'utopia nel socialismo marxista.
Qui «l'appello al senso di invenzione dell'uomo, quando questi manifesta e afferma la sua passione per la libertà» diventa utopia costruttiva e prospettiva di mutamento a tutt'oggi valida, nonostante il tragico inveramento novecentesco.

P. P.

Luca Borsi
Classe politica e costituzionalismo: Mosca, Arcoleo, Maranini
Milano, Giuffré, 2000,
pp. 606
ISBN 88-14-08359-2,
Euro 41,32

Terzo numero della collana «Biblioteca» dell'*Archivio di Storia Costituzionale e di Teoria della Costituzione* (Università di Roma "La Sapienza"), il volume presenta un'ampia ricostruzione del pensiero costituzionale di tre giuristi - Mosca, Arcoleo e Maranini - testimoni delle profonde trasformazioni dello Stato italiano nel passaggio dall'epoca liberale a quella fascista.

Se i primi due sono interamente calati nella stagione dello Stato liberale, con Maranini l'analisi si sposta sulla nuova prospettiva istituzionale del regime fascista e sulla successiva transizione alla democrazia.

Un filo rosso lega, secondo l'autore, le riflessioni dei tre studiosi: l'utilizzo del concetto di classe politica, che fa il suo ingresso, con Mosca, nella dottrina costituzionale. La crisi delle istituzioni liberali e della categoria concettuale dello Stato moderno e la consapevolezza del crescente divario tra ordine giuridico e ordine reale avrebbero spinto i tre costituzionalisti ad individuare nella classe politica, che è poi classe dirigente, una funzione importante di unificazione e mediazione: suo compito sarebbe stato quello di ricomporre ad unità le istanze disgregatrici provenienti dalla società e di costituire un tramite costante tra la realtà sociale e quella giuridico-statuale.

Da segnalare la parte del volume, assai dettagliata, dedicata ad Arcoleo ed alla sua proposta di riforma del Senato regio, formulata nel 1910, ovvero il progetto di un Senato parzialmente elettivo e rappresentativo di quella «nuova classe politica» che avrebbe potuto dirigere e moderare il moto della società. Interessante risulta poi la presentazione della concezione che Maranini ebbe di classe politica, identificata con il Fascismo, ovvero con quella «minoranza organizzata» che, sulle ceneri dello Stato liberale, aveva conquistato il potere e aveva avviato una ricomposizione sociale della nazione.

P. M.

C

Jean-Jacques Régis de Cambacérès
Mémoires inédits
Paris, Perrin, 1999, 2 vol.
ISBN 2-262-01595-3,
[s. i. p.]

Tra le tante carriere politiche fiorite all'ombra della Rivoluzione francese, quella di Cambacérès è senz'altro una delle più lunghe e interessanti. Deputato alla Convenzione, membro del Comitato di Salute Pubblica termidoriano, poi deputato ai Cinquecento e ministro, è uno dei primi politici direttoriali ad allinearsi al nascente potere bonapartista

dopo il colpo di Stato di brumaio. Fedele collaboratore di Napoleone, egli ne accompagna l'ascesa aggiungendo nuove cariche al suo già ricco *cursus honorum*: console nell'anno VIII, poi Arcicancelliere dell'Impero, diventerà il vero e proprio alter ego dell'Imperatore nei sempre più lunghi periodi di assenza di quest'ultimo da Parigi.

Testimone-chiave di tutti i più cruciali passaggi della Rivoluzione, Cambacérès offre con i suoi *Mémoires* il prezioso contributo di uno *sguardo dall'interno*, che forse solo altri politici di lungo corso come Fouché e Talleyrand possono eguagliare. In questo caso, però, non si tratta di un monumento all'egotismo rivoluzionario: Cambacérès affronta infatti il racconto di venticinque anni che hanno cambiato il mondo con la stessa ineguagliabile discrezione che in vita gli permise di attraversare pressoché inosservato cesure decisive del periodo rivoluzionario come il Terrore, Termidoro o lo stesso Brumaio, sopravvivendo anche alla eccezionale parabola del potere napoleonico.

Come sottolinea Jean Tulard nell'introduzione all'opera, più che di memorie si tratta di *«éclaircissements sur les principaux événements de la via politique»*: non una biografia politica, dunque, ma una sorta di affresco collettivo, in cui tutti i grandi protagonisti dell'epoca si vedono riconosciuto il posto che meritano. Dopo quasi due secoli di attesa e qualche occasionale indiscrezione storiografica, il frutto retrospettivo di un'esistenza intensa, anche se discutibile, è finalmente a disposizione di tutti.

L.S.

Davide Canfora
La controversia di Poggio Bracciolini e Guarino Veronese su Cesare e Scipione
Firenze, Leo S. Olschki Editore, 2001, pp. 173
ISBN 88 222 4987 9,
Euro 18,08

Libro uscito per la collana «Studi e testi» della fiorentina Olschki, a firma di Davide Canfora, il quale fin dalle prime pagine riconosce il proprio debito scientifico nei confronti di Gian Mario Bravo e Cesare Vasoli.

L'opera ricostruisce la controversia tra i due esponenti dell'Umanesimo italiano, Poggio Bracciolini e Guarino Veronese, sulla figura di Cesare. Personaggio controverso per antonomasia, il primo imperatore romano vedrà riflessi i tratti salienti della propria personalità e del proprio agire storico nel confronto serrato con la figura speculare di Scipione l'Africano.

Questa celebre controversia, che prende le mosse dalle prime riflessioni di Francesco Petrarca sul senso della virtù romana, più che sciogliere l'interrogativo sulla presunta superiorità dell'uno o dell'altro dei due *leader*, lascerà aperte una serie di domande sulla tensione tutta interna all'umanesimo fiorentino fra esaltazione dei personaggi e delle vicende dell'antichità classica e culto repubblicano della «libertas».

P. P.

Jean-Marie Carbasse
(sous la direction de)
Histoire du parquet
Paris, PUF, 2000, pp. 333
ISBN 2-13-050830-8,
Euro 22,56

Coordinati da Jean-Marie Carbasse, professore all'Università di Paris II (Panthéon-Assas), dieci studiosi si sono interrogati sulle caratteristiche distintive dei titolari dell'accusa in Francia (anche se un contributo isolato lambisce la Germania) dal Medioevo fino al XX secolo.

Questo ricco volume collettaneo fa dunque i conti con i *procureurs* e i *procureurs généraux* in una dimensione di lunga durata. Essi nascono intorno al 1300 come "procuratori del re" in senso letterale; vale a dire, in base a una procura che li costituisce legali rappresentanti del sovrano, al fine di tutelarne gli interessi di natura demaniale. In tal modo i procuratori (con i loro sostituti, a partire dal XVI secolo) si trovano ad essere tra i più antichi pubblici ufficiali nella storia della burocrazia.

Custodi dei diritti del re — e

quindi, *lato sensu*, dell'interesse pubblico — le *gens du roi* hanno controllato la *police du royaume* ed esercitato con crescente autorevolezza le funzioni di pubblico ministero, attraversando la temperie rivoluzionaria e vedendo riaffermati prestigio e influenza grazie alle riforme napoleoniche.

Una curiosità relativa al termine eminentemente francese di *parquet*, utilizzato anche da noi per indicare un piancito in legno d'un certo pregio. Pare che l'etimologia giudiziaria transalpina lo riconduca al "piccolo parco" (*parc/parquet*) o recinto consacrato inizialmente ai tornei cavallereschi medievali; poi al sito destinato all'amministrazione della giustizia; infine, a partire dal XVIII secolo, il termine *parquet* ha indicato i banchi della pubblica accusa occupati dalle *gens du roi*.

R. M.

Paola CASANA
Le costituzioni italiane del 1848-'49.
Appunti delle lezioni dell'a.a. 2000-2001 di Storia del diritto italiano II
Torino, Giappichelli, 2001, pp. 160
ISBN 88-348-1099-6,
[s. i. euro]

Il libro sistema e raccoglie le lezioni di un corso di storia del diritto italiano sulle Costituzioni italiane tra il 1848 e il 1849. In appendice sono riportati i testi costituzionali per la verifica dei nodi tematici segnalati durante le lezioni.

Essendo un lavoro di comparazione si presumono differenze traducibili in modelli. Al di là delle differenze è possibile comunque una analisi su alcuni nodi costituzionali quali: la forma di governo, la definizione del «potere» giudiziario, il rapporto tra poteri, la previsione o meno di procedimenti di revisione. All'analisi testuale segue l'esame degli statuti nella prassi, soprattutto delle attuazioni dei princìpi dichiarati per iscritto. Naturalmente tale verifica è possibile solo per lo Statuto albertino.

Tuttavia è possibile la comparazione tra le tre Carte siciliane (Costituzione siciliana, Carta separatista di Palermo e Atto costituzionale di Gaeta per la Sicilia), interessante perché consente di osservare le soluzioni prospettate delle varie ideologie del costituzionalismo italiano intorno ai punti più problematici.

Dalla comparazione esce confermata l'ipotesi della costituzione quale chiave per circoscrivere i poteri assoluti del sovrano. Tuttavia la laconicità delle Carte ortroyées rende praticabile un'interpretazione che tende a formare un governo facente capo al re, anche se poi la verifica della prassi per lo Statuto albertino evidenzia la tendenza all'affermazione del Parlamento sul governo.

M. S.

Giovanna CAVALLARI (a cura di)
Comunità, individuo e globalizzazione
Idee politiche e mutamenti dello Stato contemporaneo
Roma, Carocci, 2001, pp. 311
ISBN 88-430-1775-6,
Euro 21,60

Identificato, certo frettolosamente, come la fine stessa della politica, il processo di internazionalizzazione tecnica, economica e culturale in atto da alcuni anni a livello globale ha radicalmente trasformato il nostro modo di vivere e rappresentare le appartenenze politico-istituzionali.

Spinta dalla marea montante della globalizzazione, una pluralità di sfere sociali, reti di comunicazione, rapporti di mercato, modi di vita si è fatta strada attraverso i confini, un tempo intangibili, dello Stato-nazione, mettendo drasticamente in discussione quell'«ortodossia territoriale del politico e del sociale» (Beck) che nell'orizzonte della prima modernità aveva rappresentato un principio fondativo di rilevanza assoluta.

Ciò che è sorto dalla crisi dello Stato-nazione non è però una democrazia cosmopolitica fondata sulla potenza inclusiva dell'universalismo dei diritti e della partecipazione, ma un'ibrida mescolanza in cui il peso delle disuguaglianze e delle discriminazioni rischia di trasformarsi nell'unica vera chiave di lettura globale applicabi-

le ad un universo altrimenti sempre più frammentato.

Ai pericoli – ma anche alle opportunità – che si celano in tale ambiguo contesto è, appunto, dedicato il composito percorso di ricerca sviluppato nel volume a cura di Giovanna Cavallari ; una riflessione teorico-politica che all'esame dei processi in atto affianca uno sforzo di problematizzazione storica di quel rapporto tra individuo e comunità, al quale ancora oggi appaiono legati i destini di una forma politica compiutamente universale.

La prima parte del volume è così dedicata all'analisi di autori del passato: Baruch Spinoza come teorico di «una comunità della comunicazione potenzialmente illimitata», Immanuel Kant come ideatore di un diritto cosmopolitico basato sui diritti umani e su un possesso comune della superficie del pianeta, Karl Marx come teorico di una comunità senza classi pensata come alternativa all'anarchia di un mercato già globalizzato, e poi ancora Tönnies, Horkheimer e i comunitaristi libertari americani.

Mentre nella seconda parte del volume il rapporto tra individuo e comunità nell'era della globalizzazione è oggetto di un approccio "sincronico" centrato sui diversi profili che esso costantemente chiama in causa: l'opinione pubblica, l'ordine internazionale, la tecnica, l'architettura istituzionale, la sfera economica. Il tutto nella convinzione che l'analisi politica, accanto a quella giuridica, sociologica ed economica, resti uno strumento essenziale «per esercitare nel modo più efficace le armi della critica e rendere più comprensibile il processo di cambiamento in corso».

L. S.

Martin Clark
Il Risorgimento italiano. Una storia ancora controversa
(a cura di Cesare Salmaggi)
Milano, Rizzoli, 2001, pp. 221
ISBN 88-17-86673-3,
Euro 7,70

Un libro denso, ricco di spunti ricostruttivi e riflessioni critiche, in cui la competenza italianista dell'autore gli fa padroneggiare una bibliografia vasta, consentendogli di fornire al lettore le informazioni essenziali senza appesantirle con inutili elenchi di nomi di protagonisti secondari.

Martin Clark traccia un affresco del problema italiano dall'invasione francese (1796) al 1861, con un Epilogo proiettato nel primo decennio unitario e considerazioni finali legate all'attuale crisi del sistema-Italia.

In rapida sintesi: regimi della Restaurazione italiana meno impopolari di quanto la propaganda abbia detto, un malessere veicolato da ufficiali napoleonici smobilitati e da ceti emergenti esclusi dall'esercizio del potere politico, associazioni segrete come la Carboneria interessate a cospirare e destabilizzare gli assetti istituzionali decisi a Vienna nel 1815.

Su tutto questo si inserisce la svolta impressa all'universo cospiratorio dalla discesa in campo dell'«avvocato Giuseppe Mazzini [...] un giornalista di grandi capacità, e un profeta» (pp. 65-66) che aggrega alcuni giovani entusiasti attorno a un programma di «unità, libertà e indipendenza» che avrebbe dovuto portare a una Italia imperiale comprendente l'intera penisola, il Sud Tirolo, il Canton Ticino, la Corsica e Malta.

Il fallimento dei moti del 1848-49 e dei governi provvisori (moderati e democratici), le disfatte piemontesi di Custoza e Novara, il successivo "decennio di preparazione", la centralità di Cavour nel mantenere gli Stati Sardi ancorati ad una prospettiva europea liberal-rappresentativa sono al centro di pagine avvincenti.

Meno convincente appare la ricostruzione della spedizione dei Mille descritta dall'autore come «una delle più grandi campagne militari di tutti i tempi», condotta contro il parere di Cavour: ipotesi ricostruttiva contraddetta dal *Carteggio* del conte che propone un quadro interpretativo molto più sfaccettato.

Mirabili, infine, le considerazioni finali sulla «piemontesizzazione a oltranza» (pp. 140-144), sui limiti del nuovo assetto istituzionale fortemente censitario, sui "perdenti" dell'Unità: federalisti, democratici, contadini meridionali. Considerazioni amare che portano l'autore a dire: «è lecito sostenere che il Meridione avrebbe potuto avere un avvenire più prospero se fosse rimasto uno Stato indipendente» (p. 153).

R. M.

Pietro Corrao e Paolo Viola
Introduzione agli studi di storia
Roma, Donzelli, 2002, pp. 155
ISBN 88-7989-669-5,
Euro 9,30

Agile volumetto che coniuga l'intento divulgativo con l'esigenza didattica di fare il punto sulle tendenze storiografiche che, succedutesi nel tempo, hanno variamente definito lo statuto della conoscenza storica e l'atto stesso del fare storia.

Non è più il tempo della storia come «itinerario, di cui ogni epoca era una tappa, come se esistesse una meta, un'evoluzione, una direzione, un cammino». È piuttosto il momento di una storia «molto più sofisticata intellettualmente, ma che la società non sa utilizzare, perché non risponde, non sa, né vuole rispondere alle domande semplici relative all'ordine che ogni epoca sembrava darsi». Nonostante tale fattore di crisi, o forse proprio perciò, un libro come questo ha ragione di esistere.

Onesto il privilegiamento della prospettiva eurocentrica, non tanto per una scelta ideologica degli autori, ma per il convincimento comune ad entrambi che certe categorie interpretative come quella di "Medioevo" siano ancora forti, a patto che se ne riconosca la matrice culturale di provenienza e non si pretenda di applicarle con troppa disinvoltura ad esperienze altre rispetto a quella europea.

P. P

D

Marco De Nicolò
Trasformismo, autoritarismo, meridionalismo.
Il ministro dell'interno Giovanni Nicotera
Bologna, Il Mulino, 2001,
pp. 338
ISBN 88-15-08381-2,
Euro 26,86

Frutto di una ricerca storica accurata e approfondita che ha esaminato sia la storiografia a disposizione, sia i quotidiani del periodo, gli atti parlamentari e le fonti dirette presso l'Archivio centrale dello Stato, il Museo Centrale del Risorgimento e altri archivi o biblioteche in cui l'autore ha reperito documenti inediti, questo libro ricostruisce la vicenda politica di uno dei personaggi più controversi, e meno amati, del periodo post-unitario.

Il libro, senza voler «riabilitare» il personaggio, analizza il sistema sociale in cui si è radicato Giovanni Nicotera, la sua organizzazione del ministero dell'Interno, la gestione della piazza e dell'ordine pubblico, la lotta alla mafia e alla camorra.

L'ascesa politica e il radicamento che il deputato di Salerno ottiene nel Meridione sono dovuti, secondo la profonda ricostruzione dell'autore, al progressivo consenso che tutta la Sinistra andava sviluppando nel Sud: «La progressiva penetrazione nelle amministrazioni locali; le proposte di spesa pubblica, vantaggiose per alcuni ceti e interessanti per altri esclusi dalla politica ''settentrionalistica'' della Destra; la confluenza, in un disegno di riscatto del Mezzogiorno, di forze deluse, di qualunque tendenza; la tessitura di una fitta rete di clientele…» [p. 17-18].

Importante inoltre fu il legame stretto di Nicotera con la Massoneria, che ampliò la rete di relazioni e di legami che aveva intessuto soprattutto a Napoli e a Salerno.

Interessante poi come Nicotera si distacchi sempre più dalle idee della Sinistra storica spostandosi sulle posizioni di una Sinistra moderata

e possibilista «pronta a sacrificare parte dei programmi della Sinistra storica per far conseguire al Mezzogiorno maggiori stanziamenti» [p. 37].

Mancava nel panorama scientifico degli ultimi anni un libro sul tema e quello di Marco De Nicolò riempie questo vuoto, concentrandosi in particolare sul ruolo di Nicotera come ministro dell'Interno, il cui metodo politico nella ricerca del consenso «non conobbe riserve morali né politiche» [p. 320]

M. F.

Patrizia DOGLIANI
L'Europa a scuola. Percorsi dell'istruzione tra Ottocento e Novecento
Roma, Carocci, 2002, pp. 210
ISBN 88-430-2229-6,
Euro 17,10

Al centro dell'indagine propostaci da Patrizia Dogliani i complessi percorsi della circolazione dei saperi in Europa negli ultimi due secoli, dalla sfida dell'alfabetizzazione al consolidamento dei sistemi scolastici nazionali, dallo spazio per uomini e donne all'organizzazione dei sistemi bibliotecari e museali.

Concepito originariamente quale parte di un più ampio lavoro collettaneo su *Educazione e qualificazione in Europa* (non più dato alle stampe) il testo è stato continuamente rimaneggiato e arricchito dall'autrice che si è, in particolare, interrogata anche «sul processo di integrazione culturale in Europa» (p. 12), grazie anche alle sue esperienze in Università inglesi e francesi.

R. M.

E

Luigi EINAUDI,
Riflessioni di un liberale sulla democrazia 1943-1947
(a cura di Paolo Soddu)
Firenze, Olschki, 2001, pp. XVIII-300
ISBN 88 222 5037 0, [s. i. p.]

La presente raccolta copre il periodo che va dalla permanenza in Svizzera fino all'immediato dopoguerra, esclusi però gli interventi di Einaudi alla Costituente, e si dipana quindi attorno al futuro dell'Italia subito dopo la caduta del regime fascista.

In questo senso essa rispecchia i tentativi dell'autore di affermare una visione liberale della democrazia, applicata soprattutto alla sfera d'intervento statale. E ciò appare significativo, se pensiamo che le posizioni dell'economista rimasero a lungo largamente minoritarie nel paese, pur garantendo, in alcuni momenti, la funzione di anticorpi a difesa di un liberalismo come Einaudi lo concepiva, ovvero «perfezionamento e elevazione della persona umana» e in quanto tale capace di porre freni e limiti all'invadenza del potere.

«Il liberalismo è perciò una dottrina di limiti; e la democrazia diventa liberale solo quando volontariamente si astiene dall'esercitare coazione sugli uomini nei campi che l'ordine morale insegna essere riservati all'individuo, dominio sacro della persona». Parole che fanno tutt'uno con quelle volte alla ricerca di forme nuove di autogoverno dal basso, come nell'articolo *Via il prefetto!* (ricordato dallo stesso Soddu), che costituisce una delle condanne più aspre rispetto all'evoluzione dello Stato italiano, per la sua natura facile preda di una trasformazione in senso autoritario.

Identico l'approccio riservato ai temi della libertà di stampa e di religione, non meno che a quello dell'Europa, che è, anzi, il motivo di maggiore novità negli scritti di questo arco cronologico. Specialmente per il rinnovato fervore nei confronti del processo di unificazione, che detta all'autore alcune delle pagine più ispirate, testimonianza non solo di una lucida lettura della tragedia bellica, ma concreto indicatore di proposte operative per il futuro del continente.

F. L.

F

Jean-Claude FARCY
L'histoire de la justice française de la Révolution à nos jours. Trois décennies de recherches
Paris, PUF, 2001, pp. 494
ISBN 2-13-051981-4, [s. i. p.]

È un lavoro di ampio respiro che apre nuovi cantieri di ricerca, suscitando interrogativi e suggestioni; esso fa il punto sulla storiografia giudiziaria francese dell'ultimo trentennio attraverso lo spoglio di un numero sterminato di articoli, comunicazioni a convegni, libri sull'argomento.

Per marcare una prima differenza con la situazione italiana, dove il Consiglio nazionale delle ricerche ha progressivamente emarginato i settori "umanistici" e il Ministero della Giustizia con il suo ingegner Guardasigilli Castelli — come ci dicono le cronache — si occupa d'altro, questo libro di Jean-Claude Farcy non è un prodotto del caso. L'*histoire de la justice française* costituisce infatti il rapporto scientifico della «Mission de recherche Droit et Justice», finanziata sotto la forma giuridica del GIP: un *groupement d'intérêt public* costituito dal Ministero francese della Giustizia e dal C.N.R.S. (l'equivalente del nostro C.N.R.).

Il lavoro ha un impianto tematico e un passo analitico; esso è suscettivo di una duplice fruizione: può essere letto integralmente quale messa a punto storiografica; oppure, può funzionare da repertorio tematico. Vale a dire che, interrogato su una singola questione (la giustizia rivoluzionaria, la giuria, ecc.), il libro fornisce al lettore un esaustivo quadro di riferimento.

Ma, veniamo alla struttura del libro; dopo un capitolo di taglio metodologico — «Une histoire jeune» — seguono «Lectures de la criminalité» (2), «Normes, institutions et pratiques judiciaires» (3), «Prisons et pénalités» (4), «Justice et répression politique» (5), capitoli chiusi da una strutturatissima «Bibliographie sommaire» e da un indice degli autori citati. Ricchissime le note, che si aprono a suggestioni bibliografiche ulteriori.

R. M.

Mauro FOTIA
Il liberalismo incompiuto. Gaetano Mosca, Vittorio Emanuele Orlando, Santi Romano tra pensiero europeo e cultura meridionale
Milano, Guerini e Associati, 2001, pp. 260
ISBN 88-8335-183-5, [s. i. p.]

Il libro affronta il tema del liberalismo attraverso lo studio di alcuni nodi tematici comuni ai tre autori: la rappresentanza, il partito politico, il concetto di autarchia.

Naturalmente ognuno intraprende un proprio percorso scientifico, con scelte differenti: la rappresentanza può essere un male «necessario» da controllare con la pubblicità degli atti parlamentari e il referendum (Mosca); oppure un istituto che rappresenta lo Stato sovrano (Orlando), ma anche un artificio del diritto da contrastare con un istituzionalismo pluralista (Romano).

Sicuramente la figura di Romano si staglia sulle altre due per la peculiare capacità di cogliere le novità della società moderna e quindi rispondere con più idonei ordinamenti politici e giuridici. Tuttavia non viene mai meno l'idea statalistica, cioè il rafforzamento del potere centrale e delle prerogative di controllo della società nell'ottica della conservazione dello Stato liberale.

Lo studio evidenzia un *imprinting* originario che accomuna i tre autori, una sorta di pessimismo che trova le proprie radici nel «sicilianismo»: la sedimentazione di dati ambientali, biologici, storici e culturali. Sarebbe quindi il «sicilianismo» la fonte dell'atteggiamento di chiusura e conservazione dell'ordine esistente, dell'inevitabile liberalismo incompiuto.

M. S.

H. Friese, A. Negri, P. Wagner
(a cura di)
Europa politica
Ragioni di una necessità
Roma, Manifestolibri, 2002,
pp. 286
ISBN 88-7285-265-X,
Euro 16,50

Il libro cerca di pensare un'Europa alternativa al modello di stato nazionale, respingendone la mera riproposizione su più larga scala. In aperta polemica sia con i «socialdemocratici conservatori», sia con i teorici critici della globalizzazione, gli autori di questo volume auspicano un'Europa democratica e solidale che assolva la funzione di polo contro-egemonico.

Nella prima parte, dedicata alla politica e alla cultura in Europa, emerge per intensità il saggio di Massimo Cacciari *Digressioni su Impero e tre Rome*, mentre, nella parte dedicata all'Europa rispetto alla costellazione globale odierna, emerge per interesse il lavoro a quattro mani di Alessandro Dal Lago e Sandro Mezzadra *I confini impensati dell'Europa*, dove i due autori mettono in evidenza come le frontiere dell'Europa, soprattutto dopo il 1989, si siano moltiplicate e diversificate e come questo abbia disseminato il continente di nuovi conflitti.

Il libro è chiuso da un breve ma denso saggio di Antonio Negri – *Strategie politiche per l'Europa. Europa necessaria, ma possibile?* – in cui si sottolinea l'importanza di un nuovo soggetto europeo che voglia costruire una democrazia assoluta e che si proponga come *contro-Impero*.

M. F.

G

Luigi Gambino
Un progetto di Stato perfetto:
la "Monarchie aristodemocratique"
di Turquet de Mayerne (1611)
Torino, Giappichelli, 2000,
pp. 188
ISBN 88-348-0873-8,
Euro 14, 46

Questa monografia è dedicata ad uno degli scritti più interessanti ma meno conosciuti di quelli apparsi in Francia durante il regno di Enrico IV e la reggenza di Maria de'Medici, la cui elaborazione risaliva però al 1591, in un contesto dunque affatto diverso.

La *monarchie aristodemocratique* proponeva una radicale e profonda riforma dell'assetto socio-politico francese, privilegiando la forma di governo mista proprio quando le teorie bodiniane sembravano averla resa oramai obsoleta. Fulcro di questo nuovo ordinamento erano gli Stati Generali, ai quali spetta la sovranità che è solo comunicata al re, e che rappresentano l'espressione di «una monarchia regolata e temperata da leggi, sorretta e, per così dire, in simbiosi con l'aristocrazia, con i ceti produttivi e con il popolo, come condizione per il mantenimento della libertà» (p.10).
A questo fine acquista particolare rilevanza per Mayerne il sistema dei "contrappesi" (*contrepoids*), idea ricorrente nella *Monarchie aristodemocratique* allorquando vengono definiti i rapporti fra le forze sociali e le istituzioni, facendo assumere a questo testo alcune caratteristiche che, afferma Roland Mousnier, «font penser irrésistiblement à la philosophie des lumières» (p.51).

A. C.

Marcel Gauchet
La démocratie contre elle-même
Paris, Gallimard, 2002,
pp. 385
ISBN 2-07-076387-0,
Euro 10,50

L'ultimo libro di Marcel Gauchet raccoglie i suoi articoli pubblicati sulla rivista «Le Débat» negli ultimi vent'anni. Il libro si apre con un articolo dedicato ai diritti dell'uomo, *Les droits de l'homme ne sont pas une politique*, e si conclude con un saggio speculare a quello di apertura, significativamente intitolato *Quand le droits de l'homme deviennent une politique*.

Gli altri saggi sono dedicati in buona parte ad una que-

stione che è stata a lungo al centro degli interessi di Gauchet, quella della religione, soprattutto all'interno di una società fortemente secolarizzata e di fronte – per usare le parole di un suo famoso libro – al *désenchantement du monde*.

Nel complesso il libro si sofferma sullo sviluppo e sul cambiamento a cui abbiamo assistito negli ultimi anni, soprattutto rispetto ai sistemi totalitari dell'Europa dell'est e alla loro caduta. La democrazia, apparentemente trionfante, sembra combattere contro se stessa – per riprendere il bel titolo del libro, che però non rispecchia a pieno il contenuto dell'opera – e negli ultimi anni si è come chiusa in se stessa. La posta in gioco per la democrazia è appunto, secondo l'autore, quella di sopravvivere al proprio trionfo.

M. F.

Bernard GAUDILLÈRE
Le régime politique italien
Paris, PUF, 1999, pp. 127
ISBN 2-13-049787-X,
Euro 6,50

Inserito nella collana "Que sais-je?" questo saggio introduce il lettore nei meandri della complessità istituzionale italiana, condita da immobilismo, processi decisionali lenti e non trasparenti, palese appesantimento della struttura dei poteri pubblici. Ne risulta una lettura che sarebbe utilissima per integrare il formalismo dei nostri manuali di diritto costituzionale con un solido testo che traccia un sintetico ed esauriente affresco della costituzione materiale italiana.

Anche in questo caso, l'occhio critico di uno studioso esterno all'ambiente italiano gli permette di cogliere più agevolmente distorsioni e incongruenze che, viceversa, trovano presso di noi menti ormai "mitridatizzate" e, quindi, incapaci di prendere atto dell'immenso saldo negativo con cui si presenta all'opinione pubblica europea un sistema politico carico di disfunzioni quale quello italiano.

In poco più di un centinaio di pagine, dense di dati e valutazioni ma assistite da una efficace qualità di scrittura, il lettore è chiamato a fare i conti con un presidente della Repubblica privo di poteri sostanziali (il giudizio andrebbe, però, sfumato), con un presidente del Consiglio disegnato come *primus inter pares* dei colleghi di Gabinetto, e con una legge elettorale ultra-proporzionale (fino al 1994) che ha abbinato al multi-partitismo esasperato un ancor più esasperato multi-correntismo.

R. M.

Giuseppe GIANNANTONJ
Lavoro e tecnica in Zecca tra XVI e XVIII secolo.
Produzione e circolazione monetaria dell'età moderna
Bologna, Costa Editore, 2001,
pp. 127 [s.i.p.]

Con meritorio mecenatismo grandi istituti bancari finanziano pubblicazioni relative alla storia della moneta e della monetazione. Si tratta generalmente di volumi in cui la parte iconografica (spesso pregevole) prevale sul testo scritto.

Nel volume qui presentato, l'assenza del prezzo di copertina trasforma un lavoro di qualche interesse (con un suo mercato) in una strenna semiclandestina e ghettizzata.

Questo lavoro tradisce la natura composita delle sue parti (tracce di conferenze, appunti di corsi), denunciando una certa timidezza ricostruttiva, evidenziata anche dall'uso di periodi cortissimi costituenti altrettanti capoversi.

Si tratta però di un saggio documentato che colma un vuoto ricostruttivo, introducendo il lettore nei misteri della metallurgia d'Antico regime e della progressiva meccanizzazione del conio monetario, soffermandosi in particolare sulla Zecca di Bologna.

Interessante – anche se ingenua nel trattamento dei risvolti processuali, estranei alla competenza dell'autore – la ricostruzione della vicenda del «birbo zecchiere» fraudolento addetto al conio.

R. M.

Chiara Giorgi,
La sinistra alla Costituente. Per una storia del dibattito istituzionale
Roma, Carocci, 2001, pp. 261
ISBN 88-430-1770-5,
Euro 20,14

Una tesi storiografica e politica consolidata rileva come la sinistra italiana, sospesa e oscillante tra una forma di avversione di origine marxista nei confronti del carattere liberale e borghese delle istituzioni rappresentative parlamentari e una prudente fiducia verso il potenziale democratico contenuto in esse, abbia manifestato un deficit giuridico nel dibattito svolto all'Assemblea costituente.

Il libro di Chiara Giorgi cerca di articolare questa posizione complessiva, evidenziando il contributo offerto da quattro protagonisti del dibattito costituzionale (Basso, Terracini, Laconi e Crisafulli).

Un lavoro di rilievo, dunque, soprattutto per la conoscenza delle posizioni e dei contenuti specifici da questi espressi, che non offre però elementi particolari di aggiornamento nella difficile opera di approfondimento e di ricostruzione della cultura giuridico-costituzionale complessiva della sinistra italiana.

G. R.

H

Harry Hearder
Cavour
Un europeo piemontese
Roma-Bari, Laterza, 2000, pp. XII-270
ISBN 88-420-5803-3,
Euro 18,08

Non sempre il tradurre denota apertura cosmopolita; può anche accadere che i "cacciatori di teste" (talora, non necessariamente specialisti della materia), nell'ansia di trovare dietro l'angolo un Mack Smith o un Trevelyan si precipitino sul primo titolo estero non opzionato dalla concorrenza.

È quanto accade a questo *Cavour* che si presenta come una biografia dell'insigne statista, rivelandosi invece *in itinere* un raccontino divulgativo dove l'appiglio cavouriano si riduce a esile pretesto. Zeppo dei luoghi comuni tipici d'un "risorgimentismo" d'altri tempi, il libro appare pensato per un pubblico che non sappia molto del Risorgimento italiano.

Qualche imprecisione dei traduttori rende qua e là fastidiosa la lettura; per esempio, quando si citano i testi di un autore ottocentesco francese, che senso ha fornire i titoli in lingua inglese, piuttosto che in italiano, tenuto conto che l'originale era francese? (p. 57). Inoltre, a Cavour viene attribuita nel 1848 la richiesta d'«istituzione di una guardia civile» (p. 59), quando, con tutta evidenza, si intende alludere alla Guardia "civica", destinata ben presto a trasformarsi in Guardia Nazionale.

Aggiungo che la lettura è inutilmente appesantita dall'accorpamento delle note alla fine del volume: ma è questa una singolare scelta editoriale vieppiù seguita negli ultimi anni.

R. M.

I

Francesco Ingrao
La bandiera degli elettori italiani
Palermo, Sellerio, 2001, pp. 211
ISBN 88-389-1695-0,
Euro 14,46

Ci viene riproposto, gramscianamente prefato, un interessante e dimenticato scritto del bisnonno del *leader* comunista Pietro Ingrao, già presidente della Camera dei deputati dopo il 1976. Si tratta di un manifesto politico non privo di ingenuità — «il voto è l'arma legale dei partiti, che sono gli eserciti della pace» (p. 92) — pubblicato a Napoli nel 1876.

In quelle pagine, l'ex mazziniano e garibaldino siciliano Francesco Calogero Ingrao

(Grotte, 1843 - Lenola, 1918) esprime la convinzione che il passaggio di consegne dalla Destra storica alla Sinistra parlamentare (18 marzo 1876) possa rappresentare una svolta per il paese. Anche se lascia perplessi l'entusiasmo con cui affida le proprie aspettative palingenetiche agli «antecedenti dell'intimo compagno di Carlo Pisacane» (p. 65): il sinistro ministro degli Interni Giovanni Nicotera, sopravvissuto all'eccidio di Sapri in circostanze mai chiarite.

Il lavoro non è privo di ambizioni e denota nell'autore buone (quanto affastellate) letture, spaziando egli da Cicerone a Tacito, da Hobbes a Rousseau, da Romagnosi a Gioberti e Mazzini, da Stuart Mill a Cattaneo e Ferrari; non senza qualche piccolo pasticcio di tipo sincretico che sarebbe ingeneroso contestargli.

Qua e là si intravvedono anche sicuri indizi della futura deriva espansionista di quella Sinistra militare garibaldina, divenuta forza di governo dopo il Settantasei. Come quando Francesco Ingrao scrive: "speriamo che la Sinistra non dimentichi che Nizza, il Canton Ticino, il Tirolo, l'Istria, la Corsica e Malta sono terre italiane" (p. 117). Sarà quella un'ossessione di tutti i governi italiani fino alla disfatta del 1943.

Favorevole all'emancipazione delle donne, sostenitore di un sistema educativo in cui l'insegnamento delle lingue moderne (francese, inglese, tedesco) soppianti latino e greco, per Francesco Ingrao la cartina di tornasole per la Sinistra di governo è la riforma elettorale che estenda il diritto di voto a tutti gli alfabetizzati, soppiantando i collegi uninominali con lo scrutinio di lista.

Nel complesso, una lettura di indubbio interesse che offre al lettore di oggi un prezioso spaccato di aspettative, illusioni, luoghi comuni di un sincero e appassionato riformista di ieri.

R. M.

K

E.H. Kossmann
Political Thought in the Dutch Republic. Three Studies
Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen, Amsterdam 2000, pp. 197
ISBN 90-6984-281-5, [s.i.p.]

In questo volume vengono ripubblicati tre dei più importanti contributi di E.H. Kossmann, uno dei maggiori conoscitori del pensiero politico olandese, scritti rispettivamente nel 1960, 1980 e 1985. Si segnala anzitutto il primo studio intitolato *The Course of Dutch Poltitical Theory in the Seventeenth Century* (pp. 25-129), tradotto per l'occasione in lingua inglese dall'originale neerlandese.

Vi è contenuta un'ampia panoramica su fonti e testi assai rilevanti ma che raramente hanno interessato gli studiosi del pensiero politico del XVII secolo, forse anche per la difficoltà rappresentata dalla lingua.

Questo contributo viene però considerato dagli esperti il punto di partenza per qualsiasi ricerca sul pensiero politico olandese della prima età moderna. Assai importanti sono anche gli scritti dedicati ai temi *Popular Sovereignty at the Beginning of the Dutch Ancien Regime* e *Dutch Republicanism*, in cui l'autore esamina il caso della Repubblica delle Province Unite alla luce delle tesi contenute negli influenti lavori di J. Pocock e Q. Skinner, rilevando la specificità e la complessità della tradizione repubblicana dei Paesi Bassi.

A. C.

Jacques Krynen
(sous la direction de)
L'élection des juges
Étude historique française et contemporaine
Paris, PUF, 1999, pp. 278
ISBN 2-13-049954-6,
Euro 21,04

Una giustizia resa in nome del popolo, può essere amministrata da giudici selezionati attraverso pubblico concorso? E l'inquietudine che sembra lambire l'ordine giudiziario, sarebbe attenuata qualora l'in-

vestitura elettorale sostituisse la nomina per concorso?

Attorno a tali questioni, un gruppo di storici si è interrogato, partendo dall'esperienza rivoluzionaria che con la legge del 24 agosto 1790 ha introdotto per un decennio il criterio elettivo, ripercorrendo le tracce di un dibattito che sino alla Terza Repubblica (1875–1940) ha contrapposto la scheda alla nomina burocratica; aprendosi, infine, a due esperienze straniere — la svizzera e l'americana — che ancora fanno ricorso (sia pure in forme diverse) all'elezione dei giudici.

Ne risulta un *dossier* denso, ricco di spunti problematici non privi d'interesse in un'età di transizione quale la nostra, dove negli Stati dell'Unione europea il giudice sarà sempre più chiamato a fare i conti con la tendenziale supremazia del diritto comunitario.

R. M.

L

Letture urbinati di politica e storia
Rassegna a cura dell'Istituto storico-politico dell'Università degli studi di Urbino 9/2000

Segnaliamo qui un volume della rivista urbinate di politica e storia che dedica questo numero in particolare alla storia del Risorgimento italiano, alla rivoluzione russa e alla politica del Novecento europeo.

Interessante la lettura combinata che fa Raffaele D'Agata, coordinatore della rivista, dei libri di Giovanni Aliberti, *Lo Stato postfeudale. Burocrazie governanti ed élites locali nel Mezzogiorno prima e dopo l'unità* e di Roberto Martucci, *L'invenzione dell'Italia unita 1855-1864*, il primo dedicato alla configurazione di una forma-Stato di tipo "postfeudale" piuttosto che "moderna" nel Mezzogiorno italiano; il secondo agli eventi che trasformarono un paese frammentato in più Stati sovrani in uno Stato unificato. L'elemento che, in un certo senso, accomuna i due libri è l'attenzione rivolta verso il Mezzogiorno che costituisce, secondo D'Agata, «un oggetto d'osservazione favorito, essendo la sede del più esteso tra gli organismi statali della Penisola» [p. 1]

Di notevole rilievo, inoltre, anche se non totalmente condivisibile nell'impostazione e nel contenuto, l'articolo di Matteo Luigi Napolitano sul silenzio della chiesa cattolica di fronte al nazismo. Napolitano, leggendo il libro di padre Pierre Blet, che aveva partecipato alla pubblicazione dei documenti d'archivio relativi alla seconda guerra mondiale, *Pio XII e la seconda guerra mondiale negli archivi vaticani*, sostiene, argomentando in maniera forse un po' troppo unidirezionale, che la chiesa non tacque di fronte al nazismo e invita a diffidare della «pre-fabricazione di leggende» [p. 50].

M. F.

M

Erica Joy MANNUCCI
La rivoluzione francese
Roma, Carocci, 2002, pp. 128
ISBN 88-430-2110-9,
Euro 8,20

È questo un libretto che farà storcere il naso a tutti quei puristi che immaginano che un'agile sintesi sulla Rivoluzione francese possa essere firmata solo da autori più che blasonati, che hanno già abbinato i propri nomi a storie generali della Rivoluzione o ad indagini tematiche di grande rilievo.

Non è questo lo spirito della collana "Le Bussole" che ha già prodotto (a costi modesti e quindi con un discreto rapporto qualità/prezzo) una quarantina di titoli destinati ad integrare le conoscenze di base, fornendo anche utili indicazioni di approfondimento bibliografico.

Sotto questo profilo il lavoro di Erica Mannucci ha centrato l'obiettivo prefissosi: il lettore disinformato ma interessato, arrivando a p. 128 potrà dire di conoscere le coor-

dinate essenziali di uno degli eventi che hanno fondato la nostra contemporaneità.

Una materia, di per sé vastissima, è stata accorpata in cinque veloci capitoli dedicati rispettivamente alla rottura rivoluzionaria (1), alla vita politica (2), ad economia e società (3), alla vita quotidiana (4), alla cultura rivoluzionaria (5). Il tutto è integrato da una utile cronologia degli eventi, da undici schede di approfondimento, da quattro carte geografiche e da cinque riepiloghi delle questioni sul tappeto.

R. M.

Renée Martinage
Histoire du droit pénal en Europe
Paris, PUF, 1998, pp. 127
ISBN 2-13-049413-7,
Euro 6,50

Lavoro ambizioso che tratteggia la storia di una sorta di diritto penale comune europeo — sia pur limitato a Francia, Inghilterra e poco altro (Stati tedeschi, Toscana) — dal Medioevo all'età delle codificazioni ottocentesche.

Nella logica della collana "Que sais-je?" che non supera mai le centotrenta pagine e dove i titoli s'intersecano tra di loro, non c'è spazio per la completezza. Ed è la stessa autrice — nota e, soprattutto, consapevole specialista — a ricordarcelo, quando si rammarica di non poter lambire i territori del processo, legatissimi al diritto penale sostanziale nella lunga durata che è oggetto della sua ricostruzione.

Il lavoro si divide in tre capitoli. Nel primo, l'autrice ci guida attraverso il crepuscolo del diritto consuetudinario medievale e il declino delle transazioni private fino all'emersione di una repressione pubblica assistita da un draconiano (ma, quanto applicato?) sistema punitivo.

Il secondo capitolo è interamente dedicato al Settecento riformatore: dai suoi autori — Montesquieu, Beccaria, Voltaire, Servan, Dupaty, Lacretelle, Bergasse, Filangieri, Howard, Romilly, Bentham — alle più importanti iniziative legislative di riforma della seconda metà del secolo, con dieci dense pagine sull'opera codificatoria della Rivoluzione francese.

Con il terzo capitolo facciamo i conti con «la naissance du droit pénal moderne»: l'era dei codici è aperta dai draconiano testo napoleonico del 1810 (Francia), ma la Martinage considera tale (e cioè draconiano) anche il codice bavarese del 1813, benché esso sia universalmente considerato un prodotto dell'illuminismo riformatore di Anselm Feuerbach; prosegue con i codici di metà Ottocento — prussiano del 1851 e austriaco del 1852 — ignorando un caposaldo riformatore quale il codice penale toscano "Mori" del 1853; approda, infine, alla «effervescence codificatrice de la fin du siècle» che vede in tutta Europa la codificazione delle circostanze attenuanti, una maggiore attenzione alla distinzione tra tentativo e atto consumato, un crescente regresso della pena di morte.

R. M.

Fernanda Mazzanti Pepe
Costituzione e diritti fondamentali in Mably
Genova, Name, 2001, pp. 127
ISBN 88-87298-32-7,
Euro 11,88

Appaiono qui raccolti gli Atti della Giornata di studio organizzata all'Università di Genova il 25 novembre 1998 dalla stessa curatrice, nota studiosa del Settecento costituzionale e, in particolare, di Mably e Brissot.

Il volume attesta anche la fortuna italiana del pensatore, sottratto negli studi degli ultimi decenni ad interpretazioni che ne appiattivano la complessità, facendone di volta in volta un passatista, un protocomunista o un teorico dell'utopia.

I cinque saggi qui pubblicati riflettono sul contributo dato da Mably allo sviluppo del costituzionalismo moderno, soffermandosi in particolare sulla sua concezione dei *droits communs de l'humanité* e sui suoi apporti alla definizione di un moderno sistema di relazioni internazionali.

R. M.

Giles Milton
L'isola della noce moscata. Come avventurieri, pirati e mercanti di spezie cambiarono la storia del mondo
Milano, Rizzoli, 1999, pp. 373
ISBN 88-17-86215-0,
Euro 15,49

Quando le spezie erano fondamentali per la conservazione delle carni — e per coprirne l'acre odore di putrefazione — e si favoleggiava di loro presunte virtù afrodisiaco-terapeutiche, esse avevano un rilevante valore di mercato, spesso superiore a quello dell'oro.

Per impadronirsene, le Potenze marittime europee proiettavano in estremo Oriente i conflitti del vecchio continente.

Basandosi sui giornali di bordo e sui diari di avventurieri e lupi di mare del XVI e XVII secolo — Cornelis Houtman, Francis Drake, James Lancaster e tanti altri — l'autore ci restituisce un affresco dell'espansione marinara inglese, portoghese ed olandese che aprì la strada alla futura colonizzazione.

Aiutato dall'agile traduzione di Sergio Mancini, il lettore vede nascere i primi tentativi commerciali della Compagnia delle Indie Orientali; assiste alla complessità delle transazioni tra mercanti che non parlavano la stessa lingua; apprende, infine, quanto labile fosse il confine tra marina mercantile e pirateria e quanto quest'ultima fosse praticata, con astuzie infinite, da europei ed orientali.

R. M.

Vittorio Morfino,
Il tempo e l'occasione. L'incontro Spinoza Machiavelli,
Milano, LED, 2002, pp. 280
ISBN 88-7916-181-4,
Euro 24,00

Si tratta del primo tentativo di approfondire l'analisi storico-filosofica e l'interpretazione teorica del rapporto fra Spinoza e Machiavelli. Partendo dall'immagine e dalla funzione teorica di Machiavelli nei testi della biblioteca di Spinoza, attraverso i riferimenti espliciti all'*acutissimus* fiorentino, fino all'utilizzo implicito ma non meno importante di argomenti machiavelliani, Morfino ricostruisce il *Kampfplatz* filosofico entro cui Spinoza si schiera, contro la tradizione idealistica e giusnaturalistico-contrattualista, indicando nell'atomismo di Democrito, Epicuro e Lucrezio le fonti principali – insieme appunto a Machiavelli – di quella che Althusser ha chiamato la «corrente sotterranea del materialismo».

Nella seconda parte del libro l'autore approfondisce gli effetti teorici dell'incontro Spinoza-Machiavelli. Nella prima fase del suo pensiero Spinoza aveva elaborato una concezione della conoscenza basata, come per Aristotele, sullo *scire per causas*. Tuttavia proprio il concetto di causa subisce un'evoluzione, passando da una concezione di *ordo sive series* ad una di *ordo sive connexio*.

Attraverso le immagini spinoziane elaborate da alcuni autori del *Pantheismusstreit*, Morfino sottolinea come la riflessione spinoziana sulla teoria della storia di Machiavelli contribuisca alla costruzione di un sistema estraneo ad ogni finalismo, a favore di una concezione complessa della temporalità così come di una «ontologia della relazione» caratterizzata dal «primato dell'aleatorio su ogni teologia e teleologia della Causa».

F. D. L.

P

Thomas Paine
L'età della ragione
(a cura di Erica Joy Mannucci)
Como, Ibis, 2000, pp. 131
ISBN 88-7164-094-2,
Euro 8,78

Come ricorda la curatrice Erica J. Mannucci nella sua densa Introduzione, «*The Age of Reason* fu un fenomeno editoriale di portata eccezionale» (p. 9) tanto in Gran Bretagna che negli Stati Uniti. Ne restano tracce alla British Library: ventiquattro edizioni (contemporanee e

moderne) in inglese e due in francese e in tedesco, entrambe del 1794.

Non desta meraviglia che questo suo *pamphlet* — in cui, come al solito, Thomas Paine (1737-1809) utilizza un linguaggio "parlato" per raggiungere immediatamente le classi popolari alfabetizzate — abbia destato scandalo nel Regno Unito, determinandone il rogo sulla pubblica piazza, accompagnato dalla condanna in effigie dell'autore.

Infatti, il rivoluzionario e pensatore anglo-americano in questo suo *pamphlet* analizza il significato delle credenze religiose, enfatizzando con l'abituale *vis polemica* incongruenze e contraddizioni di ebraismo e cristianesimo. Una provvidenziale elezione alla Convenzione Nazionale francese (1792) lo sottrasse ai rigori dei giudici britannici, aprendogli però rapidamente le porte delle carceri parigine (1793-94) durante il Terrore e ben oltre Termidoro.

R. M.

Alessia Pedio,
La cultura del totalitarismo imperfetto.
Il Dizionario di politica *del Partito Nazionale Fascista (1940)*
Milano, Unicopli, 2000,
pp. 290
ISBN 88-400-0605-2,
Euro 16,52

L'opera analizza in modo dettagliato il contesto culturale e politico, nonché la genesi del *Dizionario di Politica* del PNF nel 1940, tenendo conto sia del contributo degli autori legati al regime sia di quello di uomini di cultura ormai lontani dall'orizzonte ideologico dello stesso (Walter Maturi, Arturo Carlo Jemolo, Federico Chabod, Delio Cantimori) che, ugualmente, parteciparono alla compilazione dell'opera.

Tale analisi riesce a rendere in modo efficace il carattere complesso e problematico di un'opera evidentemente segnata da un alto grado di politicizzazione.

Da rilevare sono la prefazione di Adrian Lyttelton e il particolareggiato lemmario generale.

L. M.

Luca Polese Remaggi
«Il Ponte» di Calamandrei 1945-1956
Firenze, Leo S. Olschki, 2001,
pp. 444
ISBN 88-222-5040-0, [s.i.p.]

Ricerca ricca e documentata, questo lavoro di Polese Remaggi si affianca ad altri lavori sulla storia di alcune riviste – come il «Mondo» di Mario Pannunzio – inserendosi nelle polemiche sull'azionismo, risalenti agli anni Novanta, e tuttora aperte.

Le origini della rivista di Piero Calamndrei, che aveva l'ambizione di essere un «ponte» per gli intellettuali, si può collocare a cavallo tra il «liberalsocialismo» toscano e il «giellismo» piemontese

L'autore contestualizza la rivista nella sua epoca storica senza, però, che la storia d'Italia del decennio analizzato divenga l'oggetto del libro. Quasi tutto il lavoro tende a collegare l'esperienza del «Ponte» con l'eredità del PdA e a sottolineare come la rivista fosse una tribuna per la lotta per la "rivoluzione democratica", per la riforma istituzionale dello Stato, per l'istituzionalizzazione dei Cln, per la penetrazione dello spirito della Resistenza nella vita dello Stato, per una difesa del mercato senza dimenticare la questione sociale, per la critica nei confronti dei partiti di massa, per la critica del moderatismo e per una critica altrettanto dura verso la Democrazia cristiana e verso la confessionalizzazione dello Stato italiano.

La battaglia politico-culturale del «Ponte» degli ultimi anni continua, in coincidenza con il centrismo in Italia e la Guerra fredda nel sistema internazionale, attraverso la ricerca di una terza via tra America e Russia, affrontando tematiche come il federalismo e il socialismo.

Infine l'ultima battaglia politica, questa volta vittoriosa, sarà quella dell'"Unità popolare" contro la «legge truffa», progetto di legge presentato da Scelba nell'ottobre

1952 che, lungi dall'essere un tentativo di stabilizzare il sistema politico in senso maggioritario – «tesi anacronistica che non tiene conto dell'impatto di una tale modificazione sul contesto politico della guerra fredda [p. 394]» – avrebbe emarginato le sinistre nel Parlamento e nel paese.

M. F.

Geminello PRETEROSSI
Autorità
Bologna, Il Mulino, 2002,
pp. 188
ISBN 88-15-08778-8,
Euro 10,50

In questo libro si ripercorre l'evoluzione del termine-concetto di autorità, con l'importante obiettivo di fornire strumenti utili a districarsi nella accentuata polisemia che lo contraddistingue all'interno della cultura contemporanea.

L'analisi è attenta e parte dall'originario ambito del diritto romano per arrivare – passando attraverso le diverse fasi del pensiero (la patristica, la Riforma, l'illuminismo, la controrivoluzione, il liberalismo) – fino alle teorie delle moderne scienze sociali.

Forse, la ricostruzione che ne viene risulta sbilanciata proprio in quest'ultimo senso, con una abbondante metà del volume riservata ai soli XIX e XX secolo. Il conseguente eccesso di speculazione dottrinale sui pensatori della contemporaneità induce così in alcune parti una complessità di esposizione che poco si addice a un'opera che vorrebbe essere – per quanto in senso alto – divulgativa.

In certi casi "*simplicitas, non auctoritas, facit librum*".

L. M.

R

Fabrizio ROSSI
Saggio sul sistema politico dell'Italia liberale.
Procedure fiduciarie e sistema dei partiti fra Otto e Novecento
Soveria Mannelli, Rubbettino Editore, 2001, pp. 153,
ISBN 88-7284-672-2,
[s. i. p.]

Si tratta di un agile e interessante saggio che analizza la forma di governo cosiddetta della "doppia fiducia" (parlamentare e regia) instauratasi nella monarchia costituzionale sabauda.

Il punto focale di attenzione coincide con uno dei due poli di tale forma di governo, il «versante parlamentare», che viene analizzato attraverso tre complementari livelli di analisi: il rapporto tra gli organi statali di vertice, la progressiva affermazione dei partiti e il sistema elettorale.

Più in particolare, Rossi segue il percorso evolutivo delle diverse procedure con le quali si registra la fiducia della Camera nei confronti del Gabinetto: percorso che si dipana tra interpellanze e interrogazioni ministeriali, «sincero esperimento», fiducia preventiva, fiducia della Camera neoeletta, dibattito sull'indirizzo di risposta al discorso della Corona, prassi britannica, modello francese, pratiche istituzionali nostrane, ma non riesce mai a condurre – si fa giustamente notare – ad una compiuta forma parlamentare.

P. C.

S

Quentin SKINNER
Les fondaments de la pensée politique moderne
Paris, Éd.A.Michel, 2001,
pp. 923
ISBN 2-226-11706-7,
[s. i. p.]

Inedito del grande studioso di Cambdrige che, affidandosi alla traduzione di J.Grosmann e J-Y Pouillout, ricostruisce la storia del pensiero politico fra la fine del Medioevo e l'avvento della Modernità.

L'approccio metodologico è quello a cui Skinner ci ha oramai abituati: il rifiuto di una storia fatta attraverso i grandi classici (esplicita la presa di distanza dall'*Essor de la philosophie politique au XVI^e siècle* di P.Mesnard,

di cui pure si riconosce il valore indiscusso).

Prevale, piuttosto, la lettura in grado di restituire «la matrice sociale et intellectuelle générale dont sont issus les travaux» dei teorici. Ed anche la scelta del periodo (XIII-XVI secolo) risponde alle caratteristiche più proprie della ricerca skinneriana: tre secoli cruciali per la graduale elaborazione del lessico politico moderno, in special modo del lemma "Stato"

P. P.

Quentin Skinner,
Yves Charles Zarka
Hobbes.
The Amsterdam Debate.
Edited and introduced by Hans Blom
Hildesheim, Zürich, New York,
Olms Verlag 2001,
pp. 87
ISBN 3-487-11390-2,
[s. i. p.]

Due dei maggiori studiosi mondiali del pensiero politico moderno, capostipiti delle scuole di Cambridge e Parigi, si confrontano attorno alla figura e all'opera di Thomas Hobbes, uno dei filosofi più complessi e affascinanti di ogni tempo.

È anzitutto un confronto di metodologie: la scuola di Parigi più attenta alla ricostruzione dei concetti puramente filosofici di Hobbes, e alla loro rilevanza nel pensiero contemporaneo, quella di Cambridge che invece non abbandona mai la ricostruzione del contesto storico in cui l'autore visse, e le categorie linguistiche a sua disposizione, dimostrandosi scettica sulla possibilità di utilizzare Hobbes nel discorso politico contemporaneo.

La struttura del volume fa seguire alla presentazione dei maggiori lavori di Skinner e Zarka sulla figura di Hobbes il dibattito vero e proprio, svoltosi ad Amsterdam nel 1996. Proprio Amsterdam, sottolinea Blom nell'introduzione, rappresenta la città ideale per ospitare il confronto, per aver saputo assorbire e rielaborare sia la cultura filosofica francese che quella inglese.

A conclusione del dibattito vengono ripubblicati due contributi rilevanti che ben mettono in luce le differenti metodologie utilizzate dalle due scuole: *Hobbes and the Purely Artificial Person of the State* di Quentin Skinner e *Hobbes and the Right to Punish* di Yves Charles Zarka.

A. C.

T

Enzo Traverso
Il totalitarismo
Milano, Bruno Mondadori,
2002
pp. XIII-192,
ISBN 88-424-9546-8,
Euro 11,90

Nell'ambito degli studi più recenti sui regimi e sui movimenti totalitari, il saggio di Traverso rappresenta un contributo significativo alla ricostruzione del dibattito politico e filosofico sviluppato intorno al tema nel corso del Novecento.

Opera di storia delle idee più che storica *tout court*, il volume puntualizza le differenti posizioni articolate fin dagli anni Venti del secolo appena concluso, quando l'aggettivo "totalitario" fa la sua prima apparizione, privilegiando la tesi che legge in questo fenomeno politico una deriva nihilistica e autoritaria insita nello sviluppo del pensiero e della razionalità occidentali e nella sua crisi.

A tal proposito, Traverso sottolinea come il dibattito intorno al concetto abbia avuto sviluppo soprattutto in Occidente e in lingua inglese, quasi rappresentando implicitamente una forma di riflessione sulle difficoltà ed anche sui limiti del modello liberal-democratico.

Il saggio è la traduzione ampliata dell'introduzione all'antologia pubblicata da Traverso in Francia (*Le Totalitarisme. Le XX^e siècle en débat*, Paris, Editions de Seuil, 2001). Dello stesso autore segnaliamo anche *La violenza nazista. Una genealogia* (Bologna, Il Mulino, 2002), costruito intorno alla tesi, sostenuta anche nel volume sul totalitarismo, della Grande Guerra come luogo di sperimentazione in grande sti-

le della violenza del Novecento, come laboratorio della «morte anonima di massa».

G. R.

V

Paolo Virno
Grammatica della moltitudine. Per una analisi delle forme di vita contemporanee
Roma, DeriveApprodi, 2002, pp. 127
ISBN 88-87423-80-6, [s. i. p.]

Frutto di un ciclo di lezioni tenute all'Università della Calabria, il volume si apre con un argomento molto studiato negli ultimi tempi, sebbene non sempre con la dovuta serietà scientifica, che è quello del rapporto popolo/moltitudine, ovvero Hobbes *versus* Spinoza.

Nell'esperienza della "modernità" fu la nozione di popolo a prevalere su quella di moltitudine. L'autore, che auspica una riapertura dell'«antica disputa» (p. 11), sottolinea come la moltitudine sia un rigurgito dello stato di natura nella società civile che rappresenta un rischio per il dominio statuale.

All'interno di un capitolo dedicato alla soggettività della moltitudine si trova una lettura originale del concetto di biopolitica che l'autore riporta, attraverso i *Grundisse* di Marx, al nocciolo razionale del termine, vale a dire quello di *forza-lavoro* come somma di tutte le attitudini fisiche e intellettuali esistenti nella corporeità.

Nell'attuale dibattito sulla moltitudine e sul cosiddetto capitalismo postfordista, spesso molto parolaio e poco scientifico, questo volume emerge per l'approccio rigoroso basato su saperi molteplici, dalla filosofia politica all'epistemologia e alla filosofia del linguaggio.

M. F.

La politica allo specchio
Un seminario a Macerata

GIOVANNI RUOCCO

Che cos'è l' "antipolitica"? Quale utilità può avere tentare di definire la sua natura, le sue forme di espressione e le sue strategie e delimitarne insieme il campo semantico? E in che modo una simile indagine può contribuire ad approfondire la conoscenza della politica moderna e delle sue regole? A queste domande ha provato ad offrire qualche risposta il seminario su *Democrazia e tirannide*, organizzato da Paolo Viola e Sergio Luzzatto il 6 e il 7 maggio scorsi, nell'ambito delle attività del Laboratorio di Storia costituzionale "A. Barnave", dell'Università degli studi di Macerata.

Il seminario costituisce la continuazione ideale del convegno su *Politica e antipolitica nella storia d'Italia*, organizzato nel 2000 ad Arezzo dalla Provincia e dall'Istituto meridionale di storia e scienze sociali, i cui interventi sono stati pubblicati in gran parte sulla rivista «Meridiana» (n.38-39/2000); non una sua riproposizione, ma il tentativo di ricondurre il tema alle origini della politica moderna, per esplorarne poi tutta l'ampiezza storica: dalla riflessione politica del Tre e del Quattrocento, fino al cuore dell'antipolitica novecentesca. Una continuità sottolineata dallo stesso Viola nell'introdurre i lavori del seminario maceratese, del quale egli ha sottolineato tutta la difficoltà, insita nel cercare a ritroso le radici di un tema che si è andato proponendo in modo manifesto solo in prossimità della definizione di una concezione della politica quale noi la conosciamo ancora oggi: a partire dalla fine del Seicento e nel Settecento, quando la politica diventa un campo aperto e laico di opinioni contrastanti, non più l'angusto recinto di decisioni segrete, riservate al sovrano e a pochissimi iniziati.

Viola ha sottolineato come l'approccio a questo tema comporti la necessità di tenere presenti alcuni elementi. Tra questi, il fatto che con il termine "negativo" di antipolitica si possono definire comportamenti molto diversi tra loro, difficilmente riconducibili ad una matrice e, soprattutto, ad un concetto unitari, da osservare, invece, e da analizzare nello specifico delle singole situazioni storiche in cui sono rilevati. È inoltre importante evidenziare come l'antipolitica, là dove non si manifesta come rifiuto della politica *tout court*, come dimensione *impolitica*, si presenti sempre nella forma di

una polarizzazione negativa non esterna, ma interna al campo di tensione della politica, appartenendovi di diritto come dimensione del rifiuto e dell'esasperazione, spesso come semplice ricerca di scorciatoie e di semplificazioni, a volte anche come proposta di un'alternativa radicale all'esistente.

Sulla scorta di queste premesse storiche e metodologiche, si può osservare come l'antipolitica - secondo quanto espresso ancora da Viola nel suo intervento al convegno di Arezzo e sinteticamente ricordato dallo stesso studioso nell'incontro di Macerata – si profilerebbe nel secolo dei Lumi secondo due profili di massima, che superano entrambi la concezione di antico regime della politica come *police*, cioè come governo e amministrazione. Due forme concretizzate storicamente nel *patriottismo* di Bolingbroke, da un lato, e nel giacobinismo rivoluzionario, dall'altro: il primo, una critica radicale della pratica di governo *whig,* che contrappone la difesa e l'unità dell'interesse nazionale garantita dal monarca e dal suo vincolo istituzionale con il parlamento a un modello politico basato sulla rappresentanza complessiva e sulla mediazione della pluralità degli interessi; il secondo, un movimento che rifiuta il carattere arcaico e conservatore della politica di antico regime, in nome di una progettualità nuova, aperta verso il futuro. Entrambi tendono a includere gli strati sociali non privilegiati, il primo però richiamandosi ancora all'ordinamento politico vigente, il secondo con l'intenzione di sconvolgerlo.

Entrambi gli esempi, poi, esprimono il carattere tipico di ogni forma di antipolitica, frutto evidente della crisi moderna del modello classico della politica: il richiamo morale alla purezza dei costumi e la denuncia della sovrapposizione dell'interesse privato su quello pubblico, e di conseguenza la proposta di rigenerazione politica, nella forma di un ritorno al passato o di un invito al futuro. Su questa base, in modo evidente nei due secoli successivi, le manifestazioni antipolitiche conterranno spesso un appello, popolare o populista, contro quel professionismo politico, che, inteso in senso lato, viene apertamente teorizzato dal Settecento in poi, come rappresentanza elitaria degli interessi generali della società (si pensi, tra gli altri, a Sieyès).

D'altra parte, ha sottolineato ancora Viola, se tutte le differenti manifestazioni antipolitiche che possiamo isolare si presentano come meccanismi distruttivi, esse si dimostrano poi potenzialmente capaci di attivare a loro volta circuiti virtuosi che modificano, e contribuiscono alla crescita della politica.

Riferendosi alle democrazie contemporanee, anche Carlo Donolo, nel suo intervento al convegno di Arezzo, ha sottolineato come ciclicamente le democrazie subiscano spinte dall'interno che tendono a disgregare il tessuto di regole scritte e non, nella cui conservazione e nel cui progressivo rinnovamento la democrazia contemporanea radica la propria ragion d'essere, come dimensione della convivenza comune, fondata su una continua opera di mediazione di interessi diversi e contrapposti, necessariamente lenta e gravosa. Ma queste spinte sono a loro modo anch'esse un prodotto della forma democratica.

Così, in un quadro storico complessivo in forte trasformazione, qual è quello attuale, spesso non è semplice distinguere e isolare le tendenze politiche da quelle antipolitiche. Si pensi in tal senso (Lea D'Antone ne parla nel suo intervento al convegno di Arezzo) alle reazioni, diverse e contrapposte che accolgono, nell'Italia degli anni Novanta, la partecipazione di "tecnici" al governo del paese, letta da un lato come fenomeno antipolitico, come una forma di semplificazione tecnocratica della complessità della politica; dall'altro, all'opposto, come la

riproposizione con volto nuovo di uno statalismo di marca tradizionale.

Un'ambiguità presente già in quel discorso antipolitico e antidemocratico sviluppato nel corso dell'Ottocento, in particolare in chiave positivistica, che sostiene a modo suo il professionismo in politica, riconducendolo alla necessità che di essa si occupino persone competenti, veri e propri scienziati della società. Motivi antipolitici che nell'espressione di un Saint-Simon o di un Comte pretendono in effetti di rinviare ad una dimensione della politica più alta. Non si tratta più quindi del tradizionale "disprezzo" nei confronti degli strati inferiori, non colti, della società, ma di un paradigma nuovo che riconduce anche la politica alla dimensione di un sapere scientifico. Il mito di Protagora raccontato da Platone è così travolto: la politica non è una dimensione della quale possono occuparsi tutti, la partecipazione popolare universale non è possibile; la Rivoluzione francese si è illusa che il popolo, escluso in antico regime dalla decisione pubblica, potesse esservi ricompreso, in nome di un diritto all'autodeterminazione; la rappresentanza politica può essere invece ricondotta soltanto alla capacità di pochi di farsi interpreti dell'interesse generale della società. Una riflessione, questa, tratteggiata nelle sue linee essenziali da Regina Pozzi, nell'intervento al seminario maceratese su *La scienza come antipolitica da Saint-Simon al positivismo*.

Le stesse spinte tecnocratiche tendono a coincidere comunque con una riduzione della fiducia nella politica, intesa come dimensione della discussione e della scelta, a vantaggio di una richiesta di semplificazione e di velocizzazione dell'azione di governo: a vantaggio, quindi della competenza dell' "esperto", indicato come il portatore naturale della decisione migliore; dello schiacciamento della dimensione della società civile su quella politica (secondo un'opinione diffusa, l'uomo di successo nel mondo degli interessi privati non potrà che replicare i suoi risultati anche in campo pubblico e si dimostrerà senza dubbio più vicino dei politici per professione ai bisogni concreti della gente); dell'eterno appello al capo, in forma spesso populistica e plebiscitaria, sul quale ricadono onore e oneri di una piena assunzione di responsabilità della decisione politica, in proporzione diretta con la quantità di potere che può esercitare in prima persona.

In alcuni casi la critica della corruzione della classe dirigente è sviluppata contrapponendo ad essa una politica radicalmente diversa, che si ritiene radicalmente alternativa perché fondata su principi sani: uno sguardo retrospettivo conduce al fascismo, la cui vicenda – ha sottolineato Angelo Ventrone nel suo intervento all'incontro di Macerata dal titolo *Per una fratellanza nella gerarchia. La Grande Guerra come rigenerazione nazionale* – deve essere direttamente ricondotta alla "formazione" subita dalle giovani generazioni nell'esperienza della prima guerra mondiale. La quale risulta per molti luogo di preparazione di una mentalità politica nuova: dall'idea della guerra come purificazione spirituale a quella della rigenerazione nazionale contro l'indebolimento morale proprio della vecchia società liberale. Il fascismo erediterebbe così i temi etici sviluppati dentro e intorno alla guerra, e costruirebbe un modello di "fratellanza gerarchica" nazionale, capace di realizzare l'unità morale del paese, sposando il cameratismo militare ereditato dalla guerra con le esigenze di giustizia sociale, soddisfatte dall'alto.

Se questi sono i campi di tensione all'interno dei quali le democrazie contemporanee tendono insieme a lacerarsi e a trasformarsi, gli elementi di base, o almeno molti di essi, appaiono in realtà chiaramente definiti già nella politica di Antico regime. Indagare questi ele-

menti, così come è stato fatto nell'incontro di Macerata, consente soprattutto di svelarne la carica fortemente retorica e demagogica che li caratterizza da sempre, cioè il portato manifestamente polemico che consente ad essi di entrare in collisione diretta con l'oggetto politico aggredito e ai loro sostenitori di presentarsi come portatori di contenuti e di valori radicalmente antagonisti rispetto alla realtà politica presente.

E' stato Cesare Mozzarelli, con il suo intervento su *Dall'Autorità al Potere. Sulle moderne origini della politica e della patria* a disegnare le coordinate generali della politica in età moderna. Mozzarelli le ha schematizzate nel passaggio dal paradigma classico antico - ereditato poi dalla Scolastica - della naturale socievolezza umana e del fondamento naturale dell'autorità all'interno dell'unità religiosa della cristianità; alla crisi di questo modello nella frattura della Riforma. Dal cui seno origina l'esigenza conseguente di rilegittimare il principio dell'obbedienza aprendo alla politica un terreno nuovo di riflessione autonoma rispetto alla sfera religiosa.

Diverse sono le strade che la modernità segue in questo sforzo di rifondazione: il dibattito intorno alla ragion di Stato, essenzialmente di area cattolica; la proposta di Bodin della neutralizzazione della politica dalla conflittualità di natura religiosa; il modello neo-stoico che propone l'obbedienza all'esterno, per salvaguardare la libertà umana interiore; infine, il giusnaturalismo, che fonda l'obbedienza sulla volontà individuale, mentre la società perde in questa prospettiva finalità comuni.

Si realizza così pienamente quello che Mozzarelli definisce il passaggio dal problema dell'autorità (il sovrano è legittimato dalla sua opera virtuosa nel perseguimento di fini buoni per gli uomini) a quello del potere (il sovrano è legittimato dalla sua capacità di garantire ordine e sicurezza ai suoi sudditi). È a partire da questo passaggio, con la definizione di un campo di riflessione radicale sul fondamento del potere pubblico, che iniziano a svilupparsi tematiche anti-potere e anti-politiche.

Una frattura, quella tra Cinque e Seicento, che non impedisce di rilevare la continuità a cavallo di questa cesura, di temi alla base della lotta politica e di specifiche retoriche antipolitiche in età moderna, ma non solo. Il pensiero va immediatamente al tema dell'unità della società e dello Stato, valore politico assoluto che viene costantemente contrapposto, da un lato alla "faziosità", cioè agli interessi di parte, di gruppo; dall'altro, direttamente alla tendenza alla sedizione attribuita al popolo, e dunque al tumulto, alla rivolta. È un tema classico, che Gabriele Pedullà, nel suo intervento su *"Un inconveniente necessario"? Machiavelli e la riflessione fiorentina sui tumulti cittadini*, rinviene nel richiamo al tema sallustiano della concordia presente nella letteratura fiorentina del Quattro e del Cinquecento.

Del resto, egli ha sottolineato, già la letteratura comunale del Duecento e del Trecento contiene l'invito costante alla pace interna e all'unità contro la disgregazione fazionale. Una visione politica che legge quindi i "tumulti" come una tendenza antipolitica e che si scontrerà con la novità della posizione di Machiavelli, difensore dei conflitti buoni, quelli che irrobustiscono e non minano la salute del corpo sociale, contro quelli cattivi, che aggravano invece la sofferenza di un organismo già segnato dalla corruzione e dalle lacerazioni interne. Una posizione, quella di Machiavelli, che resta comunque relativamente isolata nell'ambito del pensiero moderno, dove la ricerca dell'unità e della concordia come valori in sé appare costante.

Questo tema appare inoltre strettamente connesso con un concetto che affiora, non sem-

pre sulla base di una definizione chiara e unitaria, nella letteratura politica moderna, quello di "patria". Immediatamente riconducibile alla forma di governo repubblicana, esso è del resto evocato non solo da Bolingbroke nella richiesta di un "re patriota", ma anche da autori francesi, come l'abate Coyer, in riferimento alla monarchia francese della metà del Settecento, la cui riflessione è stata analizzata da Rolando Minuti, nel suo intervento *L'abate Coyer e le "vieux mot de patrie": riflessioni sul tema della patria nella cultura francese del Settecento*, nel corso del quale egli ha sottolineato proprio l'influenza della letteratura inglese sulla cultura francese. Guido Abbattista, intervenendo su *Patriottismo e Impero in area britannica alla fine del Settecento: un caso di conflitto di interessi*, ha del resto sottolineato come il termine "patriottico", in assenza del sostantivo "patria" cui la cultura anglosassone preferiva quello di *country*, è utilizzato in contrapposizione a "fazioso". E' ancora una volta il tema dell'unità del corpo dello Stato a spiegare quindi la possibilità di un utilizzo monarchico, nelle forme appena osservate, del termine.

Il tema della "patria" richiama a sua volta quello della formazione delle identità politiche collettive (nazionali?) in età moderna. Franco Benigno, riflettendo su *Patria e politica nelle "rivoluzioni periferiche" antispagnole di metà Seicento*, ha sollevato l'attenzione sull'importanza della tesi sostenuta da Rosario Villari negli ultimi anni, dell'esistenza nella rivoluzione napoletana di Masaniello di un doppio legame di fedeltà, al re e alla patria. Pur evidenziando le ragioni per le quali il modello di Villari non sembra trovare sufficienti riscontri storici – tra gli altri esempi lo stesso schema centro-periferia su cui quel modello si basa non sarebbe in grado di spiegare l'insieme delle rivolte popolari del Seicento, che si polarizzano spesso su radicalizzazioni trasversali interne – Benigno evidenzia la qualità di quella proposta storiografica, che pone al centro della riflessione il rapporto tra le rivoluzioni del Seicento e la formazione delle identità nazionali europee.

Un tema, quest'ultimo, emerso anche nell'intervento di Girolamo Imbruglia su *Storia patria a Napoli intorno e contro Pagano*, che ha ricostruito la grande stagione dell'ideale della "Nazione napoletana", risorto nel Settecento, attraverso il quale la nobiltà cerca di accreditarsi come soggetto politico di riferimento, *à la* Montesquieu, per la monarchia. E sulla "nascita" della nazione si è soffermato Alberto Banti, che con il suo intervento su *La concordia necessaria e l'orrore per il tradimento nel nazionalismo risorgimentale*, ha voluto puntualizzare e descrivere i registri narrativi che ne formano l'idea comune, che la "costruiscono", in Italia in età risorgimentale, sulla base di *topoi* culturali ereditati dal passato: la nazione come legame intergenerazionale, fondato sul riconoscimento di una storia comune di lotta contro l'oppressione, per la libertà, che prende la forma di una difesa della purezza della comunità, associata spesso alla tutela dell'onore delle donne, contro la costante minaccia del tradimento.

Se torniamo per un momento al tema dell' "ossessione" per l'unità, così marcato nella cultura politica francese, va rilevato come esso si riversi direttamente nella Rivoluzione dell'89. Paolo Colombo, riflettendo su *Unità di governo e divisione del potere nelle teorie costituzionali della Rivoluzione francese*, sottolinea ancora una volta il monismo legicentrico che caratterizza il decennio rivoluzionario. Ma evidenzia anche come, pur tra mille difficoltà, questi anni siano anche il luogo della formazione della nozione moderna di "governo", distinta da quella tradizionale di "esecutivo", che viene progressivamente ricondotta alla funzione amministrativa. Dalla scissione rivoluzionaria dell'unità sovrana incarnata dal monarca, il compito di

"pensare" sarà attribuito allora non al solo legislativo, che continua a rappresentare la volontà generale, ma anche al governo, chiamato ad operare scelte politiche, ad assumere decisioni.

Ed è del resto il decennio rivoluzionario il luogo storico dove le tensioni antipolitiche prendono una forma compiuta, in tutta la loro ampiezza, esplicitando la loro natura fortemente retorica, di discorsi contrapposti ad altri discorsi all'interno di un'arena pubblica. Qui il pensiero va immediatamente all'esperienza bonapartista nella quale questi temi e queste tensioni precipitano insieme nei giorni del colpo di stato del 18 brumaio. Luca Scuccimarra ha sviluppato il tema *Retorica della totalità e modelli di rappresentanza nel discorso di brumaio*, analizzando il colpo di stato bonapartista proprio dal punto di vista delle parole usate per indirizzare o per giustificare gli eventi politici e le posizioni assunte dai diversi soggetti in campo. La dimensione discorsiva appare addirittura centrale nello stesso svolgimento dei fatti, nella sua dinamica temporale, secondo un modello inaugurato e ormai "imposto" agli attori politici nel corso della lunga esperienza rivoluzionaria.

Diversi registri retorici vengono utilizzati in questo confronto polemico; uno, in particolare deve essere sottolineato, perché tipico della politica che giunge fino a noi, come trasformazione dell'argomento dell'unità richiamato in precedenza: la pretesa di un "partito" politico di rappresentare il tutto, cioè la nazione intera, di essere anzi la sua autentica espressione, l'unico suo vero rappresentante. Nel discorso bonapartista la "parte per il tutto" è l'esercito, l'unico che, massacrato e cresciuto negli anni nei campi di battaglia dell'intera Europa, incarna ancora il vero patriottismo rivoluzionario e repubblicano, perso negli ultimi anni nel *bavardage*, nella tendenza alla chiacchiera vuota, di una classe politica inetta e corrotta.

Preannunciando le forme di populismo otto-novecentesco, l'esercito non è presentato neppure soltanto come una "parte" che si pretende rappresenti il tutto: esso è invece indicato l'espressione migliore del cittadino francese *tout court.* Ed è di fronte al popolo tutto, ricondotto così ad unità, che Napoleone si pone, solo. Con questa lettura, in chiave militare, della retorica rivoluzionaria del cittadino in arme contro i traditori della patria, il bonapartismo accentua il ruolo del capo, insieme uomo del destino e quasi *deus ex machina*, figura superiore alla lotta degli interessi di parte, arbitro supremo del futuro di una nazione, ancora una volta da rigenerare. Con l'esperienza bonapartista, che incarna molte delle forme antipolitiche note fino ai nostri giorni, siamo già a tutti gli effetti dentro il discorso politico della contemporaneità.