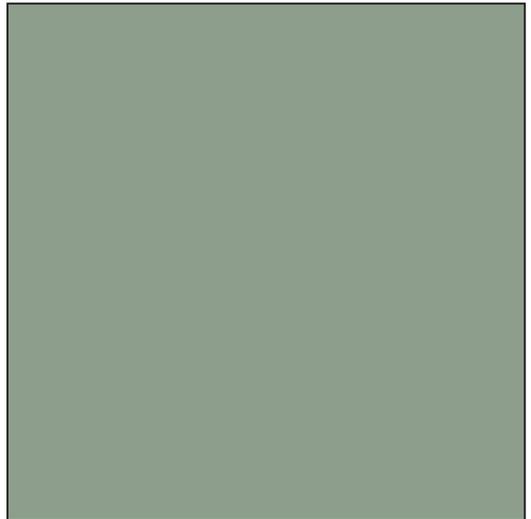


**per la storia  
del pensiero  
giuridico  
moderno**

**102**



EMANUELE SOMMA

**JUGE NATUREL  
E ORDINAMENTO  
GIUDIZIARIO FRANCESE  
1790-1795**

UNIVERSITA' DI FIRENZE  
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

---



---

CENTRO DI STUDI  
PER LA STORIA DEL PENSIERO  
GIURIDICO MODERNO

---

### BIBLIOTECA

fondata nel 1973 da PAOLO GROSSI  
diretta da PAOLO CAPPELLINI

---

La sede del Centro di Studi è in FIRENZE  
(50129) - piazza Indipendenza, 9

[www.centropgm.unifi.it](http://www.centropgm.unifi.it)

---

VOLUME CENTODUESIMO

EMANUELE SOMMA

**JUGE NATUREL  
E ORDINAMENTO  
GIUDIZIARIO FRANCESE  
1790-1795**



GIUFFRÈ EDITORE

ISBN 88-14-18176-4

© Copyright Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano - 2013

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

---

Tipografia «MORI & C. S.p.A.» - 21100 Varese - Via F. Guicciardini 66

*Per Zuma e Alessandro*



## INTRODUZIONE

Qualche volta accade che l'introduzione di un libro (in particolare) contenga aspetti più o meno ingenuamente mendaci: di solito in modo non intenzionale, ma solo perché si è interposto una sorta di velo fra ciò che si desiderava fare e ciò che si è fatto. Tenendo presente questa eventualità, provvedo ad esibire le mie intenzioni, all'inizio meramente storico-comparative.

La sollecitazione aggiuntiva ad esternare nuovamente, dopo parecchio tempo <sup>(1)</sup>, le mie riflessioni sull'ordinamento giudiziario francese ed in particolare sul « giudice naturale » — tema che ha suscitato maggiore attenzione in stagioni andate — possiede tre radici principali.

La prima è strettamente legata alla cronaca giudiziaria ed ha due facce. Una (dietro la quale si intravede pure l'ombra di un campanile) si rispecchia nell'ordinanza del Tribunale di Pinerolo del 16 novembre 2012 <sup>(2)</sup>, che inaugura una nutrita serie (quattordici alla fine di aprile) di rinvii sollevando questione di legittimità costituzionale sia dell'art. 1, comma 2, della l. 14 settembre 2011, n. 148, nella parte in cui « all'interno di un decreto legge » si delega al governo, in generale, la riorganizzazione territoriale degli uffici giudiziari per realizzare « risparmi di spesa ed incremento di efficienza », sia dell'art. 1, decreto legislativo 7 settembre 2012, che contempla la soppressione di alcuni tribunali ordinari, compreso appunto quello di Pinerolo. Questione disattesa (salvo che per il Tribunale di Urbino) dalla Consulta, con sentenza n. 327, 3-24 luglio 2013 (attualmente inedita).

Veniamo all'altra faccia. Nonostante lo scarsissimo successo che

---

<sup>(1)</sup> V. tra l'altro E. SOMMA, *Naturalità e precostituzione del giudice nell'evoluzione del concetto di legge*, in « Riv. it. dir. e proc. pen. », 1963, p. 797 e ss.

<sup>(2)</sup> In « Foro it. », I, 2012, cc. 3509-3516.

da decenni riscuotono le richieste di rimessione ad altro giudice per motivi di « legittimo sospetto » o per quelli riportabili all'« ordine pubblico » (ex art. 45, c.p.p.), i tentativi volti ad ottenere la *translatio* sulla base di ragioni ineffabili non sono mai cessati. Tra essi fanno spicco, nel recente passato, quelli relativi ad un importante uomo politico, tutti conclusisi con un rigetto <sup>(3)</sup>. È di questi giorni (1° agosto), poi, l'epilogo negativo di due vicende ove lo stesso uomo politico, Berlusconi, aveva nuovamente fatto ricorso — sempre basandosi sulle vecchie motivazioni — al « legittimo sospetto » per ottenere il trasferimento ad altro giudice di tali processi: uno (allora in appello) « Mediaset », conclusosi definitivamente, con condanna, davanti al Supremo Collegio, l'altro (allora in primo grado) Ruby, conclusosi, sempre con condanna, in primo grado, presso il Tribunale di Milano. Se la sorte negativa della reiterata iniziativa odierna sembra segnata, per la fisionomia che i casi presentano, un risultato, però, risulta certo: quale effetto di essa i tempi necessari per la definizione dei due processi, già in generale deplorabilmente trabocchevoli <sup>(4)</sup>, sono stati avviati verso una dilatazione supplementare: dal momento che, in seguito alla richiesta ed in attesa della decisione della Suprema corte, si « deve comunque sospendere il processo prima dello svolgimento delle conclusioni e della discussione » (art. 47, comma 2, c.p.p.), fasi nelle quali si era appunto pervenuti nelle vicende giudiziarie in discorso. Va aggiunto che la dilatazione, nel nostro caso, è stata avviata verso un ulteriore sviluppo; infatti, la Cassazione si era avvalsa della facoltà di chiedere le « opportune informazioni » (art. 48, comma 1, c.p.p.). Inutile aggiungere che la dilatazione complessiva avrebbe potuto pure fungere da contenitore (casuale oppure no) per eventuali provvedimenti clemenziali.

---

<sup>(3)</sup> Cass., sez. V, 9-18 novembre 1995, in « Dir. pen. e proc. », 1996, p. 350 e ss.; Id, sez. I, 23 febbraio-4 marzo 1998, n. 1125, in « Cass. pen. », 1998, p. 3370 e ss.; Id., Sez. un., 29 maggio 2002, n. 25693, ivi, 2002, p. 3007 e ss. e Id., Sez. un., 27 gennaio-26 marzo 2003, n. 1, ivi, 2003, p. 2163 e ss. È appena il caso di ricordare il trasferimento dell'obbiettivo di questi tentativi al piano legislativo; tentativo posto in essere con la così detta Legge Cirami (7 novembre 2002, n. 248).

<sup>(4)</sup> V. E. LUPO, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2012*, Roma, 25 gennaio 2013, p. 50.

Circa la seconda radice, essa si inoltra nel terreno del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, l. di conversione 14 settembre 2011, n. 148 (che non riguarda i giudici di pace, oscuramente disciplinati dal d.lgs. 7 settembre 2012, n. 156), deputato a regolare il nuovo assetto delle circoscrizioni giudiziarie (senza toccare le corti d'appello); assetto effettivo a partire dal 13 settembre 2013. Ovviamente va riconosciuta senza riserve l'estrema necessità — troppo a lungo rimossa — di un intervento generale e profondo in una materia che spesso manteneva una fisionomia congeniale ad un panorama ottocentesco <sup>(5)</sup>. Il motivo principale della critica alla (o comunque di riflessione sulla) l. 14 settembre 2011, per quel che mi riguarda, si concentra attorno alla soluzione adottata per affrontare, in relazione al principio di precostituzione, il problema dei processi « pendenti »: dato che il rapporto fra le udienze presso gli uffici soppressi e quelli « incorporanti » risulta risolto in base al criterio *solo preferenziale* dell'immutabilità del giudice (art. 5, testo coordinato). Questa seconda radice, però, ha per inevitabile sfondo, lo ripeto, il bisogno impellente di una nuova normativa complessiva della materia, del resto promessa (tale per quanto tempo ancora?) dal comma 1 della VII Disp. trans. e fin. Cost.: così da evitare la dispersiva frammentazione dei discorsi riguardanti l'ordinamento giudiziario: come, a puro titolo di esempio, è capitato relativamente alla formazione delle « tabelle » <sup>(6)</sup>.

Veniamo alla complessa terza e determinante radice che spiega, al di là delle suggestioni recenti, il risalire alla ormai remota storia francese. Fissare le originarie caratteristiche del *juge naturel* — ricostruite con il supporto della lettura continuativa, giorno per giorno, delle « Archives parlementaires » — serve, in particolare, a misurare la distanza fra il culmine della vicenda che porta alla

---

<sup>(5)</sup> V., ad esempio, ivi, specialmente pp. 39-40 e 49-53 e Corte cost., ordinanza 5-9 marzo 2012, n. 56, in « Giur. cost. », 2012, in particolare, pp. 767-768.

<sup>(6)</sup> Da ultimo, v. G. VERDE, *Il giudice fra specializzazione e "diritto tabellare"*, in « Riv. dir. proc. », 2013, p. 133 e ss.; ma cfr. pure i contributi di A. Pizzorusso, R. Romboli, A. Iacoboni, G. Deluca, F.A. Genovese e A. Campanelli, nell'ambito del Convegno AISOG su « La disciplina tabellare degli organi giudiziari; fondamento costituzionale, applicazioni e rimedi alle violazioni », Taranto 28-29 novembre 2008, in « Foro it. », V, 2009, cc. 105-135.

sublimazione di questa figura, assunta quale sinonimo di garanzia, al ruolo attuale in Francia.

Circa l'odierno epilogo risulta esemplare la disciplina della rimessione, nel cui ambito paiono esaltate le motivazioni ispirate a ragioni pratiche e/o alla maggiore « idoneità », reale o presunta, del giudice. Il *renvoi* ad altro giudice può avere luogo, non solo per legittimo sospetto o per motivi di ordine pubblico, ma pure semplicemente « dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice » (artt. 663-665 c.p.p. francese). Inoltre, in forza di una legge dell'anno scorso, la complessità si incunea nella naturalità: non con il connotato usuale, ossia incidendo sulla rigidità della precostituzione, ma, anzitutto, attraverso la modifica della composizione del giudice; la legge prevede, infatti, dopo un periodo sperimentale (2012-2014), la partecipazione di cittadini — non come giurati ma quali « assessori » — accanto ai magistrati professionali, tra l'altro, nella formazione del *tribunal correctionnel*. Partecipazione che ha un suono antico ma introdotta, sembra, non per corrispondere a precise e diffuse istanze, appunto dei cittadini, bensì — a quanto si dice — per un fenomeno di strabismo politico (7).

Rientra nella terza radice, poi, la recente riforma della *Carte judiciaire*. Stando a quanto dichiarato dal Sindacato della magistratura, in sede di audizione presso la *Commission des lois* del Senato, che ha lamentato precipitazione nonché mancanza di concertazione (7 marzo 2012), la riforma, accusata di avere tenuto conto solo del « niveau d'activité » degli uffici giudiziari al fine di stabilire i tagli e le concentrazioni, invece di facilitare l'accesso alla giustizia (e quindi alzandone la « qualità e l'efficacia ») — intenzione manifestata dal ministro della giustizia — ha ottenuto l'effetto contrario (8).

Poiché si tratta di un aspetto particolarmente importante, in

---

(7) Cfr. E. VERGES, *La justice pénale citoyenne: derrière une volonté politique, l'élaboration d'une catégorie juridique (loi n° 2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs)*, in « Rev. sc. crim. », 2011, p. 667 e ss.

(8) SYNDICAT DE LA MAGISTRATURE, *Réforme de la carte judiciaire: une gabegie! Documents*, 7 marzo 2012, <http://www.sindicat-magistrature.org/Reforme-de-carte-judiciaire-une.html>, pp. 1-8. Un giudizio molto differente (ab externo, in senso relativo, e comparativamente), viceversa, è quello formulato da F. AULETTA, *La lezione francese sulla revisione della geografia giudiziaria*, in « Riv. dir. proc. », 2013, p. 165 e ss.

sede di conclusioni, tornati all'oggi, si accennerà alla diversa produttività delle due macchine della giustizia, quella francese e quella italiana, ed alle conseguenti suggestioni. Non si tratta tanto di problemi economici, seppure assai rilevanti <sup>(9)</sup>, ma, in buona misura, di caratteristiche collegate alle norme di organizzazione in senso ampio, anzi all'idea stessa di organizzazione, alla maniera di concepirla, in definitiva al diverso risalto conferibile al profilo funzionale.

Per chiudere, si anticipa, ad ogni modo, che ormai pare manchi spazio per una conferma, nella materia in discorso, dell'oraziano « naturam expellas furca, tamen usque recurret » (Ep. 1, 10, 24). O, forse e più probabilmente, occorrerà intendere l'ammonimento in modo rinnovato, cioè conforme alla direzione appena accennata.

---

<sup>(9)</sup> Cfr. ad esempio introduttivamente, in generale, F. AULETTA, *Una lezione di analisi economica del diritto processuale*, in « Riv. trim. dir. e proc. civ. », 2007, p. 633 e ss.; D. CAVALLINI, *Problemi attuali di ordinamento giudiziario: revisione della geografia giudiziaria, specializzazione del giudice e questione manageriale*, ivi, 2013, p. 761 e ss. e M. SEGATTI, *Accuratezza e costi: note sull'analisi economica della giustizia civile*, ivi, 2013, p. 699 e ss. (spec. pp. 719-725).



## CAPITOLO PRIMO

### PRELUDI E PARABOLE

1. « Juge naturel »: parabole omografe. Opposti preludi alla vigilia della Rivoluzione (tra conservazione, razionalizzazione e rivendicazione). — 2. (*segue*) I *Cabiers* dell'89: dal passato al futuro (argomentazione e storiografia). — 3. La competenza fra capacità e potere nell'*Ordonnance criminelle* del 1670. Naturalità « patrimoniale » del giudice feudale. — 4. Verso la *loi* sull'organizzazione e la completa rigenerazione del giudiziario (*décret 16-24 agosto 1790*). Progetti e progressiva maturazione del quadro generale. Da Bergasse a Thouret. — 5. (*segue*) Da Duport (sillogismo, questione di fatto, questione di diritto, primato dell'imparzialità sulla capacità e dicotomia del giudice naturale), a Chabroud, rilancio dell'ordinarietà.

1. « *Juge naturel* »: parabole omografe. Opposti preludi alla vigilia della Rivoluzione (tra conservazione, razionalizzazione e rivendicazione).

Nel ricostruire il profilo storico del « giudice naturale » entro la cornice dell'ordinamento giudiziario, il paragone con la Francia — a parte i motivi generali di tipo genealogico — serve a verificare le risalenti ragioni per cui in quel sistema si conferisce un limitato risalto alla garanzia in parola. Il principio aleggia, in chiave di « uguaglianza » o di « legalità processuale », ma stenta a materializzarsi con sembianze proprie. Più precisamente, in tempi abbastanza recenti e per certi lati, la materializzazione si verifica assegnando peso assorbente all'aspetto del *procès équitable*. Quale esempio arcinoto del limitato risalto del principio, si può citare la quasi bicentenaria pratica della *correctionnalisation judiciaire*, « illegale » ma seguita ed apprezzata per le ricadute positive sul servizio giustizia. Un po' meno nota la competenza concorrente — affidata alla regia del ministro della giustizia — concernente le « giurisdizioni interregionali specializzate » per i delitti economici e finanziari che « siano od appaiono di grande complessità » e per i crimini e delitti

legati alla criminalità organizzata (rispettivamente, artt. 704 e 706-75/706-79 c.p.p. francese).

Il disegno ricostruttivo, comunque, non è certo affidabile all'unica guida del nome della garanzia, concentrandosi, in particolare e come punto di partenza, sul tenore dell'art. 17, tit. II, *Décret sur l'organisation judiciaire* 16-24 agosto 1790 (« L'ordre constitutionnel des juridictions ne pourra être troublé, ni les justiciables distraits de leurs juges naturels, par aucune commission, ni par d'autres attributions ou évocations que celles qui seront déterminées par la loi »). Per ricostruire più adeguatamente il peso attribuibile al principio fissato dall'Assemblea costituente francese, risulta opportuno, oltre ad una inquadratura più ampia, risalire ai precedenti della regola appena riprodotta: operazione che non consiste nella semplice illustrazione contrappuntistica delle vecchie « eccezioni ». Limitarsi a ciò sembra insufficiente. Infatti, sul piano della semantica linguistica, la contrapposizione può risultare adeguata rispetto al punto di vista diacronico, isolatamente considerato, ma non anche a quello sincronico: cioè in relazione alla complessa struttura linguistica e sociale in cui, di volta in volta, il sintagma « giudice naturale », od altro equivalente, si inserisce. Va aggiunto, poi, che sino a tempi abbastanza recenti la linguistica settecentesca — in contrapposizione con quella del secolo successivo — è stata largamente sottovalutata: tema al quale dedicheremo in seguito, per le diverse ricadute, un po' d'attenzione (cap. IV). Al riguardo e in particolare, lo studio dei « campi lessicali », in chiave descrittiva oltre che storica, risulta avere un ruolo illuminante. Inoltre, si sottolinea subito l'impraticabilità di scorciatoie che creano vaghi collegamenti con un non meglio precisato « diritto naturale ». E analoga diffidenza pare riservabile a tesi, con il medesimo collegamento ma ampiamente illustrate e articolate, che fanno discendere dall'avvento del positivismo giuridico — inteso come « monopolio normativo della legge dello Stato » — la perdita di effettivo significato autonomo alla « naturalità » rispetto alla « precostituzione ». Tesi questa che sembrerebbe implicare l'assunto per il quale sarebbe possibile trovare ufficiali di stato civile disposti a trascrivere l'atto di morte relativo all'intero genus « giusnaturalismo ». Senza richiamare dibattiti notissimi (in particolare quelli relativi al secondo dopoguerra), ci si limita a constatare come proprio chi ha utilizzato e sviluppato i

collegamenti più articolati in questione dia ampio conto del c.d. giusnaturalismo processuale, specialmente legato al « giusto processo »<sup>(1)</sup>. Comunque, per la chiarezza del discorso, risulta conveniente provvedere — dopo avere formulato alcuni esempi con i connotati dell'interludio e prima di occuparci del quadro entro cui si muove l'Assemblea costituente — anche ad un rapido raffronto con la cangiante prospettiva feudale (in senso ampio), sino al suo epilogo definitivo, cioè la conclusione dell'*Ancien régime*. Raffronto rispetto al quale pare essere spesso presente, nelle dispute di allora ed in quelle successive, come vedremo, una troppo pronunciata inclinazione a scorgere solo rotture molto incomplete con l'antico<sup>(2)</sup>.

---

(1) A proposito della correzionalizzazione giudiziaria, cfr., ad es., G. STEFANI, G. LEVASSEUR, B. BOULOC, *Procédure pénale*, Parigi, 2008<sup>21</sup>, pp. 518-520 nonché J. PRADEL, A. VARINARD, *Les grands arrêts du droit criminel*, vol. II, Parigi, 1995, pp. 21-28; da ultimo, L. ASCENSI, *Correctionnallisation et principe d'égalité devant la justice*, in « AJPénal », 2012, pp. 599-600. Circa la competenza concorrente, v. il quadro di J.-P. JEAN, *Les nouveaux territoires de la politique criminelle*, in « Rev. sc. crim. », 2007, spec. p. 671 e ss. Riguardo al profilo linguistico, per un quadro d'insieme, S. ULLMANN, *La semantica a un bivio* (1958), in *Stile e linguaggio*, Firenze, 1968, pp. 26-32 e, ivi, *Modelli descrittivi e storici nella semantica* (1962), pp. 75-90, e in maniera più mirata, J.-L. SOURIOUX, P. LERAT, *Le vocabulaire du droit privé de la Révolution d'après le supplément du dictionnaire de l'Académie française de 1814*, in *La Révolution et l'ordre juridique privé. Rationalité ou scandale?*, Actes du Colloque d'Orléans, 11-13 settembre 1988, Parigi, 1988, vol. I, pp. 135-137. Quanto alle scorciatoie, cfr., ad es., voce *Juge*, in *Vocabulaire juridique*, ed. G. Cornu, Parigi, 2010, p. 525 e C. TAORMINA, *Giudice naturale e processo penale*, Roma, 1972, p. 48; in senso contrario, esplicitamente, T. CLAY, voce *Juge naturel*, in *Dictionnaire de la justice*, ed. L. Cadiet, Parigi, 2004, p. 680. Per le tesi ampiamente esposte ed articolate, P. ALVAZZI DEL FRATE, *Il giudice naturale. Prassi e dottrina in Francia dall'Ancien Régime alla Restaurazione*, Roma, 1999, enunciativamente alle pp. 13-17 e, in via conclusiva, p. 227 e Id., per il « giusnaturalismo processuale » contemporaneo, *Giustizia e garanzie giurisdizionali. Appunti per la storia degli ordinamenti giudiziari*, Torino, 2011, pp. 143-165; nonché la prospettiva ortopedica di V. DENTI, *Valori costituzionali e cultura processuale*, in A. PIZZORUSSO, V. VARANO, *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, vol. II, Milano, 1985, p. 813 e ss. Circa la tensione fra la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la « mainmise » della Cancelleria sull'istituzione giudiziaria, un quadro in J.-P. ROYER, J.-P. JEAN, B. DURAND, N. DERASSE, B. DUBOIS, *Histoire de la justice en France du XVIII<sup>e</sup> siècle à nos jours*, Parigi, 2010<sup>4</sup>, pp. 1192-1212.

(2) La tesi storiografica generale della Rivoluzione come seguito dell'Antico Regime, fa notoriamente capo ad ALEXIS DE TOQUEVILLE, *L'Antico Regime e la Rivoluzione* (1856), a cura di G. Candeloro, Milano, 1996, come programma, nella *Prefazione*, pp. 27-28.

Esemplificando interludi, alla vigilia della Rivoluzione, si ricorda anzitutto la dichiarazione del Parlamento di Parigi, 3 maggio 1788, pochi giorni prima della riforma, rimasta sulla carta, del sistema giudiziario predisposta dal guardasigilli Lamoignon. La dichiarazione — nel contingente legata alle conseguenze della presa di posizione parlamentare avversa all'introduzione di una imposta generalizzata sulla proprietà fondiaria (*subvention territoriale*) <sup>(3)</sup> — si traduce, risalendo sino ai re Merovingi dei franchi, in una sorta di manifesto delle leggi fondamentali del regno. Cioè della *Constitution* così come era di solito intesa a quel tempo dalle Cours: specialmente in chiave di limiti al potere regio, rappresentati oltre che dagli Stati Generali, soprattutto dalle prerogative del Parlamento; in sostanza (a parte gli *arrêts de règlement*) quelle connesse alla pubblicazione delle leggi, cioè all'*enregistrement* ed alle eventuali *remontrances*. Prerogative considerate, in ultima analisi, come un modo di partecipazione alla legislazione; sopprimerle — si dice nella dichiarazione — in base alla formula ispirata alla « *seul volonté* » del re, asseconderebbe la subdola regia ministeriale e porterebbe al « dispotismo », aprendo le porte ai « nemici della nazione ». Il discorso, netto nonostante il rituale con genuflessioni, include una difesa delle peculiarità provinciali, delle quali i Parlamenti sono raffigurati come interpreti <sup>(4)</sup>. Entro il manifesto, cioè tra i « principi della

---

<sup>(3)</sup> Sul complesso sfondo ed in termini riassuntivi, A. ESMEIN, *Histoire de la Procédure criminelle en France*, Parigi, 1882, pp. 399-404; G. LEFEBVRE, *La Révolution française*, Parigi, 1968<sup>6</sup>, pp. 115-119 ed M. MORABITO, *Histoire constitutionnelle de la France (1789-1958)*, Parigi, 2002<sup>7</sup>, pp. 27-29. Per il dettaglio documentale (con i problemi finanziari al centro), a partire dalla prima Assemblea dei notabili (seduta iniziale 22 febbraio 1787), in *Archives parlementaires de 1787 à 1860*, a cura di M.J. Mavidal e M.E. Laurent, prima serie (1787-1799) (in seguito citata come *Archives*), vol. I, Parigi, rist. 1969, *Introduction*, pp. 186-389. E per la teorizzazione del giudice naturale compiuta presso le Corti sovrane dalla seconda metà del Settecento, v. P. ALVAZZI DEL FRATE, *Giudice naturale*, cit., pp. 118-125 e, quanto alla dottrina del tempo, pp. 130-136.

<sup>(4)</sup> La dichiarazione è riprodotta in *Archives*, cit., vol. I, pp. 285-288; non minore nettezza si riscontra nell'arrêt 5 maggio 1788 della *Cour des aides* di Parigi, in quello della *Chambre des comptes* (6 maggio), del *Châtelet* di Parigi (18 maggio), nonché nelle delibere di diversi Parlamenti, ivi, pp. 334-350. Anche gli *arrêts de règlement* potevano essere considerati come esercizio del potere legislativo: però subordinato al « *bon plaisir du roi* », cfr. Y.-L. HUFTEAU, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, Parigi, 1965, p. 15. Circa la nozione di « *constitution* » e le « *leggi fondamentali* »,

monarchia » di cui la *Cour* si proclama custode, trova posto anche il diritto del cittadino — quale che sia la materia — ad essere tradotto esclusivamente davanti ai « suoi giudici naturali, che sono quelli che la legge gli assegna »; e ivi si esprimono altresì le preoccupazioni per una « magistratura amovibile » (5). Come il contesto mette in risalto, la proclamazione del diritto in questione non può certo definirsi illuministica. Prescinde dalle qualità della legge e non implica alcuna denuncia globale delle conseguenze derivanti da un assetto caotico delle competenze dei giudici. Conformemente alle premesse, il bersaglio che si intende colpire — seppure oggettivamente molto rilevante — risulta costituito dalle sole « eccezioni » riconducibili ai poteri del re in materia.

La riforma presentata dal guardasigilli Lamoignon, in uno degli editti registrati nel *lit de justice* dell'8 maggio 1788, per gli aspetti formalmente ordinamentali che qui interessano (6), segna il contrap-

---

v., quanto alle origini ed all'Antico Regime, P. ALVAZZI DEL FRATE, *Giudice naturale*, cit., p. 51 e ss.; Y. GUCHET, *Histoire constitutionnelle de la France. 1789-1974*, Parigi, 1993<sup>3</sup>, pp. 5-24; F. SAINT-BONNET, Y. SASSIER, *Histoire des institutions avant 1789*, Parigi, 2004, pp. 235-288; nonché *Archives*, vol. I, p. 39 e ss. Quanto all'evoluzione della nozione in discorso, cfr. K.M. BAKER, voce *Costituzione*, in *Dizionario critico della Rivoluzione francese*, a cura di F. Furet e M. Ozouf, nuova ed. (1992), Milano, 1994, vol. II, pp. 594-610 e, fino alla Costituzione del 1791, M. MORABITO, *Histoire*, cit., pp. 47-71.

(5) Cfr. *Archives*, vol. I, p. 286; inquadramento in J.-P. ROYER, *Histoire*, cit., pp. 69-74; e ad es., entro questo panorama, *Représentations sur la cassation d'un arrêt du Parlement de Toulouse rendu en matière criminelle et sur l'abus des cassations* (21 gennaio 1779), in *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII<sup>e</sup> siècle*, ed. J. Flammarion, vol. III (1768-1788), Ginevra, rist. 1978, pp. 444-448 (l'esempio riguarda la lamentata cassazione di una sentenza di assoluzione pronunciata dal menzionato Parlamento; cassazione ottenuta dietro richiesta della parte civile, con conseguente violazione del « jugement légal des ses juges naturels »).

(6) Ma, notoriamente, erano soprattutto rilevanti le modifiche apportate ad alcune delle più odiose previsioni dell'Ordinanza criminale del 1670. Al riguardo, ai quadri d'insieme classici, a cominciare da quelli di R. AUBIN, *L'Organisation judiciaire d'après les Cahiers de 1789*, Parigi, 1928, p. 80 e ss. e di A. ESMEIN, *Histoire*, cit., p. 399 e ss., si può aggiungere, ad es., il *Discours de M. le garde des sceaux, pour annoncer la déclaration du roi relative à l'ordonnance criminelle*, in *Archives*, vol. I, pp. 297-298 e la *Déclaration du roi* (1° maggio 1788) in argomento, ivi, pp. 309-312. Comunque, gli editti dell'8 maggio vennero revocati in blocco, in collegamento con la convocazione degli Stati generali (23 settembre 1788) per il gennaio successivo, v. *Archives*, vol. I, pp. 387-389.

passo nei confronti della dichiarazione parlamentare. Alla conservazione dell'esistente, Lamoignon oppone un programma di razionalizzazione. Nel suo discorso, riguardante la soppressione dei « tribunali d'eccezione » in quanto « corps de judicature », il guardasigilli procede dalla constatazione che vi sono numerosissimi tribunali « particuliers »: « ogni specie d'interesse ha, per così dire, i suoi giudici particolari ». Essi rappresentano « altrettante eccezioni all'amministrazione della giustizia ordinaria », da sopprimere per far corrispondere l'« unità dei tribunali » alla futura « unità delle leggi », raggiungibile superando la diversità delle consuetudini vigenti presso le differenti province (7). La razionalizzazione, oltre alla soppressione appena ricordata, consiste nella creazione, per il civile e per il penale, di un doppio grado di tribunali, *présidiaux e grands baillages*, distribuiti secondo un disegno omogeneo (8). Inoltre, la riforma prevede l'istituzione di una pletorica « Cour plénière », quasi una riedizione dell'antica *Curia regis*, della quale — ecco il contrappasso — avrebbe fatto parte pure la *Grand' chambre* del Parlamento parigino ed un rappresentante per ciascuno di quelli provinciali, con divieto espresso di occuparsi di processi civili o criminali: e proprio alla *Cour* sarebbe stata affidata, in via esclusiva ed in base ad una normativa a maglie strettissime, la « vérification, enregistrement et publication » di tutti i provvedimenti (ordinanze, editti, dichiarazioni che interpretano o modificano atti normativi precedenti, *lettres-patentes*) aventi carattere generale e comuni a tutto il regno (9).

---

(7) Per la soppressione dei « tribunali d'eccezione », cfr. *Archives*, vol. I, pp. 296-297; il relativo discorso va collegato a quello sul « ristabilimento della Cour plénière », ivi, pp. 299-300.

(8) *Archives*, vol. I, pp. 294-296; quanto alle conseguenze legate alla « réduction d'offices », per effetto della razionalizzazione, il guardasigilli sottolinea la differenza fra la « soppressione collettiva » e la « destituzione individuale »: soltanto la seconda attenta alla inamovibilità, ivi, pp. 298-299.

(9) L'editto concernente il ristabilimento di una *cour plénière* (anch'esso revocato nel *lit de justice* dell'8 maggio 1788), disciplinava la sua composizione negli artt. II-V, ed i suoi compiti specialmente negli artt. XI e XIX; per il preambolo dell'editto ed il suo testo, *Archives*, vol. I, pp. 312-316; per l'inquadramento, J.-P. ROYER, *Histoire*, cit., pp. 216-217. Quanto alla *cour plénière*, ad es., F. SAINT-BONNET, Y. SASSIER, *Histoire*, cit., p. 310 e specialmente pp. 123 e ss. nonché 210-211.

Riguardo alla riforma in discorso, ad ogni modo, va messo in chiaro che essa avrebbe certamente realizzato un taglio netto con le giurisdizioni « d'eccezione » (cioè non ordinarie) <sup>(10)</sup>, ma senza comportare un'analogia operazione quanto alle giurisdizioni privilegiate. Sia perché la regola, dal lato passivo, non avrebbe trovato applicazione per « ecclesiastici, gentiluomini ed altri privilegiati », sia perché, dal lato attivo, il re proclama che le « giustizie dei signori fanno parte del diritto dei feudi; e la protezione che noi dobbiamo a tutte le proprietà dei nostri sudditi terrà sempre lontana dalle nostre risoluzioni l'intenzione di recarvi attentato ». A quest'ultimo riguardo, comunque, va notato che la rassicurazione — rivolta a destinatari spesso più che altro preoccupati per gli oneri connessi all'esercizio della giustizia *seigneuriale* in materia criminale — è accompagnata da forti limitazioni quanto all'oggetto (una giustizia « inferiore », ammessa solo se « immediata »), non esclude ribalamenti derivanti da una diversa opzione dei giudicabili e, soprattutto, convive con il perdurante « diritto di prevenzione e concorrenza » spettante alla giustizia del re <sup>(11)</sup>.

## 2. (segue) *I Cahiers dell'89: dal passato al futuro (argomentazione e storiografia)*.

Prima di occuparci del terzo interludio e per rendere ancora più chiaro il contrasto descritto, occorre compiere un piccolo passo indietro. La dichiarazione del Parlamento di Parigi, 3 maggio 1788,

---

<sup>(10)</sup> L'art. LXI dell'Ordinanza sull'amministrazione della giustizia dell'8 maggio 1788, del resto, prevedeva l'abrogazione di « tutte le ordinanze, leggi, consuetudini ed usi diversi o che siano contrari alle disposizioni ivi contenute », in *Archives*, vol. I, p. 308.

<sup>(11)</sup> L'esclusione dei « privilegiati » dall'ambito operativo della riforma, viene enunciata nell'art. XIII dell'Ordinanza sull'amministrazione della giustizia, esclusione sottolineata nel relativo Preambolo, in *Archives*, vol. I, p. 302; v., per gli oneri legati all'esercizio della giustizia signorile in materia criminale, l'art. XVIII; per i benefici in caso di astensione e la limitatezza dei compiti, gli artt. XX e XXI; quanto alla diversa manifestazione di volontà, la prevenzione e la concorrenza, gli artt. XIX e XXIII, in *Archives*, vol. I, pp. 302-304. J. RIOLLOT, *Le droit de prévention des juges royaux sur les juges seigneuriaux*, Parigi, 1931, p. 174, rileva che, comunque, nonostante le proteste del re, le disposizioni dell'Ordinanza, se effettivamente applicate, sarebbero state « fatali » per le giustizie signorili.

va ricollegata alla registrazione, effettuata nel *lit de justice* 19 novembre 1787, di un editto che introduceva un prestito forzoso (anche esso rimasto sulla carta), in base al disegno del ministro Loménie de Brienne: scenario che ha sullo sfondo la convocazione degli Stati Generali <sup>(12)</sup>. Poiché, però, il *lit de justice* era avvenuto mediante una trasformazione improvvisa della seduta ordinaria, la *Cour*, allegando il mancato rispetto delle forme dovute, immediatamente dopo, ritorna sui propri passi e decide di « non volere prendere alcuna parte alla registrazione dell'editto » <sup>(13)</sup>. Il conflitto è netto. Da una parte, il guardasigilli Lamoignon enuncia, tra i « principi universalmente ammessi dalla nazione ed invariabili » quello per cui il « potere legislativo risiede nella persona del sovrano, senza dipendenza e senza spartizione ». Dall'altro, il Parlamento ricorda, anzitutto, che la delibera del 19 novembre non era « completa » perché non approvata da una maggioranza determinata in modo irrevocabile, in quanto la registrazione era avvenuta senza che le opinioni fossero state *réduits* ed i voti contati; inoltre proclama che la « sola volontà del re non è una legge completa e non corrisponde ad una *forme national* » <sup>(14)</sup>.

Desiderando sottolineare le caratteristiche più vistose delle due vicende ricordate, si nota che la contesa, in relazione alla riforma Brienne, corre direttamente sul filo degli opposti, antichi principi invocati, con la richiesta comune ed antitetica di seguitare a prestarvi ossequio <sup>(15)</sup>. Viceversa, riguardo alla riforma Lamoignon, il contrasto diretto corre fra il mantenimento dei vecchi principi ed il loro superamento: tuttavia l'appello al mantenimento della tradizione costituisce pur sempre, per entrambi i duellanti, la premessa necessaria ed inevitabile. La sottolineatura serve a richiamare, sin d'ora, l'attenzione sull'uso argomentativo della continuità. Un uso, in definitiva, ideologicamente orientato, che mette in ombra il mutare

---

<sup>(12)</sup> Molto concisamente, v. ad es., l'inquadramento di A. SOBOUL, *La Rivoluzione francese* (1962), Roma, 1974, pp. 86-87 e M. MARION, voce *États généraux*, in *Dictionnaire des institutions de la France aux XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles* (1923), Parigi, rist. 1993, p. 218 e, per la cronaca dettagliata, *Archives*, vol. I, p. 201 e ss.

<sup>(13)</sup> *Archives*, vol. I, pp. 269-270.

<sup>(14)</sup> *Archives*, vol. I, pp. 265 e ss. (specialmente, 266-267) e 279.

<sup>(15)</sup> Per l'illustrazione delle opposte tesi, cfr. *Archives*, vol. I, pp. 279-288.

del contesto storico-politico e quindi degli assetti istituzionali: mutamenti che pure erano ben chiari agli occhi degli osservatori contemporanei <sup>(16)</sup>. E, come si vedrà, l'impiego argomentativo della continuità verrà ripreso non più per operazioni all'interno dell'*Ancien Régime*, ma per confronti fra il passato e le riforme in corso di elaborazione entro la Rivoluzione, in particolare durante l'Assemblea costituente, con conseguenze, come vedremo, non irrilevanti. La notazione appena svolta, tuttavia, acquista peculiare risalto per la circostanza che, in seguito, tale uso finisce con il traboccare, molto autorevolmente, sul piano storiografico: con il rischio di pervenire a ricostruzioni deformate o comunque parziali <sup>(17)</sup>.

Il terzo e più congeniale interludio riguarda ovviamente i *Cabiers* del 1789: qui il futuro non ha più come motore il ritorno, in un modo o in un altro, al passato, scarsamente storicizzato e piuttosto mitizzato. O meglio — perlomeno nel campo della riforma giudiziaria — il ritorno tocca talora (e le caratteristiche della sede hanno il loro peso) le argomentazioni ma non le tesi innovative sostenute. Comunque, anche se i Lumi non sempre rischiarano direttamente lo sterminato panorama, quanto alla legislazione, le ambiguità della *Constitution* tradizionale trovano un netto superamento con il ruolo stabile (permanente o periodico) che da tutte le parti si tende ad assegnare agli Stati Generali e con il principio per cui « La nazione fa la legge con la sanzione reale »: enunciazione che compare tra i risultati ufficiali dello spoglio dei *Cabiers* <sup>(18)</sup>. Nonostante il tono

---

<sup>(16)</sup> Quanto agli osservatori loro contemporanei, v. ad es., l'illustrazione di Thuau-Granville, che costituisce la già ricordata *Introduction al Moniteur universel* (anno IV), riprodotta in *Archives*, vol. I, spec. p. 111 e ss.

<sup>(17)</sup> Dalla tesi di A. de Toqueville (v. nota 2), che si ritiene largamente diffusa tra i giuristi, prendono le distanze F. SAINT-BONNET, Y. SASSIER, *Histoire*, cit., pp. 229-230, che ne illustrano i limiti e le ricadute negative.

<sup>(18)</sup> Per il principio, elencato tra quelli « riconosciuti » nel *rapport* di Clermont-Tonnere — contenente una sorta di quadro delle richieste desumibili dai *Cabiers* (art. 7) — v. *Archives*, vol. VII, seduta 27 luglio 1789, pp. 283-285. Particolarmente netto il tenore della *Doléance* del Terzo, Assemblea parziale della ville de Paris, punto 2, in *Archives*, vol. VI, p. 687: « Il potere legislativo, anima dello Stato, non è che il prodotto della volontà generale ed appartiene essenzialmente alla nazione, rappresentata dagli Stati Generali, sebbene le leggi che essa stabilisce debbano essere sanzionate dal re ». Le dimensioni del panorama vanno rapportate al numero dei *Cabiers* conservati: sessantamila, secondo M. MORABITO, *Histoire*, cit., p. 38. Quanto al ruolo rivendicato per gli Stati

complessivamente moderato delle *doléances* — tale anche per la maniera con cui erano state veicolate — in materia di giustizia, il registro risulta spesso quello della denuncia e della rivendicazione, ferme nella sostanza benché rispettose nella forma <sup>(19)</sup>. Sullo sfondo della richiesta globale di leggi chiare, semplici e uniformi, si proclama che il riordino dell'organizzazione giudiziaria dovrà essere radicale, sopprimendo, oltre alla venalità degli uffici, generalmente ripudiata, la giustizia signorile, in qualche caso non combattuta, e « tutti i tribunali d'eccezione, tutte le commissioni, avocazioni, attribuzioni e diritti di *committimus*, che porterebbero via un giudicabile al suo giudice naturale » <sup>(20)</sup>. L'opera di razionalizzazione include garanzie per l'indipendenza dei giudici dall'esecutivo, in una con l'esclusione che essi possano occuparsi di « tous les objets d'administration » <sup>(21)</sup>. E, soprattutto, l'esercizio in concreto di un

---

Generali, la misura del suo grande radicamento è desumibile dalla « Table générale des Cahiers », in *Archives*, vol. VII, sub voce *Constitution nationale (Demandes relatives à la)*, pp. 178-211. Inquadramenti relativi al trapasso dall'Antico Regime, con particolare riguardo al lato giuridico, in A. ESMEIN, *Histoire*, cit., pp. 399-416; F. FURET, D. RICHEL, *La Rivoluzione francese* (1965), vol. I, Roma-Bari, 2008, pp. 51-92; J. MICHELET, *Storia della Rivoluzione francese* (ed. 1869), vol. I, Milano, 1959, pp. 380-388; J.-P. ROYER, *Histoire*, cit., p. 251 e ss.; E. SELIGMAN, *La justice en France sous la Révolution (1789-1792)*, vol. I, Parigi, 1901<sup>1</sup>, pp. 187-226 e A. SOBOUL, *Rivoluzione*, cit., pp. 101-131.

<sup>(19)</sup> Sottolineano il tono moderato complessivo, con riferimento al Terzo, M. MORABITO, *Histoire*, cit., pp. 39-40 (ben diverso da quello, immediatamente successivo, della Dichiarazione dei diritti); e, con riguardo al « veicolamento », G. LEFEBVRE, *Révolution*, cit., p. 125 e ss. Mette in risalto le denunce elevate contro l'amministrazione della giustizia, R. AUBIN, *Organisation*, cit., pp. 6-8.

<sup>(20)</sup> Così Cahier Terzo stato, art. 9, Distretto Parigi-Saint Etienne du Mont, ricordato da R. AUBIN, *Organisation*, cit., pp. 19-20; v. pure P. ALVAZZI DEL FRATE, *Giudice naturale*, cit., pp. 160-165. Le richieste di tenore analogo sono molto frequenti, cfr. ad es., Terzo stato Amiens, parte V, artt. 11-13, in *Archives*, vol. I, pp. 747-748; circa il rilievo da riservare alla formazione del ruolo delle cause, per i riverberi sul principio in discorso, v. ad es., Terzo stato Nerac, ivi, vol. IV, pp. 232-234 e Terzo stato Bordeaux, ivi, vol. II, p. 339. Un elenco delle prese di posizione contro la venalità delle cariche, in *Archives*, vol. II, pp. 99-101 (voce *Charges et offices*). Per le residue propensioni favorevoli al mantenimento delle giustizie signorili e per le propensioni opposte, cfr. R. AUBIN, *Organisation*, cit., pp. 56-78.

<sup>(21)</sup> Cfr. ad es., R. AUBIN, *Organisation*, cit., pp. 28-31; nonché, a proposito dell'indipendenza rispetto all'esecutivo, Cahier Terzo stato ville de Paris, in *Archives*, vol. I, p. 554.

qualche ruolo del giudiziario nell'ambito del legislativo non solo è combattuto con adeguata decisione, ma ravvisato — tenendo conto della tradizione <sup>(22)</sup> — pure rispetto a forme potenzialmente (ma appunto non storicamente) senza carattere dirompente. Infatti, si esclude recisamente che le corti possano, nemmeno ricorrendo al « pretesto dell'equità (...) interpretare, estendere o restringere la legge », dato che essa « deriva essenzialmente dalla Nazione e dal suo capo » <sup>(23)</sup>.

Proprio il richiamo generale alla Nazione, per la diversità che imprime ai contesti, marca il distacco da un passato anche recentissimo: come accade sottilmente, ad esempio, allorché i *Cabiers* ripropongono soluzioni organizzative simili a quelli della fallita e già tanto avversata riforma Lamoignon <sup>(24)</sup>. Molto più vistoso il distacco segnato dalle rivendicazioni riguardanti il reclutamento dei giudici nonché l'introduzione della giuria. Quanto al primo punto, emerge dai *Cabiers*, sub specie di ritorno alle origini o ispirandosi all'esem-

---

<sup>(22)</sup> Per limitarci ad un solo esempio, si possono ricordare i forti contrasti che avevano caratterizzato la discussione sul titolo I (*De l'observation des Ordonnances*) dell'Ordinanza civile varata nell'agosto del 1667. Il titolo prevedeva in via generale, art. 8, per la violazione del divieto di interpretazione previsto dall'art. 7 (che includeva pure il ricorso ritenuto pretestuoso all'equità, art. 6), sanzioni piuttosto pesanti; e il divieto generale trovava una minuziosa e greve articolazione presso i titoli V, IX, XI, XV, XVIII, XXII, XXIV-XXVI, XXX e XXXI. L'intensità dei contrasti, subito emersi con riferimento alla norma generale, aveva determinato lo slittamento della discussione sull'intero titolo I all'ultima delle *Conférences* sull'Ordinanza (cioè dal 26 gennaio al 17 marzo 1667). Il quadro del dibattito — con retrospettiva sulle ordinanze precedenti relative al tema — emerge bene dal duello, conclusivo di una lunga serie, fra il consigliere di Stato Pussort, difensore del testo da lui predisposto, ed il primo presidente de Lamoignon: cfr. *Procez verbal des Conférences tenues par ordre du roi*, riprodotto in *Code Louis*, a cura di N. Picardi e A. Giuliani, Milano, 1996, vol. I, *Ordonnance civile*, 1667, pp. 487-516. Circa l'effettiva osservanza, in generale, dell'Ordinanza criminale, v. A. ESMEIN, *Histoire*, cit., pp. 333-338.

<sup>(23)</sup> Cfr. *Cabiers* de la Ville de Vienne e del Terzo di Tolone, citati da R. AUBIN, *Organisation*, cit., p. 33, note 5 e 6. Inquadramento in J. KRYNEN, *Le problème et la querelle de l'interprétation de la loi en France avant la Révolution*, in « *Rev. hist. droit français et étrang.* », 2008, p. 170 e ss.

<sup>(24)</sup> Per il primo grado ed il secondo, R. AUBIN, *Organisation*, cit., pp. 87-88 e 100; nonché, ad es., *Cabier* del Terzo del Baillage de Châlon-sur-Saône, in *Archives*, vol. II, p. 610, ove si chiede al re di ordinare l'esecuzione delle leggi dell'8 maggio 1788, concernenti l'amministrazione della giustizia.

pio inglese, la richiesta di ripristinare l'elezione dei giudici (25). Riguardo al secondo, anche qui evocando la comparazione interna o esterna, il ristabilimento o l'introduzione della giuria nei processi penali, come giudice del fatto, è soluzione largamente diffusa, animata come è dalla garanzia insita nell'essere giudicati dai propri pari: specchio ordinamentale dell'eguaglianza in termini di diritto penale sostanziale e processuale (26). Come si vede, il giudice auspicato non è più, in qualche senso, un « giudice senza qualità », assegnato da una « legge senza qualità », priva del segno dei Lumi. Assegnazione che nella plurisecolare e sempre viva tradizione francese, presenta comunque, anche in penale, buoni margini di elasticità.

Ma, a parte quest'ultima notazione, la sconfessione della venalità apre inevitabilmente problemi di rifondazione del sistema: infatti, oltre a quello di risarcire i titolari « espropriati », occorre affrontare le questioni legate al reclutamento dei giudici, che non sono tutte risolte dalla propensione per il meccanismo elettivo e la giustizia ordinaria del re: basti pensare alla necessità di trovare un nuovo ancoraggio per l'inamovibilità ed alla circostanza che la molto reclamata razionalizzazione della geografia giudiziaria, con avvicinamento ai giudicabili, implica una revisione organizzativa assai più ampia e complessiva (27). Restringendo il discorso, per comodità espositiva potremmo utilizzare concettualizzazioni articolate su una

---

(25) Si è talora autorevolmente sostenuto — J. GODECHOT, *Les institutions de la France sous la Révolution et l'Empire*, Parigi, 1998<sup>5</sup>, p. 142 — che nei *Cabiers* questo tipo di richiesta fosse « molto raro ». A giudicare da un rapido spoglio delle *Archives*, non sembra che le cose stiano così: v. le indicazioni sub nota 28 e, del resto, R. AUBIN, *Organisation*, cit., p. 120 e ss.

(26) Il giudizio dei pari è reclamato presso un gran numero di *Cabiers*, per indicazioni, v. R. ALLEN, *Les tribunaux criminels sous la Révolution et l'Empire*, Rennes, 2005, pp. 10-18; R. AUBIN, *Organisation*, loc. ult. cit.; A. ESMEIN, *Histoire*, cit., pp. 408-409; J.-P. ROYER, *Histoire*, cit., pp. 280-287 nonché E. SELIGMAN, *Justice*, vol. I, cit., pp. 176-177. I riferimenti reperibili sotto la voce *ad hoc* delle *Archives*, vol. VII, pp. 411-412, vanno integrati con molte altre indicazioni confluite sotto la voce *Justice (administration de la)*, ivi, p. 412 e ss.

(27) Per i problemi posti dalla confezione della *Carte judiciaire*, v. il rapido cenno, sino ai nostri giorni, in L. CADDIET, J. NORMAND, S. AMMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, Parigi, 2010, pp. 158-161 e il quadro generale di J. GODECHOT, *Institutions*, cit., p. 91 e ss.

bipartizione palesemente non coeva, la capacità di acquisto e quella di esercizio, appunto, della qualità di giudice. Quanto alla capacità di acquisto, si può precisare, circa la soluzione basata sull'elezione, che l'opzione è espressa con varia forza e spesso genericamente, volta a volta, a favore di assemblee locali, dei « giudicabili », del « popolo », della « nazione »<sup>(28)</sup>. Tuttavia, su questo piano, a parte qualche indicazione a favore di modelli ispirati alla cooptazione, si rinvencono altresì voti per il reclutamento mediante concorsi ed esami aperti a chi sia munito di adeguati titoli di studio e preparazione professionale (lamentandone congiuntamente il decadimento). Si chiedono, poi, oltre alla cittadinanza, il rispetto di requisiti attinenti all'età, al « merito e probità ». Inoltre è frequente la domanda di escludere discriminazioni a danno del Terzo<sup>(29)</sup>. La casella della capacità di esercizio, invece, serve a mettere in crisi l'utilizzo della bipartizione concettuale: potrebbe ospitare il vecchio quadro se, come in qualche occasione si verifica nei *Cahiers*, al suffragio dei cittadini si aggiungesse senz'altro la nomina da parte del re; viceversa, in un considerevole numero di casi, il ruolo del re non risulta limitato alla nomina e la scelta a lui rimessa fra tre soggetti presentati si confonde con il suffragio<sup>(30)</sup>.

---

<sup>(28)</sup> Quanto alle diverse formule suggerite per la scelta dei giudici, a titolo esemplificativo, v. a favore del meccanismo che combina (variamente) il suffragio con la conferma da parte del re, *Cahiers noblesse* e *tierce* de Amiens, in *Archives*, vol. I, rispettivamente alle pp. 717 e 749; *tierce* Besançon, ivi, vol. II, p. 339; *tierce* Maine, ivi, vol. III, p. 645 e ss.; *tierce* Versailles, ivi, vol. V, p. 183; *tierce* Parigi (S. Eustache), ivi, vol. V, p. 303; *tierce* Toulon, ivi, vol. V, p. 789 e *tierce* (Paris intra muros) Blancs-Manteaux, ivi, vol. VI, p. 697.

<sup>(29)</sup> Per la richiesta di un reclutamento articolato su concorsi, titoli di studio ed esami, ad es., *tierce* Aumont, in *Archives*, vol. I, p. 770; *clergé* Artois, ivi, vol. II, p. 78; *tierce* Nerac, ivi, vol. IV, p. 234; *clergé* Chatillon-sur-Seine, ivi, vol. II, p. 701 e *tierce* Metz, ivi, vol. III, p. 768; e, circa il merito, la probità e l'età, *noblesse* Auxerre, ivi, vol. II, p. 117; *tierce* Chalon-sur-Saône, ivi, vol. II, p. 610; nonché quanto alla non discriminazione a danno del Terzo, *tierce* Vannes en Bretagne, ivi, vol. VI, p. 108; comm. de Saint-Julien-le-Montagnier, ivi, vol. VI (suppl.), pp. 416-417 e comm. de Vinon, ivi, vol. VI (suppl.), p. 444.

<sup>(30)</sup> Circa questo sistema di reclutamento dei giudici, articolato su elezione più scelta del re, ad es., *tierce* Besançon, in *Archives*, vol. II, p. 145; *clergé* Chaumont-en-Bassigny, ivi, vol. II, p. 721; ville de Dijon, ivi, vol. III, p. 143; *tierce* Maine, ivi, vol. III,

3. *La competenza fra capacità e potere nell'Ordonnance criminelle del 1670. Naturalità « patrimoniale » del giudice feudale.*

La comprensione delle tendenze (e delle resistenze) che emergono dagli interludi può essere agevolata dal richiamo, ristretto entro termini minimi, di alcuni tratti delle precedenti evoluzioni della feudalità. E ciò non tanto per la generica fiducia nelle virtù attribuibili alla tecnica del contrasto, quanto per sottolineare subito, in via specifica, come l'identità delle etichette possa mettere in ombra la diversità delle situazioni designate con il medesimo nome; spesso senza che a ciò venga riconosciuto peso adeguato. La competenza, del resto, si presta particolarmente a questo tipo di analisi, in qualche modo legata allo stesso significato generale ambivalente del termine nel linguaggio ordinario: che oscilla fra « attribuzione », « spettanza » (attiene cioè all'area del potere) e « capacità », « idoneità » (attiene cioè all'area della garanzia); constatazione che vale per la lingua italiana come per il corrispondente vocabolo della lingua francese, nonché, ad esempio, di quella inglese e tedesca <sup>(31)</sup>.

Lo sfondo della vicenda è costituito dalla lotta fra feudalità e monarchia. Data la sede, interessa tratteggiare una semplice parziale *silhouette*, non un profilo completo seppure microscopico, procedendo da una retrospettiva che ha il suo punto di fuga nella *Ordonnance criminelle* del 1670, epoca in cui si afferma nettamente la supremazia della monarchia sulla feudalità. Tale quadro suggerisce anzitutto una terna di rilievi suscitati dalle discussioni nell'ambito delle relative *Conferénces*. Una si ricollega alla dichiarazione di esordio pronunciata dal maggiore artefice dell'*Ordonnance*, il Consigliere di stato Pussort: « non può esservi difetto più grande in un giudice di quello di puissance », ossia non ricollegabile né al luogo del delitto, né al domicilio del giudicabile e nemmeno alla cattura;

---

pp. 645,650-651; *tierce* Versailles, ivi, vol. V, p. 183; *tierce* Parigi fuori le mura, ivi, vol. V, p. 241 e comm. de Mirabeau, ivi, vol. VI (suppl.), p. 353.

<sup>(31)</sup> Data la comune derivazione dal tardo latino « competentia ». Ovviamente, la tecnicizzazione del termine comporta un adattamento dell'ambivalenza (con eventuale riduzione) in relazione all'evolversi dello specifico linguaggio utilizzato nei singoli ordinamenti (come accade, per es., in Germania, rispetto a « Zuständigkeit » ed a « Gerichtsstand »).

pertanto, occorre anzitutto provvedere a stabilirne bene, specie nel penale, la competenza <sup>(32)</sup>.

Passando al secondo rilievo, va premesso che l'art. 1, tit. I, dell'*Ordonnance* attribuisce la competenza territoriale al giudice *loci commissi delicti* e l'accusato è legittimato a chiedere di essere a lui rinviato. Tuttavia, gli artt. 2 e 3 dello stesso titolo prevedono, rispettivamente, che l'accusatore (in senso ampio) non può domandare il rinvio allo *iudex loci commissi delicti* se in precedenza si è rivolto ad altro giudice; e che l'accusato non può chiedere il rinvio ex art. 1 dopo la lettura, al momento del confronto, di una deposizione testimoniale. Sulla base della normativa riferita, viene sì espressa preferenza per lo *iudex loci*, ma le parti possono disporre altrimenti (le sanzioni, di vario genere, per il giudice incompetente operano solo se non abbia dato seguito alla richiesta, art. 4, tit. I, a meno che si tratti di incompetenza assoluta). La contraddizione viene rilevata dal Primo presidente de Lamoignon ed il rilievo non sembra superato dalla replica di Pussort, pur molto significativa, secondo cui non sarebbe stato «ragionevole» lasciare alle parti la libertà di scegliere, dopo la prima volta, un altro giudice <sup>(33)</sup>. L'attenzione, ad ogni modo, va concentrata sugli ulteriori interventi del Primo presidente. In apertura, egli rileva che si verificherebbero gravi inconvenienti qualora il giudice superiore, in assenza di richiesta ma di fronte ad uno *iudex loci* «incapace per corruzione, ignoranza o difetto d'autorità», non avesse il «potere» di rinviare il processo ad altro giudice. Lamoignon allarga poi l'orizzonte e ricollega l'argomento ad un spinosissimo problema generale. Pren-

---

<sup>(32)</sup> PUSSORT, in *Procez verbal*, cit., vol. II, *Ordonnance criminelle*, 1670, p. 3. Analogamente, P.F. MUYART DE VOUGLANS, *Institutes au droit criminel*, Parigi, 1768, p. 83 (ivi, p. 89, si distingue fra l'incompetenza derivante dal privilegio dell'accusato e quella derivante da difetto di *pouvoir* del giudice). Lo stesso autore, in *Instruction criminelle*, Parigi, 1767, p. 12, sottolinea come la competenza in materia criminale sia di diritto pubblico. Non va nemmeno dimenticato che l'Ordinanza del 1670 ammette ancora l'iniziativa del giudice riguardo all'azione (art. 1, tit. X) e che le discussioni al riguardo, sintomaticamente, si concentrano sul divieto (soppresso) di percepire a questo titolo «*épices et droits*»: *Procez verbal*, vol. I, cit., pp. 108-111.

<sup>(33)</sup> Per il rilievo di de Lamoignon e la replica di Pussort, v. *Procez verbal*, vol. I, cit., p. 7. Quanto al peso dell'incompetenza assoluta, v. MUYART DE VOUGLANS, *Instruction*, cit., p. 18.

dendo spunto da una ipotesi specifica di reato, rapimento in un luogo e cattura in altro, egli osserva che vi sono casi, « che la legge non può prevedere », nei quali sarebbe opportuno che fosse lasciato alla « prudenza del Parlamento l'esame della qualità del crimine, di quella dell'accusato e dei giudici, per rinviare il processo a quello che sarà il più capace e più in grado di rendere giustizia alle parti ». Ma una simile soluzione, conclude il Primo presidente, può trovare ostacoli — ecco il rovetto, racchiuso in quanto esplicitamente prevede l'art. 7, tit. I, *Ordonnance civile* 1667 — nella circostanza che i Parlamenti si trovano costretti alla « rigorosa osservanza delle Ordinanze, essendo loro vietato *de les expliquer* ». La risposta di Pussort risulta ambiguamente conciliante e consiste nel distinguere fra « applicazione della legge al fatto », che include *quelque explication*, non vietata, e « interpretazione » (non pare intesa come interpretatio), vietata <sup>(34)</sup>.

Che l'oscillazione fra capacità-idoneità e potere renda incerta la competenza — al di là, del rapporto regola eccezione — risulta poi confermato dal terzo rilievo, al quale si assegna l'ufficio precipuo di illustrare agilmente, per gli aspetti in discorso, il compimento della sostanziale soccombenza della feudalità sul piano giuridico. Il tema è quello della prevenzione tra giudici (artt. 7-9, tit. I, *Ordinanza* 1670) e il dibattito viene quasi sempre alimentato dagli interlocutori che già conosciamo. L'art. 7, nella stesura originaria, aveva escluso qualsiasi prevenzione tra giudici reali. Poiché però da Lamoignon era sta rilevato che precedenti ordinanze la prevedevano, Pussort

---

<sup>(34)</sup> La tesi sostenuta da de Lamoignon e la replica di Pussort, in *Procez verbal*, vol. I, cit., pp. 4-6. Circa lo specifico problema sollevato dal primo presidente, relativo ai poteri del giudice superiore, i commentatori concordano nel ricollegare alla puntualizzazione di de Lamoignon l'adozione della soluzione più corretta in materia (art. 1, tit. I, *Ordonnance* 1670): cfr. P. BORNIER, *Conférences des Ordonnances de Louis XIV*, nouvelle éd., Parigi, 1719, vol. II, p. 6 e MUYART DE VOUGLANS, *Instruction*, cit., p. 18. Quanto ai problemi connessi all'ardua distinzione fra *explication* ed *interprétation*, ci si limita qui a menzionare come la « delicatezza » e le difficoltà del tema fossero sottolineate dal consigliere di Luigi XV, Gilbert de Voisins, in una relazione a lui richiesta dal sovrano: cfr. *Le mémoire de Gilbert de Voisins sur les cassations. Un épisode des querelles entre Louis XV et les Parlements (1767)*, pubblicato da M. Antoine, in « *Rev. hist. droit français et étrang.* », 1958, p. 23, ove si suggerisce — per il bene stesso della giustizia — di astenersi dal pressare troppo da vicino le corti sovrane mediante la *cassation*.

ammette la fondatezza del rilievo, ma conclude asserendo che l'intenzione era stata quella di limitare (escludendo la riferibilità a tutti i giudici reali ordinari), non di eliminare la deroga. A questo punto — dato che la corrispondenza fra l'intenzione e il testo era diventata problematica — dal *coté* della *gens du roi*, interviene il Primo avvocato generale Talon, il quale osserva come l'eliminazione della prevenzione fa emergere la necessità di un rimedio per l'eventualità di negligenze e propone che il giudice superiore, verificandosi una simile situazione, possa sostituirsi a quello inadempiente, ma dopo che sia trascorso un lasso di tempo predeterminato. Il suggerimento viene accolto, fissandosi un termine pari a tre giorni <sup>(35)</sup>. La portata del suggerimento, tuttavia, ha ricadute più ampie. A parte il parallelismo che viene conseguentemente introdotto con l'art. 8, circa i rapporti fra giudici signorili, la modifica suffraga, in chiave analogica, lo schema in cui si inserisce l'art. 9, originariamente relativo alla prevenzione generale riconosciuta ai giudici reali rispetto ai giudici non reali subalterni ricadenti nel *ressort* dei primi. Lo scontro al riguardo culmina coinvolgendo due visioni globali tradizionalmente opposte. Lamoignon esordisce lamentando che l'articolo porterebbe alla rovina le giustizie subalterne, sovvertendo un « ordine forse tanto antico quanto la monarchia »; si appella, poi, al diritto romano, al diritto canonico, agli antichi usi del regno, nonché a precedenti *Ordonnances* che consideravano i giudici dei signori alla stregua di *judices* ordinari, rimarcando che esistevano solo rare eccezioni di prevenzione perfetta, cioè senza rinvio, fondate sul diritto consuetudinario. Proseguendo, il Primo presidente proclama che se è certo che la fonte di tutte le giustizie risale all'« autorità del re », risulta altrettanto certo che esse sono « patrimoniali e legate inseparabilmente alle terre ». La conclusione — preceduta da una argomentazione *ad hominem* (ai gentiluomini niente sta più a cuore della conservazione delle loro giustizie) — finisce con una apertura al compromesso già suggerito: se vi sono casi di negligenza, invece di consentire la prevenzione sulla mera base della volontà manifestata dai giudici reali, si fissi un termine trascorso il quale i giudici subalterni dovranno cedere il passo. Inutile richiamare l'attenzione

---

<sup>(35)</sup> *Procez verbal* (*Ordonnance* 1670), cit., pp. 12-13.

— del resto lo nota il Cancelliere Séguier — sulla circostanza che la prevenzione elide la competenza dello *iudex loci delicti*. La replica di Pussort non si attarda sul diritto romano e canonico, concentrandosi sulle preoccupazioni suscitate dalle infinite contestazioni legate alla prevenzione. Passando alle *Coutumes*, nota come alcune ammettano solo la prevenzione relativa (cioè con la possibilità di *revindication*) ed altre quella assoluta cioè senza tale possibilità); dichiara poi che la maggior parte dei giudici signorili non ha « alcuna capacità », per la loro « debolezza » e per la mancanza di indipendenza rispetto ai signori ed i delitti restano impuniti. Inoltre, i signori « soffrono poco » a causa della prevenzione: dato che la giustizia penale è per loro « onerosa ». Con il passaggio successivo il Consigliere di stato introduce una distinzione suggestiva fra giustizia civile e giustizia criminale. La prima può essere considerata « patrimoniale », e come tale è stata considerata in tutte le ordinanze. Per la seconda, invece, la « vera proprietà di questa giustizia, che si chiama *jus gladii*, è un diritto di sangue sui sudditi del re, che risiede, parlando propriamente, nelle mani di sua Maestà, che lo comunica ai suoi ufficiali ». A questo punto Pussort impiega (in maniera contestabile, perché contraria ad altra *Ordonnance*) un argomento *a maiori ad minus*: se la prevenzione risulta ammessa nella giustizia civile, con la concessione di lettere di committimus, che « sottraggono ai giudici signorili le loro materie principali e che sono più naturalmente di loro competenza », a maggior ragione la prevenzione è applicabile alle cause criminali, « la cui *vengeance* appartiene in particolare al Sovrano, siccome un diritto regale della corona », mai abbandonato interamente. Il compromesso viene comunque raggiunto: la prevenzione, salve le consuetudini diverse, potrà operare solo a favore di alcuni giudici reali, *baillis e sénéchaux*, ed esclusivamente se i giudici subalterni non reali abbiano omesso di *informé e décreté* entro le ventiquattro ore dal crimine <sup>(36)</sup>.

---

<sup>(36)</sup> Per questa parte del dibattito, v. *Procez verbal*, vol. I, cit., pp. 12-19. Le lettere di *committimus* davano luogo, a vario titolo, ad un foro privilegiato. La contestabilità dell'argomentazione svolta da Pussort, deriva dalla circostanza che le committimus, in base all'Ordinanza del mese di agosto del 1669, tit. Des committimus, art. 1, non erano ammesse (salvo limitatissime eccezioni) in materia penale o di polizia: cfr. JOUSSE, *Nouveau commentaire sur l'Ordonnance criminelle du mois d'Août 1670*, nouvelle éd.,

La sede non giustifica l'illustrazione degli altri strumenti attraverso i quali si esprime, in base all'*Ordonnance*, il primato della giustizia reale: casi reali (elencati in maniera non tassativa, art. 11, tit. I) ed appello (specialmente artt. 1 e 2, tit. XXVI). E risulta poi superfluo segnalare che resta comunque fuori dalla cornice normativa del *Code Louis* l'estesa e multiforme giustizia *retenue*. Viceversa, è da menzionare che se nell'*Ordonnance* la competenza territoriale resta più legata al potere che all'idoneità, nondimeno in essa si trovano tracciate delle linee orientative: in particolare, la disciplina della prevenzione accordata ai giudici reali va raffrontata con lo sterminato e disordinato affastellamento delle giustizie signorili <sup>(37)</sup>.

Il punto, comunque, che occorre mettere in risalto attiene al significato da attribuire alla preferenza per lo *iudex loci* rispetto a quello del domicilio, riguardante tutti coloro che « couchaient et levaient » nelle terre del signore giustiziere. A puro titolo di esempio, pochi anni prima dell'*Ordonnance* del 1670, era consentito affermare che: « così come per il diritto romano il padrone poteva rivendicare lo schiavo che si era sottratto alla sua potestà ed era detenuto da un terzo, così il signore giustiziere può rivendicare *son sujet, hoste et justiciable* che sia stato perseguito e processato davanti ad un giudice reale o ad altro giudice » <sup>(38)</sup>. Ed il tono dell'affermazione risulta più che sovrapponibile ad altra anteriore di oltre tre secoli, per la quale la richiesta di rinvio al giudice del domicilio formulata dal giudicabile non basta a garantirne il successo: « quia remissio fit ad utilitatem domini principaliter, scilicet pro conservazione jurisdictionis sue (*sic*) » <sup>(39)</sup>. L'aggettivo possessivo contenu-

---

Parigi, 1763, p. XV. V. pure M. MARION, voce *Committimus*, in *Dictionnaire*, cit., p. 122 e voce *Committimus*, in P.A. MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, vol. V, Bruxelles, 1825<sup>5</sup>, p. 100.

<sup>(37)</sup> Stando alle autorevoli fonti alle quali ci si rifà in M. MARION, *Dictionnaire*, cit., voce *Justice seigneuriale*, p. 319, vi erano piccole frazioni isolate, di poche case, che potevano dipendere da cinque o sei giustizie differenti e che la valutazione del numero di quelle « mangeries » oscillava dalle sessanta alle ottantamila.

<sup>(38)</sup> Così J. BACQUET, *Traité des Droits de la Justice*, in *Cœuvres*, Parigi, 1664, cap. VIII, par. 8, citato da J. RIOLLOT, *Droit de prévention*, cit., p. 175. Quadri complessivi in A. ESMEIN, *Histoire*, cit., pp. 3-6 e J.-P. ROYER, *Histoire*, cit., pp. 74-77.

<sup>(39)</sup> G. DU BREUIL, *Stilus Curiae Parlamenti* (1330?), nouvelle éd. crit. par F. Aubert, Parigi, 1909, p. 137 (cap. V, n. 8).

to nel brano appena riprodotto fa emergere bene la concezione proprietaria della giustizia spettante al signore, concezione che si palesa meno nitidamente nei testi in cui si utilizza il pronome parallelo, *leur juge*, ove diventa prevalente la funzione relazionale. Ma preme soprattutto sottolineare, per alcuni rilevanti echi, come, con riferimento al *juge naturel*, il pronome talora non svolga una funzione prevalentemente relazionale e, talaltra, l'uso di esso (*leur* o *eorum*) risulti fungibile rispetto a quello dell'aggettivo *naturel* (o *naturalis*)<sup>(40)</sup>.

La *silhouette*, seppure parziale, richiede ancora due brevissime considerazioni che si riferiscono ai commentatori dell'*Ordonnance* del 1670. Si segnala, per cominciare, che al connotato di giudici ordinari attribuito ai giudici signorili, si accompagna pacificamente il riconoscimento della loro qualità di « giudici naturali »<sup>(41)</sup>. L'altra considerazione concerne le motivazioni delle scelte relative ai criteri attributivi della competenza territoriale. Mentre è agevole seguire il filo delle ragioni pratiche che militano a favore dello *iudex loci commissi delicti* (accertamento del fatto, esemplarità, soddisfazione delle vittime, intervento più rapido e meno costoso) ed a quello della cattura (serve, in particolare, per determinate categorie di autori di reati, come i vagabondi), le ragioni teoriche che talora ammantano la

---

<sup>(40)</sup> Le prime due ipotesi (impiego del pronome con funzione prevalentemente relazionale) ricorrono, ad es., congiuntamente nello stesso testo in *Le Grand Coutumier de France*, eds. Laboulaye e Darestes, Parigi, 1868, p. 440 (libro III, cap. VIII), citato da J. RIOLLOT, *Droit de prévention*, cit., nota 2 alla p. 154; la terza ipotesi (« eorum »), invece, è ravvisabile in DU MOULIN, *Commentarii in Consuetudines Parisienses*, vol. I, Parigi, 1681, Parte I<sup>a</sup>, tit. I, par. III, glos III, n. 12, p. 78; nonché (« leur »), BEAUTEMPS-BEAUPRÉ, *Coutumes et institutions de l'Anjou et du Maine antérieurs au XVI<sup>e</sup> siècle*, parte II, Parigi, 1877, pp. 491-493 (sempre citati da J. RIOLLOT, *Droit de prévention*, cit., rispettivamente alla nota 2 di p. 172 ed alla nota 2 di pp. 201-202). Quanto agli echi, si pensa in particolare alla Germania (per il riferimento al « suo giudice legale »), dalla Frankfurter Reichverfassung del 1849, par. 175 al BGG, Art. 101, v. E. KERN, *Der gesetzliche Richter*, Berlin, 1927, pp. 119-121 e 154 e ss. e C. SOWADA, *Der gesetzliche Richter im Strafverfahren*, Berlin-New York, 2002, p. 136 e ss. A sé stante, ma non certo priva di interesse, la vicenda inglese, tra l'altro, per i dubbi collegati alla traduzione in latino della Magna Carta ed i sospettati errori dei copisti, cfr. D. MELLINKOFF, *The Language of the law*, Boston-Toronto, 1963, p. 144 e ss.

<sup>(41)</sup> Cfr. P. BORNIER, *Conférences*, cit., vol. I, pp. 227-228 e 435-437; JOUSSE, *Nouveau commentaire*, cit., p. 3 e MUYART DE VOUGLANS, *Institutes*, cit., p. 97 e ss.

preferenza per il giudice del domicilio, seguono percorsi più elaborati. Come accade allorché l'indicazione generale a favore di quest'ultimo viene spiegata nella maniera seguente. Dal momento che il crimine rientra fra le azioni personali, la competenza spetta al giudice del domicilio, in quanto « giudice naturale della persona dell'accusato »: del resto, si prosegue, il *favor* per il giudice del luogo costituisce esso stesso un'eccezione alla regola generale per cui « actor forum rei sequitur » (42).

4. *Verso la loi sull'organizzazione e la completa rigenerazione del giudiziario (décret 16-24 agosto 1790). Progetti e progressiva maturazione del quadro generale. Da Bergasse a Thouret.*

L'inizio dei lavori per la riforma dell'organizzazione giudiziaria, si intreccia con il dibattito relativo alla Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino. Mutamenti, esitazioni e sussulti che i *Cahiers* avevano lasciato intravedere, emergono e sono, in qualche modo, misurabili nello specchio del breve arco di tempo (5 maggio-26 agosto 1789) che intercorre fra la seduta di apertura degli Stati generali e la *Déclaration*. Arco che include la trasformazione degli Stati generali in Assemblea nazionale costituente (17-26 giugno) ed il *décret* 4 agosto-3 novembre 1789, relativo alla abolizione dei *privilèges*, che sopprime le giustizie signorili, art. 4, la venalità degli uffici, art. 7, e proclama il diritto per ogni cittadino di essere ammesso a tutti gli impieghi e dignità (art. 11) (43). Per ciò che

---

(42) Per la competenza territoriale collegata al luogo del commesso delitto ed alla cattura, v. JOUSSE, *Nouveau commentaire*, cit., pp. 11 e 13-14 e MUYART DE VOUGLANS, *Institutes*, cit., p. 88. Quanto alle ragioni della preferenza per lo *iudex domicilii*, indicate in testo, v. MUYART DE VOUGLANS, *Instruction*, cit., p. 12; viceversa, JOUSSE, *Nouveau commentaire*, cit., pp. 13-14, allega come motivi della preferenza per il giudice del domicilio, l'interesse pubblico a « purger la Province » e l'esemplarità.

(43) La proposta di Sieyès, relativa alla trasformazione degli Stati Generali in Assemblea nazionale, in *Archives*, vol. VIII, 17 giugno 1789, p. 126. Le lettere di accettazione del re, inviate al *clergé* ed alla *noblesse*, in *Archives*, vol. VIII, 27 giugno 1789, pp. 161-173, prendono atto dell'accaduto, recedendo dal divieto espresso in precedenza, ivi, 23 giugno 1789, pp. 143-146; l'art. 4 del *décret* 4-11 agosto 1789, ivi, 11 agosto 1789, p. 397, precisa che le giustizie signorili continueranno a funzionare sino al « nuovo ordinamento giudiziario ».

riguarda più da vicino il nostro argomento, vanno menzionati due articoli della Dichiarazione. L'art. 3 esprime (assieme al Preambolo e, specialmente, agli artt. 1, 2 e 6) il fondamento della futura Costituzione: « Il principio di ogni sovranità risiede essenzialmente nella nazione. Nessun corpo o individuo può esercitare un'autorità che non emani espressamente da essa ». La transizione rispetto ai risultati emergenti dallo spoglio ufficiale dei *Cabiers* al riguardo, è palese anche se — sullo sfondo del prevalente clima monarchico — resta incerta la configurazione del ruolo spettante al re, specie entro istituzioni basate sull'elezione popolare <sup>(44)</sup>. Ma il testo che ci tocca maggiormente, specie per le manipolazioni in cui verrà presto immerso, è quello dell'art. 16: « Ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione di poteri determinata, non ha costituzione ». Tralasciando le dispute teoriche sulla ispirazione montesquiviana del testo, sembra che la lettura riduttiva, nel senso di condizionata alla futura ridefinizione della figura del monarca, sia da condividere: ma dovrebbe includere, comunque, come contenuto minimo e nonostante l'ambiguità della formulazione, il rifiuto della concentrazione dei poteri nelle stesse mani <sup>(45)</sup>. Va rilevato, però,

---

<sup>(44)</sup> Ad es., J. GODECHOT, *Institutions*, cit., p. 46; M. MORABITO, *Histoire*, cit., p. 52 e M. TROPER, *L'interprétation de la déclaration des droits. L'exemple de l'art. 16*, in « Droits », 1988, p. 111 e ss. Viene spesso sottolineato il carattere astratto della Dichiarazione, valida per gli « uomini di tutti i tempi e luoghi », ad es., Y. GUCHET, *Histoire*, cit., p. 42 e 48 e ss. E, sempre e. g., si potrebbe ricordare il discorso di Duport, ove si descrive la Dichiarazione come un impegno preso « à la face de l'Europe », in *Archives*, vol. VIII, 16 agosto 1789, p. 451 (analogamente, ivi, vol. XII, 29 maggio 1790, p. 432). Nel *rapport* destinato a preparare i lavori per la Costituzione, Mounier, in *Archives*, vol. VIII, 9 luglio 1789, p. 214 e ss., rimarca il punto di partenza: malgrado « alcune preziose massime, non abbiamo una forma determinata e precisa di governo. Non abbiamo una costituzione poiché tutti i poteri sono confusi, dal momento che non è tracciato alcun limite. Non è nemmeno separato il potere giudiziario dal potere legislativo ». E — si prosegue — la presenza dell'*autorité royale* non risulta certo sufficiente per dare vita ad una Costituzione: dalla confusione nasce l'« opposto di una costituzione », cioè un « potere dispotico ».

<sup>(45)</sup> Il testo dell'art. 16 della *Déclaration* ricalca, quasi alla lettera, quello proposto nel progetto del *Sixième bureau* dell'Assemblée (art. 24), in *Archives*, vol. VIII, 12 agosto 1789, p. 432. La tesi minimalista è sostenuta, ad es., da M. MORABITO, *Histoire*, cit., pp. 51-52. Va comunque ricordato che l'art. 16 risulta recuperato, all'ultimo momento, da de Lameth (deputato della nobiltà del *baillage* di Péronne), che fa emergere la questione nell'ambito di un discorso concernente la responsabilità dei pubblici amministratori, con

che l'inserzione tardiva di tale testo nella *Déclaration* viene immediatamente avversata da chi, dopo non molto, andrà ben oltre <sup>(46)</sup>.

L'intreccio di cui sopra coincide con la relazione svolta da Bergasse, a nome del « Comitato di costituzione per l'organizzazione del potere giudiziario » (17 agosto 1789). La lunga presentazione dell'articolato da parte dell'avvocato parigino potrebbe avere quale emblema il suo elogio della magistratura, non benevolmente caudato (variante di una pervasiva e ricorrente avversione): essa « era costituita fortemente per resistere al dispotismo; ma ora che il dispotismo non c'è più », la conservazione e l'« impiego di questa forza potrebbe diventare pericoloso per la libertà » <sup>(47)</sup>. Del resto, se il ruolo della monarchia, resa costituzionale, al momento sembrava avere bisogno solo di una ridefinizione, entro un'area relativamente determinata, quanto al giudiziario le richieste contenute nei *Cahiers* esigevano una totale rifondazione. Bergasse tiene ben presenti quelle richieste ed i forti timori che le accompagnavano; tuttavia, in mancanza delle nuove basi costituzionali (comprese quelle ricavabili dalla *Déclaration*) ed organizzative generali, preferisce oltrepassare i confini della materia assegnata al Comitato: caso mai — si precisa — per le disposizioni la cui « vera sede » è rappresentata dalla Costituzione, a tempo debito si potrà riparlarne. La medesima mancanza di copertura pare suggerire la tecnica espositiva della relazione: tesa a sostenere l'idea della completezza, basata, argomento per argomento, su catene di proposizioni, relativamente lunghe: presuntivamente assunte come se i passaggi fra gli anelli di ciascuna di esse fossero retti da rapporti di implicazione: tanto da assegnare agli anelli terminali, coincidenti con le disposizioni del progetto, lo *status* di « verità dimostrate ». Tale relazione transitiva, però, non sempre risulta riconoscibile, anche perché spesso la descrizione — sviluppata mediante l'uso di alternative basate sulla negazione del termine

---

l'appoggio di Target, Mounier e Lally-Tollendal e la resistenza di Robespierre, cfr. *Archives*, vol. VIII, 26 agosto 1789, pp. 488-489 (ivi, anche la formula equivoca proposta da Le Chapelier).

<sup>(46)</sup> Ricorda l'opposizione di Robespierre, J. GODECHOT, *Institutions*, cit., p. 37.

<sup>(47)</sup> Nella relazione di Bergasse, in *Archives*, vol. VIII, 17 agosto 1789, pp. 440-446 e 449-450, l'emblema è a p. 449, la conclusione circa lo status delle disposizioni proposte a p. 446 e l'articolato alle pp. 446-449.

positivo — diventa ambigualmente onnicomprensiva. Difficile dire se l'esposizione di Bergasse sia influenzata da abiti tipici dell'eloquenza forense, che non raramente fonda la solidità delle tesi propuginate sull'eliminazione teorica di qualsiasi variabile. Le notazioni appena svolte non sono determinate da alcun particolare interesse stilistico, il massiccio contributo degli avvocati alla confezione della legge sull'organizzazione giudiziaria, del resto, è ben noto; servono invece a mettere in luce, congiuntamente, le indeterminatezze di fondo e la necessità di accreditarne il superamento <sup>(48)</sup>.

Venendo all'articolato, è appena il caso di ricordare la ripresa di soluzioni già prospettate dai *Cahiers*, unico punto di riferimento possibile: in particolare, soppressione della venalità, esclusione di qualsiasi incursione del giudiziario nella sfera del legislativo (divieto non esteso agli *arrêts de règlement*), giudici eletti dal popolo e nominati dal re entro la terna presentata, requisiti richiesti, garanzie e responsabilità, istituzione della giuria in criminale, nessun tribunale d'eccezione e avvicinamento dei giudicabili ai tribunali. Sono invece opportune due segnalazioni. Una riguarda i *juges de police* (titolo IV), ai quali, data la materia dai contorni più vaghi loro consegnata, è « inevitabile » concedere un certo tasso di discrezionalità, che include qualche cosa di « arbitrario »: da compensare, in questo caso, con la scelta riservata esclusivamente al popolo e la breve durata del mandato. L'altra, e qui più importante, riguarda la disciplina della competenza territoriale, attribuita, senza alternative, al giudice del luogo in cui è stato commesso o si ritiene sia stato commesso il crimine: in quanto la possibilità di fori concorrenti « nuoce alla libertà » <sup>(49)</sup>.

Dopo le dimissioni del primo Comitato di costituzione (12

---

<sup>(48)</sup> Il superamento dei confini, accennato da Bergasse, in *Archives*, vol. VIII, nota 2 di p. 416 e nota 1 di p. 449. Inquadramenti in J.-P. ROYER, *Histoire*, cit., pp. 239-240 e E. SELIGMAN, *Justice*, vol. I, cit., pp. 197-200.

<sup>(49)</sup> La breccia aperta, entro il divieto generale di interpretazione (ribadito, v. *Archives*, vol. VIII, 17 agosto 1789, p. 443), per i tribunali di polizia, non è di facile misurazione. In particolare, perché — salvo il generico riferimento alla « prevenzione dei delitti » — per la loro competenza si rinvia ad un futuro codice (artt. 1 e 8, tit. IV, Progetto Bergasse), salvo accennare all'esigenza di una disciplina rigida, v. *Archives*, vol. VIII, 17 agosto 1789, p. 442 (per il criminale, l'art. 9, tit. III, stabilisce la competenza del giudice *loci commissi delicti*).

settembre 1789), il disegno proposto da Bergasse risulta accantonato. A nome del nuovo Comitato, Thouret, avvocato di Rouen, presenta un nuovo progetto, 22 dicembre 1789, che però verrà illustrato nel marzo dell'anno successivo e discusso, in base ad una seconda redazione, ancora più tardi. Il piano di Thouret si distingue, complessivamente, da quello precedente per organicità, completezza e tecnica di redazione; va tuttavia tenuto presente che nel frattempo alcuni profili costituzionali avevano cominciato a prendere consistenza, proiettando la loro luce anche sulla normativa in questione. Oltre alla *Déclaration*, si ricorda la decretazione concernente gli « Articoli costituzionali sulla natura del governo, i poteri legislativo, esecutivo e giudiziario » (1-5 ottobre 1789, lett. pat.), il cui art. V prevede che il « potere giudiziario non potrà, in nessun caso, essere esercitato né dal corpo legislativo, né dal re; ma la giustizia sarà amministrata in nome del re, dai soli tribunali stabiliti dalla legge, secondo i principi della costituzione ». Inoltre, viene varata la riforma di alcuni aspetti della legislazione processuale penale, ritenuti lontani, in maniera inammissibile dall'« equità naturale » (decretazione 8/9 ottobre-3 novembre 1789, lett. pat.); e si realizza la riorganizzazione territoriale, articolata sulla divisione in dipartimenti, distretti e cantoni (*décret* 15 febbraio-3 marzo 1790). Ovviamente esiste parallelismo tra fatti normativi ed eventi politico-sociali, in particolare quelli del mese di ottobre. Per limitarci ad un profilo simbolico-pittorresco, si può pensare al trasferimento coatto del re (6 ottobre 1789) — che non aveva voluto « sanzionare » nemmeno la *Déclaration* — da Versailles a Parigi <sup>(50)</sup>.

All'atto di presentare il progetto (prima versione, 22 dicembre 1789), Thouret compie una rapida rassegna dei punti qualificanti, preceduta da una dichiarazione netta: il Comitato aveva cercato di vedere se nelle antiche istituzioni relative all'amministrazione della

---

<sup>(50)</sup> Circa la riforma processuale penale, v. A. ESMEIN, *Histoire*, cit., pp. 410 e ss. e J.-P. ROYER, *Histoire*, cit., pp. 251 e ss. Quanto alla riorganizzazione territoriale, v. GODECHOT, *Institutions*, cit., pp. 95-97 (ove si sottolineano le benemeritenze di Thouret al riguardo). Circa lo sfondo politico generale, orientamenti in F. FURET, D. RICHEL, *Rivoluzione*, vol. I, cit., pp. 100-109; nonché, per le giornate di ottobre, G. LEFEBVRE, *Révolution*, cit., pp. 150-153 e J. MICHELET, *Storia della Rivoluzione*, vol. I, cit., pp. 312-327 (che, riferendosi al clima del trasferimento coatto, così si esprime: « Tutto ciò era insieme allegro, triste, violento, gioioso e cupo », p. 327).

giustizia vi fosse qualche cosa di salvabile, ma era pervenuto a conclusioni negative; pertanto, al riguardo, « la rigenerazione dovrà essere completa »<sup>(51)</sup>. L'illustrazione di tale versione avrà luogo solo il 24 marzo 1790, limitatamente al titolo I ed ai titoli III e IV (dedicati ai giudici di pace e di distretto). Quanto al titolo I, Thouret spiega che è destinato a contenere i principi costituzionali del potere giudiziario: così come compare, « alla testa della costituzione, il titolo dei diritti dell'uomo e del cittadino ». Enunciazione che risulta accompagnata da una importante sottolineatura. Il Comitato ha riunito i « punti veramente costituzionali » negli artt. 12-16, tit. I, del progetto: ivi sono contenute le disposizioni ritenute « necessarie per annientare i privilegi in materia di giurisdizione, le distrazioni di ressort, gli ostacoli alla libertà della difesa personale e tutte le preferenze arbitrarie nella distribuzione della giustizia » (in particolare l'art. 14 prevede che l'« ordine costituzionale delle giurisdizioni non potrà essere turbato, né i giudicabili sottratti al loro tribunale naturale mediante commissioni o attribuzioni, né mediante avocazioni arbitrarie »). Si tratta di principi essenziali — viene sottolineato — di una « verità assoluta e indipendente » dalla soluzione che risulterà adottata circa il numero, la composizione e la distribuzione dei tribunali. E si conclude: la « forme » degli strumenti normativi che regolano l'esercizio del potere giudiziario « è variabile sino ad un certo punto; ma i principi che fissano la sua natura, per renderla idonea ai fini che deve conseguire nell'organizzazione sociale, sono eterni ed immutabili »<sup>(52)</sup>.

---

<sup>(51)</sup> Per la presentazione da parte di THOURET, v. *Archives*, vol. X, 22 dicembre 1789 (primo Progetto), p. 718; la tesi da lui propugnata (rigenerazione totale) sarà oggetto di una mozione approvata il 24 marzo 1790, in *Archives*, vol. XII, pp. 348-349, mozione che ha per sfondo il movimentato insuccesso di de Cazalès (connesso al tentato elogio dei Parlamenti). Il testo del Progetto ha avuto due versioni, pubblicate assieme in *Archives*, vol. XII, 22 dicembre 1789, rispettivamente alle pp. 725 e ss. e 735 e ss., anche se il secondo Progetto vede la luce in un momento successivo, v. *Archives*, vol. XVI, 5 luglio 1790, p. 701 (come è noto, la pubblicazione delle *Archives*, serie I, 1787-1789, ha avuto inizio solo nel 1862). Un inquadramento in P. ALVAZZI DEL FRATE, *Giudice naturale*, cit., pp. 165-169.

<sup>(52)</sup> L'illustrazione del progetto (prima versione) in *Archives*, vol. XII, 24 marzo 1790, spec. pp. 344-345. Inutile sottolineare la vena giusnaturalistica dell'affermazione finale.

Premesso che il testo presentato da Thouret relativo al titolo I, seconda versione (5 luglio 1790), diverrà, salvo modeste variazioni del dettato, quello definitivo (come titolo II della legge), ne elenchiamo subito i connotati principali, segnalando quelli che presentano legami più stretti con il tema della ricerca. L'insieme dei ventuno articoli che compongono il titolo in esame, è scomponibile in quattro sottoinsiemi. Il primo (artt. 1-9) disciplina profili che, nella maggior parte dei casi, erano già ampiamente condivisi, come la soppressione della venalità degli uffici, l'elezione dei giudici ed i requisiti degli aspiranti. Tuttavia sono presenti puntualizzazioni che riflettono la progressiva maturazione di alcuni problemi. Ciò vale, in particolare, per la nomina dei giudici: spetta al re, nel cui nome viene amministrata la giustizia, ma gli viene tolto — anche attraverso una minuta descrizione delle formalità concernenti l'investitura — qualsiasi potere di scelta <sup>(53)</sup>. Maggiore attenzione richiede il secondo sottoinsieme (artt. 10-13), le cui disposizioni sono tese ad evitare che il potere giudiziario, oltre ad esercitare le funzioni che gli competono, continui ad essere « emulo » del potere legislativo e « rivale » di quello amministrativo. Non ci si muove più solo sul piano delle idee: i Parlamenti, con il décret 3-3 novembre 1789, risultano ormai in vacanza (e verranno soppressi con il décret 6, 7-11 settembre 1790). Quali che siano state in passato le ragioni del « disordine politico » — si asserisce nell'illustrazione del provvedimento — il suo perdurare non ha più alcuna giustificazione, in quanto il potere legislativo viene esercitato dalla nazione, che elegge anche i propri amministratori. Per conseguenza, il divieto di prendere parte, « direttamente o indirettamente », all'esercizio del potere legislativo (art. 10), si traduce nella previsione di una trascrizione pura e semplice delle leggi entro la *huitaine* (art. 11), nella proibizione dei *règlements*, puntualizzandosi (art. 12), che, ogniqualvolta vi sarà bisogno di interpretare le leggi o di aggiungerne di nuove, i giudici dovranno rivolgere al corpo legislativo le loro *répresentations*, c.d. *référé* facoltativo. Infine (art. 13), si stabilisce che le « funzioni giudiziarie sono distinte e

---

<sup>(53)</sup> La discussione della seconda versione (*nouveau projet*), illustrata da THOURET (senza un nuova relazione), inizia il 5 luglio 1790 e in quello stesso giorno vengono approvati gli articoli (1-21) che componevano l'originario titolo I della legge, v. *Archives*, vol. XVI, 5 luglio 1790, pp. 701-706.

resteranno sempre separate dalle funzioni amministrative»: quindi si impone ai giudici di astenersi dal turbare in qualsivoglia maniera le operazioni dei corpi amministrativi, escludendo anche la citazione degli amministratori per ragioni attinenti alle loro funzioni <sup>(54)</sup>.

Il terzo sottoinsieme (artt. 14-18) contiene, oltre ad alcune disposizioni in materia processuale (introduzione del principio di pubblicità, diritto all'autodifesa, previsione dei giurati in criminale, artt. 14-15, soppressione dei privilegi in materia di giurisdizione, cioè uguaglianza dei giudicabili che « *plaideront* tutti nella stessa forma, davanti agli stessi giudici » (art. 16), due articoli (17 e 18) nei quali vengono codificate, per la prima volta ed in maniera pressoché definitiva, i tratti del giudice naturale auspicato dai *Cahiers* e poi adottato dal décret 16-24 agosto 1790. L'art. 17, nella versione di Thouret suona infatti così: « L'ordre constitutionnel des juridictions ne pourra être troublé, ni les justiciables distraits des leurs juges naturels par commission, attributions ou évocations *arbitraries* ». Il successivo art. 18, poi, precisa come dall'uguaglianza dei cittadini davanti alla legge discenda che costituirebbe un'ingiustizia qualsiasi « preferenza per il rango ed il turno per essere giudicati »: pertanto tutte le cause « verranno giudicate nell'ordine secondo il quale saranno state presentate al tribunale ». E la disposizione, già invocata presso i *Cahiers*, sembra marcare una sorta di passo verso la garanzia del giudice naturale in quanto persona, oltre che in quanto organo. Il commento di Thouret a questo gruppo di articoli è tanto breve quanto incisivo: « non si tratta di semplici riforme legislative, ma di punti veramente costituzionali ». Ed in questo ambito, a parte la regola generale stabilita dall'art. 17, l'unica norma concernente la tipologia e la competenza degli organi giudiziari, è quella dettata presso l'art. 15, relativa alla giuria: istituto che

---

<sup>(54)</sup> La sostanza dell'art. 12, tit. I, del secondo progetto Thouret corrisponde a quanto previsto dall'art. 9, tit. I, del progetto Bergasse. Tuttavia, la terminologia usata in quello di Thouret — come vedremo — creerà imbarazzi, suggerendo collegamenti verbali con le « *représentations* » al re, previste dall'art. 3, tit. I, Ordonnance civile del 1667: *Ordonnance* rimasta in vigore — assieme agli « editti, dichiarazioni e regolamenti » concernenti la materia criminale, in base al *décret* 8, 9 ottobre — 3 novembre 1789 (lettera patente), art. 28 — salvo diversa previsione. Rimane provvisoriamente in vita, seppure con alcune indispensabili limitazioni, il *Conseil du roi*, v. *Archives*, vol. IX, 15 settembre 1789, p. 451. Circa la distruzione dell'« antico ordine » (Parlamenti e Consiglio del re), cfr. le indicazioni complessive di J.-P. ROYER, *Histoire*, cit., pp. 241-243.

al momento rappresenta ancora una sorta di architrave incompiuto. D'altra parte, con riferimento al campo penale — diversamente dal civile — nemmeno nei titoli successivi del progetto (e poi della legge), salvo che in materia di polizia, si rinvergono norme dettate in via specifica <sup>(55)</sup>.

Quanto al quarto sottoinsieme (artt. 19-21), vi si trova la previsione di una riforma della legislazione, in modo che le leggi civili siano in consonanza con i canoni illuministici di semplicità e chiarezza, redatte conformemente alla costituzione; nonché le direttive per cui i processi civili divengano più rapidi e meno costosi e le leggi penali corrispondano a criteri di mitezza <sup>(56)</sup>.

5. (segue) *Da Duport (sillogismo, questione di fatto, questione di diritto, primato dell'imparzialità sulla capacità e dicotomia del giudice naturale) a Chabroud, rilancio dell'ordinarietà.*

Il progetto di Thouret non viene discusso subito: dapprima perché due deputati presentano progetti alternativi. Uno è quello di Duport, consigliere al Parlamento di Parigi, che si ispira decisamente alle istituzioni britanniche (29 marzo 1790). Nel long mémoire da lui letto si sostiene, oltre all'estensione della giuria al civile, l'ambulanza dei giudici, dichiarando che essa rappresenta « l'unico mezzo per avere dei giudici e niente tribunali »; infatti, se i giudici sono necessari, i tribunali permanenti sono « inutili e pericolosi ». L'estensione e l'ambulanza risulteranno soccombenti. Al contrario, il

---

<sup>(55)</sup> Il commento di Thouret, in *Archives*, vol. XII, 24 marzo 1790, p. 344. Quanto al rispetto del turno, in base al ruolo, per l'antica rivendicazione cfr. il quadro, già ricordato, di E. SELIGMAN, *Justice*, vol. I, cit., pp. 499-500.

<sup>(56)</sup> Va segnalato, inoltre, che nel marzo del 1790 l'abate di Chartres Sieyès aveva distribuito a tutti i membri dell'Assemblea un « Aperçu d'une nouvelle organisation de la justice et de la police en France », in *Archives*, vol. XII, 19 marzo 1790, pp. 249-258. L'Aperçu, secondo l'avvertenza che lo accompagna, era stato concepito nel settembre dell'anno precedente, quando il suo autore era membro del primo Comitato di costituzione. Il contributo di Sieyès, seppure eccentrico rispetto al circuito assembleare, non è restato senza influenza: in particolare — come accenneremo (par. I, cap. II) — per quel che riguarda il *tribunal de cassation*. Al momento, basta ricordare la presa di posizione dell'abate di Chartres a favore di tribunali dipartimentali, basati sulle *assises* e sui *tours*, e della giuria anche in civile.

ruolo del giudice parigino diverrà decisivo per l'introduzione della giuria in penale, approvata con una legge di cui egli sarà relatore per i Comitati riuniti di costituzione e di giurisprudenza criminale; vincente risulterà altresì la sua presa di posizione a favore dell'arbitrato (art. 11 del progetto di decreto presentato da Duport), la cui disciplina occuperà il titolo I della *loi* sull'ordinamento giudiziario. Il tono del *mémoire* suona poco benevolo nei confronti del lavoro complessivamente svolto dal Comitato di costituzione, accusato di avere un orizzonte « limitato alla distruzione dei parlamenti »: « tre quarti degli articoli presentati (...) erano inutili, gli altri pericolosi o espressi male ». Passandoli in rassegna, per quel che riguarda la fila nella quale rientrano le disposizioni che vietano la sottrazione dei giudicabili al « giudice naturale », essa viene globalmente bollata (e quindi cancellata) come costituita da « enunciazioni superflue e insufficienti di ciò che i giudici non potranno fare ». La formale motivazione fornita è che tali enunciazioni sembrano non avere presente altro che il passato: conseguentemente, va escluso che possano rientrare nella Costituzione. In conclusione — si afferma — occorre limitarsi a dire che i giudici non avranno altre funzioni al di fuori di quelle loro attribuite dalla Costituzione. Ed il testo suggerito da Duport è esattamente di questo tenore (art. 10, I parte del già citato progetto di *décret*). Egli poi precisa che il « potere giudiziario » è tale solo « impropriamente », perché « di potere nell'ordine giudiziario non vi è che il potere esecutivo », con la conseguenza che si devono consultare gli « uomini designati dalla Costituzione prima di far eseguire le leggi civili, tutte le volte che la loro applicazione appaia dubbia » (57).

Passando alla parte costruttiva del discorso di Duport — e proprio in relazione al profilo che qui più interessa — occorre accingersi ad una indagine abbastanza minuta; diversamente alcuni

---

(57) V. il *mémoire* di DUPORT, *Principes et plan sur l'établissement de l'ordre judiciaire*, in *Archives*, vol. XII, 29 marzo 1790, pp. 408-432 (l'articolato è in coda); per l'accusa di passatismo rivolta al progetto del Comitato, *ivi*, p. 409; riguardo all'asserzione per cui l'ambulanza è l'unico modo per avere solo dei giudici, *ivi*, p. 420; a proposito della improprietà insita nella locuzione « potere giudiziario » (pur precisandosi che la funzione giudiziaria non può essere svolta dagli altri due poteri), *ivi*, p. 410; infine, per la telegrafica liquidazione dagli articoli proposti dal Comitato, *ivi*, nota 1 alle pp. 432-433.

aspetti della costruzione rischiano di apparire come parti di uno sfondo eterodosso ma, tutto sommato, innocuo. L'illustrazione della tesi volta ad introdurre la giuria anche nel campo civile, procede da una asserzione che, parlando in generale, suona come inattaccabile: il giudizio su un fatto presuppone che il fatto stesso sia stato preventivamente accertato. Ebbene — prosegue il consigliere mettendo avanti una esperienza maturata durante dodici anni — questo principio fondamentale, nei collegi giudicanti, ove si decide a maggioranza, viene quotidianamente violato, andando « ai voti senza che il fatto sia constatato »: distorsione per la quale può accadere che « chi ha a proprio favore la maggioranza in fatto ed in diritto perde il processo ». E si tratta di un « abuso non dei tribunali ma delle ordinanze che lo prescrivono imperativamente ». La spiegazione della distorsione inizia con il puntuale richiamo della regola generale prevista dalle ordinanze, sia per il civile che per il penale, in base alla quale se, al momento della raccolta dei voti, si verifica una pluralità di opinioni, occorre arrivare ad una maggioranza riducendole a due: riduzione che si ottiene imponendo al raggruppamento meno numero di optare per uno di quelli più seguiti <sup>(58)</sup>. Il ruolo dell'ineccepibile richiamo della regola si offusca non appena Duport aggiunge che, sempre in applicazione delle Ordinanze, dovendo ogni giudice votare congiuntamente sul fatto e sul diritto, può accadere che da tale mescolanza derivi la perdita della causa proprio per chi ha a suo favore più voti in fatto ed in diritto. Pure per la ragione che non risulta agevolmente percepibile come una simile conseguenza derivi senz'altro dalla mescolanza, il consigliere sembra rompere il passo: abbandona il terreno delle regole e si attesta su quello degli esempi, operazione che talora consente (oltre a fornire una sorta di base empirica alla dimostrazione) di manipolare il senso delle prime mediante la modificazione dei concetti e la parallela

---

<sup>(58)</sup> Sul punto specifico, i commentatori delle ordinanze (a partire da quelli del primo decennio del secolo XVI) si esprimono in maniera netta, senza sollevare alcun problema: cfr. P. BORNIER, *Conférences*, cit., vol. II, p. 358 (con particolare riferimento alla pratica, conforme alle ordinanze, del Parlamento di Parigi); J.B. DENISART, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, Parigi, 1777<sup>9</sup>, vol. III, p. 400; JOUSSE, *Nouveau commentaire*, cit., p. 444 e M. MUYART DE VOUGLANS, *Instruction*, cit. p. 522.

valorizzazione delle prassi, quali che esse siano (o si ritiene che siano). E si tratta di un espediente retorico non inusuale.

Gli esempi addotti sono tre e tutti con il viatico di Condorcet<sup>(59)</sup>. Il primo attiene al campo civile. Paolo chiede a Pietro il pagamento di crediti del proprio nonno; il convenuto allega che il padre di Paolo ha rinunciato alla successione e che i crediti non sono legittimi. Queste essendo le conclusioni delle parti, Duport disegna il seguente scenario che vede impegnato un collegio di dodici membri: sette sono dell'opinione che non vi sia stata rinuncia, ma quattro di essi ritengono illegittimi i crediti; gli altri cinque, invece, si esprimono per la legittimità dei crediti ma ritengono che vi sia stata rinuncia. Da questo scenario il giudice parigino ricava che Paolo aveva a suo favore, sulla questione di fatto (rinuncia), sette voti contro cinque e, sulla questione di diritto (legittimità dei crediti), otto voti contro quattro; però con la conta promiscua dei voti, che mette assieme i due distinti profili, i quattro giudici contrari a riconoscere la legittimità dei crediti e contemporaneamente opinanti che la rinuncia non era intervenuta si sommano ai cinque giudici che sostengono la legittimità dei crediti e, allo stesso tempo, che era intervenuta la rinuncia: quindi l'attore perderebbe la causa per nove voti contro tre. Accantonando, per il momento, il problema della mescolanza di fatto e diritto, sembra opportuno avanzare subito dubbi circa la conformità alle Ordinanze dei calcoli eseguiti nel primo esempio di Duport. I raggruppamenti di opinioni dai quali occorre procedere sono tre e non due: *a*) quello formato dai cinque giudici che ritengono legittimi i crediti ma intervenuta la rinuncia; *b*) quello composto dai quattro giudici che optano per l'assenza della rinuncia e la sussistenza dell'illegittimità; e *c*) quello costituito dai tre giudici che considerano non realizzata la rinuncia ed accertata la legittimità. Conseguentemente i componenti di quest'ultimo gruppo, minoritario in assoluto, dovranno scegliere fra l'aggregazione al gruppo *a*) od al gruppo *b*): in una ipotesi l'attore

---

<sup>(59)</sup> Gli esempi e l'approvazione del celebre matematico, in *Archives*, vol. XII, 29 marzo 1789, pp. 412-413. Condorcet aveva pubblicato, nel 1785, un *Essai sur l'application de l'analyse à la probabilité des décisions rendues à la pluralité des voix*; un inquadramento in K.M. BAKER, voce *Condorcet*, in *Dizionario critico*, cit., vol. I, pp. 274-276.

perde la causa per otto voti a quattro, nell'altra per sette voti a cinque; ed in entrambe le ipotesi promiscuamente per motivi di fatto e di diritto.

Passiamo al secondo esempio portato da Duport, relativo al *petit criminel*: processo per ingiurie rivolte da Paolo a Pietro, collegio costituito da quindici membri. Per nove giudici vi è la prova che le frasi incriminate sono state pronunciate da Paolo, ma cinque di essi ritengono che non abbiano carattere ingiurioso; gli altri otto opinano che le frasi in questione risulterebbero oggettivamente ingiuriose, però manca la prova che siano state effettivamente pronunciate. Pietro, pertanto, avrebbe a proprio favore nove giudici contro sei riguardo al fatto e dieci giudici contro cinque quanto al diritto; tuttavia — conclude Duport — egli perde la causa per undici voti contro quattro, perché i cinque giudici che non ritengono integrata l'ingiuria, pur se il fatto risulta provato, si aggiungono ai sei opinanti che ingiuria vi sarebbe ma che ne manca la prova. Anche nel secondo esempio si riscontrano tre raggruppamenti, non due: *a*) quello composto dai sei giudici che ritengono astrattamente sussistenti gli estremi dell'ingiuria, ma non la relativa prova; *b*) quello costituito dai cinque giudici che ritengono sussistente la prova del fatto, ma non la configurabilità come reato; e *c*) quello rappresentato dai quattro giudici che considerano provato il fatto ed integrato il reato. In questo caso l'imputato evita comunque la condanna: per dieci voti a cinque oppure per nove voti a sei, in relazione alle scelte operate dal gruppo *c*)<sup>(60)</sup>.

Il terzo esempio concerne il *criminel*, furto con effrazione ed un collegio di diciotto membri. Di essi, *a*) sette ritengono che manchi la prova del fatto; *b*) sei considerano raggiunta prova e opinano che la pena ha da essere la *galere* perpetua oppure la condanna ad essere *rompu*; e *c*) cinque reputano provato il fatto e tuttavia, non ravvisando circostanze aggravanti, si orientano per la messa al bando od

---

<sup>(60)</sup> Ad es., P. MERLIN, voce *Partage d'opinions*, in *Répertoire de jurisprudence*, vol. IX, Parigi, 1813<sup>4</sup>, p. 67, ove si ricorda come, anche molto tempo prima dell'Ordinanza del 1670, tutti i tribunali francesi tenessero per fermo, sia nel piccolo che nel grande *criminel*, il principio per cui la semplice parità fra voti favorevoli e voti contrari comportava l'assoluzione (e non, come in civile, il ricorso al *partage*); cfr. pure J.B. DENISART, *Collection*, loc. ult. cit.

altra pena meno grave. In quest'ultimo, disomogeneo esempio Duport tiene conto dei tre diversi raggruppamenti e conseguentemente si limita a sottolineare l'ampia banda di oscillazione che si verifica a seconda che il gruppo *c*) opti per il ricongiungimento con il gruppo *a*) (proscioglimento per dodici voti a sei), oppure con il gruppo *b*) (condanna ad una pena gravissima per undici voti a sette): oscillazione legata al temperamento dei giudici, « dolci ed umani » o « duri e severi », notazione che si attesta e si esaurisce su un terreno puramente psicologico <sup>(61)</sup>.

Le considerazioni appena svolte circa il modo di raggruppare le opinioni nei primi due esempi potrebbero suscitare parecchie perplessità: essendo riferite a prassi — delle quali autorevolmente si predica la conformità alle Ordinanze e la frequenza quotidiana — almeno per il secondo aspetto, del tutto fuori dalla nostra portata. Per fortuna, i connotati di tali prassi escono ridimensionati in radice basandosi sulle testimonianze offerte da contemporanei di Duport e nello stretto ambito della discussione sul suo progetto. In particolare, Garat l'ainé, deplora sì le commistioni fra questioni di fatto e questioni di diritto, ma, allegando la propria esperienza personale come avvocato al Parlamento di Bordeaux, proclama « sul suo onore », non solo che gli esempi in discorso configurano altrettante violazioni alle Ordinanze, ma corrispondono solo al modo di deliberare in uso al Parlamento di Parigi ed a quello di Rouen <sup>(62)</sup>.

---

<sup>(61)</sup> Terreno esplicitamente identico (anche se ammantato di propensioni statistiche) a quello in cui si muoveva il progetto Duport del 29 maggio 1790 (art. 24), in base al quale la condanna doveva riscuotere il consenso di quindici giudici su diciotto: cfr. *Archives*, vol. XII, 29 marzo 1790, p. 438, nota 1. Quasi superfluo ricordare che per il criminale vale la vecchia regola dell'« avis le plus doux », *Ordonnance* 1670, tit. XXV, art. 12. Secondo il *décret* 16-29 settembre 1791 (introduttivo della giuria per il penale), parte II, tit. VII, art. 28, la questione circa la sussistenza del fatto e l'intenzione può essere decisa da tre giurati a favore dell'imputato (contro cinque); riguardo all'applicazione della legge, poi, nell'ipotesi di più di due opinioni tra i quattro giudici del tribunale criminale, due dei quali siano orientati per la sanzione più grave, ove non possa trovare applicazione la vecchia regola, il decreto appena ricordato — parte II, tit. VIII, art. 10 — prevede l'attivazione di un meccanismo finalizzato al *départage*, mediante il ricorso ad altri giudici del tribunale distrettuale.

<sup>(62)</sup> Così GARAT L'AÎNÉ, in *Archives*, vol. XII, 31 marzo 1790, p. 496; nonché, con minore enfasi, THOURET, *ivi*, 6 aprile 1790, p. 554, che depreca come, tra le tante leggi sollecitate (anche per questioni meno rilevanti) nessuna abbia avuto per oggetto la

L'armamentario argomentativo dispiegato da Duport attorno alla coppia fatto-diritto — a volerne misurare lo sviluppo, gli obiettivi e la loro rilevanza ai nostri fini — richiede approfondimenti che guardano oltre la segnalata distonia sul piano normativo (anche se la presuppongono). Subito dopo gli esempi appena citati, il consigliere esordisce con l'enunciazione di una tesi sul ragionamento dei giudici confusamente eccentrica per un francese colto del Settecento. La tesi muove dall'affermazione seguente « non siamo abituati a considerare che la decisione di un processo non è altro che un sillogismo di cui la maggiore è il fatto, la minore la legge, e la decisione la conseguenza ». E risulta palese — si prosegue — che bisogna essere d'accordo sulla premessa maggiore, prima di andare avanti con il ragionamento. Ebbene esiste qualcuno tanto irragionevole da non seguire questa regola? Sì, « il giudice allorché esprime la propria opinione (...) congiuntamente sul fatto e sulla legge ». Occorre, quindi, separare le due operazioni ed affidarle a soggetti diversi: lasciando, tramite i giurati, al popolo, ossia alla « base del potere giudiziario », l'accertamento dei fatti in via preventiva <sup>(63)</sup>.

L'eccentricità della tesi — come è evidente — consiste in ciò che (almeno all'apparenza) si attribuisce il ruolo di premessa maggiore all'enunciato relativo al fatto, invece che all'enunciato normativo. Garat l'ainé rileva subito l'errore di Duport richiamando la logica di Port-Royal. La premessa maggiore, quella contenente il termine maggiore (che è il predicato della conclusione) serve a « retracer une vérité générale avouée de tout le monde et par conséquent la loi dans le syllogisme-jugement »; la premessa minore, quella contenente il termine minore (che è il soggetto della conclusione) riguarda il rapporto fra il fatto in contestazione e la legge; mentre la conclusione consiste nel « déclarer ce que la loi ordonne du sujet conten-

---

cessazione di questa prassi abusiva; prassi per superare la quale, separando il fatto dal diritto, non era indispensabile l'istituzione della giuria. Più vaghe, sul punto, le valutazioni della dottrina attuale, cfr. per tutti, A. PADOA SCHIOPPA, *La giuria all'Assemblée costituente francese*, in *The Trial Jury in England, France, Germany. 1700-1900*, ed. A. Padoa Schioppa, Berlino, 1987, nota 123 alla p. 95 e ID., *Le Jury d'Adrien Duport*, in *La Révolution et l'ordre juridique*, cit., vol. II, pp. 610-611.

<sup>(63)</sup> DUPORT, in *Archives*, vol. XII, 29 marzo 1790, p. 413.

tieux » (64). L'eccentricità segnalata, però, pare possedere connotati da illuminare meglio. Garat aveva denunciato un errore macroscopico sul piano della logica, tuttavia il pensiero di Duport risulta piuttosto ambiguo: nello stesso contesto, egli asserisce pure essere assolutamente necessario che vi sia « un premier jugement pour déterminer la majeure ou la position de la question ». L'equivalenza così stabilita, mediante la congiunzione, comporta un confuso trasferimento di status dal piano logico a quello cronologico: il punto qualificante trascolora e si traduce nell'affermazione per cui il « fatto deve necessariamente essere constatato d'abord; ecco la prima operazione » (65). In definitiva, nulla di molto diverso da ciò che *ab antiquo* si è sempre messo in risalto con il brocardo « ex facto ius oritur », al quale si aggiunge un contorto artificio retorico volto ad accreditarne lo *status* logico. Artificio che, per Garat, avrebbe potuto trovare accoglienza solo presso gli « ignoranti » in materia (66).

Il rapporto fra questione di fatto e questione di diritto istituito da Duport — condizionato dalla finalità, introduzione della giuria anche in civile — va approfondito, al di là degli aspetti retorico-argomentativi: sintomatici ma, tutto sommato, esteriori (e, in buona parte, quanto alla concezione sillogistica, tutt'altro che tipici). La confutazione sviluppata da Tronchet, un mese più tardi (29 aprile 1790), ne coglie l'aspetto centrale: in Francia tra le *affaires* che si presentano in tribunale « non ve ne è nemmeno una su cento, di quelle che noi chiamiamo questioni di fatto, nelle quali la questione di fatto sia materialmente divisibile dalla questione di diritto ». In Inghilterra — prosegue l'avvocato parigino — il sistema risulta

---

(64) La confutazione di Garat sul punto specifico, in *Archives*, vol. XII, 31 marzo 1790, p. 495.

(65) Immediatamente dopo l'invito ad aderire al modello sillogistico, emerge la sovrapposizione, v. *Archives*, vol. XII, 29 marzo 1790, p. 413 (sottolineatura della disgiuntiva nostra). Y.-L. HUFTEAU, *Référé*, cit., nota 3 alla p. 37 (ma v., però, p. 87), affaccia l'idea di un sillogismo ipotetico (con annesso rapporto di antecedente a conseguente). La differenza fra questo tipo di sillogismo a « conclusione condizionale », a due proposizioni, ed il sillogismo « perfetto », a tre proposizioni, è ben evidenziata nella « Logica di Port-Royal » (cap. XIII della III parte), v. *Grammatica e logica di Port-Royal*, a cura di R. Simone, Roma, 1969, pp. 272-273.

(66) GARAT, in *Archives*, vol. XII, 31 marzo 1790, p. 497.

basato su azioni, ciascuna provvista di una propria formula particolare, quasi sempre « in fatto », e vale il principio per cui la prova testimoniale è superiore a quella scritta. Al contrario in Francia, salvo alcune eccezioni, non solo le questioni hanno natura mista, ma per le cause che hanno un valore superiore alle cento libbre occorre la prova scritta. Tronchet, che ricorda la propria pratica professionale lunga quarantacinque anni, ricorre poi all'esemplificazione: in particolare circa una questione che riguardi la rinuncia ad una successione. L'abdicazione deve essere dimostrata mediante un atto scritto; occorre poi verificarne la regolarità della forma, nonché se siano stati compiuti in precedenza atti come erede e se gli atti stessi fossero di natura tale da fare supporre la volontà di accettare la successione <sup>(67)</sup>.

Duport, muovendo dalla premessa sopra commentata — (in definitiva) precedenza necessaria dell'accertamento relativo al fatto — compie un passo avanti fondamentale allorché indica a chi debba spettare questo compito. Dato che l'accertamento del fatto e l'applicazione della legge sono operazioni differenti, egli si chiede se debbano oppure no essere affidate alle stesse persone e, poi, se sia opportuno che appartengano alla medesima classe ed al medesimo *état*. La risposta al primo interrogativo è netta e negativa. Qualora non si prevedesse la separazione, si metterebbe a rischio l'imparzialità del decidente: condizionato dai risultati dell'attività precedente, potrebbe essere indotto a manipolare la legge per farla quadrare con tali risultati. Con la separazione avremmo degli « uomini, invece, la cui unica funzione è quella di applicare la legge », senza alcuna prevenzione de-

---

<sup>(67)</sup> TRONCHET, in *Archives*, vol. XV, 29 aprile 1790, p. 325 e ss. (spec. 328-329); v. pure THOURET, in *Archives*, vol. XII, 6 aprile 1790, p. 554. Ma, a proposito delle difficoltà attinenti alla separazione del fatto dal diritto, cfr. SIEYÈS, art. 21 del suo progetto, in *Archives*, vol. XII, 19 marzo 1790, p. 254. Per l'inquadramento, cfr. N. PICARDI, *Introduzione a Code Louis*, vol. I, cit., pp. XXXVII-XLII. Circa il carattere « relazionale » del fatto, cfr. C. PERELMAN, *La distinction du fait et du droit. Le point de vue du logicien*, in Id., *Le fait et le droit. Études de logique juridique*, Bruxelles, 1961, spec. pp. 269-270; F. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruxelles, 1966, pp. 75-97 e M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, spec. pp. 71-82. Sul ruolo e la progressiva svalutazione della *litis contestatio* ai fini della fissazione preventiva del *thema probandum*, v., recentemente, S. SCHLINKER, *Litis contestatio*, Francoforte M., 2008, pp. 215-219, 389-401, 436-438, 575-576 e, riassuntivamente, 635 e ss.

rivante dall'esame del fatto e, « per ciò stesso, avranno quel carattere di imparzialità che conviene alla giustizia; non cercheranno di deviare la legge; e la loro decisione, conforme allo spirito di essa, sarà sempre *franche et naturelle* ». Di conseguenza, restituendo alla legge la sua originaria chiarezza, scomparirebbero « tutti quei commentari, tutte quelle raccolte di giurisprudenza e di decisioni delle corti superiori che formano il comune arsenale dove ogni parte viene a prendere armi per combattere » (68). Duport, poi, nel tentativo di prevenire le obiezioni legate alla circostanza che gli strumenti appena menzionati possiedono grande autorità proprio in Inghilterra, ove vi è la giuria pure in civile, rinuncia all'« anglomania » di partenza, ma il suo argomentare diventa sbrigativamente opaco. Quell'autorità, sostiene, dipenderebbe da difetti propri della procedura inglese, legati come sono all'influenza del diritto romano, a non meglio precisati *rèmedes de la loi*, molto oscuri e complicati, alla molteplicità dei tribunali ed al loro « superstizioso rispetto » per tutte le parti, comprese quelle viziate, del loro *régime soit civil soit politique*, nonché alla mancanza della parte pubblica (69).

Non meno drastica e negativa è la risposta di Duport al secondo interrogativo. Se si vogliono evitare le ingiustizie legate allo spirito di corpo dei giudici professionali, occorre che l'accertamento dei fatti sia affidato a giurati. Per il civile, tuttavia, dato che qui i fatti sono di solito più complicati, si dovrà adottare qualche regola particolare. La progressiva moltiplicazione delle leggi, divenute sempre meno chiare e semplici, ha reso necessario l'intervento di persone dotate di particolari conoscenze, i giudici: « voila aussi l'origine de tous les abus ». Quanto ai fatti — che del resto costituiscono la parte importante — però serve solo « du bon sens et de la connaissance du local »; quindi, tornando all'antico e « seguendo fedelmente la natura », ci si potrà affidare al giudizio dei cittadini che, trovandosi nelle medesime condizioni delle parti, saranno giusti sia nel proprio interesse che per dovere. D'altronde, per stabilire i fatti, i giurati

---

(68) DUPORT, in *Archives*, vol. XII, 29 marzo 1790, p. 413.

(69) Ivi, nota 1 alla p. 413. L'elenco telegrafico dei difetti — ove la concisione sopprime anche precisazioni indispensabili — è accompagnato dall'impiego del modo condizionale e si conclude con una sorta di giustificazione della concisione spinta, consistente nell'osservare che una illustrazione adeguata porterebbe troppo lontano.

saranno « aiutati e diretti da un *officier de justice*, colto e con esperienza ». Riguardo agli *officiers* — uomini di legge eletti dal popolo tra i candidati proposti dal direttorio del distretto — va rimarcato che per essi vengono previsti (oltre alle funzioni connesse alla elezione, alla scelta ed alla ricusazione dei giurati) compiti che presuppongono la « relazionalità » dei fatti: come il ruolo di rapporteur de l'affaire per i giurati e poi davanti ai giudici d'assise, le decisioni istruttorie, l'audizione dei testi, l'emanazione di provvedimenti urgenti (ad es., in materia possessoria). Eventuali inimicizie fra parti e giurati, inoltre, verranno contrastate attraverso le ricusazioni e l'estrazione a sorte. Infine, data la compenetrazione di doveri ed interessi, la partecipazione dei cittadini all'amministrazione della giustizia porterà in modo naturale a fare rientrare, per così dire, la « virtù » nel novero delle funzioni pubbliche <sup>(70)</sup>.

Duport passa poi ad illustrare la terribile e pervasiva influenza che, in generale, ha il « potere giudiziario ». Occorre assolutamente contenerlo: evitando che sia troppo subordinato all'esecutivo e, soprattutto, troppo indipendente dal popolo e dal monarca perché si correrebbe il rischio di dare vita ad un « troisième pouvoir », indipendente dagli altri due. Per evitare questi pericoli, bisogna partire dal principio per cui tutti i poteri sono istituiti « par le peuple et pour le peuple » e che il fondamento del potere giudiziario, consistente nell'accertamento dei fatti, resta « eternamente » nel popolo, che può esercitarlo e perciò non lo delega. I giurati in civile come in penale sono il « boulevard de la liberté individuelle » <sup>(71)</sup>. Ora — prosegue il consigliere parigino — se per accertare i fatti non servono né particolari conoscenze né talento e, quindi, ogni cittadino risulta idoneo, bastando la scelta del popolo e la ricusazione per assicurare la « capacité et la délicatesse » dei giurati, le cose vanno diversamente quanto all'applicazione della legge. Per coglierne il senso e lo spirito occorre essere portati per i principi della morale e della giustizia (o quanto meno averne l'abitudine); oltre a quelle relative alla legge, ci vogliono competenze ulteriori che non tutti hanno: una « perfetta conoscenza della lingua, del valore e della

---

<sup>(70)</sup> Ivi, pp. 414-416 e, quanto agli *officiers de justice*, ivi, pp. 423-424 e 429-430; per le riserve di Thouret, ivi, 6 aprile 1790, p. 554.

<sup>(71)</sup> DUPORT, in *Archives*, vol. XII, 29 marzo 1790, pp. 415-416.

proprietà delle parole ». Anche se i giudici vengono eletti (per un tempo determinato) dal popolo, si dovranno predisporre strumenti per accertare che ne abbiano i requisiti, in particolare riguardo alla loro istruzione (attraverso esami oltre che in base agli studi), e ogni direttorio distrettuale avrà il compito di preparare le liste degli idonei. Inoltre i giudici, così come tutti coloro che svolgono pubbliche funzioni, saranno soggetti alla censura della pubblica opinione: non « quella del momento e del luogo, ma (...) *prise en masse* » (72).

A questo punto Duport, dopo aver ricordato che ai giudici si richiede molta esperienza e lunghi studi, ricollega questa esigenza alle caratteristiche attuali delle leggi, del tutto lontane dai canoni illuministici di chiarezza, semplicità e precisione. Ma la meta da raggiungere non si esaurisce nella generica realizzazione di quei canoni. Occorre ancora che le leggi non siano più formulate con un linguaggio che risulta « completamente fuori dalla portata del pubblico », per pochi iniziati: ciò è fonte di grandi abusi; ed in simile situazione meglio « sarebbe vivere in un bosco con arco e frecce » (73).

L'imparzialità ha un ruolo centrale nel *mémoire*. La sua celebrazione, iniziata con la separazione dell'accertamento dalla decisione, si sviluppa ed approda nella contrapposizione fra accertamento del fatto, da operare necessariamente sul luogo da parte dei giurati, e applicazione della legge effettuata da giudici « lontani dai luoghi, lontani, per conseguenza, dagli interessi e dalle passioni dei litiganti » (74).

Il commento alla caratterizzazione dei giurati e soprattutto per quello che ci riguarda dei giudici, realizzata da Duport, può iniziare dal già ricordato intervento di Tronchet volto a contrastare l'introduzione della giuria in campo civile. L'avvocato parigino, sottolinea

---

(72) Ivi, pp. 416-417.

(73) Ivi, pp. 417-418 (un certo primitivismo emerge anche a proposito dei giudici di pace e dei tribunali di conciliazione, assieme al richiamo al diritto naturale, pp. 421-422) e, riguardo alla necessità di cambiare i codici, civile e criminale, p. 430 (per l'Ordinanza del 1667, invece, non si ritiene necessaria una riforma radicale, almeno per il momento).

(74) Ivi, p. 420.

ata la difficile separazione della *quaestio facti* dalla *quaestio iuris*, pone il seguente dilemma: è più opportuno che la giustizia venga amministrata da persone che svolgono questa funzione solo « momentaneamente e casualmente » oppure da persone che ne sono investite « in maniera stabile e permanente »? E dato che la prima opzione era stata caldeggiata da coloro che avevano molto battuto sulla correlazione con l'imparzialità, egli domanda se essa sia l'unico « carattere essenziale » del giudice o se la giustizia non debba essere tanto « *éclairée* » quanto imparziale. Tronchet afferma che entrambi i requisiti (imparzialità e « *lumières* ») risultano garantiti se sono rispettate tre condizioni: la libera elezione popolare, la pubblicità dei giudizi ed una appropriata forma di responsabilità (non tale da comportare una amovibilità dipendente dall'« incostanza del favore popolare », ma subordinata a regole certe). Se si rispettano queste condizioni i giudici permanenti sono da preferire ad una « lista che muove senza sosta cittadini, che saranno almeno indifferenti rispetto al successo delle funzioni che passano rapidamente nelle loro mani, e che non li espone ad alcuna vera responsabilità ». D'altro lato — si aggiunge — i futuri tribunali, eletti e sempre dipendenti dal popolo, nonché ridotti alle sole funzioni giudiziarie, non saranno più in grado di perpetrare gli abusi propri del passato <sup>(75)</sup>.

Arriviamo ora al punto che più ci interessa. Il raffronto fra la tesi di Duport e quella di Tronchet — sullo sfondo di un'avversione radicale per il potere giudiziario — risulta paradigmatico anche ai presenti fini. Le violazioni al principio del giudice naturale, *sub specie* di precostituzione (intesa come corrispondenza ad un disegno organizzativo degli uffici, anche se mobili, sufficientemente rigido e prevedibile), non occupano ora il primo piano non essendo più in discussione: e, come si è visto, Duport relega esplicitamente la relativa questione tra i temi che non dovrebbero trovare posto nella Costituzione, appunto in quanto appartenenti al passato. Quel principio, viceversa, mostra la sua permanente apertura alle controversie (oltre che in relazione ai nessi fra naturalità ed ordinarietà, appresso par. 4, cap. II), nel dibattito sull'introduzione della giuria. In particolare fra chi valorizza, sotto l'egida dell'imparzialità quale

---

(75) TRONCHET, *Archives*, vol. XV, 29 aprile 1790, pp. 331-332.

connotato tipico dei giudici popolari, soprattutto il collegamento della competenza con il potere (anzi, con la sua stessa fonte), e chi valorizza, temendo l'imperizia, il collegamento della competenza con il profilo della capacità (*lumières*) dei giudici professionali. Timore che induce a rifiutare la giuria in civile, nonostante il tentativo di Duport di aggirare l'ostacolo, ripiegando sulla possibilità di scegliere, per questa materia, i giurati tra gli *hommes de loi*: con un evidente passo indietro rispetto all'idilliaco quadro in cui egli faceva muovere i giurati, interpreti della natura e del diritto ad essa ispirato <sup>(76)</sup>.

L'altro disegno alternativo al progetto presentato da Thouret è del deputato Chabroud, avvocato del Delfinato (30 marzo 1790). Anch'egli muove da una critica totale al lavoro del Comitato, giungendo a chiedersi se la « nazione aveva voluto la soppressione di un antico edificio, per la ridicola soddisfazione di distruggere per riedificare entro il medesimo quadro ». Passando all'illustrazione della propria proposta — che presenta sostanziali e sottolineate consonanze con quella di Duport — l'avvocato del Delfinato debutta con l'elogio della (mitica) giustizia degli antenati, ai primi tempi della monarchia, « uscivano dalle foreste: non avevano che il buon senso della natura » ed essa li aveva guidati verso il « giudizio dei pari », al quale si deve tornare. Inoltre, per scongiurare gli abusi del potere giudiziario, occorre istituire le *assises*, salvo che per le cause « molto leggere », da affidare a giudici di pace, e per quelle « leggere » da affidare a giudici di distretto (artt. 1-5, tit. II, del suo progetto). Le *assises*, a differenza dei tribunali sedentari, non consentono lo « spirito di corpo » (trattandosi di giudici che la sorte

---

<sup>(76)</sup> L'appello alla natura (utilizzando il sostantivo, l'aggettivo e l'avverbio) risulta assai frequente nel discorso di Duport; e quando egli vede, a proposito della giuria in civile, concretizzarsi la sconfitta, protesta invocando il diritto eterno ed intangibile del popolo a conservare i diritti che non può esercitare, mentre proclama che, viceversa, il popolo « può esercitare quello di decidere sul fatto », v. *Archives*, vol. XV, 30 aprile 1790, p. 342. Gli argomenti portati, in particolare da Tronchet, contro la giuria nel civile riscuotono successo e l'Assemblea ne respinge l'introduzione, cfr. *Archives*, vol. XV, 30 aprile 1790, p. 343. Al riguardo, esemplare il sintetico quadro della discussione fornito da E. SELIGMAN, *Justice*, vol. I, cit., pp. 291-296. Il tentativo di aggirare l'ostacolo effettuato da Duport, aveva un precedente nella soluzione, indicata come provvisoria, prevista nel progetto di Sieyès (artt. 86-87), in *Archives*, vol. XII, 19 marzo 1790, p. 253 e, per l'illustrazione del punto, ivi, 8 aprile 1790, p. 583.

« associa e disperde », che si vedono *en passant*), la *routine*, la proliferazione e la durata delle cause (alimentate dalla « milice dangereuse » dei giureconsulti e dei pratici) e la corruzione. Un punto qualificante del disegno proposto da Chabroud, poi, è costituito dalla esclusione di qualsiasi intromissione del re nella nomina dei giudici: come la loro scelta, essa spetta interamente al popolo. Tesi che, vivacemente sostenuta ed avversata, verrà adottata dall'Assemblea (77).

Riguardo agli aspetti che qui interessano maggiormente, alcuni riflettono molto da vicino la traccia segnata da Duport, in specie quelli volti a contrastare la commistione del fatto con il diritto: vicinanza connessa all'istituzione dei giurati e culminante nell'esaltazione dell'imparzialità così realizzabile (78). Proprio sotto quest'ultimo aspetto, quanto ai giudici professionali, l'avvocato del Delfinato sostiene che quelli delle *assises* dovranno essere estranei al distretto in cui, in base alla sorte, andranno ad esercitare le loro funzioni. Ed alla asserita conseguente imparzialità, Chabroud aggiunge un'ottimistica valutazione degli incentivi etici al raggiungimento della preparazione richiesta per svolgere il compito loro affidato. Non manca la condanna del « difficile labirinto » costituito dalla giurisprudenza e legato alle leggi « numerose, contraddittorie, sparse e incoerenti »: leggi oscure rese ancora più oscure dai commentatori; un quadro da superare in modo radicale. Va ancora ricordato che il progetto in questione (art. 15, tit. VI) stabilisce che la « competenza dei giudici sarà inderogabilmente regolata dal domicilio del convenuto in materia civile personale, dal luogo dove sono siti i beni in

---

(77) La presentazione del progetto da parte di Chabroux, in *Archives*, vol. XII, 30 marzo 1790, pp. 443-451; ivi, pp. 451-455, il testo del progetto; quanto alla critica radicale al lavoro del Comitato ed all'elogio del buon tempo antico, ivi, pp. 443-444; per le assise e l'istituzione della giuria anche nel civile, ivi, pp. 444-445 e, per i giudici di pace, ivi, p. 450. In precedenza, MOUNIER, in *Archives*, vol. VIII, 9 luglio 1789, p. 215, aveva excepto che i francesi non erano « da poco usciti dalle foreste » e costituivano una grande società di ventiquattro milioni di persone.

(78) Cfr. CHABROUD, in *Archives*, vol. XII, 30 marzo 1790, p. 445 e, per il suo progetto, quanto al titolo VIII (*Du fait et du droit dans les jugements, et de l'examen des jurés*), pp. 454-455.

materia reale, e dal luogo del delitto in materia criminale » (79). E questa esplicita previsione sottolinea bene come la precostituzione riguardi qui l'ufficio e non la persona. Tuttavia — sempre ai presenti fini — l'aspetto che va maggiormente posto in risalto riguarda il ruolo assorbente che Chabroud riserva al giudice ordinario in quanto tale, in modo da evitare che le questioni di competenza divengano « imboscate agli ingressi del *palais*, per sorprendere i giudicabili » (80). In contrasto con quanto previsto dal Comitato di costituzione, l'avvocato del Delfinato, infatti, comincia con l'escludere l'istituzione di tribunali per il commercio (meglio aggiungere ai tribunali di distretto ed a quelli principali un certo numero di *négotians*, semplificando le forme). Per quel che concerne, poi, la polizia, l'amministrazione e le imposte, egli distingue fra materie d'*ordonnance générale* e rapporti che riguardano i *particuliers*: mentre nel primo caso i giudici devono restarne fuori altrimenti diverrebbero i « censori » dell'amministrazione, nel secondo vi è bisogno di un giudice e questo sarà il tribunale ordinario. In conclusione (art. 2, tit. I del suo progetto), la « Costituzione non deve eccettuare nulla dalla competenza del tribunale ordinario » (81). Evidente la parabola che emerge dal raffronto con l'*Ordonnance* del 1670, nel cui quadro i giudici signorili erano giudici ordinari ed altresì naturali (retro, par. 3).

---

(79) Circa i grandi vantaggi conseguibili attraverso il superamento della sedentarietà dei tribunali, CHABROUD, in *Archives*, vol. XII, 30 marzo 1790, pp. 444-445; riguardo alla necessità di un corpo di leggi nazionali, decretato dal legislativo, che dovrà vietare alle parti la citazione di « commentari, glosse, decisioni e sentenze », consentendo solo di « spiegare, interpretare e fare ragionamenti sul testo della legge », per quanto ritenuto utile, cfr. art. 8, tit. I, del progetto di CHABROUD, *ivi*, pp. 451-452.

(80) CHABROUD, in *Archives*, vol. XII, 30 marzo 1790, p. 450.

(81) *Ivi*, pp. 450-451.

CAPITOLO SECONDO

SEPARAZIONE DEI POTERI.  
TRIBUNAL DE CASSATION E GIUDICI D'ECCEZIONE

1. Intermezzo. La separazione dei poteri e la disputa circa il ruolo del *Tribunal de cassation* prima della legge sull'organizzazione giudiziaria. — 2. (*segue*) L'approdo provvisorio del primo dibattito all'Assemblea costituente sul tema (8 maggio-6 agosto 1790): sedentarietà e dislocazione ambigua (fisica/metafisica) del *Tribunal*. — 3. Il posto del giudiziario ed il divieto di interpretazione. Il giudizio di appello. Dal *juge naturel* ai *justiciables naturels*: favore per la volontà delle parti. Regole civilistiche sulla competenza: dalla proiezione in campo penale al loro superamento. — 4. I « giudici d'eccezione » e l'ambito della massima « *Chacun peut faire de son non juge son juge* ». La compressione della giustizia dei tribunali.

1. *Intermezzo. La separazione dei poteri e la disputa circa il ruolo del Tribunal de cassation prima della legge sull'organizzazione giudiziaria.*

Lo sfondo socio-politico del « giudice naturale », con particolare riferimento alla divisione del potere (più che « dei poteri », tenuto conto che l'influenza della politica si sovrappone a quella della scienza politica) ed alla tematica dell'interpretazione, esibisce una rinnovata intensità in coincidenza con l'inizio, all'Assemblea costituente, delle discussioni sulla Cassazione, subito dopo l'approvazione del principio per cui il re non potrà rifiutare il proprio consenso all'ammissione, quale giudice, dell'unico soggetto di volta in volta presentato dagli elettori <sup>(1)</sup>. Il nuovo quesito posto in discussione concerne l'eventuale istituzione di un *Tribunal de cassa-*

---

<sup>(1)</sup> Per la discussione circa la parte del re nella nomina dei giudici, cfr. *Archives*, vol. XV, 5 maggio 1790, pp. 390-393 e 420-421, nello stesso contesto l'approvazione del principio che stabilisce l'elezione dei giudici (ivi, p. 390).

tion oppure di *Grands juges* (31 marzo 1790) (2). Le risposte al quesito verranno fornite entro l'ambito temporale dedicato all'approvazione del *décret* sull'ordinamento giudiziario (dibattiti del maggio e dell'agosto 1790), la disciplina della Cassazione, invece, dovrà attendere una normativa autonoma.

La storia vera e propria delle risposte è preceduta da una preparazione abbastanza complessa. Il già menzionato progetto Thouret, versione iniziale (22 dicembre 1789), ne costituisce la prima voce, con il suo titolo X dedicato alla *Cour suprême de révision*. Ad essa venivano affidate le richieste di cassazione, la revisione in materia penale, il regolamento di competenza, il rinvio da un tribunale ad un altro per legittimo sospetto e l'accertamento della responsabilità di tribunali e giudici (*prise à partie*) (art. 9). Presso questa versione — in seguito completamente scompigliata — l'esistenza di una *Cour* posta al vertice della piramide giudiziaria, stabile e dislocata al centro del regno, risultava scontata. E va menzionato che, nella brevissima presentazione del progetto, l'avvocato di Rouen sottolinea la distanza fra la sua *Cour* ed il *Conseil des parties* (o *Conseil privé du roi*), la cui « composizione » era stata « calcolata per altri tempi e per altro regime » (3). La menzione si ricollega alla circostanza che il modo di concepire i rapporti fra il *Tribunal* e l'istituto dell'*Ancien régime* (improntati o no alla continuità), avrà il suo peso: non solo, come vedremo, nei dibattiti entro l'Assemblea, ma anche qui ben oltre, sino ad influenzare la sede storiografica (4). Quanto alla sottolineatura, sembra che la precisa-

---

(2) V. *Archives*, vol. XII, 31 marzo 1790, p. 489, ove la formulazione del quesito proposta da Barère de Vieuzac (avvocato del Bigorre), punto 8 dell'ordine del giorno approvato dall'Assemblea.

(3) THOURET, in *Archives*, vol. X, 22 dicembre 1789, p. 718, in questo primo progetto, tit. X, art. 7, circa la composizione della *Cour suprême*, si prevedeva che inizialmente ad essa fossero eletti, dall'Assemblea, membri del *Conseil des parties*.

(4) Un quadro di tali rapporti e la conclusione negativa rispetto alla continuità, in J.-L. HALPERIN, *Le tribunal de cassation sous la Révolution (1790-1799)*, Parigi, 1987, pp. 22-23, 49, 60-64, 82-90; J.-P. ROYER, *Histoire*, cit., pp. 97-98 e E. SELIGMAN, *Justice*, vol. I, cit., pp. 50-51. Da noi, la tesi della continuità fa capo a P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, vol. I, Torino, 1920, p. 408 e ss. La tesi generale (continuità e progresso) calamandreiana è criticata (in base alla distinzione fra struttura e funzione) da S. SATTA, voce *Corte di cassazione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, vol. X, Milano, 1962, pp. 797-801.

zione ivi espressa — tenuto conto dei compiti previsti dall'art. 9 — sia connotata da equilibrato realismo: le funzioni assegnate da Thouret alla sua *Cour*, infatti, non ancora calate nel dibattito e preventivamente depurate dalla giustizia *retenue*, sono genericamente ricollegabili a quelle del *Conseil privé*; dal punto di vista strutturale, invece, l'antenato — presieduto dal cancelliere, affiancato dal guardasigilli e composto da consiglieri di Stato e *maitres des requêtes* — apparteneva solo al passato <sup>(5)</sup>. Nella seduta del 24 marzo 1790 (v. par. 4), Thouret dichiara prudentemente di non volere illustrare i « gradi superiori » della giurisdizione, allegando che era opportuno attendere lo sviluppo dei lavori assembleari <sup>(6)</sup>.

Seguendo la linea cronologica, si ricorda il già segnalato l'« Aperçu d'une nouvelle organisation de la justice et de la police en France » — privo di carattere ufficiale (ma non di influenza) — di Sieyès, marzo 1790 <sup>(7)</sup>. Ai presenti fini, tre aspetti dell'elaborato messo a punto dall'abate di Chartres meritano particolare attenzione. Il primo, come si accennato in precedenza, riguarda la combinazione di un « sistema di assise e di giudici ambulanti con una organizzazione gerarchizzata ». Il secondo, concerne la rimarchevole intensità con la quale si realizza la parità fra giudicabili e componenti la giuria (presente anche nel civile): i *pairs* non solo

---

V. pure M. TARUFFO, *Cassazione e revisione: un problema della storia delle istituzioni giudiziarie*, (ripubblicato) in Id., *Il vertice ambiguo. Saggi sulla cassazione civile*, Bologna, 1991, pp. 49-50.

<sup>(5)</sup> Sull'antenato, v. (DALLOZ), voce *Cassation-Cour de cassation*, in *Répertoire de législation de doctrine et de jurisprudence*, vol. VII, nouvelle éd., Parigi, 1847, pp. 1-6; P.-P.-N. HENRION DE PANSEY, *De l'autorité judiciaire en France*, Bruxelles, 1830, p. 160 e ss.; F. SAINT-BONNET e Y. SASSIER, *Histoire des institutions avant 1789*, Parigi, 2004, pp. 323 e 371-372; M. MERLIN, voce *Conseil du roi*, in *Répertoire de législation, de doctrine et de jurisprudence*, vol. VI, Bruxelles, 1826<sup>5</sup>, pp. 93-95; M. MARION (ed.), voce *Conseil d'état ou conseil privé ou conseil des parties*, in *Dictionnaire des institutions de la France*, cit., pp. 135-136; J.-P. ROYER, *Histoire*, cit., pp. 92-98 (bibliografia a p. 101) e E. SELIGMAN, *Justice*, vol. I, cit., pp. 50-54.

<sup>(6)</sup> THOURET, in *Archives*, vol. XII, 24 marzo 1790, pp. 347-348.

<sup>(7)</sup> Sieyès, nel breve *Avertissement*, spiega che il progetto era stato da lui redatto nel settembre dell'anno precedente, quando faceva parte del primo Comitato di costituzione, v. *Archives*, vol. XII, 19 marzo 1790, pp. 249-258. Il suo piano, quanto alla giuria, viene letto, illustrato ed ampiamente discusso: cfr. *Archives*, vol. XII, 8 aprile 1790, p. 581 e ss.

devono condividere con l'accusato la « posizione sociale », ma anche essere tendenzialmente idonei a conoscere meglio lo specifico caso concreto, compresa la circostanza che una delle parti sia straniera (artt. 101 e 102, tit. III) <sup>(8)</sup>. Il terzo aspetto — ecco l'elemento gerarchico — riguarda la *Cour national*, dislocata a Parigi e composta da ottantatre *grands juges* (ciascun dipartimento ne elegge uno), inamovibili ma soggetti ogni anno ad uno « scrutinio di prova » da parte dell'Assemblea (artt. 150-154, tit. V). I *grands juges*, in base all'« Aperçu », risultano distribuiti in quattro sezioni ed una di esse, il *Grand conseil de révision*, è deputata ad occuparsi delle richieste di cassazione per inosservanza delle « formes judiciaires », delle variazioni giurisprudenziali nell'ambito dello stesso tribunale e delle difformità di giurisprudenza fra tribunali diversi (art. 160, tit. V). Sieyès, poi, ha cura di precisare che se una delle sezioni o la Corte nel suo complesso oserà « immischiarsi di qualsiasi altra parte dei pubblici poteri, al di fuori di quelli affidati dalla costituzione », tutti i suoi ottantatre giudici cesseranno immediatamente dalle loro funzioni e saranno giudicati secondo la legge per i crimini di Stato (art. 174, tit. V).

Per il profilo che qui interessa, occorre tornare al progetto Duport (illustrato il 29 marzo 1790). Nel *mémoire*, dopo avere escluso « ogni gerarchia, ogni rapporto di superiorità o di inferiorità tra giudici », egli afferma che il suo piano, se riguardasse una repubblica, sarebbe quasi terminato, ma, dato che la Francia è una monarchia, bisogna « regolare tutte le nostre istituzioni sui principi » che a tale forma convengono, cioè all'« unità d'azione » che deve esserne alla base: « congiungendo tutte le parti dell'Impero per farne un tutto sottomesso alla medesima volontà ». Lo strumento ritenuto idoneo allo scopo, sostiene il consigliere parigino, è costituito dalla previsione di *grands juges* (eletti dai dipartimenti, con alternanza) che devono svolgere le loro funzioni recandosi presso venti « capoluoghi di giustizia » (a parte Parigi) per giudicare « se la legge è stata applicata bene o male, se le forme sono state osservate, alla stessa maniera che fa attualmente il consiglio » (*des parties*). Gli

---

<sup>(8)</sup> Relativamente al primo aspetto, sinteticamente, J.-L. HALPERIN, *Tribunal*, cit., p. 46; circa il secondo aspetto, si rileva che la « parità » incontra un limite insuperabile nel sistema censitario di partenza, cfr. M. MORABITO, *Histoire*, cit., p. 87.

artt. 7 e 8 del progetto prevedono la cassazione, da parte dei *grands juges*, delle decisioni rese « contro il tenore preciso della legge », con rinvio alle assise del distretto più vicino e, congiuntamente, la proposta per cui, dopo tre decisioni dei giudici di assise, grandi giudici, diversi da quelli che hanno cassato la decisione, giudicheranno in via definitiva. E la costituzione dei grandi giudici, si specifica, conviene soprattutto ad una monarchia perché impedisce la formazione di una giurisprudenza che, divenuta uso e costume, renderebbe « ciascuna parte indipendente dal tutto » <sup>(9)</sup>. La trama del progetto di Duport circa i grandi giudici, sembra più complessa di quanto suggerisce la generale copertina monarchica. Infatti, va menzionato che negli accennati venti capoluoghi è prevista la sede di « *officiers de justice* » — nominati dal popolo tra i candidati scelti dal direttorio del distretto — tra l'altro, con il compito (un po' confusamente descritto) di « vegliare sull'esecuzione delle leggi », rivolgendosi, a seconda dei casi (non indicati), o ai grandi giudici o al legislatore. Non solo, ai predetti *officiers*, quali « *grands référendaires* », viene affidato il compito di fare la relazione della causa davanti ai grandi giudici (art. 9). Inoltre, anche perché alla lunghezza (ed alla prolissità) del *mémoire* corrisponde un articolato volutamente molto sintetico (undici articoli per tutto il progetto), il funzionamento dei grandi giudici, da scegliere tra gli *officiers*, non risulta molto chiaro: ad esempio, mancano spiegazioni circa le incombenze affidate agli otto di essi che, invece di seguire il principio dell'ambulanza, si prevede siano dislocati « *auprès de la législature* » <sup>(10)</sup>.

Anche per Chabroud occorre fare un passo indietro. Il suo progetto, presentato il 30 marzo 1790, contempla modalità piuttosto peculiari per decidere la cassazione di un *jugement*, in quanto « contrario alla legge »: la relativa valutazione viene affidata ad « *envoyés royaux* » (entro un quadro generale di giudici eletti, tit. II). Gli inviati, nominati appunto dal re, tre per ogni otto dipartimenti (a parte Parigi, art. 11, tit. II), nell'ipotesi che ritengano

---

<sup>(9)</sup> DUPORT, in *Archives*, vol. XII, 29 marzo 1790, p. 432, per l'articolato, e p. 425 per la proposta non tradotta nell'articolato.

<sup>(10)</sup> Ivi, pp. 423 e 425. Anche J.-L. HALPERIN, *Tribunal*, loc. ult. cit., sottolinea la mancanza di spiegazioni sopra segnalata.

fondata la richiesta, opereranno un rinvio, con indicazione della legge violata, alle assise del distretto più vicino, rispetto a quello originario, di un altro dipartimento; ma, « dopo due decisioni conformi, la domanda di cassazione non potrà più avere luogo » (artt. 16-18, tit. VI). Per Chabroud, il carattere orizzontale dell'organizzazione giudiziaria esclude qualsiasi vertice giudiziario e, conseguentemente, qualsiasi organismo tipo *Tribunal de cassation*. I *grands juges*, di cui parla pure l'avvocato del Delfinato, hanno poco a che fare con quelli di Duport: nella visione del primo tali « giudici nazionali », eletti dall'Assemblea entro il proprio seno e sedenti presso di essa (ma esclusi dalle delibere della medesima), sono destinati ad occuparsi dei delitti politici, affiancati da un corpo di ventisette giurati (artt. 12, tit. II, 21, tit. VI e 19, tit. VIII) <sup>(11)</sup>.

2. (segue) *L'approdo provvisorio del primo dibattito all'Assemblea costituente sul tema (8 maggio-6 agosto 1790): sedentarietà e dislocazione ambigua (fisica/metafisica) del Tribunal.*

La prima parte del dibattito sul Tribunal, quello del maggio 1790, inizia sotto l'insegna di una formulazione del quesito più articolata, rispetto a quella approvata a marzo. All'interrogativo iniziale circa la sua istituzione, se ne aggiunge un altro: « Sarà composto di giudici sedentari o ambulanti? » <sup>(12)</sup>. Il ventaglio iniziale di orientamenti (8 maggio 1790) risulta favorevole all'istituzione del *Tribunal* ma non alla sedentarietà. Così genericamente si propone — d'André, consigliere al Parlamento di Aix — che esso sia composto da « grandi giudici d'assise », al fine di evitare spese eccessive per i giudicabili; oppure si suggerisce — Barère de Vieuzac — per non danneggiare i giudicabili e congiuntamente scongiurare le diversità di giurisprudenza, di dividere il *Tribunal*, composto da membri presi da ogni dipartimento, in due parti: una sedentaria, per l'istruzione, ed una ambulante, per il

---

<sup>(11)</sup> Le parti del progetto di Chabroud qui richiamate, in *Archives*, vol. XII, 30 marzo 1790, pp. 452-455; l'illustrazione del progetto, *ivi*, pp. 443-451.

<sup>(12)</sup> In base alle *Archives*, non è possibile ricostruire il meccanismo che ha portato all'aggiunta, non presente nella formulazione votata dall'Assemblea; ad ogni modo, cfr. la dichiarazione del presidente della seduta, in *Archives*, vol. XV, 24 marzo 1790, p. 665.

giudizio (13). Ancora — da Barnave, avvocato del Delfinato — si osserva più articolatamente, in esordio, che l'istituzione di una *Cour de cassation* è un'esigenza ineludibile: sia per « conservare l'unità monarchica » e « legare tra loro tutte le parti politiche dell'impero », sia per evitare che, mancando un giudice superiore, i giudici di appello divengano « maitres de la justice » ed applichino la legge in maniera diversa rispetto agli stessi casi. Tuttavia, il timore per la « tirannia » dei grandi corpi giudiziari e le probabili maggiori spese per i giudicabili, inducono a mostrare inclinazione per l'ambulanza, prospettando alcuni espedienti atti a superare i punti deboli della tesi, in particolare di quella sostenuta da Barère. Barnave, infatti, procede dall'osservazione per cui l'« unità della giurisprudenza » non potrebbe essere raggiunta se ciascuna delle diverse sezioni, che necessariamente dovrebbero costituire la parte ambulante della *Cour*, percorresse sempre gli stessi luoghi con gli stessi giudici. Viceversa, se tutte le sezioni esclusivamente ambulanti, di cui essa fosse composta, dopo avere non solo istruito ma altresì deciso, si riunissero una volta all'anno per confrontare le sentenze rese e, successivamente, si provvedesse al sorteggio dei giudici destinati a comporre le future sezioni, verrebbero meno le ragioni che si frappongono al raggiungimento dell'auspicata unità giurisprudenziale (14).

La serie iniziale (8 maggio 1790) delle proposte relative al *Tribunal* aveva mostrato, da un lato, convergenza nel ritenere necessaria la sua istituzione, per evitare forme di anarchia giurisprudenziale difficilmente fronteggiabili in modo diverso, dall'altro, persistente avversione per l'idea di un vertice del potere giudiziario. Da ciò la prospettazione di soluzioni dimezzate o lambiccate, inidonee comunque ad assicurare il tempestivo svolgimento delle funzioni assegnate all'organo istituendo. Nel dibattito sul tema che riprende poco dopo (24 maggio), invece, le schermaglie cedono il passo a prese di posizione decise e si radicalizza il contrasto circa il ruolo del *Tribunal*: nonostante le mimetizzazioni, diventa ancora più evidente che la posta in gioco va oltre la sua dislocazione ed i timori, per quanto forti, riconducibili alle esorbitanze del potere giudiziario.

---

(13) Le proposte di d'André e di Barère, in *Archives*, vol. XV, 8 maggio 1790, p. 432.

(14) BARNAVE, in *Archives*, vol. XV, 8 maggio 1790, pp. 432-433.

Merlin de Douai, avvocato della Fiandra, sostiene con decisione la tesi della sedentarietà: lo richiede, in primo luogo, l'« interesse della nazione », cioè quello di essere « une », in modo che le varie province siano « parti omogenee di un grande tutto ». Il Tribunale di cassazione — si prosegue — sarà così il « supremo guardiano della legge », il « comune legame tra tutti i tribunali di appello », atto a prevenire le diversità nell'interpretazione, senza dover attendere il successivo intervento del legislatore; diversamente, il « potere giudiziario supremo », in contrasto con quanto previsto per il legislativo, che non si è voluto dividere in due corpi, risulterebbe diviso in più sections ed esercitato da « castes ambulantes ». L'avvocato della Fiandra, poi, utilizza abilmente il modello inglese, ammirato in maniera diffusa: persino in Inghilterra, che pure adotta il sistema delle assise, si è sentito il bisogno di « rendere sedentari i giudici di cassazione », realizzando un « centro di gravità », istituito presso la camera alta, idoneo ad evitare un « orribile caos ». In Francia il « corps central » — ecco il punto chiave (forse un po' tortuoso, sotto il profilo dimostrativo, ma non sotto quello ideologico) del discorso di Merlin — è costituito dai tre poteri, che pur tenuti distinti e separati con limiti precisi dalla Costituzione, sono stati in qualche modo « engrenés » l'uno con l'altro: pertanto non si può adottare una soluzione diversa da quella, unitaria, prescelta per il legislativo. In secondo luogo, la sedentarietà è conforme all'« interesse della giustizia », dato che sarebbe irrealistico pensare di poter attirare giuristi tra i più eminenti nelle « perpetue cavalcate » da un capo all'altro dell'impero, come richiederebbe l'ambulanza. Infine, occorre tenere ben presente l'« interesse dei giudicabili ». Il sistema combattuto, infatti, oltre a sollecitare la *frénésie des plaideurs*, favorirebbe non tanto i giudicabili quanto i difensori privi di scrupoli, assecondando l'introduzione di un terzo grado di giurisdizione ordinaria <sup>(15)</sup>.

Le basi della tesi appena riferita, ferma restando l'opzione per qualche forma di sedentarietà, vengono contrastate in modo radicale. Comincia Goupil de Préfelin, già magistrato al *baillage* di Alençon

---

<sup>(15)</sup> M. MERLIN, in *Archives*, vol. XV, 8 maggio 1790, pp. 665-668. Il ruolo di Merlin è messo in risalto da J.-L. HALPERIN, *Tribunal*, cit., pp. 58-60 (e per le contrapposte tesi di Robespierre, ivi, pp. 60-64).

(24 maggio 1790). Egli afferma che annullare una decisione non equivale a giudicare: la Cassazione « non è una parte del potere giudiziario ma una emanazione del potere legislativo (...), una specie di commissione straordinaria del Corpo legislativo, incaricata di reprimere la ribellione contro la volontà generale della legge ». In fondo, anche nei casi asseritamente più complicati (ad esempio, in materia di consuetudini locali), si tratterebbe solo di eliminare un simile contrasto (16).

L'orientamento di cui si era fatto portatore Goupil, viene ripreso e rilanciato da Robespierre (25 maggio 1790). Il *Tribunal* — sostiene — non è destinato ad applicare le leggi alle controversie tra i singoli, né a decidere i processi nel merito, « ma a difendere le forme ed i principi della Costituzione e della legislazione contro gli attacchi che i tribunali potrebbero loro muovere. Non è il giudice dei cittadini, ma il protettore delle leggi, il sorvegliante e il censore dei giudici; in una parola è collocato fuori e al di sopra dell'ordine giudiziario ». Per adempiere alle sue funzioni, occorre che il *Tribunal* non abbia volontà e vedute diverse da quelle del legislatore: pertanto va costruito come un « comitato » del corpo legislativo, « scelto da lui, incaricato di proporre, di istruire, di fare la relazione sugli affari che rientrano nella propria competenza e che saranno decisi con decreti dell'Assemblea ». Conseguentemente — secondo Robespierre — dato che il *Tribunal* non è « parte » del giudiziario e risulta adibito a funzioni che costituiscono una « dipendenza necessaria » del potere legislativo, nemmeno risulterebbe asseribile che i due poteri siano stati « riuniti nelle stesse mani »; d'altro lato, la separazione dei poteri non deve essere osservata « con superstizione »: atteggiamento dal quale egli si era ben guardato fino dalla Dichiarazione dei diritti. Prima di concludere, l'avvocato di Arras tende a conferire, mediante un duplice richiamo, carattere di normalità alle teorie da lui prospettate. Uno al diritto romano, da cui estrapola il principio « ejus est interpretari legem, qui condidit

---

(16) La soluzione prevista da GOUPIL, in *Archives*, vol. XV, 24 maggio 1790, p. 668, contempla l'istituzione di otto sezioni che, per una parte dell'anno, lavoreranno nei dipartimenti, mentre, per l'altra parte dell'anno, si riuniranno a Parigi: per esaminare, riferendo poi al legislatore, le violazioni della legge e gli abusi di cui avranno avuto conoscenza (art. 8 del suo progetto).

legem »; l'altro al già ricordato art. 7, tit. I, Ordinanza civile del 1667<sup>(17)</sup>. Quanto al richiamo romanistico, legato in particolare a *Tanta 21*, è appena il caso di ricordare che la formula contenuta in quella costituzione « programmatica » rappresenta una manifestazione tipica del Dominato, cioè del potere assoluto dell'imperatore-legislatore (« Quod principi placuit, legis habet vigorem », D.1.4.1): potere, però, che ricollega l'*interpretatio* alla *iurisdictio principis*, « giudice per antonomasia ». I problemi che il richiamo solleva sono complessi e non vanno certo qui delibati: connessi allo sfondo storico in cui si incastra il ruolo dell'imperatore; suscitati dal confronto con altra costituzione programmatica (*Deo Auctore*, 12); smossi dalle discordanze fra la versione latina e quella greca di *Tanta* o dal parallelo con la formula originaria, C.17.2.21. La notazione che qui interessa aggiungere concerne solo lo scarsissimo successo pratico — a cominciare dai Glossatori — del monopolio interpretativo (limitato o no alla « creazione ») che Giustiniano intendeva istituire<sup>(18)</sup>.

Riguardo al paragone con il *Code Louis*, la citazione, oltre che « sorprendente », appare rivelatrice, specie in base al commento che l'accompagna. Infatti, la logica astratta a cui Robespierre fa mostra di ispirarsi, lo porta a precisare che mentre nemmeno nell'Antico regime il re aveva il « potere di applicare le leggi ai casi particolari del cittadino, egli esercitava tuttavia quello di cassare i giudizi (*juges*)

---

<sup>(17)</sup> ROBESPIERRE, in *Archives*, vol. XV, 25 maggio 1790, pp. 670-671; la sua tesi risulta appoggiata da SAINT-MARTIN, *ivi*, p. 675 (« non c'è altra corte suprema che il legislatore »). Cfr. J.-L. HALPERIN, *Tribunal*, cit., pp. 62-64.

<sup>(18)</sup> Per l'inquadramento, a titolo puramente esemplificativo e recentemente, cfr. M. CAMPOLUNGH, *Potere imperiale e giurisprudenza in Pomponio e in Giustiniano*, vol. II, 2, Perugia, 2007, spec. pp. 205-269 e 271-306 (pp. 291-303, per la tesi favorevole a limitare il divieto all'interpretazione « creativa »); e per la tesi opposta, da ultimo, R. MARTINI, *Sul monopolio interpretativo di Giustiniano*, in « S.D.H.I. », 2010, pp. 425-431. Circa la notazione generale relativa all'insuccesso del divieto, v. P. ALVAZZI DEL FRATE, *L'interpretazione autentica nel XVIII secolo. Divieto di interpretatio e « riferimento al legislatore » nell'illuminismo giuridico*, Torino, 2000, pp. 42-45 (anche per il riferimento alla formulazione dei canoni 17 e 18 *codex iuris canonici* 1917 — sovrapponibile a quella del canone 16 del *codex iuris canonici* 1983 — *ivi*, pp. 49-56) e P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 1996<sup>2</sup>, pp. 167-168. Quanto al collegamento *interpretatio-iurisdictio principis*, cfr., per tutti, E. CORTESE, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, vol. II, Milano, 1964, spec. pp. 372-380.

contrari alle forme che esse avevano stabilito e che tendevano apertamente ad attaccarle; e questa istituzione era ragionevole in un sistema ove egli esercitava il potere legislativo». Senza entrare in dettagli — non è questo il punto centrale — sembra sufficientemente istruttivo ricordare il quadro della giustizia retenue e su questo sfondo apprezzare l'affermazione di Robespierre confrontandola con il celebre parere formulato dal già ricordato Consigliere di Luigi XV: in « Francia, la jurisdiction souveraine, così come la legislazione, appartiene al re, come principio e centro di tutto il potere pubblico, ed è a questo principio ed a questo centro che ritornano in ultima istanza i diversi gradi della giurisdizione stabiliti sotto la sua autorità nel Regno ». Non va poi dimenticato, oltre al debole impatto pratico della riserva di interpretazione prevista dal *Code* di Luigi XIV, che il relativo ambito operativo copriva la (inizialmente limitata) produzione normativa regia ma non, almeno di regola, il diritto consuetudinario ed il diritto comune <sup>(19)</sup>.

Tornando alla tesi di Robespierre sul *Tribunal* — concepito come « comitato », « dipendenza necessaria » del legislativo, in definitiva controllore assoluto circa l'ortodossia interpretativa della legge — sembra opportuno illuminare meglio questo ritratto-progetto, dopo averlo staccato dalla uniforme cornice storica livellatrice entro cui lo incastra chi ne è l'autore. Il breve approfondimento tocca il rapporto Rousseau-Robespierre (più o meno ampiamente riconosciuto), tenendoci ben alla larga dalle discussioni globali sull'influenza del Ginevrino rispetto alla Rivoluzione e sul « mito Rousseau » (per non parlare delle letture totalitarie). Discussioni nelle quali molto spesso si sottolinea che, prima dell'89, la conoscenza del *Contrat* pare fosse poco diffusa. Dovendosi aggiun-

---

<sup>(19)</sup> GILBERT DE VOISINS, *Vues sur les cassations d'arrêts et de jugements en dernier ressort* (1767), in « Rev. hist. droit français et étranger », 1958, p. 20. Quanto al debole impatto del divieto di cui all'art. 7, tit. I, Ordinanza civile 1667, cfr. l'esauriente quadro messo a punto da J. KRYNEN, *Le problème et la querelle de l'interprétation de la loi, en France, avant la Révolution*, in « Rev. hist. droit français et étranger », 2008, p. 170 e ss.; e le puntualizzazioni di J.-L. HALPERIN, *Tribunal*, cit., p. 26 (per il carattere « sorprendente » del paragone di Robespierre, ivi, p. 62) nonché di R. MARTINAGE-BERANGER, *Les idées sur la cassation au XVIII siècle*, in « Rev. hist. droit français et étrang. », 1969, pp. 255-258 (in particolare sulla giustizia « retenue » e la progressiva processualizzazione del ricorso per cassazione).

gere, però, che le vedute fondamentali sulla « *volonté générale* », concetto centrale della politica roussoiana, erano già state esposte, seppure in forma non definitiva, nella voce « *Economie politique* », redatta per il quinto volume dell'*Encyclopédie*, apparso senza intralci nel 1755. Comunque, sempre su un piano complessivo, va soprattutto ribadito che occorre valutare l'influenza del *Contrat* tenendo ben presente il contesto storico<sup>(20)</sup>: si potrebbe dire, con il linguista, che la mappa (il libro) non è il territorio (la Rivoluzione). Di più: come è stato posto in luce, nella « misura in cui le teorie di Rousseau entravano in conflitto con la prassi rivoluzionaria, erano considerate come 'speculazione — non come una lezione', ed ignorate ». Un esempio molto noto di un simile apprezzamento in chiave di speculazione, risulta senz'altro riferibile alla tesi per la quale il Ginevrino faceva discendere il rifiuto del sistema rappresentativo dalla « inalienabilità e indivisibilità ». L'ardua praticabilità della democrazia diretta, in definitiva il suo carattere utopistico, avrebbe giustificato una presa di posizione negativa di principio da parte dei rivoluzionari (slegata dalla dimensione della *citée*); viceversa, si osserva che

---

<sup>(20)</sup> Circa la scarsa diffusione del *Contrat* prima della Rivoluzione, v. A.M. BATTISTA, *Introduzione metodologica*, in A.M. BATTISTA, F. BARCIA, B. CONSARELLI, M. FEDELI DE CECCO, L. PALA, *Il Rousseau dei giacobini*, Urbino, 1988, p. 17; I. FETSCHER, *La filosofia politica di Rousseau. Per la storia del concetto democratico di libertà* (1968<sup>2</sup>), Milano, 1972, p. 14 e B. G(AGNEBIN), *Introduction*, in J.-J. ROUSSEAU, *Œuvres complètes* (Bibl. de la Pléiade), vol. III, Parigi, 1966, pp. XXXI-XXXII (ove si richiama la testimonianza di S. Mercier, 1791); risulta tuttavia sottoscrivibile il rilievo di R. DERATHÉ, *ivi*, p. CX, per cui « si insiste forse troppo sull'indifferenza del pubblico e non abbastanza » sugli intoppi che incontrò il libro al momento della sua pubblicazione (1762); la voce *Economie politique* è riprodotta in *Œuvres*, vol. III, *cit.*, per il riferimento alla « volontà generale », p. 244 e ss. Sottolineano — come premessa generale — la necessità degli adattamenti al contesto storico, I. FETSCHER, *La filosofia politica di Rousseau*, *cit.*, p. 12 e J. MC DONALD, *Rousseau and the French Revolution. 1762-1791*, Londra, 1965, *Preface*. Si rimarca come risulti difficilmente sostenibile la tesi per la quale il rousseauismo di Robespierre dovrebbe essere desunto solo dalle pagine in cui quest'ultimo richiama esplicitamente il Ginevrino, evitando di affidarsi a riferimenti indiretti che favorirebbero « interpretazioni soggettive »: così, A.M. BATTISTA, *Robespierre* (I<sup>a</sup> parte), in A.M. BATTISTA *et alii*, *cit.*, p. 32; tesi che non risulta davvero confermata proprio dall'unica applicazione (in chiave soggettivistica!) fornita dall'A., *ivi*, pp. 36-66; il medesimo canone metodologico viene adottato presso gli altri contributi del volume collettaneo: F. BARCIA, *ivi*, p. 122 (per Marat); M. FEDELI DE CECCO, *ivi*, pp. 163-164 (per Babeuf); B. CONSARELLI, *ivi*, p. 226 (per Maréchal).

l'esercizio diretto della sovranità viene apprezzato da Robespierre (e dai giacobini) di volta in volta, in base agli « interessi pratici del momento », sino alla chiusura assoluta al tempo del Comitato di salute pubblica <sup>(21)</sup>.

Dopo le precisazioni di cui sopra, ci si può avvicinare meglio alla posizione di Robespierre sul tema di partenza: non distratti da una cornice che ha per sfondo immediatamente percepibile Giustiniano e l'Antico regime, il passato dal quale non si prendono le distanze, ma con riferimento al rousseuismo dell'avvocato *arrageois*, il presente. Cioè seguendo la falsa riga della sua specifica protesta, per la quale l'asservimento per assorbimento del Tribunal-Comitato al legislativo non avrebbe portato una « riunione » e, quindi, una confusione di poteri. La protesta — salvo considerarla fine a se stessa o, al massimo, volta a stemperare lo scetticismo circa la separazione dei poteri — è suscettibile di suonare come il tentativo formale (seppure vago e ambiguo) di non rompere con alcune vedute fondamentali e molto note propugnate da Rousseau. A cominciare dalla tesi per la quale la « volontà generale per essere veramente tale deve esserlo nel suo oggetto come nella sua essenza, che deve partire da tutti per applicarsi a tutti, e che essa perde la sua rettitudine naturale allorché tende a qualche oggetto individuale e determinato ». Precisiamo. Il punto centrale per il Ginevrino risulta quello di preservare il potere legislativo dalla corruzione: « non è bene che chi fa le leggi le esegua, né che il corpo del popolo distolga la sua attenzione dalle vedute generali, per rivolgerla ad oggetti particolari (...) e l'abuso delle leggi da parte del Gouvernement è un male minore rispetto alla corruzione del Legislativo, conseguenza inevitabile delle vedute particolari ». E si sarebbe tentati di ricordare — a proposito del metodo adottato da Robespierre per determinare « natura ed oggetto » del *Tribunal* (non è « parte » del giudiziario

---

<sup>(21)</sup> In generale, per il rapporto Rousseau-Robespierre, cfr. il quadro di J. Mc DONALD, *Rousseau*, cit., pp. 12, 15-18, 95-97 e 171. Per la scelta fra « lezione » e « speculazione », in chiave di opportunità, v. I. FETSCHER, *La filosofia politica di Rousseau*, cit., p. 233. Quanto alle tesi di Rousseau circa l'« inalienabilità e inscindibilità » della sovranità, v., per tutti, R. DERATHÉ, *Jean-Jacques Rousseau e la scienza politica del suo tempo* (ed. 1988), Bologna, 1993, p. 310 e ss. Riguardo alla prassi rivoluzionaria, v. I. FETSCHER, *La filosofia politica di Rousseau*, cit, p. 224 e ss. (spec. pp. 247-249).

ma « dipendenza necessaria » del legislativo) — la posizione di Rousseau rispetto a quel variegato e risalente corpus di dottrine concernenti le così dette « parti della sovranità ». Il Ginevrino, infatti, paragona quanti prendono per parti quelle che sono solo « emanazioni » della sovranità e la dividono nel suo « oggetto » a certi « ciarlatani giapponesi » che fingono di tagliare a pezzi e poi di ricomporre il corpo di un bambino.

Comunque, per tornare in via specifica sull'argomento, è inevitabile ricordare che Rousseau, nelle « *Considérations sur le gouvernement de Pologne* », sostiene come « con poche leggi chiare e semplici ed anche con pochi giudici, la giustizia sia ben amministrata lasciando ai giudici il potere di interpretarle ed al bisogno di supplirvi servendosi dei lumi naturali della rettitudine e del buon senso »<sup>(22)</sup>. Per concludere, il confronto con il pensiero di Rousseau sembra mettere in luce che le ambigue allusioni di Robespierre (come riteniamo anche in base a letture contestuali di cui appresso), rappresentano il mimetico preannuncio — fra simulazione e dissimulazione — di futuri scenari. L'argomento verrà ripreso anche con riferimento al ruolo complessivo ed alle evoluzioni del *référé*, sia obbligatorio che facoltativo (parr. 1-2, cap. IV).

---

<sup>(22)</sup> Sul collegamento con Rousseau, a proposito dei timori di Robespierre per le temute esorbitanze del *Tribunal*, v. J.-L. HALPERIN, *Tribunal*, cit., p. 62. Quanto all'oggetto ed all'essenza della « volontà generale », J.-J. ROUSSEAU, *Contrat*, lib. II, cap. IV, afferma che qualora si tratti di « un fatto o di un diritto particolare », non regolati in precedenza da una convenzione generale, il caso diventa contenzioso e si scontrano l'interesse dei particolari e quello pubblico; in una simile situazione sarebbe « ridicolo » fare riferimento ad una espressa manifestazione della volontà generale, mentre si tratta solo di accogliere la volontà di una delle parti, cioè particolare (in *Œuvres*, vol. III, cit., p. 373, nonché, ancora più chiaramente nel c.d. Manoscritto di Ginevra, prima versione del *Contratto*, ivi, p. 327; e per il raffronto con gli « atti particolari » del *gouvernement*, *Contrat*, lib. III, cap. I, ivi, vol. III, cit., p. 395. Riguardo al punto centrale, il riferimento è a J.-J. ROUSSEAU, *Contrat*, lib. III, cap. IV, in *Œuvres*, vol. III, cit., p. 404 (cfr. l'ampio inquadramento di R. DERATHE, op. ult. cit., p. 359 e ss. e spec. pp. 366-371); per i « ciarlatani giapponesi », J.-J. ROUSSEAU, *Contrat*, lib. II, cap. II, in *Œuvres*, vol. III, cit., pp. 369-370. Il passo delle *Considérations sur le Gouvernement de Pologne*, (X) Administration (1772? pubblicate nel 1782), in *Œuvres*, vol. III, cit. p. 1000 (con espresso riferimento pure ai « tribunali supremi »); ivi, nella *Introduction*, p. CCXL, J. Fabre sottolinea la coerenza di questo scritto con il *Contrat*, cioè fra teoria e pratica. Richiama l'attenzione sul passo delle *Considérations* Y.-L. HUFTEAU, *Référé*, cit., p. 27. Cfr. pure P. ALVAZZI DEL FRATE, *Interpretazione autentica*, cit., nota 56 alla p. 122.

Sempre nell'ambito della seduta assembleare del 25 maggio 1790, vengono avanzate soluzioni di compromesso circa l'ambulanza. Così Tronchet procede dalla considerazione che l'ambulanza pura sia incompatibile con alcune attribuzioni devolute al *Tribunal*: come il regolamento di competenza, l'avocazione per parentela o affinità, la revisione in materia penale ed altre. La circostanza lo porta a suggerire una distinzione fra i giudici del *Tribunal*: quelli operanti in zone decentrate e quelli operanti al centro dell'impero (che formano la *Chambre générale du jugement*), investiti, rispettivamente, della istruzione e della decisione. Analogamente, Barère de Vieuzac, consigliere alla *sénéchaussée* di Tarbes, auspica una soluzione mista, preoccupato, tra l'altro, per le conseguenze che deriverebbero dall'adozione della tesi di Robespierre. Se coloro che sono chiamati a pronunciarsi circa la cassazione non sono dei giudici e non fanno parte dell'ordine giudiziario, ma sono posti al di sopra di esso — rileva il Consigliere — verrebbe a costituirsi una sorta di « comitato » indipendente, simile ad un « vero Senato », che « dividerebbe il potere con il Corpo legislativo », il quale conseguentemente avrebbe pure una parte del potere giudiziario, assetto che risulterebbe contrario allo spirito ed al principio della Costituzione già decretata (23).

Clermont-Tonnerre, pari di Francia e componente del primo Comitato di costituzione, invece, sostiene senza mezzi termini la sedentarietà; difende esplicitamente il carattere non meccanico della funzione svolta dalla *Cassation* e svolge una critica implicita alla dislocazione presso il corpo legislativo. L'esordio del suo discorso è formulato senza strappi: cioè, si esprime condivisione per l'idea che il *Tribunal* debba solo decidere circa la conformità o meno di una decisione al « testo della legge ed alle forme che essa prescrive ». Però, ferma restando l'assoluta necessità di evitare qualsiasi « dittatura giudiziaria », il *Tribunal* deve corrispondere ad alcune precise caratteristiche. Anzitutto, l'« uniformità nella dottrina », primo tratto distintivo del *tribunal regulateur*, implica una profonda conoscenza delle leggi, la quale mal si combina con l'ambulanza, richiedendo viceversa che le stesse persone, nello stesso luogo abbiano la con-

---

(23) TRONCHET, in *Archives*, vol. XV, 25 maggio 1790, p. 671 e BARÈRE, *ivi*, pp. 671-673.

suetudine di comparare le decisioni da rendere con le decisioni già rese, avvalendosi di grandi biblioteche, « nutrendo la loro scienza con buoni studi, assidue letture delle leggi e anche di quella dei commentari »: che, si spera, saranno presto inutili e tuttavia ancora a lungo necessari. Inoltre — ecco la critica implicita (ma non poi tanto) — risulta indispensabile « isolare il *Tribunal*, tanto che i suoi membri, i quali non hanno altro da fare che confrontare la decisione resa con la legge, non conoscano, non vedano, non consultino che la legge e la decisione contestata » (24).

Il quadro appena descritto non è certo privo di incertezze, ma non sembra che riguardino in particolare la sedentarietà della Cassazione: quelle fondamentali riguardano il suo ruolo. Così Garat l'*ainé* (il 26 maggio 1790) inizia con il rimarcare che « tutto è sedentario nel regno » e, in particolare, nemmeno i giudici ordinari sono ambulanti, circostanza che assicura l'« imparzialità e la purezza » dell'istruzione e del giudizio. L'avvocato di Bordeaux prosegue pervenendo, quanto alla dislocazione della Cassazione, ad una ambivalenza tra il fisico ed il metafisico (in senso etimologico): auprès del re, che ne è il « presidente nato » e auprès del corpo legislativo, che deve avere conoscenza delle violazioni portate alla legge (25).

Chabroud, poi, divide i componenti del *Tribunal* in undici sezioni, sparse per l'impero e controllate da un comitato. E la formale espulsione dall'*ordre judiciaire*, per evitare equivoci, dovrebbe rispecchiarsi nel vocabolario. Così, con una frase famosa anche da noi, Chabroud ammonisce che i membri del tribunal non devono essere chiamati giudici, perché « ceux qui vous auriez nommés juges voudraient juger »; e dal momento che si conosce l'« impero delle parole sulle cose », sarà meglio chiamarli *inspecteurs de justice* (26).

La soluzione che prevede la stabilità — formulata da Le Chapelier, avvocato a Rennes, ed appoggiata da Garat — viene comunque approvata a larga maggioranza; ma i sospetti che aleggiavano attorno al possibile dispotismo dei grandi corpi giudiziari, riemer-

(24) CLERMONT-TONNERE, in *Archives*, vol. XV, 25 maggio 1790, pp. 673-675.

(25) GARAT L'AINÉ, in *Archives*, vol. XV, 26 maggio 1790, pp. 678-679; per i dubbi dell'avvocato di Bordeaux, v. Y.-L. HUFTEAU, *Référé*, cit., p. 33.

(26) CHABROUD, in *Archives*, vol., XV, 26 maggio 1790, p. 679. La frase (prima parte) è famosa da noi dopo P. CALAMANDREI, *Cassazione civile*, cit., p. 450.

gono incarnandosi nella questione circa l'opportunità o meno di dividere la cassazione in sezioni: dai contrasti che al riguardo si manifestano se ne esce con un rinvio della materia al Comitato di costituzione (26 maggio 1790) <sup>(27)</sup>.

Il dibattito sul *Tribunal de cassation*, entro i lavori assembleari per la legge sull'organizzazione giudiziaria, riprende e si conclude con un rinvio « a nuovo ruolo » il 12 agosto 1790. Come già accennato, il secondo progetto illustrato da Thouret, ha in argomento ben poca parentela con quello precedente, del 22 dicembre 1789 <sup>(28)</sup>. Il più recente esibisce uno schema molto macchinoso, articolato su una sezione centrale a Parigi e sei in altrettante città del regno. La sezione parigina avrebbe giudicato sia l'ammissibilità sia il fondamento delle richieste di cassazione. Le sezioni periferiche, invece, dopo il vaglio di ammissibilità, avrebbero dovuto inviare le richieste a Parigi, accompagnandole con la documentazione ed un parere; per le richieste definitivamente ammesse dalla sezione centrale, era previsto un ritorno a fini istruttori presso la sezione competente, con successivo invio finale a Parigi per il giudizio di cassazione. Meritano una sottolineatura le ragioni, molto vaghe, addotte da Thouret per giustificare un meccanismo così poco funzionale: le ragioni specifiche si riducono all'assunto che esso fosse idoneo a mettere assieme i pregi della sedentarietà ed unicità con quelli dell'ambulanza, legati all'esigenza, non vaga, di frantumare i grandi corpi giudiziari. L'avvocato di Rouen ammette, certo, che il congegno escogitato provocherà innegabili disagi per i ricorrenti, ma la conseguenza viene presentata come coerente con le funzioni del *Tribunal*: istituito non tanto per l'interesse dei singoli, quanto per un

---

<sup>(27)</sup> Per la formulazione del quesito relativo alla divisione della Cassazione in sezioni, v. in vario senso, Petion de Villeneuve, avvocato di Chartres (che sottolinea come l'uniformità sarà una « chimera », fino a quando le leggi non saranno semplificate); Loys, avvocato di Sarlat, Périgord (che si esprime contro la divisione in sezioni); Goupil (che si esprime in senso favorevole), con l'appoggio di Briois de Beaumetz, primo presidente del consiglio di Artois, che chiede ed ottiene il rinvio al comitato di costituzione: cfr. *Archives*, vol. XV, 26 maggio 1790, pp. 680-681. Circa il carattere politico della scelta fra ambulanza e sedentarietà del *Tribunal*, v. J.-L. HALPERIN, *Tribunal*, cit., p. 57 e ss. ed il rapido sguardo di J.-P. ROYER, *Histoire*, cit., pp. 273-274.

<sup>(28)</sup> Il nuovo progetto, reso noto il 5 luglio 1790 (v. *Moniteur*, rist., vol. V, Parigi, 1860, p. 48), in *Archives*, vol. X, 22 dicembre 1789, p. 765 e ss.

interesse pubblico, quello di bloccare le diverse interpretazioni della legge. Anzi, rincarando la dose, Thouret dichiara che, trattandosi semplicemente di verificare l'eventuale violazione della legge, « se si potesse giudicare senza che le parti fossero sentite, il nostro intento sarebbe soddisfatto ancora meglio ». E la dichiarazione, confrontata con altre sue precedenti, formalmente, sembrerebbe segnare un passo indietro, verso il *Conseil du roi*, rispetto al quale, per esempio, ai tempi di Luigi XV, si diceva ufficialmente che « la cassazione è stata introdotta piuttosto per il mantenimento delle ordinanze che per l'interesse dei giudicabili » (29). Più realisticamente, però, pare trattarsi di un passo compiuto dall'avvocato di Rouen in simbiosi con tendenze che nel frattempo si erano sviluppate. Una conferma è ricavabile, ad esempio, rimanendo nell'ambito dell'organizzazione giudiziaria, dalla evoluzione delle tesi di Thouret in materia di pubblico ministero (30).

(29) THOURET, in *Archives*, vol. XVII, 12 agosto 1790, p. 737.

(30) Nel progetto del 22 dicembre 1789, l'avvocato normanno si era limitato a prevedere che i procuratori e gli avvocati del re fossero eletti da un corpo misto (costituito da membri delle amministrazioni locali, elettori con determinate qualità, giudici ed avvocati, artt. 4, tit. IV, 3, tit. V, e 4, tit. VI). L'8 maggio 1790, l'Assemblea nazionale aveva decretato all'unanimità che gli « ufficiali incaricati delle funzioni di pubblico ministero sarebbero stati nominati dal re », v. *Moniteur*, vol. IV, 1860, pp. 317-319. Invece di adeguarsi al principio così stabilito, Thouret, presso il progetto del 5 luglio 1790, tit. VII, dedicato al pubblico ministero, introduce una distinzione fra le funzioni assegnate al commissario del re (agente del potere esecutivo presso i giudici), consistenti nel « fare osservare » le leggi e nel « fare eseguire » le sentenze, e le funzioni degli accusatori pubblici, commessa a giudici del tribunale incaricati annualmente di tale compito. Quando, il 3 agosto successivo, si apre la discussione sul pubblico ministero, l'autore del progetto si trova a dover giustificare la contraddittorietà fra la soluzione già approvata e quella da lui proposta: circostanza che gli viene immediatamente contestata, provvede Chabroud, in *Moniteur*, vol. V, 4 agosto 1790, p. 307. Per giustificarsi Thouret, in *Moniteur*, vol. V, 4 agosto 1790, pp. 306-307, utilizza due argomenti. Il primo è costruito in base ad una sorta di concezione della Costituzione come *work in progress*: « si sa che i dettagli di una costituzione non si fanno tutti in una volta », pertanto una questione seria come quella in discussione non può rimanere immediatamente pregiudicata da ciò che si è già deciso. L'altro argomento viene fondato su una asserita « démarcation sévère » dei poteri: l'azione pubblica è « per sua natura » un'azione popolare, perciò l'ufficiale al quale viene commessa ha da essere un « uomo del popolo ». Alla fine, dopo un dibattito con toni anche aspri, la tesi di Thouret prevale e si stabilisce che l'accusa non è compito del re: dovranno pertanto essere rielaborate le forme

Anche se persistono i consueti timori — si ipotizza persino che la Cassazione finisca con l'averne « più poteri reali » del legislativo <sup>(31)</sup> — il progetto presentato da Thouret viene vivacemente contrastato, in nome della « unicità ed indivisibilità » del *Tribunal* che si vuole *sédentaire* a Parigi. Questa soluzione — afferma Gossin, luogotenente generale del *baillage* di Bar-le-Duc — corrisponde all'« interesse politico della nazione, che richiede unità nei principi e nell'esecuzione », nonché dei giudicabili. Trovano tuttavia condivisione alcune idee riprese, in parte, pure da Thouret circa la funzione del *Tribunal*. « Non è un organo di giustizia », sotto questo aspetto l'ultima parola l'hanno detta i giudici d'appello, il ricorso per cassazione è un'« azione estranea all'ordine giudiziario »: il ricorrente potrà approfittare dell'annullamento, ma non si tratta di un mezzo creato per lui, bensì di un mezzo per « venger » la legge violata dai giudici <sup>(32)</sup>.

Altre riserve, invece, riguardano l'opinione che nell'istituire il *Tribunal* si possa « fare astrazione » dall'interesse dei cittadini. Analogamente, si mostra scetticismo per la concezione secondo la quale le leggi possano diventare « tanto semplici e chiare che il loro

---

attraverso le quali sarà esercitata l'azione pubblica, v. *Moniteur*, vol. V, 10 agosto 1790, pp. 362-364. Il relativo assetto si concretizzerà, provvisoriamente (sino al *décret* 20-22 novembre 1792) con il *décret* 16-29 settembre 1791, che distingue fra momento dell'iniziativa (spettante alle persone offese ed ai cittadini, che devono rivolgersi al giudice di pace, il quale può anche procedere d'ufficio, oltre a provvedere alla *information*), momento della *mise en accusation*, che ha per protagonista l'accusatore pubblico, ed il ruolo affidato al commissario del re, preposto alla esatta applicazione delle forme ed alla esecuzione delle decisioni; cfr. E. DE MARI, *Le parquet sous la Révolution, 1789-1799*, in *Histoire du parquet*, dir. J.-M. Carbasse, Parigi, 2000, pp. 221-255 (che segue una lettura non continuista) e M. NOBILI, *Accusa e burocrazia*, in *Pubblico ministero e accusa penale*, a cura di G. Conso, Bologna, 1979, p. 107 e ss.

<sup>(31)</sup> Così DEFERMON, in *Archives*, vol. XVII, 12 agosto 1790, p. 741.

<sup>(32)</sup> La serrata critica di GOSSIN, in *Archives*, vol. XVII, 12 agosto 1790, pp. 737-740; in senso analogo, PRUGNON, *ivi*, pp. 740-741: l'avvocato di Nancy formula altresì ottimistiche previsioni circa il futuro carico di lavoro del *Tribunal*, ottimismo che riteneva desumibile sia dalle sue attribuzioni, più limitate rispetto a quelle del *Conseil des parties*, sia dal superamento del regime feudale, realizzato anche mediante le disposizioni già approvate del decreto sull'ordinamento giudiziario.

vero senso si presenti, agli occhi di tutti, con un carattere di evidenza tale da annientare qualsiasi motivo per un processo » (33).

La conclusione momentanea sulla disciplina della Cassazione, comunque, è che, essendo mutata la « base » del progetto redatto dal Comitato di costituzione, non si può deliberare sugli articoli che esso aveva ritenuto di proporre: occorre dunque accingersi ad un *nouveau travail*. Prima di questo epilogo, tuttavia, l'Assemblea costituente aveva approvato a grandissima maggioranza un articolo così formulato: « Le tribunal de cassation sera unique et sédentaire auprès du Corps législatif ». Tale formulazione, però, non corrisponde esattamente al tenore della mozione di Duport, per la quale era stata chiesta ed ottenuta la priorità, che non includeva le ambiguità legate alla locuzione preposizionale ed al suo complemento, mettendo con chiarezza l'accento sulla fisicità della dislocazione. La mozione prevedeva, infatti, che il *Tribunal* non fosse composto « che di una sola sezione *sédentaire* a Parigi »: dato che occorre mettere « tutte le forze al centro », in quanto « è di là che la macchina può acquistare un effettivo movimento » (34).

3. *Il posto del giudiziario ed il divieto di interpretazione. Il giudizio di appello. Dal juge naturel ai justiciables naturels: favore per la volontà delle parti. Regole civilistiche sulla competenza: dalla proiezione in campo penale al loro superamento.*

L'intermezzo dedicato al *Tribunal de cassation* ha interrotto il filo cronologico che lega le vicende relative alla redazione della legge generale sull'organizzazione giudiziaria. La ragione per la quale, a prezzo dell'interruzione, si è preferito dare autonomia alla storia, seppure incompiuta, del *Tribunal* entro il *décret* 16-24 agosto 1790, dipende dalla circostanza che quella storia, considerata nella sua compattezza, sembra idonea a mettere più chiaramente in risalto

(33) REGNIER, avvocato di Nancy, in *Archives*, vol. XVII, 12 agosto 1790, p. 740.

(34) La conclusione momentanea è annunciata da THOURET, in *Archives*, vol. XVII, 12 agosto 1790, p. 741; ivi, anche la mozione di Duport (sostenuta da Prieur de la Marne, avvocato a Châlons), un nuovo intervento di Merlin e la formula della mozione adottata. Per uno sguardo complessivo sul dibattito del maggio-agosto 1790 circa il *Tribunal*, v. J.-L. HALPERIN, *Tribunal*, cit., pp. 53-64.

alcune linee di tendenza circa la separazione dei poteri presenti nella legge generale e, quindi, a consentirne una migliore lettura.

Facendo riferimento alla suddivisione descritta in precedenza (par. 4, cap. I), all'apertura della discussione sul titolo I del nuovo progetto Thouret, si nota quanto segue. Il primo sottoinsieme (artt. 1-9), viene approvato con modificazioni redazionali poco significative. Circa il secondo sottoinsieme, analoga constatazione vale per gli artt. 10,11 e 13, che, rispettivamente, vietano ai giudici di prendere parte sotto qualsiasi forma al potere legislativo, impongono loro rigide modalità per la mera « trascrizione » delle leggi e contemplano l'intimazione di astenersi da qualsiasi ingerenza nell'attività amministrativa <sup>(35)</sup>. Nascono discussioni, invece, a proposito dell'art. 12, tit. I: i tribunali « non potranno fare regolamenti; ma rivolgeranno le loro *représentations* al Corpo legislativo tutte le volte che crederanno necessario sia interpretare una legge, sia farne una nuova ». Le perplessità dipendono dal significato attribuibile al sostantivo « *représentations* »: si teme — anche se la questione viene presentata come « semplicemente di redazione » — che il « *droit de représentation* » divenga un « *droit de résistance* », nelle ipotesi di oscurità od insufficienza della legge. Il rilievo non resta isolato e si chiede che venga esplicitamente messa al bando pure l'« estensione da un caso ad un altro » <sup>(36)</sup>. In senso contrario, si osserva che le vecchie *représentations* erano pericolose in quanto sortivano l'effetto di « sospendere la legge », evenienza che non può più verificarsi: lo impedisce l'art. 11, già approvato. Si aggiunge, poi, che la soppressione delle *représentations* « presuppone una perfezione completa » della legislazione, che non c'è e nemmeno ci sarà in futuro; e se si obbliga il giudice a non giudicare altro che nei casi previsti dalla legge, la giustizia resterà « paralizzata ». Ancora, se viene proscritta qualsiasi tipo di interpretazione giudiziaria, compre-

<sup>(35)</sup> Cfr. *Archives*, vol. XVI, 5 luglio 1790, pp. 703-704.

<sup>(36)</sup> Il rilievo iniziale è di Barnave, a lui si associano Prieur de la Marne e (ma non per la terminologia) Bouchotte, avvocato a Bergues, v. *Archives*, loc. ult. cit. Cfr. ALVAZZI DEL FRATE, *Giurisprudenza e référé législatif in Francia nel periodo rivoluzionario e napoleonico*, Torino, 2005, pp. 44 e 55-56 (per il collegamento con l'Antico Regime); Id., *Aux origines du référé législatif: interprétation et jurisprudence dans les cahiers de doléance de 1789*, in « *Rev. hist. droit français et étrang.* », 2008, pp. 253-262 e M. MIERSCH, *Der sogenannten référé législatif*, Baden-Baden, 2000, pp. 136-143 e 25-32.

sa quella dettata dall'equità, ciò comporterà gravi conseguenze per gli accusati <sup>(37)</sup>.

Dal breve ma denso dibattito avrebbero potuto emergere, forse, chiarimenti sulle dimensioni dell'« interpretazione » e del relativo divieto. Il modo con cui Thouret se ne svincola e chiude la discussione taglia fuori esiti consimili: sopprime il sostantivo contestato (« représentations ») e sostituisce la forma verbale iniziale (« ils adresseront ») con il riflessivo « ils s'adresseront ». I dubbi avanzati (in particolare quello ispirato all'equità), dichiara l'avvocato di Rouen, quale che sia il loro fondamento, non riguardano il tema dell'articolo in questione, ove si tratta esclusivamente della « divisione dei poteri ». Il Comitato, prosegue, intendeva solo impedire che i giudici potessero compiere qualsiasi atto che avesse « *intérieurement* o *extérieurement* la forma di un atto del Corpo legislativo » <sup>(38)</sup>. L'efficace dribbling praticato da Thouret vale a chiudere il dibattito dell'Assemblea sul punto, ma — così come il divieto giustiniano — darà luogo ad una disputa che si è trascinata sino ai nostri giorni: tra fautori della tesi per cui l'art. 12 vietava l'interpretazione tanto *in abstracto* (cioè di tipo regolamentare) quanto in concreto (cioè relativa al caso singolo) e fautori della tesi per cui il divieto riguardava solo l'interpretazione *in abstracto*. Le diverse esegesi dell'ambiguo testo si ricollegano, in particolare, sia allo « spirito essenzialmente limitativo » che ne caratterizza la storia (specchio dell'ostilità per il potere dei giudici), sia agli inconvenienti pratici derivanti da una lettura restrittiva, sia ancora al ruolo attribuito a Merlin, a Robespierre o a Thouret, le cui intenzioni vengono talora desunte dall'analisi sintattica del testo. Preme rilevare che la differenza fra le due tesi risulta soggetta ad una inevitabile (e consapevole) diluizione, non appena le rispettive riflessioni abbrac-

---

<sup>(37)</sup> GARAT L'AINÉ, seguito da FRÉTEAU, consigliere al Parlamento di Parigi, in *Archives*, vol. XVI, 5 luglio 1790, p. 704. Riguardo alla c.d. *Jurisprudence des arrêts* ed al ruolo dell'equità durante l'Antico Regime, v. il quadro di Y.-L. HUFTEAU, *Référé*, cit., pp. 13-25 e, sul legame interpretazione-equità presso glossatori e commentatori, J. KRYNEN, *Problème*, cit., pp. 164-170.

<sup>(38)</sup> THOURET, in *Archives*, vol. XVI, 5 luglio 1790, loc. ult. cit. Un orientamento generale in S. CAPRIOLI, voce *Interpretazione nel diritto medievale e moderno*, in *Digesto*<sup>4</sup>, *Discipline privatistiche, sez. civ.*, vol. X, Torino, 1993, p. 13 e ss. e spec. pp. 22-24.

ciano orizzonti più vasti dell'occasione specifica che le aveva originate: al di là di essa entrambe trovano conferme e smentite <sup>(39)</sup>.

Arrivando all'argomento che interessa più direttamente (terzo sottoinsieme), si segnala che l'art. 17, tit. I (corrispondente all'art. 17, tit. II, testo definitivo), risulta approvato, senza discussione, dopo la modifica dell'originario riferimento al divieto di eccezioni (commissioni, attribuzioni e avocazioni) qualificate come « arbitrarie », qualifica — come si è già detto — che avrebbe potuto suggerire l'idea di imprecisate eccezioni non arbitrarie, e pertanto sostituita dall'ammissibilità delle sole eccezioni « déterminées par la loi ». L'approvazione degli artt. 16 e 18 non dà luogo ad alcuna discussione <sup>(40)</sup>.

Il tema della organizzazione territoriale della giustizia, all'inizio (5 luglio 1790), viene affrontato in maniera chiara, conformemente al disegno complessivo della riorganizzazione territoriale — già varata con il décret 15 febbraio-3 marzo 1790 — stabilendo l'istituzione di un tribunale presso ogni distretto (art. 1, prima parte, tit. IV, testo definitivo della legge sull'ordinamento giudiziario). Disposizione informata al principio di rendere la giustizia vicina ai giudicabili <sup>(41)</sup>. La linearità della discussione subisce qualche flessione

---

<sup>(39)</sup> In vario senso, P. CALAMANDREI, *Cassazione civile*, vol. I, cit., pp. 438-442; R. CARRÉ de MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, vol. I (1920), Parigi, rist. 1962, p. 727; F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, vol. I, Parigi, 1919<sup>2</sup>, pp. 77-79 (a p. 78, nota 2, indicazioni sulla letteratura ottocentesca); J.-L. HALPERIN, *Tribunal*, cit., pp. 62-64; Y.-L. HUFTEAU, *Référé*, cit., pp. 35-37; M. LESAGE, *Les interventions du législateur dans le fonctionnement de la justice*, Parigi, 1960, pp. 30-31 e J.-P. ROYER, *Histoire*, cit., pp. 258-260; riguardo all'allargamento degli orizzonti, cfr. ad es., F. GÉNY, *Méthode*, cit., vol. I, note 1 e 2 alla p. 78; M. LESAGE, *Les interventions*, loc. cit. e, soprattutto, Y.-L. HUFTEAU, *Référé*, cit., p. 50 e ss.

<sup>(40)</sup> Cfr. *Archives*, vol. XVI, 5 luglio 1790, p. 705; la correzione apportata all'art. 17, tit. II (testo definitivo), è legata ad una iniziativa di PISON, avvocato del Delfinato.

<sup>(41)</sup> La soluzione basata sul distretto aveva sollevato dubbi, connessi alla possibilità di trovare giudici, di qualità adeguata, in numero sufficiente a coprire i cinquecento-quaranta (o cinquecento-quarantatre) tribunali, resi necessari in relazione al termine di riferimento: così Tronchet; mentre, all'opposto, si era pure temuto che il numero indicato potesse non essere sufficiente, Delley d'Agier; Thouret, comunque, taglia corto proclamando che se la suddivisione basata sui distretti va bene per l'amministrazione, essa andrà bene pure per l'organizzazione giudiziaria: v. *Archives*, vol. XVII, 20 luglio 1790, pp. 207-208.

allorché la discussione viene spostata dal numero dei giudici destinati a comporre i tribunali distrettuali, ai giudici d'appello: additati quale sede, nel passato, di « grandi abusi ». Per evitare l'« esprit de chicane », di cui essi erano considerati portatori, l'allontanamento dai giudicabili, la moltiplicazione degli uomini di legge e, conseguentemente, dei processi, viene indicata la strada dell'appello circolare fra tribunali distrettuali: anche per sopprimere gerarchie ritenute pericolose <sup>(42)</sup>.

Ferma restando l'esclusione di giudici ad hoc per l'appello, si approda ad una importante novità (artt. 1-13, tit. V, testo definitivo). Abbandonato il criterio della circolarità, l'individuazione del tribunale distrettuale competente per il secondo grado viene basata sulla scelta, rimessa alle parti, fra un certo numero di uffici potenzialmente idonei. Nell'ambito delle tradizioni francesi non si tratta certo di una novità isolata. Tuttavia, entro il contesto specifico, il principio del giudice naturale risulta in qualche modo esplicitamente sostituito da quello dei « justiciables naturels »: tali in quanto « volontaires », perché attirati dalla buona fama di un tribunale. Le ragioni generali allegate per sostenere la soluzione appena ricordata, comunque, sono conformi allo scenario in cui essa si inserisce. Con essa, proclama Chabroud, il pericolo costituito dai grandi corpi giudiziari e dall'« industria immorale che vive di processi » viene ulteriormente scongiurato: dal momento che non vi è più un giudice dell'impugnazione individuato preventivamente, con un proprio territorio (20 luglio 1790). Il ribaltamento prospettico, dalla certezza del giudice alle propensioni del giudicabile, con passaggio dalla precostituzione alla postcostituzione, pare degno di nota, pur se non va sopravvalutato, cioè — proclamazioni a parte — andando troppo oltre il significato non transeunte di cui esso è comunque portatore: ossia il

---

<sup>(42)</sup> La perdita di linearità della discussione viene rilevata da Fréteau: egli osserva che, prima di parlare del numero dei giudici destinati a comporre i tribunali distrettuali, occorre rendersi conto delle competenze che verranno loro assegnate ed, al momento, non si sapeva ancora se ad essi spetteranno le cause relative al contenzioso amministrativo e delle imposte, cfr. *Archives*, vol. XVII, 20 luglio 1790, p. 208. Poco più tardi, la competenza per tali controversie non troverà posto nel decreto sull'organizzazione giudiziaria, dato che i lavori ad hoc non erano terminati in tempo utile, v. THOURET, in *Archives*, vol. XVII, 12 agosto 1790, p. 736. L'appello circolare è proposto da PÉTION, in *Archives*, vol. XVII, 20 luglio 1790, p. 208.

favor (almeno in civile) per scelte operate dalle parti, senza dare eccessivo peso alla scarsa funzionalità della macchinosa soluzione adottata per l'evenienza, evidentemente non remota, che esse siano in disaccordo (3 agosto 1790). Le scelte possibili, che in caso di accordo spaziano tra tutti i tribunali del regno, nel caso opposto si traducono, salvo ulteriori complicazioni, nella facoltà per ciascuna delle parti di escluderne perentoriamente tre entro una tabella, predisposta dal direttorio del distretto, che ne comprende sette, individuati tra quelli più vicini (artt. 2-13, tit. V, testo definitivo) <sup>(43)</sup>.

Nelle more del dibattito sui giudici d'appello, si inserisce l'approvazione, quasi senza discussione, della normativa sui tribunali di primo grado (27 luglio 1790). L'art. 4, tit. IV (testo definitivo), attribuisce ai giudici distrettuali, quale che sia la materia, le cause « *personelles, réels et mixtes* »: eccettuate solo quelle spettanti ai giudici di pace, di commercio o rientranti nel contenzioso della polizia municipale.

Salvo quello che si dirà a proposito di questi ultimi, si nota che la materia penale sarà oggetto di specifica previsione esclusivamente con gli articoli addizionali del *décret* 12-19 ottobre 1790, testo normativo di mediocre redazione, il quale, in attesa della « proce-

---

<sup>(43)</sup> La tesi vincente è quella di CHABROUX, in *Archives*, vol. XVII, 20 luglio 1790, pp. 208-211, la scelta rimessa ai « giudicabili naturali » (in quanto volontari) provocherebbe, secondo lui, uno sforzo dei giudici per conquistare, con la fiducia, « gloria » e, per gli avvocati, anche vantaggi in termini di interesse (ivi, 210). Riguardo ai giudicabili « volontari », si ricordano le consonanze con le tesi di J. BENTHAM, *De l'organisation judiciaire*, in *Œuvres*, vol. III, Bruxelles, 1840<sup>4</sup>, pp. 12-15, che collega la « competenza universale di ogni tribunale » alla c.d. *intercommunauté de juridiction* (ad es., v. la entusiastica adesione di R. BORDEAUX, *Philosophie de la procédure civile. Mémoire sur la réformation de la justice*, Évreux, 1857, pp. 129-138). Nell'ambito del dibattito sui giudici d'appello, CHABROUX, in *Archives*, vol. XVII, 4 agosto 1790, pp. 606-607, aveva avuto modo di riprendere alcune tesi correnti circa la giurisprudenza, da sopprimere, ed « il vero che è la legge ». L'enunciazione di tali tesi, però, non sembra collimare perfettamente con il suo suggerimento, di poche settimane dopo, circa la redazione delle decisioni giudiziarie. Il testo proposto dal Comitato di costituzione, infatti, prevedeva che fosse « copiato il testo della legge che avrà determinato la decisione ». Chabroux, invece, suggerisce con successo (v. art. 15, tit. V, *Ordre judiciaire*) di sostituire la « copiatura » con l'indicazione dei « motivi che avranno determinato la decisione »; ed il suggerimento viene illustrato escludendo — con un riferimento da ritenersi non rinchiuso nel passato — che le leggi siano « tanto precise » da costringere il giudice a copiarne il testo: v. *Archives*, loc. ult. cit.

dura con giurati » (artt. 2 e 12), prevede: *a*) che i vecchi tribunali, fino a quando resteranno in funzione, e poi quelli di distretto, non appena insediati, potranno « informer, décréter, instruire et juger en matière criminelle », seguendo provvisoriamente le regole processuali previgenti (art. 3); *b*) che i processi pendenti, in primo grado o in appello, presso tribunali o commissioni straordinari a causa di committimus od altro privilegio o a causa di avocazione o attribuzione, saranno rinviati ai tribunali di distretto che rimpiazzeranno quelli che ne avrebbero dovuto « naturalmente » conoscere (art. 6), mentre per quelli pendenti presso *sièges prevotaux* o *presidieaux* o, in appello, davanti ai vecchi parlamenti, consigli superiori od altri giudici di secondo grado, provvederanno i tribunali di distretto dislocati nelle corrispondenti sedi (art. 8); *c*) che l'appello per i processi esauriti in primo grado dopo la pubblicazione del *décret de quo* e per quelli terminati in precedenza (a meno che i condannati siano stati trasferiti alle prigioni presso il giudice di secondo grado), varrà la regola della scelta da parte dell'accusato (e in caso di sua inerzia da parte dell'accusatore pubblico) fra sette tribunali distrettuali (artt. 9 e 10), conformemente a quanto previsto in generale dal tit. V del *décret* 16-24 agosto 1790. Come emerge da questo rapido inventario, nella normativa provvisoria si rinvencono tre facce del giudice naturale: due hanno fisionomia analoga a quelle ritratte dall'art. 17, tit. II, legge sull'ordinamento giudiziario, barriera nei confronti dei passati abusi e conferma del principio di precostituzione (quale che esso sia) ed una terza, circa l'appello, plasmata (in buona parte) dall'ofelimità, che ispira il tit. V di tale legge.

La disciplina definitiva in materia penale viene poi realizzata soltanto con il *decrét* 16-29 settembre 1791, concernente la « police de sureté, la justice criminelle et l'établissement des jurés ». Da esso emerge l'opzione per il giudice distrettuale del luogo del delitto (prima parte, tit. V, artt. 10, 17 e tit. VI, art. 5), opzione che vale per il jury d'accusation e per quello del dibattimento davanti al *tribunal criminel* dipartimentale (seconda parte, tit. I, art. 12 e tit. VI, art. 2). Qui la garanzia del giudice naturale si regge sull'equilibrio fra tre contrappesi: precostituzione, dal momento che la scelta rimessa all'accusato darebbe luogo ai « più grandi inconvenienti », « parità » del giudice, connessa anche al sorteggio, e volontarietà, collegata alle ricusazioni. Per i reati che richiedono la giuria, però, la regola della

precostituzione ammette una doppia eccezione che privilegia la volontà dell'accusato, con il conseguente diritto di scegliere il tribunale criminale fra i due dislocati nei dipartimenti più vicini a quello originariamente competente: la doppia eccezione ricorre nel caso in cui il *jury* d'accusa coincida con quello del luogo in cui ha sede il tribunale e nel caso in cui tale sede coincida con il domicilio dell'accusato (seconda parte, tit. VI, art. 3). Le eccezioni, tuttavia, operano solo se il tribunale originariamente competente risulta dislocato presso una città che ha meno di quarantamila abitanti (in base alla disposizione di cui al successivo art. 4). L'opinabilità della limitazione innesca un breve dibattito dal quale viene ben sottolineato come, al di là dei contrasti, il rimettere la scelta all'accusato si ricolleggi ad esigenze di imparzialità. Di più, nel replicare alle critiche suscitate dalla limitazione, il relatore Duport dichiara che il Comitato aveva pensato di stabilire in via generale che nessun cittadino avrebbe potuto essere giudicato « nel luogo dell'accusa né nel luogo del suo domicilio », ma che poi si era ritenuto di restringere l'esclusione alle città della riferita dimensione nel convincimento che nelle altre il peso delle passioni locali sarebbe stato « infinitamente minore »: almeno eccettuati — si specifica in maniera un po' sibillina — i tempi di rivoluzione <sup>(44)</sup>. Ed anche di ciò — regola, eccezione ed eccezioni alla eccezione — occorre tenere conto nel ricostruire struttura e funzione del *juge naturel*, tutt'altro che appiattite su una sola dimensione.

4. *I « giudici d'eccezione » e l'ambito della massima « Chacun peut faire de son non juge son juge ». La compressione della giustizia dei tribunali.*

I profili della legge sull'ordinamento giudiziario sino qui tratteggiati — per quanto necessariamente sommari e con il fuoco concentrato sul « giudice naturale » — sarebbero incompleti se non

---

<sup>(44)</sup> Le obiezioni al limite previsto dall'art. 4, tit. VI, parte II, del decreto istitutivo della giuria, sono formulate da REGNAUD, in *Archives*, vol. XXII, 22 gennaio 1791, p. 416 e, ivi, la replica di Duport. Esalta i giurati in quanto giudici del luogo, Maury, priore di Lyons, in *Archives*, vol. XX, 25 ottobre 1790, pp. 28-29 (con riferimento alla *Haute cour nationale*).

si provvedesse ad un contenuto allargamento del campo: così da comprendere, di scorcio, anche ulteriori sequenze che eccedono ancora la giustizia penale, risalendo — attraverso i *mots-clefs* che talora risuonano nelle discussioni dell'Assemblea — ma solo per lambirlo, al complesso substrato storico-politico della società francese a quel tempo. La dilatazione, per qualche aspetto, ha parentela con il fenomeno segnalato alla fine del paragrafo precedente: ossia è ricollegabile al ruolo assegnato alla volontà del singolo (giudicabile), che la legge, entro certi limiti, autorizza a far prevalere rispetto alle valutazioni seriali della « volontà generale ». Per altro e collegato aspetto, invece, la dilatazione del campo riguarda in particolare il ruolo del giudice che, indipendentemente dal rapporto di volta in volta istituito con la giurisdizione (ordinaria oppure no), si intende restringere: per motivi pratici e/o ideologici <sup>(45)</sup>. Entrambi gli aspetti vengono in luce quando — subito dopo il rinvio al Comitato di costituzione del progetto relativo al *Tribunal de cassation* — si apre la discussione sulla seguente questione: « Y aura-t-il des tribunaux d'exception? ». L'etichetta, con il suo riferimento all'« eccezionalità », risulta ambigua. Anzitutto perché, in base al progetto Thouret (prima e seconda versione), essa include sia previsioni che integrano figure di giudici non ordinari (« eccezionali » in questo senso), cioè in vario modo speciali (come i giudici di pace, quelli in materia di polizia, per il commercio e per il contenzioso dell'amministrazione e delle imposte), sia previsioni che danno vita a figure diverse dal giudice (come il *bureau* di pace ed il tribunale di famiglia).

La formulazione della questione, inoltre, non contribuisce ad avviare un dibattito lineare: provoca imbarazzo, come se equivalesse a designare un passo indietro rispetto alla funzione teorica e pratica già attribuita al carattere ordinario della giurisdizione. L'imbarazzo contribuisce ad un primo rinvio, relativamente al tribunale dell'am-

---

<sup>(45)</sup> Riguardo alla traccia linguistica, v. G. MATORÉ, *La méthode en lexicologie. Domaine français*, Parigi, 1953, pp. 67-79 (per quello che concerne i « mots clefs » intorno al 1765) e la tavola a p. 102 (circa il campo relativo all'arte ed alla tecnica, con « bonheur » in primo piano). Per lo spazio riservato all'« infrajudiciaire » nell'antica Francia, v. il cenno di ROYER, *Histoire*, cit., pp. 41-43.

ministrazione e delle imposte <sup>(46)</sup>. La discussione si sposta poi su un altro tema specifico, l'istituzione — deliberata di volta in volta dall'amministrazione locale — di *tribunaux de commerce*, composti ed eletti dai diretti interessati (negozianti, mercanti, banchieri, manifatturieri, armatori, ecc.) nelle assemblee distrettuali (tit. XII, artt. 1 e 7, testo definitivo). All'inizio nell'Assemblea vi è disaccordo sulla loro istituzione. Così, oltre alle propensioni per l'approvazione o per un secondo rinvio, vi è chi si schiera contro: in nome dell'« unità che costituisce la base della Costituzione », quanto alla giurisdizione. Ma vi è anche qualcuno che prende la palla al balzo per invocare l'introduzione di arbitri, il cui metodo viene declamato come « grande, bello e troppo negletto ». Alla fine è l'intervento di Desmeuniers, *homme de lettres* di Parigi, che mette il problema nella corretta prospettiva. Egli rileva, infatti, come il modo di formulare la questione ne abbia ingarbugliato i termini, evocando, con il riferimento ai « tribunali d'eccezione », pessime memorie e paralleli rigetti di principio. Occorre, viceversa, evitare suggestioni nominalistiche e tenere presente che i tribunali ordinari, cifre alla mano, non avrebbero retto il sovraccarico derivante dal lavoro svolto in precedenza dai tribunali consolari; che questi antenati avevano lasciato un buon ricordo anche per la loro rapidità e, infine, che non si poteva pretendere dai giudici ordinari « conoscenze molto dettagliate circa le *formes d'administration* per decidere su tutti i fatti, senza distinzioni ». L'intervento decisivo, però, risulta quello dei rappresentanti delle categorie interessate: dopo la lettura di una loro petizione, l'Assemblea approva, a grande maggioranza, l'istituzione dei tribunali di commercio <sup>(47)</sup>.

---

<sup>(46)</sup> Per la formulazione della questione ed il rinvio, v. *Archives*, vol. XV, 27 maggio 1790, p. 684.

<sup>(47)</sup> Nella discussione sui tribunali di commercio, in *Archives*, vol. XV, 27 maggio 1790, pp. 684-688, si pronunciano contro, per ragioni di principio, prospettando soluzioni di compromesso e rinvii, Defermon, commissario per gli stati di Bretagna, Buzot e de Saint-Martin; risultano, viceversa, favorevoli, Nairac, negoziante di Bordeaux, Leclerc, ex console, e Garat l'ainé. Desmeuniers, concludendo il suo intervento ortopedico, si limita a chiedere che le materie relative al commercio possano essere decise « per vie diverse » da quelle dei tribunali ordinari. Che l'approvazione sia avvenuta « a grande maggioranza », risulta dal *Moniteur*, vol. IV, cit., p. 476. Per un quadro della diffusa valutazione positiva dei tribunali consolari, v. R. AUBIN, *Organisation*, cit., pp. 223-231.

È poi la volta dei giudici di pace (7-20 luglio 1790), la cui introduzione era stata largamente auspicata dai *Cahiers*, pur nella varietà dei modelli: in relazione al ruolo (giudici *de minimis*, conciliatori, arbitri), al sistema della elezione (diretta oppure mediata dalle municipalità), alla composizione e competenza<sup>(48)</sup>. La presentazione di Thouret ha un esordio piuttosto georgico: con i giudici di pace, in fondo, si tratta di offrire agli abitanti delle campagne, non più costretti a raggiungere le città (e qui imbrogliati dai *praticiens*), una « giustizia pronta, facile e, per così dire, domestica, che non esige l'apparato di una procedura rovinosa e che non domanda altre leggi che le indicazioni del buon senso »; insomma dei giudici simili agli arbitri, ai quali basta avere i « lumi dell'esperienza, buon discernimento e pratica di controversie ». Ne conseguirà che l'« agricoltura sarà più onorata ed il soggiorno in campagna più ricercato. Le campagne saranno popolate da uomini di merito di ogni genere ». Ma i giudici di pace, afferma l'avvocato di Rouen, non saranno soltanto dei « mediatori », bensì, pur entro la loro limitata competenza, anche giudici, sollevando gli altri tribunali da una grande quantità di cause<sup>(49)</sup>. Tale equilibristica equivalenza sollecita opposte reazioni. Da una parte si richiede, per il *bonheur* dei concittadini, che i giudici di pace siano « arbitri e conciliatori », « pacificatori », e non « giudici contenziosi » privi di adeguata esperienza e, quindi, influenzabili da *praticiens*, occulti suggeritori sempre all'opera. Dall'altra, si ribatte che l'accoglimento di una simile richiesta non consentirebbe di raggiungere lo scopo per il quale è prevista l'istituzione dei giudici in questione: tutte le volte che l'invito alla pace, alla mediazione risultasse senza effetto. Si aggiunge poi, « volete avere dei veri giudici di pace? Date loro una vera competenza », cioè relativa a « fatti locali », per i quali i giudici di distretto non

---

<sup>(48)</sup> Ampio ragguaglio in R. AUBIN, *Organisation*, cit., pp. 195-210 e, per una visione d'insieme, J.-P. ROYER, *Histoire*, cit., pp. 263-265.

<sup>(49)</sup> THOURET, in *Archives*, vol. XVI, 7 luglio 1790, pp. 737-738 (con riferimento al secondo progetto). Dietro il tono georgico, però, può balenare anche qualche riflesso della rivoluzione contadina o « terza rivoluzione »: cfr., ad es., G. LEFEBVRE, *Révolution*, cit., pp. 146-148 e F. FURET, D. RICHEL, *La Rivoluzione francese* (1973), vol. II, Roma-Bari, 2008, p. 92 e ss. I giudici di pace, comunque, vengono istituiti anche nelle città, art. 2, tit. III, *décret* 16-24 agosto 1790 e tit. X del Regolamento per i giudici di pace, 14-26 ottobre 1790.

avrebbero « altrettanta conoscenza di causa ». Dall'impasse si esce (provvisoriamente) domandando all'Assemblea — provvede ancora Desmeuniers — una risposta chiara circa la natura contenziosa o meno della « giurisdizione » spettante ai giudici di pace. Risposta che risulterà affermativa nel primo senso <sup>(50)</sup>.

Senza entrare nei dettagli della disciplina, va ricordato che inizialmente, in base al *décret* 16-24 agosto 1790, il giudice di pace (che operava con l'assistenza di due assessori) non aveva competenza in materia penale, potendo essa materializzarsi, per così dire, solo in negativo, cioè per le azioni concernenti ingiurie verbali, risse e vie di fatto qualora le parti avessero rinunciato alla via penale (art. 10, n. 6, tit. III, testo definitivo). La preclusione, tuttavia, non durerà a lungo; ma le molte reincarnazioni ed i variegati compiti via via affidati ai giudici di pace — a parte gli incroci di cui appresso — qui non interessano. Merita menzione, però, la circostanza che l'idilliaco quadro entro cui l'istituzione era nata, stando alle valutazioni dei contemporanei, non avrà facile traduzione nella realtà: specie a causa dell'inadeguato peso attribuito ai requisiti necessari per coprire il relativo incarico <sup>(51)</sup>. Ma occorre soprattutto sottolineare i rapporti tra *justices de paix, juridictions extraordinaires, e juge naturel*. Sempre con riferimento all'occhio dei contemporanei, lo spunto per una riflessione al riguardo viene da una disposizione contenuta nel Regolamento sulla procedura riguardante la *justice de paix* (*décret* 14-26 ottobre 1790, tit. I, art. 10), secondo la quale il giudice di pace al quale le parti si siano volontariamente rivolte per decidere

---

<sup>(50)</sup> Per le due tesi contrapposte (ma non troppo), v., in senso avverso al carattere contenzioso, PRUGNON, e, in senso favorevole, CHABROUX, in *Archives*, vol. XVI, 7 luglio 1790, pp. 738-739; il chiarimento era già stato sollecitato da D'ANDRÉ e GARAT, *ivi*, pp. 739-740. Cfr. J.-P. ROYER, *Histoire*, cit., pp. 263-266.

<sup>(51)</sup> Circa questa critica, si fa soprattutto riferimento a P.-P.-N. HENRION DE PANSEY, *De la compétence des juges de paix* (stampato di seguito a *De l'autorité judiciaire en France*), Bruxelles, 1830, spec. p. 248 (la prima ediz. è del 1810). Ma la critica dell'ingenua impostazione iniziale viene condivisa pure successivamente, sino ai nostri giorni, v. R. PERROT, *Institutions judiciaires*, Parigi, 2008<sup>13</sup>, pp. 8 e 112 (anche se il giudice di pace è ormai considerato con il distacco connesso ad una figura da tempo scomparsa, v. S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, A. VARINARD, T. DEBARD, *Institutions juridictionnelles*, Parigi, 2009<sup>10</sup>, pp. 470-471). L'affidamento al giudice di pace delle funzioni concernenti la polizia di sicurezza, *décret* 16-29 settembre 1791, parte I<sup>a</sup>, tit. I, art. 1, solleva forti critiche, v. A. ESMEIN, *Histoire*, cit., pp. 432-433.

la loro controversia, potrà provvedere « anche se non fosse il giudice naturale delle parti, né in base al domicilio del convenuto, né in base alla dislocazione dell'oggetto della lite ». Un commentatore particolarmente autorevole mette in luce che il superamento della competenza territoriale così consentito si fonda su un antichissimo principio: in base al quale, ferma la competenza per materia, « chacun peut faire de son non juge son Juge »; principio — messo in crisi dalla patrimonialità della giustizia signorile e dalla venalità di quella reale — per cui « i giudici sono stabiliti per il vantaggio dei giudicabili ». Ed il commentatore ha poi cura di precisare, sulla scorta del diritto romano e del diritto comune, che il risalente principio vale pure per la proroga volontaria della competenza territoriale di un giudice straordinario, quale è quello di pace <sup>(52)</sup>.

Mentre attraverso il giudice di pace era stata introdotta una giustizia alla buona per controversie di scarsa entità, con la comparsa del bureau de paix, composto dal giudice di pace e dai suoi assessori (5 agosto 1790), si crea un organo al quale viene affidato il compito di tentare in via preventiva la conciliazione delle parti, tentativo obbligatorio per tutte le cause civili (in primo ed in secondo grado) eccedenti la competenza del giudice cantonale (artt. 1-7, tit. X, testo definitivo). Nonostante la popolarità dell'idea, l'approvazione della nuova figura incontra difficoltà, legate in particolare alla circostanza che, di fatto, così vengono attribuite a tale giudice decisioni che si era ritenuto non dovessero rientrare nella sua competenza mancandogli, nella maggior parte dei casi, una « sufficiente esperienza ». E l'obiezione assume la forma di un'accusa di incostituzionalità. Le resistenze vengono comunque superate: il bureau — si replica — è conforme alla Costituzione poiché, sino dai suoi primi passi, il « desiderio di estinguere i processi » ne ha accompagnato l'elaborazione. Al bureau de paix, in quanto bureau de jurisprudence charitable, è altresì affidato il compito di assistere e difendere i poveri (art. 8, tit. X) <sup>(53)</sup>. Nello stesso ambito temporale (5 agosto 1790), si

---

<sup>(52)</sup> Il commento all'art. 10, décret 14-26 ottobre 1790, in P.-P.-N. HENRION DE PANSEY, *Autorité judiciaire*, cit., pp. 249-256.

<sup>(53)</sup> Nel dibattito all'Assemblea sul bureau de paix in funzione conciliativa, in *Archives*, vol. XVII, 5 agosto 1790, pp. 616-620, la tesi della incostituzionalità viene sostenuta da Brillat-Savarin, avvocato del baillage di Bugex en Valromeney, la tesi

inserisce l'istituzione del *tribunal de famille* (artt. 12-17, tit. X, testo definitivo), composto da parenti (in veste di arbitri) destinato a decidere, senza suscitare scandali, le controversie tra loro insorte (salvo appello al tribunale del distretto), oppure, composto da tutta la famiglia riunita, per reprimere (salvo il controllo affidato al presidente del tribunale del distretto) gravi comportamenti di un *enfant* o di un pupillo. Lapidariamente viene osservato che l'istituto in parola « racchiude tutti i germi della parzialità »: le sue decisioni non saranno rese « in base alla giustizia, ma in base all'affetto dei giudici per le parti »<sup>(54)</sup>.

Dopo il rinvio del maggio precedente, l'11 agosto 1790 l'Assemblea vara i giudici in materia di polizia (tit. XI, testo definitivo), commettendo le relative funzioni ai *corps municipaux* (art. 1). La materia aveva alle spalle una storia lunga e soprattutto contorta, data la tendenza a confondere nelle stesse mani la produzione di disposizioni regolamentari, l'attività amministrativa e la repressione penale<sup>(55)</sup>. La disciplina presentata da Thouret, ad ogni modo, viene

---

opposta da Chabrud, tra gli incerti, Lanjuinais e Prugnon. Thouret, per superare l'accusa di scarsa esperienza rivolta al *bureau*, evoca pure i benefici « effetti della Rivoluzione sugli spiriti ». Le propensioni per la mediazione oscillano nel tempo, ben nota è la posizione al riguardo di J. BENTHAM, *De l'organisation judiciaire*, cit., p. 50, « Niente di più lodevole dello scopo: niente di meno efficace e persino di più contrario allo scopo del mezzo ». J.-P. ROYER, *Histoire*, cit., pp. 265-266, richiama, per una più corretta valutazione del *bureau*, la distinzione fra quello cantonale e quello operante presso il giudice di distretto. La presa di posizione negativa risulta tuttora forte, v. R. PERROT, *Institutions judiciaires*, cit., pp. 382-383. R. BORDEAUX, *Philosophie*, cit., p. 406, ricorda che la conciliazione in precedenza era affidata al *barreau* e considerata dagli avvocati come una delle loro « più splendide prerogative ».

<sup>(54)</sup> La lapidaria osservazione è di ROBESPIERRE, in *Archives*, vol. XVII, 5 agosto 1790, p. 621; è forse un po' singolare che l'unico punto suscitatore di dibattito in materia riguardi l'età dell'*enfant* (venti o venticinque anni ed, alla fine, ventuno), ivi, pp. 621-622. La normativa sul tribunale di famiglia (artt. 12-14, tit. X), trova la sua redazione definitiva nella seduta assembleare del 16 agosto, in *Archives*, vol. XVIII, p. 90. Per una riconsiderazione in chiave positiva del tribunale di famiglia, cfr. J.-P. ROYER, *Histoire*, cit., pp. 267-270 e 312-314.

<sup>(55)</sup> Una dettagliata esposizione della materia (sino alla Costituzione del 5 fruttidoro anno III, 22 agosto 1795, art. 233, comma 3, ed al codice dei delitti e delle pene, 3 brumaio anno IV, 25 ottobre 1795, libro II, tit. I, art. 151 e ss., che investe della funzione i giudici di pace) in F. HÉLIE, *Teorica del codice di procedura penale*, vol. III, Palermo, 1880, pp. 350-442 (spec. p. 409).

approvata senza grandi discussioni — il tempo incalza — con un distacco dal passato piuttosto limitato. Certo l'elencazione degli *objets* rientranti nella competenza dei giudici di polizia, emanazione dei corpi municipali, risulta minuta (art. 3), ma al riguardo, a parte altre considerazioni, i confini fra ciò che è espressione di attività amministrativa e ciò che rientra nell'attività giudiziaria restano congenitamente indefiniti, se si tiene in particolare presente che l'investitura include le violazioni dei regolamenti di polizia, emanati dagli stessi corpi municipali (art. 2). C'è da chiedersi se la naturalità, che in questo caso comprende la precostituzione (oltre all'elezione popolare dei giudici), possa non includere l'indipendenza e l'imparzialità. Senza indugiare su più che intuibili confronti, si menziona come, in occasione del rinvio di maggio, si era incisivamente rilevato che « il potere giudiziario finisce là dove comincia la polizia »<sup>(56)</sup>. Riguardo a due punti, però, il progetto del Comitato viene completato. Uno attiene al tipo ed al tetto delle sanzioni applicabili dai corpi municipali in materia di polizia (art. 5), campo nel quale in passato aveva imperversato l'arbitrio; l'altro riguarda l'impugnabilità davanti ai tribunali distrettuali dei « jugements » resi da tali corpi (art. 6)<sup>(57)</sup>.

Tanto il primo quanto il secondo dei progetti presentati da Thouret — art. 1, rispettivamente, tit. XV e XIII — prevedevano l'istituzione di un *tribunal d'administration* presso ogni dipartimento. Esso avrebbe dovuto giudicare, tra l'altro, il contenzioso in materia di amministrazione e di imposte, salvo l'esperimento di un tentativo di conciliazione affidato al direttorio del distretto, quanto alla contribuzione diretta ed al direttorio del dipartimento, quanto alle controversie sollevate dagli imprenditori nell'ambito dei lavori

---

<sup>(56)</sup> BUZOT, in *Moniteur*, vol. IV, cit., 27 maggio 1790, p. 475; v. pure SAINT-MARTIN, *ivi*, pp. 475-476. Per l'inquadramento, v. F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif (de la Révolution au début des années 1970)*, Parigi, 1995, pp. 48-50.

<sup>(57)</sup> Cfr. *Archives*, vol. XVII, 11 agosto 1790, pp. 724-725. La disciplina della materia verrà poi rielaborata con il decreto 19-22 luglio 1791, relativo alla polizia municipale e correzionale. V. J.-J. CLÈRE, *Les constituents et l'organisation de la procédure pénale*, in *La Révolution et l'ordre juridique*, cit., vol. II, pp. 452-453, che mette in luce i profili atti a violare il principio della separazione dei poteri, profili realizzati affidando alle nuove municipalità (incaricate di mantenere l'ordine) sia l'emanazione di un gran numero di regolamenti di polizia, sia la sanzione delle corrispondenti violazioni.

pubblici (artt. 3 e 6, rispettivamente, tit. XV e XIII). Previsione che peraltro va iscritta sullo sfondo della presentazione generale del *rapporteur* (24 marzo 1790), secondo la quale occorre tenere ben separato il « potere di amministrare » dal « potere giudiziario »: come ammonivano le risalenti invasioni di campo operate da quest'ultimo ai danni dell'altro; specificandosi che quando la « nazione elegge i suoi amministratori, i ministri della giustizia distributiva non devono immischiarsi nell'amministrazione, la cui cura non è ad essi affidata » (58). Il contenzioso circa l'amministrazione e le imposte viene di nuovo alla ribalta il 27 maggio successivo ma, come si è già visto, la relativa discussione viene subito rinviata; così come accadrà ancora il 12 agosto, questa volta perché mancava il parere del Comitato delle imposte, e conseguente uscita dal *décret* 16-24 agosto 1790 (59). La normativa al riguardo prende finalmente corpo poco dopo, con il *décret* « additionel » (rispetto a quello dell'agosto) 6/7-11 settembre 1790, *rapporteur* Desmeuniers, *décret* che dispone pure la soppressione degli « antichi uffici e tribunali » (artt. 8-14), riassorbendo, complessivamente, i titoli XIII e XIV del secondo progetto Thouret. Il quadro che emerge dalla redazione definitiva — limitandoci ai profili segnalati per i precedenti progetti — diventa il seguente: per il contenzioso concernente la contribuzione diretta, la competenza passa al direttorio del distretto, con la possibilità di ricorso gerarchico a quello del dipartimento (art. 1); circa le azioni civili riguardanti le imposte indirette (in precedenza non contemplate data la loro natura), resta investito il giudice del distretto (art. 2); quanto alle controversie in materia di lavori pubblici, gli imprenditori debbono ora rivolgersi, in via conciliativa, al direttorio del distretto, con la possibilità di ricorrere poi a quello del dipartimento (art. 3). L'evidente arretramento così realizzato — poco illuminato da una discussione assembleare esangue e muta al riguardo (60) — sembra esibire, almeno per alcuni profili, linee di continuità strutturali con assetti del passato. Senza approfondimenti qui fuori posto

---

(58) THOURET, *Archives*, vol. XII, 24 marzo 1790, p. 344.

(59) Come spiega THOURET, *Archives*, vol. XVII, 12 agosto 1790, p. 736.

(60) Cfr. *Archives*, vol. XVIII, 6 settembre 1790, p. 622; DESMEUNIERS, *ivi*, p. 621.

Il ricorso al *tribunal de cassation* in materia di *contributions indirectes*, è previsto dall'art. 20, *décret* 27 aprile-25 maggio 1791, relativo all'« organisation du ministère ».

ed a parte le ardue verifiche delle prassi, pare opportuno segnalare come, entro il dibattito storiografico tra fautori ed avversari della continuità con l'Antico regime, qualche volta si faticò a tenere ben distinto il piano dell'amministrazione-attività da quello della nascita del diritto amministrativo; qualche altra, forse, si sopravvalutò il ruolo della formazione culturale dei legislatori protagonisti, per le loro radici nel passato; e qualche altra ancora, l'incomparabilità dei quadri generali posti a confronto spingeva a sfuocare i connotati degli istituti specifici <sup>(61)</sup>. Ai presenti fini, però, la constatazione assorbente riguarda, rispetto ai progetti, le sottrazioni alla giurisdizione, pure se occorre aggiungere che esse non includono più, rispetto al passato, la funzione repressiva <sup>(62)</sup>.

Nel giorno in cui l'Assemblea costituente licenzia l'ordinamento giudiziario (16 agosto 1790), compaiono all'improvviso i « giudici arbitri », figure che rafforzano il primato attribuito alla volontà delle parti e la cui disciplina va ad occupare il titolo I del testo definitivo. Il relatore Thouret — riprendendo una figura auspicata come autonoma solo da Duport qualche mese prima, ma sempre serpeggiante, in particolare, fra i discorsi sui « tribunali d'eccezione » — si limita ad esaltare l'istituzione di una giustizia « pura, semplice e pacifica » ed a proclamare che il sistema giudiziario « sarà incompleto e nocivo se non libererete l'arbitrato dalle strettoie mediante le quali si è cercato di abolirlo ». Aggiungendo che la giustizia dei tribunali non è istituita che come un « rimedio estremo per coloro

---

<sup>(61)</sup> Sulla distinzione fra i due piani insiste F. BURDEAU, *Histoire*, cit., pp. 38-40 e v. pure l'impostazione di M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1976<sup>1</sup>, p. 22 e ss. Quanto al peso attribuito alla formazione culturale, v. P. LEGENDRE, *Histoire de la pensée administrative française*, in *Traité de Science administrative*, Parigi, 1966, pp. 30-31 (seguito da M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., pp. 25-26). Riguardo all'incomparabilità dei quadri generali — ovviamente incontestabile — la posizione di S. CASSESE, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, vol. I, Milano, 2000, p. 10, sembra, per le conseguenze che l'A. ne trae, troppo netta: con qualche sovrapposizione fra i due piani di cui sopra; più misurata la posizione di F. BURDEAU, *Histoire*, cit., pp. 48-51, che però non vede collegamenti con il principio fissato presso l'art. 13, tit. II, décret 16-24 agosto 1790.

<sup>(62)</sup> La sottolineatura è di F. BURDEAU, *Histoire*, cit., p. 51.

che non riescono a farne a meno »<sup>(63)</sup>. L'ambito operativo dell'*arbitrage*, « il mezzo più ragionevole per porre fine alle contese », che i futuri legislatori non avrebbero dovuto limitare (art. 1, disposizione ripresa dalla Costituzione del 1791, art. 5, tit. III, cap. V), risulta amplissimo, come il primato riconosciuto alla volontà delle parti: esteso, senza eccezioni, a tutte le controversie civili concernenti i diritti di cui i cittadini abbiano la disponibilità (art. 2). La discussione in merito, viceversa, risulta assai striminzita, riducendosi al rifiuto di stabilire un termine per il ricorso all'arbitrato ed all'affermazione che non vi era bisogno di prevedere esplicitamente un rimedio per l'ipotesi di « prevaricazione o di ingiustizia », dal momento — si dice — che, in simili evenienze, il ricorso discende dal diritto naturale<sup>(64)</sup>.

---

<sup>(63)</sup> THOURET, in *Archives*, vol. XVIII, 16 agosto 1790, p. 89. Per Duport, v. *Archives*, vol. XII, 29 marzo 1790, pp. 420-421. Il titolo I dei due progetti di Thouret (tit. II testo definitivo) era destinato a contenere i principi costituzionali dell'ordinamento giudiziario; al riguardo, però, si nota che con l'art. 4 delle disposizioni complementari in materia, decreto 16 agosto 1790, l'Assemblea si riserva di stabilire quali norme avranno carattere costituzionale e quali carattere regolamentare, cfr. *Archives*, vol. XVIII, 16 agosto 1790, p. 110. La normativa definiva sul tribunale di famiglia (tit. X, artt. 10-12) ed il completamento di quella sui giudici di commercio (tit. XII, art. 14), viene realizzata nello stesso giorno in cui l'Assemblea vara il decreto sull'*ordre judiciaire*: cfr. *Archives*, vol. XVIII, 16 agosto 1790, p. 90.

<sup>(64)</sup> La richiesta di un termine era stata avanzata da Loys e quella del rimedio da Martineau, *Archives*, vol. XVIII, 16 agosto 1790, p. 89; v. J.-P. ROYER, *Histoire*, cit., pp. 462-463.



CAPITOLO TERZO  
TRIBUNAL DE CASSATION E LEGISLATORE

1. La legge sul *Tribunal de cassation* (27 novembre - 1° dicembre 1790). Il dibattito sul progetto Le Chapelier. Dal profilo teorico-ideologico (tesi di Prugnon, Robespierre e Chabroud) alla individuazione delle funzioni: i motivi del ricorso per cassazione. — 2. (*segue*) Il *renvoi pour suspicion légitime*: formula vaga e parallela tradizione di sottrazione al giudice naturale. Il modello « bureau des requêtes » esteso al « *renvoi* ». *Référé* obbligatorio e interpretazione della legge. — 3. Sviluppo di una normativa *ad hoc* per la giustizia penale. Il *Tribunal* fra riduzione e dilatazione del controllo: il ricorso per falsa applicazione della legge ed il *référé* obbligatorio « contratto ».

1. *La legge sul Tribunal de cassation (27 novembre-1° dicembre 1790). Il dibattito sul progetto Le Chapelier. Dal profilo teorico-ideologico (tesi di Prugnon, Robespierre e Chabroud) alla individuazione delle funzioni: i motivi del ricorso per cassazione.*

Volgendo al termine l'« anno di La Fayette », con la Rivoluzione avviata verso nuovi tornanti — quelli interni e quelli legati alle guerre — la discussione sul *Tribunal de cassation* viene di nuovo all'ordine del giorno dell'Assemblea il 25 ottobre 1790 (due mesi dopo la sanzione reale al *décret* sull'organizzazione giudiziaria), congiuntamente a quella sull'istituzione di un'Alta corte di giustizia per i crimini di « lesa nazione »: ne è relatore Le Chapelier. In prima battuta ci occuperemo del ruolo da attribuire al *Tribunal*, solo successivamente approfondiremo i profili attinenti alla sua competenza. Alla data appena indicata, risultava approvato il solo art. 1 del futuro *décret* 27 novembre-1° dicembre 1790: « Il y aura un tribunal de cassation établi auprès du corps législatif ». Ed in questa versione definitiva — che non sembra semplicemente legata al superamento delle questioni relative alla unicità e sedentarietà — il carattere fisico della dislocazione rappresenta, come si è già accennato, una premes-

sa per il suo carattere metafisico <sup>(1)</sup>. Il relatore, nella sua brevissima presentazione del *Tribunal*, mette in risalto come, per evitarne lo spirito di corpo e suscitane lo spirito di emulazione, sia prevista la divisione in tre sezioni, sottolineando soprattutto che la scelta dei suoi trenta componenti complessivi spetta al corpo legislativo: dal momento che chi ha il potere di fare le leggi deve avere anche la sorveglianza circa la loro esecuzione <sup>(2)</sup>. Riguardo all'Alta corte — tenuto conto che l'istruttoria veniva affidata a cinque *grands juges* presi tra i membri del *Tribunal* — qui basta ricordarne due connotati. Il primo concerne la sua dislocazione, individuata dal corpo legislativo, ma in una città distante almeno quindici leghe da esso (art. 6 del progetto). Questa previsione solleva le obiezioni di Robespierre, del resto piuttosto scettico sulla creazione del nuovo organo: comunque, se proprio la si vuole fare — dichiara — occorre che l'Alta corte sia collocata vicino alla sede del legislativo, al quale solo spetta la sua convocazione; sede, inoltre, che coincidendo con il « centro dei lumi », consentirebbe un'adeguata sorveglianza da parte dell'opinione pubblica <sup>(3)</sup>. L'altro connotato da segnalare riguarda la competenza dell'Alta corte: ricomprendente in genere « tutti i crimini e delitti di cui il Corpo legislativo giudicherà necessario farsi accusatore » (art. 4). In particolare, l'indeterminatezza assoluta delle fattispecie di riferimento (reati e pene),

---

<sup>(1)</sup> Stando a quanto riportato nelle *Archives*, vol. XX, 9 novembre 1790, nota 1 alla p. 330, l'art. 1, testo definitivo, della legge sul *Tribunal*, sarebbe stato approvato il 5 ottobre precedente. Tuttavia, in base al resoconto delle sedute dell'Assemblea, in tale ultima data, ivi, vol. XIX, p. 469, risulta solo la richiesta di Populus, avvocato del *baillage* di Bourg-en-Bresse, tesa a sollecitare la presentazione, da parte del Comitato, entro un termine brevissimo, di un piano per l'istituzione del *Tribunal* (e dell'Alta corte). Va aggiunto, a proposito dei nuovi tornanti (interni) della Rivoluzione, che, sempre il 5 ottobre 1790, risulta comunicata all'Assemblea la documentazione, proveniente dal corpo municipale di Rouen, relativa al « complotto per rapire il re » e, inoltre, che viene data lettura di una nota, trasmessa dal guardasigilli, circa la reazione di alcuni Parlamenti (talora negativa, in particolare quello di Rouen) alla loro disattivazione, cfr. *Archives*, vol. XIX, 5 ottobre 1790, pp. 462-465 e 469. Cfr. G. LEFEBVRE, *Révolution*, cit., pp. 154-162.

<sup>(2)</sup> La presentazione di LE CHAPÉLIER, in *Archives*, vol. XX, 25 ottobre 1790, p. 22 (il testo del provvedimento alle pp. 22-25): in essa si osserva che « se fosse possibile, rientrerebbe tra i veri principi che le decisioni contrarie alla legge siano cassate mediante decreti ».

<sup>(3)</sup> ROBESPIERRE, in *Archives*, vol. XX, 25 ottobre 1790, pp. 25-27.

provoca diffuse reazioni negative: commisurabili, del resto, proprio alle attese suscitate dall'intenzione, illustrata dal relatore, di configurare mediante l'Alta corte uno strumento idoneo a scongiurare le « accuse temerarie ». Ne consegue l'accantonamento del progetto sul tema ed il passaggio al dibattito sul *Tribunal* <sup>(4)</sup>. Si segnala, però, che contestualmente viene presentato da Anthoine, luogotenente generale del *baillage* di Boullay, un progetto complessivo, alternativo rispetto a quello del Comitato. Di tale progetto vanno ricordati, per la centralità del loro bersaglio, alcuni aspetti, condensabili nelle seguenti proposizioni. I componenti della *Cour de cassation* sono veri giudici, pertanto devono essere eletti (a tempo) dal popolo, senza altre intromissioni; da ciò consegue che al ministro della giustizia non può essere attribuita la sua presidenza ed il potere disciplinare, strettamente collegato a quell'attribuzione, che consentirebbe al suo titolare di « muovere tutto il sistema giudiziario mediante fili attaccati ad ogni giudice » <sup>(5)</sup>.

La discussione sul progetto Le Chapelier — nelle quale risuonano molti accenti e voci già noti — viene aperta da Prugnon, avvocato di Nancy (9 novembre 1790): con una critica dettagliata, articolo per articolo, al progetto e la presentazione di un controprogetto. Le maggiori riserve riguardano il complicato meccanismo previsto per nominare i componenti del *Tribunal*: elezione di un giudice da parte di ciascuno degli ottantatré dipartimenti, successiva selezione di quaranta di essi da parte del legislativo ed individuazione finale da parte del re dei trenta componenti destinati alle tre sezioni (artt. 1, 6 e 7 del progetto, riguardante la Cassazione e l'Alta corte). Con la censura, si rinnova l'accusa di avere operato un'« aperta violazione » di un principio costituzionale, quello per cui tutti i giudici devono essere frutto della « scelta immediata del

---

<sup>(4)</sup> Le critiche sono svolte da Maury, Bouzot (che chiede il rinvio), Duport e de Cazelés, v. *Archives*, vol. XX, 25 ottobre 1790, pp. 27-32 e 36-37. La *Haute cour nationale* verrà istituita con il *décret* 10-15 maggio 1791 e soppressa con il *décret* 25-26 settembre 1792 (salvo il ripristino con la Costituzione 5 fruttidoro anno III, 22 agosto 1795, artt. 265-273). Per la bibliografia sulla giustizia politica, in particolare quella concepita dalla Costituente, v. J.-P. ROYER, *Histoire*, cit., p. 315.

<sup>(5)</sup> L'illustrazione del progetto di ANTHOINE, in *Archives*, vol. XX, 25 ottobre 1790, pp. 32-35 e, per il testo (riguardante sia la *Cour de cassation* sia la *Cour nationale*), pp. 35-36.

popolo»: in linea di stretto principio — si ammette — la Cassazione non è una « portion de la justice », ma i suoi magistrati sono giudici. Viene poi sollevato il problema connesso alla ritenuta debolezza di un *Tribunal* che, invece di essere costituito da una sola grande *chambre* (art. 12 contro-progetto), risulta frantumato in tre sezioni, formate da pochi componenti (artt. 2 e 14 del progetto relativo al *Tribunal*): protesta in qualche modo distonica rispetto alla diffidenza per i grandi corpi giudiziari. Non molto lineare, poi, appare la presa di posizione dell'avvocato di Nancy circa il ruolo attribuito al ministro della giustizia: mentre esclude che ad esso possano spettare poteri disciplinari sui giudici (riservati invece alla *Cassation*), attribuzione già messa sotto accusa, non ha difficoltà a conferirgli la presidenza del *Tribunal*, con voto deliberativo, preponderante in caso di parità (artt. 16 e 14, contro-progetto). Il conferimento, privato dei poteri disciplinari, evita di cadere in pieno nelle critiche che abbiamo appena ricordato, ma risulta disarmonico rispetto alla sfiducia verso i ministri, in generale piuttosto diffusa nell'Assemblée <sup>(6)</sup>.

Nello stesso giorno, Robespierre — dopo aver criticato la « cascata di elezioni » ed il ruolo del ministro previsti per il *Tribunal* — riprende le tesi da lui svolte nel maggio precedente e ribadisce che l'interpretazione della legge, come al tempo del vecchio regime, spetta al legislatore. L'intervento è caratterizzato dall'impiego di tecniche argomentative basate, in particolare, sulla divisione, con partenza dalla domanda: a chi spetta sorvegliare l'esatta osservanza della legge? La risposta dell'avvocato di Arras è che il « potere di sorveglianza » non può fare parte del « potere giudiziario », che rappresenta il sorvegliato, e nemmeno dell'esecutivo, che divente-

---

<sup>(6)</sup> Cfr. PRUGNON, in *Archives*, vol. XX, 9 novembre 1790, pp. 330-335, per le critiche all'articolato del progetto, e 335-336, per il contro-progetto. Circa la sfiducia per i ministri, v. ad es., la mozione letta da Danton (a nome della commissione del comune di Parigi incaricata di chiedere il rinvio di tre ministri (incluso quello della giustizia), in *Archives*, vol. XX, 10 novembre 1790, pp. 353-354 e, per la documentazione contro il guardasigilli Champion de Cicé, vescovo di Auxerre, ivi, pp. 367-369, nonché, per le reazioni di quest'ultimo, ivi, 12 novembre 1790, pp. 400-403; infine, quanto alle sue dimissioni, ivi, 22 novembre 1790, p. 638; Duport, molto festeggiato, diventa il nuovo ministro della giustizia, ivi, 23 novembre 1790, pp. 722-724.

rebbe padrone della legge; d'altro lato, aggiunge e conclude, poiché la Costituzione non conosce un quarto « potere », la sorveglianza in parola non può che rientrare nel legislativo. Come insegnava, ad esempio, la logica di Port Royal, la prima regola della divisione è che la *partium enumeratio* sia « intera », comprendente « tutta l'estensione del termine che si divide ». All'apparenza tale regola parrebbe rispettata, posto che dalla Costituzione (quale che fosse il preciso punto di riferimento) l'eshaustività dell'elenco risulta adeguatamente confermata. Le cose, però, non stanno esattamente così; la « divisione dei poteri », infatti, occulta per sovrapposizione la non divisione quanto al « potere di sorveglianza », qui apoditticamente presentato come un'entità monolitica entro la coppia sorvegliato-sorvegliante: escludendo a priori che vi possano essere termini « medi », cioè più gradi o profili di sorveglianza. Una volta che ci si è liberati dalla bardatura costituita dalla *partium enumeratio*, resta solo una dissociazione, sorvegliato (potere giudiziario)-sorvegliante (potere legislativo), in cui si assegna a quest'ultimo la funzione di termine secondo, quello privilegiato. Del resto, pochi mesi prima, Robespierre aveva già attribuito d'ufficio al *Tribunal* il compito di « sorvegliante e censore dei giudici »: proprio perché al di fuori ed al di sopra di essi. Subito dopo l'intervento dell'avvocato di Arras, Goupil ribadisce l'impostazione già da lui illustrata (par. 2, cap. II) e sottolinea che l'autorità del *Tribunal* si basa su una « delega » del legislativo (7).

Anche Chabroud si rifà alle proprie antecedenti prese di posizione (marzo 1790) e ricorda l'avversione dell'opinione pubblica per le *robes rouges*, aggiungendo alcune precisazioni abbastanza importanti relative alle « regole costituzionali » del *Tribunal de cassation* (che riteneva opportuno fosse chiamato *Conseil national pour la conservation de la loi*). Dopo i progetti Thouret (art. 9, tit. X, del primo ed art. 5, tit. X, del secondo), fino a quel momento, i motivi del ricorso per cassazione non erano stati più messi a fuoco; l'avvocato del Delfinato li individua nella inosservanza delle « forme » e nella violazione delle « leggi costituzionali ». Secondo lui, si sarebbe

---

(7) ROBESPIERRE, in *Archives*, vol. XX, 9 novembre 1790, pp. 336-337; GOUPIL, *ivi*, p. 337. Circa la logica di Port-Royal, v. *Grammatica e logica di Port-Royal*, cit, pp. 218-221 (il riferimento è alla *Logica*, parte II, cap. XV).

dovuto fare luogo a cassazione « quando le forme non sono state osservate o si è giudicato contro le leggi costituzionali ». Nel primo caso, verrà cassata la procedura e si ricomincerà dall'atto dichiarato nullo; nel secondo caso, verrà cassata solo la decisione e le parti sceglieranno un altro tribunale, ma se la precedente decisione risulterà confermata — ribadendo quanto in precedenza sostenuto — non si potrà fare nuovamente richiesta di cassazione. A questo punto, poiché la discussione minacciava di svolgersi disordinatamente, viene fissato un ordine per la trattazione delle questioni, a partire dalle funzioni da assegnare al *Tribunal* <sup>(8)</sup>.

Le precisazioni di cui sopra, comunque, sollevano discussioni. Da un lato — è la tesi di Goupil — in quanto, rispetto ai vecchi principi (sempre « molto giusti in teoria », anche se male applicati), comporterebbero restrizioni, soprattutto legate al requisito del carattere costituzionale della legge, collidenti con la supremazia del legislativo anche nelle vesti cassatorie necessariamente ad esso attribuite, supremazia ritenuta perfettamente compatibile con la separazione dei poteri prevista dall'art. 16 della *Déclaration*. E va rimarcato che entro la critica di Goupil non trovano posto tentativi volti a chiarire il significato da attribuire al non perspicuo requisito; si rinviene invece la specificazione, di almeno uguale perspicuità, per cui la cassazione da parte del legislativo dovrebbe essere ammessa, non nei casi ordinari, ma solo nei « casi straordinari, dove l'interesse pubblico lo esige ». Dall'altro — è la tesi di Lanjuinais, professore di diritto canonico a Rennes — si muovono riserve di segno, in qualche senso, opposto, chiedendo che non sia lasciato spazio per il ricorso in cassazione, considerato come una sorta di doppione (solo « più disastroso ») dell'appello; ammettendo solo, a mezza bocca, che il requisito specifico richiesto da Chabroud ha unicamente il vantaggio

---

(8) Per CHABROUX, v. *Archives*, vol. XX, 9 novembre 1790, pp. 337-338 (il suo progetto, ivi, vol. XII, 30 marzo 1790, pp. 443-455); riguardo alle tesi da lui sviluppate in novembre, si ricordano i dubbi di J.-L. HALPERIN, *Tribunal*, cit., p. 69, circa il significato da attribuire alla locuzione « leggi costituzionali » (sono le nuove leggi votate dall'Assemblea costituente, in contrapposizione alle ordinanze ed alle consuetudini dell'Antico Regime?). La mozione relativa alla programmazione dei lavori assembleari è formulata da Roederer, consigliere al Parlamento di Metz, v. *Archives*, vol. XX, 9 novembre 1790, p. 338.

di comportare delle limitazioni, senza peraltro intraprendere alcun tentativo per individuarne la portata. L'intervento di Lanjuinais ha almeno il pregio di concludersi con una formulazione articolata dei motivi di cassazione: «violazione della legge talmente marcata da poter costituire il fondamento per una domanda di responsabilità del giudice», nonché, in via sussidiaria, per violazione di «legge costituzionale» o nel caso di «nullità concernenti la forma». Il requisito della «costituzionalità» resta indefinito, ma un'idea delle difficoltà che al riguardo si sarebbero dovute superare per chiarirne la portata può essere suggerita dall'art. 4 degli Articoli complementari — varati congiuntamente e in appendice al *décret* 16-24 agosto 1790 — secondo il quale «L'Assemblea nazionale si riserva di distinguere negli articoli di cui sopra, le disposizioni che sono costituzionali da quelle che sono regolamentari». Ad ogni modo, le sollecitazioni provenienti dal professore di Rennes portano alla confezione di un testo, corrispondente, salvo variazioni della redazione, all'art. 3 della versione definitiva, dedicato alla preclusione del merito ed ai motivi di cassazione: «violazione delle forme di procedura prescritte a pena di nullità» e «contravention expresse al testo della legge» di particolare rilevanza. La discussione sul punto si conclude aggiungendo, su richiesta di Duport, la disposizione per cui, sino alla formazione di un codice unico delle leggi civili, il rimedio in discorso sarà utilizzabile pure per tutelare le «leggi particolari delle diverse parti dell'Impero»<sup>(9)</sup>.

---

<sup>(9)</sup> La tesi di Goupil, in *Archives*, vol. XX, 10 novembre 1790, p. 350; l'intervento di Lanjuinais, *ivi*, pp. 350-351; e l'aggiunta richiesta da Duport, *ivi*, p. 351. Nel suo progetto (art. 11) Duport aveva previsto che l'Assemblea si sarebbe riservata di decretare le disposizioni di dettaglio per dare «piena ed intera esecuzione agli articoli costituzionali» contenuti nel testo, da lui predisposto, v. *Archives*, vol. XII, 29 marzo 1790, p. 432. Con riguardo alla delimitazione dell'area coperta dalle norme costituzionali contenute nella legge sull'organizzazione giudiziaria, si può accennare alla richiesta di considerare semplicemente regolamentari taluni aspetti concernenti il tentativo obbligatorio di conciliazione davanti al *bureau de paix* (art. 2, tit. X, testo definitivo): la precisazione era stata sollecitata da Lanjuinais, in *Archives*, vol. XVII, 5 agosto 1790, p. 618.

2. (segue) *Il renvoi pour suspicion légitime: formula vaga e parallela tradizione di sottrazione al giudice naturale. Il modello « bureau des requêtes » esteso al « renvoi ». Référé obbligatorio e interpretazione della legge.*

Dopo il chiarimento circa i motivi del ricorso per cassazione (precluso quanto alle decisioni del giudice di pace), l'Assemblea si occupa delle altre funzioni da attribuire al *Tribunal*. Viene decretato (11 novembre 1790) che vi rientra il « renvoi » (rimessione) da un tribunale di distretto ad un altro qualora si configuri una « causa di suspicion légitime » (art. 4, parte relativa alla *cour de cassation*, progetto Le Chapelier ed art. 2, testo definitivo). L'approvazione avviene senza discussione (ma poco dopo verrà aggiunta una significativa postilla), circostanza non particolarmente notevole in quel contesto, che presenta dibattiti abbastanza animati solo in relazione a punti che hanno alle spalle precedenti prese di posizione di principio o sensibili diversità fra il progetto del Comitato ed i contro-progetti: e ciò, molto probabilmente, sia per la grande mole di variegato lavoro in generale gravante sull'Assemblea, sia, in via specifica, per la pressante esigenza di superare una difficile situazione provvisoria, basata ancora sulle strutture giudiziarie dell'*Ancien régime* <sup>(10)</sup>. Tuttavia, il « sospetto », tipico concetto giuridico indeterminato — nonostante la qualificazione aggiuntiva, poco rilevante, in chiave di legittimità — non risulta di per sé idoneo (e mai lo sarà) a designare un'area applicativa dai confini sufficientemente individuabili. Occorre pertanto cercare di abbozzarne i contorni in base a connotati complessivi dell'ordinamento *in action*. Ci mette con sufficiente chiarezza su questa strada la proposta di Prougnon, l'unica alternativamente messa avanti nella tornata di novembre. Egli annovera tra le cause di rimessione, oltre al « sospetto » (*tout court*), l'« alliance ou la parenté », « se una delle parti ha nel tribunale, tre parenti o affini nei gradi proibiti dalle leggi ». La coppia suggerita avrebbe avuto il pregio di mettere in piena luce il terreno dal quale

---

<sup>(10)</sup> Documento assai vivo di questa difficile situazione è il discorso del sindaco di Parigi, Bally, in cui si denuncia, tra i « mali pressanti », quello delle « carceri piene », con i tribunali vacanti e gli « accusati senza giudici », v. *Archives*, vol. XX, 18 novembre 1790, pp. 521-522.

avevano preso vita *ab antiquo* tali cause: quello delle *évocations* cosiddette *de justice* che venivano disposte (dopo l'Ordinanza dell'agosto 1669) dal *conseil privé*, con rinvio da una corte superiore ad un'altra: per fronteggiare, almeno in teoria, situazioni di « sospetto » circa l'imparzialità del giudice, connesse al « fatto proprio » di questi, o dipendenti da vincoli parentali che inducevano a presumerne la mancanza. In pratica, però, pare che le richieste di avocazione « di giustizia » fossero spesso fraudolente, consistenti, ad esempio, nel far valere vincoli di pura fantasia. Un autorevole commentatore dell'Ordinanza appena citata, bolla così le richieste in discorso: non sono formulate con la « speranza di una giustizia migliore, ma nell'intento di vessare coloro contro i quali si litiga, costringendoli ad abbandonare la prosecuzione delle loro cause, per l'impotenza in cui sono stati ridotti a cagione del dover andare a litigare a duecento leghe di distanza dal loro giudice naturale » <sup>(11)</sup>. En passant, si può sottolineare che l'autorevole commentatore appena richiamato, riguardo alla ricusazione dei giudici — altro strumento utilizzato per manovre fraudolente (ad esempio, acquistando o simulando l'acquisto di crediti verso un magistrato) — rileva come essa, pur non colpendo l'ufficio ma le singole persone, non infrequentemente aveva lo « scopo di cambiare la faccia di un tribunale (...) per spogliare i giudici naturali della competenza delle cause la cui decisione loro appartiene » <sup>(12)</sup>.

Tornando alle avocazioni di giustizia, va rimarcato come, nel nuovo clima — pur senza dimenticare l'esempio delle indomabili perverse prassi del passato — l'aggiunta proposta da Prougnon avrebbe potuto

---

<sup>(11)</sup> L'autorevole commentatore è P. BORNIER, *Conférences*, cit., vol. I, p. 377 e, per il numero dei giudici dei quali era necessario il coinvolgimento ed i gradi di parentela o affinità rilevanti, p. 378 e ss. Quanto all'ambientazione del « fait propre » — che non riguarda solo i giudici, ma pure in generale gli « officiers des cours » (tra i quali avvocati e procuratori generali) — cfr. J. B. DENISART, voce *Évocation*, in *Collection*, cit., vol. II, p. 266 e ss. (ivi, p. 267, la Tabella degli abbinamenti fra Parlamenti in caso di *renvoi*, dopo l'Ordinanza del mese di agosto 1737, art. 33) e P.-F. MUYART DE VOUGLANS, *Institutes*, cit., pp. 93-95. Un profilo essenziale delle « avocazioni di giustizia », presso M. MARION (ed.), voce *Évocation*, in *Dictionnaire des institutions de la France*, cit., pp. 195-197.

<sup>(12)</sup> P. BORNIER, *Conférences*, cit., vol. I, p. 227 (il valore « possessivo » che qui acquista la naturalità non richiede sottolineature).

essere utile e che forse il mancato accoglimento sia ricollegabile, dal momento che ci si muove sul terreno delle *évocations*, alle convinzioni indotte dalla barriera generale già eretta con il divieto di cui all'art. 17, tit. II, décret 16-24 agosto 1790. L'utilità, viceversa, si intreccia con il meccanismo dimostrativo, basato sulla presunzione, messo in moto con l'allegazione del vincolo di parentela, ben diverso dalla delicata prova, seppure per indizi, richiesta in relazione al sospetto riguardante il giudice: l'utilità della distinzione, del resto, risulta confermata sia dalla sua esplicita previsione nell'art. 368 *code procédure civile* del 1807, sia e soprattutto dai problemi pratici posti dal parallelo silenzio del *code instruction criminelle* del 1808 <sup>(13)</sup>.

In prosieguo (11 novembre 1790), l'Assemblea inizia a esaminare la *prise à partie* rivolta — in base al progetto Le Chapelier, art. 4 — contro un intero tribunale o contro un commissario del re. La seconda parte della previsione, che verrà amputata nella redazione finale, art. 2, solleva reazioni per il « privilegio » accordato al commissario del re o, più ironicamente, per la « tendresse paternelle » così a lui manifestata <sup>(14)</sup>. La nozione di *prise à partie*, immediatamente non discussa, tornerà poco dopo sulla scena. A questo punto, però, l'andamento del dibattito diventa meno lineare e, abbandonando il tema delle attribuzioni, ci si occupa del modo di scegliere i giudici del *Tribunal* e, dopo una breve schermaglia, si rifiuta la « cascata di elezioni » ideata dal Comitato, stabilendo che essi saranno scelti direttamente dal popolo, senza la partecipazione né del re né dell'Assemblea nazionale <sup>(15)</sup>.

---

<sup>(13)</sup> La diversità del meccanismo è evidenziata da F. DEFERRARD, *La suspicion légitime*, Parigi, 2000, pp. 85 e ss. e 146 e ss. Per i problemi collegati all'assenza nel code instr. crim. di una disposizione ad hoc, v. M. CARNOT, *De l'instruction criminelle*, vol. III, Parigi, 1830<sup>2</sup>, p. 467 e P.-P.-N. HENRION DE PANSEY, *Autorité judiciaire*, cit., pp. 191-192.

<sup>(14)</sup> Cfr. *Archives*, vol. XX, 11 novembre 1790, p. 370, le reazioni sono di Couppé, senéchal di Morlaix e Lannion, e di Goupilleau, notaio di Montaigu.

<sup>(15)</sup> Riguardo alla scelta dei giudici del *Tribunal*, v. *Archives*, vol. XX, 11 novembre 1790, p. 370, la disputa si accende tra chi chiede l'applicazione delle regole generali relative ai giudici (d'André, consigliere al Parlamento di Aix) e chi (come Montlosier, nobile di Rion) sostiene che per i giudici di cassazione non valgono le regole ordinarie, richiedendosi una « particolare influenza » del re. La disciplina della scelta è contenuta nel decreto sulla *Forme de l'élection du tribunal de cassation*, in *Archives*, vol. XXI, 27 novembre 1790, pp. 41-42.

Subito dopo, irrompe nel dibattito il problema concernente il conferimento della presidenza del *Tribunal* al guardasigilli, prevista dal progetto (art. 21), e viene decretato che la proposta non avrà seguito <sup>(16)</sup>. Successivamente, emerge la questione relativa al modo di utilizzare i risultati delle elezioni per la *Cour*, posto che non si intendeva impiegare contemporaneamente tutti gli ottantatre giudici eletti dai dipartimenti. All'inizio, la questione viene affrontata, se così si può dire, di lato: chiedendo se, alla scadenza, il *Tribunal* dovesse essere rinnovato parzialmente o nella sua totalità. La seconda soluzione viene auspicata per « allontanare dai tribunali lo spirito di corpo ». In senso opposto, si replica che il rinnovo totale, oltre a comportare anche il rinnovo degli atti relativi ai processi pendenti alla scadenza, risulta contrario all'« unità dei principi » ed all'« uniformità delle decisioni ». La controreplica è che la giurisprudenza dei tribunali « ormai sarà la disposizione della legge », come tale conosciuta ugualmente sia dai giudici della prima elezione che da quelli della seconda: la locuzione « giurisprudenza dei tribunali, nell'accezione che aveva durante l'Antico regime, nel nuovo non significa più niente » <sup>(17)</sup>. Nel dibattito concernente il tipo di rinnovo, si innesta e si intreccia quello concernente la durata in carica (rinnovabile): pari a sei anni, secondo l'art. 8 delle disposizioni per le elezioni al *Tribunal*, che accompagnavano il progetto. La difesa della disposizione da parte di Le Chapelier — con appello al patriottismo dei giudici, al controllo popolare e del legislatore — non fa breccia. Viene, quindi, suggerita da Barnave la soluzione di contenere la durata della carica in quattro anni, con possibilità di rielezione, richiamando, per sostenere il rinnovo parziale, ancora una volta, la « necessità dell'uniformità dei principi »: per quanto le leggi possano essere chiare, occorre che nel *Tribunal* vi sia sempre qualcuno che spieghi ai colleghi le ragioni che hanno indotto i giudici precedenti a decidere in un certo modo. Le Chapelier ribatte,

---

<sup>(16)</sup> V. *Archives*, vol. XX, 11 novembre 1790, p. 370.

<sup>(17)</sup> Per il rinnovo totale, d'André, sostenuto da Robespierre, in senso contrario, Martineau, v. *Archives*, vol. XX, 18 novembre 1790, pp. 515-516; sulla seduta di questo giorno, ed in particolare sulle tesi di Robespierre, cfr. J.-L. HALPERIN, *Tribunal*, cit., pp. 71-73, che nel complesso della discussione ritiene di intravedere aspirazioni per un « legalismo stretto », mettendo forse in ombra le propensioni per l'ambiguità.

nell'usuale registro di condanna della giurisprudenza, ma fa propria la riduzione della durata proposta da Barnave, che risulta decretata dall'Assemblea assieme al rinnovo totale, con previsione della rieleggibilità<sup>(18)</sup>. Come si vede, i contrasti di fondo che percorrono il dibattito relativo al *Tribunal*, sono gli stessi che, poco prima, avevano tenuto il campo durante le votazioni sull'organizzazione giudiziaria.

Viene poi introdotto il tema relativo all'articolazione del *Tribunal* ed anche a questo proposito l'approccio risulta indiretto. Ossia non procede dalla previsione della divisione in tre sezioni, contemplata dall'art. 3 del progetto, ma dalla disposizione del medesimo che stabiliva l'istituzione di un *bureau* (artt. 7-9), composto da membri delle diverse sezioni, avente la funzione di valutare l'ammissibilità delle domande di cassazione o concernenti la prise à partie. Il relatore Le Chapelier, cioè, prospetta di realizzare una divisione in due sezioni, così come accadeva per il *conseil des parties*: un *bureau des requêtes* ed una sezione deputata a giudicare le domande ammesse<sup>(19)</sup>. Il richiamo della vecchia istituzione con compiti di filtro — « viziosa ed abusiva », ridicolizzata ricordando che veniva chiamata « bureau de chiffonage » — non agevola il cammino della proposta, inducendo il timore che il *bureau des requêtes* assuma un ruolo preponderante (il « vero giudice superiore ») nella sorte dei ricorsi. Conseguentemente — non disconoscendosi l'opportunità di costruire una struttura per la scrematura delle domande — l'accento viene posto sull'attribuzione al *bureau* di compiti meramente preliminari nonché sul numero dei membri e sulle maggioranze necessarie ritenuti congrui per consegnargli la

---

<sup>(18)</sup> Le Chapelier cerca di mantenere la posizione del Comitato circa la durata in carica, accogliendo però la tesi del rinnovo totale (sostenuto da d'André), v. *Archives*, vol. XX, 18 novembre 1790, p. 516; il punto di vista di Barnave (favorevole al rinnovo parziale) e la replica di Le Chapelier sulla giurisprudenza, ivi, pp. 516-518. Il testo definitivo della norma in materia, decreto 27 novembre 1790, art. 1, in *Archives*, vol. XXI, 27 novembre 1790, p. 40.

<sup>(19)</sup> LE CHAPELIER, in *Archives*, vol. XX, 18 novembre 1790, p. 517. Della suddivisione del *Tribunal* in tre sezioni, non si parlerà più nel corso dei lavori per il *décret* 27 novembre - 1° dicembre 1790, ove, esplicitamente, agli artt. 10 e 27, si contemplano solo due sezioni. La divisione in tre sezioni (dopo applicazioni in via provvisoria) verrà realizzata con il *décret* del 29 settembre 1793.

funzione prevista. Il relatore tiene fermo il ruolo decisionale del *bureau*, ma cerca di ammorbidire il contrasto, soprattutto ridimensionando il parallelo con il vecchio *conseil*, in particolare mediante la sottolineatura che in futuro la valutazione di ammissibilità avverrà « pubblicamente » (20). Ancora un problema emerge circa le domande *en prise à partie*: Duport, infatti, ritiene che esse implicino sempre una « prévarication », *affaire criminelle*, di competenza dei tribunali « ordinari ». Le Chapelier replica che la *prise à partie*, di per sé, viene sollevata solo a fini civili e quindi la relativa competenza deve restare al tribunale di cassazione; se, invece, si tratta di un'accusa di carattere penale, il giudizio spetta ai giurati. A questo punto, D'André rileva che la discussione era stata molto confusa e chiede venga data lettura degli articoli approvati. Oltre al rinnovo quadriennale totale, risulta approvato sia il ruolo decisionale del *bureau* (composto di venti membri) tanto per le domande di cassazione quanto per quelle inerenti alla responsabilità dei giudici, nonché la maggioranza da raggiungere perché non sia necessario investire il *Tribunal* « rassemblé » della valutazione circa l'ammissibilità (artt. 5-10, testo definitivo) (21).

Alla ripresa della discussione (seduta assembleare del 19 novembre 1790), si provvede a precisare che le domande di *renvoi*, nonché i conflitti di competenza ed i *règlements* dei giudici, attribuzioni

---

(20) Ai toni duri di Prugnon, contrario al *bureau des requêtes*, corrisponde la durezza argomentativa di Le Chapelier, v. *Archives*, vol. XX, 18 novembre 1790, pp. 518-519.

(21) L'intervento di Duport, la replica di Le Chapelier e la richiesta di d'André, in *Archives*, vol. XX, 18 novembre 1790, pp. 518-519. Dal quadro di MUYART DE VOUGLANS, *Institutes*, cit., pp. 96-97, si apprende che, nelle ordinanze anteriori alla « codificazione » di Luigi XIV, la *prise à partie* era prevista per i casi di dolo, frode, concussione oppure per errori di fatto o di diritto. Nelle ordinanze del 1667 e del 1670, invece, l'ambito operativo della figura in discorso risulta individuata in maniera più specifica (contravvenzione manifesta alle ordinanze, cognizione di cause fuori dalla spettanza, diniego di rinvio previsto a titolo di privilegio, diniego di giustizia e nullità nell'istruzione di un processo penale: situazioni tutte, però, che riguardano solo i giudici inferiori, in caso diverso occorre rivolgersi ai capi delle compagnie od al cancelliere). V., tuttavia, P.-P.-N. HENRION DE PANSEY, *Autorité judiciaire*, cit., pp. 71-72, che sottolinea il profilo civilistico della *prise à partie*. In argomento, cfr. l'ampio quadro di A. GIULIANI-N. PICARDI, *La responsabilità del giudice*, Milano, 1987, p. 49 e ss. Sul dibattito all'Assemblea relativo al punto, v. J.-L. HALPERIN, *Tribunal*, cit., pp. 73-74.

queste ultime delle quali non si era ancora parlato, verranno portate — ecco la non trascurabile postilla — al *bureau des requêtes* e qui decise in via definitiva, sulla base di semplici memorie, senza spese, a maggioranza, « par forme d'administration » (art. 9, testo definitivo). Riguardo a questo modello procedimentale, valevole per tutti gli istituti appena elencati, va rimarcato come una procedura sommaria consimile fosse adottata nelle Ordinanze — quale quella del 1737, dovuta al cancelliere D'Aguessau, e quella del 1669 — per i casi di *règlement* ma non estesa al *renvoi*: ed i commentatori del tempo spiegavano come la semplificazione adottata per il primo caso fosse dovuta alla circostanza che soltanto a questo riguardo non vi era « alcuna inchiesta da compiere », ma semplicemente dare attuazione ad un principio: « ne reus ex eodem delicto vexetur in duobus locis »<sup>(22)</sup>. L'Assemblea, inoltre, fissa la regola per cui le sezioni del *Tribunal*, singole o riunite (nei casi previsti), devono tenere sempre pubblicamente le loro udienze (art. 11, testo definitivo). Ancora, viene disposto che le parti ed i loro difensori potranno *plaider* e fare le osservazioni ritenute necessarie (art. 12, testo definitivo).

Tutti e tre gli articoli appena ricordati vengono approvati senza dibattito. Suscita invece qualche divergenza, ma sul piano tecnico, la previsione secondo la quale la discussione della causa dovrà essere preceduta da una relazione svolta, senza prese di posizione, dal giudice *rapporteur*. La schermaglia si conclude con l'approvazione della previsione, che viene estesa a tutte le decisioni dei tribunali del regno, per le cause che prevedano la relazione. Va poi rilevato che fra le attribuzioni del *Tribunal* non trova qui posto la *révision*. L'assenza risulta pacificamente ricondotta a due fattori: le nuove garanzie processuali e, soprattutto, la ritenuta incompatibilità con l'istituto della giuria<sup>(23)</sup>.

---

<sup>(22)</sup> Per la spiegazione, quanto all'Ordinanza del 1669, v. P. BORNIER, *Conférences*, cit., vol. I, p. 422, per il regolamento di competenza in civile (art. I, tit. II) e per il regolamento di competenza in penale (ove si accenna al « diritto più apparente » come base per decidere in argomento, art. II, tit. III), ivi, p. 428; nonché, quanto al principio, ivi, pp. 429-430. Riguardo all'Ordinanza del 1737 (tit. II), cfr. MUYART DE VOUGLANS, *Institutes*, cit., p. 95, circa le allegazioni formali per la richiesta di regolamento in penale. Il diverso regime si giustifica tenendo presenti i collegamenti fra *renvoi* ed *évocation*.

<sup>(23)</sup> Circa la breve discussione sulla relazione, v. *Archives*, vol. XX, 19 novembre 1790, pp. 537-538. In ordine alla mancata previsione della revisione (legata anche alla

Sempre nella seduta del 19 novembre 1790, vengono approvati, dopo breve dibattito (che non lascia traccia), altri undici articoli della legge in discorso <sup>(24)</sup>. Vi rientrano quelli, concernenti la materia civile, relativi ai termini per presentare ricorso, al quale non si attribuisce effetto sospensivo (artt. 14-16, testo definitivo), quelli, di carattere generale, circa la redazione delle sentenze pronunciate dal *Tribunal*, in particolare, l'art. 17, testo definitivo, specifica il contenuto del dispositivo, consistente nella riproduzione del testo della legge applicata (specificazione non indicata nell'art. 15, tit. V, *décret* 16 - 24 agosto 1790), nonché la scelta, rimessa alle parti, del giudice di rinvio dopo cassazione, scelta complanare rispetto all'appello (art. 19, testo definitivo): norma a raggio d'azione, al momento, non definibile con sicurezza.

Ma le disposizioni più innovative varate nella seduta ruotano attorno all'introduzione del così detto *référé* obbligatorio (tale in confronto a quello « facoltativo », previsto dall'art. 12, tit. II, legge sull'ordinamento giudiziario): riguardano, cioè, più esplicitamente il rapporto con il potere legislativo. Rapporto che, come si è già visto, si ricollega attraverso un lungo filo rosso a dibattiti precedenti, che hanno come retroterra immediato (e non solo) il ruolo del giudiziario, in particolare, circa l'interpretazione della legge e la dislocazione (non meramente fisica) del *Tribunal*. L'art. 20, testo definitivo, della legge 27 novembre - 1° dicembre 1790, stabilisce le conseguenze che discendono dalla cassazione per ragioni attinenti alla procedura (reinizio a partire dal primo atto viziato ed apertura ad un nuovo, integrale dibattito, con possibilità di nuovo ricorso contro la decisione del giudice di rinvio): ragioni per le quali, in linea di massima, si è fuori dall'ambito del *référé* <sup>(25)</sup>. Il successivo art. 21, invece, riguarda proprio questo ambito, nella forma obbligatoria: se la cassazione è intervenuta per motivi attinenti al giudizio (derivanti da una « *contravention expresse au texte de la loi* »), l'*affaire* sarà

---

precedente indeterminatezza del relativo ambito operativo), v. il quadro (sino alla reintroduzione dell'istituto) fornito dalla voce *Cassation*, in (DALLOZ), *Répertoire*, vol. VII, cit., pp. 360-362.

<sup>(24)</sup> Cfr. *Archives*, vol. XX, 19 novembre 1790, pp. 538-539.

<sup>(25)</sup> Disposizione conforme al testo dell'art. 10 del progetto, ove si regolavano solo le violazioni attinenti alla procedura, *Archives*, vol. XX, 19 novembre 1790, p. 538.

discusso solo in relazione ad essi, e avverso la decisione del giudice di rinvio — che comunque decide come giudice di ultima istanza e con i limiti correlativi — si potrà ancora fare ricorso per questioni di diritto; ma se, dopo una seconda cassazione, un terzo giudice deciderà « nella stessa maniera » dei due precedenti giudici di merito, il *Tribunal* verrà messo fuori gioco. Occorrerà, infatti, rivolgersi al corpo legislativo, il quale provvederà con un « decreto dichiarativo della legge » che, una volta sanzionato dal re, diverrà vincolante per il *Tribunal*. Il dettato della disposizione appena ricordata non risulta privo di ombre; ad ogni modo, poco meno di un anno più tardi, si sentirà il bisogno, tra l'altro, di precisare il significato attribuibile alla locuzione « stessa maniera »: da intendere come riferibile alla seconda decisione riprodotte gli « stessi motivi di cassazione » della prima <sup>(26)</sup>.

Prima di addentrarci in riflessioni che toccano l'appena ricordato art. 21, ma che si ricollegano al quadro complessivo dell'interpretazione — riflessioni che implicano l'acquisizione di alcuni dati riguardanti in maniera specifica il profilo penale — occorre segnalare il contenuto di alcuni articoli velocemente approvati nella medesima seduta, riguardanti, *inter alia* (numerazione del testo definitivo), il resoconto annuale, con breve informativa su ciascuno dei casi decisi, « à la barre de l'Assemblée », da parte di otto componenti della Cassazione (art. 24); la menzione dell'intervento del *Tribunal* nell'apposito registro tenuto presso il giudice che aveva pronunciato la decisione cassata (art. 22); nonché il mantenimento, salvo incompatibilità, in via provvisoria (ma di fatto complessiva-

---

<sup>(26)</sup> Va aggiunto che nella stesura definitiva dell'art. 21, era stata inserita, per errore nella redazione delle copie, una frase che, prevedendo il rinvio allo stesso giudice che aveva conosciuto la causa in ultimo grado, presentava una palese contraddizione (predeterminazione invece di scelta) con l'art. 19. Il decreto che aveva poi provveduto alla rettifica, datato 19 aprile 1791, in realtà era stato pubblicato solo nell'anno V (conformemente ad un *arrêté* del 21 maggio 1797): v. *Bulletin annoté des lois*, ed. Lepiec, vol. II, Parigi, 1834, nota 2 alla p. 106). Per l'intervento dell'anno successivo, v. *décret* 29 settembre - 21 ottobre 1791, « en forme d'instruction pour la procédure criminelle », in DALLOZ (ed.), *Répertoire*, vol. VII, cit., nota 7 alle pp. 24-25.

mente assai duraturo), del regolamento processuale 1738, relativo al *conseil des parties* (art. 28) <sup>(27)</sup>.

La seduta successiva (20 novembre 1790) vede l'approvazione, sempre senza discussione, del testo che contempla la presenza di un commissario del re anche presso il *Tribunal* (art. 23). Trova spazio, invece, una breve disputa circa l'esigenza di mettere quanto prima in funzione il *Tribunal* e circa i requisiti richiesti per i suoi giudici <sup>(28)</sup>. Nell'ultima seduta dedicata dall'Assemblea al dibattito sulla Cassazione (21 novembre 1790), si approva, ancora senza disaccordi, l'art. 25, in base al quale il commissario del re, di cui all'art. 23, qualora apprenda che è stata pronunciata, in ultima istanza, una sentenza « *directement contraire aux lois ou aux formes de procéder* » e non impugnata nei termini dalle parti, ne informerà il *Tribunal*, il quale, se le violazioni risulteranno provate, la casserà: senza che le parti possano giovarsene <sup>(29)</sup>.

### 3. *Sviluppo di una normativa ad hoc per la giustizia penale. Il Tribunal fra riduzione e dilatazione del controllo: il ricorso per falsa applicazione della legge ed il référé obbligatorio « contratto ».*

Come si è accennato (par. 3, cap. II), quanto al penale, la legge sull'ordinamento giudiziario — salvo che per la disciplina di cui al titolo XI (giudici in materia di polizia, con gli sviluppi di cui al *décret* 19-22 luglio 1791, relativo all'organizzazione di una polizia municipale e correzionale, tit. I, artt. 32-43 per le regole processuali) — non aveva dettato alcuna disposizione specifica: dato il complesso di vincoli che discendeva dall'impegno, assunto con il decreto 30 aprile 1790 e non ancora assolto, di istituire i giurati in materia criminale. Nell'attesa, con il decreto 12-19 ottobre 1790, art. 2, si era

---

<sup>(27)</sup> *Archives*, vol. XX, 19 novembre 1790, pp. 538-539; il resoconto annuale era stato previsto pure da Prugnon, art. 20 del suo progetto, ivi, 9 novembre 1790, p. 336.

<sup>(28)</sup> Circa i requisiti, Robespierre (appoggiato da de Folleville, deputato della noblesse di Péronne) sostiene, senza esito, che occorra richiedere le stesse « qualità » dei giudici distrettuali, v. *Archives*, vol. XX, 20 novembre 1790, pp. 554-555.

<sup>(29)</sup> Precisandosi che in questo caso, per le parti, la sentenza cassata equivarrà ad una transazione, v. *Archives*, vol. XX, 21 novembre 1790, pp. 589-590.

stabilita la provvisoria permanenza in funzione *en matière criminelle* dei vecchi *tribunaux*, sino all'insediamento di quelli di distretto. Nemmeno la legge sul *Tribunal de cassation* aveva fissato norme ad hoc per la materia in questione. La Costituzione del 1791 (*décret* 3-12 settembre), poi, nel cap. 5 del titolo III, dedicato al *pouvoir judiciaire*, pur dettando un buon nucleo di disposizioni per il processo penale, si era limitata a prevedere l'istituzione di una giuria per la formulazione dell'accusa e di una giuria per l'accertamento del fatto, lasciando ai giudici l'« applicazione della legge » (art. 9). Merita però segnalazione — specie per le ragioni di cui tra poco — la circostanza che la Carta del 1791 riprende alcune regole in precedenza enunciate dalla legge sul *Tribunal*: circa la dislocazione, le attribuzioni, i limiti ed i motivi del ricorso, il resoconto annuale *à la barre* dell'Assemblea (artt. 19-20 e 22), nonché in tema di *référé* obbligatorio (art. 21). A quest'ultimo proposito, vanno tenuti presenti due aspetti della disciplina costituzionale: il primo si traduce nel rilievo che non viene ribadita la distinzione fra conseguenze della cassazione per violazioni attinenti, rispettivamente, alla procedura ed al *jugement*; e ciò trova una piana spiegazione nel carattere del testo normativo, non richiedente una riedizione della specifica disposizione di legge ordinaria. Il secondo e più importante, invece, si traduce nella constatazione che analoghe ragioni non sembrano opporsi ad una nuova enunciazione della regola per la quale occorre rivolgersi al legislatore solo dopo la resistenza opposta dal terzo giudice al reiterato intervento del *Tribunal*.

Finalmente, con il già ricordato *décret* 16-29 settembre 1791, parte II, viene adempiuto il voto formulato nel *décret* 30 aprile 1790 e l'istituzione dei giurati diverrà operativa il 1° gennaio 1792 (*décret* 17-29 settembre 1791). Senza soffermarci sulla peculiare formation del tribunale criminale dipartimentale (*décret* 16-29 settembre 1791, parte II, tit. II, artt. 1-5), composto da un presidente e tre giudici, occorre dedicare qualche attenzione alle disposizioni ad hoc concernenti il ricorso per cassazione in criminale: disposizioni che riflettono, oltre alla sua « processualizzazione », una buona dose di burocratizzazione. La relativa richiesta da parte del condannato comporta ormai l'automatica sospensione dell'esecuzione per tre giorni (tit. VIII, art. 14, effetto che riguarda solo la pena capitale); il condannato (come il commissario del re presso il tribunale diparti-

mentale) è tenuto, entro tale termine, a rimettere la richiesta al *greffier* del predetto tribunale (il quale la invierà al commissario del re che, a sua volta, la farà pervenire al ministro della giustizia che, infine, ne darà avviso al presidente del *Tribunal de cassation*, artt. 15-16 e 18); la richiesta non potrà avere seguito prima di un mese dalla sua presentazione, termine dilatorio a disposizione del condannato per far pervenire, tramite il ministro, i motivi del ricorso (art. 19). Qualora la decisione impugnata venga annullata, la Cassazione indicherà il tribunale criminale di rinvio (art. 22), il quale, se l'annullamento è intervenuto per « falsa applicazione della legge », giudicherà in base alla dichiarazione della precedente giuria (art. 23); se, invece, l'annullamento è intervenuto per « violazione od omissione delle forme essenziali nell'istruzione del processo », l'esame dell'accusato e dei testimoni avrà luogo davanti ad una nuova giuria (art. 24). La legge sui giurati non contiene nessuna disposizione sul *référé*, vi si trova invece proclamato che il *Tribunal* non è un « grado d'appello, né della giurisdizione ordinaria, e non è istituito che per riportare all'esecuzione della legge tutte le parti dell'ordine giudiziario che tendessero ad allontanarsene: lo scopo di questa istituzione basta a spiegarne la competenza ». Si ha cura altresì di puntualizzare che se il tribunale criminale risultasse « unanimemente convinto che i giurati si sono sbagliati » (solo nell'ipotesi di *conviction* dell'accusato), ordinerà l'aggiunta di tre giurati ai dodici precedenti, per una nuova dichiarazione ai quattro quinti dei voti (artt. 27-29) <sup>(30)</sup>.

Il *décret* 27 settembre-23/30 dicembre 1791, poi (oltre a stabilire che la pena di morte consista solo nella privazione della vita e che il marchio sarà soppresso per sempre, artt. 1-2), chiarisce, modificandolo, il meccanismo dei termini riguardanti il ricorso: tre giorni per dichiarare l'intenzione di ricorrere e quindici, successivi alla dichiarazione, per presentare la richiesta (art. 3).

L'instabilità (anzi, la confusione, rispetto alla normativa gene-

---

<sup>(30)</sup> Le ragioni di giustizia che suggeriscono la puntualizzazione — evitare che la sorte dell'imputato dipenda totalmente dalla giuria, pure nei casi di « *erreur sensible d'opinion évidemment fautive* » — sono accennate presso il decreto relativo alla *Instruction sur la procédure criminelle*, allegato alla seduta dell'Assemblea nazionale del 29 settembre 1791, in *Archives*, vol. XXXI, 29 settembre 1791, p. 661.

rale prevista dal *décret* 27 novembre-1° dicembre 1790 e dalla Costituzione 1791) della disciplina sul *Tribunal* in materia penale, però, ha il maggiore risalto, quanto alle regole sul *référé* obbligatorio, con il *décret en forme d'instruction sur la procédure criminelle*, 29 settembre-21 ottobre 1791. Il *décret* (salvo alcune sfumature) ricalca sì le disposizioni della normativa sui giurati quanto alle conseguenze dell'accoglimento del ricorso in cassazione per « falsa applicazione della legge » o per « violazione di forme previste a pena di nullità nell'esame e nella dichiarazione della giuria », ma contempla il ricorso al legislatore subito dopo la conferma da parte del giudice di rinvio, se contro la sua pronuncia siano stati fatti valere i « medesimi motivi di cassazione » con il medesimo esito: cioè, senza che occorra attendere l'espletamento di un secondo rinvio, contrariamente a quanto previsto dalla legge sul *Tribunal* e dalla Costituzione del 1791 <sup>(31)</sup>. Il superamento del netto contrasto che così si delinea non è di percezione immediata, comunque non risulta ottenibile semplicemente facendo leva sull'esigenza di rendere più spedito il *référé* in criminale, magari aggiungendo che, in pratica, il varo del *code pénal* (*décret* 25 settembre-6 ottobre 1791) aveva portato, a differenza del civile (ove un analogo approdo era ancora lontano), semplicità e chiarezza sul piano legislativo <sup>(32)</sup>. Sotto questo profilo, le ricadute del varo non sono univoche, o meglio vanno valutate in relazione al sistema che si andava formando. Infatti la legge istitutiva dei giurati, ammettendo in materia criminale il ricorso per cassazione motivato dalla « falsa applicazione della legge » (art. 23, tit. VIII), porta ad una dilatazione del controllo attribuito al Tribunale criminale: non più limitato alla stretta applicazione del testo normativo, ma esteso alla qualificazione dei fatti accertati dalla giuria. Dilatazione che poi si allargherà al campo civile <sup>(33)</sup>. Senza insistere su questo profilo,

---

<sup>(31)</sup> *Instruction sur la procédure criminelle*, loc. ult. cit.

<sup>(32)</sup> È la tesi di J.-L. HALPERIN, *Tribunal*, cit., pp. 101-102. A suffragio di questa tesi si potrebbe aggiungere, forse, che l'*Instruction*, loc. ult. cit., specifica che l'allegazione dei « medesimi motivi » adombra la possibilità della presenza nella legge di « disposizioni non intese molto chiaramente ».

<sup>(33)</sup> Come sottolinea — con riferimento alla « falsa applicazione » ed in base ad una analisi di dati giurisprudenziali concreti — J.-L. HALPERIN, *Le Tribunal de cassation et la naissance de la jurisprudence moderne*, in *Une autre Justice. Contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution française*, ed. R. Batinder, s.l., 1989, p. 230 e ss. Ma v. anche Y.-L. HUFTEAU, *Référé*, cit., pp. 88-89.

occorrerebbe comunque spiegare come la ragione pratica addotta possa fornire adeguato fondamento alla prevalenza della *Instruction* (collocabile al livello della legge ordinaria) sulla Costituzione <sup>(34)</sup>. Una soluzione risulterebbe ipotizzabile impostando il problema non in base alla gerarchia delle fonti, ma in base al principio di specialità. Ma il tenore generale della disposizione costituzionale ed il contesto complessivo non sembrano sostenere simili distinzioni. Questa strada, ad ogni modo, sembrava percorribile a Duport in sede di presentazione, quale *rapporteur* per il Comitato di costituzione e per quello di giurisprudenza criminale riuniti, del progetto di legge concernente l'istituzione dei giurati. Il consigliere al Parlamento di Parigi, infatti, nella sua relazione (27 novembre 1790), procedeva dall'assunto che l'Assemblea costituente, quanto alla giustizia criminale, non era minimamente vincolata dai propri precedenti decreti, poiché nessuno di essi riguardava la materia in questione, che « di per sé stessa e con l'istituzione dei giurati è totalmente distinta e separata dalla giustizia civile ». E su questa premessa si fondava la disposizione — art. 18, tit. VIII, parte relativa alla *justice* — contenuta nel progetto (ma non passata nella redazione finale), che prevedeva appunto il meccanismo contratto di *référé* poi riemerso nel *décret en forme d'instruction* <sup>(35)</sup>. Il divario verrà comunque formalmente sanato con la Costituzione del 5 fruttidoro anno II (22 agosto 1795), art. 256.

---

<sup>(34)</sup> Alla ragione pratica si rifà, in qualche modo, anche P.-P.-N. HENRION DE PANSEY, *Autorité judiciaire*, cit., p. 182, per sostenere che la semplificazione attuata con la riforma di cui alla legge 27 ventoso anno VIII (18 marzo 1800), tit. VI, art. 78 — in base alla quale se, dopo l'intervento della Cassazione, la pronuncia del giudice di rinvio viene attaccata per gli stessi motivi che hanno determinato il primo ricorso, occorre rivolgersi alle sezioni unite della *Cour* — non era stata preceduta da alcuna applicazione dell'art. 21, decreto 27 novembre - 1° dicembre 1790. Questa tesi risulta contestata da Y.-L. HUFTEAU, *Référé*, cit., pp. 104-106. Sul piano normativo, la soluzione di cui al decreto *en forme d'instruction*, verrà adottata dalla Costituzione dell'anno III (25 agosto 1795), art. 256. J.-L. HALPERIN, *Le Tribunal et la naissance*, cit., p. 134, ricorda una relazione di Merlin de Douai, ove si sostiene che, per limitare gli abusi del *Tribunal*, occorre tornare ad una applicazione stretta dell'*Instruction* 29 settembre 1791, la quale, secondo lui, non avrebbe solo spiegato ma altresì corretto la legge del 16 settembre 1791, a proposito della cassazione per violazione di forme essenziali (v. *Archives*, vol. LXXVII, 1° brumaio anno II, 22 ottobre 1793, p. 420).

<sup>(35)</sup> Per la relazione di Duport, v. *Archives*, vol. XXI, 29 settembre 1791, p. 647.

A parte le spiegazioni tecniche, merita una riflessione minima la *ratio* politico-ideologica del *référé* obbligatorio voluto da Duport. *Ratio* — conforme ai consueti diffusi timori — che emerge con sufficiente chiarezza allorché il consigliere parigino, nell'illustrare il progetto relativo all'introduzione dei giurati in criminale, sottolinea che il « Tribunal ha l'importanza e la dignità che sono necessarie, ma senza alcuna preminenza sugli altri tribunali, dal momento che sarà composto dagli stessi membri; esso non sarà un tribunale superiore »<sup>(36)</sup>. Orientamento in qualche modo complanare rispetto a quello che aveva ispirato Chabroud per l'appello. La parità che così viene disegnata — legata alla circostanza che i giudici della Cassazione sono destinati a provenire dai tribunali civili e penali — sembra equivalere ad un controllo esercitatile (pure) dal basso; senza contare che un controllo analogo, ma in via preventiva ed indiretta, poteva essere esercitato da qualsiasi tribunale mediante il *référé* facoltativo. Pertanto, pare condivisibile solo lo sfondo dell'impostazione che adombra parentele fra i problemi che si intendeva risolvere con il *référé* obbligatorio e alcune tesi propugnate da Merlin e da Robespierre<sup>(37)</sup>. Il primo, quando sosteneva, nell'ipotesi di contraddittorietà fra decisioni rese da sezioni ambulanti diverse del *Tribunal*, che il *corps législatif* non aveva titolo per risolvere il conflitto; il secondo — lo si è accennato — quando sosteneva che le questioni di cassazione potevano essere risolte mediante decreti dell'Assemblea. Come si scorge bene, nell'ambito di tali tesi non viene tanto in rilievo la parità tra giudici, quanto, seppure eterogeneamente, la disparità tra giudici e legislativo. E, da questo angolo visuale, si dipana — lo abbiamo ricordato — un orientamento che, procedendo dalla tesi di Duport (dopo tre pronunce delle assise, grandi giudici decideranno in via definitiva), di Chabroud (una volta intervenute tre decisioni conformi dei giudici di merito, il ricorso è precluso), di Goupil (la cassazione viene attribuita al legislatore, ma risulta contemplata solo per i casi straordinari) e di Robespierre (la cassazione è compito del legislativo), sbocca — successivamente agli

<sup>(36)</sup> DUPORT, in *Archives*, vol. XXI, 27 novembre 1790, p. 50.

<sup>(37)</sup> Per le parentele, v. J.-L. HALPERIN, *Le Tribunal et la naissance*, cit., p. 77.

sviluppi appena descritti relativi alla legge sul *Tribunal* — nella soluzione di cui all'art. 21, decreto *en forme d'instruction*. Va aggiunto, ad ogni modo, che, secondo un'autorevole testimonianza, l'occasione per una terza cassazione — peraltro esclusa dalla Costituzione dell'anno III, art. 256 — non si presenterà in tutto il periodo intercorrente fra il 1790 e la legge 27 ventoso anno VIII (18 marzo 1800), che devolve il superamento del contrasto alle « sezioni riunite » della Cassazione <sup>(38)</sup>.

A questo punto, la risposta al problema specifico iniziale scivola dietro le quinte. È il momento, invece, di operare qualche controllo circa il rapporto fra il divieto di interpretazione imposto ai giudici — comunque lo si intenda, in particolare senza dipendenza dalle letture legate alla contrapposizione interpretazione in astratto/interpretazione in concreto, coppia dialettica a sua volta legata alla interpretazione dell'art. 12, tit. II, *décret* 16-24 agosto 1790 — ed i mezzi adottati per realizzarlo o per superarlo: rapporto da misurare sullo sfondo dell'incidenza e della possibilità effettive; e, quindi, saggiando dapprima le prassi (in base alle tracce recuperabili) e le impronte normative, per poi spostarci verso le verifiche che attengono al terreno generale della linguistica.

---

<sup>(38)</sup> La testimonianza è quella di P.-P.-N. HENRION DE PANSEY, *Autorité judiciaire*, cit., p. 182 (naturalmente — lo si ribadisce — occorre tenere conto di quanto previsto dalla Costituzione dell'anno III, art. 256); sostanzialmente d'accordo, Y.-L. HUFTEAU, *Référé*, cit., pp. 105-106.



CAPITOLO QUARTO

DIVIETO DI INTERPRETAZIONE  
PRASSI E PROBLEMA DELLA LINGUA

1. Il divieto di interpretazione imposto ai giudici nella prassi. Primo periodo: dal 1790 alla rivoluzione parigina del 10 agosto 1792. Secondo periodo: dalla creazione del tribunale per i crimini del 10 agosto alla legge sui « sospetti ». — 2. (*segue*) Terzo periodo: la repubblica giacobina. Quarto periodo: la repubblica termidoriana. — 3. Divieto di interpretazione e linguistica. Politica della lingua « materna » e posizione dei giudici nella prassi.

1. *Il divieto di interpretazione imposto ai giudici nella prassi. Primo periodo: dal 1790 alla rivoluzione parigina del 10 agosto 1792. Secondo periodo: dalla creazione del tribunale per i crimini del 10 agosto alla legge sui « sospetti ».*

Riguardo alla operatività del divieto — relativamente all'epoca che va dalle leggi sull'*ordre* giudiziario e sul *Tribunal* alle repubbliche giacobina e termidoriana — sembra opportuno tenere conto di tre tipi di prassi e dei corrispondenti profili, non sempre nitidamente caratterizzati. Cioè, le prassi concernenti il *référé*, in partenza connesso a ipotesi — assunte (almeno potenzialmente) come non normali — in cui il significato delle disposizioni non è sufficientemente chiaro « a prima vista », per difetti derivanti da ambiguità, genericità o vaghezza non intenzionali; le prassi collegate a ipotesi in cui i difetti menzionati sono, viceversa, intenzionali; e le prassi che sono prive di un qualsiasi modello normativo <sup>(1)</sup>. Sotto il profilo qui

---

<sup>(1)</sup> Circa la « genericità », intesa come espressione che « si riferisce indifferentemente, cioè senza distinguere, ad una pluralità di situazioni diverse », moltiplicando così i fatti ai quali può attagliarsi, alla « vaghezza », intesa come incertezza dei « confini del significato » dell'espressione, che pertanto presenta un « vasto alone oscuro », nonché

considerato, non imperniato sull'indipendenza, il *référé* obbligatorio — a parte la sua effettiva consistenza — non ha comunque un rilievo diretto, basato come è sull'automatismo attivato dalla contraddizione.

Le prassi di cui sopra verranno esaminate entro le cornici storico-normative in cui si sviluppano. Così si è ritenuto opportuno adottare le seguenti scansioni <sup>(2)</sup>. Primo periodo (che vede la Costituzione del 1791 e l'inizio delle guerre), dal 1790, leggi sull'ordinamento giudiziario e sul *Tribunal*, alla rivoluzione parigina del 10 agosto 1792; secondo periodo (che include l'istituzione di un tribunale criminale straordinario, 10 marzo 1793), dal 17 agosto 1792, creazione del tribunale per giudicare i crimini commessi nella giornata del 10 agosto, alla legge sui « sospetti », 17 settembre 1793; terzo periodo, corrispondente alla repubblica giacobina (che produce l'inapplicata Costituzione del 1793 e il *décret* 22 pratile anno II, 1° giugno 1794, sulla nuova organizzazione del tribunale rivoluzionario), dalla proclamazione del governo rivoluzionario sino alla pace, ottobre 1793, alla caduta di Robespierre, 9 termidoro anno II (27 luglio 1794); e, quarto periodo, corrispondente alla repubblica termidoriana (che annovera la Costituzione dell'anno III e la soppressione del tribunale rivoluzionario, 14 termidoro anno II, 1° agosto 1794), dal rinnovo dei Comitati (in particolare, di salute pubblica, di sicurezza generale e di legislazione), 13 termidoro anno II (31 luglio 1794), allo scioglimento della Convenzione, 4 brumaio anno IV (26 ottobre 1795).

Quanto al primo periodo, sembra — in base alla documenta-

---

alla « ambiguità », che riflette descrizioni che si attagliano alternativamente a situazioni diverse, cfr. C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, Milano, 1990, sinteticamente (anche per le difficoltà che talora si incontrano per distinguere le diverse figure), alle pp. 19-20 e 46-52. E, per l'« ideologia » dell'interpretazione, v. R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011, pp. 433-447.

(2) Tra gli autori che si sono specificamente occupati dell'argomento, Y.-L. HUFTEAU, *Référé*, cit., pp. 50 e ss. e 59 e ss., adotta una scansione in due fasi: dal 1790 al settembre 1793 e da questa data al floreale anno III, maggio 1795; anche P. ALVAZZI DEL FRATE, *Giurisprudenza e référé*, cit., pp. 43-73, accoglie una divisione in due fasi: una corrispondente al periodo 1790-1792 ed una compresa fra tale data ed il 1795. La periodizzazione in quattro fasi qui adottata, dipende dal risalto che si intende dare ai differenti quadri storico-politici che si susseguono.

zione disponibile — che il così detto *référé* facoltativo abbia avuto un impiego abbastanza ampio, in particolare riguardo al campo penale. E proprio l'utilizzazione in quest'area mostra che si tratta di uno strumento di cui ci si serve non solo per colmare lacune tecniche, ma pure per denunciare lacune ideologiche, cioè suscitate da una diversa e variabile idea di giustizia. La propensione emerge in modo vistoso allorché i tribunali si rivolgono al legislatore per sollecitare, in definitiva, l'introduzione di nuove fattispecie penali, da utilizzare nei casi concreti già pendenti presso di loro: senza tenere in alcun conto il principio di legalità e tassatività — conclamato a partire dalla Dichiarazione dei diritti dell'89, art. 8 — vigente in materia penale, per giunta fresca di novella disciplina, il *Code pénal* 25 settembre-6 ottobre 1791. In generale, comunque, proprio il successo pratico dell'istituto ne mette in luce gli aspetti problematici: l'Assemblea — lo ripetiamo, laboriosissima, ma oberata, anzi assillata da multiforme lavoro, spesso dispersivo — non aveva una struttura idonea a produrre regolamenti concreti concernenti casi singoli, in particolare rispettando tempi accettabili <sup>(3)</sup>.

Sempre nel primo periodo, sia pure isolatamente, si verificano le prime *pétitions* rivolte all'Assemblea, provenienti da cittadini o, in particolare, da municipalità, che scavalcano l'intervento dei giudici, con effetti che vanno talora oltre il caso singolo, acquistando generalità se non astrattezza <sup>(4)</sup>. Tra i preannunci di questa tendenza — cioè anteriormente al varo delle leggi sull'*ordre judiciaire* e sul *Tribunal* — pare istruttivo il caso, ben documentato, che prende le mosse da una *adresse* della Comune di Parigi (6 marzo 1790), sollecitata da quella di Brive, appello con cui si chiede alla Costituente di fermare alcuni procedimenti di competenza delle *juridictions prévôtales*. Lo spazio relativamente ampio qui riservato a questa vicenda, non è tanto legato alle peculiarità della rimessione

---

<sup>(3)</sup> Per il *référé*, anche in relazione a questo periodo, lo studio di riferimento è quello di Y.-L. HUFTEAU, *Référé*, cit., pp. 50-53 (sia per la diffusione sia per l'applicazione in campo penale) e p. 76 per il Tableau III, circa i primi casi; cfr. pure P. ALVAZZI DEL FRATE, *Giurisprudenza e référé*, cit., pp. 43-55. Fa parte del quadro, logicamente, l'atteggiamento dei giudici; per quello che concerne il *Tribunal*, già in questo periodo, l'atteggiamento complessivo risulta molto ossequioso, v. J.-L. HALPERIN, *Tribunal*, cit., pp. 102-104.

<sup>(4)</sup> Cfr. Y.-L. HUFTEAU, *Référé*, cit., pp. 69-73 e 75, per il Tableau II.

realizzata, quanto al ruolo esemplarmente giocato dalla *liberté de pétitions*: « flot grandissant » che la Costituente e poi la Legislativa tentano invano di contenere normativamente e che, come nel nostro caso, può servire da veicolo per forzare in maniera estemporanea — una volta acquisito il manto della legalità (non sempre adeguatamente mediato dal comitato competente) — le regole che presiedono all'amministrazione della giustizia <sup>(5)</sup>. A parte il motivo appena indicato, lo spazio può trovare giustificazione ai fini del confronto con le prassi, sviluppatasi a partire dal periodo successivo, dei decreti mediante i quali il legislativo annulla decisioni giudiziarie. La petizione parigina riguarda specificamente gli abitanti di Brive, dipartimento della Corrèze, per i tumulti ivi verificatisi (come in generale nel Bas-Limousin) e repressi anche con condanne alla pena capitale: quasi si fosse trattato — secondo le parole di chi aveva letto l'*adresse* — di « vili briganti » da sottoporre alla legge marziale e non di « contadini ingannati » ed indotti in errore dai « nemici del bene pubblico ». Alla specificità dell'intervento richiesto corrisponde, dopo una vivace discussione, un atto avente le caratteristiche tipiche (pur se non esclusive) dei provvedimenti legislativi, cioè la forza normativa con portata generale. Mediante il *décret* 6-7 marzo 1790, infatti, viene sospesa l'esecuzione di tutte le sentenze definitive (non appellabili né ricorribili) pronunciate dai prevosti. La sospensione viene sostenuta, in particolare, mediante il rilievo per cui tali tribunali realizzano una confusione — in origine non esistente — fra la « potenza di una forza armata » e l'amministrazione della giustizia in materia criminale: confusione contraria alla divisione dei poteri ed al principio in virtù del quale tutti i cittadini sono uguali avanti alla legge e, in generale, stanno in giudizio con le medesime forme (compreso l'appello), davanti ai « giudici ordinari » <sup>(6)</sup>. Il decreto

---

<sup>(5)</sup> Significativo il quadro relativo alle *pétitions* di J. GODECHOT, *Institutions*, cit., pp. 71-73.

<sup>(6)</sup> L'*adresse*, letto dall'abate Mulet, presidente della Commune di Parigi, la discussione, con gli interventi di Malès, avvocato di Tulle, che propone la sospensione di tutte le procedure e delle esecuzioni, appoggiato da de Lamet, colonnello dei corazzieri, e da Guillaume, avvocato al Consiglio, che sviluppa i profili giuridici, nonché il testo del decreto, in *Archives*, vol. XII, 6 marzo 1790, pp. 60-62. Sulla competenza (e la cattiva fama) dei *prevôts des maréchaux*, sinteticamente, voce *Prevôts des maréchaux*, in *Dictionnaire des institutions de la France*, cit., pp. 453-454.

6-7 marzo, influenzato dalla sbrigativa testimonianza *de relato* fornita dalla Comune parigina, non mette fine alla vicenda; d'altro lato, la semplice sospensione lasciava le cose a metà. Così, pochi giorni dopo il decreto in questione, l'11 marzo 1790, fa sentire la sua voce la Comune di Uzerche, sempre del dipartimento della Corrèze, che smentisce la ricostruzione parigina dei fatti e protesta contro la sospensione, decisa — si dice nella delibera — solo sulla base di lettere inviate alla stampa e provenienti da Parigi, ma contro la « notorietà pubblica nella provincia », che indica nel Comitato della città di Brive il « focolaio » dei tumulti. E nel giro di pochi giorni si fanno sentire altre voci con analoga intonazione (7). Comunque le proteste si infittiscono ed il 2 giugno 1790 l'Assemblea si trova investita da cinquantacinque denunce provenienti da *Communes*, municipalità e parrocchie: proteste che hanno come capofila la memoria minuziosa e documentatissima della *Commune* di Tulle, capoluogo della Corrèze. La memoria contiene un resoconto molto puntuale circa la dinamica dei disordini nel Bas-Limousin. Assieme alla descrizione dei gravi fatti accaduti ed alla indicazione di chi ne aveva la responsabilità, si provvede a contestare, cifre alla mano, che la severità delle pene inflitte ai « briganti » sia stata eccessiva, si demistificano le ricostruzioni « pietistiche » di alcuni giornali e si combatte il peso attribuito dall'Assemblea all'*adresse* della Comune di Parigi, lontana dai fatti. Target, per conto dei Comitati riuniti di costituzione e delle ricerche, riferisce sinteticamente sui reati commessi dai « briganti » (anche) nel Limousin, stigmatizza le « perfide manovre poste in atto per eccitare gli animi », compresa la pubblicazione di un falso decreto dell'Assemblea e tuttavia, nella relazione, non fornisce indicazioni precise sulla vicenda, reperibili solo nella memoria di Tulle allegata alla seduta del giorno. Il decreto predisposto dai Comitati riuniti, approvato nello stesso giorno della presentazione, 2 giugno 1790, dopo un preambolo dal tono deprecatorio-esortativo, prevede (art. 10) per coloro che hanno commesso o commetteranno violenze contro la proprietà o le persone, una punizione esemplare, inclusa quella prevista dalla legge marziale (decreto 21 ottobre 1789, contro gli *attrouppements*);

---

(7) Quanto ad Uzerche, v. *Archives*, vol. XII, 16 marzo 1790, pp. 199-201.

inoltre (art. 14), stabilisce che nelle quattro antiche province del Bourbonnais, del Nivernais, del Berry e del Limousin, i crimini e gli attentati commessi durante le sommosse e le radunate sediziose, a partire dal 1° maggio, siano attribuiti, ripettivamente, ai *presidiaux*, *bailliages* e *sénéchaussées* di Bourges, Saint-Pierre-le-Moutier, Moulins e Limoges; aggiungendo un dovere di informativa verso l'Assemblea per le notizie acquisite in occasione dei relativi processi (8). Che il *décret* 2 giugno 1790 contenga una normativa lineare non sembra e invano si cercherebbero lumi nella brevissima discussione, limitata a punti secondari. Da una parte, si detta una regola generale da valere per il passato, senza limiti, e per il futuro (art. 10), dall'altra, si appronta un regola particolare, con decorrenza 1° maggio, limitata ai quattro capoluoghi provinciali appena indicati (art. 14).

Il tortuoso itinerario attivato dalla petizione della Comune parigina del marzo, presenta, prima di rientrare nella normalità, un ulteriore tornante. Nemmeno tre mesi dopo il *décret* del 2 giugno, viene all'ordine del giorno dell'Assemblea, 26 agosto 1790, un rendiconto del Comitato dei rapporti relativamente all'affaire di Tulle e di Uzerche, provocato dalle petizioni di quelle città. Il relatore, Boullé (avvocato di Pontivy, Bretagna), presenta un quadro molto edulcorato e vago dei fatti, non prende in considerazione la documentazione fornita da Tulle, ignora le responsabilità individuate e mostra propensione per un ribaltamento dello scenario, con riabilitazione genericamente motivata del comportamento tenuto dal Comitato di Brive, motore della vicenda, e per i formalismi. Boullé, ad esempio, sottilizza sulla circostanza per la quale la legge marziale non sarebbe stata regolarmente proclamata: era stato mostrato un grembiule rosso da donna, invece di una bandiera rossa, come indicato dall'art. 2, decreto 21 ottobre 1789. Comunque, il progetto di decreto prevede che tutti i processi iniziati davanti al tribunale prevostale di Tulle anteriormente al 1° maggio, relativi ai disordini

---

(8) Le proteste, a cominciare da quella di Tulle, in *Archives*, 2 giugno 1790, vol. XVI, pp. 51-85; la relazione di Target, *ivi*, pp. 40-41 e, di seguito, pp. 41-42, il testo del decreto 2 giugno 1790 (l'art. 6 prevede una regola particolare per i reati commessi durante le assemblee primarie o elettorali, individuando quale giudice competente la stessa Assemblea interessata).

verificatisi nella Corrèze, proseguano davanti agli « ufficiali municipali » — considerati « giudici ordinari in materia criminale » — di Bordeaux (Gironde, dipartimento non attiguo). Resta senza alcun chiarimento l'attribuzione della qualità appena riferita agli *officies municipaux*, ai quali proprio il decreto 21 ottobre 1789 conferisce solo compiti di polizia (artt. 1, 4-6, 10 e 11). Lo « strano » progetto del Comitato viene criticato da Ludière, avvocato e deputato di Tulle: trasforma le vittime in colpevoli e, si precisa, senza nemmeno avere letto l'ampia documentazione presentata da Tulle e Uzerche, depositata presso il Comitato; con il risultato di allontanare i processi in questione dai luoghi ove sarebbe stato possibile raccogliere « testimonianze schiaccianti ». Secondo Ludière, e nel progetto da lui presentato, la competenza per i disordini verificatisi nella Corrèze, sussistendo i presupposti per la rimessione, spetta al *présidial* di Limoges (dislocato in dipartimento contiguo), conformemente al decreto 2 giugno 1790. L'alternativa proposta, però, non passa e viene approvato, con il *décret* 26 agosto 1790 il testo proposto dal Comitato <sup>(9)</sup>.

L'alveo della normalità viene in qualche modo raggiunto con il *décret* 15 novembre 1790, emesso a seguito di una petizione presentata dagli accusati e condannati per i torbidi avvenuti nella Corrèze. Il relatore per il Comitato dei rapporti, l'avvocato Malès, di Tulle, dopo aver premesso che persistevano i motivi all'origine dello spostamento dei processi in discorso fuori dal dipartimento, sottolinea come in forza della nuova legge sull'*ordre* giudiziario, ormai in vigore, la competenza al riguardo non spetti più al tribunale della

---

<sup>(9)</sup> La relazione di Boullé, il testo del decreto approvato e l'intervento di Ludière, in *Archives*, vol. XVIII, 26 agosto 1790, pp. 295-298. Circa il *présidial prévôtal* e la teoria dei « cas présidiaux », per la quale era consentito a tale tribunale di occuparsi, in luogo dei *prevôts* e dei *maréchaux*, degli attentati alla sicurezza pubblica apportati da vagabondi e pregiudicati, cfr. J. RIOLLOT, *Droit de prévention*, cit., p. 250 e, ivi, nota 1, nonché J.-P. ROYER, *Histoire*, cit., pp. 52-54. Riguardo alla discussione sul decreto 21 ottobre 1789 (e in particolare gli interventi di Dupont e di La Rochefoucaud, pari di Francia), v. *Archives*, vol. IX, 27 settembre 1789, pp. 474-475. In base all'art. 7, tit. XI (Giudici in materia di polizia), del *décret* 16-24 agosto 1790, gli « ufficiali municipali sono incaricati, in particolare, di disperdere gli assembramenti e le sommosse popolari, conformemente alle disposizioni della legge marziale, e sono responsabili per la loro negligenza in questa parte del loro servizio ».

municipalità, cessato dalla funzione giudiziaria in materia criminale, ma al tribunale di distretto di Bordeaux. Il nuovo decreto viene adottato conformemente alla proposta del Comitato <sup>(10)</sup>.

La postilla di cui poco sopra è costituita dal *décret* 24 dicembre 1790, approvato sulla scorta della relazione di Duport, per conto del Comitato di giustizia criminale. Il decreto stabilisce che l'appello, prima non consentito, avverso le sentenze dei tribunali prevostali — sospese con il decreto 6 marzo 1790 — spetta, a scelta del condannato, ad uno dei sette tribunali distrettuali incaricati di giudicare gli appelli che riguardano il tribunale territorialmente competente ad emettere la decisione di primo grado <sup>(11)</sup>. Soluzione che ricalca, come quella adottata dal *décret* 12-19 ottobre 1790, il modello civilistico, divergente (come si è visto) dalla formula successivamente adottata per la materia penale. Ad ogni modo, ribadiamo che lo spazio, relativamente ampio, dedicato al caso Tulle non è tanto legato al profilo della rimessione, quanto alla circostanza che il caso rende documentalmente ben visibili gli sviluppi di una petizione che non incide solo sulla competenza dei giudici, ma comporta pure la paralisi delle loro sentenze, fenomeno di solito ritenuto tipico di momenti successivi. Quanto al profilo della rimessione, con riferimento agli « ufficiali municipali », si rimarca l'utilizzo di una nozione di « ordinarietà » che non solo prescinde dalla precostituzione, ma che, fino a quando restano in funzione i vecchi tribunali, non implica un tendenziale monopolio: situazione, *mutatis mutandis*, che ricorda l'ordinarietà (multipla) dei giudici signorili.

Sempre con riferimento alla fase sino ad ora considerata, a ridosso però della rivoluzione del 10 agosto 1792, ci si limita a ricordare — dato che altri ne ha già attentamente ricostruito gli sviluppi <sup>(12)</sup> — la petizione, mediata dal ministro della giustizia, relativa al « caso Talvande » (5-6 giugno 1792): qui la posta in gioco

---

<sup>(10)</sup> La relazione ed il testo del decreto, in *Archives*, vol. XX, 15 novembre 1790, p. 431; in un periodo in cui i turbamenti dell'ordine pubblico erano frequentissimi, cfr., ad es., il trasferimento, con rispetto della contiguità, da Montauban a Tolosa, disposto con il *décret* 31 dicembre 1790, *ivi*, vol. XXI, 31 dicembre 1790, p. 734.

<sup>(11)</sup> Il decreto 24 dicembre 1790 viene adottato senza discussione, v. *Archives*, vol. XXI, 24 dicembre 1790, p. 655.

<sup>(12)</sup> L'attenta ricostruzione è di J.-L. HALPERIN, *Tribunal*, cit., pp. 116-118.

riguardava la possibilità di rivolgersi all'Assemblea per ottenere l'annullamento di una sentenza del *Tribunal*: questione dibattuta con accanimento ma senza esito. Per gli annullamenti, salvo il preannuncio segnalato, bisognerà attendere la Convenzione. D'altra parte — torneremo sul punto — lo sfondo del quadro è rappresentato dalla Costituzione del 1791, nella quale si adotta, se non la completa specializzazione, almeno la tendenziale separazione dei poteri <sup>(13)</sup>.

Nel secondo periodo, che arriva sino al settembre del 1793, i *référés* e in specie le *pétitions* vengono frequentemente utilizzati <sup>(14)</sup>, ma compaiono sulla scena strutture e figure nuove, alle quali corrispondono (o si identificano con) prassi profondamente incisive. Quanto alle strutture, il 17 agosto 1792, poco più di un mese dal termine della Legislativa, Héroult de Séchelles, per conto della Commissione straordinaria dei Dodici, presenta il progetto di un « Decreto relativo alla formazione ed organizzazione di un tribunale criminale per giudicare i crimini del 10 agosto corrente e gli altri crimini *y relatifs, circonstances et dépendances* », ambito dai margini non precisamente netti; il progetto viene approvato nello stesso giorno della presentazione. Nella relazione e nel preambolo che precede il progetto, l'oratore evidenzia anzitutto la sfiducia politica, già affiorata, verso le giurie precedenti, d'accusa e di giudizio, e verso il tribunale criminale del dipartimento, gravato inoltre da troppo lavoro. Il relatore cerca poi di accreditare la tesi per la quale

---

<sup>(13)</sup> Per la tesi tradizionale, cfr. Y. GUCHET, *Histoire constitutionnelle de la France. 1789-1974*, Parigi, 1993<sup>3</sup>, p. 83, che richiama M. DESLANDRES, *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à 1870*, vol. I, Parigi, 1932, p. 266 (naturalmente, fermo restando il primato del legislativo).

<sup>(14)</sup> Cfr. J.-L. HALPERIN, *Tribunal*, cit., pp. 120-123; Y.-L. HUFTEAU, *Référé*, cit., pp. 72-73; P. ALVAZZI DEL FRATE, *Giurisprudenza e référé*, cit., pp. 61-62 e Id., *Giudice naturale*, cit., pp. 170-173. Per il quadro, all'inizio di questo periodo, con riferimento agli avvenimenti che ruotano attorno alla giornata del 10 agosto 1792, v. J.-P. ROYER, *Histoire*, cit., pp. 318-323; E. SELIGMAN, *La justice en France pendant la Révolution (1791-1793)*, vol. II, Parigi, 1913<sup>2</sup>, pp. 143-185 (e quanto alla gestione del decreto del 17 agosto 1792, pp. 186-215) e, per la minuziosa descrizione della giornata, J. MICHELET, *Storia della Rivoluzione francese* (ed. 1869), vol. III, Milano, 1960, pp. 7-30. Quanto alla proclamazione per cui « in tempo di guerra e di rivoluzione non si governa come in tempo di pace », proveniente da deputati di tutte le tendenze, v. G. LEFEBVRE, *Révolution*, cit., pp. 141-143.

il tribunale straordinario proposto (che decide in unica istanza, senza ricorso per cassazione e con una sorta di lavorazione a ciclo continuo, art. 9), non darebbe luogo ad una « commissione » e rispetterebbe la Dichiarazione dei diritti e la Costituzione: dal momento che i nuovi giudici verranno nominati « nelle forme che le leggi hanno determinato per l'elezione dei giudici in generale ». L'argomentazione sembra corrispondere solo ad un artificio dialettico, tenuto per mano dal contesto storico, in quanto presuppone l'equivalenza fra « giudice precostituito » e « giudice eletto ». Tanto più che, volendo ragionare in termini di conformità alla Carta, se si esclude la configurabilità di una « commissione » ci si preclude altresì la possibilità di speculare sulla formulazione dell'art. 4, cap. V, Cost. 3-14 settembre 1791 (e dell'art. 17, tit. II, *décret* 16-24 agosto 1790), che ammette « commissioni » previste dalla legge. Senza contare — sempre in chiave storicamente asettica — che il tribunale del 17 agosto non risulta in armonia con il principio per cui tutti i cittadini sono uguali davanti alla legge penale e con quello di irretroattività nella medesima materia, artt. 6 e 8 Dichiarazione dei diritti 1791. E va menzionato, per apprezzare il clima in cui viene approvato il decreto in parola, che la relativa presentazione era stata preceduta dalla minaccia — formulata da un ufficiale municipale delegato dalla *Commune* di Parigi — per la quale se l'Assemblea non avesse provveduto, sarebbe stato il popolo a nominare (un cittadino per ogni sezione) un tribunale *ad hoc* <sup>(15)</sup>. La normativa sul tribunale del 17 agosto, per rispondere alle richieste di precisare il suo funzionamento, viene completata con il decreto 19 agosto 1792, approntato seduta stante dal Comitato dei Dodici; in breve, la caratteristica di quest'ultimo intervento consiste nella tendenziale

---

<sup>(15)</sup> Circa il testo del *décret* 17 agosto 1792, la relazione di Hérault-de-Séchelles, avvocato generale al Parlamento di Parigi, le minacce dell'*officier municipal* e le perplessità relative all'introduzione di una giurisdizione parallela formulate da Chudieu, ufficiale della guardia nazionale, e da Thuriot, avvocato di Parigi, v. *Archives*, vol. XLVIII, 17 agosto 1790, pp. 297-299. Il tribunale del 17 agosto viene soppresso il 29 novembre 1792. Come è noto, la sua istituzione non eviterà i massacri di settembre nelle prigioni, cfr. E. SELIGMAN, *Justice*, vol. II, cit., p. 216 e ss.

virtualizzazione delle garanzie difensive, attraverso la compressione spinta dei relativi tempi <sup>(16)</sup>.

L'altra struttura giudiziaria tipica dello stesso periodo è rappresentata dal Tribunale criminale rivoluzionario, istituito con i decreti 9-11 marzo e 10-12 marzo 1793 (disciplina completata da provvedimenti ulteriori). Con l'istituzione di quel tribunale straordinario — maturata in un clima agitato e confuso per lo scontro fra girondini e montagnardi, complicato dall'andamento delle guerre — si compie un passo decisivo verso le caratteristiche del periodo successivo <sup>(17)</sup>. Le proteste di conformità alla Costituzione, formulate a copertura del *décret* 17 agosto 1792, paiono ormai un ingombro fuori dal tempo. Davanti al timore che il tribunale straordinario, per il modo della sua composizione ed organizzazione, realizzi una nefasta concentrazione di poteri in capo alla Convenzione, Cambacérès, il futuro arcicancelliere dell'Impero, taglia corto: « non si venga a dire che la tirannia non è che la confusione dei poteri, (...) i tempi rivoluzionari chiedono misure estreme ». I timori vengono ribaditi con forza ma inutilmente: non si tratta più di dare corpo ad una nuova idea di giustizia, diventa assorbente l'eccezionalità del momento. E, in questo contesto, l'influenza di Danton, che difende a spada tratta il progetto per il nuovo tribunale rivoluzionario, può essere considerata — rispetto al pericolo di un nuovo 10 agosto — contemporaneamente « rivoluzionaria e moderatrice ». In base al *décret* 10-12 marzo 1793 (relativo alla composizione ed all'organizzazione), il nuovo tribunale, sedente a Parigi, è destinato a conoscere (Sez, I, art. 1) « de toute entreprise contre-révolutionnaire » (seguito altri obiettivi che tuttavia non diradano l'incerto alone semantico

---

<sup>(16)</sup> Per la richiesta di precisazioni, formulata dai membri del tribunale straordinario, v. *Archives*, vol. LXVIII, 19 agosto 1792, p. 378; e, per il testo del decreto e la presentazione da parte di Héroult-de-Séchelles, ivi, pp. 383-384, il quale, nelle restrizioni previste dai sei articoli del decreto, riesce a non riscontrare alcuna vera menomazione per l'attività difensiva.

<sup>(17)</sup> Un quadro dettagliato ed incisivo dei vari passaggi su questa strada, in E. SELIGMAN, *Justice*, vol. II, cit., pp. 502-521 (anche per il ruolo di Danton, il quale — ivi, p. 511 — pronuncia una di quelle arringhe che « sono atti allo stesso tempo che parole »: perfetta definizione del linguaggio performativo). Cfr. pure J.-P. ROYER, *Histoire*, cit., pp. 362-367 (e per la bibliografia pp. 385-386), che sottolinea l'« alleggerimento » delle forme giudiziarie collegato alla « vaghezza » della loro disciplina.

che avvolge l'esordio della disposizione); giudici, giurati e accusatore pubblico sono nominati dalla Convenzione (artt. 5-7); le denunce, gli atti istruttori ed i provvedimenti restrittivi della libertà personale sono canalizzati verso la Convenzione ed esaminati con il supporto di una commissione della medesima ed un'altra commissione, con lo stesso collegamento, provvede all'esame dei documenti, alla redazione ed alla presentazione dell'atto d'accusa, nonché della sorveglianza generale (artt. 9 e 10); i giurati votano pubblicamente, ad alta voce, con riduzione della maggioranza normalmente richiesta per la condanna (art. 12); le sentenze non sono né appellabili né ricorribili (art. 13). Quanto alle sanzioni, lo stesso decreto (Sez. II, art. 3), contempla la deportazione per coloro che pur essendo « convaincus di crimini o di delitti non previsti dal codice penale o dalle leggi posteriori, o la cui punizione non sia stabilita dalle leggi », tuttavia si assume che, per il loro « incivisme », la residenza nel territorio della Repubblica sarebbe causa di disordini e di agitazioni <sup>(18)</sup>. In qualche modo il successivo *décret* 17 settembre 1793, così detta legge sui sospetti, varato al culmine di un altro momento particolarmente agitato, rappresenta un completamento dell'istituzione del tribunale rivoluzionario. Auspice il sempreverde Merlin de Douai, il nuovo intervento normativo, con al centro la definizione per *genus et ... indifferentiam* di « gens suspects » (art. 2), supera per ambiguità, genericità e vaghezza le disposizioni del marzo precedente: andava bene per qualsiasi nemico od avversario. Si aggiunga che potevano essere internati sino alla pace (e a loro spese), negli stabilimenti a ciò specificamente destinati, sempre in quanto sospetti, anche coloro per i quali vi era stata una dichiarazione di « non luogo all'accusa » o di proscioglimento (artt. 10, 7 e 8) <sup>(19)</sup>.

---

<sup>(18)</sup> La presa di posizione di Cambacérès, le dichiarazioni di Lanjuinais e di Bouzat, il progetto (adottato) di Lindet, la disputa sulla presenza o meno dei giurati, l'intervento di Danton e, infine, il testo del decreto sull'organizzazione del tribunale straordinario, in *Archives*, vol. LX, 10-11 marzo 1793, pp. 59-95.

<sup>(19)</sup> In *Archives*, vol. LXXIV, 17 settembre 1793, pp. 303-305 (ove non viene riportata alcuna discussione), la legge sui sospetti. Sul tema, anche per gli sviluppi, v. M. GARAUD, *La Révolution et l'égalité civile*, Parigi, 1953, pp. 224-244; J. GODECHOT, *Institutions*, cit., pp. 376-380 e J.-P. ROYER, *Histoire*, cit., pp. 372-375 (che include in un'unica fase il periodo che va dal settembre 1793 al luglio 1794). I destinatari della legge sui sospetti, art. 1, erano, tra gli altri, « coloro che per la loro condotta, per le loro

La figura « nuova » di cui si diceva inizia a manifestarsi nel periodo ora esaminato dal marzo 1793, ed è costituita dalla pratica degli annullamenti di pronunce giudiziarie mediante decreti della Convenzione: figura nota da tempo, ma approfondita ed analizzata come autonoma solo in epoca relativamente recente in uno studio di Halperin <sup>(20)</sup>. Pare opportuno precisare che la periodizzazione ivi adottata non solo sconta — come spesso accade — un inevitabile tasso di opinabilità, ma soprattutto, a seguirla pedissequamente, si rischierebbe di ostacolare la visione complessiva di un fenomeno, quello delle *pétitions*, del quale i decreti di annullamento fanno parte integrante, condividendone, a partire da epoca anteriore alle leggi sull'ordinamento giudiziario e sul *Tribunal* (1790), procedimento di formazione, struttura, funzione e, in particolare, le cause di fondo: oltre alla sfiducia verso i giudici, il metodo di lavoro e la relativa debolezza delle Assemblee, in simbiosi con la loro esigenza di visibile popolarità e congiunta propensione per l'onnipotenza.

Lo studio di Halperin copre il periodo 27 marzo 1792-ottobre 1795 (vendemmiaio anno IV) ed evidenzia 205 decreti di annullamento (restano fuori dall'inventario le richieste senza seguito, molto più copiose); numero rilevante ma ritenuto dall'Autore piuttosto inferiore a quello degli interventi di questo tipo effettivamente realizzati, data la difficoltà di lettura presentata dagli strumenti utilizzabili per la rilevazione <sup>(21)</sup>. L'importanza del fenomeno segnalato è notevole: illumina in modo palpabile l'instabilità che può colpire il prodotto dell'amministrazione della giustizia e, globalmente, la subordinazione dei giudici. Ci si chiede, però, se vi siano

---

relazioni, per le loro intenzioni fanno presentire il loro carattere di nemici della libertà e partigiani della tirannia, i nobili che non hanno costantemente manifestato il loro attaccamento alla Repubblica ».

<sup>(20)</sup> L'analisi approfondita è quella di J.-L. HALPERIN, *Les décrets d'annulation des jugements sous la Convention*, in *La Révolution et l'ordre juridique*, cit., vol. II, pp. 457-468; cfr. pure Y.-L. HUFTEAU, *Référé*, cit., tav. I alla p. 74.

<sup>(21)</sup> Così J.-L. HALPERIN, *Décrets*, cit., p. 457; e la sua cautela sembra più che giustificata: senza intraprendere ricerche ad hoc ed a parte il caso Tulle, ad es., la Convenzione, il 15 marzo 1793, adotta un decreto che sospende l'esecuzione delle sentenze già rese e di quelle future del tribunale di commercio di Dunkerque relative al caso Sneck, in base alla relazione del Comitato di marina, presentata da Antiboul, v. *Archives*, vol. LX, 15 marzo 1793, pp. 223-224.

ulteriori ragioni che inducano a tenere separate dalle altre le petizioni che mettono capo agli annullamenti in questione. La domanda mira a chiarire se — salvo la frequenza — vi siano specificità che conducano ad escludere o comunque ad attribuire scarso rilievo a collegamenti con situazioni simili verificatesi già in precedenza, come quella integrata dall'affaire Tulle. Una connotazione specifica messa in evidenza nel citato studio sugli annullamenti, riguarda la circostanza che i quattro quinti di essi riguardano casi giudicati « rivoluzionariamente », ossia senza ricorso per cassazione; non sottacendo, però, che il rimanente quinto riguarda proprio sentenze del *Tribunal*. Comunque, dal punto di vista morfologico, l'itinerario le forme e gli effetti delle petizioni che culminano nell'annullamento ricalcano esattamente — come avremo modo di precisare esaminando il periodo termidoriano — il disegno generale (22).

Chiarito ciò, la creazione di una sorta di *enclave* autonoma per i decreti di annullamento, a parte l'importanza del fenomeno, sembra anche rispondere all'esigenza di verificare se alla Convenzione risulti attribuibile la « volontà » di comportarsi come un secondo *Tribunal*. Le riflessioni di Halperin al riguardo sboccano in una risposta negativa: alla Convenzione interessa controllarlo ed eventualmente sostituirlo nelle materie che toccano il « governo costituzionale » (non nei « casi ordinari »). Tuttavia, e così la risposta suona un po' diversa e meno nitida, si aggiunge che, riguardo ai processi giudicati « rivoluzionariamente » (nel senso precisato), la Convenzione si comporta come « office d'organe de cassation »; e si adombra persino una specie di nuova versione della differenza, tipica dell'Antico regime, fra « giustizia ritenuta » e « giustizia delegata »: del resto la Convenzione si avvale della « riunione nelle sue mani di tutti i poteri ». Domanda e risposta suonano più comprensibili, viceversa, non appena si mette in luce che gli indici effettivi ai quali Halperin ricollega con chiarezza la differenza fra Convenzione che delibera annullamenti e *Tribunal* hanno in definitiva carattere estrinseco: in relazione al minore numero dei provvedimenti emessi dalla Convenzione (rapporto da uno a quattro), alla debolezza della motivazione ed alla limitata pubblicità degli annullamenti: tanto da

---

(22) Cfr. J.-L. HALPERIN, *Décrets*, cit., pp. 457-461.

non potersi parlare di una « giurisprudenza della Convenzione ». La conclusione della tesi riferita è che fino al 9 termidoro anno II (27 luglio 1794) i decreti in parola rappresentano un strumento per controllare l'applicazione della legislazione rivoluzionaria, con una impennata fra l'inizio dell'anno II (settembre 1793) e il pratile dello stesso anno (maggio 1794), epoca del Secondo Terrore <sup>(23)</sup>.

2. (segue) *Terzo periodo: la repubblica giacobina. Quarto periodo: la repubblica termidoriana.*

Alcune caratteristiche del terzo periodo, quello giacobino (che inizia dall'ottobre 1793), avevano avuto modo di manifestarsi in quello precedente, ove — come abbiamo appena visto riguardo all'istituzione del tribunale criminale rivoluzionario ed alla legge sui « sospetti » — il termine di riferimento preminente risulta costituito dalla eccezionalità del momento, marchiato in modo ineludibile dalla rivoluzione in atto. Nella fase giacobina avviene una mutazione di tipo genetico: il connotato attribuito a singole normative diventa connotato del sistema, cioè dell'intero ordinamento. Della mutazione sono espressioni fondamentali il *décret portant que le gouvernement provisoire de la France est révolutionnaire jusqu'à la paix*, 10 vendemmiaio anno II (1° ottobre 1793); il *décret sur le mode de gouvernement provisoire et révolutionnaire*, 14-16 frimaio anno II (4-6 dicembre 1793) e il *décret 22 pratile* anno II (10 giugno 1794) concernente la nuova organizzazione del tribunale rivoluzionario. Il primo decreto dispone, tra l'altro, art. 2, che, in generale, i « corps constitués » sono tutti sottoposti alla sorveglianza del Comitato di salute pubblica, che ne renderà conto all'Assemblea ogni otto giorni. Il secondo decreto, poi, sez. II (dedicata alla « esecuzione delle leggi »), dopo aver ribadito (art. 2) e inasprito — si parla di « ispezione immediata » — quanto previsto dall'art. 2 del precedente decreto, distingue, circa l'« esecuzione delle leggi », fra « sorveglianza » e « applicazione » (art. 3). La « sorveglianza attiva » riguardo alle leggi e misure militari nonché alle leggi amministrative, civili

---

<sup>(23)</sup> Ivi, pp. 463-464. Qualche propensione per i parallelismi fra Convenzione e *Tribunal*, presso P. ALVAZZI DEL FRATE, *Giurisprudenza e référé*, cit., pp. 60-62 e 71-72.

e criminali, viene delegata al Consiglio esecutivo che deve denunciare i ritardi, le negligenze e le violazioni al Comitato di salute pubblica (art. 4); la sorveglianza circa l'esecuzione delle leggi rivoluzionarie o di misure di governo, di sicurezza generale o di salute pubblica, poi, risulta attribuita ai distretti, con obbligo di rendiconto, a seconda dei casi, al Comitato di salute pubblica o al Comitato di sorveglianza (art. 6). Quanto all'« applicazione », invece, si mettono sullo stesso piano quella relativa alle misure militari da parte dei generali, quella delle leggi sulla contribuzione, manifatture, grande viabilità, canali pubblici, eccetera, commessa alle amministrazioni dipartimentali e quella delle leggi civili e criminali delegata ai tribunali: con l'obbligo comune di renderne conto ogni dieci giorni al Comitato esecutivo (art. 7). L'applicazione delle leggi rivoluzionarie, delle misure di sicurezza generale e di salute pubblica, inoltre, spetta alle municipalità, ai comitati di sorveglianza o rivoluzionari, vincolati al rendiconto verso il rispettivo distretto (art. 8). Occorre aggiungere, infine, che nel decreto risulta presente una sorta di norma di chiusura (dato che le disposizioni precedenti erano particolarmente tagliate per atti e provvedimenti singoli) che vieta a tutte le autorità e a tutti i funzionari pubblici di fare « proclami, di prendere decisioni generali estensive, limitative o contrarie al senso letterale della legge, con il pretesto di interpretarla o di supplirvi. Solo alla Convenzione appartiene il diritto di dare l'interpretazione dei decreti, e a questo scopo non ci si potrà rivolgere altro che a lei » (art. 11, sempre sez. II) <sup>(24)</sup>.

Dopo la mutazione realizzata con i decreti 1° ottobre e 4-6 dicembre 1793, l'utilizzo dei *référé*s o delle petizioni, quale che fosse la larghezza del loro impiego, diventa uno strumento meno adeguato per misurare l'ambito effettivo dell'interpretazione (comunque la si intenda) e del relativo divieto per i tribunali. Non fosse altro perché, con i due decreti appena menzionati, il controllo diretto dell'esecu-

---

<sup>(24)</sup> L'inizio della repubblica giacobina indicata nel testo (ottobre 1793) è naturalmente molto opinabile (solitamente, viene fatto risalire a più di un anno prima: cfr. J. GODECHOT, *Institutions*, cit. p. 275 e ss.; M. MORABITO, *Histoire*, cit., p. 84 e ss. e il quadro generale di G. LEFEBVRE, *Révolution*, cit., p. 254 e ss.). La ragione della scelta diversa qui operata consiste nella valorizzazione dei momenti, in qualche modo formali, ai quali l'inizio viene collegato.

tivo, espressione più di volontà che di giudizio, non riguarda soltanto i singoli atti dei giudici, ma comprende complessivamente tutta la loro attività.

Aggiunge un importante tassello al quadro del periodo il già menzionato decreto 10 giugno 1794, sulla nuova organizzazione del tribunale rivoluzionario, che rimette a punto il circuito giudiziario parallelo, decreto legato a filo doppio con il « Grande Terrore ». La relazione, per conto del Comitato di salute pubblica, è svolta da Couthon, con ampio uso di argomentazioni basate su spigolose coppie dialettiche che eliminano i termini intermedi (come gli « indulgenti ») e trasportano le contrapposizioni all'interno della Rivoluzione. Così, esemplificando, l'*ordre judiciaire* risulta ancora « tanto favorevole al crimine quanto oppressivo per l'innocenza »; il nuovo codice penale (quello del 1791), il cui frontespizio è « insozzato » dal nome di Dupont, ha cambiato i « termes » della giurisprudenza piuttosto che il suo « esprit », favorendo l'interesse dei ricchi e delle fazioni invece di quello della giustizia e della verità; le prove « morali », ignorate ad esclusivo beneficio di quelle materiali, vanno considerate alla luce del principio per cui anche le seconde, in definitiva, non possono avere valore « altro che come prove morali »; sotto il vecchio regime si chiedevano invano difensori per l'accusato, « risorsa impotente per il debole oppresso », accordare ora un difensore d'ufficio agli « eterni cospiratori », invece, equivarrebbe a fornire ausiliari ai propri nemici; ecc. <sup>(25)</sup>. Quanto al tenore del decreto, ove si rispecchiano le tesi del relatore, l'art. IV stabilisce che l'istituzione del tribunale rivoluzionario ha come obiettivo la « punizione dei nemici del popolo »; e vengono considerati tali, art. V, « tutti coloro che cercano di annientare la *liberté publique*, sia con la forza, sia con l'astuzia ». Dopo questa « definizione » — generica, ambigua e vaga — arriva un lungo elenco di destinatari, art. VI, che

---

<sup>(25)</sup> Per la relazione di Couthon (avvocato di Clermont) — che entro il Comitato di salute pubblica faceva parte, con Robespierre e Saint-Just, di una sorta di triade direttiva — v. *Archives*, vol. XCI, 10 giugno 1794, pp. 485-487 e, ivi, pp. 483-485, il testo del decreto; per l'inquadramento del provvedimento, l'opacità onnicomprensiva della sua formulazione e lo sfondo, cfr. J. GODECHOT, *Institutions*, cit., p. 382 e ss.; G. LEFEBVRE, *Révolution*, cit, pp. 421-422; J. MICHELET, *Storia della Rivoluzione*, vol. V, cit., pp. 272-281; M. MORABITO, *Histoire*, cit., pp. 108-109 e J.-P. ROYER, *Histoire*, cit., pp. 378-392.

solo in alcuni casi sono individuati con riferimento a comportamenti e situazioni dotati di sufficiente determinatezza (ad esempio, avere provocato il ristabilimento della monarchia, il tradimento nel comando di piazzeforti o armate). Mentre in altri casi, i difetti di cui sopra rimangono intatti: rientrano nella previsione della legge, ad esempio, coloro che « avranno ingannato il popolo o i rappresentanti del popolo per indurli a pratiche contrarie agli interessi della libertà », oppure coloro che avranno assecondato i nemici della Francia, tra l'altro, abusando dei principi della rivoluzione « mediante applicazioni false e perfide ». Per apprezzare il peso del *décret* in questione, ci si limita a menzionare ancora che la morte è l'unica pena prevista per i delitti ivi contemplati (art. VII) e che il completamento dei giudici e dei giurati del tribunale rivoluzionario viene realizzato in base ad una lista approntata dal Comitato di salute pubblica. La legge del 10 giugno 1794 viene approvata seduta stante, con deboli resistenze; del resto — sostiene Robespierre alla Convenzione — essa « non è né più oscura né più complicata di quelle che il comitato ha già sottoposto al vostro giudizio per la salvezza della Patria » (26).

Riguardo al periodo della repubblica giacobina, resta da accennare alla inapplicata Costituzione (e relativa Dichiarazione dei diritti) terminata il 24 giugno 1793 e sottoposta ad un referendum tanto inutile quanto farraginoso (27). Trattandosi di normativa rimasta sulla carta, si potrebbe ritenere poco utile occuparsene in questa sede — mirata sulle prassi — data la sua rilevanza più che altro ideologica e postuma: fonte di riflessione come modello « democratico », per l'attenzione ivi riservata ai diritti « sociali » (specialmente, artt. 21-23, Dichiarazione 24 giugno 1793; attenzione tuttavia non assente nella Costituzione del 1991, tit. I, art. unico, commi 6 e 7). In epoca relativamente recente, però, il profilo dell'interesse per la Costituzione montagnarda ha subito una rivisitazione. Vale a dire, non è stata presa in considerazione solo come archetipo tratto dal

---

(26) La tesi di Robespierre (impegnato a respingere i deboli tentativi di rinvio e gli ancora più deboli tentativi di aprire alla difesa) e la sua proposta di approvare la lista di giudici e giurati approntata dal Comitato di salute pubblica, in *Archives*, vol. XCI, 10 giugno 1794, pp. 482-485.

(27) Cfr. M. MORABITO, *Histoire*, cit., p. 99 e Y. GUCHET, *Histoire*, cit., p. 79 e ss.

passato e tuttavia, in qualche modo, utile per il futuro, ma talora pure come prototipo che realizza la « separazione dei poteri », in maniera anche più decisa di quella riscontrabile presso la Costituzione del 1791; tesi, facente capo a Troper, che capovolge l'orientamento tradizionale, secondo il quale la Costituzione del 1793 realizza la « confusione dei poteri »<sup>(28)</sup>. La tesi presenta aspetti agevolmente condivisibili, qualora si evitino smarrimenti soprattutto verbali, ed altri, invece, che paiono portare acqua proprio all'orientamento tradizionale. La rivisitazione utilizza quali indici la « specializzazione delle funzioni » e l'« indipendenza degli organi » ed è scandita dal movimento di un ingranaggio dimostrativo a denti molto stretti, che lavora sulla falsariga di una doppia prospettiva: la classificazione delle costituzioni in base alle disposizioni in esse contenute e quella in base alle intenzioni dei costituenti<sup>(29)</sup>. In questa sede, ferma restando la duplice angolazione, ci si limiterà a cenni che attengono alla continuità/discontinuità del principio di « separazione » in rapporto con le prassi (anche linguistiche).

Circa la prima prospettiva, quella dei testi costituzionali, la tesi in questione afferma che il principio di specializzazione non comporta sensibili differenze fra la Costituzione del 1793 e quella del 1791 (nonché, tra l'altro, rispetto al Progetto girondino di Condorcet e la Costituzione dell'anno III). E l'equiparazione, sotto il profilo del disegno organizzativo generale, in linea di massima, è condivisibile: per trovare una vera contrapposizione bisognerebbe risalire all'Antico regime e d'altra parte, qualche confusione caratterizza pure la Costituzione del 1791 (in particolare, circa il potere legislativo). Però, se lo stesso disegno viene preso in considerazione assieme alle garanzie attinenti all'indipendenza dei giudici, l'equiparazione diventa poco plausibile. La Carta del 1791, sotto il titolo

---

<sup>(28)</sup> M. TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Parigi, 1980, specialmente, pp. 102-104 e 179-187: va precisato che la tesi dell'A. è svolta essenzialmente con riguardo al confronto fra la Costituzione del 1791 e quella dell'anno III (nonché quella del 1848), ma il confronto viene da lui ritenuto del tutto applicabile alla Costituzione del 1793. Per il superamento della contrapposizione fra la Costituzione del 1791 (separazione dei poteri) e Costituzione del 1793 (confusione dei poteri), però, v. pure M. MORABITO, *Histoire*, cit., pp. 90-100.

<sup>(29)</sup> Per la prima classificazione, v. M. TROPER, *Séparation et histoire*, cit., p. 17 e ss. e per la seconda, p. 107 e ss.

« Del potere giudiziario », tit. III, cap. 5, proclama che esso « non può, in nessun caso, essere esercitato dal corpo legislativo né dal re » (art. 1, così come analoghi sconfinamenti del giudiziario negli altri poteri sono vietati dal successivo art. 3 e conformemente, del resto, alle diverse deleghe dei « pubblici poteri » contemplate negli artt. 3-5, tit. III). Nella Costituzione del 1793, viceversa, ci si limita a dedicare gli artt. da 85 a 100 alla « giustizia civile », alla « giustizia criminale » ed al « tribunale di cassazione ». Posto che nemmeno nella *sedes materiae*, si rinvergono garanzie di indipendenza per il giudiziario, con conseguente rischio di permeabilità, nell'ambito della tesi in esame si è ritenuto — istituendo un parallelo con l'art 16 Dichiarazione del 1789 (« Ogni società nella quale la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri determinata, non ha costituzione ») — che analoghe garanzie di separazione fossero deducibili dall'art. 25 della Dichiarazione dei diritti 29 maggio-8 giugno 1793 (conforme l'art. 24 Dichiarazione 24 giugno 1793), per il quale la garanzia sociale « non può esistere se i limiti delle *fonctions* pubbliche non sono chiaramente determinati dalla legge, e se la responsabilità di tutti i *fonctionnaires* non è assicurata ». Ci si chiede se il riferito parallelo sia sostenibile, tenendo presente anche il tenore dell'art. 15 Dichiarazione dei diritti del 1789 (« La società ha il diritto di chiedere conto della sua amministrazione ad ogni agente pubblico »). La risposta sembra debba essere decisamente negativa; l'esistenza di « limiti delle funzioni pubbliche » non coincide e nemmeno implica l'esistenza della « separazione dei poteri »: si tratta di locuzioni che non designano la medesima area semantica. Infatti, l'esistenza dei suddetti limiti, purché chiaramente determinati, pare compatibile con l'esistenza di aree sovrapponibili, cioè di *enclaves* di un potere entro un altro.

Tuttavia, il rigetto della tesi cara a Troper può essere argomentato più analiticamente in rapporto alla possibilità, sembra presupposta dall'Autore, di ritenere fungibili le locuzioni « *pouvoirs* » e « *fonctions* », ossia praticamente « sinonimi »<sup>(30)</sup>. Una simile relazione non risulta sintatticamente sostenuta dal coordinamento fra la proposizione principale (relativa all'esistenza della garanzia) e le due

---

<sup>(30)</sup> Ivi, p. 124.

proposizioni secondarie di pari grado (che interfacciano limiti delle funzioni e responsabilità dei funzionari). Ma tralasciando il profilo sintattico, formale e tuttavia orientativo, è l'uso contestuale e collegato, in quel particolare quadro storico, dei vocaboli « fonctions » e « fonctionnaires » nel linguaggio normativo (in senso ampio) che sembra smentire il parallelismo e mette in risalto molto più le antinomie che le sinonimie. Si premette che, in generale, l'uso di « fonctionnaire » è attestato intorno al 1770 (quasi un secolo e mezzo dopo « fonction »), con il significato generico di « titolare di un pubblico ufficio ». Scendendo a precisare, in base ad uno spoglio relativamente ampio, di regola, si riscontrano casi in cui « fonction » ha *a*) il significato generico di « compito », « incarico » (e « fonctionnaire » designa il soggetto che lo svolge); casi in cui « fonction » ha *b*) il significato più specifico di « compito/incarico amministrativo » (e « fonctionnaire » il soggetto che lo ricopre); nonché casi in cui « fonction » ha *c*) il significato di « pouvoir », senza che il relativo titolare sia qualificato come « fonctionnaire ». Si è riscontrato, invece, un solo caso in cui al significato *c*) di « fonction » (probabilmente) corrisponde, quanto al titolare, la qualifica di « fonctionnaire »: si tratta dell'art. 17, tit. III, cap. V, Costituzione del 1791, ove, dopo avere chiarito che si possono censurare gli atti dei « poteri costituiti », viceversa, è perseguibile la calunnia dei « pubblici funzionari » correlata all'esercizio delle loro « funzioni »<sup>(31)</sup>.

A parte l'ipotesi appena segnalata, nella Costituzione del 1791 sono reperibili usi corrispondenti al significato *sub a*) (artt. 6, tit. III, cap. I, sez. 3 e 25, tit. III, cap. V); al significato *sub b*) (artt. 2 e 4,

---

<sup>(31)</sup> *Rectius*, nella legge 22 marzo-12 settembre 1791, relativa alla reggenza, alla custodia del re in età minorile ed alla residenza dei funzionari pubblici (legge considerata come facente parte della Costituzione), presso l'art. 3 della sezione dedicata alla residenza dei funzionari pubblici, si stabilisce a quale distanza dall'Assemblea nazionale debba risiedere il re, « primo funzionario pubblico ». Stando a G. LEFEBVRE, *Révolution*, cit., p. 171, tale qualifica, riferita al re, non aveva intenzioni « denigratorie »: all'epoca, si chiamavano « funzionari i soli mandatari politici del popolo, e non i loro impiegati salariati ». Almeno quanto al linguaggio normativo, in base all'uso effettivo, come vedremo, pare che questa opinione debba essere rettificata. Il tenore dell'art. 17 in questione, non risulta meglio illuminato dalla terminologia impiegata nel *code pénal* 1791, sez. V, dedicata ai « crimini commessi dai funzionari nell'esercizio dei poteri che sono loro affidati ».

tit. III, cap. IV, sez. 2); e corrispondenti al significato *sub c*) (artt. 5, tit. III, cap. I, sez. 3, e 3 tit. III, cap. V) <sup>(32)</sup>. Continuando lo spoglio al fine di mettere in luce la continuità lessicale, è opportuno prendere in considerazione la Dichiarazione dei diritti elaborata dai girondini — presentata il 15 febbraio 1793 da Gensonné, approvata il 22 aprile, su proposta di Barère, e bloccata il 24 successivo dalla Dichiarazione messa in piedi da Robespierre <sup>(33)</sup> — dal momento che proprio nella Dichiarazione girondina si ravvisa il puntuale precedente immediato dell'art. 25 contenuto nella Dichiarazione 29 maggio-8 giugno 1793. L'art. 29 (28 della redazione definitiva) della Dichiarazione, testo proposto da Barrère, infatti, ha il seguente tenore: la garanzia sociale « non può esistere là dove i limiti delle funzioni pubbliche non sono chiaramente determinati dalla legge e là dove la responsabilità di tutti i funzionari pubblici non è assicurata ». Ed il suo significato risulta rischiarato dall'art. 28 (27 della redazione definitiva), ove si contrappone l'esercizio dell'« autorità » all'adempimento di una « funzione »: così avviando la seconda locuzione verso l'area *sub b*). Nella medesima Dichiarazione girondina (art. 9), poi, si parla di « funzioni pubbliche », alle quali sono ammissibili tutti i cittadini, che ci riportano (anche) all'area *sub c*) <sup>(34)</sup>.

Se si passa al Progetto girondino di Costituzione, troviamo il

---

<sup>(32)</sup> Le disposizioni *sub a*) riguardano i compiti dei commissari del re; quelle *sub b*) i compiti dei funzionari dell'amministrazione interna e, infine, quelle *sub c*) l'incompatibilità tra funzioni giudiziarie e funzioni riservate ai rappresentanti della nazione, nonché il divieto per i tribunali di interferire nelle funzioni amministrative.

<sup>(33)</sup> Per la Dichiarazione girondina, presentata dall'avvocato di Bordeaux Gensonné, v. *Archives*, vol. LVIII, 15 febbraio 1793, pp. 601-602; per la relativa approvazione, ivi, vol. LXIII, 22 aprile 1793, p. 113; e quanto alla Dichiarazione messa in piedi da Robespierre, ivi, 24 aprile 1793, pp. 197-200.

<sup>(34)</sup> Va però segnalato che proprio Barère, nella discussione sul progetto girondino di Dichiarazione, a proposito dell'art. 28, afferma che la disposizione « vuole che tutti i poteri siano limitati e gli agenti responsabili », questa essendo la « garanzia della libertà », v. *Archives*, vol. LXIII, 22 aprile 1793, p. 113. Se i « poteri » ai quali così si allude possono suggerire una dilatazione del significato attribuibile, nel testo girondino, alla locuzione « fonctions publiques » (e corrispondentemente a « fonctionnaires publics »), il peso di questo rilievo, in ogni caso, è legato in modo stretto alla paragonabilità del contesto in cui essa risulta inserita con quello in cui va ambientata la corrispondente disposizione montagnarda.

quadro seguente. Presso la relazione di Condorcet — nella quale si manifesta avversione per il principio dell'« equilibrio » o del « bilanciamento » dei poteri — nella quasi totalità dei casi, « fonction » e « fonctionnaires » hanno il significato *sub a*) o *sub b*) e solo raramente il significato *sub c*), in particolare con riferimento all'« indipendenza assoluta delle funzioni giudiziarie »<sup>(35)</sup>. Quanto alla Costituzione girondina, si constata che, nella stragrande maggioranza dei casi, le voci « fonction » e « fonctionnaire » ci riportano al significato *sub a*) o *sub b*), nonché, solo raramente, al significato *sub c*) (artt. 5 e 6, tit. X, sez. I), per disposizioni riguardanti le funzioni giudiziarie e quelle amministrative<sup>(36)</sup>. Si nota, inoltre en passant, che la precostituzione del giudice, in quanto aspetto della « libertà civile », subisce addirittura un rafforzamento: infatti, la relativa garanzia viene collegata ad una assegnazione operata mediante « legge costituzionale » (art. 1, tit. VIII), collegamento che sottrae tale garanzia persino alla piena disponibilità dello stesso corpo legislativo (artt. 1 e 2, tit. VIII, sez. II). Terminando il raffronto fra il Progetto girondino e la Costituzione del 1793, si aggiunge che in quest'ultima il vocabolo « fonctions » ricorre (art. 5) con riferimento alla responsabilità del cittadino derivante dallo svolgimento delle medesime a favore di un governo « non popolare », area *sub a*); per

---

<sup>(35)</sup> La relazione di Condorcet, in *Archives*, vol. LVIII, 15 febbraio 1793, pp. 583-601.

<sup>(36)</sup> Il testo del progetto di Condorcet, in *Archives*, vol. LVIII, 15 febbraio 1793, pp. 602-609 e 616-624. La « discussione preliminare » relativa al progetto, inizia piuttosto confusamente (15 aprile 1793) per l'irrompere della questione concernente la precedenza da accordare alla Dichiarazione: la solleva il matematico Romme, subito seguito da molti altri (girondini e montagnardi) e, in particolare da Robespierre, v. *Archives*, vol. LXII, 15 febbraio 1793, pp. 120-126 (era però avvertito il timore di andare incontro ad una esposizione « metafisica » della Dichiarazione). Comunque, un clima di generoso, declamato ed utopistico universalismo aveva accompagnato dalla nascita il progetto di Costituzione: a cominciare dall'invito a collaborare alla sua redazione rivolto a tutto il mondo: voto dell'Assemblea, 19 ottobre 1792 (su mozione di Barère), in *Archives*, vol. LII, p. 576. E v. il quadro complessivo di J. GODECHOT, *Institutions*, cit., pp. 275-281. Sotto il profilo dei diritti sociali, la loro presenza caratterizza, seppure in misura meno incisiva, anche il progetto di Condorcet, artt. 23 e 24 della Dichiarazione 15 febbraio 1793; ad ogni modo non paiono condivisibili svalutazioni eccessive al riguardo: molto spinta è quella di J. MICHELET, *Storia della Rivoluzione*, vol. IV, cit. p. 256, che risulta pensoso ad individuarne la causa in ragioni « topografiche ».

designare (art. 83) i compiti degli ufficiali municipali e degli amministratori, area *sub b*); per indicare (artt. 67 e 66) le incombenze degli agenti posti a capo dell'amministrazione generale, area *sub b*); e che la locuzione « fonctionnaires publics » (art. 55) compare a proposito della forma dei provvedimenti (decreti) concernenti, tra l'altro, la loro responsabilità, area *sub b*), responsabilità tenuta separata da quella dei membri del Consiglio esecutivo. Va segnalato, fra parentesi, che tanto il Progetto girondino quanto la Costituzione del 1793, attribuiscono ai cittadini il « diritto di petizione », ma mentre il primo lo considera uno strumento per far valere il « loro personale interesse privato » (art. 31, tit. VIII), la seconda lo prevede senza alcuna limitazione (art. 122 e art. 32 della collegata Dichiarazione dei diritti 24 giugno 1793, ove si specifica che il diritto in questione non possa, « in nessun caso, essere proibito, sospeso o limitato »). A proposito dei vocaboli *fonction* e *fonctionnaires*, comunque, esiste una continuità lessicale che trova conferme, sia all'epoca dell'Assemblea legislativa sia all'epoca della Convenzione, proprio nella normativa che concerne specificamente i funzionari amministrativi: a puro titolo di esempio, si possono ricordare il *décret* 15 agosto 1792, sull'obbligo di prestare giuramento a cui essi sono tenuti, e il *décret* 12 settembre 1793, sui pubblici funzionari destituiti <sup>(37)</sup>.

Se si considera specificamente l'indipendenza dei giudici, in quanto tale (a parte il profilo relativo agli atti, sul quale ci siamo già intrattenuti), risultano certo ravvisabili salvaguardie in ordine alla persona nella mancanza, tanto presso la Costituzione del 1793 quanto presso quella del 1791, di disposizioni che autorizzino la loro revoca: tenendo, però, conto sia dell'omogeneità teorica dei « poteri » derivante dalla comune investitura mediante elezione, sia della disomogeneità pratica legata alle epurazioni dei giudici, che si

---

<sup>(37)</sup> Il *décret* 15 agosto 1792, in *Archives*, vol. XLVIII, 15 agosto 1792, p. 159; il *décret* 12 settembre 1793, ivi, vol. LXXIV, 12 settembre 1793, p. 21. Conferme dell'uso si possono trovare pure a livello normativo secondario, cfr. ad es., *Arrêté* dipartimento Senna inferiore 29 luglio 1791, in *Archives*, vol. XXIX, 2 agosto 1791, pp. 105-106.

sviluppano, particolarmente tramite i « rappresentanti in missione », dal marzo 1793 <sup>(38)</sup>.

La seconda prospettiva nella quale si muove la rivisitazione in discorso, attiene, come si è accennato, alle intenzioni dei costituenti montagnardi. Su questo piano sembra esserci spazio solo per il dissenso, almeno se ci si riferisce — come sembra chiaro — anzitutto ai giacobini, rapidissimi confezionatori della nuova Carta. A parte quanto si è osservato in generale, l'esempio tipico invocato per sostenere la continuità fra la Costituzione del 1791 e quella del 1793 circa la separazione dei poteri, ne rivela tutta l'ambiguità. L'esempio è rappresentato dalla citazione di un discorso pronunciato da Robespierre alla Società degli amici della Costituzione il 22 luglio 1792. In quella occasione, l'avvocato di Arras aveva proclamato: « io non vedo in questa confusione di tutti i poteri che il più insopportabile di tutti i dispotismi », aggiungendo che il « dispotismo abbia una sola testa o che ne abbia settecento, è sempre dispotismo ». Come abbiamo visto a suo tempo, le precedenti propensioni per la separazione manifestate da Robespierre, non in un club ma in sede legislativa, erano state molto meno calorose. Per chiudere sul punto relativo alle intenzioni dei costituenti, risulta utile confrontare due discorsi, pronunciati rispettivamente da Condorcet, quale relatore del progetto girondino di Costituzione, e da Robespierre, alla vigilia dell'affossamento di quel progetto, per indicare lo spirito che doveva animare la redazione dei principi della nuova Costituzione. L'angolo visuale dal quale si colloca il primo è racchiuso nell'intenzione di costruire una Costituzione che convenga ad un « popolo presso il quale sta terminando un movimento rivoluzionario, e che tuttavia vada bene anche per un popolo pacifico ». Il secondo, invece, muove da una *fictio*: nonostante i grandi pericoli che minacciano la Patria, la Costituzione da dare alla Francia non deve risentirne; « dobbiamo essere tanto calmi, tanto fermi, in mezzo alle tempeste politiche, come se fossimo circondati dalla pace più profonda » <sup>(39)</sup>. Ed è

---

<sup>(38)</sup> Cfr. J.-P. ROYER, *Les épurations judiciaires de 1789 à 1815*, in *L'épuration de la magistrature de la Révolution à la Libération*, Atti Colloquio AFHJ, Parigi 4-5 dicembre 1992, Parigi, 1993, spec. pp. 7-11.

<sup>(39)</sup> Quanto a Condorcet, v. *Archives*, vol. LVIII, 15 febbraio 1793, p. 583; per Robespierre, ivi, vol. LXII, 15 aprile 1793, p. 123 (e, più radicalmente, Saint-Just, ivi, vol.

banale osservare, però, che la finzione rispecchiava molto meglio la realtà.

L'analisi del quarto periodo, repubblica termidoriana, consente di approfondire le caratteristiche delle prassi concernenti l'interpretazione della legge. Ricerche archivistiche rigorose — svolte da C. Bloch e J. Hilaire — relative alla corrispondenza del Comitato di legislazione, hanno portato alla luce tratti essenziali delle operazioni di « intermediazione » da esso svolte nell'ambito (in qualche modo) delle funzioni di vigilanza sui tribunali, attribuitegli dal *décret* 7 fruttidoro anno II (24 agosto 1794), relativo alla redistribuzione dei compiti fra i Comitati. Attribuzione che evitava le conseguenze negative derivanti dal ricorso all'applicazione dell'art. 12, tit. II, *décret* sull'organizzazione giudiziaria: cioè le ricadute sulla già oberrata Convenzione, con i connessi inevitabili ritardi. Si aggiunga che la funzione di vigilanza veniva svolta dal Comitato anche tramite la subordinata *Commission des administrations civiles, police et tribunaux*, che, però, poteva fornire ai richiedenti solo delle semplici *explications* <sup>(40)</sup>. Il Comitato termidoriano durante i quindici mesi del suo funzionamento ha avuto — in base alla documentazione archivistica — una « enorme corrispondenza » con i tribunali. Dalla documentazione emergono i « progetti di risposta » (chiari, brevi e tempestivi) assieme alle lettere che li avevano provocati, nonché qualche rapporto concernente richieste di *référé*. Per ciò che qui più direttamente interessa, vanno menzionati alcuni connotati molto frequenti delle richieste e delle risposte. Quanto alle prime, gli autori sono non solo giudici ma pure *pétitionnaires* (cittadini o enti). Riguardo ai giudici, si è giustamente osservato che — a parte il timore per eventuali sanzioni — il tipo ed il notevole numero delle richieste (con la conseguente espansione del controllo esercitato) è

---

LXIII, 24 aprile 1793, p. 201). Sul grandissimo impatto emotivo prodotto, all'epoca, dal richiamo alla « patria », v. F. BRUNOT, *Histoire de la langue française des origines à 1900*, vol. I, parte I, Parigi, 1927, pp. 4-5.

<sup>(40)</sup> La ricerca archivistica richiamata di C. BLOCH, J. HILAIRE, *Interpréter la loi. Les limites d'un grand débat révolutionnaire*, in *Miscellanea forensia historica*, Amsterdam, 1988, pp. 29-48. Riguardo alla funzione di vigilanza, in precedenza, in base agli art. 7 e 8, sez. II, *décret* 14-16 frimaio anno II, 4-6 dicembre 1793, la sorveglianza era diversamente attribuita. Quanto al ruolo di « intermediazione », relativamente ai *référés*, v. J.-L. HALPERIN, *Tribunal*, cit., pp. 182-187.

anche connesso con la qualità dei giudici, dai quali, dopo il decreto 19-20 ottobre 1792, art. 6, non si esigono più garanzie di capacità professionale. Tutti i cittadini — in omaggio alla libertà di difesa e contro il privilegio degli ordini professionali — sono reputati idonei ad applicare la legge, una legge spesso nuova ed instabile, entro termini brevi e perentori (art. 4, decreto 27 germinale-5 floreale anno II, 16-24 aprile 1794). Ed occorre altresì ricordare che i giudici avevano sovente come interlocutori sperimentati *ex avocats e avoués* che, dopo la soppressione delle relative figure, avevano avuto modo di continuare la loro attività nella veste di « difensori ufficiosi » (istituiti con il decreto 15 dicembre 1790) <sup>(41)</sup>. La sottolineatura delle possibili conseguenze negative ricollegabili al *décret* 19-20 ottobre 1792, risulta certo condivisibile, tuttavia si tratta di un dato che andrebbe adeguatamente incrociato con il risultato pratico delle elezioni giudiziarie del 1793: dato non solo disomogeneo, ma conosciuto in maniera parziale, sebbene piuttosto indicativa <sup>(42)</sup>.

Tornando al Comitato di legislazione, le sue risposte esordivano sempre con una formula rituale che metteva in chiaro il risultato ottenibile dagli interpellanti: solo degli *avis*, dal momento che l'interpretazione della legge era affare esclusivo della Convenzione.

---

<sup>(41)</sup> La soppressione dell'ordine degli avvocati è realizzata con il *décret* 2-11 settembre 1790, art. 10. Riguardo agli *avoués* — istituiti con il *décret* 29 gennaio-20 marzo 1791, art. 3 — essi vengono soppressi dal *décret* 3 brumaio anno II, 24 ottobre 1793, art. 12. Cfr. C. BLOCH, J. HILAIRE, *Interpréter la loi*, cit., pp. 31-32; J.-P. ROYER, *Histoire*, cit., pp. 297-305 (e 316); E. SELIGMAN, *Justice*, vol. I, cit., pp. 308-318 e J.-L. GAZZANIGA, *Les avocats pendant la période révolutionnaire*, in *Une autre Justice*, ed. R. Batinder, cit., pp. 370-380.

<sup>(42)</sup> Riguardo a tale dato, alcune analisi sono molto approfondite, come quella, relativa a Parigi, di E. SELIGMAN, *Justice*, vol. II, cit., pp. 362-377 (risulta eletta una minoranza di giuristi accanto a profani di eccentrica provenienza), e quella di E. DANDINE, *Les élections judiciaires en Haute-Garonne*, in *L'élection des juges. Étude historique française et contemporaine*, ed. J. Krynen, Parigi, 1999, p. 67 e ss. (spec. pp. 88-93), ove si riscontra quasi sempre una maggioranza di giudici (titolari) professionali (e, ivi, cfr. pure le riflessioni complessive di J. KRYNEN, *Avant-propos*, pp. 17-18 e di G. MÉTAIRIE, *L'électivité des magistrats judiciaires en France, entre Révolution et monarchies, 1789-1814*, pp. 61-62). Più spesso, però, ci si trova davanti a generalizzazioni scarse e di incerta affidabilità: ad es., H. DONTENVILLE, *Magistrats et Révolution*, in *Une autre Justice*, ed. R. Batinder, cit., pp. 356-357; P. GUENIFFEY, voce *Elezioni*, in *Dizionario critico*, cit., vol. I, pp. 52-53 e, persino, G. LEFEBVRE, *Révolution*, cit., p. 576.

Esordio formale e riduttivo, apertamente non condiviso dagli autori delle richieste <sup>(43)</sup>. Entro il complesso delle riflessioni che Bloch e Hilaire svolgono in base al materiale archivistico, rivestono particolare interesse due considerazioni generali. La prima è quella che tende a far emergere un barlume di riscontro per la tesi che il Comitato riconosceva ai giudici qualche capacità in materia di interpretazione. Riconoscimento desunto, oltre che dall'esortazione a dismettere la pigrizia mentale e l'abitudine di richiedere avis con troppa facilità, dall'invito esplicito a « interpretare » o a « non interpretare » la legge oppure ad avviare un « ragionamento strutturato » <sup>(44)</sup>. Trattandosi — a quanto pare — di esortazioni ed inviti non solo sporadici, generici e vaghi, ma altresì contraddittori, l'unica conclusione su cui si può convenire senza dubbi riguarda l'« indecisione dei membri del Comitato sull'uso che conveniva fare del termine interpretazione » <sup>(45)</sup>. Tuttavia va guardato con attenzione il tentativo di collegare la differenza fra interpretazione in astratto e interpretazione in concreto alla prassi dell'epoca e non alla esegesi dell'art. 12, tit. II, legge sull'*ordre judiciaire* ed ai suoi remoti antenati. Infatti, mentre l'astrattezza, che attiene alla forma generale del divieto, risulta facilmente ravvisabile, la concretezza, di per sé, non dice nulla circa il tipo di « particolarità » vietata. Come si è visto in precedenza, nelle discussioni sul divieto di interpretazione, volta a volta, si è fatto riferimento, congiuntamente o disgiuntamente, a ipotesi eterogenee (interpretazione estensiva, restrittiva, per analogia, in base ad una argomentazione da caso a caso...). In altre parole, non sembra che la concretezza-particolarità sia strumento concettuale idoneo a scorporare in modo abbastanza adeguato, entro la vecchia *interpretatio*, l'interpretazione. Più immediatamente percepibile — data la dimensione del fenomeno — però, sembra l'altra considerazione generale: quella relativa alla forma, « perentoria e didattica », delle risposte fornite dal Comitato <sup>(46)</sup>: caratteristiche che non hanno bisogno di chiose per illuminare il tipo di rapporti

---

<sup>(43)</sup> Cfr. C. BLOCH, J. HILAIRE, *Interpréter la loi*, cit., pp. 30 e 35.

<sup>(44)</sup> Ivi, pp. 31 e 36-38.

<sup>(45)</sup> Ivi, p. 37.

<sup>(46)</sup> Ivi, p. 36 e, ivi, note 24-25.

intercorrenti fra i giudici ed il potere di cui era « portavoce » il Comitato.

Nel campo dell'amministrazione della giustizia, il 9 termidoro rappresenta la premessa per molti cambiamenti, ma — data la persistenza di alcuni tratti essenziali del vecchio quadro (dalle rivolte interne alle guerre, ora vittoriose, ed all'incerta pacificazione) — con pochi tagli netti. Certo, ad esempio, il Tribunale rivoluzionario del 22 pratile anno II, come si è già accennato, viene definitivamente soppresso il 14 termidoro anno II (1° agosto 1794); e, in generale, la nuova normativa prevede l'accertamento della « intention », la presenza del difensore e la ricusazione di componenti della giuria. Tuttavia, trascorsi tre giorni, era consentito concludere senz'altro il processo qualora il giudice dichiarasse di essere « suffisamment informé » (decreti 23 termidoro anno III-10 agosto 1794 e 8 nevos anno III-23 dicembre 1794). Nel complesso, pare che per constatare « reali progressi » in materia occorra attendere l'estate del 1795 (47). Per quel che riguarda in particolare il *Tribunal*, risulterebbe che l'atteggiamento della Convenzione nei suoi confronti fosse divenuto più favorevole a partire dal marzo 1795: tra l'altro, evitando i decreti di annullamento e tuttavia continuando a nominare i giudici per i posti rimasti vacanti (48).

Quanto allo sfondo costituzionale, i cambiamenti intervengono tardi sull'orizzonte termidoriano: la così detta Costituzione dell'anno III (e relativa Dichiarazione dei diritti) apparendovi solo il 5 fruttidoro (22 agosto 1795). Una Carta, quindi, che, per i suoi connotati legati alla normalizzazione, potrebbe suggerire una sorta di lettura in chiave di « mezzo di contrasto » — in particolare per ciò che ci riguarda più direttamente — rispetto alle prassi perduranti nel periodo. Alcune riflessioni che al proposito sono state riprese abbastanza recentemente, invece, indirizzano verso una lettura meno sbrigativa. Procedendo dai dati testuali, si ricava il quadro seguente. Nella Dichiarazione dei diritti premessa alla Costituzione termido-

---

(47) V. J.-P. ROYER, *Histoire*, cit., pp. 388-400 (anche per i processi a carico dei responsabili del terrore) e i cenni di P. ALVAZZI DEL FRATE, *Giurisprudenza e référé*, cit., pp. 72-73.

(48) Anche per i rapporti con il Comitato di legislazione, cfr. J.-L. HALPERIN, *Tribunal*, cit., pp. 171-200.

riana, art. 22, scompaiono le precedenti ambiguità e si afferma che la « garanzia sociale non può esistere se la divisione dei poteri non è stabilita, se non sono fissati i loro limiti e se non è assicurata la responsabilità dei funzionari pubblici ». La Carta poi, art. 46, *sub* titolo V, Potere legislativo, afferma che esso non può esercitare, né direttamente né attraverso delegati, il potere esecutivo o il « potere giudiziario » e, corrispondentemente, l'art. 202, *sub* titolo VIII, Potere giudiziario (Disposizioni generali), prevede che le « funzioni giudiziarie non possono essere esercitate né dal corpo legislativo, né dal potere esecutivo »; aggiungendo, art. 203, che i « giudici non possono immischiarsi nell'esercizio del potere legislativo né fare alcun regolamento. Non possono fermare o sospendere l'esecuzione di alcuna legge, né citare davanti ad essi gli amministratori per ragioni attinenti alle loro funzioni ». Ancora, l'art. 204 torna ad enunciare (e con maggiore precisione) che « nessuno può essere sottratto al giudice a lui assegnato dalla legge da alcuna commissione, né da altre attribuzioni, salvo quelle stabilite da una legge anteriore ». Non meno rilevante (tit. VIII, Disposizioni sul tribunale di cassazione), la previsione secondo la quale il « corpo legislativo non può annullare le sentenze del tribunale di cassazione, salvo perseguire individualmente i giudici che siano incorsi in forfaiture » (art. 264); mentre qualora altri giudici abbiano compiuto atti eccedenti il loro potere, l'annullamento competerà al *Tribunal* (artt. 262-263) <sup>(49)</sup>.

Dal ritratto di solito disegnato, sia pure con vari accenti, della Costituzione termidoriana emergono spesso — oltre all'arretramento sul piano della democrazia sociale — due connotati: la finalità genericamente battezzata come « normalizzatrice » e, per conse-

---

<sup>(49)</sup> Sulla Costituzione dell'anno III ed il *référé* facoltativo, v. P. ALVAZZI DEL FRATE, *Giurisprudenza e référé*, cit., pp. 75-85 e Id., *Giudice naturale*, cit., pp. 174-176, per la violazione della precostituzione. Presso il titolo VIII della Carta appena citata, sono contenute altre disposizioni di rilievo; circa il *Tribunal*, l'art. 236 prevede il *référé* obbligatorio dopo una prima cassazione e l'art. 259 assicura ai suoi giudici maggiore stabilità (quanto ai meccanismi di rielezione, rispetto ai membri dei Consigli, art. 55, e del Direttorio, art. 138). Va pure ricordato che, in base all'art. 257, persiste il controllo del corpo legislativo sulle sentenze rese dal *Tribunal*: attraverso l'annuale illustrazione di esse (che comprende il testo della legge applicata) da parte di una deputazione della *Cour*.

guenza, la contrapposizione alla Costituzione del 1793. Due connotati, sintonici con il momento storico ed emergenti in modo piano dalla semplice lettura del ben noto Discorso preliminare al progetto di costituzione, pronunciato il 5 messidoro anno III (23 gennaio 1795) da Boissy d'Anglas, a nome del Comitato degli Undici. In particolare, dove egli si rivolge ai convenzionali proclamando che una « nazione che si agita, che si abbandona alle tempeste di una rivoluzione, non aspira, pure nel mezzo della sua effervescenza, che a godere della calma, del frutto delle fatiche che essa si è imposta. È oggi che potete realizzare questa speranza del popolo francese, stabilendo con audacia la fine delle sue agitazioni troppo prolungate; è oggi che potete soddisfare l'attesa dei più costanti amici della libertà e far cessare i dolorosi combattimenti » per la sua conquista. Sta in voi « fare subentrare la luce alle tenebre, l'ordine al caos, la felicità al tormento, il riposo alle agitazioni, la giustizia all'arbitrio, la libertà alla licenza, il credito pubblico alla diffidenza dell'interesse particolare e tutte le virtù dell'ordine sociale alle disastrose chimere dell'anarchia »<sup>(50)</sup>. Come rimarca ben oltre la sufficienza l'uso reiterato ed enfatico delle antitesi, il desiderio, anzi l'ansia di normalità ha carattere di pervasiva intensità. L'ansia, poi, si traduce nell'indicazione del modello costituzionale meno distante nel tempo, ma più aborrito. Boissy d'Anglas precisa, infatti, che l'esame della Costituzione montagnarda ha portato alla seguente conclusione: abbiamo « cercato con cura di considerare tutto ciò che poteva essere utile », pure con modifiche o adattamenti, ma « questa costituzione, meditata da ambiziosi, redatta da intriganti, dettata dalla tirannia e accettata mediante il terrore, non è che la formale conservazione di tutti gli elementi del disordine, lo strumento preparato per servire l'avidità dei cùpidi, l'interesse degli agitatori, l'orgoglio degli ignoranti e l'ambizione degli usurpatori »<sup>(51)</sup>. Naturalmente, le tesi del Comitato degli Undici, in sostanza quelle della « Piana », esposte da Boissy d'Anglas, non rappresentano una sorta di verbo

---

<sup>(50)</sup> Il discorso di Boissy d'Anglas è pubblicato (in cinque puntate) nel *Moniteur*, vol. XII, 1862, 11 messidoro anno III, 29 giugno 1795, il brano riportato si trova a p. 81.

<sup>(51)</sup> Questo brano, in *Moniteur*, vol. XII, cit., p. 90, sembra sufficiente per illustrare le intenzioni della Commissione degli Undici a proposito della Costituzione montagnarda, senza ricordarne altri di tenore analogo.

che si incarna nel testo (e nello spirito) della Costituzione termidoriana, ma dalle prime come dal secondo non si traggono spunti a favore di una lettura continuista rispetto alla Costituzione del 1793 <sup>(52)</sup>.

Viceversa, Troper ha ribadito e approfondito per la Costituzione del 1795 l'orientamento generale, poco sopra illustrato, con riferimento alle Costituzioni del 1791 e del 1793: questa volta, però, senza alcun cenno al giudiziario. L'Autore, rifacendosi a Deslandres — raffigurato come colui che è « di solito il rappresentante di tutti i luoghi comuni della dottrina giuridica » — ne ricorda l'affermazione per la quale « manifestamente la nuova costituzione doveva essere l'antitesi di quella del 1793 ». Vediamo gli argomenti di cui si serve Troper per dimostrare il contrario. Anzitutto, manifesta incredulo stupore per la circostanza che la « stessa Assemblea abbia potuto votare con un intervallo di due anni due testi così profondamente diversi ». In effetti, vi sarebbe di che stupirsi qualora non si tenesse presente come la continuità, poco ravvisabile fra i due testi costituzionali, fosse, al contrario, vistosamente palpabile quanto agli uomini che li avevano elaborati: i convenzionali desideravano perpetuarsi e la sopravvivenza aveva stretti legami con l'adeguamento al nuovo clima. Il documento più noto ed inequivoco di questo fermo proposito, che si proietta oltre il periodo in questione, è costituito dal così detto decreto dei due terzi, che garantiva ai convenzionali, appunto in tale misura, la rielezione dopo termidoro (*décret* 5

---

<sup>(52)</sup> Per la lettura non continuista (sia pure con sfumature diverse), cfr., oltre agli autori citati da M. TROPER, *La séparation des pouvoirs dans la Constitution de l'an III*, in *La Constitution de l'an III. Boissy d'Anglas et la naissance du libéralisme constitutionnel*, eds. G. Conac e J.-P. Machelon, Parigi, 1999, pp. 52-56, anche J.-P. MACHELON, *La Constitution du 5 fructidor an III (22 août 1795): archaïsme ou modernité?*, ivi, p. 31; O. PASSELECQ, *Actualité de la Constitution de l'an III*, ivi, p. 78; C. COURVOISIER, *Boissy d'Anglas, Rapporteur du projet de Constitution de l'an III*, ivi, p. 105; A. DAUTERIVES, *Daunau et le modèle du régime représentatif*, ivi, pp. 119-120; G. CONAC, *La convention thermidorienne: épisode réactionnaire ou transition novatrice?*, ivi, pp. 220-230; nonché l'inquadramento di M. MORABITO, *Histoire*, cit., pp. 118-126. Dal punto di vista concettuale, v. l'ampio profilo di R. GUASTINI, *La fonction juridictionnelle dans la constitution de l'an III, in 1795. Pour une République sans Révolution*, eds. R. Dupuy e M. Morabito, Rennes, 1966, pp. 217-232.

fruttidoro anno III-22 agosto 1795) <sup>(53)</sup>. Ad ogni modo, poiché lo stupore non è un argomento molto solido e non potendo escludere che il progetto montagnardo fosse stato approvato « con il coltello alla gola », Troper si affida ad un ragionamento basato sulla transitività. Ossia, posto che il progetto girondino (A) e il testo montagnardo (B) vi è — si sostiene — una « stretta parentela », non si capirebbe perché gli « uomini profondamente vicini ai girondini » che votano la Costituzione termidoriana (C), avrebbero adottato un testo contrario a quello del progetto girondino. Se (A) è uguale a (B), e (C) è uguale ad (A), ne consegue che (C) è uguale a (B). L'argomento basato sulla transitività, però, risulta affetto da una petizione di principio: superabile solo capovolgendo la tesi generalmente seguita che vede una bella differenza fra il progetto girondino e la Costituzione del 1793 <sup>(54)</sup>. La conclusione, comunque, è che se la ricostruzione concettuale di Troper non sembra condivisibile, la prassi, viceversa, dopo i già riferiti risultati delle ricerche archivistiche, fa intravedere un esito opposto. Va aggiunto che, nell'estremo lembo del tempo termidoriano, la legge del 10 vendemmiaio anno IV (2 ottobre 1795) prevede che il ministro della giustizia « corrisponda abitualmente con i tribunali e con i commissari del Direttorio » presso di essi, conferendogli il potere di dare ai magistrati « tutti gli *avertissements* necessari » <sup>(55)</sup>.

---

<sup>(53)</sup> L'art. 2, *décret* 5 fruttidoro anno III recita: « Tutti i membri attualmente in attività alla Convenzione sono rieleggibili. Le assemblee elettorali non potranno prenderne meno dei due terzi per formarne il corpo ». Sulla cornice in cui si inserisce il decreto in questione (assieme a quello successivo del 13 fruttidoro anno III, 30 agosto 1795), v. F. FURET, D. RICHT, *Rivoluzione*, vol. II, cit., pp. 384-389; Y. GUCHET, *Histoire*, cit., pp. 102-106 e M. MORABITO, *Histoire*, cit., p. 127.

<sup>(54)</sup> Per il capovolgimento, cfr. M. TROPER, *La constitution de l'an III ou la continuité: la souveraineté populaire sous la Convention*, in *Pour une République*, cit., spec. pp. 179-181. La lettura per la quale la Costituzione del 1793 va criticata, in particolare, per la sua parentela con quella girondina è di J. MICHELET, *Storia della Rivoluzione*, vol. IV, cit., pp. 257-267.

<sup>(55)</sup> Cfr. J.-P. ROYER, *Histoire*, cit., p. 404, a proposito della legge del 10 vendemmiaio anno IV.

3. *Divieto di interpretazione e linguistica. Politica della lingua « materna » e posizione dei giudici nella prassi.*

Riguardo alla effettività del divieto di interpretazione imposto ai giudici, passiamo ora alla verifica del suo rapporto con il contesto linguistico in cui si inserisce. Chiarisco subito: la verifica è legata alla tesi — enunciata in via specifica, ma che possiede un sottofondo molto più generale — per la quale esisterebbe una forte connessione fra la formulazione del divieto e le conoscenze linguistiche del tempo. Quanto al sottofondo, è opinione diffusa che sino all'Ottocento non si possa parlare di una linguistica « scientifica », poiché solo da quell'epoca trova applicazione pure in tale ambito la separazione della scienza dalla speculazione filosofica <sup>(56)</sup>. Per ciò che concerne le enunciazioni specifiche — presso le quali peraltro non si rinvencono collegamenti (espliciti o impliciti) con la tesi generale — la radice del divieto viene talora ravvisata nella scarsa consapevolezza dei problemi linguistici attribuibile ai legislatori del tempo. Cominciando dall'aspetto specifico e sotto il profilo storico, si è autorevolmente sostenuto che nel 1790 la « maggior parte dei Costituenti non aveva una concezione molto chiara e soprattutto molto pratica, dei problemi dell'interpretazione della legge » (Halperin) <sup>(57)</sup>. Al momento — ma il discorso dovrà poi utilizzare un telaio più ampio — ci limitiamo ad osservare che se risulta oggettivamente difficile dire quale verosimilmente fosse la concezione in argomento della « maggior parte » dei componenti l'Assemblea, viceversa ed in primissima battuta, è piuttosto agevole rilevare che non solo la presenza dei giuristi in quella sede risulta notoriamente massiccia, ma in particolare che « quasi tutti i costituenti che

---

<sup>(56)</sup> Quanto al sottofondo dell'opinione più diffusa circa la nascita ottocentesca della linguistica « scientifica » e per le ragioni che inducono a ridimensionare tale opinione, v. T. DE MAURO, *Introduzione alla semantica*, Bari, 1965, pp. 59-63 e 73, nonché, in particolare, L. ROSIELLO, *Linguistica illuminista*, Bologna, 1967, pp. 5-9. Per un rapido sguardo sulla storiografia della semantica linguistica e relativa letteratura, v. P. LARRIVÉE, *Une histoire du sens. Panorama de la sémantique linguistique depuis Bréal*, Bruxelles, 2008, pp. 10-18.

<sup>(57)</sup> J.-L. HALPERIN, *Tribunal*, cit., p. 86, che richiama (ivi, nota 258) P. CALAMANDREI, *Cassazione civile*, vol. I, Torino, 1920, p. 441. V. anche P. ALVAZZI DEL FRATE, *Interpretazione autentica*, cit., pp. 155-156.

parteciparono ai dibattiti concernenti l'ordinamento giudiziario, furono giuristi » (58). Abbiamo poi visto che gli artefici dell'*Ordre* erano avvocati e magistrati di lunga e robusta esperienza, certo non « oscuri avvocati di provincia », come pensava, in chiave non geografica, il misogallo Burke (59). E si può far menzione, ad esempio, che dei quarantadue giudici (titolari) eletti al *Tribunal*, insediato il 20 aprile 1791 (trentuno avvocati ed undici magistrati: tutti « uomini competenti, dotati di una solida cultura giuridica ») sedici provenivano dall'Assemblea costituente, ove alcuni di loro, solitamente, erano stati protagonisti dei dibattiti sull'ordinamento giudiziario e sul *Tribunal* (60).

Sempre con riferimento alla scarsa consapevolezza dei problemi linguistici, ma in termini del tutto generali, sprovvisti di precisi riferimenti temporali e con propensione orientata all'analisi concettuale, si è stimolativamente provveduto a contrapporre la « certezza dell'illuminismo ingenuo » a quella dell'« illuminismo critico » (Luzzati). Sintetizzando, il secondo procede dallo studio del linguaggio giuridico entro l'intero ordinamento positivo, correlando la certezza all'« effettiva riduzione della vaghezza e dell'ambiguità e all'effettiva eliminazione delle antinomie » e si evidenzia che ciò comporta « impegni giuridici e metagiuridici ». Il primo, invece, sostiene la « possibilità di risolvere tutte le controversie giuridiche sulla base di parametri legislativi precostituiti ». Viene poi precisato, a proposito dell'« illuminismo ingenuo » — ecco il punto — che « manca in tali concezioni una moderna consapevolezza di come funzioni il linguaggio

---

(58) Così Y.-L. HUFTEAU, *Référé*, cit., pp. 33-34. Quanto alla massiccia presenza dei giuristi (ed in particolare degli avvocati) in seno all'Assemblea, ove costituiscono la maggioranza del Terzo, ed al loro ruolo, v. ad es., J.-L. GAZZANIGA, *Les avocats*, cit., spec. pp. 373-377; M. MORABITO, *Histoire*, cit., p. 40 nonché, anche per la bibliografia, J.-P. ROYER, *Histoire*, cit., pp. 307-310.

(59) E. BURKE, *Réflexions sur la Révolution de la France* (1790), Parigi-Ginevra, 1980, p. 81. Un profilo delle ragioni che condizionano il giudizio di Burke, in E.H. LEMAY, *Valeurs nouvelles et leur pratique dans les discours des députés juristes à l'Assemblée constituante*, in *La Révolution et l'ordre juridique*, cit., vol. I, pp. 219-221 e in C. JOURNÉS, *Réflexions anglaises sur les principes de la Révolution en matière de droit privé*, ivi, vol. II, cit., pp. 585-586. Il contributo, molto importante, dei « provinciali », è stato sottolineato nel corso del presente lavoro attraverso l'indicazione del luogo di provenienza degli oratori.

(60) Come ricorda proprio J.-L. HALPERIN, *Tribunal*, cit., pp. 93-94.

gio. Ciò comporta una grave sottovalutazione di quei fenomeni semiotici — quali, per esempio, la vaghezza e l'ambiguità — che rendono la comunicazione umana sempre inaffidabile in una misura più o meno ampia». Chi sostiene questa tesi è portato « a disconoscere i molteplici impegni politici e ideologici del giurista » (61).

Procedendo da quest'ultima affermazione (escluso, comunque, che essa inglobi riferimenti ad una ipotetica neutralità del giurista), risulta agevole, troppo agevole, rimarcare come il divieto in questione, entro la cornice storica *de qua*, rappresenterebbe una smagliante smentita dell'assunto. Ma, a parte ciò e pur essendo banalmente ineluttabile che all'« illuminismo ingenuo » attribuibile ai legislatori del 1790 mancasse una « moderna » consapevolezza linguistica, si può concludere che essi non avevano consapevolezza dei problemi globali sostanzialmente legati alla vaghezza ed alla ambiguità, al di là dello stretto tecnicismo delle relative definizioni? La risposta più diretta e negativa è desumibile dalle esplicite prese di posizione dei Costituenti nei dibattiti relativi al *décret* 16-24 agosto 1790: quelle già riferite di Thouret, Duport, Chabroud (par. 5, cap. I) e, proprio con riferimento all'art. 12, tit. II, di Barnave, Prieur de la Marne, Garat il vecchio e Fretau (par. 3, cap. II); nonché pure dai difetti intenzionali di redazione ai quali abbiamo accennato (retro, par. 2) (62).

Occorre ora passare al preannunciato telaio più ampio. L'operazione implica: un cenno minimo alla linguistica settecentesca ed alla contestuale posizione dei giuristi al riguardo. Circa il primo aspetto, da un po' di tempo si è intrapresa un'attenta rivalutazione della linguistica di quell'epoca, mettendo in risalto le solitamente trascurate « differenze esistenti tra l'impostazione razionalistica deduttiva della grammatica generale di Port-Royal e quella empiristica induttiva della grammatica generale del periodo illuminista » (63). I

---

(61) C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, 1999, pp. 3-5 e 88-89.

(62) E analoghe considerazioni, sostenute dalla sovrapposizione temporale, potrebbero essere fatte con riferimento alle discussioni assembleari circa il *Tribunal*: per Regnier e per Chabroux (v. cap. II, par. 2).

(63) L. ROSIELLO, *Linguistica illuminista*, cit., p. 8 (e più articolatamente presso il programma di cui all'Introduzione, ivi, pp. 5-8).

termini di riferimento per la rivalutazione di quest'ultima sono rappresentati, in specie, dal « *Traité des tropes* » del grande grammatico César Chesneau Du Marsais (1676-1736) e, più complessivamente, dalle voci di carattere linguistico contenute nell'*Encyclopédie*. Così si è anzitutto sottolineato il « deciso rifiuto di riconoscere nella ragione la prima fonte del linguaggio umano » operato dal Grammatico, rifiuto valorizzato, ad esempio, nell'« *Éloge* » che D'Alembert scrive riferendo il pensiero di Du Marsais, per il quale, appunto, uno dei « più grandi sforzi dello spirito umano è l'aver assoggettato la lingua a delle regole; ma questo sforzo non è stato fatto che a poco a poco. Le lingue, formatesi in un primo tempo senza principi, sono state più l'opera del bisogno che della ragione ». Si « è cominciato facendo delle osservazioni sull'uso, l'ufficio o l'impiego delle parole: in seguito si è inventata la parola *grammaire* », la quale conseguentemente non è che il risultato delle « osservazioni che si sono fatte sull'impiego delle parole »<sup>(64)</sup>. Dopo questo inquadramento infinitesimale, importa tra l'altro ricordare che il *Traité des tropes* — ossia relativo alle variazioni di significato delle parole, anche nel linguaggio ordinario — viene talora persino considerato come la « prima vera opera di semantica »<sup>(65)</sup>; si intende, storicamente intesa. Con il *Traité*, Du Marsais mette in luce le operazioni che sono alla base dei tropi: « rapporti di somiglianza (...), di opposizione (...), di contrarietà, di differenza (...), di causa a effetto (...) ecc. ». Ed il « linguaggio figurato » dei tropi risulta non solo « naturale », ma molto comune: se ne fa uso più in un « giorno di mercato alla Halle, di quanto non se ne faccia in più giorni di

---

(64) L'« *Éloge* » è contenuto nella Premessa al VII volume dell'*Encyclopédie*, al riguardo, per il rifiuto operato da Du Marsais ed il quadro in cui si inserisce, cfr. L. ROSIELLO, *Linguistica illuminista*, cit., spec. pp. 92-97 e 132-150 (ivi anche l'indicazione delle voci dell'*Encyclopédie*, rilevanti in argomento, di Du Marsais e dei grammatici suoi continuatori).

(65) Il giudizio è di G. SAHLIN, *César Chesneau Du Marsais et son rôle dans l'évolution de la grammaire générale*, Parigi, 1928, p. 53 ed è ripreso da L. ROSIELLO, *Linguistica illuminista*, cit., p. 100 (illustrazione del profilo alle pp. 101-103). La linguistica moderna, invece, opera un collegamento diverso, legato in particolare all'adozione del metodo comparativo ed ai nomi di F. Bopp e di M.J.A. Bréal; cfr. ad es., S. ULLMANN, *La semantica. Introduzione alla scienza del significato* (1962), Bologna, 1967, pp. 9-22 e P. LARRIVÉE, *Une histoire du sens*, cit., pp. 9-16 e 20-25.

assemblee accademiche » (66). Si può aggiungere che D'Alembert, oltre al senso proprio e a quello figurato, individua il « senso per estensione », intermedio fra il primo ed il secondo (67). Risalendo nel tempo, va ancora ricordato il grande successo della trattazione dei *Synonimes* dell'abate Girard, esposta per la prima volta nella « *Justesse de la langue française* » (1718). *Justesse* consistente nella « perfetta conoscenza della forza delle parole » (68).

Veniamo ora alla posizione dei giuristi negli ultimi decenni del XVIII secolo. L'approccio potrebbe iniziare dalla riflessione che Brunot compie a proposito della posizione non « severa » dei Costituenti rispetto al latino (inclusi sia il girondino, avvocato di Bordeaux, Vergnaud sia Robespierre). Anche se essi, per la maggior parte, « avevano fatto i loro studi dopo il 1762, e quindi erano sfuggiti alla tirannia dell'umanesimo gesuita, dovevano o credevano di dovere un buona parte della loro formazione alla cultura classica »; condizionamento che si riflette nei discorsi all'Assemblea (69). Entro la medesima prospettiva potremmo citare, quanto ai protagonisti dei dibattiti sull'*Ordre judiciaire*, il già menzionato contrasto fra Duport e Garat il vecchio a proposito del sillogismo, figura molto spesso richiamata (70). Intendendo proseguire su questa linea e

---

(66) F. BRUNOT, *Histoire*, cit., vol. VI, *Le XVIII<sup>e</sup> siècle*, seconda parte, Parigi, 1933, pp. 1261-1269.

(67) Ivi, pp. 1274-1275.

(68) Cfr. il quadro di F. BRUNOT, ivi, pp. 1251-1258.

(69) F. BRUNOT, ivi, p. 120. V. pure G. LEFEBVRE, *Révolution*, cit., cenno a p. 595 e J.-P. ROYER, *Histoire*, cit., p. 310 (ivi pure indicazioni per approfondimenti). Ma v. MIRABEAU, in *Archives*, vol. XXX, 10 settembre 1791, p. 516 (nel discorso ivi pubblicato dopo la sua morte, l'oratore, dopo l'elogio del latino e del greco, proclama la necessità che l'insegnamento pubblico si faccia in francese).

(70) Non è infrequente il collegamento fra il sillogismo, posto alla base dell'equazione fra giudicare e applicare la legge, ed il pensiero di Montesquieu (v., ad es. J.-P. ROYER, *Histoire*, cit., p. 257). Al riguardo può essere opportuna qualche cautela. Infatti, se il Barone di La Brède considera il potere giudiziario come un « potere in qualche senso nullo » ed afferma che i giudici sono « soltanto la bocca che pronuncia le parole della legge », tuttavia aggiunge che pur dovendo i giudizi essere « fissi », « a un punto tale da costituire sempre un preciso testo di legge », viceversa i « tribunali non devono essere fissi » ed il « potere giudiziario non deve essere affidato a un senato permanente, ma deve essere esercitato da persone tratte dal grosso del popolo », *Lo Spirito delle leggi*, libro XI, cap. VI. Sembra quindi che il carattere « nullo » del giudiziario si ricollegli

dilatarla, si potrebbe ricordare, ad esempio, la tesi per la quale i giuristi e soprattutto gli storici del diritto in blocco, dopo il Medioevo, avrebbero mostrato « indifferenza » rispetto alla semantica generale; con la conseguenza che l'« interpretazione da allora si conformerà all'esclusivo modello della logica (alla quale del resto si piega anche la grammatica) senza che si sia portata alcuna attenzione alle particolarità del linguaggio » (71).

Il profilo linguistico diacronico sino qui seguito, richiederebbe certo ben altri approfondimenti (qui fuori proporzione), che probabilmente introdurrebbero una minore linearità continuista. Per fare un esempio, dopo la chiusura dei collegi dei gesuiti, avvenuta per quel che riguarda Parigi con l'*arrêt* del 6 agosto 1762, i Parlamenti svolsero un ruolo rilevante nella elaborazione di piani alternativi e, soprattutto, alcuni dei magistrati che li componevano si occuparono della lingua e del posto che avrebbe dovuto avere l'insegnamento di quella « materna ». Un altro eterogeneo esempio potrebbe ravvisarsi nel parallelismo temporale, ma morfologicamente problematico, fra sviluppo della linguistica e Scuola dell'esegesi, sullo sfondo dell'art. 4, *code civil* (72). Ad ogni modo, una volta abbozzato

---

anche all'assenza di un corpo dotato di stabilità. Profilo — nonostante tutte le avversioni per il potere dei giudici — esattamente contrario agli intenti che muovevano gli edificatori dell'ordre judiciaire.

(71) Così Y. THOMAS, *La langue du droit romain. Problèmes et méthodes*, in « Arch. phil. droit », vol. XIX, 1974, p. 117 (rifacendosi agli studi di A. Carcaterra); in senso analogo, salvo sfumature di tono, M. VILLEY, *Préface*, ivi, pp. 1-3.

(72) Circa il primo esempio, cfr. F. BRUNOT, *Histoire*, cit., vol. VII, Parigi, 1926, pp. 90-97 e l'inquadramento in M. MARION (ed.), *Dictionnaire*, cit., voci *Enseignement secondaire*, pp. 208-211 e *Jésuites*, pp. 306-308. Quanto al secondo esempio, si può ricordare che la fase di instaurazione relativa alla Scuola della esegesi va dal 1804 al 1830, in base alla periodizzazione largamente accolta di J. BONNECASE, *L'École de l'Exégèse en droit civil*, Parigi, 1924<sup>2</sup>, pp. 16-26 (con l'apogeo fra il 1830 ed il 1880, ivi, pp. 26-40, ed il declino fra il 1880 ed il 1900, ivi, pp. 41-52). L'aspetto problematico non comporta alcun giudizio di valore, tanto meno negativo: si condivide la posizione di G. TARELLO, *La "Scuola dell'Esegesi" e la sua diffusione in Italia*, in *Scritti per il XL della morte di P.E. Bensa*, Milano, 1969, pp. 244 e 251-259. Si intende, viceversa, rimarcare che la sottostante ideologia della completezza ha nella Scuola radici ben diverse da quelle legate all'art. 12, tit. II, *décret* sull'*ordre judiciaire*, cfr. ad es., J. WRÓBLEWSKI, *L'interprétation en droit: théorie et idéologie*, in « Arch. phil. droit », vol. XVII, 1972, spec. pp. 63-69 e A. J. ARNAUD, *Le médium et le savant. Signification politique de l'interprétation juridique*, ivi, spec. pp. 166-172. Diversità, quella della Scuola dell'Esegesi, esibita vistosamente

qualche tratto del panorama, pare molto più importante occuparci non del rapporto in generale dei giuristi con la linguistica, ma appunto del rapporto dei Costituenti, anzitutto, con l'oggetto della linguistica. Essi, così come per molto tempo i loro successori, dovettero fare i conti con la conoscenza molto scarsa, specie nelle campagne, della lingua francese tra i loro compatrioti, la predominante diffusione dei dialetti e la robusta presenza di idiomi (basco, bretone, fiammingo, italiano e tedesco) dei cittadini alloglotti; per non parlare del rapporto linguaggio ordinario-linguaggio precettivo<sup>(73)</sup>.

Il conseguente problema derivante dalla incerta conoscibilità (almeno diretta) degli enunciati normativi presso una quota molto consistente dei destinatari, inclusi funzionari ed amministratori alloglotti, si intreccia con quelli della interpretazione-applicazione da parte loro. Aspetto che, nel momento storico considerato, non va immerso nel mare magnum dell'*ignorantia legis*: viceversa, occorre

---

dall'art. 4 *code civil* e ben illuminata da alcuni notissimi passi del Discorso preliminare di Portalis, in LOCRÉ, *Legislazione civile, commerciale e criminale*, vol. I, Napoli, 1840, spec. pp. 225-229, del discorso di Jaubert, oratore del tribunato, ivi, p. 279, di Tronchet, ivi, pp. 304-305 e dalle riserve di Roederer, ivi, p. 305. Si aggiunge che all'epoca del primo centenario del *code civil* (considerato un po' come un monumento restaurabile), che aveva al centro il problema delle lacune, tra i quaranta contributi raccolti, solo uno, quello di F. GÉNY, *La technique législative dans la codification moderne*, in *Le Code civil 1804-1904. Livre du centenaire*, vol. II, Parigi-Francoforte M., rist. 1969, p. 899 e ss., spec. pp. 993 e 1014-1017, formula osservazioni pertinenti nella prospettiva qui considerata rilevante. Quanto al secondo centenario, la relativa celebrazione si misura con la decodificazione e la complicata verticalizzazione delle fonti, *Le Code civil 1804-2004. Livre du Bicentenaire*, Parigi, 2004, ove F. EWALD, *Rapport philosophique: une politique du droit*, p. 102, riferendosi al festeggiato, afferma che esso « è morto per avere troppo vissuto » (ivi, per il confronto con il centenario precedente, pp. 78-81); cfr. pure J. CARBONNIER, *Le Code civil*, ivi, pp. 17-18 e A. RÉMY, *Regards sur le Code*, ivi, pp. 99-102.

<sup>(73)</sup> Un quadro in F. BRUNOT, *Histoire*, cit., vol. IX, Parigi, 1927, pp. 1-11. R. BALIBAR, *L'action révolutionnaire des lettrés dans la simplification démocratique de la langue française*, in *La Révolution et l'ordre juridique*, cit., vol. I, p. 93, ricorda che per raggiungere l'obiettivo perseguito dai Costituenti circa la diffusione della lingua, ci vorranno cento anni e, ivi pp. 94-95, come nell'89 pare che soltanto un terzo dei sudditi di Luigi XVI parlasse « più o meno » francese. Costituisce un utile termine di paragone l'asfittica diffusione del francese, in Francia, alla morte di Luigi XIV: v. il rapido cenno di F. BRUNOT, *Histoire*, vol. VII, cit., pp. 1-5 (sullo sfondo del parallelismo storia della lingua-storia generale).

apprezzarlo in relazione alla politica linguistica che essa induce a promuovere ed agli strumenti impiegati allo scopo, pure per i valori aggiuntivi del « monolinguisma civico » (coesione sociale, ugualianza, patriottismo).

La politica in discorso avrebbe potuto iniziare tempestivamente ed in maniera razionale, utilizzando le soluzioni non miracolistiche (pur se complesse) che lo strumento normativo può offrire. In questa linea sarebbe rientrato senz'altro l'itinerario prospettato da Bouchette, avvocato a Bergues (dipartimento del Nord), consistente nella proposta di tradurre in fiammingo l'« instruction sur la nouvelle formation des municipalités »: proposta specifica allargata dall'Assemblea al tedesco ed infine dilatata — su richiesta di Duport — a tutti gli idiomi della Francia e per tutti i decreti. La proposta di Bouchette venne approvata il 14 gennaio 1790 ma non ottenne (pare) la sanzione reale <sup>(74)</sup>. Tralasciando le iniziative di singoli o gruppi volte ad individuare le premesse per l'espansione della lingua materna o, comunque, ad offrire un contributo <sup>(75)</sup>, il legislatore poteva seguire due strade: quella della istruzione e quella della imposizione. Sulla prima strada, inevitabilmente lunga ma la sola corretta a cominciare dal punto di vista pedagogico, incontriamo, 10-11 settembre 1790, il completo e dettagliato « Rapporto sulla pubblica istruzione » effettuato a nome del Comitato di costituzione da Talleyrand-Périgord, già vescovo di Autun (Borgogna). A partire dalle battute iniziali della sua relazione, egli sottolinea che senza l'ausilio di una nuova istruzione sarebbe stata impossibile la « penetrazione con lo spirito della Costituzione » e il rinnovamento educativo avrebbe dovuto cominciare con l'istituzione delle « Scuole

---

<sup>(74)</sup> Circa la mancata sanzione reale e le relative possibili ragioni, cfr. F. BRUNOT, *Histoire*, vol. IX, cit., pp. 25, 30-32. Per la proposta di Bouchette e le successive dilazioni, v. *Archives*, vol. XI, 14 gennaio 1790, pp. 182 e 185. Un inquadramento del problema relativo all'« Educazione nazionale », in J. GODECHOT, *Institutions*, cit., pp. 444-453.

<sup>(75)</sup> Si allude, in particolare, all'inchiesta promossa dall'abate Grégoire, curato di Emberménil (Lorena), al riguardo cfr. F. BRUNOT, *Histoire*, vol. IX, cit., pp. 12-13, nonché all'azione dei « grammatici » e « missionari » (e segnatamente del provenzale Domergue) a partire dal 1791: v. J. GUILHAUMOU, *Qu'est-ce que faire parler la loi? La "langue du droit" chez les grammairiens et les "missionnaires" patriots pendant la Révolution française*, in *La Révolution et l'ordre juridique*, cit., vol. I, pp. 125-129.

primarie », con il posto di testa attribuito all'insegnamento dei « principi della lingua nazionale » (76). Rientra in questo periodo — comprendente, secondo le scansioni di Brunot, la Costituente e la Legislativa e che si conclude con un nulla di fatto — la relazione di Condorcet per il Comitato di pubblica istruzione (20 aprile 1792). Relazione caratterizzata da notevole valore pedagogico, emergente, ad esempio, dalla proclamazione della indipendenza dell'istruzione in quanto « parte dei diritti della specie umana. Poiché l'uomo ha ricevuto dalla natura una perfettibilità i cui limiti, ammesso che esistano, si estendono ben al di là di quello che noi possiamo ancora concepire, poiché la conoscenza di nuove verità è per lui il solo modo di sviluppare questa felice facoltà ». Ed entro questa prospettiva viene collocato l'ufficio limitato e capovolto relativo all'insegnamento delle lingue antiche, come ingrediente di una « educazione generale » (77).

L'istituzione delle scuole primarie di Stato, con la lingua francese al centro, avviene soltanto in epoca convenzionale, *décret* 30 vendemmiaio anno II (21 ottobre 1793). Tuttavia l'ambizioso programma ed i sottostanti ideali finiscono molto presto con l'offuscarsi. Infatti, per il provvedimento appena approvato viene richiesta

---

(76) La relazione, l'articolato e le tabelle di Talleyrand-Perigord, in *Archives*, vol. XXX, allegati alla seduta del 10 settembre 1791, pp. 447-511 (soprattutto — per il ruolo delle scuole primarie al fine di combattere, con l'insegnamento della lingua francese, la disuguaglianza, la « folla corruttrice dei dialetti » e consentire la conoscenza delle leggi — pp. 472-473). Inquadramento in F. BRUNOT, *Histoire*, vol. IX, cit., pp. 97-98. Allegato al resoconto della seduta del 10 settembre, vi è pure il già ricordato contributo di MIRABEAU, *Archives*, vol. XXX, pp. 512-554 (per una breve caratterizzazione, F. BRUNOT, *Histoire*, vol. IX, cit., pp. 23-24).

(77) La relazione di Condorcet, in *Archives*, vol. XLII, 20-21 aprile 1792, pp. 192-195 e 227-238. Adeguato rilievo alla relazione di Condorcet, in F. BRUNOT, *Histoire*, vol. IX, cit., pp. 101-105 e 121-122. Nell'elenco dei progetti relativi all'istruzione, immediatamente, non trova posto quello di Michel Lepeletier, di esso viene data lettura, dopo la sua morte, da Robespierre (relazione e testo in *Archives*, vol. LXVIII, 13 luglio 1793, pp. 661-675). Il progetto di Lepeletier non riguarda l'istruzione ma l'« educazione » (intesa come « rigenerazione » al fine di « creare un nuovo popolo »), attraverso metodi largamente coercitivi, con i quali si intendeva plasmare ogni fanciullo fra i cinque e i dodici anni (fra i cinque e gli undici, se fanciulle), separandoli dall'ambiente familiare, cfr. M. OZOUF, voce *Rigenerazione*, in *Dizionario critico*, cit., vol. II, pp. 932-934.

una revisione (*décret* 19 brumaio anno II, 9 novembre 1793): messa a punto e accantonata <sup>(78)</sup>. Al testo rivisto se ne preferisce uno emerso all'ultimo momento nel Comitato di pubblica istruzione. Si tratta del progetto presentato da Bouquier — pare mediocre pittore autodidatta e poeta — approvato con il *décret* 29 frimaio anno II (9 dicembre 1793). Le tesi ivi incorporate non allargano davvero l'orizzonte pedagogico ed esibiscono un retroterra di tipo popolare ma piuttosto rozzo. Del resto, la presentazione di Bouquier procede dall'affermazione per cui le « nazioni libere non hanno bisogno di una casta di sapienti speculatori, il cui spirito viaggia costantemente, attraverso sentieri sperduti, nelle regioni dei sogni e delle chimere ». Le « scuole più belle, le più utili, le più semplici, ove la gioventù possa apprendere una educazione veramente repubblicana, sono (...) le sedute pubbliche dei dipartimenti, dei distretti, delle municipalità, dei tribunali e, soprattutto, delle Società popolari ». L'art. 1, sez. I, del decreto 29 frimaio proclama che l'« insegnamento è libero », ma la qualità di tale libertà, ad esempio, emerge dagli artt. 1-3, sez. II, concernenti la « sorveglianza dell'insegnamento », nonché dall'art. 2, sez. III, per il quale i docenti — che « limiteranno » i loro compiti alla lettura, scrittura e prime regole dell'aritmetica — « saranno tenuti a conformarsi, nei loro insegnamenti, ai libri elementari, adottati e pubblicati per questo effetto, dalla Rappresentanza nazionale ». Può aggiungersi che — per l'art. 1, sez. IV — le « riunioni dei cittadini nelle società popolari, i teatri, i giochi civici, le evoluzioni militari, le feste nazionali e locali fanno parte del secondo grado della pubblica istruzione ». Ed alla povertà delle indicazioni didattiche corrisponde una certa dovizia di prescrizioni burocratiche. Si nota, infine, la propensione generale a servirsi dello strumento sanzionatorio, non solo pecuniario (e comprensibile) a carico dei genitori e tutori inadempienti riguardo all'obbligo scolastico (art. 8, sez. III), ma proiettato oltre la fase educativa contro i giovani che, raggiunta l'età di venti anni, non svolgano un lavoro utile per la Società: verranno per sempre privati del diritto di cittadinanza (art. 15, sez. III). Preme aggiungere, comunque, che la legge 29 frimaio

---

<sup>(78)</sup> La revisione, chiesta con il *décret* 19 brumaio anno II, 8 novembre 1793, in *Archives*, vol. LXXVIII, 9 novembre 1793, p. 641, è riprodotta ivi, vol. LXXXI, 18 frimaio anno II, 8 dicembre 1793, pp. 132-136.

anno II fu « lentamente e difficilmente applicata »: per la mancanza di fondi, di maestri e per le complicazioni dipendenti dalla frammentata distribuzione della popolazione rurale sul territorio <sup>(79)</sup>.

Trascorsi quattro anni dal decreto 14 gennaio 1790 (quello rimasto senza sanzione reale), si cerca nuovamente di affrontare per via normativa la questione legata all'esistenza di cospicue minoranze alloglotte; al diverso clima politico-sociale corrisponde un diverso modo di impostare la soluzione, segnata ormai più dalle vicende belliche e dall'imposizione accelerata che dai meccanismi tipici dell'istruzione. La prima iniziativa in tale senso viene assunta dal Comitato di salute pubblica, per conto del quale l'attivissimo Barère svolge la relazione concernente il *décret* sugli idiomi, approvato seduta stante l'8 piovoso anno II (27 gennaio 1794). La chiave che l'avvocato al Parlamento di Tolosa impiega per la presentazione, è costituita dalle variazioni su un tema unico: i « tiranni coalizzati » si servono dell'ignoranza di coloro che parlano un idioma diverso da quello della Francia (e delle sue leggi) per combatterla. Si tratta dei parlanti *bas-breton*, subornati da preti e nobili; degli abitanti delle contrade di lingua tedesca che, appunto per via della lingua, si sentono più vicini ai nemici confinanti che ai fratelli francesi; dei baschi fanatici dai preti; nonché dei corsi, sviati da una trama tessuta da Pasquale Paoli e da amministratori federalisti legati ai preti. Una particolare variazione riguarda la possibilità di « popolarizzare » la lingua francese: obiettivo non impossibile, si dice, per coloro che hanno rivoluzionato tutto. Invano viene osservato, provvede Merlin, che bisognerebbe tenere conto pure del dipartimento del Nord, dove si parla solo fiammingo, o che in Francia, lo pone in evidenza l'abate Gregoire, vi sono sei milioni di persone che non parlano il francese. La replica di Barère, in sostanza, consiste nel dichiarare che il meglio è nemico del bene e poi ci vorrebbe troppo tempo e troppi uomini: ciò che occorre immediatamente, invece, è

---

<sup>(79)</sup> Per la genesi del decreto 29 frimaio anno II, il relativo testo e la relazione di Bouquier, v. *Archives*, vol. LXXXI, 8 dicembre 1793, pp. 135-137 e ivi, 19 dicembre 1793, pp. 705-707. Per il quadro e le cause dell'insuccesso applicativo del decreto, v. J. GODECHOT, *Institutions*, cit., pp. 447-448. F. BRUNOT, *Histoire*, vol. IX, cit., p. 149, rileva che nel decreto in questione non era stata conservata « alcuna espressa menzione della lingua ».

combattere i nemici della Francia. Così, in base agli artt. 1 e 2 del decreto 8 piovoso, si stabilisce che entro dieci giorni dalla sua pubblicazione, in ogni comune di campagna nelle zone suggerite da Barère, verrà dislocato un *instituteur* (nominato secondo le indicazioni delle società popolari, art. 3) che insegnerà la lingua francese ai « giovani cittadini dei due sessi »; era altresì ivi previsto (art. 4) che gli istitutori, oltre ad insegnare tutti i giorni la lingua materna, nei giorni di *décade* leggeranno e tradurranno a voce le leggi della Repubblica <sup>(80)</sup>.

Dopo l'iniziativa appena riferita del Comitato di salute pubblica, con il decreto 2 termidoro anno II (26 luglio 1794), ne viene assunta un'altra, intesa a reprimere l'uso degli idiomi stranieri. L'instancabile Merlin de Douai, *rapporteur* per il Comitato di legislazione, esordisce rilevando che l'obiettivo di fare « insensibilmente scomparire » gli idiomi in questione e raggiungere l'unità linguistica, verrebbe perseguito in maniera « molto illusoria » se non fosse stroncato l'abuso — che tende a rendere persino indispensabile la conoscenza delle lingue « barbare » parlate in alcuni dipartimenti — in base al quale si consente di redigere e registrare atti non scritti in francese ma in *bas-breton*, tedesco e fiammingo. Il *rapporteur*, poi, suffraga il divieto relativo all'uso delle lingue indicate con un argomento fra storia e retorica: se divieti simili sono stati adottati dai re « tiranni » (a cominciare da Francesco I sino a Luigi XIV), a maggior ragione possiamo noi adottare la medesima linea di condotta per « consolidare la libertà del popolo ». Il provvedimento del 2 termidoro è una sorta di « decreto catenaccio »: entra in vigore il giorno stesso della pubblicazione per gli atti pubblici (art. 1) ed il mese seguente per tutti gli atti comprese le scritture private (art. 2). A carico dei funzionari, pubblici ufficiali e agenti del governo inosservanti sono previste pene correzionali e la destituzione <sup>(81)</sup>. Scarsi, comunque, i risultati.

---

<sup>(80)</sup> La relazione di Barère, il testo del *décret* 8 piovoso anno II e la brevissima discussione, in *Archives*, vol. LXXXIII, 27 gennaio 1794, pp. 713-717. Sull'applicazione del decreto in questione, cfr. F. BRUNOT, *Histoire*, vol. IX, cit., pp. 222-232.

<sup>(81)</sup> Il testo del *décret* 2 termidoro anno II e la relazione di Merlin, in *Archives*, vol. XCIII, 20 luglio 1794, pp. 367-368. Cfr. R. BALIBAR, *L'action révolutionnaire des lettrés*, cit. pp. 90-97; F. BRUNOT, *Histoire*, vol. IX, cit., pp. 185-187, 249-258 e 291-297; nonché MERLIN, voce *Langue française*, in *Répertoire*<sup>5</sup>, cit., vol. VI, pp. 394-395. In base al quadro

Per chiudere, in maniera forse un po' scontata, pare che l'effettività del divieto imposto ai giudici vada ricollegata, *ab origine*, non alle scarse conoscenze linguistiche del legislatore, ma solo al variabile condizionamento che esso, nella prassi, era in grado di esercitare e correlativamente — come si è visto nei due paragrafi precedenti — alle qualità professionali e soprattutto al grado di indipendenza dei destinatari.

---

fornito dagli autori citati, emerge bene il carattere piuttosto velleitario delle imposizioni: connotate dai rinvii, dalle sostanziali rinunce e dall'apertura di una strada verso disordinate attività di traduzione, in particolare delle leggi.

## CONCLUSIONI

Arrivati alla fine del discorso, le vicende storiche illustrate circa il « giudice naturale » paiono disporsi lungo un arco. Privilegiando le spie linguistiche, un capo procede, prevalentemente, dal « suo giudice » (in senso possessivo, se riferito al titolare dell'ufficio, e/o relazionale, se riferito all'utente). L'estremità opposta risulta inglobata nel giudice « più idoneo ». L'inizio dell'arco, come si è visto, denota sia il potere del titolare, sia (con un profilo inizialmente meno spiccato) il bisogno di garanzia da parte dell'utente (-suddito). L'estremità opposta include sempre questo bisogno, ma pare mettere l'accento appunto sulla « idoneità » del giudice, come una faccia della funzionalità che il sistema, nel suo complesso, deve assicurare. Il secondo aspetto credo emerga bene se lo si proietta su uno schermo più grande e lo si anima attraverso la comparazione esterna, che riflette l'attualità: nonostante — lo sottolineo — gli elementi reperiti per il confronto non siano sovrapponibili in maniera del tutto soddisfacente.

In base ai dati ufficiali relativi al 2010, gli ultimi disponibili, apprendiamo che in Francia, su 4.502.363 *affaires traitées*, 1.402.671 dei quali *poursuivables*, il totale dei reati con autore noto effettivamente perseguiti ammonta a 639.317 (inclusi 53.969 casi poi trasmessi al tribunale dei minori e 163.594 decisi con *ordonnance pénale*). E si rimarca in maniera particolare che il totale indicato comprende ben 527.530 *procédures alternatives* di mediazione (ex art. 41-1 c.p.p. francese) e 72.185 *compositions pénales* (ex art. 41-2): con una incidenza complessiva sul totale pari all'88,4% <sup>(1)</sup>. Scendendo a precisare, si osserva che l'art. 41-1 prevede che il procura-

---

<sup>(1)</sup> Cfr. *Annuaire statistique de la Justice*, ed. 2011-2012, p. 7. Va aggiunto, tuttavia, che l'affidabilità dei dati statistici in discorso è stata messa in discussione, cfr. E. ALLAIN, *La mesure statistique des délinquances: des progrès a faire!*, in « AJPénal », 2013, p. 242.

tore della Repubblica, prima di esercitare l'azione penale, per fatti non gravi, possa — mediando fra le parti ed ottenendone il consenso, direttamente o tramite un delegato — individuare la soluzione alternativa più adeguata al caso concreto, qualora ritenga che la misura di volta in volta prescelta sia in grado di assicurare la riparazione del danno subito dalla vittima, di porre termine al turbamento creato dall'infrazione o di contribuire al *reclassement* del suo autore. Le misure previste nel testo normativo in questione, delle quali non è contemplata l'iscrizione al casellario giudiziale, sono molto articolate: vanno, tra l'altro, dal semplice *rappel à la loi* all'orientamento verso strutture sanitarie, sociali (inclusi uno stage di *citoyenneté* o di responsabilità parentale) e professionali, nonché dalla mera richiesta di mettersi in regola con la legge a complessi interventi nell'ambito familiare <sup>(2)</sup>. Quanto alla *composition pénale*, l'art. 41-2 stabilisce che il *procureur* della Repubblica, pure in questo caso anteriormente all'esercizio dell'azione penale, possa proporre, direttamente o tramite un soggetto abilitato, appunto una composizione della controversia a chi riconosca di avere commesso uno o più delitti puniti con ammenda e/o l'*emprisonnement* fino a cinque anni (con alcune esclusioni), una delle misure (diciassette) che vanno dal versamento di una somma di denaro al Tesoro a sanzioni che incidono sulla possibilità di guidare autoveicoli o di andare a caccia; dal compimento di attività non remunerate a favore della collettività alla frequenza di uno *stage* presso servizi aventi finalità sociali; dal divieto di emettere *chèques* a quello di frequentare determinati luoghi o persone, dal divieto di espatriare al compimento di attività terapeutiche o volte alla formazione professionale o scolastica <sup>(3)</sup>. L'iscrizione della *composition* al *casier judiciaire* è contemplata dall'art. 768, n. 9 c.p.p. francese.

Passando all'Italia — ove i delitti denunciati all'autorità giudiziaria dalle forze di polizia, nel 2010, ammontano a 2.621.019 —

---

<sup>(2)</sup> Dalla Tabella di cui all'*Annuaire statistique*, loc. cit., si ricava che il « *rappel à la loi* » è di gran lunga la misura maggiormente adottata (oltre ad essere la più lieve): riguardo al 2009, ultimo anno per il quale si possiedono dati disaggregati, ha trovato applicazione in 273.783 casi su un totale di 558.047.

<sup>(3)</sup> Per l'inquadramento complessivo, v. M. GIACOPELLI, *Les procédures alternatives aux poursuites. Essai de théorie générale*, in « *Rev. sc. crim.* », 2012, pp. 505-521.

sulla scorta dei dati forniti dal Ministero della giustizia, nel periodo 1° luglio 2011-30 giugno 2012, sono stati definiti in primo grado dai tribunali (a parte quelli per i minorenni) 163.467 procedimenti e 220.433 dai giudici di pace. Disaggregando i dati relativi al tribunale (la sola possibile, stante il divieto di cui all'art. 2, comma 1, d. lgvo. 28 agosto 2000, n. 274), emerge la seguente tipologia delle definizioni (tenendo presente che nel periodo considerato sono stati iscritti 3.721.301 procedimenti aventi autore noto): con rito ordinario, 163.467; con giudizio immediato, 4.721; con giudizio direttissimo, 6.365; con rito abbreviato da direttissimo, 13.032; con rito abbreviato da ordinario, 33.681; con decreto penale di condanna, 81.600; con « patteggiamento », 86.582 <sup>(4)</sup>.

L'accostamento dei due quadri tende a far emergere la differenza che corre tra l'uno e l'altro in relazione ad un profilo specifico: il ruolo pratico dell'alternatività. Nel caso francese, essa si caratterizza per la contrapposizione all'esercizio dell'azione, mentre in quello italiano consente esclusivamente un diverso modo di esercitarla. La differenza, comunque, sembra dipendere solo in parte, seppure non piccola, dalla circostanza che in Francia vige il principio di opportunità delle *poursuites* (art. 40, comma 1, c.p.p. francese), con le scelte che esso consente. Parte il cui peso pare desumibile, ad esempio, dal numero delle *affaires non poursuivables* per « défaut d'élucidations »: 2.617.860 su 3.099.692 <sup>(5)</sup>.

Tralasciando altri fattori (tra l'altro, di carattere processuale, organizzativo od attinenti all'indice di litigiosità), che indubbiamente incidono sulla produttività delle due macchine della giustizia, occorre chiedersi se la minore resa di quella italiana dipenda ineluttabilmente dalla previsione dell'art. 112 Cost. (« Il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale »), o se, fermo restando il principio ivi enunciato (e con l'auspicio che vi resti), non sia ottenibile una disciplina meno imbalsamata: operando alcuni limitati interventi sulla normativa ordinaria, che non lascia spazi fra

---

<sup>(4)</sup> Dati aventi quale fonte il ministero della giustizia, ai quali si fa riferimento in E. LUPO, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2012*, Roma, 25 gennaio 2013, pp. 49-50 (per il numero dei delitti, v. « Annuario stat. it. », 2012, p. 162) (tab. 6.18).

<sup>(5)</sup> *Annuaire statistique*, loc. cit.

esercizio dell'azione ed archiviazione (od una sua maschera) <sup>(6)</sup>. Si allude, ovviamente, agli artt. 50, comma 1 (« Il pubblico ministero, quando non deve richiedere l'archiviazione, esercita l'azione penale, formulando l'imputazione nei casi previsti nei titoli II, III, IV e V del libro VI ovvero con richiesta di rinvio a giudizio »), c.p.p. e 74, comma 1, o. g. (« Il pubblico ministero inizia ed esercita l'azione penale »).

Senza ipotizzare interventi di più ampia portata, quali sarebbero richiesti per soluzioni simili a quelle del modello francese <sup>(7)</sup>, probabilmente il nostro sistema acquisterebbe maggiore funzionalità operando solo sull'art. 405, comma 1, c.p.p. Più di preciso, si potrebbe incentivare una maggiore « giustizia consensuale » — con i connessi benefici generali — costruendo il giudizio abbreviato (esclusivamente con riguardo a ipotesi, *quoad poenam*, molto più contenute di quelle generali attuali, da mantenere) ed il « patteggiamento » (con analoghe limitazioni) come istituti che non presup-

---

<sup>(6)</sup> Recentemente, soprattutto M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*<sup>5</sup>, Torino 2012, p. 143 ss. e ad esempio, M. CERESA-GASTALDO, *Dall'obbligatorietà dell'azione penale alla selezione politica dei processi*, in « Riv. it. dir. e proc. pen. », 2011, p. 1415 e ss. e C. SCACCIANOCE, *L'inazione del pubblico ministero*, Milano, 2009, pp. 67 e ss., 181 e 196 e ss. e di A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparatoria all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, Torino, 2010, spec. p. 95 e ss. Ovviamente campeggia sullo sfondo la necessità di una riforma strutturale complessiva; cfr., da ultimo, M. PELLISSERO, *La crisi del sistema sanzionatorio e la dignità negata: il silenzio della politica, i compiti della dottrina*, in « Dir. pen. e proc. », 2013, p. 261 e ss. Molto significativa risulta, poi, Corte cost., sentenza 22-24 aprile 2009, in « Giur. cost. », 2009, p. 1131 e ss., ove (pp. 1141-1142) l'illegittimità dell'art. 405, comma 1 *bis*, c.p.p., viene fondata sulla circostanza che la norma « altera la logica dell'istituto dell'archiviazione », strumento di controllo volto a verificare che l'azione non venga indebitamente omessa, trasformandola in un istituto che « assumerebbe l'opposto obiettivo di impedire che l'azione penale venga inopportunamente esercitata ».

<sup>(7)</sup> Solo approssimativamente simili, dovendo tenere conto, tra l'altro, dell'organizzazione istituzionale del *ministère public*: cfr., per esempio, S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, A. VARINARD, T. DEBARD, *Institutions juridictionnelles*, Parigi, 2009<sup>10</sup>, pp. 835-868; D. ZEROUKI-COTTIN, *L'obligation d'incriminer imposée par le juge européen, ou la perte du droit de ne pas punir*, in « Rev. sc. crim. », 2011, p. 575 e ss. e, per il profilo comparativo, J.P. JEAN, *Le ministère public français au regard des justices pénales d'Europe*, in « A.J. Pén. », 2011, p. 106 e ss. e E. SOMMA, in *Pubblico ministero e riforma dell'ordinamento giudiziario*, Atti Convegno Udine, 22-24 ottobre 2004, Milano, 2006, specialmente pp. 308-315.

pongono l'esercizio dell'azione. E, ammesso che occorra sottolienarlo, non si tratta di un mero cambio di etichette, ma dell'offerta di una terza via, più appetibile della secca alternativa attuale, che — pur consentendo apprezzabili sbocchi diversi dalla detenzione <sup>(8)</sup> — offre solo percorsi all'interno del terreno connotato dalle pene tradizionali.

---

<sup>(8)</sup> Cfr. l'ampio quadro di F. DELLA CASA, voce *Misure alternative alla detenzione*, in « Enc. dir. », Annali III, Milano, 2010, pp. 816-856. In base ai dati dell'« Annuario stat. it », 2012, p. 166 (tav. 6.22), nell'anno 2011, il numero complessivo delle misure alternative è stato di 22.423, di cui, 9.952 affid. in prova, 8.371 det. domic., 916 semil. e 3.184 fra lib. vig., lib. controllata e semidetenzione.



## INDICE SOMMARIO

<i>Introduzione</i> . . . . .	1
-------------------------------	---

### CAPITOLO PRIMO

#### PRELUDI E PARABOLE

1. « Juge naturel »: parabole omografe. Opposti preludi alla vigilia della Rivoluzione (tra conservazione, razionalizzazione e rivendicazione). . . . .	7
2. ( <i>segue</i> ) I <i>Cabiers</i> dell'89: dal passato al futuro (argomentazione e storiografia). . . . .	13
3. La competenza fra capacità e potere nell' <i>Ordonnance criminelle</i> del 1670. Naturalità « patrimoniale » del giudice feudale. . . . .	20
4. Verso la <i>loi</i> sull'organizzazione e la completa rigenerazione del giudiziario ( <i>décret</i> 16-24 agosto 1790). Progetti e progressiva maturazione del quadro generale. Da Bergasse a Thouret. . . . .	27
5. ( <i>segue</i> ) Da Duport (sillogismo, questione di fatto, questione di diritto, primato dell'imparzialità sulla capacità e dicotomia del giudice naturale) a Chabroud, rilancio dell'ordinarietà. . . . .	35

### CAPITOLO SECONDO

#### SEPARAZIONE DEI POTERI

#### TRIBUNAL DE CASSATION E GIUDICI D'ECCEZIONE

1. Intermezzo. La separazione dei poteri e la disputa circa il ruolo del <i>Tribunal de cassation</i> prima della legge sull'organizzazione giudiziaria. . . . .	51
2. ( <i>segue</i> ) L'approdo provvisorio del primo dibattito all'Assemblea costituente sul tema (8 maggio-6 agosto 1790): sedentarietà e dislocazione ambigua (fisica/metafisica) del <i>Tribunal</i> . . . . .	56
3. Il posto del giudiziario ed il divieto di interpretazione. Il giudizio di appello. Dal <i>juge naturel</i> ai <i>justiciables naturels</i> : favore per la volontà delle parti. Regole civilistiche sulla competenza: dalla proiezione in campo penale al loro superamento. . . . .	70
4. I « giudici d'eccezione » e l'ambito della massima « <i>Chacun peut faire de son non juge son juge</i> ». La compressione della giustizia dei tribunali. . . . .	77

## CAPITOLO TERZO

## TRIBUNAL DE CASSATION E LEGISLATORE

1. La legge sul *Tribunal de cassation* (27 novembre-1° dicembre 1790). Il dibattito sul progetto Le Chapelier. Dal profilo teorico-ideologico (tesi di Prugnon, Robespierre e Chabroud) alla individuazione delle funzioni: i motivi del ricorso per cassazione. . . . . 89
2. (*segue*) Il *renvoi pour suspicion légitime*: formula vaga e parallela tradizione di sottrazione al giudice naturale. Il modello « bureau des requêtes » esteso al « renvoi ». *Référé* obbligatorio e interpretazione della legge. . . . . 96
3. Sviluppo di una normativa *ad hoc* per la giustizia penale. Il *Tribunal* fra riduzione e dilatazione del controllo: il ricorso per falsa applicazione della legge ed il *référé* obbligatorio « contratto ». . . . . 105

## CAPITOLO QUARTO

DIVIETO DI INTERPRETAZIONE  
PRASSI E PROBLEMA DELLA LINGUA

1. Il divieto di interpretazione imposto ai giudici nella prassi. Primo periodo: dal 1790 alla rivoluzione parigina del 10 agosto 1792. Secondo periodo: dalla creazione del tribunale per i crimini del 10 agosto alla legge sui « sospetti ». . . . . 113
  2. (*segue*) Terzo periodo: la repubblica giacobina. Quarto periodo: la repubblica termidoriana. . . . . 127
  3. Divieto di interpretazione e linguistica. Politica della lingua « materna » e posizione dei giudici nella prassi . . . . . 146
- Conclusioni* . . . . . 159

# UNIVERSITÀ DI FIRENZE

CENTRO DI STUDI  
PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO

## PUBBLICAZIONI

### QUADERNI FIORENTINI

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

Vol. 1 (1972), 8°, p. 486

Vol. 2 (1973), 8°, p. 798

Vol. 3-4 (1974-75) - Il « socialismo giuridico ». Ipotesi e letture, due tomi in 8°, p. 1041

Vol. 5-6 (1976-77) - Itinerari moderni della proprietà, due tomi in 8°, p. 1140

Vol. 7 (1978) - Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 648

Vol. 8 (1979), 8°, p. 564

Vol. 9 (1980) - Su Federico Carlo di Savigny, 8°, p. 590

Vol. 10 (1981), 8°, p. 584

Vol. 11-12 (1982-83) - Itinerari moderni della persona giuridica, due tomi in 8°, p. 1200

Vol. 13 (1984), 8°, p. 782

Vol. 14 (1985), 8°, p. 646

Vol. 15 (1986), 8°, p. 748

Vol. 16 (1987) - Riviste giuridiche italiane (1865-1945), 8°, p. 718

Vol. 17 (1988), 8°, p. 640

Vol. 18 (1989), 8°, p. 744

Vol. 19 (1990), 8°, p. 736

Vol. 20 (1991) - François Gény e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 588

Vol. 21 (1992), 8°, p. 750

Vol. 22 (1993) - Per Federico Cammeo, 8°, p. 706

Vol. 23 (1994), 8°, p. 554

Vol. 24 (1995), 8°, p. 620

Vol. 25 (1996), 8°, p. 810

Vol. 26 (1997), 8°, p. 744

Vol. 27 (1998), 8°, p. 590

Vol. 28 (1999) - Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica, due tomi in 8°, p. 1180

Vol. 29 (2000), 8°, p. 578

Vol. 30 (2001), due tomi in 8°, p. 988

Vol. 31 (2002) - L'ordine giuridico europeo: radici e prospettive, due tomi in 8°, p. 950

Vol. 32 (2003), 8°, p. 796

Vol. 33-34 (2004-2005) - L'Europa e gli 'Altri'. Il diritto coloniale fra Otto e Novecento, due tomi in 8°, p. 1408

Vol. 35 (2006), due tomi in 8°, p. 1120

Vol. 36 (2007) - Principio di legalità e diritto penale (per Mario Sbriccoli), due tomi in 8°, p. 1562

Vol. 37 (2008), 8°, p. 744

Vol. 38 (2009) - I diritti dei nemici, due tomi in 8°, p. 1956

Vol. 39 (2010), 8°, p. 946

Vol. 40 (2011) - Giudici e giuristi. Il problema del diritto giurisprudenziale fra Otto e Novecento, due tomi in 8°, p. 1174

Vol. 41 (2012), 8°, p. 940

Vol. 42 (2013), 8°, p. 804

## BIBLIOTECA

### « Per la storia del pensiero giuridico moderno »

- 1 LA SECONDA SCOLASTICA NELLA FORMAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO  
Incontro di studio - Firenze, 17-19 ottobre 1972  
Atti, a cura di Paolo Grossi  
(1973), 8°, p. 484
- 2 Mario Sbriccoli, CRIMEN LAESAE MAIESTATIS  
Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna  
(1974), 8°, p. 399
- 3 Pietro Costa, IL PROGETTO GIURIDICO  
Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico  
Vol. I: Da Hobbes a Bentham  
(1974), 8°, p. XIII-414
- 4 Mario Sbriccoli, ELEMENTI PER UNA BIBLIOGRAFIA DEL SOCIALISMO GIURIDICO ITALIANO  
(1976), 8°, p. 169
- 5 Paolo Grossi, « UN ALTRO MODO DI POSSEDERE »  
L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria  
(1977), 8°, p. 392
- 6/7 Franz Wieacker, STORIA DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO  
con particolare riguardo alla Germania  
Trad. di Umberto Santarelli e di Sandro A. Fusco  
Vol. I (1980), 8°, p. 560  
Vol. II (1980), 8°, p. 429
- 8 Maurizio Fioravanti, GIURISTI E COSTITUZIONE POLITICA NELL'OTTOCENTO TEDESCO  
(1979), 8°, p. 432
- 9 Peter Stein-John Shand, I VALORI GIURIDICI DELLA CIVILTÀ OCCIDENTALE  
Trad. di Alessandra Maccioni  
(1981), 8°, p. 465
- 10 Gioele Solari, SOCIALISMO E DIRITTO PRIVATO  
Influenza delle odierne dottrine socialistiche sul diritto privato (1906)  
Edizione postuma a cura di Paolo Ungari  
(1980), 8°, p. 259
- 11/12 CRISTIANESIMO, SECOLARIZZAZIONE E DIRITTO MODERNO  
A cura di Luigi Lombardi Vallauri e Gerhard Dilcher  
(1981), 8°, p. 1527
- 13 LA « CULTURA » DELLE RIVISTE GIURIDICHE ITALIANE  
Atti del Primo Incontro di studio - Firenze, 15-16 aprile 1983  
A cura di Paolo Grossi  
(1984), 8°, p. VI-198
- 14 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO  
I. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Ugo Grozio  
(1983), 8°, p. VIII-124

- 15 Emanuele Castrucci, TRA ORGANICISMO E « RECHTSIDEE »  
Il pensiero giuridico di Erich Kaufmann  
(1984), 8°, p. XIV-202
- 16 Pietro Barcellona, I SOGGETTI E LE NORME  
(1984), 8°, p. IV-204
- 17 Paolo Cappellini, SYSTEMA IURIS  
I. Genesi del sistema e nascita della « scienza » delle Pandette  
(1984), 8°, p. XII-638
- 18 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI  
I. Il progetto costituzionale  
(1984), 8°, p. XII-656
- 19 Paolo Cappellini, SYSTEMA IURIS  
II. Dal sistema alla teoria generale  
(1985), 8°, p. XII-416
- 20 Bernardo Sordi, GIUSTIZIA E AMMINISTRAZIONE NELL'ITALIA LIBERALE  
La formazione della nozione di interesse legittimo  
(1985), 8°, p. 483
- 21 Pietro Costa, LO STATO IMMAGINARIO  
Metafore e paradigmi nella cultura giuridica fra Ottocento e Novecento  
(1986), 8°, p. IV-476
- 22 STORIA SOCIALE E DIMENSIONE GIURIDICA - STRUMENTI D'INDAGINE E IPOTESI DI LAVORO  
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-27 aprile 1985  
A cura di Paolo Grossi  
(1986), 8°, p. VIII-466
- 23 Paolo Grossi, STILE FIORENTINO  
Gli studi giuridici nella Firenze italiana - 1859-1950  
(1986), 8°, p. XV-230
- 24 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI  
II. La scoperta del diritto amministrativo  
(1987), 8°, p. VIII-254
- 25 Bernardo Sordi, TRA WEIMAR E VIENNA  
Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra  
(1987), 8°, p. 378
- 26 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO  
II. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Jean Domat  
(1987), 8°, p. VIII-88
- 27 Paolo Grossi, « LA SCIENZA DEL DIRITTO PRIVATO »  
Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo - 1893-1896  
(1988), 8°, p. IX-206
- 28 LA STORIOGRAFIA GIURIDICA SCANDINAVA  
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 22-23 maggio 1987  
A cura di Paolo Grossi  
(1988), 8°, p. VI-87
- 29 LA CULTURE DES REVUES JURIDIQUES FRANÇAISES  
A cura di André-Jean Arnaud  
(1988), 8°, p. IV-144

- 30 Adam Smith, LEZIONI DI GLASGOW  
Introduzione a cura di Enzo Pesciarelli  
Traduzione di Vittoria Zompanti Oriani  
(1989), 8°, p. CXXVIII-766
- 31 Thilo Ramm, PER UNA STORIA DELLA COSTITUZIONE DEL LAVORO  
TEDESCA  
A cura di Lorenzo Gaeta e Gaetano Vardaro  
(1989), 8°, p. 195
- 32 PIERO CALAMANDREI - Ventidue saggi su un grande maestro  
A cura di Paolo Barile  
(1990), 8°, p. 556
- 33 IL PENSIERO GIURIDICO DI COSTANTINO MORTATI  
A cura di Mario Galizia e Paolo Grossi  
(1990), 8°, p. 644
- 34/35 HISPANIA - ENTRE DERECHOS PROPIOS Y DERECHOS NACIONALES  
Atti dell'incontro di studio - Firenze/Lucca 25, 26, 27 maggio 1989  
A cura di B. Clavero, P. Grossi, F. Tomas y Valiente  
Tomo I (1990), 8°, p. VI-530  
Tomo II (1990), 8°, p. IV-531-1036
- 36 Osvaldo Cavallar, FRANCESCO GUICCIARDINI GIURISTA  
I ricordi degli onorari  
(1991), 8°, p. XXII-396
- 37 Bernardo Sordi, L'AMMINISTRAZIONE ILLUMINATA  
Riforma delle Comunità e progetti di Costituzione nella Toscana leopoldina  
(1991), 8°, p. 424
- 38 Franco Cipriani, STORIE DI PROCESSUALISTI E DI OLIGARCHI  
La Procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936)  
(1991), 8°, p. X-536
- 39 Bartolomé Clavero, ANTIDORA  
Antropología católica de la economía moderna  
(1991), 8°, p. VI-259
- 40 Giovanni Cazzetta, RESPONSABILITÀ AQUILIANA E FRAMMENTAZIONE  
DEL DIRITTO COMUNE CIVILISTICO (1865-1914)  
(1991), 8°, p. IV-564
- 41 Paolo Grossi, IL DOMINIO E LE COSE  
Percezioni medievali e moderne dei diritti reali  
(1992), 8°, p. 755
- 42 L'INSEGNAMENTO DELLA STORIA DEL DIRITTO MEDIEVALE E MODERNO  
Strumenti, destinatari, prospettive  
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 6-7 novembre 1992  
A cura di Paolo Grossi  
(1993), 8°, p. VIII-440
- 43 PERIODICI GIURIDICI ITALIANI (1850-1900) - Repertorio  
A cura di Carlo Mansuino  
(1994), 8°, p. XIV-368
- 44 Stefano Mannoni, UNE ET INDIVISIBLE  
Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - I  
(1994), 8°, p. XXII-603

- 45 Luca Mannori, **IL SOVRANO TUTORE**  
Pluralismo istituzionale e accentramento amministrativo nel Principato dei Medici (Secc. XVI-XVIII)  
(1994), 8°, p. VIII-486
- 46 Stefano Mannoni, **UNE ET INDIVISIBLE**  
Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - II  
(1996), 8°, p. XVI-448
- 47 Bartolomé Clavero, **TOMÁS Y VALIENTE**  
Una biografia intellettuale  
(1996), 8°, p. XXXVI-374
- 48 Costantino Mortati, **L'ORDINAMENTO DEL GOVERNO NEL NUOVO DIRITTO PUBBLICO ITALIANO**  
Ristampa inalterata, con una prefazione di Enzo Cheli  
(2000), 8°, p. X-234
- 49 Costantino Mortati, **LA COSTITUZIONE IN SENSO MATERIALE**  
Ristampa inalterata, con una premessa di Gustavo Zagrebelsky  
(1998), 8°, p. XXXVIII-212
- 50 **GIURISTI E LEGISLATORI**  
Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto  
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-28 settembre 1996  
A cura di Paolo Grossi  
(1997), 8°, p. VIII-530
- 51 Pio Caroni, **SAGGI SULLA STORIA DELLA CODIFICAZIONE**  
(1998), 8°, p. XX-270
- 52 Paolo Grossi, **ASSOLUTISMO GIURIDICO E DIRITTO PRIVATO**  
(1998), 8°, p. X-474
- 53 Giovanni Cazzetta, **PRÆSUMITUR SEDUCTA**  
Onestà e consenso femminile nella cultura giuridica moderna  
(1999), 8°, p. IV-426
- 54 Stefano Mannoni, **POTENZA E RAGIONE**  
La scienza del diritto internazionale nella crisi dell'equilibrio europeo (1870-1914)  
(1999), 8°, p. IV-276
- 55/56 Sergio Caruso, **LA MIGLIOR LEGGE DEL REGNO**  
Consuetudine, diritto naturale e contratto nel pensiero e nell'epoca di John Selden (1584-1654)  
Tomo I (2001), 8°, p. IV-432  
Tomo II (2001), 8°, p. IV-433-1024
- 57 Franco Todescan, **LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO**  
III. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Samuel Pufendorf  
(2001), 8°, p. VIII-106
- 58/59 Maurizio Fioravanti, **LA SCIENZA DEL DIRITTO PUBBLICO**  
Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento  
Tomo I (2001), 8°, p. XXII-572  
Tomo II (2001), 8°, p. IV-573-918
- 60 Raffaele Volante, **IL SISTEMA CONTRATTUALE DEL DIRITTO COMUNE CLASSICO**  
Struttura dei patti e individuazione del tipo. Glossatori e ultramontani  
(2001), 8°, p. IV-502

- 61 CODICI  
Una riflessione di fine millennio  
Atti dell'incontro di studio - Firenze, 26-28 ottobre 2000  
A cura di Paolo Cappellini e Bernardo Sordi  
(2002), 8°, p. VIII-604
- 62 Pietro Costa, IURISDICTION  
Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)  
Ristampa  
(2002), 8°, p. XCVI-412
- 63 Mario Piccinini, TRA LEGGE E CONTRATTO  
Una lettura di *Ancient Law* di Henry S. Maine  
(2003), 8°, p. XVI-286
- 64 Arturo Carlo Jemolo, LETTERE A MARIO FALCO  
Tomo I (1910-1927)  
A cura di Maria Vismara Missiroli  
(2005), 8°, p. XVIII-592
- 65 Ferdinando Mazzaella, NEL SEGNO DEI TEMPI  
Marchi persone e cose dalla corporazione medievale all'impresa globale  
(2005), 8°, p. 530
- 66 Michele Pifferi, *GENERALIA DELICTORUM*  
Il *Tractatus criminalis* di Tiberio Deciani e la "Parte generale" di diritto penale  
(2006), 8°, p. 468
- 67 Maria Rosa Di Simone, PERCORSI DEL DIRITTO TRA AUSTRIA E ITALIA  
(SECOLI XVII-XX)  
(2006), 8°, p. XII-374
- 68 Franco Cipriani, SCRITTI IN ONORE DEI PATRES  
(2006), 8°, p. XIV-502
- 69 Piero Fiorelli, INTORNO ALLE PAROLE DEL DIRITTO  
(2008), 8°, p. XXXII-548
- 70 Paolo Grossi, SOCIETÀ, DIRITTO, STATO  
Un recupero per il diritto  
(2006), 8°, p. XX-346
- 71 Irene Stolzi, L'ORDINE CORPORATIVO  
Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista  
(2007), 8°, p. IV-464
- 72 Hasso Hofmann, RAPPRESENTANZA - RAPPRESENTAZIONE  
Parola e concetto dall'antichità all'Ottocento  
(2007), 8°, p. XL-586
- 73 Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, GOVERNO E PARTITI NEL PENSIERO  
BRITANNICO (1690-1832)  
(2007), 8°, p. VIII-156
- 74 Giovanni Cazzetta, SCIENZA GIURIDICA E TRASFORMAZIONI SOCIALI  
Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento  
(2007), 8°, p. X-388
- 75 Manuela Mustari, IL LUNGO VIAGGIO VERSO LA "REALITÀ"  
Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile  
(2007), 8°, p. VI-284

- 76 Carlo Fantappiè, CHIESA ROMANA E MODERNITÀ GIURIDICA  
Tomo I L'edificazione del sistema canonistico (1563-1903), (2008), 8°, p. XLVI-520  
Tomo II Il *Codex iuris canonici* (1917), (2008), 8°, p. IV-521-1282
- 77 Rafael D. García Pérez, ANTES LEYES QUE REYES  
Cultura jurídica y constitución política en la edad moderna (Navarra, 1512-1808)  
(2008), 8°, p. XII-546
- 78 Luciano Martone, DIRITTO D'OLTREMARE  
Legge e ordine per le Colonie del Regno d'Italia  
(2008), 8°, p. X-228
- 79 Michael Stolleis, STORIA DEL DIRITTO PUBBLICO IN GERMANIA  
I. Pubblicità dell'impero e scienza di polizia 1600-1800  
(2008), 8°, p. X-632
- 80 Paolo Grossi, NOBILTÀ DEL DIRITTO  
Profili di giuristi  
(2008), 8°, p. XII-742
- 81 Andrea Marchisello, LA RAGIONE DEL DIRITTO  
Carlantonio Pilati tra cattedra e foro nel Trentino del tardo Settecento  
(2008), 8°, p. XXIV-532
- 82 Bartolomé Clavero, GENOCIDE OR ETHNOCIDE, 1933-2007  
How to make, unmake, and remake law with words  
(2008), 8°, p. VIII-268
- 83 Paolo Grossi, TRENT'ANNI DI PAGINE INTRODUTTIVE  
Quaderni fiorentini 1972-2001  
(2009), 8°, p. XXVIII-252
- 84 Aldo Sandulli, COSTRUIRE LO STATO  
La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)  
(2009), 8°, p. XVIII-324
- 85 DIRITTI E LAVORO NELL'ITALIA REPUBBLICANA  
Materiali dall'incontro di studio Ferrara, 24 ottobre 2008  
A cura di Gian Guido Balandi e Giovanni Cazzetta  
(2009), 8°, p. IV-306
- 86 Pio Caroni, LA SOLITUDINE DELLO STORICO DEL DIRITTO  
(2009), 8°, p. VI-252
- 87 Federico Bambi, UNA NUOVA LINGUA PER IL DIRITTO - I  
Il lessico volgare di Andrea Lancia nelle provvisioni fiorentine del 1355-57  
(2009), 8°, p. IV-816
- 88 Mario Sbriccoli, STORIA DEL DIRITTO PENALE E DELLA GIUSTIZIA  
Scritti editi e inediti (1972-2007)  
Tomo I (2009), 8°, p. XVI-722  
Tomo II (2009), 8°, p. IV-723-1338
- 89 Arturo Carlo Jemolo, LETTERE A MARIO FALCO  
Tomo II (1928-1943)  
A cura di Maria Vismara Missiroli  
(2009), 8°, p. IV-512
- 90 Sabino Cassese, IL DIRITTO AMMINISTRATIVO: STORIA E PROSPETTIVE  
(2010), 8°, p. X-576

- 91 Marco Sabbioneti, **DEMOCRAZIA SOCIALE E DIRITTO PRIVATO**  
La Terza Repubblica di Raymond Saleilles (1855-1912)  
(2010), 8°, p. XXXVIII-682
- 92 Condorcet, **DICHIARARE I DIRITTI, COSTITUIRE I POTERI**  
Un inedito sulla dichiarazione dei diritti dell'uomo  
A cura di Gabriele Magrin  
Edizione del manoscritto a cura di Mercurio Candela  
(2011), 8°, p. VI-190
- 93 **DIRITTI INDIVIDUALI E PROCESSO PENALE NELL'ITALIA REPUBBLICANA**  
Materiali dall'incontro di studio - Ferrara, 12-13 novembre 2010  
A cura di Daniele Negri e Michele Pifferi  
(2011), 8°, p. VI-442
- 94 Rodolfo Savelli, **CENSORI E GIURISTI**  
Storie di libri, di idee e di costumi (secoli XVI-XVII)  
(2011), 8°, p. XXXIV-410
- 95 **ALESSANDRO GIULIANI: L'ESPERIENZA GIURIDICA FRA LOGICA ED ETICA**  
A cura di Francesco Cerrone e Giorgio Repetto  
(2012), 8°, p. VI-848
- 96 Carlo Nitsch, **IL GIUDICE E LA LEGGE**  
Consolidamento e crisi di un paradigma nella cultura giuridica italiana del primo  
Novecento  
(2012), 8°, p. X-342
- 97 Rodrigo Míguez Núñez, **TERRA DI SCONTRI**  
Alterazioni e rivendicazioni del diritto alla terra nelle Ande centrali  
(2013), 8°, p. X-360
- 98 Enrico Finzi, **"L'OFFICINA DELLE COSE"**  
Scritti minori  
A cura di Paolo Grossi  
(2013), 8°, p. LXII-212
- 99 Michele Pifferi, **L'INDIVIDUALIZZAZIONE DELLA PENA**  
Difesa sociale e crisi della legalità penale tra otto e novecento  
(2013), 8°, p. IV-336
- 100 Paolo Grossi, **SCRITTI CANONISTICI**  
A cura di Carlo Fantappiè  
(2013), 8°, p. XLVI-314
- 101 Massimiliano Gregorio, **PARTE TOTALE**  
Le dottrine costituzionali del partito politico in Italia tra otto e novecento  
(2013), 8°, p. XIV-440
- 102 Emanuele Somma, **JUGE NATUREL E ORDINAMENTO GIUDIZIARIO  
FRANCESE 1790-1795**  
(2013), 8°, p. VI-166

*Per Informazioni e Acquisti*

Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano  
Tel. 02/380.892.90 - Fax 02/380.095.82  
<http://www.giuffre.it>

Centri di documentazione e di distribuzione Giuffrè

**€ 17,00**  
5249-04

