

# QUESTIONE GIUSTIZIA

TRIMESTRALE PROMOSSO DA MAGISTRATURA DEMOCRATICA

*Direttore:*

Giuseppe Borrè

*Comitato di redazione:*

Edmondo Bruti Liberati, Claudio Castelli, Giacomo Conte, Maurizio Converso, Pietro Curzio, Luigi Ferrajoli, Antonio Gialanella, Gianfranco Gilardi, Renato Greco, Luigi Marini, Salvatore Mannuzzu, Sergio Mattone, Francesco Mazza Galanti, Franco Misiani, Guido Neppi Modona, Massimo Niro, Livio Pepino, Marco Pivetti, Domenico Piombo, Alessandro Pizzorusso, Agnello Rossi, Salvatore Senese, Giuseppe Sorcina, Carlo Maria Verardi

*Direzione:* via Marcello Durazzo 5/7 - 16122 Genova - tel. (010) 889331

*Redazione milanese:* v.le Monza 106 - 20127 Milano - tel. (02) 2827651

*Redazione romana:* viale di Villa Pamphili 40 - 00152 Roma - tel. (06) 6884356

*Amministrazione, abbonamenti:* v.le Monza 106 - 20127 Milano

*Abbonamento 1992:* Italia L. 85.000, abbonato sostenitore L. 100.000; Estero L. 100.000, da versare sul c.c.p. 17562208 intestato a Franco Angeli s.r.l., Milano

Autorizzazione del Tribunale di Milano n. 391 del 17-10-1981

Direttore responsabile: dr. Franco Angeli - Trimestrale - Spedizione in abbonamento postale gr. IV - Contiene meno del 70 % di pubblicità - Copyright © 1991 by FrancoAngeli srl, Milano - Stampa Consorzio Artigiano L.V.G., Azzate (Varese).

*Finito di stampare nel maggio 1992*

## SOMMARIO N. 3, 1991

**Avvertenza** pag. v

### **Leggi e istituzioni**

- La legge sulle droghe e la Corte costituzionale. « Non liquet » o denegata giustizia?, di *Giuseppe Cascini e Stefano Pesci* » 519
- Il processo Nunziata: un caso esemplare, di *Giancarlo Scarpari* » 539
- Il principio della soggezione dei giudici alla legge in Gran Bretagna e il governo dei giudici nell'« ancien régime », di *Vincenzo Accattatis* » 558
- Profili di liceità e di legittimità dell'organizzazione Gladio, di *Giampiero Buonomo* » 585

### **Dibattito su...: Ruolo del p.m., prova, impugnazioni nel nuovo processo penale**

- P.m.: specializzazione nelle funzioni o separazione delle carriere?, di *Luigi de Ruggiero* » 595
- Il ruolo del p.m. nelle recenti sentenze della Corte costituzionale, di *Giuseppe Veneziano* » 600
- L'assunzione della prova: una difesa della « centralità » del dibattimento, di *Vincenzo M. Albano* » 612
- L'appello: un'ambiguità da sciogliere, di *Elvio Fassone* » 623

### **Prassi e orientamenti**

- I diritti della personalità del minore e i mass-media, di *Massimo Dogliotti* » 643
- Difficoltà e attese del giudice nei procedimenti di separazione e divorzio, di *Emanuele Riviello* » 654
- Come (non) si espelle un minore albanese, di *Marco Bouchard* » 663
- Una nuova questione di costituzionalità in materia di usi civici, di *Franco Carletti* » 679

### **Obiettivo: Verso l'entrata in vigore della novella al c.p.c.**

- La disciplina transitoria, di *Andrea Proto Pisani* » 685
- Novella al c.p.c. e problemi concreti di un grande tribunale del Nord, di *Paolo Vercellone* » 714
- Formazione e valutazione delle prove nella legge 26 novembre 1990, n. 353, di *Renata Paolini* » 723
- La conciliazione nel processo civile riformato, di *Teresa Massa* » 730

### **Giudici e società**

- L'ombra del signor procuratore generale, di *Virginio Oddone* » 735
- Unità della giurisdizione ed effettività della giustizia, di *Tommaso Cottone* » 739

### **Osservatorio internazionale**

- Europa dell'Est, i suoi magistrati, gli impegni comuni, di *Pier Luigi Zanchetta* » 747

IL PRINCIPIO DELLA SOGGEZIONE  
DEI GIUDICI ALLA LEGGE IN GRAN BRETAGNA  
E IL GOVERNO DEI GIUDICI NELL'« ANCIEN RÉGIME »

di Vincenzo Accattatis

**I. Il principio di legalità in Gran Bretagna**

1. *Il principio dell'assoluta sovranità del parlamento*

1.1. Com'è ovvio, la rivoluzione borghese inglese del XVII secolo è da vedere come momento importantissimo per la storia delle istituzioni: giudici soggetti alla legge, quindi al potere del parlamento, ma tutelati dal parlamento nei confronti delle pretese dell'esecutivo. Viene così scritta una pagina fondamentale dell'assetto moderno della divisione dei poteri; allo stesso modo un'altra pagina sarà scritta nella Costituzione degli Stati Uniti che istituisce la divisione fra i tre poteri dello Stato e definisce il giudiziario come potere — benché soggetto alla legge — tuttavia indipendente non solo nei confronti del potere esecutivo ma anche nei confronti del Congresso.

Secondo A.V. Dicey « due aspetti, in ogni tempo, a partire dalla conquista dei normanni, hanno caratterizzato la politica istituzionale dell'Inghilterra... Il primo è... il principio dell'onnipotenza del parlamento... Il secondo, strettamente connesso con il primo, è... il principio della supremazia della legge... Gli osservatori stranieri, ad esempio Voltaire... Tocqueville, o Gneist sono stati colpiti, ben più degli stessi inglesi, per il fatto che l'Inghilterra è un paese... governato dal principio di legalità »<sup>1</sup>.

Ma se è vero che i due aspetti, in ogni tempo, hanno caratterizzato le istituzioni inglesi non è men vero che essi hanno effettivamente trionfato, in Inghilterra, solo a partire dalla rivoluzione del XVII secolo. È dopo la rivoluzione che il principio di legalità, in Inghilterra, ha preso il significato di soggezione di tutti (anche dell'esecutivo e del re in persona) alle regole della *common law* ed alle leggi approvate dal parla-

1. A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Macmillan, London, 1952, p. 183 ss.

mento ed applicate dai giudici. È stato il giudice Edward Coke fra i primi e più forti sostenitori del principio secondo il quale anche il re doveva essere ritenuto soggetto alla *common law*, come interpretata dai giudici. Il 13 novembre del 1608, davanti a Giacomo I che aveva riunito in assemblea i « suoi giudici » per affermare che essi dovevano ubbidire ai suoi ordini, Coke ha dichiarato, con fermezza, che le cause dovevano essere decise non già secondo i « voleri del re » ma secondo « la legge inglese » e che i giudici e solo i giudici erano depositari delle leggi. « Ciò significa — ha replicato Giacomo I con indignazione — che anch'io sarei soggetto alla legge (*that I shall be under the law*), affermazione sediziosa (*which it is treason to affirm*) ». <sup>2</sup>.

Il re *under the law*, è questa l'affermazione di principio dello Stato di diritto. Un secondo principio, che si realizzerà però negli Stati Uniti ed in vari paesi europei con l'istituzione di costituzioni rigide e di corti supreme in funzione di controllo delle leggi fatte dai parlamenti, ma che mai si è realizzato in Gran Bretagna, è la collocazione del potere del parlamento *under the law* <sup>3</sup>. Un governo di leggi, non di uomini, nel senso più pieno.

1.2. La « ribellione » dei giudici al re, la rivendicazione, da parte dei giudici, della loro autonomia, è da vedere come un presupposto fondamentale della rivoluzione inglese del XVII secolo <sup>4</sup>.

Analoga rivendicazione di autonomia nei confronti del potere sovrano è stata avanzata dai parlamenti francesi prima della rivoluzione. Anche questa rivendicazione di autonomia ha rappresentato un momento preparatorio della rivoluzione. La Fronda parlamentare francese è cessata nel marzo del 1649 con la pace di Rueil, seguita alla sconfitta di Condé <sup>5</sup>. La monarchia ha quindi avuto la capacità di reagire, vincere

2. Cfr. Melvin I. Urofsky, *A March of Liberty*, Alfred A. Knopf, New York, 1988, p. 6.

3. Va però notato che il Consiglio costituzionale francese, istituito principalmente per evitare possibili invadenze del parlamento ai danni dell'esecutivo, solo stentatamente sta cercando di collocare il legislatore *under the law*. Cfr. Yves Mèny, *Politique comparé*, Montchrestien, Paris, 1987, p. 416 ss.; Lèo Hamon, *Le juges de la loi*, Fayard, Paris, 1987, p. 141 ss.; George Vedel, Pierre Devolvè, *Droit Administratif*, Presses Universitaires de France, Paris, 1984, p. 81 ss.

4. Cfr. S.A. de Smith, *Constitutional and Administrative Law*, Penguin Books, 1978, pp. 40, 69, 70, 113, 315.

5. Cfr. Jean-Louis Harouel, Jean Barberly, Eric Bournazel, Jacqueline Thibaut-Payen, *Histoire des institutions de l'époque franque à la Révolution*, Presses Universitaires de France, 1987, p. 529 ss.; Jacques Ellul, *Histoire des institutions*, 4, Presses Universitaires de France, 1987, p. 45 ss.; Pierre Deyon, *La France baroque, 1589-1661*, in G. Duby, *Histoire de la France de 1348 à 1852*, Larousse, Paris, 1987, p. 168 ss.

e consolidare il suo potere; al contrario di quanto è accaduto in Inghilterra, dove, proprio in ragione della sconfitta della monarchia, si è instaurato il sistema parlamentare. Dalla sconfitta delle due Fronde è riemerso, in Francia, si è detto, il potere assoluto; anche se non si è trattato, nel 1649, di una sconfitta definitiva, visto che i parlamenti francesi sono riusciti a mettere in scacco e ripetutamente ancora la monarchia fino all'avvento della rivoluzione.

1.3. Nel *Leviatano*, polemizzando con Coke che reclamava l'autonomia dei giudici nei confronti del potere sovrano, Hobbes, nell'intento di contrastarlo, conclusivamente sosteneva: « In tutte le corti di giustizia colui che giudica è sempre il sovrano, il giudice è subordinato e deve avere ben chiare le intenzioni del sovrano, in modo che la sua sentenza esprima non la sua volontà ma quella del sovrano... »<sup>6</sup>.

Tutti conoscono l'esito della storia, così importante per la divisione dei poteri ed il trionfo del principio di legalità: a vincere non fu Hobbes, alleato con la monarchia feudale, ma Coke, alleato con la nascente borghesia.

L'importanza della presa di posizione di Coke nei confronti della Corona e, in particolare, l'importanza della sua opera teorica, è stata messa bene in evidenza da Christopher Hill nel saggio *La rivoluzione inglese e lo Stato*. Le tre ultime parti dei suoi celebri *Institutes* — nota Hill — sono state pubblicate solo nel 1641, per espresso ordine della Camera dei comuni, mentre erano state messe al bando dalla monarchia.

Dalla borghesia rivoluzionaria Coke viene considerato « il secondo padre della legge » e cioè l'interprete più autorevole<sup>7</sup>.

Si consideri poi, per intendere a pieno l'estensione di potere dei giudici inglesi, che in quel tempo la Corona inglese non aveva eserciti stabili né un apparato di polizia alle sue dipendenze; neanche aveva un esteso e ramificato apparato di funzionari amministrativi (di tipo francese). In periferia poteva far sentire la sua presenza e la sua voce esclusivamente attraverso il clero ed i « suoi » giudici.

6. Thomas Hobbes, *Leviathan*, Everyman's Library, London-New York, 1979, p. 143.

7. Cfr. Christopher Hill, *La rivoluzione inglese e lo Stato*, in *Saggi sulla rivoluzione inglese del 1640*, Feltrinelli, 1976, p. 77 ss. Per una più ampia analisi della personalità e del ruolo di Coke, cfr. Johnson, *Life of Sir Edward Coke*, 1837; C.D. Bowen, *The Lion and the Throne*, 1957; S.E. Thorne, *Sir Edward Coke (1552-1952)*, 1959; S. Cotta, *Montesquieu e la Costituzione degli Stati Uniti*, in *Le origini del pensiero politico e costituzionale americano*, Il Veltro, Roma, 1970, p. 38 ss.; Jean Beauté, *Un grand juriste anglais*, Paris, P.U.F., 1975.

## 2. La « rule of law » secondo la definizione di Coke

Sarà necessario tentare di precisare in quali limiti esiste il principio di legalità in Gran Bretagna, considerato che, su tali questioni, in Italia permangono risalenti luoghi comuni dovuti alla diffusione delle idee di Montesquieu, il quale ha preteso che in Inghilterra fosse stato instaurato un sistema di divisione dei poteri, pretesa destituita, invece, di fondamento. Infatti l'Inghilterra mai ha conosciuto una reale divisione dei poteri del tipo di quella istituita dalla Costituzione degli Stati Uniti d'America, ma ha conosciuto invece, ed anzi — come si è detto — ha inventato, il principio dell'assoluta supremazia del parlamento.

A partire dalla rivoluzione del XVII secolo, i giudici sono stati « fedeli alle leggi » nel senso di una loro esclusiva subordinazione ai precedenti giudiziari (alla *common law*) ed al parlamento, mentre prima erano subordinati alla *common law* e al potere reale.

In realtà, in un primo momento, i giudici (Coke, in particolare) avevano rivendicato il proprio « potere autonomo » (di assoluti interpreti della *common law*) anche nei confronti del parlamento, ma presto erano stati ridotti a ragione; un esito questo poco felice, essendo stato il parlamento sottratto ad ogni controllo legale. Infatti, se il governo dei giudici è da considerare come il peggior governo possibile, non così va giudicato il sistema dei reciproci controlli, dei *checks and balances*.

## 3. Un tentativo di governo dei giudici?

3.1. È di Coke l'affermazione formulata nel celebre *Dr. Bonham's Case* del 1610: « Le leggi espresse dal parlamento sono soggette alla *common law* (*the common law will control acts of Parliament*), che è in grado di annullarle; se una legge espressa dal parlamento è contraria alla *common law* e alla ragione o è assurda (*repugnant, or impossible to perform*), alla luce delle norme della *common law* deve essere annullata ». Una chiara pretesa di *judicial review* in senso ampio<sup>8</sup>; ma solo impropriamente il tentativo di Coke di imporre il controllo di legalità dei giudici di *common law* anche nei confronti del parlamento potrebbe essere etichettato come tentativo di governo dei giudici; solo impropriamente perché Coke, in definitiva, ha proposto un sistema di *judicial review* del tipo di quello poi instaurato negli Stati Uniti, tanto che ivi l'iniziativa di Coke è stata tenuta come precedente ed esempio. Senon-

8. Cfr. Melvin I. Urofsky, *op. cit.*, p. 7. Le decisioni con le quali i giudici inglesi hanno arginato il potere reale sono rinvenibili in *Sources of English Constitutional History*, Haper & Brothers Publishers, New York and London, 1937, p. 435 ss.

ché, non esistendo in Inghilterra una costituzione di tipo rigido, quale elaborata dai padri fondatori americani, Coke non aveva a suo sostegno una « forza della legge » paragonabile a quella esistente negli Stati Uniti dopo la ratifica della Costituzione.

Né a qualificare il tentativo di Coke come tentativo di governo dei giudici può valere l'esperienza del governo dei giudici che si è poi instaurata negli Stati Uniti, non già come ineluttabile conseguenza della sentenza Marbury — che ha validità di principio giuridico anche oggi che di governo dei giudici non è più da parlare —, ma, invece, in termini di abusiva azione supplente conservatrice dei giudici americani solo sul presupposto della sentenza Marbury; e non a partire dal 1803 ma a partire dalla fine del XIX secolo e fino al 1937<sup>9</sup>.

Se fosse prevalso il punto di vista di Coke, se fossero sussistite le condizioni politico-sociali nell'Inghilterra del XVII secolo, il sistema di governo inglese sarebbe risultato più equilibrato, le libertà politiche e civili sarebbero state meglio « garantite », alcuni gravi abusi del parlamento sarebbero stati eliminati.

3.2. Comunque, sono in molti oggi, in Gran Bretagna, a reclamare un più penetrante controllo di legalità nei confronti del parlamento, una maggiore tutela giuridica dei diritti fondamentali dei cittadini sulla base di una costituzione scritta<sup>10</sup>.

Nessun tentativo di governo dei giudici può essere peraltro visto nell'azione di limitazione del potere dell'esecutivo operata dai giudici (e da Coke in particolare).

Il tentativo di Coke di imporre la supremazia della *common law*, come interpretata dai giudici, anche nei confronti del parlamento deve essere inteso, anzi, come la prima alta (anche se « simbolica ») affermazione della *rule of law* in senso ampio e pregnante, in quel senso che poi è prevalso, negli Stati Uniti, con la sentenza Marbury e in vari Stati con il controllo di costituzionalità delle leggi affidato alle varie corti costituzionali<sup>11</sup>.

Vero è invece che quello della *rule of law* resta, ancor oggi, in Gran Bretagna, un principio ambiguo ed ideologico, proprio perché in Gran Bretagna non vi è, in effetti, una *rule of law* capace di imporsi a tutti i

9. Per una più ampia trattazione di questi aspetti, cfr. V. Accattatis, *Mito e realtà del « governo dei giudici »*. *L'esperienza degli Stati Uniti*, in questa Rivista, n. 4/1990.

10. Cfr. S.A. de Smith, *op. cit.*, p. 38; *Briton's rights*, in *The Economist* 13 dicembre 1986; *When justice isn't done*, ivi, 28 ottobre 1989; *Time to change, The British Constitution - A Modest Proposal*, ivi, 6 luglio 1991.

11. Melvin I. Urofsky, *op. cit.*, p. 77 ss.

poteri<sup>12</sup>. Il « re in parlamento », in certo senso, ne è sottratto, proprio perché il « re in parlamento » (e oggi, praticamente, il Gabinetto) ha poteri assoluti<sup>13</sup>. Esso incontra limiti politici ma non limiti giuridici, salvo a livello di legislazione internazionale. Del resto, proprio in base all'assolutismo del « re in parlamento » ed alla tradizione di tipo imperiale, la Gran Bretagna è molto mal disposta oggi ad accettare l'integrazione europea e il limite posto dalle norme internazionali. A livello internazionale gli Stati sono eguali, ma la Gran Bretagna — com'è ben noto — è più eguale degli altri; o, almeno, cerca di esserlo.

#### 4. *La teorizzazione di Locke*

Secondo Locke « l'istituzione di un giudice sulla terra con l'autorità di decidere tutte le controversie e di riparare tutti i torti è il presupposto di una società civilizzata ... Ovunque vi siano uomini, comunemente associati, privi di una tale autorità, è da concludere che essi vivono ancora nello stato di natura »<sup>14</sup>.

Perché, ciò nonostante, Locke non configura il giudiziario come potere? Proprio perché l'evoluzione del sistema politico inglese si è configurata nel senso della supremazia assoluta del parlamento e non nel senso della divisione dei poteri, posto che il tentativo di contrastare questo tipo di evoluzione, operato da Coke, per ragioni politiche non era riuscito.

Locke, in definitiva, descrive il sistema politico-costituzionale uscito dalla rivoluzione borghese del XVII secolo. Con la sua teorizzazione legittima l'evoluzione costituzionale propria dell'Inghilterra<sup>15</sup>.

12. Tutti i costituzionalisti inglesi rilevano la difficoltà di definire in modo preciso il concetto di *rule of law* che spazia dal diritto costituzionale al diritto internazionale.

13. L'assolutezza dei poteri del parlamento inglese (che trova oggi un limite solo nella normativa di diritto internazionale accettata dalla Gran Bretagna) è misurata dal fatto che il parlamento ha emanato finanche leggi penali retroattive, contro ogni principio di civiltà giuridica: cfr. S.A. de Smith, *op. cit.*, p. 71. Per un'analisi di diritto comparato fra i poteri negli Stati Uniti, in Gran Bretagna, in Francia e in Italia, cfr. Yves Mèny, *op. cit.* e il numero 41/1987 di *Pouvoirs*, Presses Universitaires de France, Paris.

14. John Locke, *Two Treatises of Government*, Everyman's Library, London-Melbourne-Toronto-New York, 1978, p. 160.

15. Da notare però che Locke vede il potere legislativo come soggetto ai principi del diritto naturale. Locke tratta, infatti, della subordinazione dei poteri (di tutti i poteri) al *commonwealt*: *op. cit.*, p. 192 ss.; cfr., inoltre, Ernest Barker, *Social contract*, Oxford University Press, London-Oxford-New York, 1960; C.B. Macpherson, *The political theory of possessive individualism*, Oxford University Press, 1985.

## 5. *Il modello anglosassone dello Stato di diritto come il modello di Stato di diritto*

« Tutti i cittadini — scrive Voltaire — non possono essere egualmente potenti, ma tutti possono essere egualmente liberi: ed ecco quel che gli inglesi hanno finito con l'ottenere... Essere libero significa dipendere soltanto dalle leggi ». A questo risultato è pervenuta, alla fine, « la legislazione inglese: a ristabilire ogni uomo in tutti i diritti della natura, di cui gli uomini sono spogliati in quasi tutte le monarchie. Questi diritti sono: libertà della propria persona e dei propri beni, di parlare alla nazione per mezzo della propria penna, di poter essere giudicati, in materia penale, solo da un *jury* di uomini indipendenti, di non poter essere giudicati in alcun caso altrimenti che secondo i precisi termini della legge; di professare in pace qualsiasi religione ». Tutte queste libertà, in Inghilterra, sono chiamate « prerogative » ed « è, infatti, una grandissima e felice prerogativa... esser sicuro, dormendo, di svegliarsi il mattino dopo con i medesimi beni di fortuna; di non essere strappato, nel colmo della notte, dalle braccia della propria moglie e dei propri figli, per essere condotti in un torrione... »<sup>16</sup>.

Quando Benjamin Constant definisce la libertà dei moderni riprende la definizione della libertà degli inglesi data da Voltaire. Alla riflessione di Voltaire, oltre che a quella di Montesquieu, di Rousseau e di Constant si riallaccia la teorizzazione di Tocqueville. A questa teorizzazione risale il concetto moderno del « dominio della legge », contrapposto a quello « degli uomini », oltre che alla teorizzazione dei « padri fondatori » americani.

Importante è, comunque, rilevare che il miglior pensiero illuminista e liberale francese, nel proporre un modello di Stato di diritto, si riferisce al modello anglosassone, e non potrebbe essere diversamente<sup>17</sup>.

## II. Il sistema giudiziario dell'« ancien régime »

### 1. *Il pluralismo e la legge nell'antico regime*

È stato giustamente osservato che quasi tutti i conflitti che turbano

16. Voltaire, *Governo inglese*, in *Scritti filosofici*, vol. II, Laterza, 1972, p. 597 ss.

17. Montesquieu, Voltaire e Constant operano allo stesso modo in cui opera Tocqueville: assumono cioè dalla esperienza storico-politica (rispettivamente inglese ed americana) un « modello ideale ». La ricchezza del pensiero di Tocqueville vive della confluenza dell'esperienza inglese, francese ed americana.

la storia interna della Francia nel XVI secolo hanno un elemento in comune, e cioè sono causati — o, almeno, prolungati e sostenuti — dalla incessante lotta della corona contro i poteri indipendenti di vari gruppi sociali, di varie istituzioni. La corona concepisce ininterrottamente piani per estendere il suo controllo e per rendere la « volontà del re » effettiva, ma il cuore della resistenza alla volontà del re si trova, paradossalmente, proprio nella « macchina dello Stato »: nella burocrazia, largamente indipendente dal potere reale in ragione della venalità ed ereditarietà delle cariche, e nei giudici<sup>18</sup>.

I poteri del monarca erano teoricamente illimitati. In teoria il re poteva emanare leggi a suo piacimento, visto che non era soggetto alla legge ma la legge era soggetta a lui (governo di uomini e non di leggi).

Le leggi fondamentali del regno, spesso invocate dai parlamenti, non erano obbligatorie per il re. Proprio in ragione di questi poteri teoricamente illimitati si è parlato di « monarchia assoluta » (*legibus soluta*), ma, in realtà, la così detta monarchia assoluta proprio assoluta non era, considerando che era limitata in vario modo, principalmente in ragione della indipendenza della magistratura e del potere dei parlamenti di registrare, e, quindi, rendere noti e pubblicizzare, gli editti e le ordinanze del re<sup>19</sup>.

## 2. *La giustizia nell'antico regime*

Nell'antico regime il re era « la fonte » della giustizia oltre che della legge. La giustizia « emanava » da lui e poteva essere « ritenuta » o « delegata »<sup>20</sup>. Nella normalità dei casi era delegata ma non a giudici funzionari, secondo la riforma di Maupeou, poi imitata da Napoleone, bensì a giudici divenuti sufficientemente indipendenti dal re per aver comprato le pubbliche funzioni.

La giustizia delegata era organizzata a più livelli. In basso la giu-

18. Roger Mettam, *Government and Society in Louis XIV's France*, The Macmillan Press Ltd., London and Basingstoke, 1977, p. IX.

19. Per un'analisi dei limiti e dei freni che il potere reale in quel tempo incontrava, cfr. Roger Mettam, *op. cit.*, p. IX ss.; Jacques Ellul, *Histoire des institutions*, cit., 3, *Le Moyen age*, Presses Universitaires de France, Paris, 1962; Jean-Louis Harouel, Jean Barbery, Eric Bournazel, Jacqueline Thibaut-Payen, *op. cit.*, p. 420 ss.; S.E. Finer, *Lo Stato in prospettiva storica*, in *Rivista italiana di scienza politica*, 1 aprile 1990, p. 4 ss.

20. Cfr. Jean-Louis Harouel, Jean Barbery, Eric Bournazel, Jacqueline Thibaut-Payen, *op. cit.*, p. 348 ss.; Arlette Lebigre, *La justice du roi*, Albin Michel, Paris, 1988, p. 14 ss., 48 ss. Per un ottimo e recente studio relativo all'origine della monarchia francese, cfr. John W. Baldwin, *Philippe Auguste et son gouvernement*, Fayard, Paris, 1991.

risdizione di diritto comune (*les tribunaux du prévôt*); parallelamente le giustizie dei vari signori e quelle municipali; al di sopra di esse *les sièges de bailliage e de sénéchaussée*; al vertice i *Parlements* e i *Conseils souverains*<sup>21</sup>.

Agli otto parlamenti esistenti nel XVI secolo (Paris, Toulouse, Bordeaux, Rouen, Dijon, Aix, Grenoble, Rennes) si sono aggiunti poi, per annessione di nuove province, quelli di Pau, Metz, Besançon, Douai, Nancy. Il potere maggiore era ovviamente detenuto dal Parlamento di Parigi che aveva una circoscrizione enormemente estesa<sup>22</sup>.

### 3. *La patrimonialità delle cariche*

Nell'*Esprit des lois* Montesquieu si dice favorevole alla patrimonialità delle cariche pubbliche, suscitando le ironie di Voltaire<sup>23</sup>. Voltaire definisce la patrimonialità « una simonia più funesta della vendita dei benefici ecclesiastici ».

Tocqueville vede nella patrimonialità delle cariche un presupposto di indipendenza. « Con il suo desiderio di far soldi di ogni cosa il governo ha messo in vendita finanche le pubbliche funzioni, ma, in tal modo, le ha rese più indipendenti; si è tolto così il potere di condizionarle direttamente. Una delle sue voglie (quella di far denaro) ha paralizzato quindi l'altra voglia (quella di concentrare il potere, di dirigere, di dominare) »<sup>24</sup>. Come conseguenza ne è derivato che il governo non è riuscito a portare ad effetto i suoi stessi comandi. « Questa costituzione patologica e bizzarra » (*vicieuse*) delle pubbliche funzioni è però riuscita, secondo Tocqueville, a garantire una sorta di pluralismo istituzionale (*tenait lieu d'une sorte de garantie politique contre l'omnipotence du pouvoir centrale*). Si è trattato, indubbiamente, di una diga irregolare e mal costruita, ma utile al fine di indebolire la concentrazione del potere (*qui divisait sa force et ralentissait son choc*).<sup>25</sup>

21. Cfr. Jean-Louis Harouel, Jean Barbery, Eric Bournazel, Jacqueline Thibaut-Payen, *op. cit.*, p. 474 ss.

22. Ivi, p. 529 ss.

23. « Vero... che Montesquieu ha la debolezza di dire che la venalità delle cariche negli stati monarchici è opportuna », scrive Voltaire. « Che volete? Era presidente "à mortier" in provincia... Anche allo spirito più filosofico è difficile non pagare il tributo all'amor proprio. Se un droghiere si occupasse di legislazione vorrebbe che tutti comperassero cannella e noce moscata » (*Su Hobbes, Grozio e Montesquieu*, in *Scritti filosofici*, cit., vol. I, p. 577-578).

24. A. de Tocqueville, *L'ancien régime et la Révolution*, Gallimard, 1967, p. 192.

25. *Ibidem*.

Gli storici contemporanei sono sostanzialmente d'accordo con Tocqueville.

« L'assolutismo — scrive André Bourdè — aveva lasciato sussistere i “privilegi” collegati con le “leggi fondamentali”, essenza della monarchia ». Il diritto di proprietà è stato utilizzato per limitare i poteri del monarca<sup>26</sup>.

« Le prerogative parlamentari — scrivono François Furet e Denis Richet — delimitano... una delle differenze fondamentali... quella cioè che distingue il dispotismo dalla monarchia ... Quest'oligarchia dei grandi giudici del regno, pur moltiplicando le prove del suo conservatorismo di casta, pur facendo bruciare l'Emilio e condannando a morte Calas, conserva intatto il favore dell'opinione pubblica urbana » perché fa da argine al potere assoluto del re. Provvisoriamente il parlamento « fa le veci dell'assemblea eletta vagheggiata dal Terzo Stato ». Il sovrano attacca ripetutamente il potere dei parlamenti ma poi finisce immancabilmente per cedere<sup>27</sup>.

La riforma di Maupeou del 1771 tenta di risolvere il problema della « governabilità », come oggi si direbbe, in termini di accentuazione dell'autoritarismo e di negazione del pluralismo, ma, nel 1774, Luigi XVI ristabilisce i violati poteri dei parlamenti e decreta, con ciò stesso, la fine della monarchia assoluta e la sua stessa fine<sup>28</sup>.

Secondo J. Ellul, « dal punto di vista dell'amministrazione, il sistema della venalità delle cariche non ha avuto risultati disastrosi dato che ha fatto entrare nell'amministrazione personale attivo ed intelligente e ha prodotto un'amministrazione indipendente dal potere del re (per il fatto che i funzionari, inamovibili, non andavano a caccia di promozioni) »; com'è accaduto, invece, in Francia, successivamente, ed accade ancor oggi<sup>29</sup>. « Una magistratura del genere è stata in grado di contrastare il potere esecutivo e di garantire gli interessi collettivi »<sup>30</sup>.

Anche per Harouel, Barbey, Bournazel e Jacqueline Thibaut-Payen la venalità delle cariche, per la magistratura, ha avuto, come conseguenza positiva, l'istituzione di funzionari esperti ed indipendenti dal potere politico; negli altri settori del pubblico impiego ha invece prodotto effetti disastrosi: « considerandosi proprietari della particella d'autorità rappresentata dai loro uffici, comprati o ereditati, i pubblici ufficiali si

26. A. Bourdè, *La Lumière*, in G. DUBY, *Histoire de la France de 1348 à 1852*, cit., p. 258.

27. F. Furet e Denis Richet, *La rivoluzione francese*, Laterza, 1974, p. 47 ss.

28. A. Bourdè, *op. cit.*, p. 259.

29. J. Ellul, *Histoire des institutions*, cit., 4, Presses Universitaires de France, Paris, 1987, p. 61.

30. *Ibidem*.

sono comportati come titolari di un potere autonomo e si sono sentiti poco propensi all'obbedienza. Molti pubblici ufficiali hanno eseguito gli ordini del sovrano solo nella misura del loro personale tornaconto»<sup>31</sup>.

« Il tema del governo dei giudici — ha affermato Cohen-Tanugi — è uno dei punti di riferimento costanti della classe politica francese, che, con questo mezzo, ha espresso il rigetto del sistema di governo americano e, prim'ancora, il rifiuto del sistema politico nato dalla rivoluzione e del precedente sistema di controllo giudiziario nei confronti della monarchia ... Le crescenti prerogative politiche dei tanto deprecati parlamenti nell'ultimo periodo dell'*ancien régime*, per una parte almeno, hanno rappresentato invece una forma di controllo politico nei confronti del potere assoluto »<sup>32</sup>.

#### 4. *Le ragioni di Voltaire e quelle di Montesquieu*

Non si può, comunque, evadere da questi problemi di fondo: i giudici devono essere soggetti alla legge, non possono governare; o, se si vuole, il loro « governare » deve realizzarsi solo nella forma dell'interpretazione e dell'applicazione della legge; ma i giudici devono imporre il rispetto della legge nei confronti di tutti. Nei paesi con costituzioni rigide devono imporre il dominio della costituzione anche nei confronti del parlamento, nelle forme dalle costituzioni previste<sup>33</sup>. Da correlare al più generale principio della soggezione dei giudici alla legge è il principio dell'indipendenza della magistratura. Si evidenziano, così, le rispettive ragioni di Voltaire e di Montesquieu (e Tocqueville): Voltaire intende bene che i giudici non possono divenire legislatori, che un'indipendenza sganciata dal principio della soggezione dei giudici alla legge è un assurdo, che non porta ad altro che al caos o alla... rivoluzione; Montesquieu (e Tocqueville) affermano però che senza l'indipendenza della magistratura il preteso dominio della legge nei confronti di tutti è illusorio. Le due verità vanno, quindi, coordinate e composte. Gli stati di diritto moderni sono impegnati ad operare questa composizione certamente non agevole, ma, per tale operazione, ineludibile risulta il

31. Cfr. Jean-Louis Harouel, Jean Barbery, Eric Bournazel, Jacqueline Thibaut-Payen, *op. cit.*, p. 458. Per una precisa analisi delle alternative alla venalità delle cariche, cfr. Nicole Castan, *Les alarmes du pénal: du sujet gibier de justice à l'Etat en proie à ses citoyens (1788-1792)*, in *Une autre Justice, 1789-1799, Etudes publiées sous la direction de Rober Badinter*, Fayard, 1989, p. 45 ss.

32. L. Cohen-Tanugi, *Le droit sans l'état*, Presses universitaires de France, Paris, 1985, p. 86 ss.

33. Nel saggio già citato S.E. Finer trascura la distinzione fra costituzioni rigide e no, che non è certo di poco momento.

principio generale affermato da Montesquieu: il potere deve essere diviso, non concentrato; lo Stato di diritto non può non essere articolato e pluralista.

### 5. *Il problema istituzionale della Francia dell'antico regime*

Il problema istituzionale della Francia dell'antico regime è stato quello di non avere un'alternativa fra governo accentrato e governo caotico e cioè di non avere un organo rappresentativo capace di divenire un'alternativa di potere politico reale rispetto alla monarchia. Lo sbocco è stato la rivoluzione che non ha però determinato un nuovo e più valido equilibrio di potere ma ha determinato, invece, una serie di convulsioni che sono sfociate, infine, nel bonapartismo e cioè in una nuova forma di potere concentrato fondato sui plebisciti.

La nascita della democrazia rappresentativa — ha scritto Samuel E. Finer — è troppo ben conosciuta perché sia raccontata di nuovo in tutti i dettagli. Il secolo XVII ha visto il sorgere, tra gli stati europei, di due diversi modi di governare: un modo di tipo autocratico ed un altro di tipo rappresentativo<sup>34</sup>. In precedenza i monarchi erano vincolati non solo da « un profondo impegno politico » nei confronti dei diritti dei sudditi ma anche dal pluralismo di origine feudale. I sovrani spagnoli, francesi, prussiani hanno combattuto aspramente il pluralismo. In alcuni stati più piccoli i ceti sociali hanno contrastato efficacemente il potere monarchico accentrato, ma solo il parlamento inglese è riuscito ad « espropriare il potere del re » e a costituire stabilmente il governo rappresentativo « come tradizione contrapposta all'assolutismo ». Mentre le monarchie francese e prussiana hanno cercato, con successo, di abolire o neutralizzare i rispettivi *corps intermediaires*, gli inglesi non solo hanno perfezionato il potere del parlamento, ma hanno anche esteso la forma di governo rappresentativo alle tredici colonie americane. Fatto decisivo per la successiva « storia del mondo »<sup>35</sup>.

La Francia prerivoluzionaria non aveva istituzioni rappresentative. È proprio questa la differenza capitale rispetto all'Inghilterra. I parlamenti francesi non erano rappresentativi. Con la rivoluzione e con grande spargimento di sangue la Francia si è data, finalmente, un « governo rappresentativo », ancorché « gracile ».

« La monarchia — ha scritto Montesquieu — è la sorgente di ogni potere... ma non concentra in sé tutto il potere, perché è proprio della natura della monarchia di avere, nel suo interno, dei poteri intermedi

34. S.E. Finer, *op. cit.*

35. *Ibidem.*

(*des pouvoirs intermédiaires*), subordinati e dipendenti, che impediscono alla volontà momentanea e capricciosa di un solo di governare e che assicurano la continuità e fissità delle leggi fondamentali »<sup>36</sup>. Montesquieu vede, quindi, le leggi fondamentali come prevalenti, come limite rispetto alla volontà del sovrano, allo stesso modo di Locke, e vede i « corpi intermedi » come utile momento di rottura di un potere che, altrimenti, sarebbe dispotico<sup>37</sup>. In altri termini, Montesquieu distingue monarchia da dispotismo e intende bene che l'azione politica volta a eliminare il pluralismo di origine feudale e a concentrare il potere è cosa deplorabile; ciò che ancora molti in Italia continuano a non vedere.

### III. L'anarchia dell'« ancien régime » e le possibili soluzioni

#### 1. *Il tradizionale orientamento della cultura democratica italiana nei confronti del « governo dei giudici »*

In Italia, tradizionalmente, l'azione dei parlamenti contro il potere monarchico, in quanto volta ad introdurre un indebito « governo dei giudici », è stata giudicata in modo decisamente negativo, specie dagli storici democratici e di sinistra. Un solo esempio. Nella sua storia della rivoluzione francese Gaetano Salvemini include nelle « pochissime buone cose di Luigi XV » la sua strenua lotta contro i poteri del parlamento. Secondo Salvemini, « i parlamenti ... e sopra tutti quello di Parigi raccoglievano le borie, le ambizioni, i pregiudizi dell'alto clero, dell'alta nobiltà, dell'alta burocrazia. Quando il re era debole — osserva Salvemini, citando Carlyle — il suo parlamento gli abbaiava alle calcagne come un cagnaccio, a seconda del grido popolare; quando il re era forte, lo precedeva, invece, latrando e, braccio solerte, gli scovava la selvaggina... I parlamenti si opponevano al re e facevano sfoggio delle dottrine attinte allo Spirito delle leggi, non per migliorare le condizioni del paese, ma per estendere la propria influenza politica, tener soggetto il re alla loro volontà, e condurre a termine la reazione feudale, che era cominciata dopo la morte di Luigi XIV con la reggenza del duca d'Orléans ». Nei tribunali, che il cancelliere Maupeou sostituì ai parlamenti, « la giustizia era organizzata in maniera più economica, meno complicata, più sollecita ... E questo spiega come Voltaire, allora all'apogeo della gloria, si levasse a difendere con calore l'opera di Mau-

36. Per un'analisi della concezione di Montesquieu, cfr. Marcel Prèlot e Georges Lescuyer, *Histoire des idées politiques*, Dalloz, Paris, p. 469 ss.

37. Cfr. nota 15.

peou »<sup>38</sup>. Salvemini ritiene però necessario che fosse tolta al re « l'autorità assoluta », che fossero create, accanto a lui, « assemblee indipendenti capaci di frenare l'arbitrio dei ministri »<sup>39</sup>. Ma come realizzare tale obiettivo? È questo il vero problema al quale si sono trovati di fronte gli illuministi prima ed i rivoluzionari dopo; problema ancor oggi studiato dagli storici della rivoluzione francese<sup>40</sup>.

La riforma Maupeou non era certo la via per perseguire l'obiettivo indicato da Salvemini.

Con la riforma Maupeou — e con le successive riforme che non hanno avuto però pratico effetto — la monarchia ha inteso consolidare il potere autoritario, seguendo le teorizzazioni di Jean Bodin e di Cardin Le Bret, non certo trasformarsi in monarchia costituzionale soggetta alla legge ed al potere delle assemblee rappresentative<sup>41</sup>.

Il re avrebbe potuto contrastare efficacemente le pretese dei parlamenti convocando gli Stati generali, ma si è guardato bene dal farlo perché ha perseguito la soluzione del conflitto in termini di realizzazione di un potere più accentrato.

Se la monarchia ha dovuto sempre indietreggiare di fronte ai parlamenti ciò è dipeso dalle contraddizioni interne del potere, ma anche dal fatto che i parlamenti avevano una loro legittimità, un loro sostegno, un loro consenso; e l'aspetto progressivo di questa legittimità e di questo consenso era proprio nella divisione dei poteri e nella esigenza di un potere costituzionale, « limitato », diverso da quello perseguito e reclamato dalla monarchia.

Non è necessario condividere la già citata affermazione di Furet e Richet (provvisoriamente, i parlamenti facevano « le veci dell'assemblea eletta vagheggiata dal terzo stato »). A far « le veci » dell'assemblea erano piuttosto i parlamenti quando chiedevano la convocazione degli Stati generali. Questa era la vera richiesta rivoluzionaria o che tale poteva divenire, come, in effetti, sarà.

## 2. *La riforma Maupeou in contrasto con la prospettiva rivoluzionaria*

La rivoluzione francese è un avvenimento storico primario nella

38. G. Salvemini, *La rivoluzione francese*, Feltrinelli, 1965, p. 72 ss.

39. Ivi, p. 74.

40. Cfr. Michelle Vovelle, *La Révolution, 1789-1799*, in G. Duby, *Histoire de la France*, cit., p. 303 ss.; F. Furet e Denis Richet, *op. cit.*, p. 48 ss.

41. Per un'analisi dettagliata della riforma Maupeou e delle successive, cfr. G. Sautel, *op. cit.*, p. 159 ss. Sull'azione dei legisti in favore della monarchia e delle teorie di Bodin, Zampini, Coquille, Le Bret, cfr. J. Ellul, *Le Moyen Age*, cit., p. 350 ss.; M. Prêlot, *op. cit.*, p. 335 ss.; Maurice Duverger, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Presses Universitaires de France, 1980, p. 402 ss.

storia del mondo, più importante della rivoluzione inglese ed americana che l'hanno preceduta<sup>42</sup>.

Perché la rivoluzione? Perché l'*ancien régime* fosse distrutto, lo fosse e dalle fondamenta, lasciando però vivi e vegeti i germogli dei tempi nuovi, le libertà, l'eguaglianza, i diritti dei cittadini, ecc.

Nella Francia dell'*ancien régime* il re (legislatore al di fuori di ogni controllo, salvo quello, in larga parte improprio, garantito dai parlamenti), « fonte di giustizia » e taumaturgo, non riesce a portare avanti alcuna riforma capace di favorire il rinnovamento dello Stato in senso « costituzionale »; anzi si muove in senso contrario, cercando di accentrare il suo potere e di combattere il pluralismo di origine feudale.

Il re è garante della tradizione come interpretata dai suoi giuristi e dai suoi filosofi.

Gli intendenti sono chiamati a controllare, contenere, reprimere i « corpi intermedi », per evitare l'« anarchia »; ma il « vecchio mondo » è in crisi, l'anarchia è espressione della crisi, ne è la manifestazione<sup>43</sup>. Come uscire dalla crisi? In termini di più forte concentrazione del potere (è l'idea di Maupeou) o di un equilibrio costituzionale fra i poteri (è la volontà della prima fase rivoluzionaria). Le idee di Maupeou per nulla coincidono, infatti, con quelle della prima fase rivoluzionaria; occorre prenderne atto, sicché è da concludere che la riforma Maupeou, lodata da Salvemini e, ancor oggi, da molti in Italia, non solo ha il torto di porsi contro la prospettiva pluralistica di tipo feudale, da cui emerge la teorizzazione di Montesquieu e la logica dello Stato di diritto di tipo anglosassone, ma anche di porsi contro la prospettiva rivoluzionaria che, nella sua prima fase, seguendo la logica dei lumi, si colloca nell'alveo delle rivoluzioni inglese ed americana.

#### IV. Le richieste dei rivoluzionari nella prima fase della rivoluzione e la fine del « governo dei giudici »

##### 1. *La rottura della coalizione antiassolutistica*

In contrasto con la richiesta del terzo stato, il 21 settembre del 1788 il parlamento di Parigi chiede la convocazione degli Stati generali

42. Perché, secondo l'esatta affermazione di G.D.H. Cole e R. Postgate, (*The Common People*, Methuen & co. ltd., 1976, London, p. 117), segna la fine del medioevo in Europa e mette in campo le forze che, ancor oggi, continuano ad operare in favore della democrazia o contro.

43. Per una precisa documentazione relativa all'azione degli intendenti, del loro controllo sui parlamenti, ecc., cfr. Roger Mettam, *op. cit.*, p. 140 ss.

secondo le modalità del 1614. All'indomani della delibera i parlamenti, da popolarissimi che erano stati sino ad allora, diventano improvvisamente impopolari; da quella data in poi, infatti, non sono più alleati con la borghesia, con il popolo, con il potere emergente in funzione anti-feudale ed antiassolutistica ma — per loro scelta e cioè per loro incapacità storico-politica — divengono parte subalterna e recalcitrante (come sempre erano stati in precedenza) del sistema di potere assolutistico « debole » (debole anche perché indebolito dalla stessa azione dei parlamenti).

È precisamente questo il momento in cui la borghesia passa dalla battaglia antiassolutistica a quella antifeudale ed egualitaria, condotta, contemporaneamente, contro l'assolutismo e contro i privilegi della società feudale; secondo la sua antica e, si deve aggiungere, « naturale » vocazione. I parlamenti stanno ormai dall'altra parte, dalla quale non sta l'esigenza di una giustizia imparziale, perché essa non coincide con la logica istituzionale feudale dei parlamenti ma coincide, invece, con l'esigenza del potere *under the law* e con il principio di effettiva eguaglianza di « tutti i cittadini » davanti alla legge; tutte rivendicazioni avanzate dai rivoluzionari nella prima fase della rivoluzione. I rivoluzionari francesi non hanno mai chiesto, infatti, una giustizia manipolata; tutto al contrario; anche se la loro esigenza di una giustizia non manipolata essi non l'hanno realizzata, né l'hanno realizzata i governi francesi negli anni successivi.

## 2. *Le insoddisfatte esigenze della prima fase rivoluzionaria*

Il 21 settembre del 1788 il parlamento di Parigi chiede, dunque, la convocazione degli Stati generali secondo le modalità del 1614. È bene insistere su questo aspetto.

Perché questa nostalgia reazionaria? Perché il parlamento di Parigi, confusamente, vuole un potere rappresentativo, vuole la limitazione dei poteri del re ma per conservare i privilegi esistenti nell'*ancien régime* e per rafforzarli nei confronti della monarchia. Il terzo stato vuole, invece, la fine di ogni privilegio. Inizia così il conflitto fra parlamenti e terzo stato. In altri termini, al momento della scelta, « il liberalismo aristocratico si ribella alla spinta egualitaria e si rifugia nel proprio passato » per essere distrutto<sup>44</sup>. « Si tratta di un momento chiave della storia di Francia »<sup>45</sup>.

« Che cos'è il terzo stato? » si è domandato l'abate Sieyès. « Tut-

44. Cfr. F. Furet e Denis Richet, *op. cit.*, p. 49.

45. *Ibidem*.

to. E che cosa è stato finora nell'ordinamento politico francese? Nulla. E che cosa chiede ora di essere? Chiede di essere qualche cosa »<sup>46</sup>. In effetti, gradualmente, nel corso della rivoluzione, chiederà di essere tutto, ma riuscirà a soddisfare la sua richiesta solo con il bonapartismo e con il preciso contributo di Sieyès<sup>47</sup>. « Non domandate... quale posto, nell'ordine sociale, debbano oggi occupare i privilegiati: tanto varrebbe stabilire quale sede, nel corpo malato, si debba assegnare all'umore maligno che lo corrode... quale sede assegnare alla malattia... che gli divora la carne »<sup>48</sup>. Analisi corretta. I parlamenti in libera uscita sono stati espressione della malattia generale del corpo politico dell'*ancien régime*, ma, come già evidenziato, la guarigione non poteva né doveva essere, anche dal punto di vista dei rivoluzionari, il dispotismo regio, né altro tipo di dispotismo. Vero però che la rivoluzione ha imposto, nei fatti, un altro tipo di dispotismo, un altro tipo di dittatura, delle assemblee prima e dell'esecutivo dopo, il che vuol dire che la Francia non ha risolto bene il problema posto dalla rivoluzione: la costituzione di un governo rappresentativo pluralista, con governo della legge al posto del governo degli uomini e con « effettiva vigenza » del principio dell'eguaglianza di tutti i cittadini davanti alla legge.

### 3. *I rivoluzionari non hanno chiesto la fine del « governo dei giudici »*

Nel suo saggio *Che cosa è il terzo stato?*, Sieyès non chiede la fine del governo dei giudici ma chiede solo la fine dei privilegi e l'instaurazione di un governo costituzionale rappresentativo che tenga conto del potere effettivo del terzo stato<sup>49</sup>. I *cahiers de doléances* non chiedono

46. Emmanuel-Joseph Sieyès, *Saggio sui privilegi - Che cosa è il terzo stato?*, Editori riuniti, 1972, p. 55.

47. Sieyès, l'« oracolo del terzo stato », la « talpa della rivoluzione », apre la rivoluzione (suo il decreto con il quale il 17 giugno 1789 l'Assemblea del terzo stato si trasforma in Assemblea nazionale e cioè in organo rappresentativo generale della nazione), l'alimenta con i suoi famosi saggi e poi la « chiude » con il bonapartismo (è lui, infatti, ad architettare e a dirigere il colpo di Stato del 18 brumaio dell'anno VII). Da notare che il potere assoluto nasce in Francia dall'alleanza fra monarchia e terzo stato. « In Gran Bretagna nobili e borghesi si alleano contro la monarchia » per costruire insieme il potere antiassolutistico, rappresentativo e democratico; in Francia, invece, monarchia e terzo stato si alleano fra loro per costruire il potere accentrato: M. Duverger, *op. cit.*, p. 402 ss. Su questo punto cfr., inoltre, Albert Soboul, *Feudalesimo e Stato rivoluzionario*, Guida, 1979, p. 171 ss.

48. Sieyès, *op. cit.*, p. 127.

49. Quando, nel saggio citato, Sieyès discute del potere giudiziario, discute dell'esigenza di introdurre il sistema « democratico » della giuria, « il solo capace di proteggere dagli abusi del potere giudiziario, così frequenti e temibili dovunque non si sia giudicati dai propri pari ». Immediatamente dopo, per evitare gli ordini

la fine del governo dei giudici; chiedono, invece, la fine degli abusi dell'*ancien régime*. Nei *cabiers* i parlamenti vengono criticati — quando vengono criticati — in quanto luoghi di arbitrio, non in quanto luoghi di controllo del potere arbitrario del re.

Nella prima fase della rivoluzione, i rivoluzionari per nulla vogliono la concentrazione dei poteri; vogliono, invece, l'eguaglianza, la libertà, la divisione del potere e la cessazione degli arbitrii, non solo di quelli praticati dalla « giustizia delegata ».

#### 4. *La fine del « governo dei giudici »*

Per le ragioni politiche evidenziate, la borghesia al potere ha spazzato via prontamente il « dispotismo giudiziario ».

Il 4 agosto 1789 sono soppresse le giurisdizioni feudali e la venalità delle cariche.

Il 3 novembre sono mandati in « vacanza » i parlamentari.

Il 6 settembre 1790 sono soppressi i parlamenti.

Il primo floreale, anno II, giorno di Pasqua, l'ultimo presidente del parlamento di Parigi, Bochart de Saron e i suoi *présidents à mortier* (Molé de Champlatreux, Lefèvre d'Ormesson, Pasquier de Coulans), insieme a venticinque parlamentari, sono condotti davanti al Tribunale rivoluzionario, giudicati in tre ore e ghigliottinati la sera stessa<sup>50</sup>.

Ha avuto termine, così, in Francia, il « dispotismo giudiziario », ma ha avuto inizio un nuovo, temibile, dispotismo.

### V. La critica di Voltaire al velleitario tentativo di governo dei giudici

#### 1. *Il velleitario tentativo di governo dei giudici*

« Chi osservi attentamente la lotta dei parlamenti contro il potere reale — scrive Tocqueville — si renderà conto che essa si svolge quasi sempre sul terreno politico, e non sul terreno della mera amministrazione... In contestazione non è il potere amministrativo ma il legislativo »<sup>51</sup>. È così colto l'aspetto cruciale della questione. I parlamenti pre-

illegali « emanati dal potere esecutivo », tratta dell'esigenza di una « buona Costituzione ». « Ogni governo rappresentativo deve avere una Costituzione ». Il potere legislativo spetta all'organo rappresentativo della nazione da costituire partendo dagli Stati generali (*op. cit.*, p. 90 ss.).

50. Cfr. Henri Dontenwille, *Magistrats et Révolution*, in *Une autre Justice*, cit., p. 345 ss.

51. A. de Tocqueville, *op. cit.*, p. 130.

tendono appropriarsi della funzione legislativa pur non essendo rappresentativi e pur non essendo dotati di potere politico. L'assurdità dell'operazione risulta evidente.

A partire dagli anni della Fronda i parlamenti elaborano la « teoria delle classi ». Secondo questa teoria, priva di ogni base storica, i parlamenti sarebbero nati, per successivi frazionamenti, da una matrice originaria unica, *les plaids généraux* dei re franchi e dalla *Curia regis* dei primi capetingi. In conseguenza, tutti i parlamenti del regno sarebbero stati nient'altro che sezioni staccate (« classi ») di un'unica istituzione: il grande *Parlament de France*, con funzione autonoma e sovrana<sup>52</sup>.

In forza di questa immaginosa teoria i parlamenti hanno cercato di affermarsi, di fronte al re — titolare reale del potere politico, per quanto condizionato ed indebolito —, come depositari del diritto nazionale e, in particolare, del diritto di registrare o non registrare le ordinanze reali (e cioè di promulgare o no gli atti amministrativi e legislativi espressi dalla monarchia). In base a questa teoria il re neanche avrebbe potuto ordinare la promulgazione degli editti mediante i famosi « letti di giustizia » (recandosi cioè personalmente presso i parlamenti e togliendo così ai parlamenti il loro potere di giustizia « delegata »)<sup>53</sup>.

La teoria delle classi mostra, in modo chiaro, che, nell'antico regime, da parte dei parlamenti vi è stato effettivamente un tentativo di governo dei giudici, ma del tutto velleitario; tentativo reso possibile — come già evidenziato — dalla generale situazione di anarchia e dal sostegno che i parlamenti hanno, via via, ricevuto dalle forze emergenti della società, impegnate a costruire un nuovo ordine.

Come anche l'analisi relativa agli Stati Uniti mostra, il governo dei giudici (o, se si vuole, il tentativo di governo) è possibile solo sul presupposto dell'esistenza di forze sociali emergenti in grado di sostenerlo<sup>54</sup>. I giudici « da soli » non possono, ovviamente, mutare o tentare di mutare gli equilibri politici di uno Stato<sup>55</sup>. In presenza di un tentativo o di un preteso tentativo di governo dei giudici occorre, quindi, sempre cercare di individuare le forze politiche emergenti che fanno da supporto.

52. Cfr. Jean-Louis Harouel, Jean Barbery, Eric Bournazel, Jacqueline Thibaut-Payen, *op. cit.*, p. 531.

53. Nell'*ancien régime* gli atti legislativi prendono promiscuamente il nome di editti, ordinanze, decreti (cfr. J. Ellul, *Le Moyen Age*, cit., p. 374).

54. Cfr. V. Accattatis, *Mito e realtà del « governo dei giudici »*. *L'esperienza degli Stati Uniti*, cit.

55. Per un'analisi di questi aspetti cfr. D.G.T. Williams, *L'indipendenza dei giudici in Inghilterra*, in *Rassegna dei magistrati*, ottobre 1964, p. 339; V. Accattatis, *Indipendenza e politicizzazione dei giudici nella storia dell'Associazione nazionale magistrati*, in questa *Rivista*, 1986, p. 750 ss.

## 2. *La critica di Voltaire*

2.1. Voltaire critica i parlamenti in base agli esatti rilievi che essi non sono rappresentativi e che i giudici sono soggetti alla legge e non possono non esserlo. Aderisce alla riforma Maupeou per il fatto che questi è fautore non di un sistema democratico (come Rousseau) o di divisione di poteri (come Montesquieu), ma di un sistema di « dispotismo illuminato »; ma, ovviamente, chi non è fautore del dispotismo, illuminato o meno che sia, non può aderire alla posizione di Voltaire.

Voltaire « loda il sistema rappresentativo inglese — ha osservato René Pomeau —, ma mai ha espressamente chiesto l'istituzione in Francia di una Camera dei comuni del tipo inglese », e neppure — occorre aggiungere — ha criticato il re per aver congelato gli Stati generali, l'unico organo in certo senso rappresentativo della nazione<sup>56</sup>. Voltaire indica, comunque, con precisione la debolezza delle pretese parlamentari: « ... Consentitemi, quando fate delle rimostranze alle quali avete diritto, di dirvi ancora (*de vous remontrer*) che non esiste alcun organo giudiziario al mondo che abbia osato condividere il potere sovrano »<sup>57</sup>.

Evidentemente Voltaire non considera l'azione dei giudici inglesi del XVII secolo, né considera che la *common law*, anche dopo la rivoluzione del XVII secolo, dà ai giudici « potere di governo »<sup>58</sup>. Ancor oggi i giudici inglesi sono soggetti alla legge ma in modo diverso dai giudici continentali.

« Un equivoco — afferma Voltaire — ha prodotto i problemi in cui ci troviamo, il termine “parlamento”, che in Inghilterra significa Stati generali, vi ha fatto credere che voi foste gli Stati generali francesi; almeno, voi vi siete comportati come se foste gli Stati generali, o come se ne foste l'ombra. Ambizione naturale e perdonabile per degli ordini che hanno molti componenti degni di rappresentare la nazione e di difendere i suoi diritti. Ma, in nome della verità, cercate di stabilire bene ciò che voi in effetti siete: voi siete dei giudici, non dei rappresentanti del paese »<sup>59</sup>.

È chiaramente colto, così, il punto focale della questione, come pure l'aspetto posto in evidenza da Furet e Richet: i parlamenti si comportavano come se facessero le veci dell'assemblea eletta vagheggiata

56. R. Pomeau, *Politique de Voltaire*, A. Collin, coll. U., Paris, p. 27 (cito da M. Prèlot e G. Lescuyer, *op. cit.*, p. 426).

57. Cito da M. Prèlot e G. Lescuyer, *op. loc. cit.*

58. Voltaire, peraltro, conosce solo superficialmente il sistema inglese di governo: cfr. M. Prèlot e G. Lescuyer, *op. loc. cit.*

59. Cito sempre da M. Prèlot e G. Lescuyer, *op. cit.*, p. 427.

dal terzo stato. Nell'imminenza della rivoluzione, e fino al 21 settembre 1788, dal terzo stato sono stati accettati ed osannati in quanto « ombra », per dirla con Voltaire, del reclamato organo di rappresentanza.

Ovviamente, non l'equivoco verbale relativo al termine parlamento ha generato i mali, ma la crisi del sistema di potere dell'*ancien régime*, da risolvere, secondo Voltaire, in termini di dispotismo illuminato. Soluzione inaccettabile.

Si deve convenire con Salvemini che i parlamenti si opponevano al re non per migliorare le condizioni del paese, ma per « estendere la propria influenza politica ». Non si conviene invece con la sua tesi che i parlamenti cercavano di tenere il re « soggetto... alla loro volontà ». A prescindere da ciò che essi più o meno confusamente « volevano », i parlamenti hanno operato da argine al potere reale ed è questo lo storico, « oggettivo » aspetto da sottolineare. Secondo Salvemini i parlamenti hanno « voluto condurre a termine la reazione feudale ». I parlamenti hanno invece confusamente lavorato in due direzioni: 1) per mantenere i propri privilegi, accrescerli e contrastare le forze progressive della società impegnate a rovesciare l'antico regime ed a costituire una società egualitaria (più egualitaria rispetto a quella del passato), come la delibera del 21 settembre rende chiaro; 2) per affermare il primato della legge rispetto a quello degli uomini e per contrastare il potere assoluto del monarca in una prospettiva pluralista (teorizzazione di Montesquieu) e, in particolare, nella prospettiva che fosse creato un organo rappresentativo, partendo dagli Stati generali. Operazione politica, quest'ultima, da giudicare positivamente.

Per intendere quanto accadeva in Francia nel XVIII secolo occorre, comunque, mettere in campo le categorie dell'« ambiguità » e dell'« autocontraddizione ».

Non vi era, infatti, nulla di chiaro, di lineare e di non contraddittorio nell'*ancien régime*, sicché, se si vogliono « cogliere gli avvenimenti », occorre cercare di uscire dalle impostazioni soggettive (ciò che i parlamenti « volevano » o « non volevano »); occorre cercare di poggiare più solidamente i piedi sul terreno delle oggettività (ciò che i parlamenti hanno fatto o non hanno fatto in concreto, nel momento storico dato).

La vera questione sottesa al conflitto istituzionale nell'*ancien régime*, come oggi sappiamo e come gli uomini in quel tempo non sapevano o intuivano più o meno confusamente, era, comunque, questa: governo di leggi o di uomini? Nel suo saggio *Che cosa è il terzo stato?* Sieyès tratta, precisamente, di tale questione. I parlamenti cercavano di imporre al re le « leggi fondamentali » del regno, i costumi, le con-

suetudini; il re, al contrario — è questo il punto cruciale di discussione —, pretendeva di essere *legibus solutus*.

In definitiva, come indicato da Tocqueville, i parlamenti sono da vedere come una « diga irregolare e mal costruita ma utile al fine di indebolire la concentrazione del potere ». Chi ripudia la concentrazione del potere non può non aderire a questa conclusione. Chi resta legato a soluzioni di « dispotismo illuminato » aderisce, ovviamente, alla « soluzione Maupeou ».

2.2. L'orientamento politico-culturale di Voltaire va analizzato con riferimento ad un ulteriore profilo. Voltaire è fautore del « dispotismo illuminato ». Di fronte al caos generale, cerca di affrontare il problema della « governabilità », come oggi si direbbe, in termini di amputazione del pluralismo (che, nell'ottica di Voltaire, « produce il caos ») e di razionalizzazione e rafforzamento del potere esecutivo. Salvemini, in definitiva, fa proprio l'orientamento « decisionista » di Voltaire, ben presente ancor oggi in Italia. Si tratta di una sorta di incapacità di affrontare i problemi politico-sociali-istituzionali nella loro complessità e di cercare di risolverli facendo salvi i valori della democrazia.

## VI. La responsabilità storica dei parlamenti

1. Un altro aspetto è da rimarcare. L'idea-forza della rivoluzione nasce proprio dai parlamenti: convocare gli Stati generali, il solo organo « rappresentativo » della nazione<sup>60</sup>. Lanciando questa idea-forza i parlamenti dicono, insieme, tre cose: 1) affermano, ancora una volta, che la sovranità assoluta del monarca è cosa inaccettabile; 2) di contro alle pretese monarchiche, reclamano un sistema rappresentativo; 3) dichiarano, quindi, implicitamente, di non essere politicamente organi rappresentativi. Immediatamente dopo i parlamenti, però, si tirano indietro e... sono travolti. Indubbiamente i parlamenti chiedono gli Stati generali in difesa dei loro privilegi ma, ciò nonostante, nel momento in cui li impongono al re essi rappresentano la punta avanzata del movimento prerivoluzionario, come il terzo stato riconosce.

Nel corso della rivoluzione il sistema rappresentativo francese vie-

60. Naturalmente, « organo rappresentativo » in un rapporto conflittuale con le prerogative della corona. Gli Stati generali sorgono come organo di « consiglio » del re, ma poi si evolvono divenendo il solo « organo rappresentativo » lontanamente comparabile con il parlamento inglese; organo capace di contrapporsi e di essere contrapposto al potere della Corona. Cfr. J. Ellul, *Le Moyen Age*, cit., p. 363 ss.; M. Duverger, *op. cit.*, p. 44 ss.

ne costituito proprio a partire dagli Stati generali imposti al re dai parlamenti. L'errore « politico » dei parlamenti — insisto ancora su questo aspetto — è stato quello di contrapporsi successivamente alle richieste del terzo stato (assemblea unica con voto per singolo rappresentante). È da questo momento in poi che i parlamenti si pongono contro il corso progressivo della storia.

Occorre ancora ritornare sulla data, veramente cruciale, del 21 settembre 1788. I parlamenti, invece di appoggiare il terzo stato nella sua richiesta, ora scelgono in favore dei loro privilegi e della subalternità al potere della monarchia, mentre, nel XVII secolo, i giudici inglesi avevano scelto nel senso dell'alleanza con il parlamento e dell'opposizione al re. Si registra qui una divaricazione profonda fra la storia della Francia e quella dell'Inghilterra.

I giudici inglesi hanno scelto però per un potere rappresentativo, mentre in Francia il potere rappresentativo della nascente borghesia era ancora di là da venire. Nascerà in opposizione alle classi privilegiate e al potere giudiziario, piuttosto che in opposizione al potere del re. È questo, a mio avviso, un aspetto focale della storia istituzionale della Francia moderna. Da questo avvio deriva lo sviluppo rivoluzionario nel senso della concentrazione del potere.

Il punto focale è, comunque, proprio nel fatto che la Francia non aveva saputo costruire un sistema rappresentativo.

2. Il momento della costruzione del sistema rappresentativo, per riassumere ancora e fissare bene le idee su questa importante questione, si svolge in due tempi: 1) convocazione degli Stati generali; 2) modo di convocazione.

Nel primo momento, parlamenti e terzo stato sono alleati. Se il 21 settembre i parlamenti non si fossero tirati indietro, la Francia avrebbe potuto avere uno sviluppo istituzionale in termini di divisione dei poteri. La scelta dei parlamenti non solo ha rappresentato la condanna storica per i parlamenti stessi ma è stata il primo momento della involuzione per la quale la rivoluzione è incominciata a precipitare verso esiti autoritari. La responsabilità storica dei parlamenti però si attenua, perché, come già notato, essi non hanno scelto la subalternità al re in presenza di un potere legale rappresentativo esistente alternativo rispetto agli Stati generali. Si attenua, inoltre, perché le leggi fondamentali del regno erano nel senso di una certa tradizionale — anche se fluttuante — composizione degli Stati generali (assemblee separate dei tre stati)<sup>61</sup>. Il 21 settembre 1788 i parlamenti avrebbero dovuto decidere

61. Cfr. J. Ellul, *Le Moyen Age*, cit., p. 363 ss. Per la discussione delle rela-

di partecipare ad una lotta rivoluzionaria per la ristrutturazione profonda della società in conformità delle idee illuministiche e liberali che pure nei parlamenti albergavano e avrebbero dovuto quindi appoggiare la scelta profondamente innovativa e prerivoluzionaria del terzo stato, come Sieyès chiedeva; la prevalenza in essi della componente tradizionalista ha però ostacolato questa scelta, con le conseguenze analizzate.

## VII. L'uso ideologico dell'espressione « governo dei giudici »

Nel saggio *A government of judges: an historical review*, M.H. Davis si è occupato dell'uso ideologico dell'espressione « governo dei giudici », espressione adoperata per la prima volta da E. Lambert in critica al governo dei giudici conservatori americani<sup>62</sup>.

Il governo abusivo dei parlamenti è stato vituperato nella Francia rivoluzionaria e post-rivoluzionaria, ma — è da domandare — quanto in questo giudizio vi è di verità storica e quanto di ideologia, di volontà cioè di praticare forme di governo accentrato, di tipo assembleare o bonapartista? Molto, evidentemente, vi è di ideologia, per le ragioni già evidenziate e che qui si riassumono. In primo luogo perché il conflitto fra parlamenti e sovrano è parte di una generale crisi politica che va ben al di là del conflitto di « singoli poteri » (una simile impostazione è del tutto moderna), legislativo-giudiziario, come ha bene rilevato Tocqueville (è parte cioè del conflitto che riguarda la generale organizzazione del sistema politico dell'*ancien régime*). In secondo luogo perché il pluralismo sociale ed istituzionale, eredità della società feudale, è da considerare cosa positiva e non negativa, come bene ha mostrato Tocqueville e come a tutti dovrebbe oggi risultar chiaro. Inoltre perché — come pure evidenziato — anche nella prospettiva della prima fase rivoluzionaria il superamento del conflitto sarebbe dovuto avvenire non in termini di concentrazione del potere sovrano ma in termini di costituzione di un reale sistema rappresentativo, con sottomissione non solo del giudiziario, ma anche dell'esecutivo e del legislativo al dominio

tive questioni di costituzionalità, avvertite come tali, cfr. Sieyès, *op. cit.*, pp. 93, 103, 104; Michel Winock, 1789 - *L'année sans pareille - Cronique*, Editions Olivier Orban, Paris, opera resa in articoli per *Le Monde* (pubblicati fra l'11 luglio ed il 2 settembre del 1988), tradotti dall'*Unità* a cura di Carlo Ricchini e Luisa Melograni (dalla versione italiana, p. 53 ss.).

62. Cfr. M.H. Davis, *A government of judges: an historical re-view*, in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 35/1987, p. 559. Per un più ampio resoconto sul saggio di Davis, cfr. V. Accattatis, *Mito e realtà del « governo dei giudici »*, ecc., cit.

della legge e con costituzione di un potere giudiziario realmente indipendente.

### VIII. L'equilibrio del potere in Inghilterra e in Francia dopo le rispettive rivoluzioni

#### 1. *La concentrazione del potere in Francia*

A seguito delle rispettive rivoluzioni (del XVII e del XVIII secolo) il potere politico in Inghilterra ed in Francia si è assestato, quindi, in modo molto diverso: in Inghilterra in termini di supremazia assoluta del parlamento e di soggezione dei giudici alle leggi, in Francia di dominio assoluto o quasi assoluto delle assemblee o del potere esecutivo e di continua manipolazione del giudiziario.

« È certo che i popoli — ha scritto Rousseau nell'Enciclopedia (voce *Economia politica*) — sono, alla lunga, ciò che il governo li fa essere ». L'affermazione non può essere condivisa. I governi sono espressione di una determinata società. La società inglese si è evoluta in un determinato modo ed ha costituito governi sostenuti dal potere del parlamento; la società francese si è evoluta, invece, in altro modo, seguendo la sua tradizione di concentrazione del potere.

Il principio della divisione dei poteri è scritto nell'art. 16 della dichiarazione francese dei diritti dell'uomo, ma viene presto rinnegato: « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée et la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution ». Nell'Assemblea costituente Lally-Tollendal illustra così la norma: « Un potere unico finirà necessariamente per divorare tutto. Due si combatteranno fino a che l'uno riesce a schiacciare l'altro. Ma tre si manterranno invece in un perfetto equilibrio, nel senso che se due lotteranno fra loro il terzo si porrà in difesa di quello che rischia di essere oppresso e ristabilirà l'equilibrio ».

Analisi corretta. Tale è stato, anche se con difficoltà, l'andamento delle cose negli Stati Uniti d'America; ma in Francia, a partire dalla Convenzione, il potere ha avuto un'evoluzione diversa; è ritornato nel vecchio alveo, nella vecchia corrente.

« Con la Convenzione — ha scritto, con acutezza, Jacques Ellul — la rivoluzione è parsa come un mutamento di regime politico », ma in effetti non vi è stato mutamento « del modo di evoluzione dello Stato ». Tutto al contrario, l'evoluzione dello Stato francese, iniziata nel XIV secolo in termini di sempre maggiore autoritarismo e concentrazione di potere, è stata portata avanti dalla rivoluzione a stadi ulteriori. La ri-

voluzione, si può dire, ha comportato « una crescita dello Stato nel senso della concentrazione »<sup>63</sup>.

## 2. *La Francia dopo la caduta di Napoleone*

Dopo la caduta di Napoleone la Francia guarda di nuovo all'Inghilterra ed agli Stati Uniti per trarre ispirazione liberal-democratica. Le rivoluzioni del 1830 e del 1848 sono dominate dalla volontà di innovare rispetto alla tradizione autocratica francese rinsaldata, dopo la rivoluzione, con i plebisciti (parodia autoritaria del principio di sovranità diretta) ed il bonapartismo, ma le assemblee rappresentative francesi, fino al 1870, controbilanciano più che dirigere il potere esecutivo.

La Repubblica che nasce in Francia, nel 1870, dopo la disfatta, instaura finalmente un sistema rappresentativo parlamentare analogo a quello sorto in Inghilterra nel XVII secolo; con la differenza però che il giudiziario resta sempre sottomesso alle manipolazioni del potere politico, secondo la tradizione francese successiva alla rivoluzione; il bilanciamento dei poteri resta, quindi, sempre monco e parziale<sup>64</sup>.

La Costituzione gollista del 1958, ancor oggi in vigore — guardata in Italia con cupidigia da quanti vogliono instaurare la repubblica presidenziale —, rappresenta un ritorno alla tradizione autoritaria francese del potere concentrato.

## 3. *La tradizione autoritaria che molti in Italia oggi cercano di rinverdire*

« In Francia la libertà è antica — ha scritto Montesquieu — il dispotismo è moderno ». Guido de Ruggiero ha iniziato con questa frase di Montesquieu la sua storia del liberalismo europeo. Le parole di Montesquieu, secondo de Ruggiero, non sarebbero prive di verità storica, visto che, ovviamente, prima del costituirsi della monarchia assoluta, in Francia, come altrove in Europa, vi era stato il feudalesimo, per sua natura pluralistico<sup>65</sup>.

Va osservato però che a noi interessa ben poco oggi la libertà francese esistente in epoca feudale, mentre ci interessa molto di più la storia « profonda » del potere francese a partire dalla monarchia assoluta e fino ad oggi.

63. J. Ellul, *Histoire des institutions*, 5, Presses Universitaires de France, Paris, 1982, p. 85.

64. J.P. Machelon, *La République contre les libertés?*, Presses de la Fondation national des sciences politiques, Paris, 1976.

65. G. De Ruggiero, *Storia del liberalismo europeo*, Laterza, 1984, p. 1.

La storia « profonda » del potere francese moderno è proprio quella descritta da Jacques Ellul.

Con le sue armate Napoleone ha esportato non solo la rivoluzione di tipo francese, con abbattimento dei precedenti regimi feudali (in particolare in Italia) ma ha anche esportato il modello di potere accentrato del tutto congeniale alle varie organizzazioni di tipo monarchico che egli ha abbattuto nel corso del suo passaggio. Con le sue conquiste, Napoleone ha esportato una certa concezione della « volontà generale » fondata sui plebisciti e sulle sue manipolazioni. È un'eredità che in Italia molti vogliono oggi rinverdire.