

*Giornale di*

# Storia costituzionale

n. 41 / I semestre 2021



**eum** > edizioni università di macerata

Giornale di Storia costituzionale / Journal of Constitutional History  
n. 41 / I semestre 2021 Issue n° 41 / 1<sup>st</sup> semester 2021

#### Chief Editors

Luigi Lacchè, Roberto Martucci, Luca Seuccimarra

#### International Board

Bruce Ackerman (University of Yale), John Allison (Queens' College, University of Cambridge), Vida Azimi (CNRS-Cersa, Paris II), Olivier Beaud (Université Paris II, Panthéon-Assas), Giovanni Busino (Université de Lausanne), Bartolomé Clavero (Universidad de Sevilla), Francis Delperée (University of Leuven), Horst Dippel (Universität Kassel), Alfred Dufour (Université de Genève), Thomas Duve (Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt am Main), Ignacio Fernández Sarasola (Universidad de Oviedo), Dieter Grimm (Wissenschaftskolleg zu Berlin), Jean-Louis Halperin (École normale supérieure, Paris), António Manuel Hespanha † (Universidade Nova de Lisboa), Martti Koskeniemi (University of Helsinki), Lucien Jaume (CNRSCEvipof, Paris), Peter L. Lindseth (University of Connecticut), Martin Loughlin (London School of Economics & Political Science), Heinz Mohnhaupt (Max-Planck Institut für Europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt am Main), Ulrike Müßig (Universität Passau), Peter S. Onuf (University of Virginia), Michel Pertué (Université d'Orléans), Jack Rakove (University of Stanford), Dian Schefold (Universität zu Bremen), Michael Stolleis † (Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt am Main), Gunther Teubner (Goethe Universität, Frankfurt am Main), Michel Troper (Université de Paris Ouest-Nanterre-La Défense), H.H. Weiler (New York University), Augusto Zimmermann (Murdoch University).

#### Board of Editors

Ronald Car, Ninfa Contigiani, Paola Persano, Monica Stronati

#### Editors' Assistant

Antonella Bettoni

#### Address

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

I testi inviati alla redazione sono sottoposti a referaggio anonimo da parte di due esperti selezionati dalla Direzione sulla base delle proprie competenze e interessi di ricerca. Responsabili del processo di valutazione sono i Direttori della rivista.

The papers submitted for publication are passed on two anonymous referees (double-blind paper review), which are chosen by the Chief Editors on the base of their expertise. The Chief Editors are responsible for the peer review process.

I libri per recensione, possibilmente in duplice copia, vanno inviati alla Segreteria di redazione. La redazione si rammarica di non potersi impegnare a restituire i dattiloscritti inviati.

Books for review should be submitted, if possible in two copies, to the Editors' Assistants. The Editors regret the fact that they cannot commit themselves to sending back received books and papers to the authors.

Il Giornale di Storia costituzionale è indicizzato nelle seguenti banche dati / The Journal of Constitutional History is indexed in the following databases:

Scopus – Elsevier; Heinonline; Historical Abstracts – EBSCO; Summon by Serial Solutions (full-text dal 01.01.2005); Google Scholar; DoGi (Dottrina Giuridica) – ITTIG (Istituto di Teoria e Tecniche dell'Informazione Giuridica)-CNR; BSN (Bibliografia

Storica Nazionale); AIDA (Articoli Italiani di Periodici Accademici); Catalogo Italiano dei Periodici – ACNP; Casalini Libri; EUM (Edizioni Università di Macerata).

Il *Giornale di Storia costituzionale* è una rivista inserita dall'ANVUR nella fascia A dell'Area 12 (Scienze giuridiche) e nella fascia A dell'area 14/B1 (Scienze politiche e sociali) / The *Journal of Constitutional History* is in the section A of the Area 12 (Law) and section A of the Area 14/B1 (Political and Social Sciences) according to the assessment of the National Agency for the Evaluation of Universities and Research Institutes

#### Direttore responsabile

Angelo Ventrone

Registrazione al Tribunale di Macerata n. 463 dell'11.07.2001

#### Editore / Publisher

Edizioni Università di Macerata

Corso della Repubblica, 51 – 62100 Macerata

T (39) 0733 2586080

info.ceum@unimc.it

http://eum.unimc.it

#### Distributed by Messaggerie

ISBN 978-88-6056-753-6

ISSN 1593-0793

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

*In copertina: H.M.S. Constitution engaging les Democrats*, vignetta satirica, 1830

Finito di stampare nel mese di giugno 2021

Printed in the month of June 2021

Prezzo di un fascicolo / Single issue price

euro 30

Arretrati / Back issues

euro 30

Abbonamento annuo (due fascicoli) / Annual Subscription rates (two issues)

Italy, euro 43; European Union, euro 56; U.S.A. and other countries, euro 82

For further information, please contact:

ceum.riviste@unimc.it

T (+39) 0733-258 6080 (Mon.-Fri.: 10am-1pm)

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

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

#### Progetto grafico

+ studio crocevia

#### Impaginazione

Mariagrazia Coco e Carla Moreschini

# Sommario / Contents

GIORNALE DI STORIA COSTITUZIONALE n. 41 / I semestre 2021  
JOURNAL OF CONSTITUTIONAL HISTORY n. 41 / I semester 2021

Venti anni del Giornale di Storia costituzionale / *Twenty Years of the Journal of Constitutional History*

5 Introduzione / *Introduction*  
LUIGI LACCHÈ

## Itinerari

11 Il «Giornale» e la sua storia costituzionale / *The «Journal» and its constitutional history*  
LUIGI LACCHÈ

19 Dialettica del “costituzionalismo”. Ap-  
punti per un programma di ricerca (e  
qualche ricordo personale) / *Dialectic of*  
*“constitutionalism”. Notes for a research*  
*program (and some personal memories)*  
LUCA SCUCCIMARRA

39 Preistoria costituzionale e svolta  
cosmopolitica / *Constitutional prehistory*  
*and cosmopolitan turn*  
RONALD CAR

55 Per una storia costituzionale europea tra  
ventesimo e ventunesimo secolo / *For a*  
*European constitutional history between the*  
*twentieth and twenty-first centuries*  
ANNA GIANNA MANCA

## Fondamenti

79 What has changed, what have we  
learned? / *Che cosa è cambiato, che cosa*  
*abbiamo appreso?*  
MICHAEL STOLLEIS

87 Velo de Ignorancia e Historia  
Constitucional / *Veil of Ignorance and*  
*Constitutional History*  
BARTOLOMÉ CLAVERO

105 Europäische Dimensionen im *Ius Publicum*  
des 16. bis 18. Jahrhunderts.  
Gemeinsamkeiten und Divergenzen vor  
dem Hintergrund der heutigen Europä-  
ischen Union / *European dimensions in the*  
*“Ius Publicum” of the 16<sup>th</sup> to 18<sup>th</sup> centuries. Com-*

- monalities and divergences against the background of today's European Union*  
HEINZ MOHNHAUPT
- 117 Republicanism and its 'gentle wings' (Ode to Joy). The Republican Dignity to be Governed, not Mastered as Founding Rational Legitimacy / *Il repubblicanesimo e le sue "ali gentili" (Inno alla gioia). La dignità repubblicana di essere governati, non dominati come legittimità fondante razionale*  
ULRIKE MÜSIG
- 177 La V<sup>ème</sup> République en France: un libéralisme par l'Etat ? / *French Fifth Republic: a liberalism under State protection?*  
LUCIEN JAUME
- Ricerche**
- 189 Il peso della tradizione. Aspetti procedurali dell'iter di redazione della costituzione siciliana del 1812 / *The importance of tradition. Procedural aspects of the drafting course of the Sicilian 1812 constitution*  
DANIELA NOVARESE
- 205 La forma del "buon governo": discorsi su principi e fini della monarchia messicana (1821-1823) / *The form of "good government": discourses on principles and purposes of the Mexican monarchy (1821-1823)*  
LUDOVICO MAREMONTI
- 223 Democratizzare il potere giudiziario: il *jury populaire* nel dibattito dell'Assemblea costituente della Seconda Repubblica francese (1848) / *Democratizing judiciary power. The constitutional debate about the jury populaire in the Second French republic (1848)*  
FAUSTO PROIETTI
- 239 La forza trasformativa dell'impolitico. L'istituzionalismo di Maurice Hauriou e Santi Romano / *The Transformative force of the impolitical. The institutionalism of Maurice Hauriou and Santi Romano*  
MARIANO CROCE, ANDREA SALVATORE
- 255 Per un ricordo di Michael Stolleis (1941-2021) / *In memory of Michael Stolleis (1941-2021)*  
LUIGI LACCHÈ
- Librido**
- 261 Ventisei proposte di lettura / *Twenty-six reading proposals*
- 285 **Autori / Authors**
- 287 **Abstracts**

# Introduzione / *Introduction*

LUIGI LACCHÈ

*A Roberto Martucci*

Questo numero intende segnalare ai lettori del Giornale i primi venti anni di attività della nostra rivista. Senza intenti celebrativi ma piuttosto come occasione per tracciare un piccolo bilancio di quanto è stato fatto, il nostro sguardo è rivolto soprattutto al futuro partendo da qualche riflessione sull'attuale panorama della storia costituzionale.

Ci piace ricordare che alcuni componenti del *Board* internazionale hanno contribuito a questo fascicolo. Tra loro Michael Stolleis di cui abbiamo appreso, con grande dolore, la scomparsa avvenuta il 18 marzo scorso. Nonostante fosse ricoverato in ospedale non ha mancato di mantenere la sua promessa. Il suo contributo "What has changed, what have we learned?" è probabilmente uno dei suoi ultimi scritti. Michael ha seguito lo sviluppo del Giornale con costante attenzione e curiosità. Studioso di fama mondiale, tra i più grandi della seconda metà del Novecento nel campo del diritto pubblico, lascia con questo articolo

una puntuale riflessione sugli ultimi decenni della storia costituzionale, seguendo l'evoluzione. Dal paradigma "nazionalista" alla "fase" dell'Europa per arrivare al fenomeno della globalizzazione. «The historical comparison of constitutions has thus assumed world format on a horizontal scale». La storia costituzionale comparata appare il nuovo scenario metodologico ma muovendo da una comparazione completamente rinnovata, chiamata cioè a ripensare le categorie "classiche". «This raises a wealth of methodological questions if such a historical comparison is to go beyond a superficial comparison of texts or any citation of "passages". These questions are still being addressed here; for it is obvious that today there can hardly be talk of a comprehensible state of research on "reception" or "translation", especially since constitutional history is embedded in a broad, worldwide field of comparative political studies». I mutamenti di scala, l'irrompere di nuove storiografie e di contesti nazionali prima pressoché ignorati chiedono alla

storia costituzionale di essere all'altezza delle sfide che ha di fronte. «Even the best constitutional history cannot prevent such processes of erosion, but by shedding light on the past it can contribute to understanding the present – a side effect of a *sine ira et studio* progressing understanding».

Heinz Mohnhaupt ci fa vedere come l'uso contemporaneo della categoria *Ius Publicum Europaeum* non sia innocuo e questa dovrebbe essere impiegata avendo piena consapevolezza della genealogia storico-concettuale del fenomeno e delle apparenti "somiglianze" morfologiche evidenziate dall'assetto odierno del "nuovo" *Ius Publicum* sviluppato nel processo di "costituzionalizzazione" dell'Unione Europea.

Nel suo saggio Bartolomé Clavero propone una riflessione storico-critica a partire dagli effetti del "velo di ignoranza" sulla storia costituzionale. La cecità 'moncontrattaria' ha orientato la visione filosofica e con essa le pratiche storiografiche. È convinzione dell'A. che solo il superamento di questo riduzionismo e l'apertura verso un pluralismo capace di introdurre – nel concreto della storia – le condizioni effettive (sesso, razza, colore ecc.) potranno aprire nuovi orizzonti. Le diverse radici del repubblicanesimo sono alla base dell'ampio studio di Ulrike Müßig. La dignità repubblicana di essere governati e non dominati è analizzata attraverso lo sviluppo storico delle istituzioni politiche e delle norme costituzionali in Inghilterra, America e Francia, mostrandone i caratteri originari ma anche alcuni tratti "permanenti". Anche il saggio di Lucien Jaume si interroga criticamente su una radice importante della cultura politica francese, ovvero quello che lui definisce il "liberalismo attraverso lo Stato"

che giunge sino alla V Repubblica e alle sue trasformazioni.

Il numero è completato – oltreché dai saggi della sezione "Ricerche" – da alcune riflessioni che muovono "dall'interno" del Giornale e discutono aspetti rilevanti della storia costituzionale praticata in questo ventennio, con uno sguardo che è al tempo stesso retrospettivo e prospettico.

Vogliamo infine dedicare questo numero speciale all'amico e collega Roberto Martucci. Senza il suo contributo iniziale, le sue idee e intuizioni questa "avventura" non sarebbe stata la stessa.

\*\*\*

This issue of the Journal is designed to provide readers with an account of the first twenty years of the review's activity. Without celebratory intentions but rather as an opportunity to take stock of what has been done, our gaze is directed above all to the future, starting with some reflections on the current panorama of constitutional history.

We wish to recall that some members of the international Board have contributed to this dossier. Among them Michael Stolleis, who, we have learned with great sorrow, passed away on March 18, 2021. Although hospitalised, he had not failed to keep his promise. His contribution «What has changed, what have we learned?» is probably one of his last writings. Michael followed the evolution of the Journal with constant attention and curiosity. A world-renowned scholar, among the greatest of the second half of the twentieth century in the field of public law, with this

article he leaves a detailed reflection on recent decades of constitutional history, following its developments: from the “nationalist” paradigm to the “phase” of Europe, and then to the phenomenon of globalization. «The historical comparison of constitutions has thus assumed world format on a horizontal scale». Comparative constitutional history appears to be the new methodological scenario, but setting out from a completely renewed concept of comparison, whereby it is called upon to rethink the “classical” categories. «This raises a wealth of methodological questions if such a historical comparison is to go beyond a superficial comparison of texts or any citation of “passages”. These questions are still being addressed here; for it is obvious that today there can hardly be talk of a comprehensible state of research on “reception” or “translation”, especially since constitutional history is embedded in a broad, worldwide field of comparative political studies». Changes in scale, the emergence of new historiographies and national contexts that were previously almost ignored, require of constitutional history that it measure up to the challenges it faces. «Even the best constitutional history cannot prevent such processes of erosion, but by shedding light on the past it can contribute to understanding the present – a side effect of a *sine ira et studio* progressing understanding».

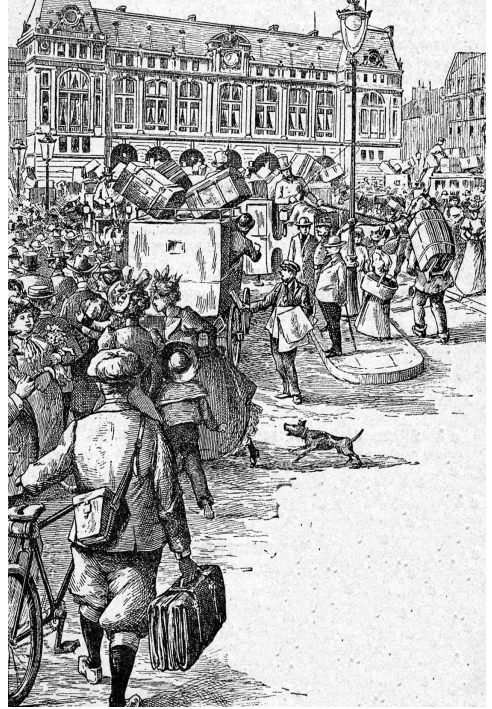
Heinz Mohnhaupt also shows us that the contemporary reference to the *Ius Publicum Europaeum* category is not innocuous and should be used with full awareness of the historical-conceptual genealogy of this phenomenon and of the apparent morphological “similarities” highlighted by the current structure of the “new” *Ius Publicum*

developed in the process of “constitution-alisation” of the European Union. In his essay Bartolomé Clavero proposes a historical-critical reflection starting out from the effects of the “veil of ignorance” on constitutional history. The blindness occasioned by ‘monocontractarianism’ has guided our philosophical vision and with it the prevailing historiographical practices. It is the belief of the author that only the overcoming of this reductionism and the welcome given to a pluralism capable of introducing – in the concreteness of history – the actual conditions (sex, race, age, etc.) will be able to open up new horizons. The various different roots of republicanism are the basis of Ulrike Müßig’s extensive study. The republican dignity of being governed and not dominated is analysed in the historical development of political institutions and constitutional norms in England, America and France, showing their original characteristics but also identifying a number of “permanent” features. Even the essay by Lucien Jaume critically questions an important root of French political culture, namely, what he defines as “liberalism through the state”, a phenomenon extending into the Fifth Republic and its transformations.

The issue is rounded off – as well as by the essays in the “Research” section – by some reflections that move “from within” the Journal and discuss relevant aspects of the constitutional history practiced in these last twenty years, with a purview that is both retrospective and prospective.

Finally, we wish to dedicate this special issue to our friend and colleague Roberto Martucci. Without his initial contribution, his ideas and intuitions this “adventure” would not have been the same.







# Il «Giornale» e la sua storia costituzionale

LUIGI LACCHÈ

## 1. *Breve cronistoria del Giornale*

Al passaggio dei vent'anni e con quaranta numeri all'attivo può essere utile tracciare un rapido bilancio<sup>1</sup> del *Giornale di Storia costituzionale* sia come base di riflessione per orientare il lavoro negli anni avvenire, sia come doveroso tributo a tanti colleghi e amici (alcuni purtroppo scomparsi) che hanno consentito alla rivista di crescere e di consolidarsi.

In questi due decenni il *Giornale* ha ospitato più di 600 contributi nelle principali lingue occidentali, e quasi 1150 schede di lettura nella rubrica *Librido*. Un impegno certamente imponente e inimmaginabile nel 2001 quando la rivista fu fondata – grazie a una feconda e originale intuizione – anzitutto dallo storico delle istituzioni politiche Roberto Martucci e dal sottoscritto, storico del diritto<sup>2</sup>. La rivista nacque presso l'Università di Macerata – come “organo” e “vetrina” del “Laboratorio di storia costituzionale Antoine Barnave”. Questo centro

di ricerca fondato da Roberto Martucci nel 1992 aveva dato vita in pochi anni ad una cospicua biblioteca specializzata, ad un dottorato (in Storia e teoria delle costituzioni) e soprattutto a iniziative seminariali e convegnistiche che hanno portato a Macerata studiosi provenienti da tutto il mondo. La rivista si è rivelata nel tempo l'esperienza più importante e duratura nata dal Laboratorio. Alcune idee espresse al “momento giusto”, un gruppo di colleghi legati da vincoli di amicizia e da una visione comune – seppur multiforme – della storia costituzionale, il contributo di alcuni giovani brillanti diventati poi professori, una vocazione internazionale, un Ateneo appartato ma di grande tradizione e di forte dinamismo possono considerarsi alcuni dei fattori alla base del percorso compiuto.

La rivista si è strutturata progressivamente. Nei primi anni la segreteria di redazione è stata svolta dai dottorandi<sup>3</sup> che conducevano una parte significativa delle loro ricerche presso la Biblioteca del Laboratorio Barnave, seguivano i seminari e pub-

blicarono, non a caso, i loro primi saggi nel Giornale. Un comitato di redazione ha assicurato nella fase di avvio un importante lavoro di promozione e di selezione dei materiali da pubblicare<sup>4</sup>. Il prestigioso comitato scientifico internazionale – che si è ampliato nel corso degli anni<sup>5</sup> – ha garantito grande autorevolezza e una costante attenzione. Dal n. 18 del 2009 la struttura organizzativa ha assunto la forma “definitiva”: con il piccolo, efficiente e validissimo, gruppo di *Editors* (formato dai colleghi dell’Università di Macerata: Ronald Car, Ninfa Contigiani, Paola Persano, Monica Stronati), l’impagabile *Editor Assistant* Antonella Bettoni e l’insostituibile Carla Moreschini che per le edizioni Università di Macerata ha curato l’impaginazione della rivista.

In un panorama nel quale le riviste tendono ad assumere caratteri sempre più standardizzati, il Giornale – che non ha mai perso il suo originario segno “artigianale” – si è caratterizzato anche per la sua strutturazione editoriale: si pensi alle due colonne, alle immagini che accompagnano gli articoli<sup>6</sup>, alla veste grafica<sup>7</sup>, ai titoli delle rubriche<sup>8</sup> e alla loro distribuzione. Nata come rivista plurilingue (italiano, francese, inglese, spagnolo, tedesco) è stata “investita”, dopo meno di un decennio, dalla “svolta” della “globalizzazione” scientifica che ha affermato la lingua inglese come principale mezzo di comunicazione internazionale anche nel campo delle scienze sociali e umane e la crescente “indicizzazione” delle riviste, fenomeno dominato da pochi *player* mondiali. Nel 2010 la rivista ha assunto la doppia titolazione (Giornale di Storia costituzionale / *Journal of Constitutional History*) e ha cominciato a pubblicare gli *abstracts* in inglese. Nel 2012 *Scopus Elsevier* l’ha giudicata meritevole di figurare tra le sue riviste

indicizzate<sup>9</sup>. Il Giornale è stato inoltre inserito dall’ANVUR nella fascia A dell’Area 12 (Scienze giuridiche) e nella fascia A dell’area 14/ B1 (Scienze politiche e sociali).

In questi vent’anni la rivista ha ospitato articoli di studiosi di fama mondiale e di giovani brillanti ma “alle prime armi”, facendo del Giornale un’estensione dello spirito originario del Laboratorio Barnave quale autentico luogo di incontro e di discussione. L’esame – anche solo superficiale – delle centinaia di saggi pubblicati mostra la ricchezza tematica. Le storiografie costituzionali più “forti” (francese, inglese, tedesca, americana, ma poi anche spagnola e italiana) sono ben presenti e sarebbe utile e interessante ricostruire i singoli percorsi. Il costituzionalismo dei “moderni” ha avuto il più ampio seguito ma non sono state trascurate pagine importanti del costituzionalismo antico e medievale.

Nel corso degli anni il Giornale – nato come “contenitore” – è diventato sempre di più una “rivista-progetto”. Ciò è testimoniato anche dai 28 numeri monografici o con ampie sezioni monografiche che disegnano oggi – potremmo dire *ex post* – una significativa “mappa” concettuale<sup>10</sup>. La storia costituzionale francese – anche in virtù dell’originario legame con il Laboratorio Antoine Barnave – ha avuto uno spazio di rilievo, dal XVIII al XX secolo<sup>11</sup>. Non da meno è stato l’interesse per il contesto costituzionale e politico britannico<sup>12</sup> e in generale per il laboratorio atlantico<sup>13</sup>.

Non è mancato ovviamente un attento e costante sguardo verso l’esperienza italiana – in numeri monografici<sup>14</sup> o miscelanei – ma al contempo sono stati aperti “squarci” significativi in direzione di contesti e storiografie meno familiari come quelli dell’Australia<sup>15</sup>, della Russia<sup>16</sup>, del Belgio<sup>17</sup>,

del Brasile<sup>18</sup>. Il Giornale ha cercato di stimolare un *fresh thinking* utile per mettere in discussione modelli tralattati, stereotipi e mitologie che nella storia e nella comparazione costituzionale sono tutt'altro che scomparsi. Nel n. 14 del 2007 ci eravamo ripromessi di «ripensare vecchi temi con nuove idee» e di aprire nuovi «cantieri» capaci di mettere alla prova i concetti di costituzione sul piano storico e teorico. Pensiamo al rapporto tra opinione pubblica e costituzione vista come sfera «specializzata» di comunicazione<sup>19</sup>; all'inedito confronto tra Islam, costituzione e diritti<sup>20</sup>; alle «politiche del popolo» come luogo retorico-discorsivo di una difficile legittimazione costituzionale<sup>21</sup>; all'apparente «ossimoro» colonie e costituzioni<sup>22</sup>; al tema della guerra civile<sup>23</sup>; alle nuove frontiere della trasparenza e della privacy<sup>24</sup>; alla tensione costitutiva tra sovranità e costituzione<sup>25</sup>; al problema costituzionale della giustiziabilità del potere<sup>26</sup>.

Ci siamo mossi – di fronte al «polimorfismo costituzionale»<sup>27</sup> – tra i confini della tradizione e gli orizzonti del mutamento. Non siamo stati «sacerdoti» della «preistoria costituzionale»<sup>28</sup> – per usare l'espressione critica di Mattias Kumm analizzata da Ronald Car in questo numero del Giornale – né entusiasti seguaci di una «svolta cosmopolitica» che aprirebbe i Campi Elisi dei «veri» principi costituzionali. La costituzione italiana – tanto per fare un esempio vicino a noi – non è né «statalista» né «escludente». Semmai è la cultura «preistorica» dello statalismo che può limitarne il massimo sviluppo nella trama cosmopolitica del XXI secolo. Il costituzionalismo e taluni suoi «miti» vanno certamente ripensati: ma l'esame critico della storia di categorie e di concetti del «passato» ci

richiama ad una maggiore consapevolezza circa la natura polimorfica del fenomeno costituzionale che non può essere costretto in un solo stampo quasi fosse un blocco monolitico.

## 2. *Politici, polifonie, viandanti*

Proprio da questa consapevolezza è nato nel 2001 il Giornale. Venti anni fa alcuni fenomeni erano già all'ordine del giorno: la trasformazione/messa in discussione degli ordini costituzionali «statali» a seguito della corrosione dell'unità politica e della prescrittività giuridica provocata dalla rivoluzione tecnologica e dal globalismo economico; la perdurante difficoltà dell'Europa a «costituzionalizzare» sé stessa; l'insufficienza dei luoghi deputati alla discussione scientifica del fenomeno costituzionale *sub specie historiae*. L'obiettivo era dare voce – attraverso una rivista aperta, concretamente interdisciplinare e multifocale – ad un «campo» di ricerca e di studi che ha proprio nel superamento di confini e steccati uno dei suoi punti di forza.

Nella breve pagina introduttiva del 2001 fu evocata l'immagine del «politico» poiché «Se ogni suo elemento esiste in piena autonomia, è solo dalla connessione delle singole parti che scaturisce la polifonia dell'insieme»<sup>29</sup>. Passo dopo passo, il «politico» – senza paralizzanti programmi metodologici – ha cominciato a prendere forma. Lo storico delle istituzioni mette a fuoco la «predella» che si preoccupa del funzionamento del potere politico, delle sue forme e del contenimento dell'arbitrio<sup>30</sup>; lo storico del pensiero politico privilegia «... una storia che unisca la considerazione di

una costituzione formale (alla francese) con il cammino della società (all'inglese)...»<sup>31</sup>; lo storico del diritto è più interessato a cogliere le tensioni e intersezioni tra dimensione formale e materiale del fenomeno costituzionale; il costituzionalista cerca nella tessera della storia materiali e radici per andare oltre il tradizionale metodo giuspositivistico<sup>32</sup>; lo studioso della scienza politica valorizza l'immagine del sodalizio con la storia costituzionale mettendo al centro la comune molteplicità di poteri, autorità, istituzioni che «... compone e regola ogni organizzazione della convivenza politica...»<sup>33</sup>.

La metafora del polittico evocava a sua volta la «polifonia dell'insieme». Il Giornale ha dunque privilegiato «Una forma storiografica inevitabilmente polifonica ... chiamata a valorizzare la pluralità e la complessità dei contesti di esperienza di volta in volta indagati, più che a tracciare linee monodirezionali di evoluzione storica. Ad uscirne in qualche modo rinvigorito è, perciò, un modello di storia costituzionale programmaticamente di confine, pensato e praticato senza tenere conto dei tradizionali steccati disciplinari – il modello che nei suoi quasi dieci anni di attività il Giornale ha concretamente sperimentato attraverso il sistematico coinvolgimento di decine di studiosi di diversa formazione e specializzazione»<sup>34</sup>.

Il problema dell'"autonomia" della storia costituzionale<sup>35</sup> ci porta a riflettere su una prospettiva che non può mai essere ricondotta ad un solo, esclusivo, principio informatore. L'angolo visuale di ogni studioso non può che privilegiare una sezione del polittico ma la storia costituzionale è l'insieme<sup>36</sup>, una «storia fatta di "storie"»<sup>37</sup>.

Maurizio Fioravanti ha usato un'altra

immagine molto efficace e calzante. Se la storia costituzionale è – come è nello spirito del Giornale – «un terreno, o una terra, d'incontro»<sup>38</sup>, non saranno i picchetti, i reticolati e i confini a orientarne lo sviluppo. Chi si avventura in quella terra è alla ricerca di qualcosa, di un *quid* che non trova in uno dei campi disciplinari codificati. Questa insoddisfazione è il movente che spinge ad attraversare come viandanti nuovi percorsi e «[...] l'insieme di questi percorsi è la storia costituzionale». «Può darsi così che in un volume esplicitamente dedicato alla storia costituzionale di un certo paese non vi sia neanche un grammo di storia costituzionale, perché quel volume è stato in realtà tutto scritto dall'interno di un modello disciplinarmente dato, ed è quindi un volume di storia politica, o istituzionale, o legislativa, o sociale, ma non costituzionale. E può darsi invece che in una monografia di diritto pubblico, o di diritto privato, o magari nella storia di un certo territorio, vi sia in senso pieno ed autentico storia costituzionale, proprio per il tentativo di andare al di là per il tramite della storia, per guardare un oggetto – sia esso un istituto giuridico, o appunto un territorio – da tutti i lati, e non solo da quello che la propria identità disciplinare ci avrebbe spinto a considerare in modo unilaterale»<sup>39</sup>.

Dopo un ventennio di attività e di "esperimenti" suggeriti, almeno come aspirazione, dai canoni dell'interdisciplinarietà, dell'internazionalità, dell'innovazione metodologica e del metodo storico-comparativo<sup>40</sup>, il Giornale è pronto a riprendere il suo cammino per nuove avventure e nuove sfide. Non sarà facile, ma la complessità del mondo nel quale viviamo – segnato, da più di un anno, dalla minaccia globale del COVID-19<sup>41</sup> – ci deve sollecitare, oggi più che

mai, a riflettere sui grandi temi (potere, emergenza, unità politica, ordine costituzionale, società, libertà, diritti, giustizia...) che la storia costituzionale cerca, per quanto può, di leggere e interpretare nel tempo e nello spazio. *Our trip goes on.*

<sup>1</sup> Per il bilancio dei primi dieci anni v. L. Lacchè, R. Martucci, L. Scuccimarra, *Per la storia costituzionale, dieci anni dopo / For constitutional history, ten years later*, in «Giornale di Storia costituzionale / Journal of constitutional history», n. 19, 2010, pp. 5-14.

<sup>2</sup> Dal n. 5/I 2003 venne associato alla direzione il costituzionalista Giuseppe G. Floridia (sino alla sua prematura scomparsa nel 2006). Dal n. 11/I 2006 lo storico delle dottrine politiche Luca Scuccimarra – presente e attivo sin dall'inizio – entrò a far parte del comitato direttivo che assunse quindi l'assetto definitivo.

<sup>3</sup> Mauro Antonini, Marco Bruni, Ronald Car, Roberta Ciaralli, Luca Cobbe, Gerri Ferrara, Marco Fioravanti, Simona Gregori, Alessandro Macrì, Paola Mandillo, Paola Persano, Gianluca Piergiacomi, Monica Stronati, Maria Valvidares.

<sup>4</sup> Mi riferisco ai colleghi Paolo Colombo, Federico Lucarini, Giovanni Ruocco e Luca Scuccimarra.

<sup>5</sup> Bruce Ackerman (University of Yale), John Allison (Queens' College, University of Cambridge), Vida Azimi (CNRS-Cersa, Paris II), Bronislaw Baczko † (Université de Gênevè), Olivier Beaud (Université Paris II, Panthéon-Assas), Giovanni Busino (Université de Lausanne), Bartolomé Clavero (Universidad de Sevilla),

Francis Delperée (University of Leuven), Alfred Dufour (Université de Genève), Thomas Duve (Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt am Main), Ignacio Fernández Sarasola (Universidad de Oviedo), Dieter Grimm (Wissenschaftskolleg zu Berlin), Jean-Louis Halperin (École normale supérieure, Paris), António Manuel Hespanha † (Universidade Nova de Lisboa), Martti Koskeniemi (University of Helsinki), Lucien Jaume (CNRS-Cevipof, Paris), Peter L. Lindseth (University of Connecticut), Martin Loughlin (London School of Economics & Political Science), Heinz Mohnhaupt (Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt am Main), Ulrike Müfzig (Universität Passau), Peter S. Onuf (University of Virginia), Michel Pertué (Université d'Orléans), Jack Rakove (University of Stanford), Dian Schefold (Universität zu Bremen), Michael Stolleis † (Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt am Main), Cunther Teubner (Goethe Universität, Frankfurt am Main), Michel Troper (Université de Paris Ouest-Nanterre-La Défense), Joaquin Varela Suanzes-Carpegna † (Universidad de Oviedo), H.H. Weiler (New York University), Augusto Zimmermann (Murdoch University)

<sup>6</sup> Ronald Car è l'artefice della cura

iconografica del Giornale.

<sup>7</sup> I primi quindici numeri sono stati pubblicati dall'editore Quodlibet. Dal n. 16/II semestre 2008 sono subentrate le edizioni Università di Macerata. Un sentito ringraziamento va a tutto lo staff eum, ovvero, nel corso degli anni, Giuseppe Luppino, Carla Moreschini, Ilenia Paciaroni, Annateresa Altamura. La veste grafica attuale è stata introdotta con il fascicolo 19 del 2010.

<sup>8</sup> Per esempio, "Lezioni", "Fondamenti", "Itinerari", "Ricerche", "Intersezioni", "Pagine aperte", "Testi & Pretesti" (orientata soprattutto all'approccio "Diritto & Letteratura"), "Cronache italiane", "Camere con vista" (su cinema e costituzione), "Virtute et conoscenza", con approfondimenti storiografici, e l'apprezzata "Librido", rubrica di presentazione e recensione di libri.

<sup>9</sup> Il Giornale è indicizzato anche da Heinonline; Historical Abstracts – EBSCO; Summon by Serial Solutions (full-text dal 01.01.2005); Google Scholar; DoGi (Dottrina Giuridica) – ITTIG (Istituto di Teoria e Tecniche dell'Informazione Giuridica)–CNR; BSN (Bibliografia Storica Nazionale); AIDA (Articoli Italiani di Periodici Accademici); Catalogo Italiano dei Periodici – ACNP; Casalini Libri; EUM (Edizioni Università di Macerata).

- <sup>10</sup> Alla quale bisogna aggiungere la collana della Biblioteca del Giornale – nata nel 2009 – che ha arricchito la rivista contribuendo anch'essa allo sviluppo della storia costituzionale. Quattordici sono i volumi pubblicati sino ad oggi con EUM (Edizioni Università di Macerata): R. Ferrari Zumbini, G. Stolfi, L. Carnimeo, *Senato segreto*, 2021; E. Cappuccilli, *La critica impreveduta. Politica, teologia e patriarcato in Mary Astell*, 2020; G. Mecca, *Il governo rappresentativo. Cultura politica, sfera pubblica e diritto costituzionale nell'Italia del XIX secolo*, 2019; M. Stolleis, *Introduzione alla storia del diritto pubblico in Germania (XVI–XXI sec.)*, 2017; P. Colombo, *Emmanuel Sieyès: le idee, le istituzioni. Con in appendice l'opera di Antoine Boulay de la Meurthe. Théorie Constitutionnelle de Sieyès. Constitution de l'an VIII, 1836*, 2015; A. Marchili, *Genealogia della comunità. Amor di sé e legame sociale in Rousseau*, 2014; L. Cobbe, *Il governo dell'opinione. Politica e costituzione in David Hume*, 2014; M. Basso, *Max Weber. Economia e politica fra tradizione e modernità*, 2013; G. Pace Gravina (a cura di), *Il 'giureconsulto della politica'. Angelo Majorana e l'indirizzo sociologico del Diritto pubblico*, 2011; R. Car, "Un nuovo Vangelo per i tedeschi". *Dittatura del Cancelliere e Stato popolare nel dibattito costituzionale tedesco del secondo Ottocento*, 2011; S. Gregori, *L'enfance de la Science du Gouvernement. Filosofia, politica e istituzioni nel pensiero dell'abbé de Saint Pierre*, 2010; M. Ricciardi, *La società come ordine. Storia e teoria politica dei concetti sociali*, 2010; L. Jaume, *Che cos'è lo spirito europeo?*, 2010; G. Ruocco (a cura di), *L'evidenza dei diritti. La déclaration des droits di Sieyès e la critica di Bentham*, con testi originali a fronte, 2009.
- <sup>11</sup> La "deriva parlamentare" nella storia costituzionale francese, 8 / II 2004, a cura di M. Calamo Specchia; *Governo, Rappresentanza, Costituzione: profili di storia costituzionale francese tra XVIII e XIX secolo*, 12 / II 2006 a cura di L. Scuccimarra; *Le pouvoir exécutif en France (Révolution/V République) / The Executive Power in France (Revolution/Fifth Republic)*, 28 / II 2014, a cura di E. Marguin-Hamon.
- <sup>12</sup> Basti pensare ai numeri monografici curati da Alessandro Torre: *Il pensiero costituzionale di Albert Venn Dicey* (13 / I 2007); *Idee e principi costituzionali dell'Illuminismo scozzese / Ideas and Constitutional Principles of the Scottish Enlightenment* (20 / II 2010); *Il pensiero di Edmund Burke. Costituzionalismo ereditato e costituzioni rivoluzionarie / The thought of Edmund Burke. Inherited constitutionalism and revolutionary constitutions* (29 / I 2015).
- <sup>13</sup> *Il laboratorio atlantico. storia e storiografia costituzionale* (17 / I 2009), a cura di L. Scuccimarra.
- <sup>14</sup> *Storia, giustizia, costituzione. Per i cinquant'anni della Corte costituzionale* (11 / I 2006), a cura di L. Lacchè; *I regolamenti parlamentari nei momenti di "svolta" della storia costituzionale italiana* (15 / I 2008), a cura di E. Gianfrancesco e N. Lupo; *Il valore della Costituzione italiana* (16 / II 2008), a cura di L. Lacchè; *Fine di un'epoca? L'Unità di Italia nel concerto europeo delle nazioni* (22 / II 2011), a cura di P. Schiera; *Storia e storiografia costituzionale in Italia: caratteri originari e nuove tendenze. Per i 70 anni della Costituzione italiana / Constitutional History and Historiography in Italy: key-elements and new trends. For the 70 years of the Italian Constitution* (36 / II 2018), a cura di L. Lacchè.
- <sup>15</sup> *The Commonwealth of Australia: Themes and Traditions in Australian Constitutional Law and History / Il Commonwealth australiano: temi e tradizioni nella storia e nel diritto costituzionale australiano* (24 / II 2012), a cura di A. Zimmermann.
- <sup>16</sup> *On Russia and around: visions and ideologies between past and present / Sulla Russia e dintorni: visioni e ideologie tra passato e presente* (33 / I 2017), a cura di L. Lacchè.
- <sup>17</sup> *The Belgian Constitution of 1831: History, Ideologies, Sovereignty / La Costituzione belga del 1831: storia, ideologie, sovranità* (35 / I 2018), a cura di Ch. Maes, B. Deseure.
- <sup>18</sup> *Brazilian Constitutional History: Itineraries, Experiences and Models / La storia costituzionale del Brasile: itinerari, esperienze, modelli* (40 / II 2020), a cura di D. Nunes, L. Lacchè.
- <sup>19</sup> *Opinione pubblica Storia, politica, costituzione dal XVII al XX secolo* (6 / II 2003), a cura di L. Lacchè.
- <sup>20</sup> *Tra Islam e Occidente. Culture e diritti* (10 / II 2005), a cura di L. Lacchè.
- <sup>21</sup> *Politiche del Popolo* (18 / II 2009), a cura di L. Scuccimarra.
- <sup>22</sup> *Colonie e Costituzioni / Colonies and Constitutions* (25 / I 2013), a cura di L. Lacchè.
- <sup>23</sup> *Pensare la guerra civile / Thinking the civil war* (26 / II 2013), a cura di L. Scuccimarra.
- <sup>24</sup> *Trasparenza e privacy. Conflitti e bilanciamenti tra storia e teoria / Transparency and privacy. Conflicts and balances between history and theory* (31 / I 2016), a cura di Simone Calzolaio.
- <sup>25</sup> *Sovereignty and Constitution: historical issues and contemporary perspectives / Sovranità e Costituzione: nodi storici e prospettive contemporanee* (34 / II 2017), a cura di U. Müßig.
- <sup>26</sup> *Justiciability of Power / Giustiziabilità del potere* (37 / I 2019), a cura di U. Müßig.
- <sup>27</sup> *Constitutional Polymorphism. Historical paradigms and constitutional shapes / Polimorfismo costituzionale. Paradigmi storici e modelli costituzionali* (30 / II 2015), a cura di L. Lacchè.
- <sup>28</sup> È sufficiente vedere i numeri *Ripensare il costituzionalismo nell'era globale / Rethinking*

- constitutionalism in the global era* (32 / II 2016), a cura di L. Lacchè; *Costituzione e mutamento. Crisi delle istituzioni rappresentative e nuove sfide della democrazia / Constitution and Change. Crisis of representative Institutions and new Challenges of Democracy* (38 / II 2019), a cura di Marco Fioravanti.
- <sup>29</sup> *Tra storia e comparazione*, in «Giornale di Storia costituzionale / Journal of constitutional history», n. 1, 2001, p. 6.
- <sup>30</sup> P. Colombo, *On the road again: osservazioni propositive intorno alla storia costituzionale*, in «Giornale di Storia costituzionale / Journal of constitutional history», n. 19, 2010, p. 59.
- <sup>31</sup> P. Schiera, *Per la storia costituzionale*, ivi, p. 23.
- <sup>32</sup> C. Pinelli, *Diritto e Storia costituzionale*, in «Giornale di Storia costituzionale / Journal of constitutional history», n. 1, 2001, p. 17.
- <sup>33</sup> L. Ornaghi, *Scienza politica e Storia costituzionale. Osservazioni intorno a un sodalizio utile (e possibile)*, ivi, p. 15.
- <sup>34</sup> L. Scuccimarra, *Polifonie costituzionali*, in «Giornale di Storia costituzionale / Journal of constitutional history», n. 17, 2009, p. 7.
- <sup>35</sup> M. Troper, *L'autonomie de l'histoire constitutionnelle*, in «Giornale di Storia costituzionale / Journal of constitutional history», n. 19, 2010, p. 43.
- <sup>36</sup> Cfr. J. Varela Suanzes-Carpegna, *Alcune riflessioni metodologiche sulla storia costituzionale*, in «Giornale di Storia costituzionale / Journal of constitutional history», n. 12, 2006, pp. 16-17.
- <sup>37</sup> Marco Fioravanti, *L'identità culturale della "Storia costituzionale". Riflessioni sugli ultimi venticinque anni di produzione scientifica*, in «Giornale di Storia costituzionale / Journal of constitutional history», n. 36, 2018, p. 287.
- <sup>38</sup> Maurizio Fioravanti, *Sulla storia costituzionale*, *ibidem*, p. 29.
- <sup>39</sup> *Ivi*, p. 31.
- <sup>40</sup> M. Stolleis, *Concepts, models and traditions of a comparative European constitutional history*, *ibidem*, p. 43. «Therefore European constitutional history – like in the 19th century when the word "Verfassungsgeschichte" emerged – will incorporate intensive suggestions from the current discussion about a "Ius Publicum Europaeum" [...]. It is uncertain where the path leads to. But we definitely can say that the times of national constitutional histories are over» (*Ibidem*, p. 53).
- <sup>41</sup> L. Lacchè, *Noli me tangere? Qualche riflessione ai tempi del coronavirus / Noli me tangere? Some reflexions at the time of coronavirus*, in «Giornale di Storia costituzionale / Journal of constitutional history», n. 39, 2020, pp. 5-12.



# Dialettica del “costituzionalismo”. Appunti per un programma di ricerca (e qualche ricordo personale)

LUCA SCUCCIMARRA

1. *Premessa: il «costituzionalismo» come «tecnica della libertà»*

Che cos'è il «costituzionalismo»? Quando, ormai più di venticinque anni, fa ho cominciato ad occuparmi di storia costituzionale grazie al fortunato incontro con Roberto Martucci e lo straordinario gruppo di ricerca fiorito attorno al *Laboratorio Barnave* dell'Università di Macerata<sup>1</sup>, di rado ci accadeva di riflettere sul corretto significato da attribuire a questa parola-chiave del lessico della contemporaneità. Il complessivo orizzonte di senso da cui muovevamo nello sviluppare le nostre personali linee di indagine era, infatti, ancora quello definito dagli esponenti di punta di quel pensiero “ricostruttivo” – di taglio eminentemente storico, ma anche politologico e giuridico – che negli anni del Secondo Dopoguerra, al di qua e al di là dell'Oceano Atlantico, era stato impegnato a ridisegnare le linee di sviluppo di un processo evolutivo di lungo periodo della politica occidentale, capa-

ce in qualche modo di riscattare le società europee dalla catastrofe, morale, prima ancora che politica, dei totalitarismi novecenteschi. Di questa prospettiva era parte integrante e sostanziale il riferimento ad una cruciale direttrice di innovazione teorica e concettuale caratterizzata, al di là di tutte le cesure e le differenziazioni interne, dalla progressiva elaborazione di un punto di vista propriamente *costituzionale* – e cioè garantista e regolativo – sulle dinamiche del potere politico e sociale e ciò sembrava sufficiente ad assumere la nozione di “costituzionalismo” come una meta-categoria del discorso storiografico, di per sé non bisognosa di particolari approfondimenti riflessivi.

Per ovvi motivi di formazione disciplinare, per me – ma, credo, non solo per me – questo tipo di approccio – e i generali presupposti interpretativi che lo sostenevano – appariva perfettamente dispiegato nel lavoro di scavo storiografico sulla genesi della modernità politico-costituzionale proposto da Nicola Matteucci in anni

importanti del suo itinerario intellettuale: in particolare nei due stimolanti capitoli scritti per il quarto volume della *Storia delle idee politiche, economiche e sociali* diretta da Luigi Firpo, quello, in due tomi, dedicato all'avvento dell'Età moderna<sup>2</sup>. In quelle pagine, entrate velocemente nella bibliografia di riferimento di tutti i giovani studiosi della materia, Matteucci faceva, infatti, della "storia del costituzionalismo moderno" uno snodo-chiave per la comprensione dei principali passaggi evolutivi del processo di modernizzazione politica occidentale, in un arco cronologico che dalla genesi dello Stato assoluto giungeva fino all'affermazione delle «democrazie costituzionali» novecentesche. Di più, egli proponeva questa peculiare prospettiva di analisi, all'epoca decisamente poco diffusa tra gli storici del pensiero politico, come un efficace antidoto contro i rischi di astrattezza filologica e gli eccessi di erudizione a suo giudizio sempre incombenti su coloro che erano impegnati in questo tipo di studi: nella loro innegabile diversità, gli «scrittori» su cui si soffermava nel suo percorso ricostruttivo erano, infatti, tutti accomunati dalla adozione di un atteggiamento «attivo» nei confronti della politica, tendente a «fornire soluzioni giuridicamente fondate e possibili» alla grande questione al centro della loro riflessione: «istituzionalizzare e [...] dirimere i conflitti e subordinare la forza a un principio superiore»<sup>3</sup>.

Certo, nel momento in cui proponeva la «storia del costituzionalismo moderno» come privilegiato luogo di articolazione di una nuova storiografia del pensiero politico, capace di scavalcare il tradizionale «iato» tra teoria e prassi, innovazione concettuale e trasformazioni politico-istituzionali, Matteucci non mancava di sottolineare

la valenza decisamente "selettiva" da lui attribuita a quella nozione come fondamentale «categoria di analisi» dei mutamenti della moderna «esperienza politica». A guidare le sue indagini era, infatti, una concezione normativamente qualificata di «costituzionalismo» come «tecnica della libertà contro il potere arbitrario», come Matteucci non mancava di sottolineare facendo propria la celebre definizione del giurista Mirkine-Guetzévitch<sup>4</sup>. Un approccio, questo, che nel riconoscere come «aspetto originale» del costituzionalismo moderno «l'aver mirato a una costituzione scritta, che contenga una serie di norme giuridiche fra loro organicamente collegate, in opposizione alla tradizione medievale, che si esprimeva in "leggi fondamentali" consuetudinarie», prendeva però decisamente le distanze da ogni interpretazione puramente *formalistica* – e cioè volontaristica – di quel passaggio, attraverso l'esplicito richiamo agli elementi di legittimazione *sostanziale* e *funzionale* della «costituzione» come atto di fondazione dell'ordine statale messi in circolo dal laboratorio del «moderno costituzionalismo» attraverso un virtuoso intreccio con la tradizione giusnaturalistica e il nascente pensiero «liberale»<sup>5</sup>:

Al principio della costituzione scritta si ricollegano intrinsecamente altri due caratteri: quello della sua legittimità e quello della sua funzione. La costituzione scritta trae la sua legittimità da due elementi: sia dal contenuto stesso delle norme, che si impongono per una loro intrinseca razionalità e giustizia, sia per la sua fonte formale, e cioè per emanare dalla diretta volontà sovrana del popolo, attraverso un'assemblea costituente e, talvolta, anche un referendum, mentre nel Medioevo era il passato, la tradizione, la fonte della legittimità, assieme alla ragione e alla volontà di Dio. [...] Il secondo carattere riguarda la funzione: si vuole una costituzione scritta non

solo per impedire un governo arbitrario e instaurare invece un governo limitato, ma per garantire i diritti dei cittadini e per mettere lo Stato nella condizione di non poterli violare. Infatti la costituzione non solo regola il funzionamento degli organi dello Stato, ma anche consacra i diritti dei cittadini, posti come limite del potere dello Stato. Proprio per questa finalità, per una reale garanzia di quei diritti, la costituzione deve essere rigida e inelastica, nel senso che le sue norme non possono essere né modificate, né interpretate dalla normale volontà legislativa, perché gerarchicamente superiori; e, per rendere efficace questa supremazia della costituzione, al potere giudiziario spetta di controllare la giustizia della legge e cioè la sua conformità alla costituzione, altrimenti contro una possibile violazione non ci sarebbe alcun rimedio legale<sup>6</sup>.

Come è stato da più parti sottolineato, per comprendere appieno il significato e la portata, anche *politica*, di queste affermazioni occorrerebbe soffermarsi sull'articolato percorso pubblicistico (e di ricerca) che dall'inizio degli anni Sessanta scandisce la progressiva maturazione di Matteucci storico del «costituzionalismo moderno»<sup>7</sup>: è in quei lavori preparatori – in molti casi oggi poco noti e di non facile accessibilità – che emerge, infatti, in tutta la sua evidenza l'intento rifondativo di un approccio animato anche e soprattutto dal rifiuto polemico di quella concezione meramente «ordinamentale» della costituzione, che lo studioso bolognese considerava «uno dei frutti peggiori del positivismo giuridico», all'epoca ancora imperante, e non solo in Italia, nello studio del diritto<sup>8</sup>. Da questo punto di vista, si può dire con Maurizio Fioravanti che attraverso la sua interpretazione «prescrittivistica» e «contenutistica» del costituzionalismo, Matteucci

faceva completamente saltare la rigida distinzione, o addirittura opposizione, tra politica e diritto, su cui si fondava il positivismo giuridi-

co, perché riscopriva il fondamento artificiale e contrattualistico, e dunque politico, della costituzione, intesa come la norma fondamentale che una società storicamente data costruisce per difendere i diritti contro l'arbitrio del potere. La sua costituzione pretendeva dunque di avere la forza giuridica vincolante peculiare della norma suprema, ma si dichiarava nondimeno in modo esplicito norma politica, che è tale soprattutto nella sua origine. Per questo motivo era respinta dai giuristi, che pretendevano d'incassare anche la costituzione nella categoria, ben nota e per ciò stesso rassicurante, delle norme dello Stato<sup>9</sup>.

Nei suoi testi degli anni Sessanta emerge, peraltro, con una chiarezza poi destinata almeno in parte a venir meno, il debito di Matteucci nei confronti di quella concezione del «costituzionalismo» come strategia di «limitazione del potere dell'autorità politica»<sup>10</sup> elaborata da alcuni esponenti di primo piano della cultura liberale statunitense – il politologo Carl Joachim Friedrich, il costituzionalista Edward S. Corwin e soprattutto lo storico Charles Howard McIlwain<sup>11</sup> – già nei terribili anni della deriva totalitaria in Europa e del Secondo conflitto mondiale. A ben vedere, è proprio da questi autori, e in particolare da McIlwain, che Matteucci riprende un approccio rigidamente «dicotomico» all'universo dei fenomeni politico-istituzionali che fa del «costituzionalismo» come pensiero – e pratica – dei *limiti* e delle *garanzie* l'unica concezione della politica in grado di porre al riparo dal rischio, sempre incombente, dell'arbitrio e dell'abuso di potere<sup>12</sup>. Ed è sempre da questi autori che egli deriva la convinzione che studiare il «costituzionalismo» significhi confrontarsi con un plurisecolare processo di elaborazione intellettuale almeno in parte risalente alle origini stesse della cultura occidentale, nello studio del quale restavano valide – contro

ogni vertigine modernista – le fondamentali indicazioni di metodo offerte proprio da McIlwain nel primo capitolo della sua opera più nota, il volume *Constitutionalism: Ancient and Modern*:

La tendenza moderna ad identificare tutto il diritto con la legislazione ha modificato le nozioni tradizionali, per il diritto costituzionale come per quello privato. Noi oggi non pensiamo più a quelle nozioni come l'uomo del Medioevo, che le riteneva consuetudini vincolanti in ragione del fatto che esse risalivano indietro fino ad «un tempo in cui la memoria dell'uomo non s'urtava al contrario». [...] Pure vorrei anticipare già quello che spero diverrà ovvio nell'analisi storica, che cioè in tutte le sue fasi successive il costituzionalismo ha una qualità essenziale: è una limitazione legale del governo, è l'antitesi del governo arbitrario; il suo opposto è il governo dispotico, il governo della volontà al di sopra della legge. Nei tempi moderni a questa qualità si è potuta aggiungere la responsabilità politica grazie alla vittoria dell'iniziativa dei rappresentanti del popolo nelle materie discrezionali della politica nazionale; e di ciò diremo più avanti. Ma giova fin d'ora insistere che il più antico, il più persistente e il più duraturo dei caratteri essenziali del vero costituzionalismo resta ancora quello che era all'inizio, la limitazione del governo mercé il diritto<sup>13</sup>.

## 2. Altri «costituzionalismi»

Sarebbe, credo, di un certo interesse dare conto nel dettaglio delle concrete scelte analitico-ricostruttive che nella storiografia di Matteucci testimoniano di un'intima adesione a questa visione "retroilluminata" del costituzionalismo e della sua dinamica storica, e ciò a cominciare dalla sua decisione di utilizzare la coppia oppositiva *gubernaculum/iurisdictio*, vero e proprio marchio di fabbrica del "modello

McIlwain", come chiave di lettura privilegiata di assetti costituzionali anche molto distanti dall'esperienza fondativa britannica<sup>14</sup>. È proprio in tali aspetti, infatti, che emerge con la massima evidenza quella che Maurizio Fioravanti considera la dimensione più originale della prospettiva storiografica di Matteucci, la sua tendenza, cioè, a lavorare sui tempi lunghi della storia costituzionale, privilegiando lo scavo *archeologico* degli «strati profondi» che a suo giudizio sostengono e alimentano anche le più ambiziose costruzioni costituzionali della tarda modernità<sup>15</sup>. Ciò che mi preme richiamare in questa sede sono, però, i vincoli piuttosto stringenti che questa concezione idealtipica del «costituzionalismo» come «tecnica della libertà» veniva producendo nel momento stesso in cui la si trasponeva sul concreto terreno della storia del pensiero costituzionale, utilizzando-la come «categoria analitica per mettere in luce ed evidenziare particolari aspetti dell'esperienza politica» degli uomini del passato<sup>16</sup>. Come lo stesso Matteucci non mancava di sottolineare, la sua *fenomenologia del costituzionalismo* prendeva, infatti, in considerazione solo gli autori che, «in sede prescrittiva», avevano «mirato a instaurare un migliore ordine politico, e cioè un governo "retto" o "politico" o "legale"», escludendo dichiaratamente chiunque si fosse invece limitato «a descrivere la "costituzione", intesa aristotelicamente come quella norma o quel principio, quell'insieme di norme o quell'insieme di principi che presiedono alla vita di qualsiasi comunità di fatto organizzata»<sup>17</sup>. Erano gli scrittori del primo tipo che nei suoi contributi per la *Storia delle idee politiche, economiche e sociali* di Luigi Firpo, Matteucci si spingeva a definire *tout court* «costituzionalisti», facendone

i protagonisti di una terza tradizione fondativa della modernità politico-costituzionale, da tenere in qualche modo distinta nel suo concreto contributo costruttivo da quelle, decisamente più consolidate sul piano degli studi storici, dei «democratici» e dei «liberali»<sup>18</sup>. Un approccio decisamente “selettivo” alla tematica indagata, questo, che nel suo lavoro di ricerca appariva vieppiù rafforzato dalla rigida scansione temporale impressa all’impianto della ricostruzione, se è vero che per Matteucci l’epopea creativa del «moderno costituzionalismo» iniziava nel XVI secolo e terminava nel XVIII, trovando nei due secoli successivi soltanto «un’imitazione dei grandi modelli (inglese, francese, americano) o semplici variazioni in tematiche che [avevano] ormai una loro grammatica ben consolidata».

Che, al di là degli indiscutibili meriti della ricerca di Matteucci, in questo rigido quadro ricostruttivo non tutto tornasse alla perfezione era un dubbio che non poteva non sorgere in chi all’inizio degli anni Novanta avesse avuto occasione di confrontarsi con i nuovi cantieri di ricerca prodotti anche nello specifico ambito della storia costituzionale dallo straordinario processo di rinnovamento metodologico e categoriale degli studi storico-politici sviluppatosi nel corso dei precedenti decenni. Mi riferisco, evidentemente, oltre che alla “onnivora” storia costituzionale «alla tedesca»<sup>19</sup> instancabilmente sperimentata da Pierangelo Schiera e dal suo gruppo di ricerca a partire da una originalissima rimeditazione di autori-chiave della storiografia novecentesca come Hintze e Brunner<sup>20</sup>, alla decisiva rivitalizzazione del grande laboratorio costituente di Fine Settecento – e della sua ambivalente eredità otto-novecentesca –

alimentata sulle due sponde dell’Oceano atlantico dalle feconde intuizioni metodologiche di autori come Bruce Ackerman<sup>21</sup> e Pierre Rosanvallon<sup>22</sup>: comune a tutti questi approcci, al di là delle loro anche spiccate differenze di orientamento e metodo, appariva infatti l’esigenza di portare al centro della indagine storiografica la potenza produttiva di un processo di fondazione e revisione costituzionale, decisamente eccedente, nelle sue immediate ricadute politiche e sociali, la dimensione giuridicamente formalizzata di una mera architettoneca dei poteri. Una prospettiva, questa, a partire dalla quale anche l’indagine storiografica sul «costituzionalismo moderno» come «tecnica della libertà» si apriva a rilevanti cambiamenti in termini di impostazione, tempistica e metodo in grado, almeno sulla carta, di condurre ad una radicale ridefinizione dello stesso ambito fenomenologico concretamente indagato.

Per chi, come me, proveniva da studi di storia del pensiero politico a tutto questo si aggiungevano, peraltro, le stimolanti istanze di rinnovamento metodologico veicolate, anche nel nostro ambito di ricerca, dal cosiddetto «linguistic turn» della storiografia contemporanea. Riletta sulla base della innovativa cornice interpretativa messa a punto dagli esponenti della Scuola di Cambridge anche la storia del pensiero costituzionale si trovava, infatti, improvvisamente proiettata in un orizzonte di indagine nel quale il ruolo di *primum movens* tradizionalmente attribuito alle «idee» e alle «tradizioni di pensiero» appariva sempre più insidiato dall’imporsi di costrutti esplicitativi di nuovo tipo, eminentemente articolati in termini di «linguaggi» e «contesti discorsivi»<sup>23</sup>; e ciò mentre la *Begriffsgeschichte* di Brunner e Koselleck spingeva verso una

più marcata tematizzazione riflessiva del ruolo-chiave giocato anche in tale ambito di analisi dai «concetti politici e sociali» come «indici» e al tempo stesso «fattori» delle dinamiche in senso lato «costituzionali», di volta in volta poste al centro della ricostruzione storica<sup>24</sup>. Chi fosse minimamente addentro alle categorie della storia dei concetti koselleckiana difficilmente poteva ignorare, in particolare, che come tutti gli *-ismi* della politica moderna anche il lemma «costituzionalismo» recava nella sua stessa costituzione lessicale l'impronta di quei «concetti di movimento» che lo storico tedesco aveva identificato come la più esplicita espressione del processo di *ideologizzazione* del tradizionale vocabolario della politica innescato dall'avvento della modernità e del suo peculiare regime di temporalità<sup>25</sup>. Ciò imponeva pertanto di prendere in considerazione con una certa urgenza l'opportunità di integrare la tradizionale storia intellettuale del moderno costituzionalismo con un esplicito supplemento di carattere terminologico-concettuale, anche al fine di evitare inappropriati scavalcamenti di campo tra il linguaggio delle fonti e quello dello storico impegnato a decifrarne il contenuto di senso.

Certo, nessuno dei protagonisti di questo tumultuoso processo di rinnovamento metodologico e categoriale aveva ritenuto necessario sperimentare l'efficacia delle proprie teorie confrontandosi proprio con il contenuto di senso veicolato dalla corrente "semantica del costituzionalismo". Al contrario, Pocock e Skinner avevano incorporato tale categoria nel complessivo impianto ricostruttivo delle loro opere più note, senza sentire il bisogno di fermarsi nemmeno per un attimo a definire il significato da essa assunta nello specifico conte-

sto analitico-ricostruttivo di riferimento<sup>26</sup>. Analogamente, il lemma «Konstitutionalismus» non rientrava nel centinaio di parole-chiave su cui Koselleck e i suoi collaboratori avevano fatto perno nel tentativo di illustrare la formazione del moderno vocabolario della politica nei cruciali decenni della «Sattelzeit». Chi avesse voluto, ne avrebbe trovato qualche sparsa traccia nel complessivo impianto lessicografico dei *Geschichtliche Grundbegriffe*, senza che a ciò corrispondesse mai però un sistematico intento di approfondimento storico-concettuale<sup>27</sup>.

A mia memoria, l'unico stimolante contributo alla problematizzazione della tradizionale nozione di «costituzionalismo» emerso dal dibattito di quegli anni è quello offerto dallo studioso americano Stephen Holmes, all'epoca professore di teoria politica a Princeton e grande studioso del liberalismo, che introducendo il volume *Passions and Constraint*<sup>28</sup> stigmatizzava la diffusa tendenza a pensare il costituzionalismo in chiave eminentemente *negativa*, e cioè come una concezione diretta fondamentalmente alla «prevenzione» o alla «inibizione» della tirannia e di altri abusi di potere, considerandola come il prodotto di una lettura semplicistica e nel complesso banalizzante delle dinamiche politico-costituzionali poste alla base dell'avvento della modernità politica<sup>29</sup>. Nel suo saggio, Holmes invitava tutti gli studiosi interessati a comprendere davvero l'ambivalente rapporto tra «costituzionalismo» e «democrazia» a ripensare le costituzioni come «strumenti di potenziamento e non solo di limitazione dei poteri», aprendosi al confronto, anche storico, con un modello di *costituzionalismo positivo* le cui radici potevano a suo giudizio essere fatte risalire

indietro nel tempo almeno fino alla semi-teorizzazione politica di Jean Bodin<sup>30</sup>. Nel 1995, anno di pubblicazione negli Stati Uniti del volume di Stephen Holmes, perseguire questo obiettivo significava però per gli studiosi di storia costituzionale rimettere in discussione molti luoghi comuni consolidati della tradizionale letteratura sul tema.

### 3. *Fare storia con gli aggettivi*

Che i tempi fossero maturi per un sostanziale alleggerimento dell'approccio fortemente idealtipico posto alla base della storia del costituzionalismo *à la* Matteucci è peraltro un dato che emerge con una certa evidenza se solo si ci si premura di ripercorrere le principali linee di sviluppo della successiva ricerca sul tema. Certo, in campo storiografico sarebbe inutile cercare esplicite dichiarazioni di intenti in qualche modo assimilabili a quelle che in seguito avrebbero caratterizzato altri ambiti disciplinari interessati alle stesse questioni<sup>31</sup>. In questo tipo di studi, infatti, la "svolta", se di vera e propria "svolta" si può parlare, ha avuto luogo soprattutto attraverso la adozione di puntuali strategie di specificazione della nozione di «costituzionalismo», in grado già di per sé di incrinare la eccessiva tendenza alla generalità – anche lessicale – caratteristica delle precedenti elaborazioni sul tema. Da questo punto di vista, è sufficiente sfogliare i primi fascicoli del «Giornale di Storia costituzionale», nato nel 2001 da un'altra felice intuizione di Roberto Martucci, per trovare già tracce sufficientemente esplicite di un tipo di approccio "differenziale" alla storia del moderno «costituzionalismo»,

nel quale, koselleckianamente, il baricentro del discorso tendeva sempre più a cadere sulle molteplici varianti del fenomeno tematizzabili attraverso un mirato gioco di *aggettivazioni* del relativo termine-concetto<sup>32</sup>.

Con questo cambiamento di impostazione, all'inizio del tutto estemporaneo, ma destinato in seguito ad assumere, soprattutto negli Stati Uniti, caratteri sempre più pervasivi e sistematici, la «storia del costituzionalismo moderno» veniva per la prima volta proponendosi davvero come una *narrazione plurale*, come una storia, cioè, di «costituzionalismi», capace di innervarsi, anche grazie ad una mirata scelta categoriale, nei diversificati contesti politico-culturali in cui si era giocata la concreta vicenda storica di questa direttrice portante del processo di modernizzazione politica. Si trattava, in realtà, solo della punta di un iceberg, dell'esito più appariscente di un complessivo processo di riorientamento metodologico e categoriale attraverso il quale la storia costituzionale veniva recependo le più interessanti istanze di cambiamento emerse dal generale dibattito storiografico di fine secolo. Ripensando alla specifica esperienza del gruppo macedone impegnato anno dopo anno nella piccola grande impresa del GSC, mi sembra di poter dire che il nostro modo di guardare alla vicenda storica del «costituzionalismo moderno» sia mutato nel corso del tempo per effetto di tre principali elementi di complicazione dell'orizzonte prospettico: l'apertura ad un'indagine a tutto campo dei *processi di costituzionalizzazione*, capace di dare conto del differenziato grado di *potenziamento e regolamentazione, accentramento e diffusione* sperimentato per il loro tramite dai dispositivi di potere sociale e

istituzionale, senza però per questo aderire ad alcun rigido schema di valutazione della "costituzionalità" degli ordinamenti<sup>33</sup>; la sempre più spiccata attenzione alla dimensione *discorsiva* della storia costituzionale, indagata anche attraverso la ricostruzione delle concrete funzioni aggregative e disgregative, fondative e dissolutive svolte dalle «idee costituzionali» nello spazio pubblico delle società post-rivoluzionarie<sup>34</sup>; e infine, la progressiva messa a fuoco delle cruciali ricadute prodotte dalla stessa variegata esperienza costituente rivoluzionaria e post-rivoluzionaria sul laboratorio intellettuale che l'aveva prodotta e alimentata: un fenomeno approssimabile, come è noto, attraverso quella felice formula della *costituzione come ideologia*, che per alcuni di noi ha rappresentato uno strumento particolarmente utile per la più approfondita esplorazione della vicenda del «costituzionalismo» come fluido campo discorsivo e cruciale vettore di mobilitazione politica (e di legittimazione istituzionale), in un arco temporale che dalla Restaurazione giunge almeno fino al '48 europeo<sup>35</sup>.

In tale prospettiva, proprio il puntuale lavoro di ricostruzione e contestualizzazione storica che nel corso degli ultimi due decenni Luigi Lacchè ha dedicato al «frammentato» arcipelago del «costituzionalismo liberale ottocentesco»<sup>36</sup> può essere considerato come una perfetta esemplificazione dei risultati prodotti da questa rinnovata impostazione dell'indagine sul tema: quello che emerge in questi studi è, infatti, un tornante intellettuale ampiamente diversificato nei modi e nei tempi del suo confronto con la «cultura madre del costituzionalismo rivoluzionario del 17° e del 18° secolo» e letteralmente incomprensibile senza un puntuale confronto con gli

specifici contesti di azione (e reazione) politica in riferimento ai quali esso va elaborando le sue concrete «strategie politiche e ideologiche». Come Lacchè ha avuto modo di sottolineare a proposito della peculiare variante italiana di questo percorso, siamo molto lontani perciò dal modello unilineare di evoluzione storica tradizionalmente accreditato dalla storiografia sul tema, se è vero che «i liberali italiani parlano inglese, enfatizzano l'esperienza e la cultura britannica, ma poi agiscono soprattutto 'alla francese'», valorizzando quel «costituzionalismo delle *Chartes*» sviluppatosi in Francia tra la Restaurazione e l'età orleanista, «al fine di fronteggiare quelle che per loro erano due distinte e potenziali minacce, lo spettro del potere costituente rivendicato dalla sovranità del popolo e quello della sovranità assoluta del monarca»<sup>37</sup>. Una direttrice d'azione, questa, in cui l'obiettivo tradizionalmente attribuito al «costituzionalismo liberale», «ovvero limitare/regolare i poteri pubblici e garantire i diritti», tende a ben vedere a passare sempre più in secondo piano rispetto a più profonde istanze «costituzionali» tra le quali spicca l'esigenza di «assicurare un valore centrale nell'antropologia liberale: la stabilità del costruito sociale reso 'persona' attraverso il diritto e la sua capacità di conformarne i poteri a guisa di organi»<sup>38</sup>.

#### 4. «Costituzionalismo» e crisi della democrazia

A cambiare profondamente nel corso di questi decenni, oltre al modo di relazionarsi storiograficamente alle dinamiche del «moderno costituzionalismo», è stato,

però, anche il complessivo contesto politico-culturale che di quel dibattito costituiva un tempo, in modo più o meno esplicito, lo sfondo di riferimento ultimo. Se, infatti, per Matteucci polemizzare contro le distorsioni prodotte anche in questo ambito di ricerca dall'approccio iper-statalista tipico del positivismo giuridico non significava mai davvero mettere in questione il fondamentale rapporto di «coessenzialità tra Stato e costituzione»<sup>39</sup> posto alla base delle linee portanti del «costituzionalismo» post-rivoluzionario, ben poco di quell'approccio e delle fondamentali gerarchie normative e funzionali da esso derivanti (potere costituente/poteri costituiti, legislativo/esecutivo, pubblico/privato, politica/economia, ecc.), sembra essere sopravvissuto all'imponente processo di ridefinizione degli assetti politico-istituzionali delle società contemporanee che oggi tendiamo ad associare all'avvento del «nuovo ordine globale». Si tratta, come è noto, di sviluppi che nel dibattito di questi anni hanno trovato una rappresentazione privilegiata nel discorso sulla cosiddetta «crisi di sovranità» dello Stato prodotta dai tumultuosi processi di globalizzazione economico-finanziaria e di transnazionalizzazione delle dinamiche decisionali caratteristici dello scenario post-1989, ma ai quali a ben vedere non possono dirsi estranee alcune dinamiche endogene peculiarmente attinenti alle attuali difficoltà di funzionamento dei moderni sistemi democratico-rappresentativi: tra queste, la «crisi di complessità» della politica democratica indotta da processi socio-economici di sempre più difficile controllo e gestione<sup>40</sup> e la sua parallela *crisi di discorsività* prodotta dalla frammentazione e specializzazione degli spazi di confronto argomentativo caratteristici

della democrazia liberale<sup>41</sup> oltre che dalla moltiplicazione di flussi di comunicazione mediatizzata divenuti sempre più strumenti di disinformazione sistematica e radicalizzazione politica<sup>42</sup>. È appunto all'intersezione di queste complesse e interrelate dinamiche che abbiamo visto, infatti, emergere in tutta la sua portata la «strutturale» inadeguatezza di un assetto istituzionale oggi incapace di «regolare, mettere in forma, la politica»<sup>43</sup> e perciò ormai del tutto inadatto a svolgere quel ruolo di snodo-chiave del processo di «fondazione e di limitazione del potere legittimo» attribuitogli dalla tradizione del moderno costituzionalismo fino alle sue varianti *welfaristiche* novecentesche<sup>44</sup>.

Come hanno reagito le scienze giuridiche e politiche contemporanee di fronte a cambiamenti che sono apparsi mettere in discussione la sussistenza stessa della *dimensione costituzionale*, come peculiare luogo di costruzione degli equilibri politico-istituzionali delle nostre società? Si tratta di una domanda cruciale alla quale però è difficile dare una risposta univoca. Da una approssimativa ricognizione dei principali passaggi del più recente dibattito sul tema sembrano, infatti, emergere almeno quattro diverse direttrici di elaborazione riflessiva di questo fondamentale passaggio, ciascuna delle quali sfociante in una differente interpretazione della decisiva questione del «futuro della costituzione»<sup>45</sup>. La prima, la più estrema, potrebbe essere definita come una più o meno melanconica *retorica della crisi epocale*, trattandosi di una variante specificamente costituzionale di quella più generale "narrazione della fine" che secondo Cesare Pinelli ha variamente caratterizzato il più recente dibattito intellettuale sull'avvento della globalizzazione<sup>46</sup>.

In Paesi come l'Italia o la Germania, questa strategia argomentativa ha assunto una particolare evidenza grazie all'esplicito utilizzo della categoria di «decostituzionalizzazione (*Entkonstitutionalisierung*)», messa in campo per evidenziare in particolare il processo di progressivo «svuotamento della struttura costituzionale» dello Stato, prodotta all'esterno dei suoi confini dai processi di integrazione transnazionale e all'interno dalla nascita di uno «Stato "cooperativo" a più livelli», caratterizzato da una marcata perdita di centralità delle istituzioni rappresentative legittimate democraticamente<sup>47</sup>; nella misura in cui ad essere chiamati in causa a questo livello di discorso sono anche profondi cambiamenti *culturali* nel generale modo di concepire lo Stato e le sue dinamiche di funzionamento<sup>48</sup>, non mancano, tuttavia, in esso interessanti elementi di assonanza con altre radicali diagnostiche della crisi emerse nel dibattito anglo-americano, a cominciare dalla nota teoria della *de-democratization* elaborata dalla filosofa politica Wendy Brown nei suoi scritti sulla «rivoluzione neoliberale»:

Il neoliberalismo inteso come *razionalità politica* ha sferrato un attacco frontale alle fondamenta della liberal-democrazia, sostituendone i principi di base – costituzionalismo, uguaglianza di fronte alla legge, libertà civili e politiche, autonomia politica e inclusione universale – con i criteri di costi/benefici, efficienza, redditività ed efficacia propri della logica di mercato. È attraverso una razionalità neo-liberale che i diritti, l'accesso all'informazione e altre garanzie costituzionali, come anche la trasparenza, la responsabilità nell'attività di governo e il rispetto delle procedure, sono facilmente aggirati o accantonati. Ma l'aspetto ancor più importante è la trasformazione dello Stato da espressione della sovranità popolare a sistema di gestione degli affari. La razionalità neoliberale plasma ogni essere umano e istituzione, incluso lo Stato costituzionale, a immagine e somiglianza dell'impresa; così fa-

cendo, sostituisce nella sfera politica i principi democratici con criteri imprenditoriali. Oltre a detronizzare il *demos* nella democrazia, tale trasformazione genera l'espansione dei poteri esecutivi dello Stato nello stesso momento in cui la sua sovranità è erosa<sup>49</sup>.

Il vistoso mutamento di scenario che alcuni autori hanno ritenuto di poter declinare *tout court* come un *oltrepassamento/consumazione* del paradigma della *costituzionalizzazione* come modalità tipicamente moderna di fondazione e regolamentazione del complesso delle relazioni politiche e sociali<sup>50</sup>, in altri passaggi del più recente dibattito sul tema è stato però interpretato come una mera *traslazione di piano* di quella stessa dinamica, dislocata ora al livello estrinseco della libera e «spontanea» autoregolamentazione dei nuovi attori della società globale più che a quello vincolante e gerarchicamente sovraordinato del tradizionale diritto costituzionale nazionale-statale. Si collocano, come è noto, su questo versante le impegnative analisi "post-sistemiche" proposte, sulla scia delle teorie di Niklas Luhmann e David Sciulli, dagli esponenti di punta del cosiddetto «societal constitutionalism», impegnato da anni ad esplorare lo spazio poliarchico e multidimensionale prodotto dall'emersione di una molteplicità di «'costituzioni civili', che denotano nuovi accoppiamenti strutturali, insieme simili e diversi rispetto a quelli che caratterizzano la nascita delle costituzioni tradizionali nel contesto della modernità»<sup>51</sup>; ma vi si collocano anche le considerazioni critiche – politicamente ben più affilate – del neo-gramsciano Stephen Gill e del suo gruppo di lavoro, animate come sono dall'obiettivo di disvelare la valenza materialmente «costituzionale» assunta nell'epoca contemporanea dal cosiddetto

«disciplinary neo-liberalism [...] conceptualized as a set of dominant political practices that, despite growing contradictions, are reconstituting political and civil society as well as the relations between humanity and the environment in fundamental ways»<sup>52</sup>.

Convergente, almeno in parte, con i presupposti descrittivi di questo tipo di approccio, ma decisamente divergente negli esiti costruttivi e normativi appare invece la posizione dei «global» o «transnational constitutionalists», accomunati dalla convinzione che l'avanzata erosione sperimentata dalle tradizionali dinamiche costituzionali a livello nazionale-statuale *possa e debba* essere neutralizzata dal rafforzamento del ruolo integrativo e regolativo svolto dal diritto internazionale, anche attraverso un ampliamento dello spazio di azione delle istituzioni transnazionali<sup>53</sup>. Una prospettiva, questa, in molti casi dichiaratamente «compensativa», che nelle parole di una dei suoi principali esponenti, la giurista tedesca Anne Peters, si propone un vero e proprio incremento di scala del classico modello costituzionale nazionale-statuale, perseguito attraverso l'applicazione di principi-chiave della moderna tradizione costituzionalistica «such as the rule of law, checks and balances, human rights protection, and democracy, in the international legal sphere in order to improve the effectiveness and the fairness of the international legal order»<sup>54</sup>.

Ancora più avanti in una ideale scala di misurazione del tasso di continuità con l'esperienza delle democrazie costituzionali novecentesche si collocano, infine, gli autori che hanno scelto di tornare a interrogarsi in chiave prospettica sugli elementi di perdurante attualità ancora oggi propri

al progetto politico e sociale del «moderno costituzionalismo», ponendo al contempo in questione la esaustività di un dibattito basato in fondo sul presupposto comune «di un superamento della misura della statualità tradizionale, o almeno sul riconoscimento della sua assoluta insufficienza nei confronti dei processi di trasformazione della società globale»<sup>55</sup>. Quello che emerge, qui, è, infatti, un approccio *rifondativo* alla crisi della democrazia costituzionale, che senza negare i tumultuosi cambiamenti nel frattempo intervenuti nella cornice spazio-temporale delle società contemporanee, ritiene essenziale riportare al centro del discorso gli Stati e le loro cornici costituzionali come il luogo politico per eccellenza da cui ripartire per la costruzione dal basso di un *costituzionalismo democratico di tipo nuovo*, «in grado di assicurare la divisione dei poteri e garantire la tutela dei diritti fondamentali in nome dell'eguaglianza e non solo della libertà, anche nelle nuove condizioni dell'economia globalizzata»<sup>56</sup>.

##### 5. *Il labirinto dei "costituzionalismi" e le sfide del presente*

Al di là di ogni altra considerazione, ripercorrere, sia pur velocemente, questo complesso e articolato contesto di dibattito significa toccare con mano la posizione tutt'altro che periferica che la problematica "costituzionale" continua, nonostante tutto, ad avere nella riflessione teorica sui nuovi assetti politici e giuridici delle società globalizzate. Significa, però, anche fare concretamente i conti con la metamorfica fluidità oggi assunta dal «lessico costituzionale» della modernità<sup>57</sup>, verificando sul

campo i babelici effetti di sistema prodotti da tale processo: passare dall'uno all'altro di tali segmenti di dibattito equivale, infatti, a confrontarsi con diverse modalità di articolazione concettuale del discorso sulla «costituzione», addentrandosi in un mutevole campo di significazione in cui elementi *normativi* ed elementi *descrittivi* tendono variamente ad intersecarsi, aprendo di volta in volta la strada a sviluppi politico-ideologici anche molto distanti l'uno dall'altro.

In anni recenti il «Giornale di Storia costituzionale» ha già avuto modo di richiamare l'attenzione sugli effetti in ultima istanza distorsivi che questo tumultuoso processo di risemantizzazione rischia di produrre su quello stesso concetto di «costituzionalismo» attraverso il quale nel corso degli ultimi due secoli abbiamo tentato di pensare *storicamente* il progetto di una fondazione e regolamentazione del potere attraverso i diritti. Come si è avuto modo di sottolineare nel numero 32 del 2016 – quello del quindicennale –, a causa della «varietà impressionante di specificazioni semantiche» accumulate nel corso degli ultimi anni, la nozione di «costituzionalismo» ha assunto, infatti, da ultimo un significato così vasto «da apparire poco più che metaforico a chiunque sia minimamente consapevole della tradizionale storia del concetto»<sup>58</sup>. Essa sembra destinata inoltre a scontare pesantemente sul piano di una complessiva perdita di valenza assiologica e prescrittiva quella rilevante apertura alle istanze di un'analisi empirica del sociale prodotta dall'irruzione nel dibattito sul tema di nuove linee di ricerca di taglio «sistemico» o «societario»<sup>59</sup>. Con questo passaggio, infatti, la vicenda epocale del «costituzionalismo» moderno

sembra davvero aprirsi ad una paradossale inversione dialettica della sua pregressa dinamica storico-concettuale, destinata a lasciare il segno sull'impianto teorico, ma anche politico, della cultura costituzionalistica contemporanea: il ritorno, cioè, ad una visione non normativistica del punto di vista «costituzionale» come approccio puramente descrittivo alle dinamiche, agli ordinamenti e alle organizzazioni sociali, «secondo il tipico modello pre-moderno di costituzione»<sup>60</sup>.

Riletta oggi, a qualche anno di distanza dalla sua formulazione, questa crepuscolare diagnosi mi sembra non aver perso nulla della sua attualità<sup>61</sup>. Essa è venuta, anzi, arricchendosi di nuove sinistre sfumature, strettamente legate all'altra faccia della crisi delle democrazie costituzionali contemporanee: quella incarnata non dalla progressiva perdita di centralità della «politica democratica» di fronte all'emergere di nuovi luoghi «impolitici» di decisione all'interno e all'esterno dello Stato, bensì dalla torsione personalistica e plebiscitaria innescatasi dagli stessi sistemi democratico-rappresentativi per effetto di un paradossale cortocircuito con una ormai endemica crisi di legittimazione e funzionalità. In questi strani tempi che ci è toccato di vivere, all'«impotenza» della politica nei confronti dell'economia globalizzata ha fatto paradossalmente riscontro, infatti, una sua rinnovata pretesa di «onnipotenza» nei confronti delle persone e dei loro diritti fondamentali<sup>62</sup>, che trova la sua espressione più esplicita, anche dal punto di vista simbolico, in una muscolare interpretazione del principio di maggioranza decisamente insofferente nei confronti di quella cultura dei limiti e delle garanzie entrata nello spazio della moderna demo-

crazia costituzionale proprio attraverso la tradizione del «costituzionalismo liberale». Alludo, evidentemente, a quella deformante rilettura anti-universalistica e autoritaria della consolidata costellazione di principi della moderna «politica democratica» che, in mancanza di meglio, ci siamo abituati da qualche tempo a declinare sotto la comprensiva – e un po' vaga – categoria di «populismo»<sup>63</sup>. Una prospettiva, questa, che autori come Luigi Ferrajoli ritengono di poter far rientrare *tout court* nella patologica tendenza alla «decostituzionalizzazione» caratteristica delle società contemporanee, ma che a ben vedere intrattiene con la dimensione «costituzionale» come luogo di costruzione per eccellenza delle moderne forme di convivenza politica e sociale un rapporto più complesso e contraddittorio, perfettamente esemplificato dalle vicende che alla periferia stessa della UE, ma non solo, hanno portato alla nascita di un inquietante – e potenzialmente contagioso – modello di «democrazia illiberale»<sup>64</sup>.

Ci troviamo in presenza di fenomeni destinati, ancora una volta, a modificare il nostro consolidato utilizzo del tradizionale vocabolario della «costituzionalità»? I segnali in questo senso non mancano, come dimostra il percorso di ricerca del sociologo costituzionale Paul Blokker che, dopo aver esplorato a lungo il composito universo fenomenologico del «populismo costituzionale (*constitutional populism*)» di alcuni regimi dell'Est Europa (in primo luogo Polonia e Ungheria), nei suoi studi più recenti è venuto disegnano il profilo di un vero e proprio «costituzionalismo populista (*populist constitutionalism*)» inteso come una «controcorrente fortemente critica nei confronti del costituzionalismo di impronta liberale»<sup>65</sup>, diretta a mobili-

tare le forze conservatrici di quelle società contro il cosiddetto «dominio legalistico-liberale (*liberal-legalist domination*)» delle élites post-comuniste<sup>66</sup>. Alla base di questo ampliamento – per molti fortemente traumatico – della tradizionale «semantica del costituzionalismo» si pone la convinzione dell'autore che la grande trasformazione in atto a livello istituzionale in Polonia e in Ungheria non possa essere liquidata come un mero smantellamento dei fondamenti della democrazia costituzionale, poiché include, «in un modo o nell'altro, anche forme di produzione costituzionale». Di più, che in quel processo entrino in campo anche «questioni strutturali» legate all'irrisolto rapporto tra «democrazia» e «costituzionalismo», capaci in quanto tali di entrare in risonanza con le istanze di attori politici e sociali «non definibili come populisti», alimentando a livello internazionale l'avanzata di una «mentalità costituzionalistico-populista (*populist-constitutional mindset*)», che potrebbe condurre potenzialmente ad una più ampia erosione degli ideali del costituzionalismo liberale». Da questo punto di vista, conclude perciò Blokker,

una comprensione più penetrante del fenomeno del costituzionalismo populistico è necessaria se si vogliono elaborare, e mettere in pratica, valide alternative democratiche. Quest'ultima questione riflette l'idea che le manifestazioni di populismo implicano un profondo disagio nei confronti delle esistenti istituzioni democratiche e un loro cattivo funzionamento. Esso indica anche che un semplice rafforzamento dello stato liberale, democratico-costituzionale può non essere sufficiente né efficace<sup>67</sup>.

In realtà, Blokker non è l'unico protagonista del più recente dibattito sul tema ad insistere affinché si prenda sul serio il «progetto costituzionale» dei regimi po-

pulisti, sforzandosi di discutere nel dettaglio le «idee costituzionali» poste alla sua base<sup>68</sup>. Né è l'unico autore a proporre di confrontarsi con questo specifico contesto problematico muovendo dalla complessa vicenda del «costituzionalismo» moderno, al fine di riportare alla luce le costitutive aporie e le polarizzate linee di sviluppo che a ben vedere si celano dietro la *fictio* di una unitaria vicenda evolutiva. Al contrario, proprio questa è l'aspetto con cui ci si presenta oggi la peculiare *dialettica del costituzionalismo* innescata dalla progressiva frammentazione e decomposizione della articolata costellazione di principi e valori posta alla base della vicenda storica delle liberal-democrazie occidentali<sup>69</sup>. Un aspetto letteralmente labirintico, se è vero che confrontarsi con la «strana molteplicità»<sup>70</sup> prodotta dal divenire del punto di vista costituzionale nell'epoca della globalizzazione e del «populist turn» significa più che mai fare i conti con le molteplici linee di sviluppo di un «costituzionalismo aggettivale», apparentemente ormai del tutto incapace di sintesi, anche dal punto di vista storiografico<sup>71</sup>. Credo che il compito di una *storia costituzionale del costituziona-*

*lismo* davvero all'altezza del proprio ruolo sia oggi proprio quello di provare a rimettere ordine dove ordine apparentemente non c'è, sforzandosi di tenere assieme i due imperativi metodologici emersi dalle esperienze degli ultimi anni: da un lato la massima apertura alla varietà delle dinamiche storico-costituzionali, colte contemporaneamente nel loro contesto di produzione teorico-concettuale e nelle loro concrete ricadute socio-politiche, ma dall'altro la massima attenzione all'esigenza di una valutazione *critica* di quelle stesse esperienze, che salvaguardi la tensione normativa presente nella storia (e nella storiografia) del «costituzionalismo» moderno fin dalle sue origini. Sono convinto che questo sia il compito più urgente che attende il variegato gruppo di studiosi che da molti anni alimenta le linee di ricerca del «Giornale di Storia costituzionale», magari senza attendere il prossimo anniversario.

<sup>1</sup> In questa sede non posso, ovviamente, ricordare tutti gli amici e i colleghi con i quali ho condiviso momenti di intensa creatività intellettuale. Oltre a Luigi Lacchè, Cesare Pinelli e Giovanni Ruocco, vorrei ricordare però almeno Roberto Bin, Paolo Colombo, Sergio Luzzatto e Vittorio Emanuele Parsi: del vorticoso scambio intellettuale che animava le giornate – e le serate! – maceratesi reca traccia evidente anche la rivista di cui

quest'anno si celebra il ventennale.

<sup>2</sup> Nicola Matteucci, *Le origini del costituzionalismo moderno*, in *Storia delle idee politiche economiche e sociali*, diretta da Luigi Firpo, Vol. IV: *L'età moderna*, Tomo I: *Absolutismo, diritto naturale, costituzioni*, Torino, UTET, 1980, pp. 559-635; Idem, *Dal costituzionalismo al liberalismo*, ivi, Vol. IV, Tomo II: *Illuminismo, rivoluzioni, restaurazione*, Torino, UTET, 1975, pp. 13-175.

Come è noto, i due capitoli sarebbero confluiti, con una tempistica tutt'altro che lineare, in una delle opere più celebri di Matteucci, il volume *Organizzazione del potere e libertà: storia del costituzionalismo moderno*, Torino, UTET, 1976; rist. Bologna, il Mulino, 2015.

<sup>3</sup> Matteucci, *Le origini del costituzionalismo moderno*, cit., p. 560. Nel primo paragrafo di questo capitolo, divenuto il primo capitolo di *Organizzazione del potere e libertà*,

Matteucci precisava di utilizzare il termine «scrittori» «perché queste idee – o ideali – legali non sempre vengono formulate da grandi pensatori, proprio per l'intrinseca prosaicità o per la mancanza di universalità di ogni discorso legato al dato giuridico; ma, alla mancanza di profondità speculativa, corrisponde spesso l'esattezza della risposta data dai costituzionalisti ai problemi del loro tempo, che è possibile misurare guardando alla capacità dimostrata da questa risposta a fornire un ordine di riferimento alle forze politiche con soluzioni giuridicamente costruttive».

- <sup>4</sup> *Ibidem*. Per un richiamo esplicito al giurista franco-russo si veda N. Matteucci, *Breve storia del costituzionalismo*, in «Terzo programma. Quaderni trimestrali», n. 2, 1964, rist. Brescia, Morcelliana, 2010, p. 23. Sulla «technique de la liberté» come «*but de la science constitutionnelle contemporaine*» cfr. tra l'altro, B. Mirkin-Guetzévitch, *Les constitutions européennes*, Paris, Puf, 1951, p. 154.
- <sup>5</sup> Matteucci, *Le origini del costituzionalismo moderno*, cit., p. 561.
- <sup>6</sup> *Ibidem*: «Il moderno costituzionalismo è così legato, da un lato, ad alcune correnti del contrattualismo e, dall'altro, alla rivoluzione liberale il cui obiettivo fu meno quello di dare una diversa legittimazione al potere, e più quello del modo in cui esso deve essere esercitato, per garantire ai cittadini concrete libertà politiche, sociali e civili, per consentire agli individui la libera esplicazione della loro personalità».
- <sup>7</sup> Per farsi un'idea delle tappe di questo itinerario si veda, almeno, N. Matteucci, *Concezioni storiografiche e politiche sulle origini del costituzionalismo inglese*, in «Terzo Programma», n. 4, 1961, pp. 220-228; Idem, *Introduzione a Antologia dei Costituzionalisti inglesi*, Bologna, il Mulino, 1962, pp. 5-42; Idem, *Positivism giuridico e costituzionalismo*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura

civile», XVII, n. 3, 1963, pp. 985-1100 (ristampa anastatica fuori commercio, Bologna, 1995), oltre al già citato *Breve storia del costituzionalismo*, in «Terzo Programma», n. 2, 1964, pp. 110-147.

- <sup>8</sup> M. Fioravanti, *Il costituzionalismo del Novecento*, in *Il liberalismo di Nicola Matteucci*, a cura di Tiziano Bonazzi e Saffo Testoni Binetti, Bologna, il Mulino, 2007, pp. 33-44, in part. p. 35. Ma su questo aspetto dell'itinerario intellettuale di Matteucci si veda anche l'utilissima ricostruzione di Costanza Margiotta, *Bobbio e Matteucci su costituzionalismo e positivism giuridico. Con una lettera di Norberto Bobbio a Nicola Matteucci*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», XXX, n. 2, 2000, pp. 387-425. Per una esplicita tematizzazione di questo cruciale aspetto della "semantica del costituzionalismo" cfr. N. Matteucci, *Costituzionalismo*, in *Dizionario di Politica*, diretto da N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino, Torino, UTET, 1976, pp. 262-274, in part. pp. 262 s.
- <sup>9</sup> Fioravanti, *Il costituzionalismo del Novecento*, cit., p. 36. E ancora: «Per Matteucci, al contrario, la costituzione non era suprema semplicemente perché posta al vertice della gerarchia delle fonti di diritto statualisticamente intesa, ma perché prima ancora di avere uno Stato, una qualsivoglia legge, o altra fonte di diritto, era necessario avere un *ordine politico*, e dunque una *costituzione*. Per i giuristi del positivismo giuridico, la costituzione presupponeva lo Stato; come qualsiasi altra norma positiva, per Matteucci valeva assolutamente l'opposto: che vi poteva essere tanto Stato, tanto potere pubblico autorizzato, quanto la costituzione ne prevedeva. Era dunque lo Stato a dover presupporre la costituzione, e non viceversa». Da qui la drastica conclusione a cui giunge Fioravanti: «È corretto affermare che Matteucci costruisce il suo costituzionalismo, tendente

a rilanciare una nozione prescrittiva e contenutistica della costituzione, contro i giuristi, contro la dominante cultura giuridica». Sui più generali aspetti politico-culturali di questo passaggio si veda anche M. Fioravanti, *Costituzionalismo e positivism giuridico*, <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3015/3.pdf>>.

- <sup>10</sup> W. Heun, *Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit im Vergleich*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, pp. 19 s.
- <sup>11</sup> Cfr. Matteucci, *Breve storia del costituzionalismo*, cit., pp. 27 e 38 s. Il riferimento è, rispettivamente, a C.J. Friedrich, *Constitutional Government and Democracy*, Boston, 1941, p. 4. C.H. McIlwain, *Constitutionalism: ancient and modern*, Ithaca, N.Y., 1940; 2. ed. 1947 e E.S. Corwin, *The "Higher Law" background of American Constitutional Law*, New York, Great Seal Books, 1929.
- <sup>12</sup> Matteucci, *Breve storia del costituzionalismo*, cit., p. 23: «Con il termine costituzionalismo si è soliti indicare un complesso di concezioni politiche, di procedure giuridiche e di valori morali, elaborato nel corso dei secoli con l'intento di garantire i singoli individui dal pericolo di un regime arbitrario, ponendo limiti, controlli e regole all'esercizio del potere politico. Con una formula assai suggestiva un giurista francese di origine russa, Boris Mirkin-Guetzévitch, ha definito il costituzionalismo come la "tecnica della libertà"; e cioè quella tecnica giuridica attraverso la quale ai cittadini viene assicurato l'esercizio dei loro diritti individuali, e, nel contempo, lo Stato è posto nella condizione di non poterli violare».
- <sup>13</sup> McIlwain, *Constitutionalism: ancient and modern*, cit. (trad. it. *Costituzionalismo: antico e moderno*, Bologna 1990, p. 44). La lunga consuetudine di Matteucci con la storiografia di McIlwain emerge anche nell'*Introduzione* scritta

- per la riedizione italiana del testo, da lui promossa presso il Mulino (ivi, pp. 7-19). Sul punto si veda però l'ottima messa a punto di Margiotta in *Bobbio e Matteucci su costituzionalismo e positivismo giuridico*, cit., pp. 388 ss.
- <sup>14</sup> Cfr. Matteucci, *Dal costituzionalismo al liberalismo*, cit., pp. 167 s.
- <sup>15</sup> M. Fioravanti, *Introduzione*, in Matteucci, *Organizzazione del potere e libertà*, cit., pp. 9 s.
- <sup>16</sup> Matteucci, *Le origini del costituzionalismo moderno*, cit., p. 559.
- <sup>17</sup> *Ibidem*.
- <sup>18</sup> Matteucci, *Le origini del costituzionalismo moderno*, cit., p. 562.
- <sup>19</sup> P. Schiera, *Misura per misura. Dalla global polity al buon governo e ritorno*, in «Scienza & Politica», Deposito n. 1, 2015, p. 454.
- <sup>20</sup> Al proposito si vedano le interessanti note di autobiografia intellettuale che scandiscono Pierangelo Schiera, *Per la storia costituzionale*, in «Giornale di Storia costituzionale», n. 32, 2016, pp. 17-27. Una esaustiva raccolta dei principali contributi offerti da Schiera in questo ambito di ricerca è stata pubblicata recentemente dalla Editrice Morcelliana con il titolo *Profili di storia costituzionale* (Vol. 1: *Dottrina politica e istituzioni*, Brescia, 2011; Vol. 2: *Potere e legittimità*, Brescia, 2012), a cui aggiungerei P. Schiera, *Società e Stato per un'identità borghese. Scritti scelti*, in «Quaderni di Scienza & Politica», Vol. 4, 2016.
- <sup>21</sup> Mi riferisco, ovviamente, all'approccio «dualistico» alla storia costituzionale americana proposto da Bruce Ackerman nei primi due volumi dell'ormai classico *We the People* (Vol. 1: *Foundations*, Cambridge-London, Belknap Press; Vol. 2: *Transformations*, Cambridge-London, Belknap Press, 1998). Per un primo inquadramento del "modello Ackerman" e del suo contesto di emersione sono ancora utili le annotazioni svolte da Brunella Casalini nel saggio *Sovranità popolare, governo della legge e governo dei*

- giudici negli Stati Uniti d'America*, in *Lo stato di diritto: storia, teoria, critica*, a cura di P. Costa e D. Zolo, con la collaborazione di E. Santoro, Milano, Feltrinelli, 2002, pp. 224-259, in part. pp. 244 ss.
- <sup>22</sup> In questo caso il riferimento è, altrettanto ovviamente, alla prima "trilogia democratica" composta da Pierre Rosanvallon, *Le sacre du citoyen. Du suffrage universel en France*, Paris, Gallimard, 1992 (trad. it. *La rivoluzione dell'uguaglianza*, Milano, Anabasi, 1994); Idem, *Le peuple introuvable. Histoire de la représentation démocratique en France*, Paris, Gallimard, 1998 (trad. it. *Il popolo introuvable. Storia della rappresentanza democratica in Francia*, Bologna, il Mulino, 2005); Idem, *La démocratie inachevée. Histoire de la souveraineté du peuple en France*, Paris, Gallimard, 2000. Credo però che in questa sede meriti almeno una menzione, per le feconde intuizioni metodologiche che ne guidano la costruzione, anche *Le moment Guizot*, Paris, Gallimard, 1985.
- <sup>23</sup> Sui fondamenti metodologici della storiografia del discorso politico di Cambridge si veda almeno J. Tully (ed.), *Meaning and Context. Quentin Skinner and his Critics*, Princeton, Princeton University Press, 1988; Q. Skinner, *Visions of Politics*, Vol. I: *Regarding Method*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002; J.G.A. Pocock, *Politics, Language and Time. Essays on Political Thought and History*, Chicago, University of Chicago Press, 1971, 1989; Idem, *Virtue, Commerce and History. Essays on Political Thought and History, Chiefly in the Eighteenth Century*, Cambridge, Cambridge University Press, 1985.
- <sup>24</sup> Cfr. R. Koselleck, *Begriffsgeschichte und Sozialgeschichte*, in Idem, *Vergangene Zukunft. Zur Semantik geschichtlicher Zeiten*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1979 (trad. it. *Storia dei concetti e storia sociale*, in R. Koselleck, *Futuro passato. Per una semantica dei tempi storici*,

- Genova, Marietti, 1986, pp. 91-108); Idem, *Sozialgeschichte und Begriffsgeschichte*, in R. Koselleck, *Begriffsgeschichten*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2010.
- <sup>25</sup> R. Koselleck, «Neuzeit». *Zur Semantik moderner Bewegungsbegriffe*, in Idem, *Vergangene Zukunft*, cit. (trad. it. «Età moderna (Neuzeit)». *Sulla semantica dei moderni concetti di movimento*, in Koselleck, *Futuro passato*, cit., pp. 258-299).
- <sup>26</sup> Nel caso del primo Pocock, ci si deve accontentare dell'insoddisfazione dichiarata nei confronti della generale nozione di "constitutionalism" in un passo del primo capitolo di *The Ancient Constitution and the Feudal Law. A study of English Historical Thought in the Seventeenth Century. A Reissue with Retrospect*, London-New York, 1987 (1 ediz. 1957), pp. 17 s. Retrospectivamente colpisce, peraltro, l'utilizzo della categoria di «ancient-constitutionalism» introdotto nelle aggiunte all'edizione del 1987. Il termine «constitutionalism» è pressoché assente, invece, nell'altra grande opera giovanile di Pocock, *The Machiavellian Moment. Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*, Princeton, Princeton University Press, 1975. Per quanto riguarda Skinner, mi limiterò a sottolineare che tale nozione fa parte dell'impianto categoriale di *The Foundations of Modern Political Thought*, Cambridge, Cambridge University Press, 1978, senza che a ciò corrisponda alcuna messa a punto del suo contenuto storiografico. Mi sembra che lo storiografo si possa dire del ben più recente M. van Gelderen, Q. Skinner (eds.), *Republicanism. A Shared European Heritage*, Vol. 1: *Republicanism and Constitutionalism in Early Modern Europe*, Cambridge-New York, Cambridge University Press, 2002; Vol. 2: *The Values of Republicanism in Early Modern Europe*, Cambridge-New York, Cambridge University Press, 2002).

- <sup>27</sup> Il massimo sforzo in questo senso mi sembra sia stato compiuto dagli estensori del *Lexikon* nella voce *Parlament, parlamentarische Regierung, Parlamentarismus*, in *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, herg. von O. Brunner, W. Conze, R. Koselleck, Bd. 4, Stuttgart, Klett-Clotta, 1978, pp. 649 ss. Colpisce, tuttavia, che questa componente cruciale del moderno lessico costituzionale sia rimasta fuori dallo sviluppo ricostruttivo della voce *Verfassung*, scritta in due parti da H. Mohnhaupt e D. Grimm per il sesto volume dei *Geschichtliche Grundbegriffe* (1990) e poi ripubblicata in versione ampliata in H. Mohnhaupt, D. Grimm, *Verfassung. Zur Geschichte des Begriffs von der Antike bis zur Gegenwart. Zwei Studien*, Berlin, Duncker & Humblot, 1995, 2002<sup>2</sup> (trad. it. *Costituzione. Storia di un concetto dall'Antichità a oggi*, Roma, Carocci, 2008). Per le occorrenze del lemma «Konstitutionalismus» si veda *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. 8/1: *Register*, Stuttgart, Klett-Clotta, 1997, p. 632.
- <sup>28</sup> S. Holmes, *Passions and Constraint. On the Theory of Liberal Democracy*, Chicago, University of Chicago Press, 1995 (trad. it. *Passioni e vincoli. I fondamenti della democrazia liberale*, Milano, Edizioni di Comunità, 1998).
- <sup>29</sup> Ivi, p. 11: «Ogni qual volta gli studiosi di dottrina della politica intendono il costituzionalismo come reazione contro il potere sovrano, la centralizzazione e la costruzione dello Stato, [...] essi scelgono, senza adeguata riflessione, il costituzionalismo negativo, ossia la tesi che le costituzioni sono precipuamente strumenti di prevenzione o di inibizione, mezzi per controllare o per reprimere la tirannia e altri abusi del potere. Il costituzionalismo negativo è più di una teoria, è un modo di vedere e valutare le istituzioni politiche. Nato da banalità sulla contrapposizione tra "liberalismo" e "as-

solutismo", oggi esso è diventato la premessa non argomentata di molte teorizzazioni sul rapporto tra costituzionalismo e democrazia. Si sostituisca la sovranità popolare alla sovranità dei re e si otterrà l'idea apparentemente ovvia che oggi la principale funzione del costituzionalismo è quella di prevenire gli "eccessi della democrazia". Solo i vincoli costituzionali possono prevenire la "tirannia della maggioranza", difendere i diritti individuali da governanti invadenti, e così via. Questa idea è corretta solo fino a un certo punto e non oltre. Uno degli obiettivi di questo libro, quindi, è quello di dimostrare i limiti del costituzionalismo negativo come premessa non argomentata della teoria democratica».

- <sup>30</sup> Holmes, *Passioni e vincoli*, cit., p. 12: «Per renderci conto dell'ineadeguatezza del costituzionalismo negativo, è essenziale che torniamo prima alle origini dell'idea e che mettiamo in discussione l'assunto apparentemente ovvio che inizialmente le costituzioni sono state concepite contro la sovranità dei re. Un'attenta lettura di Bodin verrà a mettere a nudo l'infondatezza di questa premessa e quindi ci aiuterà a individuare un nuovo fondamento del costituzionalismo. Bodin, infatti, può considerarsi il padre del costituzionalismo positivo. I limiti costituzionali, egli dice, lungi dal sovvertire la sovranità regale, possono rafforzarla. Questa è una tesi degna di nota che poi i liberali (per esempio James Madison) avrebbero ripreso e arditamente applicato alla sovranità popolare». Per una articolata discussione di questo aspetto della teoria politica di Bodin si veda *ivi*, pp. 147-190.
- <sup>31</sup> Mi riferisco, in particolare, alla discussione sulla corrente del "neo-costituzionalismo" che in anni recenti ha coinvolto giuristi e filosofi del diritto, in Italia e non solo. Su questo tema si veda almeno G. Pino, *Principi, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale*.

*Sul neocostituzionalismo e i suoi critici*, in «Giurisprudenza costituzionale», vol. 56, n. 1, 2011, pp. 965-997; M. Barberis, *Esiste il neocostituzionalismo?*, in «Analisi e diritto», 2011, pp. 11-30.

- <sup>32</sup> Per una dimostrazione sufficientemente esemplificativa delle potenzialità offerte da questo tipo di approccio per il rinnovamento della storiografia sul «costituzionalismo» si veda M. Barberis, *Il costituzionalismo repubblicano di Constant e Madame de Staël*, in «Giornale di Storia costituzionale», n. 3, 2002, pp. 97-117.
- <sup>33</sup> Di grande stimolo in questa prospettiva sono state le ricerche di Roberto Martucci sul laboratorio costituente della Rivoluzione francese, culminate nel volume *L'ossessione costituente. Forma di governo e costituzione nella Rivoluzione francese (1789-1799)*, Bologna, il Mulino, 2001. Sulla scia del suo lavoro di scavo delle fonti rivoluzionarie molti di noi hanno cominciato a riflettere sul lato più oscuro dei processi di costituzionalizzazione rivoluzionaria, una prospettiva che personalmente mi ha condotto ad affrontare la dimensione costituzionale del "regime bonapartista". Cfr. L. Scuccimarra, *La sciabola di Sieyès. Le giornate di brumaio e la genesi del regime bonapartista*, Bologna, il Mulino, 2006.
- <sup>34</sup> Su questo punto si veda ora P. Schiera, *El Constitucionalismo como discurso político*, Santander, Catedras de Excelencia Universidad Carlos III, 2012.
- <sup>35</sup> Per una messa a punto preliminare di questo specifico aspetto della storia del costituzionalismo ottocentesco si veda P. Colombo, *Costituzione come ideologia. Le rivoluzioni italiane del 1820-21 e la Costituzione di Cadice*, in J.M. Portilo Valdès, *La Nazione cattolica. Cadice 1812: una costituzione per la Spagna*, Manduria-Bari-Roma, Lacaita, 1998, pp. 129-157.
- <sup>36</sup> L. Lacchè, *History & Constitution. Developments in European Constitutionalism: the comparative expe-*

- rience of Italy, France, Switzerland and Belgium (19<sup>th</sup>-20<sup>th</sup> centuries), Frankfurt am Main, Klostermann, 2016.
- <sup>37</sup> L. Lacchè, *Il costituzionalismo liberale*, in P. Cappellini, P. Costa, M. Fioravanti, B. Sordi (a cura di), *Il contributo italiano alla storia del pensiero*, in *Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti*, Ottava appendice: Diritto, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2012, pp. 294-301. Sul «costituzionalismo delle Chartes» si veda anche 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.
- <sup>38</sup> Lacchè, *Il costituzionalismo liberale*, cit., p. 300.
- <sup>39</sup> L. Lacchè, *Rethinking Constitutionalism between History and Global World: Realities and Challenges*, in «Giornale di Storia costituzionale», n. 32, 2016, p. 25.
- <sup>40</sup> Sul tema si vedano le riflessioni, per molti versi, ancora attuali, svolte da Danilo Zolo nel volume *Il principato democratico. Per una teoria realistica della democrazia*, Milano, Feltrinelli, 1992, pp. 73 ss. e da Ulrich Beck nell'ormai classico *Risikogesellschaft: auf den weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1986 (trad. it. *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, Carocci, 2000).
- <sup>41</sup> Per un'attualizzazione del modello habermasiano si veda Walter Privitera, *Sfera pubblica e democratizzazione*, Roma-Bari, Laterza, 2001, pp. 152 ss. Ma sul tema si veda anche C. Crouch, *Postdemocrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2003; P. Breton, *L'incompétence démocratique. La crise de la parole aux sources du malaise (dans la) politique*, Paris, La Découverte, 2006.
- <sup>42</sup> Si veda, al proposito, l'impetuosa autocritica sulle potenzialità emancipatorie della Rete recentemente proposta da Colin Crouch, uno dei principali protagonisti del dibattito sulla crisi della democrazia, in *Combattere la post-democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2020.
- <sup>43</sup> C. Galli, *Il disagio della democrazia*, Torino, Einaudi, 2011, p. 5.
- <sup>44</sup> G. Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, Laterza, 2013, pp. 26 ss.
- <sup>45</sup> *Il futuro della costituzione*, a cura di G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro, J. Luther, Torino, Einaudi, 1996.
- <sup>46</sup> C. Pinelli, *Financial Markets and Societal Constitutionalism*, in «Journal of Law and Society», Vol. 45/S1, 2018, pp. 204-219, in part. p. 205: «A flourishing literature emphasized in fact the end of familiar pieces of the constitutional landscape, such as the nation state, history, geography, politics, democracy, territory, work, and power, without giving a corresponding account of the beginning of something else».
- <sup>47</sup> H. Hofmann, *Riflessioni sull'origine, lo sviluppo e la crisi del concetto di Costituzione*, in *Sui concetti giuridici e politici della costituzione dell'Europa*, a cura di S. Chignola e G. Duso, Milano FrancoAngeli, 2005, pp. 227-237, in part. pp. 236 s.; Ma sul punto si veda, più diffusamente, Idem, *Vom Wesen der Verfassung*, in «Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart», Neue Folge, Vol. 51, 2002, pp. 2-20, in part. pp. 15 ss.); G. Duso, *L'Europa e la fine della sovranità*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico», Vol. 31/1, 2002, pp. 109-139, in part. pp. 136 ss.
- <sup>48</sup> L. Ferrajoli, *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, Roma-Bari, Laterza, 2013, pp. 144 s.
- <sup>49</sup> W. Brown, *Nous sommes tous démocrates à présent*, in AA.VV., *Démocratie, dans quel état?*, Paris, La fabrique, 2009 (trad. it. *Oggi siamo tutti democratici...*, in *In che stato è la democrazia*, Roma, notetempo, 2010, pp. 71-93, in part. pp. 76 s.).
- <sup>50</sup> M. Loughlin, *What is Constitutionalisation?*, in P. Dobner, M. Loughlin (eds.), *The Twilight of Constitutionalism?*, New York, Oxford University Press, 2010, pp. 47-69.
- <sup>51</sup> F. Rimoli, *Costituzionalismo societario e integrazione politica. Prime riflessioni sulle teorie funzionalistiche di Teubner e Sciulli*, in «Diritto Pubblico», Vol. 2, 2012, pp. 357-402, in part. p. 358. Ma per una lettura di lungo periodo dei complessi rapporti tra «costituzionalismo» e ordine sociale si veda M. Ricciardi, *Costituzionalismo e crisi. Sulle trasformazioni di un paradigma politico dell'ordine*, in «Giornale di Storia costituzionale», n. 32, 2016, numero monografico: *Ripensare il costituzionalismo nell'era globale*, 2016, pp. 101-118.
- <sup>52</sup> S. Gill, A. C. Cutler, *New constitutionalism and world order: general introduction*, in Eadem (eds.), *New Constitutionalism and World Order*, Cambridge-New York, Cambridge University Press, 2014, pp. 1-21, in part. p. 1. E ancora: «We believe that these developments mandate new forms of theoretical integration, for example between law and political economy, to better explain key aspects of the twenty-first-century world and some of its potentials for transformation. In that context our principal aim is to map out and explore a new terrain of enquiry in a synthesis of diverse forms of knowledge (law, politics, political economy, sociology and ecology) to seek to explain the reconstitution of power and governance in the emerging world order – one that is characterized by increasing crises, dislocations and political contestation in ways that are reframing the very meaning of traditional constitutionalism». Ma sul tema, in una prospettiva di *critical legal studies*, si veda H.A. García, *Neoliberalism as a form of authoritarian constitutionalism*, in H.A. García, G. Frankenberg (eds.), *Authoritarian Constitutionalism. Comparative Analysis and Critique*, Cheltenham-Northampton, Elgar, 2019, pp. 37-56.
- <sup>53</sup> Sulle affinità e le divergenze esi-

- stenti tra questi due gruppi di proposte si veda R. Car, *Via giuridica e via sociologica al global constitutionalism: una critica politico-costituzionale*, in «Giornale di Storia costituzionale», n. 32, 2016, pp. 183-204.
- <sup>54</sup> A. Peters, *Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures*, in «Leiden Journal of International Law», Vol. 19, 2006, pp. 579-610, in part., p. 583.
- <sup>55</sup> Rimoli, *Costituzionalismo societario e integrazione politica*, cit., p. 359. Ma sul punto si veda anche Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, cit., pp. 158 ss. Discorso a parte meriterebbe la riflessione sviluppata nel corso dell'ultimo trentennio su questi temi da Dieter Grimm. Per ovvi motivi di spazio mi limito a richiamare D. Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991; Idem, *Die Zukunft der Verfassung II. Auswirkungen von Europäisierung und Globalisierung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2012 e, per una sintesi recente, *Constitutionalism: Past, Present and Future*, in «Nomos – Le attualità nel diritto», n. 2, 2018.
- <sup>56</sup> C. Azzariti, *Democrazia e costituzione nei grandi spazi della Contemporaneità*, in «Giornale di Storia costituzionale», n. 32, 2016, pp. 231-239, in part. p. 232.
- <sup>57</sup> Cfr. Peters, *Compensatory Constitutionalism*, cit., pp. 581 ss.
- <sup>58</sup> Lacchè, *Rethinking Constitutionalism between History and Global World: Realities and Challenges*, cit., in part. p. 16.
- <sup>59</sup> Car, *Via giuridica e via sociologica al global constitutionalism*, cit., pp. 201 s.
- <sup>60</sup> Azzariti, *Democrazia e costituzione nei grandi spazi della Contemporaneità*, cit., p. 235.
- <sup>61</sup> L'allusione è, ovviamente, al già citato volume *The Twilight of Constitutionalism?*, a cura di P. Dobner e M. Loughlin.
- <sup>62</sup> Ferrajoli, *La democrazia attraverso i diritti*, cit., pp. 159 ss.
- <sup>63</sup> Questa è, in particolare, la lettura del fenomeno offerta da J.-W. Müller nel volume *What is Populism?*, University of Pennsylvania Press, 2016 (trad. it. *Che cos'è il populismo?*, Milano, Università Bocconi Editore, 2017, pp. 7 s.). Più sfumata sul punto la posizione assunta da Carlos de la Torre, coordinatore di un imponente progetto di ricerca sul «global populism», in *Global Populism: histories, trajectories, problems and challenges*, in Idem (ed.), *Routledge Handbook of Global Populism*, London-New York, Routledge, 2019, pp. 1-27.
- <sup>64</sup> T. Chopin, «*Démocratie illibérale*» ou «*autoritarisme majoritaire*? Contribution à l'analyse des populismes en Europe», Jacques Delors Institut, Policy Paper n. 235, 2019, <<https://institutdelors.eu/en/publications/illiberal-democracy-or-majoritarian-authoritarianism-contribution-to-the-analysis-of-populisms-in-europe/>>. Ma sulla storia della categoria e le sue più recenti applicazioni si veda almeno M.F. Plattner, *Illiberal Democracy and the Struggle on the Right*, in «Journal of Democracy», Vol. 30/1, 2019, pp. 5-19.
- <sup>65</sup> P. Blokker, *Populist Constitutionalism*, in de la Torre (ed.), *Routledge Handbook of Global Populism*, cit., pp. 113-128, in part. p. 114.
- <sup>66</sup> P. Blokker, *Populist Counter-Constitutionalism, Conservatism, and Legal Fundamentalism*, in «European Constitutional Law Review», Vol. 15, 2019, pp. 519-543, in part. p. 521.
- <sup>67</sup> *Ibidem*.
- <sup>68</sup> P. Blokker, *Populism as a constitutional project*, in «I-CON», Vol. 17, n. 2, 2019, pp. 535-553.
- <sup>69</sup> Per un'utile ricognizione del sorprendente contesto di risonanze esistente tra questo aspetto del "populist turn" della politica internazionale e il recente dibattito americano sull'«elitismo costituzionale» si veda L. Corso, *I due volti del diritto. Élite e uomo comune nel costituzionalismo americano*, Torino, Giappichelli, 2016, in part. pp. 133 ss.
- <sup>70</sup> J. Tully, *Strange Multiplicity. Constitutionalism in an Age of Diversity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.
- <sup>71</sup> M. Tushnet, *Varieties of Constitutionalism*, in «I-CON», Vol. 14, n. 1, 2016, pp. 1-5.



# Preistoria costituzionale e svolta cosmopolitica

RONALD CAR

I rapporti di produzione borghese sono l'ultima forma antagonista del processo di produzione sociale; antagonista non nel senso di un antagonismo individuale, ma di un antagonismo che sorge dalle condizioni di vita sociali degli individui. [...] Con questa formazione sociale si chiude dunque la preistoria della società umana.

K. Marx, *Per la critica dell'Economia Politica*, 1859, prefazione.

## Introduzione

Nel 2016, mi presentai al direttore del "Center for Global Constitutionalism" di Berlino Matthias Kumm come uno studioso di storia costituzionale. Dissi che mi interessavo al costituzionalismo globale poiché vedo in esso la pagina più recente della sua storia. Kumm mi ribatté – con grande convinzione – che ciò che abbiamo visto finora non era che la preistoria costituzionale: spetterà al costituzionalismo globale, disse, scrivere la prima pagina della vera storia. Gli feci notare che le sue parole ricordano

le speranze di Marx nel socialismo quale vero inizio della storia dell'umanità, al che concordammo che il parallelo non era dei più beneauguranti.

Riflettendo sul ventennale del nostro giornale dedicato alla storia costituzionale, una catena di associazioni mi ha riportato a mente questo breve scambio di battute con l'autore della "svolta cosmopolitica" nella teoria costituzionale<sup>1</sup>. A dire di Kumm, solo una nuova prospettiva cosmopolitica potrà chiudere la preistoria del costituzionalismo – un'epoca in cui, per definizione, gli esseri umani faticano ad improntare i rapporti reciproci alla ragione.

La storia etimologica del termine "preistoria" inizia nel 1836 con un articolo della «Foreign Quarterly Review» dedicato agli antenati illetterati degli antichi romani<sup>2</sup>. Quando nel 1859 il termine appare nell'introduzione alla *Critica dell'Economia Politica* di Marx, il significato di "preistoria" e "mente preistorica" si è oramai ampiamente consolidato. Non è un caso se Marx vi ricorra per stigmatizzare la società bor-

ghese quale impedimento per il pieno sviluppo delle potenzialità umane: estrapolato dal linguaggio dell'archeologia vittoriana, il termine rispecchia l'impostazione progressivista dell'epoca riassumendo in sé le dicotomie preistorico/moderno o selvaggio/civilizzato che denotano l'avanzamento o la regressione di una società.

Nel discorso di Marx la regressione preistorica si manifesta nell'antagonismo della società borghese che impedisce la socializzazione degli individui. L'antagonismo è causato dalla contraddizione interna alla società borghese, che contrappone il carattere sempre più sociale della produzione alla concentrazione della proprietà sui mezzi di produzione in mani private. Tale contraddizione, sosteneva il padre del socialismo scientifico, non è una condanna per l'eternità: la "mente preistorica" può essere superata, poiché è l'uomo che fa la sua storia. Come asserì nei *Grundrisse*, «nell'atto della riproduzione stessa non si modificano solo le condizioni oggettive [...] ma si modificano anche i produttori in quanto estrinsecano nuove qualità, sviluppano e trasformano sé stessi attraverso la produzione, creano nuove forze e nuove concezioni, nuovi tipi di relazioni, nuovi bisogni ed un nuovo linguaggio»<sup>3</sup>.

Parimenti per Kumm, la storia dei costituzionalismi nazionali andrebbe stigmatizzata come mera preistoria. Ricalcando la similitudine con le riflessioni di Marx, si potrebbe dire che per Kumm l'antagonismo da superare derivi dalla insoluta contraddizione tra il carattere universale dei principi costituzionali (democrazia, stato di diritto, diritti fondamentali) e la loro declinazione nazionale. Ahinoi, si tratta proprio di quelle storie nazionali che il nostro «Giornale di Storia costituzionale» indaga da due

decenni, con l'ambizione di ricostruirne il mutare delle concezioni, delle interrelazioni e dei linguaggi.

La forza dell'argomento cosmopolitico è fuori discussione: è innegabile che, con buona pace delle dichiarazioni che riconoscono l'uguaglianza e l'inalienabilità dei diritti di tutti gli esseri umani, le costituzioni si rivolgono solo ai propri cittadini, dando alla cittadinanza il significato di una «discriminazione legalizzata»<sup>4</sup> soggetta alla «lotteria della nascita»<sup>5</sup>. Le conseguenze effettivamente ricordano le parole di Marx: i principi costituzionali devono piegarsi agli antagonismi che sorgono dai rapporti di forza tra e all'interno degli stati sovrani; lo stesso termine 'sovranità' evoca una legittimità di tipo auto-referenziale che poco si cura della necessità di integrarsi con il mondo esterno. Al carattere sempre più trans-nazionale della vita sociale si contrappone la concentrazione dei diritti costituzionalmente sanciti nelle mani dei sovrani nazionali. Se non ci impegniamo a sviluppare concezioni nuove che rispondano a tali obiezioni non ci sarà possibile superare gli antagonismi che crea questo costituzionalismo "preistorico"; antagonismi che Kumm definisce come «justice-sensitive externalities»<sup>6</sup>.

Bisogna riconoscere che i padri nobili del costituzionalismo moderno non si preoccupavano particolarmente di distinguere le *justice-sensitive externalities* da altri abusi di potere. Per il liberale James Madison il punto è semplicemente che «se gli uomini fossero angeli nessun governo sarebbe necessario...». Parimenti per il più democratico Thomas Paine: «i governi sono il segno della perdita dell'innocenza... Se gli impulsi della coscienza fossero chiari, uniformi e obbediti senza resistenza, l'uomo

non avrebbe bisogno di alcun altro legislatore; ma non essendo questo il caso...»<sup>7</sup>. La vacillante coscienza umana va quindi irretita da un sistema di regole costituzionali. Ma allora, sostiene Kumm, il medesimo argomento che a livello statale impone ai cittadini il dovere di rinunciare alla propria libertà in favore di «un'autorità costituzionale in grado di fornire procedure adeguatamente imparziali e partecipative per risolvere i disaccordi», dovrebbe essere riconosciuto anche nelle relazioni tra gli stati<sup>8</sup>. Eppure così non è, e ciò a causa di «una interpretazione fuorviante della tradizione costituzionale»<sup>9</sup>.

Al di là della battuta estemporanea sulla preistoria, questo argomento di Kumm sul modo di intendere la storia costituzionale va vagliato con attenzione. Proviamo ad interrogarci se – o fino a che punto – l'oggetto a cui da vent'anni la nostra rivista sta cercando di contribuire rischia di essere declassato a livello di una scompagnata preistoria del costituzionalismo. In altre parole, se veramente la "mente preistorica", con il suo carico di mistificazioni e prevaricazioni, mantiene nella storia e storiografia costituzionale un ruolo ben più centrale di quanto ci piaccia pensare?

### 1. *Uscire dalla caverna dello "statalismo democratico"*

Siamo dunque noi storici del costituzionalismo moderno e contemporaneo paragonabili a degli ostaggi della "mente preistorica"? A detta di Kumm evidentemente sì: non siamo consci dell'incongruenza del costituzionalismo nazionale, in primo luogo perché confidiamo nelle narrazioni

mistificatorie sul "momento costituente". Nell'opera collettanea del 2010 *The twilight of constitutionalism?* Kumm descrisse l'atteggiamento generale nei confronti della tradizione del costituzionalismo moderno come un oscillare tra il «trionfalismo» e la «nostalgia»<sup>10</sup>. Trionfalismo, per il presunto raggiungimento di una serie di traguardi: in primo luogo la diffusione globale degli ideali del costituzionalismo liberaldemocratico con la fine della Guerra Fredda, in secondo luogo la loro affermazione anche a livello sovra-nazionale, come nel caso dell'Unione Europea. Nostalgia, che invece si sostituisce ai toni trionfalistici man-mano che prendiamo atto come la globalizzazione stia progressivamente erodendo l'efficacia e svuotando di significato le gloriose costituzioni nazionali e come il costituzionalismo sovra-nazionale dell'UE sia cedevole di fronte alle incursioni della democrazia populista.

In realtà, ammonisce Kumm, ambedue atteggiamenti sono fuori luogo: è piuttosto inutile nutrire rimpianti nostalgici per il tramonto del «migliore dei tempi» nella storia del costituzionalismo democratico, né tantomeno dobbiamo temere l'avanzare del «peggiore dei tempi». Invece di narrare la storia del costituzionalismo moderno come di un'epoca d'oro, gli ultimi due secoli vanno intesi come i tempi dell'esclusivismo nazionale e dell'antagonismo tra ordinamenti sovrani. Finché obbediranno ad un paradigma che Kumm definisce «statalismo democratico»<sup>11</sup>, gli ordinamenti nazionali saranno d'ostacolo al vero dispiegarsi dei principi costituzionali.

Dalle parole di Kumm si potrebbe dedurre che oggi il paradigma dello statalismo democratico costituisce un eclatante esempio di 'dipendenza dal percorso' – *path*

*dependence* – cara alla scuola di neo-istituzionalismo storico. Non è fuori luogo sostenere che lo statalismo democratico fu indispensabile al momento della nascita del costituzionalismo moderno, poiché svolgeva la funzione essenziale di connettere – da un lato – gli ideali di libertà e uguaglianza delle rivoluzioni americana e francese e – dall’altro lato – le preesistenti concezioni sullo stato e sulla sovranità. Passato il momento critico, questa congiunzione si era radicata così solidamente nelle fondamenta teoriche del costituzionalismo moderno da assumere un significato deterministico; detto altrimenti, faticiamo ad immaginare un costituzionalismo privo di limiti nazionali.

Lo statalismo democratico, precisa Kumm, si è andato strutturando attorno a tre pilastri che si sostengono a vicenda: una costituzione scritta in cui sono codificate le leggi supreme dello stato sovrano; l’idea del potere costituente che a tale costituzione scritta attribuisce la necessaria *auctoritas*; ed infine una comunità politica che, in virtù della propria vitalità democratica, può evocare in maniera plausibile l’immagine del potere costituente. Si costituisce così un nesso tra il dato sociologico (la vita democratica) e il dato giuridico (la gerarchia delle fonti del diritto e quindi l’esistenza di una *higher law*).

Tale nesso, sostiene la dottrina del costituzionalismo nazionale, non può oltrepassare i confini dello stato nazionale, pena la perdita di verosimiglianza della vita democratica e quindi dell’immagine del potere costituente. Essendo le frontiere nazionali intrinseche al paradigma dello statalismo democratico, oggi temiamo che indebolendole, stiamo dilapidando il lascito ideale sia delle rivoluzioni democratiche

sia della legge e dell’ordine dello stato sovrano.

Con l’avanzare della globalizzazione stiamo verificando nella prassi quotidiana come il nostro cieco aderire al paradigma dello statalismo democratico ci stia spingendo verso un *cul-de-sac*. L’estensione dei rapporti economico-sociali oltre le frontiere nazionali sta rivelando la crescente inefficacia (e quindi inutilità) del sovrano nazionale nel garantire una pur residuale forma di controllo sociale. Pressati dall’evidenza, siamo diventati più disposti a prendere in considerazione l’argomento-shock avanzato da Kumm: che il fondamento ideale dello statalismo democratico – il famoso *We the People* – ci è sempre apparso «oscuro e non plausibile»<sup>12</sup>.

A livello logico, il paradosso insito nell’atto performativo *We the People* è piuttosto palese: come può il popolo dare vita alla costituzione dichiarando la propria volontà, e con lo stesso atto diventare popolo in virtù di tale costituzione?<sup>13</sup> La forma che assume il *demos* – quindi la questione essenziale su chi è dentro e chi è fuori di un ordinamento costituzionale democratico – dipende da una decisione originaria che però non può essere democratica, per l’impossibilità logica di decidere democraticamente chi è legittimato a decidere. Come è stato giustamente affermato, «è semplicemente incoerente costituire l’elettorato tramite il voto di elettori che saranno legittimati a decidere proprio in virtù di quello stesso voto»<sup>14</sup>. Il momento costituente, va ammesso, assomiglia ai mitici racconti di genesi che per mantenere l’efficacia narrativa devono essere schermati da ogni vaglio critico.

Inoltre, questa inconsistenza logica ci ricorda come il paradigma dello statalismo



Thomas Paine costringe la costituzione britannica al rispetto dei diritti dell'uomo nella caricatura di James Gillray, Fashion before Ease; —or.— A good Constitution sacrificed for a Fantastick Form, 1793

democratico ci induca ad associare fino a confonderli il potere costituente e la sovranità. Invece è di fondamentale importanza mantenere i due attentamente distinti per non ridurre la costituzione alla "decisione sovrana" di Schmitt. Come è stato recentemente sostenuto, la sovranità indica la capacità di trasformare ogni atto di volontà in legge, indifferentemente dal contenuto; il potere costituente invece, può produrre solo una costituzione, cioè solo un ordinamento rispettoso dei criteri del costituzionalismo<sup>15</sup>.

A livello storico poi, in molti casi i momenti costituenti hanno avuto delle credenziali democratiche assai dubbie (come anche la nostra rivista ha contribuito a dimostrare). Possiamo forse affermare che la Federazione degli Stati Uniti d'America si era costituita seguendo una procedura che corrisponde a quanto oggi intendiamo per volontà popolare, nonostante circa quattro quinti della sua popolazione furono esclusi dal *demos* (donne, nativi americani, neri – indifferentemente se schiavi o liberi, e maschi bianchi privi di proprietà o che non parlavano inglese<sup>16</sup>)?

Inoltre, il "momento costituente" degli Stati Uniti è avvenuto più di due secoli fa. Oggi il significato delle decisioni adottate non si può certo dire chiaro e indubbio. Il contenuto della *higher law* piuttosto dipende dalle alterne fortune nella lotta secolare tra le contrapposte dottrine interpretative, al punto che la storia costituzionale statunitense sembra in buona parte una cronaca delle dispute alla Corte Suprema tra i fautori dell'"originalismo" e quelli della "costituzione vivente"<sup>17</sup>. Nell'efficace sintesi di Bruce Ackerman, l'autorità della costituzione statunitense appare scissa tra due «mezze verità»: quella originalista, iden-

tificata con il giudice «Hugo Black, che celebra il principio della sovranità popolare, ma trivializza le conquiste recenti del popolo americano», e quella del giudice «Oliver Wendell Holmes, che riconosce che la costituzione vivente è andata ben oltre il momento fondativo, ma trivializza il principio di sovranità popolare»<sup>18</sup>.

La centralità del conflitto sul metodo interpretativo nel costituzionalismo statunitense evidenzia una questione più generale: il perdurare della lotta politico-ideologica tra i sostenitori del *demos* e i custodi della tradizione – lotta esplosa con le rivoluzioni democratiche di fine Settecento e da allora mai sopita. La *Great debate* tra Thomas Paine ed Edmund Burke del 1791 verteva proprio sul valore legittimatorio della "sanzione dei tempi immemori"<sup>19</sup>.

La tradizione – affermò Paine nei *Diritti dell'uomo* – non fu creata da secoli di giudizioso e prudente governo come assicurava Burke, bensì da secoli di pregiudizi e sopraffazioni, incertezze e confusioni. Ma poiché la volontà dei morti non ha alcun titolo da esibire per vincolare il consenso dei vivi, siamo liberi di disfarcene: «Da cosa o da dove il signor Burke deriva il diritto di qualsiasi potere umano di vincolare i posteri per sempre?»<sup>20</sup>. Possiamo sostenere – come recita la *Dichiarazione di indipendenza* – che «tutti gli uomini nascono uguali» solo se accettiamo l'idea che alla nascita non siamo segnati da alcun vincolo né privilegio ereditato dalle precedenti generazioni; nelle parole di Paine, «ogni bambino che viene al mondo deve essere considerato come se derivasse la propria esistenza da Dio. Il mondo gli è nuovo come lo era per il primo uomo che mai ci fu ed egli ha gli stessi diritti naturali che questi aveva allora»<sup>21</sup>. Tuttavia, i diritti di chi oggi nasce

sul suolo degli Stati Uniti sembrerebbero determinati dalle decisioni prese nel 1787 in nome del *We the People*. Eppure i custodi della costituzione non riescono a trovare un modo indubbio di intendere il significato odierno di tale *higher law*, ma sono scissi tra due "mezze verità".

L'altro sistema costituzionale che oggi, al pari di quello statunitense, annoveriamo tra i più prestigiosi è la Legge Fondamentale tedesca. Sia la procedura con cui fu adottata nel 1949 sia il fatto che non fu ridiscussa al momento della riunificazione nel 1990, indicano – afferma giustamente Kumm – che sarebbe «altamente artificioso localizzare l'autorità della costituzione tedesca in un atto costitutivo originario»<sup>22</sup>. Ciò è riconosciuto esplicitamente nella carta, che si chiude affermando all'articolo 146 che «La presente Legge fondamentale cesserà di aver vigore il giorno in cui subentrerà una Costituzione approvata con libera deliberazione dal popolo tedesco». Il nesso tra l'autorevolezza della Legge Fondamentale e il *We the People* è qui reciso in modo esplicito.

Ma l'aspetto dello statalismo democratico che più di ogni altro costituisce agli occhi di Kumm un peccato capitale è il suo ancoraggio nel nazionalismo ottocentesco. In modo del tutto aprioristico (come usava l'Ottocento europeo ai tempi delle "primavere delle nazioni") il paradigma statalista sostiene che non vi può essere alcun tipo di comunità capace di un genuino auto-governo democratico all'infuori della nazione<sup>23</sup>. Per di più, questo ancoramento del potere costituente nella volontà della nazione si confonde, come già detto, con la questione della sovranità, intesa come capacità illimitata di tradurre volontà in legge. Il risultato è la convinzione che la nazione ha il diritto di decidere da sola (e di codificare tale de-

cisione nella propria costituzione) in che modo intende concepire i rapporti con il mondo oltre le proprie frontiere, ossia con le altre nazioni e con la comunità internazionale. Ciò dimostra, afferma Kumm, che «a livello della sua struttura profonda, lo statalismo democratico non è solo volontaristico/positivistico, ma anche nazionalistico»<sup>24</sup>.

Una volta appurata la inconsistenza normativa, storica e ideologica dello statalismo democratico, Kumm ci fa voltare lo sguardo verso l'uscita dalla caverna della preistoria. Apprendiamo abbagliati che «non vi è alcuna procedura che in sé e per sé sia necessaria o sufficiente per fondare l'autorità legittima della costituzione»<sup>25</sup>. Il passo successivo per uscire alla luce consiste nel cessare di pensare alla legittimità costituzionale in termini volontaristici. Concretamente, non possiamo più nasconderci dietro l'immagine di un soggetto unitario etico-politico (la nazione o il popolo) insignito del potere costituente, che si dà una costituzione esprimendo la propria volontà in un momento storico di particolare significato, secondo una determinata procedura.

Fintanto che ci affidiamo a tale immagine, i valori fondanti del costituzionalismo – la democrazia, lo stato di diritto e i diritti umani – avranno nel processo costituente un ruolo puramente contingente. L'unico elemento veramente necessario sarà invece rappresentato da questa fittizia espressione di volontà del *pouvoir constituant*. «Il profondo coinvolgimento strutturale» del paradigma dello statalismo democratico è incentrato sull'esistenza di «una genuina comunità politica, non sulla democrazia»<sup>26</sup>. Pertanto, ciò a cui mira ogni legislatore costituzionale è di affermare in modo plausibile il proprio legame con tale "genuina"

comunità politica. Ottenuto lo scopo, il legislatore costituzionale diventa sovranamente libero di scegliere quale livello di democrazia intende dare alla nascente forma di governo, se e quali diritti umani vuole rispettare e come desidera rapportarsi con la comunità internazionale<sup>27</sup>.

Per inaugurare invece l'era della vera storia costituzionale dobbiamo, secondo Kumm, in primo luogo rivedere cosa vada inteso come contenuto della *higher law*. Questa deve contenere solo «ciò che può essere concepito da coloro a cui essa si rivolge come il risultato di una deliberazione collettiva di individui liberi e uguali»<sup>28</sup>. In altre parole, non importa né con quale procedura legale o politica né in nome di chi viene istituita una costituzione. La sua legittimità dipende dal fatto che il *demos* possa riconoscere nel suo contenuto una *higher law*, ossia quel tipo di norme a cui potrebbero acconsentire degli individui liberi ed uguali. Un testo costituzionale non acquista autorevolezza invocando formule magiche o entità metafisiche, ma solo dalla prassi in cui si realizzano i principi costituzionali<sup>29</sup>.

Quanto poi alla domanda centrale cosa vada inteso per *higher law*, ossia a quali principi costituzionali dovrebbero acconsentire degli individui liberi ed uguali, le risposte di Kumm rivelano un'impostazione fortemente kantiana. La *cosmopolitan turn* di Kumm trae dal diritto cosmopolitico di Kant l'ideale di un ordine globale costituito da stati liberal-democratici soggetti collettivamente all'autorità del diritto internazionale. In nome di un'autorità costituzionale cosmopolitica, il diritto internazionale «definisce le condizioni in base alle quali i sovrani possono governarsi, coordinarsi tra loro e cooperare»<sup>30</sup>, risolvendo ad un tempo il problema dell'ordine giusto sia

all'interno dello stato sia tra stati.

Riepilogando, il passaggio dalla preistoria alla storia richiede l'abbandono dei miti fondativi incentrati su un soggetto unitario e un momento storico decisivo in cui si compie una espressione di volontà che vincola i posteri. A loro posto dovrebbe subentrare un costituzionalismo concepito come prassi, i cui principi cardine evolvono continuamente con il mutare delle circostanze e delle sensibilità, alla ricerca di una condizione individuale di eguaglianza e libertà, senza limitazioni spaziali (frontiere nazionali) o temporali (momenti costituenti o sanzioni di tempi immemori).

## 2. La cosmopolitan turn alla prova della storia costituzionale

A questo punto va detto che, sfogliando i volumi del «Giornale di Storia costituzionale» dalla sua nascita nel 2001 ad oggi, si nota con piacere che la sfida lanciata da Kumm non ci trova del tutto impreparati. Il nesso da lui identificato tra la (de)legittimazione dei costituzionalismi nazionali e le prassi politiche ed amministrative transnazionali era centrale già nelle riflessioni con cui Lorenzo Ornaghi apriva il numero inaugurale della nostra rivista:

È l'orizzonte futuro degli odierni sistemi politici, del sistema globale, delle loro istituzioni, a far stringere tra Scienza politica e Storia costituzionale un sodalizio libero dalle mitologie e dai riti accademici delle più vetuste retoriche dell'interdisciplinarietà. E a far invece procedere l'una e l'altra disciplina verso l'analisi congiunta [...] di quei nuovi "ordini politico-costituzionali", che prendono sempre maggior vigore proprio dal punto in cui l'ampliarsi e l'accelerarsi delle trasformazioni in atto ancor più strettamente

vengono a legare la necessaria vitalità di una costituzione al funzionamento (e all'indispensabile plusvalore di legittimazione) di uno "Stato al plurale"<sup>31</sup>.

Anche la *Great Debate* tra Edmund Burke e Thomas Paine è stata oggetto di riflessioni nel primo numero della nostra rivista. Marco Meriggi la evocava quale esempio di «confronto/scontro» tra «due moduli di declinazione del rapporto tra pubblico potere e società» identificati come «costituzione antica e costituzione moderna», separati dall'esperienza decisiva della Rivoluzione Francese<sup>32</sup>. Dalla parte della costituzione antica un Burke che «irrideva "quella cosa mostruosa che i francesi, con delicato eufemismo, chiamano costituzione"», mantenendosi fedele alle rappresentanze del potere tipiche dell'Antico Regime; dalla parte della costituzione moderna un Paine «apologeta delle costituzioni scritte – le sole da lui considerate tali – che le rivoluzioni americana e francese avevano formalizzato in seguito all'insediamento delle rispettive assemblee costituenti»<sup>33</sup>. Per Paine testualmente nei *Diritti dell'uomo*, «Una costituzione non è l'atto di un governo, ma l'atto di un popolo che crea un governo: un governo senza costituzione è un potere senza diritto»<sup>34</sup>.

Vi è però un altro elemento nelle riflessioni di Meriggi che ci riporta al discrimine di Kumm tra preistoria e storia costituzionale. Ragionando sul modo in cui i fondatori teorici del liberalismo di primo Ottocento, Karl Rotteck e Karl Welcker, distinguevano tra *Constitution* e *Verfassung*, Meriggi nota come

sono soprattutto il tempo presente e quello futuro a presentarsi come l'epoca di auspicabile invecchiamento dello Stato di diritto. Essa coincide con un processo guidato dalla ragione, al quale fa da

riflesso lo slittamento dalla nozione di *Verfassung* — buona per tutti tempi e per tutte le latitudini — a quella di *Constitution*. In questa ultima fase al predominio del «sentimento e della fantasia» subentra l'egemonia spirituale della «ponderata riflessione» e dell'esercizio squisitamente logico del «pensare sperimentare». A tal fine, si serve della ragione, ossia della «libera convinzione individuale derivante dall'esperienza», facendone il pilastro connettivo della convivenza associata. Il soggetto portatore della ragione è per l'appunto l'individuo, che si unisce ai propri simili nel nesso statale sulla base di rapporti squisitamente *vertragsmäßige*, cioè contrattuali<sup>35</sup>.

Seguendo la ricostruzione della cultura costituzionale ottocentesca offerta da Meriggi, scopriamo quanto sia radicata (in particolare, sembrerebbe, nella formazione intellettuale tedesca) la tendenza a ragionare per contrapposizioni tra tempi storici antitetici. Dai volumi dello *Staats-lexicon* redatto da Rotteck e Welcker tra il 1834 e 1848<sup>36</sup> (in particolare dalla voce *Staatsverfassung* redatta dal solo Welcker a ridosso della rivoluzione del 1848 per il tomo XV) emerge un appello a riconoscere l'avvento di una nuova era nella storia dell'uomo. Come nota Meriggi, si tratta anzi di un obbligo politico-morale ad accelerare la maturazione dei tempi nuovi:

i tempi moderni non sono più suscettibili di tollerare *Verfassungen* esemplate sui modelli della tradizione storica. Le costituzioni teocratiche o dispotiche risultano infatti, al termine della disamina di Welcker, forme istituzionali pertinenti sostanzialmente al passato, o, per altri versi, anacronisticamente sopravvissute nel tempo presente come tardivi riverberi di un diverso tempo storico. Si tratta, per altro, di un presente geograficamente assai prossimo all'autore e ai possibili lettori della voce che stiamo analizzando. Il *Rechtsstaat* è infatti sì edificio ormai realizzato «negli odierni stati liberi tedeschi»; ma questi non rappresentano che una esigua minoranza. L'auspicio di Welcker è, dunque, che anche in Germania cominci a germogliare quella «atten-

zione per la libertà» che altrove, nell'Occidente, si configura già come pianta dalle solide radici, e che «i nostri uomini di governo e i nostri giuristi e scienziati della politica» si sforzino di intonare la legislazione al «principio filosofico soggettivo individuale» che alberga nell'anima degli «uomini liberi»<sup>37</sup>.

Inoltre, sempre nel primo numero del «Giornale» del 2001, troviamo affrontato il problema dello «statalismo democratico». Il nesso tra il ruolo fondante del potere costituente (creato a sua volta dalla forza mitopoietica della Rivoluzione Francese) e i principi democratici veniva scandagliato a fondo da Bronislaw Baczko:

Nel 1789 nessuno poteva prevedere gli esiti futuri di discorsi, rappresentazioni e pratiche appena messi in campo. In questo momento fondativo lo spazio democratico viene instaurato rivoluzionalmente. Simultaneamente, con un solo, identico movimento si avvia la dinamica rivoluzionaria e vengono fondate le istituzioni democratiche, in particolare le libertà e i diritti individuali. Ai loro autori l'azione rivoluzionaria e l'invenzione della democrazia si presentano come altrettanti aspetti complementari di un medesimo processo politico e sociale, se non addirittura come due facce della stessa medaglia. La distruzione di un regime subito designato come antico è la condizione prima della fondazione democratica. La rivoluzione si dà finalità democratiche mentre le istituzioni democratiche si fanno forti delle loro origini rivoluzionarie<sup>38</sup>.

Quanto allo «statalismo democratico» quale esito del connubio tra le rivoluzioni democratiche di fine Settecento e la precedente tradizione statale, la ricostruzione storica offerta da Baczko ne offre un ritratto di rara nitidezza ed eloquenza:

Dalla monarchia assoluta la nuova democrazia eredita uno Stato centralizzato che dispone di una efficace burocrazia. La monarchia assoluta le lascia in eredità anche un vero e proprio culto dello Stato; trasferito sullo Stato-Nazione, questo culto finisce per confluire nell'entusiasmo

patriottico e in un nazionalismo bellicista. [...] In ragione delle carenze del potere regio e della crescente anarchia della vita pubblica, già l'Assemblea Costituente s'impadronisce di fatto di gran parte del potere esecutivo, calzando gli stivali dello Stato centralizzatore. Successivamente, la guerra richiederà un forte intervento statale in tutti i settori<sup>39</sup>.

A proposito della subalternità dei principi democratici al culto del popolo sovrano denunciata da Kumm, come anche della ingannevole immagine del popolo «in piedi» quale raffigurazione del mitico momento costituente in cui *We the People* dichiara la propria volontà, Baczko ci fa notare che:

Tanto l'azione rivoluzionaria quanto le istituzioni democratiche si richiamano al «popolo sovrano», vale a dire ad un regime di sovranità secondo cui non vi potrebbe essere altra autorità legittima salvo quella che proviene dal popolo, espressa dall'universalità dei cittadini. Non di meno, molto rapidamente, si approfondisce una distanza tra una folla rivoluzionaria — che, richiamandosi al popolo «in piedi», rivendica a sé stessa il pieno esercizio dei suoi diritti — e un'assemblea rappresentativa che si richiama allo Stato di diritto e alla volontà generale espressa legalmente tramite suffragio. L'esperienza politica del decennio rivoluzionario porta alla luce le ambiguità e le contraddizioni di cui soffrono le istituzioni democratiche. Se, da un lato, la loro funzione essenziale è quella di garantire la sicurezza e proteggere le libertà e i diritti individuali contro ogni abuso da parte del potere, qualunque sia la sua origine; dall'altro, si ritiene che queste stesse istituzioni assicurino alla Nazione, cioè al popolo, il pieno esercizio del suo potere sovrano che di per sé non ammette alcuna forma di limitazione. Ora, libertà politiche e sovranità illimitata non sono necessariamente destinate a convivere in pace<sup>40</sup>.

Il quadro tracciato da Baczko poggia su solidi argomenti; eppure, è doveroso confrontarlo con un altro punto di vista, che rende più problematico il rapporto tra il soggetto unitario «popolo» e il discorso

rivoluzionario. Mi riferisco alle considerazioni sviluppate dal compianto Nicolao Merker sul numero 18 del «Giornale» dedicato alle *Politiche del popolo* e uscito nel 2009. Considerata da una prospettiva più programmatica, la Rivoluzione Francese rivela un rapporto meno lineare tra gli ideali rivoluzionari e la preesistente idea di sovranità statale. Mentre dal paradigma dello statualismo democratico elaborato da Kumm risulterebbe essenziale l'idea di un *demos* che – anche nel momento rivoluzionario – mantiene la propria particolare identità nazionale, Merker ci ricorda che l'aspetto chiave del concetto di popolo nell'epoca moderna è «l'identità ideologica. Una massa di gente diventa "popolo" quando acquista una macroidentità, cioè si riferisce a sé stessa come a un'entità di cui si possono elencare connotati unitari e stabili, percepiti come valori diffusi e condivisi»<sup>41</sup>.

Fin qui la descrizione del popolo quale fondamento appare conforme alle esigenze di uno statalismo democratico racchiuso entro rigidi confini nazionali. Ma, spiega Merker più avanti, «la collettività del 1789, in virtù di come funziona, è predisposta ad *accogliere* cittadini in numero teoricamente indefinito, a un'amplissima loro *inclusione*»<sup>42</sup>. È vero che l'impeto universalistico del 1789 è stato ricondotto entro gli argini dello stato nazione, fino a ridursi nella fase napoleonica alla mera strumentalizzazione del messaggio rivoluzionario per fini espansionistici e predatori. Ciò non di meno, l'afflato trans-nazionale permise la circolazione dell'idea-forza del repubblicanesimo democratico prima nello spazio atlantico, poi anche nell'Europa centrale e meridionale. La valenza sopra-nazionale rimane un elemento imprescindibile per la

piena comprensione delle rivoluzioni e degli esperimenti costituzionali di fine Settecento, aspetto questo a cui la nostra rivista aveva dedicato il numero 17 del 2009.

Come aveva affermato Luca Scuccimarra nell'articolo introduttivo a tale numero, intitolato *Il laboratorio atlantico. Storia e storiografia costituzionale*, «non c'è dubbio che quello che con una efficace etichetta storiografica siamo soliti chiamare il *laboratorio atlantico* costituisca uno spazio di riflessione e sperimentazione politico-costituzionale ben più ampio e articolato di quanto certa modellistica costituzionale possa far pensare»<sup>43</sup>. Dalla dettagliata ricostruzione storica offerta da Roberto Martucci nel medesimo numero, emerge l'immagine di una Parigi prerivoluzionaria in cui

caffè e salotti nel corso degli anni Settanta sarebbero immediatamente diventati gli ambiti palcoscenici dove calibrare e incentivare la circolazione delle nuove idee, attraverso i mille strumenti messi a fuoco dalla sociabilità urbana, nel secolo di cui l'*opinion éclairée* era ormai una regina che aveva deciso di mettere il diritto pubblico comparato al centro della scena. [...] *Bills*, costituzioni e scritti di circostanza èditi oltreoceano non si limitano a formalizzare un sistema di diritti e un assetto di poteri pubblici statali, confederali e poi, dopo il 1787, federali. Questi documenti usano un linguaggio tecnico (quello del nascente diritto pubblico moderno), mettono a fuoco categorie interpretative, disciplinano istituti tipici di un sistema rappresentativo: la delega basata su elezioni periodiche, la rotazione delle cariche, Legislativi bicamerali, garanzie procedurali per i cittadini processati. *L'opinion éclairée* è chiamata a confrontarsi con tutto questo<sup>44</sup>.

Non è dunque nell'ancoramento alla sovranità nazionale che la Rivoluzione Francese elabora lo sviluppo dei principi costituzionali, bensì nella prassi plurienale di un dibattito comparato sul contenuto concreto della *higher law*. Un dibattito

ampio, articolato e come emerge dal brano di Martucci, aperto alla prospettiva transnazionale, che risponde ai criteri normativi riassunti nella già citata formula di Kumm: «ciò che può essere concepito da coloro a cui essa si rivolge come il risultato di una deliberazione collettiva di individui liberi e uguali»<sup>45</sup>.

Vengono a tale proposito in mente le parole di Benjamin Constant: «Non sono le forme che conservano le costituzioni; una costituzione non dura senza opinione pubblica, e non c'è opinione pubblica senza libertà di stampa»<sup>46</sup>. Questo era l'incipit che apriva il sesto numero del «Giornale» del 2003, dedicato appunto all'*Opinione pubblica. Storia, politica, costituzione dal XVII al XX secolo*. Più che all'opinione pubblica in sé, precisava Luigi Lacché nel saggio introduttivo, il volume era dedicato al tema della «rilevanza costituzionale (o storico-costituzionale)» dell'opinione pubblica<sup>47</sup>. Tale rilevanza può emergere solo dalla prospettiva sul potere costituente incentrata sulla prassi deliberativa, mentre sarebbe difficilmente conciliabile con una visione "volontaristico/positivistica" del momento costituente. «Il fatto che i giuristi, nella loro generalità», prosegue Lacché,

si siano occupati sempre meno dell'opinione pubblica (come questione essenzialmente extra-costituzionale) rappresenta un impoverimento, perché denuncia la difficoltà di leggere il mondo delle norme giuridiche alla luce della complessità dei fenomeni sociali (Laquière). Il "ritorno" al problema dell'opinione pubblica nel contesto del costituzionalismo moderno evidenzia minacce ulteriori e pressanti che le "forme" – direbbe Constant – non riescono, da sole, a governare<sup>48</sup>.

La prassi evocata da Kumm quale artefice vera della *higher law* dipende dunque da un soggetto ben diverso da quel unisono e

monolitico *We the People*; un soggetto dalla natura anzi «straordinariamente ambigua e polimorfica [...] per alcuni tratti addirittura inafferrabile»<sup>49</sup>. Che la legittimazione di un sistema costituzionale potesse essere intesa come un processo davanti al tribunale dell'opinione pubblica, notava Lucien Jaume nel medesimo numero del «Giornale», fu sostenuto già agli albori delle rivoluzioni democratiche da Jacques Necker, il banchiere chiamato a salvare le sorti della monarchia francese<sup>50</sup>.

Sempre nel numero 6 del 2003 Luca Scuccimarra approfondiva ulteriormente l'ipotesi della legittimazione dialogica dei principi costituzionali. Difatti, anche la via della prassi deliberativa indicata da Kumm come alternativa all'impostazione "volontaristico/positivistica" del momento fondativo non è priva di ambiguità. Proprio «a livello della *Öffentlichkeit* come spazio critico-razionale di legittimazione del potere», livello che a giudizio di Habermas, aveva rappresentato «il principio stesso di organizzazione dello Stato di diritto borghese a forma di governo parlamentare»<sup>51</sup>, rimarca Scuccimarra, «la dimensione pubblica critica è soppiantata da quella manipolativa»<sup>52</sup>. Più precisamente,

la costituzione della volontà comune della cittadinanza non avviene più attraverso «la mediazione dei privati impegnati nel dibattito politico», ma nelle forme non discorsive della negoziazione e del compromesso tra la pubblica amministrazione e istanze quasi-pubbliche portatrici di interessi privati (associazioni, partiti, gruppi di interesse). Un «ciclo del potere», questo, in cui il pubblico come tale è inserito sporadicamente e «soltanto per applaudire i risultati», secondo la logica perversa di un processo di massificazione delle coscienze che in campo culturale finisce per privare la pubblicità borghese dei suoi stessi presupposti psicologici di funzionamento<sup>53</sup>.

Dove Kumm cerca una *higher law* costantemente rinnovata dalla prassi all'insegna di deliberazioni collettive di individui liberi e uguali, non vi sarebbe in realtà che una «massa di cittadinanza» «esclusa dalla discussione pubblica e dai processi decisionali»<sup>54</sup>. Massa trasformata, grazie all'intrattenimento e alla «sollecitazione pubblicitaria», in «un mero serbatoio di legittimazione dal quale i politici, con l'ausilio dei media, possono trarre di volta in volta il livello di consenso sufficiente a legittimare i loro programmi»<sup>55</sup>.

Il rimedio va ricercato in un connubio tra le procedure e la prassi discorsiva. Se per Kumm le procedure del potere costituente non costituiscono una condizione né necessaria né tantomeno sufficiente, Habermas individua nella sfera pubblica

una condizione necessaria, sebbene non sufficiente, per l'esistenza di una politica deliberativa come processo di costituzione discorsiva di una volontà comune razionale. Secondo i principi della teoria del discorso, il successo di quest'ultima dipende, infatti, non «dall'agire unanime della cittadinanza, ma dall'istituzionalizzazione di corrispondenti procedure e presupposti comunicativi, e dall'interazione delle consultazioni istituzionalizzate con le opinioni pubbliche informali»<sup>56</sup>.

Non si può chiudere questa breve rassegna dei contributi che la nostra rivista ha fornito negli ultimi vent'anni alla causa della "svolta cosmopolitica" senza menzionarne il numero 32, edito nel 2016 e dedicato specificamente alla necessità di *Ripensare il costituzionalismo nell'era globale*. Tra i numerosi contributi di notevole pregnanza e complessità, vorrei incentrarmi in particolare sull'articolo di Gaetano Azzariti, *Democrazia e costituzione nei grandi spazi della contemporaneità*. Più degli altri esso sembra rispondere implicitamente alla critica lan-

ciata da Kumm nei confronti della storia e storiografia costituzionale.

Se Kumm sfidava la nostra percezione sul «migliore» e «peggiore dei tempi» nella storia del costituzionalismo democratico, Azzariti ci ricorda che «anche le "rivoluzioni" – democratiche – hanno i loro tempi storici»<sup>57</sup>. Richiamandosi a Lellio Basso, Azzariti aggiunge un'ulteriore prospettiva alla nostra indagine, ossia «la concezione gramsciana, di una visione materialistica legata alla prassi, attenta alle condizioni reali dei soggetti non separabili dalle complessive vicende culturali»<sup>58</sup>. In conclusione di questa veloce cronaca dei modi in cui la nostra rivista ha saputo affrontare i problemi scaturiti dalla contraddizione tra l'universalità programmatica e la realizzazione nazionale dell'idea costituzionale, mi sento pertanto di sostenere – seguendo il ragionamento offertoci da Azzariti – che, come il costituzionalismo democratico, anche un costituzionalismo cosmopolitico può

compirsi solo "a certe condizioni". Ciò che invece deve certamente abbandonarsi è l'idea che si possa affermare un nuovo ordinamento in mancanza di un contesto storico maturo [...] giacché ancora non è storicamente matura una prospettiva democratica che possa operare nei grandi spazi della contemporaneità, mentre lo è il capitalismo globale, liberale – anzi liberista – ma non democratico<sup>59</sup>.

- <sup>1</sup> M. Kumm, *The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: An Integrated Conception of Public Law*, in «Indiana Journal of Global Legal Studies», n. 20/2, 2013, pp. 605-628.
- <sup>2</sup> M.D. Eddy, *The prehistoric mind as a historical artefact*, in «Notes and Records of the Royal Society», n. 65, 2011, pp. 1-8.
- <sup>3</sup> K. Marx, *Lineamenti fondamentali di critica dell'economia politica: Grundrisse*, Roma, Manifestolibri, 2012, p. 340.
- <sup>4</sup> L'espressione è tratta da A. Wimmer, *Ethnic boundary making Institutions, Power, Networks*, New York, Oxford University Press, 2013, p. 74.
- <sup>5</sup> Nell'ampia letteratura sul tema si segnala A. Shachar, *The birth-right lottery: Citizenship and global inequality*, Cambridge, Harvard University Press, 2009.
- <sup>6</sup> «... the presence of justice-sensitive externalities undermines claims to legitimate national constitutional authority», Kumm, *The Cosmopolitan Turn* cit., p. 613.
- <sup>7</sup> J. Madison, in «Federalist», n. 51, 1787; T. Paine, *Common Sense: With the Whole Appendix: the Address to the Quakers: Also, the Large Additions (1776)*, Cambridge, CUP, 2011, p. 2.
- <sup>8</sup> Kumm, *The Cosmopolitan Turn* cit., pp. 615-616.
- <sup>9</sup> Ivi, p. 626.
- <sup>10</sup> M. Kumm, *The best of times and the worst of times: Between constitutional triumphalism and nostalgia*, in P. Dobner, M. Loughlin, *The twilight of constitutionalism?*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 201-219. Il medesimo argomento è affrontato da una prospettiva leggermente diversa anche in M. Kumm, *Constituent power, cosmopolitan constitutionalism, and post-positivist law*, in «International Journal of Constitutional Law», n. 14/3, 2016, pp. 697-711. Il tema è stato ripreso in forma di dibattito con Neil Walker in M. Kumm, *Constituent Power, Boundaries and Identity. On the Justificatory Depth of Constitution-*
- alism - A Rejoinder to Neil Walker*, in «International Journal of Constitutional Law», n. 14/4, 2016, pp. 914-924.
- <sup>11</sup> Kumm, *The best of times and the worst of times*, cit., p. 203.
- <sup>12</sup> Ivi, p. 207.
- <sup>13</sup> Per una recente critica dei paradossi del potere costituente si veda M. Loughlin, N. Walker (eds.), *The paradox of constitutionalism: Constituent power and constituent form*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- <sup>14</sup> R. Goodin, *Enfranchising all affected interest, and its alternatives*, in «Philosophy and Public Affairs», n. 35/1, 2007, p. 43.
- <sup>15</sup> J. Colón-Ríos, *Constituent Power and the Law*, Oxford, Oxford University Press, 2020, p. 226.
- <sup>16</sup> Sul persistere dei limiti di voto nella Rivoluzione Americana cfr. A. Keyssar, *The Right to Vote: The Contested History of Democracy in the United States*, New York, Basic Books, 2009.
- <sup>17</sup> Si vedano a proposito opere come J. O'Neill, *Originalism in American Law and Politics: A Constitutional History*, Baltimore-London, John Hopkins University Press, 2005; S.G. Calabresi, *Originalism: A Quarter-Century of Debate*, Washington, Regnery, 2007.
- <sup>18</sup> B. Ackerman, *Oliver Wendell Holmes Lecture: The Living Constitution*, in «Harvard Law Review», n. 120/7, 2007, p. 1802.
- <sup>19</sup> Per una ricostruzione complessiva del dibattito tra Burke e Paine cfr. Y. Levin, *The Great Debate: Edmund Burke, Thomas Paine, and the Birth of Right and Left*, New York, Basic Books, 2013.
- <sup>20</sup> Th. Paine, *Rights of man. Being an answer to Mr. Burke's attack on the French Revolution (1791)*, in *The writings of Thomas Paine*, Altemünster, Jazybee, 1967, p. 127.
- <sup>21</sup> Paine, *Rights of man*, cit., p. 163.
- <sup>22</sup> Kumm, *The best of times and the worst of times*, cit., p. 208.
- <sup>23</sup> Ivi, p. 211.
- <sup>24</sup> Ivi, p. 212.
- <sup>25</sup> Ivi, p. 208.
- <sup>26</sup> Ivi, p. 211.
- <sup>27</sup> Ivi, p. 212.
- <sup>28</sup> Ivi, p. 213.
- <sup>29</sup> Ivi, p. 214.
- <sup>30</sup> Kumm, *The Cosmopolitan Turn*, cit., p. 625.
- <sup>31</sup> L. Ornaghi, *Scienza politica e Storia costituzionale. Osservazioni intorno a un sodalizio utile (e possibile)*, in «Giornale di Storia costituzionale», n. 1, 2001, p. 14.
- <sup>32</sup> M. Meriggi, *Verfassung/Constitution: la "confusione babilonese" del medio Ottocento*, in ivi, p. 61.
- <sup>33</sup> *Ibidem*.
- <sup>34</sup> *Ibidem*.
- <sup>35</sup> Ivi, p. 66.
- <sup>36</sup> K. Rotteck, K. Welcker (hrsg.), *Staats-lexicon oder Encyclopädie der Staatswissenschaften*, 15 voll., Altona, Hammerich, 1834-1848.
- <sup>37</sup> Meriggi, *Verfassung/Constitution*, cit., p. 66.
- <sup>38</sup> B. Baczo, *Spazio democratico e scosse rivoluzionarie*, in ivi, p. 32.
- <sup>39</sup> Ivi, p. 33.
- <sup>40</sup> Ivi, pp. 35-36.
- <sup>41</sup> N. Merker, *Ma il popolo che cos'è? (per un'analisi dei concetti)*, in «Giornale di Storia costituzionale», n. 18, 2009, p. 17.
- <sup>42</sup> Ivi, p. 20.
- <sup>43</sup> L. Scuccimarra, *Polifonie costituzionali*, in «Giornale di Storia costituzionale», n. 17, 2009, p. 6.
- <sup>44</sup> R. Martucci, *Stati Uniti e Francia tra due Rivoluzioni costituzionali (1776-1792)*, in ivi, p. 46.
- <sup>45</sup> Kumm, *The best of times and the worst of times*, cit., p. 213.
- <sup>46</sup> Le parole di Constant sono citate in L. Lacché, *Introduzione*, in «Giornale di Storia costituzionale», n. 6, 2003, p. 5.
- <sup>47</sup> Ivi, p. 6.
- <sup>48</sup> *Ibidem*.
- <sup>49</sup> *Ibidem*.
- <sup>50</sup> L. Jaume, *Tra concetto e idea-forza: l'opinione pubblica secondo Necker*, in «Giornale di Storia costituzionale», n. 6, 2003, pp. 129-144.
- <sup>51</sup> L. Scuccimarra, *La trasparenza del politico. Habermas e il paradigma della sfera pubblica*, in «Giornale di Storia costituzionale», n. 6, 2003, p. 40.
- <sup>52</sup> Ivi, p. 41.
- <sup>53</sup> Ivi, pp. 40-41.

## Car

<sup>54</sup> Ivi, p. 41.

<sup>55</sup> *Ibidem*.

<sup>56</sup> P. 51.

<sup>57</sup> G. Azzariti, *Democrazia e costituzione nei grandi spazi della contemporaneità*, in «Giornale di Storia costituzionale», n. 32, 2016, p. 231.

<sup>58</sup> *Ibidem*.

<sup>59</sup> Ivi, pp. 231-232.



# Per una storia costituzionale europea tra ventesimo e ventunesimo secolo\*

ANNA GIANNA MANCA

## 1. *Un progetto per l'Europa in senso geografico?*

Il concetto di costituzione «in senso largo» di Hans Boldt, secondo il quale una costituzione può essere sempre rinvenuta laddove le società possiedono specifici soggetti e strutture decisionali che producono continuamente comandi di governo e che sono in grado di creare un ordine e di mantenerlo, come pure laddove le società hanno un'organizzazione 'politica' o danno vita ad uno 'Stato' inteso in senso largo<sup>1</sup>, sta alla base, com'è noto, del programma metodologico di tutta l'imponente impresa editoriale dell'*Handbuch der europäischen Verfassungsgeschichte*<sup>2</sup>.

Questo programma non poteva però incontrare un terreno più impervio e accidentato cui essere applicato, e un periodo più frastagliato e involuto per mettere alla prova la sua valenza euristica, di quelli esaminati nel 5° volume della serie (Reihe) B (XX sec.) dell'*Handbuch*. In questo volume, che affronta all'incirca l'ultimo nostro

trentennio di storia politico-costituzionale (dal 1989, cioè dalla caduta del muro di Berlino, sino praticamente a oggi), e che chiuderà la serie dell'*Handbuch* quando sarà giunta a completamento<sup>3</sup>, a essere al centro dell'interesse è, infatti, l'Europa intesa in senso «geografico»<sup>4</sup>, un concetto di Europa, tuttavia, che va ancora disperatamente cercando una sua definizione e cornice semantica a livello storico-politico-costituzionale.

La sfida rappresentata da questo progetto scientifico-editoriale, la cui realizzazione ha richiesto parecchi anni, come è stato del resto anche per ognuno dei poderosi volumi delle due serie (A e B) dell'*Handbuch*, consiste, infatti, nell'utilizzare il concetto largo di costituzione in riferimento ad un'entità politica ancora in via di assestamento. Un'entità che di sicuro «non è uno Stato nel senso del diritto internazionale»<sup>5</sup>, a partire dal quale si è imposto l'uso di un concetto di costituzione in senso largo (in contrapposizione a quello di costituzione inteso esclusivamente in senso stretto

o formale di costituzione scritta)<sup>6</sup>, e quale peraltro è utilizzato con largo profitto anche all'interno di ognuno dei singoli *reports* (*Länderberichte*) del volume. Questa entità politica non è nemmeno semplicemente un soggetto di carattere inter- o sovranazionale, quali quelli affrontati in altri volumi dell'*Handbuch* (si veda ad esempio il *report* sulla Confederazione Germanica nel 2° vol. o sulla Confederazione della Germania del Nord nel 3° vol. della serie A, o anche i *reports* sulla Jugoslavia e sull'Unione Sovietica nel 1° vol. della serie B).

Qui, piuttosto, il concetto largo di costituzione è applicato, anzitutto, a un'entità politica come l'Unione Europea (EU) che, con i suoi attuali 27 stati membri<sup>7</sup>, ha certamente un carattere più latamente «transnazionale» che verticalmente sovranazionale<sup>8</sup>. Essa è stata anche definita con successo come «una nuova forma di *multi-level governance*» (sovranazionale, nazionale, subnazionale)<sup>9</sup>, o come «uno spazio politico particolare, che rispetto alle forze politiche dei singoli stati membri sviluppa una dinamica particolare sua propria», distinguendosi da uno stato soprattutto perché «il potere di superiorità da essa esercitato non è originario e sovrano ma si fonda su determinate competenze e poteri trasferiti dai singoli stati membri, col Trattato sull'Unione Europea (TUE) e con quello sul funzionamento dell'Unione (TFUE), agli organi dell'Unione»<sup>10</sup>.

Dall'angolo visuale degli Stati membri la natura e la forza del legame interstatale stabilito dall'Unione appare variabile; non è solo il processo di «allargamento» dell'Unione Europea a non potersi dire concluso<sup>11</sup>, ma anche quello di «integrazione» europea. Il legame dell'Unione appare pertanto ancora sospeso e indeci-

so, nella migliore delle ipotesi, tra l'essere prevalentemente di tipo «intergovernativo» (confederale) e il suo proporsi invece, seppure non esplicitamente, come tendenzialmente federale, cioè con preminenza del diritto posto in comune e un controllo centrale sulla concorrenza<sup>12</sup>. Lo status dell'Unione è in via di continuo assestamento, particolarmente se si considerano le relazioni «multilivello» che il riversarsi all'interno degli stati nazionali del suo diritto produce automaticamente<sup>13</sup>.

Per altro verso poi, ma in questo consiste essenzialmente la 'sfida' scientifico-progettuale più ardua, il concetto di costituzione si vuole applicare a un'Europa intesa pure 'in senso largo', e cioè geografico. Un'Europa, cioè, che prende le mosse dall'Unione ma non rinuncia a guardare oltre e cioè anche a uno stato come la Turchia, la cui storia è anche quella, inevitabilmente «contraddittoria», «di un'autoimposta europeizzazione»<sup>14</sup>, alla Russia, che ha alle spalle una lunga storia di costituzioni «solo apparenti» (la prima, quella dello Zar Nicola II ottrita nel 1906<sup>15</sup>) o «solo declaratorie» (quelle in cui il potere del partito unico sovrasta tutti gli altri principi organizzativi-istituzionali e i diritti fondamentali<sup>16</sup>), nonché ai territori che sino alla cesura epocale del 1989 rientravano nella cessata Unione delle Repubbliche Socialiste Sovietiche (lo scioglimento dell'Unione Sovietica è del dicembre 1991) oppure nell'ex Jugoslavia. Insomma, abbiamo a che fare non solo con un concetto di Europa che 'generosamente' ingloba anche gli stati dell'Europa orientale e sudorientale, le repubbliche baltiche, le repubbliche caucasiche e gli stati dell'Asia centrale, ma anche con un processo, quello di «europeizzazione», non privo di una sua dina-

mica naturale intrinseca ma tutt'altro che incontestato nella sua legittimità per le ambizioni che tradisce. Così, ben lungi dal ridurre l'Europa all'Unione Europea (EU) e ai suoi trattati costitutivi<sup>17</sup>, e dopo che, a partire dal 1989, da un'«Europa bipolare» si è passati ad una nuova realtà, «in certo qual modo più unificata» ma, «diversamente differenziata»<sup>18</sup>, rientrano a pieno titolo nell'analisi anche stati da tempo candidati a entrare nell'EU ma che non soddisfano i criteri di Copenaghen<sup>19</sup>, e tra questi anzitutto la Turchia<sup>20</sup>, stati come la Russia, che già dal 1996 ha aderito al Consiglio d'Europa salvo però infrangere continuamente da un decennio a questa parte il diritto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Cedu) e respingere le sentenze della Corte europea di Strasburgo<sup>21</sup>, stati che rientrano nello Spazio economico europeo ma non nell'Eurozona, come le cosiddette «economie di transizione»<sup>22</sup>, o anche stati confinanti, infine, come la Georgia, l'Armenia e la Moldavia, con cui l'EU ha semplicemente interesse a sviluppare relazioni di buon vicinato (*Nachbarschaftspolitik*, *European Neighbourhood Policy*), cioè a 'esportarvi', in sintesi, democrazia e sviluppo economico<sup>23</sup>.

Il progetto scientifico appare, quindi, mosso e guidato dall'ambizione di non limitarsi a cogliere lo stadio di realizzazione del processo di «allargamento», «integrazione» e «consolidamento» dell'EU, per osare piuttosto staccare lo sguardo dalla carta geografica e tendere al massimo l'arco della prospettiva storica, sino a far vibrare nel futuro la linea dell'«europeizzazione» del nostro continente. Un processo che è colto avanzare inesorabile, ma tutt'altro che incontrastato, sulle gambe della forza magnetica sviluppata dal movimento 'inar-

restabile' della 'civiltà' politico-culturale, dalla capacità di contagio, verrebbe da dire in questo tempo di pandemia, dei principi e dei valori delle istituzioni costituzionali della democrazia liberale e dello Stato di diritto, ulteriormente consolidatisi, anche dopo il 1989, come patrimonio dell'Europa occidentale<sup>24</sup>. L'arco della storia, pur saldamente ancorato alle contraddizioni del presente, appare così pervicacemente e finalisticamente proteso verso il futuro; un futuro in cui si individua addirittura un possibile cedimento anche delle linee di confine rimaste segnate sul terreno del continente europeo all'indomani della caduta della cortina di ferro nel 1989.

## 2. Sulla costituzionalizzazione degli Stati in trasformazione

La concreta e analitica ricostruzione dello sviluppo storico-costituzionale dei singoli stati è tutt'altro che rigidamente contenuta nella periodizzazione dichiarata degli ultimi 30 anni; essa ne rompe continuamente gli argini, sino a retrocedere spesso anche agli inizi del XX secolo, nonostante il declamato, ma tutt'altro che inviolato, termine *a quo* fissato per i singoli *reports* al 1989. Esempio a questo proposito il contributo sulla Gran Bretagna, che, per mettere a fuoco lo status quaestionis dell'«onnipotenza parlamentare», si spinge indietro sino al *Parliament Act* del 1911, con cui fu sancita la superiorità in materia di legislazione finanziaria della Camera dei Comuni su quella dei Lords<sup>25</sup>. Per non dire del documentato *report* sull'Italia, che è, di fatto, una lettura organica di tutta la storia costituzionale della nostra repubblica dal secon-

do dopoguerra a oggi<sup>26</sup>, e che giustamente individua nella degenerazione della forma partito il principale ostacolo a una riforma effettiva del sistema politico<sup>27</sup>.

La ricostruzione storico-costituzionale, si diceva, non solo torna sempre molto indietro nel tempo a recuperare le radici del presente, ma è anche impegnata in una lettura quasi militante di prognosi storica, una lettura che non dubita in nessun istante dell'attrattività della direzione di marcia dell'europeizzazione. Il carattere prospettivistico della ricostruzione storica rischia addirittura di tradire una visione teleologica della storia, se non si formulassero sin dall'inizio, altrettanto programmaticamente, le opportune cautele da osservare nel guardare al diffondersi del processo di contaminazione costituzionale che dal 1989 ha investito o reinvestito la maggior parte degli stati dell'ex blocco orientale impegnati nel processo di trasformazione (*Transformationsstaaten*)<sup>28</sup>. Riguardo ad essi non è sufficiente, infatti, denunciare i pericoli del costituzionalismo apparente (*Scheinkonstitutionalismus*), del passato che inaspettatamente torna a riempire le faglie del presente e riemerge prepotente dietro una carta costituzionale elargita controvoglia o dietro la lettera di una costituzione svuotata dalla rude quotidianità della sua traduzione in pratica amministrativa, come spesso accadeva alle costituzioni *oktroiert* da parte dei recalcitranti monarchi costituzionali europei ottocenteschi. Il pericolo in agguato non è più solo l'aprirsi di un baratro tra la costituzione formale e quella materiale di uno Stato, quel baratro che nell'Ottocento spingeva il movimento liberale a mobilitarsi politicamente per dare attuazione alla promessa costituzionale di garanzia dei diritti fondamentali individuali e di uno Stato

costituzionale e rappresentativo di diritto.

Per gli stati in via di trasformazione il pericolo principale sembra annidarsi, da un punto di vista giuridico-formale, anzitutto nell'avvicinarsi rapido e incessante delle modifiche costituzionali, secondo un ritmo che produce una tale relativizzazione e desacralizzazione del momento costituente di rifondazione costituzionale, iniziato nel 1989, da sfiorare il cinismo<sup>29</sup>. A svuotare di significato e a imprimere brusche virate al processo di trasformazione politica interviene poi spesso, in secondo luogo e assai pragmaticamente, l'imporsi più o meno surrettiziamente di regole e pratiche informali di esercizio del potere e di funzionamento della macchina statale che, infiltrandosi insidiosamente nelle faglie del sistema politico, ne inquinano e rendono illeggibili le reali regole di funzionamento, svendendo così al mercato nero dei valori politici e ideali e con altissimi costi sociali, tutte le potenzialità del sistema di avanzare verso lo Stato di diritto e verso una società politica democratica partecipata<sup>30</sup>.

In questo caso il momento della rifondazione costituzionale in senso formale dello Stato, snodo certo importantissimo per tutti gli stati in trasformazione dell'Europa centrale e orientale, dell'ex Unione sovietica e dell'ex Jugoslavia, chiamati ad affrontare una transizione perlomeno doppia, e cioè sia economica (da un'economia di piano ad un'economia di mercato) che politica (dallo stato autocratico a quello democratico), può quindi rivelarsi presto una falsa partenza nel processo di trasformazione politica dello Stato. E questo a dispetto dell'attrattività sprigionata negli ultimi decenni dal filone di studi del cosiddetto «costituzionalismo globale», che del processo di costituzionalizzazione sembra valorizza-

re anzitutto l'affermazione giuridico-formale dei diritti fondamentali individuali e la previsione di istituzioni giurisdizionali preposte a garantirli, anche laddove, a livello di trasformazione politico-strutturale-istituzionale, è lasciato in sospeso o violato sistematicamente il principio della separazione dei titolari dei diversi poteri dello Stato, andando così a pregiudicare a monte l'effettività dell'indipendenza della stessa funzione giurisdizionale chiamata a garantire quei diritti<sup>31</sup>.

Come dichiarato programmaticamente sin dall'inizio dai curatori del volume, studiare il grado di avanzamento del processo di europeizzazione negli stati in trasformazione impone piuttosto e in genere di andare oltre il dettato costituzionale per scoprire come funzionino realmente i sistemi di governo effettivamente consolidatisi, spesso assai distanti da quelli tratteggiati o promessi in costituzione. L'evidenziazione dei reali meccanismi di funzionamento dei sistemi di governo, della concreta allocazione dei poteri, non può comunque prescindere da un'indagine sull'applicazione non solo orizzontale ma anche verticale del principio della divisione dei poteri all'interno dello Stato, come pure dal ruolo effettivamente giocato, o tollerato, dentro al sistema politico nel suo complesso dalla partecipazione politica, linfa vitale del suo funzionamento democratico. Solo per questa via si può infatti pervenire a cogliere un sistema politico nella sua tridimensionalità (divisione verticale e orizzontale del potere, livello di partecipazione), e lasciarne emergere i meccanismi insospettiti di funzionamento, le istituzioni e le strutture di potere informali, le figure e le dinamiche ombra che presiedono di fatto alla definizione complessiva del sistema politico e di governo; solo per questa via, inoltre, si riesce a ripercorrere le strade

tortuose di dispiegamento di quella funzione di integrazione sociale e politica che è propria di ogni costituzione<sup>32</sup>, lasciando così venire alla luce anche le fonti sotterranee di legittimazione politica del sistema atte a garantirne la tenuta anche sul lungo periodo.

### 3. I sistemi di governo: difficoltà di comparazione

Sistema di governo (*Regierungssystem*) si intitola il terzo dei capitoli o settori di indagine di ogni contributo (*Landbeitrag*) dell'*Handbuch*. L'oggetto è qui indagato non asetticamente ma anche dalla prospettiva della sua legittimazione, la sola che consenta di passare da un'analisi testuale e formale della costituzione di un'entità politica nazionale o sovranazionale a una potenzialmente in grado di lasciar emergere i deficit che potrebbero veicolare possibili vie di fuga verso il mutamento o anche l'implosione del sistema. Specialmente negli stati in via di transizione dell'ex Unione Sovietica il più delle volte è solo a livello *infra-*, *sub-* ed *extra-*costituzionale, che si riesce a intercettare «l'accettazione di regole e pratiche informali, che [...] si sono rafforzate, con la scarsa fiducia nello Stato, congiuntamente a pratiche clientelari e alla corruzione nel quotidiano e nella politica»<sup>33</sup>. E sono proprio queste regole e pratiche che, nella maggior parte degli stati, anche una volta affrontata la transizione economica, continuano a frenare o a bloccare la transizione politica, da uno Stato formalmente costituzionale a un vero Stato di diritto, come pure da un governo di partito a uno democratico parlamentare di partiti (pluralistico).

Il rischio più grosso di una transizione solo economica e di una transizione solo formale al costituzionalismo è infatti che l'introduzione di una costituzione sviluppi della costituzione solo quella funzione di integrazione a freddo e di legittimazione del potere che storicamente già conosciamo come caratteristica del periodo napoleonico<sup>34</sup>, disattivandone invece totalmente la funzione di garanzia dei diritti fondamentali individuali e di attivazione dei diritti politici di partecipazione democratica che soli possono animare e allo stesso tempo legittimare l'esercizio del potere.

Negli stati in trasformazione, in cui le mutazioni costituzionali formali e quelle del sistema di governo sono state nel trentennio all'incirca considerato molto più frequenti che negli stati europei occidentali a democrazia consolidata<sup>35</sup>, si osserva chiaramente come siano spesso saltate molte delle coniugazioni classiche, storicamente determinate, delle forme di governo e delle forme di stato, quelle stesse che poi rappresentano anche il precipitato ultimo di due secoli di evoluzione storico-politico-costituzionale dell'Occidente e da cui è scaturita la formulazione dei criteri di Copenaghen.

Il disinvolto combinarsi delle forme classiche di governo e delle forme di stato negli stati in trasformazione, che spesso fa riemergere alla memoria equilibri storici del passato frettolosamente ritenuti ormai definitivamente superati, ha indotto i curatori del volume a sforzarsi di individuare una modellistica e una tipizzazione ideale relativamente recente dei sistemi di governo che consentisse di classificarli. La classificazione avrebbe dovuto essere in grado di «coprire tutta la possibile gamma dei sistemi di governo, dai sistemi parlamentari fino a quelli presidenziali», e, allo

stesso tempo, registrare anche la «qualità della democrazia» che, negli stati dell'Europa intesa in senso geografico, «varia notevolmente»<sup>36</sup>. Da un punto di vista pratico essa doveva consentire la comparazione dei sistemi di governo e degli sviluppi politico-costituzionali degli stati europeo-occidentali a democrazia parlamentare consolidata con quelli dei singoli stati in via di trasformazione, e la comparazione tra di loro dei sistemi politici all'interno di ognuno dei due gruppi.

La classificazione/tipologia è stata infine individuata in quella elaborata da Matthew S. Shugart e John M. Carey<sup>37</sup>, due scienziati della politica americani, che nel 1992 hanno proposto di distinguere i sistemi di governo principalmente «sulla base di due criteri: in primo luogo, a seconda dell'autorità del Presidente sul Gabinetto; in secondo luogo, sulla base del modo in cui sono separati Parlamento e Governo». Come esito dell'applicazione di queste differenziazioni i curatori del volume 5 dell'*Handbuch* sono infine pervenuti alla fissazione di 5 diversi tipi di sistemi di governo: «Tipo 1: sistema di governo presidenziale [ad es. USA], caratterizzato da un esecutivo compatto, dalla reciproca indipendenza di Presidente e Parlamento, e da una rigida delimitazione della durata in carica del Presidente, eletto (quasi) direttamente dal popolo; Tipo 2: sistema presidenzial-parlamentare [ad es. Russia], caratterizzato da un esecutivo bicefalo con un Presidente di Stato, eletto (quasi) direttamente, che sceglie e nomina a sua discrezione il Primo Ministro; Tipo 3: sistema di governo parlamentar-presidenziale (premier-presidential) [ad es. Portogallo], caratterizzato da un esecutivo duale con un Presidente eletto (quasi) direttamente, da un lato, ed un Capo di go-

verno eletto dal Parlamento, dall'altro; Tipo 4: sistema parlamentare di governo [ad es. Gran Bretagna], in cui il Governo dipende dal Parlamento e il capo dello Stato non dispone formalmente di alcuna possibilità di manovra nei confronti del Premier e del Governo [Cabinet]; Tipo 5: sistema con Governo indipendente dall'Assemblea [ad es. Svizzera], in cui il primo viene eletto dal Parlamento che però non può destituirlo»<sup>38</sup>.

La griglia classificatoria, che ha un estremo nel sistema presidenziale e l'altro in quello parlamentare, è costruita, evidentemente, a partire da una classificazione delle forme di governo, per poi innestare su di essa una classificazione delle forme di stato, e questo in particolare a partire da un concetto, quello di democrazia, posto come modello positivo per eccellenza, particolarmente nella sua declinazione di democrazia parlamentare, largamente prevalente tra gli stati europei occidentali. La democrazia è, infatti, la forma di stato presente in circa i 2/3 degli stati considerati e lo è in particolare in tutti gli stati europei occidentali. Nella classificazione dei due scienziati della politica americani essa è indicata come la direzione verso cui 'tendono' (o dovrebbero tendere) gli stati europei dell'ex Unione Sovietica e dell'ex Jugoslavia impegnati in un tormentato processo di trasformazione (politica), posto che solo nella democrazia parlamentare l'articolazione libera e plurale della volontà popolare di partecipazione, sostanza e irroro di legittimazione politica l'opzione 'tecnico-istituzionale' della forma di governo parlamentare.

Il ricorso alla classificazione di Shugart e Carey per elaborare un piano di comparazione su cui calare l'esito della ricerca risultante dai *Länderberichte* relativamente al

sistema di governo dei singoli stati, si giustifica certo con la necessità di prefigurare una linea di svolgimento ideale di sistemi di governo via via sempre meno parlamentari, e di collocare quindi a un capo della linea quelli con sistema parlamentare di governo, adottato dalla generalità degli stati europei occidentali, e all'altro capo della linea invece il sistema di governo presidenziale puro, con supposta massima concentrazione del potere esecutivo nel capo dello Stato, come si ritroverebbe negli USA.

Dal punto di vista europeo-occidentale, è certo legittimo che l'accento valoriale posto dai curatori cada, seppure implicitamente, sul sistema di governo parlamentare, evidentemente ritenuto anche più democratico, e che, per contro, la nota di disvalore colpisca il sistema di governo non parlamentare, quale si ritrova in molti degli stati in trasformazione (Russia, Bielorussia, Ucraina, etc.). Assai meno evidenti e giustificabili è però che nella griglia di classificazione adottata a un estremo sia collocato un sistema presidenziale come quello statunitense cosiddetto puro. Infatti, se è indubbio che il sistema statunitense di governo non sia parlamentare, assai meno lo è il presupposto che il sistema di governo effettivamente in funzione negli USA corrisponda al nome comunemente attribuitogli<sup>39</sup>, quello per l'appunto di sistema presidenziale; e questo anzitutto per il ruolo in esso costituzionalmente assegnato ed effettivamente svolto dalle altre forze di bilanciamento politico, il Congresso, da un lato, e la giustizia costituzionale, dall'altro<sup>40</sup>. Negli Stati Uniti, per quanto non sia presente un esecutivo bicefalo e le due figure del capo del governo e del capo dello Stato siano quindi riunite nella medesima persona, la concentrazione del potere

esecutivo nelle mani del secondo, la medesima che di fatto consente al presidente di «governare attraverso decreti quando non può contare sull'appoggio del congresso», in genere tuttavia, perlomeno in politica interna, non ha determinato un depotenziamento dell'istituzione parlamentare, nel senso che sin qui ancora hanno funzionato le garanzie costituzionali contro il «presidenzialismo imperiale»<sup>41</sup>.

Prendendo le mosse, inoltre, da una classificazione come quella di Shugart e Carey e utilizzandola come riferimento per misurare il carattere più o meno presidenziale, o presidenziale più o meno puro, dei sistemi di governo degli stati europei in trasformazione, si perviene al palesarsi del paradosso che il sistema di governo degli Stati Uniti sarebbe più 'presidenziale', ma quindi anche meno parlamentare, di quello della Russia, classificato da Shugart e Carey come presidial-parlamentare. Un assunto questo insostenibile, tanto più che la concentrazione di potere effettivamente in capo al presidente russo di sicuro non si può più 'misurare' a partire dalla semplice lettera della costituzione vigente del 12 dicembre 1993<sup>42</sup>. Questa, la prima costituzione 'democratica' russa, entrata in vigore sotto la presidenza Jelzin, non ha infatti più «alcuna efficacia vincolante, né politica, né giuridica» e possiede, in quanto «costituzione solo apparente» (*Scheinverfassung*) carattere esclusivamente «declaratorio»<sup>43</sup>. Al più tardi dal 2012, cioè dall'inizio del terzo mandato di Vladimir Putin come Presidente della Federazione Russa (2000-2004; 2004-2008; 2012-2018; 2018-[2024]) e nonostante la costituzione del 1993, secondo la quale a nominare il Capo del governo doveva essere il Presidente, eletto direttamente ma con il consenso del-

la Duma<sup>44</sup>, a cui spetta anche il potere di dimissionarlo con un voto di sfiducia secondo la norma base del sistema parlamentare di governo<sup>45</sup>, si è piuttosto affermato in Russia un «costituzionalismo autoritario» e «strutture di potere autocratiche» al posto del «costituzionalismo democratico», cui pure era ispirata la costituzione scritta in vigore; il parlamento, istituzionalmente molto «debole», non è infatti in grado di controbilanciare efficacemente la «concentrazione di potere in capo al Presidente»<sup>46</sup>. Tale concentrazione di potere è il risultato di una calcolata e continua azione extracostituzionale e anticostituzionale di silenziamento ed espropriazione, da parte del Capo dello Stato, dei poteri di tutte le altre istituzioni di governo. Il Presidente è il vero «centro del potere politico»<sup>47</sup>; a lui, la cui durata in carica è stata già portata, attraverso una modifica costituzionale del 2008, a 6 anni (in luogo dei 4 iniziali), e il cui mandato come Presidente della Federazione Russa gli potrà ora essere rinnovato, pur avendo già svolto due mandati, se si ricandiderà alle prossime elezioni del 2024 ed eventualmente a quelle successive del 2030 (secondo una legge firmata da Putin lo scorso 5 aprile 2021), spettavano già poteri enormi. Secondo la costituzione il Presidente deteneva infatti: il «potere di indirizzo» (*Richtlinien*) in politica interna ed estera; il potere di guidare le sedute del governo; il potere di licenziare quest'ultimo, cui è riconosciuto solo il potere residuale di 'dare esecuzione' alle misure politiche, e di licenziarlo collettivamente; il potere di guida delle forze armate; il potere di proclamare lo stato di eccezione; il potere di dichiarare la guerra; di comporre le divergenze tra organi statali e federali; di proposta e/o nomina e/o licenziamento nell'occupazione

di talune cariche pubbliche, come quelle di giudice costituzionale o procuratore generale<sup>48</sup>. A tutte queste competenze del Presidente si sono poi aggiunte nella «prassi costituzionale», già sotto Jelzin ma ancora di più sotto Putin, nuovi poteri a scapito della posizione stavolta del Capo del governo, diventato sempre più debole all'interno dell'iniziale «esecutivo duale», soprattutto per la complicità di Medvedev e la sua soggezione ai piani di Putin di cui, come Capo del governo, ha agevolato l'ascesa e la concentrazione di potere<sup>49</sup>.

L'espropriazione si è compiuta evidentemente non solo ai danni dell'autonomia del Capo del governo e dell'istituzione Governo nel suo insieme, ma anche del Parlamento, che, in caso di voto di sfiducia, può essere sciolto dal Presidente in alternativa al licenziamento del Capo del governo. Il parlamento nel suo complesso (Duma e Consiglio federale), d'altronde, non gode nemmeno in costituzione di espliciti poteri di controllo dell'esecutivo, anche se questi gli sono stati riconosciuti dalla Corte costituzionale nel 2004<sup>50</sup>. Esso condivide con il Presidente l'iniziativa legislativa, a differenza che negli USA; deve organizzare in entrambe le Camere una maggioranza dei 2/3 per superare il veto sospensivo del Presidente, proprio come negli USA; può però essere sciolto dal Presidente<sup>51</sup>, a differenza che negli USA.

Il Parlamento russo, in seguito all'introduzione di una nuova legge elettorale con premio di maggioranza, è inoltre diventato sotto Putin una vera e propria macchina da acclamazione<sup>52</sup>. Con Putin anche il potere di organizzazione è stato assorbito dal Presidente<sup>53</sup>: già nel 1994 tre ministeri vennero sottoposti per decreto all'autorità del Presidente, togliendo qualsiasi autonomia

ai singoli ministri. Nessun reale contro-potere può provenire dalle istituzioni della giustizia e nemmeno dalla Corte costituzionale; quest'ultima può certo avviare un procedimento d'*impeachment* nei confronti del Presidente, ma deve farlo insieme alle due Camere del Parlamento e al massimo tribunale, la qual cosa rende assai difficoltoso l'avvio del procedimento<sup>54</sup>. La spinta politica di «ricentralizzazione» dello Stato in capo al Presidente è poi avvenuta, infine, ai danni dei singoli stati della Federazione, col sacrificio dunque anche del principio della divisione verticale (o federale) dei poteri<sup>55</sup>. La stessa Corte costituzionale giudicò conforme alla costituzione una legge del 2005 che aboliva l'origine elettiva dei Governatori degli Stati della Federazione che da qui in poi avrebbero potuto essere nominati dal Presidente<sup>56</sup>.

Insomma, tirando le fila, non è certo un caso se, per un verso, nel *Landbeitrag* sulla Russia di Silvia von Steindorff si rinuncia a parlare per la Russia di sistema «presidial-parlamentare» e si utilizza invece la definizione di «costituzionalismo autoritario»<sup>57</sup>, e se, per altro verso, gli stessi curatori vedono nella Russia all'opera quell'«*excessiver Exekutionalismus*» che caratterizza peraltro molti stati costituzionali dell'Europa centrale e orientale<sup>58</sup>; non vi è alcun dubbio che qui, da un lato, la costituzione è ridotta ad un *device* per la legittimazione del potere come in tutti gli stati a costituzionalismo autoritario da un lato, e che, dall'altro, non è rispettata alcuna differenziazione dei titolari dei poteri, vanificando il significato primo di ogni costituzione scritta, il contenimento del potere e la garanzia dei diritti individuali da ogni abuso da parte dello Stato.

*Rebus sic stantibus*, da quanto detto si può allora dedurre senz'altro che nella Rus-

sia postsovietica l'abnorme e incostituzionale concentrazione di potere nella figura del capo dello Stato, nel presidente Putin, non può in nessun caso giustificare un accostamento del suo sistema di governo con quello vigente negli USA, tantomeno per difetto. E la sequenza della classificazione di Shugart e Carey, che doveva fornire una griglia per la comparazione dei sistemi di governo degli stati dell'Europa geografica, anche di quelli in trasformazione, evidentemente non regge alla prova del travaso in essa degli esiti della ricerca dei singoli *Länderberichte*.

La classificazione degli studiosi statunitensi regge ancor meno quando si parla di presidenzialismo puro per stati dell'Europa orientale come la Bielorussia, per stati postsovietici centralasiatici come l'Azerbaijan, o anche per la Turchia<sup>59</sup>.

In Bielorussia, dove la costituzione del 1994 aveva previsto espressamente l'introduzione di un sistema presidenziale<sup>60</sup>, assicurando al Presidente una posizione «quasi monarchica» come capo dello Stato, una potestà esecutiva quasi illimitata con potere di nomina e licenziamento del Premier e dei ministri<sup>61</sup>, ampia possibilità di intervenire sul corso della legislazione<sup>62</sup> e addirittura di influire pesantemente sulla stessa composizione del Parlamento<sup>63</sup>, la carta costituzionale è di fatto totalmente ignorata nelle parti che garantiscono i diritti individuali civili e politici, l'indipendenza della magistratura e quella della stessa corte costituzionale, l'autogoverno dell'amministrazione locale e la sottomissione al governo dell'amministrazione statale<sup>64</sup>. Non solo, la costituzione è stata anche modificata più volte, in particolare attraverso il ricorso allo strumento referendario, nel senso di accrescere ulteriormen-

te la concentrazione del potere nelle mani del Presidente. Essa, infatti, è stata modificata con referendum dapprima nel 1995, quando il presidente si assicurò il potere di sciogliere il parlamento, e poi di nuovo nel 2004, per consentire sempre al Presidente la sua rielezione illimitata<sup>65</sup>. Si può dire che nel momento stesso in cui la costituzione è stata piegata a veicolo di massimizzazione dei poteri del Presidente, è stata per ciò stesso accantonata, particolarmente nelle determinazioni che prevedevano un esecutivo duale e la collaborazione del Parlamento bicamerale alla legislazione e alla formazione dell'esecutivo. Si è così determinata una tale «patrimonializzazione della realtà costituzionale» e si è lasciata prevalere a tal punto la dominanza di «reti informali» e di «relazioni tradizionali Patron-Klient» di sovietica memoria<sup>66</sup>, da occultare completamente alla vista la reale costituzione del paese e vanificare qualsiasi tentativo di classificazione del sistema di governo bielorusso lungo la linea di sviluppo dal presidenzialismo al parlamentarismo e viceversa disegnato dalla classificazione statunitense richiamata.

Ancor meno riconducibile univocamente a un sistema presidenziale di governo è la situazione nella 'repubblica' dell'Azerbaijan, dove la forma di stato si è andata gradualmente trasfigurando in 'monarchia'; questo, in particolare, dopo il carattere quasi ereditario assunto dall'ufficio del Presidente, reso trasmissibile prima di padre in figlio e dopo anche da marito a moglie in seguito a due dei ben 29 referendum indetti nel 2016<sup>67</sup>. La circostanza che l'Azerbaijan, divenuto repubblica indipendente il 18 ottobre 1991, siede all'interno del Consiglio d'Europa (vi entrò insieme all'Armenia) dal 2001, anziché rassicurare,

inquieta. Ancor più inspiegabile appare, infatti, che l'evoluzione di questa repubblica verso uno «stato autoritario»<sup>68</sup> abbia potuto aver luogo negli ultimi 20 anni, nonostante e al di là della sua appartenenza al suddetto consesso europeo<sup>69</sup>. Particolarmente estraniante risulta poi che ciò sia potuto avvenire attraverso una lenta ma inarrestabile modifica formale, in tre ondate (2002, 2008/09 e soprattutto 2016), della prima costituzione post-sovietica del 1995, che pure aveva accolto il principio della distinzione dei tre poteri dello Stato<sup>70</sup>. In particolare le 29 modifiche costituzionali del 2016, varate dal Presidente sotto forma di decreti e poi sottoposte con successo prima al vaglio della Corte costituzionale e poi all'approvazione diretta del popolo, conseguirono tutte le possibili modifiche necessarie al mantenimento e all'accrescimento del potere in capo al Presidente: l'abolizione delle soglie di età per l'accesso alla carica di Presidente (art. 100 Cost.), l'estensione temporale della durata in carica del Presidente da 5 a 7 anni (art. 101 Cost) e, infine, l'introduzione della carica di primo vicepresidente, carica che il Presidente Ilham Aliyev, al potere dal 2003, quando succedette a suo padre Heyder, intende evidentemente attribuire a sua moglie. Comunque, tutte queste modifiche costituzionali non avevano altro scopo e altro effetto che quello di consolidare ulteriormente «la già presente asimmetria tra un presidente forte e un parlamento debole»<sup>71</sup>. L'obiettivo ha potuto essere raggiunto anche attraverso il ricorso disinvolto a strumenti, metodi e poteri politici di governo chiaramente in spregio del principio democratico: l'occupazione della maggioranza dei seggi del parlamento con membri del partito di governo del Presidente (YAP, Partito del Nuo-

vo Azerbaigian), non da ultimo anche attraverso l'esercizio d'influenza sulle elezioni, il potere del Presidente di nominare tutti i membri del governo e i funzionari ministeriali e di abolire e istituire nuovi ministeri e di sottoporli direttamente alla sua direzione, l'obbligo per funzionari pubblici, insegnanti e medici di prendere la tessera del partito del Presidente (un partito che, fondato all'inizio del mandato presidenziale è nel frattempo divenuto un partito di massa)<sup>72</sup>, il potere presidenziale di proposta nella nomina dei giudici costituzionali anche se la nomina spetta formalmente al Parlamento, la massiva repressione dei diritti fondamentali dei cittadini nonostante la garanzia costituzionale degli stessi, le fitte trame di corruzione che tengono insieme il sistema politico. In un sistema di governo dove è ormai andato perso il valore della costituzione scritta assolutamente vana risulta qualsiasi classificazione dello stesso come presidenziale, più o meno puro, una volta ampiamente documentato il suo carattere «autoritario»<sup>73</sup>. La 'copertura' politica prestata dalla Russia alla pratica di governo del presidente azero rende evidentemente la sua azione ancora più vicina allo stile di un 'monarca' e ancora più 'sciolta' nei confronti del diritto costituzionale scritto di quanto sia concesso al presidente di uno Stato come la Russia, chiamata anche a incarnare il ruolo di grande potenza internazionale.

Infine, anche la definizione della Turchia come stato presidenziale puro per forma di governo, oltre che regime ibrido (prima democrazia deficitaria) per qualità della democrazia<sup>74</sup>, rischia di essere fuorviante. Una caratterizzazione in senso presidenzialistico del sistema di governo della Repubblica turca è ancora più equivoca in

particolare alla luce di ciò che è avvenuto dopo il colpo di stato del 15 luglio 2016 che ha portato, anzitutto, a una proclamazione dello stato di emergenza, protrattosi, con pesante limitazione dei diritti fondamentali, sino al 19 luglio 2018, e poi al varo di più di 30 decreti.

Immane effetto di queste vicende è stata la dilazione in un futuro improbabile dell'ingresso nell'EU della Turchia, che aveva iniziato le trattative in questo senso nel 2005<sup>75</sup>, ma più in generale il blocco dell'europeizzazione dell'ordinamento costituzionale del Paese. La Turchia, infatti, a partire dal 2019, dopo essere passata per la modifica di ben 69 articoli della sua costituzione risalente al 1982<sup>76</sup>, si è trasformata, non solo in un sistema cosiddetto «presidenziale», da un lato, ma anche in un regime «ibrido sui generis», dall'altro, nel senso che in esso «sono diventati strutturali diversi deficit democratici, che hanno sviluppato una propria logica funzionale e che ora cercano una modalità di adattamento al nuovo esecutivo presidenziale costituzionalmente rafforzato»<sup>77</sup>.

Poco importa, oggi, se il punto di partenza dell'evoluzione storico-politico-costituzionale della repubblica turca è stato, dal 1950, quello di una «democrazia parlamentare», e se, secondo il testo originario della costituzione del 1982, ancora oggi vigente, il governo, formato da un Consiglio dei ministri e da un presidente del Consiglio, doveva scaturire dal parlamento verso il quale era anche responsabile<sup>78</sup>. Se nel testo originario della costituzione al Presidente della Repubblica, come capo dello Stato, spettavano poteri insolitamente ampi (oltre ad avere le consuete funzioni rappresentative connesse all'ufficio, egli poteva anche, proprio come un monarca

costituzionale ottocentesco, «esercitare efficacemente potere di veto sulla legislazione» e nominare alle cariche pubbliche «nell'amministrazione, nella giustizia, nelle università, e nell'esercito»<sup>79</sup>), dopo la modifica costituzionale del 2017, con cui sono stati approvati ben 69 emendamenti costituzionali e il cui esito è stato subito dopo confermato da un referendum (16 aprile 2017), il primo obiettivo dell'AKP (Partito della giustizia e del progresso, fondato nel 2001 da Erdogan e prima forza politica del paese dal 2002) pare essere diventato ormai quello di concentrare tutto il potere politico nelle mani del Presidente<sup>80</sup>, eletto direttamente dal popolo a partire dal 2014. Ben poca forza attenuante può essere attribuita alla circostanza che un tale progetto di «presidenzializzazione del sistema politico»<sup>81</sup> sia portato avanti da un governo eletto, se dietro questo si cela un partito come l'AKP che ha ereditato dal kemalismo la «sfiducia nei confronti della contingenza della politica democratica», che non tollera «pluralismo» e «opposizione politica, né parlamentare, né extraparlamentare», che ha come obiettivo la sua affermazione come «partito unico di governo», e, soprattutto, «il depotenziamento del parlamento»<sup>82</sup>.

Dopo la riforma costituzionale del 2017 e in particolare a partire dal 2019, peraltro, il ruolo della Grande assemblea nazionale turca è stato ulteriormente ridimensionato politicamente dalla concentrazione nelle mani del Presidente delle funzioni del Capo dello Stato e del Capo del governo<sup>83</sup>, nonché dal fatto di essere il Presidente anche il capo del partito di maggioranza in Parlamento e di riuscire così a dominare l'istituzione parlamentare anche dall'interno<sup>84</sup>. Gioca a suo favore infatti anche il tipo di si-

stema elettorale, sostanzialmente proporzionale D'Hondt, che presenta però tutta una serie di caratteristiche che avvantaggiano il partito o i partiti della maggioranza. Esso prevede infatti: sin dal 1980 una soglia di sbarramento nazionale molto alta (10%) e una soglia per singolo collegio ancora più alta (25 %)⁸⁵; le *Zwischenwahlen* (elezioni di medio termine) per i seggi resisi vacanti, che contribuiscono a mantenere sempre vivo il clima della competizione elettorale; l'attribuzione di 100 seggi esclusivamente su collegio nazionale, assegnati di conseguenza ai partiti che si presentano in tutti i collegi e in particolare al partito di maggioranza, attraverso la cui leadership è dato al Presidente/Premier anche di determinare la disciplina del/i gruppo/i parlamentare/i della maggioranza; lo svolgersi contemporaneo delle elezioni per il Presidente e per la Grande assemblea nazionale, con immancabile effetto di trascinamento del risultato delle prime sulle seconde. Il sistema elettorale presenta insomma tante e tali caratteristiche atte a innalzarne il grado di disproporzionalità, da rendere altamente 'artificiali' le maggioranze parlamentari⁸⁶ e da piegare l'istituzione parlamentare a docile strumento nelle mani dell'esecutivo.

Insomma, non è certo un caso se la Commissione di Venezia del Consiglio d'Europa si sia posta l'interrogativo se la Turchia sia oggi ancora uno Stato di diritto⁸⁷. Si può affermare, infatti, che attraverso la presidenzializzazione del sistema politico si è giunti direttamente, di fatto, alla sua autocratizzazione. Se con l'abolizione della figura del Capo del governo e dell'istituzione del Consiglio dei ministri, e con il nuovo potere del Presidente di nominare e licenziare i suoi ministri, il Parlamento non dispone ormai più della possibilità di influire direttamen-

te sull'esecutivo⁸⁸, con la perdita del diritto d'interpellanza il parlamento ha perso anche il suo potere di esercitare un controllo indiretto su di esso. Non solo, il parlamento rischia addirittura la perdita totale del suo potere legislativo: attraverso un'oculata politica di occupazione dei seggi parlamentari con deputati di provata lealtà, il Presidente può giungere addirittura a inibire la presentazione da parte dei parlamentari di proposte di legge a lui sgradite. Per giunta, ora, al veto del Presidente l'assemblea deve opporre non più la maggioranza semplice dei presenti ma la maggioranza dei suoi membri, e la possibilità già prima esistente per il Presidente di metter mano al regolamento interno dell'assemblea lo autorizza ora anche a tagliare il tempo degli interventi dei parlamentari e a limitare più in generale con altri mezzi i diritti dell'opposizione⁹⁰.

#### 4. Qualche considerazione provvisoria

Come emerge chiaramente dagli scavi di grande utilità storico-costituzional-comparatistica effettuati nei *Länderberichte* del 5° volume dell'*Handbuch* qui al centro dell'attenzione, il ricorso ad una terminologia pseudo-tecnica e asettica, come quella che si cela dietro l'etichetta di «presidenzialismo» per rubricare il fenomeno del «costituzionalismo autoritario», quale affermatosi nel corso dell'ultimo trentennio in particolare negli stati in trasformazione dell'Europa centrale e orientale, non porta molto lontano e, anzi, può prestare il fianco a equivoci interpretativi. In questi casi si ha piuttosto a che fare, in genere, con un costituzionalismo che serve soprat-

tutto alla «legittimazione» e alla «stabilizzazione» del potere<sup>91</sup>, anziché alla sua limitazione e razionalizzazione in funzione di garanzia.

Parimenti netta è, per altro verso, la percezione che in questi stati in trasformazione non è attraverso la 'misurazione' nel tempo della 'qualità' della democrazia (più o meno «liberale», «deficitaria», «difettosa» [*«Defektdemokratie»*], o addirittura «illiberale»<sup>92</sup>) che si può sottrarre al piano inclinato della tipizzazione storico-costituzionale la definizione della costituzione in senso lato di questi stati in trasformazione, il cui sistema di governo è solitamente qualificato, con uno sforzo di sintesi tanto sublimante quanto improduttivo, come «ibrido», cioè caratterizzato dalla compresenza di «caratteri di potere insieme democratico e autoritario»<sup>93</sup>. Come se, anche all'interno di un sistema di governo formalmente democratico-parlamentare, l'azione o la pressione esercitata dall'esecutivo sulle altre istituzioni di governo o anche su una sola di esse, ad esempio il parlamento o la corte costituzionale, per comprimerne il raggio di competenze o la sfera di azione in dispregio del principio della divisione dei poteri, non abbia in genere come premessa a monte e/o conseguenza a valle, anche la compressione dei diritti fondamentali di libertà, anche politici e giudiziari, degli individui o cittadini. La condizione dei loro diritti all'interno di un sistema di governo rientra e deve rientrare a tutti gli effetti nella definizione complessiva del sistema. I cittadini, anche semplicemente in quanto tali (più o meno attivi o passivi nell'esercizio dei loro diritti di partecipazione politica, più o meno associati o organizzati politicamente), costituiscono le 'ruote' del sistema politico complessivo e la base

imprescindibile della sua legittimazione, quale in un sistema democratico si esprime per eccellenza nel momento delle elezioni. Di certo, come ha affermato Hans Boldt, un sistema di governo appare come un sistema politico nel senso proprio del termine solo allorché si passa a considerare la relazione tra le istituzioni dello Stato e gli individui<sup>94</sup>.

Al posto di tante disquisizioni sui sistemi cosiddetti ibridi di governo, e proprio partendo piuttosto dall'assunto che la realizzazione del pieno Stato costituzionale di diritto non può essere disgiunta da un processo altrettanto profondo di democratizzazione, appare piuttosto vero, come ha giustamente osservato sempre Hans Boldt ormai trent'anni fa, che quando «ci sono stati che possiedono una costituzione scritta ma non conoscono il principio della divisione dei poteri», o, ci sono stati «che rigettano la divisione dei poteri, vista come ostacolo all'affermazione di una volontà politica unitaria, sia essa di una 'classe' o del 'popolo'», come secondo Boldt si osservava negli stati cosiddetti socialisti quali l'Unione sovietica o la DDR, allora «è a causa della soppressione della divisione dei poteri che stati di questo tipo sono [possono essere] detti 'dittature'»<sup>95</sup>, nonostante si presentino come stati formalmente costituzionali.

Del resto, è difficile respingere in toto il sospetto che proprio il progetto paternalistico di europeizzazione, coltivato in seno alle istituzioni transnazionali europee ma anche alle organizzazioni sovra- o trans-europee<sup>96</sup>, un progetto che del resto ha trovato delle forme inequivocabili di cristallizzazione nella formulazione dei Criteri di Copenhagen e del cosiddetto «Meccanismo per lo Stato di diritto»<sup>97</sup>, non abbia mancato di scatenare, com'era d'altronde prevedibile, oltre che potenti stimoli alla

giuridicizzazione dello Stato (notoriamente assai meno sensibili si sono rivelati quelli alla democratizzazione), anche «contromovimenti», altrettanto inarrestabili, nella direzione «del rafforzamento e dello sviluppo delle capacità di azione dell'esecutivo» all'interno dei singoli stati<sup>98</sup>. Contromovimenti che, a ben vedere, sono anche all'origine di quel fenomeno che nelle democrazie parlamentari dell'Europa occidentale è registrato, con inquietudine ma allo stesso tempo con malcelata dissimulazione, come un (presunto) processo in atto di «deparlamentarizzazione»<sup>99</sup>. Come se dalla crisi dell'istituzione parlamentare, sia a livello statale-nazionale, sia a livello

lo europeo, si possa uscire pensando a un futuro senza di essa, anziché a una riforma dei suoi basamenti; anzitutto una riforma del sistema dei partiti e delle modalità democratiche di partecipazione politica, in modo da trattenere 'in positivo' gli spunti di riflessione critica dentro ad una cornice discorsiva che ha al centro un «neo-parlamentarismo»<sup>100</sup>, e non un antiparlamentarismo di maniera, lo stesso che già tra la fine dell'Ottocento e i primi del Novecento ha mostrato tutto il suo carattere strumentale.

\* Questo saggio muove da una lettura ragionata e intende offrire una serie di riflessioni, di carattere prevalentemente metodologico, a metà strada tra la storia costituzionale e la scienza politica, sul volume A. Benz, S. Bröchler, H.-J. Lauth (Hg.), *Handbuch der europäischen Verfassungsgeschichte im 20. Jahrhundert. Institutionen und Rechtspraxis im gesellschaftlichen Wandel. Band 5: seit 1989*, hrsg. in Verbindung mit P. Brandt, W. Daum, M. Kirsch, A. Schlegelmilch, Bonn, Dietz Verlag, 2019, 1752 pp. (da qui in poi *Handbuch*, 5). Avvertenza: tutte le traduzioni dal testo, ove non diversamente segnalato, sono dell'Autrice; i rinvii di pagine, ove non meglio specificati, sono al volume 5 dell'*Handbuch* cit.

<sup>1</sup> Per il concetto di costituzione «in senso largo» in H. Boldt, cfr. la sua *Deutsche Verfassungsgeschichte, Band 1: Von den Anfängen bis zum Ende des älteren deutschen Reiches 1806*, München, Deutsche Taschenbuch Verlag, 1990<sup>2</sup>, p. 10 e inoltre H. Boldt, *Einführung in*

*die deutsche Verfassungsgeschichte*, Düsseldorf, Droste, 1984, pp. 7, 17-20, e soprattutto 87, 103, 174-175 (su Stato e Costituzione).

<sup>2</sup> A. Schlegelmilch, *Verfassungsbegriff und Verfassungsvergleich*, in *Einleitung*, a P. Brandt, M. Kirsch, A. Schlegelmilch, W. Daum (Hg.), *Handbuch der europäischen Verfassungsgeschichte im 19. Jahrhundert. Institutionen und Rechtspraxis im gesellschaftlichen Wandel*, 1: *Um 1800*, Bonn, Dietz Verlag, 2006, pp. 7-17.

<sup>3</sup> I numeri 2, 3, 4 della *Reihe B* della serie sul XX secolo sono ancora in via di pubblicazione.

<sup>4</sup> A. Benz, S. Bröchler, H.-J. Lauth, *Editorische Vorbemerkung der Herausgeber*, in *Handbuch*, 5, pp. 9-14, qui p. 11.

<sup>5</sup> P. Schiffauer, *Europäische Union*, in *Handbuch*, 5, pp. 199-253, qui p. 220.

<sup>6</sup> Stato e costituzione si intitola la raccolta degli scritti del padre della storiografia politico-costituzionale tedesca, il grande Otto Hintze (*Staat und Verfassung (Gesammelte Abhandlungen zur*

*allgemeinen Verfassungsgeschichte*, hrsg. von G. Oestreich, mit einer Einleitung von F. Hartung, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1970<sup>3</sup> [*Gesammelte Abhandlungen*, Bd. 1]) che «ha inteso la storia costituzionale come storia dello sviluppo degli stati, della formazione dello stato» (Boldt, *Einführung*, cit., p. 133). Sul nesso stato-costituzione ci si limita qui a rinviare, tra i fondamentali contributi di P. Schiera sull'argomento, a *Tra costituzione e storia costituzionale: la crisi dello Stato*, in P. Schiera, *Lo Stato moderno, Origini e degenerazioni*, Bologna, CLUEB, 2004, pp. 131-158.

<sup>7</sup> L'*Handbuch*, 5, che contiene anche un rapporto su Gran Bretagna e Irlanda del Nord, è stato chiuso prima del 31 gennaio 2021, data che segna il distacco definitivo del Regno Unito dall'Unione europea.

<sup>8</sup> Così Schiffauer, *Europäische Union* cit., p. 199.

<sup>9</sup> Sulla *multi-level governance* d'obbligo il rinvio a L. Hooghe, G. Marks, *Multi-level Governance and*

*European Integration*, Lanham, Rowman & Littlefield, 2001.

<sup>10</sup> Schiffauer, *Europäische Union* cit., p. 220.

<sup>11</sup> Sulle diverse fasi dell'«allargamento» dell'Europa: dalle tre comunità europee del 1989, in cui rientravano i 12 stati membri (Belgio, Danimarca, Germania (occidentale), Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Lussemburgo, Olanda, Portogallo, Spagna, Regno Unito) con una popolazione di circa 324 milioni di persone, si è passati attraverso l'ingresso di Austria, Finlandia e Svezia nel 1995, di Estonia, Lettonia, Lituania, Malta, Polonia, Slovenia, Slovacchia, Repubblica Ceca, Ungheria e Cipro nel 2004, di Bulgaria e Romania nel 2007, e infine della Croazia nel luglio 2013, a un'Unione di 28 stati membri (oggi 27 dopo la Brexit) con oltre 500 milioni (509) di persone (circa 447 mln dopo l'uscita del Regno Unito) si veda ivi, p. 202.

<sup>12</sup> Sul *Regierungssystem* dell'UE, ivi, p. 219.

<sup>13</sup> Sulla difficoltà di utilizzare il concetto di costituzione con riferimento ad un ordinamento internazionale, dove il concetto, rinviando a un «diritto superiore», pone immediatamente «il problema del suo rapporto con il diritto costituzionale nazionale in un costituzionalismo multilivello (*Mehrebenenkonstitutionalismus*), che può essere inteso o come pluralità o come gerarchia di diritto», cfr. A. Benz, *Außereuropäische Verfassungsentwicklung*, in *Handbuch*, 5, pp. 34-61, qui p. 57.

<sup>14</sup> T. Yldiz (Duisburg-Essen), *Türkei*, in *Handbuch*, 5, pp. 1589-1623, qui p. 1589. Sulla Turchia si tornerà anche più avanti (cfr. par. 3).

<sup>15</sup> R. Valle, *Genealogie del costituzionalismo in Russia dal XVIII al XX secolo*, in «Giornale di Storia costituzionale», n. 33, 2017, pp. 11-47.

<sup>16</sup> S. von Steinsdorff (Berlin), *Russland*, in *Handbuch*, 5, pp. 1291-1331, qui 1291.

<sup>17</sup> Sui trattati costitutivi dell'Unione Europea, come la Comunità europea è detta dal 1992, cfr. Schiffauer, *Europäische Union* cit., in part. sul: - Trattato di Maastricht, entrato in vigore il 1° novembre 1992, che faceva poggiare l'Unione sui tre pilastri 1) di un governo europeo in campo economico, in particolare attraverso l'introduzione di un mercato unico, attraverso la Comunità europea (al posto della sin qui denominata Comunità economica europea), 2) di un governo europeo in materia di politica estera e della sicurezza comune (PESC), 3) della cooperazione in materia di giustizia e affari interni (GAI), e prima della cui entrata in vigore furono precisati anche dal Consiglio d'Europa i cosiddetti Criteri di Copenhagen (vedi *infra* alla nota 19), (pp. 205-206); - Trattato di Amsterdam del 2 ottobre 1997 ma entrato in vigore il 1° maggio 1999 (pp. 207-208); - Trattato di Nizza, firmato il 14 febbraio 2001, ma entrato in vigore, dopo il secondo referendum in merito dell'Irlanda, il 1° febbraio 2003 (pp. 209-210); - infine, Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, entrato in vigore il 1° dicembre 2009, attraverso cui i trattati precedenti furono fatti confluire in un Trattato sull'Unione Europea (TUE), che contiene l'ordinamento costituzionale di base, e in un Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), che contiene norme dettagliate sulle politiche dell'Unione e sul modo di lavorare dei suoi organi (p. 214). Attraverso il TUE e il TFUE finalmente l'Unione, con l'accantonamento dei precedenti 3 pilastri, ha ottenuto una personalità giuridica unitaria. Col Trattato di Lisbona, con cui l'Europa ha raggiunto «una stabile cornice istituzionale» (p. 216), sono state accolte anche, sia le principali determinazioni contenute nel Progetto di un «Trattato relativo a una Costituzione per l'Europa», elaborato da una Convenzione riunitasi a

Bruxelles tra il 28 febbraio 2002 e il 10 luglio 2003 su proposta del Consiglio Europeo (pp. 210-211), sia la Carta dei diritti fondamentali, pure elaborata dalla suddetta Convenzione, a cui sono sottoposti gli organi dell'Unione e non immediatamente quelli dei singoli stati, ma dichiarata di pari valore giuridico dei trattati (pp. 233-234; in merito ai *Grundrechte* della Carta, cfr. A. Benz, H.-J. Lauth, S. Bröchler, *Verfassungsentwicklung in Europa seit 1989: Eine vergleichende Synthese der Strukturen, Prozesse und Veränderungen*, in *Handbuch*, 5, pp. 62-128, qui 94-5). Nel Trattato furono inoltre accolte determinazioni sulle singole politiche dell'Unione e sul modo di lavorare dei suoi organi, oltre ad altre determinazioni generali e finali (sui lavori della convenzione cfr. <<http://european-convention.europa.eu/IT/enjeux/enjeux60a3.html>> [8 aprile 2021]. Per questa via, però, il Trattato non arriva comunque a potersi sostituire a una «carta costituzionale in senso formale» (Schiffauer, *Europäische Union* cit., pp. 216 ss.).

<sup>18</sup> Benz, Bröchler, Lauth, *Editorische Vorbemerkung* cit., p. 11.

<sup>19</sup> Con i criteri di Copenhagen, stabiliti per la prima volta nel 1993 dal Consiglio europeo in vista delle richieste d'ingresso in Europa degli Stati dell'Europa centrale e orientale dopo il 1989, s'intendono i criteri minimi da soddisfare o cui devono uniformarsi le costituzioni e i sistemi di governo degli Stati che desiderano entrare a far parte dell'Unione. Sono questi sostanzialmente criteri sia politici (istituzioni stabili a difesa dello stato di diritto, della democrazia, dei diritti fondamentali dell'uomo e delle minoranze) che economici (esistenza di un'economia di mercato), in seguito precisati in occasione del Consiglio europeo di Madrid del 1995, e che oggi si ritrovano nell'art. 49 e nell'art. 6. 81 del Trattato sull'Unione Europea (TUE).

Complessivamente sono entrati a far parte dell'Unione Europea 10 stati dell'ex blocco orientale e due dell'ex Jugoslavia (p. 68). Nell'elaborazione di questi criteri minimi e nell'assistenza agli stati dell'Europa centro-orientale che si apprestavano a transitare alla democrazia, un importante ruolo consultivo ha svolto anche la cosiddetta Commissione di Venezia del Consiglio d'Europa creata nel 1990 (Benz, Lauth, Bröchler, *Verfassungsentwicklung* cit., pp. 68, ma anche 97).

<sup>20</sup> Altri Stati che chiedono di entrare nell'EU ma che non soddisfano i criteri di Copenhagen sono quattro dell'Ex Jugoslavia (Bosnia-Erzegovina, Macedonia, Serbia e Montenegro) e inoltre l'Albania (2014) (ivi, p. 72; ma sugli stati ex iugoslavi v. anche p. 97).

<sup>21</sup> Cfr. Steindorff, *Russland* cit., p. 1319. Sulla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Roma, 1950), istituita dentro la cornice di diritto internazionale del Consiglio d'Europa, e in particolare sulle ripetute violazioni da parte della Federazione russa, nell'ultimo decennio circa, del diritto della Convenzione, come pure sul rifiuto della Russia di riconoscere il vincolo dei suoi tribunali ai pronunciamenti della Corte europea per i diritti dell'uomo di Strasburgo, cfr. R.P. Schenke (Würzburg), J. Weismantel (München), *Europäische Menschenrechtskonvention*, in *Handbuch*, 5, pp. 171-197, qui p. 196.

<sup>22</sup> H.-J. Lauth, *Grundlinien der sozialökonomischen, sozialkulturellen und gesellschaftspolitischen Entwicklung in Europa*, in *Handbuch*, 5, pp. 15-33, qui p. 21.

<sup>23</sup> Benz, Lauth, Bröchler, *Verfassungsentwicklung* cit., pp. 65 e 76, nota 25.

<sup>24</sup> Un regresso della democrazia si sarebbe registrato solo in alcuni paesi, tra cui l'Italia [!], la Grecia e la Spagna (ivi, p. 64). In Italia la crisi della democrazia deriverebbe dalla crisi dei partiti, e il crescente calo di fiducia in essi

avrebbe portato allo sviluppo di partiti cosiddetti populistici (così *ibidem*, ma anche pp. 80-81), ma deriverebbe anche dalla fragilità della libertà di stampa, dato lo stretto legame qui osservabile tra i maggiori detentori dei media e i principali soggetti del potere economico, che ha fatto balzare l'Italia in cima alla classifica degli stati europei per concentrazione dei media, attirando anche l'attenzione critica dell'Unione e del Consiglio d'Europa (pp. 84-86).

<sup>25</sup> Dal report su *Großbritannien und Nordirland* di S. Schieren (in *Handbuch*, 5, pp. 255-292), emerge il processo di progressiva apertura britannica alle influenze europee a partire dalla fine dell'amministrazione Thatcher (1990), ma già dall'ingresso nella Comunità economica europea nel 1973. Segni di quest'apertura sono: l'entrata in crisi della dottrina della sovranità parlamentare, la problematizzazione del rapporto tra lo Stato e il cittadino e il consolidarsi del diritto amministrativo, l'apertura del dibattito intorno ai diritti fondamentali che ha condotto all'approvazione dello *Human Rights Act* nel 1998 sotto il governo Blair (p. 278), il riconoscimento per la prima volta di leggi di rango costituzionale (*constitutional statutes*), cioè di leggi che non possono essere abrogate da una legge successiva 'implicitamente', vale a dire senza espressione di una chiara volontà in questo senso del parlamento. È quest'ultimo in particolare il caso dei trattati europei (pp. 265-267, 276), tanto è vero che l'*European Union Act* del 2011 ha posto un pronunciamento del parlamento come condizione per la modifica dei trattati con l'Unione (p. 269), mentre il precedente referendum del 23 giugno 2016 non poteva avere se non valore consultivo. Per questo l'accordo per l'uscita della Gran Bretagna dall'Unione (*Withdrawal Agreement*) fu approvato da entrambe le Camere del Parlamento di Westminster

il 22 gennaio 2020, spianando definitivamente la strada all'abbandono, il 31 gennaio 2020, dell'Unione e della Comunità europea dell'energia atomica (Euratom). Altri segni, *last but not least*, della recente modifica della costituzione inglese sono colti: nel passaggio da un governo di gabinetto, di cui la Gran Bretagna è considerata il prototipo, al *prime ministerial government* (pp. 270-271), dove i poteri del premier sono «enormi»; nella graduale sostituzione a partire dalla fine della seconda guerra mondiale della *common law* da parte della *statute law*, con conseguente riduzione del potere dei giudici (p. 283); nell'apertura nel 2009 della Supreme Court come massimo tribunale del paese («la più sostanziale modifica della costituzione dal 1911»), la stessa che con la sua sentenza del 24 giugno 2017 ha segnato la via procedurale (parlamentare) per l'uscita della GB dall'Unione (p. 285), e che ha soppiantato l'*Appellate Committee of the House of Lords*, il tribunale che con i suoi Law Lords partecipava sia a processi di legislazione sia all'esercizio del potere esecutivo con il suo presidente, il Lord Chancellor, che come membro del cabinet esprimeva le sue preferenze sulla nomina dei giudici (pp. 284-285); nella estensione, mutuando dall'Europa e dalla Germania in primis, del *judicial review*, inteso però non come controllo giudiziario sul legislatore ma come controllo del governo e della sua amministrazione, in una «estensione del giudiziario» che è stata giudicata estrema e con forti ripercussioni peraltro sulla sovranità parlamentare, e che è stata al centro della campagna dei sostenitori della Brexit (p. 286).

<sup>26</sup> E.-Ch. Hornig nel suo contributo *Italien* (in *Handbuch*, 5, pp. 577-606), non riesce a ritrovare «un filo rosso» nella nostra storia costituzionale dell'ultimo trentennio, in considerazione in particolare degli sviluppi frenetici

succedutisi nel sistema dei partiti, nel sistema elettorale e nella decentralizzazione del paese (p. 577, ma anche 580). L'«instabilità costituzionale» italiana (passaggio dalla prima alla seconda e poi alla terza repubblica) potrebbe addirittura essere all'origine di una «presidenzializzazione» della nostra «democrazia parlamentare» (p. 578), di cui tuttavia a oggi (marzo 2021), a mio avviso, non si trova traccia. Il *report* si avvicina molto a cogliere nel segno, invece, nell'individuare nella trasformazione-involuzione della forma partito in Italia l'origine e la fonte di tanta instabilità politico-costituzionale. Nel rilevare come la penetrazione di tale forma involuta di partito nel settore pubblico abbia portato a «clientelismo, inefficienza e immobilismo, [...] perdita di legittimazione del sistema politico» (p. 579, ma anche 580), l'A. non sembra tuttavia centrare l'obiettivo quando indica nella «partitocrazia (*Parteiherrschaft*)» la causa della debolezza e della instabilità del sistema (è piuttosto vero il contrario, cioè che i partiti forti danno stabilità al sistema come dimostra il caso tedesco). In particolare non lo centra quando interpreta la tendenza italiana degli ultimi decenni a recuperare forme dirette di partecipazione politica (in particolare il frequente ricorso ai referendum) come un modo per introdurre una riforma della partitocrazia (così p. 580) e non invece come un altro modo, radicalmente diverso, di garantire partecipazione politica da un lato e di assicurare indirettamente, dall'altro, anche una maggiore rappresentatività e responsabilità delle istituzioni politico-rappresentative e del parlamento in particolare nei confronti dei mandatari dei partiti. Anche la «riforma della struttura verticale dello Stato», avviata dal governo Prodi di centro-sinistra con la sua «decentralizzazione amministrativa attraverso leggi ordinarie (legge Bassanini)» (il

riferimento è qui alla legge del 15 marzo 1997), e portata avanti, sia con l'introduzione dell'elezione diretta del presidente regionale nel 1999, sia attraverso la riforma del 2001, con cui venne riformato l'intero Titolo V della Costituzione e furono riconosciute per la prima volta competenze esclusive alle Regioni (pp. 582 e 587-588), sarebbe stata all'origine di una nuova dinamica di destabilizzazione del sistema politico dello Stato italiano, tradizionalmente accentrato, a favore delle Regioni da un lato e del Presidente del Consiglio dall'altro, quest'ultimo peraltro, «come *Primus inter pares*, di qualsiasi strumento giuridico per disciplinare una coalizione» e forte perciò di «null'altro se non della sua autorevolezza politica» (p. 589). In reazione alla fragilità interna delle coalizioni della seconda Repubblica si sarebbe giunti ad una «valorizzazione del ruolo del Presidente della Repubblica» (4 dal 1989 al 2015), al quale saranno attribuite «funzioni di mediazione» di fronte a maggioranze parlamentari instabili e a frequenti cambi di governo (p. 591), nonché ai governi cosiddetti tecnici (p. 591). A partire al più tardi dal doppio mandato di Napolitano si potrebbe dunque parlare di una «presidenzializzazione dell'Italia», di uno «scivolamento dell'ufficio del Presidente al centro del sistema» al pari di quanto constatabile in Francia (p. 592).

<sup>27</sup> Ivi, p. 594: «[...] nessuna riforma istituzionale si rivelerà effettiva se non accompagnata da una modifica del sistema dei partiti», dove Hornig riprende una tesi sostenuta da G. Pasquino in Id., M. Valbruzzi, *Non partisan Governments Italian-style: Decision-making and Accountability*, in «Journal of Modern Italian Studies», n. 5, vol. 17, 2012, pp. 612-629, qui 624.

<sup>28</sup> La letteratura politica tedesca sul processo di trasformazione (soprattutto politica ed economica)

affrontato dagli stati dell'Europa centrale e orientale dopo il 1989, è terminata; qui ci si limita a rinviare all'attività di ricerca dispiegata dal Frankfurter Institut für Transformationsstudien (FIT), all'interno dell'Europa-Universität Viadrina di Frankfurt a.d. Oder, in part. agli *Arbeitsberichte*, facilmente rinvenibili in rete, di H.-J., Wagener, *Transformation als historisches Phänomen*, del 1996; di H. Ribhegge, *Die Osterweiterung der Europäischen Union als Herausforderung*, del 1997; di Ch. Mögelin, *Die Rezeption des Rechtsstaats in Mittel- und Osteuropa*, del 1997; di G. Pickel, S. Pickel, *Politische Partizipation und politische Einstellungen der osteuropäischen Transformationsstaaten im Vergleich*. Si rinvia infine a W. Merkel, R. Kollmorgen, H.-J. Wagener (eds.), *The Handbook of Political, Social, and Economic Transformation*, Oxford, Oxford University Press, 2019.

<sup>29</sup> Cfr. *infra*.

<sup>30</sup> Sulla necessità di una «seconda trasformazione istituzionale, quella delle regole e strutture informali oltre che di quelle formali» nelle «società in transizione» (*transition countries*), cfr. Lauth, *Grundlinien* cit., p. 31. Sull'«importanza delle strutture informali [...] per comprendere la logica del funzionamento» di tali società in transizione», dove «il ruolo effettivamente esercitato dal Presidente e dal Premier spesso non corrisponde alla distribuzione dei ruoli nella costituzione secondo cui lo Stato è classificato tra i tipi di sistema di governo», cosicché può accadere che in alcuni casi, come in Albania e in Armenia, «in un sistema di governo detto presidenziale non sia il Presidente ma il Premier a essere l'attore principale», e in altri casi, come ad esempio in Austria, si osservi «un'interessante torsione informale del sistema di governo», per cui «è il Kanzler e non il Presidente, come si dice in Costituzione, a svolgere il ruolo

lo più importante», cfr. Benz, Lauth, Bröchler, *Verfassungsentwicklung* cit., p. 72. Nelle società politiche in via di transizione può poi anche accadere, come in Russia, Bielorussia e Ucraina, che le già molto vaste competenze costituzionali del Presidente, dove questo dispone già secondo la Costituzione di ampi poteri esecutivi e legislativi, così da poter agire praticamente senza controllo» (è questo il tipo dell'«exzessiven Exekutionalismus», di cui parla F.W. Rüb, *Gewaltenteilung in Mittel- und Osteuropa – Gelungener Konstitutionalismus oder exzessiver Exekutionalismus?*, in S. Kropp, H.-J. Lauth [Hg.], *Gewaltenteilung und Demokratie. Konzepte und Probleme der "horizontal accountability" im interregionalen Vergleich*, Baden-Baden, Nomos, 2007, pp. 237-260), vengano ulteriormente rafforzate da pratiche informali come reti clientelari e strutture di clan, andando a rappresentare, sempre secondo Rüb, una forma autoritaria dell'esecuzionalismo eccessivo, che si può ritrovare non solo negli stati suddetti, ma anche in Turkmenistan, Kazakistan, Uzbekistan, Armenia e Georgia (p. 72). Di Rüb si veda anche *Das Amt der Staatspräsidenten Mittel- und Osteuropas. Eine vergleichende Studie seiner Genese, der verfassungsrechtlichen Position und politischen Dynamik in den postkommunistischen Transformationen*, Habilitationsschrift, 1999, e inoltre *Schach dem Parlament! Regierungssysteme und Staatspräsidenten in den Demokratisierungsprozessen Osteuropas*, Wiesbaden, Westdeutscher Verlag, 2001. Sulla variante «autoritaria» del costituzionalismo contrapposta a quella «liberale e democratica» nella «globale Verfassungsgeschichte», una variante che serve anzitutto «alla stabilizzazione del potere, dove i diritti di libertà vengono certo concessi ma sottoposti a forti limitazioni e controlli [...]» e dove la divisione dei poteri viene aggirata attraverso la domi-

nanza del governo sul legislativo e sul giudiziario» richiama l'attenzione anche Benz, *Außereuropäische Verfassungsentwicklung* cit., qui 59.

<sup>31</sup> Sul concetto di «costituzionalismo globale», a cui dal 2012 è anche dedicata una rivista («Global Constitutionalism», pubblicata online dalla Cambridge University Press), e sulla sua tendenza alla giustizializzazione della politica, cfr. ivi pp. 54-56. Sulle corti costituzionali, ora presenti nei 2/3 dei paesi europei, tra cui anche Ungheria, Polonia, Bielorussia, Turchia, dove però i giudici costituzionali sono formati diversamente che negli altri stati europei occidentali e dove la corruzione e il clientelismo pregiudicano il funzionamento non solo dei sistemi politici ma anche di quelli giuridici, v. Benz, Lauth, Bröchler, *Verfassungsentwicklung* cit., pp. 75-76.

<sup>32</sup> Sulla funzione di integrazione della costituzione Boldt, *Einführung* cit., pp. 18-19, dove la costituzione è definita: «ein Komplex mehr oder weniger zahlreicher und mehr oder weniger stark aus einem gesellschaftlichen Kontext ausdifferenzierter Institutionen (Handlungseinheiten oder Gremien), die die Funktion einer Integrierung und Steuerung größerer Gesellschaften haben und die in bestimmten Beziehungen (institutionalisierten Vorgehensweise) zueinander und zu ihrer Umwelt stehen».

<sup>33</sup> Lauth, *Grundlinien* cit., p. 31.

<sup>34</sup> Sulle costituzioni napoleoniche e la loro prevalente funzione di integrazione (e quindi di legittimazione) dello Stato, M. Kirsch, *Monarch und Parlament im 19. Jahrhundert: Der monarchische Konstitutionalismus als europäischer Verfassungstyp – Frankreich im Vergleich*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1999, pp. 218 ss., in part. pp. 240 ss., 288 ss., 296-298; E. Grothe, *Model or Myth? The Constitution of Westphalia of 1807 and Early Ger-*

*man Constitutionalism*, in «German Studies Review», n. 1, vol. 28, 2005, pp. 1-19; L. Antonielli, *Le istituzioni dell'età napoleonica*, in M. Meriggi, L. Tedoldi (a cura di), *Storia delle istituzioni politiche. Dall'antico regime all'era globale*, Roma, Carocci, 2014, pp. 81-102; V. Sellin, *Gewalt und Legitimität: die europäische Monarchie im Zeitalter der Revolutionen*, München, Oldenbourg, 2011, pp. 8-11, sul costituzionalismo come fattore di legittimazione dinastico e della monarchia pp. 43 e 67; sulla costituzione per prevenire o contenere le rivoluzioni pp. 185, 198; e soprattutto, sugli effetti di stabilizzazione del potere delle costituzioni napoleoniche, pp. 199-200, 216. Sulla funzione di integrazione svolta dallo Statuto albertino al momento dell'annessione delle nuove province, cfr. anche A.G. Manca, *La pubblicazione dello Statuto nelle province in via di annessione (1859-1861)*, in L. Blanco (a cura di), *Ai confini dell'Unità d'Italia: territorio, amministrazione, opinione pubblica*, Trento, Fondazione Museo Storico del Trentino, 2015, pp. 89-134.

<sup>35</sup> Sulla maggiore propensione dei nuovi stati sorti dopo il 1989 a mutamenti strutturali anche in rapida successione, Benz, Lauth, Bröchler, *Verfassungsentwicklung* cit., p. 71, una propensione che contrasta con la continuità riscontrabile nelle formazioni statali e nelle costituzioni scritte degli stati dell'Europa occidentale a democrazia liberale (pp. 63, 87).

<sup>36</sup> Ivi, p. 68.

<sup>37</sup> M.S. Shugar, J.M. Carey, *Presidents and Assemblies. Constitutional Design and Electoral Dynamics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992 (tr. it. *Presidenti e assemblee. Disegno costituzionale e dinamiche elettorali*, Bologna, il Mulino, 1995).

<sup>38</sup> Carattere programmatico riveste in particolare la spiegazione fornita dai curatori Benz, Lauth, Bröchler, *Verfassungsentwicklung* cit., p. 69: «Meno diffuso

è il tipo 1 del sistema puramente presidenziale, realizzato in Azerbaigian, Bielorussia, Turchia e Cipro, laddove però Azerbaigian e Bielorussia rappresentano delle autocrazie, la Turchia ha rappresentato per molti anni una democrazia deficitaria e poi un sistema ibrido, e Cipro una democrazia. Nel territorio tra presidenzialismo e parlamentarismo circa 1/4 degli Stati si possono classificare come sistemi misti. Nel Gruppo 2 dei sistemi presidenzial-parlamentari si trovano paesi come la Francia, la Russia e l'Ucraina. Sistemi parlamentar-presidenziali del tipo 3 sono il Portogallo e la Polonia. Il governo indipendente dall'assemblea (tipo 5) si trova solo nella Svizzera» (tab. 0.3, ivi, p. 70).

<sup>39</sup> Sugli USA, tra gli stati costituzionali extraeuropei che avrebbero adottato il sistema presidenziale, a differenza del Canada e dell'Australia che hanno adottato senza riserve il modello di Westminster, v. Benz, *Außereuropäische Verfassungsentwicklung* cit., in part. p. 37. Nel seguito Benz ammette però che il sistema politico-costituzionale degli USA, lungi dall'essere saldamente adagiato nell'equilibrio di un sistema presidenziale, soffre, nel trentennio qui considerato, della «particolare ambivalenza» per cui il Presidente riesce in linea di tendenza ad imporsi sul Congresso in politica estera, mentre in politica interna «le assicurazioni costituzionali contro un presidenzialismo imperiale sembrano ancora funzionare» (p. 39), anche se i presidenti, data la crescente «nazionalizzazione» dei partiti non possono contare sempre sul congresso e governano sempre più spesso attraverso decreti (p. 37).

<sup>40</sup> E. Rotelli, *La repubblica non parlamentare della Rivoluzione americana*, in *Forme di governo delle democrazie nascenti. 1689-1799*, Bologna, il Mulino, 2005, 2° cap., pp. 97-250.

<sup>41</sup> Benz, *Außereuropäische Verfas-*

*sungsentwicklung* cit., pp. 37 e 39.

<sup>42</sup> L'ultima delle precedenti costituzioni federali di epoca sovietica, quella del 1977, rimase in vigore sino al 1988; a questo punto essa cominciò a essere oggetto di tante e tali modifiche che nel 1991 si giunse infine allo scioglimento dell'Unione Sovietica (Steindorff, *Russland* cit., pp. 1291-1331, p. 1591).

<sup>43</sup> Ivi, p. 1292.

<sup>44</sup> La Duma è la seconda camera elettiva e consta di 450 deputati eletti direttamente dal popolo ogni 5 anni.

<sup>45</sup> Steindorff, *Russland* cit., in part. § 3 Regierungssystem, pp. 1297-1310, qui p. 1297.

<sup>46</sup> Ivi, pp. 1294 e 1297.

<sup>47</sup> Ivi, p. 1298.

<sup>48</sup> *Ibidem*.

<sup>49</sup> Ivi, p. 1299.

<sup>50</sup> Ivi, p. 1300.

<sup>51</sup> Ivi, pp. 1301-1302.

<sup>52</sup> Ivi, 1304.

<sup>53</sup> Ivi, p. 1299.

<sup>54</sup> Ivi, p. 1303; sulla Corte costituzionale russa v. in part. pp. 1308-1309.

<sup>55</sup> Ivi, pp. 1305-1306.

<sup>56</sup> Ivi, p. 1309.

<sup>57</sup> Cfr. Silvia von Steindorff, *Russland* cit., che a p. 1294 parla di «autoritärer Konstitutionalismus», su cui si è soffermato in part. M. Tushnet, *Authoritarian Constitutionalism*, in «Cornell Law Review», n. 2, vol. 100, 2015, pp. 391-462. Sul concetto si veda anche Benz, Lauth, Bröchler, *Verfassungsentwicklung* cit., p. 59, dove si spiega che del costituzionalismo «c'è una variante liberale e democratica, [...] ma c'è anche un costituzionalismo autoritario, che serve alla stabilizzazione del potere, e che si trova laddove i diritti di libertà vengono certo concessi, ma sono sottoposti a forti limitazioni e controlli. Qui sono osservate le regole formali della statalità [...] ma la divisione dei poteri è aggirata attraverso la dominanza del governo sul legislativo e sul giudiziario».

<sup>58</sup> Cfr. Benz, Lauth, Bröchler, *Verfassungsentwicklung* cit., pp. 71-72; per una definizione dei concetti di «exzessiver Exekutivnialismus» e di «bipolare Exekutiven», con cui ci si riferisce ai «sistemi di governo [...] che dominano nell'Europa centrale e orientale, [e in cui] quasi tutte le costituzioni prevedono un Presidente eletto direttamente dal popolo che oltre ad avere notevoli poteri esecutivi ha anche poteri legislativi», ci si limita qui a rinviare a Rüb, *Bipolare Exekutiven in postsozialistischen Verfassungen*, in «Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften (ZSE)/Journal for Comparative Government and European Policy», vol. 6, 2008, 1, pp. 123-146.

<sup>59</sup> Cfr. Benz, Lauth, Bröchler, *Verfassungsentwicklung* cit., tab. p. 70.

<sup>60</sup> A. Babajew, *Belarus* (Frankfurt am Main), in *Handbuch*, 5, pp. 1455-1478, qui pp. 1456, 1459.

<sup>61</sup> Ivi, pp. 1459-1460.

<sup>62</sup> Ivi, p. 1460.

<sup>63</sup> Ivi, pp. 1464-1467.

<sup>64</sup> Ivi, pp. 1461-1463 e 1470-1471 (sugli organi della giustizia ordinaria e costituzionale), pp. 1463-1464 (sulla libertà di associazione, specie politica), pp. 1464-1467 (sulla libertà delle elezioni), pp. 1467-1468 (sui diritti e le libertà individuali), pp. 1468-1469 (sull'organizzazione dell'amministrazione).

<sup>65</sup> Ivi, p. 1457.

<sup>66</sup> Ivi, pp. 1460 e 1462.

<sup>67</sup> Di «sviluppo di una monarchia» ha parlato in particolare il capo del partito di opposizione Müsavat (uguaglianza); vd. Z. Gasimov [Istanbul/Bonn], *Aserbajdschan*, in *Handbuch*, 5 cit., pp. 1533-1556, qui p. 1540.

<sup>68</sup> Ivi, p. 1534; a p. 1536 si parla di «fallimento della democratizzazione» del Paese.

<sup>69</sup> Sull'ingresso nel Consiglio d'Europa ivi, pp. 1542 e 1545.

<sup>70</sup> Ivi, p. 1538.

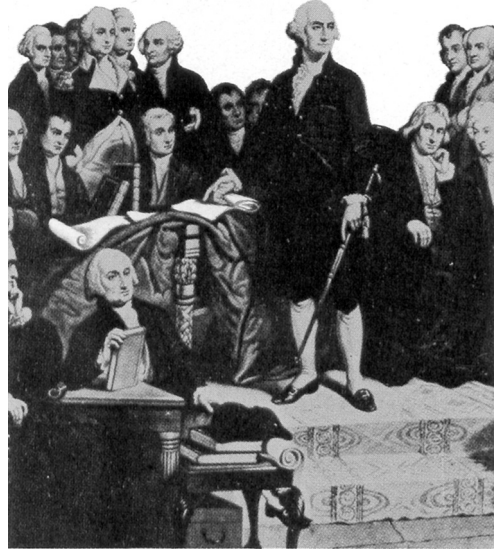
<sup>71</sup> Ivi, p. 1540.

<sup>72</sup> Ivi, p. 1542.

## Manca

- <sup>73</sup> Ivi, pp. 1541-1556, qui 1554.
- <sup>74</sup> Benz, Lauth, Bröchler, *Verfassungsentwicklung* cit., pp. 69-71.
- <sup>75</sup> Ivi, p. 97.
- <sup>76</sup> T. Yildiz (Duisburg-Essen), *Türkei* cit., p. 1590, nota 3.
- <sup>77</sup> Ivi, pp. 1590-1591, per la cit. pp. 1594, 1597.
- <sup>78</sup> Ivi, p. 1596.
- <sup>79</sup> Ivi, p. 1597.
- <sup>80</sup> Ivi, p. 1589.
- <sup>81</sup> Ivi, p. 1590.
- <sup>82</sup> Ivi, rispettiv. pp. 1594, 1596, 1593, 1591.
- <sup>83</sup> Ivi, p. 1597. Erdogan, attuale Presidente della Repubblica turca, già Primo Ministro dal 2003 al 2013, è stato eletto Presidente nel 2014 e nel 2018.
- <sup>84</sup> Ivi, p. 1597.
- <sup>85</sup> Le due soglie, qualora non raggiunte contemporaneamente, portano alla perdita totale dei voti e alla loro redistribuzione tra tutti i partiti (ivi, p. 1608).
- <sup>86</sup> Ivi, pp. 1607-1608.
- <sup>87</sup> Ivi, p. 1597.
- <sup>88</sup> Ivi, p. 1598.
- <sup>89</sup> Ivi, pp. 1598-1599.
- <sup>90</sup> Ivi, p. 1598.
- <sup>91</sup> Benz, *Außereuropäische Verfassungsentwicklung* cit., p. 59.
- <sup>92</sup> «Illiberale» ha definito la 'sua' democrazia con un insostenibile ossimoro lo stesso presidente ungherese Orbán (v. C.-Y. Matthes [Berlin], *Ungarn*, in *Handbuch*, 5 cit., pp. 711-742, qui 714); cfr. inoltre Benz, Lauth, Bröchler, *Verfassungsentwicklung* cit., pp. 63-64.
- <sup>93</sup> Così lamenta giustamente Yildiz (*Türkei* cit., p. 1591) nel definire come minimo «imprecisa» la definizione come ibrido di un regime.
- <sup>94</sup> Boldt, *Einführung* cit., p. 93.
- <sup>95</sup> Id., *Deutsche Verfassungsgeschichte, Band 2: Von 1806 bis zur Gegenwart*, München, DTV, 1990, p. 16.
- <sup>96</sup> Tra queste in primis il Consiglio d'Europa, con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo [Cedu] e il suo braccio operativo del Tribunale di Strasburgo, oppure con la sua Commissione europea per la Democrazia attraverso il Diritto, detta anche Commissione di Venezia.
- <sup>97</sup> Il diritto a conservare la *membership* nell'Unione va insieme al vincolo degli stati membri ai valori dello stato di diritto e dell'indipendenza del giudiziario (Schiffauer, *Europäische Union* cit., p. 239). Da questo vincolo discendono: il procedimento sanzionatorio che può essere avviato da parte della Commissione europea (sulla base dell'articolo 7 del Trattato dell'Unione) per violazione dei trattati europei e dei principi dello Stato di diritto (su quello contro Ungheria e Polonia, cfr. Benz, Lauth, Bröchler, *Verfassungsentwicklung* cit., pp. 96, 104); le sanzioni, anche pecuniarie, che possono essere irrogate dalla Corte europea di giustizia su istanza della Commissione a quegli stati che non diano corso alle sentenze della prima (Schiffauer, *Europäische Union* cit., p. 240); l'invito da parte della Commissione al dialogo e alla resipiscenza verso lo stato membro che abbia mostrato di violare al suo interno i principi dello Stato di diritto; su quest'ultimo, il cosiddetto «meccanismo per lo Stato di diritto», messo a punto nel 2014 dopo i casi di palesi violazioni da parte dell'Ungheria nel 2012 (Matthes, *Ungarn* cit., pp. 722-723) e applicato alla Polonia dopo i fatti del 2015, vedi Schiffauer, *Europäische Union* cit., p. 240 e inoltre K. Ziemer (Warschau), *Polen*, in *Handbuch*, 5 cit., pp. 807-842, in part. pp. 808-809, 834-835.
- <sup>98</sup> Così lascia intuire Yildiz, *Türkei* cit., p. 1590.
- <sup>99</sup> P. Brandt (Hg.), *Parlamentarisierung und Entparlamentarisierung von Verfassungssystemen*, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2016.
- <sup>100</sup> Così S. Marschall, *Parlamentarismus. Eine Einführung*, Baden-Baden, Nomos, 2005.







# What has changed, what have we learned?

MICHAEL STOLLEIS

If the *Journal of Constitutional History* has now been published for 20 years and bestows its readers with two issues per year, then that is reason enough to ask two questions, namely (I) what has actually changed in the past decades in the special discipline of “constitutional history” and (II) what consequences we – the scientific community – have drawn from it.

1. In order to understand what has changed in the last two decades, however, it is first necessary to recall the beginnings of the academic discipline “constitutional history”. This discipline was not “always there”, but is a product of a certain political-historical constellation, namely the constitutional movement with and after the American Declaration of Independence and the French Revolution. The German compound “*Verfassungsgeschichte*” or the adjective combinations “*histoire constitutionnelle*”, “*storia costituzionale*”, “con-

stitutional history” all belong to the middle of the 19th century, the period in which not only the European constitutional movement developed its greatest energies, but in which a historicisation encompassing all disciplines also took place. When constitutions were debated on the political stage, it mobilised historians and legal historians of the time to reflect on the historical side of constitutions. Where new states emerged, it was necessary to ascertain their prehistory, any possible earlier constitutions and the present state of affairs by “historical means”. One would only have to think of the national unity movements in Italy and Germany, of the smaller peoples in Central and Eastern Europe, who formed nation states on the friction surfaces of the Russian, Habsburg and Ottoman empires (Finland, Baltic States, Poland, Ukraine, Hungary, Bulgaria, Romania, Serbia, Bosnia, Croatia, Albania, Macedonia, Greece). They all sought their national “identities”, their national myths, flags and anthems, some even their national languages and

heroic songs. Ultimately, all constitutional history was to lead to the present, i.e. to a new constitution. If constitutional history could prove that the nation had always been on the course, then the new constitution would complete the historical path "organically". Thus, there have been attempts all over Europe to construct a constitutional history that, if possible, goes back to "pre-historic times".

From then on, constitutional history accompanied the European triumphal procession of the unified, sovereign nation state, which ideally encompassed a people that was as homogeneous as possible, a state that was internally a sovereign legislator and externally a sovereign subject of international law. In this context, constitutional history recounted its emergence and gradual formation. Certainly, this was an ideal which could hardly be fulfilled anywhere; for there could hardly be any talk of social or even "racial" homogeneity anywhere. Even the perfect, power-separating, democratic state under the rule of law was only an ideal – just think of the lack of women's suffrage. Nevertheless, it was precisely because of its distance from political reality that the "model" developed an advertising force which provided the liberation and national movements of the 19th century with idealistic forces.

This picture experienced a fundamental disruption during the First World War. The former wars between states, which were bound by international law and sought to distinguish precisely between armies and civilian populations, now became "people's wars" and wars of new technologies (submarines, tanks, aircraft, gas). They became wars of national economies, into which the

civilian population was also forced. The traditional divisions between the public and private spheres, between public law and civil law dissolved. Now, the state of exception was in force, if not the dictatorship. The constitutions, constructed for the state of normality, were repealed or at least pushed into the background. During the First World War, Germany too experienced a kind of military dictatorship in the form of the "Oberste Heeresleitung" "Supreme Army Command".

But the national constitutional state continued to operate with the effectiveness of a phantom. Wilson's formula of the "right of self-determination" of peoples unfolded destructive consequences despite its idealistic intention. Everywhere nation states tried to make themselves more "homogeneous". Entire population groups were resettled, for example between the young nation states of Greece and Turkey, while other parts of the population had to vote on who they wanted to belong to, as in Germany in the German-Polish and German-Danish border areas. Throughout the unfortunate 20th century, people were displaced or greeted with the cry "Heim ins Reich" ("home to the Reich"). Strong central powers forcibly suppressed population groups with a different language and culture, and still do so today. One only has to remember the russification of non-Russian peoples in the Tsarist Empire and the Soviet Union; one only has to look at China's minority policy.

2. Thus, the discipline of “constitutional history” had become internally insecure in the European states after the First World War. In part, it held on unchanged to the frame of reference of its own national constitution, in part it sought new orientation in international comparison. The latter, however, was only minimally successful; for the violations of scholarly friendship networks caused by the war and the mutual feelings of hatred in politics initially paralysed the willingness to search for historically common structures of European constitutional development. Nevertheless, it did happen, for example, in the European perception of “feudalism”, in the question of the (European) “state of the Middle Ages”, in the structural commonalities of European “absolutism” or in the “republicanism” of the municipal republics of the “urban belt”, which extended from Italy over the whole of Central Europe to the Nordic Hanseatic cities, or in the “self-government” of the Swiss cantons.

The “European fascism” that spread from the 1920s to the 1940s, with its relapses into extremely nationalistic and even racist homogeneity policies, not only destroyed large parts of Europe and caused millions of victims, but it is once again blocking and deepening intra-European communication. It took decades before scientific exchange was re-established. Gradually, younger generations began to show an unprejudiced friendly affection again. In the seventies of the 20th century, the European scholarship system, personnel exchanges and reciprocal translation activities led to the establishment of scientific normality.

For European constitutional history, this shift in political backdrop caused by

the Second World War meant a fundamental change in paradigms. With the founding of the UN, a new world community of constitutional states seemed to emerge, bound by the Universal Declaration of Human Rights of 10 December 1948 and the subsequent international covenants. In Europe, the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms was added on 4 November 1950. With the Banjul Charter on Human and Peoples’ Rights (27. June 1981) and the Arab Charter of Human Rights (22 May 2004), the basic elements of the European constitutional movement since 1776/1789 seemed to spread throughout the world. However, in order to gain this impression, it was necessary to generously overlook or minimise all weaknesses in enforcement, all national and religious reservations and – most importantly – all daily and mass violations of human rights. In any case, the hope should remain alive that we will gradually approach a global recognition of constitutionally guaranteed human and civil rights, and that we will even see the vision of a “World Constitution” securing world peace shining in the distance.

However realistic or unrealistic such hopes may be, they changed the coordinate system of constitutional history. The individual stages of the change are well known and are particularly obvious in Europe: the first common European institutions (Council of Europe, Coal and Steel Community, Euratom, European Economic Community) gradually grew together, a difficult-to-define entity called “Europe” (*monstrum aliquid*, to quote Samuel Pufendorf) with executive, legislative and judicial branches was formed, and the majority of experts in European law agreed that such an entity could also have a “constitution”.

Now, at the latest, it became clear that there had to be a European constitutional history alongside the traditional national constitutional histories. It also became clear that this constitutional history could not be limited to the decades after 1945, but had to go back deep into pre-nationalist European history in order to explain which constitutional and all common guiding ideas have developed in Europe since the Middle Ages.

In this way, the emerging comparative European constitutional history could resume the long-cultivated stock of European political thought. Suddenly Plato and Aristotle's "Politeia", Thomas Aquinas and Marsilius of Padua, Niccolò Machiavelli, Hugo Grotius, Thomas Hobbes, John Locke and Jean-Jacques Rousseau, Kant and John Stuart Mill, to name but a few, appeared to form the core of Europe's common European store of ideas.

But it was not only this circle of eminent thinkers but, more importantly, the legal rules that Europe produced and the outlines of the institutions that became comparable in this way. We only need to recall the "majority" voting system, the dualism between the monarchs and the representatives of the country (nobility, parliaments, estates), the "fundamental laws" (*leges fundamentales*), which are above the simple laws, the dualism of domination and cooperative self-organisation, the gradual separation of public and private (state and society). In other words, European constitutional and political history of ideas proved to be complementary pieces of a common heritage.

3. A comparative European constitutional history, freed from the nationalisms of the

19th and 20th centuries, would therefore have enough material. But the question of constitutions and their own constitutional histories has long since gone beyond the scope of Europe. Hardly had the Western and then the Central and Eastern European states come together to form the European Union of the present day without achieving or wanting to achieve the classic capacity of a nation state to act, when the weight of world politics shifted again.

The end of the East-West conflict around 1989/90 by no means meant the end of history. Rather, authoritarian structures imploded in the Maghreb and the Middle East, without the "Arab Spring" really coming to blossom. At the same time, tensions arose between the USA and the rising great power China. Europe, as an economically strong but politically hardly capable conglomerate of states, found its new role in this new dualism only successively. Like all other industrially developed countries, Europe has been affected by rapidly advancing "globalisation". News, financial and commodity flows, technologies of all kinds spread across the globe at almost incomprehensible speeds. Migration flows from poor to rich countries, the North-South differences in social balance or even cross-border international crime raised the general awareness that the inhabitable earth forms a unit and can only be maintained in a coherent manner. The impending dangers of human induced global warming and the loss of biodiversity have not only marked the beginning of the new Earth Era "Anthropocene" since the middle of the 18<sup>th</sup> century, but also its possible end.

In terms of constitutional history, this means that a comparative look beyond Europe should now cover all the constitutional

states of the world. We can see that there are hardly any states in the world that do not call themselves "constitutional states", regardless of whether they have a classic constitutional text or an additive complex of constitutional laws. They all take different forms and follow certain lines of tradition, by no means only those of the Western European-American pattern. Even dictatorships that claim an identity of will between the people and the leadership and allow at best a sham parliamentarism must be considered constitutional states in a formal sense, as long as they follow certain publicly communicated basic rules, i.e. are not based on pure terror.

As different as the possible forms of constitutions worldwide may be, the basic outline that has been developed in Europe since the 18th century remains distinguishable. In this type of constitution, there are throughout programmatic declarations in preambles, declarations on the territory and name of the state, on the flag and anthem, promises of fundamental freedoms and civic duties, further organisational parts with the establishment of state organs in the three classical directions (legislative, executive, judiciary) as well as statements on the question of how the constitutional text can be changed. All constitutions are similar in certain characteristics and can therefore be compared, either to find similarities or (more importantly in practice) differences. It is also possible to determine by comparison – assuming you have the necessary expertise and language skills – to what extent the social and political realities respect the normative guidelines or whether the constitution is just a painted backdrop behind which a repressive regime

lurks. This requires in-depth knowledge of not just one country.

4. Today, constitutional history increasingly recognises this worldwide copying and modification of constitutional patterns as a research task. The greater the distance of modern constitutions from their historical starting points, the more the original ideas are mixed with newer models. The circles of comparison thus expand in a ring shape. Within Europe, it was initially sufficient to compare the American model, the French constitutions of the revolutionary period, the Polish, Norwegian and Swedish constitutions, the *Charte constitutionnelle* of 1814 and the constitutions of the members of the German Confederation. Soon, from the middle of the 19th century, the new German and Italian constitutions and those of the young states after the withdrawal of the Ottoman Empire from the Balkans followed. When the Habsburg Empire and the Tsarist Empire ended in 1918, further nation states with new constitutions were formed. After 1918, Germany's imperial constitution and the constitutions of the federal states were revised in the spirit of "popular sovereignty". Throughout South America and Mexico, successor states were formed from the territories of the Spanish and Portuguese Crown Lands. Japan received its Meiji constitution, the new Turkey was constituted under Kemal Atatürk. In the 20th century, African and Asian states that emerged from the British Commonwealth and from French, Dutch and Belgian colonies gave themselves new constitutions, with the former German colonies (East Africa, Cameroon, German

South West Africa) on the periphery. Ultimately, the Soviet Union broke up and created new "constitutional states", some of them, however, clear dictatorships. All 193 members of the United Nations now call themselves "constitutional states", including Taiwan, which was ousted by China. In formulating their constitutions, they have drawn on the traditional store of ideas and fixed their internal order with more or less solemn words.

The historical comparison of constitutions has thus assumed world format on a horizontal scale. However, on a vertical scale, the lines show very different historical depths. In the case of younger states, the constitutional history sometimes spans only a few years or decades; in the case of older states, the lines of tradition reach back to the Middle Ages, while the idealistic traditions encompass the entire political thinking of antiquity. This raises a wealth of methodological questions if such a historical comparison is to go beyond a superficial comparison of texts or any citation of "passages". These questions are still being addressed here; for it is obvious that today there can hardly be talk of a comprehensible state of research on "reception" or "translation", especially since constitutional history is embedded in a broad, worldwide field of comparative political studies.

(a) Certainly, all the constitutions in the world are now available in textbooks and on the Internet. But language problems arise immediately. The original texts are usually extremely carefully worded and gain their meaning through nuances that are difficult for the (linguistic and historical) outsider to understand. A text interpretation that only

makes use of common English translations is from the outset fraught with weaknesses.

(b) Constitutions are, without exception, products of real, concrete historical events (wars, revolutions, declarations of independence, divisions of countries, etc.). Each new constitution concludes an era by using old material and adding new ones. Constitutions are textual (normative) concentrates of the respective national histories, both actual and ideational. Often, however, reliable national histories are not available at all, especially when a country-specific university discipline "constitutional history" does not even exist. That is why accounts of political science, comparative government studies, simple introductions to the history of the country, party histories or biographies of the state founders fill the gaps that become apparent when a significant constitutional history is missing.

(c) Naturally, the constitutional historians of the individual countries also set different caesuras. German constitutional history, for example, does not begin, as some might think, with the years 1945 or 1914 or 1806. North America typically begins with the first constitutions of the federal states and the federal constitution. The predecessor documents of the colonial treaties do not have constitutional rank, but are important for the prehistory of basic rights. For France, the year 1789 is the classic and striking dividing line, but there is also the tradition of fundamental laws dating back to the 16th century. England knows a whole range of events and texts of constitutional significance. And so, for each country, different stories and prehistories of an "indigenous" nature can be traced.

(d) Methodologically more demanding are questions that have been raised in recent transfer and translation research. Their premises lie in the rejection of the either Eurocentric or paternalistic preloads of older reception research, which thought in models of takeover, colonisation or displacement of native law. In this sense, the term “reception” of constitutions is seen as misleading, because it could be understood as unilateral adoption, even overwhelming. If one no longer wants to speak of “reception”, then the search for new formulas begins, with which prejudices can be overcome and greater precision in the description of the processes can be achieved. They are probably found where cultural interaction is addressed; for no template is adopted unchanged. It is a matter of cultural penetration, of adaptations and transformations. Comparative constitutional history is a joint task not only of the disciplines of history and legal history, political science and constitutional law, but also of the social and cultural history of all those involved.

(e) In view of the different country histories and national cultures, the different methodological approaches and previous understandings, a comparative constitutional history can only achieve the goal of a fair and meaningful comparison if it is based on concrete questions. Otherwise it operates with unverifiable assumptions. Such concrete questions could be: What religious and ethical bonds were the political leaders subject to in pre-constitutional times? How did the transition from vassalite, personal networks of relationships to the territorial state take place, for example in Europe and Japan? Do urban centres typically function as resistant cells of “special rights” or as pacemakers of “nationalisa-

tion”? Under what (possibly unrepeatable) conditions was the constitutional process in the 19th and 20th centuries successful? What changes were made to the continental European constitutional model to make it acceptable to other political and cultural milieus? What are the current conditions of the traditional constitutional model in the context of the world economy and global communication? This last question in particular is of great topicality; for when globalisation loosens traditional ties and creates uncertainties, political subcultures emerge which mistrust and oppose classical representative democracy. Even the best constitutional history cannot prevent such processes of erosion, but by shedding light on the past it can contribute to understanding the present – a side effect of a *sine ira et studio* progressing understanding.



# Velo de Ignorancia e Historia Constitucional

BARTOLOMÉ CLAVERO

We have been told that our struggle has loosened the bonds of Government everywhere; that Children and Apprentices were disobedient; that schools and Colleges were grown turbulent; that Indians slighted their Guardians, and Negroes grew insolent to their Masters. But your Letter was the first intimation for another Tribe more numerous and powerful than all the rest were grown discontented [...]. We know better than to repeal our Masculine systems.

John Adams a Abigail Quincy, su esposa, quien abogaba por derechos de la mujer casada, 14/4/1776.

## 1. *El contrato social y la abstracción del sujeto*

Pronto hará medio siglo, el tópico clásico del *contrato social* resurgió con una fuerza inaudita. Clásico digo refiriéndome al pensamiento jurídico que, entre los siglos XVII y XVIII de la era común de matriz europea, contribuyó a echar cimientos intelectuales a lo que sería el constitucionalismo: la concepción del sujeto laico, la presunción de su

asociación voluntaria, la prefiguración de política funcional para lo uno y para lo otro. El contrato social representaba el perno entre la posición del sujeto y, consentimiento presunto mediante, la institución de la política. Su figuración como evento constituyente fundaba lo primero, la asignación de derechos, y legitimaba lo segundo, la agencia de poderes. El impulso decisivo a tal resurgimiento lo imprimió una obra de singular fortuna, la *Teoría de la Justicia* de John Rawls. El éxito ha sido espectacular. Con decir que la obra cuenta hasta con versión musical<sup>1</sup>.

El tópico del contrato presuntivo venía no sólo a fundar una imagen del sujeto y a legitimar una práctica de la política, sino también a desarrollar entre ambos extremos un pensamiento normativo en términos de equidad social por abstracción de condiciones individuales de todo tipo, sobre las cuales la filosofía de la justicia, para que su práctica garantice igualdad, debiera tender un tupido velo de ignorancia afectada: «The principles of justice are chosen behind a veil

of ignorance. This insure that no one is advantaged or disadvantaged in the choice of principles by the outcome of natural chance or the contingency of social circumstances». Anuncia que viene por ello a traer «to a higher level of abstraction the traditional conception of the social contract»<sup>2</sup>.

No voy a ocuparme de la obra de Rawls ni del rawlsismo, sea más o menos revisionista, sino tan sólo de unas determinadas críticas entre las que se ofrecen como alternativa<sup>3</sup>. Tenemos, de una parte, la de carácter comunitarista poniendo de relieve que la abstracción del individuo como sujeto elimina de entrada toda la problemática esencial de la diversidad de identidades humanas por motivos de historias tanto confluyentes como conflictivas. La abstracción enquistaría la injusticia<sup>4</sup>. Tenemos otra de un signo, digamos, socialista, rechazando una abstracción de la desigualdad social de efectos no menos deletéreos<sup>5</sup>. Y hay más. Al velo de ignorancia se le acusa no sólo de *community-blind* y de *class-blind*, sino también de *sex-blind* y de *color-blind*. Es ciega que llega a celebrarse, como pilar propio, por parte del constitucionalismo<sup>6</sup>. Detengámonos en los puntos ciegos del sexo y del color. Aquí a lo que me dirijo es a sacar de la controversia de teoría provecho para la práctica de historia<sup>7</sup>.

## 2. El contrato sexual y la encarnación del individuo

Hay también una crítica de índole feminista, acusando en particular que la abstracción del sujeto deje fuera de visión, como si no constituyese una dimensión de alcance político, todo el universo de la familia de

donde se irradia sustancialmente la desigualdad con respecto a la mujer<sup>8</sup>. Del feminismo vino la rasgadura más reveladora del velo de ignorancia. En la literatura rawlsista no suele tomarse el caso en la debida consideración; a menudo, en ninguna<sup>9</sup>. Me estoy refiriendo a *The Sexual Contract* de Carole Pateman, aparecido algo más de tres lustros después de *A Theory of Justice*. Así arranca: «There has been a major revival of interest in contract theory since the early 1970s that shows no immediate signs of abating», especificando enseguida: «Something vital is missing from the current discussion. The sexual contract is never mentioned. The sexual contract is a repressed dimension of contract theory»<sup>10</sup>.

Pateman no se limita a señalar un punto ciego en la obra de Rawls y de otros tantos y tantas contractualistas, el del mundo de la familia donde anida la desigualdad de la mujer como base sobre la que se funda la propia figuración del contrato social. Es una deficiencia que se había acusado desde temprano de parte feminista: «By making the parties in the original position [del contrato social] heads of families rather than individuals, Rawls makes the family opaque to claims of justice»<sup>11</sup>. Pateman hace más que acusar este vacío. Lo fundamental, a mi entender, que aporta su *Contrato Sexual* a los efectos de comprensión y análisis de una historia interesante al constitucionalismo de derechos y garantías es el contraste circunstanciado y detallado entre, de una parte, la postergación del tema de la familia como espacio político de la mujer en el contractualismo liberal actual y, de otra, su consideración a fondo en cuanto que asunto clave para la literatura clásica, la de hace siglos, del contrato social. Dice sobre Locke algo que podría aplicarse a todo aquel géne-

ro desarrollado a partir del siglo XVII: «The full theoretical and practical significance of Locke's separation of what he calls paternal power from political power is rarely appreciated» en la actualidad, como si el poder del padre en la familia hubiera sido una cuestión secundaria para la gestación histórica del paradigma del contrato social tenido por liberal<sup>12</sup>.

En efecto, como es bien sabido pero escasamente hoy se resalta, John Locke, antes de abordar, en el que se tendría por su segundo tratado de gobierno, los poderes constituidos mediante el contrato social, el legislativo, el ejecutivo o judicial y el federativo o internacional más las prerrogativas del monarca, se ocupa, en lo que resultaría su primer tratado de gobierno, de un poder singular, nada dividido, que considera básico para todo el orden social, el *fatherly power* o la *patria potestas* de un carácter no político, no constitutivo del sistema que se llamaría constitucional, sino cimiento suyo. Se presenta como un poder *paternal*, pero, para el propio Locke, si resulta relevante es por ser un poder marital, el poder que, subordinando radicalmente a la mujer, la sitúa fuera y dentro del contrato social, fuera porque no participa en él y dentro porque queda sometida al mismo. El agente del contrato social fundador del sistema constitucional es el padre de familia que, antes de actuar en el terreno político, somete a la mujer en el orden civil. Así tenemos justamente para Pateman un patriarcalismo no exactamente paternal, sino marital, que ofrece la apariencia primaria de antipatriarcalismo por no proyectarse a la órbita política de los poderes suprafamiliares. Ese mundo de la familia que comienza hoy por excluirse de la filosofía normativa sobre la justicia estuvo bien presente, como bien muestra Pateman,

entre unos padres fundadores, desde Hobbes a Hegel pasando por Pufendorf, Locke, Rousseau y Kant, cada cual a su modo, con ninguna madre fundadora por supuesto<sup>13</sup>.

Que a la mujer se le ubique al tiempo fuera del contrato social como sujeto y dentro del mismo como sujeta tiene su traducción contractual más estricta, la del contrato de matrimonio, un contrato que se caracteriza frente al contrato social porque no se contrae entre iguales, sino entre desiguales de raíz. Una parte ni siquiera cuenta con capacidad política para obligarse por sí misma. Y es contrato cuyo contenido esencial no se acuerda por las partes, por ninguna de ellas. Lo es necesariamente de subordinación, una especie no tan peculiar ni extraña en los tiempos fundacionales del contractualismo tenido por liberal. Pateman muestra cómo operaban y se interferían otros contratos, particularmente el contrato laboral, *employment contract*, entendido y practicado en términos de una servidumbre que limitaba tanto poderes como responsabilidades del *master* en comparación con la esclavitud. El trabajo por cuenta ajena no esclavo era también objeto de contrato servil que colocaba al trabajador en el orden de la familia empleadora bajo la potestad paterna y patronal. En un mundo de contratos desiguales incidentes en la condición de personas, excluyendo del ejercicio de poderes y sometiendo a los mismos, el de matrimonio no era ni siquiera el de efectos más suaves. Pateman muestra todo esto para la anglosfera, pero el caso no era sustancialmente distinto por otros espacios de cultura europea en metrópolis y diásporas. El orden de padres de familia también afectaba severamente a homosexuales célibes, pero de esto no se ocupa el *Sexual Contract* de Pateman. Su mirada es binaria<sup>14</sup>.

El contrato sexual no se identifica sin más con el contrato de matrimonio. Pateman acuña la expresión para todas las formas que concurren a la exclusión incluyente o inclusión excluyente de la mujer situándose en un momento fundacional que no deja del todo de operar porque vengan luego reduciéndose sus operativos. La idea ya existía, pero no el sintagma: «The basis of 'paternalism' is an unwritten contract for exchange: economic support and protection given by the male for subordination in all matters, sexual service, and unpaid domestic service given by the female». En sí, el contrato sexual constituye una ficción, pero no menos que lo sea el contrato social. Ambos son ficciones no sólo expresivas, sino también y ante todo performativas. Aunque nos estemos moviendo en el terreno de la filosofía política y no del ordenamiento jurídico, se trata siempre de pensamiento de carácter normativo mirando, como tal, a lo segundo. El momento fundacional ficticio es el momento constituyente efectivo. Lo que se predica es lo que se propugna. Y lo que se hace cargo de unas realidades históricas con peso todavía en nuestro presente<sup>15</sup>.

*El Contrato Sexual* nos hace ver cosas que ciertamente le trascienden. «The story of the sexual contract [...] begins with the construction of the individual». Esta es la cuestión primordial, la de concepción del individuo, de un individuo determinado, como sujeto del derecho y de los derechos, presidiendo todo un nuevo paradigma. «Classic social contract theory and the broader argument that, ideally, all social relations should take a contractual form, derive from a revolutionary claim. The claim is that individuals are naturally free and equal to each other, or that individuals

are born free and born equal. [...] A naturally free and equal individual must, necessarily, agree to be ruled by another». «Yet almost all the classic writers held that natural capacities and attributes were sexually differentiated» determinando que el individuo en rigor solo fuese el varón padre de familia, el que cuenta en el orden privado con el poder correspondiente. El contrato sexual precede al social y media en todo su despliegue<sup>16</sup>.

El contrato sexual no está solo. Ya lo hemos visto flanqueado por un contrato laboral de signo servil similar a la esclavitud. Pero hay más para la propia Pateman. Su libro se concluye coincidiendo con la celebración de un centenario en la anglosfera, el segundo del primer desembarco británico en Australia. Como la conmemoración anterior del establecimiento del mismo Imperio en las Américas, puede ser un momento no sólo virtual de contrato social con los problemas que desde entonces se arrastran en relación ante todo con los respectivos pueblos indígenas: «I (Pateman) have exaggerated and described the sexual contract as half the story. The story of political genesis needs to be told again from yet another perspective. The men who (are said to) make the original contract are white men, and their fraternal pact has three aspects; the social contract, the sexual contract and the slave contract that legitimizes the rule of white over black»<sup>17</sup>. El contrato sexual no cubre ni media historia. La más que media puede que sea la del contrato colonial comprendiendo un contrato racial. El individuo del contrato social es así, encima, *white man*, "blanco" además de hombre. La exclusión incluyente o inclusión excluyente afecta a mucha, muchísima, más gente que a la mujer<sup>18</sup>.

### 3. El contrato racial y el momento del supremacismo

Hay quien ha apresado el testigo de esa última sugerencia viniendo a rasgar más todavía el velo de ignorancia. Me refiero a Charles Mills con su *The Racial Contract* que, cerca de diez años después, se presenta expresamente como inspirada por *The Sexual Contract* y no sólo respecto al título. Su autor ha venido además últimamente a una crítica pormenorizada de *A Theory of Justice* y sus secuelas. Más aun, en el intermedio, se ha aliado con Carole Pateman para abordar conjuntamente la problemática común de los contratos de subordinación. El propio *Racial Contract* ya representa por sí mismo un intento de ir atando cabos no sólo teóricos, sino también entre teoría y praxis<sup>19</sup>. El nuevo calificativo de especie contractual es criatura de Mills. Con la esclavitud por medio, a nadie se le había ocurrido. No parece tener mucho sentido. Sólo lo cobra en relación al precedente del *Sexual Contract*. Éste ha traído una cola que, como está dicho, no suele tomarse en consideración por la literatura filosófica deudora de *A Theory of Justice*, inclusive la versión musical que se permite humor, pero no autocrítica. La música no redime de la letra. En el ámbito del rawlsismo, al *Racial Contract* se le presta aun menos atención que al *Sexual Contract*. El velo resiste<sup>20</sup>.

He aquí el arranque del *Racial Contract*: «White supremacy is the unnamed political system that has made the modern world what it is today». Así se entiende que lo es aunque ni siquiera se identifique su existencia en cursos y tratados de filosofía política o, podríamos añadir, de historia del constitucionalismo. La razón sería el racismo rampante que no se reconoce a sí mis-

mo; dicho de otro modo, que no necesita ser abiertamente racista. Resulta aquello que ha venido a denominarse supremacismo, lo cual «is itself a political system, a particular power structure of formal or informal rule, socioeconomic privilege, and norms for the differential distribution of material wealth and opportunities, benefits and burdens, rights and duties». A este efecto acuña Mills el concepto de *racial contract*, así llamado porque «contract talk is, after all, the political lingua franca of our times». «The peculiar contract to which I am referring, though based on the social contract tradition that has been central to Western political theory, is not a contract between everybody ('we the people'), but between just the people who count, the people who really are people ('we the white people'). So it is a Racial Contract». Contrato racial es el mismo contrato social visto desde la perspectiva de la exclusión mayor sobre la que se basa. No se trata tan sólo de que luego se produzcan en la historia discriminaciones racistas, sino de algo más por cuanto resulta que el acto fundacional del contrato social es racista constitutivamente. Igual que el contrato sexual, era algo que no ocultaba el contractualismo clásico como lo ha hecho el posterior<sup>21</sup>.

Para Mills el contrato racial es la realidad histórica del contrato social. Su concepto no viene a complementar al de Pateman. Claramente lo desborda. «The *Racial Contract* is thus the truth of the *social contract*», no en cambio el sexual. No viene así a poner en evidencia el contrato social, sino a identificarlo y explicarlo. Su obra se pretende más de historia descriptiva que de filosofía normativa. La cuestión entonces se sitúa en un contexto pretérito de carácter fracamente colonial: «The general purpose

of the Contract is always the differential privileging of the whites as a group with respect to the nonwhites as a group, the exploitation of their bodies, land, and resources, and the denial of equal socioeconomic opportunities to them». Así es como cobraría cuerpo históricamente el contrato social redimensionando el alcance del contrato sexual: «All whites are beneficiaries of the Contract, though some whites are not signatories to it», entre ellos, como ya sabemos, las mujeres, no menos beneficiadas las blancas por no ser partícipes del tal acto fundacional. «Whites do in general benefit from white supremacy (though gender and class differentiation mean, of course, that they do not benefit equally)»; «historically white racial solidarity has overridden class and gender solidarity». En lo que toca a mujeres y trabajadores del tronco o el ramaje europeos, los respectivos contratos de subordinación son de una dimensión no comparable con el contrato racial constitutivo del contrato social. No todas las desigualdades son iguales. La sugerencia final de Pateman sobre que sólo había escrito la mitad de la historia se ha vuelto en contra de su propio planteamiento<sup>22</sup>. No obstante, veremos cómo, por empeño de Mills, intentarán tender puentes entre ellos y enlaces entre contratos.

No hay un contrato específico, equivalente al de matrimonio, que pueda encauzar la exclusión incluyente o inclusión excluyente del no europeo sometido a racismo en un contexto de origen colonial. El contrato social como contrato racial implica la negación de cualquier sociedad política previa, la que vendría regalar Europa. El no europeo es, a lo más, un niño, infante sin voz, necesitado del sometimiento o abocado a la extinción. La divisoria no es sólo políti-

ca, sino, antes que nada, cognitiva y moral. Sólo el sujeto europeo cuenta con capacidad para una epistemología y una moralidad que le doten con personalidad y potencia con autonomía, condiciones estas para ser parte del contrato social. Así y con todo, «the Racial Contract is an exploitation contract that creates global European economic domination and national white racial privilege»; «the Racial Contract historically tracks the actual moral/political consciousness of (most) white moral agents»; «the Racial Contract has always been recognized by nonwhites as the real determinant of (most) white moral/political practice and thus as the real moral/political agreement to be challenged». He ahí, en la historia y en el presente, la sustancia real del contrato social. No es de extrañar que para Mills el contractualismo liberal realmente existente, el de hoy como el de ayer con la conexión que media, resulte constitutivamente racista. No necesita que sus agentes lo sean<sup>23</sup>.

El *Racial Contract* no es para Mills una unidad compacta. Como tiene una historia real, al contrario que el contrato social, conoce un despliegue y atraviesa una casuística. «Various moral and legal doctrines were propounded which can be seen as specific manifestations and instantiations, appropriately adjusted to circumstances, of the overarching Racial Contract. These were specific subsidiary contracts designed for different modes of exploiting the resources and peoples of the rest of the world for Europe: the expropriation contract, the slavery contract, the colonial contract». El mismo contrato de esclavitud, en sí por supuesto un sinsentido. Lo cobra como elemento de un dominio colonial que presume consentimiento hasta de los más dominados. Todo ello es relevante. No solo se trata

de una dominación cultural, sino también, con el *Expropriation Contract*, material; con el *Slavery Contract*, humana, y, con el *Colonial Contract*, global. Éste, el contrato colonial, es el que ha de alcanzar un sentido más general en vez del *Racial Contract*, pero serviría peor para el momento actual pues el colonialismo suele darse por superado y entenderse que es cosa del pasado<sup>24</sup>.

Lo propio podría decirse sobre el racismo, como si ya sólo se estuviese a estas alturas arrastrando secuelas, con lo que el término más general y comprensivo, a tenor de las propias posiciones de Mills, habría de ser el de *Supremacist Contract*. Sin embargo, supremacismo no es todavía un concepto tan difundido y sabido como el de colonialismo o el de racismo, sobre todo en castellano. La acuñación individual de lenguaje tiene sus límites en la función social de la comunicación. Y la calificación *racial* guarda su fuerza como construcción social, no como divisa biológica: «In a contemporary vocabulary, the Racial Contract 'constructs' race», inclusive la «white race», y no al contrario. La raza existe y no existe. Lo hace el racismo. Se distingue el supremacismo para resaltar que el *Racial Contract* no necesita sentirse racista<sup>25</sup>.

#### 4. El contrato de dominación y la senda del pluricontractualismo

*The Racial Contract* de Mills y *The Sexual Contract* de Pateman no son fáciles de compaginar por más razones de que el primero marque la entidad colonial del contrato social histórico mientras que la segunda se centra en poner de manifiesto la subordinación específica y más antigua de la mujer.

El propio Mills subraya otras diferencias adicionales. Para él, el contractualismo liberal es colonial no por sí mismo, sino por contingencia histórica, la del colonialismo que tiene su prosecución en el supremacismo. Podría regenerarse si se superara este último elemento. Para Pateman en cambio, el contractualismo liberal, al ser intrínsecamente sexista, no admite rescate por mucho que se le corrija. Si el sexo le constituye, el replanteamiento pluricontractualista no basta para redimirle. Aun así, estos autores se han planteado, como ya he dicho, integrar sus perspectivas abordando en una obra conjunta los diferentes vectores de dominación social en el escenario de un contractualismo que ambos entienden como profundamente racista y sexista, así como tan sólo superficial u ocasionalmente liberal por lo que toca a la historia y, en diverso modo y grado, al presente. La iniciativa del encuentro, como también está dicho, ha sido de Mills, quien ya había registrado en *The Racial Contract* enfáticamente su desacuerdo con Pateman. El libro venía gestándose y anunciándose desde los inicios del milenio. Llega a finales de su primera década. *Contract and Domination* es su título; los *Domination Contracts*, su objeto<sup>26</sup>.

Ya puestos en la vía del pluricontractualismo, se prosigue con la declinación de contratos añadiéndose nuevas figuras de modo que no parece ayudar, ya de entrada, a la integración de perspectivas. Pateman se ocupa de un *Settler Contract* que efectivamente no concurre a dicho objetivo. No trata del contrato colonial en general, sino de un supuesto concreto de colonialismo de establecimiento desplazando, confinando y eliminando a pueblos indígenas, el de los casos de Australia, Estados Unidos y Canadá que Pateman identifica además con

critérios problemáticos como el de la consideración jurídica de los territorios indígenas como *terra nullius*, tierra de nadie a disposición del colonizador. El asunto era más complicado en términos de derecho<sup>27</sup>. Presentan en todo caso estas páginas el interés de considerar la práctica de tratados desiguales de potencias europeas con pueblos indígenas como expresión del *settler contract*, lo que dista también de ser característica exclusiva de dicho tipo de colonialismo. Pateman apenas sale del mundo de la anglosfera. También se ocupa de señalar relaciones entre contrato sexual y contrato racial, con bastante ilustración, pero sin mayor integración<sup>28</sup>.

Por su parte, Mills se ocupa en general del *Domination Contract*, denominación que presagia una dilatación de la categoría de contrato racial en una línea comprensiva de todos los contratos productores de su-peditación comenzándose por la inclusión del contrato sexual. Avanza en el ámbito del debate teórico, inclusive con Pateman, pero menos en el terreno de la historia efectiva que él mismo considera propia del contrato racial en contraposición a la ficción del contrato social. Lo mismo cabe prácticamente decir de otro capítulo suyo sobre intersección entre contratos que recicla una idea de *racial patriarchy* como *white supremacist patriarchy* y acuña el compuesto de contrato raciosexual, *racial-sexual contract*, de un efecto integrador todo ello más bien precario en términos de la dilucidación histórica que el propio Mills ha requerido. Se le sustituye por abundancia de filosofía política y social con su arrastre impenitente de polémicas. Para la categoría más general de contrato de dominación, *Domination Contract*, viene en todo caso a insistirse en un principio de primordial interés:

«the domination contract has the great and overwhelming virtue of conceptualizing class, gender, and race as themselves artificial, not natural». Con tanto calificativo de contratos se trata de construcciones sociales y no de determinaciones ineluctables<sup>29</sup>. Digámoslo, por lo que enseguida veremos, en unos términos jurídicos: la dominación de clase, sexo y raza es de derecho constitucional y no de algún derecho natural o de alguna ley de la historia.

Incluso cuando los autores se muestran integradores, la disensión se delata. Ahora para Pateman lo que existe es *the sexual-racial contract* mientras que para Mills hemos visto que lo que hay es *the racial-sexual contract* (sic). Desde una introducción levantan acta de discrepancias que resultan las mismas de antes de haber afrontado el desafío del libro conjunto. A la hora de la verdad, Mills reafirma frente a Pateman su posición favorable al rescate igualitario de la tónica del contrato social, a lo cual en concreto atribuye la frustración de no haber conseguido una obra más integrada: «We did not write a joint chapter or jointly authored book on the interrelationship of the racial contract and the sexual contract because it is doubtful that Mills's view that contract theory can be modified and used for emancipatory purposes and Pateman's view that contract theory should be abandoned can be reconciled»<sup>30</sup>. El alcance y la suerte del contrato social se revelan así muy distintos para una y otra perspectiva tras un serio intento tanto por acercar sus posiciones como por confrontarse con otras<sup>31</sup>.

Tras *Contract and Domination*, se han sumado más contratos que pueden ayudar a integrar la problemática aun pareciendo dispersarla. Tenemos el *Capacity Contract*, un contrato de capacidad que, como espe-

cie de contrato de dominación, afecta a las personas discapacitadas o de otras capacidades. Lo propone Stacey Clifford-Simplifican apreciando la corriente de *critical social contract* de Pateman y Mills al tiempo que les critica por haber desatendido la discapacidad como contrato de dominación en el que se basarían otros como el sexual y el colonial, por lo cual, siempre a su juicio, estarían en parte coincidiendo con Rawls<sup>32</sup>. La misma idea se ha aplicado, como *Generational Contract*, a menores de edad y más allá por cuanto que esta discapacidad tradicionalmente se aplicara de forma colectiva a grupos en minoría y, aun pudiendo ser mayorías, a pueblos indígenas. La discapacidad es también discapacidad. Hay una antropología del sujeto capaz con efectos excluyentes de amplio radio. Por si faltara algo, ha surgido asimismo la sugerencia de un *Species Contract* como forma de contrato de dominación de la humanidad sobre las otras especies animales<sup>33</sup>. Se les somete también a exclusión incluyente o inclusión excluyente en la sociedad humana en cuanto que se les tiene al servicio de sus necesidades, intereses y hasta diversiones. Y lo dicho para los animales podría predicarse para la naturaleza con un *Natural Contract* igualmente supremacista y depredatorio. Hay sin duda un encadenamiento de dominaciones aunque lo que quepa poner en duda es si o hasta qué punto su clasificación como contratos sirve para percibir las y analizarlas. En fin, *Contract and Domination* se queda corto, pero el caso es que impulsa una perspectiva integradora de supuestos de dominación estructurales con la base histórica principal del colonialismo<sup>34</sup>.

Prosigamos con Mills y Pateman. El primero destaca la contingencia histórica del colonialismo europeo y, con ello, de

los respectivos contratos de dominación a partir de una figura de contrato social constitutivamente racista. La segunda resalta el carácter igualmente constitutivo para el orden establecido tanto del contrato sexual como del contrato racial, en su forma de *settler contract*, sin remisión a la vista. Me tienta apostillar que ambos tienen razón y que ninguno la tiene. El libro en comanda ha girado en redondo como una noria alrededor de unas disensiones no sólo entre unos autores, sino también entre, digamos, cuestión feminista y cuestión racial en general. El contractualismo en común a la contra no tiene mucho sentido más allá de la puesta en evidencia de una ficción histórica y de relieve una realidad presente: «Mills appropriates the contractarian theoretical framework to make explicit how abstract ideal conceptions of society obscure the ways in which society is actually structured»; «I [Pateman] want to move away from contract, but the 'social contract' is commonly invoked not only by political philosophers but in popular political rhetoric and discussion, so it is necessary to investigate the logic and power of this political fiction»<sup>35</sup>.

Para avanzar a partir de tal constancia, deberíamos seguir sugerencias de los propios Mills y Pateman. Recurramos a la historia y a una historia que no se quede o no embarranque en las ideas: «The specific form of contract that I analyzed is not an abstract mechanism but inseparable from its relational and institutional context»<sup>36</sup>. A veces es bueno el consejo de seguir el ejemplo de lo que se nos dice, no de lo que se hace. Devolvamos la historia a la historia, a una historia que, por las cuestiones implicadas, del sujeto de derechos al agente de poderes, ha de ser la historia constitucio-

nal. La filosofía misma debe ser objeto de la historiografía, no su dueña. La abstracción es germen del problema, no de la solución. Acudamos por fin a la historia constitucional una vez que el contractualismo, mono o pluri, lo amaga y no lo hace.

Aparte competencias e incompetencias, solapamientos y lagunas, entre especialidades académicas más o menos estancas, desde la ciencia política hasta la historia jurídica, la reducción lógica del contrato social a *State Contract* constituyente dando entrada a la historia constitucional arruinaría las pretensiones universalistas del monocontractualismo. Ni siquiera reconoce tal reducción de su leitmotiv a contrato de Estado. Y no hay base en el derecho supraestatal, ni siquiera en el de derechos humanos, que autorice la idea de contrato social sin fronteras pudiendo abrir campo a una historia constitucional a otro nivel y con más sujetos que el Estado<sup>37</sup>. Como no sólo hay contractualistas, no es la única razón por la que la historia constitucional no está escrita.

##### 5. *El velo de ignorancia de la historia constitucional*

*Why American Constitutional History is not written* ("americana" por estadounidense) no es un título provocativo de hace tres lustros. Iba completamente en serio<sup>38</sup>. Esa historia constitucional no está escrita por un punto ciego clave bajo el velo de ignorancia. La puesta en práctica del constitucionalismo de los Estados Unidos no se entiende si no se mira a la presencia indígena, una presencia que dominaba el anchísimo territorio de Norteamérica hasta el Pací-

fico. Frente a la política más acomodaticia del Imperio Británico, el contingente de colonos decidió no sólo independizarse, sino también establecer un sistema institucional, el constitucional precisamente, que ante todo les apoderase cara a los pueblos indígenas. La historia del constitucionalismo se plantea abstrayéndose de este factor determinante para todo el continente<sup>39</sup>. Constancia tenemos para los orígenes mismos del contrato social: «contractualism was, from its very inception, a discourse of colonial justification and ideation»<sup>40</sup>. No es que no haya estudios al respecto, pues para el caso de los Estados Unidos incluso abundan<sup>41</sup>, sino que su problemática no se integra y a menudo ni se conoce por la historiografía específicamente constitucional. Si comenzase por atenderla, vendría a situarse en un escenario de pluralismo cultural y social a las antípodas de la unilateralidad de tracto colonial con el primer constitucionalismo como posición de parte beligerante<sup>42</sup>. El propio alcance jurídico de la Constitución se reduce al concurrir otras piezas normativas de nivel como mínimo análogo como los tratados con pueblos indígenas<sup>43</sup>.

Con todo, la historia de este arranque constitucional resulta un tanto más compleja que la de una estrecha minoría homogénea empoderándose a sí misma y una extensa mayoría heterogénea excluida de tal concreta acción constituyente<sup>44</sup>. Desde unos primeros tiempos comenzó a forzarse la exclusión incluyente o inclusión excluyente del contingente indígena, un contingente de presencia anterior en el territorio y con derecho por tanto precedente<sup>45</sup>. Así empezaría a desarrollarse un *Federal Indian Law* como criatura de los Estados Unidos ignorando y desplazando todo título priori-

tario de derecho indígena. Si en un sistema constitucional hay una cuestión primera, no es la de derechos o, aún menos, la de poderes, que son las usualmente atendidas por la historiografía constitucional. Es la de sujetos de derechos y agentes de poderes, la de quiénes sean. Y es la parte no indígena, la colonial, la que se arroga el derecho de identificarlos y ubicarlos, este ejercicio primero de un poder constituyente. A lo dicho respecto a indígenas, se une en la parte no europea un derecho de familia que impone la subordinación permanente no sólo de la mujer, sino también del esclavo e incluso del trabajador por cuenta ajena. Tampoco es que falten estudios<sup>46</sup>, sino que la historiografía constitucional no empieza a mirar al derecho de familia hasta que, al cabo de un buen tiempo, aparezca algo al respecto por los textos constitucionales. Para antes lo ignora y así también descuida la cuestión primaria de los sujetos<sup>47</sup>. Estamos en las mismas. Porque se haya estudiado el derecho de familia durante la revolución francesa, no por ello se integra debidamente la materia en la historia constitucional de Francia<sup>48</sup>. Con todo, el velo tupido del paradigma imperante ofrece coartada perfecta. La cultura misma, en particular la académica, puede ser forma definitiva de ignorancia o, dicho de otra forma, vía eficiente de imposición de paradigmas sociales como presunta ciencia. El supremacismo no es sólo ni principalmente cuestión de mera ideología<sup>49</sup>.

El velo de ignorancia se tiende desde el principio de la historia constitucional por la misma determinación de la materia propia del constitucionalismo. De seguirse delimitando por lo que viniera tomándose por constitucional, se da carta de naturaleza a los puntos ciegos del propio derecho<sup>50</sup>, a

la ceguera impuesta por los sujetos de unos derechos que son al tiempo poderes. La fantasía del contrato social se replica con la ficción de la historia constitucional. En el arranque se repite veladamente el paradigma de Locke, con su estratificación del orden social entre el espacio privado de la familia bajo un *fatherly power* mucho más que paterno y un universo público desplegando unos poderes cuyos sujetos son los mismos padres-maridos-patronos. El problema del pluriconstitucionalismo con la tópica de fondo del contrato social reside en que ésta, desde Locke a Rawls, se desenvuelve así en campo contrario, manteniéndose refractaria a la puesta en cuestión de unos presupuestos que no sólo la caracterizan, sino que incluso la definen. Su ejercicio de abstracción, como el de la historia constitucional, no es que haya descuidado una serie de cuestiones, sino que ha sido «constructed to evade these problems», los que se ponen de relieve por parte del pluricontractualismo<sup>51</sup>. Tal sería su naturaleza. Puede que no sea muy feliz la ocurrencia de encauzar toda la problemática vista a través de figuras nominalmente contractuales, pero su responsable ha podido ser justamente calificada como una «eye-opener»<sup>52</sup>. El contrato social sería el juego de anteojeras y el contrato de dominación, el de las lentes.

Para percibir no basta con agudizar la vista. Hace falta sentido de la orientación. Y hay que comenzar por ubicarse. El pluricontractualismo juega en el campo ajeno del contractualismo. La historia constitucional convencional se mueve en el mismo terreno del contrato social en singular y abstraído. Por extender la mirada constitucional al trabajador, a la mujer, a menores, a indígenas, a afrodescendientes, a discapacitados, a homosexuales y demás no se recompone

el panorama ni historiográfica ni política-mente. Derechos que se dicen de nueva generación por no haberse observado antes a sus sujetos no cancelan poderes aunque indudablemente los condicionen y reduzcan. El paradigma del contractualismo liberal que informa, reconocida o solapadamente, al constitucionalismo impone principios y mantiene políticas adversas. Aun en la medida en la que ha venido condicionándose y reduciéndose, la abstracción favorable a poderes e intereses dados sigue operando. Nunca es pura filosofía aparte ya de su propia vocación normativa. Y la abstracción filosófica tiene su correspondencia con la abstracción historiográfica propia de la historia constitucional: «this tacit idealization is carried further in a picture of history that generally abstracts away from social oppression and its consequences»<sup>53</sup>. La contradicción y conflicto entre sujetos de una parte y, de otra, las diversas clases de no sujetos o de sujetos en posición subordinada no suele considerarse como asunto intrínseco de la historia constitucional. El mismo constitucionalismo doctrinal es experto en abstraerse tanto tratando de derecho actual como ocupándose de derecho del pasado, lo que suele. Significativamente, buena parte de la historiografía constitucional sigue siendo obra de constitucionalistas no sólo carentes de formación historiográfica, sino también de sentido de la autoubicación colectiva y personal<sup>54</sup>. Huelgan aquí ejemplos.

De lo que estamos en fin y con todo hablando no es tan sólo de la historia de los Estados Unidos de América o, más en general, de la anglosfera. Con lo que nos encontramos entre manos es con el primer momento histórico de activación del contrato social, si algo así existe, con todos

sus elementos conflictivos, el de contrato sexual, el de contrato racial y el de contrato colonial. Si en algún lugar de la historia se ha producido la invención del sistema constitucional, un sistema articulado de poder constituyente, reconocimiento de derechos, garantías de justicia, establecimiento de poderes y contrapeso entre estos mismos en función igualmente garantista, ello ha sido en la franja atlántica de Norteamérica allí cuando se fundaron y organizaron entre varias colonias británicas los Estados Unidos. El constitucionalismo es un invento americano, no europeo. Dicho de otra forma, la invención constitucional se produce históricamente en la frontera colonial de Europa, lo que va a pesar también severamente en la propia historia constitucional europea y más que europea<sup>55</sup>. Hoy no son raras las llamadas al abordaje de la historia de materia constitucional desde la perspectiva de su contexto colonial, pero ya se sabe que entre el dicho y el hecho hay mucho trecho, sobre todo para quienes pertenecemos por más razones que la descendencia al sector de los sujetos privilegiados y al más amplio de la cultura que éstos han creado<sup>56</sup>. A duras penas intenta abrirse paso la consideración de que sin el colonialismo no pueden explicarse no sólo unos orígenes constitucionales, sino tampoco unos desenvolvimientos ulteriores<sup>57</sup>.

Entre Pateman y Mills nos han hecho ver un detalle valioso a todos estos efectos. Los sujetos de derechos y agentes de poderes de aquellos tiempos clásicos tuvieron bien presente una clave luego perdida por las ficciones de la filosofía política y de la historia constitucional. Es esa de cuál fuera su lugar social, su autoubicación. Reléase nuestra cita capitular, la epistolar de John Adams, el que más tarde sería primer au-

tor de un tratado de derecho constitucional comparado y segundo presidente de los Estados Unidos. Con las bromas bochornosas que se permitía contra la sensatez de Abigail, su esposa<sup>58</sup>, revelaba conciencia sobre quiénes fueran *We the People*, nosotros las personas-pueblo, que se aprestaban a producir constituciones para asegurar sus derechos-poderes, y sobre quiénes formaban el resto, toda una mayoría heterogénea a mantenerse subordinada de diversa forma y por distintos medios. Los «bonds of Government» o vínculos políticos de unos «Masculine systems» alcanzaban con su batería de poderes a todos y todas sin impedimento de que jóvenes, mujeres, indígenas y afroamericanos estuvieran de raíz excluidos, todas y todos, de su establecimiento y manejo<sup>59</sup>. Ni concurrían ni se les esperaba. Reléase de nuevo: «Indians slighted their Guardians, and Negroes grew insolent to their Masters». Al indígena se le asimila a menor bajo tutela y a todo afro-

descendiente, no solo al esclavo, se le presume amos<sup>60</sup>. Esas eran las reglas. No había contractualismo que valiera, ni social ni asocial.

La historia constitucional heredada constituye una pieza, bien que modesta, del engranaje del sistema masculino con todas sus dominaciones. Llegamos a la conclusión. Entre el registro de conciencia de ayer y el velo de ignorancia de hoy, de una ignorancia realmente rawlsiana, se ha producido lo que he llamado la pérdida del paradigma de la historia constitucional<sup>61</sup>. El desafío que plantea no se solventa con la abstracción de la filosofía, sino con la concreción de la historia, de una historia de pasado y de presente.

<sup>1</sup> <<http://www.demproductions.org/atojtm>>: *A Theory of Justice: The Musical!*, 2013; <<https://music.apple.com/us/album/a-theory-of-justice-the-musical-official-soundtrack/1463204198>>: álbum editado por Apple en 2019 (consulta, 12/4/2020): también se tiene la *soundtrack* en Youtube.

<sup>2</sup> J. Rawls, *A Theory of Justice* (1971), edición rev., Cambridge Mass., Belknap, 1999, pp. 3 y 11, con reimpressiones y traducciones, entre éstas *Eine Theorie der Gerechtigkeit* (1975), *Teoría de la justicia* (1979), *Una teoría della giustizia* (1982), *Théorie de la justice* (1987).

<sup>3</sup> Wikipedia dedica voces tanto al autor como (en las versiones que he consultado: inglesa, española,

francesa, alemana e italiana) a la obra. La más informativa sobre las críticas a *A Theory of Justice* no es la inglesa, sino la alemana ([https://de.wikipedia.org/wiki/A\\_Theory\\_of\\_Justice#cite\\_ref-65](https://de.wikipedia.org/wiki/A_Theory_of_Justice#cite_ref-65)), pero ya adelanto que en ninguna de estas voces se registra referencia a las obras en las que voy a centrarme, las de carácter alternativo que versan sobre contratos sexual, racial y otros relacionables (consultas, 1/4/2020).

<sup>4</sup> A. MacIntyre, *After Virtue: A Study in Moral Theory*, London, Bloomsbury, 1981; M. Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge, Cambridge University Press (CUP), 1982; M. Walzer, *Spheres of Justice: A Defense of Plu-*

*ralism and Equality*, New York, Basic Books, 1983; C. Taylor, *Sources of the Self: The Making of the Modern Identity*, Cambridge, CUP, 1989.

<sup>5</sup> R.P. Wolff, *Understanding Rawls: A Critique and Reconstruction of 'A Theory of Justice'*, Princeton, Princeton University Press (PUP), 1977; M. Hauchecorne, *La gauche américaine en France. La réception de John Rawls et des théories de la justice*, Paris, CNRS, 2019. Para otra imagen menos verosímil, W.A. Edmundson, *John Rawls: Reluctant Socialist*, Cambridge, CUP, 2017.

<sup>6</sup> W.J. Brennan Jr., *Color-Blind, Creed-Blind, Status-Blind, Sex-Blind*, en «Human Rights», 1987,

- vol. 14, n. 1, pp. 30-37; A. Kull, *The Color-Blind Constitution*, Cambridge, Mass., Harvard University Press (HUP), 1992.
- <sup>7</sup> En telecomunicación durante el confinamiento por la pandemia de SARS-CoV-2, debo y agradezco comentarios y sugerencias a Blanca Rodríguez, Txema Portillo, Antonio-Enrique Pérez-Luño, Carlos Garriga, Laura Beck Varela, Romina Zamora y Sebastián Martín. Seré al concluir autorreferencial puesto que reflexiono sobre el tipo de historia constitucional que vengo últimamente propugnando.
- <sup>8</sup> S.M. Okin, *Justice, Gender, and the Family*, London, Basic Books, 1989; Ead., 'Political Liberalism', *Justice and Gender*, en «Ethics», 1994, n. 105, pp. 23-43 (crítica de Rawls, *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993); A.F. Smith, *Closer But Still No Cigar: On the Inadequacy of Rawls' Reply to Okin's 'Political Liberalism'*, *Justice and Gender*, en «Social Theory and Practice», 2004, vol. 30, n. 1, pp. 59-71.
- <sup>9</sup> <<https://plato.stanford.edu/entries/contractarianism>>, para una excepción, la voz *Contractarianism*, debida a A. Cuud y S. Eftekhari, de la *Stanford Encyclopedia of Philosophy* online (consulta, 12/4/2020), presentando las obras principales que vamos a ver, *The Sexual Contract* de Pateman y *The Racial Contract* de Mills, como «an interesting and powerfully subversive use of contractarianism». Esta enciclopedia adopta, con voces diferentes, la distinción que ya existía (S. Darwell, *Contractarianism / Contractualism*, Malden, Wiley Blackwell, 2002) entre *contractarianism* político y *contractualism* ya teológico, ya jurídico. Aquí podemos dispensar de esta especie de distinguos. En la misma enciclopedia, otra voz, *Social contract, contemporary approaches to*, sigue la pauta de ignorar ese subversivo *contractarianism*.
- <sup>10</sup> C. Pateman, *The Sexual Contract*, Cambridge, Polity Press, 1988 (*El Contrato Sexual*, 1995; *Il Contratto Sessuale*, 1997; *Le Contrat Sexuel*, 2010), pns. 14-38 (pn.= posición en eds. electrónicas).
- <sup>11</sup> J. English, *Justice Between Generations*, en «Philosophical Studies», 1977, n. 31, pp. 91-104, in part. p. 95. Expresiones sexistas, como *man*, *mankind* y *heads of family* respecto a los sujetos originarios de derechos, las corrigió Rawls en la revisión de 1999 y, antes, para las traducciones: S. Ribotta, *John Rawls. Sobre (des)igualdad y justicia*, Madrid, Dykynson, 2009, pp. 21-22.
- <sup>12</sup> Pateman, *The Sexual Contract* cit., pn. 1884.
- <sup>13</sup> Ivi, cap. 2: «Patriarchal Confusions»; remisiones a autores en *Index*.
- <sup>14</sup> Ivi. Entradas en *Index* de *Contract, Employment contract* y *Slavery*; P. Agha (ed.), *Law, Politics and the Gender Binary*, New York, Routledge, 2019.
- <sup>15</sup> G. Lerner, *The Creation of Patriarchy*, New York, Oxford University Press (OUP), 1986, pp. 217-218; Pateman, *Beyond the Sexual Contract?*, en G. Dench (ed.), *Rewriting the Sexual Contract* (1997), New York, Routledge, 2017, cap. 1.
- <sup>16</sup> Ead., *The Sexual Contract* cit., cap. 3: «Contract, the Individual and Slavery», introduciéndolo.
- <sup>17</sup> Ivi (pns. 4436-4440).
- <sup>18</sup> Para el caso mayor, R.L. Nichols, *Realizing the Social Contract: The Case of Colonialism and Indigenous Peoples*, en «Contemporary Political Theory», 2005, n. 4, pp. 42-62; M. Pearcey, *The Exclusions of Civilization: Indigenous Peoples in the Story of International Society*, New York, Palgrave Macmillan, 2016.
- <sup>19</sup> C.W. Mills, *The Racial Contract*, Ithaca, Cornell University Press, 1997; para su inspiración en *The Sexual Contract*, pn. 171; Id., *Black Rights/White Wrongs: The Critique of Racial Liberalism*, New York, OUP, 2017, parte II. «Racial Liberalism: Rawls and Rawlsianism»; Pateman y Mills, *Contract and Domination*, Cambridge, Polity, 2009; B.K. Neher, *Charles W. Mills' 'Racial Contract': Theory and Resistance to Systematic Racism*, tesis doctoral, Universidad de Georgia, 2017, disponible en <<https://getd.libs.uga.edu>>. La edición impresa de Mills, *The Racial Contract*, se tiene escaneada online en acceso libre: <<https://wisc.pb.unizin.org/app/uploads/sites/26/2017/05/Mills-racial-contract.pdf>>.
- <sup>20</sup> S. Freeman (ed.), *The Cambridge Companion to Rawls*, Cambridge, CUP, 2003, hay espacio para el *Sexual Contract* (cap. 14: M.C. Nussbaum, *Rawls and Feminism*, más cerca de Rawls que de Pateman) y no para el *Racial Contract*. Ni una sola referencia al libro ni tratamiento alguno del racismo se encuentra en J. Mandle y D.A. Reidy (eds.), *Companion to Rawls*, Malden, Wiley Blackwell, 2014, aunque aquí se va casi a la par pues se ofrece algo, poco, sobre sexismo y nada sobre *sexual contract*.
- <sup>21</sup> Mills, *The Racial Contract* cit., pns. 101-175.
- <sup>22</sup> Ivi, pns. 227-231 y 2017-2036; para el contrato racial como realidad histórica, pns. 341-513, 982 y 1794-1974.
- <sup>23</sup> Ivi (epígrafes del índice de *Contents*).
- <sup>24</sup> Ivi, pns. 405-410; para la condición infantil o equivalente, pns. 821-959.
- <sup>25</sup> Ivi, pns. 969-973 y 1585-1590; Id., *Race and Global Justice*, en D. Bell (ed.), *Empire, Race and Global Justice*, New York, CUP, 2019, cap. 4. Respecto a *supremacismo*, baste con un índice hoy más relevante que el de consulta de diccionarios. El corrector de Word-10 no reconoce en español *supremacismo* ni derivados, mientras que en inglés, para *supremacist*, da como correspondencias, entre otras, *racist* y *sexist* y además registra como modismo *White supremacy*.
- <sup>26</sup> Mills, *The Racial Contract* cit., pns. 2002-2010; N. Puwar, *Interview with Carole Pateman: 'The Sexual*

- Contract*, *women politics, globalization and citizenship*, en «Feminist Review», n. 70, 2002, pp. 123-133; S. Thompson, L. Hayes y D. Newman, *The Sexual Contract 30 Years on: A Conversation with Carole Pateman*, en «Feminist Legal Studies», 2018, vol. 26, n. 1, pp. 93-104.
- <sup>27</sup> B. Clavero, *Derecho de otras gentes entre genocidio y constitucionalidad*, Santiago de Chile, Olejnik, 2019, cap. 4: «Terra Australis Nullius bajo el signo de Mabo», no sólo respecto a Australia.
- <sup>28</sup> Pateman y Mills, *Contract and Domination* cit., caps. 2: «The Settler Contract», y 5 «Race, Sex, and Indifference».
- <sup>29</sup> Ivi, p. 99; caps. 3: «The Domination Contract», y 6: «Intersecting Contracts»; versión del primero en D.I. O'Neill, M.L. Shanley y I.M. Young (eds.), *Illusion of Consent: Engaging with Carole Pateman*, University Park, Pennsylvania State University Press, 2008, cap. 3. *Domination contract* era expresión acuñada por el propio Mills, *Race and the Social Contract Tradition*, en «Social Identities: Journal for the Study of Race, Nation and Culture», 2000, vol. 6, n. 4, pp. 441-462.
- <sup>30</sup> Pateman y Mills, *Contract and Domination* cit., p. 4-7, el acta y la cita; cap. 4: «Contract of Breach: Repairing the Racial Contract», de Mills, *contract of breach* como *breach of contract* sistemático para el saneamiento del contrato social. Pateman también observa otro contrato en su capítulo «Race, Sex, and Indifference», el *contract of mutual indifference*, tomando la noción de N. Geras, *The Contract of Mutual Indifference: Political Philosophy after the Holocaust*, London, Verso, 1998.
- <sup>31</sup> Pateman y Mills, *Contract and Domination* cit., cap. 1: «Contract and Social Change: A Dialogue between Carole Pateman and Charles W. Mills» (interesante además para conocerse el *background* de la británica de ciencia política Pateman y el jamaicano de filosofía política Mills); cap. 7: «On Critics and Contract», de Paterson; cap. 8: «Reply to Critics», de Mills. Para críticas posteriores, de M.W. Hughey, W. Kymlicka, S. Steinberg y H. Winant, *Symposium: Charles W. Mills' Black Rights/White Wrongs: The Critique of Racial Liberalism*, 2018, vol. 41, n. 3, sección tercera, con réplica de Mills, pp. 557-563.
- <sup>32</sup> S. Clifford-Simplican, *The Capacity Contract: Intellectual Disability and the Question of Citizenship*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 2015, cap. 1: «Locke's Capacity Contract and the Construction of Idiocy», y cap. 3: «The Disavowal of Disability in Contemporary Contract Theory». Mills da la bienvenida al nuevo contrato en «The Review of Politics», 2016, vol. 78, n. 3, pp. 485-487.
- <sup>33</sup> S. Donaldson y Kymlicka, *Inclusive Citizenship Beyond the Capacity Contract*, en A. Shachar, R. Bauböck, I. Bloemraad y M. Vink, *The Oxford Handbook of Citizenship*, New York, OUP, 2017, cap. 37, quienes se apoyan al efecto, aun entonces inédito, en Rollo, *Feral children: settler colonialism, progress, and the figure of the child*, en «Settler Colonial Studies», 2018, vol. 8, n. 1, pp. 60-79; que al efecto interese, el mismo Rollo, *The Color of Childhood: The Role of the Child/Human Binary in the Production of Anti-Black Racism*, en «The Journal of Black Studies», 2018, vol. 49, n. 4, pp. 307-329.
- <sup>34</sup> Nichols, *Indigeneity and the Settler Contract Today*, en «Philosophy and Social Criticism», 2013, vol. 39, n. 2, pp. 165-186; Rollo, *The Reasonable Voice of Oppression: Liberal Domination Contracts and Democratic Silence (Draft)*, antipado en *academia.edu*, 2019.
- <sup>35</sup> Neher, *Charles W. Mills' Racial Contract* cit., pp. 5-6; *Symposium: Contract and Domination by Carole Pateman y Charles W. Mills*, en «Journal of Political Ideologies», 2008, vol. 13, n. 3, pp. 227-262;
- Pateman y Mills, *Contract and Domination* cit., p. 229.
- <sup>36</sup> Ivi, p. 206 (de Pateman).
- <sup>37</sup> A su modo lo experimenta todo ello el propio Rawls, *Political Liberalism* cit.; *The Law of Peoples with "The Idea of Public Reason Revisited"*, Cambridge, Mass., HUP, 1999.
- <sup>38</sup> Clavero, *Why American Constitutional History is not written*, en «Quaderni Fiorentini», 2007, vol. 36, pp. 1445-1547.
- <sup>39</sup> Id., *Constitucionalismo latinoamericano. Estados criollos entre pueblos indígenas y derechos humanos*, Santiago de Chile, Olejnik, 2017; *Derechos de otras gentes* cit., cap. 6: «Constitucionalismo y Colonialismo en las Américas».
- <sup>40</sup> Nichols, *Indigenous Peoples, Settler Colonialism, and Global Justice in Anglo-America*, en Bell (ed.), *Empire, Race and Global Justice* cit., cap. 10, p. 246.
- <sup>41</sup> Así han seguido notablemente creciendo, tanto en historia indígena como en la constitucional, tras el estado del arte que presenté en *Why American Constitutional History is not written* que no hace falta actualizar pues estas páginas no tienen, al contrario que aquellas, un propósito bibliográfico.
- <sup>42</sup> S. MacMullan, *Recognition, Constitution Building and the Indian Nations of North and Northwest United States, 1775-1995: The Importance of Indian Nations to the Framing of the US Constitution*, en «Albany Government Law Review», 2017, vol. 10, n. 1, pp. 318-349, in part, p. 320: «[...] core constitutional understandings may be fundamentally altered if the history of relations with the Indian nations was accounted for in narratives of the Framing». Aun de interés sustancial a nuestro efecto, no es aquí el lugar para entrar en su polémica con posiciones más consecuentes con la multilateralidad como las de G. Ablavsky, *The Savage Constitution*, en «Duke Law Journal», 2014, vol. 63, n. 5, pp. 999-1089.
- <sup>43</sup> R.A. Williams Jr., *Linking Arms*

- Together: American Indian Treaty Visions of Law and Peace, 1600-1800*, New York, OUP, 1997, cap. 5: «Treaties as Constitutions»; para otros tratados, estos entre Estados, que también inciden desde temprano en materia tan constitucional como la de derechos. Clavero, *Freedom's Law and Indigenous Rights: From Europe's Oeconomy to the Constitutionalism of the Americas*, Berkeley, The Robbins Collection, 2005, cap. 2: «Minority Making: Indigenous peoples and non-indigenous law between Mexico and the United States»; súmense, de incidencia constitucional no inferior, los convenios de colonización, con particulares o con iglesias: Clavero, *Constitucionalismo latinoamericano* cit., cap. 3: «Nación y Naciones en Colombia entre Constitución, Concordato y un Convenio, 1810-2010»; P. Freymer, *Building an American Empire: The Era of Territorial and Political Expansion*, Princeton, PUP, 2017, cap. 5: «The Limits of Manifest Destiny», primera parte sobre México.
- <sup>44</sup> W. Holton, *Forced Founders: Indians, Debtors, Slaves, and the Making of the American Revolution in Virginia*, Chapel Hill, University of North Carolina Press (UNCP), 1999; Clavero, *Freedom's Law and Indigenous Rights* cit., cap. 1: «Freedom's Law and Oeconomical Status: The Euro-American Constituent Moment».
- <sup>45</sup> A. Rana, *The Two Faces of American Freedom*, Cambridge, Mass., HUP, 2010; Id., *Colonialism and Constitutional Memory*, en «UC Irvine Law Review», 2015, vol. 5, n. 2, pp. 263-288.
- <sup>46</sup> C.L. Tomlins, *Law, Labor, and Ideology in the Early American Republic*, Cambridge, CUP, 1993; A.D. Stanley, *From Bondage to Contract: Wage Labor, Marriage, and the Market in the Age of Slave Emancipation*, Cambridge, CUP, 1998; H. Hartog, *Man and Wife in America: A History*, Cambridge, Mass., HUP, 2000; Tomlins, *Freedom Bound: Law, Labor, and Civic Identity in Colonizing English America, 1580-1865*, Cambridge, CUP, 2010; H. Brewer, *By Birth or Consent: Children, Law, and the Anglo-American Revolution in Authority*, Chapel Hill, UNCP, 2005; C.T. Field, *The Struggle for Equal Adulthood: Gender, Race, Age, and the Fight for Citizenship in Antebellum America*, Chapel Hill, UNCP, 2014.
- <sup>47</sup> Clavero, *Derecho de otras gentes* cit., cap. 4: «El sujeto preconstituido de derecho como antropología del primer constitucionalismo», páginas destinadas a una *Historia Constitucional de España* bajo la dirección de M. Lorente y J. Vallejo que así pretende contribuir al ensanchamiento del horizonte histórico sobre la materia constitucional.
- <sup>48</sup> M. Garaud y R. Szramkiewicz, *La Révolution Française et la famille*, Paris, Presses Universitaires de France, 1978, último volumen, póstumo, de la *Histoire Général du Droit Privé Français, de 1789 à 1804*, de Garaud. Para contraste, F. Furet y R. Halévy, *La Monarchie Républicaine. La Constitution de 1791*, Paris, Fayard, 1996, y volúmenes consecutivos de la serie *Histoire des Constitutions de la France*.
- <sup>49</sup> Mills, *White Ignorance*, en S. Sullivan y N. Tuana (eds.), *Race and Epistemologies of Ignorance*, New York, State University of New York Press, 2007, cap. 1, y el volumen por entero.
- <sup>50</sup> M. Bastias, *Diversity as Paradox: Legal History and the Blind Spots of Law*, Frankfurt am Main, Max-Planck Institute for European Legal History, Research Paper Series, n. 2020-05, aun con la anacrónica idea de que la ceguera se debe a un principio de igualdad inherente a toda la historia constitucional.
- <sup>51</sup> Pateman y Mills, *Contract and Domination* cit., p. 258, de Mills, lo que dice en relación a la obra de Rawls. «And it's not just Rawls himself, but [...] the secondary literature also», y no solo la literatura, lo que a menudo, si no siempre se olvida, a menudo se posterga en estas polémicas. Id., *Black Rights/White Wrongs* cit., cap. 10: «The Whiteness of Political Philosophy»; N. Zack (ed.), *The Oxford Handbook of Philosophy and Race*, New York, OUP, 2017, cap. 5: «Philosophy and the Racial Contract».
- <sup>52</sup> Precisamente por Mills, «Philosophy and the Racial Contract» cit., p. 65, arrancando.
- <sup>53</sup> Pateman y Mills, *Contract and Domination* cit., p. 233, de Mills.
- <sup>54</sup> Clifford-Simplican (*The Capacity Contract* cit., pns. 336-391) se refiere como premisa metodológica a la *autoethnography* en el sentido más personal: «the vulnerability of the researcher is a crucial component in autoethnography». La ansiedad personal del constitucionalista procede de la evidencia negada de la intransitividad del constitucionalismo para buena parte de la humanidad, incluso en la sociedad propia.
- <sup>55</sup> Clavero, *Derecho de otras gentes* cit., cap. 5: «La excepción, la normalidad y la clave colonial».
- <sup>56</sup> Editorial: *Decolonising Global Constitutionalism*, en «Global Constitutionalism», vol. 9, n. 1, 2020, p. 5, «to call upon our readers to reflect upon how colonial and imperial order have shaped democracy, the rule of law, and human rights across the global normative order», lo que se proclama en un número que viene a conmemorar el cuarto centenario del *Mayflower* y su contrato colonial como expresión temprana de constitucionalismo global, aun intentado paliarlo con atención a presencia y agencia indígenas.
- <sup>57</sup> Rana, *Constitutionalism and the Predicament of Postcolonial Independence*, en R. Albert (ed.), *Revolutionary Constitutionalism: Law, Legitimacy, Power*, Oxford, Hart, 2020, cap. 5. Nótese el marcado contraste de prácticamente todo el resto del volumen y de la misma obra a cuyo debate se dedica, B. Ackerman, *Revolutionary Con-*

## Clavero

*stitutions: Charismatic Leadership and the Rule of Law*, Oxford, Hart, 2019, intento potente de historia constitucional a escala global con postergación del colonialismo; y dicho resto, representación de una tal especialidad, si es que existe. Toda una sección se ocupa de la Unión Europea sin registro alguno de colonialismo: contrástense P. Hansen y S. Jonsson, *Eurafrica. The Untold History of European Integration and Colonialism*, London, Bloomsbury, 2014; E. Buettner, *Europe after Empire: Decolonization, Society and Culture*, Cambridge, CUP, 2016. La respuesta de Ackerman a Rana es elusiva del factor colonial estricto (*Revolutionary Constitutions*, pns. 9644-9715).

<sup>58</sup> La carta proseguía de esta guisa: «We have only the Name of Masters, and rather than give up this, which would completely subject Us to the Despotism of the Petticoat, I hope General Washington and all our brave Heroes would fight» («heavy-handed humor» y «joking» para R.B. Bernstein, *The Education of John Adams*, New York, OUP, 2020, pp. 79-80). *A Defence of the Constitutions of Government of the United States of America* (1787) de Adams es lo que he llamado primer tratado de derecho constitucional comparado, ya además con el velo de ignorancia corrido.

<sup>59</sup> <[https://www.masshist.org/digitaladams/archive/browse/letters\\_1774-1777.php](https://www.masshist.org/digitaladams/archive/browse/letters_1774-1777.php)>, para enlace al manuscrito de la carta, con la transcripción, en vez de «bonds of Government», «bands of Governmen», la adoptada por Pateman y Mills, *Contract and Domination* cit., refiriéndose a pie de cita anacrónicamente a «her (Abigail's) belief in universal human rights» cuando en su correspondencia de lo que hablaba era de derechos patrimoniales de la mujer casada de clase colonial pudiente.

<sup>60</sup> Williams, *The American Indian in Western Legal Thought: The Dis-*

*courses of Conquest*, New York, OUP, 1990; Clavero, *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, México, Siglo XXI, 1994, cap. 1, eps. 3: «Status de etnia», y 5: «Recepción angloamericana»; P. Finkelman, *Slavery and the Founders: Race and Liberty in the Age of Jefferson*, Armonk, M.E. Sharp, 2001<sup>2</sup>.

<sup>61</sup> Clavero, *Derecho de otras gentes*, cap. 6, epigrafe final: «El paradigma perdido».



# Europäische Dimensionen im *Ius Publicum* des 16. bis 18. Jahrhunderts

## Gemeinsamkeiten und Divergenzen vor dem Hintergrund der heutigen Europäischen Union

HEINZ MOHNHAUPT

1. „Europa“ als Ausgangspunkt für eine Beobachtung des „ius publicum“ zu wählen, steht heute angesichts der Globalisierung und globaler Beobachtungsstrategien unter dem Verdacht, zu sehr einem eurozentrischen Geschichtsbild anzuhängen<sup>1</sup>. Wenn in den 50er Jahren des 20. Jahrhunderts ein europäischer Untersuchungsrahmen gegen eine nationalstaatliche Optik gerichtet war, so wird heute „Europa“ als forschungsstrategische Verengung angesehen. Es kann jedoch innerhalb Europas unterschieden werden: 1. zwischen dem historischen Europa als geographisch bestimmbarer Raum mit seinem in Theorie und Praxis sowohl gemeinsamen als auch divergierenden Recht sowie seinen positiven Rechtsbeständen – zumeist mit dem etwas vagen Begriff einer spezifisch europäischen „Rechtskultur“ bezeichnet<sup>2</sup>, und 2. dem Rechtsraum, den heute das Recht der „Europäischen Union“ und das ihrer Mitgliedstaaten gemeinsam bilden.

Diesem Recht haben A. von Bogdandy, P.C. Villalón und P.M. Huber in dem von ihnen 2007 herausgegebenen Handbuch den traditionsreichen und altherwürdigen Titel eines „Ius Publicum Europaeum“ gegeben<sup>3</sup>. Sie nennen dieses öffentliche Recht «im Zeichen der europäischen Integration ... das *neue ius publicum europaeum*»<sup>4</sup>. Hasso Hofmann nannte es das «ius publicum modernum»<sup>5</sup>. Hofmanns Begriffswahl lässt die politisch-historische Problematik dieser auf Europa bezogenen Bezeichnung erkennen, denn das „Ius Publicum Europaeum“ ist mit dem Namen Carl Schmitts „belastet“<sup>6</sup>, der 1950 den «Nomos der Erde im Völkerrecht des *Ius Publicum Europaeum*» behandelt hatte<sup>7</sup> und mit dieser begrifflichen Latinisierung eine eigene Rechtssphäre schaffen wollte. Angesichts dieser „belasteten“ Problematik haben von Bogdandy und Hinghofer-Szalckay auch vom «etwas unheimliche(n) *Ius Publicum Europaeum*» gesprochen<sup>8</sup>.

Diesem „neuen *Ius Publicum Europaeum*“ steht somit – wenn man den Gegen-

satz entsprechend formuliert – ein „*altes Ius Publicum Europaeum*“ gegenüber, das hier als erklärungsbedürftiges historisches Phänomen beobachtet werden soll. Im Gegensatz zum „neuen *Ius Publicum Europaeum*“ repräsentiert es einen in der Vergangenheit abgeschlossenen wissenschaftlichen Entstehungsprozess, der auch politische Situationen und Machtverhältnisse widerspiegelt. Diese historische europäische Dimension unterscheidet sich vom heutigen „neuen *Ius Publicum Europaeum*“ bereits dadurch, dass es nicht durch einen politisch-verfassungsrechtlichen Gründungsakt als heutige „Europäische Union“ entstand, die im Sinne eines politischen Auftrags realisiert werden soll, sondern sich allmählich als Diskurs und wissenschaftliche Disziplin über unterschiedliche „*iura publica*“ im europäischen Rechtsraum des *Ancien Régime* entwickelte. Der Rechtshistoriker fragt sich dabei, welches „Recht“ nun diesen europäischen Raum historisch und aktuell konstituiert – oder besser im Plural gefragt, welche Rechte die verschiedenen – heute nationalen – Rechtsräume innerhalb Europas bilden, um daraus auf ein übergeordnetes „Allgemeines“ europäisches Rechts und europäischer Rechtskultur schließen zu können. Für das *Ius Commune* des Privatrechts ist diese europäische Gemeinsamkeit bekannt und auch mit seinen Einflüssen auf das „*Ius Publicum*“ vielfach untersucht worden<sup>9</sup>.

Für das historische „*ius publicum*“ den Gemeinsamkeiten in Europa nachzuspüren, bedeutet, diese öffentlich-rechtliche Sphäre der einzelnen Länder, Monarchien und „Staaten“ des *Ancien Régime* nach bestimmten einheitlichen Kriterien zu untersuchen. Das verlangt eine vergleichende Beobachtung, die auch bei der Er-

mittlung europäischer Gemeinsamkeiten und Unterschiede methodisch in Erscheinung tritt<sup>10</sup> und heute für die Darstellung „rechtskultureller Differenzen in Europa“ praktiziert wird<sup>11</sup>. Als Vergleichskriterien wähle ich – modern gesprochen – die staatlichen Gewalten „Verfassung, Gesetzgebung und Gerichtsbarkeit“, die als Hoheits- und Souveränitätsrechte zum Inbegriff des frühneuzeitlichen „*Ius Publicum*“ in Europa gehören. Es darf jedoch nicht verkannt werden, dass diese Begriffe zahlreiche untergeordnete positive und überpositive Rechtskategorien umfassen, die der Materie des „*Ius Publicum*“ einen großen Umfang verleihen. Das Recht der öffentlichen Sphäre besteht in den einzelnen Ländern, Monarchien und „Staaten“ aus einem äußerst vielgestaltigen Konglomerat unterschiedlicher Rechtsgattungen, die sich nur in ihrer Pluralität erfassen lassen und im *Ancien Régime* noch nicht zum Kollektivsingular eines einheitlichen „*Ius Publicum*“ verbinden. Sie bilden demgemäß Voraussetzungen für eine Gemeinsamkeit europäischer Qualität im Recht der einzelnen „Staaten“: *Consuetudo*, *Leges Fundamentales*, *Pacta*, *Leges*, *Privilegien*, *Constitutio*, *Decisiones* und *Praejudicata*, aber auch *Principia* und rechtswissenschaftliche Überzeugungen in Gestalt der *Communis Opinio* sind Bestandteile des Sammelbegriffs des *Ius Publicum* – wie auch des *Ius Privatum* – mit graduellen Unterschieden in ihrer normativen Qualität. Sie bilden die Rechtsquellen, die – nach heutigem Verständnis – öffentlich-rechtliche Konflikte rechtlich entscheidbar machen. Eine europäische Dimension dieses Rechts und seiner gewachsenen Rechtswissenschaft hat Prost de Royer 1781 so beschrieben:

## Mohnhaupt

La jurisprudence de l'Europe est le résultat de la Religion, des Moers, des Principes de chaque Gouvernement, des Coutumes primitives, des Loix Romaine, des Loix Barbares, des Loix Féodales, des Loix Ecclésiastiques, des Loix particulières de chaque souverain, des systèmes des Tribunaux et des opinions des Jurisconsultes<sup>12</sup>.

Diese Rechtsquellenpluralität des „alten“ *Ius Publicum* besitzt eine gewisse Parallele im „neuen“ *Ius Publicum Europaeum*, das nach Artikel 6 EUV die nationalen Verfassungsrechte und somit auch die fremden „Rechte, Freiheiten und Grundsätze“ anerkennt, die in der Charta der Grundrechte der EU niedergelegt sind.

2. Begriff und Bedeutung des „*ius publicum*“ leiten sich aus der berühmten Ulpian-Formel des römischen Rechts aus *Digesten* 1.1.1.2 ab, die nur für das Rechtsstudium diese Einteilung festlegte: «*Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem*». Das Nicht-Private im Recht dieser römischen Einteilung bestand «*in sacris, in sacerdotibus*» und in «*magistratibus*»<sup>13</sup>. Dieser religiös-institutionelle Bezug im römischen Recht ist dem *Ius Publicum* in der heutigen europäischen Staatenwelt nicht zu eigen. Allenfalls die römischen „*magistratus*“ haben eine Entsprechung zur Ämterverfassung in der öffentlichen Sphäre der monarchischen Gemeinwesen im *Ancien Régime*. Zwar benutzte die Lehre römischesrechtliche *Digestenstellen*, um Phänomene mittelalterlicher Institutionen und Verfahren erfassen und regeln zu können<sup>14</sup>. Im Bereich des Reichsverfassungsrechts wurden z.B.

römische Begriffe und Prinzipien der „*lex regia*“ und der „*praesides provinciae*“ auf die Rechtsstellung von Kaiser und Reichsständen angewendet oder Fragen der Gesetzgebungshoheit zwischen Herrscher und Ständen im Widerstreit der Maximen von D 1.4.1 (*quod principi placuit*), D 1.3.31 (*princeps legibus solutus est*) und C 5.59.5.2 (*quod omnes similiter tangit*) behandelt. Die Entstehung einer eigenständigen Disziplin „*ius publicum*“ – abweichend vom „*ius privatum*“ – wird für das Alte Reich auf den Zeitraum zwischen dem 16. und 17. Jahrhundert eingegrenzt. Das hat Michael Stolleis ausführlich belegt<sup>15</sup>. Als Vorlesungsfach erscheint das *Ius Publicum* zu Beginn des 17. Jahrhunderts<sup>16</sup>. Feste Gründungsdaten und eindeutige Gründer der neuen Disziplin lassen sich nicht benennen. So betont Johannes Limnaeus 1629, was den «*originem Jurispublici*» betreffe, «*non una omnium est opinio*», denn der Stoff des *Ius Publicum* sei auch aus «*praeceptis naturalibus, Gentium et civilibus*» entnommen worden<sup>17</sup>. Eines steht aber für Limnaeus fest: «*I meri legisti sono puri asini*»<sup>18</sup>. Politische Problemlagen der Zeit, wie z.B. das Spannungsverhältnis zwischen Ständen und Herrscher sowie zwischen katholischen und protestantischen Parteien, die Konsolidierung des Fürstenstaates, der Aufbau von Verwaltungs- und Rechtsprechungsinstanzen sowie die Verwirklichung des „*bonum commune*“ im Zeitalter der Aufklärung verstärkten überall in Europa die Notwendigkeit von Konfliktlösungen auf rechtlicher Grundlage. Die dafür notwendigen Entscheidungsgrundlagen bildeten die positiven Rechtsquellen, deren Produktion durch Gesetz, Vertrag oder Urteil den Stoff des *Ius Publicum* in jedem territorialen Herrschaftsbereich darstell-

te, der in zahlreichen Publikationen des 17. und 18. Jahrhunderts behandelt wurde<sup>19</sup>. Es handelte sich dabei in der Regel immer um territorial gebundene und um einen von individuellen monarchischen oder kollektiv-ständischen Herrschaftsträgern begründeten Rechtsquellenbestand. Der territorial eingegrenzte Geltungsrahmen der Rechtsquellen oder Entscheidungsgrundlagen des *Ius Publicum* auf ein Hoheitsgebiet oder einen Rechtsprechungsraum zwingt dazu, mehr von der Bezeichnung der „iura publica“ in Europa zu sprechen als von einem „europäischen ius publicum“ bzw. „ius Publicum Europaeum“, wie es die heutige Wissenschaft des Europarechts tun kann.

3. Wenn man den engen rechtspositivistischen partikularen Rahmen verlässt und danach fragt, wo die Begriffe „Europa“ und „Ius Publicum“ einander näher treten und zusammengedacht werden, so sind europäische Gemeinsamkeiten in Methode, System und Begriffswelt zu erkennen<sup>20</sup>. Die Realität einer im wesentlichen einheitlichen Rechtskultur auf dem Gebiet des Privatrechts durch das „Ius Commune“ ließ den beobachtenden Blick auch auf mögliche Gemeinsamkeiten der politischen Organisation in den europäischen „Staaten“ richten, die bei Rechenberg 1681 zu der Frage nach «einer Monarchia universalis Europae» führt, denn «est autem Europa illa cultissima orbis universi pars...»<sup>21</sup>. Die aristotelische Staatsformenlehre bildet den Maßstab, um alle vorfindbaren Herrschaftsstrukturen in Europa nach Kaiserreichen, Königreichen, Freistaaten,

ständisch organisierten Republiken und geistlichen Fürstentümern einzuteilen<sup>22</sup>. Über die kulturellen Gemeinsamkeiten in «Religion, Sitten und Bräuche» hinausgehend betont z.B. Jean Jacques Rousseau sogar die «Gemeinschaft der Gesetze» in Europa, – allerdings ohne nähere Begründung<sup>23</sup>. Er meint wohl die europäische Geltungsbreite des privatrechtlichen „Ius Commune“. In dieser Beziehung kann man einen gesamteuropäischen Kommunikationszusammenhang beobachten, wenn z.B. Christian Thomasius «alle Ictos Europae» zur Kritik an seinem geplanten Kommentar über die römischen Institutionen auffordert, «mir zu zeugen, wo ich wider die principia Juris oder die Wahrheit was geschrieben habe»<sup>24</sup>. Ähnlich lässt Simon van Leeuwen in seiner „Censura forensis“ von 1662 in der Betrachtung der gesamten europäischen Literatur erkennen, wie genau man in Europa die Fortgeltung des römischen Rechts und dessen teilweise Ersetzung durch ein „patrium ius“ rechtsvergleichend und kritisch verfolgt hat<sup>25</sup>. Für den Bereich des „Ius Publicum“ kann der Gießener Professor Johann August Schlettwein als Beispiel für den Bedarf offener europäischer Kommunikation dienen, wenn er erklärt: «Besonders ... flehe ich hier die Regierungs-, Cameral- und Finanz-Collegia und Academien und Societäten der Wissenschaften in allen europäischen Staaten an, meine Ideen und Grundsätze ... aufs strengste zu beurtheilen»<sup>26</sup>.

Untersucht man, in welcher Kombination der Begriff „Europa“ in der wissenschaftlichen Literatur des 17. und 18. Jahrhunderts mit supranationalem Geltungsanspruch auftaucht, so sind dies vor allem das Christentum – z. B. bei Arthur

Duck der «*usus juris civilis Romanorum in dominiis principum Christianorum*»<sup>27</sup>, die allgemeine Wissenschaftskultur der lateinischen Sprache als Kommunikationsmittel, die „*communis utilitas*“ oder das „*bonum commune*“ als allgemeines Handlungsgebot für den aufgeklärten Monarchen und das „Staatinteresse der Europäischen Mächte“, wie es z.B. bei Gottfried Achenwall heißt<sup>28</sup>. In diesem Sinne dient auch Pufendorffs „Einleitung in die Historie der vornehmsten Europäischen Staaten“ in der Ausgabe von 1746 einer Analyse «der heutigen Gestalt des Europäischen Staats Körpers»<sup>29</sup>. Die Ermittlung des „Staatsinteresses“ gilt einerseits jedem einzelnen Reich und andererseits dem «gemeinschaftliche(n) Staatsinteresse vieler reiche zusammengenommen»<sup>30</sup>. Die Literaturgattung, die diese wissenschaftliche Fragestellung behandelt, wird durch die „*Politica*“, „*Statistik*“<sup>31</sup>, „*Notitia rerum publicarum*“ oder „Staatenkunde“ repräsentiert<sup>32</sup>. Alle diese Elemente einer definitionsfähigen europäischen „*communitas*“ konkretisieren sich teilweise – aber nicht vollständig – im „*Ius Publicum*“ und geben diesem damit eine europäische Dimension. Diese werden im europäisch gedachten Naturrecht zu allgemeinen „Rechten und Verbindlichkeiten“ sowie zu „allgemeinen Grundsätzen“ verdichtet, die als „*ius publicum universale*“ oder „allgemeines Staatsrecht“ die Rechte und Pflichten „der höchsten Gewalt im Staate“ bestimmen<sup>33</sup>. Diese vom aufgeklärten Naturrecht propagierte „*universalitas*“ wissenschaftlicher Betrachtung richtet den Blick auch über den europäischen Raum hinaus auf «alle Rechte jeder Völker und Zeiten, soweit nur glaubwürdige Nachrichten reichen»<sup>34</sup>. Es ist zu beobachten, wie

hier für das *Ius Publicum* der Rahmen eurozentrischer Betrachtung verlassen wird und dieser sich auf globale Tatbestände ausweitet. Vor allem Johann Heinrich Gottlob von Justi hat 1762 in seinen „Vergleichungen der Europäischen mit den Asiatischen Regierungen“ den Eurozentrismus scharf kritisiert, der – wie er schreibt – «himmelschreiende Ungerechtigkeiten begeht»<sup>35</sup>. Ähnliches ist auch bei Pufendorf zu beobachten, der im 4. Band seiner „Einleitung in die Historie der vornehmsten Europäischen Staaten“ auf die «vornehmsten Reiche und Staaten von Asia, Africa und America» ausgreift<sup>36</sup>.

Die universal gewerteten allgemeinen Grundsätze, Handlungsmaximen, Rechte und Pflichten im Rahmen des *Ius Publicum* sind jedoch keineswegs alle juristischer Natur, so dass naturrechtliche Maximen und „Staatenkunde“ – trotz ihrer europäischen Dimension – deutlich vom *Ius Publicum* europäischer Staaten abgegrenzt werden<sup>37</sup>. Dieses stellt – wie Leibniz erklärt – einen «*complexus [...] constitutionum, legum ac consuetudinum ad gubernationem*» dar, der einen deutlichen Bezug auf «*forma reipublicae seu constitutio summae potestatis*» aufweist<sup>38</sup>.

4. Diesen allgemeinen historischen Bezügen zwischen dem Rechtsbegriff „*Ius Publicum*“ und dem Rechts- und Kulturraum „Europa“ lassen sich die konkreten Rechtsgattungen in Gestalt von Verfassung, Gesetzgebung und gerichtlicher Urteilspraxis zur Seite stellen. Diese sind die Instrumente zur rechtlichen Ordnung der staatlichen Gemeinwesen in Europa. Der Unterschied und Abstand zwischen diesen

Prüfungskriterien für das „Ius publicum“ des *Ancien Régime* und den Prüfungskriterien in dem Fragebogen, den die Autoren des Handbuchs des neuen „Ius Publicum Europaeum“ von 2007 ihren Untersuchungen zugrunde zu legen hatten, ist überdeutlich. Die Autoren des „Handbuchs“ behandeln und analysieren vergleichend die heutigen konsolidierten Rechtsstaaten in Europa mit aktueller nationaler Verfassung sowie das Spannungsverhältnis zwischen nationalen und supranationalen rechtlichen und außerrechtlichen Identitäten und Identifikationsmöglichkeiten gemäß Artikel 6, Abs. 3 EUV. Im Sinne des hier behandelten Themas lautet die erste Frage an die Bearbeiter des Handbuchs: «Welche historischen Erfahrungen verarbeitet die *Verfassung*?»<sup>39</sup>. Im Gegensatz dazu befindet sich das zumeist monarchische *Dominium* oder *Imperium* des *Ancien Régime* noch im Prozess zu einem entpersonalisierten Verfassungsstaat. Der monarchische oder ständische Staat war weitgehend durch persönliche Machtbefugnisse rechtlich und außerrechtlich bestimmt. Wenn man im *Ancien Régime* von „Staat“ spricht, so ist darunter vor allem die Institution einer Regierung mit ihrem personalisierten Herrschaftsapparat zu verstehen. Erst mit der „Verfassung“ setzt die umfassende Verrechtlichung der öffentlichen Gewalt ein.

#### 4.1. *Verfassung*

Als kodifiziertes umfassendes Ordnungsinstrument für das monarchische bzw. ständisch organisierte Gemeinwesen existierte sie bis zum Ende des 18. Jahrhunderts noch nicht. Mit der polnischen Verfassung vom 3. Mai 1791 und vor allem mit der fran-

zösischen „Constitution“ vom 3. September 1791, die die „Déclaration des droits de l’homme et des citoyen“ einschloss, wurde politische Macht kalkulierbar und juristisch entscheidbar unter das Recht gestellt. Das bedeutete jedoch nicht, dass es vor dieser Phase juristischer Verfassungstexte keine juristischen Normierungen über die Ausübung monarchischer oder politischer Macht gegeben hätte. Der „Staat“ des *Ancien Régime* besaß eine Verfasstheit nach juristischen Regeln, auch ohne Verfassung im modernen Sinne zu sein<sup>40</sup>.

In Traktaten und Dissertationen über das „Ius Publicum“ tritt seit Beginn des 17. Jahrhunderts mit unterschiedlicher Betonung der Begriff der „leges fundamentales“ in allen europäischen Ländern in Erscheinung<sup>41</sup>. Diese neue Rechtskategorie geht auf die Religionswirren im französischen Königreich in der zweiten Hälfte des 16. Jahrhunderts zurück, als die Monarchie durch Glaubensspaltung, Thronfolgestreit und Bürgerkrieg in ihren Grundfesten erschüttert wurde. Theodor de Bèze verwendet 1574 erstmals die Formel „Loix fondamentales d’un Roiaume“<sup>42</sup>. Der Kern dieser neuen Rechtskategorie bestand in der Beschränkung monarchischer Machtfülle durch Bindung des französischen Königs an die „Lex Salica“ mit der Sicherung männlicher Erbfolge und der Unveräußerlichkeit der Kronländer. Spätestens seit dem Ende des 17. Jahrhunderts tauchen die landessprachlichen Varianten der „leges fundamentales“ in allen europäischen Ländern auf: „Reichsgrundgesetze“, „leyes fundamentales“ in Spanien, „fundamental laws“ in England, „leis fundamentais“ in Portugal, „leggi fondamentali“ in Italien, „fundamental lag“ in Schweden, „fundamentele wetten“ in den

Niederlanden, „prawa fundamentalne“ oder „kardynalne“ in Polen. Ihr Inhalt ist in den einzelnen europäischen Ländern durchaus verschieden. Nach Begriff, Bezeichnung und Funktion besteht jedoch eine umfassende europäische Gemeinsamkeit, die sich auf vier Punkte konzentriert: a) Limitierung monarchischer Macht; b) die Begründung der „lex fundamentalis“ erfolgt zumeist im Wege eines Vertragsschlusses<sup>43</sup>; c) aus der Vertragseigenschaft resultiert die Unmöglichkeit einseitigen Widerrufs und d) der höhere Rang gegenüber allen anderen Rechtsgattungen. Joachim Hagemeier identifiziert 1677 z.B. das „Ius Publicum“ aller europäischen Länder generell mit ihren Grundgesetzen: «Habet etiam reliqua Regna Europae leges suas Fundamentales...»<sup>44</sup>. So bildet die Pluralität der „Leges Fundamentales“ in jedem europäischen Land einen Kanon fester Regeln für die öffentliche Gewalt, der noch nicht im Singular einer „Verfassung“ oder „Constitution“ als geschlossenes kodifiziertes Verfassungsdokument aufgegangen ist. Noch 1789 verstand man in Frankreich unter dem „Droit public“ die «connoissance des lois fondamentales et la constitution d'une société politique»<sup>45</sup>.

### 4.2. Gesetzgebung

Sie gehört zum grundlegenden Lenkungsmechanismus eines jeden monarchischen oder ständischen Gemeinwesens jeglicher Staatsform: «Pertinet denique ad potestatem legislativam ius mandandi, id est singulis subditorum actionibus, pro civitatis fine leges praescribendi»<sup>46</sup>. Gesetzgebungskompetenz und die vielgestaltigen gesetzlichen Formen und Gattungen,

durch die die gesetzgebende Gewalt sich verwirklicht und regelnd tätig wird, sind während des *Ancien Régime* im Begriff der „potestas legislativa“ zusammengefasst<sup>47</sup>. Diese bildet ein gesamteuropäisches Phänomen und gliedert sich in verschiedene legislatorische Einzelformen normativer Qualität. Als Beispiele werden hier vorrangig die lateinischen Gesetzesbegriffe angeführt, da diese am besten den Gleichklang europäischer Gemeinsamkeiten dokumentieren: nämlich «leges statuere, ferre, condere, accomodare, mutare, interpretare abrogare, recipere», die Durchbrechung des Gesetzes oder Befreiung vom allgemeinen Gesetz durch „privilegia“ und „dispensationes“ sowie die „publicatio legum“<sup>48</sup>. Die Bündelung aller möglichen legislatorischen Einzeltätigkeiten im Begriff der „Potestas legislativa“ begünstigte alle Tendenzen – vor allem in der Theorie – absolutistische Staatsformen zu legitimieren. Das einmalige Musterbeispiel für diese extreme absolutistische Staatspraxis bildet die dänische „Lex Regia“ von 1665, durch die Friedrich III. die Gesetzgebungsgewalt – vom Erlass bis zur Aufhebung aller Gesetzesakte – in seiner Hand konzentrierte<sup>49</sup>. Alles, was vom herrscherlichen Inhaber der „Potestas legislativa“ mit einem Regelungsanspruch ausging, hatte die normative Qualität gesetzlicher Verbindlichkeit. Wenn man die großen Gesetzessammlungen in Europa nach ihren Titeln in Bezug auf die Verwendung der Bezeichnung „Gesetz“, „lois“, „leyes“, „wetten“, „leggi“ usw. untersucht, so kann man nur das Fehlen einer einheitlichen Bezeichnung „Gesetz“ usw. feststellen. Es besteht eine Gemeinsamkeit in der Vielfalt der legislatorischen Formen und Bezeichnungen in Europa, – unabhängig davon, ob es sich um

einen monarchischen, ständischen oder republikanischen Gesetzgeber, wie z.B. im „Corpus Helveticum“, handelt. Noch 1806 hat der Niederländer Theodor van Swinderen auf diese «*diversae significationes, quibus vocabulum lex venire solet*», wie sie sich aus der gemeinrechtlichen Erfahrung in Europa ablesen ließen, nachdrücklich hingewiesen<sup>50</sup>. So zeigen die Gesetzessammlungen in allen europäischen Ländern die unendliche Bezeichnungsvielfalt legislatorischer Einzelakte von den «*recessus, ordinationes, decreta, rescript, responsa, mandata, edicta, privilegia, concessiones, confirmationes, sanctiones pragmaticae, resolutiones, instructien, interdicta, reglementa*» bis zu den «*consuetudines, coutumes, fueros*», den «Landtags-Schlüssen, Handvesten, Erbvereinigungen» und «Arrets des Parlements» usw<sup>51</sup>. Die meisten dieser legislatorischen Formen beherrschen die Gebotspraxis des *Policey*-Rechts im europäischen *Ancien Régime*<sup>52</sup>.

Wo diese Normativ-Formen im Fürstenstaat keine direkte Ableitung aus der unmittelbaren willensbestimmten „*Potestas legislativa*“ des Herrschers besaßen – wie z.B. bei den Gewohnheitsrechten und *Coutumes* – vermittelte die Fiktion eines „*tacitus consensus*“ und einer „*vis legis*“ solchen Rechtsakten unmittelbare Bindungskraft. In der historischen Bedingtheit der Begriffsbildung und Begriffsverwendung des Terminus „Gesetz“ wird die Verbindung mit der europäischen „*ius commune*“-Tradition erkennbar, die eine privatrechtliche Prägung der zahlreichen Gesetzgebungsakte im Bereich des europäisch dimensionierten „*ius publicum*“ zeigt<sup>53</sup>. Erst der konstitutionelle Verfassungsstaat hat diese legislatorische Vielfalt bereinigt und die Gesetzgebungsgewalt

– und damit den Norm-Begriff „Gesetz“ – unter das unifizierende Regelungsgebot der Verfassung gestellt.

#### 4.3. *Gerichtbarkeit und Rechtsprechung*

Auch im Bild des dritten Souveränitätsrechts der „*Potestas iudiciaria*“ überschneiden sich die europäischen Gemeinsamkeiten und Unterschiede. In der Einrichtung oberster Gerichte in allen europäischen Ländern dominiert ein Gleichklang von Instanzenordnung und zunehmender Berufung von gelehrten bzw. studierten Richtern für Konfliktlösungen durch Gerichte<sup>54</sup>. Der Schwerpunkt ist hier jedoch auf die Rechtsprechungsprodukte in Gestalt der Urteile und auf deren Bedeutung im System der Rechtsquellen insgesamt zu legen. Es gehört zu den grundlegenden Aufgaben des Rechtssystems, die „*dubia*“, „*ambiguitates*“ in den Gesetzen sowie die gesetzlich nicht geregelten Problemfelder im Wege einer Selbstkorrektur durch Rechtsprechung – wie auch mit Hilfe der Rechtswissenschaft – nachzuregeln und so entsprechend den sich wandelnden gesellschaftlichen Anforderungen jurisdiktionell entscheidungsfähig zu machen. Hier liegt heute der verfassungsmäßige Auftrag an die Rechtsprechung zur „Fortbildung“ des Rechts und der Grund für die mögliche normative Kraft der Urteilspraxis. Im *Ancien Régime* standen Gesetzgebung und Rechtsprechung umso mehr in einem engen Zusammenhang als normproduzierende Kräfte, da es vor Ende des 18. Jahrhunderts weder eine umfassende Kodifikation gab noch eine rechtsstaatlich operierende Verfassung eine Aufsicht führte. Oberster Richter war grundsätzlich der Herrscher

als Inhaber der „plenitudo potestatis“, unabhängig davon, ob eine „iurisdictio delegata“ vorlag oder der Herrscher selbst als Richter auftrat. Das Richterpersonal war im *Ancien Régime* im Vergleich zum heutigen Rechtsstaat und den Gerichten des „neuen Ius Publicum Europaeum“ nicht unabhängig. Eine Gewaltenteilung existierte nicht. Unabhängig davon konnten Urteile jedoch die Autorität eine gleichsam rechtlich-legislatorischen Bindungskraft entfalten, die mit dem Begriff der „vis legis“ gekennzeichnet werden. Voraussetzung war, dass über längere Zeit durch gleichlautende Entscheidungen sich eine gewohnheitsrechtliche Praxis gebildet hatte. Im englischen Rechtssystem war häufig die Autorität der Rechtsprechung an die Autorität einer Richterpersönlichkeit gebunden und die Methode der „Precedents“ im 18. Jahrhundert durch das Prinzip des „stare decisis“ gestützt worden<sup>55</sup>. Die gleichsam gesetzliche Leitbildfunktion des Urteils durch den „mos iudiciorum“<sup>56</sup> zeigt, dass einer gleichmäßigen Urteilspraxis eine gesetzesähnliche Ersatzfunktion zukommen konnte<sup>57</sup>. Sie wurde auch die „vis legis“ der „res iudicata“ bezeichnet. Daraus resultierten Präjudizienlehre und Kodifikationsbewegung auf dem Kontinent und im weitreichend gesetzesfreien England das „case Law System“. Für das Prozessrecht traten die obersten Gerichte auf dem Kontinent sogar ausdrücklich als Quasigesetzgeber auf, wenn sie in Stellvertretung für den untätig gebliebenen Gesetzgeber Regelungen für das eigene Prozessverfahren trafen: Im Reichskammergericht durch „Gemeine Bescheide“ bzw. „Decreta Communia“, in der portugiesischen „Casa da Supplicacao do Civil“ durch „assentos“, in den französischen Parlements durch „arrêts de règlements“

und in den spanischen Höchstgerichten durch die „autos acordados“<sup>58</sup>.

Die Hoffnung in der europäischen Aufklärung durch eine umfassende Kodifikation dem Gesetz die Endgültigkeit, Klarheit, Stabilität und Dauerhaftigkeit eines „ius certum“ und einer „lex certa“ verschaffen zu können<sup>59</sup>, ging nicht in Erfüllung und konnte entsprechend der Strukturschwäche des Gesetzes auch nicht in Erfüllung gehen. Kein Gesetz vermag durch Vorausschau alle möglichen Fälle zu erfassen und sprachlich präzise tatbestandlich festzulegen. So rücken Gesetzgebungs- und Rechtsprechungsgewalt auch bei rechtsstaatlicher Gewaltenteilung einander näher und bleiben auf einander angewiesen. Dies ist eine historische Erfahrung, die auch den heutigen verfassungsrechtlichen Befund prägt.

5. Das „alte Ius Publicum Europaeum“ kann man angesichts fehlender Verfassung auch als eine offene Wissenschaft des „Staats-Rechts“ bezeichnen, die z.B. für das Alte Reich alle Rechtsquellen – eingeteilt in „Haupt- und Nebenquellen“ – für die rechtliche Ordnung der öffentlichen Sphäre zu erfassen und zu systematisieren suchte und dabei besonders auf die Bewahrung rechtlicher Besonderheiten streng achtete<sup>60</sup>. Im „neuen Ius Publicum Europaeum“ gibt es dafür eine gewisse Entsprechung im „Willen“ und „Bekennnis zur Partikularität“, die in einer „europäischen Verfassungsidentität“ angelegt ist und „unverzichtbaren Verfassungsppluralismus“ verbürgt<sup>61</sup>.

- <sup>1</sup> Zurecht kritisch zum unreflektierten „Eurozentrismus“ der „europäischen Rechtsgeschichte“, cf. Th. Duve, *Global Legal History: Setting Europe in Perspective*, in H. Pihlajamäki, M.D. Dubber, M. Godfrey (eds.), *The Oxford Handbook of European Legal History*, Oxford, Oxford University Press, 2018, pp. 115–142.
- <sup>2</sup> P. Häberle, *Europäische Rechtskultur. Versuch einer Annäherung in zwölf Schritten*, Baden-Baden, Nomos, 1994; J. Basedow, *Rechtskultur – zwischen nationalem Mythos und europäischem Ideal*, in «Zeitschrift für Europäisches Privatrecht», n. 4, 1996, pp. 379–381; S. Simon, *Rechtskulturelle Differenzen in Europa*, in «Archiv des öffentlichen Rechts», n. 143, 2018, pp. 597–622.
- <sup>3</sup> A. von Bogdandy, P.C. Villalón, P.M. Huber (eds.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, VIII Bde., Heidelberg, C.F. Müller, 2007–2019.
- <sup>4</sup> Von Bogdandy (e.a.), *Handbuch*, Bd. I, cit., Vorwort.
- <sup>5</sup> H. Hofmann, *Die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht. Zum griechisch-römischen Erbe der europäischen Rechtswissenschaft*, in «Der Staat», n. 57, 2018, pp. 5–33, pp. 22–24.
- <sup>6</sup> Ivi, p. 23.
- <sup>7</sup> Mit diagnostischer Klarsicht erklärt Schmitt: «Die bisherige, europa-zentrische Ordnung des Völkerrechts geht heute unter», C. Schmitt, *Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Köln, Greven, 1950, Vorwort.
- <sup>8</sup> A. von Bogdandy, St. Hinghofer Szalkay, *Das etwas unheimliche Jus Publicum Europaeum*, in «Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht», n. 73, 2013, pp. 209–248, p. 209.
- <sup>9</sup> Zum früheren Forschungsprogramm H. Coing, *Die europäische Privatrechtsgeschichte der neueren Zeit als einheitliches Forschungsgebiet*, in «Ius Commune», n. 1, 1967, pp. 3 ss.; F. Wieacker, *Ursprünge und Elemente des europäischen Rechtsbewusstseins*, in H. Göhring (hrsg.), *Europa – Erbe und Aufgabe. Internationaler Gelehrtenkongress Mainz 1955*, Wiesbaden, Steiner, 1956, pp. 105–119.
- <sup>10</sup> Cf. H. Mohnhaupt, *Historische Vergleichung als Erkenntnismethode. Die vergleichende Beobachtung von Recht und Staat im 18. Jahrhundert*, in «Prävnhistorické Studie», n. 51/1, 2021, pp. 31–50.
- <sup>11</sup> S. Simon, *Rechtskulturelle Differenzen*, cit.
- <sup>12</sup> A.F. Prost de Royer, *Dictionnaire de Jurisprudence et des Arrêts*, vol. I, Lyon, de la Roche, 1781, Discours Préliminaire (p. IV).
- <sup>13</sup> Zur Herkunft des *Ius Publicum* aus dem römischen Recht, cf. D. Wyduckel, *Ius Publicum. Grundlagen und Entwicklung des Öffentlichen Rechts und der deutschen Staatsrechtswissenschaft*, Berlin, Duncker und Humblot, 1984, pp. 47–76.
- <sup>14</sup> Cf. M. Stolleis, *Öffentliches Recht I (bis 1750)*, in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte* (HRC), 25. Lieferung, Berlin, Erich Schmidt Verlag, 2017<sup>2</sup>, col. 92.
- <sup>15</sup> M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Erster Band: Reichspublizistik und Policywissenschaft 1600–1800*, München, Verlag C.H. Beck, 1988, pp. 141–146. So auch R. von Stintzing, E. Landsberg, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, 1. Abteilung, München, Oldenbourg, 1880, Repr. Aalen, Scientia, 1978, pp. 663, 666.
- <sup>16</sup> Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts*, cit., pp. 142 s.
- <sup>17</sup> J. Limnaeus, *Liber primus iuris publici imperii romano-germanici, de origine iuris publici*, Argentorati 1729, p. 3 (nr. 17).
- <sup>18</sup> Limnaeus, *Liber primus iuris publici*, cit., Dedicatio (s.p., III).
- <sup>19</sup> Gedrängte Übersicht bei Stolleis, *Öffentliches Recht I*, in HRC, cit., col. 91–93.
- <sup>20</sup> Einzelheiten bei H. Mohnhaupt, „Europa“ und „ius publicum“ im 17. Und 18. Jahrhundert, in Chr. Bergfeld (hrsg.), *Aspekte europäischer Rechtsgeschichte. Festgabe für Helmut Coing zum 70. Geburtstag* (Ius Commune, Sonderhefte 17), Frankfurt am Main, Verlag Vittorio Klostermann, 1982, pp. 206–232, worauf sich auch die folgenden Ausführungen teilweise beziehen.
- <sup>21</sup> A. Rechenberg (Praeses), *Dissertatio de monarchia universali, quae Europae imminere dicitur* (Respondent: G. Chr. von Doelau), Lipsiae 1681, § IV.
- <sup>22</sup> In diesem Sinn bei Friedrich Leutholfs von Franckenberg, *Europäischer Herold oder Zuverlässige Beschreibung derer Europäischen-Christlichen Kayserthums, Königreiche, freyer Staaten und Fürstenthümer ...*, Leipzig, bey Thomas Fritschen, 1705.
- <sup>23</sup> J.J. Rousseau, *Auszug aus dem Plan des Ewigen Friedens des Herrn Abbé de Saint-Pierre (1756/1761)*, hier zitiert nach K. von Raumer, *Ewiger Friede. Friedensruf und Friedenspläne seit der Renaissance*, Freiburg/München, Verlag Alber, 1953, p. 347.
- <sup>24</sup> Chr. Thomasius, *Kurtzer Entwurff, was auff der Chur-Brandenburgischen Friedrichs-Universität zu Halle Christian Thomasius voriges Jahr gelesen und künftig für Lectiōners und Collegia zu halten gesonnen sey*, Halle 1694.
- <sup>25</sup> S. van Leeuwen, *Censura forensis, theoretico-practica, id est totius iuris civilis, Romani, usque recepti et practici methodica collatio ...*, Lugduni Batavorum 1662, Prolegomena.
- <sup>26</sup> J.A. Schlettwein, *Grundfeste der Staaten oder die politische Oekonomie*, Gießen, Krieger, 1779, Vorrede.
- <sup>27</sup> A. Duck, *De usu et autoritate iuris civilis Romanorum, in dominiis principum Christianorum, libro duo*, Lipsiae, Sumptibus Johannis Lüderwaldi, 1668, pp. 120–141.
- <sup>28</sup> G. Achenwall, *Vorbereitung zur Staatswissenschaft der heutigen fürnehmsten Europäischen Reiche und Staaten ...*, Göttingen, Vandenhoeck, 1748.
- <sup>29</sup> S. von Pufendorff, *Einleitung in die Historie der vornehmsten Europäischen Staaten*, Bd. I, Frankfurt/

## Mohnhaupt

- Main, Knoch und Eßlinger, 1746, Vorrede (s.p., V).
- <sup>30</sup> So Achenwall, *Vorbereitung*, cit., p. 41.
- <sup>31</sup> Cf. J.St. Pütter, *Neuer Versuch einer Juristischen Encyclopädie und Methodologie*, Göttingen, Vandenhoeck, 1767, p. 50 (§ 91).
- <sup>32</sup> Cf. M. Rassem, J. Stagl (hrsg.), *Statistik und Staatsbeschreibung in der Neuzeit, vornehmlich im 16.-18. Jahrhundert*, Paderborn (e.a.), F. Schöningh, 1980.
- <sup>33</sup> Pütter, *Neuer Versuch*, cit., p. 10 (§ 17).
- <sup>34</sup> So *ivi*, p. 23 (§ 43).
- <sup>35</sup> J.H.G. von Justi, *Vergleichungen der europäischen mit den Asiatischen und andern vermeintlich Barbarischen Regierungen, in drey Büchern verfasst*, Berlin (e.a.), Rüdiger, 1762, Vorrede (s.p.).
- <sup>36</sup> Cf. von Pufendorff, *Einleitung*, cit.
- <sup>37</sup> Cf. Mohnhaupt, „Europa“ und „*ius publicum*“, cit., p. 104.
- <sup>38</sup> G.W. Leibniz, *Tractatio* (ca. 1690–1695), in G. Grua, *Tectes Inédits*, Vol. II, Paris, Presses Univ., 1948, p. 801.
- <sup>39</sup> V. Bogdandy, *Handbuch*, cit., Bd. I, p. 777. Die Frage nach den historischen Erfahrungen ist jedoch von den einzelnen Bearbeitern des Fragebogens nur wenig und sehr unterschiedlich beantwortet worden.
- <sup>40</sup> Cf. H. Mohnhaupt, D. Grimm, *Verfassung. Zur Geschichte des Begriffs von der Antike bis zur Gegenwart. Zwei Studien*, Berlin, Duncker und Humblot, 2002<sup>2</sup>, pp. 71–75.
- <sup>41</sup> Mohnhaupt, *Verfassung*, cit., pp. 62–66; *idem*, *Von den „Leges fundamentales“ zur modernen Verfassung in Europa. Zum begriffs- und dogmengeschichtlichen Befund (16.-18. Jahrhundert)*, in «*Ius Commune*», n. 25, 1998, pp. 121–158; I. Birocchi, *La Carta autonómica della Sardegna tra antico e moderno. Le „Leggi Fondamentali“ nel triennio rivoluzionario (1793–96)*, Torino, Giappichelli Editore, 1992, pp. 163, 199, 204, 208.
- <sup>42</sup> Th. de Bèze, *Du droit des magistrats sur leurs subiets*, s.l. 1574, repr. Genève, Kingdon, 1970, p. 61.
- <sup>43</sup> J.J. Moser, *Compendium juris publici moderni regni germanici ...*, Tübingen, Cotta, 1742, erklärt z.B. zu «des Teutschen Reiches geschriebenen Grund-Gesetzen»: «... erste Haupt-Quelle der Lehre von der heutigen Staats-Verfassung ... seynd diejenigen Verträge und Gesetze, welche ... bißhero zwischen des Reichs Oberhaupt und dessen gesammten ohnmittelbaren Ständen ... auf Reichs-Tägen ... verglichen und zu Papier gebracht worden» (p. 18); Birocchi, *La Carta autonómica*, cit., p. 214.
- <sup>44</sup> J. Hagemeyer, *Juris publici Europaei de trium regnorum septentrionalium Daniae, Norvegiae et Sveciae statu epistula prima*, Francofurti ad Moenum 1677, Ad lectorem (s.p.).
- <sup>45</sup> J. Le Saige, *Catéchisme du citoyen ou éléments du droit public français par demandes & réponses; suivi de Fragmens politiques par le même auteur*, Paris, s.e., 1789, p. 5 (chap. I).
- <sup>46</sup> Als Beispiel: C.U.D. de Eggers, *Institutiones juris civitatis publici et gentium universalis*, Hafniae, Proft et Storcu, 1796, p. 123 (§ 97).
- <sup>47</sup> Cf. H. Mohnhaupt, *Potestas legislativa und Gesetzesbegriff im Ancien Régime*, in «*Ius Commune*», n. 4, 1972, pp. 188–239.
- <sup>48</sup> Mohnhaupt, *Potestas legislativa*, cit., pp. 208–213; Eggers, *Institutiones juris civitatis publici*, cit., pp. 119–124.
- <sup>49</sup> L. Wienbarg, *Das dänische Königsgesetz oder das in Dänemark geltende Grundgesetz ...*, Hamburg, Hoffmann u. Campe, 1847, p. 108.
- <sup>50</sup> Th. van Swinderen, *Disputatio iuridica de legibus*, Groningae, Spoormaker, 1806, p. 10 s.
- <sup>51</sup> Übersicht auch bei Mohnhaupt, *Potestas legislativa*, cit., pp. 115 s.
- <sup>52</sup> Cf. K. Härter, M. Stolleis (hrsg.), *Repertorium der Polieyordnungen der Frühen Neuzeit*, Bd. I ss., Frankfurt am Main, Verlag Klostermann, 1996.
- <sup>53</sup> H. Mohnhaupt, *Grundlinien in der Geschichte der Gesetzgebung auf dem europäischen Kontinent vom 16. bis 18. Jahrhundert. Ein experimenteller Überblick*, in «*Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*», n. 28, 2006, pp. 135–141.
- <sup>54</sup> Grundlegend sind hierfür die vergleichenden Analysen bei B. Diestelkamp (ed.), *Oberste Gerichtsbarkeit und zentrale Gewalt in Europa in der frühen Neuzeit* (Quellen und Forschungen zur höchsten Gerichtsbarkeit im Alten Reich 19), Köln (e.a.), Böhlau, 1996; A. Denzler (e.a., eds.), *Prozessakten, Parteien, Partikularinteressen. Höchstgerichtsbarkeit in der Mitte Europas vom 15. bis 19. Jahrhundert*, Berlin, de Gruyter, 2014.
- <sup>55</sup> Cf. St. Vogenauer, *Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent. Eine vergleichende Untersuchung der Rechtsprechung und ihrer historischen Grundlagen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, pp. 1236 s.; R. Cross, *Precedent in English Law*, Oxford, Clarendon, 1968, pp. 102–145.
- <sup>56</sup> Cf. Codex 2.3.14 des römischen *Corpus Juris Civilis*.
- <sup>57</sup> Cf. Mohnhaupt, *Grundlinien*, cit., pp. 160 s.
- <sup>58</sup> Nachweise bei *ivi*, pp. 163 s.
- <sup>59</sup> H. Mohnhaupt, „*Lex certa*“ und „*ius certum*“: *The Search for Legal Certainty and Security*, in L. Daston, M. Stolleis (eds.), *Natural Law and Laws of Nature in Early Modern Europe*, Aldershot, Ashgate 2008, pp. 73–88.
- <sup>60</sup> Erkennbar bei Moser, *Compendium iuris publici moderni*, cit., pp. 1–17.
- <sup>61</sup> So P.C. Villalón, *Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts. Vergleich*, in von Bogdandy (hrsg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, cit., pp. 775 s.



# Republicanism and its 'gentle wings' (Ode to Joy). The Republican Dignity to be Governed, not Mastered as Founding Rational Legitimacy

ULRIKE MÜRIG

## I. Introduction

«Your magic reunites what was split by convention, and all men become brothers where your gentle wings are spread», wrote Friedrich Schiller in his 1785 *Ode to Joy*<sup>1</sup>. Seven years later, the young Beethoven declared his intention to set the poem to music, although it would take another three decades before his Ninth Symphony, part of which comprised the Ode, premiered in Vienna. The moral superiority of ancient republican heroes over despots and tyrants is a common topic in German classical literature. It is no coincidence that the legends of Virginius' tyrannicide and the fall of the Tarquinian monarchy of Lucius Tarquinius Superbus at the hands of Lucius Junius Brutus (510/509 BCE) became a favourite motif. Lessing used it in *Emilia Galotti* (1772), as did Schiller in *Fiesco's Conspiracy at Genoa* (1783). As important as this was, so too was the historical knowledge concerning Marcus Iunius Brutus Caepio,

who assassinated Julius Caesar on the Ides of March in 44 BCE to defend the ideal of the old republican senatorial liberty (*libertas*). The literature on republicanism is vast, spanning centuries and even millennia; more often than not, however, this research focuses on the republic as a *form* of government alone<sup>2</sup>. The key aspect of this standard reading of republicanism is the rejection of monarchy, and indeed there is an omnipresent reduction to a dichotomy between republic and monarchy.

By examining republicanism through a functional approach<sup>3</sup>, though, its essence becomes clear: republican citizens (*cives*) could be governed, but not mastered as mere subjects; the standing, in which a citizen is one's own master, is the core element of republican self-rule, as contrasted to subjection under top-down power. As far as the founding rational legitimacy is concerned, the conditions of citizenry and *res publica* logically coincide, reliant upon the very dignity of 'being an end in himself', contributing to and participating in the

commonwealth. It is the first goal of this essay to explain the republican values and traditions in their historical functionality.

As early as the Italian Renaissance and the Machiavellian *vivere libero* that specified republican values and traditions<sup>4</sup>, it was clear that the republican virtue of the *vir civilis* was not intended as an abstract humanistic canon, but the functional nucleus of creating a rational legitimacy outside the traditional legitimacy categories (such as 'empire' or 'church')<sup>5</sup>. The step that transformed the *res civilis/civium* into the *res publica*<sup>6</sup> was the organisation of legal power use in a 'non-legitimate dominion' whose rational legitimization is only created as a constituted corporation. Traditionally, legitimization was derived from the idea that power was ordained from heaven; (urban) civil corporation, by contrast, starts as a non-legitimate dominion. The rational legitimized founding of a corporation and the legality of its power use (having started as a non-legitimate dominion whose legitimacy was created rather than inherited from on high) are the two functional pillars of republicanism, which 'met the law' throughout time and space. At the outset of my line of arguments that reread republican values and traditions in their historical functionality is the following: any republic (be it the form of government or the use of sovereignty in the sense of the Kantian republican spirit) is grounded in the need to *create* its own rational form of legitimacy by the consensual establishment of legality<sup>7</sup>.

The two pillars of republicanism – the grounding of rational legitimacy and the creation of legality in the consented community – both intersect with the law

at certain junctures. The ancient concept of *res publica* referred principally to the community, and was independent of the form of government that that community adopted. This meant that the *res publica* concerned the affairs of the people as a whole, while the *res populi* were those of common use. The interest of the people was the yardstick for any rule, while the Aristotelian constitutional degenerations – tyranny, oligarchy, and ochlocracy – were its antipodes. This value-orientated ancient concept of *res publica* first became judicialized in its coincidence with medieval canon corporation theory (*quod omnes tangit*); this interpreted the citizenry as a constituted association with legal capacity. Legitimization of corporation, however, is only one part of the republican story.

The equation of the citizenry (*civitas*) and the republic through the medieval doctrine of corporation was weakened with the elevation of sovereignty as one of the key considerations of the state (as exemplified by Bodin in his *Six livres* of 1576). With this second 'meeting with the law', the appropriation of state and republic emerged, even more so when Bodin formalized and functionalized sovereignty as a supreme legislative power, thus making it available to the sovereign. As opposed to concentrating power in one hand, the social contract emerged with the natural law doctrine for explaining the legality in a consented community; in this second meeting with law, the common good became synonymous with the purpose of republicanism as a whole. As expounded by John Locke, this concept of republicanism was ultimately that which influenced its emergence in the fledgling United States.

This essay contributes to the polysemic awareness of republicanism; it focuses on case studies of English, American, and French republicanism, with the acknowledgement that further forms of contemporaneous republicanism existed that diverged from these models<sup>8</sup>. Indeed, the different meanings of the term 'republic' were reflected already in the eighteenth century by James Madison in *Federalist 39*<sup>9</sup>. Neither the differentiation between unitary and collective government, nor the conflict between hereditary and elected power structures, can be considered a guiding framework for the republic; the functional pillars of rational legitimization and organized legality are independent from the form of government. This is especially clear for the 'republican monarchy' models of the French reformist voices of the eighteenth century as well as its idealization in the Kantian concept of 'rightful republicanism'.

This is not to deny that the republic as a form of government plays *no* role here. Indeed, in revolutionary America and modern France, the two meetings of the *res publica* with the law merged together and formed a common ground for the republic to be considered as a mere concept for the form of state. Yet limiting the republic to the conceptual interconnectedness with the concrete historical state excludes the experiences of Polish and English republicans, not to mention the German cosmopolitan discourse influenced by Immanuel Kant; in all the latter variations the republic was tied not to state but to society. In addition, this limitation renders nonsensical the pronouncement of Novalis that «[t]here will come a time and soon when it will generally be acknowledged

that no king can exist without a republic, and no republic without a king, for both are indivisible, like a body and a soul»<sup>10</sup>. This essay seeks to not to ignore any one of these discourses, but to unite both those that accentuated the state and those that tied the republic to society. The republican attribution to society is represented by English republicanism, which grounded the legality of a consented commonwealth in the rational legitimacy of the common law as consented custom since time immemorial.

If republican dignity is the linchpin for the logical coincidence of citizenry and commonwealth, another aim of this essay is to elaborate the conclusions from the founding function of republican dignity. This reveals the immanent tension between republican freedom (as nondomination and self-mastery) and equality within the organized legality of consented self-rule. Thus, republican dignity is the predecessor of human dignity, not only in regard to the rational legitimatory function (as the draft of Art. 1 of the German Basic Law declared, 'the state is there for the sake of man'), but also in regard to the irreconcilability of freedom and equality and the dependence on a social relationship. These aspects could all – even if provocatively – be termed as the republican content of 'human dignity'.

The republican concept of virtuous citizenship is a decisive path for human dignity; it is less the civic humanism that matters but more the fact that freedom and equality are irreconcilable ideals that is the essence of what I call the republican dignity. Consequently, this essay examines the founding function of the republican dignity, which I explain as the 'republican dilemmas.' The core of all shortcomings

lies precisely where the persuasive power of the idea of human dignity has its roots: namely in the idea of the unique subjectivity and distinctiveness of the individual, which, having taken root, was translated into a universal characteristic<sup>11</sup>. Dignity is predominantly seen as a quality and a condition of being, namely a quality or characteristic of the individual, at least as a measure of the individual's achievement, but more recently as an inherent quality. On the contrary, I argue dignity in the *legal* sense is not a concept of substance, quality, or performance; instead, dignity is based on relationship, and more precisely on communication. In this reading, dignity is the respect for another according to their conditions, in short: the tolerance of ambiguity.

If related to a state-based recognition community, the tolerance of ambiguity translates human dignity into a justiciable category. The decisive strength of the tolerance of ambiguity lies precisely in the fact that it can explain the tension between freedom and equality, both in the republican historical context but also beyond in the clashes of egalitarian-democratic and individual-free strands of legitimacy of human rights (as derivatives of human dignity, itself concluded from republican dignity). This does more than add a new 'continental page' to the groundbreaking research of Pocock and Skinner on the impact of community-related renaissance-republican thinking (Leonardo Bruni, Machiavelli, Guicciardini, Gianotti) on the rising liberal-individualistic theories of the Anglo-Saxon discourse (Hobbes, Locke). Instead, it opens up the civic participatory line (consented legitimation for rational legality), illustrating that the growth of

republicanism had roots beyond those that came about through the development of liberalism. Moreover, it points to the legitimacy function of the inviolability of human dignity in modern law – above all, ontologically substantive interpretations<sup>12</sup>. Commonly, the inviolability of human dignity is explained as an abstract philosophical idea that emerged in the aftermath of the Second World War and the horrors of the Nazi terror. This reading denies the importance of the human rights declarations on the fringes of the American and French Revolutions, on the grounds that the kinds of dignities that existed in these discourses were neither unitarian nor universal. By contrast, this essay argues, as its fourth goal, that there is a thus-far unseen and unacknowledged historical connection of human rights and human dignity, due to the immanence in the legitimacy function of republican dignity for modern constitutionalism. This continuity with republican dignity becomes all the more convincing when taking into account that inviolability presupposes respect, and respect is always connected with the tolerance of ambiguity.

1. *English Republican Discourse: Identity of Political and Civil Liberty*

Whereas Continental discourses around universal authorities (pope and wordly monarchies) were forced by the rise of individual autonomy, be it via the conciliar movement (Nikolas von Kues)<sup>13</sup> or the protestant ideas of individual access to the scripture (as holy reason-*logos*), to depart from their late scholastic corporate entity

thinking, the grounding of the English empire terminology by John Dee<sup>14</sup> and the (coincident) shift of Parliament from council to legislature<sup>15</sup> was intimately linked from the beginning with the idea of the commonwealth. One of its most prominent explanation is *De Republica Anglorum*<sup>16</sup>, written by Sir Thomas Smith in 1562-5, when he was Queen Elizabeth's ambassador to France. Smith's experience as a statesman in Elizabeth's court, and especially at a time when England undertook a serious reorientation of its geopolitical positioning, speaks to his works being not merely theoretical, but rather of practical application in statecraft. Indeed, just half a decade after Smith completed *De Republica Anglorum*, the Queen entrusted him with the mission to colonise Northern Ireland. This initiative coincided with the foundation of a central prerogative court in Dublin in the same year.

According to Smith, «[a] commonwealth is called a society of common doing of a multitude of free men collected together and united by an accord and covenants among themselves, for the conversation of themselves aswell in peace as in warre»<sup>17</sup>. Here, the specific importance is placed on custom; the equation of custom and consent<sup>18</sup> made the early modern «commonwealth or policie» of the *Republica Anglorum* «according to the nature of the people»<sup>19</sup>. The Bractonian tradition that it is the law that makes the king (*rex de lege dicitur*) and the consequent coincidence of any power's objective restraints and subjective rights of the subjects made the English discourse particularly open for the civic virtues of the Machiavellian *Discorsi*. They also promoted the republican 'participation in magistracy'

to be an essential part of civic freedom<sup>20</sup>. The identity of public (that is to say, political) and civil liberty, inherent in this, characterized Montesquieu's famous praise of the English constitution in his *De l'Esprit des Lois* (XI, 6)<sup>21</sup>. The two argumentative lines of the English commonwealth – government through consent, and the primacy of custom – came together in the republican explication of civic liberty as political liberty. In the unique setting of the English constitutional environment, common law equated to custom, which was consent, which therefore was both natural and reasonable. Consequently, there was neither scope for the Ulpian division of private law and public law, nor for any regal understanding that the binding force of positive law springs from the command and will of the one commanding.

Instead, while other European powers saw a distinction between objective and subjective law, in England they were intimately tied to one another as an indivisible whole. Such was made clear by Edward Coke in his reasoning in the 1607 *Prohibitions del Roy* case, when he declared that «the Law was the Golden metwand to measure to try the Causes of the Subjects; and which protected his Majesty in Safety and peace». This made clear that the common law – that is, the law common to all – provided the subjects' protection but also the crown's limitation. In this sense, common law liberties are both civic and political, meaning that human rights as a distinct entity in and of themselves had no room to arise, and common law liberties did not require augmentation with the need for legal equality (as denoted above as the essence of human dignity). On the other hand, common law itself created a

framework where its customary evolution reflected the *res* (will of the community) and fostered the *publica* (the general interest of the community).

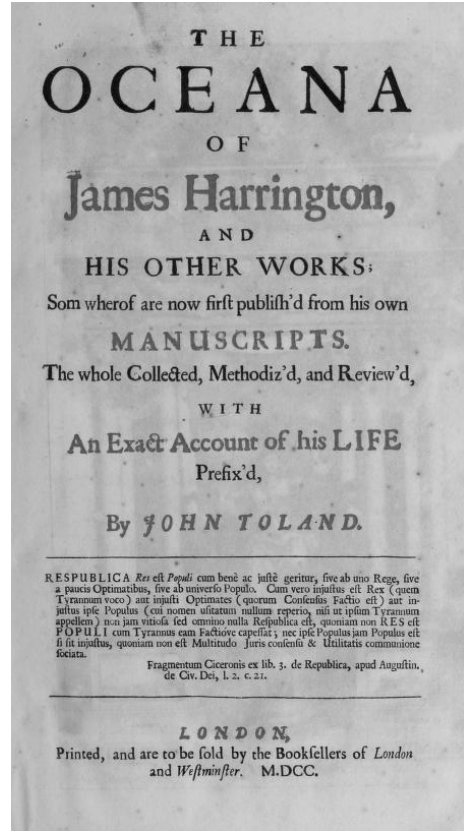
This was the English stage, where the classical vision of Italian Renaissance humanists is said by the Cambridge School of Pocock and Skinner to have been adapted in the seventeenth century, and it was from there that it re-entered political discourses elsewhere. The principal guide to antique republicanism was Machiavelli, the *Discourses* being published in English in 1636, followed by *The Prince* in 1640. On the one hand, Machiavelli still operated with the non-secular concept of *fortuna*, which in Livius, Sallust, or Tacitus meant the opposite of individualism, namely the predetermination of individual life and its integration into an unchangeable natural order. At the same time, his writings articulate a conviction that is based on influencing fate (the luck of the brave) and give high priority to the (personal) responsibility of the political actor. In addition, Machiavelli's republicanism still favours the primacy of the community<sup>22</sup>, but rejects traditional Christian moral concepts in politics, while his reason of state-concept acknowledges a realistic positioning of the individual and his interest in self-preservation<sup>23</sup>. The civic virtue that the *Discorsi* preach is beyond human perfection or sacrifice of private interests for the common good. Machiavelli offers only an implicit transition to individualistic thinking and not yet a sophisticated concept of individual autonomy. «History to republicans was the beginning of political wisdom»<sup>24</sup>. John Pocock's and Quentin Skinner's<sup>25</sup> master narrative about the influence of republican

thought, running from the northern Italian urban republics of the Renaissance to the English Revolution onto the American Revolution was meant to stress also the republican tradition and its specific concept of freedom against the overwhelming Whig interpretation of the Glorious Revolution as a mere extension of liberalism and its 'negative' concept of freedom of non-interference<sup>26</sup>. The republican concept of freedom, however, concentrates on the independence of citizens from the arbitrary rule of others<sup>27</sup>. In the wording of Algernon Sidney freedom is the «independency upon the will of another»<sup>28</sup>. *Cato's Letters* (1720-1723) to Trenchard's and Gordon's reader in the British colonies idealize the English government to be a 'free government' by the statement, that «Liberty is, to live upon one's own terms; slavery is, to live at the mere mercy of another»<sup>29</sup>. The Machiavellian civic virtue were translated into the aims that every citizen should be his own master (*sui juris*) and not the slave, another's ward (*alieni juris*)<sup>30</sup>, or in John Milton's description of the 'free commonwealth' as the corresponding. Thus, the republican concept of freedom is directly linked to a specific political constitution, the Republic, which guarantees this independence and encourages citizens to act virtuously and in the common good in order to maintain it<sup>31</sup>. The free commonwealth is the corresponding normative status of the republican citizenry<sup>32</sup>.

English republicanism developed as a 'language'<sup>33</sup> to dismiss the radical individualism expounded by Hobbes, but it never became a specific 'programme' to question the foundations and legitimacy of the English monarchy, in the way that continental republicanism did. Early

republican thinkers, such as Marchamont Nedham, John Milton, and James Harrington never held the existence of the English monarchy to be constitutionally invalid. Even Nedham, celebrating the abolition act in 1650<sup>34</sup>, did not claim that Englishmen had lived «in times past under an unlawful magistrate»<sup>35</sup>. They criticised tyrants rather than kings, following the Aristotelian and Ciceronian equation of true kingship with law and justice and reason<sup>36</sup>. The exemplar of the tyrant to be resisted was the Hobbesian Leviathan (which Hobbes explained in the eponymous work in 1651), whose sovereignty was authorised by universal submission rather than acquiescence. In escaping the war of all against all (*bellum omnium contra omnes*), in which individuals pursued their own unrestricted wants and desires against others (*homo homini lupus*), humanity's subservience to the Leviathan would be absolute and provide no recourse in the case of any injustice to the contracting individuals<sup>37</sup>. The Hobbesian ambiguity between the claims of the individual and the collective community are eradicated by the fact that his ('methodological') individualism paradoxically postulates – as a war of all against all – the *de facto* abandonment of individual rights in favour of the welfare, security, and stability of the state. This methodological individualism is found in the intact natural right to self-preservation, which the state has to enforce, thus devolving the safeguarding of basic individual rights to the collective (or, rather, to the sovereign state, which acts in the stead of the collective).

Harrington's *Oceana* (1656), by contrast, was a repudiation of Hobbes and his *de facto* abandonment of individual



Front page of *The Oceana* of James Harrington: and his other works, printed in London in 1700.

rights, in favour of the Machiavellian political philosophy<sup>38</sup>. At the heart of Harrington's doctrine of balance was the equation of political to economic balance, economic power being the driving force behind the law. Later, David Hume admired Harrington for having «made property the foundation of all government»<sup>39</sup>. *Oceana* formulated a general critique of the natural individualism and voluntarism of Hobbes and, with reference to Livius and Aristotle, emphasized the liberty of the

community and the rule of law instead of the individualistic (negative) freedom<sup>40</sup>.

Equality was never an absolute aim of English republicans. 'Equal' could mean 'more equal', or it could mean an equality 'proportionate' to merit according to the Aristotelian principle of distributive justice. An 'equal' commonwealth might be one where the principle of rotation ensured a fair distribution of office-holding<sup>41</sup>. So, the English republican adaption of 'equality' were two principles of political prudence: The first is opposed the extremes in wealth and poverty, which were enemies to both virtue and stability. The second, somewhat related, was based on the Aristotelian nothing in excess (*meden agan*). Virtue was to be found in 'mediocrity' or the 'middle sort', and this happened to fit quite nicely to the balance of the three principles of government borrowing from Polybius and Aristotle. Neither the rule of the one, of the few and of the many should be excessive.

Consequently, Harrington and his contemporaries opposed the evils of 'absolute monarchy'<sup>42</sup> by contrasting it with the 'mixed', 'limited', or 'legal monarchy'<sup>43</sup>. Influenced by the failure of parliamentary opposition in 1679-81, Algernon Sidney's *Discourses concerning Government* (1681-1683) contained a plea for resistance and tyrannicide, with a clear preference for a mixed government in which aristocracy is predominant. Not only monarchy had been restored in 1660; so, had the House of Lords. Therefore, Algernon Sidney's ideal nobility was not the Norman but the Saxon one as natural leader of the freeholder class, of the people<sup>44</sup>.

During the political crisis of 1675-1683, and especially surrounding the so-called Popish Plot, when fears of absolute

monarchy and a Catholic succession amounted to the threat of a renewed civil war, the republican 'mouthpieces' 'discovered' and presented the ancient liberties of the common law as consented custom since time immemorial. In this way, both Sydney and Henry Neville were adjutants of Locke's Natural Law of Justice<sup>45</sup>. Their decisive differentiation concerns the distinction between government imposed from above and that derived from consent<sup>46</sup>. Dynastic government occupied itself with the interests of the crown as 'a separate and distinct interest' from that of the people; it could therefore not satisfy the interest of the whole, being the commonwealth. Similarly important was the distinction of the rule of men and the rule of law. Borrowing from Sir Edward Coke, the republican discourse took up the idea of law as the embodiment of reason; a commonwealth where law prevailed, whether monarchic or not, was a 'free state', contrasting with a tyranny<sup>47</sup>. The 'free state' was thus not synonymous with the kingless commonwealth (although it could be a kingless commonwealth). Instead, it was defined such that «the interest of Kings, and of their people is the same»<sup>48</sup>. The republican reading of the 'ancient constitution' of England, and the traditions and customs inherent in the common law since time immemorial, also argued for virtues of independence in the face of the threat of popery and a standing army. In republican thinking, the *Magna Carta* was one of the hallmarks of ancient liberties, and it embodied a 'reasonable' argument that no people could have surrendered rights that were inherent and inalienable to them<sup>49</sup>, and that the state need only to be limited to the extent required for peaceful

coexistence. The decisive principle underscoring every political community was the natural freedom enjoyed by man; this could only be given up voluntarily and for a higher purpose<sup>50</sup>. The legitimate political order could only emerge from this uncoerced decision to exercise individual freedom by choosing to invest it in that order; violence, by contrast, could not be a lawful basis, as violence was antithetical to legal relations<sup>51</sup>. In principle, such an order could be established at any time, if this were done for the general advantage in a situation of original equality, which would preserve the principles of natural reason that emerged from the same origin as freedom<sup>52</sup>.

Where the English adaptation of Machiavelli broke from the original source material was in the fact that English thinkers saw no reason why liberty (*libertas*) and empire (*imperium*) must be irreconcilable. This apparent dichotomy had first been handed down by Sallust, who saw the Roman Republic's thirst for greatness (*grandezza*) as having been achieved only at the cost of liberty<sup>53</sup>. Venice was able to remain internally stable by waiving expansion in favour of their citizens' liberty. If London was to be the new Rome, as many imperialists envisioned, then it could not risk the loss of liberties through military conquest, but rather combine the customary liberties of England with the commercial success of Venice (and other commercial republics). Charles Davenant set the tone when he declared that «[a]n empire of the seas could provide *grandezza* without the need for large armies, extended military commands, or the takeover of civilian government by over-mighty generals. Instead, maritime empire could enrich the nation, render it

stable in the arena of international politics, and offer greatness without endangering liberty»<sup>54</sup>. Henry Parker attributed the combination of liberty and empire by commerce to the influence of merchants in commercial republics<sup>55</sup>, as «industry has its first foundation in liberty»<sup>56</sup>. According to the demands of trade, the nation's military needs were upheld by sailors, not by soldiers, who might turn into tools in the hands of tyrants (This anxiety concerning soldiers was also evident prior to the Glorious Revolution). Britain's mercantile commitments guaranteed that English liberties would find success in the competition for commercial greatness, whereas Spain and other «despotic monarchs, though infinitely powerful at land, [...] could never rival Neptune, and extend their empire over the liquid world»<sup>57</sup>.

As the British colonial empire gained traction at the expense of both France and Spain after the signing of the Treaty of Utrecht, it also attracted re-evaluation. In his *The Idea of a Patriot King* (1738), the Treaty's English author, the Tory statesman Henry St. John, Viscount Bolingbroke proposed a model of kingship that was committed above all to the common good. The king would act as the holder of balance between the political parties, while his external policies would acknowledge the interests of Britain as an island nation, and hence a commercial republic. Resources would be concentrated upon the navy, which would fulfil the role of Britain's 'guardian of liberty' and, in this way, Britain would in turn embody a neo-Roman combination of both empire and liberty. Bolingbroke explained the uniqueness of the British commonwealth

by the lack of any public law 'distinct and autonomous'<sup>58</sup> from the common law. He concluded that 'constitution', which defined 'the limitations of sovereignty', was «that assemblage of laws, institutions and customs, derived from certain fixed principles of reason, directed to certain fixed objects of good, that compose the general system, according to which the community hath agreed to be governed»<sup>59</sup>.

This is also not to say that English republicanism was monolithic. Bolingbroke may have done much to define imperial republicanism for the generations that followed, including the nineteenth-century prime minister Benjamin Disraeli, but he also attracted a number of detractors. William Gladstone, Disraeli's most prominent contemporary opponent, was rather less impressed. Gladstone recognised that Bolingbroke's words were more propaganda than a pragmatic standard for monarchical rule in the mirror-for-princes tradition, when he pithily summed up the rhetoric as «Liberty for ourselves, Empire over the rest of mankind»<sup>60</sup>.

Montesquieu, too, saw Machiavelli as an anachronistic model for imperial growth. In the *Considérations sur les causes de la grandeur des Romains et de leur décadence* (1734), Montesquieu explained that Rome's fall came about because its greatness grew too quickly, and as a result «[s]he lost her liberty, because she completed her work too soon»<sup>61</sup>. Trade, for Montesquieu, not only rendered Machiavelli obsolete, it made the irreconcilability of his categories harmless. Montesquieu held that Britain was the only nation whose constitution aimed for 'public liberty', which would foster commerce. Britain retained its liberty at home by the equilibrium of monarchic ruling of the

one, the aristocratic ruling of the few, and the democratic ruling of the many, and maintained its integrity abroad by avoiding overseas conquest, instead planting colonies to extend commerce more than domination.

Scottish republicans like David Hume and Adam Smith also doubted the applicability of Machiavellian republicanism to the world of commercial modernity. Hume saw great empires as suffering a natural pathology of expansion<sup>62</sup>; similar to Bolingbroke, he saw Rome's decline as being due to «an ill modelled government, and the unlimited extent of conquests»<sup>63</sup>. As David Armitage notes, Hume's worldview was also slanted by the advent of global commerce, in which Britain would become a world leader: «Commerce may have fundamentally altered reasons of state [...] but Hume maintained the argument that territorial empire presented the greatest threat to liberty [...] at least until the spectre of French universal monarchy had been exorcised by Britain's victories in the Seven Years War»<sup>64</sup>. At the end of this war, in 1763, Adam Smith explained to his students the difference between 'a defensive republick' and 'a conquering republick'. Here, he borrowed the terminology pioneered in Machiavelli's *Discorsi*, which described the Greek city-states (*poleis*) to be defensive, while Rome and Carthage were conquering republics<sup>65</sup>. Hume and Smith revised Sallust and Machiavelli's explanations of Rome's declension in the light of the new maxims of political propriety, economy, commerce, and refinement. Hume, in his essay *Idea of a Perfect Commonwealth* (1752), proposed an imaginary model of government to combine the stability of classical republic for preservation with the

expansiveness of the modern territorial state: «no large state, such as FRANCE OR GREAT BRITAIN, could ever be modelled into a commonwealth, but that such a form of government can only take place in a city or small territory»<sup>66</sup>. The same argument was employed by James Madison<sup>67</sup> in the Federalist papers: federalism offered the distinctly modern solution to the ancient dilemma of liberty and empire by consecrating an extended representative commercial republic under the law.

*Summary, English Republicanism:* The legacy of seventeenth-century republicanism was a civic humanism, which claimed the 'participation in magistracy' to be an essential part of civic freedom<sup>68</sup>. This was articulated by David Hume (*Essays and Treatises on Several Subjects*, 1758) and Adam Ferguson (*An Essay on the History of Civil Society*, 1767). While 'liberty' was an integral part of the English discourse, this liberty did not necessarily include equality in the sense that it was used and continues to be used in human rights discourse. Liberty was intimately tied to Britain's growing influence as a commercial, imperial power, whereby Britain's «blue-water commercial and colonial policies»<sup>69</sup> would allow it to remake London as an imperial metropole in line with a neo-Roman *civitas*. This *civitas* would base itself on two key distinctive points: firstly, it would be a maritime power that used its own status as an island to protect itself via its own natural moat; secondly, it could rely on the common law as a distinct national myth of liberty, a «Gothic society of free landed proprietors» that acted as an alternative narrative to standing armies, Popish Catholicism, and Stuart absolutism<sup>70</sup>.

## II. *The American Federal Representative Republic and the Democratization of the Common Good*

The key issue facing early American republicans was that the «Empire of Liberty», as Thomas Jefferson had termed it in 1780<sup>71</sup>, appeared as a contradiction in terms. Classical republicanism had dug its heels in the dichotomy 'empire or liberty'<sup>72</sup>, and America seemed set to have to determine whether its path was one of empire or liberty. However, instead of seeing exclusive alternates, the foundation of the union 1787 sought to reframe them through the principles of 'union and non-denomination'. This brought republicanism into a 'practical sphere'<sup>73</sup>, and at the same time struck at the heart of the traditional understanding of republican freedom functioning only in small, well defined polities; as Leopold von Ranke noted a century later, this amounted to a «complete reversal of the principle [...] after it had formed a state»<sup>74</sup>.

What was new about the American federal republic? Not the origins; the entire intellectual material for the confrontation with London came from Europe. The protest against domination by Westminster borrowed from the merging of the Athenian and Aristotelian tradition of freedom being defined by participation in self-government, together with the Roman idea that the people of the empire were co-members, rather than vanquished inferiors. Aristotle's ideas of the communal self (*zoon politikon*) had been resuscitated by the European Enlightenment, together with the idea of the autonomous self (with the voluntarily contracting identity); these too made the journey across the Atlantic.

The innovation was not in the *philosophical* foundations of the republic, but in the *practical implementation* of that philosophy. America's remoteness from the 'old continent' – as even Goethe contrasts Europe with the independent United States<sup>75</sup> – meant that the democratization of the common good (*res publica*) served the practicalities. Indeed, America already had a limited tradition of political autonomy. Before 1763, legislative self-government was taken for granted by settler communities bound in the common law traditions, and laws passed in the colonies only required approval by the Privy Council or Board of Trade<sup>76</sup>. In addition, because of the ubiquitous requirement of land ownership as a prerequisite for electoral suffrage, the wide dispersion of ownership in the colonies enabled broad access to active voting rights (around three quarters of the settlers by the end of the eighteenth century)<sup>77</sup>, while the comparative lack of great social differences between rich and poor<sup>78</sup> was noted by Adam Smith in his *Inquiry into the Nature and the Causes of the Wealth of Nations*. Published in the same year as the Declaration of Independence, *The Wealth of Nations* argued that republicanism was fuelled by this relative social parity: «Their manners are more republican, and their governments, those of three of the provinces of New England in particular, have hitherto been more republican too»<sup>79</sup>. Thus, the democratization of ballots or the local self-government tradition of institutionalized process to reach consent among the settlers were well established in the colonies, and far from pioneering turns; rather, it was their endangerment that provided the proximate catalyst for revolution.

While the concept of union is one that is highlighted in the existing historiography as a novel development in the foundational story of America<sup>80</sup>, I propose that republican dignity provides a window into the processes of revolution, independence, and foundation, and here requires addressing. Republican dignity describes the constitutional framers' use of the republic as a means to justify their breaking from their bond with the English crown, on the grounds of having been discriminated against their English compatriots<sup>81</sup>. It combined both a representative reframing of popular government and a concurrent rejection of (unlimited) democracy. Seen from the functional approach, the American discourse is governed by a close association of property with individual dignity, meaning an independent (male) livelihood under common law property titles<sup>82</sup>. In common law terminology this meant having the rank of a free subject of the English crown; as late as 1774, the Sullivan Draft of a declaration of rights included the stipulation that Americans were to be 'respected' as brethren subjects of the same king as the English<sup>83</sup>. Central to this republican dignity were autonomy, self-mastery and sovereignty, all rooted in property rights enshrined in common law: to sue somebody for conversion<sup>84</sup> focuses – in a functional assessment – on a person's ability to resist intrusions into his own affairs.

Here it is worthwhile to note that republican dignity is distinct from any liberal notion of freedom as non-interference. Republican dignity exists only in relation to others, and not as an *a priori* freedom in any natural state. Part of this republican dignity, notably present in the realization of the American federal republic

in practice, is the autonomous (that is, self-determined) participation in and commitment to the commonwealth of all. This commonwealth is not predetermined through static virtues, but develops through dispute, debate, and competition, instituted in a democratic way; republican freedoms to contest are therefore not the basis for egalitarianism, but for plurality. This also means that, while dignity is a vital element of the republic, it is not equally apportioned. Instead, special dignity is afforded to those who guard the 'genius of the people', here personified by the elected president with the features and powers of a 'replacement king', the top selected representatives (who are selected by their achievements, not only in terms of their performance but with regard to their financial resources to win election campaigns in vast territories), and to the judges as quasi-aristocratic wellsprings of constitutional precedence. To adequately examine republican dignity, however, requires a frank and functional reinterpretation of the conventional American constitutional and republican source materials, notably (but not limited to) the *Federalist Papers*, in order to answer the following questions: for what purposes were republican arguments used? What were the contexts of taking offence about intrusions in colonial affairs?

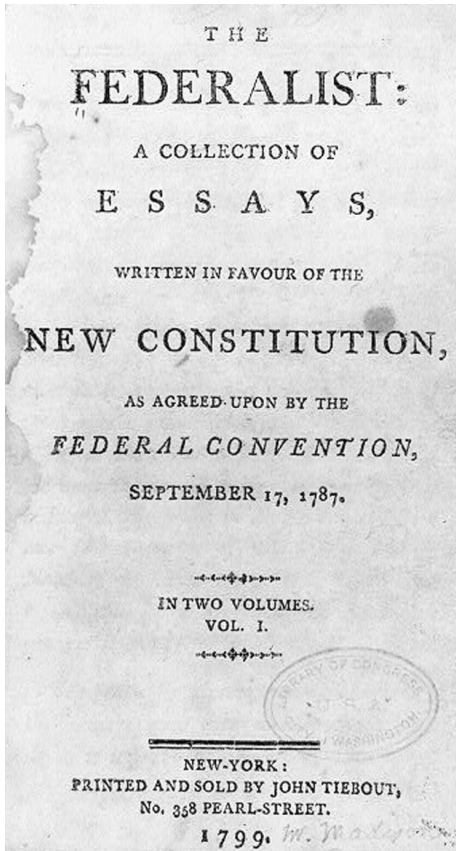
1. *How to use the Republican Ticket to depart from England?*

a. *The Philadelphian Scenery*

At the beginning of the struggle for the new American concept of a republic are the Articles of Confederation. Through their rati-

fication, the United States came into being in 1781, originally as a classical (loose) confederation between the individual states<sup>85</sup>. These states endeavoured to retain as many of their own decision-making competences for themselves as possible; as a result, the Congress that was convened was an assembly of envoys, in which each of the thirteen states had the same voting weight regardless of size. Such an organizational structure lacked the effectiveness to pay the bill for the War of Independence. As early as 1785, the Confederation was no longer able to meet its obligations to serve the debts to foreign and domestic lenders<sup>86</sup>.

The individual states had withheld the right to levy taxes from the federal level, neutering the national response to this rising financial crisis<sup>87</sup>. In May 1787, on the combined initiative of five member states, a Federal Convention was invited to Philadelphia to fundamentally revise the Confederation Articles<sup>88</sup>. Except for the parliament of Rhode Island, dominated by fears of a conspiracy to overthrow the established government, delegates from all other states took part. Soon, it became clear that a revision of the confederation format would not save the union. Therefore, the delegates started drafting a federal constitution by deliberately exceeding their narrow mandates of revising the Articles<sup>89</sup>. Discussions about the structure and power design of the future central government dominated Philadelphia; small and large states disagreed over the allocation of seats in the two chambers of the central legislation; northern and southern states disagreed over slavery. After tough negotiations a draft constitution<sup>90</sup> was adopted on 17 September 1787 and guaranteed «to every State in



Front page of *The Federalist*. A collection of essays written in favour of the new constitution, printed in New York in 1799

this Union a Republican Form of Government»<sup>91</sup>. Its approval by the Confederation Congress paved the way for the ratification process in the individual states, which nobody expected to be a guaranteed success<sup>92</sup>. This brought the federalists in favour of the constitution and their antagonists, the antifederalists as the 'true republicans'<sup>93</sup>, into the picture.

#### b. *Traditional Republicanism of the Anti-Federalists*

Defining the resistance against the federal union as true republicanism<sup>94</sup> permitted the anti-federalists to conceive of civic virtues (such as public spirit, bravery, diligence, honesty, discipline, and modesty) to be constituent for republican socialization, which in turn allowed them to conceptualise a 'good life' in a corporate sense. The elimination of any deliberative competition of self-interests tallied with the anti-federalist ideal of virtuous self-government, since their greatest concern was that the body politic could be led astray by particular interests at the expense of the common good<sup>95</sup>. Anti-Federalist fears orbited among the power misuse by the federal government, too remote from the people. The stability of the republic was thought to depend on the willingness of its citizens to live and act virtuously<sup>96</sup>. The anti-federalists' republicanism, therefore, 'lived' in the 'manageable' context of a classical republic to enable the learning and exercise of civic virtues, and would be ruined by the complex expansiveness of the union in the 'Philadelphia design'. Moreover, history appeared to be on their side; all ancient republics, the medieval maritime republics and the Swiss and Dutch republics owed their success to smaller, more manageable territories. Anti-federalism held that a republican government was possible only on the state level, within the narrow confines of these territorial borders, but not on the much more expansive, national level. Therefore, only a confederation of the individual states could protect the nation's liberty and freedom. The idealization of traditional republicanism as being best suited for the

republican virtue of civic patriotism prizing the common good above private interests, met the old dilemma of the competition between greatness and individual freedom. The decisive question, as it emerged in the struggle for ratification of the American constitution, was in fact an old one: How could the republic ideal of self-government be reconciled with the natural freedom and equality that were enshrined in the Declaration of Independence of 1776? Put another way: was it possible for virtuous citizens to love both the commonwealth and, simultaneously, their own personal freedom?

*c. Connecting Republican Self-governing with Popular Sovereignty*

To answer these questions, the federalists proposed an idea of representation that combined republican self-governing with popular sovereignty<sup>97</sup>. James Madison's understanding of a republic was that of a representative system of government in which political representation ensured the true expression of the self-government of the people. A republic derived all its power directly or indirectly from what Madison called the «great body of the people of the United States»<sup>98</sup>. This was in spite of the fact that there was no united American people, only the people of the thirteen individual states of the Union. On what, then, was this constituent popular sovereignty based – a sovereignty that had already been claimed in the Declaration of Independence in 1776, even though then the Americans could even less claim to be united and democratic? Popular sovereignty (real or supposed) demonstrated a clear and fundamental departure from British constitu-

tional practice and the sovereignty of the king in parliament. This is not to say that republicanism was unknown to the English, nor that English republicanism was unknown to the Americans. On the contrary, English republicanism had crossed the Atlantic<sup>99</sup>, together with the understanding of the common law, Magna Carta, and the Bill of Rights as the bases of legal predictability and fairness<sup>100</sup>. This is not the point. Rather, the republicanism of the «New Order of the Ages» – proclaimed on the reverse side of the Great Seal in 1782<sup>101</sup> – was a clear break from the mother country. A new idea of representation organized the legality of a consented commonwealth, and popular sovereignty was the new founding rational legitimacy; not only were these elements for the relevant functions of republicanism changed, but their connection was new: representation of the people was henceforth intimately linked to the republican orientation on public good. The 'representative republic' was therefore the federalists' novelty to bring private and civic rights together<sup>102</sup>, allowing two hearts to beat in the one chest of any virtuous citizen: the love for their personal freedom combined with the love for the commonwealth. The innovation of this connection between representation and public good is emphasized by both Madison and Alexander Hamilton who, in recalling Montesquieu<sup>103</sup>, championed a «Confederate Republic as the expedient for extending the sphere of popular government and reconciling the advantages of monarchy with those of republicanism»<sup>104</sup>. Last but not least, the link to popular sovereignty was also a tactical manoeuvre. As the federal constitution might well have been scuttled in the state legislatures, where many state political

leaders stood to lose power, the ratification of the constitution through 'the people' was more likely.

d. *A New Idea of Representation*

The federalists' representative reframing of republicanism created a new idea of representation: a democratic mandate instead of a paternalistic trust, and a real delegation of will instead of the imaginary identity of interests. The British hereditary-corporative context that the founding fathers left behind was encapsulated in its definition by Edmund Burke in 1792: «Virtual representation is that in which there is a communion of interests and a sympathy in feelings and desires between those who act in the name of any description of people and the people in whose name they act»<sup>105</sup>. The 'corporate or collective capacities' of the states under the Articles of Confederation are also «contradistinguished from the individuals of whom they consist» in Hamilton's complaining about the «insufficiency of the present confederation to preserve the Union»<sup>106</sup>.

The Federal Constitution of the United States provided for universal, free, and equal elections of all representative bodies (House of Representatives, Senate, President) and thereby for an unbroken chain of legitimation by the people<sup>107</sup>. Against the criticism about the lack of identity of interests between the population and the House of Representatives<sup>108</sup>, Hamilton argued that the condition for such a representation of interests would be the constitutional anchoring of a class franchise right to vote<sup>109</sup>. If the voters decide in general and free elections who

they consider most suitable for their representation, there is a tendency to elect those candidates who share the same interests and thus appear as natural representatives. According to Hamilton, however, legitimate representation does not follow from the identity of interests, but rather from the fact that voters regularly authorize their representatives to make decisions<sup>110</sup>. In Madison's argumentation, the importance of free and universal suffrage for legitimate representation becomes even clearer, irrespective of any identity of interests. Rather, in every form of government those who best promote the common good should be empowered. In this reading, the special point of the republic is that those who are best suited to serve the common good are chosen by the people themselves: «No qualification of wealth, of birth, of religious faith, or of civil profession is permitted to fetter the judgement or disappoint the inclination of the people»<sup>111</sup>. Representation is a mandated proxy relationship. Confidence must be constantly updated and reaffirmed through regular elections. In order for decisions to be made responsibly, therefore, the decision-makers needed to be clearly identified in a transparent and public way; only in this fashion could they be held accountable for their actions<sup>112</sup>.

e. *Common Good as Discursive Asymptote*

The main goal of this process of representation is for decisions to be achieved through reason and rationality<sup>113</sup>. Three deliberative aspects, fostered through competition and contest, are intended to institutionalize the common good as the most reasonable

solution (leaving aside, of course, the fact that a people can behave unreasonably and irrationally). First of all, special concerns must be brought into a public communication process, leading to a refinement of informed opinions<sup>114</sup>. In this way, individual interests are bundled and oriented towards the common good, because they can only survive in public discourse if they can be generalized to serve a broader need<sup>115</sup>. Secondly, the federalists expected that, by enlarging the basis for discussion, interests would conversely be rationalised. A greater input, necessitated by a broad electoral base, would mean that individual interests would lose their importance; in order to be championed, interest groups would be forced into coalitions that would frequently change their complexions according to the balance of those interests and the circumstances of the state and society<sup>116</sup>. Thirdly, the process of representation would enable a 'reflection loop'<sup>117</sup>, a rethinking from different perspectives, especially in interaction with decision-making in the separation of powers<sup>118</sup>. The outcome is a generally recognised balance of interests which takes into account as many points of view as possible and is rational due to the procedure, and not through absolutizing any argumentative truth. The 'interests of the community' (where the federalists' use of the plural 'interests' is telling and instructive) may, in certain cases, even be contrary to the common good. Thus, there is no objective common good<sup>119</sup>. Rather it takes the form of a discursive asymptote<sup>120</sup>, whereby the decision-making process of the various democratically legitimated representatives can approach by consensus without actually reaching it<sup>121</sup>.

2. *The Double Twist: Reshifting Republic in a Democratic Language by parallel Discrediting Pure Democracy*

The colonies' quest to govern their own affairs is constitutional, as guided by the 'good of the whole', whereas George III dominating rule is unconstitutional, as guided by 'the good of the sovereign'. A programmatic American discourse of 'republicanism' as a «revolution in style and manner of thinking»<sup>122</sup>, which is 'constitutional' due to the guiding principle of «the public good, or the good of the whole» instead of «the good of the sovereign, or of one man»<sup>123</sup> is traceable via the popularity of Thomas Paine's *Common Sense* (1776). Paine's widespread publication was instrumental in shifting republicanism into the language of democracy, since advocating American independence would have been ineffective as a project of the elites. Reframing republicanism within the (natural law) prerequisite of the political equality of citizens was an innovation precisely because it constituted a break with the classical republicanism of Aristotle and Cicero, as well as the neo-Roman republicanism advocated by Machiavelli or Harrington. For ratifying the Republic there was no sense in limiting republican virtues to a few within the traditional aristocratic reading, as both English and Polish republicans had done. Instead, the republic became synonym with 'popular government', taking into account the «genius of the people»<sup>124</sup>. This connection was made explicit in the thirty-ninth Federalist Paper, penned by Madison: «We may define a republic to be [...] a government which derives all its power directly or indirectly from the great body of the people, and is administered by persons holding their offic-

es during pleasure, for a limited period, or during good behaviour»<sup>125</sup>. For Madison, the essential element is that political power emanates from the entire *demos*, and not just one prominent class. However, this was not intended as a blow in favour of democracy. Rather, popular government served as a solution to a specific republican problem. Thus put, the constitutional framers were not democrats so much as republicans, and their aim was not to institute democracy but to use it for republican ends<sup>126</sup>.

a. *The Imperfectness of Pure Democracy for the Common Good*

Madison's words hint at an equality of the people. This equality, however, is not generalized across all arenas. Indeed, as he made clear in the tenth Federalist Paper, «perfect equality in their political rights» does not make citizens «perfectly equalized and assimilated in their possessions, their opinions, and their passion»<sup>127</sup>. There was no way to deny the democratization of the electoral franchise, nor its connection to the legitimation of the sovereign, but a majority without property would lead to a tyranny of the majority, undermining property rights as a key element of the guaranteeing of personal freedom and republican dignity. Thus, «a pure democracy [...] is incompatible with personal security or the rights of property»<sup>128</sup>. The tension between the legitimation of the republic through democratic suffrage on the one hand, and its protection against the tyranny of the majority on the other gives Madison's summary of the Philadelphia Convention greater relevance:

The right of suffrage is a fundamental Article in Republican Constitutions, [but] ... a task of peculiar delicacy. Allow the right exclusively to property, and the rights of persons may be oppressed. The feudal polity alone sufficiently proves it. Extend it equally to all, and the rights of property or claims of justice may be overruled by a majority without property, or interested in measures of injustices<sup>129</sup>.

Madison's fear was that society as a whole was easily seduced by despotism, in the style of the Greek *ostrakismos* or in the hands of caesarian despotism; as David Hume had argued, the masses were usually more sensitive to authority than to reason. In the context of the common good, this made them irresponsible. As Madison asked: «Can a democratic assembly, who annually revolve in the mass of the people, be supposed to pursue the public good?»<sup>130</sup>. At the heart of Madison's criticism of 'pure' democracy was the constant danger of a 'tyranny of the majority', to which the rights of the individual would be exposed without any defence. Hence, «democracies have ever been spectacles of turbulence and contention; have ever been found incompatible with personal security or the rights of property»<sup>131</sup>.

b. *Squaring the Circle by Mixing Popular Legitimation with Aristocratic Communication about the Commonwealth's Trustees*

The tension between the republic and democracy could only be resolved by an innovative response. For the federalists, the representative republic squared the circle: the reference to the people as the wellspring of legitimacy asserted that the political system of the United States derived from popular sovereignty, but the

institutionalization of a politically-defined common good in the hands of a political elite – the representatives – was kept away from the dangers of a direct, democratic tyranny. Compared to the idea of pure democracy, representation in the republic was to bring stability to the community: «A republic, by which I mean a government in which the scheme of representation takes place, opens a different prospect, and promises the cure for which we are seeking»<sup>132</sup>. It was not necessary for the institutional mechanisms of implementing popular government to be purely democratic themselves. It was sufficient, however, that «the persons administrating it be appointed, either directly or indirectly, by the people; and that they hold their appointments by either of the tenures just specified»<sup>133</sup>. By equating direct and indirect elections on the one hand with election-limited and unrestricted offices on the other, democratic and aristocratic mechanisms were combined<sup>134</sup>; an elite would be entrusted with the government, but that elite would emerge from the outcome of democratic votes on the different levels of the federal constitution. This allowed the paradox to reshift the virtuous electability of the few (as in ancient republics) by expanding it with a democratically broadened right to vote for many, but at the same time it narrowed the outcomes of the decisions of the sovereign people in an aristocratic theory of politics to an answerable elite. By inseparably combining popular sovereignty with representation, every elected representative was to be regarded as a representative of the whole nation. The federalists' brand of republicanism attached only secondary importance to virtues; there was no need

for an individual acting out of selfishness or self-interest to be converted to virtuous behaviour. Instead, it was sufficient to steer the egoisms of the liberal economic and social order institutionally in the right direction.

To be fair, the federalists were by no means the first to recognize an inherent incompatibility of pure direct democracy and republicanism; indeed, Aristotle had contrasted the ochlocracy (direct democracy) with representative democracy as a form of good government<sup>135</sup>. For ratifying the federal republic, though, discrediting pure democracy as incapable of providing public good was only the first stroke. The double strategy of the federalists combined the disavowing of the democratic absolutism of the majority with the expanding of republicanism beyond the territorial narrowness of their historical predecessors. But this was not simply a linear enlargement of republicanism. The decisive transformation of republicanism meant the reframing of the republic as free republic only in a vast expansive territorial state<sup>136</sup>, the institutional tool being again representation. Thus, while others had seen expansion as fatal to republicanism, the federalists built expansionism into their model of the republic as a necessary precondition for its success.

### 3. *Expanding Republicanism to Territorial Expansiveness*

In arguing that a large republic would counterbalance various political interest groups vying for power, Madison believed that the rivalry of the individual interest groups

would ensure that political factions would keep each other in check; no one could rise to a majority that dominated the community<sup>137</sup>. This turned the anti-federalist arguments against the republic embracing a large area to its head; while the anti-federalists saw the growing territory of the fledgling United States as a reason why the United States could not be republican, the federalists used the same territorial expansion as a reason in favour of the republic. For them, only in a vast expansive territorial state the interests and attitudes are so plural, that particular factions hold each other at bay:

The smaller the society, the fewer probably will be the distinct parties and interests composing it; the fewer the distinct parties and interests, the more frequently will a majority be found of the same party; and the smaller the number of individuals composing a majority, and the smaller the compass within which they are placed, the most easily they concert and execute their plans of suppression. Extend the sphere, and you take in a greater variety of parties and interests; you make it less probable that a majority of the whole will have a common motive to invade the rights of citizen<sup>138</sup>.

The link between the best possible discursive asymptote to the common good and greatest varieties of interests was, again, representation. The 'representative correlation' between self-interest and republican dignity – the desire to be one's own master – formed in the «federal Constitution [...] a happy combination of [...] great and aggregate interests being referred to the national, the local and particular to the State legislatures»<sup>139</sup>. Representation offered the federalists the means to institutionalize the republican pride of active local self-government, such as township meetings, conventions<sup>140</sup>, but on a dem-

ocratically correct, broader federal scale. Madison praised the Union as a federal representative republic by emphasizing its size: «[T]he same advantage which a republic has over a democracy in controlling the effects of faction is enjoyed by a large over a small republic»<sup>141</sup>. This advantage was to be secured through the republic's novel features: «[F]irst, the delegation of the government... to a small number of citizens elected by the rest, secondly, the greater number of citizens and greater sphere of country over which the latter may be extended»<sup>142</sup>. For the federalists, federalism was a distinctly modern solution to solve (or, in fact, avoid) the aforementioned ancient dilemma of liberty and empire<sup>143</sup>, as it allowed an 'aristocratic consecrating' of an extended representative commercial republic under the law. Here, 'aristocratic' is euphemistic rather than technical; in applying their concept of federalism, the federalists consecrated institutional elements of the republic that were in fact not based within a gentry, as in the Old World, but nevertheless founded an institutional elite that hindered the direct rule of the democratic majority, while still tracing the founding rational legitimation back to the people. The institutional implementation of the representative republic allowed the transformation of Montesquieu's «virtuous republic»<sup>144</sup> into a popular government veiled in the disguise of democracy. Virtue as «passion for the public good»<sup>145</sup> presented the means to understand virtue through a 'democratically modernized' lens<sup>146</sup>. In the same way, John Adams, the first vice president and second president, linked the republic as a form of government together with virtue: «If there is such a form of government, then, whose principle

and foundation is virtue, will not every sober man acknowledge it better calculated to promote the general happiness than any other form?»<sup>147</sup>. In addition, Madison presupposed a certain virtuous standard for self-government<sup>148</sup>.

The United States Constitution translated the moderations of and restrictions on democratic majorities into an institutionalised system of horizontal and vertical checks and balances, together with non-imperative mandates and relics of the mixed constitution. Within the federal institutional arrangement, the president embodied the 'monarchical' and the Senate the 'aristocratic' structural principle. By outsourcing to the institutional sphere, the moderations of popular sovereignty did not question the legitimizing role of sovereignty itself. In addition, this transfer allowed the individual dignity of all electors to be derived from the republican dignity of the elected. According to the federalists, «the capacity of mankind for self-government»<sup>149</sup> rested on the capacity of the electors to assess the representatives and the capability of the representatives themselves. Thus, even when the representative political order rests on the «total exclusion of the people in their collective capacity»<sup>150</sup>, it is dependent on their individual abilities to choose their representatives<sup>151</sup>. The interaction between the electors and the elected from the viewpoint of republican dignity demonstrates that federalist republicanism cared about non-domination and self-mastery on local levels because the federalists themselves cared about individual dignity. Regardless of institutional precautions against the democratic tyranny of the majority, the federalists' republican representation differed from the old estate

representation insofar that the represented were empowered not to be dominated and, therefore, that they enjoyed individual dignity because it was fostered by republican dignity.

#### 4. *Institutional and Normative Chains for Democratic Majorities*

Whereas popular government offered the republic its founding rational legitimacy, in the Constitution (as the founded system) the moderation of the majority will is paramount. There is no question that the representatives are elected by the people of the individual states<sup>152</sup>. Thus, to counter universal suffrage without property qualifications, the people's influence in the House of Representatives was to be limited by the dual strategy of introducing the largest possible constituencies and limiting the number of representatives to sixty-five. Madison openly admitted that the 'aristocratization' of those in charge of the legality of the consented commonwealth was an intended feature: «Large districts are manifestly favorable to the election of persons of general respectability, and of probable attachment to the rights of property, over competitors depending on the personal solicitations practicable on a contracted theatre»<sup>153</sup>. This closed the circle to the advantages of the extended republic: It is precisely in the extended republic that the most capable and virtuous were to become representatives, since only they could convince the public of the correctness of their arguments in view of the diversity of interests in a large-scale community<sup>154</sup>. Moreover, the mechanism of indirect elec-

tion of members of the Senate should ensure that only representatives of a kind of natural aristocracy were assembled there. The way the presidential head of the executive «squinted towards monarchy», as the outspoken anti-federalist Patrick Henry noted<sup>155</sup>, was simultaneously felt a counterbalance to the pitfalls of democracy<sup>156</sup>.

Another form of aristocratisation was legal aristocracy: The territorial constitutional discourses by the late 1770s and early 1780s first differentiated between fundamental and statutory law. The idea of constitutional precedence as a barrier against 'democratic tyranny' accompanied the federal constitutional formation after its ratification<sup>157</sup>, its coming into force<sup>158</sup> till it was augmented by its interpretation in *Marbury v. Madison* (1803)<sup>159</sup>. The rise of the ordinary jurisdiction of the Supreme Court to measure the statutory law against the 'higher will of the people' (that is, the Constitution) was thought also to counter-balance democratic errors. The popular will as the 'ultimate court of appeal' in politics for Americans forged the supremacy of the United States' Constitution as the legal benchmark for all political powers to protect freedom and property, in conjunction with the Constitution operating as a guarantee for the existence of the Union.

##### 5. *How to Protect the Political Combat of the Fittest against Excesses of Power and Transgressions of Competence?*

Even if the best representatives in the extended republic prevailed in the competition, it was still possible that they might succumb to the allure of power and, through

this, make misguided decisions. Therefore, it was also necessary that political action be subject to controls. The federalists recognised that human weakness existed, and formulated their checks and balances accordingly; as Madison termed it, «ambition must be made to counteract ambition»<sup>160</sup>. The institutional system of separation of powers motivated the political bodies to jealously guard the spheres of competence assigned to them: «The interest of the man must be connected with the constitutional rights of the place»<sup>161</sup>. Competing interests and conflicting opinions guaranteed that the rights of control and veto would be exercised effectively.

The 'pursuit of happiness', enshrined in the first article of the Declaration of Independence, was the result of one's own performance and ability, and continues to lie at the heart of the American dream. The protection of these abilities was 'the government's highest goal'. This rationality of Enlightened self-interest legitimized social differentiation: Madison explicitly mentioned the 'different abilities' of people to acquire property, indicating that the equality into which every man is born was not intended as an equality of *means*. Freedom as the origin of plurality was the nexus of federalist democratic republicanism, in the sense of linking republic to popular government; «to prescribe to every citizen the same opinion, the same passions and the same interests» would, according to Madison, be the worst thing that could happen to any popular government, and bring forth the nightmare of tyrannically-established special interests<sup>162</sup>.

Particular interests were, to federalists and anti-federalists alike, the enemy of the common good. In the case of the fed-

eralists, therefore, the channelling of state organisation via checks and balances and the counteraction of 'ambition with ambition' was a direct attempt to tackle human deficiencies. In this way, checks and balance were to be oriented towards a concept of the common good, in which the common results primarily from competition with the particular. Thus, the common good was no longer an objective and immovable fact, but a discursive asymptote that could be strived for but not reached. Moreover, as the freedom to compete was conceived as the origin of pluralism, the basis to compete must be withdrawn from competition. From the viewpoint of republican dignity and the prerequisite of its social dependence on relations, where attention and respect are communicated, this can be expressed by the connection of republican dignity and individual dignity. Centuries later, when it is clear that the common good cannot longer be an *a priori* goal (Kantian criticism) and the universalism of human dignity contains an additional safeguard, this might be a hitherto unrealized origin of the primacy of human dignity.

#### 6. *No Imminent Basic Rights in the Representative Republic*

The federalists linked neither their new ideas of representation nor of democratization of the common good to normative, enforceable basic rights. This does not, though, indicate irreconcilable disparities of republican and liberal influences in the American revolutionary discourse<sup>163</sup>. Rather, the galvanizing effect of the struggle for ratifying the republic forced the

republican and the liberal 'languages' to coexist in the revolutionary discourse. Reflecting the ideas presented here, the decisive novelty of connecting the 'new' idea of representation with popular sovereignty relied on autonomy (not only for the constituent American people, which is thereby 'invented', but also for individuals). On the other hand, the liberal understanding of an unlimited pursuit of individual private interests beyond external interference did not prevail, though it was certainly attractive for early proto-capitalist visions of the constitutional framers. Thus, what is notable here is the heavy but not exclusive republican influence on American constitutionalism, which becomes more apparent through the functional understanding that the «Americans [created] independence as a nation [based on their] autonomy as individuals»<sup>164</sup>.

Accordingly, Locke's belief in natural law discernible by reason, grounded in common law<sup>165</sup>, had its impact on the American discourse, irrespective of how one measures his advocacy for possessive individualism. Adopting the Lockean social contract, the federalists assumed pre-state and inalienable basic rights, without any need to have these formulated into norms, especially since they still referred to common law freedoms even after 1776<sup>166</sup>. Instead, encroachments on freedom were prevented by the separation of powers of the state authorities<sup>167</sup>. Independent of the (necessary) state, people had natural rights<sup>168</sup>; the fact that these rights were indefensible in the natural state, according to Locke (and thus according to the federalists) made state rule necessary. As Madison noted, «[i]f people were angels they would not need government»<sup>169</sup>. Under

state rule, nevertheless, the natural rights of the people had to be protected from the selfish inclinations of the people in the state institutions. This was also recognized by Madison, who saw the «great difficulty» in forming «a government which is to be administered by men over men» as being that «you must first enable the government to control the governed; and in the next place oblige it to control itself»<sup>170</sup>. Within the republican framing of the democratization of the common good, it was not a priority to establish the natural rights as federal norms; the federalists relied on the self-reinforcement of the people's positive qualities by their involvement in self-government, and specifically on the relationship<sup>171</sup> between the small number of representatives and the 'people at large', though they admitted «a degree of depravity in mankind which requires a certain degree of circumspection and distrust»<sup>172</sup>. Madison, at least, was optimistic that this depravity could be outweighed, since «[r]epublican government presupposes the existence of [positive] qualities in a higher degree than any other form»<sup>173</sup>. Hamilton took up this idea again in No. 76, when he explained the appointing power of the executive: «The institution of delegated power implies that there is a portion of virtue and honor among mankind, which may be the reasonable foundation of confidence. And experience justifies the theory»<sup>174</sup>. In addition, the standardization of the bill of rights under federal law was mostly absent in both the Philadelphia convention and in the federalists' advocacy for the constitution's ratification, as individual state guarantees of fundamental rights permitted a certain 'relaxation' on the federal level. Before 1791, six of the states had declared a bill of

rights, beginning with Virginia in 1776 (though it still lacked any explicit reference to human rights or organizational rules)<sup>175</sup>, and followed by Delaware<sup>176</sup>, Maryland<sup>177</sup>, North Carolina<sup>178</sup>, and Pennsylvania<sup>179</sup>, all in 1776, and Massachusetts in 1780<sup>180</sup>.

The anti-federalists' most well-known concern was the lack of a bill of rights in the drafted federal constitution. If the federal constitution were to supersede state rights, they argued, then state bills of rights would offer little protection at all, since they would be inferior to a federal constitution that contained no bill of rights at all; consequently, there would be no adequate protections for citizens' rights. It was for this reason that New York, Virginia, Rhode Island, Massachusetts, and North Carolina ultimately insisted that ratification would only take place if accompanied by a federal bill of rights. On 25 September 1789, the First Congress of the United States therefore proposed to the state legislatures twelve amendments to the Constitution that met arguments most frequently advanced against it; on 2 October, President Washington sent a copy of these twelve amendments to each of the states. By 15 December 1791, eleven out of the now fourteen state legislatures ratified Articles 3 to 12, which constitute the first ten amendments of the Constitution, collectively known as the Bill of Rights<sup>181</sup>. The Americans had quickly learned a key consequence and feature of the amalgamation of republicanism and liberalism in this unique form: by combining the constitutional codification of the *politeia* and the 'constitutionalisation of individual rights'<sup>182</sup>, the constitution itself was raised to a greater prominence, such that it took precedence. Henceforth, these

two components governed modern constitutional architecture.

*Summary, American Republicanism:* Though it took its cues from the Old World, America's republicanism could still lay claim to being something new. Its hastily-formed republican constitutional order, which introduced a strong executive in the form of the president, and a consolidated political elite in the form of the representatives, acted as a counterbalance to self-governed popular sovereignty. This stood in contrast to revolutionary France and its daughter republics, not to mention the older city republics of the old European republican traditions, nor the various confederations that sprang up throughout the European continent. All this made the modern federal state system pioneered by the Americans appear to be a great success; Goethe ascribed this to the fact that the Americans were unencumbered by the 'castles' and 'useless remembering' that plagued the «old continent»<sup>183</sup>. In other words: lacking a feudal heritage, America's distance from Europe was both literal and metaphorical, and this was the basis for its ability to construct a republic in a vast and ever-expanding state.

These events on the other side of the Atlantic acted like a match held to the powder-keg of Europe. This is particularly true in France. Thousands of French soldiers and officers took part in the American fight for independence against the British crown<sup>184</sup>. Their experience in North America would later play crucial roles in the French Revolution of 1789. Not the least of these was the Marquis de La Fayette or Lafayette (as he wrote himself from 1790), whose enthusiasm about «the

fellow American republicans»<sup>185</sup> fed into his first draft of the sovereignty of the French Nation<sup>186</sup>. Together with America's ambassador in Paris, Thomas Jefferson, he had already drafted a declaration of human and civil rights, which he presented to the general assemblies on 11 July 1789; the claim that 'all men are created equal', echoed the introductory passage that Jefferson himself had written for the Declaration of Independence thirteen years earlier. This offered framing for two events that immediately followed, with significance for Lafayette personally and the course of French republicanism in general: the Bastille fell the very next day and, on 13 July, Lafayette took command of the National Guard.

American republicanism continued to pique French interest well after the Revolution. Sixty years after Independence, and nearly fifty after the French Revolution, Alexis de Tocqueville's seminal work *Democracy in America* (1835) described the United States Constitution as «une constitution complexe»<sup>187</sup> in the overall political, legal, social, historical, and cultural context. Tocqueville argued that the dangers of the tyranny of the majority and a resultant democratic despotism<sup>188</sup> were subdued by a combination of religion, which fostered good morals; civic spirit, which encouraged organization at a local level<sup>189</sup>; and the Supreme Court, which acted as a stronghold of a further branch of elite specialists, in this case the quasi-aristocratic jurists<sup>190</sup>. His idea of civic spirit closely matches the concept of virtue in classical republicanism. Like Constant, Tocqueville broke with the irreligious tradition of the Enlightenment, and assumed that freedom and religious belief shared a common foundation<sup>191</sup>.

Moreover, Tocqueville considered political freedom, in its true sense, to be the freedom of citizens to use their own agency. Viewed from this perspective, modern democracy both strengthened and weakened individual rights; while a person would be liberated from the traditional interdependencies, they would also be confronted by a commensurate undermining of communal identity. Individuality was therefore both a benefit and, in its isolationism, a curse<sup>192</sup>. In summarizing Tocqueville, John Stuart Mill later noted that democratic sovereignty of the people did not mean 'the government of each individual over himself', but rather «each individual *through* all the rest»<sup>193</sup> – a crucial distinction and a repudiation of the idea that the American republic represented democratization in its purest sense<sup>194</sup>.

The Confederation of the United States, as an entity in which each individual state was effectively its own republic, governed by its citizens, and thus united and unified by the egalitarian «dogma of popular sovereignty», with which Tocqueville contrasts the «strange European» idea of the republic, in which «those [reign] who know the greatest good of the people ... [which] permits one to act in the name of nations without consulting them»<sup>195</sup>. Tocqueville saw inherent dangers in American democratic republicanism to be the despotism of majority opinion, and in particular a worse intellectual conformity than in the great European monarchies. The following decades and centuries, it could be argued, may have shown Tocqueville's fears to have been well-founded; the economic – and later imperialist – political reality of America not only fails to select the most virtuous representatives as the «idealized aristocracy, virtuous, able, and

public spirited» (Sheldon Wolin)<sup>196</sup> but also to control the representative (federal) government by a free civil society with competing interest groups.

Whereas American republicanism relied on constitutional checks and balances between clearly separated powers as the institutional backbone of the democratic sovereignty of the people, French republicanism gathered around an estate-based independence of the republic and the normative abstractness of the general will. Neither the French role in the birthing of the American Republic nor any American repercussions on revolutionary France could spoil the 'gallic distinctiveness' of its republicanism, irrespective of the fact that there *was* indeed an American influence on the events of 1789 – far beyond the implied or explicit connections between the republican Americans and the marshalling French revolutionaries<sup>197</sup>. The correspondence between the Marquis de Lafayette and Thomas Jefferson is well known, and Jefferson in fact provided input for Lafayette's constitutional works<sup>198</sup>. The same is true of Sièyes' contacts with the Washington administration<sup>199</sup>. It was above all natural to compare the news from the New World to the situation in the Old: How would the Bourbon monarchy be viewed, when the Americans had classified George III as a 'brutal tyrant'? How could the French state justify massive imposts, when the Americans could rebel against the English imposition of a duty of three silver pennies<sup>200</sup> per pound of tea? This essay takes a stand against both Jellinek and Boutmy, by tracing the Rousseauan influence on the 1789 Declaration of the Rights of Man and Citizen and Sieyès' liberal position against a totalitarian legislature on

the one hand, and by explaining Rousseau's challenge to the Hobbesian social contract on the other<sup>201</sup>. It is the unity of the constitutional language due to a common heritage for which the Parisian replica of New York's Statute of Liberty (*La Liberté éclairant le monde*) on the Isle of Swans (*Île aux Cygnes*) is a reminder of the fact that the original was a gift from the people of France to the people of the United States. Just as the iron framework of the Eiffel Tower forms the backbone of the *Dame de fer*, and just as the designer of the Statue of Liberty, Frédéric Auguste Bartholdi, also relied on metal from Gustave Eiffel, so too did the republicanism of France and America share components of the same constitutional architecture, albeit on both sides of the Atlantic.

### III. French Republicanism between Nation-Republic-Appropriation and the Specific Legitimatory Claim of the General Will

#### 1. The French Twin Story of Nation and Republic

On 21 September 1792 the newly elected National Convention<sup>202</sup> unanimously declared the monarchy to be abolished<sup>203</sup>. The victory in Valmy the day before had been that of the nation, and not the king<sup>204</sup>. In this shift away from monarchy, the Revolutionaries had been remarkably slow to act. Indeed, Louis XVI remained an active participant (and arguably an agent of his own demise) from the storming of the Bastille through to his eventual execution. On 14 July 1790 he had refused to swear an oath alongside Lafayette at the Feast of Fed-

eration<sup>205</sup>. Between 20 and 21 June 1791 he, along with his family, had attempted to flee in the direction of Austria, making it only as far as Varenne before being captured, returned to Paris, and placed under house arrest. His continued meddling in affairs resulted in the storming of the Tuileries on 10 August 1792 and his suspension as the leading citizen of France. All these led inexorably to his execution on 21 January 1793. Thus, to a certain degree, the downfall of the monarchy was as much engineered (however unwittingly) by the King as it was by the Revolutionaries. Yet not even these acts were the proximate causes for establishing republicanism's foothold in France. Instead, the revolutionary barricades acted as dramatic cover for a much longer lineage of prior republican discourses.

The aristocratic opposition in the pre-revolution around the *parlements* and their rights of remonstrance and registration has already been examined extensively elsewhere<sup>206</sup>. An exemplar of aristocratic republican ideals and their connection to the legal aristocracy (*noblesse de robe*) is to be found in Henri de Boulainvilliers' *Histoire de l'ancien gouvernement de la France* (1727)<sup>207</sup>, which echoed memories of the Frankish nobility's feudal government over conquered Gaul<sup>208</sup>. Such a republican *thèse nobiliaire* touched on the foundations of a monarchy that, despite its pretensions to the contrary, was not in fact absolute<sup>209</sup>. Yet this lineage does not explain Goethe's declaration in his late *Campaign in France in the Year 1792* (published 1820-21) that «[h]ere and on this day begins a new era of world history»<sup>210</sup>. Accompanying Duke Karl August von Sachsen-Weimar as a correspondent, the great poet had realized that the 'nation' and the 'Republic' had become

deeply intertwined. This equation lies at the heart of French republicanism, even today. Bargaining with the interchangeability of 'French' and 'republican', contemporary politicians 'republicanize' political party names, the most prominent recent example being Emmanuel Macron's *La République en Marche*. The simultaneous identification of France as both the nation and the republic is also prevalent in other settings. The 'je suis Charlie' on Parisian streets after the terrorist attacks on the editorial staff of the satirical magazine *Charlie Hebdo* in January 2015 was complemented by the address of the then-President François Hollande, who declared: «Today, the Republic was attacked. The Republic is freedom of speech. The Republic is culture, it is creation, it is pluralism and it is democracy»<sup>211</sup>.

One of the decisive moments of the Revolution was the reorganization of the Estates-General into a National Assembly claiming constituent sovereignty in the summer of 1789. The novelty of the emerging nation-republic appropriation was clear three years later on the battlefield at Valmy, where unexperienced revolutionary volunteers routed the much-fancied Prussian army. Yet the true innovation lay in repackaging republicanism in the skin of national sovereignty, not in the republicanism itself. As the Revolution shaped an anti-monarchical reception of French republicanism, it is crucial to point out that this pairing of republic and nation had already started in the sixteenth century within the monarchical discourse.

## 2. *The French Chameleon: The Republic in Monarchical Discourses*

### a. *The Coincidence of res publica and civitas as both Constituted around the King*

According to one of the French bartolist advocates of a strong monarchy Claude de Seyssel the 'concord' and 'unity' among the citizens depended upon «obedience to the king»<sup>212</sup>. This was the French implementation of the Augustinian tradition that evil necessitates royal domination. Thus, obedience to the king's public power, as derived from divine ordinance, was the natural order of things, embracing the body of citizens with the royal power of the '*Roi très chrétien*' (*Rex christianissimus*). *Res publica* and *civitas* coincided, since both were constituted around the king: the «most civil and best-constituted monarchy of France», in de Seyssel's wording<sup>213</sup>, unified in 1515, in the very year of the ascension of King Francis I and the advent of concentrating monarchic power. The idea that the *res publica* was a voluntary, common doing of a multitude of free men for the sake of private utility was absent in the French discourse, with the notable exception of de Boulainvilliers' later aristocratic republic, to which Harold Ellis acknowledges familiarity with the English commonwealth thought<sup>214</sup>. The 'public good' in the monarchized 'concord' and 'unity' among the citizens rested for Seyssel upon laws «established in such a way that they can scarcely be broken and annulled»<sup>215</sup> as the royal power was regulated by three 'bridles': religion, justice, and *the police*<sup>216</sup>.

b. *Republic as Sovereign Monarchy*

This suggested cohesion of the political society with royal dominion became accentuated in Jean Bodin's *Six livres de la république* (1576); Bodin's choice to include 'republic' in the title grounded the synonymy of republic and sovereignty. This became a prevailing topos in French republicanism, explaining the monarchy-state appropriation (prior to the nation-state appropriation). The «striking lability of the [...] term [republic]' has to be highlighted»<sup>217</sup>. French republicanism of the humanist sixteenth century was never limited to the Huguenot resistance against 'royal tyranny' following the St. Bartholomew's Day Massacre of 1572. Distinct from the mixed government claims engendered in the Huguenot programme and articulated in Hotman's *Francogallia* (1573)<sup>218</sup>, Bodin's republican language conceptualised the supreme princely rule as legislative sovereignty<sup>219</sup>. In this way, he reframed the monarchy as the only appropriate form of state: the Republic must be a sovereign state. The monarchy could therefore be praised as the best form of government, only because it embodied the unity of supreme ruling power.

Some authors assume the republic to be the mere French version of the latin *res publica*, synonymous to the state in the Aristotelian *politeia* tradition<sup>220</sup>. Instead, the wording of Bodin's sovereignty chapter (I 8) indicates a republican reading as referring to the common normative framework, opposed to the royal interests themselves. Bodin differentiated the (fundamental) laws «concerning the state of the kingdom, and the establishment of it, inasmuch as they are annexed to and united with the crown, the Prince may not derogate from them, as

the Salic law»<sup>221</sup>, from the alterable ones «which the king can derogate». Although Bodin himself does not use the terminology *lois fondamentales*, his laws «concerning the state of the kingdom» (Latin: *leges imperii*<sup>222</sup>) were functional equivalents and, together with natural law and divine law, constituted the normative framework of the monarchy which was not at the disposition of the ruler *legibus solutus*<sup>223</sup>. At the same time, Bodin reduced the republic to its pacifying effect, after the ruin of the king's peace-making authority (*Königsheil*) as a result of the confessional clashes of the French Wars of Religion and the consequential Monarchomach<sup>224</sup> storm; his combination of the citizen as «a free subject who is under the sovereign power of another»<sup>225</sup> with the definition of ruling as «to be able to impose laws on all subjects without their consent»<sup>226</sup> broke from the Machiavellian republican understanding of the civic, virtue and freedom-oriented position against sovereign statehood. Instead of the Machiavellian dichotomy of 'either republics or monarchies' – as laid down in the *Principe* (1513) – Bodin continued the corporative civic unity in obedience that characterised de Seyssel's previous argument, in order to 'republicanise' the monarchy as the best form of government (that is, in the best interests of all), using sovereignty as the appeasing factor.

3. *Montesquieuan Republic disguised as Mixed Monarchy*

One of the parliamentary aristocrats, the president of the *parlement* de Bordeaux, was Montesquieu<sup>227</sup>. In his masterpiece *De*

*l'esprit des lois* (1748) he designed a «universal taxonomy»<sup>228</sup> of three forms of government – republican, monarchical and despotic (Livre II, chapitre 1)<sup>229</sup>. The nomenclature was differentiated according to the seat of sovereignty and the particular, animating principle (virtue, honour, and fear). For Montesquieu, the «republican government is that in which the people as a body, or only a part of the people, have sovereign power»<sup>230</sup> and the republic is activated by 'civic virtue' (*vertu*) – either in the democracy by the democratic virtue of «love of equality» (livre III, chapitre 3)<sup>231</sup> or in the aristocracy by the virtue of a «spirit of moderation» (livre III, chapitre 4)<sup>232</sup>. As much as Montesquieu claimed the interconnectedness of republicanism and virtue<sup>233</sup>, he was by no means an advocate of French republicanism. In the *Esprit*, he concludes that «The republic is a spoil; and its strength is not more than the power of a few and the license of all»<sup>234</sup>. All the preparatory work on the *Causes for the Greatness of the Romans and their Decadence* (1734) deepened Montesquieu's argumentation that republican government as such was largely a 'souvenir' of the past<sup>235</sup>, and certainly not France's future. For this Montesquieu favoured the mixed monarchy whose animating principle is that of honour (*honneur*)<sup>236</sup>, and «not that of virtue»<sup>237</sup>. The ideal monarchy tempered by aristocratic intermediate powers (Chapitre IV, livre II)<sup>238</sup> was based on social and legal inequalities<sup>239</sup>. According to Montesquieu, the privileges of the nobility and the aristocracy's social pre-eminence guaranteed political liberty, whereby «[t]he nature of honour [as guiding principle] is demanding preferences and distinctions»<sup>240</sup>.

These ideas came further to the fore in the famous English chapter of the *Esprit*. Naming England the «one nation in the world whose constitution has political liberty for its direct purpose» (Livre XI, chapitre 5)<sup>241</sup>, Montesquieu analysed the executive power of a hereditary monarch as tempered by «intermediary powers which form their monarchy» (Livre II chapitre 5)<sup>242</sup>. The monarchical executive's linkage with the legislative power, shared among popular and aristocratic assemblies, is specific in the blending (not separation!) of all three forms of government with distinct principles of legitimation: the authority of a monocratic ruler, the superior knowledge of an aristocratic elite and the sense of solidarity, common bond and *esprit de corps* of a democratic community together with a social balance between the royal, noble and civic ranks<sup>243</sup>. Partially in order to make use of an aristocratic republicanism<sup>244</sup>, his design demonstrated that virtue was not the animating principle of monarchical government; this, in turn, made clear that he dissociated himself from any republican heritage of political balancing of social groups, as articulated by Machiavelli in his reception of Livius. As already demonstrated by Bodin's republic-sovereignty-appropriation, Montesquieu deepened the French rejection of the Machiavellian republican understanding of the civic, virtue and freedom-oriented position against sovereign statehood. The laws thus took on the (republican) role of virtue<sup>245</sup>.

Crucial to the ideal French monarchy were the safeguards that the *parlements* provided for the fundamental state laws (*dépôt des lois*). Here, too, was to be found the application of Montesquieu in the parliamentary resistance to Bourbon abso-



Charles de Secondat Montesquieu with the scientific cenacle at Castle Clairac, coeval painting

lutism, especially after the administration of Louis XV's skillful chief minister, Cardinal de Fleury, ended in the 1740s. This coincided with France's descent into dire financial straits, due to its multiple doomed military adventures. At the same time, the monarchy had also manoeuvred itself into a fierce confrontation with various provincial *parlements* in the ideological battles over Jansenism.

The radicalisation of parliamentary discourse in the remonstrances between 1753<sup>246</sup> and 1788<sup>247</sup> made extensive use of the language of Montesquieu's *De l'Esprit des Lois*. The *parlements*' self-understanding as «holy repositories» (*dépôts sacrés*) in the «Great Remonstrances on the Refusal

of the Sacrament»<sup>248</sup>, their praise as the «depository tribunal of the state of inviolable laws that form the sacred right of the nation»<sup>249</sup> or as «respective guardian» (*gardien respectif*) in the *Flagellation session*<sup>250</sup>, all borrowed from Montesquieu's formulation of the aristocratic balancing function and amounted to the formation of a single corporate entity, led by the Parisian flagship, claiming to be 'representative' for the French nation in its dealings with the court. Their recourse to the fundamental laws (*lois fondamentales*)<sup>251</sup> and the laws born with the monarchy (*lois, nées avec la Monarchie*)<sup>252</sup> was soaked with verbal references to the *Esprit*<sup>253</sup>. They channelled the estate protest against absolutist centralisa-

tion ambitions, and it was their demand in August 1788 that led to the convocation of the Estates General for 1 May 1789. In fact, they incorporated the necessary observance of 'fixed and established laws'<sup>254</sup> that differentiates the French monarchy from despotism according to Montesquieu's terminology, which went beyond their struggles to maintain their traditional right to examine royal legislation before its registration, which was threatened by the ministerial despotism of Maupeou from 1771 onward<sup>255</sup>. This is also apparent in the fact that the parliamentary notion of equity was still the same as in the anti-Machiavellianism proffered by Bodin, which did not tolerate any detachment of the sovereign's will from the idea of justness according to natural and divine law<sup>256</sup>. The indispensability of equity as the product of natural and divine law (*droit*), together with the designation of the hierarchy of competence<sup>257</sup>, were regarded as fundamental law<sup>258</sup>. This ultimately formed the basis for Art. 16 of the Declaration of Rights of Man and Citizen of 1789: «Any society in which no provision is made for guaranteeing rights or for the separation of powers has no Constitution»<sup>259</sup>.

The eleventh book meanwhile, containing the England chapter, is headed: «The Laws which form the political freedom in relation to the constitution»<sup>260</sup>. In Montesquieu's understanding – and indeed in the understanding that the *parlements* adopted – both arbitrariness and the concentration of political power in the hands of one person infringe freedom<sup>261</sup>.

In spite of the fact that the argument presented here places great weight on the fact that the England chapter was not to be misunderstood as an advocacy for a separation of powers, neither does the *Esprit*'s

godparenthood of Art. 16 of the Declaration stand in contradiction to this. Rather, the revolutionary Declaration of 1789 made clear that codification of the whole political order as a legal order had two key elements, being the same elements that govern all modern constitutional architectures: the codification of the bond of justice between state power and the individual (in which the state cannot arbitrarily infringe), and that of state powers with relation to other state powers (whereby state organisational law signifies a separation of power). The constitutionally-secured primacy of the law does not permit sovereignty *above* the law. In this sense, the second 'column' of gallic republicanism is clear: the absoluteness of the general will and, from this, freedom by the partaking in its formation.

#### 4. *The Absoluteness of the General Will and the Complementary Freedom through Participation*

The undivided sovereignty advocated by Jean-Jacques Rousseau, embodied in the law and not in the person of the ruler, necessitates at its heart a democratic monism. By this, any representation is not to be undertaken as it encourages and embodies plurality; for the sake of the unity of the democratic subject, it must be avoided. This fundamental rejection of pluralism, be it in a classical mixed constitution or the liberal constitutional distribution of powers, was comprised within the figure of the general will (*volonté générale*), and became the starting point for the debates in the French Revolution<sup>262</sup>. Rousseau's equivalent of the common good thus took the form of a bour-

geois civil religion. Justification (of the law) draws the hierarchical model of the rule of law from the assumed normative quality of the law: it binds the other state powers as an expression of the common will.

Crucial to Rousseau's republicanism was the establishment of a republican community through the egalitarian model of a contract. These elements of Rousseau's philosophy—not only the idea of a homogeneous citizenship, but also the social contract itself—were linked to the natural law implications of equality. «[I]n harmony», writes Johnson Kent Wright, «with the entire republican tradition», Rousseau started from «an umbilical connection between individual and collective freedom»<sup>263</sup>. Wright's assessment of Rousseau's republican theory uncovers «a normative ideal blending nostalgia for his native Geneva... with Sparta and Rome»<sup>264</sup>. The context of his civilisatory critique in the *Discourse concerning Inequality* (1755) are decisive to understanding Rousseau's republicanism. What could man be without the denaturation of civilization and the split caused by Christianity in a private-internal and public-external existence? According to Rousseau, the dual nature of man as a being governed by both senses and reason, as well as his (admittedly aimless) ability to learn were the characteristics that unavoidably caused man to be removed from its natural state. The division of labour, agriculture, the presumption of property, dominion, misery and crime corrupted the people who by nature were good, as a result of which they became subjects who blindly obeyed. Indeed, as Rousseau himself noted in his second *Discourse concerning Inequality* (1755): «The first one who had fenced in a piece of land and came up with the idea to

say: this is mine and who found people who were simple-minded enough to believe him was the true founder of bourgeois society»<sup>265</sup>. The process of human self-alienation corresponded with this preoccupation with property that so obsessed civilization; after the destruction of the ancient harmony of intellectual, religious, social and political life, especially in the idealized Sparta, the completely self-referential natural man turned into the bourgeois, torn between private existence and public civic order. Natural self-love (*amour de soi*) degenerated into vicious selfishness (*amour propre*). This profound dialectical process of atrophy and disintegration was irreversible in Rousseau's critique of natural jurisprudence (which placed him at odds with, most notably, Samuel Pufendorf)<sup>266</sup>. For Rousseau, and in contrast to Hobbes and Locke, the civic state is therefore not an optimized natural state.

Given this, as well as the fact that the social degeneration identified by Rousseau was, to his mind, irreversible, a *contrat social* was needed to create a new legal equality on a completely new basis<sup>267</sup>. Returning to nature was no option, as nature was an unattainable ideal in the French Enlightenment. The individual efforts to overcome the degeneration by a 'natural' education of great artificiality—an obvious inconsistency, but none the less propagated in the *Emile* (1762)—should be accompanied by the social possibility of abolishing self-alienation by transforming oneself into a *citoyen*, capable of civil liberty and possession. This could be achieved by means of the new moral-political totality of a comprehensive social contract<sup>268</sup>. In doing so, the individual would become «a part of a greater whole»<sup>269</sup> and, through moral conversion

of his nature, by the «total transfer of each partner with all his rights to the whole community»<sup>270</sup>, would gain a new wholeness of life. Rousseau believed that it was only through the boundless state power of this new Leviathan that the original freedom of man would be reborn: «Obedience to the law one has prescribed for oneself is freedom»<sup>271</sup>. The individual could, of course, only exercise freedom as a partner in the whole, as a member of the sovereign. At the same time, natural self-love, without being tainted by selfishness, would find new life in the collective form of patriotism.

Rousseau did not conceive of any individual natural rights of freedom that would prevent the indivisible and unrepresentable sovereignty of the people<sup>272</sup> to turn into majority despotism. Such rights would be completely incompatible with the presumed overcoming of the natural state by the social state. Rousseau's 'republican' solution for this risk was an abstract statutory state rule (II, 6), limiting the direct expressions of popular sovereignty by the common will to the implementation of general-abstract norms. In this sense, Rousseau called «each state governed by statutes» a «republic»<sup>273</sup>, and only a «republican government» was legitimate<sup>274</sup>. The core of his idea of republicanism was self-domination through self-imposed laws that had been determined through that autonomy: «The statutes are [...] the conditions of the civil association. The people subject to the laws must be the author. It is only up to those who associate to set the terms of the society»<sup>275</sup>. Rousseau relied on the enlightening strength of the discourse «to make it [the general will] see the objects as they are, sometimes as they should appear to it» and on its ability «to protect [the general will]

from the seduction of particular wills, to bring places and temples closer to her eyes, balancing the attraction of present and sensible advantages with the danger of distant and hidden evils». The generic nature of the general will was constructed by Rousseau on the basis of the generality and abstractness of the norms that would be set in place, in the sense of a supreme public reason. As he noted, «The people themselves always want the good, but of itself they do not always see it. The general will is always right, but the judgment that guides it is not always enlightened»<sup>276</sup>.

Thus formulated, the unreasoned will of the individual<sup>277</sup> would be overcome by the equation of the sovereign general will as generally applicable law, which constituted «the union of understanding and will in the social body, hence, the exact cooperation of the parties, and finally the greatest strength of the whole». This, to Rousseau, «is where the need for a Legislator arises»<sup>278</sup>; the result was a legitimate republicanism as a legal state order. Therefore, «The law is nothing else than the expression of the general will»<sup>279</sup>. Consequently, in 1789, Article 6 sentence 1 of the Declaration of the Rights of Man and Citizen followed Rousseau's cues. The rule of the people is the impersonal rule of the law, insofar as its execution is separate from the law-making<sup>280</sup> and the law unites «the totality of the will with that of the object»<sup>281</sup>. The generality of the object of legislation meant that the law considered its subjects «as a whole and the actions as abstract, but never a person as an individual or a single action»<sup>282</sup>. The generality and abstractness of the regulations appeared to be a necessary condition for all to be able to be asked as 'true' citizens for their vote as integrated parts of a whole. Only if

citizens were not affected in a special, personal way by the object of regulation, and only if they were not emotionally distracted as a result, could they contribute to an undistorted answer as to whether or not the forthcoming legislative decisions were beneficial to the common good. For Rousseau, the decision of the whole, assembled independently and equally, on individual cases was equivalent to ignoring the votes of those directly affected who therefore, through their vested interest, could not perceive anything but their own interests. Already, any unjustified exclusion of even a single person harmed 'natural correctness' of the general will (in its tendency towards the public utility)<sup>283</sup> and thereby infringed the general applicability of the law, no matter how general its objective content has been formulated<sup>284</sup>. Yet the question remained: who constituted the whole? The impersonality of the rule of law, which results from the equation with the general will, vested the personal element of lawful governance in the assembly of citizens. But the assembly of all citizens was utopian in a twofold sense: First, the gathering of all was not possible, as anyone could join the social contract, which is according to Rousseau's ideas open and undefined. Second, the reference to the person in this sense lacked a person to refer to; the nation as emerging entity remained – however libertarian, as Title II Article 2 of the September Constitution 1791 may define naturalization – a community essentially objectively defined by descent or place of birth, not a personal association.

In addition, the correspondence of the 'totality of the will with that of the object' was admittedly not the only prerequisite. Rousseau intended the majority to be an

identity of individual will and *volonté générale*, rather than a collection of individual votes (*volonté de tous*)<sup>285</sup>. This required civic virtue<sup>286</sup> and the exclusion of all factional formations<sup>287</sup>, though in this Rousseau sounded utopian<sup>288</sup>; particular factions (*associations partielles*) rendered impossible the purification processes within individual considerations, which were supposed to hold mere individual interests at bay. Instead, factionalism would turn any vote into a competition of particular wills, obscuring the focus on the common good and preventing overruled minorities and others who did not prevail in the voting from recognizing their integration in the majority's will, insofar as they were merely mistaken about the true common interest<sup>289</sup>. «If there are partial societies, it is necessary to multiply their number and prevent their inequality» claims Rousseau with reference to Solon, «in order to prevent the people from erring about the general will»<sup>290</sup>.

In this way, Rousseau constructed a cognitive identity of individual wills with the general will, thus avoiding the spectre of total subjugation under a Hobbesian sovereign and reframing the traditional republican «umbilical connection between individual and collective freedom»<sup>291</sup> in a democratic language addressing social equality and civic solidarity. His idea of the rule of general laws as an exercise of collective autonomy equated political legitimacy with egalitarian participation in public decision-making. Rousseau's democratic republic, inspired by the classical examples of Sparta and Rome, was centred around the general abstractness on two levels. The laws consented to by the people were to be general in regard to addressees and appli-

cation, which guaranteed equality before the law (*égalité devant la loi*). They were also to be general in relation to the legitimacy source – the popular, participatory sovereignty. On this second participatory level, the *assumed* normative quality of the law presupposed three elements, each in its own way unrealistic: first, the ability of the individual to judge all matters concerned reasonably, that is, free from individual special interests; second, the institutional possibility of collectivising individual self-determination through real or virtual participation in the regulation of all matters concerned; and third, the common belief in an order according to abstract rules. These different layers of general abstractness set the scene for the Revolutionary terror that would follow, owing to the framing of the Jacobin public good as the '*suprême être*' paradigm.

Such a radically democratic construction of the law as a general law, based on the authorship of the people, superimposed in the French discourse the juxtaposition of the republic as a concept of state form with the monarchy, even if Rousseau himself has combined his concept of law with a monarchical form of government (as long as the establishment of the monarchy is a one-sided act of the sovereign people that can be revoked at any time). For Rousseau, a monarchy not derived from the sovereign people was despotism. This dichotomy was not unprecedented, though it was new to use the republic as a mere concept for the form of state. The dichotomy was shaped by Machiavelli's *Principe* (1513), which divided all states into principalities or republics. The distinction between autocracy and collective sovereignty was preserved in the pre-revolutionary French discourse of

Montesquieu, who distinguished the forms of state, but who, in accordance with his sociological interest in the law, reassigned value elements to democracy: loyalty to the law, love of the fatherland, and public spirit. It was Rousseau's equation of sovereignty with the *volonté générale* that enabled the formative context for the contrasting formation of republic and monarchy, where one would be characterised by terror, burning barricades and the guillotining of crowned heads, and the other by peace and security in the alliance between throne and altar.

The political republicanism of Jean Jacques Rousseau broke with the classical tradition of a mixed constitution. For him, the republic was not just an expression of the general will; it *was* the general will, governing in the form of statutes, irrespective of the form of government<sup>292</sup>. In contrast to Montesquieu's equilibrium system, Rousseau's republican rule of law aimed at the superordination of the uniform legislature, based on general elections and framed as the collectivized self-determination of the individual, over the existing monarchical executive power. The *leges imperii* tradition that had been articulated by Bodin was still very much in evidence; so too did Rousseau divide the laws between *loix politiques* and *loix fondamentales*, which laid the basis of the form of government (*qui constiuent la forme du Gouvernement*), as well as differentiating between civil laws (*loix civiles*) and criminal laws (*loix criminelles*). Furthermore, Rousseau formulated a fourth type of law, which for him was the most important: «the veritable constitution of the state [...] within the citizens' hearts: [...] the mores, the customs and the opinion [about the political actors]»<sup>293</sup>.

Beyond this monolithic concentration of sovereignty in republican unity constructed around the general will and the legal rule of general laws, the liberal approaches of Sieyès and Condorcet also made their appearances in the constitutional debates from 1789 to 1795, though they did not prevail against the Jacobin understanding of the Republic, with its exaggeration of the immediate real presence of democratic power at all costs. While Rousseau's sovereign people were permanently present and almost identical with the political order, Sieyès limited national sovereignty to the constituent sovereignty (*pouvoir constituante*). Sieyès' distinction between constituent and constituted sovereignty (*pouvoir constitué*) made it clear that, within the constitutional order, sovereignty is exercised by the constituted powers, through representatives of the nation, but not by the sovereign nation itself. Thus, the most important aspect of the liberalization of the republican idea from self-legislation was the introduction of the principle of representation and, as a result, the move away from Rousseau's democratic monism.

5. *Liberalization of the Republican Idea from Self-Legislation by the Legal Construction of the Constituent Nation and the Introduction of the Principle of Representation*

The legal construction of the constituent nation<sup>294</sup> transformed the Estates General into a genuine constituent assembly under the leadership of the Third Estate. The monarchy had in fact acceded to the doubling of the representatives of the Third Estate at the end of 1788, tabling the

question of voting by head until the actual meeting of the Estates in May. It was then Sieyès himself who led the way in breaking the impasse that immediately developed over this issue. On 10 June, the Third Estate approved his motion that it should proceed to a verification of credentials alone; and it was on his motion that the Third adopted the title 'National Assembly' on 17 June, inviting members of the other orders to join it. On the other hand, the Tennis Court Oath of 20 June, in which the assembly vowed not to disband «until the constitution of the realm is established and consolidated on a firm foundation» was the work of Jean-Joseph Mounier, who had been the intellectual leader of the Dauphiné revolt against ministerial despotism. The reference to the nation was apt to legitimize the civil war against the *ancien régime*: «La nation existe avant tout, elle est l'origine de tout. Sa volonté est toujours légale, elle est la loi elle-même» ('The nation exists before all, it is the origin of everything. Its will is always legal and it is the law itself')<sup>295</sup>. This acted as the harbinger of the modern republicanism that would emerge from 1792.

Breaking with the privileges of the first two estates and the medieval assumption of representing the traditional divisions of society, the Third Estate declared itself the National Assembly, and claimed the exclusive representation of the nation construed as the sovereign. The synonymy of political order, people and nation was formulated in Sieyès' *Contre la Ré-Totale* (1792) thus: «Une société politique, un peuple, une nation sont des termes synonymes»<sup>296</sup>. In this way, Sieyès distanced his concept of society from any Leviathan-type absolutist submission<sup>297</sup>. This legal construction

of the nation<sup>298</sup>, with the fiction that the nation's will is always lawful, excluded any absolutist political power by the immanent differentiation between constituent assemblies and ordinary legislative bodies (*pouvoirs constitués*)<sup>299</sup>. Political power (*le pouvoir politique*) was limited by the political object of the society (*l'objet politique de la société*)<sup>300</sup>; the latter had the same meaning as Locke's extra-statutory natural law as an immanent limit on every exercise of power with the freedom guarantee of the common law before the prerogative<sup>301</sup>. Sièyes' pamphlet *Limites de la souveraineté* declared the protection of liberties and rights as the political objective of any societal association. In this reading, the majority's decision became law<sup>302</sup>. If the constitution did not exist before the majority's decision, then it fell within the mandate of the association contract conducted under the unanimous will of the people. Therefore, constituent sovereignty was under control by means of the personal veto of every dissenting individual. Even if constitutional decisions had to be taken for practical reasons by the majority, the guarantee of the minority resided within the act of the association and therefore within the legal text of the constitution decided upon in the constituent national assembly. This integral guarantee was the equivalent of the *bonum commune* of the ancient political philosophers, particularly Aristotle, and bars the sovereignty exercised by the majority from unifying all the political powers, from disorganizing them, and from reframing their constitutional organization<sup>303</sup>. For Sièyes, this guarantee was the safeguard of personal liberty, secured by means of constitutions. As a result, despotism could be avoided by the moment legally construed when the or-

dinary legislative body (deciding on statutory law by the representing majority) was established as *pouvoir constitué* and therefore differentiated from the constituent power<sup>304</sup>. In differentiating between the decision on a constitution and the passing of ordinary legislation, Sièyes positioned himself expressly against Rousseau: «representation can never be a direct act, and under the constitution it is always divided, never accumulated and always dependent on the constitutional laws»<sup>305</sup>.

#### 6. *The Republican Monarchy of the September Constitution between a Strong Legislative and a Mere Suspensive Royal Veto*

The National Assembly's main goal upon undertaking the Tennis Court Oath on 20 June 1789 was to write the constitution of France. In the time that it sat, it did much more than the September constitution 1791. As J.M. Roberts notes, «it revolutionised the whole structure of France»<sup>306</sup>. The confiscation of Church lands and the end of land-related feudal dependencies necessitated the 'geometric' segmentation into the *départements*, *arrondissements*, *cantons*, and *communes*, which even today shapes France's administrative map. Legislative projects like the judicial organizational statute of 16-24 August 1790<sup>307</sup> initiated the end of judicial estate privileges, and material legal unity and equality was on its way through the preparatory work for the *code civil*. The liberties of opinion (Art. 10) and press (Art. 11)<sup>308</sup> became legally actionable by the incorporation of the 1789 *Declaration of the Rights of Man and Citizen* as the constitutional preamble; the former-

ly absolutist monarchic power claims were transformed into a constituted kingship 'of the French'<sup>309</sup>, and the creation of a strong unicameral representation of the people, while not removing the monarchy totally, reduced royal legislative involvement to a mere suspensive royal veto.

None of these, however, at least, not in the eyes of constitutional framers such as Sièyes, was possible without the constitution in the first place. This, in turn, required the precise definition of where sovereignty lay. In Title III, Art. 1, the September Constitution of 1791 stated that «[t]he sovereignty [is to be] ... unique, indivisible and non-susceptible to time-barring. It only belongs to the nation». The third sentence connected national sovereignty to legal equality: «No part of the people and no singular person can appropriate its exercise»<sup>310</sup>. The monarch was disempowered, but not abolished, as *pouvoir constitué*. The executive power remained vested in the king and his ministers (Tit. III, Art. 4)<sup>311</sup>. In contrast to the American text, the French September Constitution of 1791 constituted the monarchy, leaving the republican experiment for the Convention Constitution to come in 1793. The nation of the September Constitution of 1791 (Tit. III, Ch. II Sec. I, Art. 2)<sup>312</sup> consisted of people and monarch, with the latter acting as a protection against the dangers of civil disorder. The provocative thesis of François Furet and Ram Halévi<sup>313</sup>, which posits a republican monarchy from 1789 to 1792 – in essence a republic headed by a former absolutist – is unconvincing, as the royal inviolability and sanctity, the lack of an electoral principle, and the orientation of the executive towards the monarch

made the king more than just a decorative accessory. It was the constitutional practice of the suspensive royal veto in the legislative process that combined the strength of legislation rooted in popular sovereignty with a remaining monarchical element.

Sièyes, together with the Girondist barrister and president of the Constituent National Assembly Jacques Guillaume Thouret<sup>314</sup>, as well as the Jacobin Antoine Barnave<sup>315</sup>, had opposed monarchical participation in the legislation in vain, denying even a suspensive veto of the king. Sièyes' manuscript *Représentation et Élections* (1791) made it very clear that this «would be divided into two branches, in a national will and a hereditary monarchical will»<sup>316</sup>. The 'September design' of a strong representation of the people and a surmountable royal legislative involvement was quite singular within European constitutions around 1800. Its impact, too, was surprisingly limited. Apart from the Norwegian constitution of Eidsvoll<sup>317</sup>, echoes of the French September Constitution of 1791 made their way only into the short-lived Constitution of Cádiz<sup>318</sup>. Far from having an explosive impact on constitutional history, the September Constitution's impact was limited. Instead, it was left to the German reception, mainly via Immanuel Kant, that emphasized the parliamentary position as the representative of the nation.

7. *The Anti-Monarchical Turn of French Republicanism and the Consequent Swing of the Pendulum back to Monarchization of the Republics*

By 1791 the king had gambled away the goodwill that had supported him in the early Revolution and was discredited as an anti-revolutionary. By the summer 1792, a Parisian insurrection overthrew the monarchy and led to the summoning of the Convention to draw up a new and, this time, republican constitution (in the non-monarchical sense). National sovereignty was explicitly redefined as popular sovereignty. The revolutionary army's victory at Valmy on 20 September 1792 and the Convention's vote for the execution of the king in January 1793<sup>319</sup> initiated republican antagonism against monarchy – which, ever since, is a characteristic customarily attributed to French republicanism. Until 1804, revolutionary France became an experimental constitutional hotspot: from the democratic constitution on the basis of popular sovereignty (the Jacobin Constitution, or *Acte constitutionnelle*, of 1793, which never came into force) to the strict separation of powers under the Directoire Constitution of 1795 which did not hold up the monocratic concentration of executive power, followed by the *coup d'état* of 1799 that made Napoleon Bonaparte first consul, and the corresponding elevation of Bonaparte to first consul for life in 1801. Finally, the imperial crowning of Napoleon brought about a constitutional hereditary monarchy with dictatorial powers in 1804.

These French constitutional waystations – 1795 (Directorate)<sup>320</sup>, 1799 (Consulat)<sup>321</sup> and 1804 (First Empire)<sup>322</sup> are of specific interest here due to the swing of the

pendulum away from the Jacobin reign of virtue and terror. This, however, is hardly a new reading. What is much more fascinating is the legal modernism enshrined in French constitutional practices, beginning in 1789. The formal abolition of feudalism, legal privilege, and theocratic absolutism, the individualist and secular foundations of legislative participation, and equal access to public offices, were at the heart of the 'principles of 89' that were then distilled in the Declaration of the Rights of Man and Citizen that prefaced the September Constitution of 1791. Legal equality and the legal protection of individual rights, the separation of Church and State and religious toleration were their expressions. The derivation of political authority from national sovereignty acting through a unified National Assembly, before whose legislation no privilege of locality or group could stand, was the basis of the juridification of the whole political order. The French Revolution as a locomotive of legislative power is something to be both admired and distrusted; even the old currency, based on units in the Carolingian ratios of 1:20:12 (*livres, sous, and deniers*) gave way to a decimal system of francs and centimes, just as the chaos of old-fashioned weights and measures was replaced by the metric system. Not by chance, the original metre is stored in Paris.

It was beyond question that the legislative sovereignty<sup>323</sup> and modernizing uniformity engendered in the Revolution was also attractive to monarchs. The prospect of a centralized administration applying common laws uniformly to all citizens over the whole territory was naturally enticing to crowned heads. What is more, «by sweeping aside the entire museum of antiquated state structures in

Europe, from the Holy Roman Empire to the Republic of Venice, the revolutionary armies cleared much of the ground for the administrative reforms of the nineteenth century»<sup>324</sup>.

8. *Consolidation of republican guiding principles and liberal rearticulation: republic and democracy by Constant and Tocqueville*

After the revolution and in the first half of the nineteenth century, republicanism was put on the defensive with the imperial coronation of Napoleon and the subsequent monarchical restoration. Recourse to the concept of virtue seemed largely discredited by the Jacobin *terreur*, while particular interests increasingly asserted themselves as a legitimate motivational basis of political order against the Rousseauist paradigm. The liberalisation of republican thinking received an important boost through Benjamin Constant's criticism of Rousseau. His modification of democratic notions of sovereignty took place in the light of the minority rights that had become central after the *terreur* and the potential tyranny of the majority. Sovereignty, according to Constant, existed only in a limited and relative way<sup>325</sup>, regardless of whether that sovereignty was vested in the prince or the people. Constant's famous combination of the rights of the old and the rights of the modern formulated a paradoxical situation of tension, in which the validity of liberal defensive rights for the protection of the individual private sphere remained dependent on the fact that citizens must become politically active precisely in order not to lose their protective rights to a degenerating state power that

through its degeneration becomes despotic. In addition to the rationalist legitimacy of law, the monarch embodied, through his historicity, a traditional element of legitimacy with which the community was traced back to its origins, while keeping the latter symbolically present<sup>326</sup>. In a similar fashion, Constant viewed religion as a moderator.

A similar resistance to the totality of the general will could be found in the works of Alexis de Tocqueville, whose *Democracy in America* (*Republique democratique*, 1835-40) was guided by what de Tocqueville conceived as the contrast or tension between democratic equality and republican freedom. Democratic monism is to be parried by particular individual participation in the popular self-government (especially on the communal level). Therefore, he highlighted the French July Monarchy (1830-1848), where Louis Philippe I as King of the French (*Roi des Français*) emphasised the popular origins of his reign; on the other hand, the 'Natural state of the Americans' was the republicanism of the individual states, while the federal union was only a legal construction made chiefly due to a historical accident<sup>327</sup>. Republican freedoms existed at the provincial and municipal levels<sup>328</sup>. In explaining America as such, Tocqueville also grappled with the question of the extent to which republicanism was democratic. To him, democracy was based on the fundamental equality of conditions. The Confederation of the United States, as an entity in which each individual republican state was governed by its citizens, was thus united and unified by the egalitarian 'dogma of popular sovereignty', with which Tocqueville contrasted the 'strange European' idea of the republic: a republic in which

«those [reign] who know the greatest good of the people ... [which] permits one to act in the name of nations without consulting them»<sup>329</sup>.

### 9. *From the Third Republic to the Republican Discourse of the Fifth Republic*

France's second foray into explicitly republican governance – the Second Republic of 1848 – was even shorter-lived than the republic of the 1789 Revolutionaries. By 1851, Louis-Napoleon Bonaparte had refashioned himself as Emperor Napoleon III, and the Republic morphed into the Second Empire. Two decades later, the Republic rose again, this time in its third iteration, though its ascent was tainted by the fact that its genesis was found in the French defeat by combined German forces at Sedan. The period stretching from the crushing of the Paris Commune (1871) to the First World War gave rise to a move of the republican value system as presentable to a consensual centre of French politics. The bourgeois 'Opportunist Republic' of the 1880s and 1890s around Jules Ferry and Léon Gambetta relied on the heritage of the Revolution, which had moulded the nation, and French leadership of a specific global understanding of the rights of man applicable to all people<sup>330</sup>.

Although not an unbroken continuum, with even its more recent lineage interrupted by two world wars and the change from the parliamentary to the presidential constitution of Charles de Gaulle, the republic continues to form an important normative basis of political order in France today. It was only after de Gaulle's depar-

ture that Claude Nicolet's *L'idée républicaine en France* (1982)<sup>331</sup> led to a renaissance of the rich history of republican ideas. On the basis of this, the permanent embodiment of sovereignty is identified as a blind spot of revolutionary republicanism, which thus did not dispose of the authoritarian potentials of the monarchical order. Thus, returning to the republican reading of Bodin's sovereign monarch offers a new means of understanding the variant forms of French republicanism, as both a constant and a variable, over the centuries.

*Summary, French Republicanism:* Conservative readings of French republicanism often placed the emphasis on the revolutionary dichotomy of republic and monarchy. The initial character of the French Revolution, though, sought stability, not radical change, and it began with the convocation of the Estates-General, an institution medieval in origin. Only gradually did the central political question become whether one was for or against the Revolution. The transformation of the Estates-General into a National Assembly claiming constituent sovereignty in the summer of 1789 was thus a truly revolutionary moment; only this heralded the departure of the Revolution from the Aristotelian conception of the state as being equally legitimately grounded in monarchy, aristocracy, or democracy.

The same conservative tendency is also true for the famous watchwords of the French Revolution *liberté, égalité, fraternité, ou la mort!* The clause demanding death when liberty, equality, and fraternity are not present, was later elided because of its associations with the *terreur*, leaving *liberté, égalité, fraternité* as the national motto of the French Republic to this day. Yet, for all

its ubiquity, the phrase has never been set in stone. Indeed, the drafted 1793 amendments to the Declaration of the Rights of Man and Citizen, penned by Robespierre, refer instead to *égalité, liberté, sûreté, propriété* (equality, liberty, security, property), with no mention whatsoever of the brotherhood (*fraternité*). During the Second World War, the collaborationist Vichy regime redefined the guiding principles of France (presumably, since liberty, equality, and brotherhood were tacitly impossible in a country ruled by a puppet government under the Nazi heel), promising instead *travail, famille, patrie* (work, family, fatherland).

The republic, in the French reading, has very rarely meant representation, elections, and votes. Instead, the central core of the republic was to be found in unity. In Bodin's conception, the republic could be helmed by a monarch with (broadly) undisputed powers, acting within the interests of all. With variations, this theme has permeated through the French legal, political, and popular consciousness across centuries, occasionally with apparent contradictions. Montesquieu conceived of the main body of the population as a collection of individuals, whose interests must be served and serviced for a truly beneficial republican society. Rousseau, arguably the most radical of all French-language Enlightenment republican thinkers (though he himself was Swiss) argued for the complete submission of individual particular interest to the general will, thus prioritising the collective. Later thinkers, such as Constant and de Tocqueville, attempted to balance Rousseau's deeply utopian (and, it must be said, naïve) understanding of human nature with a blended model encompassing both a generalised will and individual interests.

The grand innovation in the foreground of the French Revolution, and that which binds all of these republican concepts together, is the equation of France and its people with the nation. With the formulation of national sovereignty, this introduced a vital and novel element to French constitutionalism, whereby an act conducted in the name of France is also, by necessity, conducted in the name of the people, in the same way that an act against the people is an act against France as a geographical expression, and the Republic as a social, legal, and political order. To this end, it is not a *democratic* identity that binds France together, but a *republican* one.

### Conclusion

Far from being an idea with a set and universally-applicable definition, republicanism has historically worn many faces. For this reason, one iteration has often been historically difficult to reconcile with others. The anti-monarchism is not, as it turns out, central to the republic in the first place. Ultimately, where republican movements converged was in an essence that here has been termed 'republican dignity': the translation of the ideal of the *res publica* into a workable polity by political and legal means, emphasizing the civic mastery over one's self by consenting in self-imposed laws.

Of all the examples of European republicanism, none has been so obscured by the anti-monarchical understanding of the republic as England's. In regard to the founding function of republican dignity, civic consciousness in England could never develop in a vacuum, instead, it was framed

within the historic continuity of common law, that initiated (in the Bractonian sense) a territorial and jurisdictional monarchy. The latter's remarkable centralization was largely owed to legal institutions, such as the old common law courts in Westminster. Common law was custom and rested on a presumed immemoriality that dated to (and indeed *predated*) the Norman Conquest of 1066. This defined the existence of property, local administration, and government by law and, by their connection to common law, also placed their origins in time immemorial. Within this framework of customs, jurisdictions and liberties, individual self-mastery evolved in the form of possession rights and properties. Conceptualizing the English public realm as a (neo-Roman) *civitas*, the seventeenth century 'transition' from kingdom to commonwealth relied on the success of Britain's rising 'blue-water' commercial and colonial empire and on the national mythification that cast common law as a 'charter of liberties'. As early as Magna Carta, common liberties addressed 'free landed proprietors'; whereby property, and neither dignity nor equality was at the forefront of the civic consciousness. Even in the reading of the Cambridge School of Pocock and Skinner, who identified the 'Machiavellian Moment' in the seventeenth century, dignity did not count among the relevant *topoi* of republican language. The decisive republican impetus, instead, was the discursive identity of political and civil liberty. The republican reading of the English 'ancient constitution', linked to customs inherent in the common law precedence since time immemorial, did not argue for a kingless commonwealth; it established congruency between the king's and the people's interests in order

to explain the British empire's greatness by delivering 'English liberties'. In this, the English situated themselves as the antipode of Spanish imperial despotism, and Dutch resistance to the Spanish inspired a great deal of English sympathy. This antagonism was not only due to colonial competition, but especially to the fears of Catholic invasions, even more aggravated by the proximity of Ireland, which was not only majority Catholic but, by legend and tradition, held historical ties to Spain.

American independence and the creation of the American 'representative republic' brought republican ideas of the European Enlightenment into practice. This practical implementation in an expansive union exceeded the inherent limitation of classical republicanism to small polities, which had been one of the major concerns of the antifederalists. It was realizable due to the settlers' acquaintance with local political autonomy, as well as the readiness for general involvement in politics via representation, due to the wide dispersion of ownership as point of reference for electoral suffrage. The idea that the formative discourse of the American Republic made the republican idea great is not only figurative; rather, it allowed the specific practical American interconnection of private and civic rights. So understood, the virtuous American citizen was constructed to love both his personal freedom (at the individual level) and the commonwealth (at the communal level). At the same time, the representative republic, built on the new idea of a democratic mandate instead of the paternalistic trust that had been ubiquitous in the British hereditary-corporative parliamentary tradition was the federalists' means to keep popular sovereignty away from what

they considered to be the dangers of a direct, democratic tyranny. Representation was the institutional tool to create legality in the consented community and expansionism became a necessary precondition for the republic's success. The federalists' idea of representation combined republican self-governance with popular sovereignty. This connection (representation with popular sovereignty) relied on autonomy (not only for the constituent American people, which is thereby 'invented', but also for individuals). This again fostered the specific American interconnection of private and civic rights: the creation of American independence as a nation based on the autonomy of the American people as individuals. In regard to the founding function of republican dignity, it became clear that the American struggle for independence used it to justify breaking from the English crown, on the grounds of the American colonists having suffered discrimination as opposed to their English compatriots. Fundamentally, and in accordance with the prevalent common law terminology, the American resistance against Westminster was focused on whether the Americans maintained the rank of free subjects of the English crown. As late as 1774, the Sullivan Draft of a declaration of rights included the stipulation that Americans were to be 'respected' as brethren subjects of the same king as the English. Central to these historical roots of American republican dignity were self-mastery and sovereignty rooted in property rights enshrined in common law. Consequently, this dignity, which was also a vital element of the self-determined participation in and commitment to the commonwealth of all, was not equally apportioned. Instead, special dignity was afforded to those who

guarded the 'genius of the people', in this case being the president, the parliamentary representatives, and the judges.

Whereas American republicanism relied on constitutional checks and balances between clearly separated powers, French republicanism's origins were to be found in the coincidence of *res publica* and *civitas*, both of which were constituted around the king. Bodin's concept of legislative sovereignty strengthened the (specifically French) equation of republic and sovereign state. The republic as a mixed monarchy, as championed by Montesquieu, is a prime example of the involvement of Enlightenment thought in the 'republicanisation of monarchy', which found a revolutionary expression in '*la monarchie républicaine*' from 1789 to 1792. In the French discourse, republicanization referred to perfecting the form of government; the enlightened focus lay on the origin of power in the normative abstractness of the general will (Rousseau) or in national sovereignty (Sièyes). Rousseau allowed that monarchical government was possible if it were based on the general will<sup>332</sup>, and Sièyes' constituent nation was the legal concept to explain the monarchy as constituted power<sup>333</sup>. The republic, in the French connotation, has very rarely meant representation, elections, and votes; instead, it signified unity, and this unity has permeated the French legal, political, and popular consciousness across centuries. The national sovereignty was the crucial phrase of French constitutionalism, which indicated that any act conducted in the name of France was an act conducted in the name of the people of France. It is the *republican* identity, that matters for the social and political cohesion of contemporary France.

- <sup>1</sup> Schiller's approach to republicanism and the French Revolution is a complex one. From his initial sympathy for of the Dutch general states' resistance against the Spanish Habsburg monarchy of Philip II Schiller turned against the French Revolution after the execution of the French king. He called for an 'aesthetic state' and declared that political freedom could only be achieved through aesthetics, through art. The early Romantic environment of Jena took up this line despite its rejection of the Weimar Classicism and the animosities between Schlegel and Schiller.
- <sup>2</sup> Among many C. Laborde, *Republicanism*, in M. Freedon et al. (eds.), *The Oxford Handbook of Political Ideologies*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 513-535; F. Lovett, *Republicanism*, in E.N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Stanford, Summer 2018 Edition, <<https://plato.stanford.edu/entries/republicanism/>>, 30 July 2020; M. van Gelderen, Q. Skinner (eds.), *Republicanism. A Shared European Heritage*, vol. I: *Republicanism and Constitutionalism in Early Modern Europe*, vol. II: *The Values of Republicanism in Early Modern Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.
- <sup>3</sup> Explained in length in U. Müßig, *Reason and Fairness. Constituting Justice in Europe. from Medieval Canon Law to ECHR*, Leiden, Brill/Nijhoff, 2019, pp. 28 f. The inspiration for this essay goes back to my talk at the Central and Eastern European Legal History Conference in Vienna at September 2019 about 'Travelling Republicanism'.
- <sup>4</sup> Jakob Burckhardt summarised these works in his praise of Florence in the nineteenth century. J. Burckhardt, *Die Kultur der Renaissance in Italien. Ein Versuch* (1860), repr. Stuttgart, Kröner, 1966, p. 70; O. von Gierke, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, 2 volumes, Graz, Akademische Druck- und Verlagsanstalt, 1954, pp. 820 ff. Kritisch zur Wertung mittelalterlicher Stadtherrschaft als vormoderne Staatlichkeit H. Hofmann, *Repräsentation. Studien zur Wort- und Begriffsgeschichte von der Antike bis ins 19. Jahrhundert*, Berlin, Duncker & Humblot, 2003, pp. 207 ff. On the European impact all representative literature is accessible via G. Bock, Q. Skinner, M. Viroli (eds.), *Machiavelli and Republicanism*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993. Cf. Cambridge School of Intellectual History: J.C.A. Pocock, *The Machiavellian Moment. Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*, Princeton/Oxford, Princeton University Press, 2003 (Connecting lines between ancient Aristotelianism and Florentine republicanism) and Q. Skinner, *The Foundations of Modern Political Thought*, vol. 1: *The Renaissance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, vol. 2: *The Age of Reformation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013. Pocock's claim for the centrality of republicanism corresponds with the claimed insignificance of John Locke's liberalism.
- <sup>5</sup> Weber here makes it clear that urban republics also included medieval German cities, which he calls 'non-legitimate dominions'. M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriß der verstehenden Soziologie*, 5<sup>th</sup> ed., Studienausgabe, Tübingen, Mohr, 1972, pp. 727 ff.
- <sup>6</sup> To paraphrase the Ciceronean categories of *res populi*, *res publica*.
- <sup>7</sup> H. Hofmann, *Die versprochene Menschenwürde*, in «Archiv des öffentlichen Rechts», n. 118, 1993, p. 373; H. Hofmann, *Die Legitimität der Legalität und deren Verwaltung*, in «Zeitschrift für Rechtssoziologie», n. 13, 1992, Heft 2.
- <sup>8</sup> Among others: J. Israel, *Empires and entrepôts. The Dutch, The Spanish Monarchy and the Jews, 1585-1713*, London, Hambledon Press, 1990; J. Israel, *The Dutch Republic. Its Rise, Greatness and Fall 1477-1806*, Oxford, Clarendon Press, 1995. Another piece on Polish and German Republicanism will be published in a second essay.
- <sup>9</sup> Such as in Holland, Venice, Poland, England. See J. Madison, Art. 39 (*The Conformity of the Plan to Republican Principles*), in A. Hamilton, J. Madison et al. (eds.), *The Federalist Papers*, New York, Mentor, 1999, p. 208.
- <sup>10</sup> Novalis, *Glauben und Liebe*, Fragment 22 (1798), in G. Schulz (edited by), *Novalis Werke*, München, C.H. Beck, 1981, p. 359.
- <sup>11</sup> G. Pico della Mirandola, *De hominis dignitate* (1486); Ge. tr. *Über die Würde des Menschen*, Zürich, Manesse, 1988; cf. also Skinner, *The Foundations of Modern Political Thought*, vol. 1, cit., pp. 97 f.; E.-W. Böckenförde, *Das Bild vom Menschen in der Perspektive der heutigen Rechtsordnung*, in E.-W. Böckenförde (ed.), *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991, pp. 58ff. Cf. also E. Bloch, *Naturrecht und menschliche Würde*, Berlin, Suhrkamp Verlag, 2008. Critical in regard to the universality P. Häberle, *Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft*, in J. Isensee, P. Kirchhof (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, vol. 2: *Verfassungsstaat*, Heidelberg, C.F. Müller, 2004, § 22 (pp. 317 ff.). The tolerance of ambiguity is commonly known; originally, the godfathering "intolerance of ambiguity" has been developed by Else Frenkel-Brunswik, *Intolerance of Ambiguity*, in: Idem, *Selected Papers*, eds. Nanette Heiman and Joan Grant, New York: International University Press, 1974, pp. 261 ff.
- <sup>12</sup> J. Habermas, *The Concept of Human Dignity and the Realistic Utopia of Human Rights*, in «Metaphilosophy», n. 41/4, 2010, pp. 464-480.
- <sup>13</sup> According to Kielmansegg's research, the decisive impulse emanates from Nikolaus von

- Kues, with whom the conciliar movement reached a climax and conclusion, as it were. P. Graf Kilmansegg, *Volkssouveränität. Eine Untersuchung der Bedingungen demokratischer Legitimität*, Stuttgart, Klett, 1977, pp. 65 ff.
- <sup>14</sup> In one of several treatises written by Dee in the 1580s to encourage British exploratory expeditions in search of the Northwest Passage, he coined the term 'British Empire'. In 1577 Dee published *General and Rare Memorials pertayning to the Perfect Arte of Navigation. Annexed to the Paradoxical Cumpas*, in Playne: now first published: 24. yeeres, after the first Intention thereof, London, 1577, a work setting out his vision of a maritime empire and alleged English territorial claims on the New World.
- <sup>15</sup> B. Sordi, *Public Law before 'Public Law'*, in H. Pihlajamäki, M.D. Dubber, M. Godfrey (eds.), *The Oxford Handbook of European Legal History*, Oxford, Oxford University Press, 2018, pp. 705 ff., 720 f. Thomas Smith's *De Republica Anglorum* argued for a supreme power of king, lords and commons to be vested in a Parliament (Sordi, *Public Law before 'Public Law'* cit., pp. 720 f.); Parliament asserted an increasingly independent power as a representative assembly. According to Smith, the Parliament of England «representeth and hath the power of the whole realme both the head and the body», i.e. «from the Prince (be he King or Queene) to the lowest person of Englande». T. Smith, *De republica Anglorum. The maner of gouvernement or policie of the realme of England, compiled by the honorable man Thomas Smyth, Doctor of the ciuill lawes, knight, and principall secretarie vnto the two most worthie princes, King Edward the sixth, and Queene Elizabeth. Seene and allowed*. London, printed by Henrie Middleton for Gregorie Seton, 1583, Middleton edition, Book II, chap. 1, p. 34. «The most high and absolute power of the realme of Englande, consisteth in the Parliament. For as in warre where the king himself in person, the nobilitie, the rest of the gentilitie, and the yeomanrie are, is parliament force and power of Englande»; for peace Smith continues to describe the consultation and «mature deliberation» of «everie bill of lawe» and defines the consent of the «Prince himselfe in presence of both the parties (=houses)» as law: «That which is done by this consent is called firme, stable, and sanctum, and is taken for lawe». (Smith, *De republica Anglorum* cit., p. 35).
- <sup>16</sup> *The manner of Gouvernement or policie of the Realme of England*; the edition used here is the 1583 one by Henrie Middleton, in Cambridge King's College Manuscript Keynes D. 3.52, repr., Amsterdam, Theatrum Orbis Terrarum Ltd-Da Capo Press, 1970.
- <sup>17</sup> Smith, *De Republica Anglorum* cit., Book I, chap. 10: *What is a commonwealth*, p. 10.
- <sup>18</sup> Müßig, *Reason and Fairness* cit., pp. 142 ff.
- <sup>19</sup> Smith, *De Republica Anglorum*, Book I, chap. 15: *That the commonwealth or policie must be according to the nature of the people*, p. 17.
- <sup>20</sup> J. Harrington, *The Commonwealth of Oceana*, in J.G.A. Pocock (ed.), *The Political Works of James Harrington*, Cambridge, Cambridge University Press, 1971, p. 277.
- <sup>21</sup> U. Müßig, *Montesquieu's mixed monarchy model and the indecisiveness of the 19th century Constitutionalism between monarchical and popular sovereignty*, in «Historia et ius», n. 3, 2013, paper 5 <<http://www.historiaetius.eu/uploads/5/9/4/8/5948821/mussig.fnale.pdf>>, 30 July 2020.
- <sup>22</sup> On the association of the Republic with the promotion of the common good, see N. Machiavelli, *Discorsi sopra la prima Deca de Tito Livio (1513-1519)*; Ge. tr. *Staat und Politik*, Frankfurt am Main, Insel-Verlag, 2000, II 2, p. 182.
- <sup>23</sup> H. Münkler, *Machiavelli, Die Begründung des politischen Denkens der Neuzeit aus der Krise der Republik Florenz*, Frankfurt am Main, Fischer, 1984, pp. 87, 97-105.
- <sup>24</sup> J.H. Burns, M. Goldie (eds.), *The Cambridge History of Political Thought 1450-1700*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991, p. 446.
- <sup>25</sup> J.G.A. Pocock, *The Machiavellian Moment, Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*, Princeton, Princeton University Press, 1975. Q. Skinner, *Liberty before Liberalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- <sup>26</sup> Pocock, *The Machiavellian Moment* cit., and Skinner, *Liberty before Liberalism* cit.; and P. Hölzing, *Republikanismus: Geschichte und Theorie*, Stuttgart, Steiner, 2014.
- <sup>27</sup> Q. Skinner, *A Third Concept of Liberty*, in «Proceedings of the British Academy», n. 117, 2002, pp. 237-268.
- <sup>28</sup> A. Sidney, *Discourses concerning government (1681-1683)*, edited by T. Hollis, J. Robertson, London 1772, p. 18.
- <sup>29</sup> J. Trenchard, T. Gordon (eds.), *Cato's Letters, or Essays on Liberty, Civil and Religious, and Other Important Subjects*, vol. 2, London 1723, pp. 249 f.
- <sup>30</sup> Skinner, *Liberty before Liberalism*, cit.
- <sup>31</sup> Q. Skinner, *Die Idee der negativen Freiheit. Machiavelli und die moderne Diskussion*, in Q. Skinner (hrsg.) *Visionen des Politischen*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1984, pp. 135-172.
- <sup>32</sup> P. Pettit, *Two Republican Traditions*, in A. Niederberger, P. Schink (eds.), *Republican Democracy*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2013, p. 173.
- <sup>33</sup> According to Pocock in his edition (with introduction) of *The Political Works of James Harrington* cit., p. 15.
- <sup>34</sup> *Act Abolishing the Office of King of 17 March 1649*, in D. Willoweit, U. Seif (=Müßig) (hrsg.), *Europäische Verfassungsgeschichte*, München, Beck, 2003, pp. 207 ff.

- <sup>35</sup> M. Nedham, *Mercurius Politicus, Comprising the Sum of All Intelligence, with the Affairs and Designs Now on Foot in the Three Nations of England, Ireland, & Scotland: in Defence of the Commonwealth*, London, Cornmarket Press, 1971, vol. I, p. 322.
- <sup>36</sup> Burns, Goldie (eds.), *The Cambridge History of Political Thought 1450-1700* cit., p. 448.
- <sup>37</sup> T. Hobbes, *Leviathan or, The Matter, Form, and Power of a Commonwealth, Ecclesiastical and Civil*, in W. Molesworth (ed.), *The English Works of Thomas Hobbes*, vol. III, London 1839, Reprint Aalen, Scientia, 1962, pp. 134, 139, 168.
- <sup>38</sup> The Hobbesian are eradicated by the fact that his ('methodological') individualism paradoxically postulates – as a war of all against all – the de facto abandonment of individual rights.
- <sup>39</sup> Burns, Goldie (eds.), *The Cambridge History of Political Thought 1450-1700* cit., p. 451.
- <sup>40</sup> J. Harrington, *The Commonwealth of Oceana*, in Pocock (ed.), *The Political Works of James Harrington* cit., p. 30.
- <sup>41</sup> More details in the Burns, Goldie (eds.), *The Cambridge History of Political Thought 1450-1700* cit., pp. 463 ff.
- <sup>42</sup> Harrington, *The Commonwealth of Oceana*, in Pocock (ed.), *The Political Works of James Harrington* cit., p. 401.
- <sup>43</sup> More details at Burns, Goldie (eds.), *The Cambridge History of Political Thought 1450-1700* cit., p. 447.
- <sup>44</sup> Sidney, *Discourses concerning Government* cit., pp. 127 ff.
- <sup>45</sup> Müßig, *Reason and Fairness* cit., pp. 173 ff.
- <sup>46</sup> Henry Neville, trans. Niccolò Machiavelli, *The History of Florence* (London 1675), Nicolas Machiavelli's 'Letter' p. 4: «Why should I be condemned ... for preferring a Commonwealth before a Monarchy? ... [having] concluded that a Democracy founded upon good orders is the ... most excellent Government ... none ... would oppose me, [but] such as will wrest Aristotle, and even Plato to himself, and make them write for Monarchy». Influence of the consent-oriented preferences (contrary to imposed government) can be identified from Protestant resistance theorists of the later sixteenth century and the conciliar movement, which reached a climax and conclusion with Nikolaus von Kues (Graf Kilmansegg, *Volkssouveränität* cit., pp. 65 ff.).
- <sup>47</sup> Sidney, *Discourses concerning government (1681-1683)* cit., p. 160: «Nothing is farther from my intention than to speak irreverently of kings».
- <sup>48</sup> N. Machiavelli, *Lettera a Zanobi Buondelmonti (1520)*: En. tr. *Nicholas Machiavel's Letter to Zanobius Buondelmontius in vindication of Himself and His writings*, in *The works of the famous Nicolas Machiavel citizen and secretary of Florence*, London, 1675, p. 4.
- <sup>49</sup> Sidney, *Discourses concerning government (1681-1683)* cit., pp. 13, 25, 55, 337, 424, 464. This is the argument of Burns, Goldie (eds.), *The Cambridge History of Political Thought* cit., p. 471 with more references.
- <sup>50</sup> Sidney, *Discourses concerning government (1681-1683)* cit., chap. 2, sec. 2, p. 25.
- <sup>51</sup> Ivi, chap. 2, sec. 11, p. 13.
- <sup>52</sup> Ivi, chap. 2, sec. 20, p. 55.
- <sup>53</sup> According to Machiavelli Rome had built its territorial expansion on military commands, which inevitably led the Roman people into servitude: Sulla's and Marius' dictatorship, which Salust witnessed as contemporary, preceded the tyranny of Julius Caesar and the loss of popular liberty under the emperor (N. Machiavelli, *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio*, Milano, Rizzoli, 1984, III, 24 pp. 529-530). The following argumentation owes the references to D. Armitage, *Empire and Liberty. A Republican Dilemma*, in M. van Gelderen, Q. Skinner (eds.), *Republicanism. A Shared European Heritage*, vol. II: *The Values of Republicanism in Early Modern Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, pp. 31 ff.
- <sup>54</sup> C. Davenant, *The Political and Commercial Works of Charles Davenant*, edited by C. Whitworth, London, 1771, reprint 1967, vol. I, p. 30; vol. II, p. 275.
- <sup>55</sup> H. Parker, *Of a Free Trade. A discourse seriously recommending to our Nation the wonderful benefits of Trade especially of a rightly Governed, and Ordered Trade*, London, 1648, pp. 3 f.; cit. according to Armitage, *Empire and Liberty* cit., vol. II, p. 40.
- <sup>56</sup> Davenant, *The Political and Commercial Works of Charles Davenant* cit., vol. II, p. 35; C. Davenant, *An Essay upon Universal Monarchy*, in Id., *Essays upon I. The Ballance of Power, II. The Right of making War, Peace and Alliances, III. Universal Monarchy*, London, 1701, p. 288.
- <sup>57</sup> J. Trenchard, T. Gordon, *Cato's Letters, or Essays on Liberty, Civil and Religious, and Other Important Subjects*, vol. I, London 1737, pp. 442, 445 ff.
- <sup>58</sup> Sordi, *Public Law before 'Public Law'*, cit., pp. 705 ff., 722.
- <sup>59</sup> H. Bolingbroke, *A Dissertation of Parties (1733-34)*, in D. Armitage (ed.), *Political Writings*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997, Letter X, p. 88; Müßig, *Montesquieu's mixed monarchy model and the indecisiveness of the 19th century Constitutionalism between monarchical and popular sovereignty* cit., p. 5.
- <sup>60</sup> U. Müßig, *Summum ius, summum iniuria - Zur Korrekturbedürftigkeit des strengen Rechts in deutschen und englischen Rechtsquellen*, in U. Müßig (ed.), *Ungerechtes Recht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013, pp. 23-65; U. Müßig, *Si iudex non facit iustitiam - Equity (aequitas, billichkeit) reconsidered*, in L. Laccchè, E. Calzolaio (eds.), *Justice and unjusticiability: perspectives and issues between history and comparison*, Münster, LIT-Verlag, 2019, pp. 42-76.

- <sup>61</sup> Montesquieu, *Considerations sur les causes de la Grandeur des Romains et de leur Decadence*, chap. IX, *Oeuvres complètes, texte présenté et annoté par Roger Cailliois*, Paris, Gallimard, Pléiade-edition, 1951, vol. II, p. 120: «Elle perdit sa liberté, parce qu'elle acheva trop tôt son ouvrage».
- <sup>62</sup> D. Hume, *Of the Balance of Power*, in E.F. Miller (ed.), *David Hume. Essays Moral, Political and Literary*, Indianapolis, Liberty Classics, 1985, p. 341.
- <sup>63</sup> D. Hume, *Of Refinement in the Arts*, in ivi, p. 276.
- <sup>64</sup> Armitage, *Empire and Liberty* cit., vol. II, p. 44; J. Robertson, *Universal Monarchy and the Liberties of Europe. David Hume's Critique of an English Whig Doctrine*, in N. Philipson, Q. Skinner (eds.), *Political Discourses in Early Modern Britain*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993, pp. 349 ff., 351-356.
- <sup>65</sup> Armitage, *Empire and Liberty* cit., vol. II, p. 44.
- <sup>66</sup> D. Hume, *Idea of a Perfect Commonwealth*, in Miller (ed.), *Essays Moral, Political and Literary* cit., p. 527.
- <sup>67</sup> Armitage, *Empire and Liberty* cit., vol. II, p. 46. He points out, that the connection between Hume's *Idea of a Perfect Commonwealth* and the Federalists was first articulated by G. Marshall, *David Hume and Political Skepticism*, in «Philosophical Quarterly», n. 4, 1954, pp. 247 ff., 255 f. and D. Adair, "That Politics May Be Reduced to a Science": *David Hume, James Madison and the Tenth Federalist*, in «Huntington Library Quarterly», n. 20, 1957, pp. 343 ff., 348-357.
- <sup>68</sup> J. Harrington, *The Commonwealth of Oceana*, in J.G.A. Pocock (ed.), *The Political Works of James Harrington*, Cambridge, Cambridge University Press, 1971, p. 277.
- <sup>69</sup> Armitage, *Empire and Liberty* cit., vol. II, p. 41.
- <sup>70</sup> J.G.A. Pocock, *Politics, Language and Time. Essays on Political Thought and History*, New York, Atheneum, 1971, p. 146.
- <sup>71</sup> Thomas Jefferson to George Rogers Clark, 25 December 1780, in J.P. Boyd et al. (eds.), *The Papers of Thomas Jefferson*, vol. 4, Princeton NJ, Princeton University Press, 1951, pp. 237 f.
- <sup>72</sup> Modification of the title 'Empire and liberty', how David Armitage headed his leading essay on British republicanism before David Hume. The full title adds 'A Republican Dilemma' and is edited in van Gelderen, Skinner (eds.), *Republicanism. A Shared European Heritage* cit., vol. II, pp. 29-46.
- <sup>73</sup> Borrowed from title of L. Banning, *The Practical Sphere of a Republic: James Madison, the Constitutional Convention, and the Emergence of Revolutionary Federalism*, in R. Beeman, S. Botein, E.C. Carter (eds.), *Beyond Confederation: Origins of the Constitution and American National Identity*, Chapel Hill, The University of North Carolina Press, 1987, pp. 162-187.
- <sup>74</sup> In his lectures before the future King Maximilian II of Bavaria 1854 Ranke states (in full length): «a greater revolution than had ever been seen before in the world, it was a complete reversal of the principle [...]. Only now did the theory of representation take on its full meaning after it had formed a state». L. von Ranke, *Über die Epochen der neueren Geschichte. Vorträge dem Könige Maximilian II. von Bayern im Herbst 1854 zu Berchtesgaden gehalten*, hrsg. v. A. Dove, Leipzig, Duncker & Humblot, 1888, pp. 215 f. Cf. also K.H.L. Pölitiz, *Die Staatensysteme Europa's und Amerika's seit dem Jahre 1783, geschichtlich-politisch dargestellt*, vol. 1, Leipzig, 1826, p. X: «that political ideas which otherwise belonged only to the world of writers [entered] the real world and the internal and external life of states».
- <sup>75</sup> «America, you are better off than Our continent, the old ...» (J.W. von Goethe, *Zahme Xenien: Den vereinigten Staaten*, in *Nachgelassene Werke*, vol. XVI, Stuttgart-Tübingen, Cotta, 1842, p. 96).
- <sup>76</sup> Eight royal colonies, three owners' and two charter colonies. On the classification of the colonial charters as 'constitutional state framework' (*Verfassungsstaatlichkeit*), even if not constitutions in the modern sense see H. Fenske, *Der moderne Verfassungsstaat, eine vergleichende Geschichte von der Entstehung bis zum 20. Jahrhundert*, Paderborn, Ferdinand Schöningh, 2001, p. 87. Cf. Müßig, key note *Networkers of the Constitutional Discourses in 18th c. Europe – The British American discursive common law community at the BLHC*, July 2017.
- <sup>77</sup> C. Williamson, *American Suffrage: From Property to Democracy 1760-1860*, Princeton NJ, Princeton University Press, 1760; H. Dippel, *Die Amerikanische Revolution 1763-1787*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1985, p. 24.
- <sup>78</sup> This was especially true in the northern and eastern colonies, less so in Virginia and South Carolina. The abolition of the fidei-commissum and primogeniture during the War of Independence reinforced this tendency.
- <sup>79</sup> A. Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, New York, Modern Library, 1937, p. 552.
- <sup>80</sup> G.S. Wood, *The Creation of the American Republic 1776-1787*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1969.
- <sup>81</sup> Hamilton, Art. 15: *Are we even in a condition to remonstrate with dignity?*, in A. Hamilton, *The Federalist* No. 15, in A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, *The Federalist Papers*, edited by Clinton Rossiter with a *New Introduction and Notes by C. R. Kesler*, New York, Mentor, 1999, p. 74.
- <sup>82</sup> The close association of property rights with individual dignity in the minds of the farmers is mentioned by Chafee, p. 2 with reference to Amendment IV (Z. Jr. Chafee (ed.), *Documents on Fundamental Human Rights*, vol.

- I., Harvard, Harvard University Press, 1951).
- <sup>83</sup> U. Müßig, key note *Networkers of the Constitutional Discourses in 18th c. Europe – The British American discursive common law community* at the BLHC, July 2017.
- <sup>84</sup> Diss. U. Seif (=Müßig), *Der Bestandsschutz besitzloser Mobiliarsicherheiten im deutschen und englischen Recht*, Tübingen, Mohr, 1997, pp. 148 ff.
- <sup>85</sup> A confederation of states oriented towards common defence and foreign policy, the regulation of disputes between states and intergovernmental cooperation.
- <sup>86</sup> R. Middlekauff, *The Glorious Case. The American Revolution 1763-1789*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2005, p. 616.
- <sup>87</sup> This is matched by the controversy about an economic interpretation of the US founding following Charles A. Beard's work in 1913, who claimed that the founding fathers' interests were guided more by their needs as mercantilists, slave owners and speculators than by historical and cultural heritage (C.A. Beard, *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*, reprint New York, Free Press, 1965). Against him R.E. Brown, *Charles Beard and the Constitution. A Critical Analysis of the Economic Interpretation of the Constitution*, Princeton, Princeton University Press, 1956.
- <sup>88</sup> Wood, *The Creation of the American Republic 1776-1787* cit., pp. 465 ff.
- <sup>89</sup> J. Heideking, *Die Verfassung vor dem Richterstuhl, Vorgeschichte und Ratifizierung der amerikanischen Verfassung 1787-1791*, Berlin-New York, de Gruyter, 1988.
- <sup>90</sup> The Constitution was presented to the convention on September 12; except for Edmund Randolph, George Mason and Elbridge Gerry all other delegates signed the approval of the constitution on 17 September 1787.
- <sup>91</sup> Art. IV sec. 4 of the American constitution 1787; Willoweit, Müßig (hrsg.), *Europäische Verfassungsgeschichte*, cit., n. 34, p. 275.
- <sup>92</sup> B. Bailyn (ed.), *The Debate on the Constitution. Federalist and Antifederalist Speeches, Articles and Letters During the Struggle over Ratification*, two volumes, New York, Library of America, 1993. The battle for ratification was especially vital in Virginia and New York, states with ardent opposition and yet indispensable for the Constitution's successful launch.
- <sup>93</sup> B. Bailyn, *The Ideological Origins of the American Revolution*, Cambridge-London, Harvard University Press, 1992, p. 331.
- <sup>94</sup> J. Ketelhut, *Federalists, Anti-Federalists and das Ringen um die Ratifikation der amerikanischen Bundesverfassung*, in R. Lhotta (ed.), *Die hybride Republik, Die Federalist Papers und die politische Moderne*, Baden-Baden, Nomos, 2010, pp. 19, 24 ff.
- <sup>95</sup> G.S. Wood, *Empire of Liberty. A History of the Early Republic 1789-1815*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2009, p. 20.
- <sup>96</sup> A. Kupersmith, *Montesquieu and the Ideological Strain in the Antifederalist Thought*, in W.C. McWilliams, M.T. Gibbons (eds.), *The Federalist, the Antifederalists, and the American Political Tradition*, Westport, Greenwood Press, 1992, pp. 47 ff., 60; M.I. Meyerson, *Liberty's Blueprint. How Madison and Hamilton Wrote the Federalist Papers, Defined the Constitution, and Made Democracy Safe for the World*, New York, Basic Books, 2008, p. 176.
- <sup>97</sup> Madison, *The Federalist No. 10*, in Hamilton, Madison, Jay, *The Federalist Papers* cit., p. 49; Madison, *The Federalist*, No. 39, in Hamilton, Madison, Jay, *The Federalist Papers* cit. p. 208 (differentiation from Holland, Venice, Poland, England), 209. Whereas Art. 10 lectures on the difference between the expanded representative republic and direct democracy, art. 39 concentrates on the novelties, representation and popular sovereignty. If not indicated otherwise, further page references in regard to Federalists' quotations refer to the Mentor-Edition, and are stated with the name, art. and page.
- <sup>98</sup> Madison, *The Federalist No. 57*, in Hamilton, Madison, Jay, *The Federalist Papers* cit. p. 319.
- <sup>99</sup> English republicanism with its entanglement by the mixed constitution balance ideal and the virtual representation in a conciliar body with noble interaction. Cf. John G.A. Pocock has argued that the American Revolution was strongly influenced by republican thinking in the wake of James Harrington, with reference to the work of Jack Pole, Bernard Bailyn and Gordon Wood. At its core was the narrowing of the American Revolution to a liberalism only in succession to John Locke (e.g. A. Kalyvas, I. Katznelson, *The Republic of the Moderns: Paine's and Madison's Novel Liberalism*, in «Polity», n. 38, 2006, pp. 447-477).
- <sup>100</sup> U. Müßig, *A New Order of the Ages. Normativity and Precedence*, in U. Müßig (ed.), *Reconsidering Constitutional Formation II: Decisive Constitutional Normativity, Form Old Liberties to New Precedence*, Cham, Springer, 2018, pp. 1-97; therein *The Constitutionality of the Colonies' Legal Argumentation Conducting their Case like a Common Law Litigation*, pp. 9 ff.-33; *Establishing Constitution as Law*, pp. 33 ff.
- <sup>101</sup> Details in Müßig, *A New Order of the Ages. Normativity and Precedence* cit., p. 4.
- <sup>102</sup> Madison, *The Federalist No. 10*: American virtuous citizens are «equally the friends of public and private faith and of public and personal liberty» in Hamilton, Madison, Jay, *The Federalist Papers* cit., p. 45.
- <sup>103</sup> For Montesquieu, one of the most widely read authors in the discourse of early America, it is the aristocratic intermediate powers that best embody the republican virtues for the good of the people (cf. C. de Montesquieu, *De l'Esprit des Lois – Defense de l'Esprit des*

- Lois, tome 1, Paris, Gabalda, 1909, liv. II, chap. IV, pp. 22 ff.; Müßig, *Montesquieu's mixed monarchy model and the indecisiveness of the 19th century Constitutionalism between monarchical and popular sovereignty* cit.); For Montesquieu the aristocracy seems to be an imperfect democratic republic, while *Cato's letter* of John Trenchard and Thomas Gordon make the republican virtue of patriotism, available to readers in the British colonies in idealization of the ancient Roman republican tradition. The newspaper essays (1720-1723) written by the publicists Trenchard and Gordon (six editions in the years 1733-1755) were an effective way of presenting the English system of government as a free government. J. Trenchard, T. Gordon, *Cato's Letters, or Essays on Liberty, Civil and Religious, and other Important Subjects. In Four Volumes*, vol. 1-4, London 1755.
- <sup>104</sup> Hamilton, *The Federalist No. 9*, in Hamilton, Madison, Jay, *The Federalist Papers* cit., p. 42. Cf. also Madison, *The Federalist No. 39*, in *ivi*, pp. 211 ff.
- <sup>105</sup> E. Burke, *Letter to Sir Hercules Langrishe, on the Subject of the Roman Catholics of Ireland and the Propriety of admitting them to the elective Franchise, consistently with the Principles of the Constitution, as established at the Revolution (1792)*, in E. Burke, *The Works*, Boston, Little, Brown & co., 1884, Vol. IV, pp. 241 ff., 293. Quote traced via B. Brunhöber, *Die Erfindung "demokratischer Repräsentation" in den Federalist Papers*, in Lhotta (hrsg.), *Die hybride Republik*, cit., pp. 59 ff., 64.
- <sup>106</sup> Madison, *The Federalist No. 10*, in Hamilton, Madison, Jay, *The Federalist Papers* cit., p. 76.
- <sup>107</sup> Art. I sec. 2 cl. 1, 2, sec. 3 cl. 1; Art. II sec. 1 cl. 2 (Willoweit, Seif (=Müßig) (hrsg.), *Europäische Verfassungsgeschichte* cit., n. 34, pp. 255 ff., 267). It was the most egalitarian voting system of this time (B. Brunhöber, *Die Erfindung "demokratischer Repräsentation" in den Federalist Papers*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, pp. 115-120.
- <sup>108</sup> Letter from Brutus to the New York Journal of 18 October 1787, in H.J. Storing Herbert (ed.), *The Complete Anti-Federalist*, vol. 2, Chicago-London, University of Chicago Press, 1981, p. 369.
- <sup>109</sup> Hamilton, *The Federalist No. 35*, in Hamilton, Madison, Jay, *The Federalist Papers* cit., p. 182.
- <sup>110</sup> Ivi, p. 183. Cf. also Madison, *The Federalist No. 57* cit., pp. 319 f.
- <sup>111</sup> Ivi, p. 319.
- <sup>112</sup> Madison, *The Federalist No. 48*, p. 279; Madison, *The Federalist No. Art. 57*, p. 384; Madison, *The Federalist No. Art. 63*, p. 355; Hamilton, *The Federalist No. Art. 70*, p. 397; Hamilton, *The Federalist No. Art. 77*, p. 429. More extensively, Brunhöber, *Die Erfindung "demokratischer Repräsentation" in den Federalist Papers* cit., pp. 148-158.
- <sup>113</sup> The following three steps are developed by Beatrice Brunhöber (Brunhöber, *Die Erfindung "demokratischer Repräsentation" in den Federalist Papers*, in Lhotta (hrsg.), *Die hybride Republik, Die Federalist Papers und die politische Moderne* cit., pp. 59 ff., 69).
- <sup>114</sup> Unlike in Hume's multi-level government, the representatives in Madison are on equal levels.
- <sup>115</sup> Madison, *The Federalist No. 10*, cit., p. 46.
- <sup>116</sup> Ivi, p. 51.
- <sup>117</sup> H. Buchstein, *Repräsentation ohne Symbole – die Repräsentationstheorie des „Federalist“ und von Hanna F. Pitkin*, in G. Göhler et al. (eds.), *Institution – Macht – Repräsentation: Wofürpolitische Institutionen stehen und wie sie wirken*, Baden-Baden, Nomos, 1997, pp. 376 ff., 396.
- <sup>118</sup> Madison, *The Federalist No. 10* cit., pp. 51 f.; Madison, *The Federalist No. 57*, cit., p. 318.
- <sup>119</sup> Brunhöber, *Die Erfindung "demokratischer Repräsentation" in den Federalist Papers*, in Lhotta (hrsg.), *Die hybride Republik, Die Federalist Papers und die politische Moderne* cit., p. 70. On this contra B. Zehnpenning, *Einleitung* in A. Hamilton, J. Jay, *Die "Federalist Papers"*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1993, pp. 1 ff., 12 (Remains of a substantial common good preserved); R.A. Dahl, *A Preface to Democratic Theory: How does popular sovereignty function in America?*, Chicago, University of Chicago Press, 1956-2006, pp. 152 ff., 159 f.
- <sup>120</sup> The constitutional normativisation can span the discursive field (remaining within the mathematical metaphor as between x and y axis), if one agrees with its discursive dependency as explained by ReConFort, <www.reconfort.eu>.
- <sup>121</sup> Brunhöber, *Die Erfindung "demokratischer Repräsentation" in den Federalist Papers*, in Lhotta (hrsg.), *Die hybride Republik, Die Federalist Papers und die politische Moderne* cit., p. 74 makes a transfer to J. Habermas, *Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, pp. 161, 600 ff.
- <sup>122</sup> G.S. Wood, *Democracy and the Constitution*, in R.A. Goldwin, W.A. Schambra (eds.), *How democratic is the constitution?*, Washington D.C., American Enterprise Institute, 1980, p. 47; Cf. also G.S. Wood, *The Creation of the American Republic 1776-1787* cit.
- <sup>123</sup> Th. Paine, *The Rights of Man (1792)*, in P.S. Foner (ed.), *The Complete Writings of Thomas Paine*, vol. 2, New York, Citadel Press, 1945, pp. 345 ff., 369 ff. Paine's republicanism, as egalitarian democratic counter-proposal against the illegitimate feudal rule of the English king over the colonies, starts the 'democratization' of the American republicanism and made the *Common Sense* (1776) programmatic fanal of the American independence movement. His idea of the social contract as a historically anchored founding

- act of rational legitimacy requires the consent and agreement of the citizens, instead of Burke's sole attachment to tradition.
- <sup>124</sup> Madison, *The Federalist No. 39* cit., p. 208.
- <sup>125</sup> Ivi, p. 209.
- <sup>126</sup> G.S. Wood, *The Creation of the American Republic 1776-1787* cit., p. 562; J. Tolbert Roberts, *Athens on Trial. The Antidemocratic Tradition in Western Thought*, Princeton, Princeton University Press, 1994, p. 186.
- <sup>127</sup> Madison, *The Federalist No. 10* cit., p. 49.
- <sup>128</sup> *Ibidem*.
- <sup>129</sup> J. Madison, *Note to his Speech on the Right of Suffrage (1821)*, in M. Farrand (ed.), *The Records of the Federal Convention of 1787*, vol. III, New Haven, Yale University Press, 1937, p. 450.
- <sup>130</sup> Ivi, p. 299.
- <sup>131</sup> Madison, *The Federalist No. 10* cit., p. 49.
- <sup>132</sup> *Ibidem*.
- <sup>133</sup> Madison, *The Federalist No. 39* cit., p. 209.
- <sup>134</sup> The Federalists' democratic use of republicanism mixes the founding rational legitimacy by popular government with the republican communication of the legality of the consented commonwealth (as distinct from purely democratic!).
- <sup>135</sup> Plato's ideal state is equal opportunity for all citizens (perfect democracy), selection of the best through training and renunciation of private happiness: rule of the best, educational dictatorship for the actual well-being of all through censorship of poetry, music and art as well as through eugenics to promote the good and beautiful (Plato rejects Homer's poetry as not conducive). After comparing 158 constitutions, Aristotle declares that the constitution must be based on concrete needs and historical conditions, because politics is applied ethics, man a zoon politikon. The good forms of government include (representative) democracy, monarchy and aristocracy, the degenerate forms ochlocracy (direct democracy), tyranny and oligarchy.
- <sup>136</sup> D. Jörke, *Die Transformation des Republikbegriffs in den Federalist Papers*, in Lhotta (hrsg.), *Die hybride Republik – Die Federalist Papers und die politische Moderne* cit., pp. 39 ff., 45; E.G. Lee, *Representation, Virtue, and Political Jealousy in the Brutus-Publius Dialogue*, in «Journal of Politics», n. 59, 1997, pp. 1073-1095; D.J. Siemers, *Ratifying the Republic. Anti-Federalists and Federalists in Constitutional Time*, Stanford, Stanford University Press, 2002.
- <sup>137</sup> Madison *The Federalist No. 10* cit., pp. 51 f.
- <sup>138</sup> *Ibidem*.
- <sup>139</sup> *Ibidem*.
- <sup>140</sup> G.S. Wood, *Interests and Disinterestedness in the Masking of the Constitution*, in R. Beeman, S. Botein, E.C. Carter II (eds.), *Beyond Confederation. Origins of the Constitution and American National Identity*, Chapel Hill-London, The University of North Carolina Press, 1987, pp. 69-109 and A. Gibson, *Impartial Representation and the Extended Republic. Towards a Comprehensive and Balanced Reading of the Tenth Federalist Paper*, in «History of Political Thought», n. 22, 1991, pp. 263-304 stress the radical democratic practice of the people-out-of-doors; this is spotted by D. Jörke, *Die Transformation des Republikbegriffs in den Federalist Papers*, in Lhotta (ed.), *Die hybride Republik – Die Federalist Papers und die politische Moderne* cit., pp. 39 ff. even in Madison's pamphlet *Vices of the Political System of the United States* (1787). Thus, the uprising of over-indebted small farmers in 1789, known as the Shays Rebellion, was the decisive impetus for the convening of the Constitutional Convention of Philadelphia.
- <sup>141</sup> Madison, *The Federalist No. 10* cit., p. 52.
- <sup>142</sup> Ivi, p. 50. Similar Madison, *The Federalist No. 39* cit., p. 209. Cf. also Madison, *The Federalist No. 65* cit., p. 354: «The difference most relied on between the American and other republics consists in the principle of representation», unknown to the Ancient republics.
- <sup>143</sup> Armitage, *Empire and Liberty: A Republican Dilemma* cit., vol. II, p. 46. He points out, that the connection between Hume's *Idea of a Perfect Commonwealth* and the Federalists was first articulated by G. Marshall, *David Hume and Political Skepticism*, in «Philosophical Quarterly», n. 4, 1954, pp. 247 ff., 255 ff. (literal similarities) and D. Adair, *That Politics May Be Reduced to a Science*, in «Huntington Library Quarterly», n. 20, 1957, pp. 343 ff., 348-357.
- <sup>144</sup> Ch. de Montesquieu, *Oeuvres complètes, texte présenté et annoté par Roger Caillois*, Paris, Callimard, 1951, Pléiade-edition), vol. II, p. 251, 254.
- <sup>145</sup> Madison, *Note to his Speech on the Right of Suffrage (1821)* cit., p. 450.
- <sup>146</sup> *Ibidem*.
- <sup>147</sup> Ch.F. Adams (edited by), *The works of John Adams, Second President of the United States*, Boston, 1851, vol. IV, p. 194.
- <sup>148</sup> Madison, *The Federalist No. 55*, p. 314: «that there is not sufficient dignity among men for self-government».
- <sup>149</sup> Madison *The Federalist No. 39* cit., p. 208.
- <sup>150</sup> Madison, *The Federalist No. 63* cit., p. 355.
- <sup>151</sup> Madison, *The Federalist No. 57* cit., p. 319: «We are to presume that in general they will be somewhat distinguished also by those qualities which entitle them to it, and which promise a sincere and scrupulous regard to the nature of their engagements».
- <sup>152</sup> Art. 1 Sec. 2 American Constitution 1787 reads: «The House of Representatives shall be composed of Members chosen every second Year by the People of the several States, and the Electors

in each State shall have the Qualifications requisite for Electors of the most numerous Branch of the State Legislature» (Willoweit, Seif, *Europäische Verfassungsgeschichte* cit., n. 34, p. 255 ff.).

- <sup>153</sup> Madison, *Note to his Speech on the Right of Suffrage* (1787, reproduced 1821) cit., p. 454. See also M. Schmidt, *Demokratietheorien. Eine Einführung*, 4. Aufl. Wiesbaden, VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2008, p. 105; W. Brugger, *Freiheit, Repräsentation, Integration*, in J. Bohnert et al (hrsg), *Verfassung – Philosophie – Kirche, Festschrift für Alexander Hollerbach zum 70. Geburtstag*, Berlin, Dunker & Humblot, 2001, pp. 515 ff., 525.
- <sup>154</sup> C.S. Wood, *The Creation of the American Republic 1776-1787* cit., pp. 506 ff; Brunnhöber, *Die Erfindung "demokratischer Repräsentation" in den Federalist Papers* cit., pp. 215 ff.
- <sup>155</sup> F. Muß, *Präsident und Ersatzmonarch – Die Erfindung des Präsidenten als Ersatzmonarch in der amerikanischen Verfassungsdebatte und Verfassungspraxis*, München, Utz, 2013; More details also in J.M. Roberts, O.A. Westad, *The Penguin History of the World*, London, University of Oxford Press, 2013<sup>6</sup>, pp. 729 ff.
- <sup>156</sup> Madison, *The Federalist No. 14*, in Hamilton, Madison, Jay, *The Federalist Papers* cit., pp. 69 f.
- <sup>157</sup> Art. VII American Constitution 1787 (Willoweit, Müßig, *Europäische Verfassungsgeschichte* cit., n. 34, p. 277) specified a quorum of nine. By January 9, 1788, five states of the nine necessary for ratification had approved the Constitution - Delaware, Pennsylvania, New Jersey, Georgia, and Connecticut. In February, with Federalists agreeing to recommend a list of amendments amounting to a bill of rights, Massachusetts ratified by a vote of 187 to 168. With South Carolina's acceptance of the Constitution in May New Hampshire (with a reconvened ratifying convention)

became the ninth state to ratify in June 1788. North Carolina and Rhode Island refused their approval and initially stayed away from the Union, only in 1789 the former joined and in 1790 (29 May 1790) Rhode Island became the thirteenth state. Majorities in favour of the Constitution had been quite small: only 19 votes in Massachusetts, only 11 in New Hampshire, only 10 in Virginia, only 3 in New York.

- <sup>158</sup> National elections were held in late 1788 and early 1789, and the new government began operations in spring 1789. On 4 March 1789 the first congressional session of the new federal government convenes under the U.S. Constitution.
- <sup>159</sup> C.S. Wood, *The Creation of the American Republic 1776-1787* cit., p. 275 ff.; Müßig, *A New Order of the Ages. Normativity and Precedence*, in Müßig (ed.), *Reconsidering Constitutional Formation II* cit., pp. 1 ff., 40 ff. When Jefferson's secretary of state, James Madison, refused to deliver a last-minute Federalist judicial appointment to William Marbury, the latter sued the first. In writing the decision for a unanimous court, Marshall, a Federalist himself, asserted for the first time the court's prerogative of judicial review, to invalidate part or all of legislation that it found inconsistent with the Constitution. Moreover, the unanimous 'opinion of the Court' was itself a major innovation; initially, the Supreme Court had started with copying the British practice of 'seratim' opinions whereby each justice wrote a separate opinion in every case.
- <sup>160</sup> Madison, *The Federalist, No. 51*, in Hamilton, Madison, Jay, *The Federalist Papers* cit., p. 290.
- <sup>161</sup> Ivi, p. 290.
- <sup>162</sup> All quotes Madison, *The Federalist No. 10* cit., pp. 45 ff.
- <sup>163</sup> Following the stock-taking by James T. Kloppenberg prominent titles are L. Hartz, *The Liberal Tradition in America. An Interpretation*

*of America Political Thought since the Revolution*, New York, Harcourt, Brace & World, 1955; D. Boorstin, *The Genius of American Politics*, Chicago, Chicago University Press, 1953; B. Bailyn, *The Ideological Origins of the American Revolution*, Cambridge MA-London, Belknap Press of Harvard University Press, 1992; G.S. Wood, *The Creation of the American Republic 1776-1787* cit.; H.F. May, *The Enlightenment in America*, New York, Oxford University Press, 1976; M. White, *The Philosophie of the American Revolution*, New York, Oxford University Press, 1978; G. Wills, *Inventing America: Jefferson's Declaration of Independence*, Garden City, Doubleday, 1978; D.H. Meyer, *The Democratic Enlightenment*, New York, Putnam, 1976; the essays collected in the issue J. Ellis, *An American Enlightenment*, Editor's Introduction, in «American Quarterly», n. 28, 1976, pp. 147-293.

- <sup>164</sup> J.T. Kloppenberg, *The Virtues of Liberalism, Christianity, Republicanism, and Ethics in Early American Political Discourse*, in «The Journal of American History», n. 74, 1987, pp. 9 ff., 23. Sorting out the competing interpretations more deeply would require more research on the influences of the Scottish philosophers Francis Hutcheson and Thomas Reid, whose ideas reflect Kantian lines of arguments. In a further section here, the Kantian interlinkage between reason-gifted autonomy and self-government by self-determined laws clear will become clear. Also a re-reading of Smith's *Wealth of the Nations* in regard to market mechanisms as means to a moral end is a desideratum for further publications. Cf. A. Smith, *The Theory of Moral Sentiments*, New Rochelle NY, Cambridge University Press, 1969, p. 47: «How selfish soever man may be supposed, there are evidently some principles in his nature, which interest him in the fortune of others, and render their happi-

- ness necessary to him, though he derives nothing from it, except the pleasure of seeing it».
- <sup>165</sup> Müßig, *Reason and Fairness* cit., pp. 173 ff.
- <sup>166</sup> Esp. Hamilton, *The Federalist No. 84*, in Hamilton, Madison, Jay, *The Federalist Papers* cit., p. 478: «the other is that the Constitution adopts, in their full extent, the common and statute law of Great Britain, by which many other rights not expressed in it are equally secured».
- <sup>167</sup> Madison, *The Federalist No. 51*, in ivi, p. 288 ff.
- <sup>168</sup> J. Jay, *The Federalist No. 2* cit., p. 5: «Nothing is more certain than the indispensable necessity of government; and it is equally undeniable that whenever and however it is instituted, the people must cede to it some of their natural rights, in order to vest it with requisite power».
- <sup>169</sup> Madison, *The Federalist No. 51* cit., p. 290.
- <sup>170</sup> *Ibidem*.
- <sup>171</sup> Madison, *The Federalist No. 55*, pers. cit., p. 312: «...I must pronounce that the liberties of America cannot be unsafe in the number of hands proposed by the federal Constitution».
- <sup>172</sup> Ivi, p. 314; the quote continues: «so there are other qualities in human nature which justify a certain portion of esteem and confidence».
- <sup>173</sup> Ivi, p. 314.
- <sup>174</sup> Hamilton, *The Federalist No. 76*, cit., p. 426.
- <sup>175</sup> The Virginia Declaration of Rights, 5 July 1776, <<https://www.archives.gov/founding-docs/virginia-declaration-of-rights>>, 05 August 2020; cf. also Z. Chafee (ed.), *Documents on Fundamental Human Rights*, New York, Atheneum, 1963, vol. I, Nr. 46, pp. 205 ff.
- <sup>176</sup> Delaware Declaration of Rights, 11 Sept. 1776, <[http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/bill\\_of\\_rights4.html](http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/bill_of_rights4.html)>, 03 August 2020; cf. also Chafee, *Documents on Fundamental Human Rights* cit., vol. I, Nr. 48, pp. 207 ff.
- <sup>177</sup> Constitution of Maryland, <<https://msa.maryland.gov/msa/mdmanual/43const/html/00dec.html>>, 03 August 2020, cf. also Chafee, *Documents on Fundamental Human Rights* cit., vol. I, Nr. 49, pp. 210 ff.
- <sup>178</sup> Section A Declaration of Rights Art. I – XXV, Constitution of North Carolina, 18 December 1776, <[https://avalon.law.yale.edu/18th\\_century/nco7.asp](https://avalon.law.yale.edu/18th_century/nco7.asp)>, 03 August 2020; cf. also Chafee, *Documents on Fundamental Human Rights* cit., vol. I, Nr. 50, pp. 216 ff.
- <sup>179</sup> Constitution of Pennsylvania, 28 Sept. 1776, <[https://avalon.law.yale.edu/18th\\_century/pa08.asp](https://avalon.law.yale.edu/18th_century/pa08.asp)>, 03 August 2020.
- <sup>180</sup> Art. I-XXX Constitution of Massachusetts, 1780, <<http://www.nhinet.org/ccs/docs/ma-1780.htm>>, 03 August 2020; cf. also Z. Chafee (ed.), *Documents on Fundamental Human Rights*, Cambridge MA, Harvard University Press, 1951, No. 57, pp. 237 ff. Massachusetts was the first to make a demarcation between the fundamental rights part and the part of the state organization and it was the first to codify the primacy of the constitution.
- <sup>181</sup> Article 2 concerning “varying the compensation for the services of the Senators and Representatives” was finally ratified on May 7, 1992 as the 27th Amendment to the Constitution. The first amendment, which concerned the number of constituents for each Representative, was never ratified. In the 1790s, some Federalists argued that the entire Bill of Rights protected only citizens and not aliens, but the broader interpretation prevailed, particularly after the Civil War.
- <sup>182</sup> G. Stourzh, *Vom Aristotelischen zum liberalen Verfassungsbegriff*, in H. Lutz, G. Klingenstein, F. Engel-Janosi (hrsg.), *Fürst, Bürger, Mensch. Untersuchungen zu politischen und soziokulturellen Wandlungsprozessen im vorrevolu-*
- tionären Europa*, Wien, Verlag für Geschichte und Politik, 1975, pp. 97 ff., 118-122, and in G. Stourzh, *Wege zur Grundrechtsdemokratie. Studien zur Begriffs- und Institutionengeschichte des liberalen Verfassungsstaates*, Wien-Köln u.a., Böhlau, 1989, pp. 1-36.
- <sup>183</sup> *Zahme Xenien (1827): Den vereinigten Staaten*, in J.W. von Goethe, *Nachgelassene Werke*, vol. XVI, Stuttgart-Tübingen, Cotta, 1842, p. 96.
- <sup>184</sup> France supported the colonists with clandestine joy against the hereditary enemy England.
- <sup>185</sup> He shares with Washington and the army the hardships of the winter at Valley Forge, assisting the general as envious and scheming men pursue his deposition. Lafayette becomes a kind of unofficial foreign minister for Washington and experiences a triumphal procession when he returns to Paris in the spring of 1779 on his behalf. Over the next few weeks he advocates the deployment of a French expeditionary corps under Count Rochambeau.
- <sup>186</sup> Lafayette is to talk of the principle of the nation later on in his pre-draft on the declaration of human and citizen rights of July 11, 1789, cf. here No. 3 and AP, Vol. VIII, BN, Microfilm M-11174(4): AP, Vol. VIII, p. 222 [11 juillet 1789]. Malouet criticises in his *Opinion sur l'acte constitutionnel*: «Tel est donc le premier vice de votre Constitution, d'avoir placé la souveraineté en abstraction» (cit. in F. Furet, R. Halévi (éd. par), *Orateurs de la Révolution française*, Paris, Gallimard, édition Pléiade, 1989, vol. I, p. 503).
- <sup>187</sup> A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, vol. 1, Paris, 1835, reprint Paris, Gallimard, 1986, p. 110.
- <sup>188</sup> «The majority's power is the essence of democratic governments...» (Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, cit., vol. 1, part 2, chap. 7, p. 369). This majority, reinforced and supported by public opinion, represents the

- greatest threat to freedom in an egalitarian society.
- <sup>189</sup> The sovereignty of the people secured in the constitution is stabilized in the habits: In local political institutions, communities, associations, juries, and the local press – the so-called ‘elementary schools of freedom’ – Americans acquire the customary civic virtues that animate both the state and the federal constitutions. «Without community institutions a people can give itself a free government; but it does not possess the spirit of freedom», *ivi*, part 1, chap. 5, pp. 112 f.
- <sup>190</sup> Its *force morale* and *pouvoir d’opinion* makes the Supreme Court the most influential interpreter of the spirit of the laws (*ivi*, vol. 1, pp. 218 and 234).
- <sup>191</sup> *Ivi*, vol. 1, p. 90.
- <sup>192</sup> A. de Tocqueville, *L’ancien régime et la révolution* (1856); Ge. tr. *Der Alte Staat und die Revolution*, München, DTV, 1978, pp. 138 f.
- <sup>193</sup> J.S. Mill, *On liberty* (1859); Ge. tr. *Über die Freiheit*, Stuttgart, Reclam, 2006, p. 9. Emphasis mine.
- <sup>194</sup> *Ibidem*.
- <sup>195</sup> S.S. Wolin, *Tocqueville, between two worlds. The making of a political and theoretical life*, Princeton NJ-Oxford, Princeton University Press, 2001, p. 380.
- <sup>196</sup> Wolin, *Tocqueville, between two worlds* cit., p. 291.
- <sup>197</sup> Yorktown was the retaliation for defeat at the hands of the British in the Seven Years War, and to deprive the English their Thirteen Colonies was some compensation for the French loss of India and Canada. There may be little more than temporal coincidence to the fact that the Estates-General assembled only a week after George Washington’s inauguration on 5 May 1789.
- <sup>198</sup> See n. 186 *supra*.
- <sup>199</sup> Sièyes eulogized Benjamin Franklin in a letter to Washington in early 1789.
- <sup>200</sup> J. Volo, *The Boston Tea Party. The Foundations of Revolution*, Santa Barbara, ABC CLIO, 2012, p. 29.
- <sup>201</sup> D. Kelly, *Revisiting the Rights of Man: Georg Jellinek on Rights and the State, Law and History*, in «Review», n. 22, 2004, pp. 493 ff., 506, highlighting Jellinek’s context of the German legal state theory (*Staatsrechtslehre*).
- <sup>202</sup> The National Convention took its orders from Robespierre’s extremist Jacobins, in contrast to the moderate constitutionalists (Mirabeau) of the National Assembly (1789-91) and the republican Girondins of the Legislative Assembly (1791-2). Starting point of the radicalisation was the self-denying ordinance, proposed by Maximilien Robespierre and passed by the National Constituent Assembly on May 16th 1791, which forbade all sitting members of the National Constituent Assembly from standing as candidates for the Legislative Assembly.
- <sup>203</sup> F.-A. Hélie, *Les Constitutions de la France, ouvrage contenant outre les constitutions, les principales lois relatives au culte, à la magistrature, aux élections, à la liberté de la presse, de réunion et d’association, à l’organisation des départements et des communes, avec un commentaire*, Paris, Ainé, 1875, p. 342.
- <sup>204</sup> For more details U. Müßig, *Juridification by Constitution. National Sovereignty in Eighteenth and Nineteenth Century*, in U. Müßig, *Reconsidering Constitutional Formation I: National Sovereignty. A Comparative Analyses of the Juridification by Constitution*, Cham, Springer Open Access, 2016, p. 13.
- <sup>205</sup> Returned to Paris in disgrace, the king signed the September Constitution as prepared by the National Assembly. At the altar of the fatherland, built in the middle of the Champ de Mars, Louis XVI was to take the oath to the nation and the law at Lafayette’s side, framed by representatives of the National Assembly, not of his court. The oath to be taken by the King on law and nation was intended to put the past and thus
- also the breach of the past in 1789 in relation to the present. Louis is said not to have left his place to take the oath before the altar, which probably accelerated the republican impulse of the revolution.
- <sup>206</sup> More details Müßig, *Reason and Fairness* cit., pp. 82-106, also to the leading role of the Parlement de Paris in the pre-revolution.
- <sup>207</sup> (La Haye, 1727), cit. according to J.K. Wright, *The Idea of a Republican Constitution in Old Régime France*, in van Gelderen, Skinner (eds.), *Republicanism. A shared European Heritage*, vol. 1 cit., pp. 289 ff., 292.
- <sup>208</sup> His idea of a sovereign assembly also included the authority to elect an executive monarch.
- <sup>209</sup> U. Müßig, *Absolutism*, in S.N. Katz (ed.), *The Oxford International Encyclopedia of Legal History*, Oxford-New York et al., Oxford University Press, 2009, vol. 1, pp. 6-9; in length pre-revolution in Reason and Fairness, France chapter.
- <sup>210</sup> J.W. von Goethe, *Die Kampagne in Frankreich*, in *Goethes sämtliche Werke. Jubiläums-Ausgabe*, vol. 28: *Kampagne in Frankreich\*Belagerung von Mainz*, Stuttgart, Cotta, 1902, p. 60.
- <sup>211</sup> He continued: «This is what the assassins were aiming at. It is the ideal of justice and peace that France carries everywhere on the international scene». And Obama was ready to share this echo of the French republic as a guardian of universal values and ideas. As Barack Obama put it, «this is an attack not just on Paris, it’s an attack not just on the people of France, but this is an attack on all of humanity and the universal values that we share», <<https://www.diplomatie.gouv.fr/en/the-ministry-and-its-network/news/article/attack-against-charlie-hebdo>>, 07 August 2020.
- <sup>212</sup> C. de Seyssel, *La Grande Monarchie de France et deux autres fragments politics* (éd. par J. Foujol), Paris

- 1541, ND. Paris, Librairie d'Argences, 1961, pp. 127, 167.
- <sup>213</sup> La Grande Monarchie de France (in Latin C. Sesellius, *De Republica Galliae et regnum officis*, Strasbourg (Argentorati), Rihelius, 1548), here in the J. Foujol, Paris, 1961-edition.
- <sup>214</sup> H.A. Ellis, *Boulainvilliers and the French Monarchy: Aristocratic Politics in the Early Eighteenth-Century France*, New York, Ithaca, 1988.
- <sup>215</sup> De Seyssel, *La Grande Monarchie de France* cit., pp. 120, 99-100, 115.
- <sup>216</sup> Ivi, pp. 127, 167.
- <sup>217</sup> Wright, *The Idea of a Republican Constitution in Old Régime France* cit., pp. 289 ff., 290 f. Cf. also C. Nicolet, *L'Idée républicaine en France, Essai d'histoire critique*, Paris, Callimard, 1982, pp. 17 f.: the word 'republic' is a 'mot voyageur'. Fundamental for the analysis of the French republican discourse D. Schulz, *Die republikanische Tradition in Frankreich*, in T. Thiel, C. Volk (Hrsg.), *We the People*, Baden-Baden, Nomos, 2016, pp. 209-228.
- <sup>218</sup> F. Hotman, *Franco Gallia*, R.E. Ciesey (ed.), J.H.M. Salmon (translated by), Cambridge, Cambridge University Press 1972; *The Francogallia* reads as a constitutional history of the Germanic Franks and Romanised Gauls forming an entity distinctively French, esp. due to Council that according to Hotman rightfully held ultimate power within the state.
- <sup>219</sup> Müßig, *Absolutism* cit., pp. 6-9.
- <sup>220</sup> H. Mohnhaupt, D. Grimm, *Verfassung. Zur Geschichte des Begriffs von der Antike bis zur Gegenwart*, Berlin, Duncker & Humblot, 2002, p. 36.
- <sup>221</sup> J. Bodin, *Six livres de la république. avec une Apologie de Rene Herpin*, Paris 1583, reprint Aalen, Scientia, 1977, p 137.
- <sup>222</sup> The latin version (J. Bodin, *De Republica libri sex*, Francofurti, 1622, cit. according to Mohnhaupt, Grimm, *Verfassung* cit., p. 38) reads: «Quantum vero ad imperii leges attinet, cum sint cum ipsa maiestate coniunctae, Principes nec eas abrogare, nec iis derogare possunt: cuiusmodi est lex salica, regnis huius firmissimum fundamentum».
- <sup>223</sup> The monarch is also subject to the agreements of his predecessors.
- <sup>224</sup> Protestant Huguenote and Catholic Jesuit monarchomaches alike (T. Stammen, *Hauptwerke der politischen Theorie*, Art. Jean Bodin, Stuttgart, Kröner, 2007, p. 71).
- <sup>225</sup> Bodin, *Six livres de la république* cit., p 11.
- <sup>226</sup> Ivi, p. 50.
- <sup>227</sup> For more details Müßig, *Montesquieu's mixed monarchy model and the indecisiveness of the 19th century Constitutionalism between monarchical and popular sovereignty* cit., paper 5.
- <sup>228</sup> Wright, *The Idea of a Republican Constitution in Old Régime France* cit., pp. 289 ff., 293. Also the following arguments rests on Wright's management of ideas.
- <sup>229</sup> Montesquieu, *Oeuvres complètes* cit., vol. II, p. 239.
- <sup>230</sup> *Ibidem*; the quote continues: «the monarchical government is that of the one, but according to fixed and established laws. In despotic government one alone, without law and without rule, draws everything along by his will and his caprices».
- <sup>231</sup> Ivi, p. 251.
- <sup>232</sup> Ivi, p. 254.
- <sup>233</sup> It is in this distinction that virtue is not the decisively guiding principle of the monarchical government that Montesquieu precises the civic passions for the common good: «love for the homeland, desire of real glory, self-renunciation, the sacrifice of the dearest interests, and all the [Homeric] heroic virtues». Ivi, p. 255.
- <sup>234</sup> Ivi, p. 252.
- <sup>235</sup> Montesquieu further promoted the French departure from the classical republicanism by limiting a virtue-based polity to the small-scale antiques *politei* (Greek city-states).
- <sup>236</sup> Montesquieu, *Oeuvres complètes* cit., vol. II, Chapitre VI, livre III, p. 256.
- <sup>237</sup> As he heads the chapitre 5 of the livre III, ivi, p. 255.
- <sup>238</sup> Ivi, p. 247.
- <sup>239</sup> Müßig, *Montesquieu's mixed monarchy model and the indecisiveness of the 19th century Constitutionalism between monarchical and popular sovereignty* cit., paper 5.
- <sup>240</sup> Montesquieu, *Oeuvres complètes* cit., vol. II, Chap. VII, livre III, p. 257.
- <sup>241</sup> Ivi, p. 396: «Il y aussi une nation dans le monde qui a pour objet direct de sa constitution la liberté politique».
- <sup>242</sup> Ivi, p. 248: «Les Anglois, pour favoriser la liberté, ont ôté toutes les puissances intermédiaires qui forment leur monarchie».
- <sup>243</sup> Müßig, *Montesquieu's mixed monarchy model and the indecisiveness of the 19th century Constitutionalism between monarchical and popular sovereignty* cit.
- <sup>244</sup> Kent, *The Idea of a Republican Constitution in Old Régime France* cit., pp. 289 ff. 293: «a republic disguised as a monarchy»; 294: «these nobiliaire very close to that of Boulainvilliers».
- <sup>245</sup> «Les Lois y tiennent la place de toutes ces vertus, don't on n'a aucun besoin»; chapitre 5 livre III, Montesquieu, *Oeuvres complètes* cit., vol. II, p. 255.
- <sup>246</sup> *Grandes Remontrances 1753*, in J. Flammermont, *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII<sup>e</sup> Siècle*, vol. I: 1715-1753, p. 526: *lois fondamentales de l'État*. Cf. *Grandes Remontrances 1753* cit., p. 568: «monarchies sustain themselves only by observation of an invariable order in the administration of justice» / *Les monarchies ne se soutiennent, Sire, que par l'observation d'un ordre invariable dans l'administration de la justice*.
- <sup>247</sup> *Arrêt du parlement 1788*, in J. Flammermont, *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII<sup>e</sup> Siècle*, vol. III : 1768-1788, Paris, 1898, pp. 745 f.

- <sup>248</sup> *Grandes Remontrances 1753* cit., pp. 568 f.
- <sup>249</sup> [T]ribunaux dépositaires par état des lois inviolables qui forment le droit sacré de la Nation. Remontrance du Parlement de Paris du 26.12.1763 (26 December 1763), in J. Flammermont, M. Tournoux, *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII<sup>e</sup> Siècle*, vol. II : 1755-1768, Paris, 1895, p. 417.
- <sup>250</sup> *Flagellation Session 1766*, in J. Flammermont, M. Tournoux, *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII<sup>e</sup> Siècle*, t. II. 1755-1768, Paris, 1896, p. 557.
- <sup>251</sup> *Remontrances sur l'État du Parlement de Bretagne et sur les violences commises à l'égard de divers membres de cette classe du parlement* (6 September 1765) in Flammermont, Tournoux, *Remontrances du Paris au XVIII<sup>e</sup> Siècle* cit., p. 522 (hereafter *Remontrances de Bretagne 1765*).
- <sup>252</sup> *Remontrances de la Chalotais 1766*, in Flammermont, Tournoux, *Remontrances du Paris au XVIII<sup>e</sup> Siècle* cit., pp. 663 f.
- <sup>253</sup> René-Louis de Voyer de Paulmy, Marquis d'Argenson, *Mémoires et journal inédit du marquis d'Argenson, ministre des Affaires étrangères sous Louis XV, publiés et annotés par M. le marquis d'Argenson*, Tome V (Jannet 1858) p. 149: «The president Montesquieu has increased eloquence in this topic, and everybody imitates him with success». Cf. U. Müßig, *Recht und Justizhoheit. Historische Grundlagen des gesetzlichen Richters in Deutschland, England und Frankreich*, Berlin, Duncker & Humblot, 2009<sup>2</sup>, pp. 121 f. (n. 231) for further details.
- <sup>254</sup> Chap. II, livre II, Montesquieu, *Oeuvres complètes*, vol. II, p. 239.
- <sup>255</sup> The *Edit portant création des conseils supérieurs* (1771) redigated by Maupeou abolished the parlements. They were reinstalled by the *Edit portant rétablissement des anciens officiers du parlement de Paris* (1774), albeit without the right of complaint (*droit d'opposition et de remontrance*). For the first, see A.J.L. Jourdan, Décrusy, F.A. Isambert, *Recueil Général des Anciennes Lois Françaises depuis l'an 420 jusqu'à la révolution de 1789*, Tome XXII: 1<sup>er</sup> janvier 1737-10 mai 1774, Paris, Belin-Leprieur, 1830, reprint Ridgewood NJ, Gregg, 1964, pp. 512 f.; for the second, see A.J.L. Jourdan, Décrusy, F.A. Isambert, *Recueil Général des Anciennes Lois Françaises depuis l'an 420 jusqu'à la révolution de 1789*, Tome XXIII: De mai 1774-20 mai 1776, Paris, Belin-Leprieur, 1826, reprint Ridgewood NJ, Gregg, 1964, pp. 43 f.
- <sup>256</sup> Bodin, *Six livres de la république* cit., liv. I chap. VIII, 155.
- <sup>257</sup> *Remontrances sur le Grand Conseil 1768*, in Flammermont, Tournoux, *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII<sup>e</sup> Siècle* cit., p. 867.
- <sup>258</sup> «[T]he fundamental laws of the state are only a cumbersome yoke, an imaginary title for the legitimate liberty of citizens» / *les lois fondamentales de l'État qu'un joug incommode, la liberté légitime des citoyens qu'un titre imaginaire*. *Grandes Remontrances 1753* cit., 522.
- <sup>259</sup> Willoweit, Seif, *Europäische Verfassungsgeschichte* cit., n. 34, p. 254.
- <sup>260</sup> Montesquieu, *Oeuvres complètes*, cit., vol. II, p. 393.
- <sup>261</sup> U. Müßig, *Montesquieu*, in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, vol. IV, pp. 1603-1607, Berlin, Erich Schmidt Verlag, 2015<sup>2</sup>.
- <sup>262</sup> B. Manin, *Principes du gouvernement représentatif*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997.
- <sup>263</sup> Wright, *The Idea of a Republican Constitution in Old Régime France* cit., pp. 289 ff., 297. Wright refers to the grounding works of Maurizio Viroli (*Jean-Jacques Rousseau and the 'Well-Ordered Society'*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988), Helena Rosenblatt (*Rousseau and Geneva: Form the First Discourse to the Social Contract 1749-1762*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997) and Robert Wokler (*Rousseau*, Oxford, Oxford University Press, 1995).
- <sup>264</sup> Wright, *The Idea of a Republican Constitution in Old Régime France* cit., pp. 289 ff., 296.
- <sup>265</sup> The quote continues: «How many crimes, wars, murders, how many hardships and miseries and how many horrors would have been spared to the human race if he had pulled out the stakes or filled in the ditch and shouted to his fellow men: "Beware of listening to this deceiver; you are lost if you forget that the fruits belong to all and the earth belongs to no one"», *Discourse concerning Inequality*, J.-J. Rousseau, *Diskurs über die Ungleichheit. Discours sur l'inégalité*, Paderborn u.a., Schöningh, 1997<sup>4</sup>, p. 173.
- <sup>266</sup> The argumentation follows my student manual according to H. Hofmann, *Einführung in die Rechts- und Staatsphilosophie*, Darmstadt, WBC, 2011<sup>4</sup>, pp. 162 ff.
- <sup>267</sup> J.J. Rousseau, *Oeuvres complètes*, vol. III: *Du Contrat social – Écrits politiques*, Paris, Gallimard, 1964 (Pléiade-edition), p. 378: «Par le pacte social nous avons donné l'existence et la vie au corps politique». Whereas the natural state is lawless, the civil state comprises the rights fixed by the law: «Il n'en est pas ainsi dans l'état civil où tous les droits sont fixés par la loi». Wright identifies a closeness to contract theorists (*The Idea of a Republican Constitution in Old Régime France* cit., p. 296).
- <sup>268</sup> Rousseau, *Oeuvres complètes* cit., vol. III, pp. 364 f.
- <sup>269</sup> Ivi, p. 381: «de transformer chaque individu, qui par lui-même est un tout parfait et solitaire, en partie d'un plus grand tout don't cet individu reçoive en quelque sorte sa vie et son être».
- <sup>270</sup> Ivi, p. 360: «l'aliénation totale de chaque associé avec tous ses droits à toute la communauté».

- <sup>271</sup> Contract 1762, book I chap. 8; Rousseau, *Oeuvres complètes* cit., vol. III, p. 365: «l'obéissance à la loi qu'on s'est prescrite est liberté».
- <sup>272</sup> Ivi, p. 429: «La Souveraineté ne peut être représentée, par la même raison qu'elle ne peut être aliénée; elle consiste essentiellement dans la volonté générale, et la volonté ne se représente point: elle est la même, ou elle est autre; il n'y a point de milieu».
- <sup>273</sup> Ivi, p. 379.
- <sup>274</sup> Ivi, p. 380.
- <sup>275</sup> *Ibidem*.
- <sup>276</sup> «De lui-même le peuple veut toujours le bien, mais de lui-même il ne le voit pas toujours. La volonté générale est toujours droite, mais le jugement qui la guide n'est pas toujours éclairé». Ivi, p. 380, cf. also ivi, p. 371, p. 373.
- <sup>277</sup> «Individuals see the good that they reject: the public wants the good that it does not see. All need guides likewise: some must be forced to conform their wills to their reason; others must be taught to know what they want» (Ivi, p. 380).
- <sup>278</sup> The whole quotation reads: «Il faut lui faire voir les objets tels qu'ils sont, quelquefois tels qu'ils doivent lui paraître, lui montrer le bon chemin qu'elle cherche, la garantir de la séduction des volontés particuliers, rapprocher à ses yeux les lieux et les tems, balancer l'attrait des avantages présents et sensibles, par le danger des maux éloignés et cachés. Les particuliers voyent le bien qu'ils rejettent: le public veut le bien qu'il ne voit pas. Tous ont également besoin de guides: Il faut obliger les uns à conformer leurs volontés à leur raison; il faut apprendre à l'autre à connoître ce qu'il veut. Alors des lumières publiques résulte l'union de l'entendement et de la volonté dans le corps social, de-là exact concours des parties, et enfin la plus grande force du tout. Voilà d'où naît la nécessité d'un Législateur» (*Ibidem*).
- <sup>279</sup> Ivi, p. 430. He continues «[I] est clair que dans la puissance Législative le Peuple ne peut être représenté».
- <sup>280</sup> Ivi, p. 395, 396, 399; book III, chapt. 4, p. 404. Ivi, p. 430: «mais il peut et doit être dans la puissance exécutive, qui n'est que la force appliqué à la Loi». Ivi, pp. 432 f.
- <sup>281</sup> Ivi, p. 380; ivi, p. 374. Cf. also n. 282.
- <sup>282</sup> Ivi, p. 379: «Quand je dis que l'objet des loix est toujours général, j'entends que la loi considère les sujets en corps et les actions comme abstraites, jamais un homme comme individu ni une action particulière».
- <sup>283</sup> Ivi, p. 371: «Il s'ensuit de ce qui précède que la volonté générale est toujours droite et tend toujours à l'utilité publique».
- <sup>284</sup> Ivi, pp. 373 f.
- <sup>285</sup> Ivi, p. 371: «Il y a souvent bien de la différence entre la volonté de tous et la volonté générale; celle-ci ne regarde qu'à n'est qu'une somme de volontés particulières: mais ôtez de ces mêmes volontés les plus et les moins qui s'entre-détruisent, reste pour somme des différences la volonté générale».
- <sup>286</sup> It reads as the willingness to relate oneself to the common conservation and to the public good. (Ivi, p. 437: «Le bien commun se montre par tout avec évidence, et ne demande que du bon sens pour être aperçu»).
- <sup>287</sup> Ivi, p. 371.
- <sup>288</sup> Ivi, p. 438.
- <sup>289</sup> Ivi, pp. 438 f.
- <sup>290</sup> Ivi, p. 372.
- <sup>291</sup> Wright, *The Idea of a Republican Constitution in Old Régime France* cit., p. 297.
- <sup>292</sup> J.K. Wright, *A Classical Republican in Eighteenth-Century France. The Political Thought of Mably*, Stanford CA, Stanford University Press, 1997; Kent, *The Idea of a Republican Constitution in Old Régime France* cit., pp. 289 ff., 297 f.
- <sup>293</sup> Rousseau, *Oeuvres complètes* cit., vol. III, pp. 393 f.
- <sup>294</sup> See n. 186 *supra*.
- <sup>295</sup> E.J. Sieyès, *Qu'est-ce que le tiers état?*, (éd. par R. Zappieri), Genève, Librairie Droz, 1970, p. 180.
- <sup>296</sup> 284 AP 5 doss. 1 (1), cit. also in P. Pasquino, *Sieyès et l'invention de la constitution en France*, Paris, Éditions Odile Jacob, 1998, p. 175. The following arguments develop from my considerations in Müßig, *Reconsidering Constitutional Formation* II cit., pp. 52 ff.
- <sup>297</sup> «And in him consisteth the essence of the Commonwealth; which, to define it, is: one person, of whose acts a great multitude, by mutual covenants one with another, have made themselves every one the author, to the end he may use the strength and means of them all as he shall think expedient for their peace and common defence. And he that carryeth this person is called sovereign, and said to have sovereign power; and every one besides, his subject», Th. Hobbes, *Leviathan*, part II (*Of commonwealth*), chap. XVII (*Of the Causes, Generation, and Definition of a Commonwealth*), in W. Molesworth (edited by), *The English Works of Thomas Hobbes*, vol. III, London 1839, Reprint Aalen, Scientia-Verlag, 1962, p. 172.
- <sup>298</sup> Discours sur le projet de constitution et sur la jurie constitutionnaire. — *Moniteur* du 7 thermidor an III (25 juillet 1795) = P. Bastid (édité par), *Les discours de Sieyès dans les débats constitutionnels de l'an III (2 et 18 thermidor)*, Paris, Hachette, 1939, p. 20. Cf. also Émile Boutmy's interpretation of the constitution as decision (*acte impératif de la nation*): «une décision qui crée le droit positif, et renvoie à une conception de la constitution» (a decision which creates the positive law and leads back to a conception of the constitution). E. Boutmy, *Études de droit constitutionnel. France-Angleterre-États-Unis*, Paris, Colin, 1885 (3<sup>rd</sup> éd. 1909), p. 241; Sieyès manuscript *Limites de la Souveraineté* (limits of the sovereignty), 284 AP 5 doss. 1 (4), cit.

- also by Pasquino, *Sieyès et l'invention de la constitution en France* cit., pp. 177 f.
- <sup>299</sup> Sieyès often calls the pouvoirs constitués «pouvoirs commettants», especially when they have been voted for; *Preliminaire de la constitution française*, pp. 35 et seq.; Id., *Quelques idées de constitution applicables à la ville de Paris*, pp. 30 et seq. Realized by Pasquino, *Sieyès et l'invention de la constitution en France* cit., p. 65, n. 58.
- <sup>300</sup> «Il y a une grande différence entre un pouvoir absolu/total, complet, et le pouvoir politique. Celui-ci pris même dans son intégrité est déjà borné par l'objet politique de la société»; 284 AP 5 doss. 1 (4), cit. also by Pasquino, *Sieyès et l'invention de la constitution en France* cit., p. 177.
- <sup>301</sup> Cf. Müßig, *Recht und Justizhoheit* cit., pp. 210 f.
- <sup>302</sup> «Ainsi donc la toute-puissance n'appartient point au souverain, il est souverain de l'association et non maître des associés. ... L'acte d'association est donc une convention tacite ou formelle de reconnaître pour loi la volonté de la majorité des associés». 284 AP 5 doss. 1 (4), cit. also by Pasquino, *Sieyès et l'invention de la constitution en France* cit., p. 178.
- <sup>303</sup> «La garantie de l'acte d'association, et de la minorité réside donc dans sa constitution. Les philosophes et surtout ceux de l'Antiquité diront que cette garantie est dans les mœurs et dans la bonne volonté du peuple. Mais comme la bonne volonté est ambulatoire et ne peut trop aux ordres des passions, comme les mœurs se dépravent ou changent par le seul avancement des arts et la progression des richesses, je dis que c'est à la constitution à nous garantir notre liberté». Ivi, pp. 178 f.
- <sup>304</sup> «Le despotisme doit être rendu impossible avant qu'on se permette de faire une loi à la majorité». Ivi, p. 179.
- <sup>305</sup> «Donc, la représentation et non l'action directe; dans la représentation divisée, sous la constitution, et non accumulée et rendue indépendante de ses lois constitutives». Ivi, p. 179.
- <sup>306</sup> J.M. Roberts, *The Penguin History of Europe*, London, Penguin, 2004, p. 735. The indicated list inspired the following argumentation.
- <sup>307</sup> For more details see Müßig, *Reason and Fairness* cit., pp. 109 ff.
- <sup>308</sup> In reality, however, as early as 1797 all newspapers were placed under police supervision, then the Parisian press was reduced from over 75 titles to four by 1811 (W. Reinhard, *Geschichte der Staatsgewalt. Eine vergleichende Verfassungsgeschichte Europas von den Anfängen bis zur Gegenwart*, München, Beck, 1999, p. 395).
- <sup>309</sup> Chap. II, Sec. 1, Art. 2, Willoweit, Seif (=Müßig) (hrsg.), *Europäische Verfassungsgeschichte* cit., n. 34, p. 310.
- <sup>310</sup> Cited by Id., p. 299.
- <sup>311</sup> Cited by Id., p. 300.
- <sup>312</sup> Cited by Id., p. 310.
- <sup>313</sup> F. Furet, R. Halévi, *La monarchie républicaine. La constitution de 1791*, Paris, Fayard, 1996.
- <sup>314</sup> 1746-1794.
- <sup>315</sup> Together with Adrien Dupont and Alexandre Lameth, Antoine Barnave was called the "Troika" in the constituante. He supported Sieyès, though in favour of the suspensive monarchic veto, and was, apart from Mirabeau, the rhetoric protagonist at the National Assembly. His passionate dispute with Mirabeau and Jacques Antione Marie de Vazalès on the question of whether the King had the right to decide on war or peace (May 16-23, 1791) is deemed one of the most notable scenes in the history of the National Assembly.
- <sup>316</sup> «Suivant le comité le corps législatif se divise en deux branches, l'Assemblée et le roi. Dans ce cas le pouvoir législatif est formé de deux volontés, la volonté nationale exercée par le système temporaire des élus et la volonté royale héréditaire». And he closes this rarely known manuscript with the polemic, that the king is not a minister in the national interest next to the national assembly, therefore he is not a legislative representative: «Le roi n'agit que comme ministre de l'intérêt national auprès de l'Assemblée, il n'est pas représentant législatif». 284 AP 4 doss. 12, cit. also in Pasquino, *Sieyès et l'invention de la constitution en France* cit., p. 173.
- <sup>317</sup> Of May 31, 1814. Cited in K.H.L. Pölitz, *Die europäischen Verfassungen seit dem Jahre 1789 bis auf die neueste Zeit. Mit geschichtlichen Erläuterungen und Einleitungen* (The European Constitutions from the year of 1789 to the modern age, Including historical Explanations and Introductions), Leipzig, Brockhaus, 1833<sup>2</sup>, vol. III, pp. 92 ff.
- <sup>318</sup> After the Constitution of 1820 was forced to be accepted due to a coup of liberal officers, the Holy Alliance intervened. In 1823, French troops invaded Spain and restored the absolute monarchy. In 1820/21, the adoption of the Cortes-Constitution failed in the Empire of Both Sicilies.
- <sup>319</sup> Cf. the testament of Louis XVI c/o Maisiat, Paire de panneaux tissés, Lyon 1827, Louvre-Richelieu-aisle, which should inspire future research.
- <sup>320</sup> The Convention won victories and put down insurrection at home. By 1795, the Terror had been left behind, and the republic was ruled by the Directorate, a five-member committee. According to the Directory Constitution of the Year III (2 November 1795) a bicameral legislature known as the *Corps Législatif* consisted of the Council of Five Hundred (*Conseil de Cinq-Cents*), with 500 delegates (30 years and older), and the Council of Ancients (*Conseil des Anciens*), consisting of 250 delegates, 40 years old and over, who had the right to veto any legislation proposed by the first. The Ancients also nominated the executive, the Directorate, from lists proposed by the Five Hundred. A Direc-

tor had to be at least 40 years old and to have formerly served as a deputy or minister; a new one was chosen each year, on rotation. The Directors chose government ministers, ambassadors, army generals, tax collectors, and other officials. However, though nominally inheriting many of the centralized powers of the former Committee of Public Safety, they had no funds to finance their projects or courts to enforce their will.

<sup>321</sup> On 9 November 1799 it was overthrown by Napoleon Bonaparte in the Coup of 18 Brumaire, and replaced by the French Consulate, which was to give its name to the final four years of the French Revolution.

<sup>322</sup> The monarchisation of the republics culminated in Napoleon's empire in 1804: «The government over the republic is entrusted upon an emperor who accepts the title "Emperor of the French"», starts the Organic Senatus-Consultum its establishment of the First French Empire. Such a 'renaissance' of the monarchy in the early constitutionalism corresponds to a change in the understanding of the republic: imitated in northern Italy 1802-1805 and in the Netherlands in 1806; (Art. 1) *Sénatus-consulte organique du 28 floréal an XII*, cited in L. Duguit, H. Monnier (éd. par), *Les Constitutions et les principales lois politiques de la France depuis 1789, collationnées sur les Textes Officiels, précédées de Notices historiques et suivies d'une Table Analytique détaillée*, Paris, 1925<sup>4</sup>, pp. 144 ff.

<sup>323</sup> The National Convention passed 11.250 decrees in just over three years.

<sup>324</sup> N. Davies, *Europe. A History*, Oxford, Oxford University Press, 1996, p. 715.

<sup>325</sup> B. Constant, *Principes de politique. Applicable à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la Constitution actuelle de la France 1815*, in M. Gauchet, *Écrits poli-*

*tiques / Benjamin Constant; textes choisis, présentés et annotés*, Paris, Gallimard, 1997, pp. 303 ff., 313.

<sup>326</sup> Constant, *Principes de politique* cit., pp. 303 ff., 386.

<sup>327</sup> A. de Tocqueville, *Démocratie en Amérique* (1835), En. tr. *Democracy in America*, Chicago IL, University of Chicago Press, 2000, p. 378.

<sup>328</sup> Tocqueville, *Democracy in America* cit. tr., p. 380.

<sup>329</sup> Wollin *Tocqueville, between two worlds* cit., p. 380.

<sup>330</sup> Cf. T. Stovall, *The Myth of the Liberatory Republic and the Political Culture of Freedom in Imperial France*, in «Yale French Studies», n. 111, 2007, pp. 89-103; Cf. also J. Maerz, *Laizismus und Religionsfreiheit. Das Religionsverfassungsrecht der Dritten französischen Republik im Vergleich mit der Weimarer Republik*, Diss. iur. Passau (supervision UM), 2020.

<sup>331</sup> He describes a fundamental ambiguity between the "republic as nation-state" and the "republic as universal value system".

<sup>332</sup> «In order to be legitimate, government must not be confounded with the sovereign, but be its minister; in that case, the monarchy itself is republican». (Contract 1762, book II, chap. 6, note \*, Rousseau, *Oeuvres complètes* cit., vol. III, p. 380.

<sup>333</sup> Müßig, *Juridification by Constitution* cit., pp. 22 ff.

# La V<sup>ème</sup> République en France: un libéralisme par l'Etat ?

LUCIEN JAUME

Si l'on veut examiner sous l'éclairage de l'histoire la cinquième des Républiques en France (qui représente la quinzième des constitutions françaises), il paraît indispensable de remonter à la Révolution française. C'est en tout état de cause ce que signalait le fondateur, Charles de Gaulle, dans ses *Mémoires d'espoir*. Il affirmait que sa tâche en 1958 avait été de «doter l'Etat d'institutions qui lui rendent [...] la stabilité et la continuité dont il est privé depuis 169 ans»<sup>1</sup>.

Il me semble que, dès lors, on est conduit à prendre en compte la tension entre la problématique libérale «à la française» – si l'on peut parler ainsi – et l'esprit démocratique qui, à la fois, en appelle à l'Etat mais ne manque pas de fronder (au sens premier du terme) ce même Etat. Ce fut le propre de la Révolution que d'accomplir la réaffirmation de l'Etat issu de la monarchie (comme le montrait le livre célèbre de Tocqueville), puis sa mise en cause forte et violente dans la période 1793-1794 (mouvement sans-culottes notamment), au

profit, en fait, de son renforcement inédit par la Terreur: l'Etat jacobin et montagnard devait faire la guerre, tout en se voulant dressé à l'intérieur contre les «ennemis du peuple».

Dans une configuration nationale spécifique, la République sera entendue comme l'ensemble du pouvoir exécutif, du législateur parlementaire et de l'administration, réunis sous une certaine idée de l'Etat qui, à la différence du système américain, ne devait pas connaître de contrôle juridictionnel extérieur. Bonaparte avait précisé que le Conseil d'Etat était «l'administration qui se contrôle elle-même», ce qui signifiait bien le caractère protégé et prétorien de l'Etat administratif. On peut dire que l'ensemble de ces éléments, sorte de synthèse étatiste et libérale, a effectivement inspiré l'édifice élevé en 1958 et 1962.

Quel est, schématiquement résumé, le processus parcouru par les institutions? En France, l'Etat, issu de la monarchie, puis de la Révolution, s'est voulu le producteur et le garant quasi irréfutable de *l'intérêt général*.

Avec la V<sup>ème</sup> République et la réforme décisive de 1962 qui crée l'élection directe du président au suffrage universel direct, la «tête de l'Etat» – une formule présente chez de Gaulle et chez René Capitant –, se mue en un *représentant* de toute la nation<sup>2</sup>. Un double circuit de légitimité démocratique est ainsi créé: représentation de la nation dans sa diversité – par le concours des partis –, représentation de la nation dans son unité de volonté, qui doit diffuser dans le gouvernement<sup>3</sup>.

En réalité, ce modèle à la fois parlementaire (responsabilité du gouvernement) et de puissance exécutive à deux étages n'est pas sans rapport avec l'essor du libéralisme en France, et même sa logique spécifique, notamment sous la monarchie constitutionnelle. Après la Révolution, les libéraux, divisés en plusieurs courants<sup>4</sup>, n'ont connu dans l'expérience du pouvoir que le modèle de Guizot, des doctrinaires, puis de l'orléanisme sous la monarchie de Juillet. Ce courant a privilégié la puissance de l'Etat administratif – par exemple en matière de centralisation et dans le maintien du Conseil d'Etat moyennant quelques réformes; il a adopté les grandes institutions de Napoléon, il a accordé *des* libertés spécifiées sous garantie de l'autorité prééminente de l'Etat<sup>5</sup>. L'échec de la monarchie de Juillet a pesé ensuite très lourd sur la suite de l'histoire française, au point de voiler les sources d'une irrigation continue jusqu'au XX<sup>ème</sup> siècle (chez des présidents comme Valéry Giscard d'Estaing, Emmanuel Macron actuellement, ou des chefs de gouvernement comme Edouard Balladur). Les historiens ont privilégié l'étude de la République de 1848, du fait de l'instauration du suffrage universel (masculin) ou encore le Second Empire du fait de la filia-

tion prétendue entre de Gaulle et Napoléon III. On a voulu oublier la monarchie de Juillet, véritable creuset d'une alliance entre le pouvoir monarchique et les libertés issues de 1789 – alliance que le régime mettra à mal, il est vrai<sup>6</sup>.

Il faut rappeler, avec Rudolf von Thadden, que c'est Louis XVIII, au retour d'exil, qui a pris la décision capitale de conserver la structure administrative centralisée de Napoléon, tout autant que les propriétés transférées durant la Révolution<sup>7</sup>. De fait, ce libéralisme mis au service de l'Etat administrateur pour la recherche de l'intérêt général a été un «libéralisme par l'Etat»; telle est la différence avec l'opposition classique – abondamment illustrée par des auteurs divers – du libéralisme s'opposant à l'Etat, soit par le choc des intérêts, soit par des protections spécifiques (freins et contrepoids notamment).

Si l'on considère, par exemple, la liberté de la presse, le choc a été ressenti à la Chambre des députés entre le courant doctrinaire au pouvoir et Benjamin Constant: il s'agissait des trois lois doctrinaires de 1819, dont, surtout, celle imposant le cautionnement nécessaire pour fonder un journal. De même pour la liberté d'association (dont 1789 a refusé de faire un droit fondamental), fortement comprimée et presque anéantie par Guizot et Victor de Broglie en 1834<sup>8</sup>; la décentralisation sera discutée, en vain, durant tout le XIX<sup>ème</sup> siècle; la laïcité, c'est-à-dire l'«Etat enseignant» et «laique» (formules de Victor Cousin, Guizot et Pellegrino Rossi sous Juillet), a été fermement défendue face aux catholiques libéraux ou aux forces plus traditionalistes associées à Louis Veillot. On pourrait citer nombre d'autres enjeux<sup>9</sup>.

L'accord entre cette tradition libérale orléaniste (qui, redisons-le, se poursuit chez Valéry Giscard d'Estaing ou Edouard Balladur) et l'esprit de la Vème République se porte sur deux points essentiels. En premier lieu, l'Etat est le garant de l'intérêt général et donc de l'égalité entre les citoyens; il s'autolimité devant la liberté dont jouit la société, devant les droits individuels et les libertés publiques, ne voulant connaître de juge et de contrôle qui lui soit extérieur. Mais, avec Valéry Giscard d'Estaing en 1974 et Nicolas Sarkozy en juillet 2008, des apports libéraux nouveaux modifient l'édifice, après que le juge constitutionnel a pris son essor en 1971; ce nouveau «pouvoir» étend considérablement le domaine fort limité que le constituant de 1958 lui avait confié – essentiellement pour protéger l'exécutif, en constitutionnalisant la séparation de la loi et du règlement.

Le président Giscard d'Estaing avait déclaré vouloir bâtir un «statut de l'opposition», qui s'appuierait sur la possibilité pour les parlementaires de saisir le Conseil constitutionnel; il envisageait même une autosaisine de ce dernier, ce que le Parlement a refusé. Selon son expression, le président de la République souhaitait voir reconnaître un droit des «minorités», ce que corrigera l'Assemblée nationale en un droit «de la minorité de la majorité» (loi du 29 octobre 1974, art. 61 modifié de la Constitution)<sup>10</sup>.

Mais un apport presque révolutionnaire, eu égard à la tradition française, est survenu avec la QPC (question prioritaire de constitutionnalité), puisque – à l'opposé du libéralisme conçu par François Guizot –, le citoyen peut *juger de la loi* existante, récente ou très ancienne, grâce à ses média-

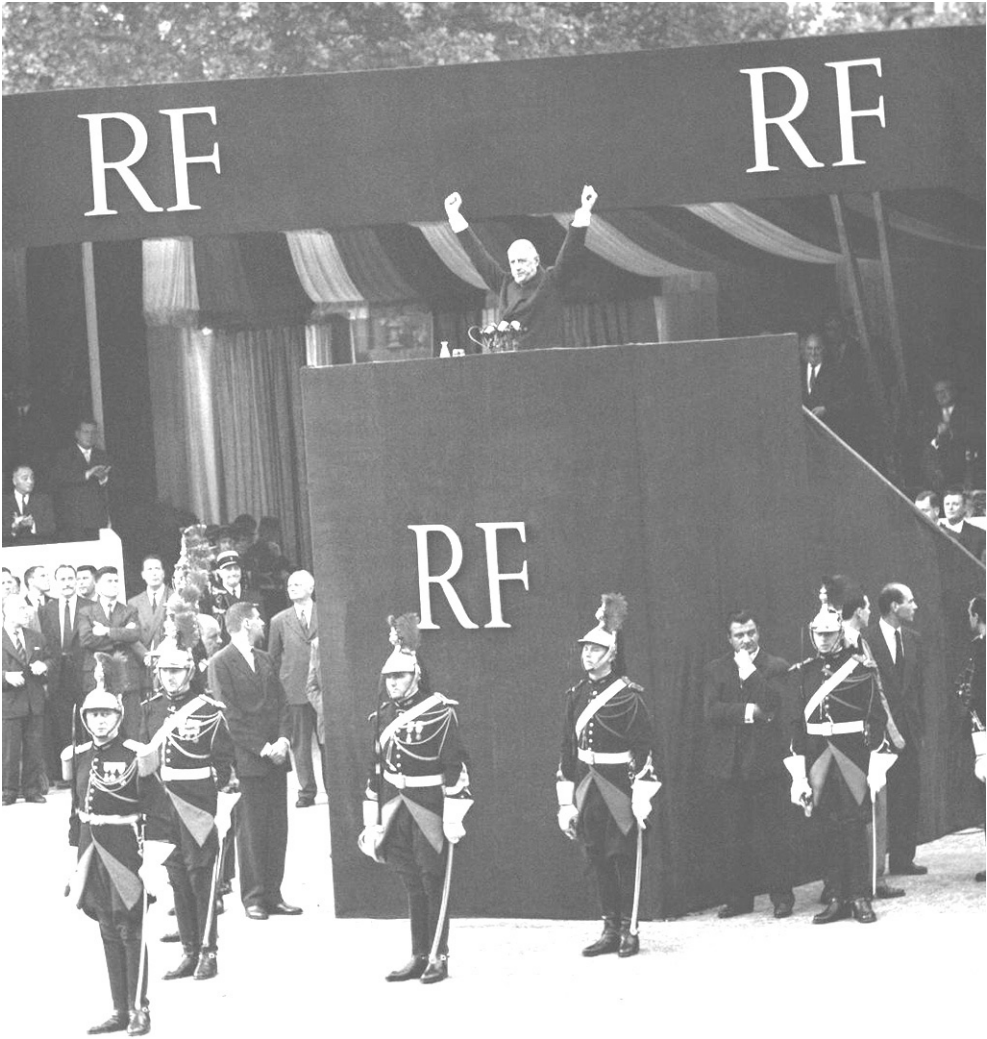
teurs en justice, et après accord du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation.

Le libéralisme de l'individu, de la conscience, du sujet individuel fait là une percée que Benjamin Constant avait souhaité voir se réaliser<sup>11</sup>, à l'encontre de ce qu'avait dit, écrit et défendu le groupe doctrinaire; ainsi Guizot, qui énumérait parmi les éléments inadmissibles de 1789 la prétention de juger de la valeur de la loi<sup>12</sup>. D'ailleurs ce principe même du «consentement à la loi», – qui était un point capital, défendu par John Locke – est tenu pour faux dans sa racine même, puisque, selon Guizot, «il n'est pas vrai que tous les hommes soient égaux; [...] et leur inégalité est l'une des plus puissantes causes qui les attirent les uns vers les autres, les rendent nécessaires les uns aux autres et forment entre eux la société»<sup>13</sup>.

Le «libéralisme par l'autorité» que l'on trouve chez Guizot s'exprime dans le rapport déterminé que l'historien et l'homme politique ont entretenu avec la Révolution française – 1789 y compris. Il écrivait:

Je reprends et j'applique à la Révolution française les paroles de Pascal: «Si elle se vante, je l'abaisse; si elle s'abaisse, je la vante»<sup>14</sup>.

Bien entendu, la mondialisation, ainsi que la construction européenne ont modifié le *schéma inspirateur* de la continuité française que l'on observe entre libéralisme et républicanisme (sous la Troisième République) et même, point remarquable, entre ce libéralisme d'Etat et le bonapartisme<sup>15</sup>. Quel était le schéma garant de continuité? Il peut être résumé ainsi: l'Etat possède la *monopole* de l'intérêt général, c'est-à-dire de sa conception, de sa mise en application et de sa vérification grâce à l'administration, son bras dévoué. Rappelons la rela-



*Charles de Gaulle, président du Conseil, présente la Constitution de la V<sup>ème</sup> République, place de la République le 4 septembre 1958.*

tion de réciprocité établie entre ces deux acteurs; d'une part, l'Etat est protégé par l'administration, notamment vis-à-vis des *intérêts particuliers* qui peuvent venir l'affecter, voire le pénétrer; réciproquement, l'Etat protège l'administration: on peut songer à la longue histoire du contentieux

administratif et à la dualité des justices qui le soutenait. Le mot fameux d'Henri Pansey exprime bien l'attachement au pouvoir administratif qui était prôné dans les facultés de droit public: «Juger l'administration, c'est encore administrer»<sup>16</sup>.

La question était fort ancienne puisque déjà Necker écrivait en 1781 à l'adresse du roi que, dans les «pays d'élection», il n'existait aucun recours devant le commissaire départi, et dès lors, à moins «qu'on ne soit soit averti par des injustices éclatantes [...], on est obligé de voir par les yeux mêmes de l'homme qu'on aurait besoin de juger»<sup>17</sup>. Même plainte chez Malesherbes siégeant à la Cour des aides: il évoque une «administration qu'il faut appeler clandestine», et il désigne certains «émissaires de l'administration» comme «gens absolument inconnus à Votre Majesté»<sup>18</sup>, et d'autant plus inconnus pour les administrés.

Les libéraux se sont divisés sur le traitement des conflits entre particuliers et puissance publique; pour le groupe de Guizot, il fallait maintenir la prérogative étatique qui allait de pair avec la célèbre «garantie des fonctionnaires» (art. 75 de la Constitution de l'an VIII) qui protégeait les représentants de l'Etat des atteintes immédiates du juge judiciaire<sup>19</sup>. Pour Constant, Tocqueville, Laboulaye et autres défenseurs des droits du citoyen et du particulier, le pouvoir donné au Conseil d'Etat était abusif<sup>20</sup>. Bataille en fait perdue, puisque les critiques tombèrent peu à peu, du fait des modifications au contentieux qu'apporta Juillet, en vue d'une meilleure garantie des droits et intérêts du citoyen. Une situation presque cocasse a été celle de la fin du régime, lorsque Benjamin Constant et Victor de Broglie – deux opposants au Conseil d'Etat – furent chargés par Louis-Philippe de proposer un plan de réforme, voire de suppression du Conseil d'Etat, alors que l'énorme rapport finalement remis ne conduisit à l'adoption d'aucune mesure<sup>21</sup>. Benjamin Constant était le président de

cette commission de réforme créée en août 1830.

Sous le Second Empire, les républicains comme Gambetta prétendaient mettre fin à la «justice de caddi» dont avait parlé Victor de Broglie dans un article resté fameux, pour finalement se rallier, dès lors que la souveraineté de la section du contentieux mettait fin à la justice retenue (loi du 24 mai 1872). Comme on le sait, la controverse est relancée aujourd'hui, le Conseil d'Etat ne pouvant être un *judge* véritable aux yeux des opposants, du fait, notamment, mais pas uniquement, de sa proximité avec le pouvoir gouvernemental – si l'on distingue entre le Conseil lui-même et les tribunaux administratifs<sup>22</sup>.

On signalera que, rendant visite au Conseil d'Etat, de Gaulle avait déclaré le 28 janvier 1960: «Il n'y a de France que grâce à l'Etat. La France ne peut se maintenir que par lui. Rien n'est capital que la légitimité, les institutions et le fonctionnement de l'Etat»; une formulation et une rencontre que François Hollande, à son tour, ne manqua pas de rappeler devant la même institution, le 22 mars 2017. On peut cependant observer, quant à de Gaulle, que la formule ne manque pas de sel de la part de celui qui, vingt ans auparavant, affirmait «transférer la souveraineté» et l'avoir «emportée» avec lui le 17 juin 1940<sup>23</sup>, tandis que l'Etat restait en France, de par le gouvernement de Vichy. Et le même homme en rébellion, enfermé dans une pièce à Londres, un samedi de 1940, disait à René Cassin: «Nous sommes la France»<sup>24</sup>.

Pour un temps, la France, dont l'âme était dire errer dans le monde<sup>25</sup>, se trouvait séparée de l'Etat. Comme on le sait, le général en révolte estimait que «l'Etat fran-

çais» du maréchal Pétain était sans légitimité puisqu'il avait capitulé.

D'ailleurs, il faut se souvenir que l'un des plus pressants soucis du général de Gaulle pendant la guerre était de rétablir la légalité républicaine, dans le cadre d'un Etat recouvrant la légitimité: on doit relire, de ce point de vue le texte de Jean-Pierre Dubois (colloque d'Épinal) montrant que le légiste-soldat a construit un «mini-Etat de droit», au moyen de plus de 1300 ordonnances qui assurèrent un soubassement juridique de 40 années dans la France d'après-guerre<sup>26</sup>. L'Etat restait bien l'épine dorsale de la nation et le vigile infatigable de son état moral et collectif comme le souhaitait l'élite libérale qui, auparavant, de Guizot aux Broglie et de Thiers à Jules Ferry avait tenté de refermer la tragique parenthèse révolutionnaire<sup>27</sup>. Le 16 juin 1946, le discours de Bayeux avait mis, si l'on peut dire, les points sur les i quant aux soubresauts de l'Etat faussement représenté par un pouvoir illégitime:

C'est ici [en Normandie] que, sur le sol des ancêtres, réapparut l'Etat; l'Etat légitime parce qu'il reposait sur l'intérêt et le sentiment de la nation; l'Etat dont la souveraineté réelle avait été transportée du côté de la guerre, de la liberté et de la victoire, tandis que la servitude n'en conservait que l'apparence<sup>28</sup>.

Ce transfert de souveraineté s'était accompagné de diverses marques d'une continuation de la «légitimité», données par la suite du texte, mais que nous ne citerons pas ici.

### Conclusion

Aux origines de la Vème République, on trouve une situation ouverte par la crise et la révolution de 1789. Bien des publicistes des années 1960, comme Georges Burdeau par exemple, ou des historiens, aimaient à rappeler le mot de Prévost-Paradol: «La Révolution française a fondé une société, elle cherche encore son gouvernement»<sup>29</sup>. L'idée avait été exposée par Tocqueville (qui était allé chercher un modèle comparatif aux Etats-Unis), elle était ressentie à la fin du Second Empire chez Prévost-Paradol, elle était reprise par le général de Gaulle dans ses *Mémoires d'espoir*, comme on l'a vu en introduction. Une synthèse entre monarchie et République, qui donnait une «tête» à l'Etat a été proposée en 1958 et en 1962, pour être ratifiée par le peuple français. Cet Etat incarnant la synthèse de notre histoire, devait aussi se charger de développer la société que la Révolution française avait «fondée» (Prévost-Paradol) – car, dans les propos de De Gaulle, l'Etat est «une institution de décision, d'action et d'ambition». Il restait à rajouter la reconnaissance des grandes libertés, puis un projet de représentation des intérêts et de la diversité des régions, ce fut l'échec du référendum de 1969; sans parler de l'ensablement de la participation, au regret de René Capitant.

Bien des aspects de cette vision des choses, quant à la nature, la finalité et la structure de l'Etat, sont aujourd'hui remis en question; on pourrait nommer, parmi les facteurs directs, la montée des pluralismes (culturels, régionaux et sexuels) et donc des *identités* qui cherchent la reconnaissance, la dissolution des autorités traditionnelles (religieuses, scolaires et

familiales), les partages consentis de souveraineté dans une marche européenne, vers un fédéralisme qui reste, pour le moins, non clairement assumé<sup>30</sup>. Cependant, le retour périodique des crises et le phénomène général d'appauvrissement des classes moyennes semblent revitaliser l'attachement (souvent la nostalgie) que les Français montrent pour le «libéralisme par l'Etat», contre un libéralisme (faut-il dire néolibéralisme?) sans règles et sans éthique pratiqué par des intérêts forcément «apatrides» (pour reprendre un vocable gaullien) et transnationaux.

La crise actuelle, produite par le coronavirus issu d'Asie, montre toute l'élasticité dont les Etats sont capables lorsque la menace d'effondrement devient forte. C'est le cas pour la Vème République au sein de l'Union européenne. Il faudrait rappeler aux mémoires ce que le doyen Maurice Hau-riou avait appelé la «fraternité administrative» : une expression qui surprendrait plus d'un aujourd'hui, et qui désignait, par

exemple, un enseignement à la fois public, universel et gratuit<sup>31</sup>. Ces conceptions sont utiles à revisiter pour évaluer ce que sont les accommodements actuels<sup>32</sup> et le degré d'adaptation qui est acceptable.

Peut-être pourrait-on dire de la Constitution de 1958, révisée en 1962, privée du septennat, amendée bien des fois, ce que je m'étais permis d'écrire ailleurs sur la Charte de 1814: notre premier compromis national (si on fait abstraction de l'édit de Nantes) et une source toujours active de nos ambivalences?<sup>33</sup> Le «libéralisme par l'Etat» constitue à lui seul cette synthèse originale et ambiguë, de nouveau soumise au feu des épreuves.

<sup>1</sup> Ch. de Gaulle, *Mémoires d'espoir*, Paris, Plon, 1970, t. 1, p. 23.

<sup>2</sup> Sur cette problématique de la tête donnée à la République et de la représentation unifiée de la nation, sur les origines de l'idée chez Mirabeau en octobre 1789, nous nous permettons de renvoyer à notre étude: *L'Etat républicain selon De Gaulle*, in «Commentaire», n. 51, automne 1990, pp. 523-532, et n. 52, hiver 1990-1991, pp. 749-755. Egalement, *De Gaulle dans l'histoire française de la souveraineté*, in *De Gaulle en son siècle*, Institut Charles de Gaulle, La Documentation Française, Paris, 1992, t. 2, pp. 15-27.

<sup>3</sup> Selon la formule connue, le gouvernement «procède» du chef de l'Etat élu par le peuple (*Mémoires d'espoir*, cit. t. 1, p. 10).

<sup>4</sup> Voir notre ouvrage *L'Individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, Paris, Fayard, 1997, sur les trois courants: l'orléanisme faisant suite aux doctrinaires de la Restauration, le Groupe de Coppet, d'esprit à la fois constitutionnaliste et individualiste (Benjamin Constant et Mme de Staël comme principaux leaders), le catholicisme libéral, partagé entre la doctrine de l'Eglise (peu favorable à l'individualisme) et la défense des libertés de 1789.

<sup>5</sup> C'est très visible dans le domaine de la liberté de l'enseignement ou de la liberté de presse (soumise à un cautionnement financier obligatoire pour la fondation d'un journal: voir notre ouvrage cité).

<sup>6</sup> Des historiens français comme Arnaud Teyssier (*Louis-Philippe, le dernier roi des Français*, Paris, Perrin, 2010), ou des juristes comme Maurice Duverger ont essayé de rappeler les continuités ou les héritages.

<sup>7</sup> R. von Thadden, *La centralisation contestée*, Arles, Acte sud, 1989.

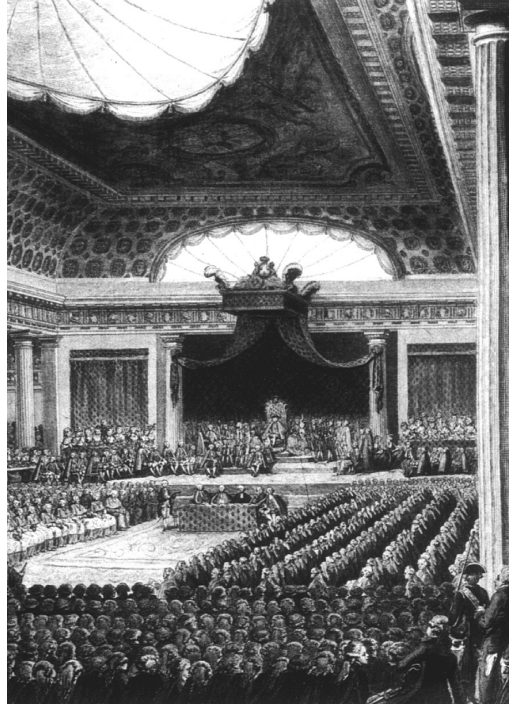
<sup>8</sup> Notre étude *Une liberté en souffrance: l'association au XIX<sup>e</sup> siècle*, in C. Andrieu, G. Le Béguec, D.

- Tartakowsky (sous la dir. de), *Associations et champ politique*, Publications de la Sorbonne, 2001, pp. 77-100.
- <sup>9</sup> Des formes intermédiaires entre les doctrinaires et le Groupe de Coppet ont existé, notamment dans les leçons de droit constitutionnel prononcées par Rossi, qui sont souvent attentives aux positions de Benjamin Constant. Voir l'étude de Luigi Lacchè *Tra politica e diritto, ovvero Rossi e la monarchia di Luglio*, in Id. (a cura di), *Un Liberale europeo: Pellegrino Rossi (1787-1848)*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 69-108.
- <sup>10</sup> Voir *Les révisions de la Constitution de 1958*, Documents réunis et commentés par C. Bigaut, dans *Documents d'études*, Paris, La Documentation française, n. 1.20, 1995, pp. 14-17.
- <sup>11</sup> Dans le cadre d'un droit informel de désobéissance de la part du fonctionnaire, du militaire et de la force armée, Constant écrit que l'individu est responsable de sa conduite, et qu'il doit apprécier la légalité et la légitimité des ordres reçus: «Il en est juge et il en est nécessairement le seul juge. S'il se trompe, il en portera la peine. Mais on ne fera jamais que l'homme puisse devenir totalement étranger à l'examen et se passer de l'intelligence que la nature lui a donnée pour se conduire, et dont aucune profession ne peut le dispenser de faire usage», *Principes de politique*, chap. XI, «De la responsabilité des agents inférieurs», dans *De la liberté chez les modernes*, éd. M. Gauchet, Paris, Pluriel, LGF, 1980, p. 356. Egalement dans *Œuvres complètes*, t. IX-2, sous la dir. O. Devaux et K. Kloocke, Tübingen, Max Niemeyer Verlag, 2001, p. 776.
- <sup>12</sup> Parmi les erreurs de 1789, Guizot dénombre cette thèse: «Nul n'est tenu d'obéir aux lois qu'il n'a pas consenties», *Trois générations, 1789, 1814, 1848*, dans F. Guizot, *Histoire parlementaire de France*, Paris, Michel Lévy, 1863, t. 1, p. XVIII. Il affirme que cette conception «est destructive de l'autorité, c'est l'anarchie».
- <sup>13</sup> Ivi, p. XXI. On pourrait rapprocher ce passage des pages de Maurras sur l'inégalité qui est naturelle vs. l'égalité œuvre toujours artificielle: «L'inégalité humaine est un fait. L'égalité n'en est pas un», dans Ch. Maurras, *L'Ordre et le désordre. Les «Idées positives et la Révolution»*, Paris, Les Iles d'or, 1948, pp. 18-19. Nous ne citerons pas tout le développement de Maurras. C'est là le caractère élitiste et élitiste du libéralisme doctrinaire, que Pierre Rosanvallon rapproche non de la contre-révolution, mais du conservatisme (peu apprécié en France). Guizot disait en 1838 que son projet était de «purger les principes de 1789 de tout alliage anarchique» (cité par P. Rosanvallon, *Le Moment Guizot*, Paris, Gallimard, 1985, p. 277).
- <sup>14</sup> Guizot, *Trois générations* cit., p. XXXI.
- <sup>15</sup> Il suffit de songer à Emile Ollivier, qui était un lecteur de Constant.
- <sup>16</sup> Henrion de Pansey, *De l'administration judiciaire en France*, trois éditions (1810, 1818, 1827), recueilli dans Id., *Œuvres judiciaires*, Paris, B. Dussillon, 1843. Magistrat très respecté, il est devenu en 1828 premier président de la Cour de cassation. Aux termes de l'arrêt Blanco, la formule de Henrion de Pansey avait été dite toujours valide.
- <sup>17</sup> Necker est cité en ces termes dans *Correspondance politique et confidentielle inédite de Louis XVI*, Paris, chez Debray, t. 2, 1803, p. 292. Il s'agit d'annotations par Louis XVI aux *Mémoires sur les administrations provinciales* (1781). Le roi écrit que cette plainte mérite réflexion!
- <sup>18</sup> E. Badinter, *Les «Remontrances» de Malesherbes*, Paris, UGE, 1978, p. 202 (voir également pp. 203-204 sur l'«administration clandestine»).
- <sup>19</sup> Jean-Louis Mestre, *La garantie des fonctionnaires*, dans J.-P. Clément, L. Jaume, M. Verpeaux (sous la dir. de), *Liberté, libéraux et constitutions*, Paris, Economica et Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1997, pp. 77-96.
- <sup>20</sup> On peut consulter le livre d'Éugène Poitou, tour à tour juge du siège et de tout contrôle», et par là constitue une véritable souveraine.
- <sup>21</sup> Frédéric Rolin, *Les projets de réforme du Conseil d'Etat établis par Benjamin Constant en 1830*, dans «La Revue administrative», n. 317, sept.-octobre 2000, pp. 436-477.
- <sup>22</sup> Pour une remise en question de la séparation admise (et constitutionnalised) entre droit civil et droit administratif, voir l'ouvrage récent, écrit sous forme d'échanges épistolaires, Ch. Jamin, F. Melleray, *Droit civil et droit administratif*, Paris, Dalloz, 2018.
- <sup>23</sup> Voir la page très remarquable des *Mémoires de guerre* (Paris, Plon, 1954, t. I, pp. 69-71, chap. «La France libre»), où de Gaulle décrit ses pensées en s'envolant vers Londres, le 17 juin.
- <sup>24</sup> Racontant l'anecdote devant le Cercle universitaire d'études et de recherches gaulliennes de Strasbourg, Cassin ajoutait avec humour: «Si quelqu'un avait regardé par le trou de la serrure et nous avait entendus parler ainsi, il n'aurait pu que constater une chose: nous étions bons pour le cabanon», *De Gaulle et l'Etat*, dans «Études gaulliennes», n. 1, 1973, p. 83). Rappelons que, dans le langage de l'époque et de marque méridionale, le «cabanon» est l'asile de fous.
- <sup>25</sup> «L'âme de la France cherche et appelle à travers l'univers ceux qui savent ce qu'elle est, ce qu'elle veut, tout ce que, siècle après siècle, elle a su faire pour les

## Jaume

- autres » (adresse aux Canadiens, 1<sup>er</sup> août 1940, *Discours et messages*, Plon, 1975, t. 1, p. 20).
- <sup>26</sup> J.-P. Dubois, «Les ordonnances: une forme originale d'exercice du pouvoir législatif», dans *Le Discours d'Épinal. Rebâtir la République*, Fondation Charles de Gaulle, AFDC et FNSP, Paris, Economica et Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1997. Cette étude remarquable sur un aspect oublié du soldat-législateur devrait être rééditée.
- <sup>27</sup> On lira notamment sur ce point la riche synthèse d'Odile Rudelle, *Albert de Broglie et Le Correspondant*, dans Jaume (sous la dir. de), *Coppet, creuset de l'esprit libéral. Les idées politiques et constitutionnelles du groupe de Madame de Staël*, Paris, Economica et Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2000, pp. 199-224.
- <sup>28</sup> De Gaulle, *Discours et messages*, Paris, Plon, 1975, t. 2, p. 5.
- <sup>29</sup> A. Prévost-Paradol, *La France nouvelle*, 1868, rééd. par P. Guiral, Paris, Editions Garnier, 1981, p. 250. L'ouvrage est fondamental pour l'analyse du passage à la Troisième République; il a été lu par toute l'élite gouvernante.
- <sup>30</sup> On sait que les mesures prises à l'été 2020, sur la demande de la chancelière allemande et du président français (partage des dettes engendrées par la crise sanitaire) relance la perspective d'une unification fédérale – sinon fédéraliste – de l'Union européenne, en route vers le statut d'État.
- <sup>31</sup> M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2<sup>ème</sup> éd. 1929, rééd. CNRS, 1965, «Le régime administratif dans son ensemble correspond à la catégorie de la fraternité», p. 643.
- <sup>32</sup> Nous ne développerons pas cet aspect actuellement en pleine évolution (été 2020) du fait de la crise d'ampleur mondiale qui s'annonce, produite par la pandémie.
- <sup>33</sup> L. Jaume, *Naissance du libéralisme et interprétation de la Charte*, dans «Jus Politicum», VII, n. 13, décembre 2014, <<https://www.juspoliticum.com/Naissance-du-liberalisme-et.html>>.







# Il peso della tradizione. Aspetti procedurali dell'*iter* di redazione della costituzione siciliana del 1812

DANIELA NOVARESE

## 1. *Tradizione e modernità nella stagione costituzionale siciliana (1810-1815). Riflessioni preliminari*

Il Parlamento del 1812 fisserà nella storia del Diritto Pubblico di Sicilia l'epoca la più interessante. Sin'ora è stato mestieri rimontarsi sino a' vecchi tempi del Conquistatore Normanno, e tutti seguirsi i differenti periodi delle successive Dinastie per conoscersi l'origine delle nostre forme politiche, e l'insieme comprendersi di tutto il pubblico sistema. Ma saranno d'ogg'innanzi sotto questo rapporto oggetti di mera curiosità gli antichi diplomi, e lo studio del nostro Diritto farà capo dalla nuova gran Carta Costituzionale.

Nel *Discorso sulla nuova costituzione di Sicilia*, che ne precede il testo nell'edizione palermitana stampata per i tipi di Solli nel 1813<sup>1</sup>, si sottolineava la «politica rigenerazione», la «generale riforma», la «prodigiosa rivoluzione» che quella stagione costituzionale avrebbe rappresentato e non soltanto per l'Isola, assurta a «modello da imitare all'avvilto continente europeo»<sup>2</sup>. Al contempo, si invitavano i cittadini a riporre le loro speranze in quella costitu-

zione «la quale richiama la Sicilia alla sua più antica dignità», evidenziando non uno strappo, ma una rassicurante continuità con la secolare storia politico-istituzionale dell'Isola.

L'anonimo autore, nell'illustrare entusiasticamente le indubbie novità contenute in quella carta, mostrava di possedere una buona conoscenza dei temi che avevano caratterizzato, a partire dalla Rivoluzione americana, l'animato dibattito tra le due sponde dell'Atlantico, e di averne metabolizzato il lessico<sup>3</sup>: felicità pubblica e privata, diritti individuali e fondamentali, uguaglianza, separazione dei poteri, sovranità<sup>4</sup>. Non sembrava, tuttavia, al contempo, rendersi conto di un'insidiosa contraddizione di fondo che permeava, caratterizzandola, l'esperienza siciliana. Nel chiudere il proprio *Discorso*, egli dava conto della pubblicazione, oltre che del testo della costituzione, di una silloge di documenti<sup>5</sup>, fra i quali una *Real Carta* con la quale il sovrano autorizzava il principe ereditario Francesco «a sanzionare tutti quegli articoli» conformi

alla costituzione inglese, come anche gli «articoli fondamentali conchiusi dal Parlamento»<sup>6</sup>, per potersi infine procedere con la pubblicazione via via «di tutti gli articoli già sanzionati»<sup>7</sup>.

Nell'epigrafe della *Real Carta* i rapporti tra la Corona e il Parlamento appaiono, fin da subito, chiaramente declinati secondo modalità rese familiari da una pratica secolare: l'Assemblea propone, il monarca manifesta «la Sovrana volontà sopra ognuno de' suddetti [...] articoli [...] col rispettivo Placet, o Vetat»<sup>8</sup>, utilizzando un'inveterata procedura e seguendo itinerari della normazione invalsi nell'Isola da epoche risalenti<sup>9</sup>.

Chi volesse oggi ripercorrere le complesse vicende che portavano, nel 1812, alla redazione della *Costituzione del Regno di Sicilia*, si troverebbe a fare i conti con una riflessione storiografica che, maturata in particolare negli ultimi decenni, si è concretizzata in numerosi saggi e ricerche che hanno contribuito ad arricchirne significativamente il panorama degli studi<sup>10</sup>. Tornare a riflettere su quel testo mi pare tuttavia importante per tentare di mettere in luce l'aspetto, non ancora sufficientemente indagato, relativo alla tecnica normativa e all'*iter* procedurale utilizzati nel corso di quella stagione costituzionale<sup>11</sup>.

Le scelte operate in tal senso dai redattori della carta palermitana, infatti, decisamente orientate verso l'adesione a logiche di antico regime che la coeva esperienza gaditana aveva invece superato<sup>12</sup>, avrebbero avuto pesanti ripercussioni sul contenuto stesso della costituzione.

## 2. L'*iter* procedurale di redazione della carta del 1812. Dai *Capitula Regni* alla Costituzione del Regno di Sicilia

Il problema dell'*iter* procedurale sotteso alla redazione della carta del 1812 può trovare una corretta lettura soltanto se valutato all'interno di un più complesso contesto che prenda in considerazione anche il ruolo che il Parlamento siciliano<sup>13</sup> doveva giocare in quella prima fase di costituzionalizzazione.

In quell'occasione, infatti, l'Assemblea parlamentare siciliana, articolata in tre bracci secondo la configurazione che la stessa aveva assunto a partire dal *Parlamentum* di Siracusa del 1398, lungi dal proporsi quale «soggettività originaria radicalmente libera nella manifestazione della propria volontà»<sup>14</sup> non riconosceva, a se stessa, nulla più di una funzione meramente propositiva all'interno dell'*iter* di formazione della legge (e dunque anche della redazione della carta costituzionale), secondo una dialettica istituzionale di risalente tradizione. Una circostanza che veniva sottolineata con chiarezza nel testo della *Real Carta* prima citata, ove quelle dell'Assemblea venivano indicate quali semplici "proposte", ma anche in più punti del testo della nuova costituzione, laddove si afferma, ad esempio, che il Parlamento «viene [...] a sommettere» gli articoli al re<sup>15</sup>. E ciò coerentemente con l'idea di fondo degli ispiratori del progetto costituzionale, considerato quale redazione scritta della "costituzione storica" siciliana, che avevano inteso ammodernare quella prassi consolidata da secoli che, con specifico riferimento alle norme di iniziativa parlamentare, si era concretizzata nei *Capitula Regni*, leggi «emanate dalla Corona su proposta del Parlamento»<sup>16</sup>.

A questo proposito, ad esempio, Niccolò Palmeri<sup>17</sup>, esponente della Camera dei Pari, in qualità di procuratore e sostenitore della linea moderata espressa dal principe di Belmonte, ricordava che

Convenuto l'affare, essi [Belmonte e Castelnuovo] unitamente a lord Bentinck diedero all'abate Paolo Balsamo l'incarico di stendere il piano della costituzione, nel quale [...] si stabilì di farsi quanto meno innovazioni si potessero agli antichi statuti di Sicilia. Balsamo fece allora, ma con più senno, ciò che poco prima erasi fatto in Ispagna dalla commissione destinata dalle corti: riandare cioè (a) tutte le antiche leggi di Sicilia, e scegliere quelle ch'erano più confacenti all'oggetto. Laonde egli non fece altro che svolgere i capitoli del regno, pigliarne i più interessanti, metterli in ordine, e renderne l'espressioni più acconce alle moderne idee di dritto pubblico<sup>18</sup>.

L'Assemblea parlamentare si era, dunque, semplicemente dedicata a «svolgere i Capitoli del Regno» e, lungi dall'esprimere un potere costituente, si era impegnata in una non semplice opera di modernizzazione, anche lessicale, «delle antiche leggi siciliane, a riunire in uno solo i tanti statuti sparsi qua e là nel codice del diritto pubblico siciliano»<sup>19</sup>.

Il medesimo orientamento sembra pervadere le considerazioni espresse nelle sue *Memorie segrete* dall'abate Paolo Balsamo<sup>20</sup>, autore del progetto di costituzione. Oltre a ricordare come la carta del 1812 fosse fondata sulle «antiche leggi ed usanze del paese»<sup>21</sup>, egli dava conto della logica istituzionale che, in quell'occasione, aveva mosso il Parlamento, concretizzandosi in un *iter* procedurale legato alla tradizione. In particolare, a proposito delle vicende che avevano portato alla sanzione delle *Basi* della costituzione da parte del vicario generale del Regno, il Balsamo ricordava come il 10 agosto del 1812 il principe ereditario

Francesco, in virtù dei poteri conferitigli dalla formula *ut alter ego*, avesse placitato complessivamente 12 dei 14 articoli fondamentali di quella «essendoché gli altri due riportarono il veto»<sup>22</sup>.

In quell'occasione si era delineato un aperto contrasto tra quanti ritenevano che, sono ancora le parole dell'abate termitano, «tale veto non si doveva soffrire, e che il vicario non poteva che approvare o rigettare in massa tutti i quattordici articoli» e la posizione espressa dai "saggi" (fra i quali erano lo stesso Balsamo) i quali, dolendosi

di tanta loro insolenza ed ingratitudine (verso lord Bentinck, il principe ereditario ed il ministero) [...] li tacciarono di presuntuosi ed ignoranti, dappoiché le loro proposizioni ripugnavano agli usi degli antichi parlamenti, con le cui forme il presente era stato chiamato, e non avrebbero neppur potuto sostenersi colla costituzione inglese per la ragione che i quattordici articoli essendo tante distinte proposte di legge, alcune potevano riportare il placet ed altre il veto<sup>23</sup>.

Quest'ultima affermazione appare particolarmente interessante perché sottolinea l'emergere, all'interno dello stesso partito costituzionale siciliano, di due linee interpretative affatto differenti: una, nella quale si riconosceva Giuseppe Alliata e Moncada principe di Villafranca, che, pur legata a una tradizionale dinamica Parlamento-Monarchia, individuava nella carta costituzionale un documento unitario, "moderno" e, in quanto tale, riteneva che il sovrano potesse, al limite o approvarla o respingerla *in toto*; l'altra corrente, che faceva capo a Carlo Cottone principe di Castelnuovo<sup>24</sup> e allo stesso Balsamo, riteneva che la costituzione rappresentasse una sorta di "contenitore", un documento nel quale, per la prima volta, si potevano rinvenire, disposte in un ordine razionale, tutte quelle

norme che formavano il complesso del diritto pubblico isolano. In questa prospettiva non meraviglia la circostanza che l'abate Balsamo accusasse di ignoranza quanti si opponevano all'antica prassi per la quale il vicario generale poteva approvare (*placet*), respingere (*vetat*) o modificare ogni singolo articolo del testo costituzionale.

Nasceva, così, una costituzione dalla struttura assai articolata, punto di arrivo di una dinamica istituzionale tra Monarchia e Parlamento che sembrava aver attraversato, sostanzialmente immutata, circa quattro secoli e che può ricostruirsi attraverso l'analisi dei §§. placitati, di quelli respinti, di quelli dei quali il sovrano chiedeva una parziale modifica o sui quali si riservava di esprimere il proprio giudizio. Come nella tradizione dei *Capitula Regni*, infatti, alle singole norme della costituzione venivano apposte formule assolute di accoglimento (*placet*) o di riprovazione (*non placet, vetat*) o condizionate (*placet si, quando, praeter, providebit etc.*)<sup>25</sup>. Alla stregua della legislazione capitolare, peraltro, al momento della stampa, quel testo non veniva emendato delle norme respinte da Ferdinando di Borbone o "congelate" in attesa di un suo futuro pronunciamento, ma le singole richieste del Parlamento al sovrano vi trovavano spazio, indipendentemente dalla circostanza che fossero vigenti.

Giunta a noi in diverse edizioni, la costituzione del Regno di Sicilia «proposta dal Parlamento»<sup>26</sup> risulta, infatti, anche nell'edizione ufficiale pubblicata a Palermo nel 1813 presso la Real Stamperia<sup>27</sup>, accompagnata dall'apposizione o meno della regia sanzione a ciascun articolo, quasi a perenne testimonianza di ciò che era stato richiesto e di quanto era stato graziosamente accordato.

3. *Dall'elemento formale al dato sostanziale. L'influenza della tecnica normativa utilizzata sul contenuto della costituzione*

3.1. *La complessa redazione del decreto Della libertà, diritti e doveri del cittadino*

Lungi dal rappresentare un dato meramente tecnico-formale, la circostanza che l'iter procedurale di redazione della costituzione del 1812 si inserisse, senza soluzioni di continuità, nel solco della tradizione del diritto pubblico isolano, e in particolare delle *leges pactionatae* o *Capitula Regni*, come prima ricordato, finiva con l'incidere in maniera significativa sul contenuto di quel documento, mettendo a rischio, di fatto, la portata di taluni principi in esso presenti, chiaramente ispirati al costituzionalismo di matrice francese. Al contempo, il ricorso a pratiche di antico regime fa nascere forti sospetti circa un sostanziale fraintendimento di concetti sottesi a talune parole-chiave del testo siciliano, e ciò nonostante sia documentata la circolazione, nell'Isola, delle più significative e recenti riflessioni sui temi connessi con il moderno costituzionalismo, nonché di numerosi testi costituzionali<sup>28</sup>.

Ormai da tempo la storiografia ha assunto come pacifica la circostanza per la quale, se il complesso iter di redazione della carta siciliana avveniva in un contesto culturale e politico che alimentava una mistificante idea dell'uniformarsi di quella costituzione al modello inglese<sup>29</sup>, quel documento evidenziava l'adesione ad archetipi diversi e fra loro scarsamente compatibili sotto il profilo ideologico. Da una puntuale lettura della carta palermitana si rileva, infatti, come, a fronte di una mutuazione tutto sommato assai modesta dei principi del costituziona-

lismo britannico<sup>30</sup>, essa mostrasse invece, in particolare nella proposizione di diritti individuali e nella «costituzionalizzazione del problema dei codici», un legame assai più significativo con le esperienze costituzionali della Francia rivoluzionaria<sup>31</sup>.

Con specifico riferimento alla presenza di diritti "dichiarati", tale circostanza è testimoniata dal decreto della *Libertà, dei diritti e doveri del cittadino* evidentemente ispirato alla *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*<sup>32</sup>, da considerarsi parte integrante della carta, seppure fisicamente autonomo<sup>33</sup>.

Va tuttavia sottolineato che, al di là dell'utilizzazione, nel contesto isolano, di un lessico costituzionale che, a partire dall'esperienza americana<sup>34</sup> e francese, sembrava nutrirsi delle medesime parole-chiave, le dirompenti novità che segnavano quelle due diverse "Dichiarazioni" non venivano percepite e riproposte, nella Sicilia del primo decennio del secolo XIX, in tutta la loro potenzialità eversiva. Seppure, infatti, nella carta palermitana le libertà e i diritti del cittadino risultassero dichiarati, enunciati in quanto ritenuti naturali e imprescrittibili secondo un orientamento diffuso<sup>35</sup>, essi finivano, tuttavia, con l'essere, proprio a causa delle formule usate, riconducibili alla struttura delle antiche *leges patinatae*<sup>36</sup>, semplicemente proposti dal Parlamento e, dunque pericolosamente in bilico. La tecnica normativa utilizzata sviliva, di fatto, l'idea stessa dell'esistenza di diritti individuali naturali, inalienabili, imprescrittibili, preesistenti all'ordinamento che ne assumeva esclusivamente la tutela. Essi infatti risultavano esistenti e dunque "agibili" solo ed esclusivamente in virtù della placitazione regia.

Il dibattito parlamentare, ricostruibile attraverso i verbali delle adunanze conservati nel fondo palermitano del *Protonotario del Regno*, restituisce, peraltro, un'adesione della camera regia, cioè dei rappresentanti delle città demaniali, alla *Déclaration des droits* dell'89 assai più significativa di quanto poi non avvenisse nel testo licenziato e sottoposto alla sanzione del monarca. Così, nel corso della sessione del 17 ottobre 1812, tra le «Proposte del braccio demaniale riguardanti i diritti e doveri del cittadino [...]», si legge una bozza del citato decreto così concepita:

[...] -4- Ogni siciliano si reputerà eguale agli occhi della legge né vi sarà distinzione di rango o ricchezza che potrà far preferire un cittadino all'altro nel servizio della sua patria, così ogni siciliano di qualunque siasi classe potrà aspirare a qualunque impiego senza distinzione alcuna. Il sostegno dello stato dovrà essere il merito personale [...] -7- Ogni cittadino siciliano avrà il dritto di tenere in casa sua quei libri e quelle armi ch'egli vorrà, né sarà mai permesso a qualunque siasi magistrato violare per qualunque siasi ragione il domicilio di un cittadino -8- Ogni cittadino siciliano avrà l'uso libero della sua proprietà cosicché alcuna tassa non potrà essere stabilita che col consenso mediato o immediato di colui che la paga, né alcun bene di qualunque natura appartenente ai particolari potrà essere distratto dal Governo, anche fosse per pubblica utilità<sup>37</sup>.

La formulazione degli articoli del decreto aveva «dato occasione a molti dibattimenti e dispareri fra le camere e [...] subito da ognuna di esse replicate modificazioni» e lo stesso braccio demaniale chiedeva la formazione di una commissione paritetica composta di due parlamentari per braccio per un ulteriore confronto.

Cosa accadeva ai diritti dichiarati nel momento in cui, dopo un evidente ridimensionamento di alcuni principi, frutto

dell'accordo maturato all'interno dell'assemblea parlamentare, essi venivano presentati alla Corona nel testo definitivo del decreto *Della libertà, diritti, e doveri del cittadino?* Da una rapida lettura si può rilevare (oltre all'epigrafe che riprende, nella connessione diritti-doveri, motivi di chiara ispirazione wolffiana) come quello fosse articolato in tredici capitoli. Di questi, soltanto quattro (IX, X, XII e XIII) erano accompagnati da formule assolute di approvazione (*placet*)<sup>38</sup>, uno (XI) da formula assoluta di riprovazione (*veto*)<sup>39</sup>, uno veniva in parte respinto, in parte approvato (VIII)<sup>40</sup>, uno (II) sottoposto a formula condizionata (*placet, ma*)<sup>41</sup>. Sul capitolo VII, articolato in cinque §§, il sovrano si riservava di "manifestare" il suo "real animo"<sup>42</sup>, mentre i restanti cinque (I, III, IV, V, VI) venivano approvati, sebbene il monarca ritenesse necessario aggiungere al *placet* talune puntualizzazioni<sup>43</sup>.

Nell'esperienza costituzionale siciliana del 1812, dunque, la sottoposizione al sovrano delle singole proposte contenute nella carta ai fini della loro reale efficacia normativa reintroduceva, di fatto, proprio il principio dei "diritti concordati" che, come ricorda Norberto Bobbio, la rivoluzione dell'89 aveva abolito<sup>44</sup>. «Il che equivale a dire», e sono ancora le limpide considerazioni di Bobbio, «che senza la concessione del sovrano, il suddito non avrebbe mai avuto alcun diritto». Risultava, a quel punto, sostanzialmente svuotato di significato anche il termine cittadino, cui la carta connetteva quei diritti e doveri che finivano però con l'esprimere non l'essenza stessa della cittadinanza, ma la misura della maggiore o minore benevolenza del sovrano nei confronti dei suoi sudditi<sup>45</sup>.

### 3.2. Sovranità e rappresentanza

Se partiamo dal presupposto che la costituzione siciliana del 1812 può considerarsi, per dirla con Fioravanti, «di tipo *monistico*», intendendo con questa espressione fare riferimento a quelle carte costituzionali «che individuano un potere per eccellenza, ben più rilevante di ogni altro potere costituito [...] espressione della sovranità medesima»<sup>46</sup>, cioè il potere legislativo, non si può, anche in questo caso, non rilevare come il tentativo di dare risalto all'azione del Parlamento risultasse fortemente condizionato dall'applicazione di una tecnica legislativa pattizia. Seppure si fosse respinto il principio del *King in Parliament* ed espresso in maniera inequivocabile quello per il quale «il potere Legislativo risiederà privatamente nel Parlamento»<sup>47</sup> e ancora che «il potere di far le leggi, e quello di dispensarle, interpretarle, modificarle, ed abrogarle risiederà esclusivamente nel Parlamento»<sup>48</sup>, il testo siciliano non affrontava e risolveva coerentemente con tali premesse il problema della sovranità. O meglio, all'interno della dinamica istituzionale siciliana degli anni dieci dell'Ottocento, risultava difficile collocare la sede della sovranità nel Parlamento.

Appare più di una coincidenza la circostanza per la quale il termine sovranità non sia mai utilizzato nel testo della costituzione, sebbene non fossero mancate, nel dibattito di quegli anni, chiare enunciazioni di quel principio. Così, ad esempio, nel *Discorso sulla nuova costituzione di Sicilia*, l'anonimo autore connetteva con chiarezza sovranità a rappresentanza, individuando senza esitazione nel Parlamento, sede naturale della rappresentanza<sup>49</sup>, anche quella della sovranità.

Nel testo della costituzione, invece, la questione della sovranità rimaneva come sospesa, seppure sembrerebbero potersi rintracciare tentativi di veicolarla verso l'Assemblea parlamentare. Sembrerebbe essere questo il senso del cap. VIII del decreto *Della libertà, dei diritti, e doveri del cittadino* che recitava: «Ogni Cittadino Siciliano sarà riputato come facente parte del Potere Legislativo direttamente, o indirettamente, e come tale non riconoscerà altre autorità, che quelle stabilite dalla Legge». Tale capitolo evocava principi, come quello della rappresentanza e della "volontà generale" che si traduce in legge, ritenuti evidentemente assi pericolosi dalla monarchia, e non è un caso che il re ponesse il *veto* per la prima parte dell'articolo e il *placet* per la seconda, mentre veniva apposto un veto assoluto al capitolo XXII che prevedeva che «Ogni cittadino siciliano, che non fosse Membro del Parlamento potrà avanzare una sua domanda, querela o progetto di legge per lui, o in nome del Pubblico al Parlamento, per mezzo, però di un membro del medesimo [...]»<sup>50</sup>. Il Parlamento, che la costituzione prevedeva per il futuro articolato in due Camere, era oggetto di una particolare attenzione da parte della Corona che negava, ad esempio, l'esistenza di una stamperia «dentro le mura del suo edificio» e la scelta del direttore spettante «immediatamente, ed unicamente dai Presidenti delle due Camere»<sup>51</sup>.

Per quanto con la costituzione del 1812 si ponesse fine alla struttura tripartita del Parlamento siciliano e si immaginasse un'assemblea moderna, composta da una Paria ereditaria e da una Camera dei Comuni elettiva su basi censitarie, era poi la stessa carta che disponeva ai §§. 4, 5, 6 e 7, la procedura da seguirsi nell'*iter* legislativo,



Ritratto di Francesco I, firmatario della costituzione del 1812 in qualità di reggente

ripercorrendo prassi di antico regime. Se infatti si stabiliva che «S.R.M. non potrà ingerirsi, né prendere cognizione alcuna delle proposte, che sono pendenti nelle Camere del Parlamento», lo stesso §.4 continuava affermando che «queste solamente, dopochè saranno state passate alla votazione di ambe le Camere, dovranno presentarsi a S.R.M. per averne un assoluto Placet o Veto», e il successivo §.7 chiariva che la dichiarazione di *placet* o *veto* del Sovrano andava apposta «in fine di ogni articolo»<sup>52</sup>.

Non stupisce pertanto che nel decreto *Per la successione al trono del Regno di Sicilia* il re utilizzasse a piene mani il proprio potere di veto per neutralizzare quegli articoli in cui è facile scorgere un tentativo di comprimere le libertà dei componenti della Casa reale e dello stesso monarca. Si pensi, ad esempio al §.12.IV ove l'assemblea

proponeva: «Riguardando tutti i legami di Famiglia, i diritti alla successione, e le pretese che potranno nascere, tutti i matrimonij, che si contrarranno dal Re, o dai suoi Figli, o Figlie, e successori dovranno essere conosciuti dal Parlamento»<sup>53</sup>.

Ferdinando, oltre ad apporre il *vetat*, subordinava la facoltà dei componenti della famiglia reale di contrarre nozze alla propria esclusiva approvazione<sup>54</sup>.

Ancora, il sovrano si opponeva seccamente alla pretesa che

Il Re di Sicilia non potrà per qualunque siasi cagione allontanarsi dal Regno senza il consenso del Parlamento. Ogni Re, che abbandonasse il regno senza il detto consenso, o che prolungasse la sua dimora fuori dell'Isola al di là del tempo accordatogli dal Parlamento, non avrà più diritto a regnare in Sicilia e dal quel momento salirà al Trono o il suo successore, se ne avrà, o la Nazione eleggerà il nuovo Re<sup>55</sup>,

riconoscendo esclusivamente che si dovesse «in quel caso unicamente stabilire con il consenso del Parlamento da chi e con quali condizioni nella sua assenza dovranno esercitarsi le facoltà dategli dalla Costituzione»<sup>56</sup>.

#### 4. *Per concludere*

Considerato che, come si è accennato, con l'espressione *Capitula Regni* si intende fare riferimento alle «leggi emanate dalla Corona su proposta del Parlamento» cui il sovrano «apponeva la *declaratio* o *responsio* con la formula del *placet* o la *modificatio* quando del tutto non le approvava», o del *vetat* se intendeva respingerle «ed anche le semplici proposte di legge, cioè le grazie approvate dall'assemblea parlamentare e pri-

ve della sanzione»<sup>57</sup>, in una ideale raccolta delle fonti del diritto pubblico siciliano il testo della costituzione del 1812 potrebbe agevolmente collocarsi, senza soluzione di continuità, accanto alle edizioni dei *Capitula Regni* e degli *Atti parlamentari* nate, fra Cinque e Settecento, frutto di quella legislazione pattizia di origine parlamentare<sup>58</sup> nella quale per secoli si era concretizzato il rapporto tra Monarchia e Nazione siciliana, rappresentando, per certi versi, l'ultima *lex pactionata* del *Regnum Siciliae*<sup>59</sup>.

Essa, infatti, sembra sfuggire a una precisa collocazione all'interno del processo di costituzionalizzazione che caratterizza il panorama europeo tra Sette e Ottocento, fino al punto da sembrare estranea a quello, non potendosi annoverare né tra le carte ottriate dai sovrani, né tra quelle votate dalle Costituenti. E forse non a caso è stata considerata, insieme ad altre, l'anello di congiunzione tra vecchio e nuovo costituzionalismo<sup>60</sup>.

CAPITULA REGNI SICILIAE (secc. XIV-XVIII)	COSTITUZIONE DEL REGNO DI SICILIA (1812)
<b>FORMULE ASSOLUTE DI APPROVAZIONE (PLACET)</b>	
<b>Cap. XIV regis Martini</b> <i>Quod exules pro Regia Majestate remuneruntur</i>	<b>Titolo I</b> Potere legislativo Capitolo IV
Item suae placeat Majestate, quod illi, qui fuerunt exules, et damnificati pro Regia Majestate, sint remunerati in officiis, et beneficiis. <i>Placet Regiae Majestati.</i>	§.1. Il prossimo Parlamento, e tutti gli altri, che in appresso si convocheranno da S. R. M., saranno composti da due Camere, l'una detta de' Pari, o sia de' Signori, e l'altra de' Comuni. <i>Placet Regiae Majestati.</i>
<b>Cap. CD regis Alphonsi</b> <i>Pro moneta argentea, et aurea non fondenda</i>	<b>Titolo II</b> Potere esecutivo Capitolo I
Item supplica lo dicto Regno, che la moneta de argento cugnata non se pocza fondere in sicla, per fare piczoli; et che li piczoli non se poczano minuire in liga a pena de unci cento. <i>Placet Regiae Majestati.</i>	§.1. Sarà privata del Re il rappresentare la Nazione Siciliana presso le Potenze straniere. <i>Placet.</i>
<b>Cap. XLVI regis Ferdinandi II</b> <i>Quod novendii beneficium usque ad quartum gradum de jure civili extendatur</i>	<b>Titolo II</b> Potere esecutivo Capitolo I
Item, perché ad elongari omni reu, et conventu, è facile, et solinu multi volti allegari novendii di la morti di persuni, che su conjuncti in parentela, oi affinitati [...] per tantu supplica la università di dictu Regnu che di qua innanti non si pocza allegari privilegio di novendio per la morti de parenti [...] <i>Placet Regiae Majestati.</i>	§.5. Il Parlamento avrà sempre il diritto di domandare conto, e ragione di qualunque atto del Potere Esecutivo, e di processare e punire i Ministri, e i Membri del Consiglio, quantevolve li troverà contrarj alle prerogative, ed agl'interessi della Nazione. <i>Placet.</i>

## CAPITULA REGNI SICILIAE

COSTITUZIONE DEL REGNO DI SICILIA  
(1812)FORMULE ASSOLUTE DI RIPROVAZIONE  
(NON PLACET, NON PROCEDIT, VETAT)**Cap. XX regis Joannis**

*Quod procuratores fiscales, sive advocati, solvant expensas de proprio, in casu, quo succubuerint*

Item, cum persaepe sit, quod Regni Cives, et habitatores vexationes indebitas patiuntur per procuratore fiscales [...] supplex orat totum Regnum Regiam Majestatem, quod placeat concedere, quod procuratores fiscales, sive advocati, de proprio marsupio solvant expensas in causis [...] in quibus succubuerint [...] *Non procedit.*

**Cap. XCIV regis Philippi II**

*Ut omnibus Baronibus, soluto certo pretio, concedatur merum, et mistum imperium*

Supplica anco il detto Regno a Vostra Maestà, che si degni ordinare, che qualunque Barone di esso Regno voglia nelle sue terre privilegio di mero, e misto imperio con remissione di foro, pagando a ragione tari quindici di moneta di esso Regno per ciascheduno foco, gli sia concesso in quella più ampla, e favorita forma, che altri abbiano.  
*Non placet suae Catholicae Majestati.*

**Cap. XCVI regis Philippi II**

*Ut officium Protonotarii, et alia Regni officia, reintegrentur in eorum preeminentiis, et jurisdictionibus*

Perciocché l'ufficio di Protonotaro del detto fidelissimo Regno si ritrova defraudato di molte delle sue preminenze, giurisdizioni, privilegi, prerogative, ed onoranze [...] il Regno umilmente supplica che si degni ordinare, che il suddetto ufficio sia reintegrato, e restituito in tutte le cose suddette [...] *Non placet Regiae et Catholicae Majestati.*

**Titolo I**

*Potere legislativo*  
Capitolo XVII

§.10. Vi sarà una Stamperia di dipendenza del Parlamento dentro le mura del suo edificio. La sua spesa dovrà aggiungersi alle altre sopra mentovate.  
*Vetat Regia Majestas.*

**Titolo II**

*Potere legislativo*  
Capitolo XXII

Ogni Cittadino Siciliano, che non fosse Membro del Parlamento potrà avanzare una sua domanda, querela, o progetto di Legge, per lui, o in nome del Pubblico al Parlamento, per mezzo però di un membro del medesimo: se la domanda, progetto o querela riguarda un oggetto pubblico, il Membro di una delle due Camere, che ne sarà incaricato non potrà ricusarsi di leggerlo pubblicamente alla Camera: se riguarda un oggetto particolare, si dovrà dare ad un Comitato, per discutersi, se debba accettarsi, o ricusarsi.  
*Vetat Regia Majestas.*

**Della libertà, diritti e doveri del cittadino**  
Capitolo XI

Ogni Cittadino Siciliano, che da oggi in avanti non avrà cura di vaccinare i figli, non potrà aver parte diretta, o indiretta nella formazione della Legge, né potrà essere ammesso ne' Consigli Civici.  
Ciò sarà rilevato nella nota, che si presenterà dal Magistrato Municipale.  
*Veto.*

## CAPITULA REGNI SICILIAE

COSTITUZIONE DEL REGNO DI SICILIA  
(1812)FORMULE CONDIZIONATE  
(*PLACET SI, PRAETER, VIDEBIT, SE INFORMABIT, ETC.*)**Cap. LIX regis Joannis**

*De bannis, pragmaticis, et rescriptis regiis, seu viceregiis, non habentibus effectum, nisi infra annum*

Item supplicat totius Regni universitas Sacrae Regiae Majestati, quod nulla banna, proclamata, pragmatica sanctio, seu rescripta Regia, sive Viceregia, seu cujuscumque officialis, poenalia, porrigere habeant vires, et effectum suum post annum; sed anno tantum sint duratura; nisi anno finito ipsorum edictorum recreptorum, et pragmaticarum fiat renovatio per loca publica, et consueta Regni; et hoc ne propter tarditatem temporis induceret oblivio, et propter ignorantiam, atque oblivionem incolae poenis illaquaerentur, et afficerentur incommodo.

*Placet Regia Majestati, exceptis pragmaticis sanctionibus, dum tamen de novo publicetur.*

**Cap. CCCXIX regis Alphonsi**

*Pro moneta argentea, et aurea non fundenda*

Item, che la moneta de argento cugnata non si pocza fundere in sicla et che li piczoli non poczano diminuire in liga.

*Placet Regiae Majestati, excepto pro constanda meliori moneta argentea.*

**Titolo III**

*Potere giudiziario*

Capitolo II

§.7. Sono proibiti di tenere veruna Amministrazione, o Direzione di beni, e Famiglie particolari, e molto meno di ricevere soldi dalle stesse.

*Placet, menoché per i Giudici di Pace.*

§.10. I Giudici, e Magistrati non potranno esercitare altre funzioni, che quelle di giudicare. Sarà loro vietata qualunque altra amministrazione, e delegazione.

*Placet, menoché per i Giudici di Pace.*

**Abolizione de' Fori**

§.2. Saranno abolite in questo Regno le Delegazioni, e Commesse, le private giurisdizioni giudiziarie, o sia i cosi detti volgarmente Fori, ad eccezione del Foro Ecclesiastico per le cause spirituali, e per le cause che appartengono alla Regia Monarchia, ed Apostolica Legazia, abolendosi il Foro personale di tutti i Laici commissionati, impiegati, e subalterni della medesima [...] *Placet, salvo restando il Foro della Crociata [...] e a condizione che i Redattori del nuovo Codice debbano incaricarsi, e riferire sulle disposizioni relative a tale Foro [...].*

<sup>1</sup> *Costituzione di Sicilia stabilita dal General Parlamento del 1812. Preceduta da un discorso sulla medesima e da diplomi relativi alla convocazione del Parlamento e alla sanzione di tutte le proposte di esso. Coll'aggiunta di un compendio della costituzione d'Inghilterra*, Palermo, Solli, 1813, rist. an. a cura e con *Introduzione* di A. Romano, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2000, p. V, da cui si cita. Si deve allo stesso studioso la ristampa anastatica della *Costituzione del Regno di Sicilia stabilita dal Parlamento dell'anno 1812, settima edizione palermitana*, Palermo, dalla tipografia di Francesco Abbate, 1813 (rist. an. Messina, Presso l'Accademia, 1996).

<sup>2</sup> Ivi, p. VII.

<sup>3</sup> Rimangono a mio avvio insuperate, a questo proposito, le riflessioni sul costituzionalismo americano di G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. I. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, il Mulino, 1976, pp. 610 ss.

<sup>4</sup> Suggestivi spunti in E. Leso, *Lingua e rivoluzione. Ricerche sul vocabolario politico italiano del triennio rivoluzionario (1796-1799)*, Venezia, Istituto veneto di scienze, lettere ed arti, 1991. Sul tema della "felicità" cfr. A.M. Rao, *Felicità pubblica e felicità privata nel Settecento*, Roma, Edizioni di storia e letteratura, 2012.

<sup>5</sup> Cfr. *Costituzione di Sicilia* cit., pp. XXVI-XXXII.

<sup>6</sup> Ivi, pp. XXXV-XXXVI e *Dispaccio della Real Sanzione su i primi quindici Articoli fondamentali conchiusi dal Parlamento* (pp. XXXVI-XXXVII).

<sup>7</sup> Cfr. *Real Dispaccio per la pubblicazione di tutti gli Articoli, già Sanzionati, relativi alla organizzazione delle due Camere del nuovo Parlamento, ed alla Composizione de' Civici Consigli, e delle Magistrature Municipali e Real Diploma per la Sanzione e pubblicazione de' rimanenti articoli di dettaglio sulla nuova Costituzione e del nuovo piano delle finanze proposto dal generale*

*Straordinario Parlamento del 1812*, ivi, pp. XXXVII-XXXX e XXX-XXXII.

<sup>8</sup> Ivi, pp. XXXVI-XXXVII.

<sup>9</sup> Sul punto, B. Pasciuta, *Placet Regiae Maiestati. Itinerari della normazione nel tardo medioevo siciliano*, Torino, Giappichelli, 2005.

<sup>10</sup> Sulla costituzione siciliana del 1812, con riferimento ai lavori più significativi e recenti si possono vedere, principalmente, C.R. Ricotti, *Il costituzionalismo britannico nel Mediterraneo (1794-1818): alle origini del "modello siciliano"*, in «Clio», XXXI, n. 1, 1995, pp. 5-63; A. Romano, *En los albores del constitucionalismo europeo. La "carta" siciliana de 1812*, in «Anuario de Historia del Derecho Español», Homenaje a F. Tomás y Valiente, LXVII, 1997, pp. 777-797. Una riconsiderazione delle problematiche legate all'esperienza costituzionale siciliana del 1812 si sono avute in occasione del convegno internazionale di studi *Il modello costituzionale inglese e la sua recezione nell'area mediterranea tra la fine del '700 e la prima metà dell'800*, tenutosi a Messina nel novembre del 1996. Negli *Atti* (a cura di A. Romano, Milano 1998) si leggono gli specifici contributi di D. Novarese, *Tra Francia e Inghilterra. Considerazioni siciliane sulla carta del 1812*, pp. 771-812; Ricotti, *Il costituzionalismo britannico nel Mediterraneo fra rivoluzione e restaurazione. Dal modello "corso" (1794) al modello "ionio" (1818)*, pp. 391-434; R. Feola, *Le premesse della costituzione del 1812*, pp. 813-872. Da ultimo, E. Pelleriti, *1812-1848. La Sicilia fra due costituzioni*, Milano, Giuffrè, 2000, che pubblica un'interessante silloge di documenti fra i quali l'edizione del manoscritto originale della costituzione del 1812. Con specifico riferimento al "paradigma costituzionale" siciliano fra 1812 e 1848, cfr., inoltre, Novarese, *Assemblee parlamentari e potere costituente in Sicilia (1812-1848)*, in "De curia semel in anno facienda". *L'esperienza parlamentare siciliana*

*nel contesto europeo*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 129-148 e, sulla delicata questione delle nuove magistrature disegnate da quella carta, le recentissime considerazioni di V. Calabrò, *L'Alta Corte del Parlamento. La vicenda di un'istituzione giudiziaria nella Sicilia costituzionale (1812-1848)*, Roma, Aracne, 2020.

<sup>11</sup> Un elemento tutt'altro che trascurabile, come sottolineava, ormai vent'anni fa, Carlo Ghisalberti, seppure con specifico riferimento alla storia della codificazione. In particolare, lo studioso osserva che «sebbene la vicenda dei codici, applicati effettivamente o solo progettati, abbia iniziato ad attrarre l'attenzione degli studiosi, si deve tuttora rilevare l'assenza di una letteratura storica e insieme giuridica sulle tecniche normative e sugli *itinerari* procedurali usati nei processi di codificazione susseguiti nel corso dell'età moderna. Si tratta di tecniche ed *itinerari* che non vanno considerati esclusivamente come momenti di quella storia esterna e del tutto formale delle fonti giuridiche bensì come aspetti eminenti e qualificanti dei processi decisionali formulati sul piano della politica del diritto dai diversi legislatori autori di codici» (C. Ghisalberti, *Tecniche normative ed itinerari procedurali nella storia della codificazione. Aspetti e problemi*, in «Clio», XXVIII, n. 4, 1992, p. 505).

<sup>12</sup> La costituzione di Cadice, infatti, riporta in apertura la sanzione regia al testo di quella carta complessivamente considerato.

<sup>13</sup> Sul Parlamento siciliano, la cui partecipazione al processo di formazione della legge si può datare al 1398 con l'Assemblea convocata a Siracusa da Martino il Giovane, si possono vedere, con riferimento alla letteratura più significativa, *I Parlamenti di Sicilia*, Catania 1984, confluiti nell'ottantesimo volume dell'*Archivio Storico per la Sicilia Orientale*, che raccoglie i contributi di V. D'Alessandro, V.

- Sciuti Russi, A. Cocco, S. Leone, C. Spoto, nonché i saggi di Novarese, *Assemblee parlamentari e potere costituente* cit., di A. Romano, "Ut serenitatem vultus nostri respicias et nostram audias voluntatem". I colloqui generale d'età sveva in Sicilia, in "De curia semel in anno facienda" cit., di Pasciuta, *Placet Regiae Maiestati* cit., e, più di recente, di Novarese, *La tradizione "inventata". La costruzione dell'ideologia parlamentare in Sicilia fra XVI e XIX secolo*, Milano, Giuffrè, 2011.
- <sup>14</sup> Così M. Fioravanti, *Potere costituente e diritto pubblico. Il caso italiano in particolare*, in P. Pombeni (a cura di), *Potere costituente e riforme costituzionali*, Bologna, il Mulino, 1992, p. 55. Su quel tema, R. Martucci, *L'ossessione costituente: forma di governo e costituzione nella Rivoluzione francese (1789-1799)*, Bologna, il Mulino, 2001. Per l'esperienza siciliana, Novarese, *Assemblee parlamentari e potere costituente* cit.
- <sup>15</sup> *Costituzione di Sicilia, decreto Per la successione al Trono*, p. 123.
- <sup>16</sup> Cfr. C. Giardina, *Le fonti della legislazione siciliana nel periodo dell'autonomia*, in «Archivio Storico Siciliano», n.s., I, 1935, part. p. 71. Per una moderna edizione di quelle fonti, *Capitula Regni Siciliae*, tt. I-II, Panormi 1741-1743, *Monumenta Iuridica Siciliensia*, VI.1-2, a cura di A. Romano, Soveria Mannelli, Rubbettino, 1999.
- <sup>17</sup> Su Niccolò Palmeri (1778-1837) e sul ruolo da lui rivestito nelle vicende costituzionali siciliane del triennio 1812-1815, si vedano il profilo biografico e le considerazioni espresse da E. Sciacca, *Introduzione alla ristampa del Saggio storico politico sulla Costituzione del Regno di Sicilia*, Palermo, Regione Siciliana, 1972, pp. 7-32, nonché la recente voce elaborata da I. Fazio, "Palmeri, Niccolò", in *Dizionario Biografico degli Italiani* (=DBI), 80 (2014), ad ind.
- <sup>18</sup> Cfr. N. Palmeri, *Saggio storico e politico sulla Costituzione del Regno di Sicilia*, Losanna 1847 (rist. cit., pp. 155-156).
- <sup>19</sup> Ivi, p. 169.
- <sup>20</sup> Su Paolo Balsamo (1764-1816) si rinvia alla voce redatta da F. Brancato, "Balsamo, Paolo", in *DBI*, V (1963), ad ind.
- <sup>21</sup> P. Balsamo, *Memorie segrete sulla istoria moderna del Regno di Sicilia*, Palermo 1848 (rist. con *Introduzione* di F. Renda, Palermo, Regione Siciliana, 1969, p. 95).
- <sup>22</sup> Ivi, p. 110.
- <sup>23</sup> *Ibidem*.
- <sup>24</sup> F. Brancato, *Castelnuovo, Carlo Cottone marchese di Villahermosa, principe di*, in *DBI*, XXI (1978), ad ind.
- <sup>25</sup> Per qualche esempio, si vedano le tavole sinottiche in appendice. Va tuttavia sottolineato che, nell'esperienza costituzionale del 1812, il rapporto Corona-Parlamento non prevedeva la votazione del donativo da parte dell'Assemblea.
- <sup>26</sup> *Costituzione del Regno di Sicilia proposta dal generale straordinario parlamento del 1812 sanzionata con due reali diplomi de' 9 febbraio e 25 maggio 1813*, in Palermo, dalla Reale Stamperia [1813]. Nelle edizioni a cura di privati l'espressione usata è, significativamente, «stabilita dal Parlamento».
- <sup>27</sup> Tranne che per gli articoli che ne compongono le *Basi*, opportunamente emendati.
- <sup>28</sup> Per un quadro della cultura siciliana del XVIII secolo G. Giarrizzo, *Ricerche sul Settecento italiano. Appunti per la storia culturale della Sicilia settecentesca*, in «Rivista Storica Italiana», LXXIX, 1967, pp. 573-628. Di "falso illuminismo" parlava, ad esempio, R. Romeo, *Il Risorgimento in Sicilia*, Bari, Laterza, 1950, pp. 39 ss. Indagini volte a ricostruire i complessi librari delle famiglie dell'aristocrazia siciliana hanno documentato la massiccia circolazione, nell'Isola, delle opere degli esponenti più significativi della riflessione filosofica e giuridica europea (da Thomasius a Leibniz, da Wolff a Vattel, da Hobbes a Rousseau a Montesquieu, da Locke a Hume, da Heineccio a Domat, da Grozio a Barbeyrac,
- da Blakstone, a Bolingbroke, a de Lolme). Sono numerosi, nelle biblioteche, in particolare palermitane, esemplari delle costituzioni americana, francesi e spagnola. Il dato, con riferimento ai testi di talune "costituzioni giacobine" che circolavano a Palermo è stato sottolineato da Pelleriti, 1812-1848. *La Sicilia fra due costituzioni* cit., p. LVI, nota 133.
- <sup>29</sup> La circostanza è opportunamente evidenziata da Romano, *Introduzione* alla rist. an. della *Costituzione di Sicilia* cit., pp. XIX ss. Sul punto, ancora, Novarese, *Tra Francia e Inghilterra* cit.
- <sup>30</sup> Che si concretizzava sostanzialmente, oltre che nella scelta di un Parlamento bicamerale articolato in una Paria ereditaria e in una Camera dei Comuni, anche nell'introduzione del principio dell'*habeas corpus* e dell'istituto del Giuri (cfr. Novarese, *Fra Common law e civil law. Il Jury nell'esperienza costituzionale siciliana, 1810-1815*, in «Revista Electronica de Historia Constitucional», n. 3, junio 2002, pp. 223-248; Ead., *Tra Inghilterra e Francia. Dichiarazione e garanzia dei diritti fondamentali nel costituzionalismo europeo fra sette e ottocento*, in «Società e storia», n. 99, 2002, pp. 31-44).
- <sup>31</sup> Per il rapporto intercorrente tra il processo di costituzionalizzazione siciliano e il coevo processo di codificazione, con particolare riguardo al diritto penale sostanziale, mi permetto di rinviare a Novarese, *Costituzione e codificazione nella Sicilia dell'Ottocento. Il "Progetto di codice penale" del 1813*, Milano, Giuffrè, 2000. Quel processo di codificazione, intimamente legato al testo costituzionale, produceva anche un progetto di codice di procedura civile per il quale si rinvia a M.A. Cocchiara, *Istituzioni giudiziarie e amministrazione della giustizia nella Sicilia borbonica*, Milano, Giuffrè, 2003.
- <sup>32</sup> In particolare, si confronti il testo del sopra citato cap. I del decreto *Della libertà, diritti e doveri del*

cittadino (in *Costituzione di Sicilia* cit., p. 140) con l'art. 11 della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, l'art. X delle *Basi* e il cap. II del decreto *Della libertà* con l'art. 7 della *Déclaration*. Ancora, il cap. IV del decreto disponeva: «La legge non dovendo stabilire se non pene schiettamente, ed evidentemente necessarie, nessun Cittadino Siciliano potrà essere punito se non in virtù di una legge stabilita, promulgata precedentemente al delitto, ed applicata legalmente» riecheggiando assai da vicino l'art. 8 della *Déclaration*. Per il testo della *Déclaration* del 1789, cfr. *Le carte dei diritti (dalla Magna Charta alla Carta di San Francisco)*, a cura di F. Battaglia, Firenze, Sansoni, 1946, pp. 118-122.

<sup>33</sup> A questo proposito B. Clavero (*Cádiz como constitución, in Constitución política de la monarquía española*, II, Sevilla, 2000, p. 194) ha sottolineato come, invece, nella coeva carta gaditana «el artículo de derechos [...] el cuarto dicho, no equivale a una declaración de derechos en germen que luego se despliega por el texto. No tiene tal alcance. Los propios derechos se presentan como un resultado, y no como una premisa, del orden establecido o en trance de establecimiento».

<sup>34</sup> Si ricordi, a questo proposito, quanto Giovanni Tarello abbia insistito sull'«importanza strutturale delle dichiarazioni dei diritti nella costituzionalizzazione americana» e sui «modi delle dichiarazioni» (Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna* cit., p. 613).

<sup>35</sup> Cfr. *Discorso* cit., pp. V-XXV.

<sup>36</sup> Sui caratteri della legislazione pattizia siciliana si veda E. Mazzaresse Fardella, *Osservazioni sulle leggi passionate*, in «Atti dell'Accademia di Lettere, Scienze ed Arti di Palermo», IV s., XVI (1955-1956), pp. 1-35 estr.

<sup>37</sup> Si veda, ad esempio, Archivio di Stato di Palermo (= ASP), *Protocollo del Regno*, v. 1853, seduta n.

38 del 17 ottobre 1812. Gli articoli proposti dal braccio demaniale come parte integrante del decreto *Della libertà, diritti e doveri, del cittadino* ricordano i principi espressi nell'art. 6 («Tutti i cittadini, essendo uguali ai suoi (sc. della legge) occhi, sono ugualmente ammissibili a tutte le dignità, posti ed impieghi pubblici secondo la loro capacità, e senz'altra distinzione che quella delle loro virtù e dei loro talenti») e nell'art. 17 («La proprietà essendo un diritto inviolabile e sacro, nessuno può esserne privato, salvo quando la pubblica necessità, legalmente constatata, lo esiga in maniera evidente, e a condizione di una giusta e preventiva indennità») della *Déclaration des droits*.

<sup>38</sup> Cfr. cap. IX «Ogni Cittadino Siciliano sarà in dovere di conoscere la Costituzione del Regno, e tutte le Leggi, che la compongono; così sarà obbligo de' Parrochi, e de' Magistrati Municipali l'istruire della Costituzione del 1812 tutti coloro, che appartengono ai loro quartieri, ed al loro Comune; come ugualmente sarà dovere delle Università, e delle Scuole pubbliche, e private il leggere due volte l'anno la Costituzione. *Placet*»; cap. X: «Ogni Siciliano per potere avere parte diretta, o indiretta alla formazione della Legge dovrà sapere leggere, e scrivere; e così nel 1830 non sarà permesso ad alcun Siciliano, che non sappia leggere, il poter esser Elettore. *Placet*»; art. XII: «Ogni Siciliano non potrà ricusarsi ad essere Giudice di fatto, menoché fosse impedito per ragion di parentela. *Placet*»; cap. XIII: «Ogni Siciliano non potrà prendere servizio sotto altra Potenza senza il permesso del Re; ed ottenendolo, non potrà giammai prendere le armi contro la Patria, altrimenti resterà soggetto a quelle pene, che stabilirà il nuovo Codice. *Placet*» (cfr. *Costituzione di Sicilia* cit., pp. 145-146).

<sup>39</sup> Cap. XI «Ogni Cittadino Sicilia-

no, che da oggi in avanti non avrà cura di vaccinare i figli, non potrà aver parte diretta, o indiretta nella formazione della Legge; né potrà essere ammesso ne' Consigli Civici. Ciò sarà rilevato dalla nota, che si presenterà dal Magistrato Municipale. *Veto*» (*Costituzione di Sicilia* cit., p. 145).

<sup>40</sup> Cap. VIII: «Ogni Cittadino Siciliano sarà riputato come facendo parte del Potere legislativo direttamente, o indirettamente, e come tale non riconoscerà altre autorità, che quelle stabilite dalla Legge. *Veto per la prima parte; Placet riguardo a non riconoscer altre autorità, che quelle stabilite dalle Leggi*» (*Costituzione di Sicilia* cit., p. 145).

<sup>41</sup> Cap. II: «Ogni Cittadino Siciliano avrà il dritto di resistenza contro qualunque, che senza essere autorizzato dalla legge volesse usar gli violenze, o con la forza, o con le minacce, o volesse procedere colla supposta personale autorità, cosicchè non si riconosce nei Magistrati altro diritto, che quello, che la legge loro concede. *Placet; ma nel senso che resta prescritto nei §. 25. 26. 27. Del Capitolo I. del Potere Giudiziario*» (*Costituzione di Sicilia* cit., pp. 140-141).

<sup>42</sup> Cap. VII: «Né l'Erario, né le Chiese, né le Comunità, né qualunque altra corporazione, o persona privilegiata potranno reclamare o godere alcuna prerogativa, privilegio, e distinzione nelle loro Cause di ogni sorta, giacché in queste si dovrà sempre procedere e dovranno le medesime essere sempre trattate, e giudicate come quelle di tutti gli particolari senza distinzione alcuna. Ci riserviamo di manifestare al Nostro Real animo su di questo, e dei quattro seguenti Paragrafi, tostoche gli Articoli in essi Paragrafi contenuti saranno pienamente definiti, e dilucidati dal nuovo Codice, che dovrà in ciò uniformarsi alla Costituzione Inglese, e principalmente per quanto riguarda i Privilegi dell'Erario» (*Costituzione di Sicilia* cit., p. 143).

<sup>43</sup> Cap. I: «Ogni Siciliano avrà la facoltà illimitata di parlare su qualsivoglia oggetto Politico, lagnarsi delle ingiustizie fattegli senza aversi riguardo dai Magistrati alle denunce delle spie, e senza poter essere castigato per qualunque cosa si è fatto lecito di dire. Sarà però punito severamente colui, il quale sarà convinto di avere promosso complotti sediziosi. *Placet; regolandosi di restare anche vietati tutti quei discorsi su gli articoli che dal § 1. Sino al 6 della Libertà della Stampa vengono proibiti; e proibito ancora tutto ciò che tenda a promuovere complotti, o sedizioni popolari*»; cap. III: «Un Cittadino Siciliano di qualunque classe siasi non potrà esercitare più di due impieghi pubblici lucrativi, dovendosi impedire la molteplicità delle cariche nello stesso soggetto. *Placet; intendendosi da oggi innanti, e non già per quelli Cittadini, che li possiedono attualmente*»; cap. IV: «La legge non dovendo stabilire se non pene schiettamente, ed evidentemente necessarie, nessun Cittadino Siciliano potrà essere punito se non in virtù di una legge stabilita, promulgata antecedentemente al delitto, ed applicata legalmente. *Placet; con che restino ferme le attuali Leggi vigenti sino alla compilazione del nuovo Codice*»; cap. V: «Ogni Proprietario sarà libero di tenere delle Cacce nei proprj fondi purché li giri di mura di fabbriche, alte palmi 8 almeno. *Placet; intendendosi per le Cacce di Cignali, cervi, Daini e Caprj, ad esclusione però delle terre che si posseggono da S.R.M. sotto qualunque titolo; e per il dippiù restando in osservanza il Capitolo del Re Giacomo, trascritto nel qui appresso Cap. VI, e restando anche in facoltà di ognuno guardarsi la Caccia minuta nei proprj fondi a seconda della Legge vigente, e con quelle modificazioni che potrà farvi il nuovo Codice*»; cap. VI: «Nelle terre de' particolari non potranno da oggi innanzi esservi riserve, o Cacce Reali, o di altri Principi, e Signori, dovendosi riputare dette

riserve, o cacce contrarie al diritto sacro della proprietà. Quanto a detta riserva si rinvigorisca, e si osservi il Capitolo 28 del Re Giacomo espresso ne' seguenti sensi: Colla maggiore severità proibiamo, che dall'Altezza Nostra, dai Magistrati, o ufficiali della nostra Curia, o da altri chiesia non si facciano delle Foreste (ovvero bandite) nelle Terre de' privati. E che per ragione di cotali Foreste dalla nostra Curia e dai Soprantendenti, e Custodi delle Foreste istesse alcuno non si molesti nella coltivazione, e raccolta de' frutti delle sue Terre, e danno ed ingiustizia alcuna non gli si cagioni. *Placet; da principiare dopo la fine di Luglio, per trovarsi terminata la raccolta*» (*Costituzione del Regno di Sicilia* cit., pp. 140-143).

<sup>44</sup> Ha osservato a questo proposito N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1995, pp. 115-116: «Anche nelle cosiddette carte dei diritti che precedettero quelle del 1776 in America e quella del 1789 in Francia, dalla Magna Charta al Bill of Rights del 1689, i diritti o le libertà non erano riconosciute come esistenti anteriormente al potere del sovrano, ma erano concesse o accordate, e dovevano apparire, anche se erano il risultato di un patto fra sudditi e sovrano, come un atto unilaterale di quest'ultimo. Il che equivale a dire che senza la concessione del sovrano, il suddito non avrebbe mai avuto alcun diritto. Non diversamente accadrà nell'Ottocento: quando sorgeranno le monarchie costituzionali si dirà che le costituzioni sono state *octroyées* dai sovrani: che queste costituzioni fossero la conseguenza di un conflitto tra re e sudditi, concluso con un patto, non doveva cancellare l'immagine sacralizzata del potere per cui ciò che ottengono i cittadini è il risultato di una graziosa concessione del principe. Le dichiarazioni dei diritti erano destinate a rovesciare questa immagine».

<sup>45</sup> Sul punto mi sia consentito di rinviare a Novarese, *Costituzione e codificazione* cit., pp. 146-151 e ad Ead., *Persona, cittadino, straniero: l'esperienza del costituzionalismo euro-mediterraneo*, in *Libertà e diritti nell'Europa dei codici e delle costituzioni (secc. XVIII-XIX)*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 269-285.

<sup>46</sup> M. Fioravanti, *Costituzione e popolo sovrano*, Bologna, il Mulino, 1998, p. 56.

<sup>47</sup> Cfr. l'art. II delle *Basi* in *Costituzione di Sicilia* cit., p. 1.

<sup>48</sup> Cfr. il §.1. del cap. I. Tit. I, *Potere Legislativo*, in *Costituzione di Sicilia* cit., p. 7.

<sup>49</sup> «Dipende questa [politica liberata] dalla vera separazione delle due Camere del Parlamento, e dall'urto vicendevole de' loro interessi: e come ciò verificarsi, se, abbisognando di una pingue rendita per esser membro de' Comuni, non si abilita insieme ciascun individuo del popolo a divenir possessore? Sin che le proprietà quasi tutte vincolate si conserveranno nelle stesse poche famiglie, sempre vi sarà ben fondato timore, che la Camera, la quale rappresenta il popolo, segua la stessa direzione dell'altra de' Pari. Oltre di che sembra una contraddizione, che l'istessa legge, la quale ammette ogni siciliano a rappresentare in Parlamento la Nazione, non renda ad un tempo facile l'acquisto delle determinate qualità [...] Qual ingiustizia poi nel nell'ammettere una parte sola del popolo al voto della legislazione? Se il principale carattere di nazionalità consiste nel concorso all'elezione di un rappresentante; se il momento della sovranità del popolo dipende dal voto di questa elezione, una parte di esso sarà liberar, e l'altra schiava, sempreché si escludano dall'essere elettori que' che non ritengono proprietà veruna» (*Discorso*, in *ivi*, pp. XXIX-XXXI).

<sup>50</sup> *Ivi*, capitolo XXII, pp. 36-37.

<sup>51</sup> *Ivi*, capitolo XVII, §§. 10 e 11, p. 31.

<sup>52</sup> *Ivi*, capitolo XIX, §§. 4 e 7, pp. 34-35.

- <sup>53</sup> Ivi, decreto *Per la successione al trono del Regno di Sicilia*, p. 125.
- <sup>54</sup> Ivi, pp. 125-126.
- <sup>55</sup> Ivi, p. 127.
- <sup>56</sup> *Ibidem*.
- <sup>57</sup> Giardina, *Le fonti della legislazione siciliana* cit., pp. 72-73.
- <sup>58</sup> *Parlamenti generali ordinarj e straordinarj celebrati nel Regno di Sicilia dal 1494 fino al 1658 con l'aggiunta di una nuova impressione di quelli dal 1661 fino al 1714 ... e con le Memorie Istoriche dell'antico e moderno uso del Parlamento appresso le varie Nazioni ed in particolare della sua origine in Sicilia ...* di D. Antonio Mongitore .... Palermo 1718, *Monumenta Iuridica Siciliensia*, XI, a cura di Romano, con *Introduzione* di Novarese, Messina, Intilla, 2001; *Parlamenti Generali del Regno di Sicilia dall'anno 1446 fino al 1748... ristampati colle addizioni e note del Dott. Francesco Serio e Mongitore...*, I-II, Palermo 1749, rist. an. a cura di D. Novarese, A. Romano, C. Torrisi, con *Introduzione* di Novarese, Romano, *Monumenta Iuridica Siciliensia*, XIII, a cura di Romano, Messina, Intilla, 2002. Ai *Capitula* e agli *Atti parlamentari* si aggiungeva la legislazione regia delle *Constitutiones*, delle *Pragmaticae* e delle *Siculae Sanctiones*. Cfr. *Pragmaticae sanctiones Regni Siciliae... recensuit Franciscus Paulus De Blasius et Angelo*, Panormi 1791-1793, rist. an. a cura di Romano, con *Introduzione* di Novarese, Messina, Intilla, 2005.
- <sup>59</sup> Novarese, *Assemblee parlamentari e potere costituente* cit. Vale peraltro la pena di ricordare qui come quella dinamica istituzionale fosse stata scandita, nel tempo, non a caso, dalle edizioni di quella normativa, supportata ora dalla Deputazione del Regno o dalla Corona, che tendevano a riaffermare il proprio ruolo e le proprie prerogative. Sul punto Ead., *Potere del Re, potere della Nazione: l'edizione delle "fonti della legislazione siciliana nel periodo dell'autonomia"*, in G. Lipari (a cura di), *In nobili civitate Messanae*, Messina, Centro internazionale di Studi umanistici, 2013.
- <sup>60</sup> Così P. Colombo, *Storia costituzionale della monarchia italiana*, Roma-Bari, Laterza, 2001, pp. XIII-XIV.

# La forma del “buon governo”: discorsi su principi e fini della monarchia messicana (1821-1823)

LUDOVICO MAREMONTI

## 1. *La fondazione dell'Impero messicano*

L'indipendenza monarchica del Messico dalla Spagna è un caso unico nel panorama repubblicano dell'emancipazione ispanoamericana. Col *Plan de Iguala*, firmato il 24 febbraio 1821, il colonnello dell'esercito regio Agustín de Iturbide<sup>1</sup> fondò un nuovo Impero (reminiscenza dell'antica entità politica azteca, di cui si intendeva recuperare il retaggio a fini patriottici) che si sostituì al vicereame della Nuova Spagna: il trono venne offerto a un Borbone di Spagna (re Ferdinando VII o un suo congiunto), probabilmente per accattivarsi le simpatie del popolo basso, su cui il paternalismo borbonico aveva ancora forte presa, nonché per motivi di opportunità politica interna (evitando rivalità tra notabili messicani) e internazionale (grazie al sapore legittimista dell'offerta); si prefigurò la convocazione di un Congresso costituente, definendo l'impronta costituzionale della monarchia<sup>2</sup>.

Una prima fase di governo provvisorio

venne progettata nel *Plan* e rifinita in un secondo documento, il Trattato di Cordoba, stipulato il 24 agosto 1821 con il liberale Juan O'Donojú, ultimo *jefe político* e capitano generale della Nuova Spagna: appena sbarcato sulle coste messicane, costui prese coscienza del capillare consenso nei confronti dell'iniziativa indipendentista e si accordò con Iturbide, di fatto riconoscendo nel Trattato la consumata emancipazione del Messico e cooperando nel disciplinarne alcuni aspetti rilevanti. Tra questi, vi era la separazione dei poteri tra le istituzioni provvisorie, solo abbozzata nel *Plan de Iguala*: una Giunta governativa<sup>3</sup> avrebbe esercitato il legislativo, provvedendo all'elaborazione di una legge elettorale per la convocazione del Congresso costituente; invece, una Reggenza di tre membri, poi allargata a cinque, avrebbe esercitato l'esecutivo in attesa della venuta dell'imperatore designato<sup>4</sup>.

Nel *Plan de Iguala* si stabilì l'ultrattività della Costituzione di Cadice e delle relative garanzie individuali e processuali solo in

materia criminale; tuttavia, nel corso della campagna di indipendenza Iturbide finì per adottarla integralmente come ordinamento provvisorio, in attesa di una Carta propriamente messicana. Il regime gaditano, già applicato in Nuova Spagna nel 1812-'14<sup>5</sup>, era apprezzato dalle classi dirigenti progressiste (ovvero da buona parte del ceto mercantile, degli intellettuali, dei magistrati e dei funzionari pubblici, nonché da una porzione dell'aristocrazia mineraria e terriera) e la sua restaurazione nel 1820 era stata accolta con entusiasmo.

Iturbide aveva inserito nel *Plan* anche disposizioni più radicali rispetto al modello spagnolo, come la sanzione del principio di uguaglianza formale in tema di cittadinanza: si rispondeva così ai desiderata di una parte consistente della società messicana, le cosiddette *castas*, gruppi etnico-sociali formati da discendenti liberi di schiavi africani. Escluse dal novero dei cittadini dalle restrittive disposizioni della Costituzione del 1812<sup>6</sup>, grazie al mulatto Vicente Guerrero le *castas* ancora contribuivano ad animare la guerriglia reduce delle grandi insurrezioni degli anni '10, inaugurate dai diseredati guidati da Miguel Hidalgo e proseguite da José María Morelos (con ben altro livello di organizzazione e di proposta politica) fino al 1815-'16<sup>7</sup>. La sanzione del principio di uguaglianza si associava a uno dei più importanti principi iscritti nel *Plan de Iguala*, l'unione tra tutte le componenti etnico-sociali del Messico indipendente, per la quale abitanti americani ed europei, africani e indigeni avrebbero dovuto cooperare insieme per la felicità e prosperità della nuova Nazione. I conflitti che avevano lacerato la Nuova Spagna durante la sanguinosa guerra civile degli anni '10 sarebbero stati superati in nome di un più

alto fine comune, in grado di coinvolgere ogni componente della società messicana.

Agli elementi liberali il *Plan* accostò anche specifiche di segno più conservatore: oltre a un inderogabile principio di intolleranza religiosa, si conservarono i privilegi giurisdizionali ecclesiastico e militare, a beneficio delle due classi con la maggiore presenza di elementi reazionari. A ben vedere, però, sia la protezione della religione cattolica che quella dei privilegi risultavano coerenti con la Costituzione di Cadice<sup>8</sup>.

## 2. *La monarchia come opzione razionale e nazionale*

Durante la rapida e quasi incruenta campagna di indipendenza, Iturbide si caratterizzò come mandatario politico della Nazione messicana, la quale proclamava la propria autodeterminazione sovrana per mezzo del suo Liberatore e dell'esercito da lui comandato: allo scopo, si faceva tesoro dell'esperienza rivoluzionaria spagnola del gennaio 1820, che aveva imposto al re Ferdinando VII il cambio di regime da assolutistico a costituzionale e aveva perciò dimostrato che le nazioni, in quanto sovrane, erano ormai capaci di imporre legittimamente ai propri governanti mutamenti politici anche radicali<sup>9</sup>. Rientrava in questo novero il processo di emancipazione di una società in grado di esprimere un'ormai matura sovranità e di venire finalmente ammessa presso la comunità delle nazioni ai termini del diritto naturale e delle genti<sup>10</sup>.

Idealmente, nessuna disposizione del *Plan de Iguala*, tantomeno la fondazione dell'Impero, consisteva in un'imposizione di Iturbide svincolata dalla presa di autoco-

scienza nazionale alla base del volontarismo indipendentista. La proposta monarchica si inseriva nella dinamica rappresentativa di cui si incaricava il Liberatore: era la Nazione a desiderare per sé l'Impero, ben sapendo che la migliore forma di governo era la monarchia costituzionale, come dimostrava il progresso storico e culturale europeo di cui il Messico riteneva di aver condiviso le conquiste. L'opzione monarchica consisteva in una soluzione di ingegneria costituzionale poggiata su uno schema logico-deduttivo, elaborato a partire da premesse di natura storica, empirica (di matrice sociologica e culturale) e dottrinale; era quindi il risultato di una scelta razionale, non solo di Iturbide e dei suoi più stretti sodali, ma dell'intera Nazione sovrana messicana. Il Liberatore aveva avuto il merito di esplicitare la proposta imperiale, rappresentando una volontà nazionale presuntivamente compatta intorno a quella opzione.

La caratterizzazione della nuova comunità politica come soggetto monolitico e indivisibile, luogo di residenza essenziale della sovranità e il cui valore permeante consisteva nella religione cattolica, aveva un'evidente matrice gaditana. La volontà comunitaria si esprimeva per mezzo del principio rappresentativo: grazie al *Plan de Iguala* la partecipazione politica era davvero nazionale, facendo coincidere l'essere messicano con l'essere cittadino, il diritto naturale col politico. La circolazione delle idee aveva beneficiato degli influssi europei, perlopiù mediati dai canali spagnoli: alla sedimentazione del giusnaturalismo razionalista (spesso assimilato al preesistente sostrato neoscolastico) si era affiancato un radicale rigetto dell'esperienza rivoluzionaria francese e dei suoi prodotti repubblicani, propedeutici agli

eccessi della democrazia. Sulla scorta delle coeve riflessioni europee sull'inattuabilità di un regime repubblicano che alla lunga non cedesse il passo all'anarchia, l'élite socioculturale che guidò l'indipendenza messicana considerò la repubblica democratica una forma di governo in astratto perfetta, ma nella pratica inadatta a garantire ordine e stabilità a una comunità appena emancipata, politicamente immatura per sostenere il peso della virtù repubblicana. Su queste valutazioni dovette pesare la guerra civile degli anni '10, iniziata da una "plebaglia" che non aveva dato quartiere alle classi abbienti creole e alla ricca minoranza europea; nel 1814, con Morelos, quel disordinato movimento aveva finito per sfociare proprio in un utopistico esperimento indipendentista di segno repubblicano, infine sgretolatosi nonostante i raffinati tentativi di costituzionalizzazione.

Queste vicende testimoniavano l'impossibilità, per la Nazione messicana, di affrancarsi per ora dal modello monarchico di gestione del potere. "Moderata", come si usava dire all'epoca, dall'imprescindibile strumento costituzionale, unico retaggio non più rinunciabile del normativismo rivoluzionario francese, all'inizio del secondo decennio dell'Ottocento la monarchia si riproponeva giocoforza come forma di governo sinonimo di efficace durevolezza: se architettata facendo uso di un solido bilanciamento istituzionale, essa avrebbe potuto traghettare la comunità politica verso la modernità.

In un breve *pamphlet* composto nell'autunno del 1821, quando già era stato nominato al vertice della Reggenza e Generalissimo delle forze armate, Iturbide sintetizzò questi concetti: non aveva definito nel *Plan de Iguala* la monarchia costituzionale, dice-

va, perché aveva pensato «che si trattasse della migliore forma di governo, in grado di fare più onore a una società; ma perché nessuno può dubitare che è quella che maggiormente conviene, considerata l'imperfezione e le passioni dell'uomo»<sup>11</sup>. Il parametro razionale della "convenienza" era decisivo per il rigetto della forma repubblicano-democratica, che accordava un peso eccessivo a un popolo ancora acerbo e "passionale".

Il difetto della visione di Iturbide era la sua eccessiva semplificazione della problematica politico-costituzionale. L'equazione tra sostrato storico-culturale messicano e forma monarchica dell'indipendenza non era dimostrata per tutti allo stesso modo: il panorama politico risultava frammentato, al di là della convergenza iniziale sul *Plan de Iguala* in quanto utile strumento dichiarativo dell'emancipazione e finanche come documento super-costituzionale, definitorio di condivisi pilastri di principio della nuova società (su tutti, si ripete, la religione e l'unione-uguaglianza, che insieme all'indipendenza vennero nominate le tre "Garanzie" del nuovo Impero).

Nonostante la propaganda della monolitica volontà nazionale, presupposto del ruolo di Iturbide in quanto Liberatore e primo rappresentante della sovranità, vi erano diversi partiti per i quali, all'indomani dell'emancipazione, la preferenza per questa o quella forma di governo derivava da percorsi valutativi molto diversi. Già a partire dall'autunno del 1821, parallelamente a una talvolta difficoltosa gestione del governo provvisorio<sup>12</sup>, si moltiplicarono le pubblicazioni che promuovevano questo o quel sistema politico: lo scopo del dibattito pubblico era rintracciare l'alchimia giuridico-istituzionale adatta ad assicurare

un "buon governo", nel reciproco rispetto di leggi e libertà e di diritti e doveri tra istituzioni e società. Approfondire le dottrine sulle forme di governo significava indagare su una vera e propria teoria dell'equilibrio, per la cui definizione nessuno dava segno di coltivare pregiudizi di principio: in una Nazione neonata il solo limite alla creatività giuridico-istituzionale doveva consistere nella propedeuticità delle forme di governo escogitate (spesso a partire da modelli noti) a procurare il "bene" e a neutralizzare una conflittualità politica irrazionale e inutilmente divisiva. La legge era la sola cifra della bontà di qualsiasi sistema: la corrispondenza tra governo giusto e leggi giuste era infatti sempre verificata. Nel momento in cui le leggi avessero assicurato la vera libertà, la libertà razionale, che implicava la possibilità per l'uomo di realizzare i suoi desideri e aspirazioni naturali e legittime in maniera proficua per il progresso pubblico, il regime di governo avrebbe potuto a buon titolo considerarsi giusto e benefico<sup>13</sup>.

Com'è ovvio, questo ragionamento aprì a combinazioni politico-costituzionali diverse da quella monarchica.

### 3. *La monarchia nel dibattito pubblico*

Lo schema del confronto tra sostenitori della monarchia costituzionale e della repubblica (tra questi ultimi, alcuni promuovevano una repubblica federale sul modello statunitense) era ben definito. Secondo i monarchici, il sistema da loro preferito agevolava la coesione territoriale e sociale di un Paese vastissimo, esteso dallo Yucatan alla California, e che ancora aveva una bassa percezione del valore dei diritti

individuali e del principio di uguaglianza appena introdotto dal *Plan de Iguala*. Preferire una monarchia liberale, temperata dalla Costituzione redatta dai rappresentanti della Nazione sovrana, era quindi un'inderogabile necessità: considerata l'arretratezza messicana, la repubblica era un'opzione irrealizzabile e dannosa. Autorevoli intellettuali come Andrés Quintana Roo, già membro di spicco del movimento di Morelos avvicinati a Iturbide e, a inizio 1822, inquadrato nel governo in qualità di sottosegretario agli Affari Interni ed Esteri, segnalavano che il pericolo di un ritorno all'assolutismo di Antico Regime doveva considerarsi scongiurato dai moderni progressi della politica: bisognava approcciarsi con fiducia a un'idea nuova di monarchia, che per mezzo della Costituzione e del principio rappresentativo si proponesse come forma di governo ideale e bilanciata<sup>14</sup>. Un modello da seguire nella conformazione istituzionale dell'Impero poteva ben essere quello britannico, che, seppur guardato con disincanto da qualche figura anche prestigiosa<sup>15</sup>, appariva sinonimo di efficace «governo misto» (soprattutto grazie al parlamento bicamerale e alla Camera alta, corpo intermedio tra Camera popolare e principe)<sup>16</sup>.

I partigiani della repubblica rovesciavano questa prospettiva. La monarchia non era in grado di rinnovarsi, restando esposta al rischio di deriva tirannica a causa dell'inaffidabilità dei principi. Era questa la tesi di Servando Mier, chierico repubblicano che, in una Memoria pubblicata nel 1821 negli Stati Uniti, aveva segnalato come l'indipendenza messicana dovesse conformarsi al resto dell'America libera e abbandonare tutti i retaggi europei, compresa la monarchia, forma di governo anacronistica

e svantaggiosa sotto molti aspetti. Il Messico era pronto per costituirsi in repubblica e Iturbide, vertice della Nazione emancipata, avrebbe dovuto prenderne atto<sup>17</sup>. Da interprete privilegiato della volontà nazionale, il Liberatore avrebbe dovuto cogliere l'orientamento della comunità politica e assecondarne la nuova determinazione sovrana, ormai non più a favore della monarchia (nei confronti della quale il consenso, dicevano alcuni, in realtà non era mai davvero esistito, essendo stati i giuramenti tributati al *Plan de Iguala* psicologicamente forzati dall'esercito di Iturbide<sup>18</sup>).

La contrapposizione tra un'aggiornata manifestazione della volontà nazionale e il *Plan de Iguala*, stilato da Iturbide in virtù della pretesa procura implicita, era un tema di discussione che andava incrociandosi con dubbi e timori circa l'effettiva possibilità che i Borbone arrivassero a regnare in Messico: buona parte dell'opinione pubblica colta sembrava preoccupata da questa eventualità, conoscendo l'attitudine di quella dinastia al governo assoluto, e cominciava piuttosto a sperare in una riforma del sistema di governo da parte del futuro Congresso costituente. Indicare il definitivo assetto politico messicano era considerata un'esclusiva prerogativa della Nazione: la definizione del complesso istituzionale era infatti questione di legalità costituzionale e solo la comunità, attraverso i suoi futuri rappresentanti congressuali, avrebbe potuto dettare validamente la legge fondamentale; concepire diversamente la scelta della forma di governo avrebbe significato travalicare i limiti di giustizia e razionalità naturali, oltre che del diritto pubblico<sup>19</sup>.

Nell'autunno del 1821, peraltro, mettendosi in questione l'offerta del trono ai Borbone, in nome della suprema volontà

nazionale era andata diffondendosi la tendenza a propagandare l'elezione di Iturbide a imperatore: una manifestazione sovrana in tal senso, si diceva, si sarebbe legittimamente sovrascritta all'offerta del trono definita dal *Plan de Iguala*<sup>20</sup>. Iturbide diede mostra di rifuggire questa ipotesi, consapevole di quanto ambire alla corona potesse risultare un'arma a doppio taglio per la propria popolarità e per la stabilità dell'Impero.

Il 24 febbraio 1822 si riunì il Congresso costituente, che subito, imitando le Cortes straordinarie di Cadice nel 1810, si dichiarò luogo di residenza della sovranità nazionale; al contempo, giurò l'osservanza del *Plan de Iguala*, del Trattato di Cordoba e della Costituzione di Cadice, quindi della monarchia costituzionale<sup>21</sup>. Di lì a pochi giorni, disapplicò la disposizione della legge elettorale che gli prescriveva di dividersi in due bracci, conservando così una formazione unicamerale<sup>22</sup>. Quando poi in assemblea venne negato a Iturbide il seggio alla destra del presidente, in teoria riservato al monarca secondo la prassi delle Cortes ordinarie spagnole, l'accaduto venne interpretato come un segnale di ostilità nei confronti dell'esecutivo (tanto più perché la Reggenza esercitava le piene attribuzioni del futuro imperatore) e inaugurò una stagione di tensioni tra i due poteri: il Congresso puntò a diminuire la rilevanza del presidente della Reggenza, cercando inoltre di isolarlo per mezzo di un rimpasto del collegio esecutivo all'esito della prima, vera crisi politica dell'Impero tra marzo e aprile<sup>23</sup>. La crescente popolarità del Congresso, rappresentante tangibilmente legittimato della sovranità nazionale, erodeva quella di Iturbide. L'atteggiamento del costituente restituì vigore alle speranze di quanti de-

sideravano che l'assemblea imponesse un cambio radicale della forma di governo: tale tendenza si accentuò in seguito al rigetto del Trattato di Cordoba da parte delle Cortes spagnole (di cui si apprese alla fine di marzo), che mise in discussione la parte istituzionale del *Plan de Iguala* e specialmente l'offerta del trono ai Borbone.

Dal canto loro i monarchici, tra i quali andò consolidandosi una fazione di "borbonici", liberali che, diffidando di Iturbide, auspicavano il rispetto della lettera del *Plan* e dunque la venuta dei Borbone sul trono (migliore garanzia di stabilità per la neonata Nazione), continuarono a difendere la forma di governo da loro preferita con le armi della pubblicistica. Particolare risonanza ebbe la polemica tra il periodico monarchico-borbonico (e di ispirazione massonica) *El Sol* e il rivale di simpatie repubblicane, *El Hombre Libre*: ad accendere il confronto furono le felicitazioni per l'installazione del Congresso fatte pervenire all'assemblea da un reggimento di cavalleria, il cui comando era riconducibile a uno dei nuovi membri della Reggenza e personaggio di spicco della vecchia insurrezione, Nicolás Bravo. Il marcato segno repubblicano delle felicitazioni (il reggimento giurava fedeltà ai rappresentanti della Nazione, ma li invitava a ricostituire il Messico come repubblica perché questo era il volere della comunità politica) fu mal digerito dagli editori de *El Sol*, che l'8 maggio 1822 accusarono i militari di attentare alla sovranità nazionale che promettevano di difendere: il Congresso, infatti, aveva giurato di dare seguito alla costituzionalizzazione della monarchia, perciò ogni invito a modificare il sistema di governo vigente sarebbe stato criminoso<sup>24</sup>. Un ampio novero di pubblicisti stigmatizzò il periodico filomonarchico, difenden-

do il reggimento in nome della libertà di espressione per qualsiasi cittadino, anche militare, sul tema delle forme di governo. *El Hombre Libre* esaltò la condotta dei soldati: prendendo atto con amarezza che il Congresso aveva deciso di omettere dagli atti il testo delle felicitazioni, paventava che la monarchia stesse venendo imposta alla Nazione; tuttavia, non si sarebbe riusciti a mascherare a lungo una simile «tirannia» con «il manto ipocrita del diritto rappresentativo»<sup>25</sup>. Il 17 maggio, poi, il periodico prese esplicita posizione contro la reprimenda de *El Sol* nei confronti del reggimento: ironicamente, veniva fatto notare che i filomonarchici non si sarebbero certo indignati, se i soldati, invece della repubblica, avessero chiesto l'immediata costituzionalizzazione della monarchia<sup>26</sup>.

La polemica si inseriva in un filone più ampio, che stava coinvolgendo fin dal mese precedente le due pubblicazioni in cicli paralleli di articoli, tesi a illustrare e comparare le diverse forme di governo. *El Sol* si faceva carico delle ragioni della monarchia, ripercorrendo gli argomenti sull'impossibilità socioculturale di stabilire una repubblica in Messico e finanche una «repubblica mista», come quella che diceva forgiata dalla Costituzione francese dell'anno VIII; si riteneva a maggior ragione inattuabile un sistema ricalcato sul modello statunitense. Riguardo a quest'ultimo, gli editori de *El Sol* pensavano che, essendo impossibile realizzare una repubblica *tout court*, a maggior ragione non bisognava farsi prendere da una frenesia innovatrice ancora più spinta. In Messico, dove peraltro il governo e il sistema rappresentativo provvisori avevano già denunciato gravi carenze applicative (l'attacco del partito borbonico a Iturbide era qui esplicito), non esisteva nemmeno il

personale politico adatto a una «rivoluzione repubblicana» del tipo angloamericano. Sarebbe stato dunque preferibile conservare la monarchia costituzionale ereditaria, freno alle ambizioni dei singoli e cemento dell'obbedienza del popolo (anzi, sarebbe stato meglio applicare il principio di perpetuità a ogni alta magistratura e non solo a quella suprema imperiale); il caso francese restava il miglior dissuasore dell'impianto di un sistema repubblicano<sup>27</sup>.

Anche gli argomenti a favore del repubblicanesimo sviscerati da *El Hombre Libre* ripetevano capisaldi già noti. In aggiunta, si chiedeva ai deputati del Congresso, che pure avevano giurato l'osservanza di *Plan de Iguala* e Trattato di Cordoba, di formare la Costituzione messicana definendo la forma di governo più conveniente alle caratteristiche e alle aspirazioni nazionali, senza sentirsi vincolati ai documenti dell'indipendenza: il periodico sottolineava quanto fosse anomalo che a un organo costituente esercente la sovranità venissero imposte limitazioni predefinite sul punto della scelta del sistema politico. Non si trattava, però, di una censura integrale nei confronti del *Plan*: secondo gli articolisti, infatti, almeno le tre Garanzie, uniche vere «basi naturali» della Costituzione messicana, possedevano un apprezzabile carattere «repubblicano»<sup>28</sup>. Solo sul punto dello stabilimento del sistema politico il *Plan* e il Trattato non dovevano più essere considerati obbligatori, avendo la Nazione mutato giudizio nei confronti della monarchia. Il patto sociale legava la comunità politica solo se prodotto di un atto razionale e positivo dei consociati: non lo era la silente e solo apparente condiscendenza nei confronti del *Plan* di Iturbide, che quindi non andava ritenuto giuridicamente vincolante<sup>29</sup>.

Come sottolineava il famoso pubblicista José Joaquín Fernández de Lizardi, i deputati del Congresso erano mandatarî della Nazione e sarebbe stato inconcepibile che non avessero tenuto conto della nuova volontà dei mandanti: viceversa, l'assemblea avrebbe violato i presupposti legittimanti la missione costituente e sarebbe diventato giusto resisterle, come a un qualsiasi tiranno<sup>30</sup>. Del resto, insistere in un'opposizione di principio nei confronti della repubblica appariva ormai inconcepibile, concludeva Lizardi, tanto più se ci si basava solo sulle massime di Montesquieu e sulla presunta assenza nei messicani delle virtù civiche e repubblicane<sup>31</sup>.

A metà maggio 1822 il tema della libera espressione sulle forme di governo e della rivelazione di una nuova volontà nazionale attraverso il dibattito pubblico era particolarmente sensibile. Ormai il valore dell'essere repubblicani non consisteva più soltanto in un'ideale contrarietà all'assolutismo o alla tirannia<sup>32</sup>, ma era diventato una precisa opzione ideologica, che non ammetteva alcun compromesso con altre teorie. I suoi sostenitori non si lasciavano affascinare da quei monarchici che, alla ricerca di una conciliazione coi loro avversari, cercavano di dimostrare che la monarchia costituzionale univa a indiscutibili vantaggi pratici le virtù della forma repubblicana e che i due sistemi erano praticamente fungibili. Qualche autore teorizzava infatti che la monarchia moderna non era altro che una repubblica con un solo governante, altresì caratterizzabile come «repubblica composta», punto mediano tra gli estremi della tirannia e del «libertinaggio» repubblicano, in grado di assicurare la realizzazione della libertà e della «felicità civile». I partigiani della monarchia erano autentici liberali,

mentre i repubblicani erano appunto «libertini», amanti delle passioni irrazionali mascherate da libertà naturali e di un tipo di dispotismo «tumultuario», originato dalle convulsioni di un'impraticabile democrazia. I sostenitori della monarchia, amanti del «giusto mezzo», sapevano che questa forma di governo racchiudeva in sé i vantaggi di tutte le altre, preservando dai mali di ciascuna<sup>33</sup>. Anche *El Sol* aveva tentato questa strada argomentativa, quando nel n. 42 aveva retoricamente domandato: «cos'altro è il governo costituzionale [che poche righe sopra l'articolista aveva qualificato, *à la* Burke, come «governo misto», monarchico, costituzionale e moderato] se non una repubblica di fatto, per quanto non di nome? [...] Nel primo il vertice del potere esecutivo si chiama imperatore o re, nell'altra presidente, capo supremo, ecc.»<sup>34</sup>.

La tesi sul "governo misto" non attecchiva, come dimostra la risposta polemica de *El Hombre Libre* a *El Sol*: se gli editori monarchici ritenevano davvero che tra monarchia e repubblica le differenze si limitassero alle nomenclature istituzionali e ad altre marginali diversità, allora «che i monarchici diventino repubblicani e così tutti saranno contenti [...] Si è in mala fede quando si afferma che la monarchia moderata e la repubblica differiscano solo nel nome, mentre [...] tra esse intercorre una differenza essenziale»<sup>35</sup>.

Gli ostili atteggiamenti del Congresso nei confronti delle attribuzioni dell'esecutivo, che, è bene ricordarlo, derivavano pur sempre dalla Costituzione di Cadice provvisoriamente in vigore, culminarono col progetto di un nuovo regolamento della Reggenza che sottraesse il supremo comando militare al suo presidente. Per il

Generalissimo e i gruppi di interesse a lui vicini divenne chiaro che gli argomenti teorici non bastavano per consolidare il progetto imperiale: si richiedeva un nuovo ed eclatante sforzo, come ai tempi di Iguala. Così, da un moto apparentemente spontaneo delle guarnigioni e della plebe di Città del Messico nella notte del 18 maggio, scaturì la repentina proclamazione di Iturbide a imperatore da parte del Congresso, il giorno 19. Gli oppositori del nuovo monarca avrebbero sempre contestato la validità dell'elezione, che pretendevano viziata dalla pressione esercitata sul costituente da una prezzolata "plebaglia" e dai militari più reazionari, nonché avvenuta in spregio dei regolamenti parlamentari e del quorum costitutivo dell'assemblea. Al contrario, il nuovo imperatore rivendicò legalità e legittimità della propria proclamazione, attesa la spontaneità del moto a suo favore, che rispecchiava la volontà generale; peraltro, il rifiuto del Trattato di Cordoba da parte della Spagna e la conseguente decadenza dell'offerta del trono ai Borbone avevano spianato la strada all'elezione di un imperatore messicano da parte del Congresso, prevista dai documenti dell'indipendenza giurati dalla Nazione e dai suoi rappresentanti<sup>36</sup>.

Mentre *El Sol* e *El Hombre Libre* interruppero (forse per volere del neoimperatore) le pubblicazioni, diversi contributi a stampa intesero giustificare la legalità dell'elezione imperiale e la sua coerenza con la volontà della Nazione. La proclamazione e il giuramento, così come l'incoronazione del 21 luglio, sancirono la definitiva identificazione della monarchia con Iturbide: la prospettiva dei pubblicisti filogovernativi sugli sviluppi di questa corrispondenza non poteva essere che rosea. Si ripeté che l'esaltazione al trono del Liberatore ripagava il debito di

gratitudine dei messicani per l'indipendenza immediata e incruenta; si insinuò la sua coerenza con la tradizione del diritto ispanico, con Lizardi che paragonò Iturbide al leggendario Wamba, eletto spontaneamente re dalle antiche tribù visigote di Spagna, e propagandò la prospettiva di un «buon governo» esercitato dal benigno Liberatore, il quale, pur se di certo intimamente convinto dell'ideale superiorità del sistema repubblicano, avrebbe guidato con saggezza l'Impero, impedendone degenerazioni tiranniche e lavorando in proficua collaborazione col Congresso legislatore. Sarebbero state le leggi «benefiche e liberali» della sovranità nazionale a consolidare il «governo monarchico-repubblicano» che ora aveva inizio: con le buone leggi, del resto, «governo moderato con imperatore e repubblica con presidente suonano allo stesso modo»<sup>37</sup>.

Presupponendo un'assoluta concordia istituzionale, in uno schema in cui il legislativo avrebbe legiferato e l'esecutivo amministrato secondo giustizia, l'agognata monarchia costituzionale era finalmente pronta per confermare la sua fama di «prodotto supremo» della «filosofia», in grado di riunire «le libertà della repubblica» con il «vigore dell'unità» della monarchia, terminando il dissenso politico e rinforzando il regime della libertà<sup>38</sup>.

#### 4. *Quale monarchia per l'Impero messicano?*

Contrariamente agli auspici, la degenerazione del rapporto tra il Congresso e l'imperatore fu rapida: iniziò col costituente che penalizzò le attribuzioni regie articolate dalla Costituzione di Cadice (tra ridefini-

zione della disciplina del Consiglio di Stato, ridimensionamento del veto sospensivo e sottrazione all'imperatore della nomina dei giudici del Tribunale Supremo di Giustizia) e negò a Iturbide lo stabilimento di tribunali straordinari per reprimere le sedizioni politiche; si aggravò con l'arresto da parte del governo, il 26 agosto, di diversi deputati, accusati di aver preso parte a una cospirazione repubblicana; culminò con lo scioglimento dello stesso Congresso da parte dell'imperatore il 31 ottobre. La rappresentanza costituente, che fino ad allora non aveva discusso ufficialmente alcun progetto di Carta messicana, fu rimpiazzata dallo stesso Iturbide per mezzo di un nuovo organo collegiale, la Giunta nazionale istituita, composto da ex deputati selezionati dall'imperatore tra quelli considerati di specchiata probità (per quanto non necessariamente a lui favorevoli).

La ridefinizione delle fondamenta dell'Impero accrebbe la rilevanza dell'esecutivo: il governo, e dunque l'imperatore che ne disponeva secondo il modello gadiitano (il quale non prevedeva responsabilità politica dei ministri di nomina regia, ma solo penale, a fronte dell'irresponsabilità del monarca), diventò il centro di gravità istituzionale. Ai termini di cosiddette «basi organiche» della nuova Giunta istituita, Iturbide riservò al governo l'iniziativa legislativa, da esercitare in casi di necessità e urgenza; la Giunta avrebbe dovuto discutere e deliberare sui provvedimenti sollecitati dall'esecutivo, essendo dotata di un'autonoma funzione normativa solo in materia tributaria, per l'elaborazione, finalmente, di un progetto costituzionale e di una legge elettorale per la convocazione in data da destinarsi di un nuovo Congresso costituente<sup>39</sup>.

Pur se originato dall'autoritario scioglimento del Congresso rappresentativo della Nazione sovrana, questo nuovo assetto possedeva un sostrato di principio. Nei mesi precedenti, il tentativo di Iturbide di rispondere agli attentati alla prerogativa regia era stato sostenuto sotto il profilo dottrinale da diversi pubblicisti: si era cominciato a criticare la condotta del costituente, segnalando la necessità che l'assemblea, per il bene della Nazione, rientrasse nei ranghi di un più equilibrato ruolo istituzionale. Non si era però inteso sminuire la funzione rappresentativa e la rilevanza della sovranità nazionale nel sistema monarchico: al contrario, l'acume polemico di certi autori aveva mirato a colpire la credibilità del Congresso analizzando proprio il dogma della sovranità nazionale e la questione del suo corretto esercizio. Il nucleo argomentativo di un interessante contributo<sup>40</sup>, ad esempio, recuperava la massima rousseauiana secondo cui la sovranità non potesse essere rappresentata, il che è sorprendente, se si considera che Rousseau era spesso indicato come colpevole delle devianze democratiche dei regimi rappresentativi. In questo caso, il Contratto Sociale veniva usato per dimostrare che, partendo dal postulato della non rappresentabilità della volontà generale e dunque dell'inalienabilità delle attribuzioni sovrane da parte del corpo sociale, un organo rappresentativo non poteva trincerarsi dietro l'esercizio, appunto, della sovranità per disporre a piacimento o, peggio, menomare le attribuzioni di altri organi dello Stato. Un Congresso che si definiva sovrano (il riferimento correva al primo provvedimento del costituente, nel febbraio 1822) era un assurdo giuspolitico: era impossibile che un organo eletto dalla Nazione si ergesse a superiore o eguale alla Nazione stessa, che

era l'unico sovrano. Un Congresso consisteva semplicemente in un soggetto collettivo cui la comunità aveva delegato l'esercizio del legislativo: tale delega corrispondeva a quella di cui avevano beneficiato i titolari dell'esercizio di altri poteri in base al patto sociale. In questo senso, il Congresso rappresentava non la sovranità, bensì il mero esercizio di un potere emanante da quella sovranità che, come gli altri poteri (per quanto il giudiziario venisse considerato più come una costola dell'esecutivo), veniva delegato e non esercitato direttamente dalla collettività perché la democrazia era impossibile. In astratto, ciascuno degli esercenti dei tre poteri avrebbe potuto essere legittimamente indicato come «sovranità», perché ne rappresentava un aspetto; tuttavia, l'unica vera «rappresentanza» consisteva nell'esecutivo, perché Rousseau considerava potere per eccellenza quello che imponeva la soggezione alla legge.

Da questi principi, oltre che la primazia dell'esecutivo, si deduceva che i poteri non potessero essere emanazione o restare nell'arbitraria disponibilità del legislativo, perché questo non era sovrano né deteneva la rappresentanza di tutta la sovranità. Se ne concludeva che, pur di seguire il modello delle Cortes straordinarie di Cadice, a torto autoproclamatesi sovrane onnipotenti, il Congresso messicano era caduto in un grave errore ideologico, che si riverberava sull'incerta fase politica attuale. Come si vede, i sostenitori di Iturbide avevano imputato gran parte dell'attuale degenerazione al costituzionalismo gaditano, che aveva consentito al legislativo di dominare gli altri poteri, lasciando al monarca solo risicati margini operativi: la crisi della Spagna e delle altre nazioni europee che avevano intrapreso le proprie rivoluzioni sulla base

del modello del 1812, il quale pareva geneticamente destinato a generare convulsioni politiche, ne testimoniava l'insuccesso universale.

È possibile che lo stesso Iturbide non fosse mai stato convinto della bontà dell'applicazione nel Messico emancipato della Carta di Cadice, conservata all'indomani dell'indipendenza solo per andare incontro alle aspettative delle classi dirigenti liberali<sup>41</sup>. Nella seconda metà del 1822, la gravità del momento aveva richiesto agli *iturbidistas* una nuova disamina della teoria istituzionale della monarchia e della separazione dei poteri, che servisse almeno a difendere le prerogative dell'imperatore già note, ma soprattutto, in vista dell'auspicabile finalizzazione del momento costituente, a riconfigurarle per arrivare a un equilibrio svincolato dal modello liberale spagnolo. Il periodico *La Sabatina Universal*, in cui si scorgeva la mano di Quintana Roo e di un oscuro fuoriuscito della Francia napoleonica, tale Prissette, doveva contribuire a questa operazione<sup>42</sup>. Si trattava innanzitutto di una pubblicazione di propaganda della monarchia: proponendo e commentando scritti di autori coevi, ne traeva insegnamenti per il progresso di quella forma di governo.

In uno dei primi numeri, sviluppata una teoria del governo rappresentativo in cui si chiariva l'assoluta e necessaria indipendenza funzionale tra i poteri, *La Sabatina* confutava le teorie della Memoria di Mier, riconoscendo la bontà degli argomenti contro le monarchie europee, ma contestando l'indebita confusione di principio tra monarchia e dispotismo, nonché la paventata impossibilità di stabilire in America una nuova e perfezionata monarchia<sup>43</sup>. Se l'America era politicamente vergine,



*Incoronazione di Iturbide nella Catedral de México, il 21 luglio 1822, acquaforte*

tanto da potervisi contemplare l'instaurazione di tante moderne repubbliche, non si vedeva perché non provare a impiantarvi una monarchia ugualmente innovativa e depurata dai vizi del dispotismo europeo, considerato peraltro che «i presidenti degli Stati popolari [*sic* per repubblicani]», che agivano come «Re elettivi con nomi diversi», esercitavano il potere esecutivo alla stregua dei «sovrani più assoluti» e rischiavano dunque ugualmente di convertirsi in despoti. Se il maggior pericolo della monarchia era la tirannia del vertice dell'esecutivo, bisognava ammettere che tale rischio si correva anche nelle repubbliche, pure nel Nuovo Mondo. I punti fermi della monarchia americana avrebbero potuto essere l'iniziativa legislativa del principe, l'imposizione di adeguati «freni» al

legislativo e una designazione popolare dei magistrati, restandone ferma la nomina regia (era evidente la visione della Giustizia come emanazione della sovranità nazionale, fatta salva la supervisione del monarca sul processo di assegnazione degli uffici): si sarebbe così rimediato alla preminenza accordata al legislativo dal sistema gaditano, peccato originale del costituzionalismo spagnolo ancora vigente in Messico, troppo ispirato al fallimentare esperimento francese del 1791. L'iniziativa legislativa del principe non poteva però essere esclusiva, perché il sistema non andava sbilanciato a favore della prerogativa regia, sminuendo il legislativo e rischiando che venissero approvati solo provvedimenti di gusto del monarca<sup>44</sup>. Bisognava poi rendere più saldo il veto, che però non poteva essere assoluto, ma al limite efficace fino a due legislature consecutive, evitando così che il legislativo si affermasse come l'«unica forza dello Stato».

*La Sabatina*, presentando la monarchia costituzionale come forma privilegiata per l'esercizio del governo rappresentativo, rintracciava la caratteristica saliente di tale sistema nella divisione dei poteri e in una loro mutua e stretta vigilanza<sup>45</sup>. Alla vigilia dello scontro decisivo tra Iturbide e il Congresso, nell'agosto del 1822, la questione era diventata di scottante attualità: in concomitanza con l'inasprimento del dibattito congressuale, un nuovo ciclo di articoli de *La Sabatina* aveva indagato sulla deriva tirannica del potere regio e sui limiti di quello dei Congressi rappresentativi e legislativi<sup>46</sup>. Attingendo a una vasta gamma di fonti dottrinali, da Constant a Locke, da Rousseau a de Lolme e Montesquieu, fino a personaggi meno noti del pensiero politico del Settecento francese, come Gaspard

Réal de Curban, o della Restaurazione, come Charles de Lacretelle, gli editori de *La Sabatina* avevano sviluppato una teoria monarchica che rivelava il timore per una ripetizione in Messico della Rivoluzione francese, i cui orrori, nella più cruenta fase giacobina, probabilmente si assimilavano a quelli della guerra civile *novohispana* degli anni '10. Se l'imperdonabile errore della Rivoluzione era stato proprio concedere assoluta rilevanza all'assemblea esercente il potere legislativo, frustrando ogni altro contrappeso, di converso il riferimento positivo consisteva sempre nella monarchia britannica e nel suo "governo misto"; lo sbilanciamento dottrinale in direzione degli autori francesi testimonia comunque un certo eclettismo dei sostenitori della visione monarchica di Iturbide.

Intorno alla seconda metà del 1822, gli ambienti vicini all'imperatore si erano forse cominciati a inclinare verso il pensiero della Restaurazione francese (per quanto il Corso di Politica Costituzionale di Constant venisse citato da uomini politici di tutte le estrazioni, anche all'interno del Congresso), il che poteva rivelarsi utile ai fini del consolidamento della monarchia messicana, specialmente in un momento di crisi dei rapporti col costituente; tuttavia, si erano dovuti conservare alcuni distinguo, come in particolare un ruolo centrale per il principio di legittimazione della sovranità nazionale e, di conseguenza, un rapporto non di subalternità, ma almeno di equivalenza, tra organo legislativo e figura regia. Il progressivo inasprimento dell'approccio del Congresso nei confronti dell'esecutivo aveva aggravato anche i toni del dibattito pubblico. Alcuni avevano cominciato ad accusare apertamente l'assemblea di «delinquere» e si erano interrogati su chi avesse

facoltà di «castigare» simili legislatori così indisciplinati: la risposta era stata il titolare del potere esecutivo.

Lo scioglimento di un Congresso diventava un'ipotesi percorribile, nel caso in cui l'assemblea compromettesse l'equilibrio istituzionale vigente. In qualsiasi sistema di governo il vertice dell'esecutivo, «re» o «presidente» che fosse, avrebbe dovuto adottare tali drastiche iniziative in quanto «primo rappresentante della Nazione», presumendo la volontà della comunità politica in tal senso e agendo (sotto l'ombrello della responsabilità dei ministri) quando fosse stata in pericolo la «salute della patria», col fine di conservare un «Governo moderato»<sup>47</sup>. Sembravano tornare gli argomenti che, nel febbraio 1821, avevano consentito a Iturbide di proporsi come Liberatore in quanto mandatario implicito della Nazione. In effetti, come si legge nel preambolo del decreto di scioglimento del Congresso<sup>48</sup>, per giustificare l'illegalità di quell'atto (la Costituzione di Cadice non consentiva in alcun caso una simile determinazione da parte del re) l'imperatore aveva chiamato in causa proprio l'esigenza dello smantellamento dell'assemblea-despota, compito che spettava al Liberatore: allo scopo, Iturbide aveva interpretato la volontà presunta della Nazione di resistere a un Congresso ormai divenuto tiranno, demolitore del patto sociale sottoscritto dalla comunità politica. A conti fatti, questa visione proponeva il Liberatore come una figura metagiuridica e metaistituzionale: sfruttandone le potenzialità, Iturbide aveva potuto sciogliere il Congresso superando i rigidi confini dell'istituzione regia, che, limitandolo al "semplice" ruolo di funzionario di vertice dell'esecutivo, gli avrebbero impedito un'iniziativa benefica per la Na-

zione e necessaria per avere ragione delle fazioni sovversive interne al costituente.

Alcuni, ormai a fine ottobre 1822, avevano segnalato come il problema del Messico indipendente non fosse l'atteggiamento presuntivamente autoritario di Iturbide: semmai, l'imperatore era l'unico a cercare soluzioni a una crisi scatenata da emuli della Francia rivoluzionaria e della patologicamente instabile Spagna liberale. L'Eroe dell'indipendenza desiderava solo stabilire una Costituzione solida, che assicurasse la libertà derivante dalle «buone leggi»: coincideva in ciò con la Nazione, che ormai sembrava pretendere una sostanziale riforma del Congresso osteggiata solo da alcuni «fanatici»<sup>49</sup>. Nell'imminenza dello scioglimento del costituente, Antonio José Valdés, deputato partigiano di Iturbide e poi membro della Giunta istituyente, aveva sviluppato meglio questi concetti<sup>50</sup>. Solo un'invidia cieca e irrazionale poteva generare opposizione contro il Liberatore e la monarchia costituzionale da lui guidata: baluardo della religione cattolica, che le decantate «libertà e uguaglianza» del sistema repubblicano non potevano fornire il pretesto per abbandonare, di certo il sistema monarchico non era perfetto, così come la figura di Iturbide poteva non piacere a tutti, ma non si potevano mettere in dubbio impegno e dedizione dell'imperatore nel tentare di rimediare in maniera franca e disinteressata ai mali presenti, né tantomeno si sarebbe potuto preferire un sistema repubblicano all'attuale, considerandolo risolutivo di tutti i mali. Citando Lanjuinais e Proudhomme, Valdés spiegava che anche la congiuntura internazionale, dominata dalla reazionaria Santa Alleanza, rimaneva ostile allo stabilimento di una repubblica in Messico, dissuadendo dal sognare di emulare

gli Stati Uniti. La caduta della Francia rivoluzionaria e la crisi dei regimi liberali in Spagna e Portogallo indicavano quanto fosse fragile, ancorché prezioso, il nuovo regime delle libertà: solo l'atto di stabilire una bilanciata struttura istituzionale all'interno della sospirata Costituzione messicana avrebbe consentito di non ripetere quelle esperienze fallimentari. Il rifondato sistema monarchico avrebbe dovuto garantire al governo la forza impositiva necessaria per assicurare il rispetto delle leggi, mantenendosi però liberale ed evitando atti di forza che l'avrebbero reso impopolare.

Come visto, Iturbide avrebbe infine sciolto il Congresso, ignorando quest'ultima raccomandazione.

##### 5. Conclusioni: la monarchia messicana nel suo contesto

Il tentativo di riforma dell'Impero non sopravvisse alla reazione nazionale all'autoritarismo di Iturbide, impostata da due frange dell'esercito in altrettanti momenti, nel dicembre 1822 (col cosiddetto *Plan di Veracruz*) e nel febbraio 1823 (con l'*Acta di Casa Mata*). Il 19 marzo l'imperatore abdicò, venendo esiliato e aprendo la via alla rimozione del retaggio monarchico, con lo stabilimento, pochi mesi più tardi, della repubblica federale.

Al netto della sua fugacità, la vicenda imperiale può ben essere contestualizzata nella fase rivoluzionaria dei primi anni '20 dell'Ottocento: considerata l'adozione interinale della Costituzione di Cadice, la proposta di Iturbide, per quanto culminata in un rovinoso fallimento, può infatti interpretarsi come uno dei tentativi di riscrittura

ra dell'assetto liberale spagnolo (a partire dalla fissazione del principio di uguaglianza formale nel *Plan de Iguala* e fino allo snodo decisivo dell'autunno del 1822), similmente a quanto, soprattutto tra il 1820 e il 1821, accadde in Europa.

Seppur soppresso dalla crisi di rigetto della società messicana, che non si dimostrò interessata ad affrancarsi dal paradigma gaditano (in particolare, dal particolarismo amministrativo che prometteva di avvantaggiare le élites regionali), appare evidente il tentativo di conversione della cultura politica messicana a una visione ricettiva di modelli diversi, dall'inglese al francese della Restaurazione. In particolare, all'interno dei pochi progetti costituzionali per l'Impero di cui si ha traccia<sup>51</sup> è inequivoca l'esigenza di una condivisione dell'iniziativa legislativa tra principe e parlamento e la preferenza per il bicameralismo; in più, nel progetto di potere legislativo stilato da Antonio Valdés spicca la mutuazione di interi articoli dalla *Charte* di Luigi XVIII<sup>52</sup>, che nella proposta di José María Couto rasentò il plagio.

Ad ogni modo, tali ridefinizioni della matrice gaditana (probabilmente ispirate dalle critiche alla Carta del 1812 mosse da importanti pensatori liberali europei, come Blanco-White, de Pradt o Lanjuinais) non risultano meramente imitative di altri modelli, bensì pregne di senso critico e consapevolezza del contesto di applicazione: ciò appare lampante, ad esempio, nel progetto di Valdés, che confermava il presupposto dottrinale della sovranità nazionale, ovviamente assente nella *Charte*, ma indispensabile in Messico per sostanziare l'indipendenza e la stessa funzione del Liberatore Iturbide.

Anche i prodotti dell'ultimo scorcio dell'avventura imperiale seguono coordi-

nate riformiste del modello gaditano e della sua primazia del legislativo: così può essere inquadrata l'attribuzione dell'iniziativa legislativa al governo nelle citate «basi organiche» della Giunta Istituyente o il progetto di un cosiddetto regolamento politico provvisorio dell'Impero, che nelle intenzioni di Iturbide avrebbe dovuto sostituire la Costituzione di Cadice come ordinamento interinale, rinforzando ulteriormente la prerogativa regia e definendo l'imperatore «capo supremo dello Stato», proprio come nella *Charte*<sup>53</sup>.

La spesso pretesa strumentalità della monarchia ai fini autoritari di Iturbide, dunque, sembra passare in secondo piano rispetto al clima politico e culturale da cui originarono queste pur inconcludenti proposte giuspolitiche. Le premesse dottrinali con cui si sostanziò l'esperimento imperiale induce a riscattarlo dalla sua presunta marginalità e a riavvicinarlo alla sua contemporaneità, in particolar modo europea, nella quale furono combattute analoghe sfide dottrinali tra classi dirigenti liberali (si pensi, ad esempio, allo stesso caso spagnolo o al contesto napoletano<sup>54</sup>).

Sono queste proprietà che, pur nell'indiscutibile specificità del contesto messicano del 1821-'23, fanno dell'Impero di Iturbide un'incompiuta esperienza costituzionale forse quasi più europea che americana.

- <sup>1</sup> A tutt'oggi, la biografia politica di riferimento su Iturbide è W.S. Robertson, *Iturbide of México* (1953); tr. es. *Iturbide de México*, Città del Messico, Fce, 2012.
- <sup>2</sup> La prima versione del *Plan* destinata alla circolazione constava di 23 articoli e presentava un ampio preambolo in cui si definivano le cause efficienti dell'indipendenza messicana: cfr. C.M. Bustamante, *Cuadro histórico de la revolución mexicana*, tomo V, Città del Messico, Imprenta de la Calle de los Rebeledes, 1846<sup>2</sup>, pp. 115-118. La seconda e definitiva versione, invece, contò 24 articoli e omise la parte preliminare: cfr. M. Cuevas, *El Libertador. Documentos selectos de D. Agustín de Iturbide*, Città del Messico, Editorial Patria, 1947, pp. 186-187.
- <sup>3</sup> Appena insediatasi, per legittimarsi ulteriormente la Giunta si sarebbe arrogata la rappresentanza della comunità politica, autodefinendosi "sovrana". Cfr. J. Barragán Barragán (ed.), *Actas Constitucionales mexicanas (1821-1824)*, tomo I, *Diario de las sesiones de la soberana junta provisional gubernativa del Imperio mexicano*, Città del Messico, Universidad Nacional Autónoma de México, 1980, 28 settembre 1821, pp. 3-5.
- <sup>4</sup> Il testo del Trattato in Cuevas, *El Libertador* cit., pp. 252-254.
- <sup>5</sup> Sull'impatto della Costituzione in Nuova Spagna, *ex multis* v. J.E. Rodríguez O., «*Nosotros somos ahora los verdaderos españoles*». *La transición de la Nueva España de un Reino de la Monarquía española a la República Federal Mexicana. 1808-1824*, Zamora-Città del Messico, El Colegio de Michoacán-Instituto Mora, 2012, vol. I, pp. 295-330.
- <sup>6</sup> L'art. 22 escludeva dal novero dei «cittadini» gli spagnoli discendenti da africani, finché non dimostrassero «virtù» e «merito». Cfr. *Constitución política de la Monarquía española*, Cadice, Imprenta Real [1812].
- <sup>7</sup> Per un catalogo esaustivo della vasta bibliografia sulla guerra degli anni '10, A. Annino, R. Rojas, *La independencia. Los libros de la patria*, Città del Messico, Cide-Fce, 2008; R. Moreno Gutiérrez, *La historiografía del siglo XXI sobre la Independencia de México*, in «*Historiagenda*», n. 38, ottobre 2018-marzo 2019, pp. 25-35.
- <sup>8</sup> Cfr. artt. 12, 249 e 250 in *Constitución política de la Monarquía española* cit.
- <sup>9</sup> Sul pronunciamento di Rafael de Riego e il cosiddetto Triennio Liberale in Spagna, A. Gil Novales, *El Trienio Liberal*, Madrid, Siglo Veintiuno Editores, 1980.
- <sup>10</sup> La tesi della "maggiore età" raggiunta dal Messico e, dunque, della sua legittima indipendenza dalla Metropoli ai termini del diritto naturale fu un caposaldo del proclama in testa alla prima versione del *Plan de Iguala*, venendo esposta anche da importanti pubblicisti: cfr. M. de [la] B[árcena], *Manifiesto al mundo. La justicia y la necesidad de la independencia de la Nueva España*, Puebla, Imprenta Liberal de Moreno Hermanos, 1821.
- <sup>11</sup> A. de Iturbide, *Breve manifiesto de el que subscribe*, Città del Messico, Imprenta Imperial de D. Alejandro Valdés, 1821, fol. 1. Tutte le traduzioni sono dell'Autore.
- <sup>12</sup> Momenti concitati ci furono in novembre, con la convulsa elaborazione della legge elettorale per il Congresso da parte della Giunta provvisoria, e in dicembre, quando si diffuse un opuscolo incendiario che attaccava la Garanzia dell'unione, minando la coesione sociale dell'Impero.
- <sup>13</sup> *El Hombre libre*, *El hombre libre*, Città del Messico, Imprenta de D.J.M. Benavente y socios, 1821.
- <sup>14</sup> D[on]. A[ndrés]. Q[uintana]. R[oo]., *Indicaciones sobre gobierno*, Città del Messico, Imprenta imperial de D. Alejandro Valdés, 1821, p. 5.
- <sup>15</sup> Il generale di origine spagnola Pedro Celestino Negrete, amico personale di Iturbide dalle sicure simpatie liberali, in una corrispondenza al Liberatore diceva di diffidare del «governo misto» degli anglosassoni e specialmente degli statunitensi, che riteneva «falsi». Cfr. il documento in E. del Castillo Negrete, *México en el siglo XIX*, Città del Messico, Imprenta del Editor, 1888, vol. XV, pp. 149-151.
- <sup>16</sup> L. de Lato-Monte, *Catecismo de la independencia en siete declaraciones*, Città del Messico, Imprenta de D. Mariano Ontiveros, 1821, pp. 38-39.
- <sup>17</sup> S.T. de Mier, *Memoria político-instructiva, enviada desde Filadelfia en agosto de 1821, á los gefes independientes del Anáhuac, llamado por los españoles Nueva España*, Filadelfia, Imprenta de Juan F. Hurtel, 1821, pp. 69-73.
- <sup>18</sup> [Anonimo], *El grande asunto de hoy*, Imprenta americana de D. José María Betancourt, Città del Messico 1821, pp. 4 ss.
- <sup>19</sup> *Ibidem*.
- <sup>20</sup> Le pubblicazioni sul tema furono numerose: tra queste, M.G. de V., *El importante voto de un ciudadano* (Puebla, Imprenta liberal de Moreno Hermanos, 1821) scatenò un acceso dibattito.
- <sup>21</sup> Cfr. Barragán Barragán, *Actas Constitucionales mexicanas* cit., tomo II, *Actas del congreso constituyente mexicano* (da ora, ACC), Città del Messico, UNAM, 1980, vol. I, pp. 1-9. Non si darà conto in questa sede dei densi dibattiti congressuali, per i quali si rimanda a I. Frasquet, *Las caras del águila: del liberalismo gaditano a la República Federal Mexicana, 1820-1824*, Castellón de la Plana, Universitat Jaume I-Instituto Mora-Universidad Autónoma Metropolitana-Universidad Veracruzana, 2008.
- <sup>22</sup> Cfr. ACC, 28 febbraio 1822, p. 21; 5 marzo 1822, p. 43.
- <sup>23</sup> Le truppe spagnole ancora presenti in Messico ne tentarono la riconquista, stroncata però senza colpo ferire dall'esercito di Iturbide. Il Generalissimo imputò ad alcuni deputati del Congresso e persino a colleghi reggenti una collusione con gli spagnoli, non adducendo però nessuna

- prova concreta. Il costituente, il cui tribunale interno aveva giurisdizione speciale sui deputati ai termini del regolamento delle Cortes straordinarie di Cadice provvisoriamente in vigore, sollevò gli accusati da ogni addebito. Sulla vicenda, L. Alamán, *Historia de Méjico*, Città del Messico, Imprenta de J.M. Lara, tomo V, libro II, 1852, pp. 533-536. Il rimpasto esautorò i membri della Reggenza ancora vicini a Iturbide, per rimpiazzarli con uomini di fiducia del Congresso che controllarono l'ingombrante personalità del Liberatore.
- <sup>24</sup> Cfr. *El Sol*, n. 44, 8 maggio 1822, p. 200.
- <sup>25</sup> Cfr. *El Hombre Libre*, n. 7, 10 maggio 1822, pp. 25-28.
- <sup>26</sup> Ivi, n. 9, 17 maggio 1822, p. 38.
- <sup>27</sup> Cfr. *El Sol*, n. 42, 27 aprile 1822, pp. 181-183; n. 45, 11 maggio 1822, pp. 201-202; n. 46, 15 maggio 1822, pp. 205-207.
- <sup>28</sup> Le si considerava perfettamente compatibili con le basi di ogni repubblica, ovvero libertà, uguaglianza, sicurezza e proprietà: cfr. *El Hombre Libre*, n. 8, 14 maggio 1822, p. 32.
- <sup>29</sup> Ivi, n. 9, 17 maggio 1822, p. 36.
- <sup>30</sup> Questa visione appare ancora richiamare il concetto di rappresentanza come procura e il mandato imperativo del rappresentato nei confronti del rappresentante.
- <sup>31</sup> Cfr. J.J. Fernández de Lizardi, *También en El Sol hay manchas*, in Id., *Obras* (ed. por I.I. Fernández Arias e M.R. Palazón Mayoral), Città del Messico, UNAM, 1991, vol. XI, pp. 583-593.
- <sup>32</sup> Cfr. J. Barragán Barragán, *Introducción*, in Id., *Actas Constitucionales mexicanas* cit., tomo VI, p. XIII. Si trattava di un'accezione di ispirazione rousseauiana dibattuta anche dai liberali di Cadice: cfr. J.M. Portillo Valdés, *Revolución de Nación. Orígenes de la cultura constitucional en España, 1780-1812*, Madrid, Boletín Oficial del Estado-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, pp. 340-341.
- <sup>33</sup> [Anónimo] *Explicación del gobierno republicano*, Città del Messico, Oficina de José María Ramos Palomera, 1822.
- <sup>34</sup> Cfr. *El Sol*, n. 42, 27 aprile 1821, p. 122.
- <sup>35</sup> Cfr. *El Hombre Libre*, n. 5, 3 maggio 1822, p. 19.
- <sup>36</sup> L'art. 3 del Trattato stabiliva che, in caso di rifiuto dei Borbone, il Congresso avrebbe potuto eleggere imperatore il personaggio preferito dalla Nazione: cfr. Cuevas, *El Libertador* cit., p. 150.
- <sup>37</sup> J.J. Fernández de Lizardi, *El Amigo de la paz y de la patria*, n. 2, in Id., *Obras* cit., vol. X, pp. 9-16.
- <sup>38</sup> *Extracto del Noticioso General del Lunes 22 de Julio de 1822, segundo de nuestra Independencia*, Puebla, Oficina de D. Pedro de la Rosa, 1822.
- <sup>39</sup> Cfr. Barragán Barragán, *Actas Constitucionales mexicanas* cit., tomo VII, *Diario de la Junta Nacional Instituyente del Imperio mexicano*, 2 novembre 1822, pp. 5-9.
- <sup>40</sup> Cfr. [anonimo] *El Congreso es soberano, pero el pueblo es superior. Cuestión interesante*, Città del Messico, Imprenta de Doña Herculana del Villar y Socios, 1822.
- <sup>41</sup> Nell'ottobre del 1820, l'amico Juan Antonio López aveva aggrornato Iturbide sull'andamento convulso delle rivoluzioni in Europa, forse condizionandone il giudizio sul costituzionalismo liberale della Penisola: cfr. una corrispondenza da Madrid nel fondo *Agustín de Iturbide Papers* della Biblioteca del Congresso degli Stati Uniti, «Box 9», «Cartas L-M».
- <sup>42</sup> Quintana Roo curava anche un altro periodico, *La Minerva mexicana*, che pure si occupava di questioni politico-istituzionali. Cfr. T.S. Di Tella, *Política nacional y popular en México, 1820-1847*, Città del Messico, Fce, 1994, p. 125.
- <sup>43</sup> Cfr. *La Sabatina Universal*, n. 1, 15 giugno 1822, pp. 1 ss.
- <sup>44</sup> L'articolista stigmatizzava il costituzionalismo napoleonico per lo sbilanciamento dell'iniziativa legislativa a favore dell'esecutivo e lo sminuimento degli organi assembleari rappresentativi (ivi, n. 3, 29 giugno 1822, p. 39).
- <sup>45</sup> Ivi, p. 46.
- <sup>46</sup> Cfr. *La Sabatina Universal*, n. 10, 17 agosto 1822, pp. 157-170, e n. 11, 24 agosto 1822, pp. 173-184, per le riflessioni su estensione e limiti della prerogativa parlamentare, specialmente in rapporto alle attribuzioni regie. Gli scritti pubblicati risalivano al 1811 e appartenevano a un autore spagnolo che si firmava "E.E.S.".
- <sup>47</sup> Un Ciudadano Imparcial, *Cuando un Congreso delinque, ¿quién lo debe castigar?*, in A. Morales Becerra (ed.), *La forma de gobierno en los congresos constituyentes de México*, tomo I, in *México: una forma republicana de gobierno*, Città del Messico, UNAM, 1995, vol. II, pp. 259-262.
- <sup>48</sup> Cuevas, *El Libertador* cit., pp. 355-357.
- <sup>49</sup> [Anónimo] *La aparición de un muerto. Historia verdadera*, Città del Messico, Imprenta de Doña Herculana del Villar y socios, 1822.
- <sup>50</sup> A.J. Valdés, *República Mexicana*, Città del Messico, Imprenta de D. José María Ramos Palomera, 1822.
- <sup>51</sup> I progetti cui qui si fa riferimento sono: uno anonimo (forse redatto dal deputato José Miguel Guridi y Alcocer, già membro delle Cortes straordinarie di Cadice); uno del deputato Valdés; uno di José María Couto, chierico ex deputato alle Cortes gaditane, nonché supplente a quelle del 1820-'21. Cfr. i testi in M. Calvillo, *La consumación de la independencia y la instauración de la República federal, 1820-1824*, Città del Messico-San Luis Potosí, El Colegio de México-El Colegio de San Luis, 2003<sup>2</sup>, pp. 621-648 e 669-674. Sulla fase progettuale, C. Andrews, *Constitutional Projects for the Division of Powers in Mexico during Iturbide's Empire, 1821-1823*, in «Journal of Latin American Studies», vol. 46, 2014, pp. 755-784.
- <sup>52</sup> In Valdés, *República Mexicana*

cit., pp. 41-42, composto verosimilmente dopo la stesura del progetto, l'autore invece attaccò la *Charte*, a causa dell'eccessiva preminenza del re nella fase di iniziativa legislativa, a scapito delle Camere.

<sup>53</sup> Cfr. il testo del regolamento provvisorio in Calvillo, *La consumación de la independencia* cit., pp. 651-666.

<sup>54</sup> Come illustrano J. Varela Suanzes, *La monarquía imposible: la constitución de Cádiz durante el Trienio*, in «Anuario de Historia del Derecho Español», vol. LXVI, 1996, pp. 681-687 e I. Fernández Sarasola, *Los primeros parlamentos modernos de España. (1780-1823)*, Madrid, Fundación Manuel Giménez Abad-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, pp. 185-201, i liberali moderati della Spagna del Triennio costituzionale misero in questione il modello gaditano, a cominciare dal legislativo monocamerale. A Napoli e nel Regno di Sardegna, secondo alcuni, una (impossibile) ridefinizione filofrancesa della rivoluzione costituzionale avrebbe potuto mutarne in positivo le sorti: cfr. M.S. Corciulo, *Una rivoluzione per la Costituzione (1820-'21). Agli albori del Risorgimento Meridionale*, Roma, La Sapienza Editrice, 2017<sup>3</sup>, pp. 16-17.

# Democratizzare il potere giudiziario: il *jury populaire* nel dibattito dell'Assemblea costituente della Seconda Repubblica francese (1848)

FAUSTO PROIETTI

Nel contesto del dibattito politico successivo al cambio di regime verificatosi in Francia dopo il 24 febbraio 1848, tra le questioni più dibattute figura quella della «democratizzazione» non solo del potere legislativo, ma anche dell'esecutivo e del giudiziario<sup>1</sup>. Si discute della separazione tra i poteri e dell'indipendenza della magistratura; e l'organizzazione della giustizia diventa il campo di una possibile ulteriore applicazione del principio democratico per effetto, essenzialmente, dell'estensione dello strumento del *jury* popolare<sup>2</sup> agli affari civili e, nelle richieste di alcuni, dell'elezione diretta dei giurati e dei giudici stessi da parte del popolo.

Come vedremo analizzando i dibattiti parlamentari, e in particolare quelli all'interno della Commissione di Costituzione<sup>3</sup>, la primitiva intenzione dei costituenti, che era quella di democratizzare radicalmente il potere giudiziario, sfocia poi, nella versione definitiva del testo costituzionale votata dall'Assemblea nel novembre 1848, nella conservazione dello *statu quo* precedente

alla rivoluzione. Anche rispetto all'organizzazione del potere giudiziario, quindi, la Seconda Repubblica conosce quello stesso slittamento, spesso segnalato dalla storiografia rispetto, ad esempio, al tema del «diritto al lavoro»<sup>4</sup> dall'iniziale radicalismo democratico al conservatorismo che trionfa alla fine del processo costituente; il tutto, nello spazio di meno di un anno.

1. *Separazione dei poteri e indipendenza del giudiziario: le basi del dibattito costituzionale*

Il problema di come garantire l'indipendenza e il carattere democratico del potere giudiziario deriva, nella logica discorsiva dei padri fondatori della Seconda Repubblica, dal principio della separazione dei poteri, che rappresenta il fondamento essenziale delle discussioni dei costituenti francesi del 1848. Infatti l'affermazione secondo cui «la separazione dei poteri è la

principale garanzia di un governo libero» sin dall'inizio dei lavori non viene mai da loro seriamente messa in discussione: è approvata dalla Commissione di Costituzione nella seduta del 13 giugno 1848, e da tutti gli uffici dell'Assemblea costituente in quella del 27 luglio; la si trova consacrata, quasi alla lettera, nell'articolo 19 del testo costituzionale<sup>5</sup>. Si manifestano, certamente, anche voci contrarie a questo principio nell'Assemblea, soprattutto tra i socialisti e i democratici radicali. Si può citare, a titolo di esempio, Pierre Leroux, il quale, nel suo progetto di Costituzione del settembre 1848, scrive: «I TRE POTERI sin qui designati coi nomi di Potere legislativo, Potere esecutivo e Potere giudiziario saranno concentrati; resteranno distinti, ma senza alcuna essenziale separazione, nel Corpo, uno e trino al contempo, della RAPPRESENTANZA NAZIONALE»<sup>6</sup>. Ma si tratta di voci marginali, o presto marginalizzate<sup>7</sup>.

Come hanno dimostrato Michel Troper e, più di recente, Marc Lahmer<sup>8</sup>, la maggior parte dei teorici del XVIII secolo, da William Blackstone a William Paley, per «separazione dei poteri» aveva inteso soprattutto una particolare suddivisione interna al potere legislativo, la cui esistenza connotava una particolare forma di governo; tutto ciò era anche chiamato *balance of powers*. La tripartizione dei poteri dello Stato, in quest'ambito, si riferiva al fatto che il legislativo, in Inghilterra, era diviso tra tre diversi organi: il Re e le due Camere, secondo uno schema utilizzato anche negli Stati Uniti dopo l'indipendenza delle colonie. I costituenti francesi del 1848, quanto a loro, danno della separazione dei poteri un'interpretazione del tutto diversa, che normalmente si definisce «separazio-

ne assoluta»: tre poteri indipendenti l'uno rispetto all'altro, e tutti e tre – cosa fondamentale – espressione diretta della sovranità popolare. L'indipendenza reciproca, ovviamente, riguarda in particolare l'esecutivo rispetto al legislativo: è tale necessità a indurre i costituenti ad optare per un regime presidenziale, ovvero per un potere esecutivo assolutamente indipendente ed affidato a una sola persona. Questa proposta è anch'essa accettata, nella seduta del 27 maggio, «all'unanimità e senza discussione»<sup>9</sup>. È sull'organizzazione del potere giudiziario che si concentra dunque il dibattito nell'Assemblea costituente; il principio dell'indipendenza assoluta avrebbe dovuto essere applicato anche in quest'ambito, o, almeno, così sembra in una prima fase della discussione.

Il compito di impostare le basi della nuova carta costituzionale è conferito alla Commissione di Costituzione, composta da diciotto membri, appartenenti in maggioranza alla fazione dei cosiddetti repubblicani moderati. Si tratta di personaggi di primo piano, non solo dal punto di vista della loro carriera politica o professionale, ma anche da quello della conoscenza della teoria politica della loro epoca: tra loro, com'è noto, figura Tocqueville<sup>10</sup>, ma ci sono anche scrittori e giornalisti politici molto conosciuti, come Lamennais, Considerant, Gustave de Beaumont, Odilon Barrot, Cormenin e Marrast<sup>11</sup>. Del resto, l'Assemblea costituente del 1848 è probabilmente quella a più alto tasso di intellettuali e pensatori politici nella storia: tra le sue file conta anche Edgar Quinet, Victor Hugo, Henri Lacordaire, Pierre-Joseph Proudhon, Louis Blanc, Vincent Raspail, Pierre Leroux, Philippe Buchez, Charles de Montalembert e Alphonse de Lamartine, per non citare che

i personaggi più noti. Il contenuto delle discussioni parlamentari, dunque, è di grande interesse per la storia del pensiero politico; tanto più che i verbali di tutte le sedute dell'Assemblea Nazionale sono trascritti e pubblicati il giorno seguente nel «*Moniteur*» in modo alquanto preciso<sup>12</sup>, andando ad alimentare ulteriormente la discussione pubblica. La stessa cosa vale per i resoconti della Commissione di Costituzione, anche se, in quest'ultimo caso, il redattore ha avuto a volte la tendenza a sintetizzare i discorsi che gli parevano troppo lunghi<sup>13</sup>; le citazioni che seguono sono estratte da tali resoconti, pubblicati integralmente da Piero Craveri<sup>14</sup>. Al contrario, i verbali del *Comité de Justice*, fondamentali per la ricostruzione del dibattito costituzionale sul potere giudiziario, sono a tutt'oggi inediti; li ho consultati alle Archives Nationales di Parigi<sup>15</sup>.

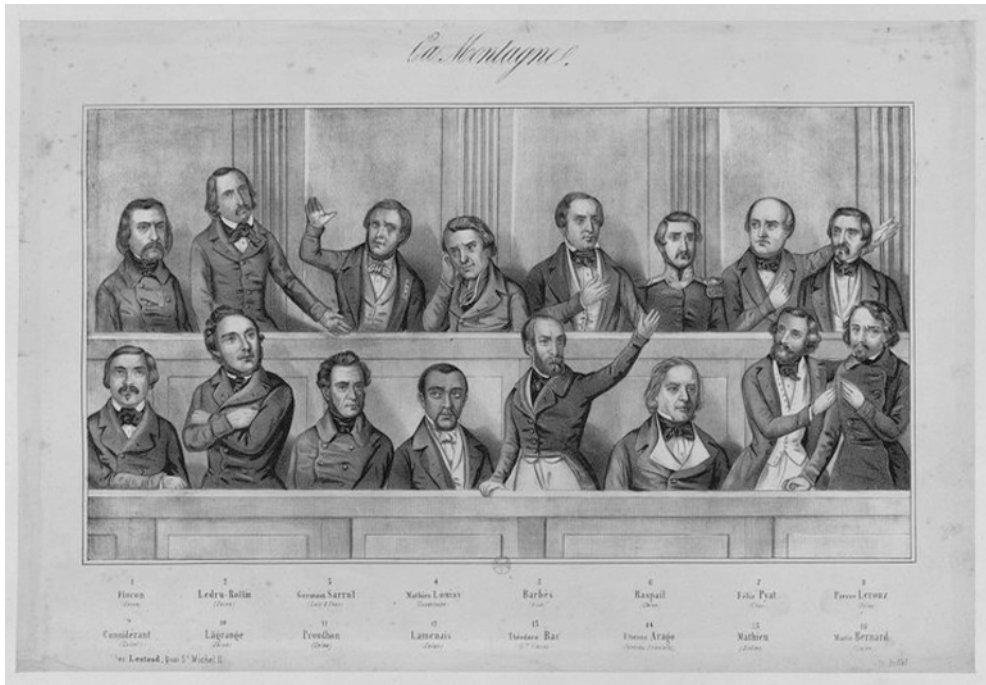
Le istituzioni giudiziarie delle quali si riconosce, all'epoca, la natura in qualche modo 'democratica', dato che la loro esistenza non è legata all'esercizio di un sapere specificamente giuridico in senso tecnico, si riferiscono essenzialmente a due principi: quello che chiameremmo oggi della «giustizia di prossimità», che ha come cardine la giustizia di pace<sup>16</sup>, e il principio del giudizio tra pari, che si manifesta nel *jury* popolare. Inoltre, quando si parla del 1848 non va mai dimenticato che, dopo la rivoluzione, era invalsa la convinzione di aver creato una Repubblica «democratica e sociale»: un discorso a parte meriterebbe quindi, se ciò non ci portasse troppo lontano dal *focus* di questo saggio, il dibattito attorno all'istituto giuridico dei *Conseils des Prud'hommes*, organismi paritari destinati a giudicare sulle controversie sorte tra padroni e operai, i cui membri sono elettivi.

Ad ogni modo, l'attenzione dei Costituenti del 1848 si concentra soprattutto sul *jury*; dunque è essenziale verificare quale sia, nel dibattito politico e giuridico di quegli anni, lo stato della questione in riferimento a tale istituto giuridico<sup>17</sup>.

## 2. *Il jury popolare e la 'democratizzazione' del potere giudiziario: lo stato del dibattito prima del 1848*

Il *jury* in materia penale<sup>18</sup> era stato introdotto in Francia all'epoca della prima Rivoluzione: la lista dei giurati era redatta dai procuratori-sindaci dei dipartimenti, che li sceglievano tra gli elettori (ovvero, tra i proprietari) di almeno 25 anni d'età; all'interno della lista si estraevano a sorte i membri del *jury*. Il principio dell'estrazione a sorte, già definito da Montesquieu come il più appropriato alle democrazie<sup>19</sup>, venne sostenuto in quella circostanza, tra gli altri, dai deputati del Terzo stato Duport, Barnave e Bergasse<sup>20</sup>. Varie leggi, in seguito, avevano modificato tale sistema: per limitarci a citare le principali, quella del 2 nevosio anno II includeva tutti i Francesi di 25 anni d'età nella lista dei giurati, i cui nomi erano poi estratti a sorte; il *Code des délits et des peines* del 3 brumaio anno IV restringeva nuovamente queste liste ai soli elettori (ossia, ancora una volta, ai proprietari) di almeno 30 anni d'età, scelti dall'amministrazione dipartimentale; la legge del 6 germinale anno VIII attribuiva ai giudici di pace il potere di scegliere i giurati tra gli elettori.

Sotto Napoleone, questo diritto di scelta dei giurati passò ai prefetti, che redigevano una lista composta da 60 nomi, e la loro nomina spettava al Ministro degli



Ritratto collettivo dei 16 rappresentanti montagnardi ai loro banchi dell'Assemblea, stampa coeva

Interni (articoli 381 e 382 del *Code d'instruction criminelle* del 1808). Durante la Restaurazione, la legge del 26 maggio 1819 istituiva il *jury* per i crimini a mezzo stampa; infine, la legge del 2 maggio 1827 riformava il *jury*: la lista dei giurati era ancora redatta dal prefetto, ma questi era obbligato ad includervi almeno 1/4 degli elettori (ossia dei cittadini più ricchi) e tutti quelli che esercitavano determinate professioni intellettuali<sup>21</sup>. Tali cambiamenti suscitano, ogni volta, un dibattito giuridico e politico attorno al *jury*; nell'anno X, l'Institut de France indice addirittura un concorso per il miglior progetto di perfezionamento del *jury* popolare<sup>22</sup>. Durante l'Impero il *jury* cade poco a poco in disgrazia, tanto che vari giuristi ne propongono l'abolizio-

ne. Selves<sup>23</sup>, ad esempio, ricostruendo le origini storiche del *jury de jugement* nella società dell'alto Medioevo, scrive nel 1811: «dopo che i governi acquisirono la forma aristocratica o monarchica in tutta la loro pienezza [...] non fu più possibile far giudicare una gran parte dei sudditi del monarca dai loro pari, perché i pari esistevano ormai solo tra i plebei»; era dunque diventato sconsigliabile, secondo lui, mantenere il *jury*, «un'istituzione troppo democratica» per i tempi moderni<sup>24</sup>. La vera essenza del *jury* originario era, per Selves, quella di essere una sorta di ordalia, realizzata per il tramite dell'espressione unanime e quasi miracolosa di dodici uomini «ignoranti e semplici», interrogati separatamente subito dopo aver ascoltato l'esposizione dei

fatti<sup>25</sup>; nulla a che vedere, dunque, con una discussione tra pari per arrivare a un giudizio unanime, o reso, come nel caso del *jury* francese dell'inizio del XIX secolo, a maggioranza.

Sotto la Restaurazione, tuttavia, il *jury* popolare – che era stato mantenuto dalla *Charte* – torna di attualità: la sua estensione all'ambito del diritto civile viene proposta a più riprese, anche se poi regolarmente rifiutata, e la scelta dei giurati da parte dei prefetti, emissari del potere esecutivo, è messa in discussione<sup>26</sup>. In particolare, il *jury* inizia ad essere descritto sempre più spesso come un modello di istituzione giudiziaria perfettamente appropriato a un «governo rappresentativo». Heulhard de Montigny<sup>27</sup>, nel 1819, ricorda l'origine medievale e il carattere democratico di questa forma di giudizio: come avevano fatto per quanto riguardava le libertà comunali, i re della «Terza Razza» avevano concesso ai loro sudditi il diritto di giudicarsi tra pari<sup>28</sup>; e «il *jury*, considerato come una delle branche del potere giudiziario, [era] il vero e proprio palladio della libertà pubblica»<sup>29</sup>. Sulla stessa falsariga, ma a partire da una posizione più radicale, e arrivando fino a proporre l'elezione diretta dei giurati, Étienne Aignan<sup>30</sup> scrive, nel 1822: «Non esiste governo rappresentativo senza *jury*. Non può darsi una situazione in cui la legge sia fatta dai delegati del popolo e la giustizia sia resa dai delegati del potere»<sup>31</sup>. Il governo rappresentativo, per lui, «che abbia alla testa del potere esecutivo un re o un altro tipo di capo supremo, è essenzialmente repubblicano, perché deriva dalla legge»; e in un governo del genere, «poiché il *jury* è la rappresentanza del popolo per la giustizia, così come il corpo

legislativo è la rappresentanza del popolo per la legge, esso deve avere i suoi elettori, i suoi eleggibili e i suoi eletti»<sup>32</sup>. Nella seconda parte del suo *Commentaire sur l'ouvrage de Filangieri*, edita nel 1824, Benjamin Constant propone con decisione il *jury* popolare come rimedio agli abusi del potere esecutivo e quale strumento adatto a far emergere il «buon senso» popolare, contrapposto alle sterili conoscenze tecnico-letterarie:

Di sicuro, se mi proponessero di scegliere tra l'essere giudicato da dodici artigiani del tutto ignoranti o addirittura, se si vuole, analfabeti, ma estratti a sorte, e che non devono obbedire ad altri ordini se non a quelli della loro coscienza, oppure da dodici accademici avvezzi ad esprimersi con eleganza, da dodici letterati scelti tra i più abili nelle finanze stilistiche, ma nominati dall'autorità esecutiva, che li manovrerebbe a forza di titoli e prebende, preferirei i dodici artigiani<sup>33</sup>.

Con la Monarchia di Luglio la riflessione sul carattere di elemento potenzialmente democratico all'interno di un sistema monarchico rivestito dal *jury* prosegue; C.-B. Merger<sup>34</sup>, ad esempio, nel suo *Nouveau manuel du juré* (1835) sostiene che

il *jury* appartiene, per sua natura, alla monarchia costituzionale e rappresentativa più che ad ogni altra forma di governo, poiché, in uno Stato di questo tipo, il principio democratico e il principio monarchico si equilibrano a vicenda e si dividono i poteri, e [...] il popolo e la monarchia hanno ognuno la propria parte distinta di attribuzioni in ambito giudiziario; il popolo, dichiarando il fatto; la monarchia, dirigendo i dibattimenti e applicando la pena per mezzo dei suoi agenti<sup>35</sup>.

### 3. Tocqueville: il jury tra «tirannide della maggioranza» e pedagogia democratica nella *Démocratie en Amérique* (1835)

Come per molti altri istituti, anche rispetto al jury è Tocqueville, nella *Démocratie en Amérique*, a stabilirne autorevolmente il diretto rapporto con la forma democratica<sup>36</sup>. Il tema del jury popolare viene affrontato, nel testo di Tocqueville, unicamente nella prima parte, quella pubblicata nel 1835, all'inizio del secondo tomo, e precisamente nel capitolo che ha per titolo «Perché si può affermare categoricamente che negli Stati Uniti è il popolo a governare»:

In America il popolo nomina chi fa la legge e chi la esegue; lui stesso forma i jury che puniscono le infrazioni alla legge. Non solo le istituzioni sono democratiche nel loro principio, ma anche in tutti i loro sviluppi: così il popolo nomina direttamente i suoi rappresentanti, e li sceglie, in genere, ogni anno, per tenerli nella più assoluta dipendenza. È, dunque, realmente il popolo che comanda e, benché la forma del governo sia rappresentativa, è ovvio che le opinioni, i pregiudizi, gli interessi e anche le passioni del popolo non possono trovare ostacoli duraturi che impediscano loro di manifestarsi nella direzione quotidiana della società<sup>37</sup>.

La questione del jury è dunque immediatamente presentata da Tocqueville come strettamente correlata a quella del potere del popolo negli Stati Uniti. Peraltro nel New England i membri del jury erano sorteggiati, sì, ma a partire da una lista arbitrariamente compilata dai *select-men*; esempio, questo, che il Normanno adduce dell'uso arbitrario del potere da parte dei funzionari eletti, uno dei possibili difetti dei sistemi democratici<sup>38</sup>. Nel famoso capitolo intitolato «Tirannide della maggioranza», anche il jury è contemplato tra le istituzioni potenzialmente limitatrici delle

libertà individuali:

Quando, negli Stati Uniti, un uomo o un partito subisce un'ingiustizia, a chi volete che si rivolga? all'opinione pubblica? è essa che forma la maggioranza; al corpo legislativo? esso rappresenta la maggioranza e le obbedisce ciecamente; al potere esecutivo? ma è nominato dalla maggioranza e la serve come uno strumento passivo; alla forza pubblica? La forza pubblica non è altro che la maggioranza sotto le armi; al jury? il jury è la maggioranza investita del diritto di pronunciare sentenze: i giudici stessi, in certi Stati, sono eletti dalla maggioranza. Per iniqua o irragionevole che sia la misura che vi colpisce, è necessario che vi sottomettiate<sup>39</sup>.

Secondo un procedimento ben noto ai suoi lettori, Tocqueville analizza un istituto, il jury in questo caso, mettendone in chiaro dapprima la natura senz'altro democratica, quindi sottolineando i rischi per la libertà connessi a un suo cattivo impiego; infine – nel capitolo specificamente dedicato al «*Jury* negli Stati Uniti considerato come istituzione politica» –, con un colpo di scena retorico, ne enumera gli aspetti assolutamente positivi, anzi addirittura necessari, per il buon funzionamento di un paese retto a democrazia. Conviene soffermarsi su questo breve capitolo: anzitutto, Tocqueville si interroga sulla dimensione puramente giudiziaria del jury; da questo punto di vista, ammette, «la sua utilità potrebbe essere contestata»<sup>40</sup>. Tuttavia, prosegue, sul piano storico il jury si è dimostrato un'istituzione efficace:

Quando gli Inglesi hanno adottato questo istituto, erano un popolo semibarbaro; essi sono diventati poi una delle nazioni più colte del globo, e il loro attaccamento al jury è sembrato crescere con la loro cultura. Essi sono usciti dal loro territorio, e li si è visti espandersi in tutto il mondo: alcuni hanno formato delle colonie, altri degli Stati indipendenti; il corpo della nazione ha conservato un Re; parecchi emigranti hanno fondato potenti

repubbliche; ma dappertutto gli Inglesi hanno ugualmente propugnato l'istituzione del *jury*. Essi l'hanno stabilita dovunque, o si sono affrettati a ristabilirla. Un istituto giudiziario, che ottiene così i suffragi di un grande popolo per una lunga serie di secoli e che si riproduce con zelo in tutte le epoche della civiltà, in tutti i climi e sotto tutte le forme di governo, non può essere contrario allo spirito della giustizia<sup>41</sup>.

È, però, la natura politica, ossia – nelle sue parole – «repubblicana», del *jury*, in particolare se applicato alla giustizia civile, ciò che Tocqueville ritiene più urgente sottolineare a beneficio dei suoi lettori:

Il *jury* è, dunque, anzitutto una istituzione politica. È da questo punto di vista che bisogna sempre porsi, per giudicarlo. Intendo per *jury* un certo numero di cittadini presi a caso e investiti momentaneamente del diritto di giudicare. Applicare il sistema del *jury* per la repressione dei delitti, mi sembra introdurre nel governo una istituzione eminentemente repubblicana. Mi spiego: l'istituto del *jury* può essere aristocratico o democratico, secondo la classe in cui si prendono i giurati; ma conserva sempre un carattere repubblicano, in quanto affida la direzione reale della società alle mani dei governati [*gouvernés*] o di una parte di essi, e non a quelle dei governanti. [...] La vera sanzione delle leggi politiche si trova dunque nelle leggi penali, e, se la sanzione manca, la legge perde, presto o tardi, la sua forza. L'uomo che giudica il criminale è dunque realmente il padrone della società<sup>42</sup>.

Nel prosieguo del suo ragionamento, Tocqueville enuncia l'idea per la quale proprio il diverso utilizzo del *jury* costituirebbe uno degli elementi che distanziano la «repubblica aristocratica» inglese dalla «repubblica democratica» americana:

In Inghilterra il *jury* si recluta nella parte aristocratica della nazione. L'aristocrazia fa le leggi, applica le leggi e giudica le infrazioni alle leggi. Tutto è coerente: l'Inghilterra è, a dire il vero, una repubblica aristocratica. Negli Stati Uniti, lo stesso sistema è applicato a tutto il popolo.

Ogni cittadino americano è elettore, eleggibile e giurato. Il sistema del *jury*, come lo si intende in America, mi sembra una conseguenza diretta ed estrema del dogma della sovranità del popolo, come il suffragio universale. Sono due mezzi ugualmente potenti per far regnare la maggioranza<sup>43</sup>.

L'esercizio del ruolo di giurato, tuttavia, non possiede unicamente una dimensione legata all'esercizio democratico del potere, ma anche una, importantissima per Tocqueville, di pedagogia democratica:

Il *jury*, e soprattutto il *jury* civile, serve a dare alla mente di tutti i cittadini una parte delle abitudini del giudice; e queste abitudini sono precisamente quelle che preparano meglio il popolo a essere libero. Esso diffonde in tutte le classi il rispetto per la cosa giudicata e l'idea del diritto. Togliete queste due cose, e l'amore per l'indipendenza non sarà altro che una passione distruttiva. Esso insegna agli uomini la pratica dell'equità. Ciascuno, giudicando il suo vicino, pensa che potrà essere giudicato a sua volta. [...] Il *jury* insegna ad ogni uomo a non sfuggire alla responsabilità dei propri atti; disposizione virile, senza la quale non c'è virtù politica. Esso riveste ogni cittadino di una specie di magistratura; fa sentire a tutti che hanno dei doveri da compiere verso la società, e che partecipano al suo governo. Obbligando gli uomini ad occuparsi di qualcosa di diverso dai loro affari privati, combatte l'egoismo individuale, che è come la ruggine della società. Il *jury* serve in modo incredibile a formare il giudizio e ad aumentare la cultura naturale del popolo. È questo, a mio parere, il suo più grande merito<sup>44</sup>.

Il *jury* popolare aveva dunque animato, in Francia, una lunga tradizione di dibattito giuridico-politico che lo presentava, dalla Rivoluzione francese a Tocqueville, come la più democratica – nel bene e nel male, a seconda delle opinioni dei vari scrittori che se ne erano occupati – tra le istituzioni giudiziarie; quindi non sorprende che i costituenti del 1848, di fronte al problema di come 'democratizzare' la giustizia, pensino,

come prima misura, a una riforma delle attribuzioni e delle modalità di composizione del *jury*.

4. *Il dibattito all'Assemblea costituente: elezione dei magistrati ed estensione del jury alla giustizia civile (maggio 1848)*

Louis Cormenin, presidente della Commissione di Costituzione – riunitasi per la prima volta il 19 maggio 1848 – pone, nella seduta del 22 maggio, la questione preliminare di decidere se la legittimazione generale del potere giudiziario (non solo del *jury*, ma anche in relazione ai giudici e agli altri magistrati) debba oppure no trovare la propria fonte nell'elezione popolare<sup>45</sup>. La questione è rinviata al *Comité Judiciaire*, che esprime parere negativo (ma con la maggioranza di un solo voto): i giudici dovranno essere nominati dal potere esecutivo, come in precedenza, «ma accompagnando tale nomina con una candidatura le cui basi non sono ancora definitivamente fissate»<sup>46</sup>.

Nella seduta del 5 giugno, dopo aver discusso dell'organizzazione del potere legislativo e di quello esecutivo, la Commissione affronta la questione delle prerogative e dell'organizzazione del potere giudiziario; ma tale seduta si svolge in circostanze assolutamente drammatiche, in un clima politico che è ormai totalmente mutato attorno ai costituenti, soprattutto a Parigi. La situazione della «Repubblica democratica e sociale» inizia a precipitare; dopo gli entusiasmi per la «fraternità» di febbraio e marzo, gli operai parigini, delusi dai risultati delle elezioni all'Assemblea nazionale e dal ritardo nella concreta realizzazione del principio del diritto al lavoro, manifesta-

no a Parigi il 15 maggio. Questa giornata di mobilitazione sfocia in un tentato colpo di Stato da parte di Blanqui e dei suoi seguaci; molti socialisti, tra i quali in particolare Louis Blanc, membro del Governo provvisorio e idolo delle folle parigine, vengono accusati (in modo quasi certamente infondato, nel caso di Blanc) di connivenza con gli eversori. Il 16 maggio la Commissione del Luxembourg – presieduta da Blanc e incaricata di elaborare possibili soluzioni al problema dell'«organizzazione del lavoro» – viene sciolta d'autorità. All'inizio di giugno, la richiesta di messa in stato d'accusa di Louis Blanc è ufficialmente depositata all'Assemblea nazionale, di cui era membro; il Ministro della Giustizia, il repubblicano Adolphe Crémieux, si dimette in segno di protesta contro tale accusa. È nel mattino della stessa drammatica giornata che il Ministro dimissionario partecipa ai lavori della Commissione di Costituzione; il suo obiettivo è quello di presentare ai membri della Commissione i dettagli del progetto di riforma della giustizia che è in corso di elaborazione da parte del *Comité de Justice*, in modo tale da armonizzare tra loro il testo della Costituzione e quello del piano di riforma. Riguardo al *jury* e ai giudici di pace, il *Comité de Justice* si era espresso in una direzione che potremmo definire conservatrice: «I giudici di pace [...] non vengono eletti da coloro che sono sottoposti alla loro giurisdizione. [...] Il *jury* non è istituito in materia civile»<sup>47</sup>. Dopo aver presentato il suo rapporto il Ministro abbandona la sala; può iniziare la discussione tra i membri della Commissione. Vedremo che, al di là dell'apparente concordia tra le opinioni che aveva caratterizzato le prime sedute, le diverse posizioni politiche rappresentate nella Commissione di Costituzione avranno

modo di manifestarsi pienamente in questa occasione.

La prima questione che viene affrontata è quella dell'elezione dei magistrati: è Édouard Martin (detto, per distinguerlo dagli omonimi presenti all'interno dell'Assemblée, «de Strasbourg»), «repubblicano della vigilia», a porla; evidentemente, non si ritiene soddisfatto delle conclusioni proposte dal *Comité de Justice* – del quale è membro, e che presiede – su questa materia. Nella discussione che ne scaturisce, Odilon Barrot, che figura invece tra i cosiddetti «repubblicani del giorno dopo», o repubblicani moderati, si oppone al principio dell'elezione affermando che «se è il popolo ad eleggere, c'è da temere che esso si lasci trascinare dall'ignoranza e dalle passioni a compiere scelte sbagliate»; impiegando, cioè, argomenti analoghi a quelli in voga prima del 24 febbraio rispetto all'estensione del suffragio politico. D'altra parte, prosegue Barrot, un ragionevole compromesso potrebbe consistere nell'estensione dell'impiego del *jury* popolare:

se le nomine sono decise dal potere esecutivo, ciò significa dare a quest'ultimo un'autorità la cui preponderanza può diventare pericolosa. [...] Occorre dividere il potere giudiziario, affidando ad alcuni uomini il diritto di dichiarare il fatto, e ad altri il potere di applicare la legge al fatto constatato. Quel che avete fatto in materia penale, affiancando al giudice un *jury*, bisogna farlo anche in materia civile<sup>48</sup>.

In tal modo la divisione 'interna' ai poteri dello Stato, divisione che era stata rifiutata dai costituenti nel caso dei poteri legislativo (con la scelta del monocameralismo) ed esecutivo (con l'elezione diretta di un Presidente della Repubblica monocratico), è proposta da Barrot quale misura di democratizzazione del giudiziario, per

mezzo dell'estensione dell'applicazione del principio del *jury* popolare. Jules Dufaure, anch'egli «repubblicano del giorno dopo» e la cui posizione era ancor più moderata di quella di Barrot, si oppone a questa idea, con la motivazione che «la situazione non è matura per una cosa del genere, né per quanto riguarda il personale della magistratura né per quanto riguarda i giurati stessi»<sup>49</sup>; al contrario Auguste Dornès – che siede alla sinistra dell'Assemblée, e che sarebbe stato ferito a morte nel corso delle giornate di giugno, mentre comandava un distaccamento di guardie mobili contro le barricate dell'ottavo *arrondissement*<sup>50</sup> – è del parere che «dato che i giurati si pronunciano già sulle questioni relative alla libertà e alla vita dei cittadini, non è una buona cosa dare ad intendere che servano garanzie d'altro genere per pronunciarsi in merito alle questioni relative alla proprietà»<sup>51</sup>. La proposta di Barrot sul *jury* è appoggiata da Martin, il quale tenta, peraltro, ancora una volta di tornare sulle «modalità di nomina dei magistrati», ossia sulla loro elezione: sarà l'ultima proposta in tal senso, caduta nell'indifferenza degli altri membri della Commissione<sup>52</sup>.

Alla fine della seduta, in merito al *jury* viene adottato un articolo proposto da Barrot e concepito in questi termini: «Il *jury* sarà esteso alle materie civili secondo le condizioni e nelle forme determinate per mezzo di leggi apposite». La democratizzazione del potere giudiziario per mezzo del *jury* civile, in tal modo, è solennemente proclamata e, nel contempo, rinviata all'avvenire; per contro, il principio dell'elezione è definitivamente respinto, non solo per quanto riguarda i magistrati, ma anche riguardo ai membri del *jury* popolare. Del resto lo stesso Tocqueville, cantore

solo tredici anni prima dei meriti politici e pedagogici del *jury*, in questa occasione dichiara che «il *jury* è una macchina difficile e complessa, che in Francia non siamo capaci di mettere in movimento»<sup>53</sup>.

Nella seduta del giorno seguente il principio dell'elezione è, però, proclamato dai costituenti, anche contro il parere del *Comité de Justice*, per quanto riguarda i giudici di pace; negli altri casi (giudici di prima istanza, delle corti di appello, dei tribunali amministrativi) si decide che i magistrati saranno nominati dal Presidente della Repubblica. Una vivace discussione si sviluppa riguardo ai giudici della corte di cassazione: saranno scelti, anche loro, dal potere esecutivo? Assistiamo qui a una delle rare occasioni in cui l'opinione di Tocqueville, nettamente in contrasto con quella di tutti gli altri membri, alla fine viene accolta; lo scrittore argomenta così la propria posizione: «serve un potere giudiziario forte, e io credo che solo l'Assemblea abbia l'autorità necessaria per dare al potere giudiziario una tale potenza che, all'occorrenza, possa servire da contrappeso all'Assemblea stessa»<sup>54</sup>. La Commissione di Costituzione stabilisce allora, a grande maggioranza, che i giudici di cassazione saranno nominati dall'Assemblea nazionale. Questo principio, difeso in quel momento da Tocqueville, ma che sarà più tardi respinto dall'Assemblea in sede plenaria, sembra affermare una visione ancora diversa del giudiziario rispetto alle precedenti: non come potere indipendente, né come espressione diretta della sovranità del popolo, bensì quale elemento di equilibrio necessario, in un sistema democratico, tra legislativo ed esecutivo.

Dal 12 al 17 giugno, la Commissione discute un'ultima volta tutti gli articoli del

progetto di Costituzione: nella seduta del 16 giugno, dopo un dibattito nel corso del quale l'estensione del *jury* alle materie civili è nuovamente messa ai voti, e solo tre dei membri della Commissione si esprimono contro, l'elezione dei giudici di pace è mantenuta anch'essa, con la precisazione che «il diritto di voto sarà accordato unicamente ai cittadini domiciliati nel cantone»<sup>55</sup>.

##### 5. *Le giornate di giugno 1848, o il «ritorno all'ordine»*

Il 17 giugno la Commissione di Costituzione termina la prima fase dei suoi lavori, licenziando un progetto di Costituzione che è letto all'Assemblea il 19 e inviato ai vari uffici in modo da consentire loro di argomentare le loro osservazioni. Ma il 23 giugno scoppia la guerra civile a Parigi; un combattimento che, nel corso di quattro giorni insanguinati, vede contrapposti gli operai e le guardie nazionali nelle strade di Parigi, ancora una volta disseminate di barricate. Questo evento non poteva non produrre conseguenze sulla discussione costituzionale, e quindi anche sull'organizzazione del potere giudiziario.

Il nuovo dibattito della Commissione di Costituzione, in presenza dei delegati dei quindici uffici dell'Assemblea, inizia il 24 luglio, dopo il «ritorno all'ordine» imposto, con poteri dittatoriali, dal generale Eugène Cavaignac; gli articoli 81-94 del testo provvisorio, quelli che riguardano il potere giudiziario, sono discussi il 3 agosto 1848. Gli uffici presentano la loro opinione contraria rispetto alle misure più radicali di democratizzazione del giudiziario ancora

presenti nel primo progetto di testo costituzionale, come l'articolo 83<sup>56</sup>, che prevedeva, secondo la proposta di Barrot, l'estensione graduale del *jury* all'ambito civile e correzionale (respinto da quasi tutti gli uffici, 14 su 15) e l'articolo 84, sull'elezione dei giudici di pace (respinto da 10 uffici su 15)<sup>57</sup>. L'istituzione del *jury* civile dunque è cancellata dal testo costituzionale, ed esso è mantenuto, com'era prima della rivoluzione del 1848, solo per la giustizia penale, per i delitti politici e a mezzo stampa<sup>58</sup>. L'elezione dei giudici di pace, dopo una nuova votazione, è anch'essa cancellata: la nomina dei giudici di pace è affidata, come quella degli altri magistrati, al potere esecutivo<sup>59</sup>. Invece, i giudici del tribunale di cassazione sono ancora nominati dall'Assemblea nazionale (si aggiunge, all'articolo 83 del nuovo testo, che sostituisce l'articolo 86 del progetto precedente: «a scrutinio segreto e a maggioranza assoluta dei voti»): ultimo residuo, se non di una vera indipendenza del potere giudiziario, almeno di quel ruolo di mediazione tra legislativo ed esecutivo al quale aveva pensato Tocqueville, come abbiamo visto, proponendo tale misura<sup>60</sup>. Il 30 agosto 1848 Armand Marrast, a nome della Commissione di Costituzione, presenta all'Assemblea il suo rapporto finale sul progetto di testo costituzionale; in questa occasione, egli si dice dispiaciuto di non aver potuto riformare il potere giudiziario per renderlo più «democratico»<sup>61</sup>.

Un'ultima fase del dibattito costituzionale si svolge in occasione della discussione finale in Assemblea del testo costituzionale, discussione che dura esattamente due mesi, dal 4 settembre al 4 novembre 1848: in un clima politico che era esattamente l'opposto di quello in cui era iniziato il dibattito sei mesi prima, le ultime barriere che ancora si

opponevano alla sottomissione completa del giudiziario all'esecutivo vengono meno. Hyacinthe-Charles Méaulle, un repubblicano alquanto moderato e vicino a Cavainac (aveva votato in favore della messa in stato d'accusa di Louis Blanc)<sup>62</sup>, propone un emendamento per estendere la competenza del *jury* alle materie correzionali, argomentando che, se ciò avrebbe disturbato i cittadini chiamandoli di frequente a svolgere le funzioni di giurato, era pur sempre vero che «nella democrazia, non si può avere la libertà se non con l'agitazione»; ma l'emendamento è respinto con 421 voti contro 304<sup>63</sup>. Un altro deputato, il monarchico Guillaume-François-Hippolyte Dalbis<sup>64</sup>, ripropone l'elezione diretta dei giudici di pace; ma l'orientamento dell'Assemblea va in tutt'altra direzione, dato che, dopo la discussione generale, essa stabilisce di far nominare al Presidente della Repubblica tutti i giudici, compresi quelli della Corte di Cassazione: l'articolo 83 del progetto, che corrisponde all'articolo 85 del testo costituzionale approvato infine dall'Assemblea, il 4 novembre, è riformulato in conseguenza di ciò<sup>65</sup>.

È, questa, l'ultima tappa di un percorso a ritroso tendente a ricondurre il potere giudiziario, che per un breve periodo si era immaginato di «democratizzare» e rendere effettivamente indipendente dall'esecutivo, addirittura alla stessa situazione che precedeva la rivoluzione di febbraio. D'altronde, la dimostrazione più eclatante di questo cambiamento di posizione da parte dell'Assemblea in merito al potere giudiziario mese dopo mese è data dal trattamento al quale vengono sottoposti gli insorti di giugno, arrestati dopo gli avvenimenti: 15.000 persone circa<sup>66</sup>. I prigionieri furono immediatamente consegnati al

consiglio di guerra, nonostante il progetto di Costituzione, che sarebbe stato adottato pochi mesi più tardi, dichiarasse, all'articolo 4: «Nessuno sarà sottratto ai suoi giudici naturali. Non potranno esistere commissioni né tribunali straordinari, a nessun titolo e sotto nessuna denominazione». Il mantenimento di questo articolo, peraltro, non impedirà all'Assemblea di approvarne un altro, il numero 88, che proclama, al contrario, che «I consigli di guerra e di revisione degli eserciti di terra e di mare [...] e altri tribunali speciali conservano la loro organizzazione e le loro attribuzioni attua-

li». Una strana contraddizione, già sottolineata da François Luchaire<sup>67</sup> e che spiega, forse meglio di qualsiasi discorso, fino a che punto il testo finale della Costituzione del 1848 sia la conseguenza delle circostanze tumultuose in cui viene concepito, e che provocano cambiamenti del pari tumultuosi nelle idee e nelle convinzioni politiche di molti dei costituenti.

<sup>1</sup> Il governo provvisorio valutò anche l'ipotesi di un'epurazione, poi non realizzatasi, della magistratura dai suoi elementi monarchici. Cfr. R. Bouchery, *L'épuration républicaine. La parenthèse de 1848*, in *L'épuration de la magistrature de la Révolution à la Libération, Actes du Colloque de l'AFHJ, Paris, 4-5 décembre 1992*, Paris, Loysel, 1993, pp. 59-69. Una prima trattazione dei temi affrontati in questo saggio si trova in F. Proietti, *Le pouvoir judiciaire dans le débat constitutionnel de la Deuxième République française: du Gouvernement provisoire au procès des insurgés de juin 1848*, in *Justice et État*, a cura di M. Ganzin, Marseille, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2014, pp. 357-367.

<sup>2</sup> Il termine *jury*, utilizzato in questa grafia nelle lingue inglese e francese, è a volte tradotto con «giurì» nella nostra lingua. Essendo tale utilizzo piuttosto desueto e potenzialmente fuorviante, si è preferito qui lasciarlo nella grafia originale ponendolo in corsivo, oppure tradurlo con l'espressione, più specifica, «giuria popolare».

<sup>3</sup> L'organizzazione dell'attività parlamentare per commissioni e bureaux non è un aspetto peculiare della Seconda Repubblica, ma caratterizza, più in generale, il modello parlamentare ottocentesco francese rispetto a quello anglosassone; sul tema cfr. P. Finelli, *Un et divisible. Pour une histoire des conceptions du Parlement en France au XIX<sup>e</sup> siècle*, Suresnes, Les Éditions du Net, 2013; Id., «*La clef de voûte d'un système complet*». *Bureaux, comités et commissions nei dibattiti parlamentari francesi dalla Restaurazione alla Terza Repubblica (1814-1910)*, in *Parlamento e storia d'Italia II. Procedure e politiche*, a cura di V. Casamassima e A. Frangioni, Pisa, Edizioni della Normale, 2016, pp. 41-76.

<sup>4</sup> Si vedano, tra gli altri, lo studio classico di M. Agulhon, *1848 ou l'apprentissage de la République (1848-1851)*, Paris, Seuil, 1973 e quello, più recente, di S. Hayat, *1848. Quand la République était révolutionnaire. Citoyenneté et représentation*, Paris, Seuil, 2014.

<sup>5</sup> «Art. 19. - La separazione tra i poteri è la prima condizione di un governo libero»: F. Luchaire,

*Naissance d'une Constitution: 1848*, Paris, Fayard, 1998, p. 222.

<sup>6</sup> P. Leroux, *Projet d'une Constitution démocratique et sociale*, Paris, Librairie de Gustave Sandré, 1848, p. 36.

<sup>7</sup> È lo stesso Leroux a ricordare come la presentazione all'Assemblea del suo progetto si concludesse in farsa: «L'intera assemblea fu colta da un'ilarità senza fine – novecentocinquanta legislatori, nominati dai trentasei milioni di Francesi, sghignazzavano omericamente perché avevo parlato di Trinità! Voi mi direte: 'Almeno uno dei novecentocinquanta non rideva, ossia l'oratore'. Al contrario! L'oratore rideva vedendoli ridere tutti. Ridevo, a metà indignato e a metà triste; ridevo della nostra epoca, che ride di se stessa, dato che ride del suo culto, quel culto che ha conservato senza crederci, quella religione di cui mantiene l'impalcatura senza capirla» (cit. in L. Rignol, *Les Hiéroglyphes de la Nature. Le socialisme scientifique en France dans le premier XIX<sup>e</sup> siècle*, Dijon, Les presses du réel, 2014, p. 261).

<sup>8</sup> M. Troper, *La séparation des pou-*

voirs et l'histoire constitutionnelle française, Paris, LGDJ, 1980; M. Lahmer, *La constitution américaine dans le débat français: 1795-1848*, Paris, L'Harmattan, 2001. Sulla questione cfr. anche E.N. Curtis, *The French Assembly of 1848 and American Constitutional Doctrines*, New York, Columbia University, 1918.

<sup>9</sup> P. Craveri, *Genesi di una Costituzione. Libertà e socialismo nel dibattito costituzionale del 1848 in Francia*, Napoli, Guida, 1985, p. 145.

<sup>10</sup> Sul suo ruolo in quella sede cfr. L. Jaume, *Tocqueville et le problème du pouvoir exécutif en 1848*, in «Revue française de science politique», n. 6, 1991, pp. 739-755.

<sup>11</sup> Completano la Commissione i deputati Coquerel, Corbon, Dornès, Dufaure, Dupin, Martin (de Strasbourg), Pagès (de l'Ariège), Tourret, Vaulabelle, Vivien e Woirhay.

<sup>12</sup> Nelle parole di François Luchaire, «on s'émerveille du talent de ceux qui les ont recueillies; pas une faute de français, fort peu d'imprécisions ou d'inexactitudes»: Luchaire, *Naissance d'une Constitution: 1848*, cit., p. 40. La pratica della redazione dei resoconti stenografici ufficiali delle sedute, invalsa già in precedenza, è regolamentata proprio sotto la Seconda Repubblica con il decreto del 12 luglio 1848, che prevede la costituzione di un ufficio stenografico alle dirette dipendenze dell'Assemblea. A ulteriore testimonianza dello spirito democratico del tempo, «secondo un procedimento inaudito in tutta la storia dell'amministrazione, gli stenografi si erano accordati per eleggere coloro che, tra di loro, avrebbero esercitato le funzioni di revisori, ricevendo le remunerazioni più alte»: H. Coniez, *Écrire la démocratie. De la publicité des débats parlementaires*, Paris, Éditions Pepper - L'Harmattan, 2012, p. 121.

<sup>13</sup> I lavori della Commissione, stando a quanto riporta Tocqueville,

furono tutt'altro che approfonditi: «Desidero vivamente, per l'onore della commissione, che mai venga pubblicato il processo verbale, molto male scritto del resto, che il segretario ha redatto di quelle sedute. La sterilità del dibattito in confronto all'esuberante fecondità della materia avrebbe tutti i motivi di sorprendere. Quanto a me, dichiaro che tra le commissioni di cui ho fatto parte non ne ho mai vista una così miserabile» (A. de Tocqueville, *Ricordi*, in Id., *Scritti politici*, a cura di N. Matteucci, vol. I, Torino, UTET, 1969, p. 457, con modifiche alla punteggiatura).

<sup>14</sup> Cfr. Craveri, *Genesi di una Costituzione. Libertà e socialismo nel dibattito costituzionale del 1848 in Francia*, cit., pp. 107-302.

<sup>15</sup> Il Registro del *Comité de Justice*, un volume in-folio di 192 pagine – solo 84 delle quali effettivamente compilate –, contenente sette fogli in allegato e intitolato sulla copertina «Comité de Justice», è classificato alla segnatura C//925. In generale, si tratta di verbali molto sintetici, che non contengono il resoconto dettagliato degli interventi dei vari membri del *Comité*; malgrado ciò, ne ho tratto varie informazioni utili, in particolare per quanto riguarda la trattazione da parte del *Comité* del tema del *jury*.

<sup>16</sup> Istituiti dalle leggi del 16 e del 24 agosto 1790, i giudici di pace erano, in origine, eletti nei cantoni; con il senato-consiglio del 6 termidoro anno X, articoli 8 e 9, l'elezione viene abolita, e i giudici di pace vengono direttamente nominati dal Primo Console. La *Charte* del 1814 (articolo 61) e quella del 1830 (articolo 52) confermano la nomina dei giudici di pace da parte del potere esecutivo. Cfr. J.-P. Royer, *Les innovations des constituants en matière de justice civile ou la "Cité idéale"*, in *Une autre justice. 1789-1799*, a cura di R. Badinter, Paris, Fayard, 1989, pp. 57-69; A. Padoa-Schioppa, *La giuria penale in Francia. Dai «phi-*

*losophes» alla Costituente*, Milano, LED edizioni, 1994. Sull'elezione dei giudici di pace durante la Rivoluzione francese cfr. M. Edelstein, *La Révolution française et la naissance de la démocratie électorale*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2014, cap. VII (*Les élections des juges de paix: l'école de la citoyenneté moderne*), pp. 313-338. Più in generale, sull'evoluzione storica dell'istituto della justice de paix cfr. i saggi riuniti in *Une justice de proximité: la justice de paix 1790-1958*, a cura di J.-C. Petit, Paris, Presses Universitaires de France, 2003.

<sup>17</sup> Sul rapporto tra magistrature popolari e democrazia, in ottica storico-politica e comparativa, cfr. *The Trial Jury in England, France, Germany 1700-1900*, a cura di A. Padoa-Schioppa, Berlin, Duncker & Humblot, 1987; *Les destinées du jury criminel*, a cura di J.-P. Royer e R. Martinage, Hellemmes, Hester, 1990; J. Abramson, *We, the Jury. The Jury System and the Ideal of Democracy*, New York, BasicBooks, 1994; M. David, *Jury populaire et souveraineté. «Droit et société»*, nn. 36-37, 1997, pp. 401-449; D. Salas, *Juger en démocratie*, in *La cour d'assises. Bilan d'un héritage démocratique*, Paris, Association française pour l'histoire de la justice, 2001, pp. 7-21; G. Protière, *La démocratie représentative à l'épreuve des jurys citoyens*, in «Politeia - Les Cahiers de l'Association Française des Auditeurs de l'Académie Internationale de Droit constitutionnel», n. 11, 2007, pp. 133-153; L. Corso, *Potere giudiziario e sovranità popolare. Dalla giustizia amministrata in nome del popolo alla giustizia amministrata dal popolo: sei modelli a confronto*, Torino, Giapichelli, 2008; *Popular Justice in Europe (18<sup>th</sup>-19<sup>th</sup> Centuries)*, a cura di É. Delivré e E. Berger, Bologna - Berlin, il Mulino - Duncker & Humblot, 2014; *Popular Justice in Times of Transition (19<sup>th</sup> and 20<sup>th</sup> Century Europe)*, a cura di É. Delivré, E. Berger e M. Löhnig, Bolo-

- gna – Berlin, il Mulino – Duncker & Humblot, 2017. Per una rassegna degli argomenti pro e contro l'adozione del *jury* in materia penale nel dibattito ottocentesco cfr. F. Gineste, *Essai sur l'histoire et l'organisation du jury criminel en France et dans les États modernes*, Castres, Abeilhou, 1896<sup>s</sup>, pp. 73-108.
- <sup>18</sup> L'applicazione anche alle cause civili fu discussa e respinta dall'Assemblea il 30 aprile 1790. Il *jury* era regolato dalle leggi del 7 febbraio e del 16 settembre 1791; cfr. P. Gueniffey, *Le nombre et la raison. La Révolution française et les élections*, Paris, Éditions de l'École des Hautes Études en Sciences Sociales, 1993, pp. 124-125.
- <sup>19</sup> Mentre l'elezione era, per lui, tipica delle aristocrazie: cfr. Montesquieu, *Tutte le opere [1721-1754]*, a cura di D. Felice, Milano, Bompiani, 2004, p. 929. Le ragioni addotte da Montesquieu per giustificare questa distinzione sono criticate da Rousseau nel *Contrat social* (IV, III).
- <sup>20</sup> Cfr. Gueniffey, *Le nombre et la raison. La Révolution française et les élections*, cit., pp. 124-125. Sul ruolo cruciale svolto da Adrien Dupont nella circostanza ricordata cfr. Jaume, *Tocqueville et la perspective libérale sur le jury*, in *La cour d'assises. Bilan d'un héritage démocratique*, cit., pp. 111-123.
- <sup>21</sup> Questa legge rappresenta uno dei più riusciti tentativi di introdurre nell'ambito giuridico il principio della «capacità»; cfr. R. Pozzi, *Diritto di voto e «capacità»*. *Analisi di una categoria ricorrente del dibattito politico in Francia (1815-1848)*, in «Storia del pensiero politico», n. 3, 2013, pp. 481-502: 491. Un'altra innovazione importante sarebbe stata apportata dalla legge dell'8 ottobre 1830, che stabiliva il *jury* per i reati politici; cfr. P. Arbey, *L'infraction politique au XIX<sup>e</sup> siècle (1818-1870)*, Thèse de Doctorat, Université Jean Moulin Lyon 3, Faculté de Droit, 2009.
- <sup>22</sup> Cfr. B. Schnapper, *Le jury français aux XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles*, in *The Trial Jury in England, France, Germany 1700-1900*, cit., pp. 166-240: 174.
- <sup>23</sup> Jean-Baptiste Selves (1760-1823), di Montauban, magistrato e deputato sotto il Direttorio; dopo aver abbandonato il suo impiego, «colto da una singolare monomania, intentò una serie lunghissima di processi, che patrocinò quasi sempre da sé, dapprima contro le persone con le quali era stato in relazione, poi contro gli avvocati che lo avevano difeso, contro i giudici, e contro i giornalisti che si erano presi gioco dei suoi ardori processuali. In pochi anni subì novantadue sentenze sfavorevoli, che gli costarono più di 400.000 franchi. Un ultimo processo, contro il suo segretario, si concluse solo dopo la sua morte»: A. Robert, E. Bourlonton, G. Cougny, *Dictionnaire des Parlementaires français depuis le 1er mai 1789 jusqu'au 1er mai 1889*, Paris, Bourlonton, 1889-1891, t. V, p. 298. Cfr. anche Ch. Lossot, *Jean-Baptiste Selves: avocat montalbanais et polémiste judiciaire sous l'Empire*, in «Bulletin de la Société archéologique de Tarn-et-Garonne», n. 131, 2006, pp. 93-101.
- <sup>24</sup> J.-B. Selves, *Explication de l'origine et du secret du vrai jury, et comparaison avec le jury anglais et le jury français*, Paris, Maradan, 1811, p. 25.
- <sup>25</sup> Ivi, p. 45.
- <sup>26</sup> Ricard D'Allauch propone l'iscrizione obbligatoria di tutti i cittadini elettori (ma va ricordato ancora una volta che il diritto di voto era allora legato al censo) e dei «padri di famiglia» nelle liste dei giurati: cfr. R. D'Allauch, *De l'institution du jury en France, et en Angleterre*, Paris, Patris, 1817, p. 18. Dello stesso autore, cfr. anche *Du jury et du régime de la presse, sous un gouvernement représentatif: suivis de quelques matériaux pour une loi pratique à ce sujet*, Paris, Patris, 1817; *Un dernier mot sur la presse et le jury*, Paris, Delaunay, Dentu, Pelicier et Chaumerot, 1818.
- <sup>27</sup> Charles-Gilbert Heulhard de Montigny (1771-1872), magistrato e uomo politico della Nièvre. Cfr. Robert, Bourlonton, Cougny, *Dictionnaire des Parlementaires français depuis le 1er mai 1789 jusqu'au 1er mai 1889*, cit., t. III, p. 351.
- <sup>28</sup> Ch.-G. Heulhard de Montigny, *Considérations sur le pouvoir judiciaire et sur le jury*, Paris, Rondouneau, 1819, p. 24.
- <sup>29</sup> Ivi, p. 33.
- <sup>30</sup> Membro dell'Académie Française dal 1814, Aignan (1773-1824) era un vero e proprio poligrafo (autore di testi teatrali, giornalista, traduttore e storico, si interessa anche alla procedura penale); è, in particolare, membro della Commissione del *Dictionnaire de l'Académie*, <<http://www.academie-francaise.fr/les-immortels/etienne-aignan>>.
- <sup>31</sup> E. Aignan, *Histoire du jury*, Paris, Eymery, 1822, p. 15 (quest'opera viene anche tradotta in tedesco: *Geschichte des Jury*, Heidelberg, Winter, 1823).
- <sup>32</sup> Ivi, p. 342. Tra le numerose altre opere dedicate al *jury* durante la Restaurazione, si possono ricordare anche: N. Oudart, *Essai sur l'organisation du jury de jugement et sur l'instruction criminelle*, Paris, chez l'Auteur, Delaunay, Pelicier et Petit, Mongie aîné, 1819; J.-M. Le Graverend, *Observations sur le jury en France*, Paris, Guyot, 1819.
- <sup>33</sup> B. Constant, *Commentaire sur l'ouvrage de Filangieri, deuxième partie*, Paris, Dufart, 1824, p. 213. Il passo è citato e commentato in Jaume, *Tocqueville et la perspective libérale sur le jury*, cit.
- <sup>34</sup> Avvocato alla Corte di Parigi, è anche autore di un *Manuel complet de l'électeur* (Paris, Chamerot, 1838).
- <sup>35</sup> C.-B. Merger, *Nouveau manuel du juré*, Paris, Malteste et cie, 18383, pp. 8-9. Anche Jacques-Alphonse Mahul (1795-1871) si esprime con decisione in favore del *jury* nel suo *Tableau de la Constitution politique de la Monarchie Française selon la Charte*, Paris, Désanges, 1830, un trattato che ebbe una notevole circolazione; cfr. Jaume,

*Tocqueville et la perspective libérale sur le jury*. cit.

- <sup>36</sup> Cfr. J. Edelberg, *Justice Here? Alexis de Tocqueville and the Role of the Jury in the American Judicial Process and Republican Democracy*, in «The Tocqueville Review/La Revue Tocqueville», n. 2, 1996, pp. 67-97; Jaume, *Tocqueville et la perspective libérale sur le jury*, cit. (in particolare circa la relazione tra l'analisi di Tocqueville e le posizioni di Royer-Collard riguardo al jury); R. Giannetti, *Democrazia e potere giudiziario nel pensiero di Tocqueville*, in «Bollettino telematico di filosofia politica», 2012, pp. 1-61: 33-47. <<https://archiviomarinis.p.unipi.it/445/>>.
- <sup>37</sup> A. de Tocqueville, *La democrazia in America*, In Id., *Scritti politici*, a cura di N. Matteucci, vol. II, Torino, UTET, 1968, p. 207. Rispetto all'edizione Matteucci, abbiamo preferito lasciare nel testo la grafia originale *jury* per i motivi già esposti alla nota 2. Le ulteriori poche modifiche sono segnalate facendole seguire dal testo originale fra parentesi quadre.
- <sup>38</sup> Ivi, p. 246.
- <sup>39</sup> Ivi, p. 299.
- <sup>40</sup> Ivi, p. 319.
- <sup>41</sup> Ivi, p. 320.
- <sup>42</sup> Ivi, p. 321.
- <sup>43</sup> Ivi, p. 322. Sulla nozione di «aristocrazia» in Tocqueville, cfr. D. Spring, *An Outsider's View: Alexis de Tocqueville on Aristocratic Society and Politics in 19th Century England*, in «Albion. A Quarterly Journal Concerned with British Studies», n. 12/2, 1980, pp. 122-131; L. Jaume, *Tocqueville et Guizot: l'Amérique et l'aristocratie (une controverse)*, in «Historia Constitucional», n. 15, 2014, pp. 71-91.
- <sup>44</sup> Tocqueville, *La democrazia in America*, cit., pp. 323-324. Più avanti (ivi, p. 360), l'autore insiste sulla valenza ludico/pedagogica, in senso democratico, del *jury*: «presso [gli Americani] l'idea del *jury* si scopre fin nei giuochi della scuola, e si ritrovano le forme parlamentari anche nell'ordine

di un banchetto». In una nota al suo diario del viaggio americano, Tocqueville sintetizza così il ruolo attivo del *jury* rispetto alla democrazia: «abituata un'infinità di persone a discutere e a trattare gli affari pubblici. Insegna al popolo ad occuparsi dei suoi problemi e a considerare come propri gli affari della società. Conferisce un grande potere esteriore alla giustizia, impedisce che la magistratura formi un corpo separato dal popolo e le dà una forza immensa e quasi sempre utile nelle questioni politiche. Presente nelle cause civili come in quelle penali, diventa un'abitudine ed entra a tal punto nelle idee e nei costumi che si rende impossibile sopprimerla in materia penale» (cit. in Giannetti, *Democrazia e potere giudiziario nel pensiero di Tocqueville*, cit., p. 39).

- <sup>45</sup> Craveri, *Genesi di una Costituzione. Libertà e socialismo nel dibattito costituzionale del 1848 in Francia*, cit., p. 109.
- <sup>46</sup> È quanto riferisce il Ministro della Giustizia Crémieux alla Commissione di Costituzione nella seduta del 5 giugno (cfr. ivi, p. 163). Non ho trovato tracce di questa votazione nel Registro del *Comité de Justice*.
- <sup>47</sup> Craveri, *Genesi di una Costituzione. Libertà e socialismo nel dibattito costituzionale del 1848 in Francia*, cit., p. 164. La discussione all'interno del *Comité de Justice* in merito ai giudici di pace prosegue nell'agosto 1848. Nella seduta del 18 agosto il principio dell'elezione viene nuovamente respinto, soprattutto a causa dell'opposizione del deputato Pierre-François Arbey, sulla base dell'argomento relativo alla mancanza di competenza giuridica: «Il Sig. Arbey si pronuncia contro il sistema elettivo. Vorrebbe che i giudici di pace fossero dei laureati in legge, o almeno persone con esperienza»; *Registre du Comité de Justice*, p. 25 (foglio aggiunto). Nella seduta del 30 maggio, il *Comité* aveva nominato una sotto-commissione incaricata di

approfondire la questione del *jury* (ivi, pp. 4-5). Il progetto elaborato dalla sotto-commissione viene discusso nella seduta del 13 luglio; un membro propone in quell'occasione che «la scelta dei giurati [sia] compiuta dal consiglio municipale» e non dal prefetto; tale proposta è messa ai voti, e respinta (ivi, p. 12).

- <sup>48</sup> Craveri, *Genesi di una Costituzione. Libertà e socialismo nel dibattito costituzionale del 1848 in Francia*, cit., p. 166.
- <sup>49</sup> Ivi, p. 167.
- <sup>50</sup> Robert, Bourlouton, Cougny, *Dictionnaire des Parlementaires français depuis le 1er mai 1789 jusqu'au 1er mai 1889*, cit., t. II, p. 401.
- <sup>51</sup> Craveri, *Genesi di una Costituzione. Libertà e socialismo nel dibattito costituzionale del 1848 in Francia*, cit., p. 167.
- <sup>52</sup> *Ibidem*.
- <sup>53</sup> Ivi, p. 168. Tornando, nei suoi *Souvenirs* rimasti a lungo inediti, sull'esperienza della Commissione di Costituzione, in merito a quella convulsa giornata Tocqueville ricorda: «Barrot propose di rimettere al *jury* la decisione di tutti i processi civili, come se una simile rivoluzione giudiziaria si potesse improvvisare» (Tocqueville, *Ricordi*, cit., p. 466).
- <sup>54</sup> Craveri, *Genesi di una Costituzione. Libertà e socialismo nel dibattito costituzionale del 1848 in Francia*, cit., p. 173.
- <sup>55</sup> Ivi, p. 204.
- <sup>56</sup> «Art. 82. - Il *jury* continuerà ad essere applicato all'ambito penale. Art. 83. - Sarà esteso alle materie correzionali e alle materie civili, nei casi e secondo le forme determinate dalla legge»: Luchaire, *Naissance d'une Constitution: 1848*, cit., p. 251.
- <sup>57</sup> «Art. 84. - I giudici di pace e i loro supplenti sono eletti presso il capoluogo del cantone a suffragio diretto da tutti i cittadini domiciliati nel cantone», *ibidem*.
- <sup>58</sup> «Art. 79. - Il *jury* continuerà ad essere applicato all'ambito penale. Art. 80. - L'accertamento di tutti i delitti politici e di tutti i

delitti commessi a mezzo stampa o con ogni altro mezzo di pubblicità appartiene esclusivamente al jury»; ivi, p. 266.

<sup>59</sup> «Art. 82. - I giudici di pace e i loro supplenti, i giudici di prima istanza e di appello sono nominati dal Presidente della Repubblica, a partire da candidature che saranno regolate dalla legge relativa all'organizzazione giudiziaria»; *ibidem*.

<sup>60</sup> Craveri, *Genesi di una Costituzione. Libertà e socialismo nel dibattito costituzionale del 1848 in Francia*, cit., pp. 291-292.

<sup>61</sup> «Il jury è, ai nostri occhi, un'istituzione amica della libertà, una magistratura equa e di buon senso, intrisa dei sentimenti popolari dai quali proviene, e nei quali si reimmerge senza sosta. Avremmo voluto svilupparla ed estenderla progressivamente ai giudizi in materia correzionale e a qualche procedimento civile. Era, questo, il nostro progetto iniziale: ha incontrato in tutti i vostri uffici, siamo costretti ad ammetterlo, un'opposizione tanto generalizzata e così ferma che abbiamo dovuto rassegnarci al silenzio e alla sconfitta. Nondimeno, conserviamo la speranza che verranno, per il jury, tempi meno duri»: Luchaire, *Naissance d'une Constitution: 1848*, cit., pp. 210-211.

<sup>62</sup> Cfr. Robert, Bourlonton, Cougny, *Dictionnaire des Parlementaires français depuis le 1er mai 1789 jusqu'au 1er mai 1889*, cit., t. IV, p. 329.

<sup>63</sup> Cfr. Luchaire, *Naissance d'une Constitution: 1848*, cit., pp. 142-143.

<sup>64</sup> Cfr. Robert, Bourlonton, Cougny, *Dictionnaire des Parlementaires français depuis le 1er mai 1789 jusqu'au 1er mai 1889*, cit., t. II, p. 243.

<sup>65</sup> «Art. 85. - I giudici di pace e i loro supplenti, i giudici di prima istanza e d'appello, i membri della Corte di cassazione e della Corte dei conti sono nominati dal Presidente della Repubblica, a partire da una lista di candida-

ture o secondo le condizioni che saranno stabilite da leggi organiche»: Luchaire, *Naissance d'une Constitution: 1848*, cit., p. 234.

<sup>66</sup> Cfr. *Procès de Insurgés des 23, 24, 25 et 26 Juin 1848. Devant les conseils de guerre de la première division militaire, avec un exposé de l'insurrection et le portrait des principaux accusés*, Paris, s.e., 1848; Ch. Tilly, L. Lees, *Le peuple de Juin 1848*, in «Annales. Économies, Sociétés, Civilisations», XXIX, 1974, pp. 1061-1091; L. Hinccker, *Citoyens-combattants à Paris, 1848-1851*, Villeneuve d'Ascq, Presses Universitaires du Septentrion, 2008; L.-J. Barbançon, *Les transportés de 1848 (statistiques, analyse, commentaires)*, «Criminocorpus», 1<sup>er</sup> janvier 2008, <<http://criminocorpus.revues.org/148>>; L.-J. Barbançon, *Transporter les Insurgés de juin 1848*, «Criminocorpus», 1<sup>er</sup> janvier 2008, <<http://criminocorpus.revues.org/153>>; M. Traugott, *The Insurgent Barricade*, Berkeley, University of California Press, 2010; R. Aminzade, *Ballots and Barricades. Class Formation and Republican Politics in France, 1830-1871*, Princeton, Princeton University Press, 1993. Si veda anche il database relativo agli incriminati per l'insurrezione del giugno 1848 realizzato da J.-C. Farcy con la collaborazione di R. Fry, Centre Georges Chevrier (Université de Bourgogne/CNRS), <[http://tristan.u-bourgogne.fr:8088/4DACTION/W1848\\_index](http://tristan.u-bourgogne.fr:8088/4DACTION/W1848_index)>. Più in generale, al riguardo della repressione dei crimini politici nel XIX secolo cfr. *Maintien de l'ordre et polices en France et en Europe au XIX<sup>e</sup> siècle*, a cura di Ph. Vigier, Paris, Créaphis, 1987; *Répression et prison politiques en France et en Europe au XIX<sup>e</sup> siècle*, a cura di Ph. Vigier, Paris, Créaphis, 1990; L. Boscher, *Histoire de la répression des opposants politiques (1792-1848)*, Paris, L'Harmattan, 2006.

<sup>67</sup> Luchaire, *Naissance d'une Constitution: 1848*, cit., p. 151.

# La forza trasformativa dell'impolitico. L'istituzionalismo di Maurice Hauriou e Santi Romano

MARIANO CROCE, ANDREA SALVATORE

## 1. *Le ragioni di un insuccesso*

La scarsa fortuna dell'istituzionalismo nell'ambito della teoria politica non è figlia della distrazione né del caso. Eppure, alla teoria politica esso si offrirebbe come fucina di linee concettuali assai promettenti: dismette le astrazioni legate alle ipotesi sulle origini (stato di natura, contratto, mera convenzione), elabora un concetto di potere legato alla forma stessa dell'organizzazione, esalta il nesso tra ordine e distribuzione di sapere. Una teoria realista che però non cede a nessuna facile empiria e che si caratterizza per una netta tendenza speculativa, comunque temperata dall'attenzione costante all'effettività delle pratiche normative. Come possiamo allora spiegare questa scarsa fortuna? L'ipotesi che avanziamo in questo articolo è che essa dipende da una limitata compatibilità dovuta a un fattore congenito che segna da principio l'istituzionalismo e ogni suo sviluppo, ovvero una consustanziale *impoliticità*<sup>1</sup>.

Avremo modo di chiarire che l'impoliticità è soggetta a variazioni – va da sé: a seconda del quadro concettuale in cui la si declina –, ma il tratto comune è la convinzione che la soluzione ai conflitti sociali non possa essere di natura politica. Detto per converso, gli strumenti della politica sono per loro natura incapaci di offrire soluzione ai conflitti radicali tra parti. Se, come si vedrà, l'istituzionalismo postula che l'origine dell'ordine non è politico e che il suo mantenimento ha poco a che fare con la politica, non può sorprendere che esso trovi accoglienza assai fredda tra i teorici della politica.

Cominciamo però con il tracciare alcune linee dominanti dell'istituzionalismo come teoria generale per mostrare come l'esito "impolitico" si rovesci invero nell'esaltazione di quella tecnica di straordinaria efficacia che è il diritto: dacché la radice cellulare della socialità è il diritto, il suo strumento principe di regolazione e governo non può che essere quello. Tale primazia genealogica comanda una gerarchia che

tollera margini ragionevoli di flessibilità (spesso assai ampia), purché quest'ultima non giunga mai al rovesciamento delle posizioni. La vicenda stessa dello Stato moderno, in fondo, è tutta intrisa di storicità: lo Stato non è che un apparato di potere che si è affermato su altri, che ha riscritto in parte il rapporto tra diritto e politica e che ha costretto il sociale nelle maglie strette dei codici, ma che solo all'interno di una determinata prospettiva, certo storicamente predominante ma non per questo di per sé esclusiva, esso può apparire e di fatto appare come il necessitato approdo di ogni discorso sull'ordine: il destino dell'organizzazione del sociale non è lo Stato. Questo, anzi, è destinato a esaurire il suo corso proprio nel momento in cui disconosce la propria natura storica come forma tra altre forme di organizzazione.

Sicché, l'istituzionalismo è innanzitutto una teoria dell'ordine e della sua formazione<sup>2</sup>: una teoria dell'organizzazione che colloca il potere nomico (cioè la facoltà di darsi un ordine regolato) in seno alle collettività, micro e/o macro, che si formano attorno a determinati obiettivi. Se si prescinde – per ora – dalla natura specifica di questi obiettivi, si può indurre da subito la vocazione pluralista dell'istituzionalismo: mentre la filosofia politica moderna è tutta fondata sulla doppia logica "pluralismo quanto possibile, unità politica quanto necessario", l'istituzionalismo inverte consapevolmente i termini della questione: "pluralismo quanto necessario, unità politica quanto possibile". La realtà sociale, nei suoi termini ultimi, è già sempre organizzata e non abbisogna di alcun super-organismo o artificio che la liberi da una presunta anomia (semmai – ma è altro discorso – dalla minacciosa compresenza di una congerie

di ordini in più o meno esplicita concorrenza). Il sociale non attende l'atto primigenio di instaurazione dell'ordine, che apra il campo regolato della cooperazione. L'istituzionalismo non si raffigura il sociale come un cosmo artefatto e artificioso, tenuto assieme da un sistema di regole comuni, ma come un aggregato granulare, i cui gruppi o segmenti sono sempre al loro interno organizzati e danno luogo a reti fortemente instabili allorché interagiscono tra loro.

Una simile concezione della socialità si nutre da principio della convinzione, consapevolmente assunta in tutta la sua problematicità, per cui il reale va ricompreso nella sua irriducibile pluralità. La natura granulare del sociale chiama a una stabilizzazione che non riduca la sua ingenita pluralità ad alcuna immota unità. Quest'ultima va piuttosto ottenuta attraverso la costruzione di una *forma istituzionale* che contemperi le diverse entità normative. *E pluribus pluralitas*. La forma istituzionale è il complesso tentativo di rispondere a tale dilemma: una forma, comunque, ma dai caratteri generalissimi e infinitamente versatili.

Perché quindi la politica non ha le risorse adatte per assolvere il compito della stabilizzazione? Per rispondere a tale domanda – che, come diremo in sede di conclusione, dice molto sul presente – sarà bene avviarci per la strada meno generalizzante dell'analisi di due specifici paradigmi. I paragrafi seguenti discutono le risposte di Maurice Hauriou e di Santi Romano, i due autori che hanno dato avvio al paradigma pluralista e che al contempo ne costituiscono l'apice. Due diverse teorie – peraltro, troppo spesso considerate (o rese) omologhe – che rilevano, non da ultimo, anche per il fatto di non celare le forti tensioni interne che pur connotano le rispettive soluzioni.

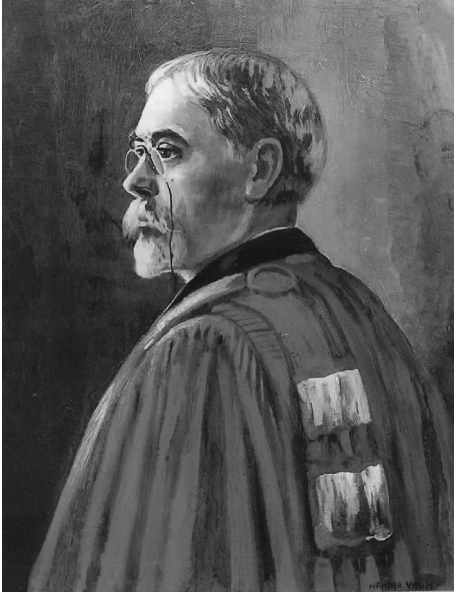
2. *La vita organica: Hauriou e il diritto come flusso connettivo*

«Il problema è tutto qui: si tratta di sapere dove si trova, nella società, il potere creativo, se cioè siano le regole giuridiche a creare le istituzioni o se non siano piuttosto le istituzioni a creare le regole giuridiche, grazie al potere di governo in esse contenuto»<sup>3</sup>. Con l'unica avvertenza che per «regole giuridiche» si intende nel brano un insieme di norme coercitive garantite da un'autorità centrale con pretese monopolistiche, è facile per il lettore rendersi conto della radicalità dell'intrapresa teorica di Maurice Hauriou, qui sintetizzata richiamando uno snodo decisivo del celebre saggio del 1925, *La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)*, unanimemente riconosciuto come il testo fondativo dell'istituzionalismo giuridico (si tenga infatti conto che una prima versione, pur meno sistematica, risale al 1906<sup>4</sup>). L'obiettivo è chiaro e tutt'altro che conciliante: si tratta di contendere, e anzi di contestare, alla forma Stato la facoltà di creare, stabilizzare e preservare un ordine interno al sociale. La tesi di fondo è non meno dirompente: la capacità di dar vita a un ordine risiede, e non può che risiedere, nella capacità propria degli individui di auto-organizzarsi in vista del perseguimento di uno scopo condiviso. Tesi non solo dirompente, ma assai ambiziosa: l'analisi istituzionale rivendica la pretesa di dar conto delle modalità di creazione e funzionamento di ogni gruppo organizzato, declinando l'indagine giuridica nei termini di una vera e propria ontologia sociale alternativa al *grand récit* della sovranità.

L'ordine, al pari dell'insieme di norme di cui si compone, viene pertanto prodotto

non già da organi legislativi o istanze decisionali a tal fine artificialmente create, ma dalla spontanea interazione di individui che danno vita, reiterando pratiche di condotta rivelatesi nel tempo funzionali ed efficaci, a microcontesti interazionali di per sé autonomi (benché assai difficilmente indipendenti: di qui la più evidente tensione interna all'istituzionalismo di Hauriou). Detto altrimenti ma con immutata risolutezza: tanto l'ordine quanto il diritto hanno un carattere costitutivamente sociale, non già politico. L'intera realtà viene pertanto ritradotta in un complesso – più o meno armonico – di istituzioni chiamate a integrarsi e coordinarsi secondo relazioni di gerarchia o contiguità. L'istituzione, autentica cellula di base di ogni contesto socialmente organizzato, è in questa prospettiva un'unione di più persone che cooperano volontariamente in vista di uno scopo comune, cioè condiviso nella sua interezza da più soggetti, i cui rapporti interni sono regolati, unificati e resi compatibili da un'unica autorità, interna all'istituzione e consensualmente riconosciuta come tale dai consociati; il conseguente processo di integrazione normativa determinato da tale autorità dà al contempo vita a un insieme coerente di credenze e condotte definito «ordinamento giuridico».

Il grado zero della composizione dei corpi sociali è dunque da ravvisarsi, nella prospettiva giuridica delineata da Hauriou, nel graduale processo di emersione e consolidamento di determinate prassi interazionali, rese stabili dal carattere di strumentalità che condividono in rapporto a un determinato fine, a sua volta condiviso da un certo numero di individui. Un grado zero, tuttavia, del tutto estraneo a ogni presupposizione di un assai irrealistico "vuoto



Ritratto di Maurice Hauriou

sociale”: il costituirsi di più o meno dureture pratiche di interazione è fenomeno comune e osservabile nella vita di tutti i giorni ai più diversi livelli (dalle dinamiche di gestione di un gruppo WhatsApp allo statuto di un’associazione di categoria). In questo senso, riallacciandosi con ciò all’originario significato canonistico del concetto, l’istituzione è anzitutto da intendersi come *l’organizzazione di un potere attorno a un’idea*; o, se si vuole, il processo di concrezione di un’ideale di scopo in forme tali da rendere operativamente possibile e funzionale il suo perseguimento nella vita di tutti i giorni.

Certo, si potrebbe facilmente obiettare che il processo di emersione e consolidamento di assetti istituzionali relativamente autonomi, come quello anteposto dai teorici dell’istituzionalismo a una presunta pri-

mazia del politico, presuppone di fatto uno spazio interazionale che è lungi dal potersi dare a sua volta spontaneamente, ovvero senza l’intervento di un potere ordinamentale che garantisca, quantomeno, l’assenza al suo interno di ogni grado di violenza tale da rendere irrealistica la compresenza di più istituzioni; sicché l’istituzionalismo farebbe propria un’assai ingenua, e al fondo surrettiziamente irenica, visione delle reali dinamiche di potere interne a ogni realtà sociale<sup>5</sup>. E tuttavia altrettanto conseguente si rivela, a noi pare, l’osservazione secondo cui sia le forme di violenza ipotizzate dal rilievo critico richiamato sia l’ente in grado di poterne scongiurare gli esiti più distruttivi dovranno a loro volta essere ricondotti, in assenza di più plausibili genealogie, a un’origine consuetudinaria, secondo un processo di formazione che, a ben vedere, ricalca esattamente quello preso a modello dall’istituzionalismo giuridico; ci sembra anzi che tale circolarità possa considerarsi la miglior riprova di quel carattere di costante ridefinizione dell’ordine sociale, e insieme di una sua costitutiva contingenza, che è uno degli assunti centrali del paradigma istituzionalista.

Il saggio del 1925 – e soprattutto in ciò è da ravvisarsi il suo valore paradigmatico – individua con precisione le tre fasi costitutive del processo di istituzionalizzazione (vale a dire del formarsi di un’istituzione). Si tratta di rispondere, in sostanza, alle seguenti domande: cosa fa di un’istituzione un’istituzione? Quali ne sono gli elementi fondativi? Al sussistere di quali condizioni un semplice insieme di pratiche (ad esempio, incontrarsi in un locale) si trasforma in un’istituzione (un’associazione politica, sempre nel nostro esempio)? Ogni istituzione – afferma in forme ormai inequivoche

Hauriou a quest'altezza, con ciò eliminando ogni margine di ambiguità, che in certa misura ancora sussiste nelle trattazioni del tema fin lì licenziate – consta di tre momenti/elementi/fasi: 1) l'idea dell'opera da realizzare, che è la ragione per cui un dato gruppo di individui decide di cooperare (e dunque la sola ragion d'essere della nuova realtà costituitasi); 2) le risorse, logistiche ed epistemiche (che Hauriou definisce con il termine di *pouvoir social*), che vengono rese disponibili per la realizzazione dell'intrapresa; 3) le concrete manifestazioni di assenso tramite cui i membri del gruppo dimostrano di condividere tanto l'idea da realizzare quanto le modalità prescelte per la sua realizzazione. La compresenza dei tre momenti richiamati determina la personificazione della realtà istituzionale da essi scandita.

È all'interno di tale prospettiva che va inquadrato il riferimento, tutt'altro che secondario, al vitalismo, reso esplicito nel sottotitolo del saggio, troppo spesso trascurato. Il diritto si delinea come l'unico strumento in grado di aggregare corsi di azione in pratiche relativamente stabili di efficace interazione con il mondo; vale a dire come un campo di tensioni vitali, determinate dall'aggregarsi e disaggregarsi di volontà individuali, che si consolidano momentaneamente attorno a progetti d'azione, i quali si caratterizzano per una durata nel tempo che appare l'unico tratto distintivo rispetto a ogni sempre possibile aggregazione alternativa. Il diritto, dunque, non ha più a che fare con essenze, ma con *intensità*: a distinguere il reale dal virtuale (e insieme ciò che giuridicamente rileva) è solo una differenza di grado, ed è proprio questa costitutiva precarietà a determinare la centralità del precipitato istituzionale, vale a

dire la necessità di stabilizzare e contenere, all'interno di un aggregato sociale, un insieme di pratiche che potrebbero sempre combinarsi altrimenti (e che sono destinate, presto o tardi, a combinarsi altrimenti: per questo l'istituzione non si identifica né con i suoi organi né con le sue funzioni, ma solo con l'idea di intrapresa che ne costituisce la sostanza vitale).

È solo questo sempre affannoso tentativo di ricalcare il carattere magmatico e costitutivamente imprevedibile delle condotte e delle volontà individuali che dà senso al diritto, e al contempo apre a quest'ultimo le porte di un reale altrimenti imprendibile (se non tramite le lenti distorcenti del politico). La dinamica istituzionale diviene allora un processo di aggregazione di flussi, forze, campi che appaiono e scompaiono, crescono e decrescono, si uniscono e si dividono, un incessante succedersi di equilibri sempre precari, contingenti quanto provvisori, che daranno vita a loro volta a nuove contraddizioni, e così di seguito. Ecco dunque che la teoria hauriouiana dell'istituzione non si delinea come il tentativo di declinare il diritto in chiave vitalistica, ma al contrario come quello di dotare il vitalismo delle virtù coagulanti del diritto: «Il vitalismo è dunque a monte della teoria dell'istituzione; ne è la genesi e il progetto, prima di divenirne l'oggetto»<sup>6</sup>. Non un diritto vitalistico, insomma, ma un vitalismo giuridico (ovvero un vitalismo che si serve sì di strumenti giuridici, ma per finalità sue proprie).

Il problema sarà allora non tanto quello di trovare un qualche compromesso tra imperativi politici e necessità giuridiche, quanto piuttosto quello di ovviare, per quanto possibile, al fatto – banale e decisivo al contempo – che la vita (ovvero le

plurime e irriducibili forme di interazione tra esseri umani e mondo) sarà sempre un passo avanti rispetto al più inclusivo vitalismo: un processo di stabilizzazione delle pratiche interazionali è necessario, pena la scomparsa della società (meglio: la sua non-emersione), ma tale processo necessita di un'opera di selezione, e dunque di esclusione, che finisce inevitabilmente per tradire in modo decisivo la complessità e la densità della vita. Per dirla in chiave giuridica: le pratiche sociali invalse si dimostrano in ogni caso infinitamente più varie, ricche e feconde rispetto a quanto gli strumenti (e le necessità compositive) del diritto possano garantire in termini di inclusività e riconoscimento, finanche – ed è qui il punto decisivo – nel caso di quelle di fatto ricomprese come legittime.

Nel più ampio e preminente quadro vitalistico, che rappresenta dunque il vero motivo ispiratore e l'autentico fondamento dell'analisi istituzionale di Hauriou, il diritto va quindi compreso come quel *medium* in grado di assicurare il perpetuarsi di una data realtà sociale al prezzo della minore distorsione possibile in rapporto allo spessore esistenziale – si potrebbe dire alla *vitalità*, nella sua duplice accezione – delle pratiche sociali. La tecnica giuridica – ché di tecnica, assai più che di sostanza, parla Hauriou – appare una sorta di *commutatore funzionale* che toglie alla vita il minimo indispensabile per restituire a essa quanta più stabilità è di fatto possibile garantirle. Un diritto che aspira utopisticamente a una perfetta coincidenza con la vita, un diritto della vita, e che riconosce a quest'ultima, nell'altro valore del genitivo, il diritto di determinare, per quanto possibile, tempi e modi dell'incontro dell'uno e dell'altra.

Eccola, la forma generalissima che Hauriou – in ciò teorico davvero paradigmatico dell'istituzionalismo – intende quale (tentativo di) soluzione al problema della selezione delle pratiche che caratterizzano un dato contesto sociale: i tre momenti del processo di personificazione sopra richiamati si giustificano quali condizioni necessarie per il darsi del fenomeno istituzione – e dunque quale criterio di esclusione per ogni altra possibile forma di aggregazione che non giunga a ricomprenderle – per il fatto di costituire dei prerequisiti inaggirabili per una comunione di volontà che non si limiti a manifestarsi solo *hic et nunc*. È pertanto la durata nel tempo – una condizione la cui ossessiva ricorrenza nei testi di Hauriou risulterebbe altrimenti inspiegabile – a legittimare tanto l'istituzione quanto i criteri formali della sua individuazione. In questo senso, la personificazione è, se si vuole, il *grado minimo di riconoscibilità* di un aggregato di pratiche rese funzionali, e dunque decrittabili, dalla condivisione di uno scopo: è l'elemento costitutivo non ulteriormente divisibile che rende il magma delle infinite combinazioni tra soggetti ordinabile e dunque leggibile (e viceversa). Che poi tale riconoscibilità dipenda a sua volta da una determinata griglia concettuale, a esclusione di possibili inquadramenti alternativi, è rilievo che, se sfugge comprensibilmente agli interessi disciplinari di Hauriou, dà qui modo di rimarcare, per altro verso, come *impoliticità* non significhi affatto indifferenza (men che meno inconsapevolezza) circa il ruolo che potere ed esclusione giocano in ogni più o meno riuscito tentativo di stabilizzazione di un ordine.

Non sarà a questo punto inutile, nella ipotesi interpretativa che qui si avanza,

trattare brevemente quella che è forse la più comune obiezione, tutt'altro che infondata, nei riguardi della natura genuinamente pluralista dell'istituzionalismo hauriouiano. In estrema sintesi, più contributi critici hanno rilevato come i tre momenti del processo di personificazione (idea direttiva, risorse di potere e manifestazioni di consenso) tradiscano al fondo una fisionomia cripto-statalistica (si prescrive, in fondo, una triade giuspubblicistica piuttosto riconoscibile: costituzione, rappresentanza e consenso diffuso), come tale più funzionale a una restaurazione in chiave istituzionalista della personalità morale dello Stato che a una genealogia finalizzata a decostruire, o quantomeno relativizzare, la primazia normativa di un corpo sovrano<sup>7</sup>. Ora che Hauriou, già in pieno primo conflitto mondiale, metta in opera una torsione statalistica rispetto all'originaria impronta pluralistica della prospettiva istituzionale è evidenza innegabile. E tuttavia proprio la presa d'atto di una simile svolta, dovrebbe indurre a distinguere, oltre che meno fruttuose periodizzazioni, piani di analisi differenti. Si potrebbe allora osservare, con lo Hauriou dei primi anni '10, che la critica richiamata tradisce proprio la monomania della visione statocentrica che gli si rimprovera. È infatti solo una distorsione percettiva, per così dire, resa invisibile come tale a seguito di una parabola storica del tutto contestuale (l'affermarsi dello Stato moderno e della sua pretesa di esclusività), che induce a vedere nella più ampia forma istituzionale null'altro che una reimpressione delle caratteristiche essenziali della forma Stato, che della prima è in realtà null'altro che *una* delle forme di estrinsecazione. Essendo la forma Stato semplicemente una specie del genere istituzione, è quindi del tutto na-

turale che omologhe appaiano le caratteristiche della prima (per come storicamente affermatasi) rispetto al triplice requisito istituzionale richiamato da Hauriou: l'accusa di ideologismo andrebbe semmai rivolta proprio a coloro che, sulla base di detta omologia, hanno inteso avanzarla.

Ma c'è di più. Se anche si ritiene che l'istituzionalismo giuridico di Hauriou altro non sia che una teoria istituzionalista dello Stato – ovvero in ultima istanza un tentativo di salvare i destini di quest'ultimo dotandolo di una veste istituzionalista, così mostrandone l'omogeneità genealogico-strutturale con le varie forme di associazionismo che agli inizi del secolo scorso iniziavano a comprometterne seriamente la tenuta ordinamentale –, ebbene è inevitabile rilevare che, al pari di ogni connessione, anche quella così istituita risulta sempre biunivoca: sostenere che lo Stato non ha bisogno di correttivi (men che meno di sostituti) istituzionali, in quanto già per sua natura istituzionalizzato *ab origine*, significa per ciò stesso rinnegare la primazia ontologica e ordinamentale dello Stato rispetto alle altre forme istituzionali operanti nel contesto sociale, che risultano avere così – sulla base di quella che viene presentata come una comune origine – pari diritto al riconoscimento della propria personalità giuridica.

Dovrebbero a questo punto risultare evidenti tanto il carattere di impoliticità della teoria dell'istituzione di Hauriou quanto le ragioni di una simile pretesa teorica. Talmente evidenti che l'onere della prova della presunta (maggior) capacità compositiva del politico parrebbe dover spettare proprio a quest'ultimo, data l'estraneità di esso alle logiche, essenzialmente giuridiche, che presiedono alla formazione di realtà sociali capaci, in au-

tonomia, di azione e coordinazione. Ma si badi, da ultimo: non si tratta di postulare una irrealistica armonia prestabilita tra istituzioni di cui si ammette più volte l'irriducibilità, quanto piuttosto di rimarcare come l'intervento decidente del politico finisca per atrofizzare e pervertire ogni potenzialità, di per sé connaturata a ogni istituzione, di dar vita a meta-pratiche volte alla risoluzione dei conflitti tra di esse.

Che poi ciò non sia sufficiente a scongiurare del tutto la necessità dell'esclusione è indirettamente riconosciuto dallo stesso Hauriou nel momento in cui cerca di sciogliere l'arbitrio politico nel consensualismo sotteso a un'idea trascendente di ordine, che pone da ultimo a fondamento e istanza di garanzia della tenuta sociale. E tuttavia, esplicitato lo scacco, non sarà inutile far presente come tale trascendenza si presenti, a differenza di ogni ipostasi statolatrice, come una sorta di cristallizzazione atemporale di un processo di apprendimento plurisecolare che di fatto concretesce con (e si alimenta de) i differenti percorsi di sviluppo interni alle singole comunità. Chiarissima dunque l'esigenza di ovviare al rischio, pur mai interamente neutralizzabile, dell'arbitrio politico tramite quella che è – negli intenti, se non anche negli esiti – una modalità di compartecipazione alla costituzione di un ordine che tenga conto delle esperienze, dei bisogni e delle aspirazioni del più ampio numero di persone. Più di quanto – la scommessa istituzionalista è in fondo tutta qui – abbia mai fatto e possa mai rivelarsi in grado di fare ogni centro politico, e massimamente lo Stato.

### 3. *La macchina semiotica: Romano e il diritto come linguaggio creativo*

Se Hauriou anticipa il materialismo vitalista che oggi scuote le membra stanche del pensiero ultra-novecentesco, Romano non cede invece ad alcuna metafora dell'organico<sup>8</sup>. Le linee che egli anticipa sono altre: quelle della forza performativa della semi-osi giuridica, che si fa creatrice di mondi autonomi, conchiusi, affatto indifferenti agli stati di realtà non-giuridici. Sicché, risulta conseguente la critica che egli muove al giurista francese per aver di fatto ribadito la separazione tra istituzione e diritto con l'intento, tutt'altro che felice, di rovesciare la genealogia convenzionale, concepita e venerata dalla giuspubblicistica francese e quella tedesca. Mentre la provocazione di Hauriou, come dicevamo in apertura del precedente paragrafo, consiste nel chiedersi se davvero le norme producano le istituzioni, e non viceversa, Romano replica: «[N]oi non crediamo che l'istituzione sia fonte del diritto, e che quindi questo sia un effetto, un prodotto della prima, ma crediamo che fra il concetto di istituzione e quello di ordinamento giuridico, unitariamente e complessivamente considerato, ci sia perfetta identità»<sup>9</sup>. Romano si pone quindi in una relazione chiastica col suo insigne predecessore. Di contro a Hauriou, che fa suo il dualismo diritto-istituzione (quantunque lo cambi di segno) per giungere a un esito (che Romano legge come) monista, Romano abbraccia un credo monista – diritto e istituzione sono la stessa cosa – che come esito ha un pluralismo radicale. Seguiamo questa pista per individuare il carattere impolitico del suo istituzionalismo.

Il diritto è certo una macchina che assembla e consolida, ma lo fa in modo del

tutto peculiare, ovvero creando una propria realtà, distinta e separata dalle altre realtà. Romano articola con esplicitzza un'ontologia tanto ardita solo al termine della sua vita, in una notissima voce de *Frammenti di un dizionario giuridico*, licenziato nel gennaio del 1947<sup>10</sup>. Eppure, come vedremo, il suo pensiero vive sin dall'inizio di una coerentissima circolarità, in cui l'autonomia del giuridico, prima che epistemica, è operativa – creatrice, appunto, di realtà, che si riversa e incarna in codici di sapere distinti. Non si comprende quindi come e perché, nel pensiero di Romano, il diritto debba preservarsi quale sapere autonomo se non si comprende la sua operatività tipica.

Ne *L'ordinamento giuridico* (1918), egli aveva anticipato e sciolto decenni di controversie sulla natura del diritto, rifiutando ogni istanza definitoria che conducesse a esiti riduzionistici. Il diritto non è norma, né sistema di norme, né volontà del legislatore, né procedimento giudiziale. Ancorare l'essenza del diritto a un solo elemento tra questi ne soffoca la caratteristica più rimarchevole, ovvero il fatto che esso non è *sostanza*, ma *processo*<sup>11</sup>. Il diritto è il movimento stesso della macchina organizzativa e tutto quel che esso comporta – quindi, nelle nostre latitudini (ma solo nelle nostre), norme e legislatori, tribunali e giudici. Queste però non sono che caratteristiche sostantive, segnate da pura contingenza. L'organizzazione è un processo che può avvalersi di qualsiasi mezzo o tecnica. Per questa ragione, per Romano non sarà affatto complicato rispondere a una domanda cui l'antropologia del diritto non seppe rispondere che nel tardo '900: può il sistema normativo di una data collettività dirsi "giuridico" anche se esso non si avvale di norme

e legislatori, tribunali e giudici? Il suo è un convintissimo sì, che lo portò a sostenere, come noto, che anche le organizzazioni criminali hanno un loro diritto interno, e che disconoscere a quest'ultimo il carattere di giuridicità è un esercizio moralistico che ha poco a che fare con la scienza giuridica.

Il diritto, quindi, è l'organizzazione stessa: un complesso macchinico fatto di protocolli e procedure formali e informali, di cui norme, parlamenti e tribunali sono parte intrinseca e al contempo transeunte. Se un processo del genere non abbisogna di nessuna caratteristica sostantiva particolare, necessita tuttavia di specifici amministratori; ed è chiaro sin da subito che Romano ha in mente un diritto dalla natura *sapientiale* – qualcosa cioè che presuppone la perizia tecnica e tecnologica di un ceto. Allorché, in polemica con le nuove generazioni di giuristi che avevano in carico l'elaborazione dell'impianto costituzionale del secondo dopoguerra, riconosce il valore innegabilmente giuridico del diritto che sorge dalla rivoluzione, egli ritiene di dover ribadire che un ordinamento giuridico solido deve poter contare sulla collaborazione tra i gestori del diritto che viene sostituito e quelli che hanno in gestione il nuovo. Ogni transizione necessita del trasferimento di conoscenze e competenze che assicuri la trasmissione e la persistenza dello sfondo di sapere senza il quale un ordinamento rischia di essere violenza e sopruso. È il sapere, quindi, che marca la distinzione tra violenza e diritto.

L'idea stessa di un trasferimento di sapere tra generazioni di giuristi lascia ipotizzare, in Romano, la presenza di un duplice piano, che pure non ha distinzione sostanziale, ma di fatto l'assume in termini di *espressione*. Da una parte, c'è il drit-

to come sapere, che è dato dal particolare modo in cui un certo lessico – composto di molti elementi, tra cui norme, categorie, definizioni, finzioni e altro – si rapporta al mondo circostante. Dall'altra, c'è il diritto come ordinamento concreto, precipitato normativo dell'esercizio di sapere. I due piani sembrano catturati in un rapporto di *processo e attualizzazione*. Sono numerosi i luoghi in cui Romano sembra accennare a una dinamica del genere, come ad esempio quelli in cui tratta dello *ius involuntarium*<sup>12</sup>, o quelli in cui traccia un parallelismo tra linguaggio e diritto, o ancora quelli in cui segna la distinzione tra scienza del diritto costituzionale generale e quella del diritto particolare. In tutti questi, però, appare una linea comune: il diritto emerge da un movimento di specializzazione del sapere e quindi chiama a una gestione accorta. Gestione per cui, come vedremo, risulta decisiva la purezza disciplinare: il diritto è un sapere che non può mescolarsi con altri saperi, pena l'inefficacia delle sue tecniche produttive.

Varrà la pena richiamare la distinzione tra scienza del diritto costituzionale generale e scienza del diritto particolare. Quest'ultima «indaga il diritto proprio di un singolo Stato» e «si limita, quindi, ad una sola costituzione ed è il sistema di cognizioni attinenti ad essa che interessano il giureconsulto nel senso tradizionale e classico di questa parola»<sup>13</sup>. Romano definisce «pratica» questo tipo di scienza, perché accerta e definisce concetti, principi, norme e istituti, che, per quanto astratti, sono di diritto positivo. La scienza del diritto costituzionale generale, all'opposto, «estrae dalle singole costituzioni, per raggrupparli in categorie, tipiche, concetti, figure, principii giuridici, che, se non assoluti

ed universali, sono almeno relativamente costanti e, per conseguenza, comuni e, in questo senso, generali a serie più o meno estese di costituzioni aventi identici o molto simili caratteri essenziali»<sup>14</sup>. Questa distinzione si rivela persino più rilevante allorché Romano propone l'ulteriore distinzione tra diritto costituzionale generale e politica. Non solo egli liquida la politica come scienza strumentale, utile allo Stato per perseguire al meglio i proprio fini, ma la descrive, al contempo, come pratica, libera e teleologica: pratica, perché guarda a dinamiche concrete per il conseguimento di obiettivi concreti; libera, perché non ha da attenersi ai limiti fissati dai contenuti sostantivi dell'ordinamento dello Stato, ma può anzi indurne e favorirne mutamenti; teleologica, perché il suo movimento è unicamente orientato alla sopravvivenza dello Stato.

La scienza del diritto costituzionale particolare non è né libera né teleologica, ma pratica sì. La politica, libera e teleologica è, appunto, anche pratica. Vediamo così che il termine "pratica", agli occhi di Romano, denota una pesante limitazione, come anche il termine "libera". La scienza del diritto costituzionale generale non è pratica, nel senso che il suo sviluppo prescinde dall'esigenza di una immediata applicabilità, e può quindi librarsi nell'empireo del pensiero puro. Al contempo, però, essa non è libera, perché i suoi confini sono fissati dal repertorio di sapere che dà contenuto al diritto positivo. La scienza del diritto costituzionale particolare è pratica, perché ha da rispondere dell'effettività e applicabilità del dettato costituzionale, ma non è libera, perché i suoi contenuti sono ben delimitati. La politica non ha altro limite se non la natura strumentale cui sempre risponde. Ep-

pure, nella scala dei saperi, è proprio questa libertà che colloca la politica all'ultimo posto. Essa non è mai in grado di superare il limite intrinseco della rigida rispondenza a un apparato politico particolare. Il sapere giuridico, al contrario, obbedisce solo al proprio sapere, e in modo speciale quello di aspirazione generale, che non ha alcuna esigenza di applicabilità immediata.

In un quadro teorico che intende il pluralismo ordinamentale come l'esito immediato e inevitabile del processo stesso di formazione del diritto, quello imposto alla politica è un limite che la mutila severamente e la riduce a mero ingranaggio del sistema in cui emerge e si sviluppa. Ovvio: la politica non potrà mai porsi nelle condizioni di risolvere i problemi che nascono dalla pluralità degli ordinamenti, perché non vive per altro fine che la prosperità dell'ordinamento cui corrisponde. Aldilà dell'evidente angustia che vizia tale concezione della politica, è interessante comprendere perché, ad avviso di Romano, il diritto sia invece in grado di superare i problemi legati al pluralismo. Nella sua ottica, il mondo sociale è una costellazione di ordinamenti (termine che, come dicevamo, è sinonimo di "istituzione", "organizzazione" e "diritto"), ovvero contesti normativi che sviluppano saperi loro propri. Perché siano ordinamenti giuridici, non rileva né il fine che perseguono, né i mezzi o le tecniche di cui dispongono. Rileva solo che sviluppino quel sapere che, entro lo Stato – organizzazione particolarmente elaborata – prende il nome di "diritto costituzionale", e che in altri contesti normativi potrebbe avere una forma più intuitiva, irriflessa, rudimentale. Tutti gli ordinamenti, in sostanza, condividono ciò che li rende tali, ovvero il processo organizzativo: non si dà ordinamento senza che un

sapere organizzi quella speciale transizione che dalla contingenza e transitorietà tipiche dell'azione umana conferisce forma stabile e continua a una collettività.

È quella la leva che consente di superare i conflitti tra ordinamenti: un sapere che certo non sarà lo stesso nei suoi esiti pratici, perché si incarna in forme ordinamentali diverse, eppure conserva la comune natura di processo organizzativo. Il doppio piano che menzionavamo sopra è quindi il presupposto tacito – ma non troppo – della forza compositiva del diritto: questo compone parti che sa leggere come dotate di un medesimo nucleo organizzativo, e che la politica all'opposto è destinata a presentare come amiche o nemiche (o comunque come alternative incompatibili) a seconda di obiettivi circostanziali. Occorre inoltre che quella preziosissima leva sia manovrata dagli amministratori accorti di quel sapere, ovvero i giuristi (o chi, in altri contesti normativi, ne faccia le veci). In particolare, il giurista-sapiente, ovvero quello che, a differenza del giurista positivo, che studia «tipi o figure [...] compresi nell'ambito di un diritto positivo», «costruisce i suoi tipi o figure generalizzando quelli di vari diritti positivi che, rispetto ai primi, si presentano non come tipi o figure essi stessi, ma come entità individuali, e, quindi, non come punti di arrivo, ma come punti di partenza delle sue indagini»<sup>15</sup>. In breve, è compito del giurista-sapiente costruire quel linguaggio comune che può essere inteso da ogni ordinamento e che quindi si candida a pacificatore della vita sociale, segnata da inevitabili conflitti tra istituzioni.

Un salto all'indietro, che dal 1946 ci porta al 1909, anno della celebre prolusione sulla crisi dello Stato moderno, permette di constatare l'ammirevole coerenza di

Romano. Sebbene sia da molti interpretata come il segno di una mai sopita soggezione allo Stato-centrismo<sup>16</sup>, la teoria esposta in *Lo Stato moderno e la sua crisi* può trovare brevissima sintesi nella seguente tesi: il più grande pericolo che oggi vive lo Stato consiste nella ridda di saperi che si ostinano a descrivere il diritto come il terreno di uno scontro tra forze, mentre l'unico sapere che fa dello Stato uno spazio di negoziazione è quello giuridico. Sarà indispensabile quindi che il diritto preservi i propri confini per preservare quella capacità operativa con cui perimetra e protegge lo spazio in cui i vari ordinamenti possono comporsi e dar luogo a una coesistenza pacifica. Di nuovo: è la politica, e in particolar modo il sapere che la concerne, a minacciare lo Stato – che Romano descrive come creazione del diritto, non già come creatore di diritto.

Questa difesa decisa dei confini del sapere giuridico, ad avviso di Romano, è assai più che un mero schieramento disciplinare: è ciò che consente al diritto di preservare e dispiegare la sua operatività produttiva: il diritto crea quella realtà in cui sola è possibile la composizione dei conflitti. L'idea che Romano ha del diritto è quella di un microcosmo semiotico, entro cui un linguaggio specialistico, fatto di concetti e categorie, designa cose appartenenti ad altre realtà e le importa entro i propri confini. Il diritto, attraverso un procedimento di semiosi, rende giuridici «gli uomini, gli animali, le piante, l'aria, la luce, la nascita degli esseri viventi, la loro morte. (s'intende, non presunta), il loro stato di salute, le opere d'arte, etc.»<sup>17</sup>. Il diritto produce la propria realtà attraverso un intreccio di parole e cose, e il suo regime di segni che non si cura affatto del modo in cui sono ordinati i fatti nella «realtà vera», né si interessa

affatto dello statuto della cosa al di fuori dei propri confini. All'opposto, alla cosa importata assegna un ruolo, una funzione e degli effetti, tanto che essa, una volta importata nel microcosmo giuridico, diventa altro. Infatti, il diritto richiede l'accertamento della «realtà vera» solo nella misura in cui l'ordinamento ha bisogno di comprendere meglio «la realtà formale» che esso stesso elabora. Di nuovo in *Principii di diritto costituzionale*, egli scrive:

Non si deve dimenticare che la realtà dei fenomeni attinenti allo Stato non è per lui quella che risulta dalle indagini di altre scienze, ma è quella e soltanto quella che è parsa tale all'ordinamento giuridico di cui egli è l'interprete e l'espositore. È stato più volte detto che la scienza giuridica è scienza formale; l'espressione è equivoca, ma esatta, nel senso che essa non deve ristabilire la sostanza delle cose, che il diritto positivo può anche aver falsato, ma deve riprodurla nella forma, qualunque sia, che questo le ha dato. Tuttavia, la conoscenza della realtà vera gli è indispensabile per comprendere la realtà formale, che l'ordinamento giuridico gli presenta, tanto più che, ove questa appare dubbia, può e deve presumere che coincida con la prima<sup>18</sup>.

Tutto questo non potrebbe mai essere affidato a quel sapere particolare e polemico che è la politica. Il diritto deve preservare la propria indipendenza proprio perché possa conservare la sua capacità di muoversi sul doppio registro – diritto come sapere e diritto come ordine concreto – e consentire quindi lo scambio tra ordinamenti in forza della comune radice operazionale-organizzativa. L'autonomia del sapere giuridico, che ha da riversarsi sulla pratica, è quindi condizione essenziale per la coesistenza di ordinamenti al plurale: se la natura della politica è assicurare la prevalenza di un ordinamento sugli altri, quella del diritto è l'esaltazione di un pluralismo

ordinamentale privo di gerarchie. Nel secondo scenario, lo Stato non è un meta-ordinamento, ma un contesto – prodotto dal diritto – che si offre come campo di negoziazione.

#### 4. *Il diritto impolitico della giuridificazione*

Queste pagine non intendono certo tessere l'elogio di un diritto *impolitico*, ma mostrare la capacità di presa sul presente e indicare al contempo la collocazione di Hauriou e Romano entro quel genere di classici che si rivelano pensatori dell'attualità. Se entrambi – e Hauriou non meno di Romano, che pure resta al riguardo indubbiamente più esplicito – considerano lo Stato come una parentesi nella storia delle formazioni istituzionali, non è per una preconcepita opposizione alla modernità politica e al sapere che essa ha prodotto, quanto per una formidabile intuizione circa la natura dell'ordine: questo si dà come momento di coagulo, emersione e composizione, che non scorre lungo quell'asse verticale, rivendicato dalla teoria politica moderna, fatto di volontà, autorità, decisione e legittimità. A dispetto delle differenze sopra discusse tra il modello organico di Hauriou e quello macchinico di Romano, entrambi sono convinti che la politica sia per natura incapace di determinare e mantenere l'ordine sociale. La tesi è certo audace, e non priva di fragilità e incertezze, ma cattura una delle dinamiche che caratterizzano la relazione odierna tra diritto e politica e che troppo spesso viene descritta come l'esito di un semplice scontro tra poteri concorrenti. In realtà, quella che viene definita "giuridificazione" della politica può essere intesa come la rivincita

del diritto operativo e organizzativo di cui parlano Hauriou e Romano, cioè una tecnica creativa che si rivela un potente mezzo di stabilizzazione delle forme di vita.

La politica statale tradizionale – quella fondata sulla rappresentanza e sulla produzione legislativa parlamentare – viene progressivamente affiancata, se non talora sostituita, da una politica che prende corpo nelle aule di tribunali o nelle camere arbitrali, come nel più ampio alveo del dibattito giurisprudenziale a esse connaturato. In molti Stati liberal-costituzionali (non solo occidentali), la formulazione e l'avanzamento di rivendicazioni sociali e politiche legate ad ambiti importanti della vita personale (come ad esempio orientamento sessuale, educazione, salute, lavoro, etc.) avviene sempre meno entro il circuito politico tradizionale, in cui i cittadini si rivolgevano ai loro rappresentanti, che a loro volta portavano richieste, interessi, proposte nel dibattito parlamentare. Negli ultimi decenni, i cittadini, perlopiù coadiuvati da esperti capaci di formulare istanze efficaci, tendono a rivolgersi direttamente al potere giudiziario per veder soddisfatte le loro richieste con incomparabile efficacia.

Non si tratta tanto (o solo) della sostituzione del decisore politico con il giudice nella gestione di aspetti rilevanti della vita privata e pubblica di una comunità politica – aspetto che pure ha finito per monopolizzare il dibattito sul tema, di fatto impoverendone portata ed effetti. La cifra della giuridificazione è il diritto come tecnica di produzione di corpi normativi che rispondono a esigenze pratiche specifiche e si sottraggono alla logica di sistema tipica degli ordinamenti giuridici tradizionali. Lo scenario della politica giuridificata è una costellazione di assemblaggi normativi

funzionali alla regolazione di aspetti circostanziati della vita di singoli e gruppi (relazioni parentali, contesti educativi, ambito della salute, rapporti di lavoro e altri), improntate a modelli di contrattualizzazione negoziale<sup>19</sup>.

Il diritto torna quindi ad essere quella tecnica con cui gli attori sociali *si dicono* – un dirsi carico di effettualità – per fuoriuscire dalla contingenza dell'interazione quotidiana e fanno ricorso a quella semiosi particolare che connette le azioni a specifiche conseguenze pratiche. L'impoliticità della giuridificazione, quindi, è tutt'altro che assenza di politica; è al contrario una politica tecnologica delle forme di vita capaci di autorappresentarsi entro un campo specialistico che presta loro un linguaggio tecnico sotto la guida di esperti. Non c'è dubbio che, già all'inizio dello scorso secolo, l'istituzionalismo abbia colto la forza fattiva di un diritto che la teoria politica moderna aveva completamente sacrificato alla supremazia del decisore sovrano, produttore di un sistema normativo compatto, unitario, comune a tutti. Hauriou e Romano in particolare hanno segnalato la debolezza dell'impianto stato-centrico – una debo-

lezza che si riflette anzitutto in una scarsa presa in carico del reale, ben al di là di ogni discorso sull'efficacia – ed esaltato le virtù di un diritto che è la vita organica dei gruppi o la macchina che li assembla. Per questo, la teoria politica oggi può dismettere quel senso di estraneità e recuperare il carattere intimamente politico di quel diritto: la lingua performativa con cui gli attori si autodescrivono per fissare i contorni delle figure normative che più rispondono alle loro esigenze pratiche. In questo quadro, lo Stato, come per Hauriou e Romano, non sarebbe certo destinato a scomparire, ma a ripensarsi come quella piattaforma in cui alla negoziazione tra le parti si assicura la competenza tecnica necessaria assieme al rispetto di alcuni standard di fondo, al fine di limitare quegli squilibri e quelle disparità di potere che lo sguardo istituzionalista, lungi dal negare o tacitare, permette al contrario di censire e cartografare in tutta la loro estensione.

<sup>1</sup> Su sollecitazione di uno dei revisori, che si ringrazia, occorre precisare che la nozione di impoliticità di cui si fa uso nel presente articolo non si intende collegata al tema dell'impolitico nel dibattito novecentesco (si pensi ad autrici e autori come Arendt, Bataille, Blanchot, Canetti ed Esposito). In questa sede, infatti, esso vale come marcatore di un'attitudine teorica che segna l'istituzionalismo giuridico allorché almeno

alcuni dei suoi più illustri rappresentanti pretendono (in buona o cattiva fede) di rispettare i confini che separano il diritto dalla politica ma elaborano invece teorie intimamente politiche. In altri termini, l'impolitico è qui utilizzato per rimarcare una maniera "obliqua" della teoria politica, il cui accesso, e a tutta prima camuffamento, è la teoria del diritto. Potrebbe ben essere vero che ogni teoria del diritto ha

inevitabili risvolti teorico-politici ed effetti sulla politica; eppure l'istituzionalismo, a differenza di teorie del diritto che pure hanno tali risvolti ed effetti, avanza una teoria politica di notevole peso e primaria importanza, che mobilita una contro-storia del potere politico nella vita dello Stato occidentale.

<sup>2</sup> Non a caso, *konkretes Ordnungs- und Gestaltungsdenken* (pensiero dell'ordine concreto e della for-

mazione) è l'etichetta che Carl Schmitt preferisce al più compreso "istituzionalismo", cui apprenderà all'inizio degli anni '30 a seguito del radicale ripensamento del decisionismo ispiratogli dalla lettura accorta dei lavori di Maurice Hauriou e Santi Romano. Sulle ragioni della scelta lessicale, v. M. Croce, A. Salvatore, *The Legal Theory of Carl Schmitt*, Abingdon, Routledge, 2013.

- <sup>3</sup> M. Hauriou, *La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)*, in *La cité moderne et les transformations du droit*, Paris, Bloud et Gay, 1925, pp. 2-45; tr. it. *La teoria dell'istituzione e della fondazione (Saggio di vitalismo sociale)*, a cura di A. Salvatore, Macerata, Quodlibet, 2019, p. 23.
- <sup>4</sup> Cfr. M. Hauriou, *L'institution et le droit statutaire*, in «Recueil de législation de Toulouse», II, 1906, pp. 134-182. Per un inquadramento della teoria dell'istituzione di Hauriou, cfr. A. Broderick, *Hauriou's Institutional Theory: An Invitation to Common Law Jurisprudence*, in «The Solicitor Quarterly», IV, n. 4, 1965, pp. 281-308; R. Chéno, *La pertinence ecclésiologique de la théorie de l'institution de Maurice Hauriou*, in «Revue des sciences religieuses», LXXXII, 2008, pp. 225-243; J.-A. Mazères, *La théorie de l'institution de Maurice Hauriou ou l'oscillation entre l'instituant et l'institué*, in *Pouvoir et liberté. Études offertes à Jacques Mougeon*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 239-293; A. Scerbo, *Istituzione e vitalismo sociale: il pensiero di Maurice Hauriou*, in Id., *Istituzionalismo giuridico e pluralismo sociale. Riflessioni su alcuni filosofi del diritto francesi*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2008, pp. 11-61; W. Schild, *Die Institutionentheorie Maurice Hauriou*, in «Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht», XXV, 1974, pp. 3-21; J. Schmitz, *La théorie de l'institution du doyen Maurice Hauriou*, Paris, L'Harmattan, 2013; Y. Tanguy, *L'institution dans l'oeuvre de Maurice Hauriou. Actualité*

*d'une doctrine*, in «Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger», CVII, 1991, pp. 61-79.

- <sup>5</sup> Per un inquadramento di questa e altre critiche al paradigma istituzionalista, rimandiamo alle ampie analisi contenute in M. La Torre, *Law as Institution*, Dordrecht, Springer, 2010, e M.L. Tarantino, *Istituzionalismo e neoinstituzionalismo. Questioni e figure*, Milano, Giuffrè, 2011.
- <sup>6</sup> J.-A. Mazères, *Le vitalisme social de Maurice Hauriou (ou le sous-titre oublié)*, in C. Alonso, A. Duranthon, J. Schmitz (éds), *La pensée du doyen Maurice Hauriou à l'épreuve du temps: quel(s) héritage(s)?*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2015, p. 230.
- <sup>7</sup> Cfr. J. Barroche, *Maurice Hauriou, juriste catholique ou libéral?*, in «Revue française d'histoire des idées politiques», XIV, 2008, pp. 307-335; O. Beaud, *Hauriou et le droit naturel*, in «Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique», IV, n. 6, 1988), pp. 123-138; N. Bobbio, *Istituzione e diritto sociale (Renard e Curvitch)*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», XVI, 1936, pp. 385-418; P.-Y. Chicot, *La notion d'ordre social dans la pensée de Maurice Hauriou. Contribution à l'étude de son œuvre*, in «Revue française de droit administratif», IX, 2009, pp. 419-432; É. Millard, *Hauriou et la théorie de l'institution*, in «Droit et Société», n. 30-31, 1995, pp. 381-412.
- <sup>8</sup> La lettura di Romano che qui si offrirà non intende essere un'esegesi fedele della sua opera bensì una lettura di come l'impolitico muova in tutta la sua produzione come una delle forze motrici. Per un'interpretazione accurata dei lavori del grande giurista palermitano, la cui letteratura è troppo ampia per poterne fare giusta menzione nello spazio di una nota a piè di pagina, ci limitiamo ai lavori del passato che hanno più segnato importanti

direttrici di ricerca e ad alcune reinterpretazioni più recenti. Un'introduzione informatissima e ricca di dettagli è A. Romano, *Nota bio-bibliografica*, in S. Romano, *L'«ultimo» Santi Romano*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 843-885. Molto utili altresì A. Sandulli, *Santi Romano and the Perception of the Public Law Complexity*, in «Italian Journal of Public Law», I, 2009, pp. 1-38; A. Sandulli, «Romano, Santi», in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, vol. II, Bologna, il Mulino, 2013, pp. 1728-1731; A. Olivari, *Santi Romano ontologo del diritto*, Milano, LED, 2016. Per l'inquadramento di Romano nel contesto della cultura giuridica italiana, si veda M. Fioravanti, *Stato di diritto e Stato amministrativo nell'opera giuridica di Santi Romano*, in A. Mazzacane (a cura di), *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*, Napoli, Liguori, 1986, pp. 309-346; M. Fioravanti, *Per l'interpretazione dell'opera giuridica di Santi Romano: nuove prospettive della ricerca*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», X, 1981, pp. 169-219; F. Lanchester, *Santi Romano e le ideologie giuridiche italiane nella transizione allo Stato di massa*, in «Rivista AIC», IV, 2011; A. Sandulli, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 206 ss. Sulla genesi e sul precipitato del pensiero di Romano, ci limitiamo a indicare due capisaldi: S. Cassese, *Ipotesi sulla formazione de «L'ordinamento giuridico» di Santi Romano*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», I, 1972, pp. 243-283; P. Grossi, *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», LX, 2006, 2, pp. 377-396. Raccomandabili anche più recenti lavori, come la serie di articoli apparsi nel numero speciali di *Jura Gentium*, XV, 2018, 2, a cura di T. Ca-

sadei e S. Pietropaoli e nel volume collettaneo R. Cavallo Perin *et al.* (a cura di), *Attualità e necessità del pensiero di Santi Romano*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019.

- <sup>9</sup> S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, a cura di M. Croce, Macerata, Quodlibet, 2018, p. 43.
- <sup>10</sup> Cfr. S. Romano, *Realtà giuridica*, in Id., *Frammenti di un dizionario giuridico*, a cura di M. Croce, Macerata, Quodlibet, 2018, pp. 243-259.
- <sup>11</sup> Sulla natura "processuale" dell'istituzionalismo di Romano, si veda il numero speciale di «*Jura Gentium*», XV, n. 21, 2018, citato sopra.
- <sup>12</sup> Sulla rilevanza dello *ius involuntarium* si veda il saggio che chiude la recente riedizione di *Frammenti di un dizionario giuridico*, M. Galdoni, *La caduta dei miti: il sapere profetico di Frammenti*, in Romano, *Frammenti di un dizionario giuridico cit.*, pp. 279-293.
- <sup>13</sup> S. Romano, *Principii di diritto costituzionale generale*, Milano, Giuffrè, 1946 (seconda edizione riveduta), p. 9.
- <sup>14</sup> Ivi, p. 12.
- <sup>15</sup> Ivi, p. 20.
- <sup>16</sup> Sulle dinamiche storiche e sociali che fanno da sfondo alla prolusione, si veda S. Cassese, *La prolusione romaniana sulla crisi dello Stato moderno e il suo tempo*, in «*Le Carte e la Storia*», XIV, n. 1, 2012, pp. 5-8.
- <sup>17</sup> Romano, *Frammenti di un dizionario giuridico cit.*, p. 212.
- <sup>18</sup> Romano, *Principii di diritto costituzionale generale cit.*, p. 22.
- <sup>19</sup> Sulla giuridificazione, si veda la discussione e l'ampia bibliografia contenute in M. Croce, *The Politics of Juridification*, Abingdon, Routledge, 2017.

# Per un ricordo di Michael Stolleis (1941-2021)

LUIGI LACCHÈ

Come tanti altri studiosi italiani ho incontrato per la prima volta Michael Stolleis quando ero borsista al *Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte* di Francoforte sul Meno. Era il 1994 e il prof. Stolleis ne era il condirettore. Mi accolse con grande cordialità e signorilità. Nel corso di diversi soggiorni successivi presso l'Istituto di Francoforte ebbi modo di frequentarlo e di conoscerlo. Una cosa che colpiva era il suo grande attaccamento a quella istituzione così importante per lo sviluppo e l'organizzazione internazionale della storia del diritto nella seconda metà del Novecento. Ricordo che il giorno dell'inaugurazione del nuovo Campus nel Westend, in Hansaallee, da lui tanto voluto e "progettato", gli brillavano gli occhi – lui sempre così misurato – tanta era la contentezza.

Era un grande studioso che chiedeva a sé stesso e agli altri impegno e rigore. Con le sue opere e il suo magistero ha seguito e formato generazioni di giovani studiosi, non solo tedeschi. Era un punto di riferimento imprescindibile per chiunque si

interessasse al diritto pubblico e alla sua storia.

Nato nel 1941, allievo di Sten Gagnér, Stolleis è stato professore di diritto pubblico e di storia del diritto moderno nell'Università Johann Wolfgang Goethe di Francoforte sul Meno (1974-2006) e, come detto, direttore del *Max-Planck-Institut* per la storia giuridica europea (1991-2009). Per la sua attività scientifica ha ricevuto importanti riconoscimenti (basti pensare al premio Balzan 2000 per la storia del diritto moderno) e numerose lauree *honoris causa* (Università di Lund, Tolosa, Padova, Helsinki) ed onorificenze.

Come è noto, i lavori e le indicazioni metodologiche di Michael Stolleis hanno avuto un impatto assai rilevante sulla storia giuridica tedesca ed europea<sup>1</sup>. Per certi versi Stolleis ha contribuito a fondare una nuova storia del diritto pubblico approfondendo la tradizione della *ragion di stato*, del rapporto tra statualità e finanze, la disciplina delle cosiddette ordinanze di polizia (*Policeyordnungen*) e del diritto am-

ministrativo della prima età moderna. La sua monumentale *Storia del diritto pubblico in Germania* non ha eguali. Elaborata tra il 1988 e il 2012 in quattro volumi<sup>2</sup> ricostruisce in maniera analitica ed estremamente approfondita lo sviluppo del diritto pubblico dalla sua prima emersione moderna sino alla riunificazione politica della Germania alla fine del XX secolo. Pioneristici sono i suoi studi sulla storia del diritto sociale, sul nazionalsocialismo, sul destino degli avvocati tedeschi di origine ebraica in esilio, sull'iconografia della legge, sulla storia giuridica della Repubblica democratica tedesca e dell'Europa orientale.

Stolleis ha avuto relazioni importanti e durevoli con parecchi colleghi italiani, e soprattutto con il gruppo fiorentino del Centro studi per la storia del pensiero giuridico moderno, a cominciare da Paolo Grossi, e con gli storici moderni legati a Paolo Prodi e all'Istituto italo-germanico di Trento diretto da Pierangelo Schiera. La recezione della sua opera è stata significativa: non a caso alcuni dei principali lavori di Stolleis sono stati tradotti in italiano<sup>3</sup>.

Tra queste relazioni scientifiche ed editoriali possiamo annoverare anche quelle con Macerata e il *Giornale di Storia costituzionale*. Michael ha offerto alla rivista, nel corso degli anni, due importanti contributi di taglio metodologico sulla storia costituzionale e sulla storia del diritto<sup>4</sup>. E nel 2019 è stata promossa dalla *Biblioteca del Giornale di Storia costituzionale* l'edizione italiana della sua *Introduzione alla storia del diritto pubblico in Germania (XVI-XXI sec.)*, tradotta da Paolo Scotini<sup>5</sup>. È un'opera alla quale Stolleis teneva molto trattandosi di una "sintesi" coerente dei temi della sua storia in 4 voll. Il volume offre infatti un'agile panoramica storica sul diritto pub-

blico in Germania tra l'età moderna e l'età contemporanea. È un testo sintetico ma nondimeno completo; una "introduzione" e una guida sicura per il lettore che voglia conoscere rapidamente i termini essenziali di un tema, di una fase storica o dell'intero disegno. Si tratta quindi di un volume dalla spiccata vocazione didattica in grado, altresì, di offrire un registro di alta divulgazione per un pubblico più vasto.

L'articolo che pubblichiamo in questo numero del *Giornale* è il nostro ultimo tributo a Michael. Siamo sicuri che la sua vastissima e originale opera scientifica resterà al centro dell'attenzione della storiografia mondiale. Ai noi mancherà lo studioso e, prima ancora, l'amico.

- <sup>1</sup> Cfr. V. Erkkilä, *The metaphysics and legal history. An interview with Michael Stolleis*, in *Legal Roots online*, 2016, <<http://europeanlegalroots.weebly.com/interviews.html>>.
- <sup>2</sup> *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, München, C. H. Beck, Band 1: *Reichspublizistik und Policywissenschaft 1600-1800* (1988); Band 2: *Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800-1914* (1992); Band 3: *Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur 1914-1945* (1999); Band 4: *Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in West und Ost 1945-1990* (2012).
- <sup>3</sup> M. Stolleis, *Storia del diritto pubblico in Germania. I. Pubblicistica dell'Impero e scienza di polizia 1600-1800*, trad. di C. Ricca, Milano, Giuffrè, 2008; M. Stolleis, *Storia del diritto pubblico in Germania. II. Dottrina del diritto pubblico e scienza dell'amministrazione 1800-1914*, trad. it. di C. Ricca e S. Pietropaoli, Milano, Giuffrè, 2014. In traduzione italiana si può leggere di Stolleis anche *Stato e ragion di stato nella prima età moderna*, Bologna, il Mulino, 1998 (1990) e *L'occhio della legge. Storia di una metafora*, ed. it. a cura di A. Somma, Roma, Carocci, 2007 (2004).
- <sup>4</sup> *Concepts, models and traditions of a comparative European constitutional history / Concetti, modelli e tradizioni di una storia costituzionale europea comparata*, in «Giornale di Storia costituzionale», n. 19, 2010, pp. 45-56; *Traditions and Changes and the Role of Legal History / Tradizioni e cambiamenti e il ruolo della storia del diritto*, in «Giornale di Storia costituzionale», n. 30, 2015, pp. 11-16. Nel 2014 Stolleis fu il *plenary speaker* che aprì a Macerata la terza Conferenza biennale della *European Society for Comparative Legal History*.
- <sup>5</sup> Edizione di *Öffentliches Recht in Deutschland. Eine Einführung in seine Geschichte*. 16.-21. Jahrhundert, München, C. H. Beck, 2014.







# Ventisei proposte di lettura

A CURA DI CHIARA BERGONZINI, SIMONE CALZOLAIO, RONALD CAR, ROBERTO CISOTTA, NINFA CONTIGIANI, GIOVANNI DI COSIMO, CHIARA FELIZIANI, MARCO FIORAVANTI, LUIGI LACCHÈ, GIUSEPPE MECCA, FABRIZIO MARONGIU BUONAIUTI, ULRIKE MÜßIG, MONICA STRONATI

## A

Paolo ALVAZZI DEL FRATE  
*Individuo e comunità.  
Considerazioni storico-  
giuridiche sull'individualismo*

Torino, Giappichelli, 2020, 2 ed., pp. 161  
ISBN 9788892136779, Euro 16

Il volume introduce e distende con grande chiarezza un dibattito mai sopito che è un passaggio fondamentale per la comprensione del giuridico. Metodologicamente, agli studenti di diritto è indispensabile rendersi conto dell'ambivalenza dei concetti di "Diritto e natura" con cui si apre il primo capitolo. Non cogliere l'essenza della 'volontarietà' del diritto moderno in effetti rischierebbe di inficiare la

legittimazione del normativo nelle nostre società.

Sulla scia lunga di un percorso giuridico che oramai consuma la post-modernità (che l'autore nella prospettiva del testo definisce al cap. VI "la lunga crisi dell'individualismo") il titolo del volume si riferisce – puntualmente – non alla società ma alla 'comunità' che è il secondo termine della coppia semantica. Pare di poter dire proprio a partire dal titolo, che la comunità sia vista come il termine storico di partenza da opporre all'individualismo poi emergente e, più ancora, come semantizzazione odierna di una complessità sociale che in termini "meta-giuridici" riconduce ad alcuni elementi costitutivi della comunità medievale sentita come 'naturale' dall'uomo.

Tuttavia, conclude l'autore, perso di sicuro l'indivi-

dualismo puro teorizzato dal giusnaturalismo settecentesco, «oggi l'individualismo non ha perso il suo significato e, in una versione moderata, caratterizza ancora la cultura occidentale. Esso ha mutato le sue caratteristiche e non si prefigge più la prevalenza assoluta dell'individuo sulla comunità, ma è alla ricerca di un compromesso dinamico tra l'interesse del singolo e quello della comunità [...] Si potrebbe, in sintesi, definire il nuovo individualismo come 'il diritto ad essere sè stesso'» (p. 153).

N.C.

## B

Uladsilau BELAVUSAU,  
Aleksandra GLISZCZYNSKA-

GRABIAS (eds.)

*Constitutionalism under Stress.  
Essays in Honour of Wojciech  
Sadurski*

Oxford, Oxford University Press, 2020,  
pp. 355  
ISBN 9780198864738, £ 80

Wojciech Sadurski (n. 1950) è uno dei più noti e importanti studiosi, a livello internazionale, nell'ambito della teoria costituzionale, degli studi costituzionali comparati e della filosofia politica. Come professore polacco (Università di Varsavia) ha dedicato molti lavori al processo di trasformazione del suo paese e più in generale delle nazioni europee dell'est, come professore a Sidney, in Australia, ha fortemente ampliato i suoi orizzonti su scala globale, passando per un numero impressionante di attività didattiche e di ricerca in molti altri Atenei e Centri di ricerca di primissimo piano (basti pensare ai suoi anni trascorsi presso l'Istituto Universitario Europeo di Firenze). Come ricordano Rosalind Dixon e i curatori del volume il concetto di *public reason* è centrale nella riflessione teorica e nell'attività pubblicistica di Sadurski, alla base di un liberalismo politico che va alla ricerca di argomenti e ragioni che possano essere accolti e condivisi anche da altri punti di vista, costruendo le condizioni per un autentico dibattito democratico.

Questo *Liber Amicorum* intende evidenziare il magistero

del professore polacco caratterizzato da una rete di allievi e di studiosi che hanno condiviso con lui fasi importanti della loro attività. Ma il volume ha anche il merito di non essere soltanto un *Festschrift* celebrativo: la sua utilità generale sta nel fatto che esso trascende il dato occasionale ospitando nelle tre parti che lo compongono ventuno contributi più l'Epilogo scritto da J.H.H. Weiler. Il titolo *Constitutionalism under stress* coglie bene i problemi e le sfide che la teoria e il diritto costituzionale devono affrontare nel contesto delle "democrazie illiberali" dell'Europa dell'Est (Polonia e Ungheria in testa) ma anche di alcuni dilemmi del *rule of law* nelle consolidate democrazie occidentali. Il populismo autoritario, il revisionismo, l'uso distorto e strumentale di alcuni meccanismi democratici, l'erosione dello Stato di diritto pongono problemi sia interni ai singoli Stati, sia all'interno dell'Europa con riferimento ai principali *standards* liberal e social-democratici.

La riflessione di Sadurski è stata accompagnata – specie negli ultimi anni – da un suo forte impegno critico nel dibattito pubblico polacco in difesa della democrazia liberale, sostenendo l'azione di quei partiti e di quei cittadini che hanno cercato di contrastare la deriva anti-democratica, in favore di una visione più de-

mocratica e inclusiva proposta dalla Costituzione del 1997.

L.L.

Francesco BENIGNO, Daniele  
DI BARTOLOMEO  
*Napoleone deve morire. L'idea  
di ripetizione storica nella  
Rivoluzione francese*

Roma, Salerno Editrice, 2020, pp. 194  
ISBN 9788869733956, Euro 19

Il libro di Francesco Benigno e Daniele Di Bartolomeo – il primo noto storico della politica europea in età moderna e attento interprete delle dinamiche storico-politiche del crimine organizzato e del terrorismo contemporaneo, il secondo uno dei migliori giovani studiosi italiani della Rivoluzione francese – sebbene tratti un tema per alcuni aspetti classico della storiografia, come quello della ripetizione storica, ne affronta la portata in modo del tutto originale.

Gli Autori si sono impegnati infatti a ristudiare daccapo l'analisi dei discorsi politici e delle temporalità rivoluzionarie, facendo tesoro della lezione di Walter Benjamin e Reinhart Koselleck. Gli storici, infatti, si sono accorti che la Rivoluzione francese, oltre ad essere stata la fucina del futuro, è stata anche un laboratorio dove il nuovo ha preso forma attraverso l'uso della comparazione storica, mediante il confronto con le

## Ventisei proposte di lettura

esperienze rivoluzionarie passate e tramite la rielaborazione degli accadimenti storici.

Il volume, facendo colloquiare gli antichi e i moderni, dimostra come il rapporto con il passato fosse una componente indispensabile per i rivoluzionari francesi (ma, in misura altrettanto significativa, lo fu anche per i costituenti americani): per inventare il futuro si ricorre alla lezione del passato. Più precisamente, ci dicono Benigno e Di Bartolomeo, il continuo rimando tra passato e presente, faceva apparire gli avvenimenti come la ripetizione ineluttabile di fatti già accaduti.

Capita di rado di imbatcersi in un volume sulla Rivoluzione francese che, seppure fornendo nuove prospettive e interpretazioni, non ricalchi temi precedentemente affrontati e percorra sentieri già battuti. *Napoleone deve morire* invece intraprende una strada che, da un lato, colma una lacuna storiografica, da un altro, cosa ancora più meritevole, indica un percorso di studi da seguire.

M.F.

Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE  
*Religion, Law, and Democracy*

Selected Writings, vol. II

Ed. by Mirjam Künkler, Tine Stein

Oxford, Oxford University Press, 2020,  
pp. 456

ISBN 9780198818632, \$ 65

Se il primo volume (2017) degli scritti scelti di Ernst-Wolf-

gang Böckenförde riguardava la teoria politica e costituzionale, questo secondo volume valorizza in particolare il rapporto tra religione, diritto e democrazia. Nel frattempo l'autore è scomparso (2019) e pertanto questa raccolta in lingua inglese rappresenta un'occasione preziosa per conoscere l'opera di uno dei più grandi giuristi, storici e filosofi politici della seconda metà del Novecento. Professore emerito di diritto pubblico nell'Università di Friburgo, Böckenförde è stato giudice della Corte costituzionale tedesca (1983-1996). Socialdemocratico, cattolico liberale, il professore tedesco ha profondamente influenzato il diritto costituzionale tedesco, la sua concreta applicazione e il dibattito pubblico, convinto che la democrazia costituzionale potesse davvero "vivere" solo grazie al contributo continuo dei cittadini e della società civile.

Per Böckenförde la religione era un fattore fondamentale, nella sua vita di cattolico, ma soprattutto in rapporto ad alcune delle questioni centrali del regime democratico: libertà individuale rispetto allo Stato e alla società, riforma della Chiesa, neutralità dello Stato, diritti.

Nell'ampia Introduzione «Freedom in Religion, Freedom in the State: Ernst-Wolfgang Böckenförde on Religion, Law, and Democracy», M.

Künkler spiega le scelte tematiche e soprattutto traccia un utilissimo profilo biografico per far comprendere meglio la periodizzazione e l'evoluzione del pensiero dell'autore. Il volume suddivide i saggi in quattro parti: parte I "Catholic Church and Political Order", parte II "State and Secularity", parte III "On the Theology of Law and Political Theory", parte IV "Basic Norms and the Principle of Human Dignity". Ogni parte è introdotta dai curatori con una interessante riflessione volta a cogliere gli aspetti fondamentali delle diverse articolazioni dell'opera del giudice costituzionale. Il volume, infine, è corredato da una intervista a Böckenförde del 2011 e dalla bibliografia completa dei suoi scritti. Un volume che mostra la straordinaria ricchezza e complessità del pensiero di un grande intellettuale del Ventesimo secolo.

L.L.

Chiara BOLOGNA

*La libertà di espressione dei  
«funzionari»*

Bologna, BUP, 2020, pp. 223

ISBN 978-88-6923-637-2; ISBN online

978-88-6923-638-9 (consultabile in

<[https://buponline.com/prodotto/](https://buponline.com/prodotto/la-liberta-di-espressione-dei-funzionari/9)

la-liberta-di-espressione-dei-funzionari/9>)

Il saggio monografico di Chiara Bologna si occupa di descrivere e analizzare criticamente il tema della libertà di espressione dei funzionari nell'ordinamento italiano ed

accomuna pertanto due profili per loro natura sfuggenti: sul piano oggettivo, la libertà di espressione, in un momento di rivoluzione del sistema dell'informazione e della comunicazione; sul piano soggettivo, il concetto di funzionario, ambiguo fin dal testo costituzionale (cfr. i differenti significati evocati negli artt. 28, 54, 87, 97, 98, VIII disp. trans. fin., Cost.), e pertanto lealmente evocato fra virgolette sin dal titolo del volume.

L'obiettivo dichiarato della ricerca è di investigare il tema dei limiti alla libertà di espressione che, ad esclusione delle ipotesi dei segreti, comportino un dovere di riserbo o di moderazione in capo ai funzionari pubblici, intesi questi ultimi come soggetti legati alla amministrazione da un rapporto di impiego pubblico che svolgono funzioni tali da presupporre una neutralità e un'imparzialità dell'agire pubblico (ivi compresi, quindi, i magistrati).

Decisamente convincente, e fors'anche affascinante, il rigoroso metodo di indagine seguito. L'analisi muove da un importante saggio di Charles Fourier del 1957, sulla libertà di opinione del funzionario, il quale introduce la distinzione fra funzionario emancipato, vassallizzato e politicamente sterilizzato, e in tal senso distingue la collocazione della figura in diversi ordinamenti liberaldemocratici (ma non

quello italiano). Questo *starting point* consente di ottenere due risultati: avere un solido fondamento dottrinale su cui sviluppare un tema potenzialmente sfuggente, che invece in questo modo risulta chiaramente collocato, e inquadrare il problema all'interno degli ordinamenti liberaldemocratici, cioè nella prospettiva dell'evoluzione del costituzionalismo occidentale.

Risulta quindi naturale incontrare l'analisi giuridica della disciplina della libertà di espressione del funzionario pubblico proprio nei principali ordinamenti presi in esame dal Fourier (Gran Bretagna, Stati Uniti, Francia, Germania), ciascuno inserito nel contesto evolutivo del proprio tessuto costituzionale, con le peculiari caratteristiche storico-giuridiche. L'analisi opportunamente si allarga anche al sopravvenuto – rispetto al lavoro di Fourier – ordinamento dell'Unione europea e, in tal modo, il quadro dell'indagine risulta articolato ed il mosaico variopinto degli ordinamenti liberaldemocratici contemporanei ben costruito.

Tuttavia, è attraverso il capitolo dedicato alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che l'analisi può allargarsi fino a toccare fattispecie e ordinamenti in cui il funzionario tende ad essere considerato vassallo di un potere politico arbitrario e, a tratti, perfino dispotico.

Prendono quindi corpo, nei diversi ordinamenti incontrati, le tre figure descritte dal Fourier: ne deriva una immagine complessiva nitida, in cui emergono i caratteri, le potenzialità e le tensioni che attraversano l'oggetto dell'indagine. Si può pertanto procedere con l'analisi dell'ordinamento costituzionale italiano.

I capitoli successivi sono dedicati alle disposizioni (e cioè in particolare gli artt. 21, 52, 54, 97 e 98 Cost.) ed ai principi costituzionali (i doveri di fedeltà, di adempimento delle proprie funzioni con disciplina e onore, di difesa della patria; il servizio esclusivo della Nazione, i limiti di iscrizione ai partiti politici) che potrebbero ipoteticamente determinare un limite alla libertà di espressione del funzionario. Quindi la ricerca si rivolge verso la dimensione positiva e attuale, selezionando razionalmente le principali fattispecie da prendere in esame, come la libertà di espressione nel pubblico impiego privatizzato, dei militari, delle forze di polizia, dei funzionari diplomatici. Ne emerge un quadro variegato, in cui si riscontrano discipline diverse e diversa dimensione dei limiti a seconda della tipologia di "funzionari" considerati – giuste quindi le virgolette nel titolo del lavoro.

Più che opportunamente tale indagine si conclude ponendo il dilemma della libertà

di espressione dei funzionari al tempo dei *social media*, dove la potenzialità diffusiva dei canali digitali tende a uniformare, pericolosamente, dimensione privata e cognizione pubblica dell'espressione dei funzionari, ponendo problemi ancora difficili da identificare, disciplinare, risolvere, se non caso per caso.

L'acutezza dell'approccio metodico e della chiarezza di visione del volume si apprezza in modo particolare nell'ultimo capitolo, dedicato alla categoria di funzionari apparentemente meno inquadrabile nella qualifica di meri funzionari che l'ordinamento costituzionale conosca, ovvero i magistrati, per i quali tuttavia non si tratta solo di mostrarsi imparziali ma, come si evidenzia, addirittura di *apparire giusti* (Calamandrei) per garantire un sostenibile – sul piano costituzionale – esercizio della funzione giurisdizionale.

Si può quindi concludere utilizzando proprio – ai nostri fini – il titolo dell'ultimo paragrafo dell'ultimo capitolo del volume: si tratta di una analisi metodica, necessaria prima che utile, e di una ricerca originale, che mantiene quel che promette e, soprattutto, non lascia spazio alla "tirannia dell'apparenza" spesso imperante. Per dirla nella lingua del Fourier, tutt'altro che un *déjà vu*.

S.C.

C

Peter CANE, Herwig C.H. HOFMANN, Eric C. IP, Peter L. LINDSETH  
*The Oxford Handbook of Comparative Administrative Law*

Oxford, Oxford University Press, 2020,  
pp. 1168  
ISBN 9780198700086, £ 145

*The Oxford Handbook of Comparative Administrative Law* è un volume collettaneo di recente pubblicazione curato da quattro professori provenienti da quattro diversi continenti: Peter Cane (Australian National University), Herwig C.H. Hofmann (University of Luxembourg), Eric C. Ip (University of Hong Kong) e Peter L. Lindseth (University of Connecticut).

Il libro, come il titolo lascia chiaramente intendere, si inserisce nel filone degli studi di diritto pubblico comparato e, in particolare, di diritto amministrativo comparato. Il suo obiettivo primo – si legge anche nella prefazione a firma dei curatori – è quello di approfondire un consistente numero di questioni, spaziando dalla storia (ad es. le origini dei diversi sistemi di diritto amministrativo) sino all'attualità (ad es. la odierna tendenza alla digitalizzazione delle pubbliche amministrazioni), per offrire uno spacca-

to quanto più vasto e vario del diritto amministrativo, della sua evoluzione e della sua funzione. Il tutto nella cornice delle sempre più complesse e articolate interazioni tra il diritto amministrativo stesso e le altre branche del diritto pubblico, a partire specialmente dal diritto costituzionale e dal diritto internazionale.

Costruito in parti, il volume muove dalle origini del diritto amministrativo comparato come filone di interesse accademico (Parte I) e dalle questioni di ordine più strettamente metodologico che esso pone (Parte II). Per questa via, il lavoro giunge ad approfondire, da un lato, le connessioni esistenti tra il diritto pubblico, le istituzioni e le dinamiche di carattere più squisitamente politico (Parte III) e, dall'altro lato, una serie di questioni – come, ad esempio, la separazione dei poteri – che interessano tanto il diritto amministrativo quanto le altre branche del diritto pubblico (Parte IV). Da ultimo, il libro si sofferma specificatamente sul potere amministrativo e sulle sue funzioni (Parte V), nonché sul tema dei controlli (Parte VI e VII).

Nel loro complesso, i diversi contributi in cui il volume si articola intendono mostrare come il diritto che presiede all'esercizio del potere da parte dei soggetti

pubblici si è sviluppato nel tempo e nei diversi ordinamenti giuridici (i.e. importante a questo riguardo il distinguo *civil law/common law*), mettendo per l'effetto in luce la natura e il ruolo che il diritto amministrativo svolge – oggi come ieri – a livello nazionale, così come a livello europeo ed internazionale.

C.F.

Adam CHILTON, Mila VERSTEEG  
*How Constitutional Rights Matter*

New York, Oxford University Press,  
2020, pp. 396  
ISBN 9780190871451, £ 64

Le Carte costituzionali contemplano un catalogo di diritti e libertà la cui tutela effettiva dipende da svariati fattori. In particolare, alcuni diritti costituzionali mostrano una maggiore capacità di resistenza alle violazioni compiute dai pubblici poteri. E ciò ha più a che vedere con i soggetti titolari di tali diritti, piuttosto che con il tipo di regime nel quale si collocano. In *How Constitutional Rights Matter* Chilton e Versteeg mettono in luce come, tanto nelle democrazie occidentali quanto nei regimi autocratici, abbiano maggiori probabilità di essere garantite la libertà religiosa, la libertà sindacale o quella di costituire un partito politico, tutte egualmente praticate all'interno di organizzazioni che hanno uno specifico interesse alla loro protezione. Di

contro, minori tutele godono posizioni soggettive che solitamente non vengono esercitate all'interno di gruppi organizzati.

Le tesi avanzate non sono particolarmente nuove, lo riconoscono gli stessi Autori. Colpiscono semmai il metodo e l'ampiezza dell'indagine: il volume è infatti il frutto di un lavoro di ricerca empirica di lungo corso, nel quale Chilton e Versteeg hanno impiegato un'ampia varietà di metodi, inclusa un'analisi statistica che copre 194 paesi nell'arco di sei decenni. L'indagine si concentra su otto diritti costituzionali: libertà di espressione, divieto di tortura, libertà di circolazione, diritto all'istruzione, diritto all'assistenza sanitaria, libertà di religione, libertà sindacale e diritto di formare partiti politici.

Il successo degli *organizational rights* – come li definiscono gli Autori – si fonda essenzialmente sull'esistenza di organizzazioni, che riescono a superare i consueti ostacoli che si contrappongono alla mobilitazione dei cittadini in difesa dei diritti (nello specifico, problemi di coordinamento e di organizzazione di azioni collettive) e consentono di fare un uso strategico della Costituzione, anche attraverso il ricorso ai giudici.

Il merito del volume di Chilton e Versteeg, oltre all'ampia e documentata ana-

lisi, è quello di aver spostato il *focus* dell'indagine, che negli studi sulla tutela dei diritti si concentra sull'attività per solito di giudici e corti costituzionali, per rivalutare il ruolo centrale delle organizzazioni sociali nel costituzionalismo moderno.

G.D.

Bartolomé CLAVERO  
*Historia jurídica europea*

a cura di Jesús Vallejo y Sebastián Martín

Sevilla, Editorial Universidad de Sevilla,  
2020, pp. 726  
ISBN 9788447228393, s.i.p.

Il volume contiene una selezione di scritti dello storico del diritto spagnolo Bartolomé Clavero, pubblicati tra il 1982 e il 2002, a formare una raccolta che la Facoltà giuridica sivigliana ha voluto patrocinare per celebrare uno studioso che ne è stato a lungo uno dei docenti più prestigiosi e noti a livello internazionale. Una ricca e articolata introduzione (*Presentación. Historia del derecho y Europa del revés*) dei curatori contribuisce a collocare gli articoli scelti nella più vasta opera di Clavero e nel contesto della sua idea di storia «critica» del diritto, sia dal punto di vista metodologico (epistemologia e dimensione ermeneutica) che tematico.

Il volume contiene otto lavori: «*Lex Regni vicinioris. Indicio de España en*

Portugal»; «Amortizatio. Ilusión de la palabra»; «Antidora. Antropología católica de la economía moderna»; «Beati dictum. Derecho de linaje, economía de familia y cultura de orden»; «Blasón de Bártolo y baldón de Valla (a propósito de Una gramática de signos)»; «Les domaines de la propriété, 1789-1814. Propiedades y propiedad en el laboratorio revolucionario»; «La Paix et la Loi. Absolutismo constitucional?»; «Código como fuente de derecho y desagué de Constitución». Chi conosce la produzione scientifica di Clavero sa che i saggi selezionati offrono un «campionario» molto rappresentativo di alcune sue idee forti: penso alla peculiare declinazione claveriana della storia dei concetti e della relazione tra le parole e i fenomeni, la ricostruzione della dimensione antropologica (celebre *Antidora* e l'antropologia cattolica dell'economia moderna), la storia costituzionale e sociale della casa e della famiglia in antico regime, proprietà e libertà con speciale riguardo al laboratorio rivoluzionario francese, la dialettica codice/costituzione.

L.L.

Isabella CONSOLATI  
*Dominare tempi inquieti.*  
*Storia costituzionale, politica*  
*e tradizione europea in Otto*  
*Brunner*

Bologna, il Mulino, 2020, pp. 208  
ISBN 9788815290694, Euro 21

Ferdinand Braudel ha scritto negli anni Cinquanta che Otto Brunner ha saputo «[...] dominare i tempi inquieti che mettono alla prova il nostro pensiero». Il bel titolo del libro di Isabella Consolati ha dunque questo importante *copyright* nello storico francese che, nel solco delle *Annales*, ha contribuito allo sviluppo di un altro modo di fare «storia sociale». I tempi inquieti Brunner li ha attraversati con cognizione di causa e la sua compromissione col nazionalsocialismo ha pesato non poco sulla sua «recezione». Dagli anni '70 Brunner – per merito anzitutto di Pierangelo Schiera – è entrato con forza nel dibattito italiano e le sue opere principali – per non dire dell'iniziale impresa della *Begriffsgeschichte* con Conze e con il principale animatore Koselleck – hanno conosciuto un significativo successo editoriale che ha contribuito a diffondere il suo pensiero.

Dominare i tempi inquieti evoca però anche una delle categorie-chiave di Brunner, quella appunto di dominio. Se – come nota l'A. – il «volto» dello storico austriaco «è insomma politico», il dominio nella storia costituzionale e

sociale dell'Occidente rappresenta l'insieme delle forme storicamente determinate di sovra- e subordinazione degli uomini nei rapporti personali e sociali.

Consolati ricostruisce le principali categorie brunneriane nel concreto del «dominio come storia», in dialogo/confronto con alcuni dei più grandi pensatori del Novecento (Schmitt, Weber, Freyer). Nel primo capitolo «Sulla storia del 'politico'» emerge la riflessione in ordine al rapporto con la «costituzione» intesa, in chiave antiformalistica e schmittianamente, come ordinamento dell'unità politica, come ordine storico fondato però e non come mera «decisione». Brunner rifugge dall'uso «anacronistico» e «razionale» della costituzione post-rivoluzionaria e liberale per «comprendere» l'unità della costituzione medievale prima della formazione e della mitizzazione dello Stato moderno. Sono la signoria, il feudalesimo, l'*ethos* aristocratico, la tradizione, la «casa come complesso», la città, il concetto di istituzione a segnare alcuni dei termini della «nuova» storia costituzionale alla Brunner, al di là delle tesi weberiane sulla razionalità europea e sul calcolo economico. Pur alle origini della storia dei concetti, Brunner si posiziona con difficoltà sul crinale tradizione/rivoluzio-

ne e stenta a «riconoscere in quegli elementi di innovazione semantica e politica innescati dalle rivoluzioni europee un tratto non temporaneo e transitorio, ma costitutivo e invalicabile della modernità politica. È su questo terreno che Koselleck porterà la storia dei concetti oltre Brunner» (p. 13).

Il libro di Isabella Consolati è una buona guida, solida concettualmente e ben documentata, per leggere Otto Brunner nel Ventunesimo secolo.

L.L.

## D

Sophia DAFINGER

*Die Lehren des Luftkriegs:  
Sozialwissenschaftliche  
Expertise in den USA vom  
Zweiten Weltkrieg bis Vietnam*

Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2020,

pp. 362

ISBN 9783515126571, Euro 66

Nella migliore tradizione della storia delle istituzioni politiche, la presente ricerca ricostruisce le interazioni tra i *think-tank* di scienze sociali, il governo e l'esercito degli Stati Uniti nel periodo dalla Seconda Guerra Mondiale alla guerra del Vietnam, individuandovi dei fattori di forte rilevanza

per le modifiche a lungo termine degli assetti politico-costituzionali statunitensi. A monte vi è la convinzione diffusasi tra le due guerre mondiali (benché priva di prove) che la nuova arma – l'aviazione – potesse condurre in modo semplice e veloce alla vittoria grazie ai cosiddetti "bombardamenti strategici". Distinta dall'uso tattico dell'aviazione nel conflitto contro l'esercito nemico, a livello strategico la guerra aerea doveva essere incentrata sui bombardamenti della società civile nemica. L'aspetto cruciale risiede nel calcolo dell'intensità con cui i bombardamenti dovevano essere condotti per produrre una reazione calcolata sulla psiche e sul morale della popolazione costringendo il nemico alla resa. Tale visione implica la fiducia nella possibilità di prevedere l'impatto psico-sociale dei bombardamenti calcolando per via di analisi empirico-quantitative, fondate sul behaviorismo e sulla teoria dei giochi, quali e quanti obiettivi civili occorresse distruggere.

Le conseguenze per le società aggredite – le potenze dell'Asse nella Seconda Guerra Mondiale, la Corea e il Vietnam nella Guerra Fredda – furono che le popolazioni civili vennero considerate come degli obiettivi non solo legittimi

delle operazioni belliche, ma perfino prioritari. Per la società statunitense, ne derivò una serie di profonde trasformazioni, in primo luogo rispetto al modo di intendere il rapporto tra lo stato di pace e lo stato di guerra che, una volta offuscato, si tentò poi inutilmente di precisare e ricondurre entro la cornice costituzionale con la *War Powers Resolution* del 1973. Da società fondata sull'ideale del cittadino repubblicano in armi, geloso della propria libertà e sul profondo sospetto verso gli eserciti stanziati, dopo il 1945 gli Stati Uniti mutarono rapidamente in un *National Security State*. L'autonomia decisionale dell'esercito nei confronti del governo civile fu supportata da argomenti presentati come scientifici e quindi non opinabili, piegando sempre più il processo decisionale democratico in favore di istanze tecnocratiche. Invece di essere smobilitato, il comparto militare continuò a crescere, in primo luogo per sostenere gli altissimi costi dell'aviazione militare. Non si poteva più attendere – si sosteneva – la proclamazione dello stato di guerra per orientare le scelte di bilancio verso le esigenze della dottrina del contenimento.

La USAAF doveva essere permanentemente in grado di realizzare gli obiettivi politici

della guerra fredda ricorrendo ai bombardamenti strategici, come indicato dai "calcoli" sia delle agenzie governative sia di quelle indipendenti come la RAND corporation. Essendo un'agenzia privata, quest'ultima appariva agli occhi dei membri dei comitati di controllo del Congresso più indipendente nei giudizi in quanto non soggetta alle pressioni dell'ambiente governativo. Invece, come illustra in dettaglio l'autrice, in base ad un'ampia ricostruzione delle fonti d'archivio, i rapporti dei *contractors* scientifici rivestivano un'importanza per i vertici dell'aviazione solo nella misura in cui confermavano la validità dei bombardamenti strategici. I rapporti redatti dal *United States Strategic Bombing Survey* (USSBS) sulla base di interviste con la popolazione tedesca e giapponese nel 1945, concludevano che non era possibile dimostrare un nesso causale tra i bombardamenti e la resa del nemico, e pertanto furono semplicemente accantonati. Ben diversamente furono trattati i rapporti come *The Impact of Air Power in South Vietnam* presentato nel 1964 da Leon Gouré della RAND. Garantendo che l'impatto dei bombardamenti indicava «a significant and relatively quick improvement in the military situation» questi

offriva una convincente giustificazione scientifica sia per l'impiego dei soldi dei contribuenti statunitensi sia per le sofferenze imposte alla popolazione vietnamita.

R.C.

Leonardo Pompeo D'ALESSANDRO  
*Giustizia fascista*  
*Storia del Tribunale speciale*  
(1926-1943)

Bologna, il Mulino, 2020, pp. 294  
ISBN 9788815287694, Euro 27

Già alcuni saggi pubblicati da D'Alessandro negli ultimi anni mostravano nuove e fruttuose prospettive di ricerca sul Tribunale speciale per la Difesa dello Stato. Questo libro, ora, ne conferma e potenzia i risultati facendone un imprescindibile strumento per conoscere e capire meglio la "giustizia fascista", le sue strategie e le sue conseguenze sulla stessa costruzione del regime politico durante il fascismo. Negli ultimi anni sono apparse diverse ricerche sul tema ma, a parte le dovute eccezioni, ha prevalso il registro tralatizio, basato sulle sole sentenze e soprattutto su ciò che il tribunale avrebbe dovuto essere più che su quello che effettivamente è stato. Questo lavoro, basato su molti documenti inediti (andando oltre la prospettiva di Renzo De Felice) e su una nuova impostazione, ci offre un'analisi originale del tribunale, del suo

funzionamento, delle carte amministrative e, cosa fondamentale, dei suoi giudici. Due aspetti non mi hanno mai convinto della lettura tradizionale: che l'istituzione del Tribunale fosse dovuta alla scarsa fiducia del regime nella magistratura ordinaria; e che il Tribunale avesse caratteri solo militari o paramilitari. Lo studio di D'Alessandro fa vedere come questi due profili debbano essere rivisti. Emerge con rilievo crescente il ruolo della Presidenza del Consiglio e soprattutto della sua "posizione" nel contesto istituzionale. Tribunale del Duce, certo, ma «Al contrario, fu anche il portato degli interni equilibri di potere del regime, in un gioco spesso sotterraneo di influenze, concorrenze e persino di conflitti tra i diversi centri di comando» (p. 13), specchio della poliarchia del regime fascista e del suo "groviglio" istituzionale.

Di grande interesse, è il risultato della ricerca che rivela l'importanza del ruolo giocato dai magistrati ordinari smentendo la tesi, sortagià nel corso del fascismo, secondo cui il regime avesse optato per la soluzione militare proprio per diffidenza verso la magistratura. In realtà il regime pensò all'inizio di avvalersi delle Corti d'assise e della Cassazione e solo in seguito la "specializzazione"

del nuovo tribunale fece riflettere su alcuni limiti della magistratura ordinaria. La tesi di fondo di D'Alessandro è che il Tribunale speciale non fu un "accidente", una risposta contingente per risolvere un'emergenza dopo gli attentati a Mussolini ma in quella scelta «si celò l'obiettivo, ben più impegnativo, di una riforma in senso "fascista" dell'intero sistema della giustizia; si mirava, cioè, a creare un "nuovo" diritto attraverso una normalizzazione delle misure adottate con la legislazione del novembre 1926» (pp. 14-15). L'azione del tribunale, sino agli anni di guerra, mostra alcuni caratteri contraddittori ma ciò non ne depotenzia il concreto carattere repressivo e l'idea iniziale (poi non realizzata) di un nuovo regime di giustizia in grado di rispecchiare l'esperimento fascista.

L.L.

Brecht DESAURE (ed.)

*Constitution de la Belgique.  
Projets et Propositions pour la  
Constitution Belge de 1831*

Bruxelles, Commission royale pour  
la publication des anciennes lois et  
ordonnances de Belgique, 2020, pp. 469  
ISBN 9782960272406, Euro 45

The interdependency between constitutional formation and discourse was the guiding rationale for ReConFort to target the sources that it did: constitutions and constitu-

tional materials, cross-border private correspondences of protagonists and their publicist activities including exile literature, and regional/national and cross-border constitutional journalism in public media. Constitutional drafts, therefore, are participation in constitutional formation *par excellence*. In order to understand the real goals of the constitutional framers, they allow to understand the constitutional formation processes as intersected with public participation. In both word and spirit, the Belgian Constitution of 1831 was always a document subject to and intending public engagement. Consequently, the road to the constitutional draft of the Constitutional Commission was paved (and commented) with individual proposals, as though they had been tendered in response to an enlightened call for papers regarding legislative initiatives.

These constitutional proposals, compiled and edited by Brecht Deseure on the basis of the material collected by Michel Magits, provide therefore a unique testimony to the interest in the Belgian constitutional formation. The major part of the edited sources have beforehand been published open access in the ReConFort database via reconfort.sources.eu, which the edition lacks to clarify. The subject

index (pp. 467-469) allows to conclude which the key categories have governed the discussion, but comparative historical research would profit even more for precised ones (like constituent sovereignty, precedence of constitution). Judiciary is lacking as item at all, though the Belgian constitutional provisions of the judiciary as constituted power had quite an impact on the St. Paul's Church debates. Key categories for the crucial questions of the constitutional formation would have been all the more desirable, as comparative legal history still faces provoking methodological challenges (Cf. lately, ASCL Conference, Los Angeles 2020; panel: The Nature and Purpose of Comparative Legal History). This is all about 'old wine in new skins': Since the inter- and postwar movement towards a European constitutional history, the risks of purely linguistic or legalistic approach were readily apparent. Still, Seignobos' warning of the pitfalls of any approach to apparent similarities in terms of constitutional provisions (*Essai d'une histoire comparée des peuples de l'Europe*, pp. 328-329) is highly topical.

Of course, it is and remains the Belgian Royal Commission's and Dr. Brecht Deseure's credits to provide such a comprehensive, technically brilliant edition of the

preparatory work for the 1831 constitution. It deserves to be spread in libraries and research institutes all over Europe – at least to the same degree as Belgian constitutional ideas “travelled” in European constitutionalism.

U.M.

Giovanni Di COSIMO  
*La parabola dei diritti.*  
*Vent'anni di tensioni crescenti*  
*sul fronte della tutela dei diritti*  
*fondamentali*

Torino, Giappichelli, 2020, pp. 161  
ISBN 9788892135864, Euro 16

Il costituzionalismo e la tutela dei diritti fondamentali, malgrado le apparenze, non fanno una corsa inarrestabile verso un progresso infinito. Se si guarda agli ultimi settant'anni questa è la stata la “tendenza” generale ma, come osserva giustamente l'A., tale tutela non è un processo unidirezionale, «non disegna una linea retta ma una parabola, che, dopo l'iniziale movimento d'ascesa che porta al punto più alto, comincia a declinare» (p. 7). Siamo giunti allo *zenith* di questa parabola? È la nostra una “fase” di arretramenti prima di rimetterci in marcia? Non lo sappiamo, ma questo volume fa riflettere. Innanzitutto per l'approccio: il “punto” che stiamo vivendo (gl'ultimi vent'anni) fa parte di una linea, e va letto pertanto con gli occhi del “relativo”: a questo momento storico e ai

suoi fenomeni principali. In secondo luogo perché questo agile volumetto intende verificare la questione non tanto sul piano della teoria costituzionale (presupposta e comunque presente) quanto su quello della prassi, in particolare sui casi discussi nei tribunali, a conferma della crescente “giurisdizionalizzazione” dei sistemi giuridici contemporanei.

Le “luci” le conosciamo e sono il risultato di un lungo percorso, accidentato e complesso, che ha poggiato nel secondo dopoguerra su Dichiarazioni e Costituzioni di terza generazione; circuiti giurisprudenziali e meccanismi multilivello. Le “ombre” del contemporaneo emergono soprattutto laddove l'arretramento sul piano della tutela dei diritti fondamentali è determinato da alcuni fattori di straordinaria rilevanza, ovvero migrazioni, multiculturalismo, terrorismo, crisi economica, involuzione democratica (con uno sguardo alle forme di “democrazia illiberale” nel cuore dell'Europa), emergenza sanitaria. Questi fattori rappresentano temi e problemi costitutivi del costituzionalismo post-moderno in quanto nascono da conflitti e confronti anzitutto interni alle società “fluide” del Ventesimo secolo, dove, più che mai, la tensione non è solo tra la tutela e la sua assenza ma anche, in alcuni casi, tra la in-

terrelazione e giustapposizione problematica di diritti “al plurale”, non gerarchizzabili, che richiedono bilanciamenti e soluzioni ponderate.

Basta scorrere l'indice del volume per cogliere l'ampiezza del fenomeno e delle sfide che abbiamo di fronte. Mappare il fenomeno ed esserne consapevoli è già un passo molto importante. Anche per questo il libro di Giovanni Di Cosimo merita di essere letto e meditato.

L.L.

E

Sebastian ELSBACH, Marcel  
BÖHLES, Andreas BRAUNE  
(Hrsg.)  
*Demokratische Persönlichkeiten*  
*in der Weimarer Republik*

Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2020,  
pp. XIX, 241  
ISBN 9783515127998, Euro 50

Il volume collettaneo, tredicesimo della serie dei *Weimarer Schriften zur Republik*, cerca di rivalutare l'annosa questione se Weimar fosse veramente stata una “democrazia senza democratici”. Il giudizio fu formulato da Moritz Julius Bonn alla fine del 1932. Il famoso economista scrisse la crisi mortale della Repubblica ad una sua grave tara congenita: questa non sarebbe nata

per passione democratica, ma per mera scelta opportunistica e in buona parte improvvisata al momento del crollo militare del Reich guglielmino. Pertanto, Weimar non aveva mai potuto contare che sul supporto interessato e tiepido degli *Vernunftrepublikaner* (repubblicani "di testa" ma non "di cuore"). L'anomalia aveva accompagnato la fragile democrazia tedesca sin dalla sua proclamazione e non era stata nascosta né dagli esponenti di primo piano della *élite* culturale come Friedrich Meinecke («rivolto al passato rimango un monarchico nel cuore, rivolto al futuro sarò un repubblicano di testa») né da capi politici come Gustav Stresemann. Tuttavia, sull'onda del discorso tenuto nell'aprile 2019 dal Presidente della Repubblica Federale Frank-Walter Steinmeier in occasione della mostra berlinese sulla democrazia di Weimar, il presente volume propone contributi di microstoria in memoria di quanti avevano invece combattuto "con il cuore" per la Repubblica.

L'ambizione degli autori non è quella di riaffermare il ben noto impegno dei democratici di prima fila come Hugo Preuss o Hermann Müller, quanto a far emergere le fin troppo trascurate seconde e terze file, sia della politica che dell'editoria o della cultura. Inoltre, il concetto di democrazia supportato dalle personalità alle quali sono de-

dicati i singoli capitoli viene vagliato alla luce delle concezioni dell'epoca, che non corrispondono agli odierni criteri di pluralismo. Infatti, non è un segreto che la democrazia nell'Europa degli anni Venti era di regola democrazia nazionale, potenzialmente aperta a deformazioni monistiche e totalizzanti. Tuttavia, come sottolineano i curatori, dobbiamo interrogarci su ciò che le persone dell'epoca sapevano e potevano fare al fine di democratizzare la loro società, non ciò che "avrebbero dovuto" saper o poter fare. Sotto questa luce si comprende meglio l'adesione alla democrazia di personaggi contraddittori (in particolare dalla prospettiva odierna) come il "principe rosso" Hubertus Friedrich Prinz zu Löwenstein, che introdusse nella organizzazione paramilitare filo-repubblicana *Reichsbanner Schwarz-Rot-Gold* elementi piuttosto equivoci appartenenti all'associazionismo giovanile di stampo autoritario, non ultimo il principio del capo carismatico e del cosiddetto repubblicanesimo nazionale. Parimenti diventa possibile riconoscere un potenziale democratico negli esponenti del *milieu* conservatore come Hans Delbrück o Thomas Mann. Fosse per l'indignazione suscitata dall'atteggiamento irresponsabile dei vertici del Comando militare (nel caso di Delbrück) o per l'uccisione di Rathenau (nel

caso di Mann), nelle loro affermazioni si possono individuare al contempo sia una forte identificazione personale con la monarchia sia l'adesione al nuovo progetto repubblicano, segnati da uno slancio etico di pari grado e quindi "di cuore".

R.C.

# L

Carlo LOTTIERI

*Per una nuova Costituente.  
Liberare i territori rivitalizzare le  
comunità*

Macerata, Liberilibri, 2020, pp. 86  
ISBN 9788898094769, Euro 12

Il volume di Carlo Lottieri è una riflessione sulla realtà politico-istituzionale italiana i cui mali si sarebbero aggravati con la pandemia da coronavirus. La critica è diretta, innanzitutto, verso i vecchi Stati nazionali e le democrazie moderne che avrebbero soffocato in Italia e in molti Stati europei le «legittime» aspirazioni d'indipendenza. Si guarda con interesse alla *Brexit* e ad altri progetti separatisti.

Al centro del pamphlet vi è, pertanto, il tema dell'autodeterminazione e dell'autogoverno delle comunità locali. La ricetta che viene proposta per uscire fuori dalla crisi è «radicale»: una nuova Costituente che

non dovrà essere composta da rappresentati eletti dal popolo, ma da delegazioni territoriali chiamate a ridare una nuova veste all'Italia e a ristabilire tratti di specificità delle piccole aree geografiche. Si pensa di rivitalizzare le comunità locali e di restituirne la libertà per generare nuove opportunità che contrastino la crisi economica, lo scollamento tra *élite* e società e per curare i mali delle attuali istituzioni politiche.

G.M.

P

Fausto PROIETTI  
*L'invenzione della democrazia.  
Pensiero politico e istituzioni  
nella Seconda Repubblica  
francese (1848-1852)*

Roma, Aracne, 2020, pp. 236  
ISBN 978882534948, Euro 15

Il tornante del 1848 in Francia, che salvo rare e pregevoli eccezioni aveva subito una rimozione in quanto considerato una sorta di appendice minore della grande rivoluzione del 1789, è tornato negli ultimi anni al centro dell'attenzione degli storici, che hanno affrontato in particolare le tematiche inerenti alla cittadinanza e più in generale la relazione stretta tra eventi rivoluzionari e rivendicazioni costituzionali.

In questo frangente, oltre ad emergere la questione operaia, con la presa della parola dei senza parte, si svilupparono forme di auto-organizzazione, assistenziali e mutualistiche, frutto dell'intensificarsi del conflitto sociale e di classe. Tuttavia pochi sono stati gli studi che abbiano saputo cogliere come le istanze rivoluzionarie reclamassero una risposta sul piano istituzionale, attraverso dispositivi che, seppur non nuovi, fossero riattivati in un contesto mutato e potenzialmente maggiormente fecondo di quello sette/ottocentesco, stretto tra gli slanci rivoluzionari e l'involuzione napoleonica.

È dunque con grande interesse che si accoglie la pubblicazione del volume di Fausto Proietti, che da un lato si inserisce in un filone storiografico che negli ultimi anni si è andato sempre più arricchendo, dall'altro si distingue per aver posto al centro della sua riflessione gli strumenti della cittadinanza. *L'invenzione della democrazia* rimanda proprio alle capacità inventive che si schiudono nei momenti rivoluzionari e più in generale di protagonismo del popolo in fasi di grande mutamento. L'invenzione dunque di istituzioni giuridiche e sociali, non necessariamente riconducibili dentro le coordinate dello Stato, che trovano una loro nuova epifania con la Seconda repubblica francese (1848-1852),

rimasta anch'essa per molto tempo nel cono d'ombra tra la mitica prima repubblica giacobina e la longeva Terza.

Tra la lettura che vedeva questi "anni fondativi" come un apprendistato democratico-repubblicano e quella che invece si concentrava sulla drammatica emersione della questione operaia, Proietti propone un'interpretazione non necessariamente in contrapposizione con le precedenti ma che le integra, concentrandosi sull'affermazione in chiave moderna della democrazia. E pertanto l'Autore non può fare a meno di confrontarsi con quest'ultimo lemma, tra i più polisemici ed equivoci che la storia dei concetti presenti. Proprio dalla presa di distanza da un'indistinta democrazia che procede da Pericle fino a Rousseau, Proietti sceglie, verrebbe da dire scommette, su un'idea di democrazia moderna, lontana da quella degli antichi e maturata solo dopo la Rivoluzione del 1789 e affermata proprio nella breve parabola tra il 1848 e il 1852.

Sebbene il sintagma democrazia diretta – secondo un corretto e minuzioso uso delle fonti ottocentesche – non compaia quasi mai nel libro, esso ne affronta tutte le sue varianti semantiche in un gioco di rimandi concettuali su le "parole" e le "cose". La "cosa" appunto è la democrazia, che avrebbe trovato tardi la

“parola” nel vocabolario e nel discorso pubblico francese ed europeo. Prima, come è noto, in ambito illuministico, essa è pressoché unanimemente screditata come mito del passato classico o come residuo oligarchico (paradigmatica in tal senso la voce *Démocratie* dell'*Encyclopédie* redatta da Jaucourt). Poi nel periodo rivoluzionario, da un lato viene stigmatizzata come sinonimo di anarchia (nell'elaborazione per esempio di Sieyès), da un altro, soprattutto nel periodo radicale, viene sovrapposta alla repubblica e alla virtù: si scrive *république* e si pensa *démocratie*. I giacobini in particolare fanno del momento repubblicano una forma di esercizio della democrazia, anche se rimangono nel loro lessico ancora le riserve tipiche del pensiero degli illuministi che faticavano (compreso Rousseau) ad accettarne una sua realizzabilità in uno Stato di grandi dimensioni. La costituzione del 1793 da questo punto di vista è paradigmatica: pur orientata in senso democratico si limitò a definire la Francia una repubblica *une et indivisible*. Tuttavia sia l'atto costituzionale del 1793 – che forse avrebbe meritato più spazio, considerato che sarebbe divenuto il riferimento mitico dei democratici per tutto l'Ottocento – sia le pratiche rivoluzionarie e il movimento sanculotto esprimevano una richiesta proprio di democra-

zia che si realizzava attraverso la partecipazione, anche violenta, alla vita politica.

Ma le pagine più dense del libro sono proprio quelle dedicate al 1848 che viene analizzato in tutte le sue varianti culturali e semantiche, mantenendo l'osservatorio privilegiato rappresentato da autori pochissimo affrontati dalla storiografia, ma imprescindibili per l'anatomia del momento 1848: Émile de Girardin, Alexandre-Auguste Ledru-Rollin, Victor Considerant, Moritz Rittinghausen. Pensatori quasi tutti mossi dall'esigenza di innestare la democrazia nel parlamentarismo, che già aveva spinto i rivoluzionari settecenteschi ad andare oltre la mera accettazione del sistema rappresentativo (si pensi a Condorcet e a Thomas Paine).

Proietti, nel districarsi abilmente tra i continui rimandi, sovrapposizioni, condanne, rifiuti e sviluppi dei termini democrazia, repubblica e rappresentanza, ci restituisce una realtà in movimento e un quadro istituzionale molto più variegato e frammentato di quanto si possa pensare: dalla chiusura verso la democrazia di François Guizot, alfiere di un suffragio limitato e di un sistema rappresentativo e capacitario, passando per sansimoniani e fourieristi, critici verso la rappresentanza e aperti, seppur in forme non sempre

coerenti, alla democratizzazione della società.

E proprio in questa genealogia del governo rappresentativo e dei suoi critici, il libro dedica pagine tanto originali quanto necessarie a due autori, Pierre-Joseph Proudhon e Victor Hugo, che la storiografia giuridica e istituzionale ha sempre considerato marginalmente o con una certa sufficienza. Il primo, autore di riferimento del nascente movimento operaio e poi mito dell'anarchismo, il secondo gigante della letteratura e altrettanto grande (non senza ambiguità) politico e fustigatore dei costumi della sua epoca. Seppur distanti tra loro per sensibilità e temperamento, oltre che per canoni discorsivi, i due autori – coscienze critiche del loro tempo – demoliscono il sistema rappresentativo come una finzione e introducono tematiche tipiche dell'antiparlamentarismo. Certo l'ambiguità di Proudhon è messa ben in evidenza nel volume, quando questi contrappone repubblica a democrazia, rifiutando quest'ultima in quanto necessariamente rappresentativa, mentre la repubblica, mitizzata fino al punto da farne perdere i caratteri peculiari, avrebbe fugato le insidie che si nascondevano proprio nel suffragio universale. La formula di “anarchia positiva” per realizzare la vera repubblica indica esplicitamente la vaghezza, e al contempo il fascino, della

proposta politica di Proudhon, la quale tuttavia rimanda a due concetti che avrebbero trovato grande fortuna: la rappresentanza degli interessi e l'autogoverno comunale. Essi avrebbero ispirato le pratiche rivoluzionarie fin oltre la Comune di Parigi del 1871 e condizionato la scienza giuridica fino a tutto il Novecento, influenzando gli istituzionalisti francesi (come Maurice Hauriou) e italiani (quali Santi Romano).

Più sfumata la posizione di Hugo, il quale prima da posizioni conservatrici poi più democratiche, colpisce al cuore il sistema rappresentativo: agli occhi del grande denigratore di "Napoleone il piccolo", l'assenza di legame tra il mandante e il mandatario è una mostruosità, giuridica prima, politica poi. Hugo inoltre ci guida verso la nascita dell'antiparlamentarismo che, sebbene cavalcato dalla destra conservatrice (si pensi a Louis de Bonald e Joseph de Maistre), trova nel pensiero democratico radicale ottocentesco i suoi più strenui alferi. Hugo, tra i primi, avrebbe attribuito a Napoleone III l'invenzione, tutta reazionaria, del termine *parlementarisme*, che nasce dunque quasi contemporaneamente al suo alter ego, *anti-parlementarisme*.

Distanziandosi dunque dalla dottrina dominante che, in alcuni casi semplificando in altri mistificando, contrappone in maniera manichea e te-

leologica i termini parlamentarismo e antiparlamentarismo, referendum e plebiscito, democrazia rappresentativa e democrazia plebiscitaria, Proietti ne traccia una genealogia che tende a restituirceli in tutta la loro complessità e a volte opacità. L'Autore ci dimostra come il lessico politico e giuridico condiziona ed è condizionato dalla realtà e dai regimi discorsivi dominanti: le "parole" e le "cose" interagiscono fecondamente mutando gli equilibri istituzionali. In particolare espressioni quali referendum e plebiscito, "dioscuri della democrazia", ne incarnano i due volti. Separati da una linea sottile e mobile, il primo indica una democrazia deliberante nelle assemblee primarie, il secondo un sistema che distrugge la deliberazione in favore dell'azione e assorbe la rappresentanza in un solo soggetto. Referendum e plebiscito, ci dice coraggiosamente l'Autore, sono fratelli gemelli, Castore e Polluce della democrazia.

M.F.

R

Arie REICH, Hans, W. MICKLITZ  
(eds.)

*The Impact of the European  
Court of Justice on Neighbouring  
Countries*

Oxford-New York, Oxford University  
Press, 2020, pp. XVIII, 406  
ISBN 9780198855934, £ 80

Questo volume costituisce il risultato di un'ampia ricerca che ha coinvolto numerosi studiosi con riguardo all'impatto della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea sui sistemi giuridici dei paesi terzi situati in una posizione di vicinato rispetto all'Unione. Come espressamente notato dai curatori del volume, la ricerca svolta si colloca sulla scia degli studi della dottrina, tra i quali viene fatto specifico riferimento al recente studio di Anu Bradford intitolato "The Brussels Effect", già recensito in questo *Giornale*, incentrati sull'efficacia esterna del diritto dell'Unione europea, intesa nel senso della sua capacità di influire sugli ordinamenti degli Stati terzi, soprattutto in termini di *standards setting*.

In proposito, pur non mancando riferimenti ad altre forme più indirette di influenza della giurisprudenza della Corte di giustizia sui sistemi giuridici dei paesi presi in considerazione, per esempio in termini di influsso sulle soluzioni legislative adottate in materie, come la disciplina della concorrenza, nelle quali è notoriamente consistente la rilevanza del modello offerto dal diritto dell'Unione, l'analisi svolta nel volume si concentra sulla presa in con-

siderazione della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione nelle decisioni dei giudici interni dei paesi considerati. Nel saggio introduttivo, i curatori del volume non mancano di dare atto delle notevoli diversità di carattere giuridico, politico, sociale ed economico esistenti tra i paesi terzi "vicini" all'Unione, ovvero nel quale vengono ricompresi, da una parte, un paese dell'Europa occidentale dagli antichi e stretti legami con l'Unione, come la Svizzera, e, dall'altra, paesi est-europei emancipatisi dal dominio sovietico ma tuttora destinati a confrontarsi con l'influenza della Russia, come l'Ucraina, la Moldavia, la Georgia, l'Armenia e l'Azerbaigian, per finire con paesi del vicino oriente, come la Turchia, Israele e la Giordania, ovvero del nord-africa, come la Tunisia. Le marcate differenze esistenti tra i paesi presi in considerazione si ripercuotono inevitabilmente anche, seppure in misura non necessariamente corrispondente al grado di differenziazione dei rispettivi sistemi giuridici rispetto a quello proprio dell'Unione, sul modo in cui ciascuno di essi ha impostato nel corso del tempo i propri rapporti con l'Unione stessa. Quest'ultimo fattore, come sia i curatori del volume sia gli autori dei contributi relativi ai singoli paesi non mancano di sottolineare, si rivela particolarmente sen-

sibile dal punto di vista delle motivazioni, più ancora che del mero dato materiale della frequenza, dei riferimenti compiuti dalle rispettive autorità giurisdizionali nazionali alla giurisprudenza della Corte di giustizia.

Le diversità, talora marcate, alle quali si è fatto riferimento costituiscono la principale difficoltà insita nella ricerca che i curatori del volume si sono prefissi. Di questa viene dato atto nel già citato saggio introduttivo, nel quale viene illustrato nel dettaglio l'approccio metodologico seguito nella ricerca, consistente nell'affidare agli autori dei contributi concernenti i singoli paesi presi in considerazione il compito di seguire uno schema prefissato, che parte dall'evidenziazione dei caratteri fondamentali del sistema giuridico del paese considerato, con particolare riguardo ai modelli ispiratori che ne hanno segnato l'evoluzione, alla struttura del relativo sistema giudiziario e alla formazione dei giudici e, ove del caso, dei loro collaboratori, per poi passare ad esaminare specificamente i rapporti che il paese in esame intrattiene con l'Unione europea. A quest'ultimo riguardo, particolare rilievo viene opportunamente dato alla presenza di un accordo di associazione, piuttosto che di altre forme più o meno incisive di accordi commerciali, e, in particolare, alla presenza e

al grado maggiore o minore di incisività degli obiettivi di armonizzazione normativa fissati dagli accordi in questione.

Quest'ultimo profilo, inevitabilmente, è rilevante per i fini della ricerca oggetto del volume, dovendosi in linea di principio distinguere i casi in cui il riferimento fatto dai giudici del paese in questione alla giurisprudenza della Corte di giustizia è da considerarsi riconducibile all'attuazione di un obbligo di armonizzazione normativa espressamente contemplato dagli accordi esistenti tra il paese in questione e l'Unione europea, dai casi in cui invece esso è il frutto di un autonomo intento dei giudici di quel paese di prendere in considerazione le soluzioni alle quali la Corte di giustizia dell'Unione è pervenuta su determinati temi, alla stregua di una *ratio scripta*. A quest'ultimo riguardo, i curatori del volume distinguono due orientamenti distinti, dei quali rinvencono traccia nella giurisprudenza esaminata, il primo dei quali si traduce nel giustificare, in termini piuttosto generici, il riferimento operato alle pronunce della Corte di giustizia dell'Unione con il ritenerle un'espressione particolarmente qualificata della prassi internazionale pertinente alla materia che di volta in volta viene in rilievo. Il secondo orientamento, che si pone in termini maggiormente riconducibili al *Brussels*

*effect* al quale si è fatto riferimento più sopra, appare invece più specificamente motivare il richiamo alla giurisprudenza della Corte di giustizia nel senso di riconoscere l'opportunità di conformarsi agli *standards* adottati dall'Unione europea nella materia in esame.

In realtà, come l'analisi svolta nei diversi contributi relativi ai singoli paesi esaminati e riepilogata nel saggio di sintesi finale ad opera dei curatori non manca di evidenziare, le diverse motivazioni che si sono individuate come atte a giustificare un riferimento alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea da parte dei giudici degli Stati terzi prossimi all'Unione non possono considerarsi come rigidamente alternative. Infatti, la prassi esaminata evidenzia come la presenza di un accordo di associazione, ovvero di un accordo commerciale particolarmente avanzato, come un *Deep and Comprehensive Free Trade Agreement* (DCFTA), che preveda al suo interno significativi obblighi di armonizzazione normativa si riveli, nella gran parte dei casi-paese esaminati, un fattore determinante nel senso dell'acquisizione di un sensibile grado di familiarità da parte dei giudici di quel paese con l'ordinamento dell'Unione europea e con la giurisprudenza della Corte di giustizia.

Quest'ultima si presenta, infatti, assai meno frequentemente e meno incisivamente richiamata nelle pronunce dei giudici di quei paesi che presentano legami più tenui con l'Unione. Oltre a questo, i contributi raccolti nel volume e il saggio di sintesi finale evidenziano la rilevanza di altri fattori, tra i quali gli ostacoli di carattere linguistico, insiti nella scarsa conoscenza delle lingue europee da parte dei giudici di alcuni dei paesi presi in considerazione, nonché la scarsa propensione, dovuta a fattori di carattere culturale e alla formazione di stretto diritto interno ricevuta dai giudici dei paesi in questione, a prendere in considerazione in chiave comparatistica le soluzioni accolte nella giurisprudenza di altri paesi, specialmente se non appartenenti alla medesima tradizione giuridica, ovvero nella giurisprudenza delle corti internazionali, salvo quelle relative a sistemi pattizi, come la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, dei quali i singoli paesi siano parti. In quelli tra i paesi esaminati nei quali questi ultimi fattori si rivelano maggiormente incisivi si assiste infatti o a una totale mancanza di riferimenti espressi alla giurisprudenza della Corte di giustizia europea, o a una presa in considerazione della giurisprudenza stessa unicamente in quegli stretti ambiti, come la disciplina della con-

correnza o dei diritti di proprietà intellettuale, rispetto ai quali l'incidenza dei fattori giuridico-culturali nazionali è più limitata mentre di converso ben più evidente è il ruolo di *standards setting* svolto dal diritto dell'Unione.

Rileva, infine, il fattore politico, il quale viene messo particolarmente in evidenza nei contributi relativi agli Stati sorti dallo smembramento dell'URSS, i quali si collocano, con posizioni variabili, lungo l'incerto crinale tra la vicinanza all'Unione europea e la pesante orbita dell'influenza della Federazione russa. Di particolare interesse a questo riguardo, oltre al capitolo dedicato alla non trascurabile attenzione dei giudici della stessa Russia per la giurisprudenza della Corte di giustizia, si presenta il contributo riguardante il riferimento che a quest'ultima viene ampiamente fatto da parte della Corte dell'Unione economica euro-asiatica. Quest'ultima si pone quale modello alternativo di organizzazione di integrazione economica regionale, concepito dalla Russia al non dichiarato ma sufficientemente evidente scopo di tenere lontani gli Stati dell'area ex-sovietica dalla prospettiva di un'adesione all'Unione europea. Nel caso dell'Unione economica euro-asiatica, l'assenza di qualsivoglia rapporto formale con l'Unione europea rende evidente come

i frequenti riferimenti alla giurisprudenza della Corte di giustizia da parte della corrispondente corte dell'organizzazione euro-asiatica siano da ricondursi alla funzione di modello ispiratore che la prima ha innegabilmente avuto per la seconda.

Nell'insieme, malgrado i limiti insiti in una ricerca ancorata allo stretto dato, peraltro di non sempre agevole riscontro, delle citazioni delle pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea nella giurisprudenza interna degli Stati individuati come "vicini" all'Unione, il volume fornisce un contributo senz'altro apprezzabile alla comprensione del modo di essere degli ordinamenti giuridici dei paesi presi in considerazione e della loro maggiore ovvero minore apertura nei confronti dell'Unione europea e del suo diritto, al di là degli obblighi formalmente contratti negli accordi di diverso segno da questi conclusi con l'Unione stessa. I curatori nel loro saggio conclusivo non mancano di trarre dall'analisi svolta nei contributi riferiti ai singoli paesi alcune indicazioni in ordine ai passi opportuni da prendersi anche da parte dell'Unione europea, nel senso di contribuire a colmare con opportune iniziative il già richiamato *gap* linguistico e culturale, con particolare riguardo alla formazione dei giudici e del personale de-

gli uffici giudiziari. Colmare questo *gap* appare necessario, non meno della promozione di forme via via più avanzate di cooperazione economica e commerciale, per promuovere una più piena consapevolezza all'interno degli Stati "vicini" in ordine al ruolo del diritto dell'Unione europea come modello giuridico di riferimento per tali paesi in un crescente novero di materie, e al tempo stesso per superare gli ostacoli di carattere pratico alla conoscenza della giurisprudenza della Corte di giustizia, che, come è noto, di quel diritto non soltanto incorpora l'interpretazione autonoma e uniforme, bensì costituisce un importante propulsore dell'attuazione e dell'evoluzione.

F.M.B.

## S

Carl SCHMITT  
*La situazione della scienza  
giuridica europea*

a cura di Andrea Salvatore

Macerata, Quodlibet, 2020, pp. 127  
ISBN 9788822905000, Euro 14

Si può leggere la batteria di pubblicazioni di Carl Schmitt dopo il 1950 senza considerare le circostanze in cui gli scritti presero vita? Si può leggere un autore senza storicizzare

la sua opera? Come che sia, questo libro dà conto dettagliato delle circostanze in cui *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft* prende vita e come da alcune conferenze si sia tramuta in saggio. La nuova traduzione ha ad oggetto la versione pubblicata nella raccolta *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, Dunker & Humblot, Berlin 1958, e quindi comprende una breve appendice nella quale Schmitt affronta il rapporto tra Savigny ed Hegel, e dove si legge anche la dedica alla memoria di Popitz, aggiunta solo nel dopoguerra. In effetti la conferenza del 1950 doveva essere pubblicata nel volume dedicato ai sessant'anni di Johannes Popitz, il 2 dicembre del 1944. Il politico tedesco aveva preso parte all'Operazione Valchiria, condannato nell'ottobre del 1944, venne impiccato il 2 febbraio del 1945.

Ma diverse sono le 'ripuliture' anche di non poco conto, per esempio scompaiono i riferimenti alla pubblicistica antisemita e pure al pensiero della razza. Più complicato è il recupero dell'antico diritto romano «un grandioso monumento di una primigenia e molto sana condizione contadina», malgrado la propaganda anti-romanistica del nazionalsocialismo. Gli agricoltori, nella versione francese del

1945 erano ariani, ma osserva l'A., nel saggio in appendice alla traduzione, la ricostruzione di Schmitt non ha alcun valore scientifico. Tuttavia, rimane un saggio importante, può la scienza giuridica, oggi, ignorarlo? Schmitt, scrive l'A., ricostruisce lo sviluppo storico della scienza giuridica, mostra la sua incapacità di opporsi alla «trasformazione della politica in automatismo tecnico e lo scadimento della funzione ordinamentale a gestione dei flussi», ma mostra anche una scienza giuridica che consapevole di sé e delle proprie funzioni, può (deve?) avere un ruolo nel destino dell'Europa.

M.S.

Elke SEEFRIED, Ernst Wolfgang  
BECKER, Frank BAJOHR,  
Johannes HÜRTER (Hrsg.)  
*Liberalismus und  
Nationalsozialismus. Eine  
Beziehungsgeschichte*

Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2020, pp. 458  
ISBN 9783515127479, Euro 74

Con buona pace delle rigide e assiomatiche contrapposizioni su cui si fondano le teorie del totalitarismo, i rapporti tra il liberalismo tedesco ed il nazional-socialismo rivelano aspetti di forte e perdurante opacità, stando ai contributi raccolti nel nuovo volume della fondazione Theodor Heuss. Per gettare un fascio di luce sulla questione, i curatori propongono una chiave interpretativa sul liberalismo

quale fenomeno storico che – si afferma – non è mai stato un'ideologia essenzialistica, né un inconvertibile costruito ideale. Piuttosto, seguendo la suggestione sulla "liquidità del liberalismo" avanzata da Michael Freeden, i singoli contributi esplorano le interazioni tra le contingenze storiche succedutesi dalla repubblica di Weimar a quella di Bonn e gli schemi interpretativi adottati da quanti si identificavano con concetti quali razionalità, progresso, libertà individuale, società civile, stato di diritto e bilanciamento dei poteri.

A seconda dell'ordine di priorità assegnato a tali concetti si può identificare una pluralità di liberalismi, spesso modellati più in contrapposizione agli avversari ideologici che in base ad un proprio programma. Nella fluidità dei continui riadattamenti al contesto sociale in rapido mutamento, l'insegnamento di Friedrich Naumann costituisce il punto fermo in grado di coniugare le contrastanti istanze confluite nel liberalismo. Naumann incanalò l'imperialismo diffusosi nell'opinione pubblica tedesca sulla scia dei trionfi militari bismarckiani verso il progetto di Mitteleuropa, che funse al contempo da obiettivo geopolitico e da affermazione simbolica della superiorità culturale ed economica tedesca. Una politica estera na-

zionalistica divenne così agli occhi dei naumanniani del tutto compatibile con il liberalismo riformatore, sensibile alla questione sociale e identificato negli anni di Weimar con il Partito Democratico Tedesco (*Deutsche Demokratische Partei*), erede della sinistra liberale dell'epoca imperiale. Da questa fucina uscirono i portabandiera del liberalismo tedesco guidati dall'allievo di Naumann, Theodor Heuss. Costui ne esemplifica bene l'anima amletica che porterà il Partito Democratico a reagire alle disfatte elettorali tramutandosi nel 1930 nel proprio opposto – il Partito dello Stato Tedesco (*Deutsche Staatspartei*) promotore del "governo forte"; nel marzo 1933 poi, Heuss a capo della piccola pattuglia di deputati liberali accetterà di votare a favore dei pieni poteri pretesi da Hitler.

La convivenza con il regime nazista apparirà come un approdo naturale per diversi naumanniani di prima fila, che riconosceranno punti di contatto tra l'imperialismo liberale del loro padre nobile e quello razziale che guiderà la politica estera del Terzo Reich. Anche la politica sociale nazista sarà considerata non incompatibile con i propositi riformatori dell'Associazione Nazionale Sociale di Naumann. Tutto ciò renderà più agevole il reinserimento degli esponenti liberali nel nuovo ordine hitleriano e la loro

partecipazione o quantomeno tacita approvazione delle politiche naziste, come la "arianizzazione" delle proprietà ebraiche, o lo smembramento dello stato cecoslovacco. Forse il nocciolo del problema si coglie al meglio nel contributo che chiude il volume, dedicato alla colonizzazione da parte degli ex nazisti del partito liberale riformato nel 1948 (*Freie Demokratische Partei*). Il tentativo del partito di Heuss di espellere il capofila dell'anima bruna Ernst Achenbach fallì non a causa di questioni ideologiche, bensì, come afferma l'autrice, poiché questi era il più importante intermediario della FDP con l'industria renana che riforniva il partito con generosi finanziamenti.

R.C.

Giampiero SICA

*Prove di fiducia.**Il presidente della Camera e il parlamentarismo nel periodo statutario*Roma, Carocci, 2021, pp. 221  
ISBN 9788829005550. Euro 25

Lo studio dei presidenti di assemblea è stato fatto oggetto in Italia negli ultimi anni di ricerche volte ad approfondirne l'"istituto" e il ruolo nei vigenti sistemi costituzionali (Torre 2000; Iacometti 2001). Mancava una monografia sul presidente della Camera nella storia costituzionale italiana,

soprattutto statutaria (ma non solo). Il lavoro di Giampiero Sica, costituzionalista e documentarista parlamentare, si ripromette di colmare la "lacuna" e di far vedere il rilievo del tema per comprendere meglio alcune caratteristiche strutturali del regime politico-costituzionale italiano dopo il 1848. A grandi linee si può dire che fino alla "svolta" giolittiana del 1903 (fiducia 'preventiva' della Camera al governo) l'elezione del presidente dell'assemblea elettiva ha funzionato da "prova" – o meno – della sussistenza di un rapporto fiduciario tra il legislativo e l'esecutivo, se indicato dal presidente del Consiglio. L'elezione di un deputato non governativo avrebbe svelato la debolezza dell'ipotesi di una determinata formula di governo, preludio alla "sfiducia" del presidente del Consiglio. Questa "regola" ha (quasi) sempre funzionato – con varie sfumature, basti pensare alla vicenda dell'elezione del presidente per eccellenza, Giuseppe Biancheri, nel passaggio dai governi della Destra a quelli della Sinistra – e la "politicizzazione" del magistrato d'assemblea ne ha segnato lo sviluppo sino a quando, dal 1903, la fiducia iniziale al governo ha depotenziato l'elezione del presidente come indicatore rilevante di indirizzo politico.

In realtà nel 1903 declina la presidenza "fiduciaria" ma non nasce la figura del presidente "imparziale" sebbene dalla sua elezione non si faccia più dipendere nella prassi lo svolgimento della forma di governo.

Le vicende dei presidenti della Camera – ben ricostruite dall'A. anche grazie a documenti poco noti e a un uso ampio delle fonti parlamentari – ci fanno vedere gli snodi della storia costituzionale italiana da una particolare angolatura, in genere sottovalutata. Tale studio ci aiuta a comprendere meglio, nel "mosaico costituzionale", le dinamiche e le peculiarità della forma di governo statutaria, una forma che neppure lo schema interpretativo "dualistico" riesce a cogliere nella sua interezza. Proprio la storia ci richiama alla complessità e ci richiede di fare un uso critico e sorvegliato delle categorie dottrinali e politologiche.

L.L.

Bernardo SORDI

*Diritto pubblico e diritto privato.  
Una genealogia storica*Bologna, il Mulino, 2020, pp. 248  
ISBN 9788815287427. Euro 24

È un libro importante capace di dare un orizzonte di senso al giurista che può osservare il lungo itinerario delle origini e della genealogia di una rassicurante quanto illusoria certezza: la dicotomia

tra pubblico e privato. L'orizzonte mentale del giurista è scandito dai termini pubblico e privato ma il superamento dell'Antico regime fa tramontare irreversibilmente lo Stato giurisdizionale, questo viene soppiantato da nuovi assetti, compare un termine nuovo: 'organizzazione', e con esso l'amministrazione dello Stato, che i giuristi chiameranno potere amministrativo. In Italia, nonostante l'esistenza dei poteri pubblici, i vuoti lessicali rispecchiano «l'invisibilità della dimensione pubblicistica». Neppure «il ripensamento copernicano del diritto di punire» di Beccaria, volto al 'pubblico bene', approda al diritto pubblico. La frattura rivoluzionaria avviene attraverso l'ordine napoleonico e le Carte francesi. Gian Domenico Romagnosi costruisce il primo abbozzo di un soggetto istituzionale, l'amministrazione pubblica, e una nuova attività pubblica che chiedono autonomia dalla legislazione e dalla giurisdizione.

La storia della grande dicotomia si dipana in percorsi differenti nel contesto europeo, puntualmente ricostruiti nel libro, e si può rappresentare con una parabola. Essa è ascendente fino all'apogeo ottocentesco, quando la *formae mentis* del giurista continentale inizia a ritenere pubblico e privato due rami del diritto che si dividono «in modo rettilineo» e compiono l'ordine

giuridico. Tra fine Ottocento e primo dopoguerra si entra nella 'Belle époque' del diritto amministrativo che 'spinge' il diritto pubblico e si apre la stagione dell'impegno sistematico. La parabola inizia la discesa nel Novecento con l'incursione del diritto sociale che piega i pilastri ottocenteschi dell'individuo e dello Stato. Il 'sociale', fatto di solidarietà, doveri, interdipendenze, travolge la dicotomia. La parabola imbocca un'ulteriore discesa negli ultimi anni quando l'ordinamento giuridico si arricchisce di ulteriori complessità. La separazione tra pubblico e privato tende a dissolversi, i confini perdono la fissità e lasciano spazio al movimento come nella scultura futurista di Umberto Boccioni, scelta dall'A. per l'immagine di copertina. La grande dicotomia si è dissolta, ma forse non è da archiviare la distinzione tra pubblico e privato se ne viene riconosciuto il carattere meramente stipulativo che come un pendolo oscilla nel suo incessante movimento ed è un «prezioso strumento di orientamento».

M.S.

Ulrich STELKENS, Agné  
ANDRIJAUSKAITĖ (eds.)  
*Good Administration and the  
Council of Europe.  
Law, Principles and Effectiveness*

Oxford, Oxford University Press, 2020,  
pp. 857  
ISBN 9780198861539, £ 150

Il volume *Good Administration and the Council of Europe* ha ad oggetto un'indagine sugli *standard* – scritti e non scritti – di buona amministrazione sviluppatasi nel contesto del Consiglio d'Europa e nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

L'idea – spiega nella premessa al libro uno dei curatori, Ulrich Stelkens – parte da lontano e mira ad analizzare da vicino le diverse fonti del diritto amministrativo dei Paesi membri del Consiglio d'Europa, le loro interconnessioni e, non da ultimo, quanto in profondità i principi generali di buona amministrazione si siano radicati nei diversi contesti nazionali.

Dopo una introduzione ed una prima parte generale – dedicata all'analisi delle fonti e dei metodi – il volume si articola in tre parti principali, quante sono le «generazioni» con cui si identificano gli Stati membri del Consiglio d'Europa, e in un'ultima parte – la sesta – dove la riflessione si appunta specialmente sul grado di effettività degli standard indagati.

L'idea di fondo è che questi ultimi – apostrofati come «principi generali pan-europei di buona amministrazione» – non solo esistono, ma conducono anche ad un certo grado di armonizzazione dei diversi ordinamenti giuridici presi in esame con riguardo a

questioni e concetti centrali per il diritto amministrativo. E ciò nonostante il permanere delle molte differenze tra i sistemi giuridici propri dei diversi Paesi.

Il volume – si legge sempre nella premessa – coltiva la «speranza» di accrescere la consapevolezza circa l'importanza del lavoro svolto dal Consiglio d'Europa nell'ambito del diritto amministrativo al fine di promuovere la buona amministrazione nello spazio giuridico europeo. Tenuto conto del livello di approfondimento dei diversi contributi e della ricchezza dei riferimenti specie giurisprudenziali, più che di una speranza sembra qui potersi parlare di una certezza.

C.F.

# T

Diletta TEGA

*La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*

Bologna, BUP, 2020, pp. 384  
ISBN 9788869236037, Euro 35

Tre tesi, un viaggio lungo la storia repubblicana seguendo il filo rosso del ruolo svolto dalla Corte costituzionale: il volume di Diletta Tega affronta in modo originale un tema tra i più classici del costituzionalismo, offrendo al lettore spunti di riflessione che vanno ben

oltre l'analisi delle – immutate – disposizioni dedicate alla giustizia costituzionale, o del susseguirsi delle decisioni. Condotta con lo sguardo esperto di chi ha svolto il ruolo di assistente di studio e con rigorosa attenzione all'evoluzione dottrinale, l'analisi si regge sulla solidità della ricostruzione documentale – in senso ampio: non solo sentenze, ma relazioni dei Presidenti, comunicati stampa, interventi a seminari della Corte – senza perdere il respiro ampio della prospettiva di lungo periodo. Proprio la chiave storica rappresenta la cifra, anche stilistica, che caratterizza l'intera esposizione, a partire dalla contestualizzazione, contenuta nel primo capitolo, di alcuni «momenti» (storici, sociali e normativi) che hanno caratterizzato la fase iniziale dell'evoluzione del giudice delle leggi. La struttura dell'esposizione rispecchia limpidamente il percorso logico seguito dall'Autrice, che inizia dalla constatazione della nuova stagione di ri-accentramento della giustizia costituzionale richiamata nel sottotitolo per sviluppare altre due tesi: la convinzione che l'attività della Corte si possa analizzare per "stagioni" e che il motivo della fluidità della giurisprudenza costituzionale risieda nella ricerca, da parte della Consulta, del massimo di legittimazione possibile nei diversi periodi storici.

Il libro esce così dai confini della trattazione di modelli

astratti e mette a sistema una serie di vicende molto note, ma di solito isolatamente considerate: solo per citarne alcune, la dottrina delle rime obbligate e il suo progressivo approdo ai «versi sciolti»; l'invenzione della cd. dottrina Granital, nata da un'esigenza pratica; il più recente contenzioso sulla legge elettorale; il rapporto Stato-Regioni, letto attraverso il requisito della ridondanza. Così costruita, l'analisi restituisce l'immagine di un'Istituzione sempre consapevole del proprio ruolo, appunto, nel contesto (istituzionale, storico e sociale) anche quando affronta questioni puramente processuali, solo apparentemente "interne".

L'Autrice ha cura di presentare le proprie conclusioni come spunti per ulteriori riflessioni; al lettore rimane la suggestione per cui il ri-accentramento, letto in chiave storica, finisce per somigliare meno a un eccesso di protagonismo – di cui la Corte è periodicamente accusata – e più a un adattamento all'"ambiente" in cui il Giudice delle leggi agisce; finché, beninteso, gli equilibri cambieranno, e prenderà inizio una nuova stagione.

C.B.

Yan THOMAS, Jacques

CHIFFOLEAU

*L'Istituzione della natura*

a cura e con un saggio di Michele Spanò

Macerata, Quodlibet, 2020, pp. 128

ISBN 9788822904843, Euro 15

Nella primissima pagina, riportando le parole di Thomas, viene subito svelato lo scopo del suo scritto e quindi uno degli obiettivi del volume, farsi un'idea esatta di ciò che intendessero per diritto naturale i romani. «La 'natura' appare allora come una finzione interna al diritto civile. Essa serve da strumento per razionalizzare i modi di appropriazione collettiva o individuale qualificati come originari, per fondare lo statuto dell'ingenuità dello schiavo 'ristabilito nei suoi diritti di nascita', per distinguere l'ordine primario dei diritti della filiazione derivante dal matrimonio dal regime, derivato, della filiazione adottiva» (Imago nature. *Note sur l'inconstitutionnalité de la nature à Rome*, pubblicato a Roma nel 1991 ma con variazioni sulla prima pubblicazione del 1988). L'avvertenza continua evidenziando l'essenza dell'ambiguità strutturale del concetto giuridico di natura – meglio ancora, di diritto naturale – che è proprio la sua assoluta artificialità.

Ma il volume non nasce come tale, lo diventa nel lucido accostamento editoriale al primo saggio di Thomas di un'indagine – degli stessi anni, metà degli ottanta del secolo scorso – di J. Chiffolleau sulla natura medievale approciata

casuisticamente (Contra naturam. *Per une approche casuistique et procédurale de la nature médiévale*, pubblicato in «Micrologus», n. 4, 1996). Non certo per definire «un'inafferrabile 'contronatura' medievale» spiega l'autore, ma per coglierne un'attitudine, una posizione, un'azione (p. 49).

Si snodano e si chiariscono così concettualmente quelli che, nel saggio finale, Spanò chiama i 'paradossi della giuridificazione della natura', quel sovrapporsi e scambiarsi continuo di 'natura' e 'diritto' che moralisticamente cela la 'vera' (?) natura della natura, in fondo, quella di essere essa stessa definita di volta in volta, di contesto in contesto disciplinare, necessariamente dall'uomo e spesso cristallizzata proprio dal diritto.

N.C.

Gian Paolo TRIFONE

*La scienza dell'amministrazione di Federico Persico. Scritti Scelti*

Napoli, Editoriale scientifica, 2020, pp. 176  
ISBN 9788893917315, Euro 15

Cinque saggi di Federico Persico (*Prolusione al Corso di Diritto amministrativo nella Regia Università di Napoli per l'anno 1861-62 letta addì 21 dicembre 1861; Governo o rivoluzione?; La forma parlamentare inglese sul continente; L'organismo nello Stato moderno; Il diritto amministrativo e la scienza dell'amministrazione*) sono

stati ripubblicati in questo volume e sono preceduti da un'introduzione di Gian Paolo Trifone che dice di voler recuperare la figura di un «giurista nient'affatto datato».

Persico, docente di diritto amministrativo nell'ateneo partenopeo, è inserito dalla storiografia nel gruppo di giuristi "eclettici" che, spesso, prendono l'etichetta di preorlandiani in quanto l'analisi del diritto amministrativo si mescola con la politica, la storia e le altre scienze sociali. Ripercorrendone le pagine, che coprono circa un cinquantennio di attività accademica, il curatore è riuscito ad evidenziare l'unitarietà della riflessione giuridica e alcuni elementi specifici del pensiero di Persico (ad es. la base 'etica' su cui riposano i principi di diritto amministrativo, le critiche al regime parlamentare e la 'prospettiva corporativa' di tutela degli interessi sociali).

G.M.

W

Jan WOUNTERS, Manfred NOWAK, Anne-Luise CHANÉ, and Nicolas HACHEZ (eds.)  
*The European Union and Human Rights Law and Policy*

Oxford, Oxford University Press, 2020,  
pp. 704  
ISBN 9780198814191, \$ 165

Il ponderoso volume affronta, tanto dal punto di vista giuridico, che da quello dell'approccio politologico, il tema, invero tradizionale, della tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea. Nella prima parte, dedicata al quadro generale ("*Framework*"), il volume ripercorre l'evoluzione del sistema di tutela dei diritti fondamentali: dalla pionieristica giurisprudenza della Corte di giustizia degli anni '70 del secolo scorso fino alle più recenti e delicate fasi che hanno scosso il sistema, minando talvolta la fiducia in esso riposta da cittadini e operatori giuridici. All'analisi di taglio più convenzionale è affiancata quella dedicata ai fattori anche economico-sociali e politici che sono stati, e sono tutt'ora, di stimolo allo sviluppo del sistema di tutela dei diritti fondamentali, tuttavia il contributo più innovativo dell'opera è quello contenuto nelle parti successive.

politica di allargamento, il commercio internazionale, le migrazioni. La quarta ed ultima parte si propone di analizzare le strategie ("*Strategies*") cui l'Unione fa ricorso, a cominciare dagli indicatori sul rispetto dei diritti fondamentali, per giungere alle azioni in campo politico e giuridico volte a migliorare il sistema di tutela. Basata su un'ampia riflessione e ricca di spunti concreti (tutti i capitoli dedicati all'analisi di problemi specifici sono corredati di una parte operativa con proposte puntuali di miglioramento dell'azione dell'Unione), l'opera è senz'altro un riferimento aggiornato ed estremamente utile per gli studiosi, giuristi e non solo, del sistema di tutela dei diritti fondamentali dell'Unione [Le opinioni sono espresse a titolo personale e non sono riconducibili al Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale].

R.Cis.

Nella seconda, dedicata agli "*Actors*", viene analizzato l'atteggiamento dell'Unione nel quadro dei rapporti con le sue controparti interne (in particolare gli Stati membri e i loro organi interni, le società civili, le imprese) ed esterne a vari livelli. La terza parte, dedicata alle "*Policies*", analizza le azioni messe in campo dall'Unione europea in ambiti diversi, tra cui la

# Autori / *Authors*

**Luigi Lacchè**, Professore ordinario di Storia del diritto medievale e moderno, Dipartimento di Giurisprudenza, Via Garibaldi 20, Università di Macerata, 62100 Macerata, email: luigi.lacche@unimc.it

**Luca Succimarra**, Professore ordinario di Storia delle dottrine politiche, Dipartimento di Scienze politiche, Sapienza Università di Roma, Piazzale A. Moro 5, 00185 Roma, email: luca.succimarra@uniroma1.it

**Ronald Car**, Professore associato di Storia delle istituzioni politiche, Dipartimento di Scienze Politiche e della Comunicazione, Piazza Strambi 1, Università di Macerata, 62100 Macerata, email: ronald.car@unimc.it

**Anna Gianna Manca**, Professoressa associata di Storia delle istituzioni politiche, Dipartimento di Lettere e Filosofia, Via Tomaso Gar 14, Università degli Studi di Trento, 38122 Trento, email: annagianna.manca@unitn.it

**Michael Stolleis**, già Professore emerito della Goethe University e direttore del Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte

**Bartolomé Clavero Salvador**, Professore emerito di Storia del diritto, Università di Siviglia, email: clavero@us.es

**Heinz Mohnhaupt**, Dr. jur. Dr. h.c., Associate Scientist of Max-Planck Institute for Legal History and Legal Theory, Hansaallee 41, D-60323 Frankfurt am Main, email: mohnhaupt@lhlt.mpg.de

**Ulrike Müßig**, Full professor and Chair holder, Chair of Civil Law, German and European Legal History, University of Passau, Innstr. 39, 94032 Passau, email: ulrike.muessig@uni-passau.de

**Lucien Jaume**, Directeur de recherche émérite au CNRS, CEVIPOF, Sciences Po, Paris, email: lucien.jaume@sciencespo.fr

**Fausto Proietti**, Professore associato di Storia delle dottrine politiche, Dipartimento di Scienze Politiche, Università di Perugia, via Pascoli 20, 06123 Perugia, email: fausto.proietti@unipg.it

**Daniela Novarese**, Professoressa ordinaria di Storia delle istituzioni politiche, Dipartimento di Scienze Politiche e Giuridiche, Università di Messina, Piazza XX Settembre, 4, 98122 Messina, email: dnovares@unime.it

**Ludovico Maremonti**, Dottore di ricerca in Studi Politici, Sapienza Università di Roma, via Carlo Fea 2, 00161 Roma, email: ludovico.maremonti1@gmail.com

**Mariano Croce**, Professore associato di Filosofia politica, Dipartimento di Filosofia, Sapienza Università di Roma, via Carlo Fea 2, 00161 Roma, email: mariano.croce@uniroma1.it

**Andrea Salvatore**, Professore associato di Filosofia politica, Dipartimento di Filosofia, Sapienza Università di Roma, via Carlo Fea 2, 00161 Roma, email: andrea.salvatore@uniroma1.it

# Abstracts

Luigi Lacchè, *Il «Giornale» e la sua storia costituzionale / The «Journal» and its constitutional history*

L'articolo ricostruisce brevemente la "storia" del Giornale di Storia costituzionale nei suoi venti anni di attività partendo dalle origini, dai caratteri costitutivi e dalle idee che ne hanno accompagnato lo sviluppo. Attraverso la cronistoria del Giornale è possibile anche cogliere alcune delle tendenze che hanno caratterizzato più in generale lo sviluppo della storia costituzionale considerata come terreno privilegiato di incontro tra studiosi di diversa formazione alla ricerca delle trame profonde del fenomeno costituzionale nella sua dimensione storica.

The article reconstructs briefly the "history" of the Journal of Constitutional History in its twenty years of activity starting from its origins, its constitutive features and the ideas that accompanied its development. Through a historical account of the *Giornale* it is also possible to grasp some of the trends that have marked the evolution of constitutional history more generally considered, which may be seen as a privileged meeting ground between scholars of different backgrounds in search of the deep roots of the constitutional phenomenon in its historical dimension.

**Parole chiave / Keywords:** Giornale di Storia costituzionale, origini, sviluppo, caratteristiche, metodologia, prospettive / origins, development, features, methodology, prospects.

Luca Scuccimarra, *Dialettica del "costituzionalismo". Appunti per un programma di ricerca (e qualche ricordo personale) / Dialectic of "constitutionalism". Notes for a research program (and some personal memories)*

Che cos'è il «costituzionalismo»? La domanda emerge con sempre maggiore insistenza oggi, tenuto conto della metamorfica fluidità assunta dal termine nel dibattito di questi anni. Prendendo spunto dalla ventennale storia del «Giornale di Storia costituzionale», l'articolo ripercorre le prin-

cipali linee di sviluppo del più recente dibattito storiografico sul tema, proponendo alcuni spunti di riflessione per la messa a punto di una nuova storia costituzionale del «moderno costituzionalismo».

What "constitutionalism" is? The question emerges with increasing insistence today, taking into account the metamorphic fluidity assumed by the term in the debate of recent years. Taking its cue from the twenty-year history of the "Journal of constitutional history", the article traces the main lines of development of the most recent historiographical debate on the subject, offering some food for thought for the development of a new constitutional history of "modern constitutionalism".

**Parole chiave / Keywords:** costituzionalismo, costituzionalizzazione, storia costituzionale / constitutionalism, constitutionalisation, constitutional history.

Ronald Car, *Preistoria costituzionale e svolta cosmopolitica / Constitutional prehistory and cosmopolitan turn*

Secondo Mattias Kumm, solo una nuova prospettiva cosmopolitica potrà chiudere la preistoria del costituzionalismo, segnata dall'insoluta contraddizione tra il carattere universale dei suoi principi (democrazia, stato di diritto, diritti fondamentali) e la loro declinazione nazionale. La colpa sarebbe da attribuire all'interpretazione fuorviante della tradizione costituzionale, fondata sul paradigma dello "statalismo democratico". Al momento della nascita del costituzionalismo moderno, tale paradigma servì a connettere gli ideali di libertà e uguaglianza delle rivoluzioni americana e francese alle preesistenti concezioni dello stato e della sovranità. Dalle affermazioni di Kumm si deduce che la storiografia costituzionale non ha saputo liberarsi dal peso dei miti fondativi incentrati sul soggetto unitario *We the people*. Ripercorrendo i vent'anni di attività del «Giornale» si cercherà di rispondere a tali critiche evidenziando le diverse prospettive da cui sono state affrontate le contraddizioni indicate da Kumm.

According to Mattias Kumm, only a new cosmopolitan perspective will be able to close the prehistory of constitutionalism, marked by the unsolved contradiction between the universal character of its principles (democracy, rule of law, fundamental rights) and their national declination. The fault lies within the misleading interpretation of the constitutional tradition, based on the paradigm of "democratic statism". At the time of the birth of modern constitutionalism, this paradigm served to connect the ideals of freedom and equality of the American and French revolutions to the pre-existing conceptions of state and sovereignty. From Kumm's statements it can be deduced that constitutional historiography has not been able to free itself from the weight of the founding myths centred on the unitary subject "We the people". Looking back over the twenty years of activity of the «Journal», we will try to respond to these criticisms by highlighting the different perspectives from which the contradictions indicated by Kumm were addressed.

**Parole chiave / Keywords:** Mattias Kumm, svolta cosmopolitica, statalismo democratico, *We the People*, justice-sensitive externalities / Mattias Kumm, cosmopolitan turn, democratic statism, *We the people*, justice-sensitive externalities.

Anna Gianna Manca, *Per una storia costituzionale europea tra ventesimo e ventunesimo secolo / For a European constitutional history between the twentieth and twenty-first centuries*

## Abstracts

In questo saggio, che è allo stesso tempo una lettura ragionata, di carattere storico-politico-costituzionale, sul 5° volume dell'*Handbuch der europäischen Verfassungsgeschichte im 20. Jahrhundert*, si affronta all'incirca l'ultimo nostro trentennio di storia politico-costituzionale, e cioè il periodo che va dal 1989, dalla caduta del muro di Berlino, sino praticamente a oggi. In particolare si affronta il problema della difficoltà di utilizzare tipi e modelli costituzionali cristallizzati nel solco della storia politico-costituzionale dell'esperienza occidentale per leggere le esperienze degli Stati dell'Europa centrale e orientale già facenti parte dell'ex blocco orientale.

In this essay, which is at the same time a reasoned reading, of a historical-political-constitutional character, on the 5<sup>th</sup> volume of the *Handbuch der europäischen Verfassungsgeschichte im 20. Jahrhundert*, we approach approximately the last thirty years of our political-constitutional history, therefore the period that goes from 1989, that is from the fall of the Berlin wall, practically to today. In particular, it deals with the difficulty of using constitutional typologies and models that have crystallized during the political-constitutional history of the West in the last two hundred years to read the experiences of the Central-Eastern European states (countries in transition) already part of the former Eastern Bloc.

**Parole chiave / Keywords:** storia costituzionale, Europa, XXI secolo, forme di governo, legittimazione / constitutional history, Europe, 20th-21st century, forms of government, legitimation.

Michael Stolleis, *What has changed, what have we learned? / Che cosa è cambiato, che cosa abbiamo appreso?*

The article tries to answer two questions: what has actually changed in the past decades in the special discipline of "constitutional history" and what consequences the scientific community has drawn from it. It draws the development of constitutional history in the last few decades pointing out some specific features. In particular the historical comparison of constitutions has assumed world format but it raises a wealth of methodological questions if such a historical comparison is to go beyond a superficial comparison of texts or any citation of "passages". In view of the different country histories and national cultures, the different methodological approaches and previous understandings, a comparative constitutional history can only achieve the goal of a fair and meaningful comparison if it is based on concrete questions. Otherwise it operates with unverifiable assumptions.

L'articolo cerca di rispondere a due domande: cosa è realmente cambiato negli ultimi decenni nella disciplina della "storia costituzionale" e quali conseguenze ne ha tratto la comunità scientifica. Esso disegna l'evoluzione della storia costituzionale negli ultimi decenni evidenziandone alcune specificità. In particolare il confronto storico delle costituzioni ha assunto un formato mondiale ma ciò solleva una serie di interrogativi metodologici se tale comparazione vuole andare oltre un confronto superficiale dei testi o una qualsiasi citazione di qualche "passo" testuale. Alla luce delle diverse storie dei paesi e culture nazionali, dei diversi approcci metodologici e delle precedenti comprensioni, una storia costituzionale comparata può raggiungere l'obiettivo di un confronto equo e significativo solo se si basa su domande concrete. Altrimenti opera con ipotesi non verificabili.

**Keywords / Parole chiave:** constitutional history, comparaison, Europe, methodology, prospects / storia costituzionale, comparazione, Europa, metodologia, prospettive.

Bartolomé Clavero, *Velo de Ignorancia e Historia Constitucional / Velo di ignoranza e Storia costituzionale*

This essay, *Veil of Ignorance and Constitutional History*, could be titled otherwise by coining a neologism: *Multicontractarianism and Constitutional History*. The strong revival of the doctrine of *social contract* during the last decades, driven by John Rawls' *A Theory of Justice* (1971) as foundation for equality between individuals tending a veil of ignorance over the diversity of conditions of any kind, has produced an unexpected chain reaction bringing into view deeply unequal *social contracts* in the plural. The trigger was, in 1988, Carole Pateman's *The Sexual Contract* insofar as it fully challenged the principle of ignorance for the achievement of justice. She disclosed the meaning of family order as the political space in which women's subordination is entrenched. Furthermore, she highlighted how classic contractarianism, since Locke, assumed and exposed the marital power as the first of the powers in contrast with the current contractarianism that, since Rawls, tends its veil of ignorance on the family conditionings of the woman's status even in times of rights. Along these lines, Charles Mills continued in 1997 with his *The Racial Contract*, contrasting equally the transparency of classical contractarianism with the opacity of present supremacism regarding the whole set of a racialized subordination on a colonial basis. There is even more. In 2009, Pateman and Mills attempted to integrate their respective visions into a comprehensive category of *Subordination Contract*. Then, in 2015, Stacy Clifford-Simplician's *The Capacity Contract* came contending that supremacist assumptions about the capacity of the individual are at the basis of all subordination contracts. Other contracts, such as the *Generational Contract* and the animal or *Species Contract*, have been added. Thus we finally have a multicontractarianism at the antipodes of contractarianism. This essay argues that mainstream constitutional historiography has been developed under the paradigm of monocontractarian blindness and that, therefore, the perspectives provided towards the past by multicontractarianism might open horizons no less unexpected.

Questo saggio, *Velo di ignoranza e Storia costituzionale*, potrebbe essere intitolato altrimenti conioando un neologismo: Multicontrattarismo e Storia costituzionale. Il forte *revival* della dottrina del *contratto sociale* negli ultimi decenni, guidato da *A Theory of Justice* (1971) di John Rawls come fondamento per l'uguaglianza tra individui tendendo un velo di ignoranza sulla diversità delle condizioni di qualsiasi tipo, ha prodotto un'inaspettata reazione a catena che mette in luce profondamente diseguali *contratti sociali* al plurale. Il fattore scatenante è stato, nel 1988, *The Sexual Contract* di Carole Pateman nella misura in cui ha sfidato completamente il principio di ignoranza per il raggiungimento della giustizia. Ha svelato il significato di ordine familiare come lo spazio politico in cui è radicata la subordinazione delle donne. Inoltre, ha evidenziato come il contrattarismo classico, da quando Locke ha assunto ed esposto il potere coniugale come il primo dei poteri in contrasto con l'attuale contrattarismo che, a partire da Rawls, tende il suo velo di ignoranza sui condizionamenti familiari dello status della donna persino in tempi di diritti. Su questa linea, Charles Mills continuò nel 1997 con il suo *The Racial Contract*, contrastando allo stesso modo la trasparenza del contrattarismo classico con l'opacità dell'attuale suprematismo riguardo all'intero set di una subordinazione razzializzata su base coloniale. Ma c'è anche di più. Nel 2009, Pateman e Mills hanno tentato di integrare le loro rispettive visioni nella categoria comprensiva del *contratto di subordinazione*. Poi, nel 2015, arrivò *The Capacity Contract* di Stacy Clifford-Simplician sostenendo che i presupposti suprematisti sulla capacità dell'individuo sono alla base di tutti i contratti di subordinazione. Sono stati poi aggiunti altri contratti, come il *contratto generazionale* e quello animale o di *specie*. Così infine abbiamo un multicontrattarismo agli antipodi del contrattarismo. Questo saggio sostiene che la storiografia costituzionale tradizionale si è sviluppata sotto il paradigma della cecità monocontrattaria e che, quindi, le prospettive fornite al passato dal multicontrattarismo potrebbero aprire orizzonti non meno inaspettati.

**Keywords / Parole chiave:** contractarianism, sexism, racism, supremacism, colonial constitutionalism / contrattarismo, sessismo, razzismo, suprematismo, costituzionalismo coloniale.

Heinz Mohnhaupt, *Europäische Dimensionen im Ius Publicum des 16. bis 18. Jahrhunderts. Gemeinsamkeiten und Divergenzen vor dem Hintergrund der heutigen Europäischen Union / European dimensions in the "Ius Publicum" of the 16<sup>th</sup> to 18<sup>th</sup> centuries. Commonalities and divergences against the background of today's European Union*

Alongside the older "Ius Privatum", the "Ius Publicum" was developed into an independent academic discipline in most European countries in the 16<sup>th</sup> century. In addition to a description related to each country, however, common features of a "Ius Publicum Europaeum" were increasingly dealt with. The description of the sovereign rights of legislation, constitution and jurisdiction reveal identities in terms of content, concept and function, which can be described as the "old Ius Publicum Europaeum". This is contrasted with the new "Ius Publicum Europaeum", which the handbook with the same title edited by Armin von Bogdandy e.a. dealt with for the "European Union" from 2007-2019.

Accanto al più antico "Ius Privatum", lo "Ius Publicum" si è sviluppato nel XVI secolo come disciplina accademica indipendente nella maggior parte dei paesi europei. Oltre ad una descrizione relativa ad ogni paese, tuttavia, le caratteristiche comuni di un "Ius Publicum Europaeum" sono state sempre più prese in considerazione. La descrizione dei diritti sovrani di legislazione, costituzione e giurisdizione rivela identità in termini di contenuto, concetto e funzione, che può essere descritto come il "vecchio Ius Publicum Europaeum". Questo si contrappone al nuovo "Ius Publicum Europaeum", che il manuale con lo stesso titolo curato da Armin von Bogdandy et alii ha dedicato all'Unione Europea" (2007-2019).

**Keywords / Parole chiave:** Old and new "Ius publicum Europaeum", legislation, fundamental laws, jurisdiction, comparison / Vecchio e nuovo "Ius Publicum Europaeum", legislazione, leggi fondamentali, giurisdizione, confronto.

Ulrike Müßig, *Republicanism and its 'gentle wings' (Ode to Joy). The Republican Dignity to be Governed, not Mastered as Founding Rational Legitimacy / Il repubblicanesimo e le sue "ali gentili" (Inno alla gioia). La dignità repubblicana di essere governati, non dominati come legittimità fondante razionale*

Republicanism as a term is often reduced simply to being the antithesis of monarchy. Yet republicanism has taken on different guises and forms across centuries and historical settings. Antimonarchism is not an integral element of the republic, rather the civic mastery over one's self by consenting to self-imposed laws. This republican dignity to be governed, not mastered, translates the ideal of the *res publica* into a workable polity by political and legal means. It is the functional equivalence of the various modes of translation into political institutions and legal rules that serves as *tertium comparationis* for this comparative essay on English, American and French republicanism. In regard to the founding function of republican dignity, civic consciousness in England was framed within the historic continuity of common law. Within this framework of customs, jurisdictions

and liberties, centred around a territorial and jurisdictional monarchy, individual self-mastery evolved in the form of possession rights and properties. Conceptualizing the English public realm as a (neo-Roman) *civitas*, the seventeenth century 'transition' from kingdom to commonwealth built on Britain's rising 'blue-water' commercial and colonial empire and on the presumed immemorial origin of common law as a 'charter of liberties'. As early as Magna Carta, common law liberties addressed 'free landed proprietors', and property remained the linchpin of the political and legal translation of British civic consciousness. It accounted for the discursive identity of political and civil liberty, and thereby formed the peculiar congruency between the king's and the people's interests; the republican reading of the English 'ancient constitution', built on common law customs since time immemorial, orbited around the empire's greatness by delivering 'English liberties' to its subjects.

American independence and the practical implementation of republican ideas in an expansive union surpassed the common limitation of classical republicanism to small political communities. The specific practical American interconnection of private and civic rights, due to the wide dispersion of ownership and the settlers' acquaintance with self-responsibility for local politics, was the basis for the 'American translation' of civic self-mastery into a novel connection of democratic representation with popular sovereignty. In their strife away from the paternalistic trusteeship in the British hereditary-corporative parliamentary tradition, the representative republic was the federalists' design to keep popular sovereignty away from the turmoil of a direct, democratic tyranny. Representation was the founding fathers' institutional tool to create legality in the consented community, and thereby the expansionism in the union enabled the republic's success. The federalists' translation of republican self-governance into this connection of representation with popular sovereignty created the constituent American people, and thereby grounded American independence as a nation on the civic self-mastery of the American people as individuals. Initially, and in accordance with the prevalent common law terminology, the American resistance against Westminster was focused on whether the Americans maintained the rank of brethren subjects of the same king as the English. Central to these historical roots of American republican dignity, still recognizable in the Sullivan Draft of a declaration of rights (1774), were self-mastery and sovereignty rooted in common law property rights, before the justificatory legitimization by 'certain unalienable Rights, ... among [which] are Life, Liberty and the pursuit of Happiness' in 1776 cut off the discursive community with the British common law. Consequently, republican dignity by self-determined participation in and commitment to the commonwealth of all was never equally apportioned in the American discourse. Instead, the attribution of special dignities to those who guarded the 'genius of the people' marked the American eagerness to keep the representative republic away from egalitarianism, but in the same way fostered an institutionalized elitism which threatens today's American democracy in the irreconcilable duality of the current two-party system.

French republicanism originated in the coincidence of *res publica* and *civitas*, both of which were royally constituted. It is the equation of republic and sovereign state that is substantiated in Bodinean legislative sovereignty and championed in the enlightened republicanization of monarchy. Whereas American republicanism designed constitutional checks and balances of institutionally separated powers, the French '*monarchie républicaine*' from 1789 to 1792 was meant to perfect the form of (monarchical) government. The enlightened focus lay on the origin of power in the normative abstractness of the general will (Rousseau) or in national sovereignty (Sièyes). However, as far as the masterminds of the French Revolution were concerned, the republic signified unity; the legal concept of national sovereignty explained the monarchy as constituted power and the nation (which included both people and monarch) as constituent, whereby the equation of republic and sovereign state permeated into modern French constitutionalism. This *republican* identity lies at the heart of legal, political, and popular consciousness in contemporary France.

Il repubblicanesimo, spesso ridotto all'antimonarchismo, varia nei secoli e nelle ambientazioni storiche. L'antimonarchismo non è l'elemento centrale di una repubblica, ma la padronanza civica di sé stessi attraverso il consenso a leggi autoimposte. Questa dignità repubblicana di essere governati, non dominati, traduce l'ideale della *res publica* in una politica praticabile con mezzi politici e legali. È l'equivalenza funzionale delle varie modalità di traduzione in istituzioni politiche e norme giuridiche che funge da *tertium comparationis* per questo saggio comparativo sul repubblicanesimo inglese, americano e francese.

Per quanto riguarda la funzione fondante della dignità repubblicana, la coscienza civica in Inghilterra è stata inquadrata nella continuità storica del *common law*. All'interno di questo quadro di costumi, giurisdizioni e libertà, incentrato su una monarchia territoriale e giurisdizionale, il dominio individuale si è evoluto sotto forma di diritti di possesso e proprietà. Il regno inglese era concepito come una *civitas* (neo-romana), la 'transizione' del XVII secolo dal regno al *Commonwealth* venne basata sul nascente impero commerciale e coloniale britannico e sulla presunta origine immemorabile del *common law* come 'carta delle libertà'. Già nella *Magna Carta*, le libertà previste dal *common law* si rivolgevano ai 'liberi proprietari terrieri', e la proprietà rimaneva il nucleo centrale dell'identità discorsiva delle libertà politiche e civili, formando così la peculiare consonanza tra gli interessi del re e quelli del popolo; la lettura repubblicana dell'"antica costituzione" inglese, costruita da tempo immemorabile sulle consuetudini del *common law*, orbitò intorno alla grandezza dell'impero offrendo le 'libertà inglesi' ai suoi sudditi.

L'indipendenza americana e l'attuazione pratica delle idee repubblicane in un'unione espansiva hanno superato l'idea classica che riconduce il repubblicanesimo a piccole comunità politiche. La specifica interconnessione pratica americana dei diritti privati e civili (dovuta all'ampia dispersione della proprietà e alla familiarità dei coloni con l'auto-responsabilità per la politica locale) è alla base della 'traduzione americana' dell'autogoverno in una (nuova) connessione della rappresentanza democratica con la sovranità popolare. Nella lotta per sottrarsi all'amministrazione fiduciaria paternalistica della tradizione parlamentare ereditaria-corporativa britannica, la repubblica rappresentativa era il disegno dei federalisti di tenere la sovranità popolare lontana dalle turbolenze di una tirannia diretta e democratica. La rappresentanza era lo strumento istituzionale dei padri fondatori per creare legalità nella comunità consenziente, e quindi l'espansionismo nell'unione ha permesso il successo della repubblica. La traduzione da parte dei federalisti dell'autogoverno repubblicano in connessione con sovranità popolare ha creato il popolo americano costituente, e quindi ha fondato l'indipendenza americana come nazione sull'autogoverno civico del popolo americano come individui. Inizialmente, e in accordo con la terminologia prevalente del *common law*, la resistenza americana contro Westminster era focalizzata sul fatto che gli americani mantenessero il rango di sudditi fratelli dello stesso re degli inglesi. Al centro di queste radici storiche della dignità repubblicana americana, ancora riconoscibili nella bozza elaborata da Sullivan di una dichiarazione di diritti del 1774, vi erano la padronanza di sé e la sovranità radicate nei diritti di proprietà del *common law*, prima che la legittimazione giustificativa attraverso 'alcuni diritti inalienabili, ... tra cui sono la Vita, la Libertà e la ricerca della Felicità' del 1776 tagliasse fuori la comunanza discorsiva con il *common law* britannico. Di conseguenza, la dignità repubblicana derivante da partecipazione autodeterminata e impegno al benessere di tutti, non fu mai equamente ripartita nel discorso americano. Invece, l'attribuzione di speciali dignità a coloro che custodivano il 'genio del popolo', ha segnato il desiderio americano di tenere la repubblica rappresentativa lontana dall'egualitarismo, ma allo stesso modo ha favorito un elitarismo istituzionalizzato che minaccia l'odierna democrazia americana nell'inconciliabile dualità dell'attuale sistema bipartitico.

Il repubblicanesimo francese ha avuto origine dalla coincidenza di *res publica* e *civitas*, entrambe regalmente costituite. È l'equazione tra repubblica e stato sovrano che si sostanzia nella sovranità

legislativa elaborata da Bodin e si sostiene nella repubblicanizzazione illuminata della monarchia. Mentre il repubblicanesimo americano progettava controlli costituzionali ed equilibri di poteri istituzionalmente separati, la *'monarchie républicaine'* francese dal 1789 al 1792 doveva perfezionare la forma di governo (monarchico). L'accento illuminato era posto sull'origine del potere nell'astrattezza normativa della volontà generale (Rousseau) o nella sovranità nazionale (Sièyes). Tuttavia, per le menti della rivoluzione francese la repubblica significava unità; il concetto giuridico di sovranità nazionale spiegava la monarchia come potere costituito e la nazione (che comprendeva sia il popolo che il monarca) come potere costituente, per cui l'equazione di repubblica e stato sovrano permeava il costituzionalismo francese moderno. Questa identità *repubblicana* è al centro della coscienza giuridica, politica e popolare della Francia contemporanea.

**Keywords / Parole chiave:** Republicanism, republican dignity, common law liberties, British Empire, English 'ancient constitution', American independence, civic self-mastery, representative republic, American Federalists, French equation of republic and sovereign state, national sovereignty / Repubblicanesimo, dignità repubblicana, libertà di common law, Impero Britannico, "antica costituzione" inglese, indipendenza americana, autogoverno civico, repubblica rappresentativa, Federalisti americani, equazione francese di repubblica e stato sovrano, sovranità nazionale.

Lucien Jaume, *French Fifth Republic: a liberalism under State protection? / La Quinta Repubblica in Francia: un liberalismo attraverso lo Stato?*

From its birth, the French Fifth Republic shows a tendency to secure freedom not against the state but under state protection. In a different way of the English or the American liberal procedures, such as judicial review, in France liberals have chosen to consider associations, press, education, markets, etc. not from the civil society eye, but from the administrative standpoint, in the concern of "intérêt général" (the general interest). Various mitigations or implements have been introduced, due to outside influences (globalization, European Union). The spirit of such a liberalism, according to Guizot (July monarchy) is progressively mixed with Benjamin Constant's model, i.e. individualism plus constitutionalism.

Dalla sua nascita, la Quinta Repubblica francese mostra una tendenza a garantire la libertà non contro lo Stato ma sotto la protezione dello Stato. In un modo diverso dalle procedure liberali inglesi o americane, come il controllo giudiziario, in Francia i liberali hanno scelto di considerare le associazioni, la stampa, l'istruzione, i mercati, ecc. non dal punto di vista della società civile, ma dal punto di vista amministrativo, nella prospettiva dell'"intérêt general" (l'interesse generale). Sono state poi introdotte varie mitigazioni o strumenti, a causa di influenze esterne (globalizzazione, Unione Europea). Lo spirito di tale liberalismo alla Guizot (monarchia di luglio) si mescola progressivamente al modello di Benjamin Constant, cioè all'individualismo con più il costituzionalismo.

**Keywords / Parole chiave:** Orleanism, liberalism, general interest, legitimacy, Fifth Republic / Orleanismo, liberalismo, interesse generale, legittimità, Quinta Repubblica.

Daniela Novarese, *Il peso della tradizione. Aspetti procedurali dell'iter di redazione della costituzione siciliana del 1812 / The importance of tradition. Procedural aspects of the drafting course of the Sicilian 1812 constitution*

## Abstracts

Il saggio analizza gli aspetti procedurali dell'iter di redazione della costituzione redatta dal parlamento siciliano e promulgata nel 1812 sottolineando come, al di là dei modelli costituzionali di riferimento (inglese, francese, spagnolo) quella carta costituzionale risultasse legata a logiche di antico regime e, in particolare, al sistema delle *leges pactatae*, che finivano con inficiarne la modernità dei contenuti, con particolare riferimento al tema dei diritti individuali.

The essay analyses the procedural aspects of the drafting course of the constitution drawn up by the Sicilian Parliament and enacted in 1812, underlining how, beyond the constitutional models of reference (English, French, Spanish ones), that constitution was linked to old regime logics, and in particular, to that of *leges pactatae*, which ended up invalidating the modernity of the contents, with specific reference to the individual rights.

**Parole chiave / Keywords:** Costituzione, Sicilia, *leges pactatae*, diritti individuali, iter di redazione / Constitution, Sicily, *leges pactatae*, individual rights, drafting course.

Ludovico Maremonti, *La forma del "buon governo": discorsi su principi e fini della monarchia messicana (1821-1823)* / *The form of "good government": discourses on principles and purposes of the Mexican monarchy (1821-1823)*

Il saggio si propone di ricostruire, attraverso alcuni, esemplificativi documenti, il dibattito sulle forme di governo nel contesto del primo Impero messicano (1821-'23). Si intende così presentare la parabola della monarchia messicana e del suo fondatore (poi imperatore) Agustín de Iturbide come un interessante laboratorio per l'analisi, la discussione e l'applicazione delle teorie sui sistemi politici; al netto della sua apparente fugacità, infatti, il periodo del primo Impero rivela la ricezione e tentata applicazione in Messico delle dottrine politiche e costituzionali più diffuse nei primi anni '20 dell'Ottocento.

Thanks to some illustrative documents, the essay aims to analyze the debate on forms of government in the context of the first Mexican Empire (1821-'23). It is intended to point out that the Mexican monarchy, as well as the trajectory of its founder (later emperor) Agustín de Iturbide, represent an interesting laboratory for analysis, discussion and application of theories on political systems. Despite its apparent fugacity, the Empire reveals how early independent Mexico accepted and tried to apply the most diffused political and constitutional doctrines of the early 1820s.

**Parole chiave / Keywords:** Agustín de Iturbide, primo Impero messicano, costituzionalismo, monarchia, repubblica / Agustín de Iturbide, first Mexican Empire, constitutionalism, monarchy, republic.

Fausto Proietti, *Democratizzare il potere giudiziario: il jury populaire nel dibattito dell'Assemblea costituente della Seconda Repubblica francese (1848)* / *Democratizing judiciary power. The constitutional debate about the jury populaire in the Second French republic (1848)*

In questo contributo si ricostruisce uno degli aspetti meno studiati del dibattito politico e costituzionale nella Francia della Seconda Repubblica (1848-1852), quello relativo al potere giudi-

ziario e alla sua 'democratizzazione' per mezzo del *jury* popolare. A partire dalla visione che aveva caratterizzato le fasi precedenti del dibattito, all'interno del quale un ruolo particolare è giocato da Tocqueville con la sua *Democrazia in America*, i costituenti misero inizialmente in campo una forte volontà di rendere 'popolare' e 'democratico' il potere giudiziario; gli eventi legati alla guerra civile scoppiata a Parigi alla fine di giugno li portarono però, su questa come su altre tematiche, ad assumere in definitiva una posizione ben più conservatrice.

This essay reconstructs one of the least studied aspects of the political and constitutional debate in France during the Second Republic (1848-1852), i.e. the one relating to the judiciary and its 'democratization' by means of popular jury. Starting from the previous debate about this topic, in which a relevant role was played by Tocqueville's *Democracy in America*, the constituents initially tried to make judiciary power more 'popular' and 'democratic'; the events related to the civil war that broke out in Paris at the end of June 1848, however, led them, on this as well as on other issues, to ultimately take a much more conservative position.

**Parole chiave / Keywords:** *Jury*, Democrazia, Tocqueville, 1848, Seconda Repubblica francese / Popular jury, Democracy, Tocqueville, 1848, French Second Republic.

Mariano Croce, Andrea Salvatore, *La forza trasformativa dell'impolitico. L'istituzionalismo di Maurice Hauriou e Santi Romano* / *The Transformative force of the impolitical. The institutionalism of Maurice Hauriou and Santi Romano*

L'articolo indaga il concetto di "impolitico" al fine di un inquadramento dell'istituzionalismo giuridico inteso quale teoria dell'organizzazione che riconduce il potere normativo alle collettività sociali (siano esse micro o macro). Nello specifico, si espliciterà la concezione di ordine sociale, radicalmente alternativa agli assunti fondamentali del pensiero politico moderno, elaborata da Maurice Hauriou e Santi Romano, considerati unanimemente i padri fondatori dell'istituzionalismo giuridico. L'articolo espone e discute le ragioni per cui i due giuristi ritengono che la politica moderna si riveli di fatto incapace di garantire la sussistenza dello Stato e per le quali caldeggiavano una innovativa funzione per la scienza giuridica all'interno di una diversa cornice costituzionale. Da ultimo si illustreranno gli esiti teorici e politici della concezione del diritto che Hauriou e Romano oppongono alla politica.

This article conjures the notion of "the impolitical" to address legal institutionalism as a theory of organization which locates normative power within social collectives (whether micro or macro). In particular, it makes the case that Maurice Hauriou and Santi Romano, the founding fathers of classic legal institutionalism, elaborated on a counter-theory of social order that radically challenges the fundamental tenets of modern political thought. The article illustrates the reasons why they believed modern politics was eventually unable to secure the life of the state and advocated a renewed role of the legal practice within a revised constitutional framework. The conclusion brings out the topical theoretical and political import of their conceptions of law vis-à-vis politics.

**Parole chiave / Keywords:** impolitico, istituzionalismo, Maurice Hauriou, ordine politico, Santi Romano / impolitical, institutionalism, Maurice Hauriou, political order, Santi Romano.

Nei prossimi numeri / In the next issues

## n. 42, II semestre / 2<sup>nd</sup> semester, 2021

Heads of State: The Authoritarian Dynamic of Political Power in Romanian Constitutional History / *Capi di stato: la dinamica autoritaria del potere politico nella storia costituzionale rumena*

Edited by: MANUEL GUTAN

Articles by / Contributi di: COSMIN CERCEL, GIOVANNI DI COSIMO, BOGDAN DIMA, VALERIA FERRARI, MIHAI GHIȚULESCU, MANUEL GUTAN, ALEXANDRA IANCU, BOGDAN IANCU, STEFANO MALPASSI, DAN CONSTANTIN MÂȚA, ULRIKE Müßig, VICTOR RIZESCU, RĂZVAN COSMIN ROGHINĂ

## n. 43, I semestre / 1<sup>st</sup> semester, 2022

Il 'mosaico' costituzionale del fascismo: materiali per una 'mappa concettuale' / *The constitutional 'mosaic' of fascism: materials for a 'conceptual map'*

A cura di: MASSIMILIANO GREGORIO, LUIGI LACCHÈ, IRENE STOLZI

Contributi di / Articles by: SALVATORE BONFIGLIO, MAURIZIO CAU, GIOVANNI CAZZETTA, PIETRO COSTA, ERNESTO DE CRISTOFARO, OLINDO DE NAPOLI, ROMANO FERRARI ZUMBINI, SAVERIO GENTILE, MASSIMILIANO GREGORIO, LUIGI LACCHÈ, BERNARDO SORDI, GIULIO STOLFI, IRENE STOLZI, CLAUDIA STORTI

# *Library of the Journal of Constitutional History /* **Biblioteca del Giornale di Storia costituzionale**

*Series directed by / Collana diretta da:* Luigi Lacchè, Roberto Martucci, Luca Scuccimarra

*L'evidenza dei diritti. La déclaration des droits di Sieyès e la critica di Bentham*, con testi originali a fronte, a cura di / edited by Giovanni Ruocco, 2009

Lucien Jaume, *Che cos'è lo spirito europeo?*, 2010

Maurizio Ricciardi, *La società come ordine. Storia e teoria politica dei concetti sociali*, 2010

Simona Gregori, *L'enfance de la Science du Gouvernement. Filosofia, politica e istituzioni nel pensiero dell'abbé de Saint-Pierre*, 2010

Ronald Car, *"Un nuovo Vangelo per i tedeschi". Dittatura del Cancelliere e Stato popolare nel dibattito costituzionale tedesco del secondo Ottocento*, 2011

*Il 'giureconsulto della politica'. Angelo Majorana e l'indirizzo sociologico del Diritto pubblico*, a cura di / edited by Giacomo Pace Gravina, 2011

Michele Basso, *Max Weber. Economia e politica fra tradizione e modernità*, 2013

Luca Cobbe, *Il governo dell'opinione. Politica e costituzione in David Hume*, 2014

Andrea Marchili, *Genealogia della comunità. Amor di sé e legame sociale in Rousseau*, 2014

Paolo Colombo, *Emmanuel Sieyès: le idee, le istituzioni*, con in appendice l'opera di Antoine Boulay de la Meurthe, *Théorie constitutionnelle de Sieyès. Constitution de l'an VIII*, 1836, 2015

Michael Stolleis, *Introduzione alla storia del diritto pubblico in Germania (XVI-XXI sec.)*, traduzione di Paolo Scotini, 2017

Giuseppe Mecca, *Il governo rappresentativo. Cultura politica, sfera pubblica e diritto costituzionale nell'Italia del XIX secolo*, 2019

Eleonora Cappuccilli, *La critica imprevista. Politica, teologia e patriarcato in Mary Astell*, 2020

Romano Ferrari Zumbini, Giulio Stolfi, Lorenzo Carnimeo, *Senato Segreto*, 2021

*Demands and informations / Per richieste ed informazioni:*

**eum** edizioni università di macerata  
Corso della repubblica, 51 - 62100 Macerata  
T (39) 07332586080 - info.ceum@unimc.it  
<http://eum.unimc.it>

## INDICAZIONI REDAZIONALI PER GLI AUTORI

1. La redazione accetta articoli nelle principali lingue di comunicazione scientifica.
2. Gli articoli vanno elaborati in formato digitale (file .doc o .rtf), contenendone la lunghezza entro le 60.000 battute (spazi inclusi). Possono essere recapitati all'indirizzo di posta elettronica giornalecostituzionale@unimc.it oppure registrati su supporto elettronico (Cd-Rom) e inviati per posta ordinaria all'indirizzo della Redazione: *Giornale di Storia costituzionale*, Dipartimento di diritto pubblico e teoria del governo, Università degli Studi di Macerata, piazza Strambi, 1 – 62100 Macerata, Italia.
3. Ogni articolo deve essere corredato da:
  - titolo, eventuale sottotitolo, nome e cognome dell'autore, titolo accademico, denominazione e indirizzo dell'ente, recapito di posta elettronica;
  - un abstract (non più di 2.500 battute) e da 5 parole-chiave, redatti sia nella lingua del contributo che in lingua inglese.
4. L'eventuale materiale iconografico va consegnato in file separati, nominati in modo da indicarne la sequenza. Le immagini (formato .tiff o .jpeg) dovranno avere una risoluzione di almeno 300 dpi e una larghezza alla base di almeno 70mm; grafici e tabelle dovranno essere consegnati nel formato originale di elaborazione, con una larghezza non superiore ai 133mm. In un apposito file di testo vanno invece riportate le didascalie relative a ciascuna immagine, tabella o grafico.

## NORME EDITORIALI

**TITOLI.** Evitare l'uso del maiuscolo o del maiuscoletto. I titoli dei contributi e degli abstracts vanno riportati anche in inglese. I titoli di paragrafi e sottoparagrafi debbono essere numerati, con numerazione progressiva in cifre arabe. Il punto finale non va messo in nessun caso.

**REDAZIONE DEL TESTO.** La formattazione del testo deve essere minima. Si richiede soltanto che siano riconoscibili gli elementi che compongono il contributo: il titolo, i titoli dei paragrafi e dei sottoparagrafi, il corpo del testo, le citazioni, le note e la collocazione degli eventuali materiali di corredo (immagini, grafici e tabelle). Vanno evitate tutte le istruzioni/impostazioni 'superflue' ai fini della comprensione dei contenuti, che pure rendono meno agevole il trattamento del file. Da evitare la formattazione automatica, la giustificazione, l'uso degli elenchi numerati (o puntati) da programma, l'utilizzo del trattino e del tasto invio per la sillabazione. Evitare anche la sillabazione automatica; è sufficiente allineare il testo a sinistra. Usare il ritorno a capo (tasto invio) solo per chiudere il paragrafo. Rispettare la funzione e la gerarchia delle virgolette; limitare l'uso dei corsivi e, se possibile, evitare quello dei grassetti e dei sottolineati.

Si scelga font comuni (arial, times, verdana) e si segnali – in una nota per la redazione – l'eventuale utilizzo di caratteri speciali. Per ulteriori indicazioni si veda di seguito.

**CITAZIONI.** Le citazioni lunghe (superiori a 3-4 righe) vanno staccate dal testo (precedute e seguite da uno spazio), senza essere racchiuse da virgolette, composte in corpo minore e sempre in tondo.

Le citazioni brevi vanno incorporate nel testo e poste fra virgolette basse (o caporali) « »; eventuali citazioni interne alla citazione vanno poste fra virgolette doppie alte " ", sempre in tondo.

**NOTE.** Le note al testo sono destinate essenzialmente a mero rinvio bibliografico e a fini esplicativi. Si raccomanda di contenere al massimo il numero delle note. In ogni caso, le battute relative alle note (spazi inclusi) non devono superare il terzo delle battute complessive del testo (nel caso di un testo standard di 60.000, spazi inclusi, le note non dovranno superare le 20.000 battute).

Il rimando alle note, all'interno del testo, va elaborato automaticamente e va collocato prima della punteggiatura (salvo i casi dei punti esclamativo, interrogativo e di sospensione). Anche se si tratta di note di chiusura (e non a piè di pagina), i riferimenti nel testo non vanno in nessun caso creati assegnando l'apice a un numero posto manualmente, ma solo utilizzando l'apposita funzione del programma di video scrittura (che automaticamente genera il numero e colloca il testo di nota; in Word, dal menù *Inserisci > riferimento*). Il punto chiude sempre il testo delle note.

**INDICAZIONI BIBLIOGRAFICHE.** I dati bibliografici di un'opera citata vanno in nota.

Nella prima citazione debbono essere completi dei seguenti elementi, nell'ordine indicato.

- se si tratta di un **opera compiuta**: iniziale puntata del nome e cognome dell'autore (con solo le iniziali in maiuscolo e mai in maiuscoletto); titolo in corsivo; luogo; editore; anno (in apice, l'eventuale segnalazione del numero dell'edizione citata). Tutti questi elementi saranno separati l'uno dall'altro mediante virgole. Sempre mediante la virgola, vanno se-

parati i nomi degli autori in un'opera a più mani. Nel caso in cui l'autore abbia un nome doppio, le iniziali vanno indicate senza lo spazio separatore. L'a cura di va riportato (tra parentesi tonde) nella lingua di edizione del testo, subito dopo il nome del curatore e con la virgola solo dopo la parentesi di chiusura. Se viene indicata una parte della pubblicazione, va aggiunta la pagina (o le pagine) di riferimento. Qualora si tratti di un'opera in più volumi, l'indicazione del volume (preceduta da 'vol. ') va anteposta ai numeri di pagina. Esempi:

F. Jahn, *Deutsches Volksthum*, Lübeck, Niemann & Co, 1810.  
L. Pegoraro, A. Rinella, *Le fonti del diritto comparato*, Torino, Giappichelli, 2000.  
R.D. Edwards, *The Best of Bagehot*, London, Hamish Hamilton, 1993, p. 150.  
A. King (edited by), *The British Prime Minister*, London, Macmillan, 1985<sup>2</sup>, pp. 195-220.  
AA.VV., *Scritti in onore di Gaspare Ambrosini*, Milano, Giuffrè, vol. III, pp. 1599-1615.

– se si tratta di un'opera tradotta: iniziale puntata del nome e cognome dell'autore; titolo originale dell'opera in corsivo; anno di pubblicazione tra parentesi tonde, seguito dal 'punto e virgola'; l'abbreviazione che introduce il titolo della traduzione 'tr. it.' (o 'tr. fr.', 'tr. es.' etc.); titolo della traduzione in corsivo; luogo; editore; anno. Esempi:

W. Benjamin, *Über den Begriff der Geschichte* (1940); tr. it. *Sul concetto di storia*, Torino, Einaudi, 1997.  
J.S. Mill, *Considerations on Representative Government* (1861); tr. it. *Considerazioni sul governo rappresentativo*, Roma, Editori Riuniti, 1999.

– se si tratta di un contributo che compare in un volume miscelaneo: iniziale puntata del nome e cognome dell'autore del contributo; titolo del contributo in corsivo; nome (puntato) e cognome del curatore/autore del volume, preceduto da 'in' ed eventualmente seguito da (a cura di); titolo del volume in corsivo; luogo; editore; anno; paginazione del contributo. Esempi:

G. Miglio, *Mosca e la scienza politica*, in E.A. Albertoni (a cura di), *Governo e governabilità nel sistema politico e giuridico di Gaetano Mosca*, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 15-17.  
O. Hood Phillips, *Conventions in the British Constitution*, in AA.VV., *Scritti in onore di Gaspare Ambrosini*, Milano, Giuffrè, vol. III, pp. 1599 s.

– se si tratta di un contributo che compare in una pubblicazione periodica: nome dell'autore e titolo dell'articolo (riportati come in tutti gli altri casi); testata del periodico tra virgolette caporali preceduta da 'in'; (ove presenti) indicazione dell'annata (in numeri romani) e numero del fascicolo preceduto da 'n.' (e non da n°, N., num. etc.); anno di pubblicazione; numero pagina/e. Nel caso di citazione da un quotidiano, dopo il titolo della testata si metta la data per esteso. Nel caso si faccia riferimento ad articoli pubblicati in riviste online, si dovrà fornire l'indirizzo esatto del testo (o, in alternativa, della pagina principale del sito che lo rende disponibile) e la data di consultazione. Esempi:

G. Bonacina, *Storia e indirizzi del conservatorismo politico secondo la dottrina dei partiti di Stahl*, in «Rivista storica italiana», CXV, n. 2, 2003.  
A. Ferrara, M. Rosati, *Repubblicanesimo e liberalismo a confronto. Introduzione*, in «Filosofia e Questioni Pubbliche», n. 1, 2000, pp. 7 ss.  
S. Vassallo, *Brown e le elezioni. Il dietrofront ci insegna qualcosa*, in «Il Corriere della Sera», 9 ottobre 2007, p. 42.  
G. Doria, *House of Lords: un nuovo passo sulla via della riforma incompiuta*, in «federalismi.it», n. 4, 2007, <<http://federalismi.it>>, settembre 2010.

**I dati bibliografici dovranno essere completi solo per il primo rimando;** per i successivi si procederà indicando solo il cognome dell'autore/curatore; il titolo (o una parte) in corsivo e seguito dall'abbreviazione 'cit.' o 'tr. cit.' (nel caso di opere tradotte); l'indicativo delle pagine. Di seguito gli esempi per le diverse tipologie di:

Jahn, *Deutsches Volksthum* cit., pp. 45, 36.  
Pegoraro, Rinella, *Le fonti del diritto* cit., p. 200.  
King, *The British Prime Minister* cit., p. 195.  
Benjamin, *Über den Begriff* tr. cit., pp. 15-20, 23.  
Bonacina, *Storia e indirizzi del conservatorismo politico* cit., p. 19.  
Ferrara, Rosati, *Repubblicanesimo* cit., pp. 11 ss.  
Doria, *House of Lords* cit.

Nel caso si rimandi alla stessa opera e alla stessa pagina (o pagine) citate nella nota precedente si può usare 'Ibidem' (in corsivo), senza ripetere nessuno degli altri dati; se invece si rimanda alla stessa opera citata nella nota precedente, ma a un diverso numero di pagina, si usi 'Ivi', seguito dal numero di pagina.

## ULTERIORI INDICAZIONI PER LA REDAZIONE DEL TESTO

**RIMANDI INTERNI AL VOLUME.** Non debbono mai riferirsi a numeri di pagina; si può invece rimandare a sezioni di testo, interi contributi e paragrafi o immagini (opportunamente numerati).

**PAGINAZIONE.** Nei riferimenti bibliografici, il richiamo al numero o ai numeri di pagina deve essere sempre preceduto (rispettivamente) da p. o pp. e riportato per intero; quindi, ad es., pp. 125-129 e non pp. 125-9. Qualora non si tratti di pagine consecutive, i numeri vanno separati dalle virgole: per es. pp. 125, 128, 315. Per indicare anche la pagina seguente o le pagine seguenti si utilizzi rispettivamente s. o ss. (quindi senza 'e' precedente) e non sgg., seg. o formule analoghe.

**DATE.** Riportando le date, l'autore può adottare il criterio che ritiene più adeguato, purché rispetti rigorosamente l'uniformità interna all'articolo. Nel caso vengano utilizzate forme abbreviate, il segno per l'elisione è l'apostrofo e non la virgoletta alta di apertura (per es. '48 e non '48).

**SIGLE E ACRONIMI.** Le sigle devono sempre comparire senza punti tra le lettere e, la prima volta in cui sono citate, vanno fatte seguire dalla dicitura per esteso e dall'eventuale traduzione tra parentesi. Non occorre l'esplicitazione delle sigle di uso comune (come USA, NATO, ONU, UE, etc.).

**PUNTI DI SOSPENSIONE O ELISIONE.** Sono sempre 3, quindi non si rendono digitando tre volte il punto sulla tastiera ma inserendo l'apposito simbolo. Quando indicano sospensione – come ogni segno di punteggiatura – vanno staccati dalla parola che segue e attaccati alla parola che li precede (ad esempio ... *non mi ricordo più...*). Non richiedono il punto finale. Quando indicano elisione, quindi un taglio o una lacuna nel testo, il simbolo viene incluso tra parentesi quadre, in questo modo [...].

**TRATTINI.** Il trattino medio viene usato, seguito e preceduto da spazio, per aprire e chiudere gli incisi. Quando il trattino di chiusura dell'inciso coincide con la chiusura della frase, si omette e si inserisce solo il punto fermo. Ad es. ... *testo – inciso che chiude anche la frase.*

Il trattino breve si usa solo per i termini composti formati da parole intere (ad es. centro-sinistra) e per unire due quantità numeriche (ad es. pp. 125-148); sempre senza spazi prima e dopo.

**VIRGOLETTE.** Le virgolette basse « » (caporali) si usano per indicare il discorso diretto, le citazioni brevi e, nei riferimenti bibliografici, per i titoli delle pubblicazioni periodiche. Le virgolette alte " ", invece, per le parole di uso comune a cui si vuole dare particolare enfasi (o assunte prescindendo dal loro significato abituale). Inoltre, nelle citazioni di titoli di quotidiani, periodici, riviste oppure di capitoli e sezioni di paragrafi di un libro (ad es. ... come indicato nel paragrafo "La Germania assassinata" della *Storia dell'età moderna...*). Infine, quando è necessario fare uso delle virgolette all'interno di un discorso già tra caporali. La gerarchia è la seguente: «... "... '...'..."...». I segni di punteggiatura (salvo il punto esclamativo o interrogativo quando fanno parte della citazione) vanno sempre posposti alla chiusura delle virgolette.

**RIMANDI AL WEB.** Quando si fa riferimento a contenuti online, bisogna sempre indicare in maniera completa l'indirizzo (compreso il protocollo <http://> o <ftp://> etc.); possibilmente senza spezzarlo) e racchiuderlo tra i segni minore e maggiore; va indicata sempre anche la data di consultazione o di verifica (dell'indirizzo). Altro dato indispensabile è il titolo (o nome) del sito/pagina o una breve descrizione dei contenuti che si troveranno all'indirizzo riportato. Quindi, ad esempio, un riferimento corretto può essere così formulato: Sezione novità delle Edizioni Università di Macerata, <<http://eum.unimc.it/novita>>, giugno 2010.

## SERVIZI DI REVISIONE DI PAPERS SCRITTI IN LINGUA INGLESE OFFERTI DALLA ENAGO

La Enago offre servizi di revisione linguistica e stilistica di papers di ricerca scritti in inglese al fine della loro pubblicazione in periodici. La Enago ha revisori esperti nei settori disciplinari (qualificati con PhD e Master) aventi una media di 19 anni di esperienza nella revisione.

Oltre che la revisione linguistica dell'inglese, la Enago offre supporto agli autori per tutti le fasi del processo di pubblicazione, inclusi: la revisione di papers respinti dalle redazioni per ragioni di editing; la selezione dei periodici nei quali pubblicare; l'inserimento di immagini; la riduzione del numero dei caratteri; la redazione di lettere di corredo. Enago è una società certificata ISO 9001:2008 ed è molto attenta alla qualità del lavoro consegnato agli autori.

Siti web e servizi offerti localmente da Enago sono elencati sotto. Ciascun sito web ha opzioni di pagamento localizzate e possibilità di fatturare su richiesta.

Per ricercatori di tutto il mondo: Enago Global, <<http://www.enago.com>>.

Per ricercatori giapponesi: Enago Japan, <<http://www.enago.jp>>.

Per ricercatori cinesi: Enago China, <<http://www.enago.cn>>.

Per ricercatori taiwanesi: Enago Taiwan, <<http://www.enago.tw>>.

Per ricercatori coreani: Enago Korea, <<http://www.enago.co.kr>>.

Per ricercatori tedeschi: Enago Germany, <<http://www.enago.de>>.

Per ricercatori turchi: Enago Turkey, <<http://www.enago.com.tr>>.

Per ricercatori portoghesi: Enago Brazil, <<http://www.enago.com.br>>.

Allo scopo di supportare e facilitare il successo del processo di pubblicazione di saggi scientifici e accademici di ricerca, i ricercatori possono anche usufruire degli eccellenti servizi di traduzione offerti dal nostro marchio – Ulatus, <<http://www.ulatus.com>>.

## CODICE ETICO

### DOVERI DEI DIRETTORI E DEI REDATTORI

I principi etici su cui si basano i doveri dei Direttori e dei Redattori del *Giornale di Storia costituzionale* si ispirano a COPE (Committee on Publication Ethics), *Best Practice Guidelines for Journal Editors*: [http://publicationethics.org/files/u2/Best\\_Practice.pdf](http://publicationethics.org/files/u2/Best_Practice.pdf).

I Direttori e Redattori del *Giornale* decidono quali articoli pubblicare fra quelli sottoposti alla redazione. Nella scelta sono guidati dalle politiche stabilite dal Comitato Internazionale del *Giornale* e sono tenuti al rispetto delle norme vigenti.

Essi tendono fattivamente al miglioramento della qualità scientifica del *Giornale*.

Direttori e Redattori valutano i manoscritti sulla base del loro contenuto intellettuale senza tener conto di razza, sesso, orientamento sessuale, fede religiosa, origine etnica, cittadinanza, o orientamento politico dell'autore.

I Direttori e i membri della redazione non devono rivelare alcuna informazione concernente un manoscritto sottoposto alla redazione a nessun'altra persona diversa dall'autore, dal referee, dal referee potenziale, dai consiglieri di redazione, dall'editore.

Il materiale non pubblicato contenuto in un manoscritto non deve essere usato nella ricerca di uno dei Direttori o Redattori senza l'espreso consenso scritto dell'autore.

### DOVERI DEI REFEREEES

I principi etici su cui si basano i doveri dei Referees del *Giornale di Storia costituzionale* si ispirano a <http://www.njemindia.org/home/about/22>.

Il referaggio dei pari assiste i Direttori e i Redattori nel compiere le scelte redazionali e attraverso la comunicazione redazionale con gli autori può anche aiutare gli autori a migliorare l'articolo.

Ogni referee scelto che si senta inadeguato a esaminare la ricerca riportata in un manoscritto o che sappia che gli sarà impossibile esaminarlo prontamente deve comunicarlo ai Direttori del *Giornale* e esentare se stesso dal processo di esame.

Ogni manoscritto ricevuto e da sottoporre a valutazione deve essere trattato come documento confidenziale. Esso non deve essere mostrato o discusso con altri eccetto quelli autorizzati dai Direttori e Redattori.

L'esame del manoscritto deve essere condotto in maniera obiettiva. Critiche personali concernenti l'autore sono inappropriate. I referees devono esprimere i loro pareri chiaramente con argomenti a loro supporto.

I referees devono individuare lavori rilevanti pubblicati che non sono stati menzionati dall'autore. Affermare che osservazioni, deduzioni, o tesi siano state precedentemente già sostenute deve essere accompagnato dalla citazione pertinente. I referees devono anche portare all'attenzione dei Direttori e Redattori ogni somiglianza sostanziale o sovrapposibilità tra il manoscritto sotto esame e ogni altro paper pubblicato di cui essi abbiano conoscenza personale.

Informazioni privilegiate o idee ottenute attraverso il referaggio devono essere considerate confidenziali e non usate a vantaggio personale. I referees non dovrebbero accettare di esaminare manoscritti che possano far nascere conflitti di interesse risultanti da relazioni o rapporti competitivi o collaborativi o di altra natura con gli autori, le società o le istituzioni connesse con il paper.

## DOVERI DEGLI AUTORI

I principi etici su cui si basano i doveri degli Autori del *Giornale di Storia costituzionale* si ispirano a [http://www.elsevier.com/framework\\_products/promis\\_misc/ethicalguidelinesforauthors.pdf](http://www.elsevier.com/framework_products/promis_misc/ethicalguidelinesforauthors.pdf).

Gli autori di manoscritti che riferiscono i risultati di ricerche originali devono dare un resoconto accurato del metodo seguito e dei risultati ottenuti e devono discuterne obiettivamente il significato e valore. I dati sottostanti la ricerca devono essere riferiti accuratamente nell'articolo. Questo deve contenere sufficienti riferimenti tali da permettere ad altri di ripercorrere la ricerca eseguita. Affermazioni fraudolente o scientemente inaccurate costituiscono comportamento non etico e sono inaccettabili.

Gli autori devono assicurare di aver scritto lavori interamente originali, e se gli autori hanno usato il lavoro e/o le parole di altri ciò deve essere citato in modo appropriato.

Di norma, gli autori non pubblicano manoscritti che presentano la stessa ricerca in più di un periodico o pubblicazione primaria.

Deve sempre essere dato riconoscimento appropriato del lavoro degli altri. Gli autori devono citare le pubblicazioni che hanno influito nel determinare la natura del lavoro da essi svolto.

La paternità di un manoscritto deve essere limitata a coloro che hanno dato un contributo significativo alla concezione, pianificazione, esecuzione o interpretazione dello studio riportato. Tutti coloro che hanno dato un contributo significativo dovrebbero essere elencati come co-autori. Nel caso in cui ci siano altri che hanno partecipato in alcuni aspetti sostanziali del progetto di ricerca, essi dovrebbero essere menzionati o elencati come contributori.

L'autore con cui è in contatto il *Giornale* dovrebbe assicurarsi che tutti i co-autori siano inclusi nell'articolo, e che tutti i co-autori abbiano visto ed approvato la versione finale del contributo e siano d'accordo a sottoporlo al *Giornale* per la sua pubblicazione.

Quando un autore scopre un errore significativo o una inesattezza nel proprio articolo pubblicato, ha l'obbligo di notificarlo prontamente ai Direttori, Redattori o Editori del *Giornale* e di cooperare con i Direttori per ritrattare o correggere l'errore.

## BOARD OF EDITORS OF THE GIORNALE DI STORIA COSTITUZIONALE / JOURNAL OF CONSTITUTIONAL HISTORY

### STYLE SHEET FOR THE AUTHORS

1. The editorial staff accepts articles in the main European languages.
2. The articles must have an electronic format (a '.doc' file or a '.rtf' file) and should not exceed 60,000 characters (including spaces). They can be sent to the following email address [giornalestoriacostituzionale@unimc.it](mailto:giornalestoriacostituzionale@unimc.it) or copied onto a CD or a DVD and sent to the postal address of the Board of Editors: *Giornale di Storia costituzionale / Journal of Constitutional History*, Dipartimento di diritto pubblico e teoria del governo, Università degli Studi di Macerata, piazza Strambi, 1 – 62100 Macerata, Italy.
3. Every article must include:
  - title, eventual subtitle, name and surname of the author, her / his academic title, name and address of the institution to which she / he belongs, email address;
  - abstract (no longer than 2,500 characters) and 5 keywords, written both in the language of the article and in English.
4. The eventual iconographic material should be sent in separate files named in such a way as to indicate their sequence. Images ('.tiff' or '.jpeg' format) should have a definition of, at least, 300 dpi and a width at their base of, at least, 70 mm; graphs and tables should be sent in their original format with a width no larger than 133 mm. The captions relating to every image, table or graph have to be inserted in a separate text file.

### EDITORIAL RULES

**TITLES.** The use of capital letters or small capital letters is to be avoided. The titles of articles and abstracts are to be written in English as well. Subheadings and sub-subheadings must be numbered with progressive Arabic numerals. Please avoid to put a full stop at the end.

**MANUSCRIPT PREPARATION.** The manuscript must have basic stylistic features. The editors only require the recognisability of the elements of which the contribution is made up: the title, the subheadings and sub-subheadings, the body of the text, the quotations, the endnotes and the position of the eventual explicative material (images, graphs, tables). All the layout that is not necessary for the comprehension of the content must be avoided, in that it makes less easy file processing. Automatic text formatting, justifying lines, using numbered (or bullet) lists provided by a programme, using the hyphen or striking the enter key in order to divide words into syllables must be avoided. Automatic division into syllables must be avoided as well; it is sufficient to justify the left margin. Use the enter key only in order to end a section. Respect the function and the hierarchy of inverted commas (" ") and quotation marks (« »); limit the use of italics and, if possible, avoid the use of bold type or underlined parts.

Choose common fonts (Arial, Times, Verdana) and indicate – in a note for the editorial board – the eventual use of special type. For further instructions see below.

**QUOTATIONS.** Lengthy quotations (more than 3 or 4 lines) must be separated from the body of the text (preceded and followed by a blank line), should not be in inverted commas or quotation marks, should be written with types of a smaller size and never in italics.

Short quotations should be incorporated in the text body and put in quotation marks « »; eventual quotations which are within a quotation must be put in inverted commas " ", and never in italics.

**ENDNOTES.** Endnotes are essentially destined to mere bibliographical reference and to explicative purposes. We recommend limiting the number of endnotes. In any case, the number of characters (including spaces) of the endnotes should not exceed a third of the total number of characters of the text (therefore in a standard text of 60,000 characters, including spaces, endnotes should not exceed 20,000 characters, including spaces).

Note numbers in the text should be automatically created, should precede a punctuation mark (except in the cases of exclamation and question marks and of suspension points) and be superscripted without parentheses.

Even if it is a question of endnotes (and not footnotes), note numbers in the text should never be created superscripting numbers manually, but always using the specific automatic function of the writing programme (for example in Word for Windows 2003 in the menu Insert > Reference). A full stop always ends the text in the notes.

**BIBLIOGRAPHICAL REFERENCES.** Bibliographical information of a quoted work belongs in the notes.

In the first quotation of the work, complete data must be indicated, that is the below-mentioned elements following the order here established.

- if it is a **monograph**: initial of the name (in capital letters) followed by a full stop and surname of the author (with only the initial in capital letters and never in small capital letters); title in italic type; place of publication; publishers; year

of publication (eventual indication of the quoted edition superscripted). All these elements must be separated from one another by a comma. A comma must also separate the name of the authors, if a work has been written by more than one person. In the case in which the author has a double name, the initials should not be separated by a space. 'Edited by' must be written between parentheses in the language in which the quoted text is written, immediately after the name of the editor and the comma must be inserted only after the last parenthesis. If only a part of the work is quoted, the relative page (or pages) must be added. If it is a work of more than one volume, the indication of the number of the volume (preceded by 'vol. ') must be given and it should be placed before the numbers of the pages. Examples:

F. Jahn, *Deutsches Volksthum*, Lübeck, Niemann & Co, 1810.

L. Pegoraro, A. Rinella, *Le fonti del diritto comparato*, Torino, Giappichelli, 2000.

R.D. Edwards, *The Best of Bagehot*, London, Hamish Hamilton, 1993, p. 150.

A. King (edited by), *The British Prime Minister*, London, Macmillan, 1985<sup>2</sup>, pp. 195-220.

AA.VV., *Scritti in onore di Gaspare Ambrosini*, Milano, Giuffrè, vol. III, pp. 1599-1615.

– if it is a **translated work**: initial of the name (in capital letter) followed by a full stop and surname of the author (with only the initial in capital letter and never in small capital letters); original title of the work in italic type; year of publication between parentheses, followed by a semicolon; the following abbreviations: It. tr. or Fr. tr. or Sp. tr. etc. (which precede and introduce the title of the translation); title of the translation in italic type; place of publication; publishers; year of publication. Examples:

W. Benjamin, *Über den Begriff der Geschichte* (1940); It. tr. *Sul concetto di storia*, Torino, Einaudi, 1997.

J.S. Mill, *Considerations on Representative Government* (1861); It. tr. *Considerazioni sul governo rappresentativo*, Roma, Editori Riuniti, 1999.

– if it is an **article published in a miscellaneous work**: initial of the name (in capital letters) followed by a full stop and surname of the author of the article (with only the initial in capital letters and never in small capital letters); title of the article in italic type; initial of the name (in capital letters) followed by a full stop and surname of the editor / author of the volume (with only the initial in capital letters and never in small capital letters) preceded by 'in' and eventually followed by ('edited by'); title of the volume in italic type; place of publication; publishers; year of publication; pages of the articles. Examples:

G. Miglio, *Mosca e la scienza politica*, in E.A. Albertoni (a cura di), *Governo e governabilità nel sistema politico e giuridico di Gaetano Mosca*, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 15-17.

O. Hood Phillips, *Conventions in the British Constitution*, in AA.VV., *Scritti in onore di Gaspare Ambrosini*, Milano, Giuffrè, vol. III, pp. 1599 s.

– if it is an **article which appeared in a periodical**: initial of the name (in capital letters) followed by a full stop and surname of the author of the article (with only the initial in capital letters and never in small capital letters); title of the article in italic type; name of the periodical in quotation marks (« ») preceded by 'in'; number of the volume of the periodical (if present) written in Roman numerals; number of the issue preceded by 'n.' (not by n<sup>o</sup>, N., num. etc.); year of publication; page number(s). In the case of quotation from a newspaper, after the name of the newspaper indicate the complete date. In the case of reference to articles published in online periodicals, the exact 'http' address of the text must be given, or alternatively, of the main page of the website which publishes it. Examples:

G. Bonacina, *Storia e indirizzi del conservatorismo politico secondo la dottrina dei partiti di Stahl*, in «Rivista storica italiana», CXV, n. 2, 2003.

A. Ferrara, M. Rosati, *Repubblicanesimo e liberalismo a confronto. Introduzione*, in «Filosofia e Questioni Pubbliche», n. 1, 2000, pp. 7 ss.

S. Vassallo, *Brown e le elezioni. Il dietrofront ci insegna qualcosa*, in «Il Corriere della Sera», 9 ottobre 2007, p. 42.

G. Doria, *House of Lords: un nuovo passo sulla via della riforma incompiuta*, in «federalismi.it», n. 4, 2007, <<http://federalismi.it>>, settembre 2010.

**Bibliographical data must be complete only for the first quotation**; the following quotations are shortened, indicating only the surname of the author / editor; the title (or part of it) in italic type followed by the abbreviation 'cit.' or 'cit. tr.' (in the case of translated works); the number of pages. Here we give some examples for the different typologies of works:

Jahn, *Deutsches Volksthum* cit., pp. 45, 36.

Pegoraro, Rinella, *Le fonti del diritto* cit., p. 200.

King, *The British Prime Minister* cit., p. 195.

Benjamin, *Über den Begriff* cit. tr., pp. 15-20, 23.

Bonacina, *Storia e indirizzi del conservatorismo politico* cit., p. 19.

Ferrara, Rosati, *Repubblicanesimo* cit., pp. 11 and following pages.

Doria, *House of Lords* cit.

In the case of reference to the same work and the same page (or pages) quoted in the preceding endnote '*Ibidem*' (in italic type) can be used, without repeating any of the other data; if instead reference is made to the same work quoted in the preceding endnote, but to a different page, 'Ivi' can be used followed by the page number.

## FURTHER INSTRUCTION FOR THE PREPARATION OF THE MANUSCRIPT

**REFERENCES WITHIN THE ISSUE.** They should never refer to page numbers; instead sections of the text, full articles and paragraphs or images (opportunistically numbered) can be referred to.

**PAGES.** In bibliographical references, referring to the number or the numbers of the pages must always be preceded by (respectively) 'p.' or 'pp.' and reported entirely; therefore, for example, 'pp. 125-129' and not 'pp. 125-9'. In the case in which it is a question of non consecutive pages, numbers must be separated by commas: for example: 'pp. 125, 128, 315.' in order to indicate the following page or pages, as well please use 'f.' or 'ff.' respectively (hence without the preceding 'and').

**DATES.** Reporting dates, the author can adopt the criterion which he believes to be the most adequate, as long as he rigorously respects the internal uniformity of the article. In the case where abbreviated forms are used, please use the preceding apostrophe and not the single inverted comma (for examples '48 and not '48).

**ABBREVIATIONS AND ACRONYMS.** Abbreviations must always be without the dot between the letters and, the first time they are quoted, they must be followed by the full name and by the eventual translation in brackets. It is not necessary to explain common use abbreviations (like USA, NATO, ONU, UE, etc.).

**SUSPENSION POINTS.** Are always three in number, therefore they should not be inserted in the text writing three full stops, rather inserting its symbol. When they indicate suspension – as every punctuation mark – they should be separated by a space from the following word and attached to the word that precedes them (for example: ... *I do not remember any more*...). They do not require the final full stop.

When they indicate elision, therefore a cut or a gap in the text, the symbol must be included in square brackets, like this [...].

**DASHES AND HYPHENS.** The dash is used, followed or preceded by a space, in order to open and close an incidental sentence. When the dash that closes the incidental sentence coincides with the closing of the whole sentence, it is omitted and only a full stop is inserted. Eg.: ...*text – incidental sentence that closes also the whole sentence*. The hyphen is used only for compound words formed by entire words (eg.: tree-house) and in order to unite two numerical quantities (eg.: pp. 125-148); always without spaces before and after.

**QUOTATION MARKS AND INVERTED COMMAS.** Quotation marks « » are used in order to indicate direct speech, short quotations, and, in bibliographical references, for the titles of the periodicals. The inverted commas " ", instead are used for words of common use to which the author would like to give a particular emphasis (or which are used regardless of their habitual meaning). Moreover, in the quotation of titles of newspapers, periodicals, magazines or chapters or sections of paragraphs of a book (eg.: ... as indicated in the paragraph "La Germania assassinata" of the *Storia dell'età moderna*...). Finally, when it is necessary to use inverted commas within a sentence which is already in quotation marks. The hierarchy is the following: «... "..."...»...». Punctuation marks (except the exclamation or the question mark when they are part of the quotation) should always be placed after the closing quotation marks or inverted commas.

**WEB REFERENCE.** When referring to online contents, the complete address (including the protocol 'http://' or 'ftp://' etc. possibly without breaking it) must be indicated and must be included between the signs < >; the date of consultation or verification of the address should always be indicated. Another essential element is the title (or name) of the website / page or a brief description of the contents that could be found at the quoted address. Therefore, for example, a correct reference can be formulated as follows: Sezione novità delle Edizioni Università di Macerata, <<http://eum.unimc.it/novità>>, June 2010.

## ENAGO ENGLISH EDITING SERVICES

Enago offers English language polishing services for scientific research papers for journal publication. Enago has subject expert editors (PhDs and Masters) with an average 19 years of editing experience.

Other than English editing, they offer all levels of publication support to authors, including revised rejected editing, journal selection, artwork editing, word count reduction and cover letter editing. An ISO 9001:2008 certified company, Enago is very careful about the quality delivered to authors.

Exclusive regional websites and services of Enago are listed below. Each of the websites has localized payment options and invoices available on demand.

For Global researchers: Enago Global, <<http://www.enago.com>>.

For Japanese researchers: Enago Japan, <<http://www.enago.jp>>.

For Chinese researchers: Enago China, <<http://www.enago.cn>>.

For Taiwanese researchers: Enago Taiwan, <<http://www.enago.tw>>.

For Korean researchers: Enago Korea, <<http://www.enago.co.kr>>.

For German researchers: Enago Germany, <<http://www.enago.de>>.

For Turkish researchers: Enago Turkey, <<http://www.enago.com.tr>>.

For Portuguese researchers: Enago Brazil, <<http://www.enago.com.br>>.

To aid and facilitate the process of successful publications of scientific and academic research papers, you can also benefit from our distinguished translation services offered by our co-brand – Ulatus, <<http://www.ulatus.com>>.

## **PUBLICATION ETHICS AND PUBLICATION MALPRACTICE STATEMENT**

### **DUTIES OF EDITORS**

Our ethic statements concerning the duties of the editors of the *Journal of Constitutional History* are based on COPE (Committee on Publication Ethics), *Best Practice Guidelines for Journal Editors*: [http://publicationethics.org/files/u2/Best\\_Practice.pdf](http://publicationethics.org/files/u2/Best_Practice.pdf).

The editors of the *Journal* are responsible for deciding which of the articles submitted to the *Journal* should be published. They are guided by the policies of the *Journal's* International Board and constrained by the laws in force. They actively work to improve the quality of their *Journal*.

The editors evaluate manuscripts for their intellectual content without regard to race, gender, sexual orientation, religious belief, ethnic origin, citizenship, or political orientation of the authors.

The editors and any editorial staff must not disclose any information about a submitted manuscript to anyone other than the corresponding author, reviewers, potential reviewers, other editorial advisers, and the publisher.

Unpublished materials disclosed in a submitted manuscript must not be used in an editor's own research without the express written consent of the author.

### **DUTIES OF REVIEWERS**

Our ethic statements concerning the duties of reviewers are based on <http://www.njcmindia.org/home/about/22>.

Peer review assists the editor in making editorial decisions and through the editorial communications with the author may also assist the author in improving the paper.

Any selected referee who feels unqualified to review the research reported in a manuscript or knows that its prompt review will be impossible should notify the editor and excuse himself from the review process.

Any manuscripts received for review must be treated as confidential documents. They must not be shown to or discussed with others except as authorized by the editor.

Reviews should be conducted objectively. Personal criticism of the author is inappropriate. Referees should express their views clearly with supporting arguments.

Reviewers should identify relevant published work that has not been cited by the authors. Any statement that an observation, derivation, or argument had been previously reported should be accompanied by the relevant citation. A reviewer should also call to the editor's attention any substantial similarity or overlap between the manuscript under consideration and any other published paper of which they have personal knowledge.

Privileged information or ideas obtained through peer review must be kept confidential and not used for personal advantage. Reviewers should not consider manuscripts which can give birth to conflicts of interest resulting from competitive, collaborative, or other relationships or connections with any of the authors, companies, or institutions connected to the papers.

### **DUTIES OF AUTHORS**

Our ethic statements concerning the duties of authors are based on [http://www.elsevier.com/framework\\_products/promis\\_misc/ethicalguidelinesforauthors.pdf](http://www.elsevier.com/framework_products/promis_misc/ethicalguidelinesforauthors.pdf).

Authors of reports of original research should present an accurate account of the work performed as well as an objective discussion of its significance. Underlying data should be represented accurately in the article. This should contain

sufficient detail and references to permit others to replicate the work. Fraudulent or knowingly inaccurate statements constitute unethical behaviour and are unacceptable.

The authors should ensure that they have written entirely original works, and if the authors have used the work and/or words of others that this has been appropriately cited or quoted.

Usually, authors should not publish manuscripts presenting the same research in more than one *journal* or primary publication.

Proper acknowledgment of the work of others must always be given. Authors should cite publications that have been influential in determining the nature of the reported work.

Authorship should be limited to those who have made a significant contribution to the conception, design, execution, or interpretation of the reported study. All those who have made significant contributions should be listed as co-authors. Where there are others who have participated in certain substantive aspects of the research project, they should be acknowledged or listed as contributors.

The corresponding author should ensure that all co-authors are included on the article, and that all co-authors have seen and approved the final version of the article and have agreed to its submission to the *Journal* for its publication.

When an author discovers a significant error or inaccuracy in his/her own published work, it is the author's obligation to promptly notify the *Journal* editor or publisher and cooperate with the editor to retract or correct the paper.

Romano Ferrari Zumbini  
Giulio Stolfi  
Lorenzo Carnimeo

# Senato segreto



eum biblioteca Giornale di Storia costituzionale



Eleonora Cappuccilli

# La critica imprevista

Politica, teologia e patriarcato in Mary Astell



eum biblioteca Giornale di Storia costituzionale



# Quaderno di storia del penale e della giustizia

**2 / 2020**



## **Il dubbio**

Riflessioni interdisciplinari per un dibattito contemporaneo su certezza, giustizia, *mass media* e diritto di punire

CENTRO INTERNAZIONALE DI STUDI GENTILIANI

SAN GINESIO (MC)

**Alberico Gentili**  
e lo *jus post bellum*.  
Prospettive tra diritto e storia

Atti del convegno della  
XVIII Giornata Gentiliana

San Ginesio, 21-22 settembre 2018

a cura di Luigi Lacchè e Vincenzo Lavenia

CENTRO INTERNAZIONALE DI STUDI GENTILIANI

SAN GINESIO (MC)

**Alberico Gentili**

**Libro di varie letture  
virgiliane al figlio Roberto**

(*Lectiois Virgilianae Variar Liber*, Hanau 1603)

a cura di Francesca Iurlaro



**eum** edizioni università di macerata



# **Il diritto nella pandemia**

Temi, problemi, domande

a cura di  
Ermanno Calzolaio, Massimo Meccarelli,  
Stefano Pollastrelli

**m** eum



