

PROTOSISTEMI DI GIUSTIZIA COSTITUZIONALE: IL CORPO DEGLI EFORI NELLA COSTITUZIONE DELLA REPUBBLICA NAPOLETANA DEL 1799*

EARLY SYSTEMS OF CONSTITUTIONAL ADJUDICATION: THE COUNCIL OF THE EPHORS IN 1799 NEAPOLITAN REPUBLIC CONSTITUTION

Antonello lo Calzo
Università degli studi di Pisa

SUMARIO: I. PREMESSA: L'EFORATO NEL PROGETTO "PAGANIANO" DI COSTITUZIONE. - II. LE ORIGINI DELL'ISTITUTO: I PRECEDENTI DEL CONTROLLO DI COSTITUZIONALITÀ. - 2.1. Segue: dal controllo di costituzionalità degli atti normativi nelle costituzioni coloniali nordamericane al *judicial review*. - 2.2. Segue: l'impossibile controllo di costituzionalità nella Francia rivoluzionaria. - III. IL CONTROLLO DI COSTITUZIONALITÀ NEL PENSIERO DI FRANCESCO MARIO PAGANO. - IV. LA STRUTTURA E LE FUNZIONI DEL CORPO DEGLI EFORI. - V. LA CRITICA STORICA SULL'EFORATO E IL SUO SENSO NELL'OTTICA DEL MODERNO DIRITTO COSTITUZIONALE.

Resumen: La breve esperienza della Repubblica Napoletana del 1799 ha lasciato in eredità un progetto di costituzione che, pur con le inevitabili connessioni ad altri modelli stranieri, introduce istituti di grande modernità per la storia del diritto costituzionale. Essa è il frutto delle idee politiche di Mario Pagano che, attingendo alla propria formazione giuridica e filosofica, ha dato vita ad un'istituzione che potesse fungere da garante della costituzionalità delle leggi e da giudice dell'esercizio dei poteri dello Stato. A quest'organo, tanto simile ad una moderna Corte costituzionale, Pagano darà il nome di Corpo degli Efori.

Abstract: The short existence of the Neapolitan Republic in 1799 has bequeathed us a constitutional draft that, even with the unavoidable links to other foreign experiences, introduces institutions of great modernity in the history of constitutional law. The constitution derived by the modern political ideas of Mario Pagano that, inspired by his juridical and philosophical education, created an institution with the mandate to guarantee the constitutionality of laws and to judge the correct execution of State power. This entity, so similar to a modern Constitutional court, would be named "Corpo degli Efori" by Pagano.

Palabras clave: Costituzione napoletana del 1799, Francesco Mario Pagano, Corpo degli Efori, Giustizia costituzionale

Key Words: 1799 Neapolitan constitution, Francesco Mario Pagano, Council of the Ephors, Constitutional adjudication.

I. PREMESSA: L'EFORATO NEL PROGETTO "PAGANIANO" DI COSTITUZIONE.

La breve esperienza della rivoluzione napoletana del 1799¹ ha lasciato ai posteri, pur nella sua inevitabile fugacità e astrattezza, un progetto di costituzione che, con le inevitabili interconnessioni che presenta rispetto ai modelli francesi, si caratterizza per alcuni aspetti di "brillante" novità, soprattutto per le concrete applicazioni che nei secoli a venire saranno fatte delle idee in essa spiegate.

Pur essendo difficile stabilire con certezza la "paternità" del progetto² è possibile affermare, scortati dalle approfondite indagini condotte da illustri storici del diritto, che essa sia il frutto quasi esclusivo della mente di un grande giurista e filosofo del '700, Mario Pagano, e al suo pensiero occorre rinviare per comprendere a pieno il senso degli istituti disciplinati nel progetto³.

* All'Amico Giampiero Buonomo, inestinguibile fonte di prezioso ausilio.

¹ Se non brevissima, infatti, le sue vicende possono essere tutte racchiuse nell'esiguo arco temporale che va dal gennaio del 1799, con l'ingresso a Napoli dei francesi al comando del generale Championnet e l'occupazione di Castel S. Elmo da parte dei rivoluzionari, al giugno del 1799 con la reazione e il ritorno del Re a Napoli. Per una cronologia più dettagliata della rivoluzione napoletana del 1799 si vedano Mario Battaglini, *Contributi per una storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, Giuffrè, Milano, 1957, pp. 71-72; Carlo Ghisalberti, *Le Costituzioni "giacobine" (1796-1799)*, Giuffrè, Milano, 1957, pp. 137-143; Mario Battaglini, *Mario Pagano e il progetto di Costituzione della Repubblica Napoletana*, Archivio Izzi, Roma, 1994, pp. 13-17. Si veda, altresì, l'importante classico sulla rivoluzione napoletana di Benedetto Croce, *La rivoluzione napoletana del 1799. Biografie, racconti e ricerche*, Laterza, Bari-Roma, 1961 (1912).

² La redazione del progetto era stata affidata al c.d. «Comitato di legislazione» (formato, secondo una prima indicazione, da Pagano, Forges Davanzati, Albanese e Logoteta; secondo una diversa formazione, da Pagano, Logoteta, Lauberg e Rossi). Tuttavia, Angelo Lanzellotti nella sua edizione annotata del Progetto affermava che «gli autori del Progetto furono M. Pagano, G. Logoteta e G. Cestari» e a tale affermazione si adeguò la dottrina successiva senza ulteriori approfondimenti in particolare Luigi Negri, *Genesi storica e giuridica della Costituzione Napoletana del 1799*, Baroni, Lucca, 1916, p. 75; ma, solo apparentemente, anche Gioele Solari, *Studi su Francesco Mario Pagano*, a cura di Luigi Firpo, Giappichelli, Torino, 1963, p. 292.

³ In tal senso si veda Mario Battaglini, *Mario Pagano e il progetto di Costituzione della Repubblica Napoletana*, op. cit., p. 24; nonché Mario Battaglini, *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, op. cit., p. 87. L'Autore ricostruisce dettagliatamente i profili individuali dei "fautori" della Costituzione e, in aderenza alle opinioni degli autori coevi, conclude per la riconduzione del progetto al Pagano. In particolare si veda l'opinione di Vincenzo Cuoco, *Saggio storico sulla rivoluzione di Napoli*, Sonzogno, Milano, 1806, p. 237. D'altra parte, lo stesso Gioele Solari, *L'attività legislativa di Mario Pagano nel governo repubblicano del 1799 a Napoli*, L'Erma, Torino, 1934, p. 47, aveva poi concluso che «la Costituzione è opera personale, se non esclusiva, del Pagano». Cfr. Dario Ippolito, *Mario Pagano, Il pensiero giuspolitico di un illuminista*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 296.

Il giudizio espresso da alcuni Autori sulle costituzioni italiane del triennio giacobino spesso è stato severo⁴, in quanto tacciate di un'eccessiva aderenza ai modelli d'oltralpe, prive di un'originale ripresa delle tradizioni giuridiche italiane. Ciò nonostante, per la Costituzione paganiana – che, come vedremo, nemmeno è andata esente da critiche in tal senso – va fatta una doverosa eccezione, soprattutto se si comprendono a fondo i risvolti di alcuni suoi istituti. Tra questi particolare interesse suscitano quelli che sono una diretta espressione delle idee dell'Autore e che maggiormente si discostano dai modelli francesi come il Tribunale di Censura e, su tutti, l'Eforato⁵.

Quest'ultimo – definito dal Cuoco «la parte più bella del progetto del Pagano»⁶ - può essere considerato una sorta di Corte costituzionale *ante litteram*, con la funzione di esercitare il controllo giudiziario sulla costituzionalità delle leggi⁷; istituto peculiare del progetto di Costituzione napoletana che non ha eguali nelle altre coeve costituzioni italiane.

Che tale istituzione fosse stata pensata dal Pagano proprio nell'ottica della complessiva tenuta e coerenza costituzionale dell'intero ordinamento emerge già ponendo attenzione alla denominazione del Titolo XIII che la disciplina⁸: «Custodia della Costituzione».

La manualistica contemporanea in materia di giustizia costituzionale dedica pochissimo (se non nessuno)⁹ spazio nel richiamare, nelle premesse storiche, tale antecedente del progetto di Costituzione napoletana. L'attenzione è, in genere e per ovvi motivi¹⁰, focalizzata sulla dottrina del giudice Marshall

⁴ Così Giuseppe D'Eufemia, *La Censura e l'Eforato nel progetto di costituzione di Mario Pagano*, in *Annali della facoltà di giurisprudenza dell'Università di Bari*, vol. VII-VIII, 1947, pp. 141-144. D'altra parte, l'Autore, riconosce in questi documenti «elementi utili a ricostruire e ad intendere il pensiero politico e giuridico dei loro autori» ma nessun rilievo avrebbero per la storia delle istituzioni moderne.

⁵ Cfr. Dario Ippolito, *Progetti costituzionali: Francesco Mario Pagano*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero – Diritto*, Treccani, Roma, 2012, p. 259.

⁶ Vincenzo Cuoco, *Frammenti di lettere a Vincenzo Russo*, Frammento V, in Id., *Saggio storico sulla rivoluzione di Napoli*, op. cit., p. LV, ora anche in *Appendice a Mario Battaglini, Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, op. cit., p. 209.

⁷ Carlo Ghisalberti, *Le Costituzioni "giacobine" (1796-1799)*, op. cit., pp. 257-258.

⁸ La disciplina, nello specifico, è quella dettata dagli articoli da 350 a 380 del Progetto di Costituzione napoletana. Ciò sarà oggetto di specifico approfondimento; v. *infra* par. 4.

⁹ È appena menzionato da Gustavo Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1988, p.12; Augusto Cerri, *Corso di giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 7; Gustavo Zagrebelsky e Valeria Marcenò, *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 20; nessun cenno vi fanno Antonio Ruggeri e Antonino Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2009; Elena Malfatti, Saule Panizza e Roberto Romboli, *Giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2011.

¹⁰ Non a torto il caso *Marbury v. Madison* è considerato il fondamento su cui si regge il sistema di *judicial review of legislation* statunitense ma, allo stesso tempo, uno dei passaggi fondamentali su cui viene costruita la supremazia della costituzione sulle altre leggi del Parlamento. Al riguardo il ragionamento del giudice Marshall è chiarissimo e vale la pena di seguirlo letteralmente: «O la costituzione è una legge superiore, fondamentale, come tale non modificabile con le procedure ordinarie, oppure ha il rango degli atti legislativi ordinari, e come gli altri atti, può essere modificata quando al legislatore piaccia farlo. Se la prima alternativa è quella vera, allora una legge ordinaria, contraria alla costituzione, non è legge; se è la seconda

nel noto caso *Marbury v. Madison* del 1803. Se tra i motivi per cui l'Eforato è finito sostanzialmente nel dimenticatoio della storia della giustizia costituzionale primeggiano la sua "incompiutezza" e la sua "astrattezza" (per non essere mai stato concretamente attuato), non può trascurarsi, comunque, che si tratti dell'istituto che prima degli altri ha dato risposta all'esigenza di introdurre un sistema di garanzia della supremazia della costituzione, intesa quale fonte sovraordinata alle altre e alla quale queste sono tenute ad uniformarsi¹¹.

II. LE ORIGINI DELL'ISTITUTO. I PRECEDENTI DEL CONTROLLO DI COSTITUZIONALITÀ.

Si pone la necessità – in avvio – di fare una precisazione metodologica. L'indagine condotta distingue due profili diversi connessi al controllo di costituzionalità delle leggi: da una parte, l'affermazione della superiorità delle costituzioni rispetto alle altre leggi; dall'altra, data per assodata tale superiorità,

alternativa quella vera, allora le costituzioni scritte sono dei tentativi assurdi, da parte del popolo, di porre dei limiti a un potere per sua natura non limitabile.

Certamente, tutti coloro che hanno emanato costituzioni scritte, le concepiscono come la legge sovrana e fondamentale della nazione, e di conseguenza la teoria di ogni governo di questo tipo deve essere, che un atto legislativo contrario alla costituzione è nullo. [...] Se un atto del potere legislativo contrario alla costituzione, è nullo, questo atto vincola ciononostante le Corti, obbligandole ad applicarlo? In altre parole, sebbene non sia una legge, opera come se fosse una legge? Questo significherebbe capovolgere nella pratica ciò che è stato affermato in teoria, e sembrerebbe a prima vista, un'assurdità troppo grande per essere sostenuta». Per una ricostruzione del clima politico e giuridico in cui maturò la sentenza del caso *Marbury v. Madison* si veda Giuseppe Buttà, *Presentazione. John Marshall e il problema del Judicial review*, in Id. (a cura di), *John Marshall. "Judicial review" e stato federale*, Giuffrè, Milano, 1988, pp. VII-LII. Sul caso *Marbury v. Madison*, ma anche in genere sulla dottrina del giudice Marshall la bibliografia è amplissima, a titolo meramente esemplificativo nella letteratura straniera Edward Samuel Corwin, *The «Higher law». Background of American Constitutional law*, in *Harvard Law Review*, n. 42, 1928-1929, pp. 149-185 e 365-409; William Winslow Crosskey, *John Marshall and the Constitution*, in *The University of Chicago Law Review*, n. 23, 1956, pp. 377-397; Élisabeth Zoller (a cura di), *Marbury v. Madison 1803-2003. Un dialogue franco-américain. A french-american dialogue*, Dalloz, Parigi, 2003; Mark Tushnet (a cura di), *Arguing Marbury v. Madison*, Stanford University Press, Stanford, 2005; nonché in Italia, oltre al classico Mario Einaudi, *Le origini dottrinali e storiche del controllo giudiziario sulla costituzionalità delle leggi negli Stati Uniti d'America*, Istituto giuridico della R. Università, Torino, 1931, pp. 44-53; più di recente Benedetta Barbisan, *Nascita di un mito, Washington, 24 febbraio 1803: Marbury v. Madison e le origini della giustizia costituzionale negli Stati Uniti*, Il Mulino, Bologna, 2008. Sulle fonti e le idee che potrebbero aver inciso sulla decisione del giudice Marshall v. Mark A. Graber e Michael Perhac (a cura di), *Marbury versus Madison. Documents and commentary*, CQ Press, Washington D. C., 2002; Leonard Baker, *John Marshall. A life in Law*, Macmillan publishing, New York-Londra, 1974.

La differenza di fondo che, però, esiste tra le teorie di Marshall e il progetto pagano risiede nel fatto che per il primo si pone soltanto il problema dell'affermazione, in linea di principio, della supremazia costituzionale e del controllo sugli atti legislativi diretto a garantirla; per il secondo si pone un vero e proprio problema di ingegneria costituzionale: sullo sfondo vi è la supremazia della costituzione ma, in prospettiva diversa, occorre dar vita all'organo deputato a garantire la coerenza dell'ordinamento ad essa. Questa è la grande dicotomia che sempre caratterizzerà la differenza tra sistema americano ed europeo di giustizia costituzionale.

¹¹ Seppur il progetto di Pagano sia di qualche anno successivo ad altri (in particolare a quello del Sieyès del 1795) il fondamento da cui trae origine, come vedremo, è molto più vecchio e si ritrova nei Saggi politici dell'Autore lucano.

l'esigenza di istituire un organo – con tutte le opportune garanzie – chiamato ad esercitare il controllo diretto ad assicurare la supremazia costituzionale.

Il primo aspetto ha radici storiche sicuramente più profonde¹² ma, ciò che segna il passaggio ad un'idea moderna di controllo di costituzionalità è la “progettazione” di organi ed istituti specificamente volti a tale funzione.

L'Eforato nel progetto di Mario Pagano ha proprio tale funzione «custodire la costituzione e difendere la libertà contro ogni abuso dei poteri dello Stato»¹³, e rispetto ad esso vanno rinvenuti possibili “antecedenti” non tanto sotto l'aspetto ideologico ma soprattutto della concreta ingegneria costituzionale.

L'idea del controllo di costituzionalità è strettamente connessa a quella di costituzione; sarà, quindi, soltanto a partire dalla seconda metà del '700, con la nascita delle prime costituzioni intese nel senso moderno del termine¹⁴, che si svilupperà in modo compiuto anche l'esigenza di garantirne la supremazia rispetto a tutti gli altri atti del legislatore e di assicurare l'equilibrato esercizio delle funzioni connesse ai poteri degli organi costituzionali¹⁵. A tale esigenza

¹² Oltre al noto e già citato caso *Marbury v. Madison* del 1803 nella storia del controllo di costituzionalità si segnala con frequenza anche il caso *Bonham* deciso dal giudice Coke nel 1610 ove si stabilisce che «quando una legge del Parlamento contrasti con la comune giustizia e ragione o sia ripugnante e inattuabile è possibile appunto contestarne la legittimità sulla base del diritto comune e, se del caso, dichiararla nulla». Sul punto nella dottrina anglo-americana Theodore Frank Thomas Plucknett, *Bonham case and Judicial review*, in *Harvard Law Review*, n. 40, 1926-1927, pp. 30-70. Si veda, inoltre, il classico Mauro Cappelletti, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Giuffrè, Milano, 1968, pp. 42-44. Frequenti richiami a tale caso sono fatti anche nella recente manualistica italiana, in particolare Lucio Pegoraro, *Giustizia costituzionale comparata*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 12-14; Augusto Cerri, *Corso di giustizia costituzionale, op. cit.*, pp. 7-8.

¹³ Carlo Ghisalberti, *Le Costituzioni “giacobine” (1796-1799)*, op. cit., p. 257.

¹⁴ Gli ordinamenti giuridici di Antico regime non intendevano la costituzione nel senso moderno del termine. Essa non era un testo normativo scritto e a carattere sistematico con valore preminente rispetto agli altri. Essa era espressione della cristallizzazione dei rapporti di forza tra i poteri costituzionali, sempre suscettibile di mutamento al variare di detti rapporti. Solo con il periodo delle rivoluzioni americana e francese la costituzione diviene «norma costitutiva e regolatrice della vita politica, operante in una propria sfera obiettiva, indipendentemente dai rapporti di forza tra i soggetti costituzionali». La costituzione diventa autonoma dagli scontri di potere contingenti in quanto espressione di regole fondamentali basate su un «generale e convergente riconoscimento da parte di tutte le forze costituzionali». Cfr. Gustavo Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2008, pp. 322-325; Gustavo Zagrebelsky e Valeria Marcenò, *Giustizia costituzionale, op. cit.*, pp. 24-26.

¹⁵ Sul punto v. Mario Battaglini, *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi, op. cit.*, pp. 3-4. Prima di allora non si può parlare di un controllo di costituzionalità nel senso proprio del termine. Nella Grecia antica già esistevano sistemi di controllo: a Sparta al Corpo degli Efori, oltre ad altre funzioni, era attribuito il compito di vigilare sul rispetto delle leggi della città da parte di tutti i cittadini (compresi i Re); ad Atene era possibile impugnare una norma sia per vizi del procedimento sia per motivi di merito innanzi all'*Eliea* e successivamente si ebbe l'istituzione della magistratura dei «Custodi della legge» con la funzione di garantire la difesa della “legge superiore” (*nòmos*) opponendosi a tutte le deliberazioni (*psefismata*) che fossero apparse pericolose per la stessa. Tuttavia, non si può ritenere che nel mondo greco esistesse un vero e proprio controllo di costituzionalità, in quanto la sanzione non era diretta contro la norma illegale ma contro il singolo proponente per attività contraria al “*nòmos*”; né d'altra parte esisteva un controllo di costituzionalità nel mondo romano ove i Tribuni della plebe avevano funzioni del tutto diverse. Sul “controllo di costituzionalità” nel mondo greco si vedano anche Mauro Cappelletti, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto*

però si farà fronte seguendo due vie completamente diverse in Europa e negli Stati Uniti d'America¹⁶. Mentre oltre oceano si è scelto un modello di controllo diffuso che affida al giudice (e in ultima istanza alla Corte Suprema) il compito di controllare la legittimità costituzionale delle norme che è chiamato ad applicare; in Europa, invece, molti Stati nel corso degli anni hanno previsto a livello costituzionale l'introduzione di un apposito organo deputato al controllo di costituzionalità delle leggi ed in posizione di assoluta autonomia dal potere giudiziario¹⁷. L'Eforato del progetto del Pagano si inserisce proprio in questo solco e, con una genesi che conserva tutta la propria autonomia ideologica, giuridica e filosofica, rimanda a quelle esperienze che, prima di esso, miravano alla introduzione di un organo con funzioni di "garanzia della costituzione". A tale riguardo è molto probabile che Pagano abbia avuto modo di guardare a due diverse esperienze: da una parte, quella degli Stati della nuova nazione americana; dall'altra, la più vicina esperienza francese rivoluzionaria.

Che Pagano avesse in grande considerazione le vicende costituzionali degli Stati americani emerge, d'altra parte, dal Rapporto introduttivo alla Costituzione della Repubblica ove il Pagano afferma che «Gran passi aveva già dati l'America, in questa, diremo, nuova scienza, formando le costituzioni dei suoi liberi Stati»¹⁸; ma addirittura maggiore pare l'interesse per l'esperienza d'oltralpe in quanto «novellamente la Francia, che ha contestato straordinario amore di libertà con prodigi di valore, ha dato fuori altresì una delle migliori costituzioni che si sieno prodotte finora»¹⁹.

comparato, op. cit., p. 32; Edoardo Fregoso, *Controllare la legge, Costituzioni e prassi tra XVIII e XIX secolo*, CEDAM, Padova, 2008, pp. 40-42.

Il mondo medievale nemmeno conosceva istituti affini ai nostri sistemi di controllo di costituzionalità della leggi (salvo lontane assonanze con l'istituto degli Avogadori della Repubblica veneziana) e ciò nonostante l'idea della limitazione del potere del sovrano di fronte al diritto naturale trovasse già affermazione in tale epoca. Su tali aspetti, per un maggiore approfondimento v. sempre Mario Battaglini, *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi, op. cit.*, pp. 4-27. Sulla nascita dei presupposti giuridico-formali della giustizia costituzionale v. Gustavo Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia, op. cit.*, pp. 325-326.

¹⁶ Gustavo Zagrebelsky e Valeria Marcenò, *Giustizia costituzionale, op. cit.*, pp. 28-39.

¹⁷ Sulle differenze tra il sistema di controlli americano ed europeo si veda Alec Stone Sweet, *Why Europe rejected american judicial review. And why it may not matter*, in *Michigan Law Review*, Agosto 2003, pp. 2744-2780; nonché Wolfgang Hoffmann-Riem, *Two hundred years of Marbury v. Madison: the struggle for judicial review of constitutional questions in the United States and Europe*, in *German Law Journal*, vol. 5, n. 6, 2004, pp. 685-701. Sui profili storici dei distinti modelli del controllo di costituzionalità è sempre attuale la lettura del classico Mauro Cappelletti, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato, op. cit., passim*. È interessante osservare la riproposizione fatta dalla dottrina americana del rapporto tra supremazia della legge e controllo diffuso in Europa mettendo a confronto la decisione del caso *Marbury v. Madison* e la decisione della Corte di Giustizia Europea nel noto caso *Costa v. Enel* ove si afferma la supremazia del diritto comunitario sul diritto degli stati membri; v. Markus G. Puder, *Supremacy of the law and judicial review in the European Union: celebrating Marbury v. Madison with Costa v. Enel*, in *George Washington International Law Review*, 2004, pp. 567-585.

¹⁸ *Rapporto del Comitato di legislazione al Governo provvisorio*, ora in Mario Ascheri, *Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 25. Sul punto v. altresì John Robertson, *Enlightenment and revolution: Naples 1799*, in *Transactions of the Royal Historical Society*, vol. 10, 2000, p. 42.

¹⁹ *Rapporto del Comitato di legislazione al Governo provvisorio, op. cit., ibidem*.

2.1. Segue: dal controllo di costituzionalità degli atti normativi nelle costituzioni coloniali nordamericane al *judicial review*.

In America la garanzia della supremazia della costituzione aveva basi molto solide se James Otis, già nel 1761, aveva avuto modo di affermare che «una legge contro la costituzione è nulla; una legge contro l'equità naturale è nulla [...] Le corti esecutive non dovranno applicarla»²⁰, e Alexander Hamilton sosteneva nel Federalist Paper n. 78 che «una costituzione è, infatti, e deve essere considerata dai giudici come una legge fondamentale. Appartiene, quindi, a loro di conoscere il suo significato così come il significato di qualsiasi atto particolare del corpo legislativo. Se vi dovesse essere un insanabile contrasto tra i due, quello che ha il rango e la validità maggiore dovrebbe, naturalmente, essere preferito, o, in altre parole, la costituzione dovrebbe essere preferita allo statuto [atto del legislatore], l'intenzione del popolo a quella dei suoi rappresentanti»²¹.

Tali premesse troveranno la loro naturale evoluzione nella decisione del giudice Marshall del 1803 nel caso *Marbury v. Madison* e nel sistema di *Judicial review* in essa teorizzato²², ma già prima di questa avevano avuto una prima risposta nelle costituzioni dei nuovi Stati americani ove si tentò, con alterne

²⁰ Tale concezione troverebbe fondamento nel pensiero di Locke sui diritti naturali; infatti se il potere legislativo è il supremo potere della Repubblica, lo stesso incontra l'espresso limite delle leggi della natura che sarebbero «l'espressione della volontà di Dio». Cfr. Mario Einaudi, *Le origini dottrinali e storiche del controllo giudiziario sulla costituzionalità delle leggi negli Stati Uniti d'America*, op. cit., pp. 19-20.

²¹ E ancora Hamilton continuava «where the will of the legislature, declared in its statutes, stands in opposition to that of the people, declared in the Constitution, the judges ought to be governed by the latter rather than the former. They ought to regulate their decision by the fundamental laws, rather than by those which are not fundamental». I *Federalist Papers* sono del 1788 ora in Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, *The Federalist Papers*, New American Library, New York, 1961, pp. 465-471.

²² In realtà, come è stato correttamente osservato, la sentenza del caso *Marbury v. Madison* non ha una portata innovativa ma piuttosto ricognitiva di precedenti decisioni che, seppur con minore chiarezza, erano state adottate a livello statale e federale negli anni successivi all'indipendenza statunitense e avevano affermato la nullità di provvedimenti legislativi statali o federali per violazione di disposizioni costituzionali, disapplicandole nel caso sottoposto a giudizio. In via meramente esemplificativa si possono ricordare: il caso *Holmes v. Walton* del 1780, deciso dalla Corte Suprema del New Jersey; il caso *Commonwealth v. Caton* del 1782, deciso dalla *Court of Appeals* della Virginia; il caso *Rutgers v. Waddington* del 1784, deciso dalla *Mayor's Court* dello Stato di New York; il caso *Trevett v. Weeden* del 1786, deciso dalla *Superior Court* di Newport (Rhode Island); i c.d. *Ten pound Act cases* decisi nel 1786 dalle *Inferior Courts* del New Hampshire; il caso *Bayard v. Singleton* del 1786, deciso dalla *Superior Court* della North Carolina; il caso *Kemper v. Howkins* del 1792, deciso dalla *General Court* della Virginia; il caso *Hayburn's* del 1792, deciso dalla Corte Suprema federale; il caso *VanHorne's Lessee v. Dorrance* del 1795, deciso dalla *Circuit Court* federale della Pennsylvania; il caso *Ware v. Hylton* del 1796, deciso dalla Corte Suprema federale; il caso *Calder v. Bull* del 1798, deciso dalla Corte Suprema federale. Per una dettagliata disamina dei casi sopra elencati si v. Gianluca Gentili, «*Sulla strada per Marbury*»: il costituzionalismo statale statunitense e gli antecedenti storici del controllo giurisdizionale di costituzionalità prima di *Marbury v. Madison*, in Francesco Bonini, Anna Ciammariconi, e Romano Orrù (a cura di), *La giustizia costituzionale in prospettiva storica: matrici, esperienze e modelli*, ESI, Napoli, 2012, pp. 21-46.

fortune, di seguire la diversa via di un organo accentrato di garanzia della costituzione.

La prima costituzione²³ degli Stati americani ad affrontare in modo compiuto il problema dell'introduzione di un apposito organo con funzioni di controllo di costituzionalità fu la Costituzione della Pennsylvania del 1776, che funse altresì da modello per le Costituzioni del Vermont e di New York entrambe del 1777²⁴.

Tale costituzione fu ispirata dal pensiero di Benjamin Franklin e pervasa dalle idee di Locke; essa si connotava per una netta prevalenza del potere legislativo. Per consentire la corretta osservanza dei principi della costituzione fu prevista l'istituzione di un «*Council of Censors*»²⁵. Tra le sue funzioni vi erano: la verifica della mancata violazione della costituzione in un dato periodo di tempo; il controllo e la risoluzione di eventuali conflitti sorti tra i poteri dello stato; il controllo del sistema tributario e il controllo sulla corretta esecuzione delle leggi. Oltre a ciò il Consiglio poteva convocare un'assemblea costituente per la modifica o l'integrazione della costituzione²⁶. La sanzione più rilevante che poteva essere comminata consisteva nella sola «proposta al potere legislativo di abrogare le leggi che sembrassero in contrasto con i principi della costituzione». Per le concrete funzioni, quindi, tale organo non può essere considerato un vero e proprio giudice costituzionale, tutt'al più può essere considerato un organo di iniziativa legislativa²⁷.

²³ "Tracce" del controllo di costituzionalità si possono trovare già prima nella costituzione del New Jersey del 1676, ove si prevedeva l'istituzione di un comitato di sette persone «oneste e rispettabili» con il compito di evitare alterazioni della costituzione, e nella Costituzione della Pennsylvania del 1681, contenente la proposta di nominare dodici cittadini «Conservators of Charter» per dichiarare nulle le leggi contrarie alla costituzione. Per approfondire v. Mario Battaglini, *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, op. cit., pp. 37-38; Mario Battaglini, *Mario Pagano e il progetto di Costituzione della Repubblica Napoletana*, op. cit., p. 193; Mario Einaudi, *Le origini dottrinali e storiche del controllo giudiziario sulla costituzionalità delle leggi negli Stati Uniti d'America*, op. cit., pp. 23-24.

²⁴ Mario Battaglini, *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, op. cit., *ibidem*.

²⁵ Il Consiglio era composto da due membri per ogni città o contea dello Stato, eletti ogni sette anni, il secondo martedì di ottobre a partire dal 1783, duravano in carica un solo anno e si riunivano in un'unica sessione il secondo lunedì del mese di novembre. Per tali indicazioni v. Mario Battaglini, *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, op. cit., p. 39; Mario Battaglini, *Mario Pagano e il progetto di Costituzione della Repubblica Napoletana*, op. cit., p. 194. Ulteriori indicazioni in Benedetta Barbisan, *Nascita di un mito, Washington, 24 febbraio 1803: Marbury v. Madison e le origini della giustizia costituzionale negli Stati Uniti*, op. cit., p. 131, nota 19. Per una disamina più approfondita v. Edoardo Fregoso, *Controllare la legge, Costituzioni e prassi tra XVIII e XIX secolo*, op. cit., pp. 145-181.

²⁶ Mario Battaglini, *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, op. cit., *ibidem*; Mario Battaglini, *Mario Pagano e il progetto di Costituzione della Repubblica Napoletana*, op. cit., p. 195.

²⁷ A ciò va aggiunto che l'organo non potette mai funzionare concretamente, sia per le concrete funzioni demandate sia per l'estrema rarefazione delle sessioni fissate dalla costituzione. Ciononostante fu tenuto presente durante la discussione sul progetto di Sieyès nel 1795. Si veda Mario Battaglini, *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, op. cit., p. 40. In realtà Edoardo Fregoso, *Controllare la legge, Costituzioni e prassi tra XVIII e XIX secolo*, op. cit., p. 153, sembra smentire questo dato sulla base di elementi storici secondo i quali il *Council* avrebbe funzionato almeno in una circostanza nel 1783-1784.

L'esperienza della Pennsylvania assume particolare rilievo non solo perché fu la prima nelle costituzioni dei nuovi Stati americani ma soprattutto perché identificata da diversi studiosi²⁸ come l'antecedente più prossimo all'Eforato del Pagano. Sicuramente il *Council* era un organo totalmente indipendente e non riconducibile a nessuna delle tre funzioni classiche dello stato²⁹ e, senza ombra di dubbio, alcune delle sue funzioni sembrano essere pedissequamente riprese da Pagano, tuttavia – oltre ad alcune competenze diverse – il tratto essenziale di distinzione va individuato, si ribadisce, nell'assenza di un vero e proprio potere di annullamento degli atti incostituzionali che non consente di assimilare tale organo ad una corte costituzionale.

Sullo schema della Costituzione della Pennsylvania anche la Costituzione del Vermont del 1777 aveva previsto l'introduzione di un apposito organo, il «Consiglio dei Censori»³⁰. Nonostante le ristrettezze temporali quest'organo ebbe un funzionamento notevole, ma limitato a pareri forniti al legislatore per la soluzione di questioni rilevanti per la legittimità costituzionale delle leggi comuni o proposte di riforma della costituzione che ne escludono la natura di organo di giurisdizione costituzionale in senso proprio³¹. Considerazioni non molto diverse possono essere fatte per il «Consiglio di revisione»³² previsto dalla Costituzione dello stato di New York del 1777. Questo non può essere considerato una vera corte costituzionale in quanto si limita ad effettuare un controllo preventivo sui progetti di legge che, se reputati incostituzionali, potevano essere rinviati alle camere con le opportune osservazioni e potevano essere approvati nella loro forma originaria soltanto con una maggioranza di due terzi³³.

I dibattiti tenutisi alla Convenzione di Philadelphia del 1787 non condussero all'introduzione nella Costituzione federale di un espresso meccanismo di controllo sulle leggi. L'art. III che assegna specifiche funzioni di giurisdizione alla Corte Suprema e alle Corti federali inferiori, non fa alcuna

²⁸ Edoardo Fregoso, *Controllare la legge, Costituzioni e prassi tra XVIII e XIX secolo*, op. cit., p. 308; Dario Ippolito, *Mario Pagano, Il pensiero giuspolitico di un illuminista*, op. cit., p. 310; Dario Ippolito, *Progetti costituzionali: Francesco Mario Pagano*, op. cit., p. 262.

²⁹ Edoardo Fregoso, *Controllare la legge, Costituzioni e prassi tra XVIII e XIX secolo*, op. cit., p. 149.

³⁰ Anche questo eletto ogni sette anni nell'ultimo mercoledì di marzo e composto da tredici membri che si riunivano in sessione una sola volta il primo mercoledì di giugno. Mario Battaglini, *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, op. cit., p. 41; Benedetta Barbisan, *Nascita di un mito, Washington, 24 febbraio 1803: Marbury v. Madison e le origini della giustizia costituzionale negli Stati Uniti*, op. cit., p. 131, nota 20; Edoardo Fregoso, *Controllare la legge, Costituzioni e prassi tra XVIII e XIX secolo*, op. cit., pp. 183-206.

³¹ Mario Battaglini, *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, op. cit., *ibidem*.

³² Esso era composto dal Governatore in carica, dal Cancelliere e dai giudici della Corte Suprema o da due di questi e dal Governatore. Mario Battaglini, *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, op. cit., p. 42; Benedetta Barbisan, *Nascita di un mito, Washington, 24 febbraio 1803: Marbury v. Madison e le origini della giustizia costituzionale negli Stati Uniti*, op. cit., p. 132, nota 21; Edoardo Fregoso, *Controllare la legge, Costituzioni e prassi tra XVIII e XIX secolo*, op. cit., pp. 209-232.

³³ Mario Battaglini, *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, op. cit., p. 43.

menzione del potere che esse possono esercitare nei confronti di leggi in contrasto con la costituzione³⁴.

Questo non significa, però, che nel corso dei lavori non si fosse posto il problema del controllo di costituzionalità delle leggi e degli organi più adeguati a svolgere tale compito. Il documento di maggiore rilievo al quale occorre rimandare è il c.d. *Virginia Plan*³⁵. Tale proposta prevedeva un duplice sistema di controlli a seconda che si trattasse di atti legislativi dei singoli Stati o di atti legislativi dell'Assemblea nazionale. Nel primo caso il controllo sarebbe spettato all'Assemblea; nel secondo, invece, era prevista l'istituzione di un apposito *Council of revision* composto sia da membri del potere esecutivo che da rappresentanti del potere giudiziario. Tale ultimo organo avrebbe avuto la duplice funzione di porre un veto sulla legislazione federale e, in via preventiva, fornire pareri sull'adozione di leggi statali³⁶.

Nessuno dei due possibili sistemi di controllo troverà concreta realizzazione per diverse ragioni. Il controllo dell'Assemblea sulle leggi degli Stati fu fortemente osteggiato da parte di questi ultimi; inoltre, si ponevano diversi problemi di ordine pratico: da una parte, era difficile l'effettiva conoscenza delle leggi di ogni Stato; dall'altro, non era immediatamente percepibile se il voto posto fosse sospensivo dell'efficacia della legge o l'entrata in vigore di quest'ultima fosse subordinata all'esito positivo del vaglio dell'Assemblea³⁷. Prevalse in tal caso il principio della supremazia della costituzione rispetto ad ogni altra fonte che doveva essere garantito dal giudice.

L'introduzione di un apposito «Consiglio di revisione» si imbatté nell'acceso dibattito sulla sua composizione³⁸. In primo luogo appariva incongrua la scelta di affidare unitamente al potere esecutivo e a quello giudiziario il controllo sulle leggi, ciò avrebbe determinato una ibrida commistione dei poteri³⁹; ma soprattutto si temeva che i giudici potessero, attraverso il controllo sulle leggi, essere parziali: mentre per alcuni delegati la

³⁴ Benedetta Barbisan, *Nascita di un mito, Washington, 24 febbraio 1803: Marbury v. Madison e le origini della giustizia costituzionale negli Stati Uniti*, op. cit., p. 125.

³⁵ Presentato alla Convenzione il 29 maggio 1787 può essere definito come «l'insieme di idee e proposte che i delegati di quello stato avevano predisposto per la Costituzione federale»; Benedetta Barbisan, *Nascita di un mito, Washington, 24 febbraio 1803: Marbury v. Madison e le origini della giustizia costituzionale negli Stati Uniti*, op. cit., p. 130. Nella letteratura straniera sul *Virginia Plan* si v. Paul A. Rahe, *Background to Marbury v. Madison: The debate concerning judicial review at the federal convention and during the ratification period*, in Élisabeth Zoller (a cura di), *Marbury v. Madison 1803-2003. Un dialogue franco-américain. A french-american dialogue*, op. cit., pp. 19-36.

³⁶ Benedetta Barbisan, *Nascita di un mito, Washington, 24 febbraio 1803: Marbury v. Madison e le origini della giustizia costituzionale negli Stati Uniti*, op. cit., *ibidem*; Mario Battaglini, *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, op. cit., p. 44.

³⁷ Si rimanda alle osservazioni di Gunning Bedford e George Mason, indicate da Benedetta Barbisan, *Nascita di un mito, Washington, 24 febbraio 1803: Marbury v. Madison e le origini della giustizia costituzionale negli Stati Uniti*, op. cit., pp. 126-127, note 3 e 4.

³⁸ Le posizioni dei diversi delegati sono indicate con adeguata precisione in Mario Einaudi, *Le origini dottrinali e storiche del controllo giudiziario sulla costituzionalità delle leggi negli Stati Uniti d'America*, op. cit., pp. 34-43.

³⁹ Mario Battaglini, *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, op. cit., p. 45.

soluzione era nell'introduzione di un «Consiglio di revisione»⁴⁰, per la maggioranza si correva il rischio di una commistione di funzioni in capo al giudiziario chiamato, da una parte, a censurare le leggi prima della loro entrata in vigore e, dall'altra, ad applicarle una volta divenute efficaci⁴¹, per cui componenti dello stesso non potevano costituire parte del «Consiglio».

Tutte le proposte dirette ad introdurre un autonomo organo di controllo vennero, quindi, respinte, ma da ciò non scaturì una netta presa di posizione sul controllo della legge federale⁴². Era però chiara la preferenza per un controllo giudiziario diffuso sulle leggi⁴³ e la strada poteva ritenersi aperta alla soluzione giunta dopo qualche anno con il caso *Marbury v. Madison*: in questo sistema i giudici non saranno soltanto gli interpreti della costituzione ma avranno anche il potere di dichiarare la nullità, disponendone la disapplicazione, di quegli atti legislativi che fossero contrari alla costituzione⁴⁴.

2.2. Segue: l'impossibile controllo di costituzionalità nella Francia rivoluzionaria.

Come già si era anticipato, Pagano per il suo progetto di costituzione poté guardare non solo ai modelli americani ma anche ai più vicini modelli francesi⁴⁵, i quali, a loro volta, inevitabilmente presentavano punti di contatto con l'esperienza americana per i frequenti scambi di opinioni e di idee intercorrenti tra gli intellettuali delle due sponde dell'Atlantico⁴⁶. Sono noti gli scambi di vedute tra Thomas Paine e l'abate Sieyès – che, tra l'altro, l'Autore americano cita in più punti del suo “*Teoria e pratica dei diritti dell'uomo*” – sulla forma di governo, nonché l'influenza avuta dallo stesso Paine su Condorcet e sul suo

⁴⁰ In particolare si vedano le opinioni dei delegati Madison e Wilson.

⁴¹ Benedetta Barbisan, *Nascita di un mito, Washington, 24 febbraio 1803: Marbury v. Madison e le origini della giustizia costituzionale negli Stati Uniti*, op. cit., p. 132. Si riteneva in sostanza che i giudici dovessero essere liberi di interpretare la legge senza il peso rappresentato dall'aver partecipato alla sua formazione. Mario Einaudi, *Le origini dottrinali e storiche del controllo giudiziario sulla costituzionalità delle leggi negli Stati Uniti d'America*, op. cit., pp. 34.

⁴² Benedetta Barbisan, *Nascita di un mito, Washington, 24 febbraio 1803: Marbury v. Madison e le origini della giustizia costituzionale negli Stati Uniti*, op. cit., p. 130.

⁴³ Ciò che veniva respinto era, infatti, la commistione tra potere esecutivo e potere giudiziario nell'esercitare un controllo preventivo sulla legittimità delle leggi, ma non la possibilità per il potere giudiziario di considerare, nell'esercizio delle proprie funzioni e in via successiva, nulla una legge contrastante con la costituzione. Mario Einaudi, *Le origini dottrinali e storiche del controllo giudiziario sulla costituzionalità delle leggi negli Stati Uniti d'America*, op. cit., p. 37.

⁴⁴ Gianluca Gentili, “*Sulla strada per Marbury*”: *il costituzionalismo statale statunitense e gli antecedenti storici del controllo giurisdizionale di costituzionalità prima di Marbury v. Madison*, op. cit., p. 27.

⁴⁵ Sull'influenza che la cultura politica francese ebbe sugli intellettuali italiani v. Carlo Ghisalberti, *Le Costituzioni “giacobine” (1796-1799)*, op. cit., pp. 47-50.

⁴⁶ Sulla possibile influenza dei modelli americani anche nel periodo “giacobino” in Italia v. Fernanda Mazzanti Pepe, *La circolazione di culture costituzionali estere nel triennio “giacobino” in Italia*, in *Historia Constitucional* (revista electrónica), n. 7, 2006, pp. 305-312.

progetto presentato alla Convenzione nel 1793⁴⁷. Inoltre, numerosi testi del costituzionalismo americano furono tradotti e si diffusero in Francia alla fine del '700⁴⁸. Anche nella Francia rivoluzionaria, quindi, si era posto il problema di garantire il controllo di costituzionalità⁴⁹, ma, a differenza degli Stati Uniti, nonostante il cospicuo numero di progetti presentati, non si giunse ad una soluzione soddisfacente⁵⁰, nemmeno alle soglie del periodo napoleonico⁵¹.

Spesso si è trattato di semplici bozze o idee di controllo di costituzionalità, con una strutturazione approssimativa degli organi e dei loro poteri, con la

⁴⁷ Alfred Owen Aldridge, *Condorcet et Paine. Leurs rapports intellectuels*, in *Revue de littérature comparée*, n. 32, 1958, pp. 47-65; Ruth Scurr, *Pierre-Louis Roederer and the debate on forms of governments in Revolutionary France*, in *Political Studies*, vol. 52, 2004, pp. 251-268.

⁴⁸ Non solo le opere di importanti Autori, quali il già citato Paine e di John Adams, ma anche le costituzioni dei principali Stati e la Costituzione federale e, soprattutto, i saggi del *Federalist*. Marco Fioravanti, *Supremazia della Costituzione e democrazia. Le origini della giustizia costituzionale nella Francia rivoluzionaria*, in Francesco Bonini, Anna Ciammariconi, e Romano Orrù (a cura di), *La giustizia costituzionale in prospettiva storica: matrici, esperienze e modelli*, op. cit., p. 117. Sull'aspetto specifico del *Federalist* v. Antonino De Francesco, *Traduzioni e rivoluzione. La storia meravigliosa della prima versione in francese del Federalist (Paris, Buisson 1792)*, in *Rivista storica italiana*, CXXIII, n. 1, 2011, pp. 61-110.

⁴⁹ È stato osservato come una sorta di controllo di costituzionalità esistesse già nella Francia dell'*Ancien Regime*, ove i *Parlements* «avevano tentato di verificare la conformità degli atti del sovrano alle leggi fondamentali del regno»; così Marco Fioravanti, *Sindacato di costituzionalità della leggi e costituzione francese. Sieyès e il jury constitutionnaire*, in *Le carte e la storia*, n. 1, 2005, p. 175; ma, in questo senso, già Mauro Cappelletti, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, op. cit., p. 38. Per alcuni Autori addirittura «intorno alla procedura del giudizio di costituzionalità ruotano tutti i principali equilibri della società governata dalla monarchia assoluta», v. Francesco Di Donato, *Il giudizio di costituzionalità nella Francia d'Ancien Regime: una storia politica istituzionale. Parte prima. Fondamenti teorico-pratici*, in *Giornale di storia costituzionale*, n. 1, 2004, p. 190. Le leggi fondamentali erano sottratte alla potestà legislativa del sovrano e costituivano una sorta di diritto costituzionale consuetudinario che fungeva, pertanto, da limite alla sovranità del monarca; v. Marco Fioravanti, *Supremazia della Costituzione e democrazia. Le origini della giustizia costituzionale nella Francia rivoluzionaria*, op. cit., pp. 114-115. Erano i giuristi, attraverso la loro attività interpretativa esercitata tramite la funzione giurisdizionale, a costituire un efficace limite al potere del sovrano; sul punto diffusamente v. Francesco Di Donato, *La rinascita dello Stato. Dal conflitto magistratura-politica alla civilizzazione istituzionale europea*, Il Mulino, Bologna, 2010; tuttavia, i «Parlamenti» di Antico regime non potevano essere considerati organi terzi di giustizia costituzionale, essi fungevano piuttosto da «contrappeso aristocratico al potere Sovrano», v. Gustavo Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, op. cit., p. 325.

⁵⁰ Mario Battaglini, *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, op. cit., p. 47

⁵¹ Si allude al c.d. *Sénat conservateur*, introdotto con la Costituzione del 1799 con il compito di giudicare della costituzionalità degli atti denunciati dal Tribunato. In realtà tale organo ebbe un ruolo soltanto teorico poiché, non potendo agire d'ufficio, nessun atto del governo fu mai denunciato innanzi ad esso. Inoltre, la sua portata era fortemente limitata dall'art. 29 della stessa Costituzione che escludeva che la decisione del *Sénat* potesse imporre una qualsivoglia deliberazione da parte di alcuna autorità costituita. Per maggiori indicazioni v. Mario Battaglini, *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, op. cit., pp. 65-66; Francesca Rosa, *Il problema della garanzia della Costituzione in Francia dopo la rivoluzione. Dal Senato conservatore al Comitato costituzionale*, in Francesco Bonini, Anna Ciammariconi e Romano Orrù (a cura di), *La giustizia costituzionale in prospettiva storica: matrici, esperienze e modelli*, op. cit., pp. 135-162.

dovuta eccezione del progetto di Sieyès che appare il più completo e dettagliato⁵².

Prima di quest'ultimo e in ordine cronologico si possono ricordare: il progetto dell'abate Brun De La Combe che ravvisava la necessità di un organo in grado di controllare e riordinare gli organi che abbiano travalicato i poteri loro assegnati. A ben vedere, questo non può definirsi un progetto ma solo un'idea dell'Autore il quale auspicava l'introduzione di un organo con funzioni di controllo sui provvedimenti del potere esecutivo e del potere giudiziario, ma non del potere legislativo⁵³.

Il primo progetto in senso organico presentato ad un'assemblea è stato quello di René Guy Le Chapelier del 29 agosto 1791. Si proponevano l'introduzione di un organo, denominato «*Assemblée de revision*», che avrebbe dovuto svolgere una duplice funzione: da una parte, decidere sulle richieste di riforma della costituzione⁵⁴; dall'altra, controllare il rispetto dei limiti imposti al potere degli organi dello stato e, se del caso, sanzionarne gli eccessi⁵⁵.

Tali istanze non vennero, però, recepite nella prima Costituzione pre-repubblicana del 3 settembre 1791 la quale non presterà alcuna attenzione al tema degli istituti di garanzia e di controllo⁵⁶.

Nel successivo dibattito per l'approvazione dell'*Acte constitutionnel* (la c.d. Costituzione dell'anno I del 1793, che non trovò mai concreta applicazione) il primo progetto di rilievo fu quello presentato da Condorcet il 15 e 16 febbraio 1793 ed espressione della corrente girondina⁵⁷. Si proponeva l'introduzione di una «*Censure du peuple*» con la funzione di esercitare, attraverso le Assemblee primarie, un controllo del popolo sull'attività legislativa. Poteva formare oggetto di controllo qualsiasi atto legislativo contrario alla costituzione

⁵² Sulle vicende politico costituzionali della Francia rivoluzionaria si può vedere Armando Saitta, *Le costituzioni francesi nel periodo rivoluzionario*, Sansoni, Firenze, 1946, *passim*.

⁵³ A quest'organo Brun De La Combe dava il nome di «*Sénat*» e sarebbe stato composto da membri scelti dal potere legislativo. L'esigenza di introdurre un tale organo nasceva per il suo Autore dalla polemica con Sieyès sulla forza illimitata del potere costituente, da questi teorizzata nel saggio sul terzo stato, a cui si ravvisava di contrapporre un potere moderatore in grado di sanzionare gli abusi contro la costituzione commessi dall'autorità. Per ulteriori dettagli v. Mario Battaglini, *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, *op. cit.*, p. 48; Mario Battaglini, *Mario Pagano e il progetto di Costituzione della Repubblica Napoletana*, *op. cit.*, p. 197; Paul Bastid, *Sieyès et sa pensée*, Hachette, Parigi, 1939, p. 418.

⁵⁴ Il problema della revisione costituzionale si poneva anche nel progetto di Petion de Villeneuve presentato nella stessa data.

⁵⁵ L'Assemblea sarebbe stata composta da 249 membri eletti dai singoli dipartimenti che avrebbero dovuto riunirsi a lunga distanza di tempo. Il timore di dare un potere eccessivo a quest'organo si rispecchia nella "famosità" del progetto. Per ulteriori indicazioni v. Mario Battaglini, *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, *op. cit.*, p. 49.

⁵⁶ Marco Fioravanti, *Supremazia della Costituzione e democrazia. Le origini della giustizia costituzionale nella Francia rivoluzionaria*, *op. cit.*, p. 118.

⁵⁷ Si tratta, come è stato osservato, del progetto che più si avvicina ai modelli americani, soprattutto nell'ottica di evitare il rischio di una "tirannia democratica" basata su un'assoluta delegazione della sovranità popolare in capo ai rappresentanti. Il problema è, quindi, quello di garantire il rispetto della sovranità della nazione attraverso forme di controllo e di partecipazione al potere. Cfr. Fernanda Mazzanti Pepe, *La circolazione di culture costituzionali estere nel triennio "giacobino" in Italia*, *op. cit.*, p. 309.

su richiesta sottoscritta da almeno cinquanta cittadini⁵⁸. Il progetto poi non venne accolto per la forte opposizione che incontrò in Convenzione.

Così come il progetto di Condorcet fu espressione della corrente girondina, il successivo progetto presentato da Héroult-Séchelles il 10 giugno 1793 fu espressione della corrente montagnarda. Si voleva introdurre un «*Grand Jury National*» per garantire i cittadini contro tutte le oppressioni⁵⁹. Questo poteva essere considerato un vero organo giurisdizionale che però aveva soltanto la funzione di deliberare la questione e, se la riteneva fondata, rinviava i responsabili innanzi ai tribunali ordinari. Il suo sindacato poteva estendersi sia agli atti del potere legislativo, sia a quelli del potere esecutivo, qualora fosse stato promosso ricorso da qualsiasi cittadino oppresso da un atto particolare⁶⁰.

Va segnalato ancora il progetto di Armand Guy Kersaint che prevedeva l'istituzione di un «*Tribunal des Censeurs*» chiamato ad esercitare un duplice controllo preventivo sugli atti con forza di legge: un controllo formale sul rispetto dei regolamenti durante le deliberazioni dell'Assemblea nazionale e un controllo sostanziale sulla rispondenza dei decreti del legislatore ai principi della costituzione⁶¹. Tale *Tribunal* non poteva comunque dichiarare la nullità dell'atto in quanto, se il legislatore insisteva nella sua deliberazione, la legge doveva essere eseguita⁶².

Nel complicato progetto di Rouzet del febbraio 1793 era previsto un organo composto da 85 membri a cui il proponente dava il nome di Efori. Anche in questo caso si trattava di un organo che effettuava un controllo preventivo

⁵⁸ I meccanismi di accesso erano, comunque, estremamente farraginosi. La richiesta popolare era sottoposta all'approvazione dell'Assemblea primaria comunale; successivamente veniva sottoposta all'Assemblea primaria provinciale e solo in caso di esito positivo, passava all'esame del Corpo legislativo il quale nominava una commissione incaricata di predisporre un progetto di decreto da sottoporre al voto dell'Assemblea; se approvato il decreto veniva nuovamente sottoposto all'approvazione dell'Assemblea primaria comunale e, in caso di revoca dello stesso, si doveva procedere allo scioglimento del Corpo legislativo, con la sanzione della non rieleggibilità temporanea per coloro i quali avevano votato per l'approvazione del decreto. V. Mario Battaglini, *Mario Pagano e il progetto di Costituzione della Repubblica Napoletana*, op. cit., pp. 198-199.

⁵⁹ La sua funzione era quella di «ovviare alla inviolabilità dei deputati». Mario Battaglini, *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, op. cit., p. 54. Una soluzione del genere era, tra l'altro, gradita allo stesso Robespierre che, a dispetto dell'accentuato legicentrismo montagnardo, era favorevole all'introduzione di un guardiano delle leggi. Marco Fioravanti, *Supremazia della Costituzione e democrazia. Le origini della giustizia costituzionale nella Francia rivoluzionaria*, op. cit., p. 120.

⁶⁰ La violazione della costituzione in questo caso non poteva essere astratta ma doveva tradursi in una concreta lesione del diritto di un singolo. Questo progetto e, in un certo senso, anche il precedente sembrano proporre un modello di accesso diretto alla giustizia costituzionale come soltanto alcuni moderni ordinamenti prevedono. Per approfondire v. Mario Battaglini, *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, op. cit., *ibidem*.

⁶¹ Il giudizio positivo del Tribunale dei censori era condizione imprescindibile perché la legge potesse essere portata ad esecuzione. Mario Battaglini, *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, op. cit., p. 56.

⁶² L'approvazione definitiva poteva arrivare, però, solo con la riconferma della nuova legislatura. Mario Battaglini, *Mario Pagano e il progetto di Costituzione della Repubblica Napoletana*, op. cit., p. 200.

addirittura prima dell'approvazione dell'atto da parte dell'Assemblea. Era un organo intermedio tra il popolo e il Corpo legislativo⁶³.

Tutti questi progetti⁶⁴ non avrebbero potuto avere migliore sorte di quella che hanno avuto, considerata la loro astrattezza e vaghezza⁶⁵; pare difficile parlare per essi di controllo di costituzionalità nel senso moderno del termine vista l'assenza di qualsiasi potere di annullamento degli atti legislativi in capo all'organo di controllo, generalmente in posizione subordinata rispetto ai corpi legislativi, ai quali soltanto spettava la decisione finale sulla legge⁶⁶.

Discorso diverso, come si è detto, va fatto per il progetto presentato da Emmanuel Joseph Sieyès tra il 20 luglio 1795 e il 5 agosto 1795⁶⁷.

⁶³ Gli Efori ricevevano i risultati dei lavori del Corpo legislativo e li inviavano al «*Bureau de recensement*» presente in ogni cantone. Se quest'ultimo approvava il progetto questo diventava legge e gli Efori lo inviavano all'Aeropago per l'esecuzione; diversamente, gli Efori lo invieranno al Corpo legislativo affinché tenga conto delle osservazioni del «*Bureau de recensement*». Vedi Mario Battaglini, *Mario Pagano e il progetto di Costituzione della Repubblica Napoletana*, op. cit., p. 201.

⁶⁴ Ai quali, per completezza, va aggiunto quello dell'inglese David Williams che prevedeva un *Conseil constitutionnel* composto da ventuno membri. Mario Battaglini, *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, op. cit., p. 58. I testi dei progetti citati sono tutti contenuti nell'Appendice dell'opera ultima citata.

⁶⁵ Nessuno di essi verrà, infatti, recepito dalla c.d. Costituzione dell'anno I.

⁶⁶ Questa prevalenza delle assemblee legislative su ogni altro organo costituzionale è una chiara ispirazione alle idee di Rousseau che sembrano permeare tutti i progetti francesi visti finora. In tal senso Mario Battaglini, *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, op. cit., *ibidem*; Marco Fioravanti, *Sindacato di costituzionalità della leggi e costituzione francese. Sieyès e il jury constitutionnaire*, op. cit., p. 175, secondo cui «tutto il diritto pubblico francese, a partire dalla Rivoluzione, è caratterizzato dal rifiuto di dotarsi di istituti e procedure di controllo di costituzionalità della legislazione. La legge, intesa come espressione della *volonté générale*, prodotto di un'assemblea legislativa sovrana, era sottratta ad ogni obbligo di rispetto di norme superiori».

⁶⁷ La letteratura sul punto è vastissima, senza pretesa di esaustività si vedano: Yoeh Koung, *Théorie constitutionnelle de Sieyès*, Imprimeur Jouve, Parigi, 1934; Paul Bastid, *Sieyès et sa pensée*, op. cit.; Keith Michael Baker, *Sieyès*, in François Furet e Mona Ozouf (a cura di), *Dictionnaire critique de la révolution française*, Flammarion, Parigi, 1988, pp. 334-344; Michel Troper, *Sieyès et le jury constitutionnaire*, in Michel Ameller, Philippe Ardant e Jean-Claude Becane (a cura di), *Melanges en l'honneur de Pierre Avril. La République*, Montchrestien, Parigi, 2001, pp. 265-282; Andrei Tyrsenko, *L'ordre politique chez Sieyès en el an III*, in *Annales Historiques de la révolution française*, n. 319, 2000, pp. 27-45; Lucien Jaume, *Sieyès et le sens du jury constitutionnaire: une reinterprétation*, in *Droits*, n. 36, 2002, pp. 115-134; Id., *Sieyès et l'esprit du jury constitutionnaire: une reinterprétation*, in *Historia constitucional*, n. 3, 2002, pp. 171-192; Michel Troper, *La suprématie de la constitution et le jury constitutionnaire*, in Id., *Terminer la Révolution. La Constitution de 1795*, Fayard, Parigi, 2006, pp. 199-221; Marco Fioravanti, *Sieyès et le jury constitutionnaire: perspectives Historico-Juridiques*, in *Annales de la Révolution française*, n. 349, 2007, pp. 87-103; Marco Goldoni, *At the Origins of Constitutional Review: Sieyès Constitutional Jury and the Taming of Constituent Power*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2012, pp. 1-24; in lingua italiana si possono vedere Luca Scuccimarra, *La sciabola di Sieyès. Le giornate di brumaio e la genesi del regime bonapartista*, Il Mulino, Bologna, 2002; Marco Fioravanti, *Sindacato di costituzionalità della leggi e costituzione francese. Sieyès e il jury constitutionnaire*, op. cit., pp. 175-188; Marco Goldoni, *La natura del giurì costituzionale di Sieyès*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 2, 2010, pp. 291-317; Marco Fioravanti, *Supremazia della Costituzione e democrazia. Le origini della giustizia costituzionale nella Francia rivoluzionaria*, op. cit., pp. 111-133.

Fallito il tentativo di dare vita ad una nuova costituzione nel 1793 grande attenzione venne riservata all'apporto che le idee di Sieyès avrebbero potuto dare in prospettiva costituente⁶⁸.

L'esigenza di fondo di Sieyès era quella di porre fine, attraverso strumenti giuridici, alla rivoluzione⁶⁹ e il *Jury constitutionnaire* rappresentava proprio il mezzo che avrebbe consentito di salvaguardare la costituzione contro tutti gli attacchi che le fossero stati portati.

L'idea iniziale di Sieyès è molto simile a quella del giudice Marshall ossia, che la costituzione è una legge superiore e suprema⁷⁰, tuttavia, per dare concretezza a tale dato seguirà una via completamente diversa. Mentre Marshall opererà per una forma di controllo diffuso di costituzionalità affidando tale compito ai giudici comuni, per Sieyès non può essere certo la magistratura ordinaria a compiere tale controllo perché in tal caso si ridurrebbe la costituzione al rango di «*un titre du code civil*»⁷¹. Si pone, quindi, la necessità di istituire direttamente in costituzione un organo *ad hoc* che sia guardiano e conservatore della costituzione, con il potere di dichiarare nulli quegli atti contrari ad essa. Si trattava, ad opinione dei suoi contemporanei, di un'idea completamente nuova nel suo genere⁷². D'altra parte, l'istituzione di un *Jury constitutionnaire*⁷³ chiamato ad assumere la funzione indicata, si poneva in linea con quella che era l'idea di Sieyès sulla divisione tra potere costituente e poteri costituiti⁷⁴. Sieyès aveva in grande timore sia la totale unità che avrebbe

⁶⁸ Si preferì abbandonare definitivamente la Costituzione dell'anno I, e, quindi, la stessa necessità di darvi attuazione mediante leggi organiche, per un progetto costituzionale totalmente nuovo che confluirà nella c.d. Costituzione dell'anno III. Marco Fioravanti, *Supremazia della Costituzione e democrazia. Le origini della giustizia costituzionale nella Francia rivoluzionaria*, op. cit., pp. 121-122. A tale proposito Sieyès era «considerato in quel momento l'uomo che, solo, avrebbe potuto presentare un piano concreto». Così Mario Battaglini, *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, op. cit., p. 59.

⁶⁹ Marco Fioravanti, *Sindacato di costituzionalità della leggi e costituzione francese. Sieyès e il jury constitutionnaire*, op. cit., p. 175.

⁷⁰ Paul Bastid, *Sieyès et sa pensée*, op. cit., pp. 597-598. D'altra parte, per Sieyès la Costituzione o «è un corpo di leggi obbligatorie, oppure non è niente»; così nel discorso del 5 agosto 1795. V. Dario Ippolito, *Mario Pagano, Il pensiero giuspolitico di un illuminista*, op. cit., p. 309; Dario Ippolito, *Progetti costituzionali: Francesco Mario Pagano*, op. cit., p. 262.

⁷¹ Mario Battaglini, *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, op. cit., pp. 60-61, il quale richiama il discorso di Sieyès del 5 agosto 1795 riportato in *Appendice* allo stesso testo citato, pp. 186-191.

⁷² Konrad Egbert Oelsner, *Des opinions politiques du citoyen Sieyès, et de sa vie comme homme public*, Goujon, Parigi, 1799, pp. 241-242.

⁷³ Sulle possibili varianti terminologiche (jury o jurie) v. Marco Fioravanti, *Sindacato di costituzionalità della leggi e costituzione francese. Sieyès e il jury constitutionnaire*, op. cit., p. 185, nota 33; Paul Bastid, *Sieyès et sa pensée*, op. cit., p. 420.

⁷⁴ Se inizialmente (nel 1789) Sieyès aveva inteso il potere costituente come incondizionato e illimitato, nel 1795 lo limita proprio con il ricorso all'introduzione del *Jury*. Marco Fioravanti, *Sindacato di costituzionalità della leggi e costituzione francese. Sieyès e il jury constitutionnaire*, op. cit., p. 177; Andrei Tyrsenko, *L'ordre politique chez Sieyès en el an III*, op. cit., p. 9; Marco Fioravanti, *Supremazia della Costituzione e democrazia. Le origini della giustizia costituzionale nella Francia rivoluzionaria*, op. cit., p. 124.

generato dispotismo, sia la totale divisione che avrebbe generato anarchia⁷⁵, per cui l'unica soluzione era quella di un governo rappresentativo⁷⁶ ove il *Jury constitutionnaire* era «l'indispensabile coronamento di un edificio giuridico e politico che non conciliava più due soli principi, l'unità del potere e la sua rappresentanza, ma a questi aggiungeva la regolazione giudiziaria della rappresentanza»⁷⁷.

In questo contesto rappresentativo il *Jury constitutionnaire* si può considerare organo più politico che giurisdizionale⁷⁸ frutto di approfondita meditazione da parte del Sieyès⁷⁹. Esso sarebbe stato composto da 108 membri eletti inizialmente dalla Convenzione a scrutinio segreto per un terzo tra i membri dell'Assemblea nazionale, per un terzo tra i membri dell'Assemblea legislativa e per un terzo tra i membri della Convenzione. Tale corpo si sarebbe rinnovato annualmente per un terzo della sua complessiva composizione⁸⁰.

Tre funzioni venivano assegnate a tale corpo: il controllo sugli atti contrari alla costituzione; l'elaborazione di proposte di revisione della costituzione; il giudizio di equità naturale sulle decisioni degli altri giudici ordinari⁸¹.

⁷⁵ Così Sieyès nel discorso del 20 luglio 1795, in *Appendice* a Mario Battaglini, *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, op. cit., p. 186.

⁷⁶ Nelle idee di Sieyès dovevano essere istituite quattro assemblee: un Tribunato con funzioni propositive e propulsive delle leggi; un Governo con funzioni esecutive; un Legislatore con funzione di approvazione delle leggi e un *jury constitutionnaire*. Si vedano François Alphonse Aulard, *Historie politique de la révolution française*, Librairie Armand Colin, Parigi, 1901, p. 561; Mario Battaglini, *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, op. cit., p. 60; sull'idea di Sieyès sul sistema rappresentativo Andrei Tyrsenko, *L'ordre politique chez Sieyès en el an III*, op. cit., pp. 7-8; Marco Fioravanti, *Supremazia della Costituzione e democrazia. Le origini della giustizia costituzionale nella Francia rivoluzionaria*, op. cit., pp. 124-125.

⁷⁷ Sostanzialmente in questi termini si era espresso Marcel Gauchet, *La Révolution des pouvoirs. La souveraineté, le peuple et la représentation 1789-1799*, Gallimard, Parigi, 1995, p. 167. Sul punto si veda il richiamo in Marco Fioravanti, *Sindacato di costituzionalità della leggi e costituzione francese. Sieyès e il jury constitutionnaire*, op. cit., p. 185, nota 30.

⁷⁸ Marco Fioravanti, *Sindacato di costituzionalità della leggi e costituzione francese. Sieyès e il jury constitutionnaire*, op. cit., p. 177.

⁷⁹ D'altra parte la proposta più dettagliata di introdurre un *Jury constitutionnaire* si ebbe solo nel discorso del 5 agosto 1795; in quella del 20 luglio Sieyès si era limitato a sostenere la necessità di introdurre una generica «*jurie constitutionnaire*», con la funzione di preservare la costituzione dalle violazioni. Mario Battaglini, *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, op. cit., *ibidem*.

⁸⁰ Per indicazioni ulteriori v. Jörg Luther, *Idee e storie di giustizia costituzionale nell'ottocento*, Giappichelli, Torino, 1990, p. 39; Marco Goldoni, *La natura del giuri costituzionale di Sieyès*, op. cit., pp. 303-305. Occorre osservare che una profonda differenza tra tale istituzione e le moderne corti costituzionali risiede proprio nel carattere elettivo dei suoi componenti; ciò, d'altra parte, appare perfettamente conforme alle idee sulla rappresentanza Sieyès. Cfr. Marco Fioravanti, *Sindacato di costituzionalità della leggi e costituzione francese. Sieyès e il jury constitutionnaire*, op. cit., p. 178.

⁸¹ A favore di tale "funzionalizzazione" Sieyès si era espresso nel discorso del 5 agosto 1795, Mario Battaglini, *Appendice*, in *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, op. cit., p. 187. Per l'approfondimento su tutte e tre le funzioni indicate v. Marco Goldoni, *La natura del giuri costituzionale di Sieyès*, op. cit., pp. 292-303; nonché il classico Paul Bastid, *Sieyès et sa pensée*, op. cit., pp. 418-436.

Tralasciando l'ultima delle funzioni indicate⁸² in quanto spuria rispetto all'oggetto della presente indagine e, per di più, fortemente avversata in Convenzione, è opportuno dedicare maggiore attenzione alle altre due funzioni (ma soprattutto alla prima) in quanto le uniche che possono aver avuto un'influenza sul successivo progetto del Pagano.

Come prima funzione del *Jury* Sieyès assegna «*qu'il veille avec fidélité à la garde du dépôt constitutionnel*» ossia che esso operi «*comme tribunal de cassation dans l'ordre constitutionnel*»⁸³. Si tratta della funzione che maggiormente consente di avvicinare il *Jury* ad una corte costituzionale moderna. Il *Jury constitutionnaire* doveva pronunciarsi sulle violazioni e gli attacchi portati alla costituzione dagli atti del Consiglio degli Anziani, del Consiglio dei Cinquecento, delle Assemblee elettorali, delle Assemblee primarie, del Tribunale di Cassazione. Legittimati attivi erano il Consiglio degli Anziani contro gli atti del Consiglio dei Cinquecento e viceversa; le minoranze di ogni consiglio contro gli atti della maggioranza del relativo consiglio; le Assemblee primarie per le questioni elettorali e i singoli cittadini per violazioni dirette dei propri diritti. È esclusa la possibilità che il *Jury* agisca d'ufficio⁸⁴.

La particolarità dell'oggetto del giudizio del *Jury* sta nel fatto che esso non investe le leggi ma semplicemente gli "atti" che fanno parte della procedura legislativa e che non potrebbero assimilarsi a «leggi già perfezionate e pronte per essere pubblicate»⁸⁵. Da ciò deriverebbe quello che in dottrina è stato definito come «*incontestable désordre*»⁸⁶, perché, se come sanzione Sieyès aveva previsto che gli atti contrari alla costituzione fossero «*nuls et comme non avenues*», non si vede come possa applicarsi la sanzione della perdita retroattiva di ogni effetto per un atto che, non assumendo ancora i caratteri

⁸² In tal caso il *Jury* avrebbe funzionato come un tribunale di equità naturale, chiamato a sopperire alle carenze della legge vigente che i giudici dovevano applicare. Come è stato osservato, si tratta di una funzione contraddittoria rispetto al senso del controllo di costituzionalità. Se il controllo esercitato mira a garantire che la legge sia conforme alla costituzione positiva, essa dovrà essere parametro del giudizio e non il diritto naturale; diversamente la costituzione non potrebbe più essere considerata legge suprema nell'ordinamento. Cfr. Marco Fioravanti, *Sindacato di costituzionalità della leggi e costituzione francese. Sieyès e il jury constitutionnaire*, op. cit., p. 180.

⁸³ Così Sieyès nel discorso del 5 agosto 1795. Mario Battaglini, *Appendice*, in *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, op. cit., p. 187.

⁸⁴ Mario Battaglini, *Mario Pagano e il progetto di Costituzione della Repubblica Napoletana*, op. cit., p. 202; Mario Battaglini, *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, op. cit., p. 62, il quale riprende sostanzialmente il contenuto dell'art. VI del progetto di Sieyès del 14 agosto 1795. Per una più approfondita riflessione sui profili procedurali cfr. Jörg Luther, *Idee e storie di giustizia costituzionale nell'ottocento*, op. cit., pp. 40-44. Non si può non anticipare che l'accesso diretto dei cittadini al *Jury* e l'impossibilità per lo stesso di procedere d'ufficio rappresentano le differenze più evidenti nell'impostazione del progetto rispetto all'Eforato di Pagano.

⁸⁵ Così Marco Goldoni, *La natura del giuri costituzionale di Sieyès*, op. cit., pp. 294-296, il quale sostiene, quindi, che il controllo immaginato da Sieyès finisce per essere più un controllo di procedura che di contenuto e per di più ridotto ai pochissimi casi immaginabili nello schema costituzionale della Convenzione.

⁸⁶ In questi termini Paul Bastid, *Sieyès et sa pensée*, op. cit., p. 436; Michel Troper, *Sieyès et le jury constitutionnaire*, op. cit., p. 273.

della legge formale, nessun effetto giuridico ancora dispiega⁸⁷. Si tratta, comunque, di atti «irresponsabili» per i quali non è possibile ricorrere ai giudici comuni ma la sanzione dovrà essere data da un corpo specifico, ossia il *Jury*⁸⁸.

La seconda funzione non riguarda propriamente il controllo di costituzionalità⁸⁹ ma pone il *Jury* «*comme atelier de propositions pour les amendements que le temps pourrait exiger dans la constitution*» e, quindi, richiede che «*il s'occupe, à l'abri de passions funestes, de toutes les vues qui peuvent servir à perfectionner la constitution*»⁹⁰. Il *Jury constitutionnaire* in questo caso opererebbe come organo propulsivo della revisione costituzionale con il compito di garantire l'adeguamento della legge fondamentale alle evoluzioni della società. Per Sieyès questo sarebbe lo strumento più adeguato per garantire la sopravvivenza del sistema di fronte agli eccessi rivoluzionari, per garantire un contemperamento tra sovranità popolare e rappresentanza⁹¹.

Il timore di sottrarre troppo il potere costituente alla sovranità popolare aveva, però, indotto Sieyès a delle limitazioni del potere di revisione da parte del *Jury*.

Innanzitutto, il *Jury* non ha un vero e proprio potere di riforma costituzionale, in quanto può limitarsi a fare delle proposte di revisione che poi dovrà sottoporre all'approvazione delle Assemblee primarie⁹² che, in caso di

⁸⁷ Marco Goldoni, *La natura dei giuristi costituzionali di Sieyès*, op. cit., p. 294. Sul punto anche Marco Fioravanti, *Sindacato di costituzionalità della legge e costituzione francese. Sieyès e il jury constitutionnaire*, op. cit., p. 178; nonché, Id., *Sieyès et le jury constitutionnaire: perspectives Historico-Juridiques*, op. cit., pp. 97-98. Va comunque osservato che, pur nella incontestabile assenza di natura legislativa degli atti impugnabili, non sarebbe possibile escludere in toto una loro efficacia giuridica, anche se solo sotto il profilo procedimentale.

⁸⁸ Per giustificare l'introduzione di un *Jury constitutionnaire* Sieyès aveva proposto la nota distinzione tra atti responsabili e atti irresponsabili. Per i primi esisterebbe un giudice naturale chiamato ad accertare e sanzionare la violazione, per essi potrebbero essere chiamati a rispondere tutti i cittadini, compresi i pubblici funzionari. I secondi sarebbero, invece, atti di per sé irresponsabili perché espressione di una scelta discrezionale e politica degli organi rappresentativi e, come tali, sottratti alla giurisdizione comune. Sieyès non esclude che gli atti di tale ultima categoria possano portare a violazioni della costituzione, ma queste sarebbero irresponsabili se, in mancanza del giudice comune, non vi fosse un *Jury constitutionnaire* per sanzionarle. Cfr. Paul Bastid, *Sieyès et sa pensée*, op. cit., p. 424; Mario Battaglini, *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, op. cit., p. 61; Marco Goldoni, *La natura dei giuristi costituzionali di Sieyès*, op. cit., pp. 292-293; Jörg Luther, *Idee e storie di giustizia costituzionale nell'ottocento*, op. cit., pp. 40-41.

⁸⁹ Ma si segnala perché sarà ripresa anche dal Pagano nel suo progetto di Eforato.

⁹⁰ In questi termini si era espresso Sieyès nel discorso del 5 agosto 1795. Mario Battaglini, *Appendice*, in *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, op. cit., p. 187.

⁹¹ Marco Goldoni, *La natura dei giuristi costituzionali di Sieyès*, op. cit., p. 296; Marco Fioravanti, *Sindacato di costituzionalità della legge e costituzione francese. Sieyès e il jury constitutionnaire*, op. cit., p. 179.

⁹² Il procedimento di revisione è particolarmente macchinoso ed articolato ed è previsto dagli articoli dal X al XIII del progetto di Sieyès del 14 agosto 1795; Mario Battaglini, *Appendice*, in *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, op. cit., pp. 192-193. Per una più analitica esposizione v. Marco Goldoni, *La natura dei giuristi costituzionali di Sieyès*, op. cit., pp. 297-298.

esito positivo, delegheranno il potere costituente al Corpo legislativo⁹³. Inoltre, il *Jury* eserciterà questa funzione soltanto ogni dieci anni a partire dal 1800, riducendosi la possibilità di una permanente rivedibilità della costituzione.

Occorre chiedersi se il *Jury constitutionnaire*⁹⁴ così come prefigurato da Sieyès sia o meno accostabile ad una moderna corte costituzionale. La dottrina tradizionale e maggioritaria⁹⁵ si era sempre espressa a favore della ricostruzione del *Jury* come precedente del controllo di costituzionalità, addirittura non era mancato chi⁹⁶ aveva riscontrato nel *Jury* il primo caso nella storia di vero controllo di costituzionalità perché la sanzione della dichiarazione d'incostituzionalità riguardava l'atto e ne determinava la nullità. Più di recente alcuni Autori⁹⁷ avevano negato la possibilità di assimilare il *Jury* ad una moderna corte costituzionale. Ciò sulla base di una duplice ragione: Sieyès aveva concepito una gerarchia di funzioni che non necessariamente implica la gerarchia delle norme indispensabile affinché la costituzione si possa considerare superiore alla legge; in questo caso si avrebbe, quindi, un sistema legicentrico ove la legge è preminente nel sistema delle fonti perché espressione della superiore funzione legislativa. Inoltre, alla fine del '700 la costituzione era concepita ancora come semplice meccanismo e non come norma superiore obbligatoria, per cui non esistevano le premesse teoriche per un vero controllo di costituzionalità⁹⁸.

Come è stato però osservato, dai testi di Sieyès sembra già emergere la consapevolezza di una gerarchia non limitata alla funzione ma estesa alla norma. Se nel periodo della rivoluzione la costituzione non era considerata come fonte immediatamente precettiva in grado di imporsi alle altre fonti in virtù della propria superiorità gerarchica, ma soprattutto come mezzo per garantire

⁹³ Il potere costituente, infatti, per Sieyès non è alienabile ma soltanto delegabile in situazioni precise. Andrei Tyrsenko, *L'ordre politique chez Sieyès en el an III, op. cit.*, p. 9.

⁹⁴ Che, oltre alle altre idee giuridiche e politiche di Sieyès, può ritenersi l'istituto di controllo di costituzionalità che maggiore influenza ha avuto sulle esperienze costituzionali successive, non soltanto europee, ma anche ispanoamericane. Si vedano a titolo di esempio Allan R. Brewer-Carías, *Los aportes de la revolución francesa al constitucionalismo moderno y su repercusión en hispanoamérica a comienzo del siglo XIX*, in *Ars boni et aequi*, n. 2, 2011, pp. 111-142; David Pantosa Moran, *Sieyès et la constitution mexicaine de 1836*, in *Revue française d'Histoire des idées Politiques*, n. 33, 2011/1, pp. 103-116.

⁹⁵ Su tutti Pasquale Pasquino, *Sieyès et l'invention de la constitution en France*, Odile Jacob, Parigi, 1998, *passim*; ma ancora Id., *Constitution et pouvoir constituant: le double corps du peuple*, in Pierre-Yves Quiviger, Vincent Salem e Jean Denis (a cura di), *Figures de Sieyès*, Sorbonne, Parigi, pp. 22-23. Conformemente anche il meno recente Paul Bastid, *Sieyès et sa pensée, op. cit.*, p. 599.

⁹⁶ Mario Battaglini, *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi, op. cit.*, p. 62.

⁹⁷ In particolare Michel Troper, *Sieyès et le jury constitutionnaire, op. cit.*, p. 272; ora ribadito anche in Id., *Sieyès et la hiérarchie des normes*, in Pierre-Yves Quiviger, Vincent Salem e Jean Denis (a cura di), *Figures de Sieyès, op. cit.*, pp. 25-42. In assonanza Maurizio Fioravanti, *Costituzione*, Il Mulino, Bologna, 1999, p. 117.

⁹⁸ In questo senso Michel Troper, *Marshall, Kelsen, Barak et le sophisme constitutionnel*, in Élisabeth Zoller (a cura di), *Marbury v. Madison 1803-2003. Un dialogue franco-américain. A french-american dialogue, op. cit.*, p. 215; Michel Troper, *La machine et la norme. Deux modèles de constitution*, in Id., *La théorie du droit. L'État*, PUF, Parigi, 2001, pp. 147-162.

l'organizzazione dei poteri e delle funzioni⁹⁹, Sieyès è tra i fautori di una nuova idea di costituzione che «"o è un corpo di leggi obbligatorie" che si impone alle altre fonti del diritto, o "non è niente". Pertanto se la costituzione si doveva imporre sulle altre leggi era necessaria una magistratura incaricata di far rispettare tale rapporto di subordinazione»¹⁰⁰. Già alla fine del '700, dunque, era diffusa l'idea che la legge dovesse essere conforme a costituzione e che, quindi, la costituzione avesse carattere normativo.¹⁰¹ L'idea di Sieyès sembra essere, allora, proprio quella di un controllo di costituzionalità, indipendentemente dalla forma che ha inteso dare all'istituto giuridico.

Al pari di tutti gli altri progetti di giustizia costituzionale della Francia rivoluzionaria anche quello del Sieyès, malgrado il suo maggior livello di precisione, non venne approvato¹⁰². Questa è la maggior differenza rispetto all'esperienza americana dove la dottrina del giudice Marshall divenne la base del sistema di controllo giudiziario delle leggi. Troppo forte era in Francia l'influenza della dottrina di Rousseau sulla supremazia del parlamento e della volontà generale: il primo obiettivo era quello di creare un parlamento rappresentativo dell'intera nazione che avesse la funzione di operare trasformazioni "legali" imponendo una legislazione uniforme; nessuno spazio era riconosciuto al pluralismo¹⁰³. In un sistema dove la legge, in quanto espressione della volontà generale, non poteva accettare limitazioni da organi che non fossero, a loro volta, espressione della medesima volontà, una corte costituzionale, organo dove la prevalenza dell'elemento giurisdizionale su quello legislativo è evidente, non aveva basi logiche per esistere.

⁹⁹ Michel Pertué, *La notion de constitution à la fin du 18^e siècle*, in Jaques Guilhaumou e Raymonde Monnier (a cura di), *Des notions concepts en révolution. Autour de la liberté politique à la fin du 18^e siècle*, Études Révolutionnaires, n. 4, Société des études robespierristes, Parigi, 2003, pp. 39-54.

¹⁰⁰ Marco Fioravanti, *Supremazia della Costituzione e democrazia. Le origini della giustizia costituzionale nella Francia rivoluzionaria*, op. cit., p. 125.

¹⁰¹ Marco Goldoni, *La natura del giurì costituzionale di Sieyès*, op. cit., pp. 308-309.

¹⁰² La proposta di Sieyès non venne recepita nella Costituzione dell'anno III anche in ragione di due osservazioni mosse dai convenzionali: in primo luogo, la Costituzione prevedeva già meccanismi di controllo di costituzionalità delle leggi imponendo all'esecutivo di annullare gli atti contrari a costituzione; in secondo luogo, si poneva il tradizionale problema del *quis custodiet ipsos custodes*, cioè, di chi avrebbe controllato i "guardiani della costituzione". Marco Fioravanti, *Supremazia della Costituzione e democrazia. Le origini della giustizia costituzionale nella Francia rivoluzionaria*, op. cit., p. 129.

¹⁰³ In Francia, così come nel contesto europeo continentale in genere, la tendenza è quella ad avere una struttura fortemente accentrata; negli Stati Uniti, invece, la costituzione è espressione di pluralismo, rinvenibile nei diversi fattori sociali, etici e religiosi, variamente articolati a livello federale. La Corte Suprema si pone, quindi, come garante dell'equilibrio dei diversi fattori del pluralismo. Cfr. Gustavo Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, op. cit., p. 342; Gustavo Zagrebelsky e Valeria Marcenò, *Giustizia costituzionale*, op. cit., pp. 38-39.

III. L'IDEA DEL CONTROLLO DI COSTITUZIONALITÀ NEL PENSIERO DI MARIO PAGANO.

Dopo quest'ampia digressione occorre capire quanto dei progetti e delle esperienze esaminate sia stato ripreso nel progetto del Pagano e quanto, invece, sia frutto di una sua autonoma elaborazione¹⁰⁴.

Preliminarmente e in via generale occorre osservare come la tesi, sostenuta soprattutto da Autori d'oltralpe¹⁰⁵, su una possibile configurazione delle costituzioni "giacobine" italiane come semplici tappe del progressivo e più vasto sviluppo dell'esperienza costituzionale francese, sia stata superata da, ormai risalenti, studi che riconoscevano alla diverse costituzioni italiane di fine '700 piena dignità e autonomia rispetto ai modelli francesi¹⁰⁶.

Se questa premessa appare pienamente condivisibile, lo stesso discorso pare si possa fare in relazione al progetto napoletano del 1799. In questo caso l'autonomia appare ancorata a basi ancora più solide.

È lo stesso Pagano però che, almeno in prima battuta, fa sorgere qualche dubbio sull'autonomia del proprio progetto. Nel *Rapporto* introduttivo Pagano infatti, oltre ad affermare che «Gran passi avea già già dati l'America, in questa, diremo, nuova scienza, formando le costituzioni dei suoi liberi Stati. Novellamente la Francia, che ha contestato straordinario amore di libertà con prodigi di valore, ha dato fuori altresì una delle migliori costituzioni che si sieno prodotte finora», affermava anche che in ragione di ciò il Comitato di legislazione «ha adottato la costituzione della madre Repubblica francese. Egli è ben giusto, che da quella mano istessa, da cui ha ricevuto la libertà, ricevesse eziandio la legge, custode e conservatrice di quella»¹⁰⁷. Tuttavia Pagano subito ammette che «considerando che la diversità del carattere morale, delle politiche circostanze, e la fisica posizione delle nazioni richieggano necessariamente dei cambiamenti nelle costituzioni [il Comitato legislativo] propone alcune modificazioni a quella della Repubblica madre»¹⁰⁸.

¹⁰⁴ Per una accurata analisi bibliografica sulle opere di Mario Pagano ove riprendere utili spunti alla ricostruzione del suo pensiero v. Gioele Solari, *Le opere di Mario Pagano. Ricerche bibliografiche*, Estratto dagli atti, n. 71, R. Accademia delle Scienze, Torino, 1936.

¹⁰⁵ Raymond Guyot, *Du Directoire au consolat: les transitions*, in *Revue historique*, t. XI, 1912, pp. 1-31.

¹⁰⁶ Per una trattazione completa v. Carlo Ghisalberti, *Le Costituzioni "giacobine" (1796-1799)*, *op. cit.*, pp. 1-22; Edoardo Fregoso, *Controllare la legge, Costituzioni e prassi tra XVIII e XIX secolo*, *op. cit.*, pp. 301-348. Per una valutazione più approfondita in relazione alle diverse esperienze si v. Silvio Pivano, *Albori costituzionali d'Italia (1796)*, F.lli Bocca, Torino, 1913; Luigi Rava, *La prima prova del diritto costituzionale in Italia: la Costituzione bolognese del dicembre 1796*, R. Accademia delle Scienze, Bologna, 1914; Luigi Negri, *Genesi storica e giuridica della Costituzione Napoletana del 1799*, *op. cit.*; Giovanni De Vergottini, *La costituzione della Repubblica Cispadana*, Sansoni, Firenze, 1946; Leopoldo Marchetti, *Le assemblee e le costituzioni italiane nel periodo rivoluzionario*, Sansoni, Firenze, 1946; Melchiorre Roberti, *Milano capitale napoleonica; la formazione di uno stato moderno*, voll. 3, Treccani, Milano, 1946-1947.

¹⁰⁷ *Rapporto del Comitato di legislazione al Governo provvisorio*, *op. cit.*, p. 258.

¹⁰⁸ *Rapporto del Comitato di legislazione al Governo provvisorio*, *op. cit.*, *ibidem*. D'altra parte lo stesso Cuoco aveva affermato che «Le costituzioni sono simili alle vesti: è necessario che ogni individuo abbia la sua propria, la quale se tu vorrai dare ad altri, starà male [...] Non vi

I primi osservatori ebbero modo di ravvisare nel progetto del Pagano una mera imitazione dei precedenti modelli francesi e ciò costituiva oggetto di immeritata critica alla luce della considerazione che «il progetto donatoci dal Pagano, non sia il migliore [...] è troppo francese e troppo poco napoletano»¹⁰⁹, e ancora che pur «con tutto il rispetto alla gloriosa memoria di Mario Pagano [...] la sua costituzione [...] salvo alcune mutazioni nei nomi [...] non è che la francese»¹¹⁰.

Approfonditi e attenti studi non permettono di accogliere tale conclusione. Il primo studioso a connotare il progetto di Costituzione napoletana della dignità di una autonomia ideologica fu Gioele Solari. Nella sua opera¹¹¹ Solari osservò come nel *Progetto* sembrava essere racchiusa la volontà di conciliare la tradizione giuspubblicistica italiana impersonata dal Pagano con le esperienze politiche della Costituzione francese dell'anno III¹¹². Questa tesi ha poi trovato importanti conferme¹¹³ ove si è ravvisato che il giudizio del Cuoco era stato sin troppo severo perché Pagano, nei limiti del possibile, aveva cercato di dare al lavoro propri caratteri di originalità e si era affrettato a specificarlo proprio nel Rapporto introduttivo. D'altra parte, come è stato correttamente osservato, Pagano godeva all'epoca della rivoluzione napoletana della fama di grande giurista e aveva sia la capacità sia l'autorità (accademica) per discostarsi dalle proposte delle costituzioni francesi¹¹⁴. Rispetto ad esse «Pagano non aveva

è veste, per quanto sia mancante di proporzioni nelle sue parti, la quale non possa trovare un uomo difforme cui sieda bene [...] Quando una costituzione non riesce, io do sempre torto al legislatore; come appunto, quando non calza bene una scarpa, do torto al calzolaio». Vincenzo Cuoco, *Frammenti di lettere a Vincenzo Russo*, Frammento I, op. cit., pp. IV-VI. Più di recente, nel parafrasare il pensiero del Filangieri, Vincenzo Ferrone, *La società giusta ed equa. Republicanesimo e diritti dell'uomo in Gaetano Filangieri*, Laterza, Bari-Roma, 2003, pp. 232-233, osserva che la "bontà assoluta" delle leggi va tenuta distinta dalla "bontà relativa": «non esisteva una costituzione ideale in ogni suo aspetto per tutti i popoli e per tutti i tempi»; la costituzione napoletana doveva seguire un proprio autonomo itinerario nel rispetto della grande tradizione giuridica partenopea.

¹⁰⁹ Vincenzo Cuoco, *Frammenti di lettere a Vincenzo Russo*, Frammento I, op. cit., p. VII.

¹¹⁰ Sempre lo stesso autore ritiene che «ciò che vi è di aggiunto si è la Censura e l'Eforato, ma non vi è ombra di originalità, essendo reminiscenze e imitazioni classiche [...]. Mario Pagano partecipava in grado superlativo all'errore dei suoi contemporanei, i quali credevano ingenuamente che copiando [...] qualche antica istituzione si sarebbero create le antiche virtù [...]. I suoi concetti sull'eforato non sono che sogni di erudito». Luigi Palma, *Le costituzioni dei popoli liberi*, UTET, Torino, 1895, p. 541. Concordava per una derivazione dai precedenti modelli costituzionali francesi Pietro Colletta, *Storia del reame di Napoli*, introduzione e note di Nino Cortese, vol. 2, Libreria Scientifica Editore, Napoli, 1969, p. 317; per un'ulteriore critica all'astratto classicismo v. Alfredo Oriani, *La lotta politica in Italia: origini della lotta attuale*, Cappelli, Bologna, 1956 (1892), p. 194.

¹¹¹ Gioele Solari, *L'attività legislativa di Mario Pagano nel governo repubblicano del 1799 a Napoli*, op. cit.; l'Autore ritiene, inoltre, che le aggiunte del Pagano, come l'Eforato, siano proprio espressione della necessità di sopperire alle carenze della Costituzione francese del 1795. Così Id., Gioele Solari, *Studi su Francesco Mario Pagano*, op. cit., p. 310.

¹¹² Carlo Ghisalberti, *Le Costituzioni "giacobine" (1796-1799)*, op. cit., p. 17.

¹¹³ Sia risalenti v. Giuseppe D'Eufemia, *La Censura e l'Eforato nel progetto di costituzione di Mario Pagano*, op. cit., p. 10, nota 1; sia più recenti v. Gianfranco Liberati, *Note sul progetto di Costituzione di Pagano*, in Angelo Massafra (a cura di), *Patrioti e insorgenti in provincia: il 1799 in Terra di Bari e Basilicata*, Edipuglia, Bari, 2002, p. 230; Dario Ippolito, *Mario Pagano, Il pensiero giuspolitico di un illuminista*, op. cit., pp. 296-297.

¹¹⁴ Gioele Solari, *Studi su Francesco Mario Pagano*, op. cit., p. 380.

alcuna forma di sudditanza psicologica»¹¹⁵ e senza particolari remore introdurrà un istituto, il Corpo degli Efori¹¹⁶, che è «la cifra autentica di un modo completamente differente di intendere il costituzionalismo moderno»¹¹⁷.

La Costituzione del Pagano si pone, quindi, come «espressione di una fede politica» non riducibile ad «imitazione servile» se non sminuendo il significato del pensiero politico-giuridico dell'illuminismo napoletano che «fu scuola di virtù civili». La Costituzione del Pagano è la positivizzazione delle idee da lui espresse nei *Saggi politici*¹¹⁸ «con la sua fede nel progresso, con il suo amore per la libertà, col suo odio per il dispotismo». Ravvisare una incoerenza tra il contenuto dei *Saggi* e i precetti della costituzione sulla base di un preteso asservimento alle influenze straniere significa fermarsi all'apparenza di un progetto che, invece, al fondo rivela tutta la sua originalità; «la coerenza del Pagano è tanto più ammirevole quanto più sfavorevole era il momento storico in cui fu chiamato a spiegare la sua attività costituzionale»¹¹⁹.

Chiarito il dubbio sull'autonomia (anche se per certi versi e per ovvi motivi – causa la presenza francese – limitata) concettuale del progetto di

¹¹⁵ Vincenzo Ferrone, *La società giusta ed equa. Republicanesimo e diritti dell'uomo in Gaetano Filangieri*, op. cit., pp. 239-240.

¹¹⁶ Che, se è vero che non può propriamente definirsi «napolitano», nemmeno può dirsi «troppo francese». Così Mario Battaglini, *Mario Pagano e il progetto di Costituzione della Repubblica Napoletana*, op. cit., p. 10, in chiave critica alle osservazioni del Cuoco.

¹¹⁷ Un modo peculiare di intendere il costituzionalismo da parte della scuola giuridica napoletana che la pone accanto alle altre grandi esperienze costituzionali dell'occidente e che il Pagano sembra voler perpetuare equiparando (o addirittura antepoendo) ai grandi Maestri francesi, Montesquieu e Rousseau, il pensiero del calabrese Gianvincenzo Gravina. Cfr. Vincenzo Ferrone, *La società giusta ed equa. Republicanesimo e diritti dell'uomo in Gaetano Filangieri*, op. cit., *ibidem*; Gianfranco Liberati, *Note sul progetto di Costituzione di Pagano*, op. cit., p. 231.

¹¹⁸ Per un approfondimento sul pensiero di Pagano nei *Saggi politici* v. Beatrice Sasso, *I Saggi politici di Francesco Mario Pagano dalla prima alla seconda edizione*, in Atti dell'Accademia di Scienze morali e politiche della Società nazionale di scienze, lettere ed arti di Napoli, XCIII, Giannini, Napoli, 1983, pp. 113-155; Raffaele Ajello, *I Saggi politici di Mario Pagano e il loro tempo*, in *Il pensiero politico*, 1995, pp. 17-57; Eluggero Pii, *Progresso e poteri nei Saggi politici (1791-1792) di F. M. Pagano*, *ivi*, pp. 58-70. Sul pensiero di Mario Pagano in genere, oltre alle altre opere già citate in nota si v. Francesco Collotti, *Saggio sul pensiero filosofico e civile di F. M. Pagano*, La Nuova Italia, Firenze, 1939; Augusto Tedeschi, *Il pensiero filosofico e sociale di Mario Pagano e le sue concezioni giuridiche fondamentali*, Giuffrè, Milano, 1948; Franco Venturi, *Francesco Mario Pagano*, in *Id.* (a cura di), *Illuministi italiani*, vol. 46, Tomo V: *Riformatori napoletani*, Ricciardi, Milano-Napoli, 1962, pp. 783-937; Francesco Paternoster, *Vita e pensiero di Francesco Mario Pagano*, Zafarone e Di Bello, Potenza, 1966; Maria Cristina Pitassi, *Francesco Mario Pagano tra Vico e il materialismo francese*, in *Rivista di filosofia*, XXIV, 1982, pp. 333-360; Nunzio Campagna, *Potere legalità libertà. Il pensiero di F. M. Pagano*, Calice, Rionero in Vulture (PZ), 1992; Carlo Amirante, *La costituzione paganiana del 1799: l'eredità illuministica napoletana e il costituzionalismo italiano del secolo XVIII*, in *Critica del diritto*, nn. 1-3, 2004, pp. 272-301; Paolo De Angelis, *Politica e giurisdizione nel pensiero di Francesco Mario Pagano*, Istituto italiano per gli studi filosofici, Napoli, 2006; Carla De Pascale, *Filosofia e politica nel pensiero italiano fra sette e ottocento, Francesco Mario Pagano e Gian Domenico Romagnosi*, Alfredo Guida Editore, Napoli, 2007; Dario Ippolito, *Mario Pagano, Il pensiero giuspolitico di un illuminista*, op. cit., *passim*.

¹¹⁹ Tutte le citazioni sono tratte da Gioele Solari, *Studi su Francesco Mario Pagano*, op. cit., p. 315; *Id.*, *L'attività legislativa di Mario Pagano nel governo repubblicano del 1799 a Napoli*, op. cit., pp. 73-74.

Costituzione napoletana rispetto al costituzionalismo francese e sul fatto che il Corpo degli Efori si ponga come “simbolo istituzionale” delle autonome elaborazioni del Pagano, occorre spiegare in che misura l'Eforato sia debitore alle esperienze viste nelle pagine precedenti ovvero sia il frutto delle idee maturate dal suo creatore.

È stato sostenuto che negli Stati Uniti d'America, pur non essendo stato introdotto nella Costituzione del 1787 un organo di garanzia costituzionale, il principio della rispondenza della legge ai dettami della legge fondamentale dello Stato era saldamente radicata a livello dottrinale¹²⁰ e la Corte Suprema assumerà come naturale conseguenza di tali tesi il ruolo di controllore della costituzionalità delle leggi e degli atti con valore legislativo. La Costituzione (ed il costituzionalismo) americana avevano avuto una grande influenza sui rivoluzionari europei ed è, pertanto, verosimile, vista la loro rapida diffusione nei circoli culturali, che anche i rivoluzionari napoletani ne abbiano avuto conoscenza¹²¹.

A ciò si è opposto che il semplice richiamo fatto dal Pagano agli stati americani nel *Rapporto* introduttivo al progetto nulla implica circa una reale conoscenza ed ispirazione del giurista lucano ai modelli americani, tutt'al più si pone come semplice citazione erudita priva di ogni pretesa di approfondimento¹²². D'altra parte, ad un attento esame dei diversi progetti, si può notare come sia difficile trovare un punto di contatto tra l'accurato progetto del Pagano e le scarse indicazioni contenute nelle costituzioni coloniali; inoltre, il fatto stesso di non prevedere un organo *ad hoc* per il controllo di costituzionalità delle leggi nella Costituzione federale americana è indice di una filosofia di fondo sulla funzione di tale controllo completamente diversa da quella intesa dal Pagano¹²³.

È stato già osservato come notevole risalto sia stato dato alla possibile influenza che l'esperienza del *Council of Censors* della Pennsylvania può aver avuto sull'Eforato di Pagano¹²⁴, soprattutto per la somiglianza quasi letterale di alcune funzioni; ma si è altresì osservato come l'assenza di un vero e proprio

¹²⁰ Per l'approfondimento v. retro, sub. par. 2.1., nonché par. I, nota 10.

¹²¹ Carlo Ghisalberti, *Le Costituzioni “giacobine” (1796-1799)*, op. cit., pp. 259-260; Romolo Astraldi, *La Costituzione degli Stati Uniti d'America*, Sansoni, Firenze, 1931, pp. 52-53. In questo senso anche Vittorio Gabrieli, *The impact of American political ideas in 18th century Italy*, in Arie Nicolaas Jan Den Hollander (a cura di), *Contagious Conflict: The impact of American Dissent on European Life*, Brill, Leiden, 1973, pp. 199-201.

¹²² Mario Battaglini, *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, op. cit., p. 90.

¹²³ In America si preferì affidare ai giudici comuni il compito di operare un controllo diffuso sulla costituzionalità delle leggi. È stato infatti osservato che, oltre alla rigidità della costituzione, aveva giocato un ruolo determinante nella scelta di tale modello la considerazione e il prestigio di cui i giudici godevano nell'area britannica che, invece, non aveva il medesimo apprezzamento nell'Europa continentale; cfr. Alessandro Pizzorusso, *Un'invenzione che ha cambiato il modo di concepire il diritto: la giustizia costituzionale*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2011, p. 39. Pagano nel suo Progetto sembra, invece, inserirsi nel solco della futura tradizione “europea” del controllo di costituzionalità, sottratto ai giudici comuni ed accentrato in capo ad una corte costituzionale. Emblematico Hans Kelsen, *La giustizia costituzionale (1928)*, a cura di Carmelo Geraci, Giuffrè, Milano, 1981.

¹²⁴ Cfr. retro, par. 2.1., nota 28.

potere di annullamento degli atti contrari a costituzione da parte dei Censori¹²⁵ faceva del *Council* un organo totalmente diverso rispetto all'Eforato quanto a funzioni e poteri, e soprattutto, maggiormente "dipendente" dagli altri poteri dello stato.

La Francia non aveva mai adottato sino a quel momento alcun sistema di controllo di costituzionalità. L'argomento non era però estraneo all'esperienza francese visto il numero di progetti presentati che, in un modo o nell'altro, cercavano di dar vita ad un organo di garanzia costituzionale. È lecito, comunque, dubitare che Mario Pagano, pur avendo potuto aver conoscenza di tali progetti, sia stato influenzato da essi visto il loro carattere estremamente frammentario e, per certi versi, povero di idee. Discorso diverso va fatto per il progetto del 1795 dell'abate Sieyès.

Risalente dottrina, in particolar modo il Bastid, aveva avuto modo di affermare che «*dans l'éclatisme de Mario Pagano il y avait certainement des traces d'une influence de Sieyès. La constitution napoléonienne évoque plus que les précédentes son souvenirs*»¹²⁶; in ciò preceduto anche da Autori italiani che ravvisavano nel *Jury constitutionnaire* di Sieyès un sicuro antecedente ispiratore del Corpo degli Efori di Pagano¹²⁷. Questa tesi, per quanto in apparenza non priva di logica, non può essere accolta per una pluralità di motivi.

Innanzitutto, le novità e il valore del progetto di Sieyès sono stati apprezzati maggiormente dagli studiosi moderni: nel 1795 la proposta di introdurre un *Jury constitutionnaire* venne bocciata dalla Convenzione ed è poco probabile che Pagano e gli altri illuministi napoletani avessero effettiva consapevolezza della portata di quel progetto rimasto sostanzialmente "sulla carta"¹²⁸. Inoltre, pur essendo possibile sostenere che Pagano avesse avuto conoscenza del progetto di Sieyès, nulla implica che ad esso si sia ispirato per il suo Corpo degli Efori¹²⁹, a maggior ragione considerando le differenze che caratterizzano i due organi.

La tesi del Bastid, quindi, appare poco approfondita¹³⁰ per il fatto che fa derivare il progetto del Pagano da quello del Sieyès sulla base di una mera e vaga assonanza delle esigenze di tutela costituzionale dell'ordinamento.

La vera fonte dell'Eforato va individuata nei *Saggi politici* di Mario Pagano, già nella loro edizione del 1783, ma con maggiore chiarezza nella seconda

¹²⁵ Edoardo Fregoso, *Controllare la legge, Costituzioni e prassi tra XVIII e XIX secolo*, op. cit., pp. 311-313; Dario Ippolito, *Mario Pagano, Il pensiero giuspolitico di un illuminista*, op. cit., pp. 311-312.

¹²⁶ Paul Bastid, *Sieyès et sa pensée*, op. cit., p. 542.

¹²⁷ Luigi Negri, *Genesi storica e giuridica della Costituzione Napoletana del 1799*, op. cit., p. 81.

¹²⁸ Carlo Ghisalberti, *Le Costituzioni "giacobine" (1796-1799)*, op. cit., p. 259.

¹²⁹ Gioele Solari, *Studi su Francesco Mario Pagano*, op. cit., p. 313; Id., *L'attività legislativa di Mario Pagano nel governo repubblicano del 1799 a Napoli*, op. cit., p. 71; di recente Marco Fioravanti, *Supremazia della Costituzione e democrazia. Le origini della giustizia costituzionale nella Francia rivoluzionaria*, op. cit., pp. 132-133.

¹³⁰ Mario Battaglini, *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, op. cit., p. 102; Id., *Mario Pagano e il progetto di Costituzione della Repubblica Napoletana*, op. cit., p. 208.

edizione del 1791¹³¹; si può, quindi, dire che l'Eforato riecheggi lo spirito dei *Saggi* e non quello di Sieyès, quasi che la Costituzione di Pagano, in questa parte «sia una copia fedele dei saggi»¹³². Già nel decennio 1783-1792 era maturata in Pagano l'idea di un garante della costituzione e delle libertà per cui esso non poteva avere la necessità di andare a trovare lo spunto in un progetto successivo a tali scritti¹³³. Resta da chiarire, però, qual è la base filosofica e ideologica a cui Pagano attinse per la formazione della sua idea di garanzia costituzionale.

Preliminarmente va detto che la formazione del pensiero di Pagano non attinse ad un'unica fonte, ma in essa si ritrovano sia gli echi degli studi classici¹³⁴ sia le suggestioni di pensatori politici molto più vicini a lui nel tempo.

Il richiamo al mondo classico non emerge solo dalla denominazione (Efori)¹³⁵ che Pagano intese assegnare ai «Custodi della Costituzione» ma

¹³¹ Dei *Saggi politici* di Mario Pagano si sono avute negli anni diverse ristampe: con riferimento alla seconda edizione sono state consultate Francesco Mario Pagano, *Saggi politici dei Principj, progressi e decadenza delle Società (1791)*, Tomo II, ed. III, Ruggia, Lugano, 1831; Mario Pagano, *Saggi politici*, a cura di Francesco Collotti, Cappelli, Bologna, 1936; Francesco Mario Pagano, *Saggi politici dei Principii, progressi e decadenza delle Società, edizione seconda corretta ed accresciuta (1791-1792)*, a cura di Luigi Firpo e Laura Salvetti Firpo, Vivarium, Napoli, 1993; l'indicazione delle pagine in nota si riferisce all'edizione del 1831. Per la prima edizione dei *Saggi* si è consultato direttamente Francesco Mario Pagano, *De' Saggi politici. Volume II. Del civile corso delle nazioni (1783)*, Flauto, Napoli, 1785.

¹³² Così Mario Battaglini, *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, op. cit., p. 102; Id., *Mario Pagano e il progetto di Costituzione della Repubblica Napoletana*, op. cit., p. 208; Gioele Solari, *Studi su Francesco Mario Pagano*, op. cit., p. 313; Id., *L'attività legislativa di Mario Pagano nel governo repubblicano del 1799 a Napoli*, op. cit., p. 71. Addirittura in tempi più recenti Marco Goldoni, *La natura del giuri costituzionale di Sieyès*, op. cit., pp. 298, nota 33, inverte i termini del rapporto ponendo l'opera di Pagano come possibile antecedente ispiratore del *Jury* di Sieyès. Non è mancato, comunque, chi ancora oggi ravvisa punti di derivazione del progetto di Pagano da quello di Sieyès con particolare riferimento alla funzione di revisione costituzionale. Cfr. Jörg Luther, *Idee e storie di giustizia costituzionale nell'ottocento*, op. cit., p. 35.

¹³³ L'evoluzione del pensiero di Pagano sulla garanzia della costituzione dalla prima alla seconda edizione dei *Saggi politici* è evidenziata anche da Dario Ippolito, *Mario Pagano, Il pensiero giuspolitico di un illuminista*, op. cit., p. 142.

¹³⁴ L'imperativo di Pagano era quello di non separare mai lo studio del diritto dagli studi filosofici e politici della classicità. Gianfranco Liberati, *Note sul progetto di Costituzione di Pagano*, op. cit., pp. 248-249.

¹³⁵ Con il termine "Efori" si indicavano, nell'antica Sparta, i magistrati eletti dal popolo, per il periodo di un anno, con l'incarico di sorvegliare la condotta dei Re, della Gerusia, dei poteri dello Stato in generale e l'attività dei singoli, per mantenere l'osservanza delle leggi ed impedirne la violazione. Essi rappresentavano tutto il popolo di fronte al Re e alla Gerusia. Il loro controllo, però, era diretto alle persone e non agli atti e, infatti, essi potevano sospendere gli autori dell'abuso dei poteri. Tale magistratura era diretta, comunque, soltanto a censurare le usurpazioni da parte del potere esecutivo. Per ulteriori indicazioni v. Gustave Glotz, *La città greca*, F.lli Prozzo, Torino, 1948. Il termine "Efori" si tramanderà nel corso dei secoli tra gli scrittori politici (in particolare: Althusius, Montequieu, Rousseau, Doria, Longo) ma senza una piena consapevolezza sull'effettivo ruolo svolto dall'istituzione del mondo antico. Per l'approfondimento v. Mario Battaglini, *Mario Pagano e il progetto di Costituzione della Repubblica Napoletana*, op. cit., pp. 181-184. Lo stesso Pagano, d'altra parte, sembra utilizzare il termine Efori con la consapevolezza di assegnare al suo "Custode" un ruolo e dei poteri ben diversi da quelli dell'omonima magistratura spartana. Cfr. Carlo Ghisalberti, *Le Costituzioni "giacobine" (1796-1799)*, op. cit., p. 258; Gioele Solari, *L'attività legislativa di Mario Pagano nel*

soprattutto dalla sua profonda conoscenza del pensiero aristotelico¹³⁶. E proprio attraverso Aristotele Pagano ebbe una conoscenza diretta della costituzione spartana¹³⁷. La volontà di adottare il nome “Efori” non può essere, quindi, considerato un semplice omaggio ad una moda “classiceggiante” in campo istituzionale, una vaga ispirazione da erudito¹³⁸; Pagano parla degli Efori ben prima del 1799; i richiami al mondo greco nei *Saggi politici* sono frequenti così come frequenti sono le citazioni che il giurista lucano fa di Aristotele.

Pagano afferma che «in Sparta il potere esecutivo era nelle mani del Re, e il potere legislativo nel popolo intero. Il senato [...] legava il potere legislativo ed esecutivo prima che lo stabilimento degli Efori avesse alterato e tutta sconvolta la costituzione»¹³⁹; e ancora che «la tribunizia potestà, armata del veto, più volte in Roma arrestò l'intraprese di un ambizioso senato e di consoli che tentavano novità pericolose. Ma sovente ancora produsse una sospensione di vita nel corpo politico, che avrebbe menato alla morte civile, se la fortuna di Roma non fosse accorsa in suo sollievo [...]. Senza che, di cotesta tribunizia potestà, che dagli Efori in Sparta e dai Cosmi in Creta venne esercitata, avvedutamente gli antichi se ne valsero contro le naturali e continue intraprese del potere esecutivo, laddove i moderni l'hanno al medesimo confidato contro del potere legislativo»¹⁴⁰.

Alla formazione del Pagano non contribuì solo lo studio delle “costituzioni” classiche ma, in modo forse ancora più determinante, lo studio del pensiero politico moderno. L'impostazione di Pagano, in armonia con la scuola napoletana del diritto pubblico, è chiaramente giusnaturalistica se, come affermò nei *Saggi*, l'oggetto delle leggi civili è «la conservazione, e la difesa dei diritti naturali degli uomini ridotti in società [...]. La fondamentale, e generale costituzione d'ogni società [...] dee tendere a questo gran fine»¹⁴¹.

governo repubblicano del 1799 a Napoli, op. cit., p. 68; diversamente Jörg Luther, *Idee e storie di giustizia costituzionale nell'ottocento, op. cit.*, p. 33.

¹³⁶ Mario Battaglini, *Mario Pagano e il progetto di Costituzione della Repubblica Napoletana, op. cit.*, pp. 38-40. È, d'altra parte, suggestivo leggere in Aristotele uno “spiraglio” del problema della costituzionalità che, forse, Pagano potrebbe aver conosciuto: «le leggi rettamente emanate devono essere sovrane a chi detiene il potere, sia uno siano più è sovrano in tutti quei casi in cui le leggi non possono pronunciarsi con esattezza [...] Certo, però, è necessità che insieme e allo stesso modo delle costituzioni anche le leggi siano cattive o buone, giuste o ingiuste. Comunque, anche questo deve essere chiaro, che le leggi devono essere conformi alla costituzione; e se questo è vero, è pure evidente che quante si conformano alle costituzioni rette sono necessariamente giuste, quante si conformano invece alle deviazioni non sono giuste». Aristotele, *Politica*, III, 11; § 1282b, traduzione italiana di Renato Laurenti, Laterza, Bari-Roma, 2007.

¹³⁷ Mario Battaglini, *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi, op. cit.*, p. 92.

¹³⁸ Jörg Luther, *Idee e storie di giustizia costituzionale nell'ottocento, op. cit.*, p. 33.

¹³⁹ Francesco Mario Pagano, *Saggi politici dei Principj, progressi e decadenza delle Società (1791), op. cit.*, Saggio III, cap. XI, p. 124.

¹⁴⁰ Francesco Mario Pagano, *Saggi politici dei Principj, progressi e decadenza delle Società (1791), op. cit.*, Saggio V, cap. XXII, p. 312.

¹⁴¹ Francesco Mario Pagano, *Saggi politici dei Principj, progressi e decadenza delle Società (1791), op. cit.*, *ivi*, p. 304.

Non si può non scorgere in queste parole la lezione di Locke per il quale «la legge di natura sussiste come una norma eterna per tutti gli uomini, sia per i legislatori che per gli altri. Le norme che i legislatori creano a guida delle azioni degli altri devono essere conformi alla legge di natura»; il solo potere del legislatore è «la conservazione e perciò esso non può mai avere il diritto di distruggere, rendere schiavi o impoverire i sudditi»¹⁴².

Le idee di Locke avevano avuto sicuramente circolazione nella Napoli¹⁴³ dei lumi e che Pagano ne avesse conoscenza è comprovato dalle citazioni che riserva al pensatore inglese nei suoi *Saggi politici*¹⁴⁴. Anche per Pagano, quindi, il legislatore aveva un limite che esso individuava nella costituzione come strumento di garanzia dei diritti. In questo modo, viene superata la tradizionale impostazione legicentrica propria dell'esperienza costituzionale francese e l'accento viene posto sulla dimensione garantistica dei diritti ove allo stato spetterebbe proprio il compito di tutelare questi ultimi, anche in opposizione alla legge intesa come espressione della volontà generale¹⁴⁵.

Da Locke Pagano deriverà non soltanto l'idea giusnaturalistica ma anche l'idea contrattualistica della società se, come afferma, «la società viene formata dalla unione della volontà degli uomini che vogliono vivere insieme per la vicendevole garanzia de' propri diritti», da ciò «l'imprescrittibile diritto del popolo di mutar l'antica costituzione, e stabilirne una nuova più conforme agli attuali suoi interessi»¹⁴⁶. Lo stato, e di conseguenza la costituzione, si giustificano per il consenso del popolo per cui se il legislatore agisce in opposizione ai fini che gli sono assegnati «la fiducia deve essere necessariamente ritirata, e il potere deve essere trasferito nelle mani di coloro che l'avevano dato, i quali possono porlo nuovamente dove essi credono meglio per la loro sicurezza»¹⁴⁷. L'idea di una costituzione intesa come unione delle volontà, d'altra parte, Pagano la individuava non solo nel pensiero di Locke ma anche in Gianvincenzo Gravina¹⁴⁸.

¹⁴² John Locke, *Due trattati sul governo*, II, a cura di Lia Formigari, Editori Riuniti, Roma, 1974, p. 135. Sul giusnaturalismo Lockiano si veda anche l'importante lavoro Norberto Bobbio, *Locke e il diritto naturale*, Giappichelli, Torino, 1987.

¹⁴³ Vincenzo Ferrone, *La società giusta ed equa. Republicanesimo e diritti dell'uomo in Gaetano Filangieri*, op. cit., p. 244, riferisce della diffusione delle idee di Locke a partire dagli anni trenta del '700 ad opera di Celestino Galiani.

¹⁴⁴ Nel cap. XXII del Saggio V Pagano cita Lok (sic!) come teorico della separazione dei poteri, ma è verosimile che Pagano conoscesse e apprezzasse le teorie del filosofo inglese sul diritto naturale.

¹⁴⁵ Dario Ippolito, *Mario Pagano, Il pensiero giuspolitico di un illuminista*, op. cit., p. 307; Dario Ippolito, *Progetti costituzionali: Francesco Mario Pagano*, op. cit., p. 262.

¹⁴⁶ *Rapporto del Comitato di legislazione al Governo provvisorio*, op. cit., p. 260.

¹⁴⁷ John Locke, *Due trattati sul governo*, op. cit., p. 149.

¹⁴⁸ Che egli cita nel rapporto al Governo provvisorio sul Progetto di costituzione assieme a Montesquieu e Rousseau. Vincenzo Ferrone, *La società giusta ed equa. Republicanesimo e diritti dell'uomo in Gaetano Filangieri*, op. cit., p. 233.

Il richiamo a Gravina nel Rapporto segna probabilmente la volontà del Pagano di ribadire l'autonomia e il prestigio della scuola giuridica napoletana¹⁴⁹ per cui il giurista lucano tenne in grande considerazione anche la lezione di un altro illustre esponente della stessa, Filangieri, piuttosto che Montesquieu e Rousseau, che egli pure cita, ma rispetto ai quali le sue idee sul controllo di costituzionalità si pongono in deciso contrasto. Da Filangieri Pagano aveva probabilmente ereditato l'idea di una limitazione alla volontà del legislatore che poteva essere individuata in una costituzione intesa come legge fondamentale superiore per natura alla legge ordinaria del parlamento¹⁵⁰. Era pertanto necessario subordinare il parlamento a leggi superiori che non poteva cambiare arbitrariamente e le sue leggi sarebbero state valide solo se conformi alla costituzione¹⁵¹. Per questo Filangieri aveva cominciato a porsi il problema del controllo della legittimità delle leggi (anche se non ancora della loro costituzionalità)¹⁵², ritenendo fosse necessario affidare la tutela della costituzione ad un organo *ad hoc*, autonomo dall'esecutivo e dal legislativo. Da ciò era derivata l'idea di due istituzioni: una Censura con la funzione di promuovere l'adattamento delle leggi al mutare dei tempi; e un eforato con il compito di risolvere i conflitti di attribuzione tra i poteri (legislativo ed esecutivo) dello stato.

In Filangieri, però, sembra mancare l'idea che la costituzione deve essere non solo un limite formale che stabilisce le regole e le competenze legislative, ma anche un limite materiale. Una costituzione, nel pensiero di Pagano, è fatta soprattutto di diritti di libertà che non possono essere intaccati dalla legge. Quindi, riconosciuti i diritti di libertà sarebbe stato opportuno che il potere dell'eforato (di Filangieri) si estendesse dalla giurisdizione sui conflitti tra poteri alla tutela dei diritti di libertà attraverso la verifica della illegittimità costituzionale delle leggi. Diversamente, come si è detto, non si può parlare di controllo di costituzionalità in Filangieri ma di semplice controllo di legittimità formale¹⁵³.

Se quelle appena indicate possono essere considerate le più rilevanti (ma non le sole) influenze che hanno concorso a far maturare in Pagano la propria idea sulla costituzione e sulla sua garanzia non bisogna trascurare che Pagano non si limitò a recepire il pensiero politico classico e moderno ma, a

¹⁴⁹ Vincenzo Ferrone, *La società giusta ed equa. Republicanesimo e diritti dell'uomo in Gaetano Filangieri*, op. cit., ibidem; Gianfranco Liberati, *Note sul progetto di Costituzione di Pagano*, op. cit., p. 231.

¹⁵⁰ Vincenzo Ferrone, *La società giusta ed equa. Republicanesimo e diritti dell'uomo in Gaetano Filangieri*, op. cit., pp. 244-245. D'altra parte Filangieri aveva espressamente affermato che «fu un linguaggio del dispotismo e della tirannia il dire che la sola regola della legislazione è la volontà del legislatore». Gaetano Filangieri, *Scienza della legislazione*, Libro I, Società tipografica, Milano, 1822, p. 58.

¹⁵¹ Uno degli aspetti che maggiormente metteva in evidenza Filangieri era quello della necessità che la costituzione fosse un corpo di regole stabili ed immodificabili (almeno attraverso la procedura legislativa ordinaria), una sorta di "codice delle vere leggi fondamentali" connotato dalla rigidità. Cfr. Dario Ippolito, *Mario Pagano, Il pensiero giuspolitico di un illuminista*, op. cit., p. 139.

¹⁵² Mario Battaglini, *Mario Pagano e il progetto di Costituzione della Repubblica Napoletana*, op. cit., p. 188.

¹⁵³ Su tali aspetti si veda ampiamente, Gaetano Pecora, *Il pensiero politico di Gaetano Filangieri. Una analisi critica*, Rubbettino, Soveria Mannelli (CZ), 2008, pp. 47-50.

fondamento del Corpo degli Efori, elaborò un'attenta ricostruzione giuridico-politica del tutto alternativa ai modelli francesi dominanti; per questo si può dire che Pagano, nel ribadire l'importanza di un organo di garanzia dei diritti costituzionali, sceglie una terza via rispetto a Rousseau e Montesquieu e, quindi, rispetto all'intera tradizione costituzionale francese post-rivoluzionaria.

Sia la Costituzione giacobina del 1793 che quella termidoriana del 1795 si incentravano sul difficile tentativo di conciliare il pensiero di Montesquieu a quello di Rousseau, ma con il risultato: nel primo caso, di una chiara prevalenza del pensiero di Rousseau e una conseguente supremazia del potere legislativo; nel secondo caso con un maggiore equilibrio tra i poteri che portava ad un sostanziale blocco¹⁵⁴.

Il filo conduttore del pensiero di Montesquieu ruota attorno al principio della separazione dei poteri, nel senso che, è possibile scongiurare l'usurpazione dei poteri quando gli stessi sono separati e si bilanciano l'un l'altro. Questo era il modello affermatosi nella pratica costituzionale inglese. Per Montesquieu, quindi, le esperienze dell'Eforato nel mondo classico non potevano non apparire tiranniche in quanto fondate sull'arbitrio e al di fuori di ogni attività regolamentata perché non inquadrabili in uno dei classici poteri dello stato¹⁵⁵.

Pagano ha grande considerazione del principio della separazione dei poteri; lo considera con principio irrinunciabile del pensiero giuridico e politico moderno e indice della bontà di ogni regolare forma di governo¹⁵⁶; tuttavia, non è di per sé sufficiente a risolvere il problema della garanzia costituzionale¹⁵⁷.

Nei Saggi politici Pagano dirà che «è il vero che, per la vicendevole opposizione e contrasto de' poteri, più stabile e meno precipitosa diviene la costituzione; ma ben anche è vero [...] che il contrasto delle forze produce l'inazione; che i vari organi della sovranità per la vicendevole opposizione rimangono inattivi; che i diversi poteri, dovendo difendere i propri diritti, e volendo conservare l'usurpazione, faranno abuso dello scambievole veto»¹⁵⁸, pertanto «l'inattività, che dall'opposte forze nasce, non è per certo un bene della società: la sua azione può nell'urgenze maggiori essere arrestata con grave danno e pericolo dello stato»¹⁵⁹. Stando così le cose non si poteva fare del principio della separazione dei poteri l'unico cardine di una costituzione.

Rousseau si pone il problema della custodia della costituzione ma, coerentemente alle proprie convinzioni ideologiche, la soluzione prospettata

¹⁵⁴ Vincenzo Ferrone, *La società giusta ed equa. Republicanesimo e diritti dell'uomo in Gaetano Filangieri*, op. cit., pp. 240-241.

¹⁵⁵ Gioele Solari, *Studi su Francesco Mario Pagano*, op. cit., p. 312.

¹⁵⁶ Paolo De Angelis, *Politica e giurisdizione nel pensiero di Francesco Mario Pagano*, op. cit., p. 112; Dario Ippolito, *Mario Pagano, Il pensiero giuspolitico di un illuminista*, op. cit., p. 140.

¹⁵⁷ Vincenzo Ferrone, *La società giusta ed equa. Republicanesimo e diritti dell'uomo in Gaetano Filangieri*, op. cit., p. 240.

¹⁵⁸ Francesco Mario Pagano, *Saggi politici dei Principj, progressi e decadenza delle Società (1791)*, op. cit., Saggio V, cap. XXII, p. 313.

¹⁵⁹ Francesco Mario Pagano, *Saggi politici dei Principj, progressi e decadenza delle Società (1791)*, op. cit., ivi, p. 312.

non poteva essere soddisfacente per Pagano. Il filosofo ginevrino ipotizza l'istituzione di un Tribunato, organo né legislativo né giudiziario, che aveva come unica funzione quella di difendere con il veto l'attività del legislativo rispetto agli abusi dell'esecutivo¹⁶⁰. Rousseau non ne definì chiaramente i compiti preoccupandosi piuttosto di limitarne i poteri al fine di evitare che potesse a sua volta trasformarsi in usurpatore¹⁶¹. In realtà Rousseau non accoglieva il principio della pluralità dei poteri per cui il Tribunato finiva per essere una mera appendice del potere legislativo, unico potere sovrano, contro gli atti dell'esecutivo, semplice fiduciario popolare, sempre sospettato di violare la legge¹⁶².

Il potere legislativo espressione della volontà generale godeva, pertanto, secondo Rousseau, di uno stato di sostanziale onnipotenza; la legge aveva come unica fonte la volontà generale e ne conservava il carattere, era sempre una statuizione «di tutto il popolo su tutto il popolo»¹⁶³ e, per il motivo per cui «nessuno può essere ingiusto verso sé stesso»¹⁶⁴, la legge non avrebbe potuto che essere giusta. Il legislativo non è censurabile.

Viste le premesse del pensiero di Pagano per cui una costituzione deve provvedere alla «conservazione e difesa de' diritti naturali degli uomini ridotti in società», la soluzione di Rousseau è palesamente inaccettabile. Il vero punto di forza del giurista napoletano (assieme alla scuola di cui era grande esponente) era quello di puntare sull'assoluto primato dei diritti costituzionalmente garantiti che mai avrebbero accettato una compressione ad opera di qualsiasi autorità arbitraria, neppure sotto le vesti di una pretesa volontà generale¹⁶⁵.

D'altra parte, le conseguenze di un legislatore privo di ogni vincolo sono palesate da Pagano nei *Saggi politici* ove afferma che «se mai il potere legislativo sia affidato ad un corpo di rappresentanti, senza la resistenza della tribunicia facoltà al rappresentante della pubblica forza accordata, l'ambizione, la gelosa rivalità, naturale agli uomini, opererà col tempo che il potere legislativo distrugga dell'intutto il potere esecutivo e giudiziario, lo richiami a sé; onde, concentrandosi nel corpo stesso le tre facoltà sovrane, una dispotica e fatale aristocrazia divenga la tomba della nazionale libertà»¹⁶⁶.

¹⁶⁰ Gioele Solari, *Studi su Francesco Mario Pagano*, op. cit., p. 312.

¹⁶¹ Mario Battaglini, *Mario Pagano e il progetto di Costituzione della Repubblica Napoletana*, op. cit., p. 186.

¹⁶² Gioele Solari, *Studi su Francesco Mario Pagano*, op. cit., *ibidem*.

¹⁶³ Jean Jacques Rousseau, *Il contratto sociale*, II, 6, a cura di Roberto Gatti, RCS, Milano, 2010, p. 38.

¹⁶⁴ Jean Jacques Rousseau, *Il contratto sociale*, op. cit., p. 139.

¹⁶⁵ Vincenzo Ferrone, *La società giusta ed equa. Republicanesimo e diritti dell'uomo in Gaetano Filangieri*, op. cit., p. 246.

¹⁶⁶ Francesco Mario Pagano, *Saggi politici dei Principj, progressi e decadenza delle Società (1791)*, op. cit., Saggio V, cap. XXII, p. 313.

In sintesi, per Pagano, a seguire queste due sole indicazioni si cade in due pericolosi estremi «dell'inazione del corpo sociale, o della pronta corruzione della stabilita costituzione»¹⁶⁷.

La sua soluzione è ben diversa ed è, come si è detto, prima esplicitata nei suoi saggi politici e poi concretizzata nel progetto di costituzione.

L'idea dell'Eforato appare chiara nella seconda edizione dei Saggi del 1791, ma già nella prima edizione del 1783 Pagano si pone il problema della violazione della legge naturale da parte delle leggi civili; ben prima, quindi, del progetto di Sieyès.

Pagano inizia interrogandosi su due problemi: quale sia la funzione della costituzione e quali siano i caratteri di una regolare forma di governo. Alla prima domanda, si detto, che Pagano risponde dicendo che ogni costituzione deve tendere alla «difesa de' diritti naturali degli uomini ridotti in società»; alla seconda Pagano dà una risposta che riporta alla mente il pensiero di Sieyès, ossia «due sono le proprietà di un regolare e perfetto governo [...]: onnipotenza per abbattere l'indipendenza privata ossia l'anarchia [...]; ed impotenza di offendere la libertà civile, di degenerare in dispotismo»¹⁶⁸.

Da ciò Pagano deduce che «quando le leggi e il governo ad altro rimirino che alla conservazione dei diritti degli uomini, la società è giunta alla sua morte. Non v'ha più società [...] non v'ha più governo: perocchè non è governo quello, che il suo privato interesse, non già il pubblico bene, cioè la conservazione de' diritti di ciascuno, si ha proposto; ma violenta oppressione: non è società quella, dove la doppia proprietà non è assicurata, ma una moltitudine di esseri vegetanti e senzienti nel luogo stesso radunati»¹⁶⁹; pertanto «quando positive leggi non corrispondono a cotesta intrinseca, e naturale legge [...] direttamente allora le leggi opprimono la libertà [...]. Ovunque o qualche cittadino, o una classe di cittadini, ovvero di esecutori stessi delle leggi impunemente adoprare possano la violenza o l'oppressione, ovunque i diritti non sieno giustamente ripartiti e gagliardamente protetti e difesi, ivi la libertà civile non vive, ma la servitù colla violenza regna e trionfa»¹⁷⁰.

Di fronte ai vizi degli stati e dei governi Pagano si interroga «Ma quali debbon essere le funzioni del governo, per custodire il sacro deposito della libertà civile e della proprietà?»¹⁷¹.

¹⁶⁷ Francesco Mario Pagano, *Saggi politici dei Principj, progressi e decadenza delle Società (1791)*, op. cit., *ibidem*.

¹⁶⁸ Francesco Mario Pagano, *Saggi politici dei Principj, progressi e decadenza delle Società (1791)*, op. cit., *ivi*, p. 305.

¹⁶⁹ Francesco Mario Pagano, *Saggi politici dei Principj, progressi e decadenza delle Società (1791)*, op. cit., *ivi*, p. 304.

¹⁷⁰ Francesco Mario Pagano, *Saggi politici dei Principj, progressi e decadenza delle Società (1791)*, op. cit., Saggio V, cap. XVI, p. 289; d'altra parte Pagano si era espresso negli stessi termini anche nei *De' Saggi politici. Volume II. Del civile corso delle nazioni (1783)*, op. cit., Saggio V, cap. XV, pp.138-139.

¹⁷¹ Francesco Mario Pagano, *Saggi politici dei Principj, progressi e decadenza delle Società (1791)*, op. cit., Saggio V, cap. XXII, p. 305.

Per rispondere a tale quesito il giurista lucano pone in rassegna le caratteristiche dei diversi tipi di stato sin dall'antichità e giunge a sostenere la preferibilità del governo misto, che si regge sulle separazione dei poteri ma, superando Montesquieu, ritiene che il solo equilibrio reciproco tra i poteri sia insufficiente a garantire i diritti civili, unico risultato sarebbe in tal caso l'inazione. Si pone la necessità di un organo o un potere che sia garante dei diritti ma Pagano, in evidente critica al pensiero di Rousseau, non ritiene che tale potere possa essere il legislativo. Si chiede infatti Pagano «come altrimenti opporre un ostacolo al potere legislativo, che, animato dall'impeto di un genio innovatore, come un tempestoso mare, non mai s'arresta un sol momento nel medesimo stato? [...] E come in altra guisa impedire la promulgazione di una dannosa legge, che abbia concepito un tumultuoso furore?»¹⁷².

Per Pagano la soluzione non può essere che una: un organo completamente distinto dal potere legislativo, esecutivo e giudiziario. Volendo usare le sue parole, emblematiche sul punto, «Se destinsi un altro separato e temporaneo rappresentante del potere tribunizio, che non abbia alcuna funzione né legislativa né giudiziaria né esecutiva, che non sia perciò mosso dall'interesse di accrescere quei diritti che non esercita, né di conservare quell'usurpazioni che sugli altri non può fare, questa tale tribunizia potestà sarà come il baluardo della costituzione, il tribunale supremo de' poteri, il custode della linea, che non debbon oltrepassare coloro che esercitano le sovrane funzioni; e in tal guisa, senza produrre quell'inattività, che dall'opposizione dei poteri dee per necessità nascere, si avrà il vantaggio della potestà tribunizia. Debbonsi però tali stabilimenti fare, che cotesta tribunizia potestà non possa, come accadde a Sparta ed a Roma, usurpare le funzioni o de' giudici o del potere esecutivo: perciocché allora s'inciamperebbe o negli stessi, o in disordini maggiori»¹⁷³.

Pagano ritiene che quest'argomento sia della massima importanza tale da richiedere l'approfondimento di un'intera opera, ma queste poche battute esprimono la piena maturità di un'idea alla quale il giurista lucano darà consapevole concretizzazione nel *Progetto* di costituzione ed esplicitazione nel suo *Rapporto* introduttivo. Nelle poche righe del Rapporto che vengono dedicate alla custodia della costituzione è sintetizzato l'intero percorso ideologico che abbiamo cercato di ricostruire nelle pagine precedenti.

Già in esordio contiene una netta presa di distanza dalle costituzioni francesi, si tratta di «un'aggiunzione fatta [...] per quel salutare timore che dobbiamo noi avere del dispotismo». Continuando, critica senza riserve quelli che secondo lui erano stati i mali delle costituzioni francesi: o un potere eccessivo del legislativo che conduce al dispotismo, o un equilibrio assoluto tra i poteri che conduce all'immobilismo¹⁷⁴.

¹⁷² Francesco Mario Pagano, *Saggi politici dei Principj, progressi e decadenza delle Società (1791)*, op. cit., ivi, pp. 312-313.

¹⁷³ Francesco Mario Pagano, *Saggi politici dei Principj, progressi e decadenza delle Società (1791)*, op. cit., ivi, p. 314.

¹⁷⁴ Testualmente, «Se il potere esecutivo sia troppo dipendente dal Corpo legislativo, come lo era nella costituzione francese del 1793, in tal caso l'assemblea assorbirà il potere esecutivo, e concentrandosi in essa tutti i poteri, ella diverrà dispotica. Se poi sia indipendente l'una dall'altra, potranno sorgere due disordini, o l'inazione ed il languore della macchina politica per

Il principio della separazione dei poteri è dato per scontato ma l'assenza di un organo di giustizia costituzionale che ne garantisca il rispetto, per Pagano, finisce per privarlo di significato¹⁷⁵. Da ciò «la necessità di un altro corpo di rappresentanti del popolo, che sia come un tribunale supremo, il quale tenga in mano la bilancia de' poteri, e li racchiuda ne' loro giusti confini: che abbia in sommo la custodia della costituzione e della libertà. Esso farà rientrare il potere esecutivo nella sua linea ove l'abbia oltrepassata. Esso opporrà un veto al Corpo legislativo, se in qualche caso usurpi l'esecuzione [...] il potere tribunizio risiederà in questo corpo, che noi abbiam chiamato degli efori»¹⁷⁶.

Tale organo per Pagano doveva essere posto al di fuori dei tradizionali poteri legislativo, esecutivo e giudiziario «perché non abbia interesse alcuno d'inceppare le altre funzioni per espandere le proprie» trasformandosi da «baluardo di libertà» in «seme d'arbitrario potere»¹⁷⁷.

La lettura delle funzioni delle Corpo degli Efori ci consente di appurare in modo ancora più evidente la distanza che segna il rapporto tra la Francia rivoluzionaria e la dottrina della scuola giuridica napoletana.

L'istituzione di tale corpo nasceva dall'esigenza di far rispettare la costituzione «dove erano consacrati principi e norme considerati eterni»; era un tribunale con il compito di esercitare il controllo sulle leggi ordinarie, «custode geloso e intransigente della costituzione»¹⁷⁸. L'idea di fondo è sempre legata alle suggestioni del diritto naturale e, in particolare si regge sulla «centralità indiscussa dei diritti dell'uomo e sulla necessità [...] d'intervenire nel potenziale conflitto tra i principi costituzionali e quelli della sovranità della nazione»¹⁷⁹. Posta in questi termini, l'ispirazione di Pagano, più che andare al modello francese che egli richiama come «repubblica madre», si rivolge alle idee maturate al di là dell'Atlantico e che, a partire dai *Federalist papers* troveranno coronamento nella dottrina del giudice Marshall¹⁸⁰.

la poca intelligenza de' due corpi che rivalizzano tra loro, ovvero l'usurpazione dell'uno sull'altro per quella naturale tendenza di quei poteri all'ingrandimento». *Rapporto del Comitato di legislazione al Governo provvisorio*, op. cit., p. 263.

¹⁷⁵ Tale organo sarebbe proprio il naturale coronamento del principio della separazione dei poteri, considerato un vero cardine del diritto pubblico illuminista, che grazie all'intuizione di Pagano trovava effettiva garanzia. Cfr. Carlo Ghisalbetti, *Le Costituzioni "giacobine" (1796-1799)*, op. cit., p. 262.

¹⁷⁶ *Rapporto del Comitato di legislazione al Governo provvisorio*, op. cit., p. 264.

¹⁷⁷ *Rapporto del Comitato di legislazione al Governo provvisorio*, op. cit., *ibidem*.

¹⁷⁸ Vincenzo Ferrone, *La società giusta ed equa. Republicanesimo e diritti dell'uomo in Gaetano Filangieri*, op. cit., p. 245.

¹⁷⁹ Vincenzo Ferrone, *La società giusta ed equa. Republicanesimo e diritti dell'uomo in Gaetano Filangieri*, op. cit., p. 243.

¹⁸⁰ L'America può essere considerata la patria dell'affermazione della superiorità della costituzione rispetto ad ogni atto legislativo ordinario, ciò inteso come supremazia del diritto naturale avente validità superiore al diritto positivo del legislatore. «Mentre prima si diceva: ogni legge contraria al diritto naturale è nulla, Marshall dice: ogni legge contraria alla costituzione è nulla». Si tratta di un argomento che dà una base giuridica alla superiorità dei diritti naturali. Cfr. Mario Einaudi, *Le origini dottrinali e storiche del controllo giudiziario sulla costituzionalità delle leggi negli Stati Uniti d'America*, op. cit., pp. 52-53.

In Francia, dove pure non era mancato chi aveva ravvisato il problema della salvaguardia della costituzione di fronte alla degenerazione dei poteri (e Sieyès ne è l'esempio più lampante), non si era mai introdotto (almeno fino al 1799)¹⁸¹ un organo di giustizia costituzionale. Tra la tripartizione classica dei poteri e la sovranità del legislativo espressione della volontà generale non residuava spazio per un organo estraneo ai tre poteri tradizionali in grado di imporsi ai rappresentanti del popolo. La Costituzione del 1795 si limitava a rimettere la sua salvaguardia «alla fedeltà del Corpo legislativo, del Direttorio esecutivo, degli amministratori e dei giudici; alla vigilanza dei padri di famiglia, alle spose e alle madri, all'affetto dei giovani cittadini, al coraggio di tutti i francesi»¹⁸².

IV. LA STRUTTURA E LE FUNZIONI DEL CORPO DEGLI EFORI.

Una ulteriore peculiarità del progetto di Eforato del Pagano che consente di differenziarlo dalle precedenti esperienze sia francesi che nordamericane, ma che, in un certo senso, lo assimila al progetto di Sieyès, è la dettagliata disciplina della sua struttura e delle sue funzioni.

Negli Stati Uniti si era scelta la via del *judicial review* per cui era stata abbandonata la possibilità di disciplinare a livello costituzionale un organo di controllo di legittimità delle leggi. In Francia, invece, gran parte dei progetti diretti a prevedere un organo con tali funzioni erano falliti, oltre che per ragioni "politiche", anche per l'eccessiva sinteticità e lacunosità del loro articolato¹⁸³.

Pagano si preoccupa di regolare in modo puntuale un organo così innovativo per il sistema del diritto pubblico dedicandogli ben 31 articoli della nuova costituzione¹⁸⁴.

Iniziando dall'esame della struttura, il Corpo degli Efori si componeva di 17 membri, uno per ciascun dipartimento della Repubblica¹⁸⁵, e nessun

¹⁸¹ Anno in cui fu introdotto con la nuova costituzione il *Sénat conservateur*. In realtà tale organo conserverà ben poco delle originarie idee di Sieyès atteggiandosi piuttosto come strumento di legittimazione del governo bonapartista. Anche per la sua sostanziale "inutilità" verrà soppresso nel 1815. Cfr. Mario Battaglini, *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, op. cit., pp. 65-66.

¹⁸² Così testualmente l'art. 377 della Costituzione francese del 1795, con una formulazione non molto dissimile da quella dell'ultimo articolo della Costituzione napoletana. Cfr. Vincenzo Ferrone, *La società giusta ed equa. Republicanesimo e diritti dell'uomo in Gaetano Filangieri*, op. cit., p. 246.

¹⁸³ Con la dovuta eccezione del progetto di Sieyès del 1795. Cfr. *retro*, par. 2.2.

¹⁸⁴ Per quanto possa essere utile il confronto, le moderne costituzioni dedicano uno spazio sicuramente minore alla disciplina degli organi di giustizia costituzionale: la Costituzione spagnola dedica 7 articoli (159-165) al Tribunal constitucional; la Grundgesetz ne dedica 4 (92-94 e 100) al Bundesverfassungsgericht; la Costituzione italiana anche 4 (134-137) alla Corte costituzionale.

¹⁸⁵ Art. 350 Costituzione Napoletana. In base all'art. 3 Costituzione Napoletana l'intera repubblica era suddivisa in 17 dipartimenti: Gran Sasso, Aterno, Majella, Liri, Vesuvio, Biferno, Gargano, Calore, Sele, Palinuro, Brandano, Vulture, Leuca, Palino, Crati, Lacinio, Leucopetra. Per tutti gli articoli del Progetto che verranno di seguito citati si veda il Progetto in *Appendice a Mario Battaglini, Mario Pagano e il progetto di Costituzione della Repubblica Napoletana*, op. cit., pp. 243-320. Lo stesso testo è, altresì, reperibile in Horst Dippel e Jörg Luther (a cura di),

dipartimento, quale che fosse la consistenza della sua popolazione, poteva eleggere più di un Eforo¹⁸⁶. Gli stessi dipartimenti avrebbero dovuto provvedere alla elezione di un eguale numero di “surrogandi” che avrebbero preso il posto degli Efori “titolari” in caso di morte o impedimento dovuto a infermità o accusa¹⁸⁷.

Il Corpo veniva rinnovato completamente ogni anno¹⁸⁸ e a ciò provvedevano le Assemblee elettorali attraverso un sistema di elezioni di secondo grado previsto generalmente dalla costituzione per la nomina delle cariche elettive dello stato¹⁸⁹. Nonostante la derivazione dipartimentale degli Efori gli stessi non erano portatori delle esigenze della frazione di popolazione che li aveva eletti ma rappresentavano l'intera nazione¹⁹⁰, non esisteva, quindi, alcun vincolo di mandato rispetto agli elettori ma dovevano obbedire soltanto alla costituzione.

Ai fini della garanzia dell'autonomia e dell'indipendenza dell'organo che non poteva intervenire in alcuna funzione pubblica e, quindi, esercitare alcun potere legislativo, esecutivo o giudiziario¹⁹¹, i membri erano in situazioni d'incompatibilità con qualsiasi altra carica, ad eccezione dell'appartenenza all'Istituto Nazionale¹⁹². La costituzione disciplinava puntualmente i requisiti di eleggibilità degli Efori¹⁹³: aver compiuto il quarantacinquesimo anno di età;

Constitutional documents of Italy and Malta, 1787-1850, De Gruyter, Berlino, 2010, pp. 33-68, e in particolare pp. 58-60.

¹⁸⁶ Art. 355 Costituzione Napoletana.

¹⁸⁷ Art. 356 Costituzione Napoletana.

¹⁸⁸ Art. 357 Costituzione Napoletana. La breve durata della carica avrebbe dovuto garantire una maggiore imparzialità dell'esercizio della funzione; in realtà, come è stato giustamente osservato in relazione all'Eforato di Filangieri, non esiste una stretta connessione tra durata della carica e garanzia del suo corretto esercizio per cui anche una carica lunghissima non è sinonimo di abuso, come dimostrato dai componenti della Corte suprema statunitense. Cfr. Gaetano Pecora, *Il pensiero politico di Gaetano Filangieri. Una analisi critica*, op. cit., p. 49. Ad ogni modo, doveva ritenersi esclusa la possibilità di un rinnovo parziale a rotazione. Cfr. Edoardo Fregoso, *Controllare la legge, Costituzioni e prassi tra XVIII e XIX secolo*, op. cit., p. 310.

¹⁸⁹ Le Assemblee primarie eleggevano le assemblee elettorali in regione di un elettore ogni duecento cittadini, e queste procedevano alla nomina dei componenti del Corpo legislativo, dei membri del Tribunale di Cassazione, degli Efori, dei Censori etc. Cfr. Mario Battaglini, *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, op. cit., p. 92.

¹⁹⁰ Art. 351 Costituzione Napoletana. D'altra parte, residui di tale esigenza si rinvengono anche nelle moderne costituzioni. Basta pensare, a titolo di esempio, alla quota di giudici costituzionali la cui nomina è rimessa al Parlamento dalla Costituzione italiana. Anche questo potrebbe, in un certo senso, assimilarsi ad una elezione di secondo grado con lo scopo di bilanciare una composizione esclusivamente tecnica dell'organo di controllo costituzionale. Ad ogni modo, una derivazione totalmente elettiva dell'organo di giustizia costituzionale rischiava di vanificare l'efficacia di tali organi in quanto composti secondo gli stessi procedimenti e dagli stessi soggetti che provvedevano alla formazione degli organi legislativi.

¹⁹¹ Art. 351 Costituzione Napoletana.

¹⁹² Art. 354 Costituzione Napoletana.

¹⁹³ Art. 365 Costituzione Napoletana. La precisazione sullo stato coniugale potrebbe essere un retaggio dell'art. 4 dei doveri nella Dichiarazione dei diritti e dei doveri del cittadino alla Costituzione francese del 1795 secondo cui «Nessuno è buon cittadino, se non è buon figliuolo, buon padre, buon fratello, buon amico, buon marito»; inoltre, si voleva che gli Efori fossero

essere ammogliato o vedovo; essere stato, almeno una volta, membro del Corpo legislativo o dell'Arcontato; avere il domicilio nella repubblica da almeno dieci anni, al momento della elezione.

Tali requisiti, ad eccezione di quello relativo all'età, erano da rispettarsi soltanto una volta decorsi dieci anni dallo stabilimento della costituzione¹⁹⁴. Come è stato correttamente osservato, la disposizione va letta nel senso che per le prime elezioni degli Efori non dovevano essere rispettate le condizioni di cui all'articolo precedente e non nel senso di una sospensione delle elezioni per un periodo di dieci anni¹⁹⁵. D'altra parte sarebbe stato un controsenso logico chiedere il domicilio da almeno dieci anni o l'aver fatto parte di organi costituzionali per uno stato di nuova costituzione.

Lo stesso articolo puntualizzava poi che si consideravano domiciliati nel territorio della Repubblica i cittadini fuoriusciti per missioni di governo¹⁹⁶.

Una volta terminato il loro mandato i membri uscenti non potevano essere rieletti per un periodo di cinque anni a decorrere dall'anno successivo alla scadenza del mandato. A decorrere dallo stesso momento e per un periodo di tre anni gli ex membri dell'Eforato non potevano essere eletti membri del Corpo legislativo o dell'Arcontato¹⁹⁷.

I membri del Corpo degli Efori ricevevano una indennità di trecento ducati al mese per soli due mesi dal giorno della loro elezione¹⁹⁸ ed era irrinunciabile. Inoltre, godevano di una particolare autonomia della sede e di guarentigie personali particolari.

Innanzitutto, presso la sede vi è una Guardia di cittadini analoga a quella dell'Arcontato che dipende direttamente dal Corpo degli Efori¹⁹⁹. Inoltre, al Corpo degli Efori si applicano le disposizioni in materia di immunità, pubblicità delle sedute e stampa dei processi verbali, modo di votazione e formazione di comitati e commissioni, previste dalla costituzione per il Corpo legislativo²⁰⁰. Analogamente ai componenti di quest'ultimo anche gli Efori godevano della medesima garanzia di immunità penale e di riserva di giurisdizione in quanto

persone con una certa esperienza nella vita pubblica. Edoardo Fregoso, *Controllare la legge, Costituzioni e prassi tra XVIII e XIX secolo, op. cit., ibidem.*

¹⁹⁴ Art. 366, comma 1, Costituzione Napoletana.

¹⁹⁵ Mario Battaglini, *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi, op. cit., p. 94.*

¹⁹⁶ Art. 366, comma 2, Costituzione Napoletana. Puntualizzazione, come osservato, necessaria perché ai sensi dell'art. 6 Costituzione Napoletana era da considerarsi a tutti gli effetti cittadino colui che fosse nato e dimorante nel territorio della Repubblica dall'età di 23 anni e che vi avesse avuto il domicilio per un anno, oltre a versare una contribuzione diretta (requisito non previsto per chi abbia fatto parte di campagne a difesa della Repubblica). Cfr. Mario Battaglini, *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi, op. cit., ibidem.*

¹⁹⁷ Art. 358 Costituzione Napoletana.

¹⁹⁸ Art. 364 Costituzione Napoletana.

¹⁹⁹ Art. 353 Costituzione Napoletana. Tale particolare Guardia era tratta dalla Guardia nazionale sedentaria, un corpo di basso livello bellico, differente dalla Guardia nazionale in attività, vera e propria forza dell'esercito. Edoardo Fregoso, *Controllare la legge, Costituzioni e prassi tra XVIII e XIX secolo, op. cit., p. 311.*

²⁰⁰ Art. 352 Costituzione Napoletana.

unico giudice delle accuse mosse contro di essi era il Corpo nel suo complesso²⁰¹.

I requisiti di eleggibilità e le garanzie di indipendenza con cui Pagano connota il “suo” custode della costituzione dimostrano a pieno l’importanza della funzione che esso era chiamato ad assolvere e l’equilibrio che doveva caratterizzare le sue attività rispetto agli altri poteri dello stato ai quali era estraneo.

Come già anticipato, il Corpo degli Efori veniva interamente rinnovato ogni anno e si riuniva una sola volta durante questo periodo, il 20 floreale (9 maggio), nello stesso Comune in cui si riuniva il Corpo legislativo²⁰², ma in un luogo (Casa) diverso da quello in cui si riuniva l’Arcontato o il Corpo legislativo²⁰³. Una volta costituito in modo definitivo il Corpo ne veniva data immediata comunicazione tramite un messaggero al Corpo legislativo e all’Esecutivo²⁰⁴. La sessione dell’Eforato aveva una durata di soli quindici giorni, ad esclusione del primo di riunione, e terminava pertanto il 5 pratile (24 maggio) di ciascun anno²⁰⁵. Le sessioni avevano carattere continuativo ed era fatto divieto di sospenderle anche per un solo giorno²⁰⁶. Una volta decorso il termine stabilito dalla costituzione il Corpo era disciolto di diritto. Era prevista una sanzione piuttosto severa per chi avesse continuato ad esercitare la carica di Eforo o si fosse riunito in questa qualità a coloro che con esso erano stati membri del Corpo una volta intervenuto lo scioglimento di diritto. Si sarebbe trattato di un attentato alla costituzione²⁰⁷.

Ogni cinque giorni il Corpo degli Efori eleggeva il proprio presidente, per cui in un’unica sessione vi era un’alternanza di tre presidenti; il Corpo nominava altresì un segretario, anch’essi verosimilmente eletto, che però restava in carica fino alla disunzione del Corpo²⁰⁸.

Il Corpo, inoltre, avrebbe dovuto nominare tra i suoi membri due Messaggeri che erano disposti al suo diretto servizio e che curavano la trasmissione al Corpo legislativo e all’Arcontato delle decisioni prese. In ragione del ruolo ricoperto dall’Eforato essi godevano del libero ingresso nel luogo delle sessioni del Corpo legislativo e dell’Arcontato²⁰⁹.

Le votazioni dovevano avvenire per alzata e seduta, salvo espressa richiesta di appello nominale. La costituzione prevedeva un duplice *quorum*,

²⁰¹ Art. 380 Costituzione Napoletana.

²⁰² Art. 359 Costituzione Napoletana.

²⁰³ Art. 360 Costituzione Napoletana.

²⁰⁴ Art. 376 Costituzione Napoletana.

²⁰⁵ Art. 362 Costituzione Napoletana. Nel rapporto introduttivo si osservava che «le più frequenti riunioni potrebbero più turbare che riordinare; poiché gi uomini voglion sempre fare qualche cosa o che sia o no a proposito, quando sono riuniti per fare». *Rapporto del Comitato di legislazione al Governo provvisorio, op. cit.*, p. 264.

²⁰⁶ Art. 378 Costituzione Napoletana.

²⁰⁷ Art. 363 Costituzione Napoletana.

²⁰⁸ Art. 361 Costituzione Napoletana.

²⁰⁹ Art. 377 Costituzione Napoletana.

costitutivo e deliberativo: il Corpo degli Efori non può deliberare se la sessione non è composta da almeno i due terzi dei membri²¹⁰; l'annullamento dell'atto deve essere sottoscritto da almeno due terzi dei membri intervenuti²¹¹.

Dopo aver esaminato il profilo attinente alla struttura e al funzionamento dell'Eforato è opportuno affrontare la questione, sicuramente più complessa, della funzione che esso è chiamato a svolgere.

La costituzione contiene un'elencazione tassativa²¹² delle funzioni che sono riservate esclusivamente al Corpo degli Efori, in particolare esso deve: «1. [Verificare] se la costituzione è stata osservata in tutte le sue parti; 2. [Verificare] se i poteri hanno osservato i loro limiti costituzionali, oltrepassando, o trascurando ciò che la costituzione stabilisce; 3. Richiamare ciascun potere ne' limiti, e doveri rispettivi, cassando ed annullando gli atti di quel potere, che gli avesse esercitati oltre le funzioni attribuitegli dalla costituzione; 4. Proporre al Senato la revisione di qualche articolo della costituzione, se per esperienza non si trovasse conveniente; 5. Rappresentare al Corpo legislativo l'abrogazione di quelle leggi che sono opposte ai principi della costituzione».

Come è possibile scorgere dal testo riportato le funzioni del Corpo degli Efori possono ridursi sostanzialmente a due: una prima di organo di garanzia costituzionale; una seconda di promotore della revisione della costituzione²¹³.

La garanzia costituzionale si esplica sia attraverso l'indagine sulla costituzionalità degli atti legislativi e degli atti normativi o non normativi dell'esecutivo, sia attraverso la risoluzione dei conflitti di attribuzione. Come parametro della valutazione della legittimità degli atti gli Efori avrebbero fatto riferimento non tanto al testo della Costituzione ma ai principi della stessa²¹⁴.

Per quanto riguarda la legittimazione attiva ad instaurare il giudizio di controllo di costituzionalità sia sugli atti legislativi che su quelli dell'esecutivo, nulla dice la costituzione che si limita ad affermare che compito dell'Eforato era quello di «esaminare se la costituzione è stata osservata in tutte le sue parti». In dottrina si è pertanto dedotto che l'indagine sulla costituzionalità era promossa d'ufficio, senza la necessità dell'intervento di un potere o di un singolo al fine di ottenere una dichiarazione di incostituzionalità²¹⁵.

²¹⁰ Art. 367 Costituzione Napoletana.

²¹¹ Art. 373 Costituzione Napoletana. In realtà, sul punto, il disposto costituzionale è piuttosto oscuro. Infatti, si limita a prevedere la "sottoscrizione" da parte di due terzi degli intervenuti ma non specifica se gli stessi debbano aver espresso anche il loro voto favorevole. Sembra comunque da preferirsi l'interpretazione del termine "sottoscrizione" nel senso di "adesione" alla formula di annullamento.

²¹² Art. 368 Costituzione Napoletana.

²¹³ Non è mancato chi abbia distinto tre funzioni di natura diversa in particolare scindendo controllo di costituzionalità delle leggi e risoluzione dei conflitti tra poteri. Cfr. Jörg Luther, *Idee e storie di giustizia costituzionale nell'ottocento*, op. cit., pp. 35-36.

²¹⁴ Edoardo Fregoso, *Controllare la legge, Costituzioni e prassi tra XVIII e XIX secolo*, op. cit., p. 313.

²¹⁵ Mario Battaglini, *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, op. cit., p. 96; Edoardo Fregoso, *Controllare la legge, Costituzioni e prassi tra XVIII e XIX secolo*, op. cit., p. 316.

L'intenzione di Pagano appariva, quindi, non tanto quella di dar vita ad un vero e proprio tribunale costituzionale, come intendeva Sieyès, privo di iniziativa propria²¹⁶, ma di creare un organo che garantisse la complessiva tenuta costituzionale dell'ordinamento, prescindendo da una tutela diretta dei diritti dei singoli²¹⁷.

Per quanto riguarda la tipologia di controlli da esercitare sugli atti legislativi si è sostenuto che, essendo l'Eforato del tutto estraneo al potere legislativo, esso dovesse limitarsi ai soli aspetti di legittimità costituzionale escludendosi qualsiasi apprezzamento sul merito del provvedimento²¹⁸. Tali valutazioni spettavano esclusivamente agli organi legislativi mentre all'Eforato era costituzionalmente preclusa ogni ingerenza nell'ambito dell'esecutivo, del giudiziario e del legislativo.

Nemmeno in relazione ai conflitti di attribuzione la costituzione indica chi e come debba sollevare il conflitto, per cui si è sostenuto che, nell'assegnare agli Efori il compito di controllare che i poteri abbiano «osservato i loro limiti costituzionali» richiamandoli negli stessi qualora li abbiano travalicati, la costituzione abbia piuttosto voluto far riferimento alla sanzione dell'abuso di potere per la quale poteva procedere d'ufficio²¹⁹. A tale proposito parrebbe venirci in soccorso lo stesso Pagano nel *Rapporto* il quale dice che gli Efori «potranno giudicare tanto ad istanza de' poteri per terminare le loro controversie, quanto di ufficio»²²⁰. In questo senso l'Eforato poteva essere considerato bilancia tra i poteri chiamato a far fronte ad abusi e usurpazioni su specifica istanza o qualora lo reputi opportuno²²¹.

Un ulteriore problema da affrontare è quello che attiene agli effetti della decisione dell'Eforato, rispetto alla quale è opportuno distinguere a seconda che essa investa un atto legislativo o un atto del potere esecutivo.

In quest'ultimo caso non sembrano porsi problemi di sorta: se il Corpo decideva di sanzionare l'atto, lo stesso era da considerarsi nullo e all'organo che lo aveva adottato non restava altro da fare che adattarsi alla decisione dell'Eforato²²².

²¹⁶ Gioele Solari, *Studi su Francesco Mario Pagano*, op. cit., p. 313; Id., *L'attività legislativa di Mario Pagano nel governo repubblicano del 1799 a Napoli*, op. cit., pp. 71-72.

²¹⁷ Mario Battaglini, *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, op. cit., *ibidem*.

²¹⁸ Carlo Ghisalberti, *Le Costituzioni "giacobine" (1796-1799)*, op. cit., p. 261.

²¹⁹ Mario Battaglini, *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, op. cit., p. 94; Id., *Mario Pagano e il progetto di Costituzione della Repubblica Napoletana*, op. cit., p. 210.

²²⁰ *Rapporto del Comitato di legislazione al Governo provvisorio*, op. cit., p. 264; in tal senso anche Jörg Luther, *Idee e storie di giustizia costituzionale nell'ottocento*, op. cit., p. 32.

²²¹ Va notato che Pagano intende il controllo degli Efori rivolto non soltanto a sanzionare i conflitti che derivano dall'abuso o dall'eccesso nell'esercizio delle funzioni spettanti a ciascun potere, ma anche a sanzionare le omissioni (analogamente a quanto prevedono le moderne giurisdizioni costituzionali in tema di conflitti tra poteri). Cfr. Dario Ippolito, *Mario Pagano, Il pensiero giuspolitico di un illuminista*, op. cit., *ibidem*.

²²² Mario Battaglini, *Mario Pagano e il progetto di Costituzione della Repubblica Napoletana*, op. cit., p. 211.

Con riferimento agli atti legislativi si pongono, invece, una serie di questioni interpretative di difficile soluzione dovute alla oscurità e forse lacunosità del testo costituzionale.

Innanzitutto, il n. 5 dell'art. 368 Costituzione Napoletana dispone che l'Eforato possa «rappresentare al Corpo legislativo l'abrogazione di quelle leggi che sono opposte ai principi della costituzione», mentre il n. 3 prevede che possa cassare e annullare «gli atti di quel potere, che gli avesse esercitati oltre le funzioni attribuitegli dalla costituzione». Stando al dato normativo sembrerebbe che, mentre nel caso in cui gli Efori giudicano sulla costituzionalità delle leggi gli stessi abbiano solo la possibilità di proporre al Corpo legislativo l'abrogazione dell'atto censurato, nel caso in cui giudicano del conflitto tra poteri possono annullare l'atto legislativo senza ulteriori riserve, analogamente a quanto avviene per l'atto del potere esecutivo²²³.

La seconda questione è quella che riguarda il possibile contrasto tra la disposizione del n. 5 dell'art. 368 Costituzione Napoletana e l'art. 375 Costituzione Napoletana il quale si limita a disporre genericamente che «l'atto annullato per decreto degli Efori non ha più forza di obbligare niun cittadino, il quale non è più tenuto in niun caso di ubbidirvi». Tale formulazione, mentre non lascia dubbi sulla sorte degli atti diversi da quelli legislativi che sono annullati con effetto *ex nunc*, lascerebbe spazio ad una interpretazione estensiva, nel senso che anche per gli atti legislativi ritenuti incostituzionali sarebbe possibile un annullamento diretto da parte dell'Eforato senza necessità di intervento da parte del Corpo legislativo²²⁴. In questo senso sarebbe assolutamente impossibile conciliare le due norme testé citate: il n. 5 dell'art. 368 Costituzione Napoletana potrebbe, quindi, essere indice di una “terza” funzione dell'Eforato, distinta dal controllo di costituzionalità e dalla risoluzione dei conflitti, una sorta di funzione di iniziativa legislativa per meglio adattare l'ordinamento ai principi della costituzione²²⁵. Come è stato, però, opportunamente osservato, appare più verosimile ritenere che il n. 5 dell'art. 368 Costituzione Napoletana fosse espressione di un vecchio retaggio rousseauiano, che voleva ancora la subordinazione dell'Eforato al potere legislativo²²⁶. Nel percorso che aveva portato alla maturazione dell'idea paganiana di Eforato probabilmente l'art. 375

²²³ Tale incongruenza viene osservata in termini sostanzialmente analoghi da Dario Ippolito, *Mario Pagano, Il pensiero giuspolitico di un illuminista, op. cit.*, p. 312; Dario Ippolito, *Progetti costituzionali: Francesco Mario Pagano, op. cit.*, p. 263. Inoltre, il progetto di Pagano nulla dice circa l'eventuale rifiuto da parte del Corpo legislativo di adeguarsi alla proposta dell'Eforato. Cfr. Mario Battaglini, *Mario Pagano e il progetto di Costituzione della Repubblica Napoletana, op. cit., ibidem.*

²²⁴ In senso diverso Edoardo Fregoso, *Controllare la legge, Costituzioni e prassi tra XVIII e XIX secolo, op. cit.*, pp. 315-316, esclude del tutto l'eventualità di un possibile annullamento di leggi da parte dell'Eforato il quale avrebbe potuto soltanto rappresentarne l'abrogazione al Corpo legislativo. Tale tesi, pertanto, sembra rigettare l'eventualità che tra gli “atti” genericamente indicati dalla Costituzione Napoletana al n. 3 dell'art. 368 potessero rientrare anche gli “atti legislativi”.

²²⁵ Stando a Gioele Solari, *Studi su Francesco Mario Pagano, op. cit.*, p. 314, tale funzione si inserirebbe in quella visione che considera l'Eforato come «organo dello spirito Pubblico, che muta nel tempo» e che coopera «ad adeguare le leggi e le costituzioni ai nuovi bisogni, alle nuove necessità storiche».

²²⁶ Mario Battaglini, *Mario Pagano e il progetto di Costituzione della Repubblica Napoletana, op. cit., ibidem.*

Costituzione Napoletana rappresenta l'ultimo approdo, l'espressione della volontà di dar vita ad un organo non solo propulsore o consulente, ma giudice della costituzionalità delle leggi le cui decisioni erano inoppugnabili e immediatamente efficaci²²⁷. È molto probabile, quindi, che il n. 5 dell'art. 368 Costituzione Napoletana fosse un semplice passaggio intermedio del percorso, superato ma non eliminato, destinato forse ad una sorte diversa se il *Progetto* non fosse rimasto tale e su questa parte vi fosse stata discussione nel Comitato legislativo²²⁸.

Per quanto riguarda la decisione degli Efori questa doveva essere adottata a seguito di un'istruttoria durante la quale essi erano autorizzati a farsi presentare tutte le carte e tutti i registri che fossero necessari²²⁹ e prendevano la denominazione di "decreto".

Tali decreti dovevano contenere nel proemio l'indicazione degli articoli della costituzione violati e la data della sessione del Corpo degli Efori²³⁰; inoltre, in caso di annullamento doveva adottarsi la formula ritualmente stabilita dalla costituzione, ossia, «La costituzione riprova ed annulla l'atto del potere»²³¹; infine, al decreto andava apposto il sigillo del Corpo²³².

I decreti dovevano essere stampati, letti e pubblicati in tutti i cantoni della Repubblica²³³, per mezzo dei Presidenti delle Municipalità, con la seguente intestazione: «In nome della Repubblica Napoletana Decreto del Corpo degli Efori»²³⁴. L'anno seguente degli stessi decreti veniva data rilettura nelle Assemblee primarie ed elettorali durante le loro sessioni²³⁵.

La costituzione non prevede il termine entro il quale, una volta adottata la decisione, debba darsi luogo alla pubblicazione, si limita a ribadire l'efficacia *ex nunc* del decreto a partire dal giorno della sua pubblicazione²³⁶; ad ogni modo, la brevità della sessione lascia intendere che la pubblicazione debba avvenire il giorno stesso della decisione. Il Corpo provvede, inoltre, a far pervenire il giorno stesso il proprio decreto al Corpo legislativo e all'Arcontato, i quali non possono far altro che uniformarvisi²³⁷.

²²⁷ Mario Battaglini, *Mario Pagano e il progetto di Costituzione della Repubblica Napoletana*, op. cit., *ibidem*.

²²⁸ Secondo quanto tramandato la discussione si sarebbe arrestata al solo stato civile dei cittadini. Cfr. Mario Battaglini, *Mario Pagano e il progetto di Costituzione della Repubblica Napoletana*, op. cit., p. 17.

²²⁹ Art. 369 Costituzione Napoletana.

²³⁰ Art. 372 Costituzione Napoletana. Nonostante tali decreti avessero una forma del tutto simile a quella di una sentenza la Costituzione non prevedeva alcun obbligo di motivazione. Cfr. Edoardo Fregoso, *Controllare la legge, Costituzioni e prassi tra XVIII e XIX secolo*, op. cit., p. 314.

²³¹ Art. 373 Costituzione Napoletana.

²³² Art. 379 Costituzione Napoletana.

²³³ Art. 370 Costituzione Napoletana.

²³⁴ Art. 379 Costituzione Napoletana.

²³⁵ Art. 370 Costituzione Napoletana.

²³⁶ Art. 371 Costituzione Napoletana.

²³⁷ Art. 374 Costituzione Napoletana.

Oltre alla funzione di custodire la costituzione Pagano affida all'Eforato anche la funzione di promotore della revisione costituzionale²³⁸. Esso non funge da vero e proprio corpo costituente ma si limita a proporre al Senato quegli adattamenti che dovessero parergli necessari sulla base dell'esperienza. Per Pagano, in ragione della funzione svolta, il Corpo degli Efori è quello che meglio degli altri può valutare l'attualità della costituzione rispetto al mutamento dei tempi²³⁹, così che, se suo compito sarà quello di preservare la costituzione contro le leggi ad essa contrastanti, allo stesso modo dovrà proporre la revisione del testo fondamentale quando a sua volta non sarà più corrispondente alle mutate esigenze storiche²⁴⁰.

V. LA CRITICA STORICA SULL'EFORATO E IL SUO SENSO NELL'OTTICA DEL MODERNO DIRITTO COSTITUZIONALE.

Il carattere innovativo del Corpo degli Efori causò a Pagano le critiche dei suoi contemporanei. Tra queste l'unica che merita di essere presa in considerazione è quella fatta dal Cuoco nei suoi *Frammenti di lettere a Vincenzo Russo*, in particolare al Frammento V²⁴¹. Come già si è detto, Cuoco, che reputa il progetto di Pagano una derivazione del francese, ha apprezzato l'Eforato come la parte migliore e più originale dell'intero progetto; però, l'idea che Cuoco ha degli Efori è molto diversa da quella di Pagano ed è tutta pervasa dalla più pura ispirazione rousseauiana²⁴².

La critica di Cuoco pare addirittura contraddittoria ove si pongano a raffronto gli ammonimenti al Pagano per aver troppo limitato le funzioni di tale Corpo e la necessità di "limitare" tale potere di controllo agli abusi dell'esecutivo.

L'idea di fondo del Cuoco emerge già in apertura del Frammento V ove, lodando l'istituzione di un organo di salvaguardia della costituzione, ne ravvisa l'estrema necessità in ragione del momento storico in cui «più facili si sono rese le usurpazioni del potere esecutivo»²⁴³.

Nel criticare direttamente il progetto di Pagano, Cuoco pone innanzitutto in evidenza l'eccessiva limitatezza temporale di operatività dell'organo che ne ridurrebbe l'attività ad un controllo puramente fittizio. In questo modo, per

²³⁸ Art. 368 Costituzione Napoletana. Analogamente a quanto aveva proposto Sieyès.

²³⁹ Gioele Solari, *Studi su Francesco Mario Pagano*, op. cit., p. 314; Id., *L'attività legislativa di Mario Pagano nel governo repubblicano del 1799 a Napoli*, op. cit., p. 73.

²⁴⁰ Non era mancato chi, già in Convenzione contro il progetto di Sieyès, avesse rilevato una sostanziale ed intrinseca contraddittorietà tra le due funzioni. Cfr. Gianfranco Liberati, *Note sul progetto di Costituzione di Pagano*, op. cit., p. 252.

²⁴¹ Si veda Ludovico Martello, *Vincenzo Cuoco e il totalitarismo giacobino*, in *Archivio storico del Sannio*, n. 1, 2007, pp. 46-49; nonché Salvatore Prisco, *Le Costituzioni prima della Costituzione*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2012, p. 2.

²⁴² Jörg Luther, *Idee e storie di giustizia costituzionale nell'ottocento*, op. cit., p. 38; Antonino De Francesco, *How not to finish a devolution*, in Girolamo Imbruglia (a cura di), *Naples in the eighteenth century. The birth and death of a Nation State*, Cambridge University Press, New York, 2000, p. 179.

²⁴³ Vincenzo Cuoco, *Frammenti di lettere a Vincenzo Russo*, Frammento V, op. cit., p. LV.

Cuoco, l'Eforato non potrebbe che «occuparsi delle usurpazioni violente e romorose che sono sempre poche, e dalle quali vi è sempre poco da temere», mentre verrebbero del tutto trascurate «le piccole usurpazioni giornaliere [...] che o non si avvertono, o non si curano, [...] finché l'abuso non diventa continuo»²⁴⁴. Mancherebbe, quindi, il tempo materiale per poter analizzare a fondo tutti gli atti e i provvedimenti dei vari poteri e sanzionarne, se del caso, l'incostituzionalità e l'annullamento²⁴⁵.

In secondo luogo, Cuoco osserva che la durata in carica per un solo anno degli Efori minaccia seriamente la loro attività perché sarebbe difficile per loro esprimere un giudizio su altre «magistrature» che restano in carica per tempo maggiore; «essi dovrebbero essere o al sommo virtuosi o al sommo stupidi per misurarsi con coloro, i quali un momento dopo, potrebbero ben vendicarsi di un uomo che la legge condanna a rimanere nella condizione di privato»²⁴⁶. In sintesi, è come se Pagano avesse temuto l'Eforato più del dovuto²⁴⁷.

Se da queste prime osservazioni Cuoco parrebbe preferire un Eforato con poteri maggiori, nel prosieguo del frammento lascia intendere chiaramente la propria preferenza per l'idea di sovranità di Rousseau.

Per Pagano il Corpo degli Efori doveva essere la magistratura che «teneva in mano la bilancia dei poteri», di tutti i poteri; per Cuoco non poteva essere così perché «esiste un potere che non usurpa mai nulla, poiché anche togliendo agli altri poteri, non fa che ritogliere ciò che egli stesso ha donato»²⁴⁸. Il potere sovrano era quello legislativo perché diretta espressione della volontà del popolo²⁴⁹. Se la sovranità è indivisibile allora non sarà possibile sottomettere il potere legislativo al controllo degli Efori; diversamente significherebbe che la sovranità non appartiene più al popolo ma ai suoi rappresentanti.

Gli Efori dovrebbero, quindi, esercitare un controllo ben diverso e soltanto sul potere esecutivo che, oltre a non essere sovrano, per sua natura è più incline all'usurpazione²⁵⁰. In questo senso, il sindacato di costituzionalità delle leggi si ridurrebbe all'esame di questioni meramente formali, escludendosi ogni coinvolgimento del legislatore nel conflitto con altri poteri²⁵¹. Così l'Eforato sarebbe davvero un organo privo di ogni potere²⁵², come lo intendeva

²⁴⁴ Vincenzo Cuoco, *Frammenti di lettere a Vincenzo Russo*, Frammento V, *op. cit.*, p. LVI.

²⁴⁵ Si ricordi che per Pagano l'Eforato ha la possibilità di agire d'ufficio.

²⁴⁶ Vincenzo Cuoco, *Frammenti di lettere a Vincenzo Russo*, Frammento V, *op. cit.*, *ibidem*.

²⁴⁷ Vincenzo Cuoco, *Frammenti di lettere a Vincenzo Russo*, Frammento V, *op. cit.*, *ibidem*.

²⁴⁸ Vincenzo Cuoco, *Frammenti di lettere a Vincenzo Russo*, Frammento V, *op. cit.*, p. LVII.

²⁴⁹ Ludovico Martello, *Vincenzo Cuoco e il totalitarismo giacobino*, *op. cit.*, p. 49.

²⁵⁰ Mario Battaglini, *Mario Pagano e il progetto di Costituzione della Repubblica Napoletana*, *op. cit.*, p. 217.

²⁵¹ Jörg Luther, *Idee e storie di giustizia costituzionale nell'ottocento*, *op. cit.*, p. 38.

²⁵² Cuoco esprime poi quella che è la sua idea propositiva sulle funzioni dell'Eforato. Compiti di tale organo dovrebbero essere: 1. riconoscere la legalità dei parlamenti municipali; 2. Riconoscere la legalità dei parlamenti cantonali e dirigere le elezioni; 3. riconoscere la cittadinanza; 4. accertare la capacità legale dei pubblici funzionari; 5. assicurare la sovranità del popolo accertando che le leggi siano espressione della volontà generale; 6. sospendere qualunque rappresentante accusato di aver trasgredito le istruzioni del suo cantone; 7. annullare gli atti del potere esecutivo contrari alla legge; 8. mettere in stato di accusa qualunque

Rousseau con il suo Tribunale, non custode della costituzione ma della sovranità popolare²⁵³.

Le condizioni diverse a cui i due Autori giungono nel ricostruire la loro idea di Eforato dipendono dalle opposte premesse da cui essi partono sul senso e sul significato della costituzione.

Cuoco afferma «io non credo la costituzione consistere in una dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino. E chi non sa i suoi diritti? Ma gran parte degli uomini li cede per timore, grandissima li vende per interesse: la costituzione è il modo di far sì che l'uomo sia sempre in uno stato da non essere né indotto a venderli, né costretto a cederli, né spinto ad abusarne»²⁵⁴. In questo senso «la giustizia costituzionale viene ricondotta ad un controllo delle forme costituzionali e le garanzie dei diritti fondamentali si esauriscono in una tutela politica dello "status" di cittadino»²⁵⁵.

Per Pagano, invece, la costituzione deve tendere alla «conservazione e alla difesa de' diritti naturali degli uomini ridotti in società» e si pone come legge fondamentale di ogni «regolare governo». La necessità di sottoporre la legislazione ordinaria al vaglio dei precetti costituzionali definiva il rapporto di gerarchia delle fonti, ove la positivizzazione dei diritti naturali costituisce la base per la supremazia della costituzione scritta. In tale contesto l'Eforato serviva a rendere operante tale supremazia²⁵⁶.

Apparentemente Pagano sembrerebbe peccare di un'ingenua fiducia nella scienza giuridica e nel diritto positivo di poter garantire i diritti individuali, cosa che Cuoco non crede possibile; non bisogna, però, dimenticare che Pagano vive ancora nello spirito della rivoluzione e nella fiducia del cambiamento, invece Cuoco osserva gli sviluppi rivoluzionari con gli occhi di chi vive in un'età di decadenza²⁵⁷. È emblematica al riguardo l'osservazione del Solari che non può fare a meno di constatare che «Pagano e Cuoco parlavano due lingue diverse in età diverse, anche se vicini nel tempo. Ma è ingiusto giudicare il Pagano e le istituzioni repubblicane alla stregua di un realismo morale e politico di un'età corrotta»²⁵⁸.

Con la fine della Repubblica Napoletana il dibattito sul controllo di costituzionalità si assopì²⁵⁹ fino alla Costituzione repubblicana del 1948²⁶⁰. In

autorità costituita per delitti contro la costituzione. Si veda Vincenzo Cuoco, *Frammenti di lettere a Vincenzo Russo*, Frammento V, *op. cit.*, pp. LVIII-LXI.

²⁵³ Gioele Solari, *Studi su Francesco Mario Pagano*, *op. cit.*, p. 314.

²⁵⁴ Vincenzo Cuoco, *Frammenti di lettere a Vincenzo Russo*, Frammento II, *op. cit.*, p. XX.

²⁵⁵ Jörg Luther, *Idee e storie di giustizia costituzionale nell'ottocento*, *op. cit.*, *ibidem*.

²⁵⁶ Gianfranco Liberati, *Note sul progetto di Costituzione di Pagano*, *op. cit.*, p. 252.

²⁵⁷ Sul "realismo" costituzionale di Cuoco cfr. Ludovico Martello, *Vincenzo Cuoco e il totalitarismo giacobino*, *op. cit.*, pp. 31-35.

²⁵⁸ Gioele Solari, *L'attività legislativa di Mario Pagano nel governo repubblicano del 1799 a Napoli*, *op. cit.*, p. 67.

²⁵⁹ Se si eccettuano le ricostruzioni dottrinali del Romagnosi e del Rosmini, e il progetto di costituzione della repubblica romana del 1849 che mirava ad introdurre un organo denominato Tribunale, con funzioni molto vicine alle idee espresse dal Cuoco nei suoi Frammenti. Per ulteriore approfondimento Mario Battaglini, *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, *op. cit.*, pp. 119-158. A partire dall'unità d'Italia, con l'avvento dello stato liberale a

Europa, a partire dagli anni 20 del '900 era stato Kelsen a sostenere l'introduzione in costituzione di una Corte abilitata a compiere il controllo di costituzionalità delle leggi. A partire dal secondo dopoguerra fino ai giorni nostri l'istituto del controllo di costituzionalità ha avuto larghissima diffusione tanto che pochi stati possono ancora dirsi estranei all'idea di un giudice delle leggi²⁶¹.

Occorre chiedersi in che misura, alla luce delle moderne categorie, l'Eforato di Pagano possa considerarsi un giudice costituzionale.

Guardando al Corpo degli Efori con gli occhi del presente se ne potrebbe avere un'impressione confusa, come di organo ibrido che accomuna funzioni oggi riservate ad organi diversi. Va quindi sempre tenuta presente l'ammonizione di non leggere il passato con gli schemi dei moderni²⁶².

Volendo fermarsi alle sole funzioni che in qualche modo sono assimilabili a quelle di un moderno sistema di giustizia costituzionale, in dottrina è stato sostenuto sia il suo carattere di «vera e propria corte costituzionale»²⁶³ sia, al contrario, una sua semplice funzione di «garanzia costituzionale» priva di ogni carattere giurisdizionale²⁶⁴.

Che l'Eforato abbia carattere giurisdizionale (ma non giudiziario) è stato opportunamente dimostrato²⁶⁵; che fosse anche una giurisdizione costituzionale lo possiamo soltanto ipotizzare dalle funzioni ad esso assegnate, considerato che, viste le vicende storiche, tale organo non ha mai funzionato.

Sempre per ipotesi, potremmo dire che l'Eforato, qualora lo si considerasse una corte costituzionale, avrebbe esercitato un controllo

costituzione flessibile, nessuno spazio residuava per un organo di controllo di costituzionalità. Il timore, proprio del diritto pubblico ottocentesco, era quello di creare in questo modo un sovvertimento dell'unità politica dello stato: sia nella prospettiva di dar luogo ad una nuova ed instabile forma di potere costituente, sia di conferire al potere giudiziario una notevole rilevanza politica; sul punto cfr. Giovanni Bisogni, *Teoria giuridica e giustizia costituzionale in Italia*, Mimesis, Milano, 2012, p. 8. Sporadicamente è sembrato porsi un controllo di "costituzionalità" formale del giudiziario sugli atti normativi dell'esecutivo. Cfr. Massimo Meccarelli, *La questione dei decreti legge tra dimensione fattuale e teorica: la sentenza della Corte di Cassazione di Roma del 20 febbraio 1900 riguardo al r.d. 22 giugno 1899, n. 227*, in *Historia Constitucional* (revista electrónica), n. 6, 2005, pp. 272-281; Id., *Il grande assente? Controllo di costituzionalità e giurisdizione suprema nell'Italia post-unitaria*, in *Giornale di storia costituzionale*, n. 4, 2002, pp. 173-188. Più in generale sull'impossibilità di un controllo "statutario" nello stato ottocentesco v. Elena Malfatti, Sulle Panizza e Roberto Romboli, *Giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2003, pp. 30-32; Gustavo Zagrebelsky e Valeria Marcenò, *Giustizia costituzionale, op. cit.*, pp. 42-43; Francesco Bonini, *Un problema che non si pone. Il controllo di costituzionalità negli Statuti*, in Francesco Bonini, Anna Ciammariconi, e Romano Orrù, (a cura di), *La giustizia costituzionale in prospettiva storica: matrici, esperienze e modelli, op. cit.*, pp. 163-174.

²⁶⁰ Si veda Giustino D'Orazio, *La genesi della Corte costituzionale*, Ed. Comunità, Milano, 1981.

²⁶¹ Lucio Pegoraro, *Giustizia costituzionale comparata, op. cit.*, p. 207.

²⁶² Jörg Luther, *Idee e storie di giustizia costituzionale nell'ottocento, op. cit.*, p. 33.

²⁶³ Carlo Ghisalberti, *Le Costituzioni "giacobine" (1796-1799), op. cit.*, p. 258.

²⁶⁴ Gioele Solari, *L'attività legislativa di Mario Pagano nel governo repubblicano del 1799 a Napoli, op. cit.*, p. 72.

²⁶⁵ Mario Battaglini, *Mario Pagano e il progetto di Costituzione della Repubblica Napoletana, op. cit.*, pp. 212-213.

accentrato di tipo oggettivo: accentrato perché unico organo deputato al sindacato di costituzionalità sulle leggi e alla risoluzione dei conflitti tra poteri; oggettivo perché sua funzione preminente era la tutela dell'ordinamento costituzionale repubblicano senza la previsione di un accesso o una denuncia da parte dei singoli cittadini per la tutela dei loro diritti individuali²⁶⁶.

Un dato va comunque tenuto fermo: se la Repubblica Napoletana finì tragicamente e con essa Mario Pagano, non si può dire che le sue idee abbiano avuto la stessa sorte²⁶⁷. Chi aveva giudicato i concetti di Pagano sull'Eforato come vaneggiamenti o semplici «sogni di erudito», seppur di «alto e bello ideale»²⁶⁸, non avrebbe potuto prevedere l'impressionante sviluppo che tale istituto ha avuto in ogni angolo del mondo. Oggi, probabilmente, Pagano e le sue idee sulla custodia della costituzione avrebbero avuto ragione su ogni scetticismo.

BIBLIOGRAFÍA

Ajello, R., *I Saggi politici di Mario Pagano e il loro tempo*, in *Il pensiero politico*, 1995, pp. 17-57.

Aldridge, A. O., *Condorcet et Paine. Leurs rapports intellectuels*, in *Revue de littérature comparée*, n. 32, 1958, pp. 47-65.

Amirante, C., *La costituzione paganiana del 1799: l'eredità illuministica napoletana e il costituzionalismo italiano del secolo XVIII*, in *Critica del diritto*, nn. 1-3, 2004, pp. 272-301.

Aristotele, *Politica*, traduzione italiana di Renato Laurenti, Laterza, Bari-Roma, 2007.

Ascheri, M., *Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo*, Giappichelli, Torino, 2007.

Astraldi, R., *La Costituzione degli Stati Uniti d'America*, Sansoni, Firenze, 1931.

Aulard, F. A., *Historie politique de la révolution française*, Librairie Armand Colin, Parigi, 1901.

Baker, L., *John Marshall. A life in Law*, Macmillan publishing, New York-Londra, 1974.

Baker, K. M., Sieyès, in Furet, F., e Ozouf, M., (a cura di), *Dictionnaire critique de la révolution française*, Flammarion, Parigi, 1988, pp. 334-344.

²⁶⁶ A differenza del *judicial review* nessun coinvolgimento dei giudici era previsto nel controllo di costituzionalità e, se obiettivo primario era quello di garantire la tenuta costituzionale dell'ordinamento, la tutela dei diritti era strumentale alla "custodia della costituzione". Sulle classificazioni e sulle funzioni della giustizia costituzionale in generale v. Elena Malfatti, Saule Panizza e Roberto Romboli, *Giustizia costituzionale*, op. cit., pp. 12-28.

²⁶⁷ Dario Ippolito, *Mario Pagano, Il pensiero giuspolitico di un illuminista*, op. cit., p. 313; Dario Ippolito, *Progetti costituzionali: Francesco Mario Pagano*, op. cit., p. 263.

²⁶⁸ Luigi Palma, *Le costituzioni dei popoli liberi*, op. cit., p. 541.

- Barbisan, B., *Nascita di un mito, Washington, 24 febbraio 1803: Marbury v. Madison e le origini della giustizia costituzionale negli Stati Uniti*, Il Mulino, Bologna, 2008.
- Bastid, P., *Sieyès et sa pensée*, Hachette, Parigi, 1939.
- Battaglini, M., *Contributi per una storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, Giuffrè, Milano, 1957.
- Battaglini, M., *Mario Pagano e il progetto di Costituzione della Repubblica Napoletana*, Archivio Izzi, Roma, 1994.
- Bisogni, G., *Teoria giuridica e giustizia costituzionale in Italia*, Mimesis, Milano, 2012.
- Bobbio, N., *Locke e il diritto naturale*, Giappichelli, Torino, 1987.
- Bonini, F., *Un problema che non si pone. Il controllo di costituzionalità negli Statuti*, in Bonini, F., Ciammariconi, A., e Orrù, R., (a cura di), *La giustizia costituzionale in prospettiva storica: matrici, esperienze e modelli*, ESI, Napoli, 2012, pp. 163-174.
- Brewer-Carías, A. R., *Los aportes de la revolución francesa al constitucionalismo moderno y su repercusión en hispanoamérica a comienzo del siglo XIX*, in *Ars boni et aequi*, n. 2, 2011, pp. 111-142.
- Buttà, G., *Presentazione. John Marshall e il problema del Judicial review*, in Id. (a cura di), *John Marshall. "Judicial review" e stato federale*, Giuffrè, Milano, 1988, pp. VII-LII.
- Campagna, N., *Potere legalità libertà. Il pensiero di F. M. Pagano*, Calice, Rionero in Vulture (PZ), 1992.
- Cappelletti, M., *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Giuffrè, Milano, 1968.
- Cerri, A., *Corso di giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2004.
- Colletta, P., *Storia del reame di Napoli*, introduzione e note di Nino Cortese, vol. 2, Libreria Scientifica Editore, Napoli, 1969.
- Collotti, F., *Saggio sul pensiero filosofico e civile di F. M. Pagano*, La Nuova Italia, Firenze, 1939.
- Comitato di legislazione, *Rapporto del Comitato di legislazione al Governo provvisorio*, ora in Mario Ascheri, *Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo*, Giappichelli, Torino, 2007.
- Corwin, E. S., *The «Higher law». Background of American Constitutional law*, in *Harvard Law Review*, n. 42, 1928-1929, pp. 149-185 e 365-409.
- Croce, B., *La rivoluzione napoletana del 1799. Biografie, racconti e ricerche*, Laterza, Bari-Roma, 1961 (1912).
- Crosskey, W. W., *John Marshall and the Constitution*, in *The University of Chicago Law Review*, n. 23, 1956, pp. 377-397.
- Cuoco, V., *Frammenti di lettere a Vincenzo Russo*, in Id., *Saggio storico sulla rivoluzione di Napoli*, Sonzogno, Milano, 1806.
- Cuoco, V., *Saggio storico sulla rivoluzione di Napoli*, Sonzogno, Milano, 1806.

- De Angelis, P., *Politica e giurisdizione nel pensiero di Francesco Mario Pagano*, Istituto italiano per gli studi filosofici, Napoli, 2006.
- De Francesco, A., *How not to finish a devolution*, in Imbruglia, G., (a cura di), *Naples in the eighteenth century. The birth and death of a Nation State*, Cambridge University Press, New York, 2000, pp. 167-182.
- De Francesco, A., *Traduzioni e rivoluzione. La storia meravigliosa della prima versione in francese del Federalist (Paris, Buisson 1792)*, in *Rivista storica italiana*, CXXIII, n. 1, 2011, pp. 61-110.
- De Pascale, C., *Filosofia e politica nel pensiero italiano fra sette e ottocento, Francesco Mario Pagano e Gian Domenico Romagnosi*, Alfredo Guida Editore, Napoli, 2007.
- D'Eufemia, G., *La Censura e l'Eforato nel progetto di costituzione di Mario Pagano*, in *Annali della facoltà di giurisprudenza dell'Università di Bari*, vol. VII-VIII, 1947, pp. 141-151.
- De Vergottini, G., *La costituzione della Repubblica Cispadana*, Sansoni, Firenze, 1946.
- Di Donato, F., *Il giudizio di costituzionalità nella Francia d'Ancien Regime: una storia politica istituzionale. Parte prima. Fondamenti teorico-pratici*, in *Giornale di storia costituzionale*, n. 1, 2004, pp. 147-165.
- Di Donato, F., *La rinascita dello Stato. Dal conflitto magistratura-politica alla civilizzazione istituzionale europea*, Il Mulino, Bologna, 2010.
- Dippel, H., e Luther, J. (a cura di), *Constitutional documents of Italy and Malta, 1787-1850*, De Gruyter, Berlino, 2010, pp. 33-68.
- D'Orazio, G., *La genesi della Corte costituzionale*, Ed. Comunità, Milano, 1981.
- Einaudi, M., *Le origini dottrinali e storiche del controllo giudiziario sulla costituzionalità delle leggi negli Stati Uniti d'America*, Istituto giuridico della R. Università, Torino, 1931.
- Ferrone, V., *La società giusta ed equa. Republicanesimo e diritti dell'uomo in Gaetano Filangieri*, Laterza, Bari-Roma, 2003.
- Filangieri, G., *Scienza della legislazione*, Libro I, Società tipografica, Milano, 1822.
- Fioravanti, Mar., *Sieyès et le jury constitutionnaire: perspectives Historico-Juridiques*, in *Annales de la Révolution française*, n. 349, 2007, pp. 87-103.
- Fioravanti, Mar., *Sindacato di costituzionalità della leggi e costituzione francese. Sieyès e il jury constitutionnaire*, in *Le carte e la storia*, n. 1, 2005, pp. 175-188.
- Fioravanti, Mar., *Supremazia della Costituzione e democrazia. Le origini della giustizia costituzionale nella Francia rivoluzionaria*, in Bonini, F., Ciammariconi, A., e Orrù, R., (a cura di), *La giustizia costituzionale in prospettiva storica: matrici, esperienze e modelli*, ESI, Napoli, 2012, pp. 111-134.
- Fioravanti, Mau., *Costituzione*, Il Mulino, Bologna, 1999.
- Fregoso, E., *Controllare la legge, Costituzioni e prassi tra XVIII e XIX secolo*, CEDAM, Padova, 2008.

Gabrieli, V., *The impact of American political ideas in 18th century Italy*, in Den Hollander, A. N. J., (a cura di), *Contagious Conflict: The impact of American Dissent on European Life*, Brill, Leiden, 1973, pp. 172-201.

Gauchet, M., *La Révolution des pouvoirs. La souveraineté, le peuple et la représentation 1789-1799*, Gallimard, Parigi, 1995.

Gentili, G., “*Sulla strada per Marbury*”: *il costituzionalismo statale statunitense e gli antecedenti storici del controllo giurisdizionale di costituzionalità prima di Marbury v. Madison*, in Bonini, F., Ciammariconi, A., e Orrù, R., (a cura di), *La giustizia costituzionale in prospettiva storica: matrici, esperienze e modelli*, ESI, Napoli, 2012, pp. 21-46.

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

Glötz, G., *La città greca*, F.lli Prozzo, Torino, 1948.

Goldoni, M., *At the Origins of Constitutional Review: Sieyès Constitutional Jury and the Taming of Constituent Power*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2012, pp. 1-24.

Goldoni, M., *La natura del giurì costituzionale di Sieyès*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 2, 2010, pp. 291-317.

Graber, M. A., e Perhac, M., (a cura di), *Marbury versus Madison. Documents and commentary*, CQ Press, Washington D. C., 2002.

Guyot, R., *Du Directoire au consolat: les transitions*, in *Revue historique*, t. XI, 1912, pp. 1-31.

Hamilton, A., Madison, J., e Jay, J., *The Federalist Papers*, New American Library, New York, 1961.

Hoffmann-Riem, W., *Two hundred years of Marbury v. Madison: the struggle for judicial review of constitutional questions in the United States and Europe*, in *German Law Journal*, vol. 5, n. 6, 2004, pp. 685-701.

Ippolito, D., *Mario Pagano, Il pensiero giuspolitico di un illuminista*, Giappichelli, Torino, 2008.

Ippolito, D., *Progetti costituzionali: Francesco Mario Pagano*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero – Diritto*, Treccani, Roma, 2012, pp. 257-264.

Jaume, L., *Sieyès et le sens du jury constitutionnaire: une réinterprétation*, in *Droits*, n. 36, 2002, pp. 115-134.

Jaume, L., *Sieyès et l'esprit du jury constitutionnaire: une réinterprétation*, in *Historia constitucional*, n. 3, 2002, pp. 171-192.

Liberati, G., *Note sul progetto di Costituzione di Pagano*, in Massafra, A. (a cura di), *Patrioti e insorgenti in provincia: il 1799 in Terra di Bari e Basilicata*, Edipuglia, Bari, 2002, pp. 229-253.

Locke, J., *Due trattati sul governo*, II, a cura di Lia Formigari, Editori Riuniti, Roma, 1974.

Luther, J., *Idee e storie di giustizia costituzionale nell'ottocento*, Giappichelli, Torino, 1990.

- Kelsen, H., *La giustizia costituzionale (1928)*, a cura di Carmelo Geraci, Giuffrè, Milano, 1981.
- Koung, Y., *Théorie constitutionnelle de Sieyès*, Imprimeur Jouve, Parigi, 1934.
- Malfatti, E., Panizza, S., e Romboli, R., *Giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2003.
- Malfatti, E., Panizza, S., e Romboli, R., *Giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2011.
- Marchetti, L., *Le assemblee e le costituzioni italiane nel periodo rivoluzionario*, Sansoni, Firenze, 1946.
- Martello, L., *Vincenzo Cuoco e il totalitarismo giacobino*, in *Archivio storico del Sannio*, n. 1, 2007, pp. 7-51.
- Mazzanti Pepe, F., *La circolazione di culture costituzionali estere nel triennio "giacobino" in Italia*, in *Historia Constitucional (revista electrónica)*, n. 7, 2006, pp. 305-312.
- Meccarelli, M., *Il grande assente? Controllo di costituzionalità e giurisdizione suprema nell'Italia post-unitaria*, in *Giornale di storia costituzionale*, n. 4, 2002, pp. 173-188.
- Meccarelli, M., *La questione dei decreti legge tra dimensione fattuale e teorica: la sentenza della Corte di Cassazione di Roma del 20 febbraio 1900 riguardo al r.d. 22 giugno 1899, n. 227*, in *Historia Constitucional (revista electrónica)*, n. 6, 2005, pp. 263-283.
- Negri, L., *Genesi storica e giuridica della Costituzione Napoletana del 1799*, Baroni, Lucca, 1916.
- Oelsner, K. E., *Des opinions politiques du citoyen Sieyès, et de sa vie comme homme public*, Goujon, Parigi, 1799.
- Oriani, A., *La lotta politica in Italia: origini della lotta attuale*, Cappelli, Bologna, 1956 (1892).
- Pagano, F. M., *De' Saggi politici. Volume II. Del civile corso delle nazioni (1783)*, Flauto, Napoli, 1785.
- Pagano, F. M., *Saggi politici dei Principj, progressi e decadenza delle Società (1791)*, Tomo II, ed. III, Ruggia, Lugano, 1831.
- Pagano, F. M., *Saggi politici*, a cura di Francesco Collotti, Cappelli, Bologna, 1936.
- Pagano, F.M., *Saggi politici dei Principii, progressi e decadenza delle Società, edizione seconda corretta ed accresciuta (1791-1792)*, a cura di Luigi Firpo e Laura Salvetti Firpo, Vivarium, Napoli, 1993.
- Palma, L., *Le costituzioni dei popoli liberi*, UTET, Torino, 1895.
- Pantosa Moran, D., *Sieyès et la constitution mexicaine de 1836*, in *Revue française d'Histoire des idées Politiques*, n. 33, 2011/1, pp. 103-116.
- Pasquino, P., *Sieyès et l'invention de la constitution en France*, Odile Jacob, Parigi, 1998.

- Pasquino, P., *Constitution et pouvoir constituant: le double corps du peuple*, in Quiviger, P. Y., Salem, V., e Denis, J., (a cura di), *Figures de Sieyès*, Sorbonne, Parigi, 2008, pp. 13-24.
- Paternoster, F., *Vita e pensiero di Francesco Mario Pagano*, Zafarone e Di Bello, Potenza, 1966.
- Pecora, G., *Il pensiero politico di Gaetano Filangieri. Una analisi critica*, Rubbettino, Soveria Mannelli (CZ), 2008.
- Pegoraro, L., *Giustizia costituzionale comparata*, Giappichelli, Torino, 2007.
- Pertué, M., *La notion de constitution à la fin du 18^e siècle*, in Guilhaumou, J., e Monnier, R., (a cura di), *Des notions concepts en révolution. Autour de la liberté politique à la fin du 18e siècle*, Études Révolutionnaires, n.4, Société des études robespierristes, Parigi, 2003, pp. 39-54.
- Pii, E., *Progresso e poteri nei Saggi politici (1791-1792) di F. M. Pagano*, Il pensiero politico, 1995, pp. 58-70.
- Pitassi, M. C., *Francesco Mario Pagano tra Vico e il materialismo francese*, in Rivista di filosofia, XXIV, 1982, pp. 333-360.
- Pivano, S., *Albori costituzionali d'Italia (1796)*, F.lli Bocca, Torino, 1913.
- Pizzorusso, A., *Un'invenzione che ha cambiato il modo di concepire il diritto: la giustizia costituzionale*, in Annuario di diritto comparato e di studi legislativi, 2011, pp. 37-62.
- Plucknett, T. F. T., *Bonham case and Judicial review*, in Harvard Law Review, n. 40, 1926-1927, pp. 30-70.
- Prisco, S., *Le Costituzioni prima della Costituzione*, in Rivista AIC, n. 1, 2012.
- Puder, M. G., *Supremacy of the law and judicial review in the European Union: celebrating Marbury v. Madison with Costa v. Enel*, in George Washington International Law Review, 2004, pp. 567-585.
- Rahe, P. A., *Background to Marbury v. Madison: The debate concerning judicial review at the federal convention and during the ratification period*, in Zoller, É., (a cura di), *Marbury v. Madison 1803-2003. Un dialogue franco-américain. A french-american dialogue*, Dalloz, Parigi, 2003, pp. 19-36.
- Rava, L., *La prima prova del diritto costituzionale in Italia: la Costituzione bolognese del dicembre 1796*; R. Accademia delle Scienze, Bologna, 1914.
- Roberti, M., *Milano capitale napoleonica; la formazione di uno stato moderno*, voll. 3, Treccani, Milano, 1946-1947.
- Robertson, J., *Enlightenment and revolution: Naples 1799*, in Transactions of the Royal Historical Society, vol. 10, 2000, pp. 17-44.
- Rosa, F., *Il problema della garanzia della Costituzione in Francia dopo la rivoluzione. Dal Senato conservatore al Comitato costituzionale*, in Bonini, F., Ciammariconi, A., e Orrù, R., (a cura di), *La giustizia costituzionale in prospettiva storica: matrici, esperienze e modelli*, ESI, Napoli, 2012, pp. 135-162.
- Rousseau, J. J., *Il contratto sociale (1762)*, a cura di Roberto Gatti, RCS, Milano, 2010.

- Ruggeri, A., e Spadaro, A., *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2009.
- Saitta, A., *Le costituzioni francesi nel periodo rivoluzionario*, Sansoni, Firenze, 1946.
- Sasso, B., *I Saggi politici di Francesco Mario Pagano dalla prima alla seconda edizione*, in Atti dell'Accademia di Scienze morali e politiche della Società nazionale di scienze, lettere ed arti di Napoli, XCIII, Giannini, Napoli, 1983, pp. 113-155.
- Scuccimarra, L., *La sciabola di Sieyès. Le giornate di brumaio e la genesi del regime bonapartista*, Il Mulino, Bologna, 2002.
- Scurr, R., *Pierre-Louis Roederer and the debate on forms of governments in Revolutionary France*, in Political Studies, vol. 52, 2004, pp. 251-268.
- Solari, G., *L'attività legislativa di Mario Pagano nel governo repubblicano del 1799 a Napoli*, L'Erma, Torino, 1934.
- Solari, G., *Le opere di Mario Pagano. Ricerche bibliografiche*, Estratto dagli atti, n. 71, R. Accademia delle Scienze, Torino, 1936.
- Solari, G., *Studi su Francesco Mario Pagano*, a cura di Luigi Firpo, Giappichelli, Torino, 1963.
- Sweet, A. S., *Why Europe rejected american judicial review. And why it may not matter*, in Michigan Law Review, Agosto 2003, pp. 2744-2780.
- Tedeschi, A., *Il pensiero filosofico e sociale di Mario Pagano e le sue concezioni giuridiche fondamentali*, Giuffrè, Milano, 1948.
- Troper, M., *La machine et la norme. Deux modèles de constitution*, in Id., *La théorie du droit. L'État*, PUF, Parigi, 2001, pp. 147-162.
- Troper, M., *La suprématie de la constitution et le jury constitutionnaire*, in Id., *Terminer la Révolution. La Constitution de 1795*, Fayard, Parigi, 2006, pp. 199-221.
- Troper, M., *Marshall, Kelsen, Barak et le sophisme constitutionnel*, in Zoller, É., (a cura di), *Marbury v. Madison 1803-2003. Un dialogue franco-américain. A french-american dialogue*, Dalloz, Parigi, 2003, pp. 215-228.
- Troper, M., *Sieyès et la hiérarchie des normes*, in Quiviger, P. Y., Salem, V., e Denis, J., (a cura di), *Figures de Sieyès*, Sorbonne, Parigi, 2008, pp. 25-42.
- Troper, M., *Sieyès et le jury constitutionnaire*, in Ameller, M., Ardant, P., e Becane, J. C., (a cura di), *Mélanges en l'honneur de Pierre Avril. La République*, Montchrestien, Parigi, 2001, pp. 265-282.
- Tushnet, M., (a cura di), *Arguing Marbury v. Madison*, Stanford University Press, Stanford, 2005
- Tyrsenko, A., *L'ordre politique chez Sieyès en el an III*, in Annales Historiques de la révolution française, n. 319, 2000, pp. 27-45.
- Venturi, F., *Francesco Mario Pagano*, in Id. (a cura di), *Illuministi italiani*, vol. 46, Tomo V: *Riformatori napoletani*, Ricciardi, Milano-Napoli, 1962, pp. 783-937.
- Zagrebelsky, G., *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1988.

Zagrebelsky, G., *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2008.

Zagrebelsky, G., e Marcenò, V., *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2012.

Zoller, É., (a cura di), *Marbury v. Madison 1803-2003. Un dialogue franco-américain. A french-american dialogue*, Dalloz, Parigi, 2003.

Enviado el (Submission Date): 24/05/2012

Aceptado el (Acceptance Date): 21/07/2012