

Gian Savino Pene Vidari

Storia del diritto in età medievale e moderna

con revisioni ed integrazioni di

Caterina Bonzo, Paola Casana, Valerio Gigliotti



SECONDA EDIZIONE



Giappichelli

PREMESSA ALLA SECONDA EDIZIONE

A distanza di quattro anni dalla pubblicazione dell'opera si è approntata, per esigenze didattiche, una seconda edizione in cui sono stati introdotti alcuni capitoli nuovi e revisionati ed integrati in alcune parti quelli già esistenti.

La struttura del Manuale, così come i criteri metodologici seguiti, sono rimasti – ci auguriamo – fedeli all'impostazione scelta dal compianto prof. Pene Vidari, il cui intento, da lui richiamato nella *Premessa* alla prima edizione, ci permettiamo di far nostro come pegno di memoria e gratitudine all'Autore per la meritoria opera di supporto all'insegnamento della *Storia del diritto*:

«Quanto esposto nei due manuali (uno per l'età medievale e moderna ed uno per quella contemporanea) è tutto indispensabile per una conoscenza – anche solo elementare – degli aspetti fondamentali del diritto di questo lungo periodo di oltre 15 secoli. Lo studente deve quindi studiarlo con cura ed attenzione. Queste pagine sono destinate ad agevolarlo nell'apprendimento di quanto più ampiamente è esposto a lezione dal docente» (Gian Savino Pene Vidari).

I CURATORI

Caterina Bonzo
Paola Casana
Valerio Gigliotti

Il capitolo III è da attribuirsi al professor Valerio Gigliotti.

Il capitolo XII è da attribuirsi alla professoressa Caterina Bonzo.

PREMESSA ALLA PRIMA EDIZIONE

Il Corso di studi magistrale a ciclo unico in Giurisprudenza è funzionale alla formazione culturale e metodologica del futuro giurista: egli la utilizzerà poi per la sua specifica competenza professionale. La capacità di ragionamento e d'inquadramento dei fenomeni giuridici deriva da una gamma ampia e articolata di conoscenze comuni, ispirate da una didattica formativa generale: le riforme di questo inizio di millennio hanno previsto (in genere al 1° anno) un insegnamento di storia del diritto, di inquadramento delle vicende che hanno portato al diritto attuale.

Il giovane studente alle prime armi con gli studi di giurisprudenza deve quindi procurarsi una visione d'insieme della storia del diritto, praticamente dal sec. V al sec. XXI: non è certo poco, nel breve lasso di tempo delle lezioni di un anno accademico. È presupposta perciò la persistenza di un minimo di conoscenze storiche apprese in precedenza, recuperabili anche grazie ad alcune Cartine storiche riportate sul sito della casa editrice (www.giappichelli.it); è ammessa peraltro un'acquisizione ancora parziale di concetti ed istituti giuridici.

La storia giuridica europea di oltre 1500 anni presenta molteplici aspetti: è necessario perciò effettuare delle scelte, data l'esiguità del tempo a disposizione. È stato questo il problema più difficile e delicato da superare. Mi è parso opportuno preferire quegli argomenti, che mi sono sembrati essenziali per la formazione di un attuale giurista. In questa prospettiva, ho considerato perciò maggiormente adatti quelli più legati ai nostri interessi presenti, o per la vicinanza cronologica o per l'attuale sensibilità, come quelli sulla posizione del legislatore, del giurista o del giudice entro l'ordinamento.

Si tratta di una scelta senza dubbio opinabile, ma necessaria, se si devono purtroppo operare dei 'tagli' per cercare di restare nel ristretto ambito temporale ed oggettivo indicato. Questa indispensabile limitazione ai punti ritenuti essenziali ha comportato una compressione della parte più nozionistica, con l'avvertenza però che per illustrare i diversi concetti si deve pur sempre partire dall'analisi e dall'apprendimento di un certo numero di elementi.

Ne consegue che quanto esposto nei due manuali (uno per l'età medievale e moderna ed uno per quella contemporanea) è tutto indispensabile per una conoscenza – anche solo elementare – degli aspetti fondamentali del diritto di questo lungo periodo di oltre 15 secoli. Lo studente deve quindi studiarlo con cura ed attenzione. Queste pagine sono destinate ad agevolarlo nell'apprendimento di quanto più ampiamente è esposto o sottolineato a lezione dal docente.

Gian Savino Pene Vidari

PRESENTAZIONE

È opinione corrente che il diritto attuale derivi dall'insieme delle leggi emanate dallo Stato. Ciò ha un buon fondo di verità, ma non è tutto. In effetti, la situazione è più complessa, perché il diritto comprende le regole coattive destinate a disciplinare la società, derivanti non solo dalle norme statali ma pure da quelle extrastatali (come quelle internazionali, comunitarie, regionali, locali, particolari). Inoltre non rileva solo quando e come le norme sono poste, ma anche come sono interpretate e come sono applicate nel cosiddetto diritto vivente.

La prospettiva corrente deriva da un'impostazione che vede nello Stato l'unica fonte di produzione normativa, tipica dei secc. XIX-XX. Tale prospettiva è venuta però recentemente appannandosi, e si rivela superata, in seguito ad una certa crisi dello "Stato" nell'ultimo scorcio del sec. XX, compreso dall'evoluzione di enti soprastanti (O.N.U., Unione Europea ...) e sottostanti (Regioni, Comuni...) con competenza anche normativa, oltre che affiancato dalla ripresa di altre forme di aggregazione sociale.

Se volgiamo lo sguardo ad un passato più remoto, la situazione si appanna ulteriormente, perché le fonti normative sono state ben più numerose varie e intrecciate tra loro. Uno sguardo indietro può quindi far percepire meglio la situazione, nella fluidità del presente ed anche nelle prospettive future, secondo una presumibile linea evolutiva di ripiegamento della funzione normativa dello Stato, dopo la grande espansione del sec. XX.

La sempre maggiore complessità della società contemporanea comporta però una disciplina più dettagliata dei suoi complicati e raffinati meccanismi, e perciò una normativa – statale ed extrastatale – sempre più minuziosa e complicata. In questa il cittadino comune (il "quavis ex populo" della tradizione romana) fatica a districarsi ed è portato allora a ricorrere all'esperto delle regole, cioè al giurista. Le funzioni di quest'ultimo quindi aumentano e sono di conseguenza sempre più indispensabili per il buon funzionamento della società del sec. XXI. La perspicacia del giurista deve tener presente l'evoluzione del diritto e delle fonti giuridiche, aperta al futuro anche grazie alla conoscenza ed alla valutazione del passato.

Se il diritto comprende il complesso delle regole coattive secondo le quali vive una determinata società politica, in questi ultimi due (o tre) secoli tali regole sono state espresse in gran parte – ma non solo – dalla “legge”, frutto della volontà politica di chi deteneva il potere, impersonata dal legislatore, che in Europa in precedenza era il principe (prima assoluto, poi costituzionale) ed oggi è generalmente il parlamento, considerato – più o meno fondatamente – espressione, a seconda dei tempi, della volontà “nazionale” o di quella “popolare”. Lo scostamento da tali regole comporta una violazione del diritto, e quindi la necessità che questo sia ripristinato per il corretto funzionamento della società: è quanto oggi si dice ‘amministrazione della giustizia’, con intervento del ‘giudice’ a ‘fare giustizia’ secondo le regole del diritto, per riportare l’ordine – in precedenza violato – nella convivenza civile.

Attualmente si dovrebbe incaricare di questo reintegro lo Stato, entità nel complesso di per sé astratta, ma in effetti più o meno incombente (a seconda dei tempi e dei luoghi) tramite i suoi ‘rappresentanti’, e come tale in genere sentita con un certo disagio dal singolo individuo, che tende invece a dimenticarne la funzione di tutela dell’ordine e della convivenza civile. Si pensa comunemente che lo Stato sia in pratica sempre esistito, ma in effetti si può dire che nell’attuale accezione si è formato gradualmente in Europa con l’età moderna, nei suoi tre classici elementi di territorio, popolazione e sovranità: si parla così di “Stato moderno”, o più semplicemente di “Stato”.

In altri continenti non si è verificato nulla di simile; essi, anzi, sono stati progressivamente assoggettati ad una prepotente colonizzazione delle principali potenze europee, che solo dal sec. XX sono venute via via ritirandosi. Esse hanno così lasciato spazio a modelli statuali nel complesso simili ai propri, che avrebbero dovuto avvicinarsi a quelli contemporanei europei, ma le cui terre sono spesso state travagliate da lotte tribali o da un’evoluzione verso regimi dittatoriali ben diversi da quelli coevi dell’Europa o dell’America settentrionale, che avrebbero dovuto esserne l’esempio.

In Europa la realizzazione dello Stato si verifica per lo più con la progressiva affermazione, sul piano storico-politico, di un principe, che riesce ad imporre il suo potere assoluto ed assorbente – “sovrano” – su un determinato territorio ed a tutte le persone che vi si trovano, superando così il particolarismo locale, personale, cetuale e di gruppi sociali del medioevo. Si tratta di un processo storico complesso, che si è realizzato in modo graduale e discontinuo, ma che finisce col caratterizzare l’Europa dell’età moderna, pur con differenze – anche notevoli – da zona a zona.

Dal punto di vista storico si nota gradualmente la realizzazione prima del potere assoluto (o quasi ...) del “sovrano”, poi spesso la riduzione di questo potere (nel sec. XIX) per concessioni costituzionali, con il riconoscimento

della sovranità in capo alla “nazione”, infine con la ‘personalizzazione’ dello Stato dal legame con una determinata dinastia principesca e con l’attribuzione della sovranità di quel territorio alla “nazione” o al “popolo”. Tale modello, sviluppatosi in specie nell’Europa occidentale, dovrebbe diffondersi da un punto di vista formale – pur con anomalie ed indubbie difficoltà sostanziali – nelle altre parti del mondo. Esso, però, a partire dalla seconda metà del sec. XX, è affiancato pure da tendenze sovrastatali, che sono portate a limitare o controllare un’eccessiva espressione della sovranità statale, a favore di una più ampia collaborazione interstatale.

Le grandi civiltà del passato hanno tramandato alla storia dell’uomo alcune delle loro specifiche acquisizioni: quella romana ci ha lasciato – fra l’altro – il diritto, i concetti ed il ragionamento giuridico (così come a quella greca siamo debitori della filosofia e delle sue speculazioni teoriche, a quella babilonese risalgono le basi delle nostre conoscenze astronomiche).

Si può anche dire che ogni società ha un suo diritto, se con ciò intendiamo il complesso delle regole coattive secondo cui vive e si regola quella società: non sono stati certo i Romani i primi ad individuare un’articolata serie di norme per la propria vita associata. Basti pensare – per quanto a noi noto – alla poderosa stele di Hammurabi, che a Parigi troneggia in una sala del Louvre, in cui il re babilonese (vissuto verso il 2250 a.C.) ha fatto scolpire in 44 righe di scrittura cuneiforme numerose disposizioni della legislazione del suo tempo.

Ma i Romani per primi – a quanto se ne sa – hanno ‘inventato’ il diritto, nel senso che dalle singole norme hanno saputo dedurre una raffinata costruzione di concetti e di teoria generale, hanno dedicato specifica attenzione – anche grazie alle acquisizioni della filosofia greca – al ragionamento giuridico, hanno individuato in proposito una particolare categoria di esperti (“iuris periti”, “iuris prudentes”), tanto da fare della loro attività una professione di rilievo. Ad essi i Romani si rivolgevano per avere consigli sul comportamento da tenere, per dirimere le proprie controversie, per amministrare la giustizia, per aggiornare lo stesso diritto. Sono i Romani ad aver creato la “iuris prudentia” (e, di conseguenza, la figura professionale del giurista): l’hanno tramandata – pur con l’ampia pausa regressiva dei secoli altomedievali – sino a noi.

L’aspirazione di questo corso è quella di cercare di far riflettere lo studente che si affaccia allo studio della “giurisprudenza” per diventare “giurista” sulle origini della sua professione, sul metodo da essa acquisito nel corso dei secoli, sulla sua identità come conoscitore ed interprete delle norme del suo tempo (e di quelle future) partendo da un inquadramento – per quanto sommario – delle basi ideali e storiche del diritto anteriore, sul quale è venuto poggiando il nostro.

I

IMPERO ROMANO E FONTI DEL DIRITTO

SOMMARIO: 1. Diritto ed Impero romano. – 2. Uno sguardo all'ultimo Impero romano. – 3. La giurisprudenza e le fonti giuridiche.

1. *Diritto ed Impero romano*

In Italia una lunga tradizione distingue fra l'insegnamento universitario del diritto romano e quello dei periodi successivi. Nel rispetto di questa tradizione, un esame – per quanto rapido – delle caratteristiche del “diritto” nei secoli altomedievali comporta un confronto con quanto lo ha preceduto (anche per la grande levatura del diritto romano): la progressiva perdita, per secoli, delle conoscenze acquisite col diritto romano ha costituito un impoverimento enorme, da ogni punto di vista. Si deve perciò fare almeno un cenno alle caratteristiche essenziali del diritto romano tardoantico: si notano subito almeno tre punti, e cioè la raffinata organizzazione amministrativa dell'Impero del tempo (rispetto alla pochezza successiva), l'emersione della Chiesa (in seguito pure basilare per la vita sociale), l'importanza dei giuristi e della scienza giuridica per la conoscenza ed applicazione del diritto e della giustizia (sostituiti in seguito con altre approssimative soluzioni). L'eredità del periodo tardoantico solo in piccola parte si è trasmessa a quello successivo (ove al massimo qualcosa faticosamente è perdurato), per una completa diversità di concezioni di vita, di mentalità, di ordinamento. Un mondo si è venuto consumando e perdendo, un altro vi è subentrato (non in positivo, anche per il diritto).

Negli anni della nascita di Cristo, Ottaviano Augusto ha instaurato a Roma il principato ereditario, che si è trasformato molto presto in impero. Le guerre si svolgono ormai in zone di confine, ben lontane da Roma e dal ba-

cino del Mediterraneo a questa soggetto, a cui sono assicurati secoli di pace e di benessere. Tale situazione di stabilità facilita il rispetto del diritto e la sua pacifica evoluzione. Col tempo si assiste alla divinizzazione della figura dell'imperatore. Nel 212 l'editto di Caracalla riconosce la cittadinanza romana a tutti i provinciali liberi. Alla fine del terzo secolo (284-305) l'imperatore Diocleziano introduce una vasta riorganizzazione, centrale e periferica, dell'Impero, per renderne più efficiente l'amministrazione e pure per contrastare la tendenza all'elevazione ad imperatore da parte dell'esercito di propri generali. Tale ultimo obiettivo viene presto disatteso dalle lotte che portano al potere imperiale il solo Costantino. Questi nel 313 emana l'editto di tolleranza dei Cristiani e nel 330 fonda una nuova capitale orientale dell'Impero, che battezza in proprio onore Costantinopoli (la località prima era detta Bisanzio), lasciando anche effettivamente Roma. Si accentua così la suddivisione dell'Impero in due parti, una occidentale con capitale Roma ed una orientale con capitale Costantinopoli. Nel 380 l'imperatore Teodosio I vieta i culti diversi da quello cristiano, che diventa quindi religione di stato. Alla sua morte (395) i due figli si spartiscono ufficialmente l'Impero, con ciò accentuandone d'ora in poi la bipartizione: ad Arcadio l'Oriente, ad Onorio l'Occidente.

Nel frattempo la Chiesa cristiana è venuta organizzandosi secondo una propria impostazione. In ogni città il popolo cristiano elegge (o, meglio, in genere acclama) un proprio capo spirituale, il vescovo, che sovrintende alla vita religiosa della città e dei dintorni. Tra i vescovi, alcuni vengono ad assumere una superiorità rispetto ad altri, come quello di Roma ("papa" o "pontefice") ed i vari patriarchi (come quelli di Aquileia, Alessandria o Costantinopoli). Tra i vescovi si svolgono riunioni collegiali, dette concili, locali o generali, in cui si prendono decisioni di rilievo per la fede cristiana: ad esempio, nel concilio di Nicea del 325 si decide che è eretica la tesi del vescovo Ario (i cui seguaci perciò sono detti "ariani", ma senza alcun riferimento razziale, bensì solo religioso), la quale sostiene che le tre "persone" della Trinità non hanno la "stessa essenza" (in specie il Figlio rispetto al Padre).

Nel secolo V si svolgono frequenti e violente spedizioni armate e migrazioni di popoli germanici in Occidente ("barbari" rispetto all'evoluta civiltà romana). Il loro risultato positivo porta all'affermazione dei nuovi regni germanici, più o meno sensibili alla tradizione romana: i Visigoti nella Gallia meridionale e poi in Spagna, i Vandali in Spagna e poi in Africa, i Franchi in Gallia, i Burgundi fra questa ed il Reno, gli Eruli e poi gli Ostrogoti in Italia. Restano comunque sacche di persistenza romana, difesa dai latifondisti locali con proprie truppe, coordinate per lo più con difensori delle mura cittadine, spesso ispirate dai vescovi. L'Impero romano d'Occidente, via via già me-

nomato, termina formalmente col 476, mentre quello d'Oriente durerà sino al sec. XV.

Ciò non impedisce che proprio un imperatore bizantino, Giustiniano, nella prima metà del successivo sec. VI coltivi il progetto di un grande ripristino della tradizione romano-bizantina: fa raccogliere i testi basilari del diritto romano, avvia la riconquista della parte occidentale dell'Impero, che si arresta però – ed inoltre per un solo quindicennio – all'Italia. È proprio grazie a Giustiniano che è giunta sino a noi la testimonianza della grande fioritura del diritto romano: senza le sue raccolte gran parte dei testi giuridici romani si sarebbe persa. Poi è praticamente il buio. Nel 568 scendono in Italia i Longobardi e la dominazione bizantina nella nostra penisola si riduce di molto. La civiltà romana, anche del tempo tardoantico, si è ormai esaurita: subentra in pieno il periodo germanico.

2. Uno sguardo all'ultimo Impero romano

La plurisecolare durata del dominio romano è stata favorita da un'efficace organizzazione, basata – oltre che sulla forza militare – sulle regole giuridiche. La capacità di predisporle e di affidarsi ad esse è stata una delle ragioni di una così lunga esistenza. Lo stesso esercito funzionava secondo regole ben precise, che ne differenziavano l'azione da altri gruppi di armati. Nel caso di Roma, il diritto ha avuto una rilevante importanza per l'espansione e la sopravvivenza della sua dominazione, perché è stato tramite il diritto che si è attuata la disciplina del funzionamento, al centro come alla periferia, delle istituzioni romane. Altri imperi (come quello macedone) si sono sfaldati presto, affidati com'erano più alla personalità dei fondatori che ad un'efficace organizzazione fissata da norme giuridiche.

L'imperatore Diocleziano (284-305 d.C.) ha avviato una grande riorganizzazione dell'Impero, completata poi da Costantino (morto nel 337). Tale ordinamento vede al vertice l'imperatore, considerato ormai fonte di ogni potere: intorno a lui c'è una corte di funzionari, con compiti precisi, in cui sono compresi non pochi giuristi. Esistono specifiche mansioni per i diversi uffici, fissate da norme: si afferma il concetto del funzionario, con le sue competenze (da cui non deve debordare, e su cui altri non devono inserirsi). L'ufficio prevale sulla persona: ognuno deve attenersi alle funzioni prefissate, sia nell'amministrazione centrale che in quella periferica. Le cariche militari sono separate da quelle civili; a sé stanno poi quelle finanziarie.

I due imperatori (uno in Oriente, uno in Occidente) sono coadiuvati da due Cesari (peraltro non sempre designati) e dai propri funzionari centrali

(“quaestor sacri palatii”, “magister officiorum”, ecc.). L’Impero è suddiviso in quattro grandi prefetture, affidate ad un prefetto del pretorio: l’Oriente; l’Illirico; l’Italia (e l’Africa); le Gallie (e la Spagna). Ciascuna di esse è divisa in diocesi (6 in Oriente, 6 in Occidente) ed affidata ad un vicario. Ogni diocesi è suddivisa in province (114 in tutto), a capo di ciascuna delle quali sta un “rec-tor” o “praeses” (preside). In ogni provincia, poi, si trovano le diverse città (“municipia”), rette dalla “curia” dei cittadini notabili locali (“decuriones”).

Le funzioni civili sono separate da quelle militari. L’esercito è composto da fanteria e cavalleria: a capo dei fanti c’è un “magister peditum”, dei cavalieri un “magister militum”. Se il comando è unificato, è affidato ad un “magister militum utriusque militiae”. Seguono poi, in gerarchia, i graduati inferiori. La capacità bellica dell’esercito si basa sulla sua organizzazione (dovuta a norme precise), oltre che sulle armi e sull’addestramento. Col tempo vengono arruolati pure uomini estranei all’Impero, dato lo scarso interesse dei cittadini a farne parte: si infiltrano così gruppi di germani, che in tal modo acquisiscono le conoscenze belliche imperiali. Nell’esercito esistono truppe stanziate lungo i confini (per lo più il corso del Danubio e del Reno): sono i “milites” limitanei o “ripenses”, a cui spesso sono cedute terre da sfruttare (e difendere da aggressioni esterne lungo il confine, o “limes”). Nelle retrovie sono poi sistemati altri contingenti di armati, pronti ad accorrere in caso di necessità. Per l’esercito vigono disposizioni particolari e più semplici, che facilitano la vita del militare e favoriscono una certa elasticità nelle precise regole del diritto romano; ciò vale in specie per coloro che non sono romani e seguono tradizioni diverse (come i gruppi germanici assoldati).

Esiste inoltre un apparato finanziario, incaricato di riscuotere i tributi e di re-tribuire i dipendenti imperiali, sia civili che militari. La progressiva inefficienza di questo settore viene causando gravi disfunzioni nell’amministrazione, con conseguente possibilità di autonome iniziative dei funzionari e dei militari per procurarsi direttamente denaro (corruzione, prevaricazioni, appropriazioni violente, requisizioni): è la crisi del sistema.

Il diritto romano distingue fra “cittadini romani” (dopo l’editto di Caracalla del 212 tutti i “liberi”, anche delle Province italiche) con capacità giuridica e politica, distinti dai “servi”, privi di capacità giuridica (quindi simili a beni). La donna libera ha capacità giuridica, pur con alcune limitazioni. Esistono poi differenziazioni fra le persone a seconda della condizione sociale di appartenenza.

La normativa che regge l’Impero è di per sé apprezzabile e dimostra la capacità romana di giovare delle regole giuridiche per far funzionare il complesso ordinamento imperiale. Essa però negli ultimi secoli si rivela non solo troppo macchinosa, ma soprattutto spesso disattesa. Ciò causa non solo

disfunzioni, ma sfiducia: ad esempio, la cattiva amministrazione della giustizia finisce con l'indurre i cittadini ad evitarla e ad affidarsi piuttosto al vescovo per dirimere le controversie. L'inadeguato funzionamento dell'apparato pubblico, unito ad altri gravi elementi di crisi economica, sociale e militare, porta tra IV e V secolo alla progressiva decadenza ed all'insicurezza nella stessa difesa dei confini e dell'ordine pubblico, in specie nella parte occidentale dell'Impero.

3. *La giurisprudenza e le fonti giuridiche*

Se il diritto romano ha rappresentato qualcosa nella storia della civiltà, ciò è dovuto alle acquisizioni 'scientifiche' e concettuali maturate tramite la giurisprudenza, cioè tramite il ragionamento dei suoi esperti ("iuris periti").

Il periodo più significativo della "giurisprudenza" romana è stato quello fra il 200 a.C. ed il 200 d.C.: in questo arco di tempo di quattro secoli si è consolidata la fama degli esperti del diritto ("iurisperiti") e delle loro scuole, a cui i cittadini ed i politici romani chiedevano consulenze¹ decisive per la risoluzione delle controversie, secondo la loro interpretazione di quanto stabiliva il diritto ("ius"). A tali esperti, infatti, la società del tempo riconosceva la capacità e la competenza di dedurre tramite il proprio ragionamento giuridico ("interpretatio") – condotto con metodo scientifico e con approfondimenti concettuali – le regole desumibili da una serie di principi e di comportamenti, che costituivano lo "ius".

Accanto allo "ius" esisteva pure un certo numero di "leges" (votate in un periodo più antico dall'assemblea popolare, in seguito dal Senato), nonché di editti delle autorità politiche, di cui questi esperti tenevano conto. Era però soprattutto sui principi dello "ius" (dedotti dall'esame della vita e della mentalità del tempo) che si sviluppava la loro "interpretatio"². Si deve peraltro constatare che già nell'età repubblicana le leggi sono venute via via aumentando.

Con il progressivo affermarsi del potere imperiale si assiste ad un rapido di-

¹ Si sofferma su questi aspetti il corso di Storia del diritto romano; qui basti rilevare che lo stesso magistrato romano destinato a risolvere le controversie, precisate le ragioni del contendere, rinviava le parti al giurisperito per la soluzione del caso.

² La "interpretatio" del giurista romano è molto più della nostra attuale interpretazione: egli provvedeva alla risoluzione del caso tenendo conto dei diversi principi giuridici a lui noti, in pratica con un'autonomia di giudizio e di valutazioni che gli era riconosciuta in quanto egli conosceva "la scienza" ed i "segreti" del diritto, come avveniva per il medico o il chimico nel loro campo di conoscenze.

latarsi della legislazione, monopolizzata dall'imperatore (e dai suoi collaboratori, nonché dagli organi imperiali): le "leges" (nelle loro diverse accezioni) vengono a comprimere ed a ridurre via via la portata dello "ius" e della "interpretatio prudentium". Il diritto tende a divenire sempre più espressione della volontà del legislatore (imperiale) nell'assolutezza dei suoi comandi ed a richiedere sempre meno l'intervento – anche creativo ma autonomo – dei giuristi.

Questi, anzi, sono indotti spesso ad inserirsi nella stessa amministrazione imperiale, con funzioni sia legislative che giudiziarie: in tal modo l'antica tradizione giurisprudenziale – con i suoi metodi logici e scientifici – viene ricompresa entro l'apparato amministrativo pubblico, per collaborare dall'interno di questo alla produzione di un diritto legislativo, che promana in ultima analisi dalla volontà autoritaria del principe-legislatore e non deriva più dalla considerazione autonoma – da parte dei giuristi – dei principi che reggono la vita e la mentalità della società del tempo.

L'ampiezza della legislazione imperiale indusse sin dal sec. IV alcuni privati a redigerne delle raccolte: sono note in proposito quelle del Codice Gregoriano e del Codice Ermogeniano, che riunivano i rescritti imperiali sino ai tempi di Diocleziano. Di tali compilazioni si ha solo la notizia e si è perso il testo: possono essere ricordate perché per prime furono redatte a forma di libro (e non di rotolo di papiro) e presero il nome di "codice", termine che nei secoli fu poi usato dai giuristi in varie accezioni³. All'esempio di tali iniziative private si è rifatto l'imperatore d'Oriente Teodosio II, che nel 438 ha promulgato per la sua zona di competenza un'ampia raccolta di leggi imperiali emanate da Costantino in poi: si tratta del Codice Teodosiano, suddiviso per argomenti in 16 libri (e questi in titoli), in cui – per ogni materia – le costituzioni sono riunite in sequenza cronologica. L'imperatore occidentale Valentiniano III ne ha contemporaneamente esteso la vigenza in Occidente⁴, ove il Codice Teodosiano ha avuto una profonda influenza, perché per secoli ha tramandato la conoscenza della tradizione romana nelle zone (Spagna e Francia) in cui non è stata in seguito adottata la compilazio-

³ I codici Gregoriano ed Ermogeniano furono naturalmente usati per redigere le raccolte tardoimperiali successive.

⁴ Valentiniano III era il giovane genero dell'imperatore orientale Teodosio II. Egli era figlio di Galla Placidia, sorella dell'imperatore Onorio: era quindi nipote di quest'ultimo, morto nel 423. Fu inadeguato al suo ruolo e durante il suo regno (423-455) si sfaldò praticamente la parte occidentale dell'Impero. La necessità di recezione del Codice Teodosiano in Occidente dimostra ormai l'impermeabilità tra le due parti dell'Impero (ed infatti la legislazione occidentale non fu generalmente in uso in Oriente, perché non recepita). Teodosio II si era proposto di procedere pure ad una raccolta di opinioni dei giuristi ("iura") sui diversi istituti giuridici, ma non vi giunse.

ne giustiniana. Non solo, ma nella stessa Italia centro-settentrionale l'uso per un secolo del diritto romano teodosiano non è stato completamente scalzato dal successivo diritto giustiniano, ben presto trascurato per l'invasione longobarda. Anche il Codice Teodosiano non si è conservato nella sua interezza. Oggi ne sono note delle parti, tramandate anche grazie alla successiva legislazione visigotica, che ne ha riprodotto numerosi passi (nel "Breviario Alariciano" o "Lex romana Wisigothorum").

Un secolo dopo, un altro imperatore bizantino, Giustiniano, si è preoccupato di far redigere una serie di raccolte delle fonti giuridiche romane, opera imponente, portata a termine in soli cinque anni, dal 529 al 534, grazie all'impegno del suo ministro Triboniano, esperto giurista⁵. All'inizio si prevede solo di aggiornare l'opera di Teodosio e si redasse un nuovo "Codex Iustinianus" (oggi perso). Nel corso del lavoro il programma si ampliò notevolmente: sembrò opportuno riunire non solo le "leges" imperiali sui diversi argomenti o istituti, ma anche – cosa molto più laboriosa – gli "iura", cioè l'insieme delle regole dello "ius", enunciate nel corso dei secoli dai più significativi giuristi romani⁶. In circa tre anni quest'opera imponente fu pronta: nel 533 Giustiniano emanò infatti il "Digesto" (o "Pandette"), cioè gli "iura digesta" riuniti in 50 libri in cui erano riportati, argomento per argomento, i frammenti delle opere dei giuristi romani, che potevano essere utili per approfondire la conoscenza dei singoli istituti giuridici⁷. Si trattava di una raccolta poderosa, sino ad allora mai riuscita (nonostante qualche precedente tentativo), grazie alla quale conosciamo la scienza giuridica romana: se non fosse stata realizzata, ben poco si sarebbe conservato della grande e secolare dottrina dei giuristi romani.

Durante l'elaborazione del Digesto apparve importante redigere pure un

⁵In effetti, si trattò di un lavoro particolarmente complesso e laborioso, giunto a compimento grazie alla capacità, alle conoscenze giuridiche ed alle raccolte di testi possedute da Triboniano, che seppe pure ampiamente giovare di compilazioni preesistenti. Argomento per argomento si trattava non solo di scegliere i passi più significativi, ma di coordinarli fra loro (... anche con interpolazioni) e farne un complesso normativo coerente: fu opera veramente imponente.

⁶Con la compilazione giustiniana e con l'opera di Triboniano riemerge la scienza giuridica, nella prospettiva di una restaurazione giuridica, che le condizioni dell'epoca non consentivano, nonostante la persistenza delle scuole di diritto di Costantinopoli e di Berito. Essa però non segna solo un punto basilare per la consegna ai posteri del patrimonio giuridico romano, ma indica anche una ripresa significativa – per quanto temporanea – dell'elaborazione del diritto a livello scientifico.

⁷I frammenti dei singoli giuristi sono riuniti per argomenti, in modo che il lettore abbia a disposizione ciascuno di questi in modo coordinato, con suddivisioni per materia in libri, titoli, capitoli.

manuale con i concetti ed i principi generali di tutto il diritto romano, utile soprattutto per gli studenti e per chi volesse conoscerne i punti essenziali. In proposito già esisteva un'opera divulgativa di un giurista del III secolo d.C., le "Institutiones" di Gaio. Su tale modello (l'unica opera del diritto romano giunta fortunatamente sino a noi, rinvenuta nella prima metà del sec. XIX in un palinsesto veronese) furono redatte le "Institutiones" di Giustiniano (in 4 libri), destinate agli studenti (in specie delle due grandi sedi di Costantinopoli e di Berito), emanate pure direttamente come legge imperiale da Giustiniano.

A questo punto il "Codex Iustinianus" di qualche anno prima sembrò superato e da aggiornare anche nella sistematica al più perfezionato metodo di lavoro del Digesto. La Commissione di giuristi presieduta da Triboniano si rimise al lavoro e – sulla base dell'organizzazione del Digesto – predispose il "Novus Codex Iustinianus repetitae praelectionis", detto brevemente poi "Codex" (o Codice), in 12 libri, in cui erano naturalmente riportate – argomento per argomento – le diverse "leges" considerate utili ancora ai tempi giustiniani. Il Codex fu emanato nel 529.

L'imponente lavoro di queste raccolte, tutte giunte sino a noi, non è stato concepito e realizzato in funzione storico-antiquaria per conservare la conoscenza delle acquisizioni giuridiche romane, ma è stato fatto da un principe (tramite suoi collaboratori) di epoca ormai tarda (bizantina) per dotare positivamente il suo impero ed i sudditi di un diritto valido per il proprio tempo. Ne consegue che queste raccolte giuridiche (tutte emanate come leggi, anche le Istituzioni), pur ispirandosi ad un passato venerato, dovevano costituire le regole da rispettare nel sec. VI, per le aspettative di un imperatore (assoluto e cristiano) di tale epoca. I passi dei giuristi romani, quindi, nel momento stesso in cui sono stati riportati, sono stati pure qua e là 'ritoccati' secondo le aspettative dei redattori, oltre che per coordinarli fra loro. Tali 'ritocchi', detti interpolazioni (o spregiativamente nel sec. XVI "emblemata Tribonianum") modificano per lo più lo stesso senso del pensiero originario, ma rispondono alle esigenze legislative giustiniane. Naturalmente le interpolazioni non risultano espressamente, ma sono desunte dallo studioso in base a conoscenze logico-filologiche: la critica storica si è affannata a discuterne dal sec. XV in poi, con l'aspirazione di ricostruire l'originario pensiero giuridico romano ("classico") e non solo quello giustiniano. Ciò vale nella prospettiva degli studi di diritto romano, non di quelli dedicati ai tempi successivi, per i quali le raccolte giustiniane sono un punto di partenza per l'analisi della storia giuridica medievale e posteriore (e non un punto d'arrivo per retrocedere alla ricostruzione del diritto romano, come avviene negli studi di diritto romano). Senza dubbio si deve però rilevare l'importanza – positiva o negativa, secondo le diverse valutazioni – del cosciente intervento di Triboniano e col-

laboratori per sfruttare la grande tradizione dottrinarica anteriore ma nello stesso tempo per plasmarla per le proprie esigenze di politica legislativa.

L'opera compilativa di Giustiniano, già di per sé sin qui imponente, non si è arrestata a raccogliere (ma pure coordinare ed aggiornare) tutto il diritto precedente, ma è proseguita con la sua legislazione successiva: lo stesso imperatore ha quindi fatto redigere una quarta raccolta, quella delle "Novellae constitutiones" (detta poi rapidamente "Novelle") comprendente le 168 "costituzioni" (= leggi) da lui emanate nel trentennio posteriore. In tal modo la sua opera poté dirsi conclusa. Egli fu convinto di conservarla così nel tempo, al punto da vietare di sottoporla ad interpretazioni e commenti (divieto peraltro disatteso). Nel suo complesso la poderosa opera delle quattro compilazioni (Digesto, Istituzioni, Codice e Novelle) fu poi detta secoli dopo "corpus iuris civilis".

Quando Giustiniano, verso la fine della vita, riuscì a riconquistare l'Italia, vi estese queste raccolte con la "Pragmatica Sanctio" del 554, emanata su richiesta del pontefice del tempo ("pro petitione Vigilii"), in sostituzione del diritto teodosiano (rimasto invece in uso oltre le Alpi per le popolazioni di tradizione romana). La conquista longobarda di buona parte della penisola vi fece però abbandonare (o notevolmente ridurre) la portata del diritto giustiniano, che restò invece in uso ancora a lungo nell'Italia meridionale.

Delle raccolte giustiniane si perse comunque la traccia nell'alto medioevo, e soprattutto del Digesto, l'opera più raffinata fra esse, ma anche più significativa della dottrina giuridica romana. Solo nel sec. XI le migliorate condizioni culturali italiane fecero riemergere dall'oblio i "libri legales" giustiniane, che ripresero ad essere usati e studiati nel loro complesso grazie al recupero fattone da Irnerio e dalla "scuola di Bologna", di cui si dirà a suo tempo⁸. In tal modo essi sono stati al centro del diritto europeo continentale sino alla fine del sec. XVIII e si sono rivelati basilari per la costruzione del "diritto comune" in Europa tra medioevo ed età moderna, nonché per la diffusione sovranazionale di un complesso di concetti, di istituti e di principi giuridici, che – specie in campo privatistico – sono divenuti patrimonio comune dei giuristi del mondo.

Senza il "corpus iuris" giustiniano non solo si sarebbe persa nella quasi

⁸Nell'alto medioevo si persero ben presto le tracce della compilazione giustiniana nel suo complesso: le sue costruzioni dottrinarie erano troppo raffinate, per poter essere anche solo capite da una cultura molto impoverita (quando c'era). Ciò avvenne soprattutto per la compilazione più elevata, il Digesto. Del Codice circolarono in Occidente alcuni limitati estratti o sunti ("epitomi"); un po' più diffusa fu l'opera più semplice, cioè il manuale elementare delle Istituzioni, anch'esso in forma epitomata. Qualcosa si tramandò tramite la cultura ecclesiastica, ma per lunghi secoli il gran lavoro giustiniano restò sepolto nell'oblio, sino alla riscoperta tra la fine del sec. XI ed i primi anni del successivo, nell'Italia centrale: se ne riparlerà.

totalità la grande esperienza dottrinarie romana⁹, ma anche la scienza giuridica non avrebbe avuto – dal sec. XI in poi – una delle basi su cui svilupparsi. L'opera di Giustiniano non può quindi essere dimenticata.

LE RACCOLTE GIUSTINIANEE

I “libri legales” giustiniane hanno avuto nel corso dei secoli numerose edizioni. L'edizione critica attualmente in uso è quella di Mommsen-Krueger, apparsa negli ultimi decenni del sec. XIX, frutto di un attento confronto fra i diversi manoscritti: il primo volume pubblica il testo di Istituzioni e Digesto, il secondo il Codice, il terzo le Novelle.

Si riporta – dall'edizione di Berlino del 1902 – la riproduzione di parte della prima pagina del Digesto, riguardante il titolo “De iustitia et iure” del primo libro, del quale sono riportati parte del primo frammento (di Ulpiano) ed i frammenti 5 e 6 (di Ermogeniano e di Ulpiano).

DOMINI NOSTRI SACRATISSIMI PRINCIPIS
IUSTINIANI
IURIS ENUCLEATI EX OMNI VETERE IURE COLLECTI
DIGESTORUM SEU PANDECTARUM
LIBER PRIMUS.

I¹.

DE IUSTITIA ET IURE.

1² *ULPIANUS libro primo institutionum* Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. est autem a iustitia appellatum: nam, ut claudius Celsus definit, ius est ars boni et aequi. Cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profiteamur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes.

2 Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum³. publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam pri-

perunt: liberi et his contrarium servi et tertium genus liberti, id est hi qui desiderant esse servi.

5 *HERMOGENIANUS libro primo iuris epitomarum* Ex hoc iure gentium introducta bella, discretas gentes, regna condita, dominia distincta, agris termini positi, aedificia collocata, commercium, emptiones venditiones, locationes conductiones, obligationes institutae: exceptis quibusdam quae iure⁶ civili introductae⁷ sunt.

6⁸ *ULPIANUS libro primo institutionum* Ius civile est, quod neque in totum a naturali vel gentium recedit nec per omnia ei⁹ servit: itaque cum aliquid addimus vel detrahimus iuri communi, ius proprium, id est civile efficitur. Hoc igitur ius nostrum constat aut ex scripto aut sine scripto, ut apud Graecos: τὸν νόμον οἱ μὲν ἔγραψαν, οἱ δὲ ἀγραφοί.¹⁰

7 *PAPINIANUS libro secundo definitionum* Ius autem civile est, quod ex legibus, plebis scitis, senatus

In ogni frammento è indicata la fonte (con l'autore). Gli editori hanno precisato i paragrafi all'interno di ogni frammento (ed in nota le varianti). Il sistema attuale di citazione si basa sulla numerazione di frammenti (e paragrafi) di questa edizione; quello medievale faceva invece riferimento alle parole iniziali dei frammenti.

⁹In pratica al di fuori della compilazione giustiniana abbiamo oggi solo il manuale delle Istituzioni di Gaio (conservato nella sua completezza dal palinsesto veronese), i “Fragmenta Vaticana” (altro palinsesto scoperto da Angelo Mai con passi di giuristi romani) e i frammenti legislativi riportati dalla Lex romana Wisigothorum.

II

DAL TARDO IMPERO ROMANO OCCIDENTALE AI REGNI ROMANO-GERMANICI

SOMMARIO: 1. Invasioni barbariche in occidente, Impero romano-bizantino in oriente. – 2. I Germani. – 3. I regni romano-germanici. – 4. L'Italia prima ostrogota, poi bizantina.

1. Invasioni barbariche in occidente, Impero romano-bizantino in oriente

L'Impero romano, per quanto in difficoltà, in Oriente è riuscito in qualche modo a reggere alla crisi economico-finanziaria e sociale, ma in specie istituzionale e militare; in Occidente no. I popoli germanici, che premevano ai confini, in parecchi casi erano già stati autorizzati come “foederati” (“foedus” = patto) con accordi a varcarli ed a sistemarsi in specifici terreni imperiali con l'impegno di difenderli da altre intrusioni; non sempre tali accordi hanno retto, con l'invasione quindi di altre terre e con l'avvio in Occidente di quelle migrazioni, che ne hanno modificato del tutto la geografia politica nel sec. V.

Sin dai primi anni del secolo i Visigoti del re Alarico sono penetrati in Italia, saccheggiando anche Roma nel 410, per sistemarsi poi con un loro regno fra la Gallia meridionale e la Spagna (418): da questa hanno cacciato i Vandali (giuntivi un decennio prima), che sono quindi passati in Africa (429), conquistata con violenza in pochi anni e da cui nel 455 si sono lanciati nel noto sacco di Roma. Nel frattempo i Franchi si erano installati in parte della Gallia, i Burgundi (quali federati) tra questa e l'attuale Svizzera, mentre le spedizioni degli Unni partivano dalla Pannonia (attuale Ungheria, ove avevano le loro basi) e terrorizzavano quasi ogni anno ampie zone dell'Impero (nel 452 fu papa Leone Magno a farli in qualche modo recedere, quasi pronti a giungere alle porte di Roma). L'Impero in Occidente è quasi solo un simulacro.

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 apertesesi 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.

completo nella Francia napoleonica, in un ambiente che non può non risentire delle affermazioni delle “lumières” ma che non esclude un recupero della tradizione giuridica ed un assestamento individualistico della società, nonché dell’ordine dopo l’ampia vampata rivoluzionaria. Coi cinque codici napoleonici (1804-1810) si gira però completamente pagina rispetto al sistema giuridico anteriore: è quello che – ad oltre due secoli di distanza – resta ancora nel mondo attuale, pur con crepe notevoli e vaste istanze di cambiamento, peraltro non facili da realizzare. Si può, d’altronde, constatare – sul piano storico – che questo è stato il periodo in cui nell’Europa continentale si è passati – con parecchia fatica – dal sistema del diritto comune a quello del diritto codificato.

5. *Nuova imposizione fiscale*

L’aumento dei compiti del principe comporta un aumento delle spese per soddisfarli (in campo militare, burocratico, economico). Si fanno strada le prime distinzioni fra i beni (e le spese) della dinastia regnante ed i beni demaniali (e le spese per l’amministrazione dello Stato). In genere però il principe (= lo Stato) è sempre alla ricerca di denaro, che cerca di procurarsi con maggiori entrate, comunque individuate o riscosse, anche contro gli impegni presi nel passato dai suoi predecessori attraverso concessioni spesso concordate con terre o gruppi “privilegiati”.

L’esigenza di maggiori entrate causa una maggiore imposizione: continua in genere quella di natura indiretta, di più semplice esazione. La riscossione, a sua volta, è per lo più appaltata, con notevoli vantaggi per gli esattori privati che vi provvedono. Solo l’Impero asburgico (e quindi la Lombardia) si lancia con un’ardita riforma di metà Settecento ad una riscossione diretta: è un frutto illuministico.

Lo Stato tende a sovrapporre tributi suoi alla stratificazione storica di tributi locali differenziati nel territorio, con un’aspirazione razionalizzatrice, che peraltro si rivela spesso più gravosa di prima (e quindi solleva non poche resistenze o lamentele locali). Gli antichi principi ‘pattizi’, difesi in Inghilterra, nel continente sono superati – e sopraffatti – ormai dalla pretesa sovranità del principe (e statale): la nuova impostazione continentale è quindi quella dell’assolutezza del potere impositivo dello Stato basato sulla sua sovranità. Ne consegue che gran parte – se non tutti – dei privilegi tributari, di cui godevano con abbondanza gruppi e ceti privilegiati sia attaccata da un governo del principe affamato di entrate, in nome di una perequazione tributaria, che incontra peraltro favore in parte dell’opinione