

Gian Savino Pene Vidari

Elementi di storia del diritto europeo

L'età contemporanea

Estratto

a cura di Caterina Bonzo



Giappichelli

IV

VERSO LO STATO MODERNO

2.

Aspettative di riforme illuministiche

SOMMARIO: 1. Inquadramento. – 2. Filosofi, politici e diritto. – 3. Per una giustizia ‘nuova’. – 4. Il “codice”, espressione di un ‘nuovo’ diritto. – 5. Nuova imposizione fiscale. – 6. Privilegi, politica e legislazione. – 7. Le riforme in Italia. – 8. Considerazioni conclusive.

1. *Inquadramento*

L’ultimo periodo dell’età moderna dalla fine del Seicento alla fine del Settecento rivela la ricerca di un nuovo assetto giuridico, che poi si estende pure a quello sociale e politico. Esso presenta aspetti di rilievo, anche perché si può dire l’inizio di quanto esiste tuttora nella cosiddetta cultura occidentale, che negli ultimi secoli è apparsa quella predominante. Si tratta, peraltro, di elementi diversi, fra loro a volte anche contraddittori, richiamati qui anche solo per brevi cenni.

L’ordinamento giuridico è da tempo criticato: l’aspirazione a rinnovare il sistema del diritto comune è nota e diffusa, ma non trova efficaci risposte realizzatrici. Il razionalismo secentesco (di Bacon, Descartes, Leibnitz ...) favorisce la prospettiva di un diritto ‘razionale’ in armonia con la tendenza ‘naturale’ dell’uomo come essere fornito di ragione: porta sia alle già ricordate conclusioni ‘romanistiche’ di Domat sia alla ricerca – sull’esempio di Grozio – dei principi giuridici di “diritto naturale”, su cui si sofferma il filone del “giusnaturalismo”, di area soprattutto tedesca, dei vari Pufendorf (1632-1694), Tomasius (1655-1728), Heinecke (Heineccius, 1681-1741) e Wolff (1670-1754), a cui si possono aggiungere gli svizzeri Barbeyrac (1674-1744) e Vattel (1714-1767), particolarmente noto quest’ultimo per

l'individuazione di un "diritto delle genti" basato sugli Stati sovrani e quindi del diritto internazionale dell'epoca. Tali studiosi si augurano la costruzione di un diritto razionale, per lo più affidato all'iniziativa dei regnanti, in armonia con le tendenze assolutistiche del tempo.

L'aspirazione al rinnovamento del diritto comune si trova, pur con prospettive diverse, anche nelle opere di due studiosi italiani, Muratori (1672-1750) e Beccaria (1738-1794). Entrambi auspicano – invano – un codice, che sostituisca il sistema esistente, ma il primo senza ulteriori cambiamenti politico-sociali, il secondo – illuminista – invece per una riforma generale, di cui il codice è solo un tassello o un elemento. Proprio la diversità fra queste due posizioni può indicare la varietà d'impostazioni, che verso la metà del Settecento si sviluppano tramite quel movimento intellettuale (= illuminismo) di matrice francese, che aspira ad un mutamento generale non solo dell'ordinamento giuridico ma anche di quello politico e sociale, realizzato da principi "illuminati" dalle opere dei dotti europei e dalla ragione umana. Viene così progettato, nelle accademie, nei salotti intellettuali e dietro le scrivanie degli studiosi pure un nuovo assetto, politico oltre che giuridico, fornito da un principe (= Stato) assoluto, che in tal modo incide pure sulla società contemporanea.

Per tutta la prima metà del Settecento, sino alla pace di Aquisgrana (1748), in Europa si era guerreggiato tra i diversi Stati (= principi) nelle cosiddette "guerre di successione", quindi con una concezione del tutto patrimoniale dei diversi regni, pretesi o destinati – come una qualunque altra eredità – a seconda delle parentele dinastiche. Nel frattempo, la dottrina giuridico-politica, specie in area tedesca, era venuta proponendo di estendere i compiti del principe (= Stato) da quelli di conservazione dell'ordine (interno ed esterno) pure a quelli di miglioramento sociale ('felicità' e 'benessere'): era la "scienza del governo", che veniva a provvedere alla sicurezza ed alla prosperità dei sudditi nello "Stato di polizia". Questo termine non aveva quel senso denigratorio assunto in seguito¹ ed intendeva indicare l'impegno del principe (= Stato) per stimolare la produzione e la circolazione della ricchezza (= 'benessere') secondo le teorie mercantilistiche, ma pure per migliorare le condizioni di vita dei sudditi con l'istruzione, l'assistenza e la beneficenza. In tale prospettiva, le connesse maggiori spese statali dovevano essere sostenute da maggiori entrate e da

¹ Il termine si carica di un significato negativo in periodo liberale, indicando un sistema senza libertà. All'epoca non preoccupa questo aspetto, ancora poco – o solo relativamente – appetito nel primo Settecento, rispetto alle aspettative migliorative del livello di vita attese dall'intervento statale (... fra l'altro non sempre migliorativo ... con comprensibili ulteriori lamentele per la sua autoritarità ed arbitrarità).

una migliore organizzazione amministrativa, di cui si occupavano le cosiddette “scienze camerali”² riguardo alle attività amministrative e finanziarie (la “camera regis” si occupava da secoli delle entrate – e quindi del bilancio – del principe). Il quadro fornito dallo “Stato di polizia” era ben più vasto di quello precedente³ ed imponeva un impegno maggiore sia dei regnanti che della “scienza camerale”⁴: era, nel complesso, il nuovo obiettivo che i regnanti (= gli Stati) potevano assumersi dopo la pace di Aquisgrana.

In effetti, nella seconda metà del Settecento in Europa il periodo di tranquillità – salvo alcune eccezioni⁵ – fu abbastanza lungo e permise un interessamento dei governanti alla struttura ed alla vita interna dello Stato, che le precedenti vicende belliche in certi casi non avevano consentito⁶. In connessione con questa favorevole situazione politica, nonché con le prospettive avanzate dalla “Cameralistica” tedesca⁷, si è venuta sviluppando l’“età dei lumi” d’ispirazione francese, che in parecchie zone europee nel quarantennio 1750-1790 ha portato ad un programma di riforme non solo in campo giuridico, ma anche in quello politico e sociale, ispirate a precisi progetti di ampio respiro, di cui si sono fatti iniziatori e portatori direttamente i governi dell’epoca.

Le “riforme dei principi”, espressione dell’“assolutismo illuminato”, per la prima volta tendono ad incidere dall’alto sull’organizzazione della società e ad imporre d’autorità determinate soluzioni, nel presupposto che ciò conduca ad un maggior benessere (= “felicità”) a favore di sudditi, i quali in ogni caso ne sono coinvolti in modo passivo secondo un programma predi-

² Si parla in genere di “Cameralistica”, sviluppata soprattutto in area tedesca, ove la persistenza dei “ceti” e delle riunioni di questi fa sentire in modo meno marcato l’assolutezza del potere del principe.

³ Lo “Stato di polizia” prevedeva un impegno dello Stato, che lo “Stato patrimoniale” non portava con sé, essendo questo interessato solo alla conservazione della pace sociale, quindi alla protrazione dell’esistente. Si tratta, d’altronde, di considerazioni ‘ex post’ dell’attività statale, che in ogni realtà concreta poteva essere anche diversa ... Le categorie possono servire per semplificare, ma la vita (e la storia) possono essere più complesse.

⁴ La scienza quindi si affidava il ruolo di indicare al principe, per l’interesse pubblico (= dello Stato), i mezzi ed i fini: nascevano così la scienza dell’amministrazione e quella finanziaria ...

⁵ Naturalmente, continuarono i contrasti in Germania fra Austria e Prussia (con guerre ulteriori) e quelli extraeuropei, ma nel complesso il periodo fu abbastanza pacifico, specie se raffrontato a quello precedente.

⁶ L’Italia (salvo il Nord-Ovest) non era stata toccata neppure prima da guerre, ma ciò non aveva comunque condotto a cambiamenti, a testimonianza della staticità della penisola.

⁷ La scienza “cameralistica” si sviluppa in area tedesca, ove la staticità della presenza dei “ceti” e della loro rappresentanza consente di preoccuparsi dell’efficienza dell’amministrazione principesca senza timori eccessivi, in una situazione peraltro di mancanza di prospettive per i diritti del singolo, a cui è invece sensibile l’illuminismo di matrice francese.

sposto dai loro sovrani. Si tratta di una prospettiva innovativa di intervento statale a modifica dell'assetto sociale, della tradizione e dell'ordinamento esistenti, di cui prendono l'iniziativa gli stessi governanti. Ciò incontra adesioni e reazioni (con valutazioni anche diverse da parte della nostra storiografia⁸), ma è comunque un fatto nuovo nel panorama della storia europea. Il governo – e lo Stato – si impegnano non solo per garantire la tranquillità dell'esistente, ma anche per avviare l'evoluzione della società in una certa direzione, peraltro autoritariamente individuata⁹. Ad oltre due secoli di distanza, non si può non far notare l'importanza di tale novità, ormai divenuta usuale nella politica legislativa “di sviluppo” di uno Stato¹⁰.

Per raggiungere gli obiettivi prefissi lo Stato si giova dello strumento della legislazione. La legge, da manifestazione delle tradizioni o delle aspettative maturate nella società (e ‘sapientemente’ percepite dai governanti)¹¹, si trasforma in elemento propulsivo della stessa, anche contro le tradizioni di vita – ingenua, passiva, superate? – di una parte più o meno ampia della popolazione. La legge diventa quindi strumento di governo, elemento attivo per un certo ‘programma’ politico da perseguire, mentre in precedenza non doveva essere se non una corretta espressione della normale vita del tempo. Essa aumenta quindi di molto il suo ruolo, anche ‘politico’. Ne consegue che pure il diritto viene ad essere considerato quasi la sommatoria delle leggi esistenti e non più come l'insieme delle regole, spesso consuetudinarie, del consueto e secolare flusso della vita dell'uomo¹². Esso

⁸ Naturalmente, sono sottolineate non poche ‘conquiste’ illuministe; sono però pure fatte presenti la matrice elitaria ed assolutista delle riforme, nonché un'impostazione partigiana, che non rispetta le ampie autonomie esistenti (ad esempio di Chiesa, ceti, comunità singoli territori), né le voci dissenzienti.

⁹ Colpisce la sicurezza – e l'assolutezza – con cui a volte alcune riforme sono programmate e portate avanti ... senza dubbi sulla bontà del programma e sul successo per la ‘felicità’ dei sudditi (a volte pure perplessi o contrari) ...

¹⁰ La situazione contemporanea può influenzare il nostro giudizio sul passato, ma non si deve dimenticare che oggi è sin troppo usuale l'uso settecentesco della legislazione per sostenere le riforme: anche per questo ‘la legge’ può essere in crisi, specie quando le riforme da essa previste o non sono condivise o non si realizzano o non raggiungono comunque i risultati previsti.

¹¹ In età moderna, come si è detto, si pensava che il legislatore dovesse esprimere aspettative condivise dai sudditi, non un proprio comando autoritario ‘senza’ o ‘contro’ le aspirazioni della popolazione: era un principio non scritto, ma insito nella tradizione dell'ordinamento. Proprio il “principe illuminato” va oltre: legifera per un obiettivo, anche non sentito da una parte consistente della popolazione, nel presupposto che i ‘lumi’ della sua ragione siano capaci di vedere quanto le tenebre da cui i sudditi sono circondati non consentono loro di percepire.

¹² In effetti, per secoli il diritto non è stato identificato con la legislazione, data la ridotta rilevanza di quest'ultima e – al contrario – l'incidenza del diritto comune. Solo dal Settecento in poi questa prospettiva si ribalta, sino all'attuale eccesso.

inoltre si presenta non più come ‘neutro’ rispetto alla società, bensì come espressione di una determinata ‘politica legislativa’ voluta dai governanti per raggiungere gli obiettivi da essi voluti, sopra ed oltre le abitudini di vita dei sudditi. Legge e diritto, quindi, perdono le caratteristiche di ‘neutralità’, che per secoli i giuristi con la loro “interpretatio” hanno cercato di sostenere¹³, ma diventano parte della politica, e come questa sono allora soggetti alle valutazioni di merito (in senso positivo o negativo) dei consociati. Praticamente siamo all’oggi.

Questi importanti cambiamenti di prospettiva si realizzano nell’Europa settecentesca, ma in modo diverso, o con ripercussioni differenti. Il regno di Francia, assolutista, si rivela impermeabile a queste istanze e refrattario a tali riforme, proprio mentre è la Francia il centro d’irradiazione dell’illuminismo. Il regno d’Inghilterra, dotato ormai di un suo sistema di vita e sul piano politico di un governo misto fra Corona e Parlamento, dimostra scarso interesse verso queste prospettive e prosegue in una tradizione ormai consolidata. L’area in cui si sviluppano invece con una certa incisività questi progetti riformatori è quella mitteleuropea, del regno di Prussia (in grande ascesa)¹⁴ e dell’Impero asburgico (in faticosa riemersione statale)¹⁵. In Italia le tendenze riformistiche sono adottate da dinastie di recente inserimento nella penisola in conseguenza delle attribuzioni dall’alto delle “guerre di successione”¹⁶: i Borboni a Parma ed a Napoli, gli Asburgo e i

¹³ I giuristi non potevano che sostenere che legge ed “interpretatio” corrispondevano alle aspettative del popolo, dato che non era loro riconosciuto alcun potere legislativo; diverso poteva ormai essere il potere “sovrano” del principe, anche se nella stessa Francia assolutista si richiamavano le oscure “loix fondamentales” che vincolavano la Corona (fra cui poteva pure intravedersi il principio di legiferare secondo le aspettative dei governati).

¹⁴ Il principato di Brandeburgo a metà Seicento si è trasformato in regno di Prussia grazie all’opera di Federico Guglielmo I (1640-88); un altro Federico Guglielmo (1713-1740) avvia su scala europea il regno, che vi si afferma definitivamente con Federico II (1740-1786).

¹⁵ L’impero asburgico, superato nel 1683 l’assedio turco di Vienna, si riprende e Carlo VI riesce con la “prammatica sanzione” (1713) ad assicurare la successione alla figlia Maria Teresa (1740-80), che – pur con difficoltà – si conquista un posto nello scacchiere delle potenze europee. Nel 1736 sposa Francesco di Lorena, al quale nel 1738 (pace di Vienna) viene destinata la Toscana.

¹⁶ Al termine della guerra di successione spagnola la pace di Utrecht (1713) attribuisce i territori già spagnoli di Sardegna, Napoletano e Lombardia all’Austria, della Sicilia ai Savoia. Con la pace dell’Aia (1720) i Savoia devono lasciare la Sicilia (che torna alla Spagna) per la Sardegna, loro ceduta dall’Austria. Dopo la guerra di successione polacca, la pace di Vienna (1738) introduce – nel quadro dell’equilibrio europeo – nuove dinastie in Italia: la Toscana va a Francesco di Lorena marito di Maria Teresa d’Austria, (che ha lasciato la Lorena al candidato francese in Polonia Leczsynski); Napoli e la Sicilia toccano a Carlo di Borbone; Parma e Piacenza sono attribuite all’Austria. Dieci anni dopo, la pace di Aqu-

Lorena in Lombardia e in Toscana. Un caso a sé è il regno di Sardegna sabauda, ove riforme (di marca meramente assolutista) sono già avvenute nei primi decenni del Settecento. Nel complesso si può dire che queste riforme attecchiscano in Prussia ed Austria, falliscano nell'Italia borbonica, si realizzino in Toscana e Lombardia.

Tali riforme rafforzano la posizione del principe – e dello Stato – e ne accentuano la sovranità: gli altri ‘corpi’ o enti presenti nel territorio sono ridimensionati e ne sono soggiogati. La nobiltà subisce condizionamenti e limiti nelle sue secolari autonomie; la Chiesa tramite il giurisdizionalismo viene imbrigliata e controllata; le comunità locali sentono il peso ed il controllo dei funzionari statali inviati in periferia; le corporazioni mercantili ed i collegi professionali subiscono forti controlli sovrani, quando non scompaiono. Per converso, l'amministrazione statale si estende direttamente nel territorio e non dipende più – o molto meno – dall'intermediazione dei ‘corpi intermedi’; la giustizia in genere viene amministrata da giudici statali e comunque si deve svolgere secondo le regole volute per tutti dallo Stato; aumentano considerevolmente le imposte dovute direttamente allo Stato ed in conseguenza le sue capacità di spesa, fra cui quelle per un più potente ed efficiente apparato militare, pronto a farsi sentire in modo deciso sul territorio.

Nel complesso questa situazione, sviluppatasi in modi diversi in parecchi Stati ‘illuminati’ del Settecento, viene a rafforzare la posizione di un principe che finisce col trovare sotto di sé solo sudditi fra loro meno dissimili, essendo stati ridotti – ma non ancora aboliti – i secolari privilegi dei vari gruppi sociali: in tal modo il principe è veramente “sovrano”, cioè titolare assoluto del potere su nobiltà, clero, città demaniali, di cui sono stati ridimensionati i privilegi del passato. Nel complesso ciò si è realizzato pure nella Francia assolutista, ma senza alcuna riforma ‘illuminata’ (come pure nei domini sabaudi); non è avvenuto invece nel ‘governo misto’ inglese, in cui la Corona non ha colpito i “corpi intermedi” e non può non esserne condizionata. Tutto ciò nel Settecento porta comunque ad un'indubbia affermazione dello Stato e della sua sovranità, all'epoca in mano naturalmente al principe. Le assemblee dei “Tre Stati” (nobili, ecclesiastici, rappresentanti cittadini) di tradizione medievale tendono quindi a modificarsi del tutto (Inghilterra) o scomparire (Francia): ove si conservano (Germania, Spagna, Sicilia) hanno per lo più aspetto trattativo.

Il riformismo illuminato trova nel principe il propulsore, che coi suoi

sgrana (1748) destina Parma e Piacenza a Filippo di Borbone (fratello di Carlo, re a Napoli) a danno dell'Austria, la quale perde pure parte dei territori occidentali della Lombardia a favore dei Savoia, che giungono al confine del Ticino.

‘lumi’ prende nuove iniziative per conto dei sudditi, pensando di agire nel loro interesse, senza che questi abbiano alcun diritto di sorta. In ciò sta uno dei suoi limiti. Il principe prima è “sovrano” (= con potere assoluto), poi “illuminato”. Ben diversa è l’impostazione dei “diritti innati”, che – sull’onda del pensiero di Locke, ma pure di Montesquieu e di Rousseau – affacciano dal 1776 le “dichiarazioni dei diritti” delle colonie inglesi d’America, e che nel 1789 afferma la famosa “dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino” della rivoluzione francese. Con queste “dichiarazioni” si apre il periodo “liberale” e l’era dei diritti – più o meno lati – del “cittadino” (non più “suddito”). Con gli ultimi decenni del Settecento c’è quindi un salto di qualità nei rapporti governanti-governati: la sovranità non fa più capo ai primi, ma ai secondi¹⁷, titolari diretti di ben precisi diritti, degni di partecipare con propri ‘rappresentanti’ alla legislazione ed al governo. È un salto di qualità garantista, che – pur con annebbiamenti ed omissioni¹⁸ – giunge sino ai nostri giorni, con l’attuale ulteriore discussione sul concetto e sull’esercizio della ‘rappresentanza’ composta di un élite di esperti (Montesquieu) oppure di un’egualitaria designazione di un qualunque altro elettore.

Un ruolo decisivo in proposito hanno avuto le opere di alcuni intellettuali, le cui idee diffuse dalla stampa hanno ispirato il cambiamento: tra i più noti, Montesquieu e Rousseau, ma pure Kant e Beccaria. È la prima volta nella storia che le idee degli intellettuali trovano così ampia accoglienza operativa a livello politico: sembra opportuno darne anche solo qualche cenno essenziale. I giuristi non sono in speciale evidenza, ma il diritto lo è, perché è proprio uno dei punti sui quali si concentra l’attenzione, sia per come si aspira a vederlo cambiato sia per il ruolo della legge quale elemento e strumento del cambiamento.

2. *Filosofi, politici e diritto*

Gli intellettuali settecenteschi aspiravano a costruire *ex novo* non solo il diritto, ma tutta la società e la sua struttura politica secondo i ‘lumi’ della ragione. Già in passato erano stati concepiti ed esposti programmi con

¹⁷ Come si vedrà, in epoca liberale la sovranità fa capo alla “nazione” composta dei cittadini politicamente consapevoli del loro destino comune, in seguito è riferita al “popolo” comprensivo di ogni cittadino.

¹⁸ Non si può, naturalmente, dimenticare che i regimi totalitari hanno voluto ignorare tali diritti, come le dittature comuniste, nazista, fascista o franchista, nonché altri regimi tuttora purtroppo presenti nel mondo.

analoghe finalità: i loro autori però erano stati considerati dai governanti e dai contemporanei come “utopisti” (da Tommaso Moro a Tommaso Campanella ...) e relegati fra il carcere e l'indifferenza generale. Nel Settecento invece la situazione è ben diversa: questi programmi, per quanto tollerati con sospetto dalla Corona in Francia, altrove sono considerati, discussi ed a volte accolti (sia pure in parte), ad esempio presso le Corti di Berlino, Vienna, Napoli o Firenze. Per la prima volta i programmi di governo includono fra i loro intendimenti alcune delle proposte concepite a tavolino.

Non si tratta di accoglienza ingenua. Le riforme dei principi ‘illuminati’ non ne minano il potere, anzi spesso possono renderlo più assoluto, cioè “sovrano” (come all'epoca si può pensare debba avvenire in un vero Stato “moderno”). Esse tendono a ridisegnare il diritto, ma pure la società, abolendo o riducendo secolari privilegi considerati ormai anacronistici (in capo a nobili, ecclesiastici, corporazioni): dopo tali riforme i ceti già privilegiati sono ridimensionati nella loro essenza – e nel loro potere anche politico – e perdono le precedenti possibilità di contrapposizione nei confronti del principe, “sovrano” in ogni senso. L'abbassamento dei ceti privilegiati li livella – o meglio, avvicina – al diritto comune, non a vantaggio specifico della crescita di altri, ma a favore del solo potere esistente, dal quale tutto promana, quello del “sovrano”¹⁹.

Può essere ragionevole considerare inoltre che poteva esistere pure un onesto e benevolo interessamento del principe per il buon funzionamento del ‘suo’ Stato e per il futuro del ‘suo’ popolo, da avviare e dirigere verso quelle soluzioni di “benessere” e di “felicità”, su cui insistono – con ottimismo fors'anche eccessivo – sia le proposte degli intellettuali sia le prospettive di riforma enunciate dai principi illuminati²⁰. Come si è detto, la legislazione è uno degli strumenti operativi in proposito e quindi il diritto è coinvolto direttamente in questi programmi, divenendo perciò oggetto di discussione e di scontro fra i fautori ed i contrari alle innovazioni. Ciò può presentarsi come una netta inversione rispetto al passato, quando si intendeva che il diritto fosse elemento non di parte ma di equilibrio della società, con principi fuori del tempo e dello spazio. La nuova filosofia “dei lumi” comporta quindi un radicale mutamento anche nella concezione del

¹⁹ Ciò non esclude che una più equilibrata struttura sociale derivante dalle riforme veda migliorare la condizione economica (e pure politico-amministrativa) di gruppi ed elementi (in specie borghesi, contadini o provinciali) prima nel complesso emarginati, ma questi non sono certo in grado di impensierire il sovrano, come potevano essere la Chiesa o alleanze fra nobili.

²⁰ Ciò si può facilmente leggere in genere nel proemio delle diverse leggi, con cui si volevano realizzare le riforme, nel quale il principe indicava gli obiettivi ed i fini che si proponeva.

diritto, e sulla sua stessa funzione, che da una tendenziale imparzialità passa a palese strumento della politica²¹.

Le proposte dei “philosophes” settecenteschi, avanzate negli scritti e discusse nelle accademie e nei salotti, sono a volte prese in considerazione in qualche misura da alcuni governanti²², ma filtrate naturalmente in rapporto con le proprie esigenze di governo: in qualche caso possono essere utilizzate per la politica legislativa del sovrano, in altri sono trascurate. Questo capita con una certa frequenza: solo col tempo se ne può constatare l’influenza sulle decisioni politiche successive. Ciò avviene, ad esempio, per le osservazioni (e le conseguenti proposte) di due intellettuali, che saranno tra i più noti e seguiti, cioè Montesquieu (1689-1755) e Rousseau (1712-1788). Le loro idee non ispirano alcuna iniziativa ad essi contemporanea, ma a partire dalle rivoluzioni americana e francese di fine secolo influenzeranno scelte politiche anche di molto successive. Sia l’“Esprit des Lois” (I principi ispiratori delle leggi, 1748) di Montesquieu che “Le contrat social” (Il contratto sociale, 1762) di Rousseau sono tuttora due classici fondamentali della filosofia politica, a cui si è ancora ispirata anche la nostra attuale costituzione.

Non si possono seguire in questa sede le principali proposte illuministe, ma qualche rapido cenno – opinabile nelle scelte – è indispensabile. In proposito sembrano almeno da ricordare, fra i tanti, alcuni principi enunciati da quattro autori: due di cultura francese (Montesquieu e Rousseau), uno tedesco (Kant), uno italiano (Beccaria). La loro influenza è stata diversa; soprattutto, ha visto alcune loro affermazioni subire interpretazioni ed adattamenti, che ne hanno diffuso la fama in modo derivante anche dalle propensioni politiche e giuridiche dei diversi momenti. Montesquieu e Beccaria possono essersi giovati – per quanto ci riguarda – di una certa maggior conoscenza dell’ambiente giuridico per essersi laureati in giurisprudenza (e per essere stato il primo pure giudice per un certo periodo). Essi non mostrano però una particolare simpatia per l’ambiente forense, che anzi colpiscono con pesanti critiche.

Montesquieu, per quanto giurista di formazione, è soprattutto un uomo

²¹ Anche se può sostenersi che l’imparzialità non esiste, e che anzi proprio una bonaria neutralità è già uno schieramento di parte a favore dell’ordine costituito, in effetti mi sembra che un’accentuata parzialità sulle scelte politiche di fondo qualifichi in ogni modo diritto e legislazione in modo ben diverso di quando questi cercano di non dipendere espressamente dalle scelte politiche di fondo.

²² Certo non a Parigi o Londra e – in Italia – a Roma, Torino o Venezia; più facilmente a Berlino o Vienna, e – in Italia – a Firenze, Milano o Napoli.

di lettere che utilizza la sua dimestichezza col diritto per illustrare in modo ‘scientifico’, e con ampi riferimenti storici e comparatistici, le diverse possibilità e caratteristiche di regimi politici. Tra le numerose sue affermazioni, alcune sono state particolarmente apprezzate e sottolineate, anche a distanza di secoli. È un nobile²³, che critica a fondo il sistema (assolutista) entro cui è inserita la nobiltà nel regno di Francia, ma apprezza quello “misto” (o “limitato”) del regno d’Inghilterra (ove ha soggiornato), nel quale la nobiltà svolge un ruolo positivo. Non si mostra però nel complesso favorevole a repubbliche aristocratiche (come quella veneziana), preferendo in genere una monarchia temperata. Sottolinea comunque spesso la relatività (e storicità) dei regimi politici, coprendo con una certa vena di scetticismo la ricerca di una verità assoluta, a suo giudizio impossibile (ed in ciò mostra una duttilità mancante al polemico Rousseau).

Montesquieu è famoso soprattutto per il principio del “bilanciamento” dei tre poteri dello Stato (legislativo, esecutivo, giudiziario). Essi non devono (... come nella Francia dell’epoca) far capo ad un solo organo (... il re di Francia), ma essere distribuiti fra più organi, in modo che ciascuno di essi controlli e bilanci i poteri degli altri. La sua impostazione è generalmente nota come “separazione” dei tre poteri, ma la sua prospettiva è più quella di un bilanciamento (fra organi diversi) che di una netta separazione (con tre specifici organi). Certo, l’aver voluto distinguere fra chi fa le leggi, chi le esegue, chi controlla come sono applicate fa emergere l’idea di aver organi appositi, con un particolare risalto assunto dall’attività giudiziaria, che per lo più sino ad allora era parte dell’amministrazione (cioè dell’esecutivo). Il suo modello politico ispiratore si trova in quello consuetudinario inglese (con un potere legislativo impersonato dal Parlamento, un esecutivo espresso dal Governo del Re, un giudiziario di togati e giurie popolari), così come quello dei diritti innati pare legato alle posizioni di Locke. Si può capire, perciò, il suo successo anche presso gli elementi colti delle colonie americane, che – peraltro – pochi decenni dopo si opporranno proprio alle decisioni di quel Parlamento inglese così apprezzato da Montesquieu.

Al giudice l’“Esprit des lois” chiede non di essere “interprete” (come

²³ In effetti, si chiamava Charles Louis de Secondat, barone di Montesquieu: è noto quindi col titolo nobiliare. Divenuto avvocato a Bordeaux (1708), è stato prima consigliere (1714) poi presidente (1716) della corte giudiziaria del “parlement” di Bordeaux, carica ereditata – come il titolo – da uno zio (secondo il sistema francese della venalità delle cariche). Tale attività però non lo ha soddisfatto appieno: nel 1721 ha pubblicato le “Lettres persanes” e nel 1722 si è installato a Parigi, ove è restato a coltivare gli studi letterari e politici, tanto che nel 1725 ha “venduto” la carica di giudice. Il sistema della venalità delle cariche (che criticava) non solo non gli era ignoto, ma gli aveva pure portato qualche vantaggio ...

sostenuto dalla secolare dottrina del diritto comune), ma solo e semplicemente “bocca della legge”: la legge spetta al potere legislativo, ed il magistrato non deve invaderne la sfera di competenza. Egli può, al massimo, giungere a vedere quale è lo “spirito” (cioè il principio ispiratore) della legge: se essa è inadeguata, non tocca al giudice cercare di provvedere, ma al legislatore. Ad ognuno i suoi compiti, nel rispetto dei tre poteri.

Un altro aspetto per cui l’opera di Montesquieu è famosa è quello della rappresentanza. Con una visione più moderata (ed elitaria) di Rousseau, Montesquieu diffida (se non respinge) della partecipazione diretta di tutto il popolo alle decisioni politiche (= democrazia diretta e referendum): preferisce che esso si esprima tramite delegati eletti (= sistema rappresentativo) da un corpo di elettori consapevoli del comune destino politico (= “nazione”, con suffragio per lo più ristretto).

Fra le numerose affermazioni dell’“*Esprit des lois*”, queste sono state le più fortunate, seguite tanto nelle vicende della rivoluzione americana quanto dagli ambienti liberali (moderati) di quella francese. Esse si sono tramandate nel tempo, ma hanno un po’ inaridito la ricchezza di prospettive di un’opera, che ha comunque rappresentato una pietra miliare per il costituzionalismo ed il garantismo sino ai nostri giorni, nonostante l’oscillazione – un po’ relativistica – dell’autore fra le più ampie discussioni riguardo ai regimi politici in genere.

Molto diverso, anche nello stile, si presenta “Il contratto sociale” di Jean-Jacques Rousseau, un quindicennio dopo (1762): opera non finita, nelle sue non molte pagine presenta un’intensità di affermazioni, spesso polemiche, che sono rimaste famose. Per Rousseau²⁴ l’uomo – nato libero – è in effetti compresso dalle convenienze della società. La vita in società è però necessaria, e quindi necessario (e non libero) è il contratto sociale. La sovranità appartiene non al principe (... il re di Francia dell’epoca) ma al popolo, ed a questo in modo indivisibile, inalienabile ed uguale per ogni “cittadino”. Ne consegue che i diritti innati (di libertà) non possono mai essere né ceduti né violati e che non è soddisfacente la democrazia rappresentativa (con elezione di delegati in Parlamento), ma è auspicabile invece quella diretta (con parte-

²⁴ Ginevrino, Rousseau risente un po’ nel carattere dei rigidi aspetti ‘calvinisti’ della sua città, ma è di cultura decisamente francese e conduce una vita nel complesso varia, disagiata ed abbastanza avventurosa (almeno sino alla maturità avanzata). Ciò lo porta anche ad una diversificata produzione letteraria, di cui interessa in questa sede “Il contratto sociale” (1^a ed. 1762, con varianti successive), al quale sono da aggiungere pure altri saggi, come il “Progetto di costituzione per la Corsica” (1765) e le “Considerazioni sul governo di Polonia” (scritte nel 1772, ma edite postume nel 1782).

cipazione diretta di tutto il popolo, a suffragio universale).

La legge è espressa dalla maggioranza del popolo: essa di per sé rappresenta la volontà generale, a cui tutti – anche la minoranza – devono sottostare. La bontà della legge sta apoditticamente nel fatto che è decisa dalla maggioranza: essa è generale ed astratta ed indirizza l'attività del popolo (e – indirettamente – del governo). La rigidità del comando legislativo può essere pesante (e persino oppressiva per il singolo, al quale è imposta dalla prevalenza della maggioranza), ma risponde al rispetto del disegno politico della maggioranza, e deve quindi comunque realizzarsi (anche con danno del singolo ...). Rousseau non è solo il teorico della sovranità popolare, della democrazia diretta e del suffragio universale, è il rigoroso sostenitore dei diritti innati ma pure della sacralità della legge. Data la rilevanza di quest'ultima, consegue la quasi irrilevanza della figura del giurista, la cui attività può addirittura finire con l'essere un po' deleteria alla lineare applicazione delle legge. In armonia con le già esistenti perplessità settecentesche verso le astrusità dei giuristi, le taglienti affermazioni di Rousseau si faranno sentire anche più avanti, con la sfiducia palese dei 'rivoluzionari' francesi verso l'ambiente togato.

Filosofo di grande prestigio della seconda metà del Settecento, Immanuel Kant (1724-1804) si presenta ad esprimere già il superamento di certi principi dell'assolutismo illuminato per l'adozione di quelli del successivo periodo liberale²⁵. Kant non porta solo a conclusione, anche giuridica, la distinzione fra diritto e morale delineata tra i giusnaturalisti da Thomasius, ma insiste soprattutto sulla necessità che l'ordinamento assicuri ad ogni individuo una fascia di libertà, proseguendo sul piano filosofico il discorso illuminista e polemista di Voltaire. Contro l'impostazione utilitaristica di Bentham, Kant richiede alla legge (ancora una volta centro-motore dell'ordinamento e del diritto) di assicurare al "cittadino" una serie di libertà, delle quali sarà lui stesso a decidere – nel suo libero arbitrio – l'utilizzazione. Il principe 'illuminato', demiurgo della società ma anche programmatore della strada della "felicità" per un suddito nel complesso ignaro e sottomesso, viene superato da un ordinamento pubblico ("misto" o parlamentare), nel quale il legislatore non fissa d'autorità gli obiettivi e le moda-

²⁵ Nato a Königsberg nella Prussia orientale, vi ha insegnato all'Università e vi è morto, dopo una vita locale estremamente regolare e di studio. È il grande filosofo 'laico' dell'imperativo morale: con la sua notevole – ed ampia – opera di studioso ha avuto un rilievo considerevole anche in campo giuridico. Segna il punto d'arrivo e di passaggio dal giusnaturalismo al diritto del sec. XIX contraddistinto dalla codificazione. Al suo insegnamento si ispirano da un lato le teorie liberali, ma dall'altro pure l'allievo indiretto Carlo Marx.

lità che l'individuo seguirà, ma riesce a costruire un ambiente "di libertà", in cui questo potrà autonomamente scegliere i propri obiettivi e gli strumenti a lui più congeniali per raggiungerli. È la prospettiva ideale del futuro Ottocento garantista e liberale, ma anche individualista e meritocratica.

Il nobile milanese Cesare Beccaria (1738-1794) ha pubblicato, anonimo, nel 1764 "Dei delitti e delle pene": il libro ha posto agli intellettuali ed ai governi del tempo il "problema penale", visto da un giovane illuminista appena ventiseienne, sulla base anche di ampie discussioni scambiate con i suoi amici Verri²⁶. La vivacità polemica del volumetto, l'incisività degli argomenti e della trattazione, l'utilitaristica proposta di decise soluzioni ai diversi problemi hanno procurato subito all'opera successo universale. Il punto più noto è quello dell'appassionata accusa all'inutilità e disumanità della pena di morte, per un messaggio che è rimasto nella storia umana, purtroppo ancor oggi in parte disatteso.

Il giovane illuminista, da poco più di un quinquennio laureato in giurisprudenza (Pavia, 1758), denuncia le incongruenze, le arretratezze, la triste – ed inefficiente – caratteristica del sistema penale del suo tempo ed ha buon gioco nel proporre al 'sovrano illuminato' di rifondarlo su nuove basi, più utili alla società, più umane, più efficaci, più razionali. Parecchie delle affermazioni di Beccaria – certo non tutte – sono state accolte dalla politica criminale successiva: il reato come attentato alla sovranità dello Stato; la legge come unica base della pena (principio di legalità: *nullum crimen sine lege*); la pena come sanzione minima ma necessaria ("l'atrocità delle pene è inutile"), proporzionale alla gravità del crimine commesso; la sanzione prevista in modo certo dalla legge, eguale per tutti i rei (anche i nobili ...), applicata dal giudice senza discrezionalità (quasi automaticamente), con rapidità e con umanità (senza inutili tormenti).

Cesare Beccaria rivela una concezione utilitaristica del diritto penale oggi nel complesso un po' superata, ma si presenta ancora attuale quanto all'interesse per la prevenzione del reato, alla richiesta di umanità della pena, alla pretesa di certezza e di rapidità dell'intervento sanzionatorio dello

²⁶ Primogenito di un agiato casato marchionale, Cesare Beccaria entra in conflitto con la sua famiglia perché sposa una ragazza non nobile (1760): vive perciò in miseria aiutato dai due amici Verri, grazie ai quali trova poi un compromesso coi suoi genitori (1762). Il libro è frutto di intense letture di illuministi e di discussioni con Pietro ed Alessandro Verri. Personaggio timido ed introverso, il giovane Beccaria ha retto male all'improvvisa celebrità e non ha confermato in seguito le prospettive apertesi col 1764. Ha poi condotto una vita abbastanza normale a Milano, con alcuni incarichi pubblici, senza mostrare poi segnali di ripresa della precoce genialità.

Stato (e del giudice), alla prospettiva di depenalizzazione di certi comportamenti: ancor oggi il suo agile trattatello è non solo accessibile ma anche istruttivo, e non unicamente per la “battaglia” sulla pena di morte. Il diritto penale contemporaneo vi trova un significativo punto di partenza e purtroppo ancora delle critiche ragionevoli.

Numerosi altri intellettuali settecenteschi hanno saputo offrire contributi di rilievo per il ‘nuovo’ diritto, che i ‘lumi’ della ragione volevano offrire alla società. Essi non possono essere ricordati in questa sede, ma hanno ispirato spesso la legislazione successiva. La ‘filosofia’ pressoché generale di questi studiosi – pur fra loro diversi – sembra esser stata infatti la grande fiducia nella legge e nel legislatore per dare una disciplina ragionevole ed organica alla società. Di qui nasce il “mito” della legge come espressione generale ed astratta (e pure “giusta” ...) delle esigenze dei consociati, in una prospettiva che ha marcato pressoché due secoli di vita successiva. Tale prospettiva oggi appare senza dubbio in crisi (se non superata) nella civiltà contemporanea. Il “mito” della legge ha, di conseguenza, ridimensionato la figura del giurista: l’attuale crisi del sistema ‘legislativo’ può riportarlo alla ribalta come elemento di mediazione e di ricerca dell’ordine in una società sempre più complessa, ma pure sempre meno disposta alle costruzioni di una legislazione (per lo più ancora statale) spesso inadeguata ai rapidi cambiamenti ed agli sconfinamenti sovratatali.

3. *Per una giustizia ‘nuova’*

Le critiche europee alla giustizia settecentesca erano vaste e profonde. Provenivano da ampi settori dell’opinione pubblica e della popolazione e comprendevano la stessa élite dirigente e parecchi governi dell’epoca. Non erano solo gli intellettuali giusnaturalisti o illuministi a denunciare errori, inefficienze e disfunzioni: gli stessi sovrani mostravano di esserne al corrente, ed anche di voler a volte intervenire platealmente, come nel noto caso di Federico II di Prussia riguardo al mulino del “Sans souci”, in cui per due volte il re volle decidere di persona contro le soluzioni di togati a suo parere insensibili di fronte alla realtà²⁷. Principi ed intellettuali avevano

²⁷ Un mugnaio gestiva un mulino (denominato “Sans-souci”, da cui il nome di tutto il caso) e doveva pagare un canone feudale annuo per l’acqua (di cui era titolare un signore), che faceva girare e lavorare il mulino. L’acqua era stata deviata da un terzo: il mulino non poteva più lavorare. Il mugnaio non pagò più il canone, dato che non godeva più dell’acqua. Condannato al pagamento per gli impegni a suo tempo presi, lo rifiutò: il mulino fu messo all’asta. Il mugnaio riuscì a farsi ricevere dal re, che si convinse delle sue buo-

l'impressione che i riti ed i ragionamenti, in cui giuristi e giudici incanalavano l'amministrazione della giustizia, non corrispondessero alle esigenze della società. Ne conseguiva un atteggiamento di sospetto – e spesso di critica e sfiducia – nei confronti dell'ambiente dei tecnici del diritto, considerati privi di sensibilità per la realtà del tempo e quindi per lo più da ignorare nelle riforme da attuare in materia. Per lungo tempo i giuristi erano stati i più 'credibili' consiglieri in tema di legislazione, in questi decenni diventano quasi i più sospettati. Illuministi noti, come Beccaria o Filangieri, pensano di attribuire alla legge del sovrano – come ad un 'toccasana' – con ottimistica fiducia la funzione di mettere ordine in ogni aspetto della giustizia, nel presupposto che il suo sia un intervento giusto ed equilibrato²⁸. Si fa strada, inoltre, la tendenza regia ad affermare che in caso di lacune tocchi al re provvedere direttamente a risolvere la questione contro la precedente soluzione di affidarsi alla dottrina. È un ulteriore tassello di espansione dell'assolutezza del potere del principe-sovrano.

In primo luogo si denunciano le eccessive formalità e lentezze del sistema processuale: si provvede quindi ad una nuova disciplina dei processi e dell'ordinamento giudiziario (in Italia: nel regno di Sardegna, in Lombardia, nel regno di Napoli). Ciò è stato attuato con legge del principe, quindi con espansione del suo potere rispetto al precedente "ordo iuris" frutto della secolare "interpretatio" dei giuristi. La nuova disciplina statale del processo deve inoltre valere per tutto il territorio, in base ad un principio di uniformità affermato con forza dall'illuminismo: si applica quindi anche a quella giurisdizione (in genere di primo grado), che fa ancora capo a feudi e città: è quindi una riduzione dell'autonomia dei gruppi privilegiati ed un'estensione del 'sovrano' potere del principe. I risultati, peraltro, non sono così brillanti come previsto e restano comunque, pur con snelli-

ne ragioni sostanziali ed ordinò il riesame della controversia. I giudici diedero di nuovo torto al mugnaio: Federico II avocò a sé il caso, lo affidò ad altri giudici, i quali – nonostante le pressioni del re – giudicarono anche loro contro il mugnaio. Federico II allora fece arrestare questi ultimi giudici perché colpevoli di aver tradito la sua fiducia, ordinando che fossero puniti in modo esemplare. Ciò non avvenne: il re si convinse che i giudici agissero contro equità e si spalleggiassero tra di loro (e trascurò l'idea che si rifacessero tutti a principi di diritto diversi dai suoi, equitativi). Decise allora d'autorità che i giudici ultimi fossero detenuti per un anno in una fortezza ed indennizzassero il mugnaio, che aveva perduto lavoro e mulino (mugnaio noto per la famosa frase secondo cui c'era finalmente giustizia a Berlino). Il caso suscitò grande discussione. Uno dei primi atti del successore di Federico II fu quello della riabilitazione dei giudici colpiti dall'ira di questo.

²⁸ La prospettiva illuminista (confermata dalla "dichiarazione dei diritti" dell'agosto 1789) vedeva nella legge un'espressione della volontà generale, in armonia con le esigenze della società: non prendeva in considerazione un uso partigiano o distorto della legislazione (come a volte possibile ...).

menti ed accelerazioni, entro il sistema del diritto comune.

Alla stessa conclusione giunge un'altra critica: quella dell'eccessivo "arbitrio" del giudice nella valutazione delle prove e nella determinazione della pena: la soluzione viene trovata riducendone il potere entro limiti precisi, fissati – naturalmente – dalla legge del principe. Anche in questo caso la discrezionalità della giustizia feudale o cittadina viene compressa o eliminata.

Esiste inoltre un 'problema penale', che discute sulle caratteristiche della pena, con prospettive diverse fra il filone proporzionalista (o retributivo), quello utilitarista e quello umanitario. In effetti, però, la criticata durezza delle pene non viene di molto ribaltata. Un punto ideale di indubbio rilievo – e prestigio – viene in ogni caso a marcare la "Leopoldina" toscana (1786), abolitrice della pena di morte, secondo l'insegnamento e l'auspicio di Cesare Beccaria ne "Dei delitti e delle pene" (1764). Si tratta del primo caso in assoluto sul piano legislativo: per quanto il granduca Leopoldo II inserisca l'abolizione della pena di morte in un contesto normativo non eccessivamente tenero verso il condannato, si deve sottolineare comunque tale abolizione, constatando purtroppo che, a ben oltre due secoli di distanza, ciò non è ancora stato seguito ovunque nel mondo.

Le affermazioni e le previsioni degli intellettuali non sempre trovano accoglienza da parte dei principi. La materia penale è quella su cui si accentuano le critiche illuministiche, che però solo in parte sono seguite dai governi settecenteschi: resteranno nel tempo, e come tali finiranno con l'avere lento ma progressivo ascolto. Ad esempio, nell'Europa continentale il principio di legalità ("nullum crimen sine lege"), seguito solo in Austria dal codice penale Giuseppino del 1787, sarà alla base dei codici ottocenteschi, così come quello dell'irretroattività della legge penale e il divieto di applicazione analogica delle norme penali. Lo stesso può valere per il principio della personalità della responsabilità penale, nonché per quello che la pena sia certa²⁹, pronta³⁰ e proporzionata al delitto³¹.

Le aspettative dei "lumi" della ragione in tema di giustizia sono avviate

²⁹ Contro un'ampia discrezionalità del giudice e contro le "prove legali" si affermerà il principio che tocchi direttamente alla legge fissare la pena, con un minimo ed un massimo (entro cui il giudice dovrà stare), a garanzia del reo.

³⁰ Si tratta di un'aspirazione spesso espressa, non sempre realizzata, da un lato per la lentezza del procedimento giudiziario, dall'altro per le esigenze di garanzie da dare all'imputato.

³¹ La proporzionalità sarà uno dei punti fermi dell'impostazione liberale e della "scuola classica" del diritto penale; tale esigenza non è scomparsa, ma è stata unita ad altre nel frattempo emerse nella scienza criminalistica, connesse con le caratteristiche sia del reo (pericolosità, imputabilità, ecc. ...) che del reato.

a realizzazione in alcuni Stati nella seconda metà del Settecento: si segnalano in proposito i territori asburgici, ove parecchi miglioramenti giungono a compimento grazie alla “Leopoldina” in Toscana (1786), al codice penale (1787) ed all’ordinamento sui giudizi penali (1788) di Giuseppe II nei domini austriaci (e quindi in Lombardia). Le opere degli illuministi danno uno scossone all’ambiente, portano ad una razionalizzazione e semplificazione nell’Impero asburgico (e quindi in Lombardia), giungendo sino all’abolizione della tortura e (in Toscana) della pena di morte: si tratta di novità senza dubbio importanti, di particolare significato. Non è tutto, ma è già qualcosa. Il riformismo “illuminato”, d’altronde, avviene pur sempre entro una cornice assolutistica. Il garantismo potrà svilupparsi solo in tempi successivi, in un contesto liberale, anche in tema di giustizia.

4. *Il “codice”, espressione di un ‘nuovo’ diritto*

Una ‘nuova’ giustizia poteva ottenersi, secondo numerosi pensatori settecenteschi, solo con un ‘nuovo’ diritto, enunciato d’autorità da un ‘principe illuminato’ dalla ragione e dagli intellettuali che lo ispiravano in tal senso. Per giungere a tale cambiamento era per lo più considerato necessario fare ‘tabula rasa’ delle fonti giuridiche esistenti (usate per di più in modo considerato sofisticato dai giuristi del tempo) e riscrivere da capo le norme in modo ‘nuovo’, semplice, chiaro e giusto, con un “codice”. Il “codice” appariva perciò il nuovo strumento tramite il quale si poteva dare un “nuovo diritto” alla società riformata dai sovrani dell’assolutismo ‘illuminato’.

Sin dal Cinquecento alcuni giuristi avevano invocato un nuovo “codice”, chiarificatore del diritto esistente, riformando il sistema vigente senza abatterlo. Nel Settecento, da Pufendorf in poi, era proprio l’abbattimento di un sistema considerato ormai irrecuperabile (= quello dello “ius commune”), non solo complesso e incerto ma pure profondamente ingiusto e irrazionale, l’obiettivo da raggiungere tramite la “codificazione”.

Il cambiamento era rappresentato da una proposta – ed una parola – quasi magiche (anche se variamente intese): predisporre un ‘codice nuovo’. Gli Stati più sensibili alle istanze riformatrici vi si applicarono: Prussia, Austria, Toscana. Naturalmente, nella codificazione – e pure nei successivi codici, quando giunsero – c’erano due anime: quella di coloro che aspiravano solo ad avere un nuovo diritto più semplice e chiaro (senza radicali cambiamenti nei principi); quella di coloro che tramite la codificazione volevano riscrivere dalle fondamenta le basi delle regole giuridiche. Le aspettative della prima tendenza facevano capo soprattutto a giuristi, quelle del-

la seconda annoveravano fra i fautori – con giuristi – intellettuali dai vasti progetti innovatori. Questi fecero sempre sentire la loro voce, ma spesso nei punti tecnici o conclusivi dovettero lasciar spazio anche a giuristi.

Il codice doveva sostituire la complessa ed oscura disciplina del diritto comune: quanto alla forma, doveva essere certo nelle affermazioni, semplice e comprensibile nell'esposizione, completo nella struttura (cioè senza integrazioni di altre fonti esterne); ma doveva pure – quanto alla sostanza – contenere regole ispirate a quei principi razionali e “naturali”, che la cultura settecentesca stava delineando ed indicando, ben diversi da quelli da secoli desunti dal diritto romano.

Tali principi “naturali” non potevano che presentarsi come universali: il codice auspicato dagli intellettuali dell'illuminismo settecentesco doveva venire a contenere una disciplina generale sovrastatale. Queste aspettative erano costrette però a passare attraverso le iniziative dei principi (= degli Stati) dell'epoca e quindi finivano col legarsi alle singole legislazioni statuali (che avrebbero peraltro potuto essere coordinate fra loro nella sostanza). L'attesa per un codice universale restò però tale, perché in effetti la codificazione si tinse sempre di più di statualità: i codici, quando saranno finalmente emanati (fra fine Settecento ed inizio Ottocento), saranno proprio l'espressione della statualità del diritto contro il precedente universalismo del diritto comune. Ciò potrà essere stato favorito dallo sviluppo nel frattempo della sensibilità romantica (fautrice di una disciplina particolare per ogni “nazione”, cioè ogni Stato, rispondente ai suoi “caratteri specifici”), ma è fuor di dubbio che la codificazione, partita dal cosmopolitismo settecentesco, ha invece favorito una formale statualità del diritto.

A metà Settecento si misero dunque al lavoro per ciò con impegno le Corti prussiana, austriaca e in seguito toscana, ma i risultati non furono né rapidi né facili né – in generale – subito soddisfacenti. Il più difficile da redigere, ma anche il più significativo, era il codice civile³². Andò meglio in materia processuale³³, ed anche in campo penale³⁴. Il ‘nuovo’ diritto au-

³² I primi progetti avviati per giungervi, tanto in Prussia (1751) quanto in Austria (1766) non soddisfecero e furono abbandonati. Solo nel 1794 la Prussia avrà il suo codice di diritto privato (Allgemeines Landrecht = Diritto comune territoriale), peraltro ancora piuttosto complesso. Ancor dopo si pervenne ad un codice civile nei domini austriaci: per la sola Galizia questo fu emanato nel 1797, ma si dovette attendere il 1811 per avere un nuovo “codice civile generale” (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch = ABGB).

³³ Maggior fortuna ebbe in Austria la codificazione processuale sia civile (1781) che penale (1788): fu un passo avanti notevole per una disciplina unitaria, chiara e semplificata del processo, sebbene ancora ferma a principi assolutistici, come quelli della discrezionalità del giudice, delle “prove legali” o della persistente assenza del diritto alla difesa.

spicato faticò non poco a prendere la forma giuridica indispensabile, nonostante le ampie speranze suscitate agli inizi dalla codificazione.

Alcuni di questi codici, come quello penale austriaco del 1787, hanno già superato singolarmente il sistema del diritto comune, ma questo non è ancora completamente sostituito nell'ordinamento: tale cambiamento è completato e completo solo con i successivi codici napoleonici. Per questo la nostra storiografia è propensa a considerare i cinque codici napoleonici come il punto di mutamento definitivo dal sistema del diritto comune a quello dei codici: la loro semplicità, chiarezza e razionalità si unisce generalmente alla loro 'completezza'³⁵ e comporta l'abbandono delle altre fonti del diritto e del sistema del diritto comune³⁶.

Per un 'nuovo' diritto, comunque, gli ultimi decenni del Settecento hanno segnato una strada dalla quale non si è più tornati indietro. La via della codificazione, intrapresa sotto la spinta del riformismo illuminato in alcuni Stati, nell'Ottocento è stata seguita in altri sull'onda dell'esempio della Francia postrivoluzionaria: nel giro di un cinquantennio il nuovo sistema del diritto codificato è sembrato in Europa quello adatto ai tempi. Solo l'Inghilterra se ne astenne, conservando il sistema che vi si era affermato con una tradizione secolare. Non tutti i codici furono però simili: senza entrare per ora nel dettaglio, sembra opportuno rilevare che alcuni si prefissero maggiori cambiamenti anche sostanziali (come a suo tempo auspicato dai "filosofi"), altri preferirono non innovare troppo nei principi, pur mutando radicalmente il sistema generale (= il codice) entro cui comprenderli, in sostituzione di quello precedente (= diritto comune).

La spinta alla codificazione proviene dall'illuminismo. La realizzazione è però ancora immatura con la fine del Settecento: si concretizza in modo

³⁴ Apparivano opportuni incisivi interventi nel diritto penale, ove le ampie critiche illuministiche alla situazione esistente non riuscirono però a portare appieno a soluzioni operative, come auspicato. Da un lato, il codice penale austriaco di Giuseppe II del 1787, pur affermando il principio di stretta legalità e l'unicità del soggetto penale, conservava la pena di morte e le pene corporali. Dall'altro, la "Leopoldina", emanata l'anno prima (1786) in Toscana dal fratello Pietro Leopoldo, se era la prima legge nel mondo ad abolire la pena di morte, si dimostrava per altri aspetti non così innovativa come l'illuminismo giuridico si attendeva.

³⁵ La 'completezza' del sistema del codice comporta che in caso di lacune non si faccia riferimento ad altre fonti (= eterointegrazione), ma si utilizzino i principi in esso contenuti tramite procedimento analogico (= autointegrazione).

³⁶ Oltre alla dottrina del diritto comune, al "corpus iuris civilis" ed a quello canonico, si abbandonano le precedenti leggi locali (statali e comunali), le raccolte di consuetudini, di diritto feudale, corporativo, e così via. Il 'nuovo' sistema codificato si basa sul solo codice.