

Reti Medievali E-Book

19/IV

Reti Medievali E-Book

Comitato scientifico

Enrico Artifoni (Università di Torino)
Giorgio Chittolini (Università di Milano)
William J. Connell (Seton Hall University)
Pietro Corrao (Università di Palermo)
Élisabeth Crouzet-Pavan (Université Paris IV-Sorbonne)
Roberto Delle Donne (Università di Napoli “Federico II”)
Stefano Gasparri (Università “Ca’ Foscari” di Venezia)
Jean-Philippe Genet (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne)
Knut Görich (Ludwig-Maximilians-Universität München)
Paola Guglielmotti (Università di Genova)
Julius Kirshner (University of Chicago)
Giuseppe Petralia (Università di Pisa)
Gian Maria Varanini (Università di Verona)
Giuliano Volpe (Università di Foggia)
Chris Wickham (All Souls College, Oxford)
Andrea Zorzi (Università di Firenze)

Peer-review

Tutti gli E-Book di Reti Medievali sono sottoposti a peer-review secondo la modalità del “doppio cieco”. I nomi dei referee sono inseriti nell’elenco, regolarmente aggiornato, leggibile all’indirizzo:

<http://www.rmojs.unina.it/index.php/rm/about/displayMembership/4>.

I pareri dei referee sono archiviati.

All published e-books are double-blind peer reviewed at least by two referees.

Their list is regularly updated at URL:

<http://www.rmojs.unina.it/index.php/rm/about/displayMembership/4>.

Their reviews are archived.

Honos alit artes

**Studi per il settantesimo compleanno
di Mario Ascheri**

**L'ETÀ MODERNA E CONTEMPORANEA
Giuristi e istituzioni tra Europa e America**

**a cura di
Paola Maffei e Gian Maria Varanini**

**Firenze University Press
2014**

Honos alit artes. Studi per il settantesimo compleanno di Mario Ascheri / l'età moderna e contemporanea : giuristi e istituzioni tra Europa e America / a cura di Paola Maffei e Gian Maria Varanini. – Firenze : Firenze University Press, 2014.

(Reti Medievali. E-Book ; 19/IV)

Accesso alla versione elettronica:

<http://www.ebook.retimedievali.it>

<http://digital.casalini.it/9788866556343>

ISBN 978-88-6655-634-3 (online)

Certificazione scientifica delle Opere

Tutti i volumi pubblicati sono soggetti ad un processo di referaggio esterno di cui sono responsabili il Consiglio editoriale della FUP e i Consigli scientifici delle singole collane. Le opere pubblicate nel catalogo della FUP sono valutate e approvate dal Consiglio editoriale della casa editrice. Per una descrizione più analitica del processo di referaggio si rimanda ai documenti ufficiali pubblicati sul catalogo on-line della casa editrice (www.fupress.com).

Consiglio editoriale Firenze University Press

G. Nigro (Coordinatore), M.T. Bartoli, M. Boddi, R. Casalbuoni, C. Ciappei, R. Del Punta, A. Dolfi, V. Fargion, S. Ferrone, M. Garzaniti, P. Guarnieri, A. Mariani, M. Marini, A. Novelli, M. Verga, A. Zorzi.

CC 2014 Reti Medievali e Firenze University Press

Università degli Studi di Firenze

Firenze University Press

Borgo Albizi, 28

50122 Firenze, Italy

www.fupress.com

La presente opera e gli E-Book di Reti Medievali sono rilasciate nei termini della licenza Creative Commons Attribution 3.0 Unported (CC BY 3.0: <https://creativecommons.org/licenses/by/3.0/legalcode>).

Indice

L'ETÀ MODERNA E CONTEMPORANEA Giuristi e istituzioni tra Europa e America

<i>Premessa dei curatori</i>	IX
<i>Tabula gratulatoria</i>	XIII
Personaggi, idee e avvenimenti	
Pasquale Beneduce, «Eccellentissimo Signor Ministro...». <i>Un corso nella vita di Carlo Francesco Gabba</i>	5
Emanuele Castrucci, <i>Etologia e scienze sociali</i>	19
Marco Fioravanti, <i>Slaves Poisoners: Resistance to Slavery and the Invention of the Inner Enemy (French Antilles, 19th Century)</i>	29
Ginevra Loredana Ianni, <i>Giacinto Dragonetti e l'interpretazione del capitolo Volentes nel suo trattato sull'Origine dei feudi</i>	39
Francesco Mastroberti, <i>Le storie del diritto a Napoli durante l'Ottocento preunitario</i>	49
Antonello Mattone, <i>I «cani vagabondi di Stambul». Arturo Carlo Jemolo e l'insegnamento del Diritto ecclesiastico nell'Università di Sassari (1920-1923)</i>	59
Simonetta Michelotti, <i>Per un'Italia liberale, laica ed europeista: Ernesto Rossi e le elezioni del 18 aprile 1948</i>	69
Massimo Nardoza, <i>Codificazione e cultura giuridica nel pensiero di Paolo Ungari</i>	79

- Jochen Otto, *Goethe, Savigny und die Anfänge der Romantik sowie deren Verwerfung. Bestandsaufnahme zur Frage einer romantischen Rechtswissenschaft* 89
- Paolo Passaniti, *Eguaglianza, diritto di associazione e laicità. Il significato costituzionale dell'abolizione delle corporazioni nel 1864* 111
- Gian Savino Pene Vidari, *Note sulla realizzazione formale dell'Unità italiana* 121
- Mario Speroni, *Giuseppe Ferrari e il dibattito parlamentare relativo alla tassa sul macinato. Con un nuovo documento inedito* 133

Scienza, legislazione e governo

- Benedetto Brancoli Busdraghi, *La marcia dei codificatori. Il Codice estense e i suoi padri fondatori* 145
- Giovanni Chiodi, *Attenuare la disuguaglianza. La questione dei diritti successori dei figli naturali nell'Italia postunitaria: echi del dibattito da Pacifici-Mazzoni a Cimbali* 155
- Maria Sofia Corciulo, *L'«Atto Addizionale»: il liberalismo di Constant alla prova del costituzionalismo napoleonico* 169
- Fernando De Angelis, *La Spagna del 1789 e le influenze della incipiente Rivoluzione francese. Aspetti di una risposta afrancesada* 177
- Faustino de Gregorio, *La via giudiziaria all'eugenetica?* 187
- Tiziana Di Iorio, *Società multietnica, dialogo interreligioso e integrazione sociale* 197
- Maria Rosa Di Simone, *Il crimen magiae nelle fonti normative austriache* 207
- Andrea Giordano, *Il legato della legge 20 marzo 1865, all. E, e della legislazione preunitaria per la riforma del processo tributario vigente* 217
- Antonio Grilli, *Moloch politico o governo dei giudici? Gli albori dell'Europa comunitaria* 227
- Andrea Labardi, *La Prefettura granducale di Grosseto (1848-1859)* 237

Faustino Martínez Martínez, <i>Cádiz, 1812-2012: reflexiones para un bicentenario</i>	247
Laura Moscati, <i>Unificazione legislativa e diritto d'autore</i>	257
Michael Stolleis, <i>Italia und Germania. Zwei Schwestern – verspätet?</i>	267
Stefano Vinci, <i>Da Philadelphia a Napoli. Il costituzionalismo moderno dalle Constitutions dei primi Stati nordamericani alle Carte dei diritti italiane del triennio giacobino</i>	279
Amministrazione della giustizia e professioni forensi	
Francesco Aimerito, <i>Cronologia del Collegio dei Procuratori di Torino 1814-1827. Dati per una storia delle professioni forensi in Piemonte estratti dal ms Patetta 1672 (Biblioteca Apostolica Vaticana)</i>	293
Paolo Alvazzi del Frate, <i>The référé législatif and the cahiers de doléances of 1789</i>	305
Antonella Calussi, <i>Il territorio e la giustizia. Le sedi giudiziarie toscane nella prima metà dell'Ottocento</i>	313
Francesca De Rosa, <i>La Consulta Generale del Regno delle due Sicilie e la riforma della Cassazione (1835-1843)</i>	319
Daniele Edigati, <i>Il Supremo tribunale di giustizia di Firenze (1777-1808)</i>	329
Elisabetta Focchi Malaspina, <i>Notai e avvocati all'opera per «Il Notaio: giornale di giurisprudenza notarile» (1839-1847)</i>	341
Heinz Mohnhaupt, <i>Rechtssprechungsammlungen als Spiegel konkurrierender Rechtsquellen. Beispiele aus Italien und Deutschland</i>	351
Annamaria Monti, <i>L'Entretien d'un européen avec un insulaire du royaume de Dumocala di Stanislas Leszczyński. Ideali di giustizia nel Settecento europeo</i>	363
Paolo Rondini, <i>I repertori ottocenteschi di merkwürdige Strafrechtsfälle: Mittermaier e il «valore della conoscenza della prassi giudiziaria»</i>	373
Stefania T. Salvi, <i>Carlo Giacinto Fontana (1699-1776), un erudito notaio valtellinese</i>	385

Giuristi e paesi di *Common law*

Stefano Berni, *Diritti antichi e diritti primitivi in Henry Sumner Maine* 397

Giovanni Cogliandro, *Rule of law e chain novel. Riflessioni sulla istituzione della Corte Suprema del Regno Unito* 407

Charles J. Reid, Jr., *A Louisiana Civilian in the Supreme Court: The Selective Service Cases Revisited* 417

Indice generale dei quattro volumi 429

Premessa

Il progetto di questa miscellanea non ha rispettato alcuni dei canoni classici della ritualità accademica: il segreto, il finto stupore del festeggiato... Nel caso specifico di Mario Ascheri, sapevamo che sarebbe stato impossibile seguire questa strada, per una ragione molto semplice che riguarda la personalità di Mario e il modo con il quale in quarant'anni e più di carriera si è accostato alle persone e agli studi: un modo, uno stile che gli hanno procurato una notorietà vastissima. Oltre alla perizia e alla padronanza della storia del diritto e della storia delle istituzioni, alla concretezza di attenzione ai problemi storici al di là degli steccati disciplinari e delle cronologie, c'è la sua vitalità, la sua schiettezza, la sua capacità di porsi in relazione (anche conflittuale) con le persone; e ancora – in apparente contraddizione tra di loro – l'apertura europea e l'attaccamento al territorio, la passione di campanile e di contrada. Abbiamo preferito perciò essere aperti e ospitali con tutti coloro che, a Siena e ovunque, hanno incrociato nella loro carriera Mario e i suoi studi. Il risultato risponde, almeno nelle nostre speranze, al profilo umano e scientifico del festeggiato.

Nato a Ventimiglia il 7 febbraio 1944, Mario Ascheri è stato ed è un ricercatore tecnicamente preparatissimo e ineccepibile nell'approccio filologico, uno studioso poliedrico e prolifico, ma anche un grande organizzatore e suscitatore di studi. Ha indicato e percorso itinerari originali o ancora poco conosciuti, lasciando un'impronta indelebile sulle ricerche relative al mondo comunale e agli statuti, compiendo studi pionieristici sui grandi tribunali e i meccanismi giudiziari in antico regime, e aprendo nuovi orizzonti sui "consilia" dei giuristi medievali. È stato al contempo un eccellente divulgatore (circostanza non comune nel comparto disciplinare degli storici del diritto), autore di importanti manuali; e un tipico *passeur*, uno studioso-ponte, nel senso che i suoi interessi di storia delle istituzioni medievali e moderne lo hanno abilitato a dialogare con gli storici *tout-court* (o storici generici se si preferisce), in una congiuntura nella quale la storiografia sullo stato medievale e di antico regime si è profondamente rinnovata (la tematica statutaria è un tipico esempio di terreno d'interferenza). Infine – *last, but not least* – Ascheri è stato ed è studioso fortemente radicato al territorio toscano (e a Siena in particolare).

Per molti anni membro del Beirat del Max-Planck Institut für Rechtsgeschichte, è stato professore nelle Università di Sassari, di Siena e di Roma Tre; dottore *honoris causa* nel 2001 dell'Université de l'Auvergne I (Clermont-Ferrand), membro di numerosi importanti istituti scientifici europei e americani, appartenente a numerosi sodalizi culturali, ha tenuto corsi di studio in numerose università al di qua e al di là dall'oceano; migliaia sono gli studenti che la sua straordinaria personalità ha stimolato e reso partecipi dei problemi della storia giuridica, politica e sociale italiana ed europea. La sua bibliografia conta centinaia di titoli, e ben più di cento sono i volumi di altri autori di cui egli ha seguito la stesura e la pubblicazione come maestro (perché molti di questi autori sono suoi allievi) e come direttore editoriale: un elenco aggiornato della sua produzione è consultabile in <<http://uniroma3.academia.edu/MarioAscheri>>.

La massima scelta come titolo generale di questa raccolta di studi – *Honos alit artes* – condensa il principio cardine di quest'impresa: stimolare la conoscenza e la ricerca scientifica onorando chi ha dedicato ad essa le sue forze migliori. Convinti di questo circolo virtuoso, due anni or sono abbiamo rivolto – fatto inedito per una raccolta di studi in onore – un invito aperto a tutti coloro che desideravano festeggiare Mario Ascheri offrendo il frutto delle proprie indagini. L'ampiezza dell'invito ha inevitabilmente comportato l'adozione del giudizio di valutazione e di alcuni criteri restrittivi, primo fra tutti quello di mantenere i testi da pubblicare entro il limite di 30.000 caratteri, con un minimo di tolleranza. Con dispiacere, perciò, siamo stati costretti a chiedere a molti di tagliare pesantemente il loro articolo o di restringere al minimo la bibliografia, e con ancor maggiore disappunto non abbiamo potuto accettare saggi troppo lunghi o difformi da certi parametri o non consegnati entro le date prestabilite, tanto che dagli originari circa 200 articoli promessi da parte di circa 220 autori siamo scesi agli attuali 175 articoli di 183 autori. Se i criteri formali adottati hanno imposto agli autori una disciplina inusuale per questo genere di imprese, è stata lasciata massima libertà nella scelta del tema e dell'epoca da trattare, accogliendo testi su una straordinaria varietà di argomenti nelle più varie discipline storiche, intese nella loro accezione più larga – con un'ovvia preponderanza della storia del diritto e delle istituzioni –, dal tardo-antico fino ai giorni nostri, relativi ad un'estensione geografica vastissima, che comprende Europa, Stati Uniti, Antille e Giappone e il cui cuore è costituito dall'Italia e in ispecie da Siena e dal suo territorio.

La cura redazionale e la sistemazione razionale di un complesso così variegato e imponente di articoli è stata impresa laboriosa, che ha richiesto alcuni aggiustamenti in corso d'opera. Abbiamo raccolto i saggi in quattro volumi tematici, suddivisi a loro volta in sezioni, sforzandoci di dare omogeneità ai gruppi e di rispecchiare al contempo i vastissimi interessi di ricerca di Mario Ascheri. Fra gli studiosi si contano personaggi illustri e giovani e giovanissimi; universitari, liberi ricercatori, professionisti, funzionari. Per oltre un quarto gli autori non sono italiani oppure sono italiani che operano in istituzioni straniere:

sono rappresentate la Germania, la Francia, gli Stati Uniti, la Gran Bretagna, la Spagna, i Paesi Bassi, la Danimarca, la Finlandia, la Repubblica Ceca, la Croazia, il Giappone.

Per una migliore organizzazione abbiamo creato fin dall'inizio e via via aggiornato un sito plurilingue, <www.studiascheri.wordpress.com>, appositamente dedicato alla miscellanea – fatto anche questo inedito nell'ambito degli studi in onore – al fine di snellire le comunicazioni con i singoli autori; questo non ci ha evitato un'enorme mole di corrispondenza elettronica (oltre 10.000 lettere ricevute e spedite nel giro di due anni).

Quest'impresa così complessa e articolata è stata avviata e interamente affrontata senza alcun sostegno economico di enti pubblici, banche o istituzioni consimili. Agli autori è stato chiesto un minimo contributo economico fisso; per il resto il sostegno ci è giunto da tutti coloro che, autori e non-autori, hanno generosamente sottoscritto uno o più volumi e ai quali va la nostra gratitudine.

Opere di queste dimensioni giungono in porto anche grazie all'aiuto disinteressato di colleghi e amici, che desideriamo ringraziare. In particolare: ha collaborato attivamente alla redazione del volume Alessandro Dani; ci hanno coadiuvato inoltre Sandro Notari, Chiara Monaldo, Antonella Calussi, Andrea Labardi; un aiuto iniziale è stato prestato da Silvio Pucci e Monica Chiantini: tutti quanti legati in qualche modo al magistero di Mario Ascheri.

Siamo grati ai membri del comitato scientifico che hanno voluto spendere il loro nome a sostegno di questi studi: Gaetano Colli, Peter Denley, Isabel Falcón, Laurent Mayali, Andrea Padovani, Ditlev Tamm, Pierre Toubert, Hans Erich Troje, Remco van Rhee.

Le traduzioni dei testi pubblicati nel sito e di alcune lettere circolari sono state generosamente effettuate da Martin Bertram, Andreas Rehberg (tedesco), Peter Denley (inglese), Claude Sophie Mazeas, Alessandra Montanara, Paola Montanara (francese), Marta Pavón Ramírez (spagnolo), Flavia Ciabattoni (portoghese).

La caricatura di Mario Ascheri, che figura ad apertura di ognuno dei quattro volumi è un dono del notissimo disegnatore senese Emilio Giannelli.

Siamo grati all'Associazione Reti Medievali per aver coraggiosamente accolto il nostro progetto e per la collaborazione offerta, in particolare da parte di Roberto Delle Donne e di Paola Guglielmotti.

Ha facilitato il nostro compito la grande competenza e la disponibilità della signora Pia 't Lam dello studio grafico Edisegno di Roma.

Paola Maffei

Gian Maria Varanini



Tabula gratulatoria

Francesco Aimerito, Università di Torino
Ivana Ait, Università di Roma La Sapienza
Giorgia Alessi, Università di Napoli Federico II
Paolo Alvazzi del Frate, Università Roma Tre
Giancarlo Andenna, Accademia dei Lincei
Per Andersen, Aarhus Universitet
Paolo Angelini, Katholieke Universiteit Leuven
Patrick Arabeyre, École nationale des chartes, Centre Jean-Mabillon, Paris

Alarico Barbagli, Università di Siena
Nicola Lorenzo Barile, Università di Bari Aldo Moro
Juan Antonio Barrio Barrio, Universidad de Alicante
Andrea Bartocci, Università di Teramo
Alessandra Bassani, Università di Milano
Ingrid Baumgärtner, Universität Kassel
Manlio Bellomo, Università di Catania
Valeria Belloni, Università Bocconi, Milano
Pasquale Beneduce, Università di Cassino e del Lazio meridionale
Carla Benocci, Sovrintendenza Capitolina ai Beni culturali, Roma
Stefano Berni, Università di Siena
Martin Bertram, Deutsches Historisches Institut Rom
Concetta Bianca, Università di Firenze
Maria Alessandra Bilotta, Universidade Nova de Lisboa
Uta-Renate Blumenthal, The Catholic University of America, Washington D.C.
Roberto Boccanera, Siena
Francesca Bocchi, Università di Bologna
Didier Boisseuil, Université de Tours
Giorgetta Bonfiglio-Dosio, Università di Padova
Roberta Braccia, Università di Genova
Benedetto Brancoli Busdraghi, Banca d'Italia, Roma
Piero Brancoli Busdraghi, Roma
Gianni Buganza, Padova
Monika Butzek, Kunsthistorisches Institut Florenz

Cécile Caby, Université Lumière Lyon 2
Antonella Calussi, Arezzo
Orazio Cancila, Università di Palermo
Lidia Capo, Università di Roma La Sapienza
Carlo Capotosti, Ente Corsa all'Anello, Narni
Franco Cardini, Istituto italiano di scienze umane – Scuola Normale Superiore
Pierluigi Carofano, Università di Siena
Alessandra Casamassima, Biblioteca del Senato, Roma
Michele Cassandro, Università di Siena
Emanuele Castrucci, Università di Siena
Maria Luisa Ceccarelli, Università di Pisa
Danilo Ceccarelli Morolli, Pontificio Comitato di scienze storiche
Maria Assunta Ceppari Ridolfi, Archivio di Stato di Siena
Giulia Ceriani Sebregondi, Roma
Fulvio Cervini, Università di Firenze
Monica Chiantini, Università Roma Tre
Giovanni Chiodi, Università di Milano Bicocca
Giorgio Chittolini, Università di Milano
Donatella Ciampoli, Università di Siena
Marco Ciampolini, Accademia di Belle Arti, Carrara
Cristina Ciancio, Università del Sannio
Mario Cignoni, Società biblica britannica e forestiera
Giovanni Cogliandro, Università di Roma Tor Vergata
Simone Collavini, Università di Pisa
Vincenzo Colli, Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte,
Frankfurt am Main
Francesca Colombini Cinelli, Montalcino
Orazio Condorelli, Università di Catania
Mario Conetti, Università dell'Insubria
Emanuele Conte, Università Roma Tre
Giuseppe Conti, Università di Pisa
Maria Sofia Corciulo, Università di Roma La Sapienza
Alberto Cornice, Accademia Senese degli Intronati
Gabriele Cortonesi, Sovicille
Marco Cozza, Francavilla al Mare

Alessandro Dani, Università di Roma Tor Vergata
Fernando De Angelis, Università della Tuscia
Angela De Benedictis, Università di Bologna
Faustino de Gregorio, Università Mediterranea di Reggio Calabria
Francesca De Rosa, Università di Napoli Federico II
Rosa Maria Dessì, Université de Nice Sophia Antipolis
Ettore Dezza, Università di Pavia
Francesco Di Donato, Università di Napoli Parthenope
Antonella Didonè, Federazione Italiana Giochi Storici, Firenze

Tiziana Di Iorio, Università di Teramo
Silvia Di Paolo, Università Roma Tre
Gigliola di Renzo Villata, Università di Milano
Maria Rosa Di Simone, Università di Roma Tor Vergata
Oliviero Diliberto, Università di Roma La Sapienza
Gero Dolezalek, University of Aberdeen
Cinzia Donatelli Noble, Brigham Young University, Provo, Utah
Rolando Dondarini, Università di Bologna
Gisela Drossbach, Ludwig-Maximilians-Universität München

Daniele Edigati, Università di Bergamo
Edward D. English, University of California at Santa Barbara
Arnold Esch, Deutsches Historisches Institut Rom
Anna Esposito, Università di Roma La Sapienza

Isabel Falcón, Universidad de Zaragoza
Paolo Faldoni, Siena
Vera von Falkenhausen, Università di Roma Tor Vergata
Roberto Farinelli, Università di Siena
Riccardo Ferrante, Università di Genova
Elisabetta Fiocchi Malaspina, Università di Milano
Marco Fioravanti, Università di Roma Tor Vergata
Maura Fortunati, Università di Genova
Bradley Franco, University of Portland, Oregon
Dolores Freda, Università di Napoli Federico II
Riccardo Fubini, Università di Firenze
Rodolfo Funari, Technische Universität Dresden

Laura Gaffuri, Università di Torino
Chiara Galligani, Università di Pisa
Laura Galoppini, Università di Pisa
Giuseppe Gardoni, Volta Mantovana
Gabriella Garzella, Università di Pisa
Marina Gazzini, Università di Parma
Marco Paolo Geri, Università di Pisa
Antonella Ghignoli, Università di Roma La Sapienza
Emilio Giannelli, Siena
Gérard Giordanengo, École nationale des chartes, Paris
Andrea Giordano, Avvocatura dello Stato
Andrea Giorgi, Università di Trento
Dieter Girgensohn, Göttingen
Ana Gómez Rabal, Institución Milà y Fontanals, Consejo superior de investigaciones científicas, Barcelona
Antonio Grilli, Unione Europea, Bruxelles

Ginevra Loredana Ianni, Università di Teramo
Aquilino Iglesia Ferreirós, Universitat de Barcelona
Thomas Izbicki, Rutgers University, New Brunswick, New Jersey

Mia Korpiola, Turun Yliopisto [Università di Turku]
Pavel Krafl, Masarykova Juniverzita, Brno
Bernhard Arnold Kruse, Università di Napoli Federico II

Andrea Labardi, Grosseto
Roberto Lambertini, Università di Macerata
Peter Landau, Stephan-Kuttner-Institute of Medieval Canon Law, München
Andrea Landi, Università di Pisa
Christian Lauranson-Rosaz, Université de Lyon
Alessia Legnani Annichini, Università di Bologna
Susan Lingle, Saint Louis University, St. Louis, Missouri
Susanne Lepsius, Ludwig-Maximilians-Universität München
Franca Leverotti, Massa
Peter Linehan, St John's College, Cambridge
Maria Luisa Lombardo, Università di Roma La Sapienza
Nella Lonza, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zavod za povijesne
znanosti u Dubrovniku [Accademia croata delle scienze e delle arti, Istituto
per le scienze storiche di Dubrovnik]
Luca Loschiavo, Università di Teramo
Wolfgang Loseries, Kunsthistorisches Institut Florenz
Simonetta Losi, Università per Stranieri di Siena
Thomas Luongo, Tulane University, New Orleans, Louisiana

Silvia Maddalo, Università della Toscana
Paola Maffei, Università di Siena
Stefano Maggi, Università di Siena
Elisabeth Magnou-Nortier, Université de Lille
Patrizia Mainoni, Università di Padova
Maria Antonia Martín Zorraquino, Universidad de Zaragoza
Faustino Martínez Martínez, Universidad Complutense de Madrid
Leardo Mascanzoni, Università di Bologna
Francesco Mastroberti, Università di Bari Aldo Moro
Antonello Mattone, Università di Sassari
Laurent Mayali, University of California at Berkeley
Augusto Mazzini, Siena
Enzo Mecacci, Accademia Senese degli Intronati
Giorgio Mencattini, Siena
Alberto Meriggi, Università di Urbino
Andreas Meyer, Universität Marburg
Simonetta Michelotti, Università di Siena
Massimo Miglio, Accademia dei Lincei

Marco Nicola Miletta, Università di Foggia
Heinz Mohnhaupt, Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte,
Frankfurt am Main
Mirella Mombelli Castracane, Università di Roma La Sapienza
Elisa Mongiano, Università di Torino
Alessio Montagano, Accademia italiana di studi numismatici
Tomás de Montagut i Estragués, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona
Tomaso Montanari, Università di Napoli Federico II
Annamaria Monti, Università Bocconi, Milano
Mario Montorzi, Università di Pisa
Maura Mordini, Università di Siena
Giovanna Morelli, Università di Bologna
Stefano Moscadelli, Università di Siena
Laura Moscati, Università di Roma La Sapienza
Roberta Mucciarelli, Università di Siena
Reinhold C. Müller, Università Ca' Foscari di Venezia
Giovanna Murano, Firenze

Paolo Nardi, Università di Siena
Massimo Nardoza, Università di Cassino e del Lazio meridionale
Maria Grazia Nico, Università di Perugia
Sandro Notari, Università Roma Tre

Jochen Otto, Frankfurt am Main
Rémi Oulion, Université de Nice Sophia Antipolis

Antonio Padoa Schioppa, Università di Milano
Andrea Padovani, Università di Bologna
Beatrice Palmero, Università del Piemonte Orientale
Giuseppe Palmero, Laboratoire d'Archéologie médiévale et moderne en
Méditerranée, Université d'Aix-Marseille
Franco Papi, Siena
Mario Papi, Siena
Riccardo Parmeggiani, Università di Bologna
Paolo Passaniti, Università di Siena
Marta Pavón Ramírez, Roma
Ettore Pellegrini, Accademia dei Rozzi, Siena
Michele Pellegrini, Università di Siena
Gian Savino Pene Vidari, Università di Torino
Ken Pennington, The Catholic University of America, Washington D.C.
Simonluca Perfetto, Società numismatica italiana
Viviana Persi Pivetti, École nationale des chartes, Paris
Piergiorgio Peruzzi, Università di Urbino
Daniela Pieragalli, Siena
Pierpaolo Piergentili, Archivio Segreto Vaticano

Vito Piergiovanni, Università di Genova
Bernardo Pieri, Università di Bologna
Giuliano Pinto, Università di Firenze
Francesco Pirani, Università di Macerata
Pedro Andrés Porras Arboledas, Universidad Complutense de Madrid

Charles J. Reid, Jr., University of St. Thomas, Minneapolis, Minnesota
Lavinia Ricci, Roma
Paolo Rondini, Università di Milano Bicocca
Ingrid Rowland, University of Notre Dame at Rome

Flocel Sabaté, Universitat de Lleida
Pier Luigi Sacco, IULM, Libera Università di Lingue e Comunicazione, Milano
Stefania T. Salvi, Università di Milano
Bernardina Sani, Università di Siena
Nicoletta Sarti, Università di Bologna
Aurora Savelli, Università di Firenze
Rodolfo Savelli, Università di Genova
Raffaele Savigni, Università di Bologna
Giovanni Scarabelli, SMOM, Società di scienze ausiliarie della storia
Eltjo Schrage, Universiteit van Amsterdam
Anna Maria Signorini, Siena
Flavio Silvestrini, Università di Roma La Sapienza
Lucia Simonetti, Siena
Franca Sinatti D'Amico, Università di Bologna
Lorenzo Sinisi, Università di Catanzaro
Rosa Smurra, Università di Bologna
Isidoro Soffietti, Università di Torino
Gigliola Soldi Rondinini, Università di Milano
Robert Somerville, Columbia University in the City of New York
Massimo Sozzi, Accademia italiana di studi numismatici
Mario Speroni, Università di Genova
Attilio Stella, Università di Tel Aviv
Mario Stella Richter, Università di Roma Tor Vergata
Michael Stolleis, Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte,
Frankfurt am Main
Bernard H. Stolte, Rijksuniversiteit Groningen
Thomas Szabó, Göttingen

Ditlev Tamm, Københavns Universitet
Minoru Tanaka, Nanzan University, Nagoya
Elio Tavilla, Università di Modena e Reggio Emilia
Julien Théry, Université Paul-Valéry de Montpellier
Anabel Thomas, Radicofani
Giacomo Todeschini, Università di Trieste

Giovanna Tosatti, Università della Tuscia
Ferdinando Treggiari, Università di Perugia
Hans Erich Troje, Goethe-Universität Frankfurt am Main
Patrizia Turrini, Archivio di Stato di Siena

Erasmus Valladão Azevedo e Novaes França, Universidade de São Paulo
Rosellina Valletta, Università di Pisa
Giancarlo Vallone, Università di Lecce
Gian Maria Varanini, Università di Verona
José Miguel Viejo-Ximénez, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria
Stefano Vinci, Università di Bari Aldo Moro
Giovanni Vitolo, Università di Napoli Federico II
Helle Vogt, Københavns Universitet

Helmut G. Walther, Universität Jena
Michael Widener, Yale Law School Library, New Haven, Connecticut
Alain Wijffels, Universiteit Leiden
Thomas Woelki, Humboldt-Universität zu Berlin

Maurizio Zanini, Siena
Maria Carla Zorzoli, Università di Pavia

Accademia Senese degli Intronati
Archeoclub d'Italia, sede di Roccastrada
Archivio Segreto Vaticano
Associazione Idilio Dell'Era, Sovicille
Biblioteca del Dipartimento "Tempo, spazio, immagine e società", Università di Verona
Biblioteca di area giuridica, Sistema bibliotecario di Ateneo, Università Roma Tre
Biblioteca di area giuridico-politologica "Circolo Giuridico", Università di Siena
Biblioteca Comunale degli Intronati di Siena
Biblioteca Francesco Calasso, Dipartimento di Scienze giuridiche, Sezione di Storia del diritto italiano, Università di Roma La Sapienza
Biblioteca Giuridica Unificata, Università di Perugia
Biblioteca Salita dei Frati, Lugano
Comune di Ventimiglia
Departamento de Historia medieval, ciencias y técnicas historiográficas y estudios árabes e islámicos, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Zaragoza

Dipartimento di Giurisprudenza, Università Roma Tre
Dipartimento di Lettere, arti, storia e società, Università di Parma
Ente Agosto Medievale, Città di Ventimiglia
Faculty of Law, Nihon University, Tokyo
Iglesia Nacional Española de Santiago y Montserrat, Roma
«Intemelion». Quaderno annuale di studi storici dell'Accademia di cultura intemelia, Ventimiglia
Istituto storico italiano per il medioevo, Roma
«Iura Orientalia». Collana scientifica on-line sui diritti orientali antichi e moderni
<www.iuraorientalia.net>
Leopold-Wenger-Institut für Rechtsgeschichte, Ludwig-Maximilians-Universität München
Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte, Frankfurt am Main
Società Dante Alighieri - Comitato di Siena

Honos alit artes

**Studi per il settantesimo compleanno
di Mario Ascheri**

**L'ETÀ MODERNA
E CONTEMPORANEA
Giuristi e istituzioni
tra Europa e America**

**Personaggi, idee
e avvenimenti**

«Eccellentissimo Signor Ministro...»

Un corso nella vita di Carlo Francesco Gabba

di Pasquale Beneduce

Si pubblica, in vista di un saggio più ampio, il *Programma di un insegnamento di diritto civile*, indirizzato da Carlo Francesco Gabba¹ al Ministro della Pubblica istruzione a Torino il 30 marzo 1860² e il breve carteggio, nello stesso anno, tra l'autore e il ministero.

Nell'arco stretto di alcuni mesi (gennaio/maggio) e sul fondale mosso dell'unificazione politica e culturale, gli eventi della vita quotidiana e le scelte private dello studioso rispecchiavano – attraverso le ripetute istanze alle autorità di governo e un confronto, aspro e tattico insieme, con l'amministrazione universitaria e il Consiglio superiore della Pubblica istruzione – il tempo provvisorio e inquieto dei grandi passaggi istituzionali e normativi in atto nel paese. Ogni gesto si riconduceva a una linea di condotta paradossalmente ardita e prudentissima, che evocava la cifra generale dell'emergenza e dell'eccezione alle origini del nuovo Stato nazionale e portava il segno della transizione, dell'invenzione linguistica e dell'immaginazione giuridica.

Per qualche esempio sintomatico, il riferimento da parte di Gabba al «cessato Governo di Lombardia» e all'Università di Pavia, che gli avevano rilasciato la «patente» di libero insegnante³, si precisava, in un'altra richiesta

¹ Sull'autore mi permetto di rinviare a P. Beneduce, *Gabba, Carlo Francesco*, in *Dizionario biografico degli italiani*, 50, Roma 1998, pp. 819-822 e alla bibliografia ivi citata.

² C.F. Gabba, *Programma di un insegnamento di un corso di diritto civile teorico e pratico che il Dottore Carlo Francesco Gabba si proporrebbe di tenere presso la R. Università di Torino nella qualità di libero insegnante*, Milano 30 marzo 1860, in Archivio Centrale dello Stato (=ACS), Ministero Istruzione Pubblica (=MIP), *Personale (1860-1880)* (=Pers.), busta 910, fasc. C.F. Gabba, comprensivo dell'istanza al regio ministero della Pubblica istruzione (cfr. *infra* in *Appendice* doc. 3) e del testo del programma (*App.* doc. 3.1).

³ Così nell'*Istanza al Regio Ministero della Pubblica Istruzione*, Torino 10 gennaio 1860, in ACS, MIP, Pers. cit. (cfr. doc. 1). Alla data dell'istanza Gabba aveva pubblicato la dissertazione *Dei fondamenti e dei caratteri della pena* (Milano-Verona 1858), la prima versione italiana annotata dell'opera di K.J.A. Mittermaier, *Guida all'arte della difesa criminale nel processo penale tedesco e nel processo pubblico e orale con riguardo alle difese davanti ai giurati* (Milano-Verona 1858), la *Philosophie du droit de succession ou Essai sur la véritable origine de ce droit*, Bruxelles 1861 (memoria premiata nel 1858 dall'Accademia reale di Bruxelles), infine il

indirizzata al ministero, con l'aggiunta «sotto la dominazione austriaca»⁴. Ancora, osservava a un certo punto Gabba, le lezioni avrebbero dovuto tenersi al più presto, preferibilmente negli ultimi mesi utili dell'anno accademico, maggio e giugno, «ove a questo Ministero piacesse di indugiare il minimo che sia possibile». D'altra parte, avvertiva in una nuova istanza, il loro inizio sarebbe coinciso con le «importanti modificazioni» che «il Codice Albertino *sta per subire* in seno alla Commissione legislativa»⁵.

Il paradosso che Gabba segnala più volte, motivando così il proprio rifiuto a tenere in uno stesso anno scolastico sia la parte teorica sia quella pratica e «legislativa» del corso, consisteva nel fatto che, letteralmente sotto gli occhi dello scienziato e dell'insegnante, l'«elemento positivo e invariabile delle leggi» andava mutando rapidamente i suoi lineamenti in quelli di un altro oggetto. Appena qualche anno prima il giurista, allievo di Basevi, aveva pubblicato le sue note alla settima edizione dell'opera del maestro *Annotazioni pratiche al codice civile austriaco* (Milano 1859) e di lì a poco si sarebbe occupato del *Primo libro delle persone* secondo il progetto di revisione del Codice Albertino presentato in parlamento. Nell'accelerazione propria dello stato di necessità e in una esplicita chiave di «legislazione comparata a servizio della nuova codificazione civile», l'autore avrebbe prospettato una distribuzione delle materie in quattro libri (persone, cose e diritti reali, obbligazioni, successioni), discostandosi dai modelli teorici del Codice Napoleone e di quello Albertino, alla vigilia del definitivo approdo normativo del 1865.

Il percorso dell'approvazione del *Programma* sarebbe stato accidentato e faticosissimo, marcato da una singolare attitudine all'improvvisazione praticata da entrambe le parti in gioco. Nel luglio del 1859, l'avvocato Gabba aveva inviato senza successo un'istanza di ammissione al concorso per la cattedra di diritto romano nell'Università di Torino, allegando fra l'altro la «patente» di privato insegnante nelle «scienze legali di diritto positivo». All'indomani di una successiva richiesta del 10 gennaio 1860, espressa in termini generici per un «libero insegnamento legale nelle materie di diritto positivo, sia romano che moderno» nello stesso ateneo, il Ministro esigeva, per poter inoltrare la pratica al Consiglio Superiore, l'indicazione esatta del «ramo o rami di scienza politico-legale» nei quali Gabba intendeva svolgere il «libero insegnamento»⁶.

Nella logica imperscrutabile delle carte burocratiche, i richiami alla medesima normativa della legge Casati del 1859 si riconducono a traiettorie di disposizioni differenti, che l'uno e l'altro dei «contendenti», gli apparati ministeriali da un lato e lo studioso dell'altro, sembrano reciprocamente trascurare, se

Commento alle leggi sul matrimonio dei cattolici (Milano 1859), le norme entrate in vigore nel gennaio 1857 nell'Impero austriaco. Quest'ultima opera figurava come appendice alla settima edizione del libro di G. Basevi, *Annotazioni pratiche al codice civile austriaco*.

⁴ *Istanza al Regio Ministero ...*, Milano 30 marzo 1860, in ACS, MIP, *Pers. cit.* (App. doc. 3).

⁵ *Istanza al Regio Ministero ...*, Milano 21 maggio 1860, in ACS, MIP, *Pers. cit.* (App. doc. 5). Il corsivo è mio.

⁶ *Regio Ministero della Pubblica Istruzione a C.F. Gabba*, 1 febbraio 1860, in ACS, MIP, *Pers. cit.* (App. doc. 2).

non ignorare. All'articolo 187, citato da Gabba, secondo il quale su autorizzazione del Ministro sarebbero stati «abilitati al privato insegnamento per le materie giuridiche coloro che per esse erano già abilitati o in parte o in totalità dalle Università di Pavia o di Padova», il Ministero opporrà ripetutamente nel corso del procedimento la necessità di una titolazione specifica della materia e, «a norma dell'art. 94», la consegna del programma di ciò che sarebbe stato oggetto delle lezioni⁷.

Invitato in aprile dal Consiglio Superiore (che prende atto dell'autorizzazione, ma confessa candidamente di ignorare «i titoli del dottor Gabba al detto libero insegnamento e se e come ci sia stato autorizzato»⁸) a completare l'esposizione teorica con la parte pratica, al momento mancante, sulle «disposizioni positive della legislazione dello Stato»⁹, l'intellettuale lodigiano replicava con due argomenti. Non solo l'insegnamento di quest'ultima parte sarebbe stato «*sconcertato* (...) anche in punti essenziali» dai cambiamenti in corso d'opera nello scenario in transizione degli apparati istituzionali e giuridici, ma in questo movimentato contesto culturale, si imponeva una nuova denominazione della disciplina di cui Gabba si faceva personalmente carico: non più l'«insegnamento teorico e pratico di diritto civile» ma un *Corso di teoria del diritto civile*¹⁰.

Il giurista suggeriva infine al Consiglio, forzando nuovamente le stesse formalità della procedura, di voler considerare la propria istanza come una «nuova domanda» per un corso che in effetti il Consiglio stesso aveva già approvato, pur se limitatamente alla sola porzione teorica della materia.

A questa abilità di interlocuzione, temeraria e febbrile, con le autorità di governo, sul doppio filo dell'urgenza privata e di una arrischiata interpretazio-

⁷ *Ibidem*. Sulla legge Casati e la questione universitaria, mi limito a ricordare nella ricchissima bibliografia esistente: F. Colao, *La libertà d'insegnamento e l'autonomia universitaria nell'Università liberale. Norme e progetti per l'istruzione superiore in Italia (1848-1923)*, Milano 1955; S. Polenghi, *La politica universitaria italiana nell'età della Destra storica 1848-1876*, Brescia 1993, pp. 57-68; I. Porciani, *Lo Stato unitario di fronte alla questione dell'università*, in *L'Università tra Otto e Novecento: i modelli europei e il caso italiano*, Napoli 1994, pp. 135-184; F. Colao, *La libertà d'insegnamento e l'autonomia universitaria nell'Università liberale. Brevi considerazioni*, in *L'Università in Europa. Le istituzioni universitarie dal Medio Evo ai nostri giorni. Strutture. Organizzazione, funzionamento*. Atti del Convegno Internazionale di Studi (Milazzo, 28 settembre-2 ottobre 1993), a cura di A. Romano, Soveria Mannelli 1995, pp. 355-383; M. Moretti, I. Porciani, *Il reclutamento accademico in Italia, uno sguardo retrospettivo*, in «Annali di storia delle università italiane», 1 (1997), pp. 11-39; *L'istruzione universitaria, 1859-1915*, a cura di G. Fioravanti, M. Moretti, I. Porciani, Roma 2000; *L'Università italiana. Bibliografia 1848-1914*, a cura di I. Porciani, M. Moretti, Firenze 2002; I. Porciani, M. Moretti, *La creazione del sistema universitario nella nuova Italia*, in *Storia delle Università in Italia*, a cura di G.P. Brizzi, P. Del Negro, A. Romano, Messina 2007, I, pp. 323-379; M. Moretti, I. Porciani, *Da un frammento a un testo. Estate 1859, la discussione preparatoria sulla Legge Casati*, in *Le Università e l'Unità italiana (1848-1870)*, a cura di A. Ferraresi, E. Signori, Bologna 2012, pp. 15 sgg.

⁸ *Il Consiglio Superiore di Pubblica Istruzione*, adunanza del 4 aprile 1860, per estratto conforme, Torino 18 maggio 1860 (*App. doc. 4.*)

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ C.F. Gabba *al Regio Ministero*, 21 maggio 1860 (*App. doc.5*). Il corsivo è mio.

ne di leggi, note ministeriali e decisioni del Consiglio Superiore, corrispondeva poi da parte dello stesso autore, quanto alle scelte di teoria e di scrittura, un'accentuata capacità di sperimentazione e l'uso del paradigma dell'enciclopedismo e dell'eclettismo¹¹. Questo peculiare stile di lavoro della cultura giuridica, con il suo lessico ambiguo di compromesso e comunicazione, dischiuso fra lemmi e concetti di tradizioni differenti, il "giusto metodo" fra i monumenti del *Code Civil* e della *Deutsche Wissenschaft*, avrebbe dal canto suo, come è noto, dilagato ben oltre gli steccati del nuovo canone disciplinare della scienza italiana¹². Su tale sfondo la tradizione dell'improvvisazione e la logica aperta e "discutibile" della lezione sembrano autorizzare l'autore a interrogare nuovamente le regole e le partizioni e a riaprire le verità di dogmi e istituti.

L'uso ripetuto degli "argomenti" storici e filosofici, le cospicue citazioni romanistiche, la puntuale messa al lavoro degli statuti delle scienze sociali lascia intravedere nel *Programma* le linee di forza di una retorica necessaria al racconto del corpo variegato del diritto civile nel teatro della lezione davanti alla platea degli studenti.

Il "concetto" (e le partizioni) del codice civile – più esattamente, come scriveva Gabba, l'astrazione di «un codice», considerato che, negli stessi mesi delle istanze, si veniva configurando un nuovo testo all'altezza dell'unificazione giuridica della nazione – risale così alla tela complessiva ed "estesa" del diritto civile, al compito dell'insegnante di «svolgere le teorie fondamentali della legislazione civile», nonché di «esporre, comparare e discutere» le disposizioni di diritto positivo delle differenti «legislazioni vigenti nel Regno».

Se l'oggetto del diritto civile corrispondeva soprattutto a «relazioni tali fra gli uomini, da cui emanino diritti in senso rigoroso, tali cioè che si abbiano per iscopo la soddisfazione di interessi temporali, e debbano e possano essere fatti valere all'uopo giudiziariamente», insomma a rapporti fra individui, il disegno di Gabba si preoccupava non tanto di segnare i confini esterni

¹¹ Sul tema cfr. L. Lacchè, *Il canone eclettico. Alla ricerca di uno strato profondo della cultura giuridica italiana dell'Ottocento*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 39 (2010), pp. 153-228; P. Beneduce, *L'ordine dell'esposizione. Introduzioni alla giurisprudenza e regole dell'enciclopedismo in Italia nel secondo Ottocento*, in *Enciclopedia e sapere scientifico. Il diritto e le scienze sociali nell'Enciclopedia Giuridica Italiana*, a cura di A. Mazzacane, P. Schiera, Bologna 1990 (Annali dell'Istituto storico italo-germanico, Quaderno 29), pp. 119-161; P. Beneduce, *Francesco Filomusi Guelfi*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Ottava appendice, *Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, Roma 2012, pp. 393-396.

¹² Sulla funzione del metodo giuridico nella costruzione dello specialismo alla fine del secolo XIX cfr. G. Cianferotti, *Il pensiero di V.E. Orlando e la giuspubblicistica italiana tra Ottocento e Novecento*, Milano 1980; P. Beneduce, *Questione del «metodo» e critica dello «Stato indifferente» nella cultura giuridica italiana di fine Ottocento*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 13 (1983), 1, pp. 57 sgg.; P. Beneduce, *La volontà civilistica. Giuristi e scienze sociali in Italia tra Otto e Novecento*, Napoli 1990; P. Beneduce, *Metafore e nomi dell'accordo nell'immaginazione moderna*, in *La nozione di contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, a cura di S. Cherti, Padova 2010, pp. 57-89.

e a priori del discorso civilistico, quanto di mostrarne i territori remoti e la capacità di estensione, a partire dalla sua costituzione originaria: gli elementi giuridici delle persone, delle cose e dei diritti. Il centro del sistema circolatorio del diritto civile consisteva, secondo Gabba, nella produzione incessante di relazioni giuridiche immediate fra le persone e fra le persone e le cose, di quelle *mediate* fra le persone (le obbligazioni) infine nella successione nei diritti, sia fra vivi che a causa di morte¹³.

Dallo stesso angolo visuale, l'autore guardava alle mutue relazioni e coincidenze fra il diritto civile, la filosofia del diritto civile e la giurisprudenza, alle distinzioni, nell'ambito della stessa disciplina, fra diritto civile «generale, particolare, singolare, nazionale, ed internazionale». In modo non dissimile, Gabba manteneva sempre un'ampia distanza di sicurezza nel prospettare i nessi fra il diritto e la legge, la scienza della legislazione e quella della codificazione, il diritto civile «di origine puramente naturale» e quello «prodotto dalla legge», risolvendo tali differenze esclusivamente sul campo di una esplicita «diversità dei punti di vista»¹⁴.

Uno stesso scarto teorico e linguistico si può rinvenire nella rappresentazione delle fonti remote, incluse a pieno titolo nella trama originaria del diritto civile, cioè i «bisogni» e i «rapporti naturali degli uomini fra di loro (...) viventi in società», e delle fonti prossime. Fra queste: le regole e gli istituti giuridici, da intercettare «col mezzo del ragionamento» e tramite alcuni principi come quello della continuità, della necessità naturale, dell'eguaglianza dei diritti e dell'equità; la legge; il diritto dei giuristi; la coscienza popolare, «vale a dire la consuetudine».

Lo sguardo originalissimo di Gabba, obbligato a interpretare il discorso civilistico dal punto di vista della lezione, si concreta in una raffigurazione che, con la complicità involontaria dell'orizzonte incompiuto dell'unificazione, oscilla, si riprendono i termini di Tarello, tra il documento linguistico della disposizione normativa, con la sua pluralità di significati possibili di principi e teorie in attesa, e la norma. Quest'ultima, ancora secondo Tarello, non precede ma è piuttosto l'effetto di un lavoro interpretativo consistente nel significato e nel precetto attribuito alla norma stessa. In tale prospettiva la lezione non può ridursi a mera macchina ricognitiva, che accerta descrive e consegna una scienza esistente e fissa. È piuttosto una scelta linguistica e retorica, un atto creativo di attribuzione incessante di nuovi significati che si esercita volta per volta sugli enunciati imprimendo loro direzione e senso

¹³ Gabba, *Programma* cit. (App. doc. 3.1).

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Su questi aspetti del pensiero di Giovanni Tarello, si rinvia almeno ai seguenti suoi studi: *Discorso assertivo e discorso precettivo nel linguaggio dei giuristi*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 44 (1967), pp. 419-435; *Studi sulla teoria generale dei precetti. I. Introduzione al linguaggio precettivo*, in «Annali della Facoltà di Giurisprudenza», 7 (1968), pp. 1-113; *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna 1974; *Storia della*

dentro l'esperienza viva dell'insegnamento¹⁵. In questo modo gli elementi invariabili del diritto positivo possono restare nel corpo del *Programma* provvisoriamente non detti e addirittura fuori scena, in attesa di essere richiamati.

Sono queste strategiche quadrettature tematiche, fissate dall'interno, a orientare anche lo sguardo dall'esterno sulla lunga sequela delle cosiddette attinenze necessarie fra la filosofia del diritto civile, la logica, la morale, l'etnografia, la storia, la politica, l'economia politica, la statistica, ciascuna a suo modo evocata a servizio di una scienza viva della legislazione, di sapore muratoriano.

Non diversamente, una volta fissate le gerarchie di lessico e di senso del campo disciplinare, Gabba poteva aggiungere che il carattere polimorfo del diritto civile esige una visione comparativa fra i vari metodi di codificazione in Europa: «francese, sardo, austriaco, toscano, parmense, modenese». Inoltre, l'autore sosteneva l'applicazione di prospettive plurali nello studio del diritto positivo e non: il metodo filosofico a priori, sperimentale, comparativo, storico. In particolare egli raccomandava un impiego argomentativo largo e non dogmatico di questi dispositivi, accusando di «imperfezioni» ed equivoci l'uso esclusivo che se ne sarebbe inteso fare di uno solo di essi¹⁶.

Dall'insieme degli enunciati emergeva da parte dell'autore una pratica sistematica della combinazione. Con questa metafora ardita, che richiama il campo linguistico e le procedure proprie di una scienza naturale, lo studioso segnalava l'opportunità di impiegare punti di vista plurali e distinti, le dimostrazioni di assiomi e insieme le affermazioni probabili sperimentate nel corso di una discussione, all'altezza del corpo multiforme del diritto civile. Nel suo laboratorio, lo scienziato del diritto avrebbe dovuto riconoscere alle origini del campo disciplinare una trama viva di rapporti fra le persone e le cose, «combinare» utilmente metodi e fonti, trattarli alla stregua di «elementi» che, in questo modo, avrebbero potuto «reagire» fra loro, sperimentando inedite «mutue relazioni», fino a formare un corpo in movimento e con proprietà nuove rispetto a quelle proprie degli elementi di partenza.

La vicenda ha un secondo finale, paradossale e nuovamente fuori scena. Gabba non terrà mai quel corso né riuscirà, negli anni successivi, a insegnare diritto civile nell'ateneo torinese.

cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto, Bologna 1976; *Gerarchie normative e interpretazione dei documenti normativi*, in «Politica del diritto», 5 (1977), pp. 499-526; *L'interpretazione della legge*, Milano 1980.

¹⁶ Gabba, *Programma* cit. (App. doc. 3.1).

Appendice

Documento 1

Archivio Centrale dello Stato, Ministero Istruzione Pubblica, *Personale (1860-1880)*, busta 910, fasc. *C.F. Gabba*.

Sulla pagina dell'istanza si legge la seguente annotazione: «Dichiaro aver ritirato per incarico dell'avv. Carlo Francesco Gabba il di lui diploma di Laurea già inserito nella presente istanza. Li 14 Marzo 1860. Cav. Luigi [segue *cognome illeggibile*], Ispettore di Questura di Torino».

Nell'intestazione: «Div. I Sez. I»; «GABBA avv. Carlo Francesco. P(er) un corso libero». In alto a destra, «325-12 Gennaio 1860».

Eccellentissimo Signor Ministro,

Il sottoscritto ha intenzione di trar profitto dalla recente istituzione del libero insegnamento universitario, onde meglio avviarsi mediante la medesima all'insegnamento pubblico ordinario. Egli aspirerebbe precisamente al libero insegnamento legale, nelle materie di diritto positivo sia romano, che moderno, presso la Reale Università degli Studi di Torino. Si rivolge pertanto alla Eccellenza Vostra onde la relativa autorizzazione si degni impartirgli, avuto riguardo ai titoli che qui vengono soggiunti.

Il sottoscritto avendo già ottenuto dal cessato Governo di Lombardia la patente di privato insegnante nelle scienze legali di diritto positivo, invoca dall'eccellenza Vostra l'applicazione a suo favore dell'art. 187 della Legge sulla pubblica Istruzione del 13 Nov. 1859, il quale permette che ai cittadini muniti di patenti siffatte venga accordata a guisa di conferma, la facoltà del libero insegnamento legale universitario. La patente in discorso venne già allegata dal sottoscritto ad una sua istanza di ammissione al concorso ad una cattedra di diritto romano presso la R. Università di Torino, istanza inoltrata al Rettorato di questa Università nel mese di Luglio dello scorso anno presso cui al presente si trova, e donde l'E.V. potrà avere la bontà di richiamarla per prenderne cognizione.

Alcuni lavori scientifici pubblicati dal sottoscritto, possono forse provare almeno la buona volontà, e la serietà di propositi del medesimo relativamente agli studi dei quali invoca il libero insegnamento. Il sottoscritto prega l'E.V. di voler prendere cognizione di tali lavori, e come anche questi furono allegati all'istanza testè accennata, così egli prega eziandio che di essi pure venga fatto richiamo a quel luogo donde si trovano. Confidente il sottoscritto nella bontà e saggezza dell'E.V. qualunque saranno le decisioni che Ella vorrà prendere a suo riguardo, coglie la occasione di farle i suoi più ossequiosi rispetti.

Torino, li 10 gennaio 1860.

Documento 2

Archivio Centrale dello Stato, Ministero Istruzione Pubblica, *Personale (1860-1880)*, busta 910, fasc. *C.F. Gabba*.

Sulla pagina dell'istanza si legge la seguente annotazione: «Una risposta conforme alla precedente venne fatta all'Avvocato Gabba in data 27 marzo 1860 a Milano».

Nell'intestazione: «Regio Ministero della Pubblica Istruzione Div. 1°, Sez. 1°»; «P. 804/1° febbraio 1860». In basso: «P. 2259».

Perché possa venire presa in considerazione la domanda del Sig. Avv. Carlo Francesco Gabba è necessario che dal medesimo venga indicato il ramo, o rami di Scienza politico-legale di cui desidera la facoltà di libero insegnamento. A norma dell'articolo 94 della legge è pur d'uopo che dal medesimo si presenti il programma di quanto si propone di insegnare, onde sia presentato al Consiglio Superiore.

Documento 3

Archivio Centrale dello Stato, Ministero Istruzione Pubblica, *Personale (1860-1880)*, busta 910, fasc. *C.F. Gabba*.

Nell'intestazione: «Carlo Francesco Gabba Dottore in leggi»; «Regio Ministero della Pubblica Istruzione P. 33 Div. 1°, Sez. 1°».

Regio Ministero della Pubblica Istruzione.

Il sottoscritto presentava già fino dal 10 Gennaio del corrente anno a questo Ministero un'istanza, diretta ad ottenere l'abilitazione al libero insegnamento del diritto civile teorico e pratico presso la R. Università di Torino. Egli chiedeva che gli fosse applicato l'articolo 187 della Legge sulla pubblica istruzione del 13 Novembre 1859, trovandosi in possesso di una patente per l'insegnamento del diritto in via privata conferitagli dalla Università di Pavia, sotto la dominazione austriaca, e che gli fosse quindi confermata questa autorizzazione senz'uopo di ulteriori esami corredeva questa domanda col porre sott'occhio a questo Ministero gli stessi titoli che egli aveva già avuto occasione di inviare al Rettorato della R. Università di Torino, in occasione di un concorso (ancor pendente) ad una cattedra di diritto romano presso la medesima, titoli che in un colla suddetta patente si trovano ancor deposti presso quella Autorità, dalla quale pregava il Ministero a volerli richiamare, come da ufficio a lui sottoposti. Alla istanza suddetta veniva riscontrato con ministeriale rescritto in data 27 corrente, con cui si eccita l'istante a presentare il programma dell'insegnamento che si proporrebbe di fare, a termini dell'articolo 94 della legge sulla pubblica istruzione.

Il sottoscritto ha l'onore di inviare a questo Ministero il chiestogli programma. Nel mentre ciò fa, egli rinnova la preghiera che ebbe già occasione di fare, perché siano richiamati dall'Autorità su ricordata i titoli da lui esibiti in appoggio della sua domanda, convinto che i medesimi non potranno non avere qualche efficacia nella determinazione sia del Consiglio Superiore della Pubblica Istruzione, sia di questo stesso Ministero. Non meno caldamente il sottoscritto si raccomanda a questo Ministero, affinché la sua decisione intorno alla sottopostagli domanda subisca il minore ritardo possibile, onde egli possa al caso dare principio al suo insegnamento, esaurendone almeno qualche parte, nei mesi di Maggio e di Giugno del presente anno scolastico, dal che avrebbe vivissimo desiderio.

Devotissimo e Rispettossissimo Dottore Carlo Francesco Gabba, Laureato dalla Regia Accademia delle Scienze di Bruxelles, Socio corrispondente della stessa Accademia, Socio effettivo dell'Ateneo di Milano, già maestro privato di giurisprudenza in Milano.

Lì, 30 Marzo 1860

Milano, Contrada dei Fiori oscuri, n.11

Documento 3.1

Programma di un insegnamento del diritto civile, teorico e pratico.

L'insegnamento del diritto civile che io avrei in animo di tenere, come libero professore nella R. Università di Torino avrebbe per iscopo: di svolgere le teorie fondamentali della legislazione civile sia nel suo complesso, che nelle principali suddivisioni e sottodivisioni, e di esporre, comparare e discutere le disposizioni positive delle varie legislazioni vigenti nel Regno, in ciascuno dei principali loro subbietti.

Nel primo di questi riguardi io chiamerei il mio insegnamento: teorico, nel secondo: pratico. All'insegnamento pratico farei conto di addivenire soltanto dopo avere esaudito il teorico, e quest'ultimo formerebbe da solo il tema del mio primo corso nei mesi che ancor sopravvanzano del presente anno scolastico, ove a questo Ministero piacesse di indugiare il minimo che sia possibile nel soddisfare alla mia domanda.

Non credo possibile, e meno ancor parmi dell'indole del programma chiestomi dal Real Ministero, l'accennare a tutte le dottrine ed osservazioni speciali di cui sarà per constare la parte pratica del mio insegnamento giusta il carattere che testè le assegnai; perché da una parte il numero e la varietà loro si vanno continuamente dilatando durante lo studio, dall'altra non sono le medesime in balia delle tendenze ideali dell'insegnante, ma vengono determinate invece dall'elemento positivo ed invariabile delle leggi. Ritengo pertanto mio debito, nell'abbozzare il chiestomi programma l'accennare soltanto le dottrine che formeranno la materia dell'insegnamento teorico.

Schema generale dell'insegnamento teorico

Nello svolgere la teoria del diritto civile, i temi più generali del mio insegnamento saranno i seguenti: A. Concetto ed estensione del diritto civile. B. Concetto di un codice civile e ripartizione da darsi al medesimo. C. Fonti, donde si deducono i principii del diritto civile. D. Principii fondamentali di tutti i principali temi del diritto civile e di un codice civile.

Schema speciale

Ad A. Concetto, ed estensione del diritto civile.

1. Concetto del diritto civile

a) Il diritto civile non può riferirsi che a relazioni tali fra gli uomini, da cui emanino diritti in senso rigoroso, tali cioè che ed abbiano per scopo la soddisfazione di interessi temporali, e debbano e possano essere fatti valere all'uopo giudiziariamente. b) non tutti però i diritti rigorosi formano oggetto del diritto civile, ma quelli soltanto fra essi che si riferiscano a rapporti privati fra due individui, o, più in generale, fra due parti considerate come individui. c) *Differenze fra la filosofia del diritto civile, e la scienza dell'interpretazione delle leggi*; principi fondamentali di quest'ultima. Esempi ed applicazioni. d) Conseguenze delle precedenti dottrine. Distinzioni: fra il diritto civile ed il pubblico; - fra il diritto civile ed il penale, - fra il diritto civile e l'amministrativo, - fra il diritto civile e l'ecclesiastico privato.

2. Estensione del diritto civile.

a) Varia estensione del diritto civile: 1) secondo i differenti studi di cui è fatto oggetto. Filosofia del diritto civile; giurisprudenza civile. Nozione dell'uno e dell'altra, loro mutue relazioni e campo di ciascheduna. 2) varia estensione del diritto civile secondo le persone cui si applica. Distinzione del diritto civile generale, particolare, singolare, nazionale, ed internazionale. Nozione di ciascuno di questi diritti:

b) Rapporti che esistono fra le scienze distinte sotto il numero 1. della precedente lettera A e i singoli complessi di disposizioni giuridiche, distinti sotto in numero 2. della stessa lettera.

c) Coincidenze di uno studio teorico del diritto civile con la filosofia del diritto civile, ed enumerazione delle principali sue parti: - trattato degli elementi giuridici: persone, cose, diritti; - trattato delle relazioni giuridiche immediate fra le persone; - trattato delle relazioni giuridiche fra le persone e le cose; - trattato delle relazioni giuridiche mediate fra le persone, o delle obbligazioni; - trattato della successione nei diritti, sia tra vivi che per causa di morte.

Ad B. Concetto di un codice civile, e ripartizione del medesimo.

a) Relazione tra il diritto e la legge. Azione della legge. Ampliamenti che la legge apporta al diritto, al di là dei rapporti giuridici puramente naturali. b) Relazione tra l'idea della legge e quella di Codice. Storia della Codificazione. Questione intorno alla opportunità della codificazione in generale. c) Scienze a cui dà origine la formazione delle leggi. Scienza della legislazione; Scienza della codificazione esposizione delle principali regole teoriche e pratiche necessarie onde comporre una buona legislazione. - Analisi dei limiti che si deve imporre il legislatore nel formulare i principii giuridici, onde lasciare un conveniente campo all'uso dei principii scientifici nella giurisprudenza. d) In quanto la scienza della legislazione si distingue dalla filosofia del diritto civile, ed in quanto le porga soccorso. e) Efficacia della distinzione del diritto civile di origine puramente naturale, e del diritto civile prodotto dalla legge sulla diversità dei punti di vista da cui si vuol considerare e studiare l'uno e l'altro.

Appendice 1^a. Dei metodi di codificazione in generale, del metodo francese, sardo, austriaco, toscano, parmense, modenese. Loro difetti. Differenze essenziali fra il sistema dei diritti nella scienza ed il sistema di un codice civile. Proposta di una sistemazione del codice civile.

Appendice 2^a. La questione della codificazione nel Regno di Sardegna.

Ad C. Delle fonti del diritto civile, e dei metodi e sussidii onde studiarle.

I. *Fonti del diritto civile*

a) Distinzione tra le fonti del diritto, e le fonti delle leggi.

b) Fonti del diritto remote e fonti prossime. *Fonti remote*: 1. i rapporti naturali degli uomini fra di loro, considerati come i viventi in società; esempi. 2. i bisogni degli uomini viventi in società circa la tutela dei loro diritti, e della loro condizione sociale; esempi. *Fonti prossime*: 1. gli istituti giuridici, e le regole e conseguenze loro dedotte dalla loro essenza con mezzo del ragionamento, e con la scorta di alcuni principii; enumerazione di questi principii. Principio di *continuità*; principii della *necessità naturale*; *principio dell'eguaglianza dei diritti*; *principii dell'equivalenza*; *principio di equità*. Esempi ed applicazioni, desunte specialmente dalla teoria della specificazione, ed accessione industriale, e dalla teorica del danno e del risarcimento; 2. la legge; 3. la giurisprudenza pratica o, *il diritto dei giuristi*; importanza della giurisprudenza degli arresti, come fonte di Novelle, e il modo di farne uso.

c) *Fonti delle leggi* - Quanto ai principii fondamentali le stesse fonti del diritto, tranne la legge; e quanto a quei principii in particolare i quali, rispondono a bisogni comuni e naturali degli uomini; la *coscienza popolare*, tradotta nella consuetudine. Esposizione delle principali dottrine emesse nei tempi moderni circa la consuetudine, ed analisi di questa nel duplice suo aspetto di fonte delle leggi e di surrogato alle leggi.

II. *Metodi e sussidii onde valersi delle fonti del diritto civile.*

a) Diversità di metodo per l'uso delle fonti del diritto positivo, e per l'uso delle fonti naturali del diritto b) Metodi per lo studio del diritto non positivo. Distinzioni di metodo: filosofico a priori; sperimentali; comparativo; storico. Caratteri di ciascuno di essi. c) Utilità di ciascuno dei suddetti metodi, ed imperfezioni che ne accompagnano l'uso esclusivo. Particolare riguardo 1. al metodo filosofico a priori, tessendo la storia dell'antica scuola del *diritto naturale* e del moderno razionalismo; 2. alla moderna scuola storico giuridica della Germania tessendone parimenti la storia da Hegel fino a noi, ed avendo riguardo anche alle applicazioni della medesima al diritto pubblico, ed alle condizioni politiche Stati. d) Superiori del metodo sperimentale, adottato come guida principale, e utilità al medesimo di altri metodi. Determinazione dei limiti e del modo di questa combinazione. e) Metodo per l'uso delle fonti del diritto positivo. Interpretazione delle leggi. Teorica della interpretazione delle leggi.

III. *Dei sussidii all'uso delle fonti del diritto.*

Attenzioni della filosofia del diritto civile colla logica colla morale, colla etnografia, colla storia, colla politica, coll'economia politica, colla statistica. Proposta di una statistica giuridica al servizio della giurisprudenza e della scienza della legislazione.

Ad D. Principii fondamentali di tutti i principali temi del diritto civile e di un codice civile

a) Questa è la parte più essenziale della filosofia del diritto civile. Propositi e regole da osservarsi nella medesima in conformità a tutte le dottrine superiormente sviluppate. b) Richiamo alla divisione del diritto civile fatta qui sopra (ad A., num. 2), e conseguente divisione di questa parte in quattro sezioni:

Sezione 1^a degli elementi giuridici

- “ 2^a delle relazioni giuridiche immediate fra le persone
- “ 3^a delle relazioni giuridiche fra le persone e le cose
- “ 4^a delle relazioni giuridiche mediate fra le persone o delle obbligazioni
- “ 5^a delle successioni nei diritti sia fra i vivi, che a causa di morte.

Sezione 1^a - Degli elementi giuridici.

a) *Delle persone.* 1. Delle persone naturali. Cominciamento della personalità naturale - Fine della personalità naturale. - In particolare della priorità della morte, e delle dichiarazioni di morte. - Della capacità giuridica delle persone naturali. - Modificazioni della capacità giuridica per differenza di religione, per diminuzione di onore, per sesso, per età, per istato di salute. - Condizione politica delle persone. Cittadinanza. Differenza di ceto. 2. Delle persone giuridiche. Delle corporazioni. Delle pie fondazioni.

b) *Delle cose.* 1. Idea di cosa in senso giuridico. Qualità materiali delle cose. Cose corporee e cose incorporee; cose presenti e cose future. Valore. Danaro. Patrimonio. 3. Qualità giuridica delle cose. Mobilità ed immobilità. Consumibilità. Cose individuali: Specie. Fungibilità. Divisibilità. 4. Relazioni delle cose con altre cose e con le loro parti. Idea di tutto e di parte. Cose principali e cose accessorie. Pertinenza. Frutti.

c) *Dei diritti.* 1. Classificazione dei diritti secondo le persone cui appartengono. 2. Classificazione dei diritti secondo il loro oggetto. Diritti sulla persona propria; diritto sulle cose; diritti ad atti o diritti corrispondenti ad obbligazioni. 3. Genesi dei diritti: genesi dei diritti per fatto d'uomini. Del soggetto. Della volontà. Della dichiarazione. - Genesi dei diritti per disposizione della legge, esempi. - Genesi dei diritti per decorso del tempo. Teorica del calcolo giuridico del tempo. Teorica dell'usucapione. 4. Esercizio, concorrenza, collisione dei diritti. Principii fondamentali relativi. 5. Cessazione ed estinzione dei diritti. Suoi modi, altri speciali a singoli diritti, altri generali a tutti i diritti, come la donazione, la rinuncia e la prescrizione. - Teorica della donazione sia in genere che nelle varie sue specie. - Teorica della rinuncia. - Sviluppo storico della teorica della prescrizione, e principii fondamentali della medesima.

Sezione 2^a Delle relazioni giuridiche immediate fra le persone.

a) *distinzione di queste relazioni in quelle che hanno un'origine, ed uno scopo morale ed in quelle che hanno uno scopo ed un'origine umana e materiale.* b) *Enumerazione delle une e delle altre: Rapporti fra i genitori, ed i figli, matrimonio, tutela, cura, rappresentanza e mandato.*

c) *Dei rapporti fra genitori e figli.* Principii filosofici intorno all'origine al carattere, ed alle attinenze religiose, morali, civili dei diritti dei genitori sui figli. - Distinzione di questi diritti in quelli che riguardano la persona dei figli immediatamente e in quelli che riguardano i loro beni. Partecipazione di ognuno dei coniugi, della legge e del giudice a questi diritti. Della patria potestà. Sua storia nel diritto romano e moderno. - Principii fondamentali intorno ai diversi suoi modi d'origine: per nascita, per legittimazione, per adozione. - Perdita della patria potestà. - Efficacia della medesima sui beni dei figli. d) *Del matrimonio.* 1. Origine del matrimonio, e coor-

dinazione del medesimo agli scopi fisici, morali, e sociali dell'umanità. 2. In quanto il matrimonio sia un ente giuridico, e debba essere regolato dalle leggi dello Stato. 3. Concetto giuridico del matrimonio. In quanto il medesimo possa dirsi contratto. 4. Quale diritto debba regolare il matrimonio. Oggetto della controversia fra i canonisti, e i civilisti circa la legislazione del matrimonio. Storia della medesima. Recenti tentativi fatti per comporla. Leggi inglesi, francesi, austriache, prussiane, sarde. Progetti circa il matrimonio civile nel Regno di Sardegna; loro difetti, nuove proposte. 5. Principii fondamentali del diritto matrimoniale circa: la capacità di contrarlo, gli sponsali, gli impedimenti, le cause di nullità, la separazione, lo scioglimento, il divorzio. 6. Condizione giuridica delle mogli studiata nella storia e nelle convenienze del nostro secolo. e) *Della tutela*. Origine della tutela. Suo carattere giuridico. Sua storia. Principii fondamentali che la reggono, sia in riguardo alle attribuzioni dei tutori, che in riguardo alle obbligazioni dei medesimi inverso i pupilli. Dei Consigli di famiglia. Loro concetto. Loro storia. Stato dei medesimi nella legislazione sarda, e in altre legislazioni moderne. Giudizio sul loro merito teorico e pratico. f) *Della cura*. Sue origini. Suo carattere, e sue differenze intrinseche dalla tutela. Principii fondamentali della cura, sia riguardo alle attribuzioni del curatore sia riguardo ai suoi obblighi verso il curatolato. g) *Della rappresentanza e del mandato*. 1. Specie della rappresentanza secondo le sue fonti: legale, convenzionale, giudiziale; secondo i suoi oggetti: generale, speciale. 2. Del mandato. Suo concetto. Sue leggi, e suoi effetti si nei rapporti fra il rappresentato e il rappresentante, si fra l'uno e lo altro di costoro e di terzi.

Sezione 3^a Delle relazioni giuridiche fra le persone e le cose.

a) *Principii fondamentali*. 1. Enumerazione dei diritti reali: possesso, proprietà, superficie, enfiteusi, locazione ereditaria, censo perpetuo, servitù, pegno, ipoteca. Necessità di non confondere l'eredità coi diritti reali e di trattarne a parte sotto la rubrica successione nei diritti. 2. Acquisto e perdita dei diritti reali. Teorica della tradizione. Teorica del modo e del titolo, considerata si nella storia, che in relazione alle obiezioni che le si fanno dai giuristi moderni. 3. Differenze che ingenera nei diritti reali la diversità delle cose, secondo che siano mobili o immobili. 4. Teorica della pubblicità dei diritti reali su cose immobili. Libri censuari ipotecari, tavolari, studi fatti e sul modo di attuare la pubblicità dei diritti reali su cose immobili nel nostro Regno. b) *Del possesso*. 1. Storia delle dottrine intorno al possesso, ed esposizione della dottrina di Savigny. 2. In quanto il possesso possa dirsi diritto. Triplice aspetto del possesso: come apparenza esteriore e forma comune degli altri diritti reali; come fonte di particolari effetti giuridici, dati certi requisiti e circostanza; come momento processuale. 3. Principii fondamentali intorno al possesso. Specie del possesso. Acquisto e perdita del possesso. Effetto del possesso. Azioni possessorie. 4. Del quasi-possesso. Sua nozione. Sua applicazione e sui effetti. c) *Della proprietà*. 1. Principii filosofici intorno al diritto di proprietà. Confutazione di false dottrine. Storia della proprietà. 2. Nozione della proprietà. Suo contenuto. Sue limitazioni. 3. Forme della proprietà. Dominio eminente. Dominio diretto. Dominio indiretto. Dominio utile. 4. Acquisto della proprietà. Acquisto derivativo ed acquisto originario. Modi dell'acquisto derivativo. Tradizione; acquisto dei frutti, aggiudicazione; caduta in commesso. Modi dell'acquisto originario: presa di possesso, usucapione, ordinaria e straordinaria, congiunzione, accessione, acquisto dei prodotti. 5. Cessazione della proprietà per cause di pubblica utilità. Spropriazione forzata. Suoi fondamenti, e suoi effetti giuridici. Guarentigie. 6. Dei beni vacanti e dei diritti sui medesimi. Tutela della proprietà. Azioni di proprietà: rivendicazione, azione negatoria, pubblicana. Appendice. Della proprietà intellettuale, ossia letteraria e artistica. d) *Della superficie e dell'enfiteusi*. 1. Nozione della superficie. Storia. Principii fondamentali. 2. Nozione dell'enfiteusi. Storia. Stato attuale delle legislazioni europee circa l'enfiteusi. Leggi Piemontesi. Principii fondamentali intorno all'enfiteusi. e) *Della locazione ereditaria*. Suo concetto. Sua storia. Principii fondamentali. f) *Del censo perpetuo*. Sua nozione. Sua storia nel diritto canonico e nel diritto civile. Principii fondamentali. g) *Della servitù*. 1. Concetto generale di servitù. Distinzione delle servitù di diritto privato, e delle servitù di diritto pubblico, cioè imposte dalla legge in vista dell'utilità generale. 2. Distinzione delle servitù di diritto privato in personali e reali, ed enumerazione delle une e delle altre. 3. Principii fondamentali intorno alla servitù d'uso. 4. Principii fondamentali intorno alla servitù d'usufrutto. Sue differenze dalla servitù di uso. Del quasi usufrutto. 5. Di alcune altre servitù personali nel diritto romano. 6. Suddivisione delle servitù reali in servitù rustiche ed urbane. Enumerazione delle principali fra le une e le altre, e nozione di ciascuna. 7. Genesi delle servitù di diritto privato. 8. Estinzione delle medesime. 9. Azioni a cui le medesime danno luogo, sia per farle valere contro l'altrui diritto di proprietà, sia per tenerne esente la cosa propria. 10. Delle servitù di diritto pubblico. Esempi: strade vicinali, esigenze di pubblico ornato, acquedotto coattivo, servitù relative alla bonificazione dei terreni ed al drenaggio. Via esclusivamente amministrativa di farle valere, quando col semplice amministrativo, quando col contenzioso amministrativo. h) *Del*

pegno e della ipoteca. 1. Nozione del pegno in genere. 2. Delle due specie di pegno, il pegno propriamente detto, ed ipoteca. Differenze giuridiche fra le medesime. 3. Storia del pegno e dell'ipoteca presso i Romani e presso i popoli moderni. 4. Principii fondamentali circa il pegno di cosa mobile, sia riguardo alla sua origine che riguardo ai suoi effetti. 5. Attinenze del diritto ipotecario colle economia politica e del regime delle ipoteche con la sistemazione del credito fondiario. Dei due principii: della pubblicità e della specialità delle ipoteche considerate in sé, e nell'efficacia loro sugli antichi principii del diritto ipotecario. 6. Stato attuale del diritto ipotecario in Europa e nel nostro Regno in particolare, e bisogni ch'esso presenta in quest'ultimo. 7. Principii fondamentali del diritto ipotecario, sia riguardo alla costituzione, che riguardo alla conservazione, agli effetti ed alla estinzione delle ipoteche. 8. Dei privilegi. Loro nozione, loro attuale convenienza pratica delle azioni nascenti dal diritto di pegno e di ipoteca o cui questi diritti danno luogo.

Sezione 4^a Delle relazioni giuridiche mediate fra le persone, o delle obbligazioni.

a) *Carattere generale delle relazioni giuridiche fra persone, aventi per oggetto cose, o diritti alle medesime. Diversa denominazione delle medesime nelle diverse legislazioni e dottrine.* b) *Concetto della obbligazione in generale.* 1. Oggetto. Requisiti. Diversità: determinazione ed indeterminazione; divisibilità, ed indivisibilità; congiunzione di parecchie prestazioni. Valore od interesse (lat.). Interessi. 2. Soggetto. Posizione dei soggetti delle obbligazioni, secondo che queste sono unilaterali o bilaterali. Pluralità di creditori. Pluralità di debitori. Obbligazione correlative. *Solidarietà.* 3. Tutela delle obbligazioni, o delle azioni. Varietà delle azioni. Delle obbligazioni senza azione. c) *Rapporto dell'idea di obbligazione con quella di credito.* Influenza del concetto economico di credito sulle idee di istituzioni giuridiche nei tempi moderni. Applicazioni al diritto cambiario, alle obbligazioni delle banche, alle obbligazioni assicurate con ipoteca. d) *Esecuzioni delle obbligazioni.* 1. Adempimento. Oggetto. Tempo. Modificazioni e sospensioni. Insolvenza dei debitori; Principii fondamentali intorno al concorso dei creditori al valore giuridico di questo fatto, e alle sue giuridiche conseguenze. e) *Fonti delle obbligazioni.* 1. Molteplicità delle medesime: classi principali delle obbligazioni secondo la loro sorgente: obbligazioni nascenti da fatti, ed obbligazioni nascenti da contratti ossia obbligazioni unilaterali e bilaterali; obbligazioni nascenti da atti illeciti; obbligazioni nascenti da particolari condizioni delle persone; obbligazioni nascenti dal pericolo di danni futuri. f) *Delle obbligazioni unilaterali:* 1. Loro essenza. Loro sviluppo nel diritto romano. Esempi: 1. Principii fondamentali relativi ad ognuno di essi. g) *Dei contratti.* 1. Nozione generica dei contratti. Loro forma. Loro perfezione. Loro contenuto. Esame della distinzione romana di patti, contratti, e quasi contratti. 2. Efficacia dei contratti in faccia ai terzi. 3. Classificazione dei contratti secondo le persone fra cui intervengono: in contratti di diritto civile in comune, e contratti di diritto civile speciale e suddivisione di questi ultimi, secondo che si abbia di mira una condizione particolare; in cui si trovano le persone, od una particolare qualità sociale delle medesime. Secondo il modo di esecuzione, in consensuali, e reali. Secondo il loro effetto, in contratti che trasmettono puramente diritti, ed in contratti che fondano relazioni giuridiche più o meno durevoli. Secondo la loro importanza in contratti principali ed accessori. Secondo il loro scopo, che sia di un lucro preveduto, o di un lucro sperato, in contratti comuni, e contratti di sorte. Enumerazione dei principali contratti compresi in ciascuna classe. 4. Teorica della permuta. 5. Teorica del contratto di compra-vendita. 6. Teorica della locazione. Conduzione di cose ed opere. Dottrina degli appalti. 7. Teorica del contratto di società. Applicazione alla società di mutuo soccorso contro i danni naturali. 8. Teorica del contratto di mutuo. Del mutuo feneratizio in particolare, e delle leggi sull'usura, considerate nella storia, e nelle legislazioni moderne e in quella del Piemonte in particolare. 9. Teorica del comodato. 10. Teorica del deposito. 11. Dei patti nuziali. Enumerazione dei patti nuziali nel diritto romano e nel diritto germanico. Principii fondamentali intorno alla donazione per causa di nozze, alla dote, alla controdote, alla comunione dei beni, al divorzio, alla morganatica, alla widerlage. Questione circa la preferibilità del regime dotale o di quello della comunione dei beni, così in astratto, come nel nostro Regno in particolare. 12. Dei contratti di sorte. Loro concetto generale. Enumerazione. Principii fondamentali intorno al giuoco, alla scommessa, alla lotteria, al vitalizio. 13. Dei contratti mercantili. Carattere generale di questi contratti. Enumerazione principii fondamentali intorno al contratto di società mercantile, al contratto di cambio, ai contratti differenziali, al contratto di assicurazione, al contratto di nolo, al contratto di Cambio Marittimo. Modificazioni che subiscono i principii generali del diritto civile intorno ai contratti, applicandosi ai commercianti. h) *Delle obbligazioni nascenti da atti illeciti.* 1. Fondamento dell'obbligo di risarcimento. 2. Distinzione degli atti illeciti producenti obbligo di risarcimento, in dolosi e colposi, e concetto degli uni e degli altri. 3. Limiti dell'obbligo di risarcimento sia nel caso di danneggiamenti dolosi sia nel caso di danneggiamenti colposi. 4. Limiti fra l'azione civile e penale per causa di danno

recato. I) Obbligazioni nascenti dalle condizioni delle persone. 1. Carattere comune di queste obbligazioni. 2. Enumerazione. 3. Principii fondamentali circa la proprietà, il possesso, l'arricchimento, la parentela considerati come sorgenti di obbligazioni. II) Obbligazioni nascenti da pericolo di future lesioni. 1. Carattere e limiti generali di queste obbligazioni: 2. Fonti varie delle medesime. Accordo delle parti. Legge. decreto del giudice. 3. Enumerazione. Contratto di pegno. Fidejussione, diritto di ritrazione, pegno legale prenotazione. 4. Principii fondamentali intorno alla fidejussione, così nel diritto civile comune, come nel diritto mercantile e cambiario. 5. Principii fondamentali intorno alla prenotazione ed al suo metodo teorico e pratico III) Modificazione ed estinzione delle obbligazioni. 1. Differenze fra modificazione ed estinzione. 2. Diverse cause di modificazione: la convenzione, la lesione, la mora, il caso. 3. Principii fondamentali relativi. 4. Concetto dell'estinzione delle obbligazioni. 5. Diversi suoi modi: il pagamento, la compensazione, la novazione, la cosa giudicata, la transazione, il compromesso, la remissione, il consenso contrario, la condizione e il tempo, la morte e la confusione, la perdita del diritto, l'impossibilità della prestazione; l'estinzione dell'obbligazione principale. 6. Principii fondamentali intorno ad ognuno di questi modi ed in ispecie al pagamento, alla compensazione, alla novazione, alla transazione e alla confusione.

Sezione 5^a Delle successioni.

a) *Concetto della successione dei diritti in generale.* b) *Distinzione delle successioni in successioni tra vivi e successioni a causa di morte; in successioni implicite e successioni esplicite; in successioni singolari e successioni universali. Enumerazione.* c) *Della cessione. Teorica della cessione con speciale riguardo alle cessioni mercantili mediante giro cambiario, e mediante negoziazioni di pubblici effetti.* d) *Delle successioni a causa di morte.* 1. Distinzione delle medesime in universali e particolari. Rapporti tra le une e le altre, così nel diritto romano come nel moderno. 2. Principii filosofici intorno al regime ereditario, così in riguardo alla successione testamentaria come in riguardo alla successione testamentaria ed alla successione necessaria od alla legittima. 3. Della capacità di avere eredi; e della capacità di acquistare diritti ereditari, e degli ostacoli si giuridici che politici alle medesime. Della indennità in particolare. 4. Principii teorico-giuridici intorno all'indole, al tempo, al modo, ed agli effetti della trasmissione dei diritti mediante successione testamentaria, od intestata, così agli eredi come ai legatari. 5. Concetto giuridico della massa ereditaria, e suoi effetti giuridici sia in confronto dell'erede e dei coeredi che in confronto di terzi. In particolare del diritto di accrescimento. 6. Principii fondamentali intorno alle sostituzioni testamentarie semplici e fedecommissarie, così nel diritto romano come nel diritto moderno. 7. Principii fondamentali intorno ai testamenti e codicilli, sia riguardo alla loro forma che riguardo ai vari loro oggetti, e dal modo di loro effettuazione, nel diritto romano e nel diritto moderno, e particolarmente in quello del nostro Regno. 8. Principii fondamentali intorno alla successione legittima ed alla porzione legittima, con riguardo alle questioni politiche ed economiche che vi si riferiscono, ed agli esempi del diritto romano, e delle legislazioni moderne. 9. Teorica dei legati. Concetto del legato. Suoi rapporti con la nomina degli eredi sia nel diritto romano che nelle legislazioni moderne. Suoi rapporti con la donazione a causa di morte. 10. Delle azioni dirette al conseguimento dei diritti di successioni, sia come erede, che come legatario, o come sostituto. 11. Delle successioni eccezionali. Origini loro e fondamento di divisioni. Principii fondamentali intorno ai fedecommissi di famiglia ed alle varie loro specie. Principii fondamentali intorno alla successione feudale. Milano, li 30 Marzo 1860.

Documento 4

Archivio Centrale dello Stato, Ministero Istruzione Pubblica, *Personale (1860-1880)*, busta 910, fasc. C.F. Gabba.

Sulla pagina del verbale si legge la seguente annotazione: «Si restituisce il programma alla sez. I div. I».

Il Consiglio superiore di Pubblica istruzione,

in adunanza del 24 aprile, vista la nota del Ministero 13 aprile 1860 Div. 1 Sez. 1 Pos. 33 colla quale gli fu trasmesso un programma per un corso di Diritto Civile teorico-pratico che il Signor Dottor Carlo Gabba si propone di dare presso l'Università di Torino nella qualità di libero insegnante; ignorando i titoli del D.re Gabba al detto libero insegnamento e se e come ci sia stato autorizzato; ritenuto che egli abbia ottenuto la necessaria autorizzazione;

quanto al programma: considerato che manca della parte pratica dell'insegnamento; che le ragioni addotte dal D.re Gabba per esimersi dal presentare questa parte del programma del suo

insegnamento non sono ammissibili, perché, se in un programma non è possibile o meglio non è consentaneo alla di lui indole di accennare a tutte le osservazioni speciali che siano per farsi dall'insegnante, non scorgesi come non si possa accennare in modo almen generale e per sommi capi alle materie che formar debbano l'oggetto dell'insegnamento relativo alle disposizioni positive della legislazione dello Stato; che l'essere le dottrine relative a tale insegnamento determinate dall'elemento positivo ed invariabile delle leggi anziché rendere difficile, agevolano il compito di chi deve compilare il programma; infine che la contraria opinione del D.re Gabba incontra un insormontabile ostacolo nella precisa disposizione della legge 13 Novembre 1859; ha approvato il programma presentato per la parte dell'insegnamento teorica ed ha deliberato che s'inviti il sig. Dottore Gabba a presentare il programma relativo alla parte pratica prima che egli dia principio a tale parte del corso.
Per estratto conforme.
Torino 18 maggio 1860

Documento 5

Archivio Centrale dello Stato, Ministero Istruzione Pubblica, *Personale (1860-1880)*, busta 910, fasc. *C.F. Gabba*.

Nell'intestazione: «Regio Ministero. Div. I Sez. I». in alto a destra, «6973/26 maggio 1860».

Il sottoscritto ha ricevuto la decisione 19 corrente n. 4216 di questo R. Ministero, Div. ne 1.a Sez.1.a in relazione alla domanda da lui presentata onde essere abilitato al libero insegnamento del diritto civile teorico e pratico nella R. Università di Torino. Nel mentre egli gode di una parte della approvazione impartita da questo R. Ministero e prima dal consiglio Superiore della pubblica istruzione al programma da lui presentato della parte teorica di quell'insegnamento, egli trova fondata dall'altra la sospensione che il R. Ministero trovò di dare alla definitiva abilitazione, fino a quando anche il programma della parte pratica sia stato presentato ed approvato. Siccome però tale sospensione non fu decretata che in vista dell'espresso tenore della presentata domanda, riferentesi ad ambedue le specie di insegnamento, così il sottoscritto crede di poter sottrarsi alle condizioni imposte alla definitiva abilitazione, restringendo quella domanda all'insegnamento che si propone di dare, per modo che la parziale approvazione, già dal Consiglio Superiore di Pubblica Istruzione, e da questo R. Ministero accordata gli possa bastare. Egli viene ora pertanto ad implorare che questo Ministero lo abiliti non già all'insegnamento teorico e pratico del diritto civile, ma soltanto al teorico, il quale riceverebbe il nome di: *Corso di teoria del diritto civile*. Validi motivi sembrano al petente giustificare una simile modificazione dell'originaria sua domanda. Invero la teoria del diritto civile fornisce già da se sola vasti e numerosi argomenti di trattazione, e tali che appena si potranno restringere in un corso di un anno; inoltre poiché il Codice Albertino sta per subire in seno alla Commissione legislativa importanti modificazioni, e sarà già posto in attività nello Stato allorquando il petente darà principio alle sue lezioni, sembra inopportuno l'abbozzare fin d'ora un programma dell'insegnamento pratico del medesimo, siccome quello che dalle accennate modificazioni non potrà non essere sconcertato, anche in punti essenziali. Voglia questo R. Ministero accogliere tali ragioni coll'usata sua benignità, considerare la petizione attuale come una nuova domanda, ed applicandovi quella parte delle decisioni già da esso, e dal Consiglio Superiore di Pubblica istruzione pronunciate che vi sono favorevoli, esaudirla, ed adempire così un ardente voto del sottoscritto.
Carlo Francesco Gabba, Dottore in legge.
Milano addì, 21 Maggio 1860.

Etologia e scienze sociali

di Emanuele Castrucci

a Mario Ascheri,
nella sua attività accademica e politico-amministrativa
etologo suo malgrado

La critica complessiva cui, nel corso di tutto il Novecento, sono state sottoposte le scienze umane ha conosciuto momenti di particolare intensità.

Di fronte alle discipline che considerano l'entità "uomo" come oggetto di studio, singolarmente o nell'ambito delle società che questi produce quale essere vivente posto in mezzo ad altri esseri viventi, è stata spesso sollevata – come è noto – un'obiezione d'ordine gnoseologico, che mira a negar loro lo statuto di scienze "autentiche". Secondo questa obiezione, le scienze che studiano l'uomo si troverebbero nell'impossibilità di definire validamente il loro oggetto – l'uomo stesso. Per il fatto che l'uomo si trova ad essere in questo caso contemporaneamente soggetto e oggetto del processo conoscitivo, la necessaria separazione tra soggetto e oggetto si rivelerebbe nella fattispecie impossibile. Perciò, ogni indagine "scientifica" riguardante l'uomo si vedrebbe condannata al fallimento. Ma è evidente che questa obiezione gnoseologica si fonda su una concezione della scienza ereditata dall'impostazione positivista del diciannovesimo secolo, oggi largamente superata. (È qui superfluo ricordare come il principio di indeterminazione di Heisenberg abbia, nel campo della fisica teorica, da tempo chiarito che la linea di separazione tra soggetto/osservatore umano e oggetto/fenomeno fisico non può mai essere perfettamente tracciata).

Nell'ambito degli studi filosofico-sociali del Novecento, è stata soprattutto la Scuola di Francoforte a prodursi in una vera e propria dichiarazione di guerra alle "scienze umane", o – per riprendere la sua terminologia – ad ogni "antropologia". Questa scuola di pensiero, particolarmente con Adorno e Horkheimer, che restano i maggiori rappresentanti della sua cosiddetta «prima fase», aveva fondato il suo punto di vista su un dato tutto sommato incontestabile: ogni scienza sfocia necessariamente in una tecnica tesa a rendere l'oggetto di analisi scientifica "disponibile" per l'uomo. Lo scienziato, beninteso, può essere personalmente disinteressato, animato dalla sola volontà di conoscenza. Ciò non impedisce che ogni definizione scientifica, operativa in relazione a un oggetto, necessariamente verificata attraverso l'esperienza, si traduca in tecnica di manipolazione dell'oggetto stesso. Le "antropologie",

avendo l'uomo come oggetto, si risolvono dunque, immediatamente o mediamente, in "tecniche di manipolazione" dell'uomo sull'uomo, costituendo degli "uomini-oggetti" in rapporto a degli "uomini-soggetti".

Da tutto questo, il pensiero francofortese non sembra tuttavia voler dedurre senz'altro l'"impossibilità" delle "antropologie". Pronuncia invece una condanna morale delle scienze umane in quanto «strumento di dominazione dell'uomo sull'uomo». I discepoli di questa scuola concepiscono in altre parole per sé un'obbligazione morale ad opporsi attivamente ad ogni "antropologia" positiva mediante un'antropologia "negativa" corrispondente. È questo il nucleo di quella che viene chiamata la "teoria critica": ad ogni affermazione positiva concernente l'uomo, sarà opposta una critica radicale, intrinsecamente distruttiva; ad ogni tecnica di "manipolazione" una tecnica di "emancipazione".

È dubbio fino a che punto queste posizioni culturali possano considerarsi teoreticamente fondate, e quindi condivisibili. Le si è ricordate in quanto è a questo tipo di discorso che, consapevolmente o meno, finisce per rifarsi la maggior parte di coloro che oggi negano valore ai risultati raggiunti dalle scienze che studiano l'uomo, squalificate come portatrici di ideologia o – il che è più o meno lo stesso – di vieto «positivismo». Nessuno pretende ovviamente di affermare che, in questo o in qualsiasi altro campo, si sia raggiunto uno stato definitivo di sistemazione dei dati. Ma è caratteristica costante del metodo scientifico procedere superando le proprie precedenti acquisizioni, ricomprendendole in una visione al tempo stesso più ampia e approfondita, e non semplicemente negandole. In questo senso, pur riconoscendo l'inesauribilità di ogni procedimento di indagine sulla realtà, si deve ritenere che non vi sia motivo di negare pieno valore ai dati di cui le «scienze dell'uomo» ci hanno fatto entrare, non da oggi, in possesso.

1. Tra le discipline scientifiche che hanno permesso un approfondimento delle conoscenze riguardo al mondo animale e all'uomo stesso, si è segnalata nel corso del Novecento l'etologia, per la fecondità del suo metodo di indagine certamente, ma anche per lo scalpore che la sua divulgazione ha suscitato al di fuori della cerchia degli addetti ai lavori. In origine, il termine inglese *ethology* (da *ethos*, costume, comportamento) designava lo studio scientifico del carattere attraverso l'interpretazione dei gesti. Per estensione, si giunse presto a riferirlo all'analisi comparativa di tutto il comportamento gestuale, quindi a dargli il significato di "biologia del comportamento", definendo quest'ultimo "stato temporaneo". L'etologia si applica dunque, per definizione, allo studio delle "forme transitorie" degli organismi, così come queste si caratterizzano in relazione ad attività ghiandolari, movimenti, attitudini, mimiche, atteggiamenti, modi di agire.

Prima ancora che l'etologia nascesse ufficialmente, esistevano già alla fine dell'Ottocento due tendenze di massima riguardo a questo problema. La prima, a carattere vitalista e in qualche modo "spiritualista", faceva appello a

misteriose «forze vitali» o – nel lessico bergsoniano – «slanci (*élans*) vitali», limitandosi a constatare l'esistenza dell'istinto, che sfuggirebbe ad ogni spiegazione causale d'ordine fisiologico. La seconda tendenza, al contrario, ispirata a principi meccanicistici che, derivanti dall'impostazione rigidamente razionalista cartesiana, pretendeva di spiegare il comportamento in modo "ingegneristico" nello stesso modo in cui si descrive un fenomeno fisico o il funzionamento di una macchina.

In campo scientifico fu la seconda tendenza a prevalere, se non altro per il fatto che apriva uno spazio maggiore alla ricerca. In base all'ipotesi meccanicistica, tutta la fisiologia del comportamento animale e umano venne così basata sulla nozione di "riflesso", vale a dire sulla risposta data da un organo o un apparato di organi ai diversi stimoli. Per questa concezione, che trova per la prima volta un adeguato svolgimento scientifico nei lavori di J. Loeb sui "tropismi" o somme di riflessi, ogni atto è considerato come una risposta pre-determinata ad uno stimolo esterno. Si ritiene così che i nervi centripeti, che ricevono la stimolazione, trasmettano in pari tempo la relativa informazione al sistema nervoso centrale. Di lì, essa provocherebbe un'attività neuronale che a sua volta stimolerebbe i muscoli, le ghiandole, ecc. Tale processo viene denominato "arco riflesso". Per quel che riguarda i comportamenti animali complessi, ad esempio il corteggiamento o la difesa di un territorio, essi vengono considerati come una combinazione di riflessi elementari, tra loro variamente concatenati.

È ovvio come tale concezione conduca a considerare l'organismo come interamente "agito" dall'ambiente, privo di determinazioni quasi fosse una *tabula rasa*. In questa prospettiva i naturalisti spiegavano la costanza dei comportamenti all'interno di una medesima specie facendo riferimento all'identità delle situazioni ambientali e quindi degli stimoli. Di conseguenza si sottintendeva che una modificazione radicale dell'ambiente sarebbe stata suscettibile di creare una modificazione non meno radicale del comportamento.

Inoltre il problema dell'apprendimento, che non trovava risposta nell'ambito di questo sistema, conobbe nel 1905 un tentativo di soluzione da parte di Pavlov con la teoria del "riflesso condizionato". Quest'ultima spiegava l'adattamento come un semplice fenomeno di assuefazione, associante ad un dato stimolo un certo tipo di risposta, trattandosi di casi tra loro non collegati.

La teoria pavloviana trovò subito, per ragioni squisitamente ideologiche, una grande eco negli Stati Uniti, dove diede luogo alla cosiddetta «teoria generale del comportamento» (*behaviour*), da cui il nome di "behaviourismo" per indicare la scuola filosofica cui essa si riferiva. In realtà il behaviourismo spinge alle sue ultime conseguenze la vecchia teoria dei riflessi. La base di questo sistema, elaborato da teorici quasi tutti americani, quali Watson e soprattutto Skinner, è il meccanismo prova/errore (*trial and error*) mediante il quale l'organismo seleziona, secondo lo schema della creazione di riflessi condizionati, i comportamenti che, posti di fronte alla prova, producono effetti positivi eliminando automaticamente gli altri.

Con il pretesto di eliminare la soggettività, che viene qualificata come “non significativa”, il behaviourismo giunge a negare nell’uomo l’esistenza stessa del pensiero cosciente. La psicologia viene ridotta allo studio dei movimenti, cioè delle modalità esteriori del comportamento. L’ereditarietà psicologica non viene nemmeno presa in considerazione e si cerca di negare persino quella fisica, ricondotta a rassomiglianze fortuite, probabilmente dovute al fatto di riferirsi a forme di vita presenti nello stesso ambiente (!). Da questa pretesa determinazione ambientale degli organismi, il behaviourismo deduce che, sottoponendo l’uomo ad un energico condizionamento scatenato da una serie di riflessi condizionati ritenuti desiderabili, si potrebbe renderlo più conforme a questo o quel modello di comportamento, eventualmente di natura etica o politica. Di qui il procedimento immaginato da Anthony Burgess e portato sullo schermo negli anni Settanta da Stanley Kubrick in *A Clockwork Orange*, finalizzato al ricondizionamento, ossia alla «riprogrammazione», dei soggetti criminali.

Il carattere riduzionista di questo punto di vista non ha bisogno di essere illustrato; va invece notato che, per quanto ridimensionato dai suoi stessi assertori, esso continuò anche in seguito ad essere considerato positivamente negli ambienti scientifici e a produrre una serie cospicua di procedimenti di laboratorio.

La reazione al behaviourismo non tardò comunque a manifestarsi. Anche a voler tralasciare la direzione, del tutto opposta, in cui si era già sviluppata in sede teorico-filosofica la cosiddetta “psicologia della forma” (*Gestaltpsychologie*), basata sulla constatazione che il “tutto”, la totalità organica, è più della somma delle parti¹, un numero sempre più grande di ricercatori cominciò a manifestare insoddisfazione per osservazioni che si rivelavano basate sullo studio di un numero insoddisfacente di specie animali (ratti, colombi, scimmie rhesus); osservazioni viziate inoltre dall’artificialità delle condizioni di laboratorio, nonché dal pregiudizio di un antropomorfismo evidente. Non fu pertanto difficile comprendere che la teoria del riflesso e quella del condizionamento non spiegavano che una piccola parte dei comportamenti, e comunque non dicevano nulla sulla questione fondamentale dell’istinto.

Ma è a partire – come è noto – dai lavori di Konrad Lorenz che, verso la fine degli anni trenta, prende a delinearsi l’etologia moderna. In Italia il dibattito sull’etologia nasce proprio con la pubblicazione da parte di Adelphi del primo libro di Konrad Lorenz, *L’anello di re Salomone* (Milano 1967), subito seguito dall’esplosivo e deliberatamente provocatorio *La scimmia nuda* di Desmond Morris (Bompiani, Milano 1968), che apre una serie di testi su quella «zoologia umana» cui si accennava, e da *L’istinto di uccidere*, traduzione italiana di *African Genesis* di Robert Ardrey. Lo scalpore e le opposizioni ideo-

¹ Tra i teorici del gestaltismo ricordiamo W. Kohler, di cui è stato da tempo tradotto in italiano il noto trattato avente come oggetto questo tema (W. Kohler, *Psicologia della Gestalt*, Milano 1961).

logiche che quest'ultima opera suscitò furono tali che la casa editrice, ritenendosi vittima di una svista editoriale, la ritirò a sue spese dal mercato. Ma non ci volle comunque molto tempo perché autori come Eibl-Eibesfeldt, Storr, Rémy Chauvin fossero pubblicati in Italia da parte di grandi e piccoli editori le cui remore ideologiche dovevano spesso arrestarsi davanti al probabile successo delle vendite².

2. Il problema basilare che la scienza del comportamento si trova ad affrontare è principalmente quello dell'adattamento – ovvero della genealogia della serie di «atti finalizzati» che possiamo osservare negli animali, compresi quelli più semplici.

I processi che lo determinano sono fondamentalmente due: quello a breve termine dell'apprendimento individuale, la cui importanza cresce con la complessità dell'organismo, e quello a lungo termine della selezione naturale, che modella il patrimonio genetico della specie introducendovi informazioni ricavate dalle forme di esistenza specifica di individui e gruppi³.

Ora, la constatazione da cui trae complessivamente spunto l'etologia moderna è che alla base di ogni comportamento istintivo vi sia un nucleo innato, stabilizzato geneticamente e sostanzialmente invariabile. Questo gruppo di informazioni programmate geneticamente, potremmo dire questo “sapere innato”, può assumere due forme –: da un lato comportamenti e atti istintivi determinati, che si esprimeranno comunque, a prescindere dall'ambiente; dall'altro atteggiamenti a rispondere in un certo modo agli stimoli e alle combinazioni di stimoli occasionalmente determinatesi. In quest'ultimo caso, ad essere programmato geneticamente non è l'atto stesso, ma l'atteggiamento generale a produrre il comportamento di risposta.

Accade cioè che, all'interno del sistema nervoso centrale, una serie di meccanismi, legati agli organi sensoriali complessi, provochi un effetto di inibizione che blocca ogni attività fintanto che l'animale non abbia soddisfatto il “bisogno”. Al vecchio schema dei riflessologi, eccitazione/reazione (stimolo/risposta), se ne sostituisce così un altro, che si può riassumere nel modo seguente: (a) fase di produzione endogena delle eccitazioni - (b) comportamento preparatorio di appetenza (attraverso il quale l'animale ricerca una situazione di stimolazione o di scatenamento) - (c) produzione effettiva della situazione di eccitazione, che dà luogo al meccanismo innato di scatenamento - (d) liberazione e adempimento dell'“atto consumatorio”.

È questa – come si può osservare – una sequenza corrispondente ad uno schema di massima che può, e deve, essere ulteriormente scomposto: uno

² Solo alla fine degli anni Ottanta, invece, per merito di Gianfranco Miglio, vide la luce nella collana «Arcana Imperii» di Giuffrè l'edizione italiana delle restanti opere di Robert Ardrey: *L'imperativo territoriale*, Milano 1984, a cura di G.A. D'Ambrosio (trad. di *The Territorial Imperative*, New York 1966); *L'ipotesi del cacciatore*, Milano 1986 (trad. di P. Bressan di *The Hunting Hypothesis*, New York 1976), con introduzione di M. Zanforlin.

³ K. Lorenz, *Evoluzione e modificazione del comportamento*, Milano 1971.

schema tuttavia in grado di spiegare, non senza qualche ironia – come è stato osservato –, anche fenomeni di natura sociologica dominati dalla fenomenologia dello “stato nascente”, come il “maggio francese”⁴.

Nel libro *Il cosiddetto male*⁵, poi ampliato in *L'aggressività*⁶, Lorenz si sforza di liberare il problema dalle sue componenti emotive e ideologiche e di rintracciare le origini filogenetiche dell'impulso aggressivo, chiarendo le sue condizioni e classificando le sue manifestazioni. Appare in questo modo come l'aggressività, non diversamente dagli altri tre istinti citati, sia innata, tragga cioè origine dalla storia naturale della specie. Lorenz mostra infatti che l'ambiente non può né sopprimere né creare questi istinti, può solo esercitare su di essi un relativo effetto di potenziamento o di inibizione, per cui l'aggressività, anziché presentarsi come un fenomeno patologico o un “male”, si caratterizza piuttosto come una disposizione “normale” presso tutte le specie viventi. Ne risulta – come sostiene Lorenz – che le specie si mantengono e gli individui proteggono se stessi e il proprio gruppo dall'estinzione solo in quanto sono in qualche misura “aggressivi”. L'aggressività non è quindi né buona né cattiva, ma fa parte della definizione stessa del vivente.

Uno dei mezzi generali – o, potremmo dir meglio, delle “modalità simboliche” – con cui più efficacemente vengono evitati gli effetti potenzialmente distruttivi dell'aggressività, è dunque la ritualizzazione, che si presenta pertanto come un concetto cardine dell'etologia, riguardando una gamma vastissima di comportamenti innati di varia origine. Tra gli schemi ritualizzati di comportamento ricordiamo ad esempio le *toilettes* di convenienza, le “danze”, i comportamenti rituali di esplorazione, i canti, i giochi, gli sport, i rituali autoestetici, le offerte di cibo, le «demarcazioni» dei confini⁷.

3. Un'accusa che spesso è stata mossa all'etologia moderna è quella di riduzionismo, accusa che denota una curiosa inversione, dal momento che ad avanzarla sono proprio coloro che vorrebbero “ridurre” l'uomo a un fascio di riflessi condizionati, e l'individuo a uno standard indifferenziato nel quadro della

⁴ Particolare interesse ai fini di un approfondimento di queste tematiche rivestono le ricerche del neurofisiologo, ma anche sociologo, francese H. Laborit, rese note a partire dal fortunato lavoro divulgativo *Éloge de la fuite*, Paris 1976. Di Laborit v. anche *L'aggressività détournée: introduction à une biologie du comportement social*, Paris 1971; *Les comportements: biologie, physiologie, pharmacologie*, Paris 1973; *Copernic n'a pas changé grand-chose*, Paris 1980; *L'inhibition de l'action*, Paris 1986; *Dieu ne joue pas à dés*, Paris 1987; *La vie antérieure*, Paris 1989. Da considerare anche le conversazioni con Laborit curate da C. Grenié, *Henri Laborit. Une vie*, Paris 1996, nonché l'opera cinematografica diretta da Alain Resnais, ispirata con intenti divulgativi alle ricerche di Laborit, *Mon oncle d'Amérique* (1980).

⁵ Milano 1974 (trad. it. di K. Lorenz, *Der sogenannte Böse. Zur Naturgeschichte der Aggression*, Wien 1963).

⁶ Milano 1976.

⁷ Presenta in questo senso notevoli difficoltà, ma ugualmente un grandissimo interesse, capire le origini dei comportamenti ritualizzati: sia cioè la loro funzione (origine teleonomica) che i comportamenti da cui derivano (origine morfologica), spesso radicalmente trasformati dalla ritualizzazione stessa.

specie. Viene cioè rimproverato all'etologia di sopravvalutare nell'uomo i fattori biologici, di negare la "cultura" a profitto della "natura", e così via. Questo quando l'etologia, al contrario, parte da un punto di vista che si può riassumere parafrasando una massima di Lao-tze: «Non tutto l'uomo è nell'animale, ma tutto l'animale è nell'uomo». Il che significa concretamente che l'uomo possiede una propria "natura" non riscontrabile presso altri esseri viventi, derivante dallo sviluppo delle funzioni "nobili" del cervello. Affermare che l'etologia riduce l'uomo all'"animale" significa invece adottare un concetto di "animale" del tutto astratto e carico di connotazioni negative: operazione questa più volte criticata, peraltro, nel corso della storia del pensiero scientifico.

L'etologia concorda pertanto con l'antropologia filosofica nel rivelarci un uomo che è per natura un essere culturale, un essere le cui pulsioni, diversamente dagli istinti, non sono programmate verso un oggetto preciso⁸. Altre prestazioni contribuiscono poi, insieme a quelle già citate, a creare lo specificamente umano, come le grandi prestazioni di tirocinio, la capacità di dirigere mediante il linguaggio ogni attività pratica, la particolare importanza presso l'uomo dei comportamenti ludici, e infine quello che si intende con il concetto di tradizione cumulativa. A proposito di quest'ultima va detto che, contrariamente a quanto si è pensato per anni, la tradizione esiste presso la maggior parte degli animali che presentino strutture sociali evolute. Ma l'insieme di queste "conoscenze tradizionali" non può essere trasmesso nell'animale che attraverso la lezione impartita dai fatti, nella loro nuda natura extralinguistica. Con l'affermarsi del binomio pensiero concettuale - linguaggio simbolico, che procede con l'ominazione, la "tradizione" viene invece liberata dalla necessità della presenza dell'oggetto e dell'esempio diretto e diventa "cumulativa", potendo essere rielaborata di generazione in generazione.

Ne deriva una sorta di ereditarietà socioculturale. Se in origine soltanto il codice genetico era in grado di fissare e ritrasmettere le informazioni lungo le generazioni, la tradizione cumulativa produce un apparato dotato di proprietà analoghe a questo codice: un meccanismo secondario capace nell'uomo di assicurare la ripetizione dell'eredità nel suo proprio campo potenziando il (e talora sostituendosi al) meccanismo primario di trasmissione genetica. Il cervello, evolvendosi dalla sua struttura primitiva, è l'organo di questa potenza⁹.

⁸ È quanto spiega chiaramente Eibl-Eibesfeldt nel suo libro *I fondamenti dell'etologia*, Milano 1976. Il *Trieb* non è l'*Instinkt*: già Freud aveva chiarito questo punto, come riferisce, tra gli altri, P.L. Assoun, *Freud et les sciences sociales*, Paris 1993. Di quest'ultimo autore v. anche *Freud et Nietzsche* (Paris 1980), in cui su «istinto» e «pulsione» si veda in particolare la parte seconda (*Nietzsche et Freud*), libro primo (*Les fondements*), relativo allo svolgimento del tema dell'istinto in Nietzsche e della pulsione in Freud.

⁹ Si veda, per quanto riguarda il rapporto tra sviluppo di funzioni cerebrali superiori e processo di «ominazione», A. Gehlen, *Der Mensch. Seine Natur und seine Stellung in der Welt*, in A. Gehlen, *Gesamtausgabe*, Bd. III, Frankfurt a.M. 1993 (trad. it. Milano 2010), ma anche J. Eccles, *The Brain and the Unity of Conscious Experience*, London 1965, nonché il dialogo tra lo stesso Eccles e Popper contenuto in J. Eccles, K.R. Popper, *The Self and its Brain*, Berlin-Heidelberg-New York 1977.

4. Si apre così il campo di ricerca più avanzato e recente dell'etologia moderna. È Lorenz ad aprire ancora una volta la strada con saggi come *Gli otto peccati capitali della nostra civiltà*¹⁰ o *Patologia della civiltà e libertà della cultura*¹¹. Sviluppando i propri spunti in un contesto di analisi fecondamente interdisciplinare, egli sviluppa l'analisi delle modalità necessariamente differenziate assunte dalla trasmissione delle idee nei vari gruppi sociali in cui si articola la convivenza umana, dando origine alle diverse culture. Le culture si rivelano pertanto alla luce dell'analisi etologica come entità indipendenti pur se legate tra di loro, soggette a nascita, estinzione, evoluzione; esse si presentano come la vera ricchezza della specie umana, ossia il quadro naturalmente differenziato entro il quale soltanto può vivere l'uomo. Ne consegue, in Lorenz, un'impetosa diagnosi che riguarda le patologie della civilizzazione contemporanea, attribuibili in gran parte al tentativo, ammantato di giustificazioni moralistiche, di ridurre e tendenzialmente vanificare le differenze esistenti tra i popoli e gli individui, impoverendo le distinzioni interne alla specie, verso un orizzonte futuro in cui gli uomini diventeranno realmente e pericolosamente sempre più uguali.

La densità delle popolazioni, urtando contro il bisogno di "territorio"¹², provoca una dissoluzione progressiva dei legami sociali che sono alla base delle comunità umane ed ipertrofizza l'impulso aggressivo, indebolendo i meccanismi di controllo e ritualizzazione. La devastazione dello spazio vitale, ma anche l'indebolimento del "senso estetico", riscontrabile nella spinta alla semplificazione impoverente delle strutture abitative (la forma dell'*oikos*) traggono alimento da questa situazione.

Oltre a questo, ciò che preme attivamente nel senso di un deterioramento genetico che si è già manifestato, è l'addomesticamento. Con quanta rapidità la "domesticità" o anche la pura cattività degli animali selvatici possano portare alla decadenza di moduli comportamentali sociali acquisiti, o addirittura a modificazioni fisiologiche, ci viene mostrato da Lorenz anche ricorrendo ad osservazioni elementari. In certi tipi di pesci capaci di "cura della prole", la riproduzione artificiale praticata a fini commerciali ha turbato già nel corso di poche generazioni la predisposizione genetica ai comportamenti di specie, al punto da estinguerla tendenzialmente. In modo analogo a quanto avviene per le forme di regolazione culturale del comportamento sociale, risulta che anche in questo caso i meccanismi più vulnerabili siano quelli storicamente più recenti e maggiormente differenziati. Gli istinti elementari antichi e radicati, come l'assunzione del cibo o l'accoppiamento, tendono invece a ipertrofizzar-

¹⁰ Milano 1974.

¹¹ Saggio contenuto in K. Lorenz, *Intervista sull'etologia*, a cura di A. de Benoist, Sanremo 1980.

¹² Inteso come consapevole mantenimento di una misura e di una proporzionalità nel rapporto individuo/spazio: considerazioni queste che stanno – come è noto – alla base della prossemica, prospettiva scientifica di analisi del significato delle distanze fisiche tra i soggetti umani. Si veda il lavoro fondamentale di E.T. Hall, *The Hidden Dimension*, New York 1966 (trad. it. *La dimensione nascosta*, Milano 1968).

si. È l'allevatore stesso, in questo caso l'organizzazione del potere scientifico-tecnologico sulla società, a favorire il processo selezionando la voracità e l'impulso a riprodursi, mentre cerca invece di eliminare gli istinti aggressivi e di fuga che considera elementi di disturbo¹³.

Si potrebbe proseguire: tendenze già presenti negli ultimi decenni del Novecento quali la "nuova psichiatria", la criminologia egualitaria, le pretese deindividualizzanti della sociologia comportamentista, il potere di direzione degli uomini che si concentra nella comunicazione di massa e l'ipertrofia di questo tipo di comunicazione rispetto alla comunicazione personale, costituiscono al tempo stesso sintomi e cause di una perdita di centro difficilmente arginabile¹⁴.

Questo processo degenerativo appare, a detta dello stesso Lorenz, largamente imputabile alla diffusione e al tentativo di messa in pratica dell'ideologia democratico-egualitaria, che, trasferendo in campo politico la dottrina behaviourista, è ancora ferma alla credenza che il comportamento sociale e morale dell'uomo sia determinato esclusivamente dal "condizionamento" positivo o negativo ricevuto dalla società, onde gli uomini sarebbero "fondamentalmente" eguali, non responsabili dei loro atti e trasformabili a piacimento mediante un'appropriata "educazione". Merito non ultimo della ricerca etologica è offrire un serio contributo per liberarci da questa credenza.

¹³ Meriterebbe in questo contesto ricordare e approfondire gli spunti contenuti nell'analisi nietzscheana del concetto di «allevamento» (*Zucht*), su cui Michel Foucault ha impostato gran parte delle sue riflessioni in tema «biopolitico». Si veda ad es. a questo proposito di Foucault, *Difendere la società. Lezioni al Collège de France 1975-76*, Firenze 1990. Sul «nietzscheanesimo profondo» di Foucault, cfr. da ultimo S. Berni, *Nietzsche e Foucault. Corporeità e potere in una critica radicale della modernità*, Milano 2005.

¹⁴ Uso deliberatamente questo termine a partire dal senso attribuitogli dallo storico dell'arte H. Sedlmayr nel suo classico *Perdita di centro*, trad. it. Milano 1969.

Slaves Poisoners: Resistance to Slavery and the Invention of the Inner Enemy (French Antilles, 19th Century)*

by Marco Fioravanti

In this essay I wish to contribute to the study of disobedience rights, by analyzing instances of resistance against the domination and slavery in the French Antilles during the restoration period. This age was the backdrop for quite a number of significant slave revolts; not just in the French colonies, but also within the English and Spanish colonies, such as Jamaica, Cuba, the Barbados islands or the Bermudas¹. The uprisings occurred coincidentally during a phase of French history that witnessed a booming slave trade, although it had been formally abolished following the congress of Vienna.

It's a well-known fact that slaves left little or no accounts about their living and working conditions. However, thanks to sources like manuscripts (case transcripts, legal colonial administration documents) and printed material (colonial law, legal doctrine, memoirs and letters) at least a partial judicial and political picture of segregationist ideals are available. Legal cases; at least some of them, played an important role in the greater order of French colonial judiciary and its relations with the motherland, providing insight. Furthermore, the recorded reaction of intellectuals, politicians and jurists, in France, to events in the Caribbean, allows to comprehend how the colonial problem was perceived by the dominating class in France and how they perceived the relation between «us and the others»². Hence, the approach has been that of rethinking the judi-

* This article grew from a speech in an International Conference on *Right of Resistance: Theory, Politics, Law (16th-21th century)*, Brunel University, London, 8th-9th February 2012, with the participation of Mario Ascheri, who helped to shape these reflections with his usual intellectual curiosity. On the same subject see my *Domestic Enemy: Poisoning and Resistance to the Slave Order in the 19th Century French Antilles*, in «Historia constitucional», 14 (2013), <<http://www.historia-constitucional.com>>, pp. 503-524.

Abbreviations: Archives Nationales, Paris (AN); Archives Nationales d'Outre-Mer, Aix-en-Provence (ANOM); Archives départementales de la Martinique, Fort-de-France (ADM); Bibliothèque Nationale de France, Paris (BNF); *Code de la Martinique*, 8 v., Saint-Pierre 1767-1822 (*Code de la Martinique*).

¹ M. Craton, *Empire, enslavement, and freedom in the Caribbean*, Oxford 1997.

² See T. Todorov, *Nous et les autres. La réflexion française sur la diversité humaine*, Paris 1989; E.W. Said, *Orientalism*, New York 1978; E.W. Said, *Culture and Imperialism*, New York 1993.

cial history of France – beyond the “national myth” established during the Third Republic – by bearing in mind and including those excluded from citizenship, like the slaves and the free blacks.

Free blacks – who had an intermediate *status* between whites and slaves and were merchants, farmers, landowners, also slave-owners – at the beginning allied themselves with the whites, but later they joined the slaves, both victims of discrimination and prejudice of colour. However, this prejudice was just one of the features of the wider racial issue of modern times: racism continued to cut across barriers of colour³.

The forms of resistance observed among slaves, were plenty already in the XVIth century, both collective and individual (sometimes passive forms of resistance), such as: suicide, armed uprising, escape, infanticide and denial to respect the colonial laws⁴. «The institution [of slavery] was brought down not because it had ceased to be productive and profitable, but by great political convulsions, class struggles and acts of resistance»⁵.

The most widespread and hard to repress forms, for the colonial government were *marronage* and poisoning. The former, involving escape from plantations and the creation of hidden, independent communities within forest areas or mountains where fugitives could stay, in some cases for long periods (as in Brasil and Jamaica), was violently stifled by amputating legs, burning bodies alive, severing ears and by cutting the Achilles' heel. The poisoning of men and cattle by slaves, spread especially in the French Caribbean, was prosecuted by creating special tribunals.

It is common knowledge that the French *Ancien régime* had some special jurisdictions within its pyramidal magistrature and court structure. As far as the *police*⁶ was concerned, the task of keeping order and subjects under control was the duty of the *prévôts*, agents of military police, and the *prévôts des maréchaux*, who had both, military and judicial authority to make sure that the law was respected in the countryside and could suppress those who committed acts of vagrancy, desertion or incited popular unrest. The *prévôts* were responsible only for illegalities committed by vagabonds and soldiers in the countryside, to the point that the justice they exercised may be defined as “rural justice”. More specifically, the *ordonnance criminelle* of 1670 – that defined matters related to penal procedures of the *Ancien régime*⁷ – main-

³ W.E.B. Du Bois, *Il Negro e il ghetto di Varsavia* (1952), in «Studi culturali», 1 (2004), 2, pp. 355-370, with *Presentazione* by P. Capuzzo; W.E.B. Du Bois, *Sulla linea del colore. Razza e democrazia negli Stati Uniti e nel mondo*, a cura di S. Mezzadra, Bologna 2010; see also *The Origins of Racism in the West*, ed. by M. Eliav-Feldon, B. Isaac, J. Ziegler, Cambridge-New York 2009.

⁴ G. Debien, *Les esclaves aux Antilles françaises (XVII^e-XVIII^e siècle)*, Fort-de-France 1974, pp. 393 ff.

⁵ R. Blackburn, *The American Crucible. Slavery, Emancipation and Human Rights*, London - New York 2011, p. 25.

⁶ See P. Napoli, *Naissance de la police moderne. Pouvoir, normes, société*, Paris 2003.

⁷ A. Laingui, *Introduzione a Code Louis, II, Ordonnance criminelle*, Milano 1996; J.-M. Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris 2009, pp. 208 ff.; P. Cipolla, *La giustizia della spada. Origini e ideologia dell'Ordonnance criminelle, 1670*, *Prefazione* di N. Picardi, Roma 2011.

tained these jurisdictions as special, with all criminal acts committed by vagabonds being attributed to the competence of the magistrates. The sentences were particularly harsh and no sort of appeal was possible, according to the Colbert penal order. These tribunals, along with other similar specialized organs were suppressed by the revolutionary regime only to be re-introduced in the napoleonic era. The re-introduction occurred to clamp down on political crimes, including banditry, to be understood as a modern form of the crime committed by vagabonds during the *Ancien régime*.

The priority of the Napoleonic regime in the colonies was to re-integrate colons, give them back their property, respecting their property rights, especially versus the slaves who were freed during the revolutionary phase. But Martinique, occupied by England between 1794 and 1802 and then again from 1809 to 1814, did not see the abolition of slavery⁸.

Following the Congress of Vienna, the chances to opt for special courts was limited with the entry into force of the 1814 Charter. Article 62 established that no-one could be taken away from his natural judge and left no space for the creation of special commissions or tribunals. However the constitutional documents still had in them legislation providing for the creation of special jurisdictions, called *cours prévôtales*, composed by civil and military magistrates (article 63), to be instituted *post factum*, in violation of the judge's principle of naturalness, to pursue political crimes (rebellion and sedition) as well as social crimes (vagrancy and deviation)⁹.

During the Restoration period, despite the acclaimed intention to get away from the Napoleonic model of special jurisdictions and lack of guarantees, there was a return to legal practices that dispensed with ordinary procedures. More generally, in the eighteen hundreds, considered by doctrine to be the century of justice by exception and political processes, one notices a considerable mixture of law and politics. An emblematic example of the management of law during the Restoration period and key to this research was the establishment in France, between 1816 and 1818, of the *cours prévôtales*, created to «rassurer les bons français», exterminate «l'hydre révolutionnaire» and the «tyrannie napoléonienne»¹⁰ and, less rhetorically, to repress the crimes committed by social outcasts and deviants, last but not least those committed by Napoleon's disbanded troops.

⁸ See R.H. Schloss, *Sweet Liberty. The Final Days of Slavery in Martinique*, Philadelphia 2009, pp. 46 ff.; N. Schmidt, *La France a-t-elle aboli l'esclavage? Guadeloupe, Martinique, Guyane (1830-1935)*, Paris 2009, pp. 33 ff.

⁹ See A. Paillet, *Les Cours prévôtales (1816-1818)*, in «Revue des deux mondes», 81 (1911), t. 4, pp. 123-149; D.P. Resnick, *The White Terror and the Political Reaction after Waterloo*, Cambridge (Mass.) 1966, pp. 83-99; P. Alvazzi Del Frate, *Il giudice naturale. Prassi e dottrina in Francia dall'ancien Régime alla Restaurazione*, Roma 1999, pp. 187 ff.; J.-P. Royer et al., *Histoire de la justice en France du XVIII^e siècle à nos jours*, Paris 2010, pp. 626 ff.; J.M. Donovan, *Juries and the Transformation of Criminal Justice in France in the Nineteenth and Twentieth Centuries*, Chapel Hill (NC) 2010, pp. 55 ff.

¹⁰ Quoted by Royer et al., *Histoire de la justice*, p. 626.

The competence of the *cours prévôtales* was related to armed revolt, seditious meetings, subversive writing but also assassinations and violent thefts on the great country roads. Although the main reason for the establishment of the *cours prévôtales* was in order to ensure the repression of political crimes, in reality the large majority of cases they pursued were common crimes. These special jurisdictions left one of the worst memories in the history of french justice and were suppressed in France in 1818, but, with some slightly modified forms, remianing in force overseas.

To understand the institution of extraordinary jurisdiction in the French colonies, it is useful to insert it within the social situation in the Antilles during the Restoration period.

Already in 1811, during the English occupation, a conspiracy by free blacks and slaves had been organized in Martinique and put down through the creation of a special tribunal. Particularly significant for our understanding was a slave revolt – *revolte du Mont Carbet* – that broke out on October 1822, when about thirty slaves got together in an attempt to occupy the city of Saint-Pierre in Martinique. The insurgents were captured by the army after a month of clashes, when they had already injured seven owners and killed two of them. The participation of the French army and “mixed” companies, of white colons and free Blacks, helped to isolate the thirty or forty odd slaves who rebelled. The Sentence of 1822 condemned the slaves to severe punishment after they had been tortured during the legal procedure including twenty one death sentences and ten life sentences¹¹.

The colonial grip over Martinique tightened after the revolt, in order to avoid another uprising, but above all because of the fear of a growing economic and social power of the free Blacks and the possibility of their allying with the slaves. Although many free Blacks had participated in supressing the revolts, they were still perceived by the white colons as natural allies of the slaves and enemies of the colonial government. An important account of this kind of mindframe and thinking is provided by Pierre Dessalles, an owner of plantations on the island, who believed that the free Blacks wanted to destroy the social and legal system of Martinique; not just by using their economic power but also through poisoning. Parts of letters written by this colon are exemplary. In a letter he underlined the importance of slavery and why it needed to exist: «les gens de couleur, les nègres ne croient aux vérités de la religion, ils n'ont guère qu'une chose en vue et qui fait frémir; c'est la destruction des blancs et le renversement du gouvernement»¹². A few years later, in 1825, he

¹¹ ANOM, Fonds ministeriels, EE. 722/46, *Dossier François-Xavier Donzelot*; F. Thésée, *La Révolte des esclaves du Carbet à la Martinique (octobre-novembre 1822)*, in «Revue française d'histoire d'outre-mer», 80 (1993), pp. 551-584; F. Thésée, *Le général Donzelot à la Martinique. Vers la fin de l'Ancien régime colonial (1818-1826)*, Paris 1997; G. Manceron, *Marianne et les colonies. Une introduction à l'histoire coloniale de la France*, Paris 2003, p. 84; E. Dorlin, *Les espaces-temps des résistances esclaves: des suicidés de Saint-Jean aux marrons de Nanny Town (XVII^e-XVIII^e)*, in «Tumultes», 27 (2006), pp. 37-51; Schloss, *Sweet Liberty*, pp. 93-99.

¹² P. Dessalles, *La vie d'un colon à la Martinique au XIX^e siècle. Correspondance 1808-1834*, présentée par H. de Frémont, s.l. 1980, p. 91 (4 luglio 1823).

kept on negatively stigmatizing the alliance between slaves and free Blacks, as being united in committing poisoning crimes: «on croit que le poison actuel vient des gens libres, qui donnent de mauvais conseils aux esclaves»¹³.

Significant differences may be noted if we compare the events in Martinique with those in ex-English colonies¹⁴. Just three months before the Martinique revolt, one of the most intense moments in the fight for abolition occurred in Charleston, South Carolina, where slave trade was one of the main business activities since the birth of the states, formalized in 1690 with the “Slavery Code” and with the Negro Act in 1740¹⁵. One of the most important slave uprisings occurred with the solidarity and support of the free Blacks: the revolt was led by Denmark Vesey, a free black, and with the participation of nine thousand slaves and ended with thirty five executions¹⁶. In South Carolina, as in all segregationist states, the racial and class hatred of the whites towards the slaves, who were considered as dangerous Jacobins, was also extended to the free Blacks. According to an 1822 article in Charleston, slaves and Free Blacks were the same, due to the danger they represented for the order of the land. Both categories were considered:

the greatest and most deplorable evil with which we are unhappily afflicted. (...) Our Negroes are truly the *Jacobins* of the country; that they are the *anarchists* and the *domestic enemy*; the *common enemy of civilized society*, and the barbarians who would, if they could, become the destroyers of *our race*¹⁷.

The same occurred in South Carolina, in Martinique and Guadalupe, white colons came to believe in a “theory” that the slaves and the free Blacks were constantly plotting against them and ready at any point to rise and end the colonial order: this was functional to the maintenance of a system of segregation¹⁸ and the creation of a “domestic enemy”¹⁹. The widespread fear was a result of the

¹³ *Ibidem*, p. 143 (18 febbraio 1825).

¹⁴ See Friedman, *A History of American Law*, pp. 85 ff.; for slaves revolts see H. Zinn, *A people's history of the United State*, New York 1980, cap. II, *Drawing the Color Line*, pp. 22 ff.; P.H. Blackman and V. McLaughlin, *Mass Legal Executions in America up to 1865*, in «Crime, histoire et sociétés / Crime, History and Societies», 8 (2004), 2, pp. 33-61.

¹⁵ See A.L. Higginbotham, *In the Matter of Color: the Colonial Period*, Oxford 1980; H.A. Johnson, *American Legal and Constitutional History. Cases and Materials*, San Francisco-London 1994; P. Finkelman, *American Legal History*, Oxford 1991, pp. 39-40; A. Galloway, *The Indian Slave Trade. The Rise of the English Empire in the American South, 1670-1717*, London 2002; J.H. Elliott, *Empires of the Atlantic World: Britain and Spain in America 1492-1830*, New Haven (CT) 2006, pp. 154-155.

¹⁶ See Denmark Vesey. *The Slave Conspiracy of 1822*, edited by R.S. Starobin, Englewood Cliffs (NJ) 1970; L.A. Walker, S.R. Silverman, *A Documented History of Gullah Jack Pritchard and the Denmark Vesey Slave Insurrection of 1822*, New York 2000, pp. 29 ff.; D.B. Davis, *Inhuman Bondage. The Rise and Fall of Slavery in the New World*, Oxford 2006, pp. 221 ff.

¹⁷ Quoted in Starobin (ed.), *Denmark Vesey*, p. 137.

¹⁸ J.-F. Niort, *La condition des libres de couleur aux Îles du Vent (XVIII^e-XIX^e siècle): ressources et limites d'un système ségrégationniste*, in «Cahiers aixois d'histoire des droits de l'outre-mer français», 2 (2004), pp. 61-119.

¹⁹ A. Portelli (with A. Accardo), *Spia nel campo nemico: lo schiavo domestico come nemico interno*, in A. Portelli, *La linea del colore. Saggi sulla cultura afroamericana*, Roma 1994, pp. 59-75; see also Y. Debbasch, *Opinion et droit. Le crime d'empoisonnement aux îles pendant la période*

repeated revolts that occurred in that period in the islands nearby and the obsession which was to be found also in American colonial settlements, of a united positioning campaign of whites by the slaves and free Blacks²⁰.

Poisoning as a crime was already regulated in Martinique by several local decrees during XVIII century. The local ordinance applied the death penalty for alleged guilty individuals and any accomplice²¹. However, only the ordinance dated 12 august 1822 formally instituted a *cour prévôtale* for the repression of poisoning crimes, which according to colonial administrators had shown a spiralling rise²². The governor of the island and the judges believed that the ordinary legal system was unable to meet the need to pursue and punish the perpetrators of such a serious crime, like poisoning. Despite the request from the Ministry of Justice to ensure legal procedure guaranteed and the individual rights laid out in French law, the extraordinary jurisdiction, composed of military and civil judges – recluded from among the elite plantation owners – without a permanent office, was operative until the end of 1826.

Furthermore, in Martinique and other central-american colonies like Jamaica, slave owners participated as non-professional judges in the hearings against slaves. Owners exercised their own private justice, based on the european *Ancien régime* method or rather a domestic justice that displaced state justice. Inside the plantations owners dictated the law for their slaves, it was a “disciplinary regime” that did not require the presence of a judge or procedures: «c’est le maître seul qui, lorsqu’il estime que son esclave a commis une faute, ordonne qu’il soit châtié, et fait exécuter le châtiment». The power exercised by the owners over the slaves was practically absolute – «la loi s’arrête au seuil de l’habitation»²³ – hence it being defined as domestic sovereignty²⁴.

Poisoning was a political crime and the confirmation of its nature can be derived from the fact that all those guilty of the crime belonged to the slave com-

esclavagiste, in «Revue française d’histoire d’outre-mer», 51 (1963), pp. 143 ff.; G. Leti, *L’empoisonnement aux Antilles françaises à l’époque de l’esclavage (1724-1848)*, in *L’esclave et les plantations. De l’établissement de la servitude à son abolition. Un hommage à Pierre Pluchon*, sous la direction de P. Hrodej, Rennes 2008, p. 211.

²⁰ See J. Savage, *Between Colonial Facts and French Law: Slave Poisoners and Provostial Court in Restoration-Era Martinique*, in «French Historical Studies», 29 (2006), 4, pp. 565-594; J. Savage, «Black Magic» and White Terror: *Slave Poisoning and Colonial Society in Early 19th Century Martinique*, in «Journal of Social History», 40 (2007), 3, pp. 635-662; Leti, *L’empoisonnement aux Antilles françaises* cit., pp. 209-227; Schloss, *Sweet Liberty*; M. Fioravanti, *Schiavi avvelenatori. Resistenze alla schiavitù e giurisdizioni penali straordinarie nelle Antille francesi della Restaurazione*, in «Giornale di storia costituzionale», 25 (2013), 1, pp. 13-34; C. Oudin-Bastide, *L’effroi et la terreur. Esclavage, poison et sorcellerie aux Antilles*, Paris 2013.

²¹ *Ordonnance du Roi, sur les vénéfices et poison*, in *Code de la Martinique*, I, pp. 215-222.

²² *Ordonnance du Gouverneur administrateur portant création d’une cour prévôtale pour la répression des crimes d’empoisonnement*, in *Code de la Martinique*, VIII, pp. 356-363; see also manuscript in ADM, *Cour royale de la Martinique*, 10 Septembre 1820 - 30 Novembre 1825, ff. 99-106. See Debbasch, *Opinion et droit*, pp. 137-188.

²³ F. Chauleau, *Étude sur la condition servile à la Martinique (1635-1848). Contribution à l’étude de l’ineffectivité juridique*, Thèse en Droit, Paris 1964, p. 178.

²⁴ Debbasch, *Au cœur du “gouvernement des esclaves”*, pp. 31-53.

munity on the island, so much so, that it was defined as a «class crime»²⁵. The colons, on the other hand, considered it to be a revolutionary act to the point that one plantation owner, on 1823 claimed that blacks, both slaves and free, who committed such crimes were comparable to the Carbonari in Europe, as they conspired by meeting secretly against the order of all things. This crime was perceived to be so dangerous for society that extraordinary measures were required to repress it, as the ordinary legal system according to widespread opinion, with its slow bureaucracy could not guarantee safety or suppression of the same:

il est donc nécessaire – we read on the preface of the law – de les poursuivre avec une célérité qui, en assurant leur punition, puisse frapper d’une terreur salutaire ceux qui seraient tentés de les imiter; Que la mesure la plus prompte et la plus efficace à employer pour parvenir à ce but est l’établissement d’une cour prévôtale²⁶.

The laws which regulated the attribution of poisoning cases to common courts for sentencing were suspended and a *cour prévôtale* took the place of the ordinary courts, with a jurisdiction that encompassed the entire territory of the Martinique colony. Court members were to travel to the place of crime as “itinerant” judges.

If a slave was unable to serve the master for the rest of his days due to the permanent sentence of a court, the owner had right to compensation. A related decree of great importance, was the colonial ordinance issued by the new Governor of Martinique, on December 1827, regarding fiscal norms, which required the payment of compensation to owners whose slaves were put to death. According to Joseph-Elzéar Morenas – envoy in Senegal as a botanist – the compensation owners got represented an aberrant rule of law, as sentences of the *cour prévôtale* were often directed towards older slaves, who, once condemned, would guarantee their owners a higher sum than their real value²⁷.

According to Morenas:

on se tromperait fort, si l’on croyait que ces cruautés reposent sur quelque principe de justice ou sur quelque raison d’utilité générale; elles sont commandées par l’intérêt particulier des principaux colons, qui savent très-bien soustraire leurs esclaves coupables au pouvoir de la justice quand cela leur convient, et qui du reste s’inquiètent fort peu qu’un innocent périsse ou qu’un coupable échappe²⁸.

Article 21, conformant with the penal law of the *Ancien régime*, required that both, the crime and the attempt to poison were to be punished with the death sentence. Accomplices – including the providers of toxic substances – were to be judged without appeal and condemned to death or afflictive punishment within twenty four hours. According to recent studies, more than a hun-

²⁵ Debbasch, *Opinion et droit*, p. 152.

²⁶ *Ordonnance du Gouverneur administrateur portant création d’une cour prévôtale pour la répression des crimes d’empoisonnement*, in *Code de la Martinique*, VII, p. 356.

²⁷ J.-E. Morenas, *Précis historique de la traite des noirs et de l’esclavage colonial, contenant l’origine de la traite, son progrès, son état actuel*, Paris 1828, p. 323.

²⁸ *Ibidem*, p. 329.

dred people were sentenced to decapitation and about the same number were given a life sentence after being whipped and branded²⁹. The use of the guillotine was not part of the practice, but as in the days of the *Ancien régime*, an axe was used by a slave, who himself was condemned to death and in this way avoided the execution of the sentence. Furthermore, with the ordinance of 1827, the colons, obsessed by the insurrection of the blacks, obtained the right to demand, for dangerous slaves, an order of expulsion from the island. Such a decision, in the form of an administrative act was used by the colonial government on numerous occasions as a sort of manner in which public order could be defended and preserved. In final analysis, the entire colonial legal order used racial pretexts for political ends and reasons of State. As has been observed: «la hiérarchie des castes et la séparation radicale entre blancs et noirs est jugée indispensable au maintien de l'ordre public colonial»³⁰.

One of the main representatives of the judicial culture in the mid eighteenth hundreds, François-André Isambert, contributed with other jurists and politicians to abolish the extraordinary penal jurisdiction in the colonies³¹. Among the innumerable cases he assisted in favour of the black populations, his defense of a free Black woman, Marie-Louise Lambert was of particular significance. The lady was condemned by the *cour prévôtale* for having committed poisoning³². The importance of this case, compared to the hundreds of other poisoning cases that occurred in the twenties of the eighteenth century in Martinique is the exposure it received among jurists, politicians and journalists given the notoriety and ability of Isambert. The case echoed across the public opinion to such an extent that it actually contributed in abolishing the *cour prévôtale*, generating loud protests of the Creole community who viewed the act as a limitation.

The case in 1823 was for attempted poisoning of a slave owner by one of her slave women, Marie-Claire together with a young slave, called Joseph. Marie-Claire was accused of poisoning her owner, her maid, other people and cattle. The slave confessed her crime but affirmed that she had been advised by a friend, a free black woman, Marie-Louise Lambert. The latter, asked to appear in front of extraordinary jurisdiction court claimed that she had no relation with Marie-Claire, the slave and that she had never bought the poison used in the criminal act, but the pharmacist summoned to the hearing was never heard. The *cour prévôtale* sentenced the female slave to death while the male slave Joseph, was

²⁹ Morenas, *Précis historique*, p. 324; Leti, *L'empoisonnement aux Antilles*; Savage, *Between Colonial Facts and French Law*, p. 582 ff.; Oudin-Bastide, *L'effroi et la terreur*.

³⁰ Niort, *La condition des libres de couleur*, p. 85.

³¹ See the sources in AN, Lh 1336/16; AN, BB/1/144 à 147; BB/33/3 avril 1836; BNF *Département des manuscrits*, NAF, 13239 e NAF 23769-23772; see also J.-L. Halpérin, *Isambert, François-André*, in *Dictionnaire historique des juristes français. XII^e-XX^e siècles*, sous la direction de P. Arabeyre, J.-L. Halpérin, J. Krynen, Paris 2007, p. 418; M. Fioravanti, *Le préjugé de la couleur. François-André Isambert et l'administration de la justice aux Antilles françaises pendant la Restauration*, in «Cahiers poitevins d'histoire du droit», 4 (2012), pp. 113-152.

³² See ADM, Série U, *Justice*, 7U, *Cour prévôtale, 1822-1826*; see also F.-A. Isambert, *Au roi en son Conseil. Requête pour Marie-Louise Lambert, négresse libre de la Martinique, détenue dans la maison centrale de Rennes*, Paris 1827.

viewed as a passive figure in the hands of Marie-Claire and was acquitted, given his young age, and given to his owner for disciplinary action, re-evoking yet again a form of private justice. On the other hand, Marie-Louise was condemned to be branded, whipped and life imprisonment as presumed accomplice³³.

According to colonial order Lambert had no right of defense, however Isambert wrote a defensive memoir that was sent to the King's council. According to him the colonial *constitution*, based mainly on the *Code noir* of 1685 and the following regulatory measures had been misapplied by the local legislation. Furthermore, the rapid judgment without guarantees, as issued by the law instituted by the *cour prévôtale*, did not allow defenders or any sort of advertising. The lawyer's written document underlined that the allegations towards the accused were not confirmed in the case, but the court had not expressed itself regarding the innocence or responsibility and had opted for a mid-way settlement, declaring the woman «fortement soupçonnée d'avoir conseillé l'empoisonnement et fourni le poison»³⁴. Isambert reminded in his written piece that the sentence was based on multiple sources of law, typical of the old French judicial regime still applied in the colonies, that applied the death penalty for taking part in poisoning crimes. The court however, opted for life imprisonment, as underlined by Isambert, due to the doubts regarding the guilt of the accused. The sentence had to be carried out on the same day of its issue. The 20 august 1823 the court said:

Quant à la négresse libre Marie-Louise Lambert, d'après les violens [sic] soupçons qui pèsent sur elle, la cour la condamne à être conduite par l'exécuteur au pied de l'échafaud pour y être fouettée et marquée, et être ensuite conduite sur le continent de la France, pour y être enfermé à perpétuité dans une maison de réclusion³⁵.

Although the condemned slave withdrew the accusations of complicity, the sentence was executed, with Lambert being whipped and transferred to the prison of Rennes, in France. After that, Isambert presented an appeal in 1826, at the supreme court which was not accepted, given that sentences of the *cour prévôtale* were not subject to appeal. However, regardless of the inadmissibility of the appeal, the colonial legal order based on the *Ancien régime* legislation, allowed direct appeals to the sovereign for revision or repeal of sentences. Isambert presented to the King's prosecutor and the island governor examples of many legal violations that had occurred during the hearings.

According to the lawyer the ignorance of the colonial legislator, specifically the governor, arose due to his lack of understanding of the possibility to legally clamp down on the crime of poisoning based on the ordinance of 1670, which itself provided limited guarantees, and other old penal laws still present in the colonies. Isambert wrote that if the debate had been public probably the

³³ *Séance tenue au bourg du Lamentin le 20 août 1823*, in ADM, Série U, *Justice*, 7U, *Cour prévôtale*, 1822-1826.

³⁴ ADM, Série U, *Justice*, 7U, *Cour prévôtale*, 1822-1826.

³⁵ *Ibidem*.

accused would have been acquitted, given that the accusation was based on the sole statement of the co-accused. Furthermore, the woman had to be freed because her sentence was given entirely based on suspect – *véhétement soupçonnée*, according to the definition of the court.

Once the appeal was pushed back at the supreme court level, in September 1826 Isambert got his assistant to present a request to the King's council asking for a review of the case judged in Martinique by the extraordinary jurisdiction: but such a request only achieved a partial response as the sentence was reduced to twenty years of imprisonment.

However «this defeat was also in some ways a victory»³⁶, as it got the attention of legal experts and intellectuals. The special jurisdictions introduced in Martinique had already generated perplexity among the liberal and radical legal thinkers and after the Lambert case, the criticism grew, especially through numerous written pieces in the newspapers and parliamentary question sessions. Following the protests in France and the doctrinal opposition against this kind of an exceptional legal system, the Navy Minister abolished the *cour prévôtale* in 1826. Nevertheless, the large majority of cases that involved accused slaves, remained regulated by the 1670 text and plantation owners kept on demanding the reintroduction of the special tribunal for the repression of poisoning crimes.

The case examined underlines how through the Restoration period, in the face of the growing establishment of a rule of law in France - despite its many contradictions - of a basically liberal system, an exceptional system of penal law persisted in the colonies and more in general a situation of judicial and political discretion, based on the suspension of constitutional freedoms, the prototype of “state of exception”³⁷.

With the end of the XVIII century and after the traumatic events of the revolution in Haiti, a greater conscience arose in and among the slaves as well as free blacks. The “spectre of Haiti” pushed the colonial governments to avoid in every way solidarity between slaves and free blacks³⁸. But the temporary union between white colons and free blacks – as a demonstration of how the “line of colour” also divided the blacks among themselves – based on interests of a strictly bourgeoisie nature, did not have the effect that had been hoped for, and exacerbated the enmity between white colons and blacks. This tension however, besides in certain cases, did not lead to an alliance between slaves and free blacks, some of whom kept, for a long time, a “white mask”.

³⁶ Savage, *Between Colonial Facts and French Law*, p. 589.

³⁷ See *The Rule of Law. History, Theory and Criticism*, edited by P. Costa, D. Zolo, Springer 2007; U. Mattei, L. Nader, *Plunder. When the Rule of Law is Illegal*, Malden-Oxford-Victoria 2008; M. Hardt, A. Negri, *Commonwealth*, Cambridge (Mass.) 2009.

³⁸ C.L.R. James, *The Black Jacobins. Toussaint Louverture and the San Domingo Revolution*, New York 1938; see also S. Hegel, *Haiti, and Universal History*, Pittsburgh 2009.

Giacinto Dragonetti

e l'interpretazione del capitolo *Volentes* nel suo trattato sull'*Origine dei feudi*

di Loredana Ginevra Ianni

Giacinto Dragonetti (28 ottobre 1738-7 settembre 1818), illuminista e giureconsulto aquilano, fu discepolo di Antonio Genovesi, uomo di stato alla corte di Ferdinando IV e sotto la dominazione francese del regno di Napoli. Giudice attivo tra Chieti e Napoli, Dragonetti fu presidente della Corte della Vicaria e presidente della commissione per l'abolizione della feudalità per la repubblica Partenopea¹.

¹ La bibliografia su Giacinto Dragonetti è estesa ma frammentaria perché la maggior parte degli autori si occupa del Dragonetti incidentalmente o comunque per singoli aspetti della sua attività. Per un quadro generale si rinvia alle voci di M. Simonetto, *Dragonetti, Giacinto*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, Bologna 2013, I, pp. 784-786, e L. Cepparrone, *Dragonetti, Giacinto*, in *Dizionario biografico degli italiani*, 41, Roma 1992, pp. 663-666, nonché alla bibliografia ivi citata, che qui non ripetiamo. Inoltre, contengono utili notizie bio-bibliografiche L. Giustiniani, *Memorie storiche degli scrittori legali del Regno di Napoli*, III, Napoli 1788, p. 318 nota 1; N. Palma, *Storia ecclesiastica e civile di Teramo*, Teramo 1832-33, vol. III, p. 231; A. Dragonetti, *Le vite degli illustri aquilani*, L'Aquila 1847, pp. 112-114; M. Zuccarini, *Bibliografia abruzzese. Della vita e delle opere di Giacinto de' marchesi Dragonetti, già presidente della gran Corte di cassazione*, in «Il Gran Sasso d'Italia», 4 (1841), Supplemento; A. Signorini, *L'archeologo nell'Abruzzo ulteriore secondo*, s.l. 1848|, p. 158; G. Dragonetti, *Spigolature nel carteggio letterario e politico del marchese L. Dragonetti a cura e studio del marchese Giulio Dragonetti suo figlio*, «Rassegna nazionale», 1886, pp. 1, 2, 106, 261; G. Pansa, *La vendita della biblioteca Corvisieri di Roma, codici, manoscritti e libri abruzzesi*, in «Bollettino della società di storia patria "Anton Ludovico Antinori" negli Abruzzi», 12 (1901), pp. 101-102; B. Croce, *Nuove pagine sparse*, Napoli 1949, pp. 235-237; C. Magni, *Profilo dragonettiano*, Padova 1966, pp.80-81 e nota 38, p. 82; C. Francovich, *Storia della massoneria in Italia*, Firenze 1974, p.416 nota 32; E. Chiosi, *Andrea Serao, apologia e crisi del regalismo nel settecento napoletano*, Napoli 1981, p.145, p. 180 nota 20; R. Ajello, I. Del Bagno, F. Palladino, *Stato e feudalità in Sicilia*, Napoli 1992, p. 33 nota 47, 39-45, 61, 108, 173, 188, 205, 233 nota 4, 244; A.M. Rao, *Esuli. L'emigrazione politica italiana in Francia*, Napoli 1992, p. 449 e nota 231, 574 nota 221; L.G. Ianni, «...Mi pare un imbroglio che non so come definirlo...», Napoli 2008. Con riferimento alla produzione letteraria di Dragonetti, in particolare per il *Trattato delle virtù e dei premi* sono da tener presenti: M. Gioja, *Del merito e delle ricompense*, Lugano 1832 (prefazione); A. Genovesi, *Autobiografia, lettere e altri scritti*, a cura di G. Savarese, Milano 1962, p 205, p. 218 nota 3; A.M. Rao, «Delle virtù e dei premi»: la fortuna di Beccaria nel Regno di Napoli, in *Cesare Beccaria tra Milano e L'Europa*. Convegno di studi per il 250° anniversario della nascita, Milano 1990, pp. 517, 546, 562-564, 567-569, 583-584. Riguardo all'*Origine dei feudi nei regni di Napoli e Sicilia* si possono consultare: *Raccolta di opere riguardanti la feudalità di Sicilia*, a cura di F. Lao, Palermo 1842, p. 7; V. La

Fu autore di opere che rappresentano il più puro spirito riformista dell'illuminismo meridionale. Infatti i suoi scritti – il *Trattato delle virtù e dei premi* (1765) e l'*Origine dei feudi nei regni di Napoli e Sicilia* (1788) – costituiscono il risultato di una elaborazione giuridico-scientifica del pensiero illuminista che esprime gli ideali con cui Giacinto Dragonetti si era formato sin da giovane alla cattedra di Antonio Genovesi. Sebbene figlie di due periodi molto diversi nella vita dell'autore e sebbene trattino temi diversi tra loro, le sue opere costituiscono indicazioni concrete e fattive di una completa riforma illuministica del Regno.

1. Antefatto ed edizioni dell'opera

Nato come saggio giuridico per espressa volontà di Ferdinando IV, l'*Origine dei feudi nei regni di Napoli e Sicilia* venne edito dalle Stamperie Reali nel 1788, e fu poi oggetto di successive edizioni sino al 1842, nell'edizione di Francesco Lao a Palermo nell'ambito della *Raccolta di opere riguardanti la feudalità di Sicilia*, segno tangibile che ai tempi la questione feudale costituiva ancora un problema attuale per l'isola.

Il testo era in realtà l'epilogo del lavoro svolto da Dragonetti all'interno di una commissione di tecnici del diritto che aveva ricevuto dal monarca l'incarico di definire per sempre il problema della devoluzione feudale. Tale questione era solo in apparenza di mero diritto e strettamente correlata a problemi interpretativi delle norme vigenti, ma in realtà coinvolgeva interessi cospicui di ordine politico ed economico. Infatti la commissione – composta dai membri della Regia Camera di S. Chiara, i ministri togati della Giunta di Sicilia, i due presidenti della corte della Sommaria, un consigliere aggiunto e gli avvocati fiscali del Regno – aveva il compito delicatissimo di verificare se il capitolo *Volentes* di re Federico del 1296, che disponeva la possibilità di alienare i feudi senza il preventivo regio assenso, li avesse trasformati in beni allodiali e di conseguenza avesse inciso anche sul contenuto del capitolo *Si aliquem* di re Giacomo del 1286 che fissava, solo per la

Mantia, *Storia della legislazione civile e criminale di Sicilia*, Palermo 1866-1874, vol. I, pp. 51, 166; E. Pontieri, *Il riformismo borbonico nella Sicilia del sette e dell'ottocento*, Roma 1945, p.24; F. Filomusi Guelfi, *Lezioni e saggi di Filosofia del diritto*, a cura di G. Del Vecchio, Milano 1949, pp.101-103; G. D'Amelio, *Polemica antifeudale, feudistica napoletana e diritto longobardo*, in «Quaderni storici», 26 (1974), pp. 337-350; E. Mazzarese Fardella, *I feudi comitali in Sicilia dai normanni agli aragonesi*, Milano 1974, pp. 6 nota. 2, 8 nota 7; A. Romano, *Giuristi siciliani dell'età aragonese*, Milano 1979, p. 72 nota. 163; G. Alessi, *Giustizia e polizia*, Napoli 1992, pp. 36 nota 38, 123, 127; E. Giovinazzo, *I trasferimenti feudali in Sicilia. Le repetitiones sui capitoli Si Aliquem e Volentes di Blasco Lanza*, Milano 1996, p. 86 nota 1, 91 nota 18, 93 nota 22, 155 nota 6; M. Condorelli, *La cultura giuridica in Sicilia dall'illuminismo all'unità*, Roma 1982, p. 18; A.M. Rao, *L'amaro della feudalità. La devoluzione di Arnone e la questione feudale a Napoli alla fine del '700*, Napoli 1997, ad indicem; M. Bellomo, *Giuristi di Sicilia tra corona e feudi*, in «Rivista internazionale di diritto comune», 12 (2001), p. 17; L.G. Ianni, *Giacinto Dragonetti illuminista e giureconsulto aquilano*, in «Teoria e storia del diritto privato. Rivista internazionale on-line», 6 (2013), <http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/media/rivista/2013/osservatorio/2013_Osservatorio_Ianni.pdf>.

Sicilia, il grado dei collaterali successibili sino al sesto. Questo infatti era l'orientamento seguito dalla scuola forense siciliana che, in nome di uno specifico diritto feudale siciliano e di una falsa ma ormai consolidata interpretazione del capitolo *Volentes* di re Federico e *Si aliquem* di re Giacomo, consideravano i feudi dell'isola esenti da devoluzione e liberamente alienabili equiparandoli a beni allodiali senza alcuna forma di controllo o perlomeno di verifica da parte dei poteri centrali della fondatezza dei diritti trasmessi.

2. Condizioni e garanzie poste dalla norma. Analisi dell'impianto lessicale

L'opera² di Dragonetti tratta dello sviluppo dell'impianto normativo feudale che si è venuto formando sul territorio siciliano nel corso delle vicende storiche che vanno dall'arrivo dei normanni sino all'emanazione da parte di re Federico del celebre capitolo *Volentes*³ nel 1296.

Il punto di partenza è sempre fornito da un dato storico: Con la costituzione *Scire volumus*⁴ re Ruggero II, fondatore della monarchia normanna, aveva proibito qualunque atto dispositivo anche parziale dei feudi, estendendo tale norma non solo a conti, baroni, ecclesiastici ma anche ai suoi stessi figli, che nel testo vengono indicati come *principes nostros*. Senza il preventivo assenso del sovrano non era permesso ridurre i feudi, alienarli, renderli oggetto di obbligazioni o passarli ad estranei né per atto *inter vivos* né *mortis causa*. La norma rogeriana richiamava già quanto stabilito dall'imperatore Lotario III nella dieta di Roncaglia, ma estese la portata del divieto non solo ai feudi ma anche a tutte le regalie sovrane e non venne mai abrogata da successive disposizioni. Dopo Ruggero II altre due fondamentali costituzioni furono promulgate per disciplinare gli istituti giuridici della trasmissibilità del bene feudale per atti dispositivi *inter vivos* e/o *mortis causa* e della successione feudale. Esse sono le costituzioni *Constitutionem divae memoriae*⁵ e *Ut de successionibus*⁶ dell'imperatore Federico II. La prima reiterava il divieto di alienare, permutare o disporre liberamente del bene feudale senza il preventivo specifico assenso regio pena la nullità dell'atto dispositivo; la seconda regolava la successione *ad infinitum* per linea discendente, con preferenza del maschio alla femmina e del maggiore al minore per le popolazioni che vivevano

² G. Dragonetti, *Origine de' feudi ne' Regni di Napoli e Sicilia loro usi e leggi feudali relativa alla Prammatica emanata dall'Augusto Ferdinando IV per la retta intelligenza del Capitolo Volentes*, Stamperie Reali, Napoli 1788. Le copie consultate per il presente studio si trovano presso la Biblioteca Provinciale dell'Aquila, coll. 19P-VII-6, e presso la Biblioteca dell'Università di Teramo, Facoltà di Giurisprudenza, coll. 42.9.172.

³ Cap. *Volentes*, in *Capitula Regni Siciliae*, Panormi 1841, pp. 60 sgg.; è stata consultata la copia della Biblioteca dell'Università di Teramo, coll. 42 9 259/1.

⁴ Const. *Scire volumus*, in *Constitutiones regum regni utriusque Siciliae mandante Friderico II imperatore*, Regia Tipografia, Neapoli 1786, p. 162; è stata consultata la copia della Biblioteca Provinciale dell'Aquila coll. Sett F 126.

⁵ Const. *Constitutionem divae memoriae*, in *Constitutiones regum* cit., p. 164; è stata consultata la copia della Biblioteca Provinciale dell'Aquila, coll. Sett F 126.

⁶ Const. *Ut de successionibus*, in *Constitutiones regum* cit., p. 162; è stata consultata la copia della Biblioteca Provinciale dell'Aquila, coll. Sett F 126.

sotto diritto franco, mentre nella linea collaterale assicurava la successione solo ai fratelli e sorelle se si trattava di un feudo nuovo, ossia di prima investitura in capo al defunto, mentre, se il bene fosse stato ereditato dal padre del *de cuius*, la successione si sarebbe estesa sino ai figli dei fratelli e non oltre. Questa la normativa che, sino alla promulgazione del *Volentes*, regolava la materia feudale sotto il profilo successorio e di disponibilità del bene.

Nel 1296, per ringraziare i propri baroni della fedeltà dimostrata alla corona, viene promulgato il *Volentes*. Il capitolo di re Federico lascia impregiudicata la norma regolatrice della successione di cui non fa menzione nel testo ed interviene solo per modificare il regime dell'alienazione feudale. Infatti questa norma abroga espressamente il divieto di alienazione posto dall'imperatore Federico II nella costituzione *Divae memoriae* e sancisce che qualunque barone del regno possa, senza il preventivo e specifico assenso sovrano, pignorare, vendere, donare, permutare e lasciare, anche con atti di ultima volontà, i suoi feudi per intero o quella parte feudale che egli possiede nelle baronie⁷.

Vista l'importanza della concessione e dell'impatto economico e politico molto forte sulla gestione della cosa pubblica, il sovrano nel promulgare il capitolo *Volentes* volle comunque fissare delle modalità precise alla libera disponibilità dei beni feudali e garantire il rispetto della residua legislazione vigente in materia feudale, soprattutto per non indebolire il diritto pubblico che continuava a regolare la materia. Quindi, nel concedere ai baroni la libera alienazione dei feudi, si stabilì proprio in apertura del testo che restassero impregiudicati i diritti della corona in materia. Tale dichiarazione contiene in sé innanzitutto la garanzia del mantenimento del diritto di reversione del bene in caso di mancanza di successori, giacché nei feudi questa è una prerogativa reale insita nel dominio diretto.

Per impedire che la libera disponibilità del bene causasse una frammentazione eccessiva dei feudi e quindi una sorta di polverizzazione delle proprietà dello stato, il *Volentes* impose che il feudo poteva essere oggetto di atti dispositivi ma non di una diminuzione, insomma esso non poteva essere diviso e doveva transitare da un soggetto all'altro come unico corpo ad una sola persona e richiedendo sempre l'adempimento dei servizi feudali dovuti.

Per non confondere l'ordine sociale dei feudatari il capitolo dispose che le alienazioni venissero fatte a persone reputate degne e nobili come gli alienanti:

et quolibet alienationis titulo transferre in unam tantum eandemque personam digniorem, vel aequae dignam, seu nobilem sicut venditor, seu alienator idem extiterit, praeterquam in ecclesias et in ecclesiasticas personas⁸.

⁷ «Constitutiones divi Augusti Imperatoris Friderici, proavi nostri praedicti, per quas feudorum alienationes sunt inhibitae, corrigentes, statuimus quod Comes, Baro, nobilis, seu feudatarius quilibet, feuda tenens a Curia nostra, seu quendam partem feudi, absque permissione, seu licentia celsitudinis nostrae, feudum suum integrum, seu quodam partem praedictam possit pignorare, vendere, donare, permutare, et in ultimis voluntatibus relinquere, seu legare, et quolibet alienationis titulo transferre in unam tantum»: Cap. *Volentes* cit., p. 60, e Dragonetti, *Origine de' feudi* cit., p. 282, nota 1.

⁸ «Absque nostrum laesione jurium»: Cap. *Volentes*, p. 60, e Dragonetti, *Origine de' feudi* cit., p. 282.

Inoltre, per garantire ulteriormente il diritto alla reversione alla corona si proibì l'alienazione del feudo a chiese ed ecclesiastici, in quanto, non essendo persone fisiche, non avrebbero dato luogo a nessuna forma di successione «perché le medesime non mancando mai di successori, colla loro perpetuità avrebbero pregiudicato il diritto alla devoluzione»⁹.

Il testo normativo fissa altresì tutti gli oneri che gli acquirenti erano tenuti ad adempiere come segno di riconoscimento della superiore autorità regia sul feudo.

Anzitutto in segno di diretto dominio regio si doveva pagare al sovrano la decima parte del prezzo pattuito tra le parti per la distrazione del bene. Tale emolumento viene pagato al legislatore «in recognitionem nostri domini»¹⁰. A confermare la natura di obbligo verso il signore nel solo caso di alienazione, Dragonetti nota che secondo il *Volentes* tale cifra era dovuta solo nell'alienazione pura, ossia lo scambio di cosa contro prezzo; ma se si fosse trattato, ad esempio, di permuta, tale somma non era dovuta, poiché si era già fuori dall'istituto giuridico *de quo*; oppure, nel caso di transazione avvenuta pagando solo metà dell'importo stabilito e conferendo l'altra metà dell'importo con permuta, la legge prevedeva il versamento della decima computata solo sul denaro esborsato.

Dal legislatore veniva riservato alla corona il diritto di prelazione sull'acquisto per la durata di un mese, e, entro un anno dalla data di stipula, i nuovi possessori dovevano prestare al re il consueto giuramento di fedeltà e di omaggio.¹¹

Per ribadire l'importanza della concessione fatta dal capitolo e che essa comunque lascia impregiudicati i diritti della corona sui beni oggetto di disposizione, il testo normativo si chiude ripetendo la medesima formula d'apertura: «servitiis, et integris iuribus nostrae curiae semper salvis»¹².

Con il capitolo *Volentes* si permette ai baroni con successibili di poter alienare per intero le loro baronie; inoltre trovano legittimazione atti dispositivi *inter vivos* e/o *mortis causa* altrimenti illegittimi, attraverso un assenso preventivo e generale del sovrano, detto *in forma communi*; in assenza di successibili il bene torna al fisco regio, altrimenti il feudatario finirebbe per privare il fisco di un diritto garantito dallo stesso *Volentes*, e che resta inattivo solo per il tempo della durata in vita del feudatario stesso ma che, alla sua morte, conferisce allo stato il potere di riassorbire il bene concesso. Dunque il consenso regio è premessa indispensabile all'atto dispositivo del bene feudale, ma opera in circostanze normativamente previste e non contiene deroghe né implicite né esplicite alla disciplina della reversione e di altre leggi feudali, per superare le quali è necessaria una espressa e specifica dispensa del principe, il quale la concede esercitando in pienezza i suoi poteri e con piena cognizione del caso specifico; ciò è appunto detto per rimarcare un regime derogatorio alla norma generale del capitolo *Volentes*, assenso in forma dispensativa. Pertanto, le infinite circostanze che possono richiedere tale forma di assenso speciale non possono genericamente

⁹ Cap. *Volentes*, p. 60, e Dragonetti, *Origine de' feudi* cit., p. 284.

¹⁰ Dragonetti, *Origine de' feudi* cit., p. 319.

¹¹ Cap. *Volentes*, p. 60, e Dragonetti, *Origine de' feudi* cit., pp. 319-320.

¹² Cap. *Volentes*, p. 62.

mente essere disciplinate soltanto mediante un'interpretazione estensiva del capitolo *Volentes*.

Ulteriore conferma di come il contenuto del *Volentes* sia relativo esclusivamente all'alienazione dei beni feudali Dragonetti lo evince dalle stesse parole del testo di legge. Al principio della norma è detto:

Volentes igitur comites, barones et nobiles, comitatus, baronias et feuda tenentes a curia nostra, comitatibus, baroniis et feudis ipsis longius solito posse gaudere, et eorum emergentibus pro tempore necessitatibus absque nostrorum laesione iurium subvenire intuitu servitorum¹³.

Dunque il monarca concede ai suoi baroni di poter disporre liberamente delle baronie in modo da poter godere di esse *longius solito* con atti dispositivi sia tra vivi sia *mortis causa*.

Il beneficio contenuto nell'espressione suddetta si sostanzia nel consentire al barone di conservare il feudo alla propria famiglia anche in tutti quei casi in cui tale bene avrebbe dovuto perdersi; Dragonetti stesso produce nel testo una serie di casistiche¹⁴.

Nel caso di feudatario privo di figli maschi che, prima del *Volentes* avrebbe dovuto passare il feudo alle famiglie estranee ove si fossero sposate le figlie, ora, grazie a tale espressione, poteva conservare il feudo ai collaterali maschi in grado successibile con un atto di fedecommesso *inter vivos* o *mortis causa*. Qualora un barone avesse avuto figli maschi, ma il suo primogenito fosse morto privo di maschi, ora, in virtù del *Volentes*, egli avrebbe potuto conservare il feudo alla propria discendenza donando o legando tale bene al suo secondogenito. Un'ulteriore interpretazione delle medesime parole poteva anche garantire le baronie che erano state vendute dai baroni prima del *Volentes* – e quindi in violazione del divieto di Federico II – ponendoli, con un effetto sanante della norma, al riparo da eventuali rivendicazioni dello stato verso i neo proprietari del feudo. Attenzione però, una cosa è dire sanare un'alienazione antecedente al *Volentes*, altro è dire sanare atti dispositivi che perpetuino i feudi in eterno ai baroni, causando così la mancata reversione del bene allo stato. Infatti l'accorto legislatore ha usato nella legge le parole *longius solito* e si è ben guardato di ricorrere ad altre come *in perpetuum*.

In quel caso il capitolo *Volentes* avrebbe contenuto norme che palesemente disciplinavano la libera disponibilità del feudo equiparandolo a qualunque bene allodiale. Ma in nessun passo del testo normativo vi è cenno all'abolizione del diverso diritto di reversione, anzi, come già esaminato, il legislatore ha posto nella legge numerose garanzie a tutela dei diritti della monarchia. Vi è da considerare inoltre che la pubblicazione del capitolo avvenne per la prima volta in forma privata ed insieme ad altri testi legislativi monchi, imperfetti e tra loro discordi. Tale operazione fa legittimamente sospettare che le stesse parole «comitatibus, baroniis et feudis ipsis longius solito posse gaudere», che per Dragonetti

¹³ *Ibidem*, p. 60.

¹⁴ Dragonetti, *Origine de' feudi* cit., pp. 321-322.

non legano con il resto del testo, né ne sposano perfettamente il senso, potrebbero esservi state inserite arbitrariamente. È invece probabile che le parole «longius solito posse gaudere» siano state trasposte nel capitolo ventisette *Volentes* dal successivo capitolo trentesimo dello stesso re Federico, con cui egli estende la successione nei feudi ai collaterali sino al sesto grado anche per i feudi cosiddetti nuovi, ossia di prima investitura in capo al beneficiario. Il capitolo trentesimo costituisce l'ampliamento del *Si aliquem*¹⁵ di re Giacomo, capitolo che, promulgato precedentemente, disciplinava la successione sino al sesto grado dei collaterali solo per i feudi più antichi. In questo contesto normativo ha certamente più senso l'espressione secondo cui i baroni possano godere più lungamente dei loro feudi, poiché vi si indica una ulteriore categoria di successibili che mai prima di allora era stata indicata.

A riprova di tale sospetto, Giacinto Dragonetti nota che l'alterazione del testo si evince dal suo stesso contenuto. Infatti, nel passo ove si parla delle costituzioni dell'imperatore Federico II, vi si dice: «constitutiones divi augusti imperatoris Friderici proavi nostri praedicti»¹⁶. L'aggettivo «praedicti» indica che nel testo si doveva essere già parlato del Barbarossa, il quale però è citato solo in tale passo e non se ne fa più menzione né prima né dopo.

3. La conferma della corretta interpretazione del capitolo *Volentes* anche nelle leggi successive del regno

La conferma della retta interpretazione del *Volentes* è confermata anche dal testo delle leggi emanate successivamente ad esso, sia di re Federico che degli altri monarchi suoi successori. Innanzitutto il capitolo trentesimo¹⁷ dianzi menzionato e del medesimo monarca, estendeva la categoria dei successibili sino al sesto grado collaterale anche per i feudi cosiddetti “nuovi”, ossia di prima investitura del barone. È una norma che amplia ed integra il capitolo *Si aliquem* di re Giacomo, il quale estende i successibili collaterali sino al sesto grado ma unicamente per i feudi “vecchi”. Ma se davvero nel *Volentes* si fossero riconosciuti i beni feudali come beni comuni, allodiali, liberi di costituire oggetto di ogni atto dispositivo, che senso avrebbe avuto allora emanare una legge successiva in cui si ampliava ulteriormente la categoria degli eredi legittimamente riconosciuti? Ampliare la categoria dei soggetti titolari di diritto di successione è compatibile giuridicamente solo nei confronti di un bene che può costituire oggetto di trasmissione agli eredi *mortis causa*, oppure, in mancanza di successibili in grado, di reversione al suo legittimo proprietario, il re. È l'ulteriore conferma che il capitolo *Volentes* disciplina solo ed unicamente l'alienazione del bene ma non tratta né di regime successorio né di devoluzione.

¹⁵ Cap. *Volentes*, p.46.

¹⁶ *Ibidem*, p. 60, e Dragonetti, *Origine de' feudi* cit., p. 323.

¹⁷ Cap. *Volentes*, p. 62.

Successivamente Federico comandò con il capitolo cinquanta¹⁸ che tutti i baroni del regno dovessero presentarsi nell'isola per adempier il loro obbligo di servizio militare altrimenti i feudi si sarebbero automaticamente devoluti allo stato. Ma, puntualizzò nel successivo capitolo cinquantesimo¹⁹, qualora qualche barone si fosse macchiato di crimini tali che il ritorno nel regno lo avrebbe sottoposto ad una pena, il feudo non si sarebbe automaticamente devoluto al fisco regio ma a favore dei discendenti del barone presenti nel territorio secondo i gradi di successione stabiliti dalle vigenti leggi. Il senso di tali norme conferma ancora la volontà di re Federico di non aver voluto sancire la libera disponibilità dei feudi con il capitolo *Volentes* poiché anche nelle leggi successive torna a ribadire sia la devoluzione alla corona sia i gradi di successibili cui il bene era destinato secondo le leggi di quel Regno.

Anche i monarchi successivi continuarono a produrre leggi in materia di successione e devoluzione feudale in armonia con il contenuto del *Volentes*.

Nel 1446 re Alfonso promulgò il capitolo trecentonovanta²⁰, in lingua siciliana, ove si mitigava una procedura esecutiva del Fisco nel caso di morte di un barone senza diretti discendenti. Prima di tale norma, al decesso del *de cuius* il fisco regio interveniva esecutivamente revertendo il bene immediatamente alla corona. Con tale capitolo ora veniva concesso che qualora comparisse un collaterale che avesse *prima facie* titolo alla successione, il bene non tornasse subito al monarca, ma si avviasse una fase ordinaria di verifica della fondatezza del titolo alla successione e, se ciò non risultasse si procedesse alla fase esecutiva di reversione al Fisco regio.

Sempre lo stesso monarca sancì nel suo capitolo quattrocentocinquanta-due²¹ che, nel caso di feudo detenuto senza investitura e relativo obbligo di giuramento di fedeltà, a fronte di una sanatoria prevista dalla medesima legge, tale *iter* dovesse specificatamente essere disatteso qualora sussistesse «giusta e ragionevole causa di non doversi concedere né l'investitura né riceversi il giuramento di omaggio»²² ma riportare la questione giuridica dinanzi al regio consiglio. È chiaro che una delle cause tipiche per negare investitura e giuramento era quella della mancanza di successibili ove operava automaticamente la reversione.

Nel capitolo quattrocentocinquantaquattro²³ sempre re Alfonso stabilì che nei feudi più antichi di cui non risultasse l'investitura originaria, dovessero ritenersi nuovamente concessi dal monarca ma sotto il regime del diritto dei franchi, e cioè, come specificato nel seguente capitolo quattrocentocinquantesimo²⁴, per tale nuova investitura la successione era concessa «pro se et suis heredibus

¹⁸ *Ibidem*, p. 72.

¹⁹ *Ibidem* pp. 72, 73.

²⁰ Dragonetti, *Origine de' feudi* cit., p. 349.

²¹ *Ibidem* pp. 379, 380.

²² *Ibidem*, p. 329.

²³ *Ibidem* pp. 381, 382.

²⁴ *Ibidem* pp. 382, 383.

ex suo corpore legitime discendentibus, ita tamen vivant jure Francorum». Ciò significa che gli estranei erano definitivamente banditi dalla successione ed il regime successorio e dispositivo del feudo restava inalterato e subordinato alle vigenti leggi del regno sia per l'alienazione che per la successione e relativa reversione.

Altrettanto importanti sono due capitoli di re Ferdinando il Cattolico. Nel capitolo quarantatré²⁵ il re stabiliva che nelle successioni vi fosse continuità del possesso degli eredi sui beni appartenenti del defunto, ma tale precetto non vigeva per i beni feudali e per i diritti spettanti su di essi alla corona, cui non si voleva recare in tal modo nessun nocumento. Il successivo capitolo centonove²⁶ riporta trascritta nel testo di legge la supplica dei baroni che ne determinò la nascita. La legge acconsentiva infatti alla richiesta dei baroni di non esibire, al momento della investitura o della immissione nel possesso, gli originali privilegi da cui nasceva il diritto bensì di essere obbligati unicamente a dimostrare la morte dei precedenti titolari del diritto, la loro discendenza da essi ed il possesso del bene. Entrambe le leggi dimostrano nuovamente che il *Volentes* non aveva mutato la natura dei feudi in allodi, altrimenti il capitolo quarantatré non avrebbe escluso gli eredi dalla continuità del possesso dei feudi, né i baroni, nella supplica allegata alla legge, avrebbero ammesso all'atto di successione, di essere obbligati per legge a mostrare al re la loro discendenza, discendenza regolata da leggi diverse dal *Volentes*.

Nel 1555 l'imperatore Carlo V, per definire le controversie sorte tra i successibili al feudo, stabili, nel capitolo duecentocinquantotto²⁷, che l'ultima classe di eredi legittimati alla successione, dopo il sesto grado di collaterali e prima della reversione del bene allo stato, potessero essere i fratelli uterini: ennesima riprova che le leggi della successione degli eredi e della reversione al Fisco regio erano ancora vigenti e rispettate nel territorio se si era sentito il bisogno di prevedere una ulteriore categoria di soggetti titolari del diritto a succedere.

Ultima norma è il capitolo diciannovesimo²⁸ del 1563 di Filippo II che stabilisce la reversione al Fisco del feudo ove i collaterali in lite tra loro non riescano ad entrarne in possesso. Non ha importanza il fatto che l'immissione nel possesso del bene in capo al fisco sia temporanea, finché gli eredi non riescano a dimostrare i loro diritti, ma è certamente un segnale importante che il regime successorio e devolutivo erano operanti e vigenti nel territorio; era la dimostrazione che il capitolo *Volentes* disciplinava unicamente da duecentocinquanta anni l'istituto dell'alienabilità del feudo e che non era mai stato inteso come legge che dissolveva la proprietà regia dei feudi a favore di privati estranei privi di titolo sul bene.

²⁵ *Ibidem* pp. 544, 545.

²⁶ *Ibidem* pp. 586, 587.

²⁷ *Ibidem* p. 766.

²⁸ *Ibidem*, p. 679.

Conclusioni

Il capitolo *Volentes* in realtà non ha mai trattato dell'istituto giuridico della successione feudale la quale resta regolata dalle previgenti leggi del regno. Il testo normativo ha disciplinato solo la revoca della proibizione dell'alienazione dei feudi abolendo unicamente la costituzione federiciana nella parte che vietava ai baroni l'alienazione dei loro *bona feudalia*, ma senza alterare e/o influire sulla disciplina successoria.

Secondo Dragonetti, la teoria interpretativa per la quale il capitolo *Volentes* ha cambiato la natura del feudo rendendolo alienabile è confutata due volte: la prima dal fatto che l'atto di alienazione non è connaturato al fenomeno giuridico feudale, anzi, tecnicamente esso è un elemento accidentale che può esservi o meno senza perciò alterare la natura intrinseca del feudo. In secondo luogo Dragonetti sostiene che si deve considerare un elemento evidentissimo: chi dice feudo dice usufrutto del barone e proprietà del signore, per conseguenza ne deriva che la natura del feudo richiede che non possa essere oggetto di atti dispositivi del feudatario senza il consenso del signore. Se ciò accade è sempre per mero abuso e per il concorso di circostanze storiche di debolezza dei regnanti d'Italia, ma tale involontaria connivenza non ha mutato e non muta la natura del feudo. Quando invece il feudatario aliena il feudo con il consenso del signore, la distrazione del bene è legittima perché fatta dall'usufruttuario con l'assenso del proprietario. E non può dirsi che tale consenso muti la natura del feudo, né che l'usufruttuario divenga proprietario e che il bene divenga allodiale. Infatti, l'assenso del signore alla vendita non produce altro effetto che il passaggio dell'usufrutto da un soggetto ad un altro. In virtù di tale assenso il signore acconsente che l'atto dispositivo, che potrebbe stipulare anche lui personalmente, sia fatto dal feudatario con l'unica conseguenza che, pur restando immutata la natura feudale e la proprietà del bene, l'usufrutto viene attribuito al nuovo acquirente. Tanto ciò è vero che il nuovo feudatario è tenuto a riconoscere il feudo non dall'alienante ma dal signore, nei cui confronti è tenuto a prestare l'omaggio ed il giuramento di fedeltà. Infatti, lo stesso *Volentes* ribadisce che in caso di alienazione il compratore è tenuto entro il termine di un anno a fare omaggio e giuramento al sovrano. Ciò significa che re Federico con la sua legge non ebbe mai intenzione di mutare la natura del feudo, ma si limitò ad accordare ai baroni la licenza di distrarre i beni feudali senza specifico beneplacito per ogni singolo atto dispositivo. Resta dunque confutata la tesi con cui attribuisce al *Volentes* la capacità di mutare i beni feudali inalienabili in alienabili, poiché dal testo di legge risulta che la vendita veniva fatta dallo stesso proprietario, ossia il re, che con il capitolo ne dava il consenso a monte, lasciando immodificati i diritti degli eredi e della corona.

Le storie del diritto a Napoli durante l'Ottocento preunitario

di Francesco Mastroberti

1. Storie giuridiche napoletane

Federigo Sclopis, nella prefazione alla prima edizione della sua *Storia della legislazione italiana* (Torino 1840), con riferimento alle opere di storia del diritto, affermava: «Ho detto che gli elementi per la storia da me additata sono in pronto tra noi; anzi, riguardo al regno di Napoli ella si ha compiuta, e nelle più estese proporzioni, nell'opera di Pietro Giannone»¹. Enrico Pessina, alla fine dell'Ottocento, in un suo famoso discorso, celebrava i fasti della gloriosa scuola storica napoletana, indicando, come discepoli di Gravina e Vico, «cinque astri»: Francesco Mario Pagano, Domenico Capitelli, Niccola Nicolini, Roberto Savarese e Giuseppe Pisanelli². Pessina non faceva riferimento al Giannone ed anche ad alcuni giuristi dell'Ottocento che, seguendo le orme dello storico di Ischitella, pubblicarono storie giuridiche del Regno inserendole in trattati o in opere destinate alla formazione di discepoli delle loro scuole private. Da questo punto di vista appaiono rilevanti alcune opere: il *Discorso sopra la storia delle leggi patrie* di Gaspare Capone (Napoli 1829, 1843², 1854³), la *Introduzione allo studio del diritto pubblico e privato del Regno di Napoli* di Giuseppe De Thomasis (Napoli 1831), la *Introduzione allo studio della legislazione del Regno delle Due Sicilie ad uso della scuola privata del Professor Pasquale Liberatore* (Napoli 1832-1834); *Della giurisprudenza e del foro napoletano dalla sua origine alla pubblicazione delle nuove leggi* (Napoli 1839) di Giovanni Manna; la *Storia del diritto per servire d'introduzione allo studio delle leggi civili e del dritto amministrativo* di Gaetano Arcieri (Napoli 1853), oltre a storie del diritto penale come il *Saggio sulla giurisprudenza penale del Regno di Napoli* di Pasquale Liberatore (Napoli 1814) e *Delle vicissitudini e dei progressi del diritto penale in Italia: dal risorgimento delle lettere sin oggi* (Palermo 1842) di Pietro Calà Ulloa. Tali opere testimoniano il buon livello raggiunto dalla storiografia giuridica meridionale che, naturalmente, si deve ad

¹ F. Sclopis, *Storia della legislazione italiana*, Torino 1863, vol. 1, p. 4.

² E. Pessina, *La scuola storica napoletana nella scienza del diritto. Discorso del prof. Enrico Pessina*, Napoli 1882.

una antica e robusta tradizione risalente a Gian Vincenzo Gravina e Pietro Giannone e che, a partire dagli anni quaranta del secolo, iniziò a risentire dell'influenza di Savigny³ come testimonia in particolare l'opera di Arcieri. Va pure detto che queste storie giuridiche nascono nell'ambito delle fiorenti scuole private di diritto, gestite dai maggiori giureconsulti napoletani che attraverso esse supplivano alla decadenza degli studi universitari⁴. Ciò, com'è noto, non sfuggì al Savigny che nelle note del suo famoso viaggio in Italia ebbe modo di elogiare queste scuole, nelle quali riscontrò un'attenzione alla scienza e un metodo di insegnamento molto simile a quello adottato in Germania.

2. Nicolini e Capone

Nei primi decenni dell'Ottocento emerse la necessità di dare un senso all'antico patrimonio del diritto napoletano di fronte a codici e leggi in buona parte provenienti dalla Francia e che facevano tutto dipendere dalla giurisprudenza transalpina. All'alba del nuovo regime i forensi napoletani si trovarono a dover comprendere ed applicare un diritto nato altrove, semplicemente tradotto ed assegnato al Regno, e a dover "mettere in soffitta" tutto il diritto del regno e la sua gloriosa giurisprudenza⁵. Si reagì offrendo apparati di commento storico al nuovo diritto, sul presupposto che esso avesse in qualche modo semplificato il diritto romano. Basti in proposito considerare le introduzioni, annotazioni e commenti alle traduzioni delle grandi opere della scuola esegetica francese⁶: la lettura comparativa con l'antico diritto fu una costante durante tutto l'ottocento preunitario. Alla base c'era una chiara idea *continuista* che Niccola Nicolini⁷ e Gaspare Capone⁸ espressero nelle loro opere, il primo in particolare

³ G. Oldrini, *L'Ottocento filosofico napoletano nella letteratura dell'ultimo decennio*, Napoli 1986; *Università e professioni giuridiche in Europa nell'età liberale*, a cura di A. Mazzacane, C. Vano, Napoli 1994; L. Moscati, *Le prime relazioni di Savigny con l'Italia*, in «Panorami», 6 (1994), pp. 111-147; L. Moscati, *Italienische Reise: Savigny e la scienza giuridica della restaurazione*, Roma 2000.

⁴ Cfr. *Università e professioni giuridiche cit.*

⁵ Su questi aspetti cfr. F. Mastroberti, *Tra scienza e arbitrio. Il problema giudiziario e penale dal 1821 al 1848*, Bari 2005; *Tribunali e giurisprudenza nel Mezzogiorno, I. Le Gran Corti Civili (1817-1865): Napoli e Trani*, a cura di F. Mastroberti, Napoli 2010.

⁶ Per un repertorio delle opere giuridiche pubblicate a Napoli durante l'Ottocento cfr. M.T. Napoli, *La cultura giuridica europea in Italia: repertorio delle opere tradotte nel secolo XIX*, Napoli 1986, in 3 voll.

⁷ Su Niccola Nicolini cfr. J.L.E. Ortolan, *Criminalistes italiens: Niccola Nicolini*, in «Revue de législation et jurisprudence», 1845, p. 322; L. Tarantini, *Nicola Nicolini*, in *Commemorazioni di giuristi napoletani*, Napoli s.d., pp. 49-55; F. Nicolini, *Nicola Nicolini e gli studi giuridici della prima metà del secolo XIX*, Napoli 1907; A. Mazzacane, *Una scienza per due regni: la penalistica napoletana della Restaurazione*, presentazione a *Codice per lo Regno delle Due Sicilie*, a cura di S. Vinciguerra (1819), Padova 1996, pp. XXVII-LXIV; F. Mastroberti, *Codificazione e giustizia penale nelle Sicilie dal 1808 al 1820*, Napoli 2001; F. Mastroberti, *Tra scienza e arbitrio. Il problema giudiziario e penale nelle Sicilie dal 1821 al 1848*, Bari 2005. F. Mastroberti, Nicolini, Niccola, in *Dizionario biografico degli italiani*, 78, Roma 2013, pp. 492-495.

⁸ Su Gaspare Capone cfr. F. Mastroberti, *Capone, Gaspare*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (=DBGI)*, a cura di I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Miletti, I, Bologna 2013, pp. 431-432 e la bibl. ivi cit.

nel famoso *Discorso sul passaggio dall'antica alla nuova legislazione nel regno di Napoli* e il secondo nel già citato *Discorso sopra la storia delle leggi patrie*. Il Nicolini sosteneva che il nuovo diritto non «fusse surto d'un sol colpo, come una notte procellosa il Monte Nuovo nel Lago Lucrino»⁹, ma si fosse radicato in un terreno già pronto, arato da una tradizione giuridica di altissimo livello che aveva già raggiunto le grandi conquiste del nuovo diritto importato d'Oltralpe. Alla base di questa visione c'era il pensiero vichiano che durante l'Ottocento rappresentò linfa dalla quale trassero alimento coloro che contestavano l'idea della grande e benefica frattura determinata dalle riforme napoleoniche. Dal canto suo Capone vedeva una continuità tra il diritto romano e il nuovo diritto¹⁰ e «storicizzava» lo *ius patrium*. La storia giuridica partiva dalla caduta dell'Impero romano e si portava fino alla contemporaneità, seguendo un ordine cronologico intervallato da ampie *scorse* sul diritto canonico, sulla feudalità e sulla questione della Cassazione. La scuola di Bologna e il diritto comune trovavano una succinta trattazione. Indubbiamente originale, il *Discorso* evidenzia la grande esperienza del suo autore che fu importante avvocato civilista e protagonista dell'attività della Consulta di Stato. L'opera di riferimento di Capone fu la *Istoria Civile* di Giannone che negli ultimi decenni del Settecento, anche sotto la spinta della corte borbonica, impegnata nella polemica sulla *china* con la Santa Sede, ebbe una grande diffusione nel foro napoletano formando un gran numero di intellettuali, convinti o meno delle nuove idee d'Oltralpe¹¹. Il Capone ne riconosceva l'importanza ponendo la *Istoria* sullo stesso piano delle *Origines juris* di Vincenzo Gravina («opere giuridiche classiche, che impressero il loro marchio al secolo») e rammaricandosi del fatto che i suoi contenuti fortemente anti-ecclesiastici l'abbiano sottratta allo studio dei giovani: «Così la parte ecclesiastica non fosse riboccante di fiele, per poterla senza danno avere tra le mani tutta la nostra gioventù studiosa»¹². Agli storici del diritto dell'Ottocento Vico consegnò il quadro filosofico per giustificare il continuismo mentre Giannone offrì un modello concreto di storia giuridica, individuando fonti e problemi rilevanti¹³. Che di Giannone si sentisse il bisogno nell'Ottocento trova conferma nell'opera di Niccola Del Forno, *La storia civile del Regno di Napoli in compendio: per introduzione allo studio della giurisprudenza* (Napoli 1838), che era una comoda dispensa dell'*Istoria civile*. Ma forse il migliore tributo a Giannone lo rese il «neoguelfo»¹⁴ Giovanni Manna che

⁹ N. Nicolini, *Del passaggio dall'antica alla nuova legislazione nel Regno delle Due Sicilie. Discorso di Niccola Nicolini del 7 gennaio 1809*, Napoli 1850, pp. 9-10.

¹⁰ G. Capone, *Discorso sopra la storia delle leggi patrie*, Napoli 1845?, parte II, p. 76: «... Talché nelle materie del diritto romano, nelle quali si son ritenuti i principj antichi, il nuovo può servire di buona introduzione al vecchio, ed il vecchio di commento al nuovo; ma commento utilissimo».

¹¹ Su questo aspetti cfr. F. Mastroberti, *Il Diario e la biografia di Carlo de Nicola. La sofferta transizione delle mentalità giuridiche dall'antico al nuovo regime*, in «Frontiera d'Europa», 2005, 2, pp. 119-238.

¹² G. Capone, *Discorso sopra la storia delle leggi patrie*, Napoli 1854?, tomo I, p. 304.

¹³ Cfr. in particolare: G. Giarrizzo, *Giannone, Vico e i loro interpreti recenti*, in «Bollettino del Centro Studi Vichiani», 11 (1981), pp. 173-184.

¹⁴ F. Tessitore, *Aspetti del pensiero neoguelfo napoletano dopo il Sessanta*, Napoli 1962.

considerava la *Istoria* come un «esempio luminoso e ricevuto con plauso straordinario»¹⁵. Con l'opera di Giannone si ebbe una configurazione nuova dello *ius patrium*¹⁶, non più come un diritto contrapposto ed alternativo al diritto comune ma come il diritto della nazione napoletana, comprensivo del diritto romano, del diritto canonico, del diritto municipale e del diritto feudale. È questa l'accezione adottata dal Capone nel suo *Discorso*.

3. *De Thomasis e Liberatore*

Nella *Prefazione* alla sua *Introduzione* il De Thomasis¹⁷, protagonista dei grandi cambiamenti del decennio e della Restaurazione, si scagliava contro gli scrittori che insegnavano che «l'istoria è la vera lampana della giurisprudenza, e particolarmente la storia delle antiche leggi»¹⁸. In nota passava in rassegna i grandi giuristi europei che si erano dedicati alla storia e tra questi Savigny

che non pago di farci sapere quale fosse l'autorità del diritto romano in Europa dal XII secolo in qua, ha creduto pregio dell'opera darci notizia de' lavori di Ugolino, di Carlo di Tocco, di Accursio e della di lui scuola, qualificandoli come precursori di ogni giurisprudenza¹⁹.

Alla fine della rassegna veniva «ai nostri scrittori patry in giurisprudenza», i quali

per parer anch'essi più dotti de' lor contemporanei, non cessan di ripetere, l'un dietro l'altro, che invano si spera intendere il senso delle leggi attuali senza conoscere le precedenti; e per dimostrarlo, si studiano di rinvenire in esse i germi della nuova legislazione, non dissimili da coloro che ne' boschi veggono le navi²⁰.

L'attacco di De Thomasis non era tanto rivolto ai grandi storici del diritto europeo, quanto ai napoletani che cercando di imitarli proponevano improbabili costruzioni continuiste e si affannavano a far mostra della loro conoscenza della materia comparando il diritto romano con il diritto vigente. A suo modo di vedere il diritto romano andava considerato in chiave storica, inserito nella «nostra antica legislazione» – cui era dedicato il quarto libro del suo volume²¹ – e poteva essere utile solo a comprendere le *quistioni* più importanti che si agitavano nel Foro. Sulla linea di De Thomasis si pose la *Storia* di Pasquale Maria Liberatore²², contenuta nella seconda parte dell'opera *Introduzione allo studio*

¹⁵ G. Manna, *Della giurisprudenza e del foro napoletano dalla sua origine alla pubblicazione delle nuove leggi*, Napoli 1839, pp. 151-152.

¹⁶ Sul concetto di *ius patrium* cfr. M.N. Miletti, *Peregrini in patria. Percezioni del ius Regni nella giurisprudenza napoletana d'età moderna*, in *Il diritto patrio tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX)*. Atti del Convegno internazionale, Alghero, 4-6 novembre 2004, a cura di I. Birocchi, A. Mattone, Roma 2006, pp. 401-482.

¹⁷ Sul De Thomasis cfr. E. Grilli, *Giuseppe De Thomasis. La vita e le opere*, Roma 1900.

¹⁸ De Thomasis, *Introduzione* cit. (nel testo), p. XV.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Ibidem*, pp. XX-XXI.

²² Su Pasquale Maria Liberatore cfr. P.S. Mancini, *Della vita e delle opere di Pasquale Liberatore*,

della legislazione del Regno delle Due Sicilie, intitolata *Della nostra antica legislazione* e divisa in due libri, il primo dedicato al “diritto romano” ed il secondo al “diritto nazionale”. L'autore abbandonava l'espressione *ius patrium*, utilizzata ancora dal Capone, per l'adozione dell'espressione “diritto nazionale”. Per quanto riguarda il diritto romano Liberatore analizzava con dovizia di particolari il *corpus iuris civilis* di Giustiniano, limitandosi alla fine della trattazione a narrare le vicende del “ritrovamento” medievale: non si soffermava sul diritto comune e sulle scuole di interpretazione del medioevo che non trovavano spazio né nella prima, né nella seconda parte. La spiegazione di questa scelta sta nella limitata rilevanza del diritto comune nel *Regnum* dove Ruggiero «non permise che nei suoi domini questi libri avessero un'assoluta autorità»²³. Per quanto riguarda il diritto nazionale il Liberatore, come il Capone, procedeva tenendo conto della legislazione e distinguendo all'interno delle varie epoche *ordine civile, ordine penale, ordine amministrativo*. All'interno dell'*ordine amministrativo* distingueva la *Polizia municipale, la Polizia ecclesiastica, la Polizia commerciale, la Polizia finanziaria*.

4. Il dibattito sul diritto romano

I professori delle scuole private di diritto, tra i quali troviamo i primi autori di storie giuridiche, non potevano sottrarsi ad una scelta di fondo relativa al diritto romano, che continuava ad avere una certa importanza anche nei tribunali²⁴. Nelle ricostruzioni storico giuridiche che, come si è visto, avevano una funzione didattica, bisognava scegliere se inserire una parte romanistica; se la si inseriva si riconosceva al diritto romano una dimensione esclusivamente storica e non positiva. Interessante in proposito è un articolo di Matteo de Augustinis pubblicato nel 1841, intitolato *Del dritto romano per quel che è e debb'essere nella presente società europea e pel nuovo dritto in Europa*²⁵. Egli affermava che dopo il grande entusiasmo per i codici e le nuove leggi, «i zelatori del romano diritto» si fecero sempre più arditi dicendo che il nuovo codice fosse «un incompiuto estratto da romano». Ma non si arrestarono a questo:

Fatti più arditi soggiunsero doversi senza meno tornare allo studio del diritto antico, anche perché lo stesso legislatore avea mantenute (come dalle parole che precedono i nuovi codici) le antiche leggi, le cui materie non facciano oggetto delle disposizioni in esso contenute.

Napoli 1842; F. Bonini, *Liberatore, Pasquale*, in DBGI, Bologna 2013, 2, pp. 1181-1183 e la bibl. ivi cit. Per le numerose traduzioni che curò cfr. Napoli, *La cultura giuridica europea* cit.

²³ Liberatore, *Introduzione* cit., parte II, p. 150.

²⁴ Su questi aspetti cfr. in particolare F. Mastroberti, *Sul 'metodo bizzarro di mantener tacendo le leggi antiche': il dibattito sulla vigenza dell'autentica 'Ingressi' nel Regno delle Due Sicilie (1839-1843)*, in *Studi in onore di Luigi Labruna*, Napoli 2007.

²⁵ M. de Augustinis, *Del dritto romano ...*, in «Il Progresso delle Scienze, delle Lettere e delle Arti», 29 (1841), 57, pp. 44-61.

Non era uno stato d'animo solo napoletano ma europeo:

Noi abbiamo riso – continua il de Augustinis – alla gioia clamorosa di prussiani e Allemanni in generale alla occasione del rinvenimento delle Istituzioni di Cajo nelle biblioteche di Verona: è stato per essi più grave ed importante argomento di quello che fosse stato il ricoveramento di tutte le perdute opere della biblioteca Alessandrina.

Egli dunque notava che da qualche tempo gli studi di diritto antico avevano assunto una grande importanza, un po' per imitazione di quanto avveniva all'estero, un po' per la creazione di cattedre universitarie di diritto romano e per la necessità di dimostrare la conoscenza diritto antico per diventare avvocati e giudici, un po' per la cialtroneria dei forensi che con il latino e le citazioni si pavoneggiavano e cercavano di mestare nel torbido. Di fronte a questa prepotente riscoperta dell'antico de Augustinis affermava a chiare lettere che il diritto romano era stato abolito e che non poteva essere utilizzato in chiave interpretativa, poiché l'interpretazione doveva strettamente attenersi al significato esatto della legge. In linea con queste osservazioni de Augustinis riteneva che il diritto romano potesse essere insegnato solo sotto il profilo storico e «non come diritto imperante e positivo». Ma si trattava di una posizione non pacifica: l'avvocato Ferdinando Starace, nella sua pomposa prolusione *Dell'influenza della storia sull'insegnamento del diritto civile*, pronunciata il 7 novembre 1844 all'apertura del suo studio di giurisprudenza, era costretto a dover lungamente argomentare la scelta di aver impostato il suo programma sulla separazione tra: «1. Il diritto romano nelle sue istituzioni. 2. Il diritto patrio precedente la militare invasione, congiunto col pontificio. 3. Le leggi civili vigenti»²⁶.

5. *Le storie del foro: Manna e Lomonaco*

È opportuno fare una distinzione tra le storie del diritto napoletano e le storie del foro, le cui espressioni migliori furono le opere di Giovanni Manna²⁷ e di Francesco Lomonaco. Tuttavia tali storie forensi intendono essere storie giuridiche e politiche del Regno, sul presupposto, condivisibile, che il foro napoletano è stato il centro della cultura, del diritto e della politica fin dall'epoca spagnola. Il Lomonaco²⁸ nell'articolo *Della necessità di scrivere una storia del foro napoletano* – pubblicato su *La Gazzetta del Procuratore* (anno IV n. 38) del 6 ottobre 1869 – annunciando l'intenzione di scrivere una storia del foro napoletano, constatava che pochi erano gli autori che avevano percorso questa strada,

²⁶ F. Starace, *Dell'influenza della storia sull'insegnamento del diritto civile prolusione dell'avvocato Ferdinando Starace pronunciata il dì 7 novembre 1844 per l'apertura del suo studio di giurisprudenza*, Napoli 1844, p. 8-9.

²⁷ Sul Manna cfr. O. Abbamonte, *Potere pubblico e privata autonomia: Giovanni Manna e la scienza amministrativa nel Mezzogiorno*, Napoli 1991; E. Corvaglia, *Le due Italie: Giovanni Manna e l'unificazione liberale*, Napoli 2012.

²⁸ Sul Lomonaco (1848-1912) cfr. di recente G. Lomonaco, *Due scritti sul foro napoletano*, a cura di C. Vano, Napoli 2012.

due in particolare: Gregorio Grimaldi con la *Istoria delle leggi e magistrati del Regno di Napoli* (portata a termine da Ginesio Grimaldi) e Lorenzo Giustiniani con le *Memorie storiche degli scrittori legali del regno di Napoli*. Tuttavia Lomonaco non teneva conto del fatto che il suo progetto era già stato portato a termine dal Manna nel lontano 1839. Forse fu una semplice svista, poiché nella sua *Del foro napoletano*, fece costante riferimento all'opera del Manna, accogliendone sia l'impostazione di fondo (distinzione tra giurisprudenza pratica, storica e filosofica) sia i giudizi. In realtà il Manna fu il primo che comprese appieno l'importanza del foro napoletano e della sua storia in una fase – fine anni trenta dell'Ottocento – in cui avvocati e magistrati erano guardati con una certa diffidenza. Forse per questo l'opera di Manna non ebbe molto successo e le sue argute riflessioni non furono tema di dibattito. Piuttosto ad aprire la discussione sulla storia del foro napoletano fu la pubblicazione del *Discorso sull'insegnamento del diritto in Italia* di Savigny, tradotto dal tedesco da A. Torchiarulo nel 1852²⁹. Com'è noto il grande storico del diritto sottolineò la centralità del diritto e della giurisprudenza nella vita quotidiana e nella storia del regno suscitando critiche e consensi tra i giuristi napoletani. L'autorevole attenzione per la storia del foro e della giurisprudenza aprì la strada a una nuova e migliore considerazione della storia forense che trovò una discreta elaborazione nell'opera di Lomonaco. In ogni caso ad un livello superiore si pone il libro di Giovanni Manna. Esso non fornisce solo una esposizione di leggi e vicende relative al diritto napoletano e al ceto forense ma rappresenta un saggio sulla storia del regno dove la giurisprudenza assume una posizione centrale. Manna si occupava del foro napoletano perché riteneva che esso fosse la chiave per comprendere le maggiori problematiche storiche del Mezzogiorno a partire dal divario tra il Settentrione e il Meridione. Attraverso la vicenda della giurisprudenza – vichianamente separata in pratica, storica e filosofica – il Manna affrontava, già nel 1839, questioni di grande rilievo che furono discusse dopo l'unificazione nazionale, allorché esplose la cosiddetta “questione meridionale”.

6. Le storie penalistiche: *Liberatore* e *Ulloa*

I primi tentativi di approntare storie giuridiche autonome riguardarono l'ambito penalistico. Le problematiche legate al diritto e soprattutto al processo penale avevano molto interessato gli illuministi napoletani³⁰ che nel proporre le riforme di un sistema giudicato vetusto, arbitrario e vessatorio offrirono più o meno organiche disamine storiche partendo dall'epoca roma-

²⁹ Cfr. F.C. Savigny, *Über dem juristischen Unterricht in Italien*, in «*Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*», 6 (1828), 1-2, pp. 201-228. L'articolo fu tradotto da A. Torchiarulo, *Ragionamenti storici di dritto del prof. F.C. Savigny, tradotti dall'originale tedesco*, Napoli 1852.

³⁰ Ottime ricostruzioni storiche si trovano anche in opere destinate alla pratica. A titolo di esempio si pensi alla *Prefazione della Pratica criminale delle corti regie e baronali del regno di Napoli* di T. Briganti (Napoli 1770).

na. Così le *Considerazioni sul processo criminale* di Francesco Mario Pagano (Napoli 1787) dove l'esigenza di motivare la riforma in chiave accusatoria del processo penale portava l'autore ad articolare una disamina della procedura nei secoli, dal processo accusatorio romano a quello delle popolazioni germaniche fino ai sistemi inquisitori dell'età moderna. Del 1814 è il *Saggio sulla giurisprudenza penale del Regno di Napoli* di Pasquale Liberatore³¹. Esso abbozzava una storia della giurisprudenza penale partendo dalla *Giurisprudenza penale sotto le passate dinastie* (capitolo II), portandosi fino alle riforme del decennio francese esaminate in rapporto alle leggi d'Oltralpe. L'opera attestava una particolare attenzione della cultura giuridica napoletana per la materia penalistica dovuta al difficile ed incompleto adattamento del sistema francese durante il Decennio: basti pensare alla mancata promulgazione del codice di procedura penale dell'Impero e alla mancata introduzione di *jury* e corti di appello in materia penale³². Il governo borbonico restaurato, pur varando un primo organico codice di procedura penale e pur elaborando un pregevole codice di diritto penale sostanziale, non si discostò dalle scelte di fondo fatte nel periodo napoleonico stabilendo, attraverso una serie di decreti, un sistema repressivo eccezionale per i reati di maggiore allarme sociale. La questione penale era dunque assolutamente centrale: non stupisce allora che nel campo della procedura penale emergesse una delle eccellenze della cultura giuridica europea come Niccolò Nicolini. In questo contesto di attenzione generale per la materia penalistica videro la luce le prime storie del diritto e della giurisprudenza penale: dopo il *Saggio* di Liberatore, Pietro Calà Ulloa pubblicava *Delle vicissitudini*, il primo tentativo di elaborare una storia autonoma della diritto e della procedura penale.

7. La storia del diritto di Gaetano Arcieri

Gaetano Arcieri (23 novembre 1794-Latronico, 26 novembre 1867) fu uno dei maggiori storici del diritto dell'Ottocento borbonico³³. Giurista, poeta, professore e appassionato liberale, egli incarnò appieno la figura del giurista romantico dell'Ottocento diviso tra diritto, letteratura e passione civile. Come molti provinciali si trasferì da Latronico a Napoli per attendere agli studi giuridici; all'università della capitale seguì i corsi di Giuseppe Capocasale e si laureò in *utroque iure*. Nel periodo napoletano strinse amicizia con Pietro Colletta.

³¹ P. Liberatore, *Saggio sulla giurisprudenza penale del Regno di Napoli*, Napoli 1814.

³² Cfr. Mastroberti, *Codificazione e giustizia penale* cit.

³³ Le sue maggiori opere furono: *Poesie* (1839), *Trattato sulla nunciazione della nuova opera* (1842), *Novena del glorioso Sant'Egidio abate* (1845), *Versi sacri e melanconici* (1846), *L'Imperta* (1849), *Brevi effetti poetici a S.S. il pontefice Pio IX* (1849), *Monografia storico-statistica di Latronico* (1852), *Un viaggio nel mio pensiero* (1853), *Corso di studi legali* (1853), *Trattato sull'enfiteusi* (1859) e una serie di scritti minori. Con Vincenzio Moreno e Francesco Vaselli collaborò al *Digesto Civile Nuovissimo*, pubblicato a Napoli nel 1858. Notizie biografiche sull'Arcieri in E. Giordano, *Cronache di Latronico. Folklore – Tradizioni – Cultura*, Lagonegro 2002.

Aderì alla carboneria e partecipò ai moti del 1848 e a quelli del 1860; resse il comune di Latronico nel 1843. Membro dell'accademia Florimontana e dell'Accademia Cosentina e di Aci-Reale, delle società economiche di Basilicata e di Principato Ultra, egli dedicò larga parte della sua esistenza all'insegnamento dei giovani dando vita ad una fiorente scuola privata di diritto a Latronico dove confluirono molti giovani delle province prima di passare all'Università di Napoli. Tra i suoi allievi vi furono Nicola Alianelli, Michele e Pietro Lacava, Antonio Rinaldi, Carmine e Tommaso Senise, Vincenzo Mendaia e Raffaele Maturi. Le sue lezioni, impostate prevalentemente sulla storia, vennero raccolte nel *Corso di studi legali*, pubblicato a Napoli nel 1853³⁴; del 1853 è anche il volume *Storia del diritto* di cui ci occupiamo³⁵. Gaetano Arcieri risolveva il "conflitto" tra storici e comparatisti battendo entrambe le strade. Nella *Storia* offriva una compiuta ricostruzione storica del diritto mentre nel *Corso* approntava un robusto commentario storico alla parte civile del *Codice per lo Regno*, tenendo conto non solo del diritto romano ma anche del diritto intermedio. Questa attenzione per il diritto intermedio, che si riscontra anche nella *Storia*, derivava dalla sua "natura" di civilista puro che lo portava a considerare con una certa attenzione il diritto comune. Nella *Storia* l'impostazione di partenza di Arcieri era giusnaturalistica: «Gli studi di legislazione, ovvero di un diritto positivo, presuppongono la conoscenza del dritto unico, universale, anteriore dal quale il diritto giuridico dipende»³⁶. Le sue riflessioni introduttive agli studi giuridici si muovevano nel quadro del giusnaturalismo razionalistico con una particolare considerazione per Grozio e Wolff. Tuttavia per l'Arcieri assumevano una rilevante importanza i concetti di popolo, di nazione e di storia. La legge per l'autore altro non era che

la emanazione del dritto stesso evoluto nella pratica: il dritto che parla in particolar modo a quella nazione, a quel dato popoli, il dritto anteriore in una parola che si svolge nell'esterno, e che ha per obietto di far conseguire all'uomo quello sviluppo fisico e morale cui è chiamato per sua propria destinazione³⁷.

Insomma Ragione e Storia, nella visione dell'Arcieri, apparivano intimamente connesse: «Il diritto – egli affermava nel *Proemio* – si considera nella sua idea, nella pratica e nella sua storia». Emerge una idea evolutiva della società e del diritto non immune da influenze vichiane: le «costumanze patrie» che facevano parte della giovinezza della società che, arrivata ad età matura, necessariamente abbracciava la legislazione. In ogni caso l'Arcieri dichiarava di mettere da parte ogni questione metodologica o di tipo speculativo:

³⁴ G. Arcieri, *Corso di studi legali ovvero istituzioni di dritto civile moderno secondo l'ordine del Codice pel Regno delle Due Sicilie comparate con il dritto romano ed intermedio*, Napoli 1853.

³⁵ G. Arcieri, *Storia del diritto per servire d'introduzione allo studio delle leggi civili e del diritto amministrativo con la successione dei giureconsulti ed interpreti del dritto romano, seguita da un commentario delle leggi regie, pontificali e decemvirali*, Napoli 1853.

³⁶ Arcieri, *Storia* cit., p. 12.

³⁷ *Ibidem*.

il mio – dice – è uno studio elementare, positivo, per cui manifestano la sola idea che 'l diritto da cui siamo governati, comeché particolare al nostro reame, ripete la sua genesi dal dritto romano, ò creduto necessario tesserne con brevità la storia³⁸.

Un aspetto interessante è dato dall'attenzione per il diritto romano di cui è testimonianza la *Parte prima* dell'opera denominata *Storia del dritto romano*. Egli giustificava questa scelta semplicemente dicendo che «lo studio delle romane leggi è indispensabile per ben apparare le nostre, e non credo di dover ritornare più su questa idea»³⁹. La *Parte seconda*, intitolata *Storia del Dritto nel Regno delle Due Sicilie*, è formata da nove capitoli corrispondenti alle diverse dominazioni e dinastie regnanti (Longobardi, Normanni, Svevi, Angioini, Aragonesi, Austriaci, Borbone, Francesi e «l'attual dinastia»). La *Parte terza*, infine, presenta un *Commentario delle leggi regie, pontificali e delle XII tavole*. È interessante notare che l'Arcieri poneva la scuola giuridica bolognese nel capo X della prima parte relativa al diritto romano, intitolato *Successione degl'interpreti del dritto romano*, laddove si accoglieva la periodizzazione di Gian Vincenzo Gravina (Irnerio, Accursio, Bartolo e Cuiacio) aggiungendo un'appendice intitolata *Scuola storica e filosofica*. Era una scelta particolare che costringeva l'autore a rompere l'ordine cronologico portando la parte del diritto romano fino alla disputa tra le scuole tedesche di Savigny e Thibaut. È chiaro che la collocazione della scuola giuridica di Bologna e dei suoi sviluppi rappresentava un problema per gli storici del diritto napoletano. Essa era sorta in un diverso contesto politico e il diritto giustiniano, tutto sommato, aveva avuto un'incidenza limitata nel Regno. Il Giannone collocava la scuola irneriana nel secondo libro della sua *Istoria*, rispettando l'ordine cronologico, ma chiarendo che: «non per le leggi romane contenute in questi libri, ma per le leggi longobarde e per le romane, che come per tradizione erano ritenute da questi popoli, si decidevano le liti»⁴⁰. Allo stesso modo procedeva il *Discorso sopra la storia delle leggi patrie* di Capone e l'*Introduzione* di Liberatore: gli autori seguivano un rigoroso ordine cronologico, soffermandosi brevemente sulla scuola irneriana e sui suoi sviluppi che venivano collocati dopo la trattazione dell'epoca normanna. Per l'Arcieri invece il diritto romano meritava una trattazione particolareggiata e differenziata: è evidente l'influenza di Savigny, che negli anni cinquanta dell'Ottocento era ormai ben conosciuto e seguito, e anche quella di Federigo Sclopis, il cui primo volume della *Storia* fu pubblicato a Napoli nel 1845.

³⁸ *Ibidem*, p. 14

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ P. Giannone, *Storia civile del Regno di Napoli*, Milano 1845, 2, p. 316.

I «cani vagabondi di Stambul»

Arturo Carlo Jemolo e l'insegnamento del Diritto ecclesiastico nell'Università di Sassari (1920-1923)

di Antonello Mattone

Secondo una scherzosa osservazione di Roberto Ruffilli, professore di Storia dell'amministrazione pubblica nell'ateneo sassarese dal 1972 al 1976, l'Università di Sassari era per i professori "continentali" quel che la Legione straniera era per i giovani ufficiali francesi: ci finivano quelli puniti, o quelli destinati ad emergere.

Nel primo dopoguerra si stabilisce un equilibrio tra la presenza di professori pendolari – l'ateneo sassarese costituiva una sede di prima nomina o di passaggio per i vincitori di concorso, destinati talvolta a luminose carriere – e la consistente componente dei docenti locali. D'altra parte era inevitabile che un'Università piccola e decentrata come quella di Sassari, che nel 1902 aveva conquistato il "pareggiamento" con le altre sedi, si arricchisse dall'osmosi tra la componente docente locale, spesso impegnata nell'attività politico-amministrativa e nelle libere professioni, e la componente esterna, che molto spesso introduceva nell'ambito locale nuove esperienze e stimolanti sollecitazioni¹.

Non sfugge a questo schema il triennio della docenza sassarese di Arturo Carlo Jemolo. Era nato a Roma nel 1891: il padre, Luigi, ragioniere di Prefettura, poi funzionario ministeriale, era siciliano, originario di Ragusa; la madre, Anna Adele Momigliano, piemontese di Ceva, di religione ebraica, era insegnante elementare. Jemolo era quindi cugino di Attilio, professore di Letteratura italiana, e di Arnaldo Momigliano, professore di Storia romana. Si era formato nell'Università di Torino, un ateneo di altissimo livello, dove aveva avuto l'opportunità di seguire i corsi di Loria, Chironi, Einaudi, Prato, Patetta, Pacchioni, Mosca e di Francesco Ruffini, del quale divenne allievo, laureandosi nel 1911, con 110 e lode e la dignità di stampa, con una tesi di Diritto ecclesiastico su *La que-*

¹ Per un dettagliato quadro delle vicende dell'ateneo sassarese nel primo dopoguerra cfr. G. Fois, *Storia dell'Università di Sassari 1859-1943*, Roma 2000, pp. 200-209; G. Fois, *Dall'Unità alla caduta del fascismo*, in *Storia dell'Università di Sassari*, a cura di A. Mattone, I, Nuoro 2010, pp. 120-121.

stione della proprietà ecclesiastica nel Regno di Sardegna e nel Regno d'Italia, 1848-1888, rielaborata e pubblicata nel medesimo anno (Torino, Bocca, 1911)².

Norberto Bobbio ricorderà quando, nell'anno accademico 1927-28, allievo del primo anno di giurisprudenza ascoltò le lezioni di Ruffini, «alto su quella cattedra che assomigliava a un pulpito in un'aula del primo piano del vecchio corso di via Po». L'argomento delle lezioni era dedicato alla libertà religiosa come diritto pubblico soggettivo³.

Negli anni 1912-16 Jemolo poté affinare la propria preparazione giuridica grazie all'importante esperienza amministrativa compiuta a Roma come segretario presso la Direzione generale del *Fondo per il culto* del Ministero di Grazia e Giustizia e, poi, sempre come segretario presso il Ministero dei Lavori Pubblici e membro della Commissione per la compilazione di un nuovo Piano regolatore sulle strade dell'Agro Romano. Nel 1914, quando presentò domanda per un assegno di perfezionamento all'estero, la Commissione restò colpita dalla sua «sodezza di cultura, diligenza d'indagini, equilibrio d'ingegno, e buone qualità di scrittore»⁴. Sulla sua formazione culturale esercitò un'influenza decisiva Ernesto Buonaiuti, il principale esponente del modernismo italiano, che Jemolo conobbe nel 1919 a Roma in un circolo di giovani seguaci. Egli vide in Buonaiuti soprattutto una guida spirituale, capace di ravvivare la fede cristiana e di rispondere alle sue inquietudini religiose, piuttosto che l'esponente di punta del movimento modernista⁵.

Coglievo anzitutto nel modernismo – ricorderà in seguito, prendendo le distanze dal movimento – un riflesso tardivo della grande fede dell'Ottocento nella scienza, che si era mostrata anche nel metodo storico, nel credere alla parola definitiva che la critica avrebbe potuto dire intorno al significato dei testi sacri e all'ambiente da cui erano scaturiti⁶.

La frequentazione di quel «prete eretico», cui rimase sempre legato (presso Buonaiuti aveva incontrato Adele Morghen, sorella dello storico Raffaello, insegnante elementare a Nepi, sua futura sposa), lasciò in Jemolo una forte inclinazione moralistica, un rigore inflessibile, uno spiccato senso del dovere⁷.

² Cfr. G.S. Pene Vidari, *Arturo Carlo Jemolo studente della Facoltà di Giurisprudenza di Torino*, in *La lezione di un maestro*, Atti del convegno in memoria di A.C. Jemolo (Torino, 8 giugno 2001), a cura di R. Bertolino, I. Zuanazzi, Torino 2005, pp. 11-34.

³ N. Bobbio, *Francesco Ruffini*, ora in N. Bobbio, *La mia Italia*, Firenze 2000, pp. 19-21.

⁴ Ministero dell'Istruzione Pubblica (d'ora in poi MIP), *Boll. uff.*, II, 41, n. 7, 12 febbraio 1914, p. 178.

⁵ Cfr. A.C. Jemolo, *Ernesto Buonaiuti a ventacinque anni dalla morte*, in A.C. Jemolo, *Lettere a Raffaello Morghen 1977-1983*, scelte e annotate da G. Braga, A. Forni, P. Vian, Roma 1994, pp. 275-276.

⁶ Jemolo, *Anni di prova* cit., p. 171.

⁷ Per la biografia di Jemolo si rinvia a F. Margiotta Broglio, *Jemolo, Arturo Carlo*, in *Dizionario biografico degli italiani*, 62, Roma 2004, pp. 196-201; F. Margiotta Broglio, *Jemolo, Arturo Carlo*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX secolo)*, d'ora in poi DBGI, diretto da I. Bircocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Miletto, II, Bologna 2013, I, pp. 1121-1125, con bibliografia aggiornata cui si rinvia.

Nel 1916 aveva ottenuto la libera docenza in Diritto ecclesiastico presso l'Università di Torino che, nel 1919, faceva trasferire nell'ateneo romano. In quello stesso anno aveva vinto il concorso a cattedra nella libera Università di Perugia con una commissione (Francesco Brandileone, Santi Romano, Angelo Criscuoli, Isidoro La Lumia, Enrico Besta) che aveva apprezzato il taglio storico di alcuni suoi lavori⁸. Il 1° luglio 1920 vinceva il concorso per professore straordinario alla cattedra di Diritto ecclesiastico dell'Università di Sassari, risultando «all'unanimità» primo classificato e con un lusinghiero giudizio espresso da un'autorevole commissione (Francesco Scaduto, presidente; Brandileone, Ruffini, Domenico Schiappoli e Arrigo Solmi, membri)⁹. Il 16 ottobre prendeva servizio e gli veniva affidata anche la supplenza di Diritto internazionale¹⁰.

Nell'ateneo turritano non vi era una grande tradizione ecclesiasticistica: la materia era stata sempre insegnata per supplenza da docenti di altre discipline (Flaminio Mancaleoni dal 1904, Antonio Mocci nel 1919-20); Jemolo fu di fatto il primo, vero e proprio professore di Diritto ecclesiastico sassarese. Le sue pubblicazioni degli anni 1915-20 rivelano insieme ad una profonda conoscenza delle tematiche giuridiche anche una spiccata attenzione verso le problematiche storiche: insomma, già dai suoi primi lavori Jemolo, con i suoi dubbi e i suoi interessi "giansenisti", che si inserivano in quel filone di ricerche aperte dal suo maestro Ruffini, si presentava come un inquieto studioso di ispirazione cattolico-liberale¹¹.

⁸ «D'indirizzo prevalentemente storico sono alcuni tra i primi maggiori suoi scritti, dai quali emerge con l'accuratezza delle indagini un'abilità non comune di coordinamento e di esposizione; egregie attitudini da giurista, affermate già in una serie di note giurisprudenziali trattate con finezza e quasi con eleganza, spiccano poi soprattutto nel suo recente lavoro sull'Amministrazione ecclesiastica, che tutta la materia rielabora da un nuovo punto di vista. La vastità e la modernità della cultura, l'accuratezza delle indagini, il sano equilibrio dei giudizi, la chiarezza delle enunciazioni sono pregi che lo pongono in prima linea tra i giovani cultori del Diritto ecclesiastico italiano»: MIP, *Boll. uff.*, II, 46, n. 41, 9 ottobre 1919, pp. 1534-1535. Nel concorso il primo classificato fu Vincenzo Del Giudice che venne chiamato come straordinario nella libera Università di Perugia. Nel concorso sassarese del 1920 il primo della terna fu invece Jemolo e il secondo Del Giudice.

⁹ «Il complesso della produzione scientifica di questo candidato – si legge nella relazione della commissione concorsuale – dimostra una vasta conoscenza della materia, una notevole originalità e acutezza d'ingegno, una operosità veramente ammirevole». Dopo aver analizzato nel dettaglio i suoi titoli, il volume su *Stato e Chiesa*, «condotto con pazienti ricerche su un vasto materiale di faticosa sistemazione (...), notevole contributo alla conoscenza della formazione e dei lineamenti delle dottrine giurisdizionalistiche», e quello sull'*Amministrazione ecclesiastica*, espressione di un «felice intuito giuridico, conoscenza profonda e completa della materia», la Commissione osservava: «è stato avvertito in questo candidato qualche tendenza a soverchia sottigliezza, e qualche mancanza nell'allacciare i risultati dell'indagine storica alla costruzione giuridica; ma questi ed altri difetti sono largamente compensati dalle doti d'equilibrio mentale, di vigore logico, di vasta e profonda erudizione, che dimostrano la maturità del suo ingegno e danno sicura promessa di nuovi e fecondi frutti»: MIP, *Boll. uff.*, II, 48, n. 49, 8 dicembre 1921, p. 1780.

¹⁰ Cfr. *Biografia di Arturo Carlo Jemolo*, in *Arturo Carlo Jemolo: vita ed opere* cit., p. 13; Archivio Storico dell'Università di Sassari (d'ora in poi ASUS), *Fascicoli dei docenti*, b. 4, fasc. 83; F. Falchi, *Arturo Carlo Jemolo*, in *Storia dell'Università di Sassari* cit., II, pp. 44-45.

¹¹ Uno «storico cattolico-liberale» lo avrebbe definito W. Maturi, *Interpretazioni del Risorgimento*, Torino 1962, pp. 596-599. Fra le pubblicazioni precedenti l'insegnamento sassa-

«Sassari è un grosso borgo, appartenente a quella parte ch'è Mediterranea ma non più europea. Però la prima impressione è nell'insieme favorevole: e spero di viverci in quiete e di lavorarci assiduamente»¹², così, il 20 novembre 1920, scriveva all'amico Mario Falco, professore di Diritto ecclesiastico a Parma e primo allievo di Ruffini. Pochi giorni dopo ribadiva, sempre a Falco, le sue sensazioni positive:

Impressioni sassaresi: grosso villaggio: popolazione cordiale: la Università pare un grande fienile: ha davanti uno sterrato, dove giocano ad ogni ora del giorno una cinquantina di monelli ed un centinaio di cani. (Non so se sappia che le pagine relative ai cani vagabondi di Stambol si applicano anche a Sassari; vi sono due cani per ogni cittadino, e le musuliere sono sconosciute; la sera è fantastico lo spettacolo di quelle piccole ombre fuggenti) [...]: solo inconveniente serio, la luce che manca quattro sere della settimana: anelo alle giornate lunghe che ci libereranno un po' dal bisogno della luce elettrica. Impressioni universitarie: buone. Scolaresca oltremodo scarsa, ma tranquilla e con qualche volontà. Il preside Pitzorno dev'essere uomo un po' nervoso: è sassarese, ha la famiglia ad Alessandria, ma resta a Sassari durante le vacanze. Non vede di buon occhio che ci si allontani troppo [...]. Mancaleoni, tornato alla cattedra di istituzioni, sindaco della città, mi ha fatto buona impressione. Gentili due vecchi straordinari stabili di Civile e di Istituzioni di diritto romano, Devilla e Castiglia, avvocati e possidenti locali [...]. La biblioteca di Sassari è discreta: non c'è molto, ma qualcosa c'è¹³.

Nell'anno accademico 1920-21 erano iscritti all'Università di Sassari 322 studenti, di cui 126 in giurisprudenza. Il corpo accademico della Facoltà giuridica sassarese comprendeva due ordinari (Pitzorno e Mancaleoni), due straordinari stabilizzati (Giovanni Maria Devilla e Giuseppe Castiglia, entrambi titolari di discipline romanistiche), tre straordinari (il senese Ottorino Vannini, docente di Diritto penale, il sassarese Lorenzo Mossa, docente di Diritto commerciale, il siciliano Giovanni Salemi, docente di Diritto amministrativo) e tre incaricati (il sassarese Antonio Segni, di Procedura civile, il sassarese Federico Chessa di Statistica e di Economia politica, il catanese Andrea Rapisardi Mirabelli di Diritto internazionale)¹⁴.

rese cfr. *L'amministrazione ecclesiastica*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, diretto da V.E. Orlando, X, 2, Milano 1915, pp. 1-410, «primo organico tentativo di ripensare pubblicisticamente tutta la disciplina ecclesiastica» (Margiotta Broglio, *Religione, diritto cit.*, p. 13); *Stato e Chiesa negli scrittori politici del Seicento e del Settecento*, Torino 1914 (2^a ediz. aggiornata, a cura di F. Margiotta Broglio, Napoli 1972), pubblicato sotto l'autorevole guida di Federico Patetta; *Saggio sull'ordinamento patrimoniale dei minori osservanti nei secoli XVI-XVIII*, Roma 1920; la collaborazione continuativa dal 1913 al 1919 alla «Rivista di diritto pubblico»; i suoi studi sul giansenismo, tra i quali *Dottrine teologiche dei giansenisti italiani dell'ultimo Settecento*, in «Rivista trimestrale di studi filosofici e religiosi», 1 (1920), 4, pp. 432-469; e *Scipione de' Ricci*, in *Studi dedicati alla memoria di Pier Paolo Zanzucchi dalla Facoltà di Giurisprudenza*, Milano 1927, pp. 115-144. Cfr. inoltre P. Valbusa, *Bibliografia degli scritti di Arturo Carlo Jemolo*, in «Il diritto ecclesiastico», 116 (2005), 2-3, pp. 775-802, cui si rinvia.

¹² A.C. Jemolo, *Lettere a Mario Falco*, I (1910-1927), a cura di M. Vismara Missiroli, premessa di F. Margiotta Broglio, Milano 2005, n. 178, p. 341, lettera datata Sassari, 20 novembre 1920.

¹³ *Ibidem*, I, n. 179, p. 344, lettera del 20 novembre 1920.

¹⁴ Cfr. Fois, *Storia dell'Università cit.*, p. 207; Regia Università di Sassari, *Annuario per l'anno scolastico 1922-23*, Sassari 1923, pp. 7-8.

Al suo arrivo Jemolo trovò il preside e i colleghi «infervorati nell'agitazione per l'aumento dello stipendio, proclivi a proclamare lo sciopero»: riteneva «indecoroso» mobilitarsi

per ottenere due biglietti da cento in più alla greppia dello Stato. Uno sciopero dei professori universitari – scriveva a Falco – sarebbe sconcio come uno sciopero di preti: se non abbiamo più la vocazione, dobbiamo cercare un altro mestiere: non domandare l'aumento di tariffa per il pane della scienza¹⁵.

Troveremo invece Jemolo in prima fila nella mobilitazione del mondo accademico contro il progetto di legge di riforma universitaria presentato nella primavera del 1921 dallo scienziato Orso Mario Corbino, ministro della Pubblica Istruzione nel governo Bonomi, che suscitò riserve proprio nelle misure sulla docenza universitaria¹⁶. Il 28 giugno 1921 il Consiglio di Facoltà sassarese approvava un «ordine del giorno proposto dal prof. Jemolo» nel quale venivano respinti i propositi del progetto e ribadite le esigenze didattiche¹⁷. Alla caduta del governo Bonomi il progetto venne ripreso dal nuovo esecutivo e dal ministro Antonino Anile, divenendo così il testo di riforma Corbino-Anile. Nel consiglio di Facoltà del 1° luglio 1922 Jemolo ribadì le sue critiche:

il prof. Jemolo – si legge nel verbale – crede che nell'interesse dell'Università e della società degli studi, e tenuto pur conto delle contingenze attuali, non si debbano disperdere le scarse energie degli studenti imponendo loro un numero eccessivo di esercitazioni: è contrarissimo alla creazione di cattedre di materie complementari, che è dubbio se troverebbero sempre degni docenti, e a suo avviso non troverebbero allievi volenterosi che ne ricavassero utili risultati; fa presente che non è probabile per molti anni che la Facoltà possa vedere aperte tutte le cattedre: se sarà approvato il progetto Corbino-Anile, imponendo a quasi tutti i professori le esercitazioni, si renderà allora necessario ricorrere ad incarichi esterni, contro lo spirito della legge, e col rischio di abbassare il prestigio dell'Università, atteso che l'esperienza ha dimostrato quanto sia difficile, nel momento attuale, trovare valorosi docenti fuori dal ruolo dei professori¹⁸.

Il 31 ottobre Luigi Facta, dopo il «colpo di Stato» della marcia su Roma, rassegnava le dimissioni e il re incaricava Benito Mussolini di formare il nuovo governo. Il fascismo avrebbe predisposto un altro e più organico progetto di riforma universitaria.

Jemolo inizia intanto a radicarsi nell'ambiente sassarese, stabilisce un buon rapporto col preside Benvenuto Pitzorno e, nonostante alcune difficoltà nell'attività didattica, può portare avanti la stesura di alcuni saggi scientifici¹⁹:

¹⁵ *Ibidem*, I, n. 178, p. 342.

¹⁶ Cfr. *Relazione e disegno di legge Corbino sugli esami*, in «Levana», 1922, 1, pp. 106 sgg.; L. Segreto, *Corbino, Orso Mario*, in *Dizionario biografico degli italiani*, 28, Roma 1983, pp. 760-766; A. Poggi, *Stato, Chiesa, Scuola. Studi e polemiche*, Firenze 1924, pp. 328 sgg.; F. Colao, *La libertà di insegnamento e l'autonomia nell'Università liberale. Nome e progetti per l'istruzione superiore in Italia*, Milano 1995, pp. 417-419.

¹⁷ ASUS, *Verbali delle sedute della Facoltà di Giurisprudenza (1916-1940)*.

¹⁸ *Verbali delle sedute cit.*

¹⁹ «Col Pitzorno – scriveva a Falco il 4 dicembre 1920 –, che dapprima mi era sembrato un po' rude, andiamo diventando amici. È un uomo rigido e onestissimo, che personifica la reazione alle tradizioni rothiane [il riferimento è ad Angelo Roth, rettore sassarese dal 1908 al 1916, dal 1916 al 1919 sottosegretario alla Pubblica Istruzione] di non gloriosa memoria. Per ora la Facoltà va

«non ho grande smania di lasciare Sassari», confida a Falco il 4 ottobre 1921²⁰. Certo, in alcuni momenti subentra lo sconforto: «Vita piuttosto bestiale quella che conduciamo qui: io faccio poco e nulla, ma i miei colleghi in compenso passeggiano tutto il santo giorno, scorrendo quasi sempre di trasferimenti e di aumenti di stipendio»²¹. Jemolo descrive una realtà didattica estremamente deteriorata:

Qui non siamo che in cinque a fare lezione: è arrivato Zanobini, il vincitore, che conta di lasciarci al più presto per Siena [...]. Borgatta non ha inviato dimissioni, e così nessuno insegna Economia politica. Ma anche le altre discipline sono così affrettatamente e mal insegnate! E gli studenti paiono a tutti noi così primitivi ed immaturi da toglierci ogni voglia d'insegnare loro altra cosa che non siano i primi *rudimenta*²².

Il corso si articola in una prima parte di lezioni dedicate al Diritto canonico, in una seconda parte rappresentata da «uno schizzo delle relazioni storiche fra Stato e Chiesa in Italia a partire dall'ultimo Settecento» e, infine, l'ultima parte sul «diritto ecclesiastico italiano» vigente²³. È un impianto espositivo che verrà ripreso in seguito nel manuale *Elementi di diritto ecclesiastico* (Firenze, Vallecchi, 1927).

Gli studenti sono disabituati a frequentare le lezioni: «Spero di portare sino al 15 *uno* studente, e così continuare a far lezione [...]. E poi c'è sempre l'illusione che i 2 studenti possano crescere a 4 o 5: che cosa accasciante, questo fare lezione al vuoto!»²⁴. Osserva che

le esercitazioni (per i pochi professori che le fanno nella sola intenzione) si limitano ad un soliloquio del docente: dire agli studenti di annotare una sentenza equivarrebbe a farli fuggire inorriditi. L'Università non potrebbe andar peggio [...]. Di Diritto civile – scrive a Falco il 18 febbraio 1922 – sono state fatte qui *due* lezioni: di Diritto romano *tre*: in Scienza delle finanze le lezioni non sono ancora incominciate [...]. Io ho finito ieri l'esposizione del diritto della Chiesa, e cominciato stamane quella del diritto italiano: sono, manco a dirlo, terra a terra nell'esposizione quanto si può esserlo: ciò ch'è anche facilitato dalle modalità esteriori con cui segue la lezione: allorché ho un unico allievo, preferisco parlare passeggiando lungo il porticato che salire in cattedra²⁵.

Anche Pitzorno lamenta il fatto che nel corso di Filosofia del diritto, di cui era supplente, vi fosse «un unico iscritto, neppure in regola con la legge»²⁶.

bene, in perfetto accordo: ad ogni cattedra vacante si domanda il concorso e questo mi soddisfa»: Jemolo, *Lettere a Mario Falco* cit., I, n. 180, p. 349. Pitzorno (1878-1955), allievo di Besta, era dal 1916 titolare della cattedra di Storia del diritto italiano. Su Pitzorno cfr. A. Nieddu, *Benvenuto Pitzorno, in Storia dell'Università*, II, pp. 41-42; A. Nieddu, *Pitzorno, Benvenuto*, in *DBGI*, II, pp. 1603-1604.

²⁰ Jemolo, *Lettere a Mario Falco* cit., I, n. 198, p. 379.

²¹ *Ibidem*, I, n. 185, p. 361, lettera del 18 gennaio 1921.

²² *Ibidem*. Il riferimento è a Guido Zanobini, vincitore della cattedra di Diritto amministrativo nel 1921, che insegnò a Sassari per soli quattro mesi e a Gino Borgatta, vincitore della cattedra di Economia politica nel 1916, ordinario dal 1920.

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Ibidem*, I, n. 204, p. 385, lettera del 9 dicembre 1921.

²⁵ *Ibidem*, I, n. 207, p. 391.

²⁶ *Verbali delle sedute* cit., seduta del 6 dicembre 1922.

Qui si conduce la più grama vita universitaria che immaginare si possa – afferma l'11 febbraio –: sessanta studenti ripartiti nei 4 anni (oltre 26 fuori corso) i quali pretendono di cominciare l'anno a dicembre, finirlo al 15 maggio, fare 1 mese di vacanza a Natale, 1 mese a carnevale, 1 a Pasqua. Gli insegnamenti fondamentali che non si fanno. 7 studenti (fra i 4 anni) che frequentano...²⁷.

Anche le sessioni d'esame presentano diverse difficoltà: «Diamo esami, ma gli studenti preferiscono rinviare ed aggiornare sempre, quasi fossero altrettanti ministri. Fatichiamo, al solito, per rintracciare l'introvabile Mancaleoni, ed indurlo ad assidersi svogliato al tavolo degli esami»²⁸. Jemolo aveva inoltre proposto che, per «legalizzare una situazione preesistente e ad assicurare al caso allievi nel primo anno il corso di Diritto ecclesiastico» fosse «spostato dal terzo al secondo anno». La Facoltà approvò la richiesta e il preside propose di spostare al primo anno anche il corso di Diritto costituzionale, disciplina in qualche misura propedeutica²⁹.

Gli anni sassaresi sono stati comunque estremamente produttivi per l'attività scientifica di Jemolo. Nell'autunno del 1920 aveva ipotizzato di realizzare «un lavoro sulle mense e capitoli della Sardegna e Corsica», progetto ben presto abbandonato³⁰. Porterà a termine lo studio sulla polemica antigesuitica nell'Italia del Settecento e, nel gennaio 1921 un saggio sul cambiamento di nazionalità delle persone giuridiche in caso di trasferimenti di territori, con particolare riguardo alle disposizioni dei trattati di pace³¹. Si dedica intanto a curare la ristampa del manuale di Diritto ecclesiastico di Andrea Galante, che intendeva adottare³². Dai primi del 1921 inizia ad elaborare uno studio su

²⁷ Jemolo, *Lettere a Mario Falco* cit., I, n. 207, p. 390, lettera del 18 febbraio 1922.

²⁸ *Ibidem*, I, n. 193, p. 372, lettera del 23 giugno 1921. Il riferimento è a Flaminio Mancaleoni, straordinario dal 1901 e ordinario dal 1905 di Diritto romano, allievo di Carlo Fadda, rettore dell'ateneo sassarese dal 1916 al 1919. Nel 1920 fu eletto sindaco di Sassari alla testa di una coalizione liberale-moderata. Cfr. G. Fois, *Flaminio Mancaleoni professore dell'Università di Sassari*, in «Annali di storia delle Università italiane», 6 (2002), pp. 113-121; G. Fois, *Flaminio Mancaleoni*, in *Storia dell'Università di Sassari* cit., II, pp. 96-98; *Flaminio Mancaleoni (1867-1951) e gli studi di diritto romano*, in *Diritto@storia* (<www.dirittoestoria.it/memorie/index.htm>). Sull'esperienza amministrativa cfr. M. Brigaglia, *La classe dirigente a Sassari da Giolitti a Mussolini*, Cagliari 1979, pp. 197 sgg.

²⁹ *Verbali delle sedute* cit., seduta del 1° luglio 1922. In quell'anno Jemolo pubblicava l'articolo *La politica ecclesiastica italiana e il pontificato di Benedetto XV*, in «Nuova antologia», 57 (1922), pp. 201-207.

³⁰ Jemolo, *Lettere a Mario Falco* cit., I, n. 176, lettera del 30 ottobre 1920.

³¹ Cfr. Jemolo, *Dottrine teologiche* cit.; *Il cambiamento di personalità delle persone giuridiche in relazione ai mutamenti territoriali*, in «Rivista di diritto internazionale», 14 (1921-22), 1, pp. 81 sgg.; la data di completamento del saggio si evince da Jemolo, *Lettere a Mario Falco* cit., I, n. 186, p. 382.

³² Cfr. A. Galante, *Manuale di diritto ecclesiastico*, 2^a ediz., a cura di A.C. Jemolo, Milano 1922, pp. 736, con una sua prefazione, pp. VII-X. «Sono soffocato dalle bozze del Galante: m'accorgo di avere lasciato scappare grosse castronerie, soprattutto nella parte delle congregazioni»: Jemolo, *Lettere a Mario Falco* cit., I, n. 188, p. 365, lettera datata Sassari, 6 marzo 1921. Cfr., anche a proposito del manuale di Galante, M. Vismara Missiroli, *Diritto canonico e scienze giuridiche. L'insegnamento del diritto della Chiesa nelle università italiane dall'unità al Vaticano II*, Padova 1998, pp. 51-52. Sull'autore P. Camponeschi, *Galante Andrea*, in *Dizionario biografico degli italiani*, 51, Roma 1998, pp. 329-330; M. Vismara Missiroli, *Galante, Andrea*, in *DBGI*, I, p. 926.

Bartolo e il problema della povertà minoritica («Per quanto a te consta – si rivolge a Falco –, c'è alcuno che si sia occupato della controversia di Bartolo e Baldo sulla capacità di acquisto delle chiese e sacrestie minoritiche?»)³³.

«Sto lavorando sempre attorno al *Liber minoritarum* di Bartolo», informa Falco da Sassari il 6 marzo 1921. In agosto il saggio è terminato e viene pubblicato negli «Studi sassaresi»³⁴. Ai primi del 1922 completa il profilo di Francesco Crispi per la collana «Uomini e idee» diretta da Ernesto Codignola, scritto in un momento di incertezza, se non di vera e propria confusione, politica, una sorta di «peccato di giovinezza», come lo definirà nel 1972 («chi scrive – afferma nella premessa – [...] è ben lungi dall'aver la fede nello Stato liberale [...], ma accoglie però in sé troppo fervore di sentimento antidemocratico»), ha comunque il merito, con un'equilibrata e per certi versi inedita rivalutazione dell'opera dello statista siciliano, di individuare nell'età crispina l'origine dell'involuzione autoritaria del sistema politico italiano³⁵. Alla fine dell'estate del 1922 termina la stesura dell'articolo su quattro secoli di elaborazione del privilegio paolino, destinato a «Studi sassaresi»³⁶.

Lavorare a Sassari non era certo facile e Jemolo se ne lamenta spesso. Il 3 maggio 1921 chiede che la Facoltà si adoperi presso le «autorità accademiche perché sia provveduto al più presto a collocare l'illuminazione elettrica nell'Istituto giuridico e nelle aule». Il 6 dicembre 1922 chiede al preside di «provvedere al riscaldamento delle aule e dell'Istituto, alla loro illuminazione e di dar modo ai professori di poter approfittare dell'Istituto sino alle ore 19»³⁷.

³³ Jemolo, *Lettere a Mario Falco* cit., I, n. 186, p. 362, lettera data Sassari, 29 gennaio 1921.

³⁴ A.C. Jemolo, *Il «Liber minoritarum» di Bartolo e la povertà minoritica nei giuristi del XIII e del XIV secolo*, «Studi sassaresi», serie II, 2 (1922), n. 1, pp. 1-54, ora anche in A.C. Jemolo, *Scritti vari di storia religiosa e civile*, a cura di F. Margiotta Broglio, Milano 1965, pp. 29-74. «Io ho lavoricchiato – scrive a Falco il 14 agosto 1921 –: ho terminato l'articolo sul *Liber Minoritarum* di Bartolo, che ho cercato d'inquadrare nella letteratura minoritica del sec. XIV»: Jemolo, *Lettere a Mario Falco* cit., I, n. 95, p. 375. Jemolo rimase favorevolmente impressionato dalla ripresa delle pubblicazioni di «Studi sassaresi»: «Si stanno risuscitando gli *Studi sassaresi*: la Sardegna è ricca, ed ha qualche attaccamento per la sua Università: si sono viste imprese automobilistiche, fabbricanti di mobili, ecc., offrire somme discrete: si è riunito in due mesi di che stampare un volume di cinquecento pagine. Probabilmente tutti collaboreremo: se avrò il tempo, chissà non cerchi di far saltare fuori qualcosa delle mie schede minoritiche»: Jemolo, *Lettere a Mario Falco* cit., I, n. 186, lettera data Sassari, 29 gennaio 1921.

³⁵ A.C. Jemolo, *Crispi*, Firenze 1922, p. 9. La piena rivalutazione del nazionalismo crispino poneva l'opera in stretta sintonia con alcune istanze del movimento fascista. «Vallecchi mi scrive che il manoscritto del mio *Crispi* attenderà vari mesi prima di passare in tipografia: tutto ciò è molto consolante! Ed appunto per consolarmi ho cominciato a sfogliare lo scarso materiale che c'è qui a Sassari, per raccogliere quanto concerne il privilegio paolino: vorrei dare agli *Studi sassaresi* un articolo sul privilegio paolino nell'età d'oro del diritto canonico»: Jemolo, *Lettere a Mario Falco* cit., I, n. 207, p. 391, lettera data Sassari, 18 febbraio 1922.

³⁶ Cfr. A.C. Jemolo, *Il privilegio paolino dal principio del secolo XI agli albori del XV*, in «Studi sassaresi», serie II, 2 (1922), pp. 23-78; cfr. a questo proposito Jemolo, *Lettere a Mario Falco* cit., I, n. 217, p. 406, lettera data Roma, 4 settembre 1922. Nella stessa rivista, 3 (1923), n. 2, pp. 225-228, pubblicò la recensione al volume di A. Rapisardi-Mirabelli, *I limiti d'obbligatorietà delle norme giuridiche internazionali*, Catania 1922.

³⁷ *Verbali delle sedute* cit.; «il bidello se ne va alle 5 e le lezioni delle 17 occorre farle nel cortile se andandosene ha chiuso l'aula»: Jemolo, *Lettere a Mario Falco* cit., I, n. 207, pp. 390-391, lettera data Sassari, 18 febbraio 1922.

«Noi sassaresi ci sentiamo isolati dal mondo – scrive a Falco da Sassari il 2 dicembre 1922 – come se questa fosse l'ultima Tule. Nessuno ci scrive, nessuno ci dà notizie universitarie, non sappiamo niente di niente»³⁸.

Già dall'autunno del 1921 Jemolo si adoperò per un suo trasferimento in un ateneo della penisola: sondando gli umori di alcune Facoltà e valutando alcune ipotetiche possibilità come quelle di venir chiamato dalle Università di Siena, Catania («sono deciso ad andare a Catania, vincendo pur sapendo già che non mi troverò bene», confidava a Falco il 18 aprile 1922)³⁹, Macerata e Bologna. Il 31 ottobre 1922 si classificava primo della graduatoria del concorso bandito dall'Università siciliana, ma poiché si stavano aprendo prospettive per la chiamata bolognese, declinò l'offerta⁴⁰. Il 4 novembre 1922 la Facoltà di giurisprudenza di Bologna accoglieva la richiesta di trasferimento di Jemolo e la girava al Ministero, che il 29 novembre esprimeva parere favorevole: prese servizio nell'Università emiliana il 1° gennaio 1923, dove restò, con la parentesi degli anni accademici 1925-27 alla Cattolica di Milano, fino al 1933⁴¹. In quell'anno la Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Roma lo chiamò a succedere a Francesco Scaduto, fondatore insieme al suo maestro Ruffini della scienza del Diritto ecclesiastico italiano, cattedra che avrebbe ricoperto sino al 1961.

Nel 1925, insieme a Ruffini, Falco, Vincenzo Del Giudice, docenti di Diritto ecclesiastico, e ad altri giuristi, fra i quali Piero Calamandrei, Alessandro Levi, Giuseppe Chiovenda, Vittorio Finzi, Silvio Trentin, Siro Solazzi, Francesco

³⁸ Jemolo, *Lettere a Mario Falco* cit., I, n. 226, p. 427, lettera datata Sassari, 2 dicembre 1922. Il matrimonio con Adele Morghen, celebrato da Buonaiuti il 31 ottobre 1921 e la nascita della figlia Adele Maria, accentuano il distacco di Jemolo per quella sede lontana e disagiata: «Sono da tre giorni nello sporcissimo primo albergo di questo sporcissimo paese: a ragione d'acqua come lo era la colonna Galliano nel forte Makallé: siamo sempre a risolvere il problema se sia meglio lavarci le mani una sola volta al giorno o più volte nella stessa acqua (pardon!). Attendiamo invano che gli studenti si decidano a venire: per ora sono sordi alle nostre implorazioni. E biglielloniamo, come certe donnette in cerca di clienti. Oh, la dignità dell'insegnamento universitario, che pareva sì gran cosa quando la si scorgeva da lontano! E non ti nascondo che mai Sassari mi è sembrata così brutta come ora che ho moglie e bimbo al di là dal mare» (*ibidem*, n. 425, p. 426, lettera datata Sassari, 18 novembre 1922).

³⁹ *Ibidem*, I, n. 208, p. 395. La chiamata a Macerata non ebbe corso per un vizio di forma nella delibera della Facoltà. Jemolo ne attribuiva la responsabilità ai raggiri dell'ex collega sassarese Calogero Gangi, a lui avverso.

⁴⁰ Pochi giorni prima della chiusura del concorso così scriveva a Falco: «Dio ci scampi dalle Università siciliane: piuttosto morirò a Sassari: ma non voglio diventare idrofobo»: *ibidem*, I, n. 219, lettera datata Roma, 4 ottobre 1922. La commissione concorsuale era formata da Francesco Scaduto, Ruffini, Santi Romano, Mattia Moresco e Brandileone.

⁴¹ *Biografia di Arturo Carlo Jemolo* cit., pp. 18-19. Cfr. F. Margiotta Broglio, *Jemolo e Del Giudice all'Università Cattolica del Sacro Cuore*, in Margiotta Broglio, *Religione, diritto* cit., pp. 91-134. In occasione della sua ultima partecipazione al consiglio di Facoltà Jemolo, il 12 dicembre 1922, «ringrazia e assicura che conserverà costante il ricordo dell'Università di Sassari nella quale iniziò la propria vita accademica»: *Verbali delle sedute* cit. Nel 1924 Jemolo otteneva la promozione ad ordinario da una commissione composta da Francesco Scaduto, Ruffini, Brandileone, Solmi e Falco che esprimeva un giudizio positivo, pur con qualche riserva, sulla sua produzione scientifica degli anni sassaresi: *MPI, Boll. uff.*, II, 51, n. 37, 11 settembre 1924, pp. 2208-2209.

Messineo, Giuseppe Salvioli, Gaetano Mosca, Manfredi Siotto Pintor, Giuseppe Valeri, Carlo Fadda, Roberto De Ruggiero, Vincenzo Arangio Ruiz, Alfredo Bartolomei aveva aderito al manifesto degli intellettuali antifascisti promosso da Benedetto Croce (dall'ateneo turritano avevano inviato l'adesione Mancaloni, il giovane amministrativista senese Mario Bracci e Giorgio Bosco)⁴².

Il 15 novembre 1932, suggerendo al preside della Facoltà giuridica sassarese, Antonio Segni, i nomi di tre possibili candidati per ricoprire l'incarico, allora scoperto, di Diritto ecclesiastico, Jemolo ricordava di aver iniziato la carriera universitaria proprio a Sassari, «di cui conservava un caro, inalterabile ricordo: città, università, studentesca, colleghi, tutto mi fu propizio e ospitale!»⁴³.

⁴² Cfr. Margiotta Broglio, *Jemolo, Arturo Carlo* cit., p. 198; F. Margiotta Broglio, *Fascismo, anti-fascismo e Concordato in una lettera di Vincenzo Del Giudice a Carlo Arturo Jemolo*, in «Quaderni di diritto e politica ecclesiastica», 1988, pp. 129-133.

⁴³ Archivio Antonio Segni, presso il Dipartimento di Storia dell'Università di Sassari, materiale in via di inventariazione.

Per un'Italia liberale, laica ed europeista

Ernesto Rossi e le elezioni del 18 aprile 1948

di Simonetta Michelotti

1. «Non votate per me!», esortava Ernesto Rossi nella campagna elettorale per le elezioni politiche del 18 aprile 1948, le prime dell'Italia repubblicana. «Una nuova tecnica elettorale» la definì Gaetano Salvemini¹, quanto meno curiosa, sicuramente controcorrente. D'altra parte controcorrente furono molte delle posizioni di Rossi nel secondo dopoguerra: Piero Calamandrei lo definì un Gian Burrasca della politica e dell'economia italiana².

Su Rossi e sull'efficacia o meno del suo essere contro sono stati scritti fiumi d'inchiostro³. Questo breve intervento non entra nel merito del dibattito, ma intende delineare il progetto rossiano per un'Italia liberale, laica, attenta alle esigenze della giustizia sociale e inserita in un nuovo ordine internazionale dove fosse preminente il ruolo di un'Europa federata. Fonte principale è il dattiloscritto del discorso elettorale che Rossi tenne a Bitonto nella primavera 1948⁴.

Rossi fu candidato alla Camera a Firenze e a Roma, al Senato a Bitonto per Unità socialista, raggruppamento costituitosi in occasione delle elezioni del 18 aprile tra il Partito socialista dei lavoratori di Giuseppe Saragat e l'Unione dei Socialisti di Ivan Matteo Lombardo. Si trattava dell'ala socialista riformista, uscita dal Psi in contrasto con la linea maggioritaria favorevole al Fronte popolare con il Pci. Unità socialista ottenne il 7% dei voti, guadagnando trentatré seggi alla Camera e otto senatori.

Rossi tenne discorsi elettorali in tutti e tre i collegi in cui era candidato ma nelle ventiquattro pagine dattiloscritte del discorso tenuto a Bitonto è racchiu-

¹ G. Salvemini a E. Rossi, Cambridge (Mass.), 27 marzo 1948, in E. Rossi, G. Salvemini, *Dall'esilio alla Repubblica. Lettere 1944-1957*, Torino 2004, p. 316.

² P. Calamandrei, *Saluto a Ernesto*, in «Il Ponte», 1955/2, p. 142.

³ G. Armani, *La forza di «Non mollare!»: Ernesto Rossi dalla grande guerra a 'Giustizia e libertà'*, Milano 2004; A. Braga, *Un federalista giacobino. Ernesto Rossi pioniere degli Stati Uniti d'Europa*, Bologna 2007; *Ernesto Rossi un democratico europeo*, a cura di A. Braga, S. Michelotti, Soveria Mannelli 2009; S. Michelotti, *Ernesto Rossi. Pianificare la libertà: il dirigismo liberale da Ventotene agli esordi della Repubblica (1939-1954)*, Genova 2011; S. Michelotti, «Stato e Chiesa». *Ernesto Rossi contro il clericalismo. Una battaglia per la democrazia*, Soveria Mannelli 2006.

⁴ L'originale è conservato presso gli Archivi storici dell'Unione Europea [d'ora in poi Asue], Fondo Ernesto Rossi [d'ora in poi ER], 33. Ampi stralci sono ora pubblicati in Michelotti, *Pianificare la libertà* cit., pp. 193-200.

sa l'essenza del suo manifesto politico. Conosciuto principalmente come polemista e giornalista d'inchiesta, Rossi propose soluzioni ai problemi dell'Italia post-bellica. E lo fece prendendo ostentatamente le distanze dalla politica ufficiale, che a suo parere era contaminata da persistenze culturali che zavorravano la neonata repubblica.

Il «Non votate per me» era esplicitato nel «non votate per me se volete mandare al Senato un rappresentante dei vostri interessi particolari». Nella primavera 1948 l'obiettivo era consolidare la democrazia in Italia dopo vent'anni di dittatura e Rossi dimostrò che il bene generale del paese creava il bene del singolo. Per illustrare meglio il concetto raccontò la storiellina degli operai che portano a spalla una longarina di ferro in fila indiana. A un certo punto, gli ultimi della fila iniziano a camminare a ginocchia piegate per far ricadere il peso su coloro che li precedono. Ciò però innesca un processo a catena: anche gli altri iniziano a camminare nello stesso modo. Alla fine tutti gli operai portano la longarina a ginocchia piegate, facendo molta più fatica.

2. Rossi nacque a Caserta (25 agosto 1897) dove era di stanza il padre, militare di carriera, ma crebbe e si formò a Firenze, la sua città a tutti gli effetti. Qui iniziò l'attività antifascista e fece parte della redazione del foglio clandestino *Non mollare!*⁵. Riuscì a sfuggire all'ondata di arresti che seguirono l'abolizione della libertà di stampa e si rifugiò a Parigi alla fine di maggio 1925. Rientrato in Italia nell'ottobre, vinse la cattedra per l'insegnamento di materie economiche nelle scuole e dal 1926 si trasferì a Bergamo, dove riprese con maggior vigore l'attività antifascista ma fu arrestato il 30 ottobre 1930. Trascorse nove anni in carcere e quattro al confino sull'isola di Ventotene per essere liberato alla caduta di Mussolini (25 luglio 1943). Dopo l'8 settembre si rifugiò a Ginevra e rientrò in Italia nell'aprile 1945. Fu nominato sottosegretario alla ricostruzione nel governo di Ferruccio Parri (21 giugno-10 dicembre 1945) e divenne presidente dell'Azienda per il rilievo e l'alienazione dei residui bellici (Arar) il 29 ottobre 1945⁶.

Si comprendono quindi le candidature a Firenze e a Roma, ma qual era il legame tra Rossi e Bitonto?

Nel collegio elettorale della cittadina pugliese era stato eletto deputato nel 1913 Gaetano Salvemini, maestro di Rossi e di quella generazione di giovani fiorentini (tra cui i fratelli Rosselli) che nei primi anni Venti si erano ritrovati nel Circolo di Cultura da cui scaturì il nucleo dell'opposizione liberalsocialista al fascismo e il *Non mollare!*. Rossi riconobbe in varie occasioni a Salvemini il merito di averlo salvato dalle tentazioni nazionalistiche e profasciste. Partito volontario neanche ventenne per il fronte della prima guerra mondiale (11 marzo 1916) animato dallo spirito dell'interventismo democratico, Rossi sperimentò al ritorno l'inquietudine di molti reduci davanti alla vittoria mutilata e al disagio sociale conseguente al conflitto. Grazie alla frequentazione di Salvemini, all'epo-

⁵ Si veda *Non mollare! (1925)*, a cura di M. Franzinelli, Torino 2005.

⁶ Si veda L. Segreto, *Arar. Un'azienda statale tra mercato e dirigismo*, Milano 2002.

ca docente di storia all'università di Firenze, indirizzò il suo spirito ribelle e irrequieto verso esperienze culturali e politiche che lo portarono a divenire antifascista all'interno del gruppo di Giustizia e Libertà e nel secondo dopoguerra ad aderire al Partito d'Azione.

La scelta di Bitonto come terzo luogo in cui candidarsi fu quindi un tributo a Salvemini. D'altra parte Rossi affermò che la sua lotta politica nel 1948 era chiara come al tempo del fascismo.

3. Tra il 1943 e il 1947 il Pd'A fu il principale erede politico di Giustizia e Libertà. Tuttavia, uomini di idee molto differenti avevano militato nel gruppo antifascista e nel dopoguerra i giellisti aderirono a più partiti⁷.

Rossi scelse il Pd'A pur rendendosi conto che la lotta clandestina e la lotta politica erano due realtà molto differenti. Sostenne che non necessariamente chi aveva avuto le necessarie qualità per la prima, le avesse anche per la seconda⁸. Ben presto si sentì a disagio tra gli azionisti, criticandone l'eccessiva attenzione all'elaborazione ideologica a scapito del confronto sui problemi concreti che Rossi avrebbe voluto affrontare con rapidità⁹. Il Pd'A divenne ai suoi occhi «il nostro glorioso partitino d'inazione»¹⁰. Poco prima del suo rientro in Italia dalla Svizzera, Rossi ammoniva sull'importanza del periodo immediatamente successivo alla liberazione. Per spiegare meglio il concetto, prese un foglio di carta, lo piegò in quattro e poi disse:

Provate, se vi riesce, a cancellare il segno di questa piega. Non ci riuscirete mai completamente. La piega che avrà l'Italia nei prossimi giorni sarà la piega definitiva e nessuno la potrà cancellare più¹¹.

All'interno del Pd'A le proposte di Rossi erano considerate troppo ardite rispetto alla linea politica generale. Proponeva una rottura netta con il passato incarnato dalla monarchia, la grande industria e il Vaticano¹². Ma tra gli azionisti vi era chi sosteneva ancora i Savoia e chi cercava di muoversi con prudenza nel caos politico dell'immediato dopoguerra per ottenere un successo elettorale che consentisse di far sentire la propria voce in Parlamento: in questa seconda categoria si ponevano Ugo La Malfa e il leader del partito Leo Valiani. Rossi li catalogò come «vecchi pasticcioni della vecchia democrazia di deprecata memoria»¹³. A posteriori Vittorio Foa ricordò che, seppure nella profonda critica dei

⁷ Intervista di Rossi al «Giornale d'Italia», 3 settembre 1947, contenuta in un articolo dal titolo *Partito d'Azione e partiti socialisti*, in Asue ER-33.

⁸ *Ibidem*.

⁹ L. Bortone, *Ernesto Rossi e il Partito d'Azione*, in *Ernesto Rossi. Una utopia concreta*, a cura di P. Ignazi, Milano 1991, p. 63.

¹⁰ E. Rossi a V. Calace, Roma, 19 agosto 1947, in E. Rossi, *Epistolario 1943-1967. Dal Partito d'Azione al centro-sinistra*, a cura di M. Franzinelli, Roma 2007, p. 89.

¹¹ M. Boneschi, *Ricordi e testimonianze*, in *Una utopia concreta* cit., p. 213.

¹² Sesto Empirico [ER], *Cos'è e cosa vuole il Partito d'Azione*, Locarno [1944?], in Asue ER-33. Sul Pd'A si veda G. De Luna, *Storia del Partito d'Azione (1942-1947)*, Milano 1982; E. Savino, *La diaspora azionista. Dalla Resistenza alla nascita del Partito radicale*, Milano 2010.

¹³ E. Rossi a G. Salvemini, Ginevra, 26 marzo 1944, in Rossi, Salvemini, *Dall'esilio alla Repubblica*

sistemi precedenti (non solo fascista ma anche del regime liberale), il Pd'A rimaneva «un partito come gli altri»¹⁴. Ciò rappresentava un limite per l'impazienza e l'esuberanza di Rossi. Per questa difficoltà nel condividere le precauzioni del partito in una delicata fase di transizione, Rossi preferì dedicarsi principalmente a promuovere le istanze europeiste in senso federalista all'interno dell'esecutivo del Pd'A dell'Alta Italia, in cui fu nominato con Altiero Spinelli¹⁵. I due ex compagni di confino avevano fondato nell'agosto 1943 il Movimento federalista europeo.

Salvemini fece notare a Rossi che il suo programma economico, come emergeva dagli scritti del carcere e del confino, lo avvicinava ai socialisti¹⁶. Ai riformisti di Ignazio Silone però, non ai frontisti di Pietro Nenni che nel 1945 Rossi definì «comunisti malriusciti»¹⁷.

Tuttavia, per Rossi non si trattava semplicemente di passare dagli azionisti ai riformisti. La finta candidatura alla Camera e al Senato nelle fila di Unità Socialista – “finta” perché sostenne che avrebbe considerato una «disgrazia» l'eventuale elezione – evidenziava il suo rapporto conflittuale con qualsiasi partito politico. Neanche il Partito radicale, che pure contribuì a fondare nel 1955, fece eccezione. La sua volontà, che diveniva ansia di fare, di agire, mal si accordava con i ritmi e i modi della politica. Ne era consapevole, perché non riusciva lui stesso a prendersi sul serio come politico. Ammetteva che non avrebbe mai taciuto ciò che considerava essere la verità, anche a rischio di dispiacere a qualche amico¹⁸.

L'approccio originale (controcorrente?) di Rossi alla politica emerge *in toto* nel discorso di Bitonto, laddove a conclusione della sua orazione non chiedeva il voto per se stesso, ma per i suoi compagni di apparentamento per evitare appunto la “disgrazia” di un'elezione! Ammoniva inoltre gli elettori che se cercavano un rappresentante dei loro interessi particolari in seno al Parlamento, non dovevano votarlo. Lanciava il suo messaggio agli uomini liberi, non ai furbi che approfittavano della situazione, si rivolgeva ai cittadini disposti a dare il proprio contributo alla rifondazione del paese, non a coloro che avrebbero piegato le ginocchia nel portare la longarina. Il suo appello aveva un forte contenuto etico oltre che politico.

Tre erano gli obiettivi principali da perseguire: consolidare la pace (attraverso l'europeismo); difendere la libertà (allontanando minacce vecchie e nuove);

cit., pp. 18-19. Sui rapporti tra Rossi e il P.d'A. cfr. P. Ignazi, *Il ruolo di Ernesto Rossi nella cultura politica italiana*, in *Una utopia concreta* cit., p. 5.

¹⁴ Intervista audio a V. Foa, dicembre 2007, a cura di D. Biacchessi, <http://video.ilsol24ore.com/SoleOnline4/Audio/Italia/2008/a_radio24-foa2.php> (visitato 24 marzo 2014).

¹⁵ E. Rossi ad A. Spinelli, Ginevra, 21 ottobre 1944, in Rossi, *Epistolario* cit., p. 32.

¹⁶ G. Salvemini a E. Rossi, Cambridge (Mass.), 2 dicembre 1944, in Rossi, Salvemini, *Dall'esilio alla Repubblica* cit., p. 30; G. Salvemini a E. Rossi, Cambridge (Mass.), 22 aprile 1946, *ivi*, p. 131. Si veda E. Rossi, *La riforma agraria*, Milano 1945; E. Rossi, *Critica del sindacalismo*, Milano 1945; E. Rossi, *Abolire la miseria*, Milano 1946; E. Rossi, *Critica del capitalismo*, Milano 1948.

¹⁷ E. Rossi a G. Salvemini, Ginevra, 15 febbraio 1945, in Rossi, Salvemini, *Dall'esilio alla Repubblica* cit., p. 52.

¹⁸ E. Rossi a M. Rosselli, Ginevra, 9 febbraio 1945, in Rossi, *Epistolario* cit., p. 44.

denunciare camorre e privilegi. Un ulteriore obiettivo era il sostegno al Mezzogiorno, ma non si trattava di una mera operazione elettorale visto che parlava in Puglia. Dei problemi del Sud si era già occupato nell'immediato primo dopoguerra, lavorando per conto dell'Associazione nazionale per gli interessi del Mezzogiorno d'Italia (Animi) diretta da Umberto Zanotti Bianco¹⁹.

Le minacce alla Repubblica a cui faceva riferimento Rossi non erano altro che i principali partiti, Pci e Dc. Spiegò agli elettori di Bitonto che la pericolosità risiedeva nel fatto che il Pci era espressione del volere di Mosca e la Dc del Vaticano, quindi di due entità straniere.

4. Pur riconoscendo l'importanza del ruolo svolto dai comunisti nella lotta al fascismo e la disponibilità ad accettare la condivisione delle responsabilità di governo alla fine del conflitto²⁰, Rossi nutriva nei confronti del comunismo un'avversione pari a quella per il fascismo: entrambe le ideologie si esprimevano attraverso regimi totalitari. Era convinto che negli anni Trenta sarebbe finito in carcere anche se al potere fossero stati i comunisti²¹. Secondo Rossi il regime democratico si caratterizzava per la tutela dell'opposizione, ed egli dimostrò che i comunisti di altri paesi non rispettavano questa regola. Portò come esempio i fatti del gennaio-febbraio 1948 in Cecoslovacchia, culminati con il colpo di stato guidato dal comunista Klement Gottwald (25 febbraio 1948). Inoltre, vedeva il Pci come portatore delle esigenze dell'Urss più che di quelle nazionali e ciò poneva il partito in opposizione al progetto che stava maggiormente a cuore a Rossi, la federazione europea. Mosca temeva che la federazione europea nascesse in funzione anti-sovietica. I partiti comunisti dei vari paesi europei erano preoccupati anche per il programma minimo di un'integrazione economica, temendo andasse a rinforzare la grande industria.

Ma non era solo la politica a dividere Rossi dal Pci. In economia il concetto di pianificazione comunista si opponeva al liberismo. Rossi riteneva non spettasse allo Stato stabilire quali fossero i bisogni particolari degli individui, poiché ciò contrastava con le caratteristiche peculiari di ciascuna persona. L'eccesso di regolamentazione da parte dello Stato impoveriva l'*esprit* del singolo, ripercuotendosi negativamente sul sistema produttivo. Il monopolio dello Stato sugli strumenti di produzione poi bloccava ogni stimolo al progresso, riducendo l'incremento marginale del benessere²². Ciò non significava che Rossi abbracciasse *tout court* il credo liberista confidando nell'armonia naturale delle forze economiche. Riconosceva che era necessario un intervento dello Stato in economia. Lo

¹⁹ Si veda M. Grasso, *Ernesto Rossi e il sud Italia nel primo dopoguerra*, Bologna 2012.

²⁰ E. Rossi a G. Salvemini, Roma, 23 febbraio 1947, in Rossi, Salvemini, *Dall'esilio alla Repubblica* cit., p. 227.

²¹ E. Rossi alla madre, Reclusorio di Pallanza, 18 ottobre 1931, in E. Rossi, *Elogio della galera. Lettere dal carcere 1930-1943*, a cura di M. Magini, Bari 1968, p. 62.

²² E. Rossi alla madre, Reclusorio di Piacenza, 3 marzo 1933, in Rossi, *Elogio della galera* cit., p. 157; Rossi alla moglie, Regina Coeli, 8 febbraio 1935, in Rossi, *Nove anni sono molti* cit., p. 358; Rossi alla moglie, Regina Coeli, 31 gennaio 1936, ivi, p. 452.

sosteneva anche Luigi Einaudi, altro grande maestro di Rossi negli anni di Bergamo. Unanimemente riconosciuto come il principale liberista italiano, Einaudi spiegava che se il mercato avesse richiesto la produzione di veleni, questi avrebbero potuto essere prodotti impunemente in regime di piena libertà²³. Era quindi necessario apportare correttivi al libero mercato.

Rossi parlava di pianificazione ma a beneficio dell'individuo e non dell'apparato. L'intervento dello Stato si poneva a controllare le attività degli individui perché non si verificassero situazioni come quella dei veleni, ma anche per evitare posizioni di preminenza sul mercato come nel caso di oligopoli e monopoli privati. A Bitonto ribatté in particolare sulla proposta avanzata nel suo saggio *Abolire la miseria*: lo Stato avrebbe dovuto fornire a tutti i cittadini beni e servizi essenziali così da garantire uno standard minimo di vita. Su questa base di partenza paritaria l'*esprit* del singolo individuo avrebbe stabilito il successo o l'insuccesso di ciascuno. Rossi interpretava il socialismo come lo Stato che si poneva al servizio dei cittadini, senza soffocarne l'iniziativa imprenditoriale come invece accadeva nei regimi comunisti. La chiamò «pianificazione consapevole» necessaria a creare l'ambiente ideale per lo sviluppo attraverso «una sempre più completa espressione della personalità umana».

Ma perché lo Stato fosse in grado di svolgere al meglio questo ruolo era necessario sviluppare il senso civico. Nel dattiloscritto predisposto per Bitonto si legge:

Come volete che si possa parlare di pianificazione socialista finché si vedono agenti di P.S. e Carabinieri in divisa comprare sigarette sulle bancarelle a tutti gli angoli delle strade della Capitale, mentre le leggi comminano anni di carcere a chi vende generi di monopolio senza licenza?

Rossi spiegava che per applicare una qualsiasi forma di pianificazione era necessario che prima di tutto esistesse uno Stato.

5. Nella sua opposizione al Pci Rossi fece ricorso a un tema caro anche alla Dc: paventò la sospensione del Piano Marshall in caso di vittoria comunista e il conseguente precipitare del paese nella miseria. Ciò tuttavia non significava che ci fosse una completa comunità d'intenti tra Rossi e la Dc.

La Repubblica era uscita zoppicante dal referendum del 2 giugno 1946, ma la Costituzione dell'anno successivo le aveva offerto una valida stampella su cui appoggiarsi. Rossi però ebbe parole molto critiche a proposito dell'art. 7 che recepiva il Concordato tra Stato e Chiesa. Egli si batté fino al giorno della sua scomparsa (9 febbraio 1967) per l'abolizione dell'accordo dell'11 febbraio 1929 tra Mussolini e Pio XII.

Rossi era portatore di una cultura laica che si contrapponeva alla cultura confessionale le cui fondamenta vedeva proprio nell'art. 7 che pur difendendo la libertà di religione offriva comunque un vantaggio al Vaticano. Egli poneva il

²³ L. Einaudi, *Giustizia e libertà*, in «Corriere della Sera», 25 aprile 1948.

diritto a professare la propria religione tra le libertà fondamentali dell'individuo, ma obiettava fermamente alla preminenza data alla religione di Roma. Obiettava anche alla lacuna culturale che portava alla mancanza di una netta separazione tra vita pubblica e religione privata, necessaria in uno Stato veramente laico, perché i concetti di libertà e verità della Chiesa erano univoci.

Rossi presentava la Dc come braccio politico del Vaticano. Questo il quadro che tracciava in caso di vittoria democristiana:

Il Vaticano cercherebbe di riportarci alla sana pratica del polizino della comunione che gli italiani erano obbligati a procurarsi dal loro parroco negli Stati della Chiesa prima dell'Unità Italiana. Avremo un regime di ipocrisia e di camorra, di opposizione poliziesca odorante di incenso, com'è il regime di Franco in Spagna.

Anche in questo caso Rossi evidenziava come un partito italiano avesse maggiormente a cuore gli interessi stranieri (del Vaticano, appunto) piuttosto che quelli nazionali. Per questo motivo a Bitonto dichiarò: «la parola *Libertas* scritta nello scudo crociato della Democrazia cristiana ci dà ancora meno affidamento della parola *italiano* aggiunta alle parole Partito comunista».

Rossi non nascose mai la sua lettura critica del Concordato come appoggio politico a Mussolini in cambio di una sostanziosa indennità al Vaticano a cancellare le "incomprensioni" con il Regno d'Italia dopo il 1861. Il Vaticano si era difeso dal socialismo e dal comunismo, unitisi allo Stato liberale nell'insidiare il primato culturale (prima ancora che politico) della Chiesa, accettando il fascismo che ebbe il merito di spazzare via lo Stato liberale, reo del peccato di laicità. Questa era stata la priorità del Vaticano, come Rossi documentò successivamente in uno dei suoi libri più conosciuti, *Il manganello e l'aspersorio*. Accettare un personaggio come Mussolini, che in passato si era dimostrato ateo, agnostico e anche incline a un certo anticlericalismo becero, aveva rappresentato solo un male minore²⁴. Ne conseguiva che Rossi vedeva la lotta per la laicità dello Stato come lotta per la libertà.

A Bitonto anticipò i temi della battaglia anticlericale che lo avrebbe impegnato tra il 1957 e il 1967, un decennio di intensa attività saggistica e pubblicistica per opporsi alla «cultura di sagrestia». Con il passare degli anni la forte opposizione di Rossi nei confronti dei comunisti trovò un argine nella libertà di espressione. Per esempio, quando in pieno maccartismo l'ambasciatrice americana a Roma, Clare Boothe Luce, assunse posizioni anticomuniste al limite del reazionario, Rossi si espresse a difesa degli avversari politici²⁵. Nei confronti del Vaticano, invece, la sua posizione divenne sempre più dura negli anni seguenti fino a divenire vero e proprio anticlericalismo.

Nel 1948 come per combattere il comunismo Rossi avrebbe potuto trovare nella Dc un potenziale alleato, il Pci avrebbe potuto condividere la difesa dello Stato laico. Ma nella ragnatela politica tessuta dal Vaticano rimasero invischiati

²⁴ E. Rossi, *Il manganello e l'aspersorio*, Bari 1968, pp. 14 e ss.

²⁵ E. Rossi a G. Salvemini, Roma, 12 dicembre 1954, in Rossi, Salvemini, *Dall'esilio alla Repubblica* cit., p. 752.

anche le sinistre, che accettarono l'inclusione del Concordato nella Costituzione repubblicana per tramite dell'art. 7. Per i comunisti si era trattato principalmente di tendere la mano al popolo cattolico, riconoscendo implicitamente la religione di Roma come elemento di continuità e unione della popolazione italiana.

Ciò che divise Rossi dalle sinistre fu il fatto che, al di là della propaganda ufficiale, queste cercarono un dialogo con la controparte, mentre egli mirava piuttosto a dimostrare come la condotta della Chiesa fosse stata storicamente antidemocratica e apertamente ostile allo Stato italiano (opponendosi all'unificazione) e al popolo italiano (prestando il suo supporto alla dittatura fascista). In una parola, la Chiesa era vista da Rossi come una forza frenante la modernizzazione del paese. Riteneva fondamentale per lo sviluppo della democrazia in Italia l'affrancamento da ogni tipo di controllo delle istituzioni religiose sulla società civile²⁶. Quindi, lottare contro il potere reazionario clericale significava per Rossi tracciare la via verso un sistema politico di democrazia liberale. A Bitonto così concluse la sua orazione:

Per consentire alla repubblica di affondare a poco a poco le radici in modo da poter poi resistere alle bufere, per salvare quella libertà che è la premessa indispensabile del benessere e della giustizia sociale, per contribuire efficacemente al consolidamento della pace internazionale, bisogna che l'Italia non cada in balia né dei comunisti né dei preti. Per ciò dico non votate per il Fronte popolare, non votate per la Dc.

Ma per crescere liberale, laica e consapevolmente pianificata l'Italia necessitava di un habitat internazionale pacifico.

6. Nel 1941 durante il confino a Ventotene, Rossi, Eugenio Colorni e Spinelli redassero il documento *Per un'Europa libera e unita* (conosciuto come il Manifesto di Ventotene²⁷) in cui era auspicata la costituzione di una federazione tra i popoli democratici del continente una volta abbattuti i regimi nazifascisti. Presentando agli elettori di Bitonto il progetto di una federazione europea, Rossi spiegò che la Società delle Nazioni aveva fallito perché era stata un consesso di delegati governativi. Gli Stati Uniti d'Europa invece dovevano costituirsi in Stato federale con un governo centrale

capace di prendere, col metodo democratico del computo della maggioranza, tutte le decisioni che riguardano gli affari di interesse comune (garanzia dei diritti di libertà, difesa, dogana, moneta) e di far applicare tali decisioni indipendentemente dalla volontà dei governi dei singoli Stati.

Per avere questa forza politica, il governo federale europeo doveva essere costituito da rappresentanti del popolo democraticamente eletti. Durante la prima guerra mondiale il ministro francese Georges Clemenceau aveva sostenuto che la guerra era una cosa troppo seria per essere lasciata in mano solo ai generali. Parafrasando questa famosa affermazione, Rossi disse che la pace era

²⁶ E. Rossi, *Il Sillabo e dopo*, Roma 1965, p. 13.

²⁷ La prima edizione apparve come A.S. e E.R., *Problemi della federazione europea*, Edizioni del Movimento italiano per la federazione europea, Roma 1944.

troppo importante per essere lasciata in mano solo ai diplomatici.

Il suo ideale di Europa era rappresentato da una federazione che si ponesse come mediatrice tra i blocchi contrapposti est-ovest in funzione di terza forza mondiale, portatrice delle istanze di pace e comunque neutrale in caso di conflitto tra Stati Uniti e Urss. Solo il vincolo federale avrebbe posto un argine al «processo di balcanizzazione dell'Europa occidentale», affinché questa non divenisse facile preda «della cupidigia dei due contrastanti imperialismi». Rossi poneva in guardia anche nei confronti della colonizzazione statunitense. Lo Stato federale europeo era chiamato a rispondere ai tentativi di influenza politica e culturale da parte di entrambi i blocchi contrapposti assumendo una posizione neutrale. La guerra si era conclusa solo da tre anni e Rossi vedeva il ruolo di mediazione dell'Europa come *conditio sine qua non* per il mantenimento di una pace basata sulla cooperazione e non sulla paura del nemico, paura sulla quale si innestò la guerra fredda²⁸.

L'Italia aveva molto da temere da una situazione instabile, come sottolineò Rossi a Bitonto:

Come possiamo impegnare tutte le nostre forze a costruire scuole e case popolari; come possiamo iniziare sul serio un'equa distribuzione delle terre e mettere in cantiere le altre riforme socialiste di più lunga lena, quando sentiamo il terrificante galoppo dei quattro cavalieri dell'Apocalisse? I risultati dei nostri sforzi di anni sarebbero annullati al primo soffio del turbine della guerra.

7. Rossi non riteneva che gli obiettivi del suo programma potessero essere perseguiti da uno scranno parlamentare. Tale posizione lascia perplessi se si pensa a quanto abbia anelato alla democrazia, se si pensa agli anni dedicati alla lotta al fascismo. A maggior ragione dopo aver enunciato i rischi che stava correndo il paese tra le persistenze del vecchio regime (la commistione del Vaticano nelle cose politiche) e i pericoli nuovi (il comunismo e il rischio dello scoppio di un nuovo conflitto per la contrapposizione est-ovest) Rossi avrebbe dovuto percepire l'obbligo morale di far sentire la propria voce.

Allora perché non andare in Parlamento?

Perché rimaneva la sua diffidenza nei confronti dei partiti politici, nessuno escluso, e delle alchimie elettorali che gli avrebbero impedito di essere incisivo. Da questa posizione deriva la controversa definizione di Rossi come impolitico, ulteriormente rafforzata dalla recente riproposta di alcuni suoi articoli contro il potere dei partiti²⁹. Egli era molto vicino alle posizioni di Antonio De Viti de Marco che una quarantina di anni prima aveva rimproverato ai partiti la tendenza ad agire solo per la propria sopravvivenza. Il timore di perdere voti li spingeva a non danneggiare una categoria di elettori piuttosto che un'altra a scapito però dell'attuazione del programma³⁰.

²⁸ Su Rossi federalista si veda in particolare Braga, *Un federalista giacobino* cit.

²⁹ Si veda E. Rossi, *Contro l'industria dei partiti*, Milano 2012.

³⁰ A. De Viti de Marco, *Introduzione*, in A. De Viti de Marco, *Un trentennio di lotte politiche (1894-1922)*, a cura di E. Rossi, Roma 1930, pp. VI ss.

«L'arte politica è l'arte del compromesso – scrisse Rossi alla madre dal carcere – la capacità di rinunciare al meno essenziale per salvare l'essenziale»³¹. E Rossi rifiutava i compromessi, sia da un punto di vista etico sia da un punto di vista concreto, poiché riteneva che non facessero progredire il paese. Per questo motivo la politica dei partiti non gli si adattava, mentre si sentiva a proprio agio a scrivere per istruire ed educare civilmente i cittadini. La sua eventuale elezione al parlamento sarebbe stata una “disgrazia” perché avrebbe sottratto tempo alla scrittura.

Rossi non fu eletto – ovviamente viene da dire! – e così dette libero sfogo ai suoi contributi alla cultura politica ed economica dell'Italia post-bellica, mantenendo un ruolo di battitore libero. Nel 1944 si era lamentato con Salvemini che non si sarebbe trovato a proprio agio all'interno di un partito politico, perché vi vedeva comunque il prevalere dei maneggioni. Il maestro gli rispose: «Puoi scrivere, puoi consigliare gli amici, puoi protestare»³². Rossi seguì il consiglio e si dedicò a una proficua attività pubblicistica e saggistica³³.

Pessimista cosmico, riteneva che l'Italia del 1948 avesse già sprecato l'occasione di un cambio radicale. Gli anni decisivi erano stati i due-tre precedenti. Adesso le pieghe nel foglio di carta non potevano più essere rimosse. Allora bisognava ripartire dal basso, utilizzando la libertà d'espressione e di stampa per denunciare le camorre e i privilegi. Rossi dubitava di poter fare ciò all'interno di uno schieramento partitico per i motivi illustrati da De Viti de Marco. Sicuramente una posizione elitaria la sua, caratterizzata da una forza morale interiore che lo portava però talvolta a considerarsi al di sopra delle parti, quasi un angelo vendicatore.

Rispetto ai grandi movimenti politici del secondo dopoguerra l'esempio di Rossi fu minoritario. Certe sue posizioni politiche potevano non essere condivisibili, ma non la forza etica del suo messaggio. Riteneva non fossero necessari eroi per istradare l'Italia sulla via democratica: era sufficiente che ogni cittadino facesse con diligenza e onestà (anche intellettuale) il proprio mestiere.

Non fu compreso, o non riuscì a farsi comprendere.

³¹ E. Rossi alla madre, Casa penale di Roma, 30 luglio 1939, in Rossi, *Elogio della galera* cit., p. 506.

³² G. Salvemini a E. Rossi, Cambridge (Mass.), 12 dicembre 1944, in Rossi, Salvemini, *Dall'esilio alla Repubblica* cit., p. 34.

³³ Si veda M. Franzinelli, A Braga, *Ernesto Rossi, una vita per la libertà (1897-1967)*. Bio-bibliografia, Novara 2007.

Codificazione e cultura giuridica nel pensiero di Paolo Ungari

di Massimo Nardoza

1. Verificare e disimparare

Quando Paolo Ungari scrisse il libro su *L'età del codice civile*¹ la discussione sul metodo e il contenuto della storia del diritto non aveva ancora assunto i termini e le dimensioni che, di lì a non molto, conseguì.

In questo ambito la riflessione assumeva un risalto particolare². La critica di Ungari si indirizzava verso la storiografia degli ultimi decenni dell'Ottocento e degli inizi del Novecento, in ragione dei suoi esiti e dell'atteggiamento degli storici del diritto di fronte alla codificazione. Ungari stendeva l'inventario di ciò che era necessario "disimparare": non certo l'importante contributo tecnico portato nell'arco di più di un secolo ai conseguimenti della storiografia giuridica, ma lo specialismo privo di spessore civile che portava necessariamente con sé l'incapacità di apprezzare, in nome del "fattore" nazionale, la pluralità degli apporti storici e culturali, e privo anzi di prospettiva storica dovuti alla generalizzazione arbitraria di elementi locali,

¹ P. Ungari, *L'età del codice civile. Lotte per la codificazione e scuole di giurisprudenza nel Risorgimento*, Napoli 1967.

² La ricostruzione delle vicende e dell'esperienza della nostra scienza giuridica, a far data dal varo del codice civile del 1865 fino a quello del 1942 e anche oltre, per molto tempo ha rappresentato per gli storici del diritto un compito professionale secondario e di supplenza disciplinare: v. A. Aquarone, *L'unificazione legislativa e i codici del 1865*, Milano 1960; G. D'Amelio, *Pasquale Stanislao Mancini e l'unificazione legislativa nel 1860-1861*, in «Annali di Storia del diritto», 5-6 (1961-1962), pp. 159 sgg.; F. Santoro-Passarelli, *Dai codici preunitari al codice civile del 1865*, in *Studi in memoria di Andrea Torrente*, Milano 1968, II, pp. 1031 sgg.; G. Astuti, *Il «Code Napoléon» in Italia e la sua influenza nei codici degli stati italiani successivi*, in «Annali di Storia del diritto», 14/17 (1970-73), pp. 1 sgg.; G. Astuti, *La codificazione del diritto civile*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, II, Firenze 1977, pp. 847 sgg. Gli storici del diritto, infatti, hanno mostrato preferenza per lo studio dei problemi giuridici riguardanti il trapasso dal mondo antico a quello medioevale, nonché per il tema della rinnovata utilizzazione del diritto giustiniano in Occidente, a far data dal secolo XI. Solo negli ultimi decenni del Novecento, l'attenzione in Italia per la storia della cultura giuridica moderna si è rinnovata intensamente (vedi le considerazioni critiche di R. Ajello, *Il collasso di Astrea. Ambiguità della storiografia giuridica italiana medioevale e moderna*, Napoli 2002).

come era accaduto, ad esempio, per molti studi sugli istituti del diritto commerciale e sugli influssi del capitalismo moderno³.

L'interesse per la storia delle codificazioni, per gli assetti giuridici privatistici e costituzionali, era presente in Ungari insieme a quello per le idee politiche, sociali e morali sottostanti i movimenti codificatori. I saggi su Alfredo Rocco⁴ e il lavoro che dedicò all'età del codice civile videro la luce negli anni '60 del Novecento e, per vari aspetti, rivelano i contorni di una vicenda intellettuale che richiede di essere definita unitariamente. La maturità delle conoscenze di storia del diritto moderno e contemporaneo, che questi due libri dimostrano, rappresenta come le due direzioni di ricerca si fossero determinate insieme, a caratterizzare fin dall'inizio una tendenza, destinata a rimanere fondamentale, della sua storiografia. Per comprendere la provenienza di questa capacità di unire in una visione d'insieme la storia politica, sociale, economica e quella del pensiero giuridico, occorrerà guardare non solo all'ambiente romano della Sapienza e a maestri come Tullio Ascarelli⁵, che variamente influirono su Ungari, ma a quanto di vivo e di essenziale la cultura italiana, da una parte, quella tedesca e, soprattutto francese, da un'altra, avevano apportato e, via via, venivano apportando nei campi della storiografia e della politica.

Ungari – come altri in quegli anni – non poteva non interrogarsi sul significato della storia, sulle sue responsabilità e sul suo futuro. La storiografia era stata fra le scienze più coinvolte nei conflitti politici. Qui per Ungari l'analisi dell'esperienza giuridica moderna avrebbe potuto produrre i suoi frutti migliori. Oltre che a comporre quadri più intellegibili nella loro generalità, Ungari intendeva conoscere quelle individualità nazionali che avevano segnato il volto del mondo giuridico moderno, ma i cui caratteri erano stati arbitrariamente presupposti e impiegati come criterio esplicativo anziché essere fatti oggetto di indagine storica.

2. «Teoria» e «storia» del Codice

La formazione intellettuale di Ungari è connessa alle vicende della maggiore storiografia crociana. Non a caso, nel primo Novecento, le adesioni alle tesi dell'idealismo si verificarono tra gli studiosi della storia del diritto italia-

³ Cfr. A. Giardina, *Analogia, continuità e l'economia dell'Italia antica*, introduzione alla riedizione di G. Salvioli, *Il capitalismo antico*, Roma-Bari 1995.

⁴ P. Ungari, *Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo*, Brescia 1963.

⁵ Ungari conseguì nell'anno 1957, sotto la guida di Tullio Ascarelli, la laurea con lode e dignità di stampa. La monografia su Rocco è dedicata «alla memoria del maestro amato e pianto» (*ibidem*, p. 7). Su Ungari v. *Ricordo di Paolo Ungari* (Quaderni dell'Istituto di Studi storico-politici della Luiss-Guido Carli, 6), Roma 2000; F. Sofia, *Introduzione a P. Ungari, Storia del diritto di famiglia in Italia (1796-1975)*, Bologna 2002 (rist. 2^a ed. del 1974), pp. 7 sgg.; M. Nardoza, *Ungari Paolo*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (secoli XII-XX)*, a cura di I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Miletti, Bologna 2013, II, pp. 1999-2000; M. Nardoza, *Codificazione civile e cultura giuridica in Italia. Appunti per una ricerca*, in «Historia et ius. Rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna» <www.historiaetius.eu>, 2 (2012), paper 13, pp. 22 sgg.

no di formazione diversa dalla romanistica: Francesco Calasso aderì all'idealismo di prima mano crociana; Bruno Paradisi ne filtrò i contenuti, fino alle ultime manifestazioni dell'attualismo gentiliano; Giovanni Cassandro fu un allievo diretto di Croce⁶. Occorre tenerlo presente evidenziandosi, inoltre, la originalità con cui Ungari assimilò quella esperienza complessiva, storica e teorica, unendo in sé, con tanto vigore, la passione della ricerca archivistica a quella delle dottrine giuridiche, mentre trascorre le sue prime esperienze di ricercatore, a Napoli, all'Istituto Croce e a Roma, all'Istituto Sturzo.

Se guardiamo le citazioni crociane che ricorrono nelle pagine di Ungari⁷, appare significativo come egli avvertisse la necessità di rinviare a *La storia come pensiero e come azione*⁸, che per la sua formazione si rivela di grande importanza, e al quale tornò a riferirsi anche in seguito⁹. La ricerca è sempre e innanzitutto organo del presente, del suo interesse e della sua produttività. L'oggetto reale dell'indagine non è il passato, ma quel che si presenta ancora di esso.

La lezione di metodo Ungari la ricevette e acquisì anche per altre vie. In primo luogo appare fortemente segnata dal magistero di Gioele Solari, che a lui, come a molti altri¹⁰, fornì in quegli anni motivi seri di orientamento e di indirizzo. Non solo è invece difficile stabilire fino a che punto s'interessasse della storiografia romanistica¹¹, ma ancora più arduo è capire quale influenza

⁶ Per questi aspetti v. E. Cortese, *Storia del diritto italiano*, in *Cinquanta anni d'esperienza giuridica in Italia*, Milano 1981, pp. 787 sgg., in particolare pp. 800 sgg.; M. Cardinale, *La storia del diritto tra positivismo e idealismo: dai prodromi gentiliani della polemica "Bonfante Croce" al metodo storiografico di Francesco Calasso*, in «*Apollinaris*», 59 (1986), pp. 279 sgg. È interessante notare in F. Calasso, *Pensieri sul problema della "continuità" con particolare riguardo alla storiografia giuridica italiana*, in *X Congresso internazionale di Scienze Storiche* (Roma 4-11 settembre 1955), VI, Firenze 1955, p. 531, come lo studioso finisse per osservare che, per molti degli storici del diritto italiano, «il problema metodologico fondamentale della concezione stessa di una storia del diritto italiano indugia senz'ombra di critica sopra posizioni che il pensiero moderno, di là e di sopra da ogni credo filosofico, non sente più o sente assai meno, notevolmente arretrata nei confronti di ogni altra branca della storiografia». Analoghe riflessioni in F. Calasso, *Metodo e poesia (conversazioni con Francesco Carnelutti)*, in «*Rivista italiana per le scienze giuridiche*», ser. III, 6 (1952), p. 389; v. anche una delle ultime lezioni del corso tenuto all'Università di Roma nell'a.a. 1964-1965 trascritta ed annotata da S. Caprioli, *Satura lanx 34. Francesco Calasso, Frammento di una lezione (1964)*, in «*Panta rei*». *Studi dedicati a Manlio Bellomo*, I, Roma 2004, pp. 323 sgg. Le nuove proposte di Calasso avevano trovato già nel 1946 entusiastica adesione da parte di B. Paradisi, *Gli studi di storia del diritto italiano nell'ultimo cinquantennio (1895-1945), Idee direttrici e svolgimenti essenziali*, in «*Studi Senesi*», 60 (1946-47), pp. 710 sgg. (ri pubbl. con poche modifiche, anche nel titolo, in B. Paradisi, *Apologia della storia giuridica*, Bologna 1977, pp. 105 sgg.). Si veda però G. Cassandro, *Metodologia storica e storia giuridica*, in «*Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bari*», 9 (1948), pp. 115 sgg.

⁷ Ungari, *Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo* cit., pp. 22 e 117.

⁸ B. Croce, *La storia come pensiero e come azione* (1938), edizione nazionale, a cura di B. Conforti, Napoli 2002.

⁹ P. Ungari, *Il diritto di famiglia in Italia dalle Costituzioni «giacobine» al Codice civile del 1942*, Bologna 1970, p. 188. Per ulteriori riferimenti a opere crociane, *ibidem*, pp. 84 e 203.

¹⁰ Si veda, ad esempio, l'impiego fruttuoso da parte di R. Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna 1987, pp. 264 sgg. e G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna 1976, pp. 25, 489 e 529.

¹¹ Alcuni cenni in F. Sofia, *Introduzione a Ungari, Storia* cit., pp. 14 sg.

avesse su di lui la scuola storica tedesca: la storiografia giuridica e non, in generale, la cultura, perché sull'influenza di quest'ultima si tratterebbe soltanto di conoscere, nello specifico, le caratteristiche di approfondimento. Al riguardo, infatti, i suoi scritti non lasciano trasparire interessi analoghi, o simili, a quelli che possono intuirsi per l'opera di Francesco Calasso o di Bruno Paradisi. Le ricerche condotte in materia di diritto di famiglia¹² e di diritto commerciale¹³, lo avevano certo messo in contatto con istituti giuridici e quindi anche, necessariamente, con giuristi legati all'impostazione romanistica e, in primo luogo, pandettistica. Ma non per questo venne meno la diffidenza con la quale probabilmente si avvicinò a quegli studi e a quegli studiosi, in ragione della constatazione dell'astrattezza intrinseca al loro metodo. Non è improbabile che di questa storiografia Ungari si disinteressasse, leggendola soltanto ove fosse necessario e il suo lavoro lo richiedesse. Sta di fatto che, quando dovette compiere il suo viaggio di studio e di perfezionamento, egli scelse la «*École pratique des hautes études*» della Sorbona di Parigi.

Se il debito con la cultura e con la storiografia tedesca è tale che deve essere ipotizzato in termini generali, più facile appare individuare quello che Ungari assunse con la storiografia francese. In questo ambito, sovrastato dalla figura di Raymond Aron, può essere evidenziata la notevole precocità del riferimento a una determinata storiografia che, forse più di altri modelli, avrebbe in seguito contraddistinto alcuni profili, e anche alcuni temi, della sua ricerca. Attraverso la riflessione di Aron e il dibattito conseguente¹⁴, il tema del partito politico appariva una novità significativa, non più in quanto luogo dell'attività politica, ma quale struttura organizzativa tendenzialmente di massa, cioè quale tramite di partecipazione di ogni singolo alla vita sociale. Si poteva cogliere qui, un punto di passaggio dall'uomo medievale, membro di una collettività religiosa e civile – inserito in modo completo, anche psicologicamente, nella società – all'individuo. Anche in Ungari il partito veniva studiato come struttura codificata in statuti¹⁵, formazione sociale e aggregato di volontà agente in un contesto determinato di forze e sull'orizzonte delle ideologie¹⁶.

Il rapporto con la storiografia francese fu inoltre importante nell'impostazione della sua indagine sulla codificazione e influì nella concezione del

¹² Ungari, *Il diritto di famiglia in Italia* cit.

¹³ P. Ungari, *Profilo storico del diritto delle anonime in Italia*, Roma 1974.

¹⁴ Cfr. i contributi raccolti nel volume *Pensare la politica. Saggi su Raymond Aron*, a cura di A. Campi, Roma 2005.

¹⁵ P. Ungari, *Il diritto dei partiti*, in «Nord e Sud», dicembre 1969, pp. 15 sgg.

¹⁶ G. Negri, P. Ungari, *La vita dei partiti*, in *Elezioni e comportamento politico in Italia*, a cura di A. Spreafico, J. La Palombara, Milano 1962, pp. 137 sgg. (v. in particolare il § 2, *Metodologia storiografica e storia dei partiti politici*); P. Ungari, *L'idea del partito moderno nella politica e nella sociologia di Luigi Sturzo*, in «Rivista di sociologia», 1 (1963), pp. 33 sgg.; P. Ungari, *Il partito nel pensiero di Sturzo*, in *Il partito popolare: validità di una esperienza*, Milano 1969. Questo filone di ricerca di Ungari influenzerà studiosi allora esordienti come M.R. Di Simone, *Precedenti istituzionali dell'organizzazione politica dei cattolici italiani (Dall'opera dei Congressi al Partito Popolare Italiano)*, in «Rivista di storia del diritto italiano», 48 (1975), pp. 91 sgg.

senso della storicità del diritto. Ungari non condivideva l'assunto che si sarebbe voluto imporre al giurista di evitare ogni effusione politica, morale, premonitrice, laddove anche dalla lettura di un libro così importante come *L'idea individuale e l'idea sociale nel diritto privato* di Solari¹⁷ gli derivò la consapevolezza della crisi del diritto, che si esprime anche nelle opere sue più tarde¹⁸. Il riferimento non va tanto al contributo che egli dette alla ricostruzione delle vicende del socialismo giuridico¹⁹, un contributo che, a leggerlo con attenzione, sembra riflettere delle vane aspirazioni socialiste dei giuristi – in un mondo lacerato e sconvolto – l'amara coscienza della crisi e, forse, della decadenza dell'età del codice civile. Il riferimento va agli stessi scritti sulla codificazione civile: dalla monografia del 1967, così attenta nel sottolineare le contraddizioni dei dibattiti risorgimentali, ma pur così decisa nel rifiuto dell'estrinseco irrigidimento concettuale, alla monografia dedicata al diritto di famiglia, ricca anch'essa di osservazioni e di analisi puntualissime e pure altrettanto fortemente posseduta dall'impulso della crisi del diritto. Nella formazione del suo pensiero la lettura di quel libro di Solari, al quale sempre ritornò nei momenti culminanti del suo lavoro, costituì un evento di importanza centrale.

La coscienza storica della codificazione diventa tratto caratteristico, allorché Ungari si rende conto che la sua formazione avviene nella lotta, nello scontro che decide del proprio avvento, dandole forma e ponendo il problema della relazione con l'unità delle fonti di produzione del diritto. La storia rappresenta così la ragione della codificazione, il suo concetto, il principio intorno al quale essa si identifica e a cui non contraddice affatto lo stato di lotta che ha caratterizzato una parte importante della sua vicenda.

Solari aveva fatto, tuttavia, qualcosa di più che sovvertire una tendenza storiografica. Lo spostamento dello sguardo dalla storia delle categorie giuridiche a quella delle strutture che la sorreggono aveva comportato, infatti, la trasformazione di una storia esterna in una sorta di dispositivo culturale. Questo dispositivo era rivolto non solo all'interpretazione del passato, ma anche a quella del presente. La codificazione per Solari era il luogo di una continuità che si era alterata solo lentamente e che costituiva, nel presente, l'archeologia dell'identità giuridica europea. L'effetto più rilevante di questo dispositivo culturale era stata la riscrittura della filosofia giuridica occidentale a partire non più da un centro, ma dalla molteplicità dei suoi poli di irradiazione, lungo l'asse dei movimenti codificatori, dei progetti come degli

¹⁷ G. Solari, *L'idea individuale e l'idea sociale nel diritto privato. Parte I. L'idea individuale*, Torino 1911 (ma il libro ebbe un'effettiva circolazione nella ristampa inalterata dal titolo *Filosofia del diritto privato. I. Individualismo e diritto privato*, Torino 1939. La parte II, completata nel 1915, apparve in G. Solari, *Filosofia del diritto privato. II. Storicismo e diritto privato*, Torino 1940. La prima parte è una storia dell'illuminismo giuridico; la seconda, uno studio dello storicismo giuridico, con particolare riferimento alla scuola storica e al suo fondatore, Savigny).

¹⁸ P. Ungari, *Per la storia dell'idea di codice*, in «Quaderni fiorentini», 1 (1972), pp. 207 sgg.

¹⁹ P. Ungari, *In memoria del socialismo giuridico*, I. *Le "scuole del diritto privato sociale"*, in «Politica del diritto» 1 (1970), pp. 241 sgg., II. *Crisi e tramonto del movimento*, *ibidem*, pp. 387 sgg.

assetti definitivi. Solari era così riuscito a disegnare le linee di sviluppo delle codificazioni, definendone la traiettoria culturale.

Approfondendo il nesso tra cultura e codificazione Solari attribuiva al primo termine una connotazione più ampia e più complessa di quella tradizionalmente conferitagli dalla storiografia filosofico-giuridica. La cultura ingloba, infatti, la tecnica, le forme di organizzazione economica, i modi di vivere e di trasformare gli ambienti, non solo quelli di pensare e di diffondere le idee. Da questo punto di vista la codificazione non era per lui un presupposto capace di unificare la varietà delle culture giuridiche; era essa un prodotto, un effetto derivato dal dispositivo che stava al centro della sua analisi. Nell'esperienza codificatoria Solari non confrontava, infatti, delle unità, ma individuava piuttosto un sistema di interdipendenze tra aree culturali differenziate e tuttavia attraversate da un unico comune denominatore. Al centro della sua analisi c'è il tema della diffusione dei modelli codificatori. Solari specificava le aree culturali, le sue frontiere, gli elementi presi in prestito e quelli rifiutati. L'analisi delle varie codificazioni non avveniva sulla base di tipologie, cioè come confronto di aree culturali la cui identità fosse fissata in rapporto a un quadro analitico e a specifici obiettivi di indagine. Era un'analisi – se così si può definirla – realizzata sulla scala della intensità, in termini di diffusione, piuttosto che in termini di mera individuazione dei fenomeni storici²⁰.

Il tema dell'analisi dell'idea di codice in Ungari coinvolge tanto l'individuazione e la discussione delle sue matrici filosofiche e delle sue conclusioni speculative, quanto il suo disporsi come tematica complessiva dell'intera epoca moderna. Come già per Solari, anche per Ungari tra il concetto di scienza giuridica e quello di storicismo esiste un rapporto e un legame stretto e significativo. Ove tuttavia si presenti come puro e semplice rovesciamento della dogmatica giuridica astratta, lo storicismo giuridico può giungere a configurarsi come relativismo o scetticismo: all'idea di un sistema chiuso, alle grandi sintesi dottrinali, all'immagine di una storia politica concepita come svolgimento di un piano provvidenziale, esso si limita a contrapporre una storia identificata con un'indifferente serialità di accadimenti. Il sapere storico – come ogni altra forma di sapere – reca al suo interno, per Ungari, un elemento di dogmaticità. Quest'ultimo può emergere in primo piano e trasformare il sapere storico in un semplice contrapposto dogmatico di quel pensiero dottrinale contro il quale esso si è levato a combattere. Ciò avviene principalmente quando si affermi che i fenomeni di cultura politica e giuridica debbano essere oggetto del solo sapere storico; quando si rifiuti, di conseguenza, ogni senso e validità a una considerazione dei piani parziali e astratti di interrelazione (come ad esempio quello della filosofia e della sociologia); quando si ritenga di poter esaurire il significato di una determinata corrente giuridica o di una determinata forma del sapere giuridico nella considerazione del

²⁰ Solari, *L'idea individuale* cit., rist. 1959, p. 57.

suo valore in rapporto al mondo di cultura da cui è sorta, quando si interpretino cioè le varie posizioni politiche e culturali solo come risposte a situazioni determinate. Ungari, invece, fa valere nella scienza giuridica e nell'esame dei tentativi codificatori la presenza, in esse, di valori e di significati che, pur innestandosi nella realtà storica, ne trascendono la immediatezza.

3. *Alcuni interrogativi*

Se dovessimo allora riassumere le direttrici lungo le quali si è andata articolando la ricerca di Paolo Ungari, potremmo individuarne almeno due fondamentali: la prima di storia del pensiero giuridico, che intende ampliare il periodo di attenzione storiografica nell'ambito della storia del diritto italiano, per mostrare il carattere innovativo della cultura giuridica contemporanea nella rifondazione degli assiomi teorici generali nelle singole discipline giuridiche; la seconda che ha per oggetto l'individuazione in uno specifico contesto – quello della codificazione civile – delle intersezioni tra fondamenti teorici e giuridici, convinzioni e condizionamenti sociali. Sono questi gli esiti di un lungo itinerario storiografico che dal crocianesimo, assimilato attraverso una inquieta propensione al tradizionalismo, allo storicismo e al liberalismo, si è andato emancipando in piena autonomia verso una forma di storicismo giuridico del quale non sono assenti, proprio a partire dagli anni Sessanta, lo studio della sociologia della conoscenza e il rinnovamento della storiografia giuridica italiana.

L'apertura al periodo dell'età contemporanea era allora proposta da Ungari come caratteristica di un nuovo modo di fare storia del diritto, che discendeva a sua volta da una nuova concezione della storia stessa. Una collocazione singolare, dunque, quella di Ungari, e che proprio per questo suo carattere poteva certamente suscitare perplessità tra i giuristi e gli storici del diritto contemporanei²¹. Ma erano perplessità che si potevano superare non appena si fosse riusciti a cogliere tutti gli elementi di critica e di innovazione che la sua prospettiva aveva saputo produrre. Ungari sottolineava la necessità di ripensare a fondo alcune questioni centrali della storiografia giuridica contemporanea.

La codificazione non sussiste in sé come un oggetto indipendente, non riceve la sua forma concreta dal compito, per essa essenziale, di ordinare in un determinato modo i rapporti di vita fra gli individui e la cooperazione sociale nell'ambito di una comunità. Essa si pone come strumento organizzativo di fronte alla realtà sociale e a ogni singolo destinatario. Ma da questa sua funzione di ordinamento consegue che le norme debbano essere necessariamente riferite alla realtà della vita che devono regolamentare, e non solo in via formale, grazie alla loro pretesa di validità e alla loro possibilità di veni-

²¹ Esemplare la dura reprimenda di F. Spantigati nella recensione alla monografia su Rocco, pubblicata in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 15 (1965), pp. 166 sgg.

re in applicazione in maniera vincolante, bensì anche dal punto di vista del loro contenuto oggettivo. Da questa riflessione consegue che, in base al suo compito, la codificazione è necessariamente coinvolta nel movimento storico della società, è a sua volta uno strumento che crea storia e continuità. Anzi, è proprio della sua essenza il regolare e il determinare il comportamento futuro in base alle fattispecie codificate.

Si può già intravedere l'entità della posta tematica che, a partire da osservazioni circoscritte, si finiva con il mettere in moto. Ne risultava coinvolto – attraverso le testimonianze della letteratura filosofico-giuridica – il rapporto stesso dei giuristi con la codificazione; i confini tra cultura e diritto, nel processo di trasformazione del sistema di produzione del diritto.

Se mettessimo a confronto le ricerche sulla codificazione di Ungari con quelle di Guido Astuti²², che allora teneva autorevolmente il campo, ed era uno storico del diritto, interprete di Alberico Gentili e del pensiero romanistico²³, si osserverebbe come il rigore che quest'ultimo esibiva nelle sue analisi e, soprattutto, nelle sue ricostruzioni sistematizzanti, non avrebbe catturato Ungari, il quale, infatti, si teneva lontano dal pensiero giuridico pandettistico. Proprio nello sviluppare il suo personale stile di ricerca, sempre di più Ungari si convinse che il pensiero giuridico non è tanto rintracciabile nei concetti che gli conferiscono forma, quanto piuttosto, nei contesti in cui si dispone e caratterizza la storia di un'età e di una cultura. Il pensiero giuridico fu sentito da Ungari non come astratto sistema di concetti, rigida costruzione dogmatica, ma come "vivente significato", formula riassuntiva e sintetica di un travaglio concettuale. Alla dogmatica si contrapponeva così nei fatti, una rivendicazione storicistica che contribuì a dare dignità alla prospettiva secondo cui il pensiero dei giuristi è fluido, irrequieto, ricco di movenze intuitive, e non schematizzabile, dunque, in rigidi modelli costruttivi e sistematici.

Se la lezione di Ascarelli costituiva il primo e fondamentale nucleo di una concezione della storia del diritto in ogni senso diversa da quella che si disse sistematico-pandettistica, anche nel suo concreto esercizio la presenza degli studi di Solari contribuì a formare un forte elemento problematico e, se non

²² G. Astuti, *La formazione dello Stato moderno in Italia*, I, Torino 1967; Astuti, *Il «Code Napoléon» in Italia e la sua influenza* cit., pp. 1 sgg.; Astuti, *La codificazione del diritto civile* cit., pp. 847 sgg. Sulla figura e l'opera di Astuti, v. M. Caravale, *Ricordo di Guido Astuti*, in «Quaderni fiorentini», 10 (1981), pp. 531 sgg.; C. Ghisalberti, *Guido Astuti storico del diritto*, in «Quaderni catanesi di studi classici e medievali», 3 (1981), pp. 231 sgg.; G. Diurni, *Premessa a G. Astuti, Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, Napoli 1984, I, pp. vii sgg.; U. Santarelli, *Historia juris propriissime dicta* (a proposito di G. Astuti, *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*), in «Quaderni fiorentini», 15 (1986), pp. 637 sgg.; da ultimo i riferimenti di G. Cazzetta, *Codice civile e identità nazionale. Percorsi e appunti di storia delle codificazioni moderne*, Torino 2011, pp. 16 sgg.

²³ G. Astuti, *I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano. Parte generale*, I, Milano 1952; G. Astuti, *Studi intorno alla promessa di pagamento*, I, in «Annuario dell'Università di Camerino», 11 (1937), pp. 81-250, e II, Milano 1941.

altro, un energico invito a dissolvere l'assolutezza e la rigidità sistematica nel fluido processo della vita sociale e della sua dialettica interna. E questo allora spiega perché le stesse acquisizioni che Ungari derivò dalla lettura delle opere di Santi Romano o dallo studio di opere quali la *Costituzione in senso materiale* di Costantino Mortati, agissero piuttosto da limite che da incremento a ulteriori processi conoscitivi verso la produzione di stampo dogmatico-romanistico. Ad affrontarlo, il discorso si rivelerebbe assai difficile; e soffermandosi su queste opere, e in particolare su quella di Mortati, si arriverebbe probabilmente a mettere meglio a fuoco come, nel campo stesso di questi studiosi si fossero formate visuali singolarmente coincidenti con quelle che, in altro contesto di ricerca, tanto avevano agevolato il distacco dai formalismi giuridici e la revisione critica della connessa dogmatica giuridica.

In questa prospettiva, che per tanti versi stimolava la sua sensibilità per gli aspetti non uniformi e, conseguentemente, spiegava il distacco da lui quasi naturalmente operato nei confronti dei "concetti", la convinzione che nel campo degli studi di storia del diritto i risultati raggiunti derivassero dal pieno possesso di queste idee storicistiche²⁴, infuse in Ungari un senso di incertezza che finì per riflettersi proprio sui risultati, rendendoli, in vario modo, non definitivi.

Gli scritti di Paolo Ungari, tutti, anche i più elaborati e compiuti, erano infatti segnati da consapevole provvisorietà, in ragione dell'instancabile ricerca dei particolari, dei quali ben sapeva come fosse difficile esaurire in una formula, fosse pure la più aperta e la meno dogmatica, la ricchezza. Da questa consapevolezza traeva origine il suo tenace rifiuto dell'ideologia che, invece di risolversi, assoggettasse a sé la ricerca. E questa consapevolezza costituisce, nel quadro della cultura giuridica italiana di quegli anni, un elemento di grande importanza.

²⁴ Si veda P. Ungari, recensione a *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, voll. 3 (a cura di B. Paradisi), Firenze 1977, in «Quaderni fiorentini», 5-6 (1976-77), pp. 941 sgg.

Goethe, Savigny und die Anfänge der Romantik sowie deren Verwerfung Bestandsaufnahme zur Frage einer romantischen Rechtswissenschaft

von Jochen Otto

Johann Wolfgang Goethe kam dreißig Jahre vor Friedrich Carl von Savigny¹ am 28. August 1749 ebenfalls in Frankfurt am Main und wie der größte deutsche Jurist, der in der Stadt am Main am 21. Februar 1779 das Licht der Welt erblickte, in einem wohlhabenden Haus zur Welt. Alle vier Geschwister, die nach seiner ein Jahr älteren Schwester Cornelia und ihm auf die Welt kamen, starben vor Ablauf des Kindesalters. Savigny hatte den Verlust aller seiner elf Geschwister bis zu seinem zwölften Lebensjahr zu beklagen. Goethes schulische Ausbildung erfolgte durchweg im elterlichen Hause im Hirschgraben 23². Das Wohnhaus der Savignys "Zur weißen Katze", gelegen in der Allerheiligen Gasse 52, war per pedes nur Minuten vom Domizil der Goethe-Familie entfernt. Die Familien waren bereits vor dem enormen Ruhm Goethes miteinander bekannt. Bei Goethes Unterrichtung kamen auch die literarischen, künstlerischen und naturwissenschaftlichen Neigungen des Vaters zum Tragen. Bei Savigny, der ebenfalls zu Hause seinen Unterricht durch Privatlehrer erhielt, suchte der Vater von Beginn an das Berufsziel seines Sohnes zu bestimmen, als juristischer Berater des Adels in die Fußstapfen von Vater und Großvater zu treten, was vor allem an der perfekten Beherrschung der französischen Sprache zum Ausdruck kommt. Beide immatrikulierten sich an einer juristischen Fakultät, der eine in Leipzig und der andere in Marburg. Beide folgten damit dem Rat und den Vorgaben ihrer Väter.

¹ Eine Reihe von Entwicklungen, die in diesem Aufsatz wegen der vorgelegten Schreibbegrenzung nur angesprochen sind, können in meinen beiden Savigny gewidmeten Aufsätzen vertieft werden, in der «Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Rom. Abt.», 128 (2011), S. 442-463, und 129 (2012), S. 604-635: *Auf den Spuren von Friedrich Carl von Savigny (1779-1861)*. I: *Der junge Savigny 1779-1804*, II: *Auf dem Weg nach Berlin 1804-1810*. Insgesamt ist der hier vorgelegte Beitrag ein kleiner Teil meiner umfangreicheren Arbeit: *Savignys sächsische Studienreise von 1799-1800*. Ein weitaus umfangreicherer Teil ist diesem Jahr in der *Festschrift für Guido Tsuno, Liber Amicorum*. Tokyo-Frankfurt am Main 2013: *Vier Tage in Jena. Savignys erster Aufenthalt in der Gelehrtenrepublik und Romantikerhochburg während seiner Studienreise (1799-1800)*, S. 419-484.
² Das Goethehaus war im 2. Weltkrieg stark beschädigt, kann aber heute rekonstruiert im ursprünglichen Zustand, wie Goethe es erlebt hat, besichtigt werden.

Bereits die äußeren Daten des jungen Goethe und des jungen Savigny veranschaulichen die Versuchung, beide Größen der deutschen Geistesgeschichte in direkten Zusammenhang zu bringen. Zweifelsohne war und ist Savigny ein Klassiker der deutschen und auch europäischen Rechtswissenschaft. Es bleibt jedoch die Frage offen, ob er mehr der Klassik Goethes zugeordnet werden kann als der deutschen Romantik, mit der er in mannigfaltigerweise in Verbindung getreten war, nicht zuletzt durch seine Heirat mit Gundula Brentano. Der Wunsch, Savigny in die Nähe der Weimarer Klassik zu rücken, nahm mehrfach Gestalt an, als Beispiel soll hier Ernst Landsberg zu Wort kommen: «Nicht Romantiker, sondern Classiker ist Savigny nach Bildung, Gesinnung, Empfindung, Schreibart und Denkart»³. Auf seiner sächsischen Bildungsreise, die Kern der gesamten Untersuchung darstellt, besuchte Savigny Goethe noch nicht. Savignys erster Besuch bei Goethe fand erst im Jahre 1807 statt. Während seiner sächsischen Bildungsreise (Juli 1799 bis August 1800) kam Savigny intensiv mit dem Kreis der Romantiker in Jena in Kontakt. Aber auch dort war Goethe stetig präsent. Der Fragestellung, wie intensiv sich Savigny von den Romantikern hat beeinflussen lassen, verlangt auch einen Blick auf das Verhältnis von Goethe zu den Romantikern. Diesem Aspekt ist die folgende Abhandlung gewidmet⁴. Goethe studierte auf Drängen seines Vaters ab Oktober 1765 in Leipzig Rechtswissenschaften, besuchte aber eher ziellos die juristischen Vorlesungen, interessierter die über Philosophie, Literatur und Kunstwissenschaften. Die Lektüre von Lessing und Wieland fand bei ihm bei weitem größeres Interesse als das Studium juristischer Bücher. Erste literarische, teilweise noch unbeholfene Gehversuche unternahm Goethe in der Abfassung von Gedichten, entsprungen seiner Verliebtheit zu Anna Katharina Schönkopf: Buch Anette⁵.

Der bei Studenten wegen seiner Hinweise zum geltenden Recht: *usus hodiernus* beliebte, in der Leipziger Rechtsfakultät als Einführungslehrbuch in das juristische Studium verwandte Kommentar zu den Institutionen Justinians von Joachim Hoppe⁶ hatte offenkundig bei Goethe wenig Interesse hervorgerufen. Er besaß nicht einmal das einschlägige Lehrbuch. Dagegen arbeitete er später dessen viel kürzeres, in Frage und Antwort aufgebautes Examinatorium durch. Seinem Vater zu Liebe habe er den "kleinen Hopp" fleißig repetiert: «und gab mir daher ein kleines Buch, in Gestalt eines

³ Vgl. E. Landsberg, *Savigny*, aus *Allgemeine Deutsche Biographie*, 30, Leipzig 1890, S. 450.

⁴ Zu diesem Aspekt von Werk und Wirken Goethes gibt es ein Fülle von einschlägiger Literatur. Grundlegend noch immer ist das zweibändige Werk von C. Schüdelkopf und O. Walzel, *Goethe und die Romantik. Briefe mit Erläuterungen*, Weimar 1898-1899 (Schriften der Goethe-Gesellschaft, 13. Band).

⁵ Gedichtzyklus Anette, handschriftlich niedergeschrieben 1766-67, erstmals gedruckt 1896 in: *Goethes Werke*, hrsg. im Auftrage der Großherzogin Sophie von Sachsen (Herzogin-Sophien-Ausgabe). 37. Band, Weimar 1896, S. 11ff.

⁶ Joachim Hoppe (1656-1712), Schwiegersohn von Johann Brunnemann und ein Neffe von Samuel Stryk, war in Danzig tätig, zunächst als Professor, dann als Syndicus und schließlich als Bürgermeister. Sein gerade in Leipzig sehr beliebter Institutionenkommentar wurde mindestens 16 Mal aufgelegt; er wurde besonders im Rechtsstudium benutzt, weil nach dem Institutionentext ein Kommentar sich anschließt und schließlich folgt ein Abschnitt, in dem Hoppe die aktuelle Rechtsposition beschreibt. Vgl. H. Coing, *Handbuch der Quellen und Literatur der Neueren Europäischen Privatrechtsgeschichte*. II,1: *Neuere Zeit (1500-1800)*. Wissenschaft. München 1977, S. 549 (Söllner); R. Stintzing, E. Landsberg, *Geschichte Der Deutschen Rechtswissenschaft*, II, München 1884, S. 103. Zum Kommentar verfasste Hoppe ein ebenso häufig aufgelegtes Repetierbüchlein, den "kleinen Hopp", eine in Frage und Antwort aufgebaute Stoffwiederholung. Beide Werke wurden mindestens 17 bzw. 16mal gedruckt, fast

Katechismus, von Hoppe, nach Form und Inhalt der Institutionen gearbeitet, in die Hände. Ich lerne Fragen und Antworten bald auswendig, und konnte so gut den Katecheten als den Katechumen vorstellen»⁷. Nach drei Jahren Aufenthalt in Leipzig kehrte er schwerkrank nach Frankfurt am Main zurück. Vater Goethe, auch Jurist⁸ sowie der Großvater mütterlicherseits Johann Wolfgang Textor⁹, ermutigten den Sohn nach seiner Genesung in Straßburg mit dem Erwerb des Doktorgrades den Abschluß seines Rechtsstudiums zu suchen: «Mein Vater verlangte ein ordentliches Werk, das ich, wie er meinte, sehr wohl ausfertigen könnte, wenn ich nur wollte und mir die gehörige Zeit nähme»¹⁰. Später widmete sich auch Goethes Sohn August¹¹ ebenfalls dem Rechtsstudium und studierte 1808-9 drei Semester in Heidelberg bei dem mit Goethe bekannten Professor für römisches Recht Anton Friedrich Justus Thibaut¹², und zwar gerade zu einer Zeit, als die Heidelberger Romantik ihren Höhepunkt erlebte. August von Goethe war zudem Kommilitone von Joseph von Eichendorff¹³.

Des Vaters Bitte entsprechend kam Goethe im April 1770 nach Straßburg¹⁴. In Straßburg kam es zur für Goethe schicksalhaften Begegnung mit Herder, der sich dorthin zur Behandlung seiner stetig angeschwollenen Augensäcke begeben hatte. Die weitreichenden Folgen dieses Zusammentreffens, die nach der Darstellung in Goethes *Dichtung und Wahrheit* erstmals auf der Treppe zum Gasthof *Zum Geist* stattgefunden haben soll¹⁵, begründete sich in dem spontanen Verstehen und

ausschließlich in Frankfurt an der Oder, wo Hoppe studiert hatte. Hoppe verfasste erstmals das Examen 1683, den Kommentar 1694, spätere Ausgaben wurden korrigiert, aber nicht mehr überarbeitet. Ab der Mitte des 18. Jahrhunderts wurden von Leipziger Professoren noch Anmerkungen hinzugefügt.

⁷ Vgl. Goethe, *Dichtung und Wahrheit*, 1. Teil, viertes Buch (Herzogin Sophien Ausgabe, Bd. 30, S. 229f. und öfters.

⁸ Johann Caspar Goethe (1710-1782) studierte ab 1730 Rechtswissenschaften an der Universität Gießen, wechselte ein Jahr später nach Leipzig, wurde 1739 in Gießen promoviert und hielt sich danach in Wetzlar beim dort ansässigen Reichskammergericht auf. Als Jurist wurde Vater Goethe nur selten tätig. Er hatte ein großes Vermögen geerbt und konnte es sich leisten, keiner geregelten Berufstätigkeit nachzugehen. Umso intensiver kümmerte er sich um die Ausbildung seines Sohnes Johann Wolfgang.

⁹ J.W. Textor (1693-1771), Sohn eines Frankfurter Advokaten, studierte in Altdorf, hielt sich dann am Reichskammergericht in Wetzlar auf und erhielt 1747 in Frankfurt am Main das höchste städtische Justizamt. Er publizierte eine Reihe von Werken und Dissertationen, vgl. Lipenius, *Bibliotheca Iuris Realis*, Leipzig 1757, II, 313.

¹⁰ Vgl. Goethe, *Dichtung und Wahrheit*, III. Theil, 11. Buch.

¹¹ August von Goethe (1789-1830) wechselte nach seinem Heidelberger Aufenthalt an die Universität Jena, wo er weitere drei Semester Jura studierte und war anschließend am Weimarer Hof tätig. Ende April 1830 trat er zusammen mit Eckermann eine Italienreise an, starb in Rom bereits am 27. Oktober an einer Pockenkrankheit und liegt dort begraben auf dem Protestantischen Friedhof in der Nähe der Cestius Pyramide.

¹² A.F.J. Thibaut (1772-1840) studierte ab 1792 in Göttingen und wechselte 1793 nach Königsberg, wo er auch Immanuel Kant hörte. 1794 schloss er in Kiel sein Rechtsstudium ab, wurde dort zwei Jahre später promoviert, 1798 zum Extraordinarius und schließlich 1801 zum ordentlichen Professor für römisches Recht ernannt. 1802 nahm er einen Ruf nach Jena an und Feuerbach erhielt seinen Lehrstuhl in Kiel. Thibaut machte Bekanntschaft mit Goethe, Schiller und Voss, den er später in Heidelberg, wohin er 1806 wechselte, wiedertraf.

¹³ J. v. Eichendorff (1788-1857) studierte zunächst ab 1805 Rechtswissenschaften in Halle und setzte dieses nach einer Unterbrechung ab 1807 in Heidelberg fort, wo er bei Thibaut Vorlesungen hörte, aber auch bei Görres. Mit Achim von Arnim war Eichendorff flüchtig bekannt.

¹⁴ Goethe verweilte bis August 1771 in Straßburg.

¹⁵ Vgl. R. Safranski, *Goethe. Kunstwerk des Lebens*, München 2013, S. 81ff. Im folgenden beschreibt Safranski Herder in einem nicht sehr positiven Licht. Herder habe oftmals in verletzendem Ton Goethe kritisiert; seinen unbestrittenen Einfluss in übertreibenden Zurechtweisungen geltend gemacht. Jedoch Herder erweiterte Goethes Horizont und seine kritischen Anmerkungen machten dem vor Selbstbewusstsein bereits strotzenden Goethe zu schaffen. Herder gab dem Genie die Form und die Maßregelungen des in Bildung überlegenen Lehrers machen jedem zu schaffen, der sich einer solchen Kritik aussetzt.

Schätzen der beiden Männer. Goethe besuchte nunmehr den fünf Jahre älteren Herder beinahe tagtäglich und kümmerte sich um die Versorgung des an sehr schmerzhaften, letztlich erfolglos gebliebenen operativen Eingriffen leidenden Herder. Durch ihn gelangte Goethe zu neuen Leseerfahrungen, etwa anhand der Werke von Hammann, Homer, Shakespeare und Ossian; zur gleichen Zeit beschäftigte er sich aber auch mit altnordischer Dichtung. Herders lang gehegter Plan, eine Ausgabe von Volksliedern vorzubereiten, unterstützte Goethe auf seinen Wanderungen und Reisen durch das Elsass, wo er eine Reihe von mündlich überlieferten Volkslieder aufschrieb. Herder edierte seine Sammlung von Volksliedern 1778, im gleichen Jahr publizierte er in seinem Werk *Lieder der Liebe* auch vier- und vierzig Minnelieder. Die Hinwendung zur mittelalterlichen Literatur und zum Volkslied, hier führte Herder erstmals die Idee des „Volksgeistes“ ein¹⁶, wurde wenig später erheblich durch die Romantik belebt und erlebte mit der Heidelberger Romantik ihren Höhepunkt. Die große, dreibändige Volksliedsammlung der Romantik *Des Knaben Wunderhorn*, in den Jahren 1805-1808 herausgegeben von Achim von Arnim und Clemens Brentano, erhielt denn auch von Goethe beim Erscheinen des ersten Bandes eine äußerst wohlwollende Rezension. Zuvor setzte im Jahre 1803 Ludwig Tieck¹⁷ mit seiner Sammlung *Minnelieder aus dem Schwäbischen Zeitalter*, darunter auch eines ihrer berühmtesten: *Owe, - sol aber mir iemer me* von Heinrich von Morungen, deutliche Zeichen zur Hinwendung in die mittelalterliche Welt. Der Prototyp dieser Publikationen erfolgte mit Unterstützung von Goethe durch Herder. Und als Savigny 1807 erstmals bei Goethe war, wurde auch über das Nibelungenlied diskutiert. Im gleichen Jahr hatte nämlich Friedrich Heinrich von der Hagen¹⁸ das *Der Nibelungen Lied* ediert. Hagen, ein im Referendariat befindlicher Jurist, hatte die Anregung dazu von A.W. Schlegel, der bereits 1799 im zweiten Band des *Athenaeum* auf diese «kolossalische Dichtung» hinwies¹⁹, in Berlin im Winter 1803-4 erhalten, als er dessen Vorlesungen besuchte. Goethe las schließlich der Weimarer Damenwelt des gesamten Epos, das «köstlich Werk», in insgesamt 10

¹⁶ Vgl. Safranski, *Goethe*, S. 85.

¹⁷ L. Tieck (1773-1853), der in Halle, Göttingen und Erlangen Geschichte und Philologie ohne Abschluss studierte, nach 1799 auch kurzfristig ein Rechtsstudium begann, lernte Friedrich Schlegel 1797 kennen und hielt sich von 1799 bis 1800 in Jena im frühromantischen Kreis auf. Er war mit Goethe und Schiller bekannt, aber auch mit Savigny, der ihn finanziell unterstützte.

¹⁸ F.H.v.d. Hagen (1780-1856) wurde bereits im Gründungsjahr der Berliner Universität Extraordinarius für altdeutsche Literatur, wechselte als Ordinarius 1818 nach Breslau und nahm 1821 einen Ruf zurück nach Berlin an. Nach der Publikation seiner Übertragung des Nibelungenliedes ins Hochdeutsche folgte 1810 die Edition des Urtextes. Hagen hatte Kontakt zu fast allen Romantikern, insbesondere Tieck, den Gebrüdern Grimm, Clemens Brentano und Achim von Arnim, auch zu Goethe.

¹⁹ Vgl. *Athenaeum*, hrsg. v. A.W. und F. Schlegel, Berlin 1799, Band 2, S. 309. 1782 war die erste Gesamtausgabe des Nibelungenliedes in Berlin von Christoph Heinrich Myller publiziert. A.W. Schlegel wies später öfters auf das bedeutendste deutsche Nationalepos hin, etwa in seinen Berliner Vorlesungen von 1802-3, die auch von Hagen besucht wurden und forderte schließlich 1812: «Schon hat man auf einigen Universitäten über das Lied der Nibelungen Vorlesungen angekündigt. Dieß ist sehr lobenwerth, wenn es zweckmäßig ausgeführt wird; es ist aber ein geringer Anfang. Dieß Heldengedicht, muß in allen Schulen (...) gelesen und erklärt werden». Vgl. *Die Nibelungen. Sage-Epos-Mythos*, hrsg. v. J. Heinze, K. Klein & U. Obhof, Wiesbaden 2003, S. 360.

Vorlesungen vom November 1809 bis Januar des nächsten Jahres in seinem Hause vor: *Früh die Damen. Vorlesung der Nibelungen*²⁰. In Straßburg machte Goethe wiederum die Erfahrung, dass nunmehr seine Liebessehnsucht zur Pfarrerstochter aus Sesenheim, Friederike Brion, seinen Geist zu schöpferischer Kraft anregte und enorm steigerte. Es entstanden die *Sesenheimer Lieder*, Goethes erste Publikation 1770 in Leipzig. Hinzukam die ihn stark beeindruckende Landschaft und so dichtete er eine Reihe von Liedern, etwa das *Mailed* oder *Willkommen und Abschied*. Goethe schuf sogleich einen neuen lyrischen Ausdruck, der sich dem «Gefühlsimpuls des Augenblicks»²¹ hingab und sich deutlich von der Lyrik vergangener Tage unterschied. Inhalt, Klang und Rhythmus verschmolzen zu einem Gesamteindruck, den der Leser ebenso unmittelbar aufnehmen, wie Goethe ihn beim Schreiben abbilden konnte. Bereits zu Beginn seiner lyrischen Versuche gelang Goethe mit dem wohlbekannten *Heidenröslein*²² ein solch vollendetes Volkslied, dass Herder diese Dichtung als echtes Volkslied ausgeben konnte. Goethe begeisterte sich nunmehr auch für die gotische Baukunst, angeregt durch das Straßburger Münster, und verfasste den Aufsatz *Von Deutscher Baukunst*²³, der neben seiner Bewunderung für die Gotik auch wichtige frühe Äußerungen zu seinem Kunst- und Geniebegriff enthält. Die Formen der mittelalterliche Welt sollten später bei den Romantikern eine sich weiter steigernde Bewunderung erfahren.

Im Sommer 1771 reichte Goethe seine Dissertation in Straßburg ein, die jedoch wegen einiger kritischer Thesen zum Verhältnis von Staat und Kirche abgelehnt wurde²⁴. Goethe schloss dann das Rechtsstudium mit einer Disputation am 6. August 1771: *Positiones iuris* ab, der dem Erwerb des Licentiats diente²⁵. Eine später von der Straßburger Rechtsfakultät angeregte Promotion lehnte Goethe ab: «ist mir´s vergangen Doktor zu seyn». Außerhalb von Frankfurt am Main wurde er dennoch stets mit «Doktor Goethe» angesprochen.

In Frankfurt am Main ließ sich Goethe als Advokat nieder, die Zulassung erfolgte am 31. August 1771, ohne dass eine besondere juristische Neigung bei ihm sichtbar wurde. Er übte den Beruf wie sein Vater eher sporadisch²⁶ aus. Die Schriftsätze beeindruckten mehr durch seine Fabulierkunst als dass sie dem Zivilprozesse dienten²⁷. Bald verlor Goethe die Freude an der Juristerei. Ähnliche Versuche scheiterten einige Zeit später im nah gelegenen Hause Brentano, als der Vater versuchte, seinen Sohn Clemens zu einem ordentlichen Kaufmann zu bewegen. Dieser fabulierte ähnlich den kaufmännischen Schriftverkehr wie Goethe und verfasste teilweise Kaufmannsschreiben in Gedichtform.

²⁰ Vgl. *Goethes Leben von Tag zu Tag. Eine dokumentarische Chronik*, von R. Steiger. Band V: 1807-1813, Zürich 1988, S. 138ff.

²¹ Vgl. H. Fröschle, *Goethes Verhältnis zur Romantik*, Würzburg 2002, S. 13

²² «Sah ein Knab' ein Röslein stehn, Röslein auf der Heiden, War so jung und morgenschön, Lief er schnell es nah zu sehn ...»: vgl. Herzogin-Sophien-Ausgabe, Band 1 (1887), S. 16.

²³ Veröffentlicht zusammen mit Herders Shakespeare- und Ossian-Aufsätzen 1773 unter dem Titel *Von deutscher Art und Kunst*.

²⁴ Vgl. P. Landau, *Goethes verlorene juristische Dissertation und ihre Quellen. Versuch einer Rekonstruktion*, München 2007, S. 8.

²⁵ Näheres vgl. *ibidem*, S. 8f.; E. Wohlhaupter, *Dichterjuristen*, hrsg. v. H.G. Seifert, Band I, Tübingen 1953, S. 202f.; J. Fuchs, *Advokat Goethe*, Weimar 1932, S. 21f., 23f.

²⁶ Immerhin weist Safranski, *Goethe*, S. 102ff. 28 Prozesse auf, die Goethe im Laufe seiner Advokatur in Frankfurt am Main führte.

²⁷ Vgl. *ibidem*, S. 103: «Du hast dich in diesem Falle mehr als Schriftsteller denn als Advokat bewiesen; man muss niemals fragen, wie eine solche Schrift dem Klienten, sondern wie sie dem Richter gefallen kann», so ein Urteil von J. G. Schlosser zu einem Schriftsatz, den Goethe ihm vorgelesen hatte.

Über seinen Jugendfreund Johann Heinrich Merck²⁸ fand Goethe Zugang zu einem schwärmerischen Kreis *Zirkel der Empfindsamen* in Darmstadt. Dort lernte er zunächst die Verlobte von Herder Caroline Flachsland kennen, die einen berühmten, später publizierten Briefwechsel mit Herder führte, wo man nicht zu Unrecht Vorboten romantischer Gefühlswelten zwischen Mann und Frau erkennen kann. Im Darmstädter Kreis machte Goethe auch Bekanntschaft mit der Schriftstellerin Sophie von La Roche²⁹ und begegnete durch sie ihrer jungen, sehr anmutigen Tochter Maximiliane, der späteren Mutter von Clemens und Bettine Brentano. In neuen Liebesgefühlen war Goethe zu großer schöpferischer Arbeit angeregt, und es entstand der 1773 publizierte *Götz von Berlichingen*, der in dieser Fassung bereits eine von Herder vorgeschlagene Umarbeitung des viel epischer niedergeschriebenen Entwurfes darstellt. Mit dem *Götz* begann die öffentliche Anerkennung Goethes als Dichter. Das Drama Goethes führte in dieser Zeit zu einer ganzen Reihe weiterer Ritterdramen und Rittererzählungen und in der Jugend wurde der teils deftige, ja derbe Ton als Identifikation mit dem Ritter von der eisernen Hand gepflegt. Diese Unmittelbarkeit von Werk und Empfinden auch beim Leser, ein typisches Merkmal der Sturm- und Drang-Welt, sollte sich wenig später beim Werther noch erheblich steigern. Die Leser hatten sich verändert. Breitere, vor allem bürgerliche Schichten formulierten Erwartungen und nahmen den Lesestoff nicht nur als Bildung auf, sondern wollten in ihrem Lesestoff eigene Gefühls- und Erlebniswelten wiedergespiegelt sehen. Savigny richtete oft mahnende Worte an diese Form der Leseunterhaltung, wenn das Buch nicht der Bildung dienen sollte, dann doch zumindest der Charakterbildung.

Die Signale aus dieser Zeit erfuhren dann in der Romantik eine enorme Verstärkung, zumindest die Anfänge waren gesetzt. Die Subjektivität des Empfindens, auch über alle gesellschaftlichen Konventionen und Tabus sich hinwegsetzend, war Grundüberzeugung und gelebte Lebensgestaltung bei den Romantikern. Sie scheuten auch nicht vor dem letzten Tabu zurück. Nicht selten mündete ihre Gefühlswelt im Tode oder war zumindest oftmals verbunden mit einer starken Todessehnsucht. Die ins Unendliche überhöhte Glücksvorstellung im Angesicht des gerade empfundenen Liebesaktes ist zwar keine romantische Erfindung, aber eine diese Epoche durchaus prägende Metapher, von Novalis etwa geradezu exzessiv ausgelebt. Und ebenso das Eintauchen in die mittelalterliche Welt, das einerseits die Antike als Vorbild und Leitlinie verdrängen sollte und andererseits die Steigerung des nationalen Ethos hervorbrachte, waren Grundbedingungen der romantischen Epoche. Beides waren für Goethe, den Weltbürger, Empfindungen, die er hinter sich lassen oder zumindest unter Kontrolle halten wollte; aber da beide Momente vehement bei den Romantikern aufbrachen, bedrängten sie später wiederum auch Goethe.

²⁸ J.H. Merck (1741-1791) studierte in Gießen und Erlangen, ohne nach einem Abschluss zu streben. Mercks Haus in Darmstadt war der Mittelpunkt des Darmstädter Kreises der Empfindsamen. Zu seinen Freunden zählte Herder seit 1770, Wieland und Goethe seit 1771. Im 12. Buch von Goethes *Dichtung und Wahrheit* wurde Merck ein literarisches Denkmal gesetzt. Ausführlich vgl. *Allgemeine Deutsche Biographie*, 21, Leipzig 1885, S. 400ff. (F. Muncker).

²⁹ Sophie von La Roche, geb. Gutermann (1730-1807), die mit Wieland verlobt war, heiratete G.M.F. von La Roche und von den acht Kindern aus dieser Ehe überlebten fünf. Maximiliane (1756-1793) heiratete Peter Anton Brentano. 1771 erschien ihr bekanntester Roman: *Die Geschichte des Fräuleins von Sternheim*, ein Briefroman im Stil der damals herrschenden Empfindsamkeit geschrieben, der nicht ohne Bedeutung im Vorfeld von Goethes Werther blieb.

In *Werthers Leiden* sind die dunklen Augen von Maximiliane de la Roche beschrieben. Später, im Juni 1806, entdeckte Bettina Brentano in Offenbach bei ihrer Großmutter den Briefwechsel ihrer Mutter mit Goethe. In Verbindung mit der bei ihr ohnehin sehr ausgeprägten Goetheverehrung und den Erzählungen von Mutter Goethe über diese Zeit in Frankfurt, die sie alle in einem Folioband niederschrieb, entwickelte sich später ihr Briefroman *Goethes Briefwechsel mit einem Kinde*, erstmals 1835 erschienen³⁰. Nunmehr bahnte sich hier ein weiteres Liebesleid für Goethe an, als die 17jährige Maximiliane 1774 den 21 Jahre älteren Frankfurter Kaufmann Peter Anton Brentano³¹ heiratete und mit ihr zwölf Kinder zeugte, darunter auch Gundula, die ältere Schwester von Bettina und spätere Ehefrau von Savigny. Auf Anraten seines Vaters zur durchaus üblichen juristischen Weiterbildung am Reichskammergericht hielt sich Goethe von Mai bis September 1772 in Wetzlar auf, dem Sitz des obersten deutschen Reichsgerichts. Auch Savigny hielt sich wenig später für längere Zeit dort auf, als er als Vollwaise von Hanau zu seinem Vormund Constantin von Neurath, Assessor am Reichskammergericht, nach Wetzlar zog. In dessen großem Haus am Buttermarkt nahe dem Dom, von 1750 bis 1782 Sitz des Reichskammergerichts, lebte Savigny von 1792 bis 1795, bis er sich an der Marburger Universität immatrikulierte. In Wetzlar erhielt Savigny von seinem Ziehvater erste Unterweisungen im Recht. Man arbeitete die Institutionen Justinians durch. Goethe dagegen beschäftigte sich in Wetzlar wohl eher statt als neben seinen juristischen Studien ausführlich mit Homer und Pindar. Nunmehr folgte sein erster großer literarischer Schöpfungsakt, der ihn über Nacht zu einem gefeierten Schriftsteller von europäischem Rang aufsteigen ließ.

Grundiert und geformt durch seine stürmische Annäherung an Charlotte Buff, die Verlobte des mit ihm befreundeten Legationssekretärs Johann Christian Kestner, verfasste Goethe den Werther in wenigen Wochen³². Der schöpferische Durchbruch erfolgte bei Goethe durch den Selbstmord von Karl Wilhelm Jerusalem, ein wie viele andere Adelige in Wetzlar am Reichskammergericht weilender Legationssekretär. Angeregt auch durch den dramatisch verlaufenden,

³⁰ Die Briefe selbst sind nicht erhalten geblieben. Der Briefroman entstand erst nach Goethes Tod, weil Bettina durch Kanzler von Müller ihre Briefe an Goethe zurückbekam, sie hatte ihm 50 Briefe geschrieben, denen 17 Briefantworten Goethes gegenüberstanden. Bettina erdichtete noch eine Reihe von Briefen, die authentischen wurden auch verändert, gleichwohl glaubte bei der Publikation das Lesepublikum an eine Edition tatsächlich verfasster Briefe. Diese Faszination erklärt den zunächst großen Bucherfolg, der jedoch bald Schaden erlitt, als die frühe Goetheforschung den wahren Gehalt der Briefe dokumentierte und nunmehr in Anlehnung an das alte Sprichwortes, «Wer einmal lügt, dem glaubt man nicht, auch wenn er mal die Wahrheit spricht!» war das Misstrauen so groß, dass Bettina überhaupt kein Glauben mehr geschenkt worden ist.

³¹ P.A. Brentano (1735-1797) wurde in Tremezzo geboren. Sein Großvater hatte 1698 sein Handelsgeschäft nach Frankfurt am Main verlegt, wo Peter Anton Brentano 1777 in der Großen Sandgasse das Haus Zum Goldenen Kopf kaufte, der neue Wohn- und Firmensitz der Brentanos, wo auch oft Savigny verweilte. Brentano hatte mit seinen drei Ehefrauen insgesamt 20 Kinder, von denen 14 überlebten. Die 17jährige Maximiliane von La Roche heiratete er am 9. Januar 1774, und es entstammten 12 Kinder dieser Ehe. Maximiliane starb vier Monate nach der Geburt ihres 12. Kindes im Alter von 37 Jahren.

³² Kindlers Literatur Lexikon, 3. Auflage. Stuttgart 2009, auch abgedruckt in: J.W. Goethe, *Die Leiden des jungen Werthers* in der Fassung von 1774, Frankfurt am Main 2008, S. 133ff.

ebenfalls in Briefform abgefassten Liebesroman von Jean Jacques Rousseau: *Die neue Heloise*³³, suchte sich Goethe mit seinem ersten großen Werk: *Die Leiden des jungen Werthers* psychisch zu stabilisieren. Die Unmittelbarkeit dieses Romans, der durch seine Briefform zusätzlich eine ungeheure Projektionsfläche vermuteter Authentizität erreichte³⁴, löste in ganz Europa ein Wertherfieber aus, das in Kleidung wie Haltung nachempfunden wurde. Auch das tragische Ende von Werther bestimmte manchen Unglücklichen zur Nachahmung. Am Hofe zu Weimar ordnete der Herzog selbst das Nähen der Werther-Kleidung an, um am allgemeinen Fieber teilzuhaben. Diese eher freudige Erregung hatte allerdings auch ihre bereits angesprochene Schattenseite, als bekannt wurde, dass viele Unglückliche ihre Identifikation mit Werther in einen nachahmenden Selbstmord münden ließen. Auch Goethe erkannte die enorm schöpferische, aber auch zerstörerische Wirkung des subjektiv vielleicht maßlos vorgetragenen Empfindens und Verlangens, die Kern und Bewegungsgrund der kurzen Epoche des *Sturm und Drang* ausdrückte.

Zusätzlich werden schon bei diesem Frühwerk Goethes die späteren Konturen eines auch philosophisch untermauerten Subjektivismus sichtbar. Goethe stand später dieser Epoche des Sturm und Drang, auch gegenüber seinem eigenen Werk vom Werther bei aller Faszination sehr distanziert gegenüber. Zudem spürte er immer eine große Gefährdung und dies führte vermutlich dadurch in eine über dreißig Jahre gehegte Ambivalenz zu einer Epoche, die vielfach auch durch Goethe selbst in Verruf geraten ist: die *Romantik*. Zunächst war Goethe ein berühmter Mann, selbst Napoléon Bonaparte gestand ihm bei seinem Treffen 1808 in der Nähe von Jena ein, den bereits 1775 ins Französische übersetzten Werther mehrfach gelesen zu haben und ihn auch im Feldzug gewöhnlich in seiner Rocktasche mit sich zu führen.

So sehr seine Werke in Europa aus Goethe einen gefeierten Schriftsteller machten, so unsicher war seine Zukunft. Seine Einkünfte waren immer noch überwiegend aus des Vaters Schatulle gespeist. Der Götz erschien im Selbstverlag und war durch die sofort auftauchenden Raubdrucke ein Verlustgeschäft. Sein Werther erzeugte hohe Auflagen, konnte aber noch nicht seinen Lebensunterhalt finanzieren. Seine Advokantentätigkeit entwickelte sich nicht zu einem Brotberuf, weil Goethe diesem Beruf einfach nicht ernsthaft nachkam. Besonders bedrückend entwickelte sich seine persönliche Lage, als er sich in Lili Schönemann verliebte, eine gebildete und wegen ihrer Schönheit umschwärmte Tochter einer angesehenen Bankiersfamilie in Frankfurt am Main. Obwohl er ebenfalls aus einer in Frankfurt am Main anerkannten Familie stammte, war seine berufliche Aussicht so ungewiss, dass er bei der Familie Schönemann als Schwiegersonn abgelehnt wurde und seine Liebessehnsuchten aufs Neue ins Leere liefen. Vom Mai bis Juli unternahm Goethe deshalb zusammen mit den Brüdern Stolberg eine Reise in die Schweiz, um die erfahrene Ablehnung zu verarbeiten. Nach seiner Rückkehr wurde die im April geschlossene Verlobung mit Lili im Oktober 1774 aufgelöst.

In dieser dramatisch zugespitzten Lebenslage, auch die Stadt Frankfurt am Main bereitete Goethe aufgrund des von ihm als zu oberflächlich empfundenen

³³ Der Briefroman von Rousseau erlebte 1761 seine Erstauflage und wurde auch im europäischen Maßstab zum erfolgreichsten Roman in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts.

³⁴ Dies veranlasste Goethe in der zweiten Auflage von 1775 die Mahnung hinzuzufügen: «Sieh, dir winkt sein Geist aus seiner Höhe: Sei ein Mann, und folge mir nicht nach».

Gesellschaftslebens zunehmend Verdruss, eröffnete sich, wie zuvor in Straßburg, durch eine für ihn schicksalhafte Begegnung eine neue Perspektive für seinen weiteren Lebensweg. Zwei Monate nach der Auflösung seiner Verlobung mit Lili weilten die Prinzen Carl August und Konstantin von Sachsen-Weimar mit ihren Erziehern kurz in Frankfurt am Main. Auf Wunsch von Prinz Karl August kam eine Begegnung mit Goethe zustande. Knapp ein Jahr später, im September 1775, war der nunmehr aufgrund seiner Volljährigkeit als Fürst von Sachsen-Weimar inthronisierte Karl August auf dem Wege nach Darmstadt, um Luise von Hessen zu ehelichen. Bei seinem zweiten Treffen mit Goethe lud er diesen zu sich nach Weimar ein. Auf seiner Rückreise mit seiner frisch angetrauten Frau wiederholte der junge Fürst am 12. Oktober die Einladung an Goethe. Es wurde vereinbart, dass Hofmarschall von Kalb, der wegen der Übernahme einer Kutsche sich in Karlsruhe aufhielt, ihn auf seiner Rückreise nach Weimar in Kürze mitnehmen sollte. Nach mehr als zwei Wochen des Wartens geriet Goethe ob der Ernsthaftigkeit der Einladung in Zweifel und trat am 30. Oktober eher aus Verzweiflung eine Italienreise an. Diese führte ihn zunächst zu einem mehrtägigen Aufenthalt nach Heidelberg, wo er nachts die Nachricht entgegennahm, der Hofmarschall verweile in Frankfurt, um ihn mit nach Weimar zu nehmen. Anfang November 1775 traf Goethe in Weimar ein: «Dienstags, den 7. des Monats, morgens um fünf Uhr, ist Goethe in Weimar angelangt. O bester Bruder, was soll ich Dir sagen? Wie ganz der Mensch beim ersten Anblick nach meinem Herzen war! Wie verliebt ich in ihn wurde, da ich am nämlichen Tag an der Seite des herrlichen Jünglings zu Tische saß!», so beschrieb Wieland, vormals Erzieher vom Kronprinzen Carl August, seine Gefühlswelt bei der Ankunft Goethes in Weimar in einem Brief an Jacobi.³⁵

Der junge Herzog hegte eine tiefe Bewunderung für den nun 26jährigen, inzwischen gefeierten Schriftsteller und ermöglichte dem noch jungen Goethe zusammen mit ihm in Weimar ein wildes und intensives Leben, das der Epoche des Sturm und Drang durchaus entsprochen hat. Alle Ausschweifungen wurden intensiv empfunden: von Jagdgesellschaften, Trinkgelagen bis hin zu amourösen Abenteuern. Mit seinen Einfällen und seiner gewinnenden Persönlichkeit brachte Goethe die ganze Weimarer Gesellschaft in Schwung. Im Winter brachte Goethe dem Hofe das Schlittschuhlaufen bei. Die Wochen und Monate verstrichen in Weimar im Fluge.

Zu Beginn des Jahres 1776 suchte Herzog Karl August Goethe für immer an Weimar zu binden und lobte ein testamentarisch verfügtes Gehalt von 1000 Talern aus, das er mit der Aussicht auf eine Pension von 800 Talern verband. Goethe sagte zu und war nunmehr entschlossen, in Weimar zu bleiben. Zusammen mit der pekuniären Vereinbarung unterstützte der Fürst Goethe beim Erwerb des Gartenhauses am Stern im Weimarer Park, das in den nächsten sechs Jahren neben seiner Stadtwohnung sein Zuhause sein sollte. Im Jahre 1782 bezog Goethe dann sein Haus am Frauenplan, das er bis zu seinem Tode bewohnte und das heute noch im Originalzustand zu besuchen ist. Goethe übernahm nun eine Reihe von

³⁵ Vgl. *Goethes Leben von Tag zu Tag* (supra Anm. 20), Band I: 1749-1775, Zürich und München 1982, S. 760. Eintrag vom Dienstag, 7. November 1775. Auch in *Goethes Gespräche*, Band I, Zürich 1965, S. 323.

Verwaltungsaufgaben im kleinen Herzogtum Sachsen-Weimar: Bergwerksangelegenheiten, die Neugestaltung des Parks zu Weimar oder das Straßenbauwesen. Für die spätere Zeit besonders wichtig war die Übertragung der Bauleitung des 1780 eröffneten neuen Theaters zu Weimar. Weiterhin begleitete er Karl August auf dessen diplomatischen Missionen sowie Vergnügungsreisen; es bildete sich eine echte Männerfreundschaft. Zu Beginn des Jahres 1776 begann Goethe um die acht Jahre ältere Charlotte von Stein zu werben. Die erfahrenen Hofdame suchte er mit beinahe täglichen überbrachten, auch heute noch ihren verliebten Reiz vermittelnden, teils mit Gedichten ausgeschmückten kleinen "Zettelgen" zu umgarnen. Die verheiratete Charlotte, Mutter von sieben Kindern, von denen die drei Söhne überlebten, war nicht leicht zu erobern, auch wenn der Ehemann sich dem Verhältnis nicht in den Weg stellte. Goethe hatte Charlotte von Stein bereits im September 1775 in Straßburg erblickt, als ihm von ihr eine Silhouette gezeigt wurde, die ihn spontan tief beeindruckte.

Charlotte von Stein nahm großen Einfluss auf Goethe. Er lernte von ihr nicht nur, sich am Weimarer Hof richtig zu verhalten; ihre Bildung förderte auch sein literarisches Genie. Bis zu seiner Romreise flocht Goethe aus feinen Garn einen dichten Konkon um Charlotte, mit der er wohl keine körperliche Beziehung hatte. Seine abrupte Abreise nach Italien und noch mehr Goethes neue Beziehung zu Christiane Vulpius nach seiner Rückkehr von der Italienreise ließ diese Beziehung zerbrechen. Aus Zorn und Wut vernichtete Charlotte von Stein ihre Briefe an Goethe, zu unser aller Bedauern³⁶.

Zwanzig Jahre später entzündete im nahen Jena die Gemeinschaft von älteren, reiferen Frauen und ungestümen jungen Männern im frühromantischen Kreis eine geradezu fiebrige Kreativität. Im Verhältnis zu Goethe trat bei den Frühromantikern noch die enorme Energie gruppenspezifischer Prozesse hinzu, die auch die großen Pendelausschläge in der Gefühlswelt, die teilweise angriffsstige und bisweilen destruktive Form der Schriftlichkeit, aber auch der geistigen Sprunghaftigkeit insgesamt erklären lassen. Auch hier greift die Romantik die Vorgaben Goethes auf und entzündet ihre Kreativität durch die Anwesenheit und verführerische Kraft der Frauen. Die Romantik gestaltet den eigentlichen Durchbruch in der Gleichachtung von Mann und Frau. Die Frau erhielt zudem eine künstlerische Gleichstellung. Für eine kurze Zeit war der weibliche Einfluss Dreh- und Angelpunkt einer Künstlergruppe. Gleichwohl entwickelte sich die typisch romantische, nunmehr gelebte Überzeugung, man würde den richtigen, einzigen Partner für das ganze Leben finden, was sowohl für die Frau wie für den Mann gilt. Deswegen war es auch folgerichtig für die Romantiker, dass das Instrumentarium der Ehescheidung gebilligt, ja gefordert wurde, um die fehlerhafte Wahl des Partners korrigieren zu können. Auch hier gilt dies für beide Partner; so strengten bei den Frühromantikern die Frauen die Scheidung an, weil sie ihre Partnerwahl nunmehr korrigieren wollten, etwa Caroline Schlegel oder Sophie Mereau.

³⁶ Die Briefe von Charlotte von Stein, die Goethe ihr aushändigte, sind verschollen oder wurden von ihr vernichtet, was aus der nachfolgenden Leidenschaft für Christiane Vulpius verständlich ist. Insgesamt schickte Goethe ihr etwa 1.500 Briefchen oder Zettelgen, wie er sie nannte zu.

Die Gleichstellung der Frau in intellektueller, auch in literarischer Hinsicht war der nächste Schritt, der in der Beziehung von Goethe zu Frau von Stein ein Vorbild hatte. Die Zeiten nach der Romantik waren in mehrfacher Hinsicht ein Rückschritt. Jedoch muss man berücksichtigen, dass auch die Protagonisten der Romantik sich selbst überforderten und anschließend oftmals in fast reaktionären Rollen sich wiederfanden³⁷. Erst das moderne Eherecht brachte die Balance von Mann und Frau in der Ehe wieder auf den Stand, den bereits die Romantik erlebte.

1777 starb Goethes Schwester Cornelia mit 27 Jahren, deren Bedeutung als Vertraute des Bruders gerade in seiner wichtigen Frühphase nicht überschätzt werden kann. Goethe selbst war nun der einzig Überlebende seiner Geschwister und auch aufgrund dieser Prädestination suchte er nach seiner Bestimmung, ähnlich wie Savigny, der als einzig Überlebender der gesamten Familie einschließlich der elf Geschwister häufig die Frage nach dem Grunde seines Überlebens gestellt hat und diese dann umsetzte in eine außergewöhnliche Kreativität.

Für Goethe, 1782 in den Adelsstand erhoben, wurde in Weimar die Zeit für künstlerische Vorhaben immer knapper. Er verfolgte zwar dichterische Pläne, betrieb auch naturwissenschaftliche Studien und entfaltete sich etwas im Zeichnen, doch er spürte deutlich die Enge und Knappheit seiner Lebenszeit. Insgesamt suchte Goethe einen Weg aus der Sturm und Drang Zeit. Es entwickelte sich bei ihm ein Reifungsprozess, in dem Gefühl, Hingabe und Freiheitsdrang in Einklang zu bringen war mit Selbstbeherrschung und öffentlichem Ansehen. Goethe suchte ebenso eine innere Balance von Irrationalität, schöpferischem Loslassen wie auch Rationalisierung seines Lebens und Strebens. Es zeichnete sich die Epoche ab, die später mit Weimarer Klassik bezeichnet wird, wobei die erste Zeit in Weimar als Vorklassik und die zwischen der Italienreise und dem Tode Schillers als Hochklassik eingestuft wird. Die Reifung bei Goethe findet auch ihren Niederschlag in seinen Werken, so entstand auch als Ausdruck dieser Zeit des Reifens der Roman *Wilhelm Meisters Lehrjahre* sowie das Drama *Torquato Tasso*. Zu den Einschränkungen in der Verwirklichung seiner dichterischen Weiterentwicklung trat die nachlassende Leidenschaft der nun alternden Charlotte von Stein hinzu. Und so beschloss Goethe 1786 von Karlsbad aus, heimlich nach Italien aufzubrechen. Der Herzog war mittels eines Urlaubsgesuches auf unbestimmte Zeit informiert, und so begab sich Goethe unter dem Pseudonym des Malers Philipp Möller nach Italien, wo er die meiste Zeit in Rom verbrachte. Erst Mitte des Jahres 1788 kehrte Goethe nach Weimar zurück.

Flucht als Ausdruck geminderter Konfliktfähigkeit, ein eher archaisches Mittel, zeigte sich bei Goethe in all seinen wichtigen Lebensphasen. Der ihn bedrängenden Konfliktlage auszuweichen, diente die unternommenen Reise, neben der Erholung und zur Schöpfung neuer Gedanken. Bei Savigny war dieses Verhalten noch viel stärker ausgeprägt, weil er aufgrund seiner Erlebnisse und Erfahrungen in der Kindheit wie in der Jugend weder im privaten noch im öffentlichen Bereich Konfliktfähigkeit erlangte. Bei einer starken emotionalen Konflikt-

³⁷ Näher dazu mein Aufsatz *Vier Tage in Jena* (supra Anm. 1), S. 438ff.

lage mündete bei Savigny die Flucht oftmals auch in eine Krankheit, etwa einen starken und lang anhaltenden Migräneanfall, der phasenweise bis zur Erblindung führen konnte. Bei Konfliktsituationen im öffentlichen Bereich reagierte Savigny meist mit Rückzug und Schweigsamkeit, die ihm oft den Vorwurf von Überheblichkeit und Gefühlskälte einbrachte.

Über die Bedeutung der Italienreise für Goethe, seine Begeisterung für die Kunst der Antike und der Renaissance, vor allem für die Bauten von Palladio, kann man Bibliotheken füllen, ganz sicher bildeten die gewonnenen Eindrücke und Erkenntnisse nunmehr den Hintergrund des Entstehens der Weimarer Klassik. Die Maßgabe der Schönheit in der Kunst wurde ein bestimmendes Motiv und auch Ziel. Vor allem die Antike bildete die Quelle, aus welcher der schöpferische Geist Goethes in den nächsten Jahren Kunstwerke abgewinnen konnte, so ähnlich wie das Mittelalter ein Archetypus für die Romantiker werden sollte.

In Rom war er in einen langen intensiven Diskurs mit den dort lebenden Künstlern eingebunden, das Portrait Goethes von Johann Heinrich Wilhelm Tischbein³⁸, entstanden 1786, ist ein Höhepunkt in der Gemäldegalerie des Städelschen Kunstinstituts in Frankfurt am Main. Den ebenfalls in Rom weilenden Heinrich Meyer gewann Goethe später als Leiter der von ihm in Weimar gegründeten Zeichenschule. Eine Reihe von Werken entstanden: Iphigenie auf Tauris, die er auf der Italienreise 1786 vollendete, ebenso der Egmont in Rom und der Torquato Tasso 1790.

Im *Torquato Tasso* wie auch wenig später im Roman *Wilhelm Meisters Lehrjahre* kommt am deutlichsten die Neuorientierung zum Ausdruck, weil dort der subjektivistisch ausgerichtete, egozentrische, durchaus mit Sympathie auftretende Künstler auf die Anforderungen und Regulierungen der Gesellschaft stößt und Goethe diesen Konflikt, anders als im Werther, zugunsten der Gesellschaft löst. Der reife Künstler Goethe, selbst in die Verpflichtung gesellschaftlicher Aufgaben verwickelt, verlässt die Adoleszenz und sucht seine Rolle als erwachsenes, in der Gesellschaft Fuß fassendes Mitglied, der gleichwohl den künstlerischen Gestaltungsakt weiterhin beinahe uneingeschränkt verfolgt. Diese schwierige Balance, gesteuert mehr durch Willen und Vernunft, war nunmehr bestimmend für seinen weiteren Werdegang, der als Hochklassik eingestuft wird. Diese fragile Balance wird von den Romantikern intensiv in Frage gestellt. Goethe erkennt die Regelverstöße aus seiner eigenen Lebensgeschichte oder wie Wilhelm Meister es formuliert, der aus der «Ordnung und Reinlichkeit» wegen der Liebe zu einer Frau zu «wilder Unordnung» und «verworrener Wirtschaft» übergeht. Während Goethe gerade in seinem Roman Wilhelm Meister wie in *Torquato Tasso* die Balance wieder findet, sollte wenig später von den Romantikern dieses Gleichgewicht von öffentlicher Verpflichtung und künstlerischem Wirken aufgekündigt werden, und auf der Grundlage eines stark subjektivistisch eingefärbten, unkonventionellen Künstlerlebens auch die gesellschaftliche Regelverletzung beinahe Programm sein. Aus Rom brachte Goethe auch seine erstmals³⁹ tief empfundenen

³⁸ J.H.W. Tischbein (1751-1829) hielt sich erstmals 1779 in Rom auf und unternahm 1783 auf der Grundlage eines von Goethe vermittelten Stipendiums seine zweite Italienreise, die bis 1799 andauerte. 1786 befreundete er sich mit dem inkognito reisenden Goethe an, mit dem er 1787 Neapel besuchte. ³⁹ Vgl. das Werk von Kurt R. Eissler (1908-1999), *Goethe. Eine psychoanalytische Studie 1775-1786*. Das 1963 in Detroit erschienene Werk wurde in den Jahren 1983-1985 in deutscher Übersetzung im Roter Stern Verlag in Frankfurt am Main publiziert.

denen sinnlichen Erfahrungen mit nach Weimar und stürzte sich wenige Zeit nach seiner Rückkehr in eine für Weimar anstößige Lebensgemeinschaft. Seine skandalöse Liebesbeziehung mit Christiane Vulpius, aus der fünf Kinder hervorgingen, von denen fast wie im Spiegelbild seiner eigenen Kindheitserfahrung nur der älteste Sohn August überlebte, führte erst viel später in eine Ehe. Auch hier ist der Berührungspunkt mit den Romantikern tief empfunden und zugleich auch ihn wiederum gefährdend. Denn die auch im gemeinsamen Wohnen manifestierte, sinnlich ausgerichtete Liebesgemeinschaft mit Christiane Vulpius schien ein wichtiger Anker für das Recht des Künstlers auf die unkonventionelle Gestaltung seines Lebens trotz aller öffentlichen Aufgaben und auch öffentlichen Widerstände zu sein. Hier setzte Goethe die Bruchstelle zwischen subjektiv empfundenes, man kann auch sagen irrationales Aufbegehren und gesellschaftliche Konvention. Auch hier finden sich heftige Ausschläge in der späteren Romantikergruppe wieder, die gerade in der künstlerischen Lebensgestaltung wie den gesellschaftlichen Regelverletzungen einen Quell schöpferischer Produktivität erkannten und nutzten.

Fürst Karl August entlastete im Juni 1788 Goethe von einer Reihe öffentlicher Aufgaben. Er überließ ihm vor allem die seinen Neigungen zusagenden Tätigkeiten, etwa Mitwirkung beim Aufbau der naturkundlichen Sammlung der Universität Jena, ebenso die Einrichtung und Leitung des Weimarer Theaters, wo auch eine ganze Reihe Stücke romantischer Autoren aufgeführt wurden und schließlich auch ab 1794 die Verwaltung des Botanischen Gartens. Großen Einfluß nahmen auf Goethe in den folgende Jahren auch seine intensiven Gespräche über römische und griechische Literatur, etwa mit Wilhelm von Humboldt, Johann Gottfried Herder, Johann Heinrich Voß und Friedrich August Wolff.

Im gleichen Jahr 1788 kam es auch zur ersten Begegnung zwischen Goethe und Schiller⁴⁰. Trotz seiner anfangs deutlich vorhandenen Distanz zu dem gefeierten Autor des am 13. Januar 1782 in Mannheim uraufgeführten Dramas *Die Räuber* erhielt Schiller auf Vermittlung von Goethe eine Professur für Geschichte an der Universität Jena. Die Bindungen der Dichter an die Universität erfuhren bei den Romantikern wenig später noch eine erhebliche Verstärkung. Die Epoche der Romantiker war ohne die Verflechtungen von Philosophen, Dichtern und Gelehrten zu den jeweiligen Universitäten, etwa Jena, Heidelberg, Landshut oder auch noch in der Anfangszeit der neu gegründeten Berliner Universität, kaum vorstellbar. Die Nähe der Wissenschaft und des Universitätslebens sowie der Umgang mit den dort tätigen Professoren waren ein Lebenselixier der Romantiker, insofern ist die Bindung der Brentanos an Savigny auch durch die Eheschließung mit Gundula Brentano eine fast konsequente, keinesfalls jedoch überraschende Entwicklung. Nunmehr erschienen in rascher Folge Werke von Goethe wie Schiller; und es bahnte sich eine äußerst schöpferische Phase in der Schaffenskraft der beiden Dichter an. Auch bei Schiller war ein Reifungsprozess deutlich an seinen Dramen erkennbar. Es entstanden seine späten großen, reifen Dramen:

⁴⁰ Friedrich Schiller (1759-1805) kam im Juli 1787 erstmals nach Weimar. Goethe weilte zu dieser Zeit in Italien. Schiller lernte in Weimar Herder, Wieland und den Kantianer und in Jena Philosophie lehrenden Reinhold kennen. Seit 1794 in Jena wohnend, zog Schiller am 3. Dezember 1799 nach Weimar.

Wallenstein, Maria Stuart, Jungfrau von Orleans und der *Wilhelm Tell*. Es war eigentlich nur eine Folge der Zeit, dass die beiden bedeutendsten Dichter Deutschlands auch miteinander sprachen und sich gegenseitig befruchteten. Die Wissenschaft datiert den Beginn des gemeinsamen Weges und des Aufblühens der Hochklassik in Weimar mit dem Juli 1794, als nach der Sitzung der naturforschenden Gesellschaft in Jena sich Goethe und Schiller über Goethes Konzept der Metamorphosen in der Pflanzenwelt unterhielten und Schiller sehr zur Verblüffung Goethes seine Annahme einer Urpflanze als eine Idee bezeichnete. Die Auseinandersetzung von Idee und Erfahrung, Vorstellung und Beweisbarkeit war ein Schlüssel zum Verständnis nicht nur in der Entwicklung der naturwissenschaftlichen Unternehmungen, auch bei Goethe.

Die 1789 ausbrechende französische Revolution wirkte ebenfalls tief in die Weimarer Gesellschaft hinein, zumal sich Weimar 1792-93 am ersten Koalitionskrieg gegen das revolutionäre Frankreich beteiligte und direkt verwickelt war in die Belagerung von Mainz. Dort hielt sich über längere Zeit die verwitwete Caroline Michaelis-Böhmer, spätere Schlegel bzw. Schelling auf und hatte eine amouröse Liaison mit Georg Forster. Goethe, der sich zu dieser Revolution stets distanziert verhielt, musste aber den tiefen Riss sehen, der sich durch Parteinahme und Ablehnung der französischen Revolution auch in Weimar abzeichnete, vor allem nach dem jakobinischen Blutterror. Der in Weimar auf Wunsch von Goethe seit 1776 wirkende und ansässige Herder wurde wegen seiner durchgehend positiven Haltung zur französischen Revolution weitgehend am Hofe isoliert und Goethe musste vermittelnd eingreifen.

In den Jahren 1795-96 erschien der Bildungs- und Entwicklungsroman *Wilhelm Meisters Lehrjahre*, der eine Art von Fibel für die Romantiker wurde. Dieser Roman muss im Zusammenhang und im Abstand zum Werther betrachtet werden. Im Kern beschäftigt sich Goethe in diesem Roman mit dem Versuch des Ausgleichs der Ansprüche des subjektiv gesteuertem Künstlers mit dem objektiv verlangten und auch gegebenen Konventionen der Gesellschaft gegenüber. Es spiegelt sich der Werdegang Goethes selbst in Weimar wider. Eingefangen und romanhaft ausgestaltet ist Goethes Weg von der Sturm und Drang Zeit hin zur Klassik. Für die Romantiker am bedeutendsten war jedoch, dass Goethe hier einen echten Roman verfasst hat. Die Attribute, die der Romantiker vom Leben verlangt, sind eingefangen in diesem Roman: Abenteuerlust, Identitätsfrage, Zufälligkeit der Ereignisse, Verwandlungslust, Künstlertum, Entwicklung des eigenen Lebens von Stufe zu Stufe. Das Leben soll, so die Forderung der Romantik, verlaufen wie ein Roman.

Noch im Jahre zuvor, 1794, wurde der Kant-Schüler Fichte als Professor der Philosophie in Jena verpflichtet, der mit seinem Subjektivismus, «die Entdeckung des Ichs», die nunmehr schon im Keime sichtbare Epoche der Romantiker vorbereitete und gerade auf das Element zurückgriff, das Goethe nunmehr sicher bei sich trotz aller Gefährdungen ausbalanciert sah, nämlich die Ausgewogenheit von Subjekt und Objekt, von übersteigertem, künstlerischen Egoismus und gesellschaftlichen Anforderungen und Kompromissen.

Damit sind bereits die drei Ereignisse angeführt, die wenig später Friedrich Schlegel als die Weltereignisse im ausgehenden 18. Jahrhundert bezeichnete: die französische Revolution, Fichtes Auftreten und seine Publikationen und die Veröffentlichung von Goethes *Wilhelm Meisters*

Lehrjahre. In der Beurteilung von historischen Ereignissen, die von den Romantikern zu Weltereignissen stilisiert wurden, wird auch das übersteigerte Selbstwertgefühl der Romantiker deutlich. Sie glaubten nicht nur in der Position zu sein, Weltereignisse zu benennen, sie definierten sich selbst so.

Auf dem Höhepunkt der Hochklassik keimte also bereits eine neue Vorstellung von Kunst, Gesellschaft, Dichtung und Wissenschaft sowie auch vom Recht heran.

Doch die Hochklassik verbreitete zunächst den Glanz, der Weimar zum Mekka deutscher Dichtkunst werden ließ. Goethe wurde bereits als Dichterkönig angesehen und so sehr die Nähe von Schiller und dem enormen Erfolg seiner Dramen seinen Glanz zu mindern schien, so sehr profitierte er wenig später gerade davon. Darüberhinaus entfaltete sich im Schlepptau der Klassik eine rege Gründungsphase an literarischen Zeitschriften, die nicht unerheblich zur Verbreitung und auch zum Ruhm der Klassik beitrugen: *Allgemeine Literatur-Zeitung*, die ab 1785 täglich in Jena (später in Halle) erschien, die *Horen* von Schiller (1795-1797), der *Musen Almanach* (1796-1800), ebenfalls von Schiller herausgegeben und die von Goethe und Meyer edierten *Die Propyläen* (1798-1800) sowie *Der Teutsche Merkur*, eine von Herder von 1773 bis 1789 sehr erfolgreich und teils mit 2.500 Exemplaren in hoher Auflage herausgegebene Zeitschrift, die ab 1775 monatlich erschien.

Für den großen zeitgenössischen Ruhm Goethes war auch die Verehrung der Romantiker nicht unbedeutend. Bereits 1798 formulierte Savigny eine treffende Bemerkung über das Verhältnis der Romantiker zu Goethe: «Aber ein Umstand muß den Verfassern viele animos conciliiren: Goethe ist ihr Gott»⁴¹.

Gerade die Entwicklung der literarischen Fachzeitschrift und die Förderung und Ausbildung der literarischen Kritik als ein Schlüssel zum Verständnis der Literatur für ein breiteres Publikum veranlasste einen Schriftsteller in Jena sich anzusiedeln, der später zusammen mit seinem Bruder Mittelpunkt der Jenaer Frühromantik wurde: August Wilhelm Schlegel⁴². Der Ältere der Schlegelbrüder, Begleiter von Caroline Michaelis-Böhmer auch in den schwierigen Tagen ihres Gefängnisaufenthaltes in Königstein und Kronberg im Taunus sowie der Schwangerschaft und Geburt eines außerehelichen, in der Vaterschaft ungeklärten Kindes, besuchte Goethe in Weimar am 27. Juni 1796. Die Heirat mit Caroline folgte am 1. Juli 1796 in Hannover. Am 8. Juli traf das Ehepaar Schlegel in Jena ein. Caroline kannte Goethe von seinem Besuch in Mainz im August 1792 im Hause Georg Forsters, und Goethe übermittelte Schiller am 12. Juli ein Schreiben, das Ehepaar Schlegel freundlich zu begrüßen. Schon als Goethe A.W. Schlegel als Literaturkritiker gewinnen konnte, schrieb er durchaus zufrieden mit der Wahl am 26. Dezember 1795 an Schiller: «daß die Rezension des poetischen Teils der

⁴¹ Vgl. A. Stoll, *F.C.v. Savigny*, I: *Der junge Savigny*, Berlin 1927 (Nachdruck Frankfurt am Main 2010), Brief Nr. 5, S. 66.

⁴² A.W. Schlegel (1767-1845) studierte in Göttingen Theologie und Philologie, zog 1801 nach seinem Aufenthalt in Jena nach Berlin und hielt dort Vorlesungen. Nach der Scheidung von seiner Frau Caroline 1803 war er bis 1817 Freund, Lebensgefährte und Reisebegleiter von Madame de Stael. 1808 hielt Schlegel seine berühmten *Vorlesungen über dramatische Kunst und Literatur* in Wien, die er in den Jahren 1809-1811 publizierte. Schlegel war der international bekannteste deutsche Romantiker, seine Werke erlebten vielfältige Übersetzungen. 1818 erfolgte seine Berufung als Professor für Literatur an die neugegründete Universität zu Bonn, wo er auch am 12. Mai 1845 starb.

Horen in die Hände eines Mannes aus der neuen Generation gefallen ist, mit der alten werden wir wohl niemals einig werden»⁴³.

Schlegel beteiligte sich rege an der Horen und verfasste eine ungeheure Anzahl von Literaturkritiken für die Allgemeine Literatur Zeitung (ALZ). Goethe betrachtete seine Beziehung zu Schlegel als sehr fruchtbar: «Auch die Gegenwart Wilhelm August Schlegels war für mich gewinnreich»⁴⁴. Viele Briefe wurden untereinander ausgetauscht⁴⁵ und eine große Zahl von Treffen fanden zwischen den beiden statt, so notierte Goethe etwa sieben Sitzungen vom 22. bis 29. September 1799 bei der Besprechung der Herausgabe seiner gesammelten Gedichte, bei denen Goethe der Rat Schlegels vor allem in Rhythmik und Versgestaltung besonders wichtig war. Schiller, das eigentliche Opfer der Romantik, vermerkte nicht ohne Anflug von Eifersucht: «Dieses Verhältnis ist durchaus ein literarisches und kein freundschaftliches, wie man es in der Ferne beurteilt»⁴⁶. Schiller spürte von Beginn an die heranwachsende Rivalität, schon seine erste Begegnung mit dem auf ihn bliasiert wirkenden Friedrich Schlegel im April 1792 im Haus Körners in Dresden begründete bei ihm spontan starke Antipathie, wenn er Schlegel als einen «unbescheidenen, kalten Witzling»⁴⁷ beschrieb.

Und Friedrich Schlegel folgte dem Ruf seines Bruders, traf drei Monate später nach Jena ein aus Berlin kommend, wo er in einer Wohngemeinschaft mit Friedrich Schleiermacher lebte. Trotz der mehrfachen Aufforderungen Friedrich Schlegels konnte der Theologe und Prediger schon aus finanziellen Gründen sich nicht entschließen, von Berlin nach Jena zu überzusiedeln⁴⁸. Der dritte in der Berliner Künstler-Wohngemeinschaft war Achim von Arnim, der zunächst eine dreijährige Bildungsreise antrat, bevor er wieder zur Gruppe der Romantiker stieß. Die nunmehr sich im Hause der Brüder Schlegel gruppierenden Romantiker hatten ein gemeinsames Dach, eine Wirkungs- und Agitationsstätte gefunden, wo sie sich bald täglich trafen. Der Romantikerkreis war eine offene Gruppe insoweit, als sie ständig für neue Mitglieder die Tür offenhielten, so fand sich ein Kreis von circa 20 bis 25 Personen ein, der durch die ständige Anwesenheit eines inneren Zirkels zunächst äußerst stabil war, etwa durch die Schlegelbrüder, Caroline Schlegel, die spätere Ehefrau von Schelling, Sophie Mereau, die spätere Ehefrau von Clemens Brentano, sowie Dorothea Veit, die spätere Ehefrau von Friedrich Schlegel, Schelling, vielleicht noch Novalis oder Tieck, eher am Rande Clemens Brentano oder Hölderlin. Der Kreis hielt im wesentlichen in dieser Dichte fast, man könnte auch sagen: keine zwei Jahre zusammen, wobei das Auseinanderbrechen auch wiederum typisch für derart strukturierte Gruppen war, denn die Instabilität solcher Gruppen resultiert aus den sich wandelnden Bindungen untereinander. Es war insoweit eine geschlosse-

⁴³ Goethes Briefwechsel, Weimarer Ausgabe, Band 10, S. 354.

⁴⁴ Goethes Tag- und Jahreshefte, zitiert nach Fröschle, *Goethes Verhältnis*, S. 165

⁴⁵ Im Sammelband von Schüddekopf, Walzel, *Goethe* (vgl. Fn 4), sind 103 Briefe, davon 40 von Goethe abgedruckt.

⁴⁶ Schillers Brief an Gräfin Schimmelmann vom 27. November 1800, in *Sämtliche Werke*, hrsg. v. E. Beutler, München 1977, Band 11, S. 699.

⁴⁷ Vgl. Fröschle, *Goethes Verhältnis*, S. 199.

⁴⁸ Die Romantiker bildeten die literarische Künstlergruppe, die erstmals aus ihrer Kreativität und Produktion ihre Einnahmen gestalten wollte. Clemens Brentano wird als erster freischaffender Schriftsteller angesehen, auch wenn er eine Apanage aus Frankfurt am Main aufgrund seines Erbanspruchs bekam.

ne Gruppe, weil jeder Teilnehmer sich in seiner ganzen Persönlichkeit einbrachte, so auch im Diskurs so wahrgenommen wurde und an der Gestaltung des gemeinsamen Zieles teilnahm. Die Konzeption vor allem der Frühromantiker war eine erlebtes und gelebtes Gruppenereignis, das schließlich mündete in der Konzeption, daß «die Romantik eine alle Lebensbereiche umfassende Bewegung war»⁴⁹. Savigny dagegen organisierte während seiner Studienzeit in Marburg eine offene Gruppe von durchweg älteren Männern, in der über andere und deren Werke gesprochen wurde. Savignys Gruppe war auch nicht in der Universität angesiedelt und wies nur ganz wenige Juristen auf, auch wenn viele Gelehrte darunter waren. Savigny nahm beispielsweise seinen Freund Constantin von Neurath, in dessen Haus er nach dem Tod seiner Eltern großgezogen wurde, nicht in diesen Kreis auf, was schließlich zum Bruch der Freundschaft führte. Savignys Lebensweg war zunächst noch durch die Vorgaben seines Vaters vorgezeichnet, indem er nach dem Rechtsstudium wie sein Vater und auch sein Großvater in die Rechtspraxis einsteigen wollte. Insoweit suchte Savigny die Nähe einer Gruppe, die eigentlich dem Vollwaisen als Familienersatz dienen sollte und war eigentlich gar nicht daran interessiert, Fachbezogenes zu diskutieren. Das Dilemma von Savigny war, dass er sowohl Nähe als auch Einsamkeit nur sehr schwer ertragen konnte. Seine schon während der Studienzeit zu beobachtenden Gruppenbildungen, es folgten weitere in Heidelberg und Landshut, mündeten schließlich im Aufbau und der Organisation der historischen Rechtsschule. Savigny folgte auch dem Modell der Romantiker einer geschlossenen Gruppe, die nach innen offen, aber nach außen sehr einheitlich und dominant auftrat.

In dieser Savigny-Gruppe befanden sich auch die beiden Kreuzer-Vettern⁵⁰, die ein Semester lang in Jena studiert und auch Schiller in seinen Vorlesungen gehört hatten. Vermutlich von ihnen wird er von den Vorgängen in Jena gehört haben. Zumindest ist dies die einzig mögliche Erklärung dafür, dass Savigny bereits 1798 das erste Heft des *Athenaeum* in Händen hielt und durchlas⁵¹. Sein Interesse an Literatur und Philosophie von und in der Umgebung der Romantiker wuchs an. Er las Tieck, Jean Paul, sogar Friedrich Schlegels Skandalroman *Lucinde* und beschäftigte sich mit Fichte.

Am 24. Juli 1799 brach Savigny zu seiner sächsischen Studienreise als Abschluss seines Rechtsstudiums auf. Friedrich Kreuzer gab ihm den Hinweis und Gottlieb Fichte, dessen Philosophie

⁴⁹ vgl. Frösche, *Goethes Verhältnis*, S. 21

⁵⁰ Chr. Andreas Leonhard Kreuzer (1768-1844), der ältere der Vettern, ebenfalls Briefkorrespondent von Savigny, studierte in Marburg und dann mit seinem Bruder zusammen in Jena, wurde 1801 in Marburg lutherischer Prediger und erhielt dort 1803 eine ordentliche Professur der praktischen Philosophie. Georg Friedrich Kreuzer (1771-1858) studierte ab 1789 in Marburg Theologie, wechselte mit Leonhard ein Jahr später nach Jena, um Schiller zu hören. 1799 in Marburg Privatdozent, erfolgte ein Jahr später die Beförderung zum Extraordinarius und schließlich 1802 zum Ordinarius. Auf Vermittlung von Savigny wechselte er 1804 als Professor der Philologie nach Heidelberg, wo auch sein berühmtes Hauptwerk *Symbolik und Mythologie der alten Völker, besonders der Griechen* entstand, das 1810-12 in der ersten, 1819-22 in der zweiten und schließlich 1836-43 in der dritten Auflage publiziert wurde. Vgl. *Allgemeine Deutsche Biographie*, 4, Leipzig 1876, S. 593ff.

⁵¹ Vgl. Stoll, *Savigny*, I, S. 66. Brief Nr. 5 von 1798.

er genau kennen lernen wollte, hatte es ihm besonders angetan⁵². Auch diese Studienreise macht die ursprüngliche Absicht Savignys deutlich, in die Rechtspraxis zu gehen. Eine *peregrinatio academica* zur Vorbereitung einer Lehrtätigkeit hätte ihn mit Sicherheit ins Ausland geführt. Da ihn besonders das *Ius Romanum* interessierte, ja erfreute, wäre der Weg nach Italien wahrscheinlich gewesen, und leisten hätte sich der sehr vermögende Savigny diese Auslandsreise in jeder Hinsicht. Weiterhin hatte Savigny vorgesehen, längere Zeit in Leipzig zu verweilen. Die Rechtsfakultät zu Leipzig galt seit den Zeiten Benedikt Carpozovs und des Leipziger Schöppenstuhls als ein Ausbildungsort, wo besonders tüchtige Juristen ausgebildet wurden. Zudem war dort die Rechtspraxis wie an keiner anderen deutschen Rechtsfakultät in das Rechtsstudium integriert.

Am 29. Juli 1799 traf Savigny von Weimar kommend in Jena ein. Ein Kontakt zu Goethe kam nicht zustande. Sicherlich fühlte sich Savigny noch nicht im Range, diesem einen Besuch abzustatten, trotz seiner innigen Verehrung. Der erste Besuch erfolgte Anfang November 1807. Die Heidelberger Romantik befand sich zu dieser Zeit auf ihrem Höhepunkt und Savigny hatte gerade den Ruf als Ordinarius für römisches Recht nach Landshut angenommen. Achim von Arnim, Bettina und ihre Schwester Meline und Clemens Brentano, sowie die Savignys, im April 1804 hatte Savigny Gundula Savigny geheiratet, trafen nach und nach in Weimar ein. Es war wie ein Familientreffen, und man besuchte Goethe eine Woche lang täglich. Savigny lernte alle Protagonisten der Romantikergruppe kennen, verweilte während seiner bis August 1800 dauernden Studienreise mehr als zwei Monate in mindestens drei Besuchen in Jena. Er fand eine junge, rebellische, jedoch nicht revoltierende und zudem hochintellektuelle Gruppe vor, die zudem enge Bindungen zur Universität Jena pflegte. Schelling war in Jena Professor, die Schlegel-Brüder hielten dort Vorlesungen und zudem waren noch eine Reihe von Juristen unter den Romantikern, etwa Novalis, der ein abgeschlossenes Jura-studium vorweisen konnte. Besonders motivierend war sicherlich, dass es zwar nicht Gleichaltrige waren, Savigny war zu dieser Zeit gerade 20 Jahre alt, jedoch Personen, die durchweg aus seiner Generation stammten. Merkmale der Adoleszenz, etwa die Auflehnung und die Ablösung von den väterlichen Vorgaben, finden sich sowohl bei Romantikern wie bei Savigny. Die Überwindung der Aufklärung war ein erklärtes Ziel der Romantiker, später falsch und in seiner Wirkung sich verheerend auswirkend war die Vorstellung, die Romantiker hätten die Rationalität mit der Irrationalität vertauscht. Für die Romantiker war die Begrenzung auf die Vernunft, auf den Verstand einfach ein zu einseitiges Menschenbild. Sie wollten den Menschen insgesamt erfassen; da nimmt es nicht wunder, dass die ersten psychoanalytischen Ansätze in dieser Zeit zu suchen sind, etwa *Die Symbolik des Traumes* von G. H. v. Schubert⁵³, erstmals 1814 in Bamberg erschienen.

⁵² Allerdings traf Savigny den von ihm so geschätzten Fichte nicht mehr in Jena an, denn dieser musste wegen des sog. Atheismusstreites Jena wenige Monate vor Savignys Eintreffen fluchtartig in Richtung Berlin verlassen.

⁵³ Gotthilf Heinrich von Schubert (1780-1860) war zunächst praktizierender Arzt in Altenburg, versuchte sich dann in Dresden als freischaffender wissenschaftlicher Schriftsteller, wurde 1809 Direktor der Realschule in Nürnberg und lehrte ab 1819 an der Universität Erlangen als Professor für Naturgeschichte. Schließlich wechselte er 1827 an die Universität in München. Sein Traumbuch rezipierten auch S. Freud und C.G. Jung.

Die Romantiker wollten die Menschen und damit die Gesellschaft dynamisieren, den einzelnen sich nach seinen Fähigkeiten entwickeln lassen, insoweit spielte Goethes Roman eine gewichtige Rolle. Auf der anderen Seite bekämpfte Savigny mit aller Entschlossenheit das Vernunftrecht, das er im Rechtsstudium noch seinem Kommilitonen Constantin von Neurath empfohlen hatte⁵⁴. Dem Vernunftrecht fehlte die Dynamik einer Entwicklung, wenn sich in der Gesellschaft große Veränderungen ankündigten, was nach der französischen Revolution deutlich wurde. Das Allgemeine Landrecht ist vielleicht das anschaulichste Beispiel des Scheiterns einer abschließenden, weil der Vernunft obliegenden Rechtsordnung. Und die größte Dynamik ins Recht einzuführen, war und ist das Erfassen der Geschichte des Rechts, die wiederum aber statisch wird, wenn das Recht getrennt wird in Geschichte und Dogmatik.

Savigny war auch von der Dynamik der Romantiker fasziniert, die in der Gruppe durch die Zusammenführung der Kreativität der Einzelnen das neue Programm sich erarbeiteten. Diesen Prozess beschreibt später Friedrich Schlegel "sympphilosophieren" und "symptoetisieren". Diese Gruppendynamik findet sich später in Berlin in der Gründung der historischen Rechtsschule wieder, die ja in der Epoche der Pandektenwissenschaft zur allgemeinen Leistungssteigerung führte: «Denn bei der Produktivität ihrer Methode, der allgemeinen Leistungshöhe der Wissenschaft und ihrem unermesslichen Arbeitsfeld konnten auch Fachleute von begrenzter geistiger Kraft Vorzügliches, Hochbegabte Außerordentliches leisten»⁵⁵.

Es kommen noch eine Reihe von Aspekten hinzu, deren Darstellung hier den Rahmen sprengen würde, etwa die Vorstellung von der Gesamtheit der Wissenschaft, die die nächste Stufe der Erkenntnis der Romantiker gewesen ist. Schließlich führt dies zu der Überzeugung, der Mittelpunkt der Geisteswissenschaften ist die Philosophie. Das Recht sollte durch die Geschichte wiederum eine philosophische Wissenschaft werden. Dies reflektiert übrigens auch die durchaus diskutierte Vorstellung in der Aufklärung, dass das Recht keine Wissenschaft sei, sondern nur der Ausbildung von Staatsbeamten zu dienen habe, ein oft unterschätzter Punkt, der auch gelegentlich bei der Debatte vor der Gründung der Berliner Universität als Argument eingeführt wurde. Die Vorstellung von der Jurisprudenz als einer Rechtswissenschaft entstand in dieser Zeit um 1800 und rechtfertigt sich nicht nur damit, dass man sich mit dem Recht beschäftigt⁵⁶.

Eine besondere Faszination übte auf Savigny die Universität Jena aus, die zu dieser Zeit der Mittelpunkt des geistigen Lebens in Deutschland war. Die akademische Freiheit war nirgends so groß wie in Jena, und Savigny äußert sich öfters, dass er in Jena studieren wollte, hätte er noch einmal die Wahl⁵⁷. Und schließlich darf nicht übersehen werden, dass Wilhelm von Humboldt bei der Gründung der

⁵⁴ Vgl. Stoll, *Savigny*, S. 71.

⁵⁵ Vgl. F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen 1952, S. 261.

⁵⁶ Vgl. ausführlich F. Wieacker, *Wandlungen im Bilde der historischen Rechtsschule*, Karlsruhe 1967, S. 7f.

⁵⁷ Vgl. Stoll, *Savigny*, I., S. 122f.

Berliner Universität, der Friedrich-Wilhelm-Universität im Jahre 1810, eine Revitalisierung der Universität zu Jena mit all ihren Freiheiten und Inhalten verfolgte. Insgesamt führten die ersten Eindrücke vom Romantikerkreis bei Savigny zu dem Entschluss, dass er die vorgegebene Berufswahl revidieren und stattdessen eine Universitätslaufbahn einschlagen sollte. Im Winter zum Jahreswechsel 1799-1800 stand sein Entschluss fest. Anschließend bereitete sich Savigny umgehend auf seine Promotion vor, begann noch in Leipzig mit der Abfassung seiner Dissertation, wurde bereits am 31. Oktober 1800 in Marburg zum *Doctor iuris utriusque* promoviert und begann anschließend seine Lehrtätigkeit noch im Wintersemester 1800-01.

Die problematische Zeit für Goethe begann mit dem Tode Schillers im Jahre 1805. Herder war bereits zwei Jahre zuvor gestorben, Voss ging 1805 nach Heidelberg und Wilhelm von Humboldt hielt sich in Rom als preußischer Gesandter auf und kam erst 1809 als inhaltsbestimmender und vor allem operativer Leiter der Gründung der Friedrich-Wilhelm-Universität nach Berlin zurück. Goethes Gesprächsrunde vor allem über die antike Kunst und Literatur war aufgelöst, eine gewisse Form von geistiger Einsamkeit umgab den Dichturfürsten. Sein Ansehen war jetzt kaum noch steigerbar, nicht nur durch den Tod von Schiller strahlte sein Stern umso heller, sondern gerade die Romantiker hoben Goethe in gottähnliche Sphären, so wie von Dorothea Veit in einem Brief an Schleiermacher geschildert, wenn auch etwas mit ironischem Ton: «wer erscheint plötzlich vom Gebirg herab? Kein anderer als die alte göttliche Exzellenz, Goethe selbst»⁵⁸. Kein Zweifel bestand im In- und Ausland, dass in Weimar der größte Dichter seiner Zeit, vielleicht aller Zeiten lebte. Doch Goethe sah sich noch nicht in seiner schöpferischen Kraft am Ende, auch wenn ihn bald Bettina von Arnim mit ihren Denkmalentwürfen für seine Person verfolgte, die er anfangs mit Begeisterung aufgriff. Die künstlerische Welt um ihn herum hatte sich stark verändert, nun nahm der allein gestellte Goethe sie mit aller Wucht wahr. Die Romantik war mittlerweile eine europäische Bewegung und Goethe sah sich Zeiten ausgesetzt, die er bereits überwunden zu haben glaubte. Nun konnte Goethe seinen Gefährdungen aus den Zeiten des Werthers nicht einfach durch Ablehnung der Romantik aus dem Wege gehen. Die romantische Bewegung war mittlerweile zu vielschichtig, zu umfassend und bereits zu bedeutend geworden, um sich in der Öffentlichkeit ein solch negatives Urteil leisten zu können. In der Tat hielt sich Goethe bis Ende der 20er Jahre des 19. Jahrhunderts stark zurück, eigentlich drang kein Urteil über die Romantiker in die Öffentlichkeit, wenn man von seiner harschen Ablehnung der Nazarener absieht. Auch die Hinwendung zum Katholizismus kritisierte Goethe, und er wurde besonders heftig, wenn er Nachrichten von zum katholischen Glauben Konvertierter erhielt, etwa Friedrich Schlegel.

Der Stab über die Romantiker wurde erst nach der Veröffentlichung des Briefwechsels zwischen Goethe und Schiller gebrochen, auch wenn sein Urteil viel

⁵⁸ *Goethes Gespräche* (Anm. 35), I. S. 733. Der Brief stammt vom 15. November 1799.

differenzierter aufgenommen werden müsste als dies die nachfolgenden Generationen taten. In den Jahren 1828-29 erschien dieser Briefwechsel⁵⁹ und Schillers fast polemischen, teilweise schrillen Töne gegen die charakterlosen Brüder Schlegel und andere Mitglieder des Romantikerkreises – Caroline Schlegel-Schelling bezeichnete er als “Madame Luzifer” – wurden publik. Auch die nur halbherzig vorgenommenen Beschwichtigungsversuche von Goethe wurden wahrgenommen. Endgültige Schärfe in der Beurteilung der Frühromantiker kam durch die Publikation der aufgeschriebenen Gespräche Goethes mit Eckermann im Jahre 1836. Berüchtigt wurde die Notierung vom April 1829, als Goethe den Unterschied zwischen Klassik und Romantik mit den Adjektiven *gesund* und *krank* versah. Damit kam ein sehr langlebiger, teils bis heute andauernder pathologischer Befund über die Epoche der Romantik in die Welt. Später beschrieb Goethe in einem auch publizierten Briefwechsel an Zelter, A. W. Schlegel als sehr gelehrt, aber «er ist freilich in vieler Hinsicht kein Mann». Und so groß die Verdienste von Schlegel in der Literaturkritik seien, als Dichter habe er kein Format, schließlich kann man «keine Trauben von den Dornen und keine Feigen von den Disteln verlangen»⁶⁰. Schon der publizierte Briefwechsel mit Schiller forderte geradezu eine Gegenwehr heraus. So sprach A.W. Schlegel in einer Rezension des Briefwechsels von einer «gallig-wässrigen Essenz». Nun gab Goethe seine Zurückhaltung den Schlegelbrüder gegenüber völlig auf, replizierte scharf und wollte damit auch die romantische Bewegung treffen: «Die Gebrüder Schlegel waren und sind bei so viel schönen Gaben unglückliche Menschen ihr Lebenlang: Sie wollen mehr vorstellen, als ihnen von Natur aus gegönnt war, und mehr wirken, als sie vermochten; daher haben sie in Kunst und Literatur viel Unheil angerichtet»⁶¹. Jedoch besteht in der Literaturwissenschaft kein Zweifel mehr, dass Goethe und auch gerade im Hinblick auf seine schöpferische Kraft geprägt war durch die Auseinandersetzung mit der Romantik. Es gibt nicht wenige Gelehrte, die von einer der großartigsten Epochen der deutschen Geistesgeschichte sprechen, wenn man diese umfassende Auseinandersetzung von Klassik und Romantik in den Blick nimmt.

Bei der Frage des Verhältnisses von Savigny zur Romantik oder gar der Fragestellung, ob Savigny ein Romantiker gewesen ist, wird es schon schwieriger. Hier liegen die Ambivalenzen nicht so deutlich offen wie bei Goethes Verhältnis zur Romantik. Zum einen beschädigte das Savignybild die Diskreditierung der Romantik in der nachfolgenden Zeit, die auch ausgelöst wurde durch den pathologische Befund Goethes, auch wenn man das starke Urteil mit ironisierenden Unterton verstehen kann. Das Wort von der kranken Bewegung war nun einmal in der Welt. Und die Beschränkung aufs Irrationale wird besonders in der Kunstwissenschaft gefördert und geschürt, wie die mannigfaltigen Ausstellungen etwa in London, Tate Gallery, München und zuletzt in Frankfurt am Main:

⁵⁹ Briefwechsel zwischen Schiller und Goethe in den Jahren 1794 bis 1805, 6 Bde, Stuttgart & Tübingen 1828-29.

⁶⁰ *Goethes Gespräche* mit Eckermann, Leipzig Insel ohne Jahr, S. 314; vgl. auch Fröschle, *Goethes Verhältnis*, S. 181.

⁶¹ Vgl. *ibidem*, S. 181f.

schwarze Romantik beweisen. Ein direkter Weg von der Romantik zum Nationalsozialismus Adolf Hitlers wurde durch ein Buch aus dem Jahre 1941 vorgezeichnet, dem die Kunst teilweise noch willig folgt. Im oben erwähnten Aufsatz an anderer Stelle habe ich nachgezeichnet, dass die stark nationalistischen und auch antisemitischen Töne erklingen sind, als die Romantik längst einen anderen Weg eingeschlagen hatte⁶².

Auch an Warnungen von rechtshistorischer Seite hat es nicht gefehlt, die Savignys Nähe zur Romantik mit Argusaugen betrachteten und vor den Folgen warnte Franz Wieacker: «Noch gefährlicher wurde auf die Dauer die pauschale Zuordnung der historischen Rechtsschule zur deutschen Romantik»⁶³. Auch diese vorangegangenen Zeilen über Goethe weisen darauf hin, zu groß ist die Versuchung unter den Juristen, den größten ihrer Zunft in der literarischen Einordnung zu den Klassikern im Kreise Goethes als zu den Romantikern zu stellen. Zweifelsohne ist Savigny innerhalb der Rechtswissenschaft ein Klassiker.

Um die Frage nach dem Einfluss der Romantik auf Savigny wirklich beantworten zu können, wird man es nicht vermeiden können, die Leistungen und Impulse der Epoche der Romantik neu zu bewerten und sie von den Vorurteilen zu befreien, die in der nachfolgenden Zeit durch Missbrauch oder Umdeutungen geschehen sind. Es fällt den Juristen in der Regel schwer, wenn sie sich selbst nur als einen Teil einer geistigen Bewegung beurteilen lassen müssen.

Die Literaturwissenschaft beurteilt die Lage so, wie sie ist, nämlich dass zu diesem Themenbereich kein juristischer Beitrag zu verzeichnen ist: «In diesem schwierigen Bereich existiert fast keine Spezialforschung»⁶⁴. Und gegenüber der Rechtswissenschaft klingt es fast wie eine Trotzhaltung, wenn weiter zu lesen ist: «Als bedeutendster romantischer Rechtsgelehrter gilt der 1779 geborene Friedrich Carl von Savigny»⁶⁵.

⁶² Ausgelöst und beeinflusst durch die bereits 1941 erschienene Studie von Peter Viereck (1916-2006), Professor für Geschichte des Mount Holyoke College in South Hadley, Massachusetts, mit dem Titel: *Metapolitics from the Romantics to Hitler*.

⁶³ Vgl. Wieacker, *Wandlungen im Bilde* (supra Anm. 56), S. 4.

⁶⁴ Vgl. Fröschle, *Goethes Verhältnis*, S. 108

⁶⁵ Diese These hat kein Geringerer als Rudolph von Jhering (1818-1892) vertreten, die er in seinem im Frühjahr 1872 in Wien gehaltenen Vortrag «Kampf um das Recht» formulierte. Im gleichen Jahr erschien der Vortrag in einer überarbeiteten Form mit dem Titel *Kampf um's Recht*: «wenn ich behauptete, dass die historische Schule ebensogut die romantische genannte werden könnte. Es ist eine wahrhaft romantische, d.h. auf einer falschen Idealisierung vergangener Zustände beruhende Vorstellung, daß das Recht sich schmerzlos, mühelos, tatenlos bilde gleich der Pflanze des Feldes; die rauhe Wirklichkeit lehrt uns das Gegenteil». Vgl. R. v. Jhering, *Der Kampf um das Recht*. Vortrag vom 11. März 1872; *Der Kampf um's Recht*, 1. & 3. Aufl. Wien 1872 & 1873; *The struggle for law*, Chicago 1879. Sammelband von vier Schriften. Reprint Frankfurt am Main 2013. An anderer Stelle werde ich mich mit diesem Vorwurf auseinandersetzen, vor allem den darwinistischen Grundton, den Jhering der Geschichtlichkeit des Rechts entgegengesetzte.

Eguaglianza, diritto di associazione e laicità

Il significato costituzionale dell'abolizione delle corporazioni nel 1864

di Paolo Passaniti

1. Premessa

Una delle tappe dell'unificazione giuridica del Regno d'Italia è costituita dalla legge 1797 del 29 maggio 1864 sull'abolizione delle corporazioni privilegiate di arti e mestieri. Vi è sicuramente uno scarto enorme tra la portata simbolica della legge e la rimozione pressoché immediata nella memoria dell'unificazione legislativa. Ben presto, il provvedimento viene archiviato come un sigillo formale rispetto a qualcosa che era già stato superato dalla storia al momento dell'emanazione¹. Tuttavia di questo sigillo si avverte la necessità nel 1864, anche a costo di turbare in maniera traumatica l'andamento di quelle corporazioni che, bene o male, erano sopravvissute ad altre ondate anti-corporative, dopo aver fatto già i conti, per imposizione o per scelta, con la perdita del privilegio. Quel privilegio per secoli alla base del controllo ferreo nell'accesso al lavoro². Il lunghissimo tramonto delle corporazioni era già iniziato nel XVI secolo³ ed aveva trovato svariate soluzioni nel corso del Settecento, sino ad arrivare all'abrogazione in Piemonte con le regie patenti del 1844⁴, vero punto di riferimento per il

¹ Una legge talmente fuori dal circuito storico-politico successivo da non correre rischi di variazione contenutistica. L'espressa abrogazione è arrivata soltanto con la legge 18-2-2009 n. 9 sulla semplificazione normativa.

² «Il rigore del monopolio cominciò a scemare non solo per l'influenza delle leggi ispirate a principii più liberi, ma anche perché esse, quasi, non aveano più lo stesso interesse di prima a conservare indipendente ed esclusivo il dritto del lavoro»: R. Majetti, *Associazioni di arti e mestieri per dritto romano. Corporazioni di arti e mestieri napolitane dal XIV al XIX secolo*, Napoli 1885, p. 61.

³ «Item monopolium committunt artifices, si paciscantur inter se, ne quisquam eorum in illa arte alios instruat, praeter filios, vel nepotes eorum» (*Tractatus criminalis* D. Tiberii Deciani, tomus secundus, Augustae Taurinorum, Apud haeredem Nicoli Bevilaquae, 1593, l. VII, c. XXI, § 14).

⁴ Sulla parabola finale delle corporazioni, si vedano almeno A. Guenzi, P. Massa, A. Moioli, *Corporazioni e gruppi professionali nell'Italia moderna*, Milano 1999; *Corporazioni, Gremi e Artigianato tra Sardegna, Spagna e Italia nel medioevo e nell'età moderna (XIV-XIX secolo)*, a cura di A. Mattone, Cagliari 2000; *Le regole dei mestieri e delle professioni. Secoli XV-XIX*, a cura di M. Meriggi, A. Pastore, Milano 2000; *Dalla corporazione al mutuo soccorso. Organizzazione e tutela del lavoro tra XVI e XX secolo*, a cura di P. Massa, A. Moioli, Milano 2004.

legislatore unitario. La macchina corporativa è condannata a soccombere comunque e dovunque⁵, sopraffatta, prima ancora che dalla rottura rivoluzionaria, dall'avanzata dello Stato assoluto⁶ nelle cui contraddizioni si trova alla fine assorbita ed identificata nei destini⁷.

Le corporazioni scompaiono di scena con un divario considerevole tra forma normativa e sostanza sociale, tra fini apparenti e reali, in una sorta di rito sacrificale avvertito come doveroso durante l'anno decisivo per l'unificazione legislativa. Emerge il fondato sospetto che la legge del 1864, più che il primo passo di una visione liberale del lavoro, costituisca un antecedente quasi doveroso nell'ottica dell'affermazione del principio di laicità. Abrogare dunque le corporazioni di arti e mestieri per rendere un'intollerabile discriminazione l'esistenza di quelle religiose: un modo di sollevare il problema, onde trovare una soluzione in chiave di eguaglianza giuridica.

Il problema delle corporazioni privilegiate rientra nel più ampio quadro del modello liberale che si va delineando con il superamento di tutte quelle (vecchie) istituzioni che collidono con il dogma dell'eguaglianza. Si tratta di un passo preliminare che crea i presupposti per affermare il principio di laicità come risvolto istituzionale dell'eguaglianza. Si guarda indietro, alla ricerca delle eccezioni alla generale abrogazione. Tra il dire e il fare c'è soprattutto di mezzo il mare, la questione delle compagnie dei facchini portuali. Alla fine le "eccezioni" assorbono l'intero discorso giuridico, al punto da perdere di vista la "regola".

Il dibattito alla base della legge del 1864 costituisce uno straordinario affaccio sulla storia delle corporazioni di cui nell'Ottocento si conosce l'epilogo, anzi la storia del lungo tramonto, ma non l'intera trama istituzionale di lunghissimo periodo⁸ in uno spazio concettuale ampio, tra amministrazione, mercato del lavoro e solidarietà. La questione realmente dibattuta sembra essere quella dei portuali genovesi di cui riemergono i tratti genetici a partire dal primo statuto del 1340⁹. Riaffiora così un mondo vicino nel 1864 ma già allora rimosso, e per questo oggi remoto oltre il dato cronologico, se non bizzarro – come quello in

⁵ Ancora utile è la ricostruzione di L. Dal Pane, *Il tramonto delle corporazioni in Italia (secoli XVIII e XIX)*, Milano 1940.

⁶ «Siffatta istituzione sollevò rumore grandissimo fra gli scienziati quando si trattò di abolirla, quando la invecchiata sua compagine era diventata così incompatibile con le necessità sociali progredite, da imporre ai governi l'abolizione in quel periodo di pacifica riforma che in Italia, come quasi in tutto il resto dell'Europa, precedette quella terribile e violenta del 1789»: V.E. Orlando, *Delle fratellanze artigiane in Italia*, Firenze 1884, p. 7.

⁷ «Agli occhi del sovrano assoluto la corporazione o è suo strumento o deve cessare di esistere»: A. Fanfani, *Storia del lavoro in Italia dalla fine del secolo XIV agli inizi del secolo XVIII* (1943), seconda ediz. ampliata e illustrata, Milano 1959, p. 172.

⁸ «Nessun altro argomento, il quale e la storia giuridica e quella economica concerne, è ravvolto in tanta oscurità come le corporazioni d'arti e mestieri»: Orlando, *Le fratellanze* cit., p. 7.

⁹ Si vedano almeno B. Roselli, *La Compagnia dei Caravana, 1340-1952*, Genova 1956; *Gli Statuti della Compagnia dei Caravana del porto di Genova (1340-1600)*, a cura di G. Costamagna, Torino 1965; P. Massa, *La Compagnia dei Caravana: i facchini bergamaschi del porto di Genova*, in *Il tempo della Serenissima. Il lungo Cinquecento*, a cura di M. Cattini e M.A. Romani, Bergamo 1998, pp. 195-218.

cui «Bergamo era padrona del porto di Genova»¹⁰ – che si era prolungato sino al 16 marzo 1848, quando la Camera di Commercio genovese «dichiarava soppresso nei Bergamaschi il privilegio d'essere soli caravana e si aprivano le porte a tutti i sudditi»¹¹. La struttura corporativa di regolazione del mercato del lavoro nel segno del privilegio¹² si era formata, evoluta e poi alla fine eclissata; rimaneva però la funzione che poteva certo essere modificata, trasformata, ma non completamente rimossa, come aveva intuito Camillo Cavour nell'esclusione dal progetto di legge del 1857 sull'abrogazione delle corporazioni privilegiate proprio della Compagnia dei Caravana, «considerando le speciali sue funzioni e la specialissima natura del Portofranco di Genova»¹³.

Insomma, le corporazioni sopravvissute erano poche e non erano sopravvissute per caso.

2. Il dibattito parlamentare

Il 1° giugno 1863 viene presentato al Senato il progetto di legge di abolizione delle corporazioni privilegiate di arti e mestieri. Più che una visione nuova dei rapporti economici, il punto di partenza è costituito dalla necessità di ultimare il processo di soppressione portato avanti da Carlo Alberto con le regie patenti del 14 agosto 1844. L'intervento legislativo è giustificato dall'esigenza di spegnere gli ultimi focolai corporativi lasciati ardere dal particolarismo giuridico piemontese. Si tratta di intervenire sulla Sardegna, in cui le patenti non erano mai entrate in vigore, e sulla Liguria, dove l'esecuzione fu assai incerta. Tra il vecchio Piemonte e la nuova Italia, occorre insomma ricreare l'uniformità, lesa dal mantenimento di quelle corporazioni che «hanno troppo gran tempo vincolato il lavoro, incagliata la produzione, distrutta l'eguaglianza, perché nello sviluppo civile dei popoli non abbiano ovunque a cessare»¹⁴. La relazione Manna è uno dei rarissimi momenti dell'intera unificazione legislativa in cui viene menzionato il lavoro inteso come libertà.

La «libertà del lavoro» evocata richiama più le polemiche settecentesche che non una chiara e convinta politica volta alla comprensione giuridica del lavoro. A ben vedere, la soppressione delle corporazioni va nella direzione della deregolazione per via contrattuale del lavoro post-corporativo.

¹⁰ G. Gotti, *Quando Bergamo era padrona del porto di Genova*, in «Il Corriere della sera» del 28-10-2012, p. 11.

¹¹ E. Lepetit, *La Compagnia dei Caravana*, Genova 1893, p. 24.

¹² «Sancito formalmente nel 1576, il monopolio bergamasco risulta sicuramente rispettato fino alla metà del Settecento. A conferma di questa affermazione esiste la matricola dell'arte che, redatta secondo le norme sancite negli statuti cinquecenteschi, riporta i dati relativi a tutti gli iscritti per oltre due secoli»: Massa, *La compagnia* cit., pp. 204-205.

¹³ Lepetit, *La compagnia* cit., p. 24.

¹⁴ Relazione del Ministro di agricoltura industria e commercio Manna al progetto di legge sull'abolizione delle corporazioni privilegiate di arti e mestieri presentato al Senato il 1° giugno 1864, in *Atti parlamentari*, sess. 1863-64, Senato, Documenti, vol. II, p. 889).

Le corporazioni esistenti del resto sono il frutto di riforme e di riorganizzazioni convergenti nella prospettiva dell'attenuazione del privilegio: costituiscono dunque l'eccezione strutturale alla regola funzionale. Si deve a questo punto compiere una sorta di ricognizione complessiva, un inventario definitivo per tagliare quel poco che rimane ancora da tagliare e giustificare definitivamente la sopravvivenza di residuali esperienze corporative.

Il discorso si orienta sulle professionalità marittime genovesi ed in particolare sulla compagnia dei facchini del porto franco, riunita dal 1810 a quella dei facchini di dogana, avente il privilegio per i lavori di sbarco, trasporto e movimenti merci.

La compagnia, già uscita indenne dalle patenti del 1844, rientra per il ministro Manna tra le corporazioni da abrogare non tanto come corporazione ma per il carattere privilegiato che mal si adatta con il principio della libertà del lavoro¹⁵. Alla fine la corporazione privilegiata coincide, o viene fatta coincidere, con la struttura sociale che inibisce la libera circolazione della manodopera, unico ostacolo alla libertà del lavoro che esiste, non quale regolazione, ma come giustificazione di un vuoto intorno al lavoro, coperto di un qualche significato proprio nella prospettiva di soppressione delle corporazioni. Si colpisce quindi unicamente il privilegio, in un'epoca in cui la dimensione solidaristica e associativa delle corporazioni ha preso altre forme nella direzione mutualistica.

Il ministro si dilunga su altre sopravvivenze corporative, ma il nodo centrale è costituito dalle compagnie dei facchini¹⁶, l'unico fenomeno lavorativo in grado di dare una rappresentazione della corporazione che persiste e resiste.

Nella discussione parlamentare il ministro Manna chiarisce che l'obiettivo della legge non è l'eliminazione delle corporazioni ma del privilegio¹⁷. Del resto, la corporazione non munita di un privilegio cosa è se non un'associazione? L'intento è quello di trasformare le corporazioni in associazioni anche con finalità solidaristiche: «la legge non colpisce che il privilegio, la legge non intende abolire le associazioni né gli organismi volontari di qualunque natura»¹⁸.

Sull'abolizione del privilegio e sull'effetto finale della trasformazione delle corporazioni in associazioni tutti sembrano essere d'accordo lungo l'asse Governo-Parlamento¹⁹. La questione è lo strumento tecnico da adottare, in quanto la trasformazione passa attraverso lo scioglimento. Le associazioni

¹⁵ *Relazione* cit., p. 886.

¹⁶ Lo stesso discorso vale per i Gremii o i Sant'Elmari, le organizzazioni sarde dotate del privilegio del carico e scarico dei bastimenti che arrivano nell'isola. Nel porto di Livorno permangono un diritto di priorità per il carico e scarico in particolare dei cereali e dei baccalà e stoccafissi dalle carovane dei facchini che sino al 1847 erano composte da bergamaschi.

¹⁷ «La legge non intende, né può intendere che l'abolizione se non sul nudo privilegio»: *Atti parlamentari*, Senato del Regno, Discussioni, tornata del 6 luglio 1863, p. 170.

¹⁸ *Ibidem*, p. 170. Il concetto è ribadito dal senatore Farina: «il principio (...) saviamente posto [è] che si debba con tutta la forza combattere e distruggere il privilegio e lasciare intatte le associazioni, che spogliate del privilegio non possono che riuscire proficue» (*ibidem*, p. 171).

¹⁹ Intervento di Biancheri nella tornata del 1° febbraio 1864, in *Atti parlamentari*, Camera dei deputati, sess. 1863-64, Discussioni, p. 3132.

saranno nuovi inediti soggetti ricostituiti *ex novo* oppure potranno essere le stesse corporazioni spogliate dal privilegio?

Tutto il discorso intorno allo scioglimento e alla ricostituzione delle corporazioni è condotto lungo una linea di pensiero che legittima il diritto di associazione, che non è visto soltanto come un limite dell'intervento, ma come lo scenario auspicabile del dopo-intervento. In ballo vi sono questioni terribilmente concrete, come quelle relative ai sussidi erogati dalle corporazioni. I più convinti assertori della necessità della legge ritengono che non basti abolire soltanto il privilegio, per ridurre in associazioni le corporazioni. Si riformi pure l'associazione in moderna veste mutualistica, ma prima si demolisca l'antico rudere! Occorre infatti superare il principio della durata perpetua del corpo morale e ricondurre tutto alla volontà dei partecipanti. Lo scioglimento ci deve essere per arrivare ad associazioni in senso pieno, «perché viviamo in un paese retto dallo Statuto; dove le associazioni non essendo proibite da una legge speciale, è diritto di ogni cittadino di formarle finché la legge non viene ad impedirglielo»²⁰. Il ministro ribadisce come l'abolizione del privilegio ricomprenda l'abolizione delle corporazioni: il privilegio è la loro unica ragione di vita, in qualche caso.

Lo scioglimento delle corporazioni produce conseguenze gravi sul piano dell'erogazione dei servizi e della continuità operativa specie quella di natura assistenziale. Non è quindi indifferente la scelta nella direzione dello scioglimento o della trasformazione. Alla fine il discorso finisce sempre a Genova. C'è chi non riesce a capacitarsi del fatto che fra le tante associazioni lecite debbano essere colpite mortalmente proprio le compagnie portuali²¹, e chi addirittura mette in dubbio il senso stesso dell'intervento²². Un intervento rivendicato da chi insiste per

adottare il sistema della libertà assoluta del lavoro per tutti (salve le guarentigie di moralità) e in questo caso non si possono ammettere corpi morali di lavoratori industriali, quando altri lavoratori che vorrebbero far loro concorrenza, non potessero ottenere anche così il beneficio dell'esistenza civile²³.

Si tratta insomma di disarticolare le corporazioni esistenti onde evitare qualsiasi alterazione della concorrenza. La trasformazione passa attraverso la soppressione del privilegio e della personalità giuridica.

Se proprio le corporazioni devono divenire associazioni, perché non pensare a una tutela effettiva di questa forma giuridica? Il discorso associativo è sostenuto fino a quando serve a far superare le corporazioni, ma si arresta quando vi è la pretesa di una tutela del diritto delle mere associazioni, le associazioni libere. Rispetto allo specifico emendamento Gravina, il relatore al Senato Arrivabene

²⁰ *Atti parlamentari*, Senato del Regno, Discussioni, tornata del 6 luglio 1863, p. 173.

²¹ Intervento del sen. Farina, *ibidem*, pp. 179-180.

²² Nel decisivo dibattito del 1° febbraio 1864, vi è qualcuno che avrebbe voluto affrontare ben altre questioni, a cominciare da quella degli "zuccari", proponendo di accantonare il progetto legislativo (intervento di Polsinelli in *Atti parlamentari*, Camera dei deputati, Discussioni, sess. 1863-64, p. 3128).

²³ Intervento di Jacquemoud in *Atti parlamentari*, Senato del Regno, sess. 1863-64, Discussioni, p. 180.

liquida la questione affermando che «le associazioni libere non hanno bisogno di leggi per essere dichiarate tali»²⁴.

L'obiezione in merito al vuoto lasciato dalle corporazioni in ambito assistenziale è dissipata dal ministro: «il Governo non solo si propone di mantenere le istituzioni di mutuo soccorso che ci sono, ma si propone di prendere anche l'iniziativa per nuove casse di mutuo soccorso»²⁵. Nonostante le rassicurazioni, tuttavia, il dibattito va avanti sempre intorno ai contenuti dell'oggetto della soppressione: il mero privilegio con il mantenimento delle corporazioni su base associativa, o la corporazione come corpo morale. Ognuna di queste ipotesi contiene del resto ramificazioni subordinate.

Ma la divisione di fondo rimane quella tra salvatori sempre più affannati delle corporazioni esistenti e gli intransigenti sostenitori della pena capitale per le corporazioni di ogni età, pur nella convinzione che le compagnie portuali avevano e hanno una funzione da svolgere che non può essere rimossa con il richiamo alla libertà del lavoro. Un omicidio doveroso quanto simbolico, poiché «le associazioni non si uccidono, ma si trasformano»²⁶. Un porto non funziona con la concorrenza tra singoli facchini. Di questo vi è la piena consapevolezza che spiega un tracciato normativo volto a far funzionare le compagnie portuali sottotraccia. Basta, in fondo, salvare l'apparenza della soppressione di ogni corporazione, la decapitazione del *totem*. Questo è il disegno politico del ministro Manna che non perde l'occasione per ribadire come al necessario scioglimento si può rispondere con la ricostituzione in forma legale²⁷.

3. La legge 1797/64 e il successivo regolamento

Alla fine il tracciato legislativo della legge 1797 del 29 maggio 1864 contiene più livelli di lettura. Intanto l'enfatica soppressione delle corporazioni privilegiate:

al termine del 1864 tutte le università, compagnie, unioni, gremi, associazioni, maestranze e simili altre corporazioni industriali privilegiate di operai d'ogni sorta esistenti nel Regno d'Italia sotto qualsiasi denominazione sono abolite, e cesseranno di essere in vigore i regolamenti, statuti, ordinanze e disposizioni che le riguardano.

Un tono solenne, rituale più che originale, ripreso dai tanti precedenti legislativi, che assume un significato inedito nella costruzione di un nuovo ordine di sistema.

Ma qual è questo nuovo ordine? Attiene a qualcosa che nella legge non c'è, né ci può essere nello stretto ambito delle corporazioni privilegiate. Il vero effetto della legge compare all'art. 1 del Regolamento per la esecuzione della legge, approvato con regio decreto del 20 novembre 1864: «a cominciare dal 10 gen-

²⁴ *Ibidem*, p. 185, tornata del 7 luglio 1863.

²⁵ *Ibidem*, p. 187.

²⁶ Intervento di Panattoni, in *Atti parlamentari*, Camera dei deputati, discussioni, tornata del 1° febbraio 1864, p. 3134.

²⁷ *Ibidem*, p. 3125.

naio 1865 sarà libero il lavoro per cui le abolite Corporazioni possedevano privilegio». Si aboliscono insomma le sole corporazioni che avevano un motivo di sopravvivere. E di questo motivo la legge tiene conto con premura, accompagnando il passaggio verso la trasformazione. Non vi è insomma nessuna condanna del corporativismo dei facchini delle dogane e dei porti franchi. Ma questo corporativismo, giova ribadire, è l'unica ragione plausibile per intervenire sul piano legislativo. Almeno quattro articoli su nove sostanziali riguardano proprio la riorganizzazione del servizio di facchinaggio attraverso regolamenti proposti a livello municipale²⁸. A ben vedere, più che di traumatica soppressione si tratta di un percorso evolutivo nell'ottica di un corporativismo statualizzato che affida alle Camere di commercio il compito di riscrivere i regolamenti, secondo quanto previsto dall'art. 3 del regolamento del 20 novembre 1864.

La legge viene insomma salutata a Genova come una vittoria, mentre il ministro Manna diventa l'ennesimo salvatore della Compagnia²⁹. L'art. 5 della legge basta e avanza per ristrutturare giuridicamente la Compagnia senza stravolgere il suo funzionamento.

4. *Un riconoscimento del diritto di associazione?*

Il fine dell'abolizione delle poche corporazioni ancora esistenti, è perseguito anche a costo di legittimare la creazione di associazioni, consolidando il diritto di adunanza previsto dallo Statuto. È un riconoscimento sbilenco, compiuto per vie traverse al fine di colmare un vuoto, ma è pur sempre un riconoscimento importante, in quanto vi è un espresso richiamo alle società di mutuo soccorso presenti e future.

In ogni fase del dibattito parlamentare, così come nel testo approvato, compare un passaggio aritmetico: la necessità di sottrarre il privilegio alle corporazioni in modo da renderle mere associazioni votate al mutuo soccorso. L'intervento legislativo aggiunge insomma un ulteriore tassello al modello costituzionale di un diritto di associazione incoraggiato in chiave mutualistica e, più in generale, solidaristica come livello giuridico post-corporativo, come spazio di rielaborazione nell'orbita del diritto statutale di quelle funzioni assistenziali un tempo garantite dalle aggregazioni corporative laiche e religiose³⁰.

²⁸ «Art. 5: Coloro che sono ammessi al lavoro nelle dogane e nei porti franchi od in altro luogo, in cui abbiano vigore i regolamenti, saranno obbligati sia alle istituzioni di mutuo soccorso già esistenti, o che verranno fondate a loro vantaggio, sia al pagamento dei sussidi che sinora prestavansi dalle rispettive corporazioni abolite in favore delle vedove, degli orfani e degli impotenti al lavoro».

²⁹ Cfr. Lepetit, *La Compagnia* cit., p. 25.

³⁰ Nel progetto di legge sulla soppressione delle corporazioni religiose, il guardasigilli Pisanelli afferma: «posto che in ossequio alla libertà religiosa ed alla libertà individuale, non meno che alla libertà d'associazione, non si reputa essere nella competenza del potere civile di abolire gli ordini religiosi, si affaccia partito altrettanto naturale quanto giusto di togliere alle case degli ordini stessi l'esistenza giuridica di enti morali riconosciuti dalla legge civile» (Camera dei deputati, sess. 1863, *Progetto di legge relativo alla soppressione di corporazioni religiose, presentato dal guardasigilli Pisanelli nella tornata del 18 gennaio 1864*, doc. 159, p. 6).

Tuttavia, questi significati non bastano per giustificare l'uccisione di un corpo morto come le corporazioni privilegiate. Lo stesso identico effetto poteva essere ancor più facilmente raggiunto chiamando le cose col loro nome, senza spaventare Genova: la riorganizzazione formale delle compagnie dei facchini attraverso una sorta di sostanziale travaso. Sulla base degli articoli 5 e 8,

la Caravana modificata senza scosse, adattata sapientemente ai tempi nuovi, ha continuato ad esistere ed a fiorire, retta legalmente dal "Regolamento dei facchini di Genova e del Portofranco" del 7 luglio del 1865 in pratica retta anche dalle sue consuetudini e dalle sue gloriose tradizioni secolari

Tutto si riduce ad un cambio di registro:

entrambi i regolamenti del resto si possono dire copiati dai precedenti statuti dei caravana, derivanti tutti visibilmente dai capitoli del 1340³¹.

Tanto rumore per nulla, insomma, se il problema fosse stato rappresentato dai facchini.

5. *Eguaglianza, statualismo e principio di laicità*

Vi è un livello costituzionale più alto che consente di vedere la vicenda legislativa sotto una luce diversa. Un livello ottenuto dal processo di sintesi avviato intorno al valore dell'eguaglianza. La permanenza dei residui corporativi diventa in questa logica un intralcio rispetto ad un compiuto lavoro di livellamento di ogni forma giuridica intermedia tra Stato e individuo che troverà – poco dopo – adeguata comprensione nell'art. 3 del codice civile. In questa norma stanno insieme comuni, province e istituti pubblici, poco importa se civili od ecclesiastici, ma anche i corpi morali legalmente riconosciuti che certo sono considerati come persone e godono di diritti civili traendo vitale ossigeno dalle norme dello Stato che assorbono persino gli usi, osservati come diritto pubblico. Questa norma, più che una conseguenza della legge del 1864, costituisce soprattutto la premessa per l'intervento sulle corporazioni religiose attuato con il regio decreto sulla soppressione delle corporazioni religiose e sulla conversione dei beni immobili degli enti morali ecclesiastici del 7 luglio 1866³², nell'ottica di una regolazione del rapporto Stato-Chiesa attraverso la leva della proprietà ecclesiastica³³.

La convergenza tra l'art. 1 della legge del 1864 e l'art. 1 del progetto di legge sulla soppressione delle corporazioni religiose in discussione proprio nello stes-

³¹ Lepetit, *La compagnia* cit., p. 26.

³² Per alcuni riferimenti specifici a questo intervento, cfr. R. Astorri, *Leggi eversive, soppressione delle corporazioni religiose e beni culturali*, in *La memoria silenziosa. Formazione, tutela e status giuridico degli ordini monastici nei monumenti nazionali*, Roma 2000, pp. 42-69.

³³ Su questo aspetto si vedano almeno A.C. Jemolo, *La questione della proprietà ecclesiastica nel Regno di Sardegna e nel Regno d'Italia durante il quarantennio 1848-1888*, Torino 1911; G. D'Amelio, *Stato e Chiesa. La legislazione ecclesiastica fino al 1867*, Milano 1961.

so anno³⁴ è evidente: «cessano di esistere nel regno, quali enti morali riconosciuti dalla legge civile, tutte le case degli ordini religiosi e tutte le congregazioni regolari e secolari»³⁵. Non vi sono riferimenti diretti all'abrogazione delle corporazioni privilegiate di arti e mestieri, considerando che la grande questione era rappresentata dalle soggettività giuridiche ecclesiastiche come riflesso del più vasto tema del rapporto Stato-Chiesa. In questo quadro la soluzione del problema delle corporazioni professionali diventa strumentale rispetto al corporativismo confessionale, una sorta di micro-intervento di bonifica istituzionale dovuto, un necessario passaggio procedurale che riafferma il diritto statutale in ogni spazio giuridico corporativo sopravvissuto, che nega ogni possibile autonomia di produzione normativa.

L'organizzazione del lavoro dei facchini è insomma inghiottita nel vortice stato-chiesa, in un gioco costituzionale più grande del dibattito reale e dell'effettiva posta in gioco normativa. La legge del 1866 risulta essere la conclusione della trama piemontese³⁶ che inizia con la legge Rattazzi del 29 maggio 1855³⁷. La soppressione delle corporazioni religiose diventa immediatamente un nodo costituzionale da affrontare in chiave di unificazione legislativa, come si evince dai decreti emanati per le province umbre, marchigiane e napoletane³⁸.

L'intervento sulle corporazioni professionali residuali è reso necessario proprio all'interno del cantiere aperto intorno all'eguaglianza, in cui diventano un intralcio, una contraddizione. È il dibattito sulle corporazioni religiose, che enfatizza il senso di una potenziale, inaccettabile diseguaglianza, a creare il clima giusto, lo spirito dei tempi per chiudere i conti con il corporativismo professionale, per poi ribadire che ogni genere di corporazione è comunque frutto di un tempo passato³⁹.

Non si tratta allora di equiparare fenomeni corporativi tanto diversi come gli assetti del lavoro portuale e la corporazione religiosa. Le finalità sono evidentemente diverse, ma analogo è il meccanismo di autoregolazione: l'autosufficienza nel perseguire i propri scopi operativi. Bisogna allora sgombrare il campo dagli aspetti fenomenici e vedere le corporazioni portuali e quelle religiose come pedine in una grande scacchiera costituzionale e ragionare intorno agli effetti della scomparsa di una di queste pedine.

³⁴ L'art. 1 nella versione definitiva così stabilisce: «Non sono più riconosciuti nello Stato gli ordini, le corporazioni e le congregazioni religiose regolari e secolari, ed i conservatorii e ritiri, i quali importino vita comune ed abbiano carattere ecclesiastico».

³⁵ *Progetto Pisanelli cit.*

³⁶ Così S. Tessitore, *Il Conte di Cavour e le corporazioni religiose*, Torino 1911, p. 7.

³⁷ Si veda I. Soffietti, *La legge Rattazzi di soppressione di alcune corporazioni religiose*, in *L'altro Piemonte e l'Italia nell'età di Urbano Rattazzi*, a cura di R. Balduzzi, R. Ghiringhelli, C. Malandrino, Milano 2009, pp. 293-302.

³⁸ I decreti risalgono rispettivamente all'11 dicembre 1860, al 3 gennaio 1861 e al 17 febbraio 1861.

³⁹ «A promuovere la soppressione delle case religiose non è indotto il Governo da irosi disegni e da propositi ostili, ma sì dal concetto che la natura e gli effetti della loro istituzione ripugnano all'indole de' tempi e siano ostacolo all'assestamento delle nuove condizioni politiche, civili ed economiche della nazione» (*Progetto Pisanelli cit.*, p. 12).

La permanenza delle corporazioni di arti e mestieri, a prescindere dall'evidenza fenomenica, individua contenuti sporgenti che impediscono il livellamento verso cui si tende e che ha come punto finale proprio il superamento delle corporazioni religiose⁴⁰. Una volta eliminata quella sporgenza, la sola esistenza di qualunque genere di corporazione assume il carattere di un'intollerabile ineguaglianza, nella stessa misura in cui, del resto, il permanere delle corporazioni religiose avrebbe fatto divenire discriminatoria l'effettiva soppressione delle compagnie dei facchini.

L'eguaglianza presuppone il monopolio statale nella produzione giuridica che ridetermina anche la giuridicità di qualsiasi soggetto ecclesiastico. Il monopolio livella ogni forma giuridica, in modo tale da definire la laicità come un attributo del principio di eguaglianza. L'individualismo giuridico viene così attuato attraverso un'eguaglianza, rispetto ad un'unica sorgente di produzione normativa, di cui la laicità diventa una qualificazione primaria e fondante.

La laicità⁴¹ fornisce la forma del regime associativo, reso necessario proprio dal superamento delle corporazioni. Sia in ambito ecclesiastico sia in quello professionale, il vuoto solidaristico viene colmato attraverso l'associazione semplice, intesa come schema di organismo collettivo votato al perseguimento di interessi di qualsiasi natura, dal mutuo soccorso alla cura delle anime⁴², che non siano vietati agli individui. La condivisione del culto è l'essenza stessa del fatto religioso che implica il libero autogoverno della chiesa secondo la formula *libera Chiesa in libero Stato*. E da quel libero autogoverno della dimensione spirituale associata discende la libertà religiosa come attributo qualificante della libertà individuale⁴³. L'individuo insomma come la misura di tutto⁴⁴: anche dell'associazione intesa come insieme di individui, come fatto privato collettivo collocato in una dimensione che il diritto non può e non vuole raggiungere.

⁴⁰ «Forse sarà possibile che in quella generale trasformazione, a cui sembrano dover andare soggette le istituzioni del passato, anche gli ordini religiosi si riassettino sopra novelle norme, onde siano posti in accordo cogli spiriti e coi bisogni delle età presenti, e divengano, come già furono in addietro, un efficace strumento di civiltà» (*ibidem*, p. 6).

⁴¹ Tra i contributi più recenti sul tema della laicità nello Stato liberale, si vedano P. Caretti, *Il principio di laicità in trent'anni di giurisprudenza costituzionale*, in «Il diritto pubblico», 2011, 3, pp. 761 sgg.; S. Soldani, *Bisogni, timori e pratiche di laicità nell'Italia liberale*, *ibidem*, pp. 779 sgg.

⁴² Agli ordini religiosi si applicano «le norme del diritto comune protettrici della libertà di associazione» (*Progetto Pisanelli cit.*, p. 7).

⁴³ «E di vero la celebre formola *Libera Chiesa in libero Stato*, messa fuori da quell'illustre ed accolta con tanto plauso da tutta la nazione, richiede che né la Chiesa sia mai d'impedimento allo Stato, né lo Stato alla Chiesa; e sotto questo secondo aspetto quella formola inchiude due concetti, il diritto individuale della piena libertà di coscienza e il diritto collettivo della Chiesa di governarsi e di svolgersi liberamente secondo le sue proprie istituzioni e i suoi peculiari destini: il diritto il cui esercizio non può non riuscir mai pericoloso allo Stato, dacchè riguarda solo religiose credenze e spirituali uffici» (*ibidem*, pp. 18-19).

⁴⁴ «Scomparsi e soppressi ceti e corporazioni, ridotti alla minima espressione persino i comuni, non si volle porre di fronte allo stato che l'individuo»: S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi* (1909), in S. Romano, *Scritti minori*, vol. I, a cura di G. Zanobini, Milano 1950, rist. 1990, p. 386.

Note sulla realizzazione formale dell'unità italiana

di Gian Savino Pene Vidari

Mi unisco volentieri all'iniziativa di dedicare un breve contributo alla piro-tecnica e dinamica personalità di Mario Ascheri, il quale festeggia nel febbraio 2014 i settant'anni: ho superato anch'io questo "traguardo", da non molto, nell'ombra, com'è proprio del mio carattere minimalista. Mi lega a lui un quarantennio di buoni e sereni rapporti, improntati a una cordiale e amichevole colleganza che penso reciproca.

Mario sin dal tempo degli studi universitari è senese, di formazione, di spirito e di cultura: tale credo si senta, sebbene la sua origine sia ligure. Mi sembra consono a questa ricorrenza che io – piemontese – possa rievocare rapidamente le vicende del febbraio (e marzo) 1861 che hanno mutato il precedente regno di Sardegna (di cui Piemonte e Liguria facevano parte) in regno d'Italia, poco più di un secolo e mezzo prima dei "natali" di Mario. Si tratta di circa un mese (18 febbraio-17 marzo) rilevante per la formalizzazione dell'unità politica italiana, di cui, su vari fronti e in più occasioni, due anni fa – in occasione dei 150 anni dell'unità – si è sottolineata l'importanza¹.

Il 18 febbraio 1861 si è riunito a Torino in seduta congiunta il primo parlamento dell'Italia unita, in un provvisorio edificio ad anfiteatro appositamente costruito nel cortile di Palazzo Carignano. Ormai i deputati previsti erano 443 e i senatori nominati 221: era quindi assolutamente inadeguata la capienza dei banchi e dell'emiciclo sistemati nel salone da ballo del palazzo, in cui dal 1848 era convocata la Camera dei deputati subalpina, per quanto ristrutturati da pochi anni. Per l'occasione è stata perciò predisposta una costruzione temporanea abbastanza ampia e confortevole, utilizzata in seguito sino alla fine del 1864, quando la capitale è stata spostata a Firenze.

La prima riunione del nuovo parlamento, come d'uso², avvenne anche nel

¹ Ho dedicato anch'io al periodo 18 febbraio-17 marzo 1861 un articolo, edito con il titolo *Il re Vittorio Emanuele II «assume il titolo di Re d'Italia»*, in «Studi piemontesi», 40 (2011), 1, pp. 7-19, che ripresento qui con alcuni ritocchi e con l'eliminazione della parte finale.

² In effetti, la prima riunione del parlamento subalpino in seduta congiunta delle Camere avvenne nella sede del Senato a palazzo Madama lunedì 8 maggio 1848 (cfr. da ultimo R. Ferrari Zumbini, *Tra idealità e ideologia. Il rinnovamento costituzionale nel Regno di Sardegna tra la primavera 1847 e l'inverno 1848*, Torino 2008, pp. 151-154).

1861 a camere congiunte, per ascoltare il “discorso della Corona” di apertura della legislatura: si trattava dell’ottava da quando era stato introdotto lo statuto nel 1848, perché la persistenza dello stesso ordinamento costituzionale, esteso a tutte le parti della penisola unificata politicamente, aveva indotto a proseguire nel computo delle legislature, senza riprenderlo da capo.

L’inizio del discorso del re rivolto a senatori e deputati andò subito al centro del problema:

Libera ed unita quasi tutta, (...) l’Italia confida nella virtù e nella sapienza vostra (...): veglierete perché l’unità politica, sospiro di tanti secoli, non possa mai essere meno-mata³.

La conclusione del discorso, breve – come consueto – ma incisivo, ribadisce «al primo parlamento d’Italia la gioia» del re per l’unificazione della «nazione». Il re stesso nel suo intervento ufficiale parla quindi espressamente di «unità politica» all’inizio del discorso e di «primo parlamento d’Italia» alla fine, considerando perciò implicito che al momento della riunione del parlamento il 18 febbraio l’unità italiana esista e sia già operante.

Ciascuna delle due camere, d’altronde, all’inizio della risposta al discorso della Corona, cita la «unità politica» (il senato) e la «nazione libera ed unita quasi tutta» (la camera dei deputati)⁴: entrambi i rami del parlamento lasciano intendere che la loro stessa presenza e composizione attesta l’unità italiana. Se, d’altronde, si pensa che uno degli elementi basilari dell’ordinamento costituzionale sabauda è l’esistenza delle camere, tanto che lo statuto albertino ha avuto «il pieno suo effetto» solo con la riunione di queste (art. 82), sembra se ne possa dedurre che il momento iniziale – anche sul piano formale – dell’unità politica italiana sia stato nel 1861 il 18 febbraio, cioè quello della prima riunione parlamentare, così come nel 1848 era avvenuto l’8 maggio per la “piena” realizzazione dell’ordinamento costituzionale.

Il parlamento, rappresentativo della volontà della “nazione”, per la mentalità liberale dell’epoca era l’organo più significativo di un ordinamento costituzionale (più o meno “aperto” o garantista): può essere comprensibile che fosse il punto politico di riferimento per l’opinione pubblica contemporanea ma anche per certe ricostruzioni sul piano giuridico-costituzionale⁵. La sua centralità nelle valutazioni del tempo aveva un significato di chiara matrice “liberale”⁶

³ Utilizzo per i testi principali in proposito la riedizione effettuata, in occasione del centenario dell’Unità, dalla Deputazione Subalpina di Storia Patria: *I grandi atti del Primo Parlamento Italiano*, Torino 1961. L’edizione, a suo tempo curata da Francesco Cognasso, è – significativamente – datata 18 febbraio 1961. Il “discorso della Corona” è alle pp. 9-10 di tale edizione.

⁴ *I grandi atti cit.*, pp. 11, 15.

⁵ A mezzo secolo di distanza, ne delinea le vicende caratterizzanti G. Arangio Ruiz, *Storia costituzionale del Regno d’Italia (1848-1898)*, Firenze 1898, *passim*; lo ha ribadito in seguito, ad esempio, C. Ghisalberti, *Storia costituzionale d’Italia (1848-1948)*, Roma-Bari 1977, I, p. 103. L’art. 41 dello Statuto, d’altronde, affermava che «i Deputati rappresentano la Nazione in generale».

⁶ Posso citare, come esempio significativo in proposito, i due manuali di diritto costituzionale usati nelle due Università di Torino e di Genova: L.A. Melegari, *Sunti delle lezioni di diritto costituziona-*

e poteva indurre a vedere nel momento della sua prima riunione il 18 febbraio 1861 l'inizio formale dell'unità italiana⁷.

Nel complesso, però, quest'impostazione evocativa della centralità della rappresentanza della "nazione" impersonata dal parlamento, e quindi del particolare rilievo formale della data del 18 febbraio 1861 per la realizzazione dell'unità d'Italia, è stata spesso superata dalla considerazione di altri elementi, che hanno portato a prendere come base in proposito la data del 17 marzo, quando è stata emanata la legge secondo la quale Vittorio Emanuele II assumeva il titolo di re d'Italia⁸.

Il perno su cui ruota il ragionamento è divenuto così il re-capo dello stato, a danno del parlamento. Ancora nel 2011, d'altronde, in occasione della celebrazione del 150° anniversario dell'unità d'Italia, si è insistito soprattutto sul 17 marzo e si è stati portati a trascurare il 18 febbraio. Può anche darsi che una certa crisi attuale del prestigio delle camere e una recente progressione della figura del capo dello stato come espressione dell'unità nazionale possa aver avuto una sua influenza, ma si può pure cercare qualche altra ragione sul piano storico e giuridico.

Si può partire addirittura dai plebisciti del 1860, ai quali sul piano formale si tende a far risalire la legittimazione del regno d'Italia, scelto dalla "volontà popolare"⁹. In tutti la formula predisposta prevede l'unione in (o con) una monarchia costituzionale retta da Vittorio Emanuele II¹⁰: la figura del re vi appare in primo piano, anche se la costante presenza dell'aggettivo "costituzionale" lascia intendere sempre che il regno dovrà essere basato su un sistema parlamentare rappresentativo, anch'esso quindi nell'occasione "votato" dal popolo¹¹. Si deve però ammettere che la presa maggiore sull'opinione pubblica, in specie nel caso dei plebisciti, si è sviluppata tramite l'immagine carismatica di Vittorio Emanuele II, re "galantuomo" oppure soldato un po' populista a seconda delle

le, anno 1857-1858 (2° anno di corso), Torino [1858], pp. 20-27 e 318-327; L. Casanova, *Del diritto costituzionale. Lezioni*, II, Genova 1860, pp. 13-18, 189-194.

⁷ A. Comandini, A. Monti, *L'Italia nei cento anni del sec. XIX*, Milano 1929, pp. 48-54.

⁸ Ghisalberti, *Storia costituzionale* cit., p. 101.

⁹ Mi permetto di rinviare da ultimo a G.S. Pene Vidari, *Osservazioni sui plebisciti italiani del 1860*, in «Rivista di storia del diritto italiano», 82 (2010), pp. 11-24.

¹⁰ Il testo dei plebisciti dell'11-12 marzo per l'Italia centrale era stato: «Annessione [in Toscana «Unione»] alla monarchia costituzionale del re Vittorio Emanuele II, ovvero regno separato?»; quello dei plebisciti del 21 ottobre per l'Italia meridionale aveva la formula «Il popolo vuole l'Italia una e indivisibile con Vittorio Emanuele II re costituzionale e i suoi legittimi discendenti?»; quello dei plebisciti del 4-5 novembre per l'Italia centrale chiedeva «Volete far parte della monarchia costituzionale di re Vittorio Emanuele II?».

¹¹ L'esistenza dell'aggettivo "costituzionale" nella formulazione di tutti i plebisciti lasciava intendere l'adesione popolare a quella "certa" monarchia costituzionale che da più di un decennio si era affermata nel regno di Sardegna e che ai partecipanti al voto del 1860 era nota nelle sue caratteristiche salienti secondo l'ordinamento che vedevano operante. Era quindi un'adesione allo Statuto, secondo quell'evoluzione, che aveva portato al sistema "costituzionale" in atto nel 1860. Si trattava quindi, da un lato, di accettazione dell'esistente, ma dall'altro anche di possibilità di successiva modificazione – pur sempre però "costituzionale" – secondo le esigenze del futuro. Ciò ha portato quindi la dottrina giuridica a sostenere anche una certa novazione del sistema statutario attraverso i plebisciti, ma pure a non escluderne successivi mutamenti.

prospettive. Se i plebisciti sono stati spesso condotti attraverso il “culto della personalità” di un re “buono” come Vittorio Emanuele II, allora lo stesso carisma della sua figura poteva essere utilizzato per farne l’emblema dell’unità nazionale. L’immagine del parlamento poteva apparire adeguata per soddisfare l’ambiente colto della borghesia liberale; quella del re soldato e “galantuomo” era invece adatta ad attirare e soddisfare la più semplice e ingenua sensibilità delle masse popolari¹², tanto da farne il “padre della patria”¹³.

La prima legge approvata dal neoeletto parlamento del 1861 è quella – molto breve – emanata il 17 marzo, la quale afferma:

Il re Vittorio Emanuele II assume per sé e suoi Successori il titolo di Re d’Italia¹⁴.

Il progetto della legge era stato del governo: presentato da Cavour con un breve messaggio il 21 febbraio al senato (in contrasto con la prassi di passare prima dalla camera dei deputati)¹⁵, aveva incontrato un certo numero di perplessità, specie in ambito democratico. Era stata criticata la stessa iniziativa in sé: avrebbe dovuto essere presa non dal “governo del re”, ma dal neo-eletto parlamento, in quanto rappresentativo della “nazione” per la mentalità liberale. Perché poi Vittorio Emanuele restava “secondo”, dato che era il “primo” re della “nuova” Italia? Conservare il “secondo” significava restare fermi alla passata concezione dinastica, senza alcuna sensibilità per i cambiamenti voluti dalla “nazione”. Inoltre, come si poteva anche solo pensare di far “assumere” direttamente dal re il titolo? Egli doveva vederselo conferire da qualcuno, e in particolare dal parlamento per conto della nazione: il re era il soggetto passivo, che riceveva, non poteva attivarsi in proprio, prendendosi – come dopo una conquista – il titolo, perché così si sarebbero conservati i vecchi schemi legittimisti, contro i nuovi dell’autodeterminazione nazionale. Infine, il titolo doveva essere quello di “re degli Italiani”, cioè di quel “popolo” che coi plebisciti del 1860 lo aveva “voluto”, non quello di un territorio (l’Italia) via via acquisito. Verso un progetto di legge di una sola riga le critiche colpivano quasi ogni parola, per di più con rilievi anche di sostanza, ispirati a volte da non irrilevanti motivazioni di principio: non era poco, per essere il primo progetto di legge del parlamento unitario.

Eppure il governo non era stato sprovveduto. Aveva deciso di prendere direttamente l’iniziativa legislativa, perché presumeva di poterne controllare meglio sia il testo che lo svolgimento. Aveva scelto di passare prima dal senato, perché questa sembrava la strada iniziale più facile. Aveva adottato la dizione già esposta, perché ai ministri appariva – pur coi suoi limiti – la migliore. Invece le criti-

¹² Mi permetto di rinviare, riguardo a tale impostazione, al già ricordato mio articolo *Osservazioni sui plebisciti* cit., pp. 23-24.

¹³ Critico su quest’ultimo appellativo, ma attento alla costruzione del “mito”, è U. Levra, *Fare gli Italiani. Memoria e celebrazione del Risorgimento*, Torino 1992, pp. 41-136.

¹⁴ La legge è edita in *Raccolta degli atti del Governo di Sua Maestà il Re di Sardegna*, XXX (anno 1861), Torino s.d. [ma 1861], n. 4671, pp. 423-424. Una riproduzione fotografica si trova da ultimo in *Verso l’unità italiana. Contributi storico-giuridici*, a cura di G.S. Pene Vidari, Torino 2010, p. 8.

¹⁵ *I grandi atti* cit., pp. 19-20.

che si erano fatte immediatamente sentire. Già tre giorni dopo, l'apposita commissione del senato incaricata dell'esame del progetto cercava di attutire la portata dei rilievi introducendovi un secondo articolo, in cui si prevedeva che – restando il testo del primo articolo invariato – negli atti governativi ufficiali il re sarebbe sempre stato indicato come re d'Italia «per provvidenza divina, per voto della nazione»¹⁶. Il primo progetto di legge presentato dal governo al nuovo parlamento incontrava quindi perplessità: eppure, per il suo contenuto e per le circostanze in cui era da discutere e approvare, era opportuno che ricevesse un consenso molto ampio, per lanciare all'opinione pubblica italiana e straniera un messaggio di condivisione unitaria del parlamento per un principio significativo nel momento nel quale lo stato italiano iniziava un percorso comune.

Il governo, a sua volta, aveva dovuto tener conto di un complesso di valutazioni, che gli avevano consigliato il testo proposto e che lo porteranno a insistere su di esso sino all'approvazione, pur concedendo durante l'iter parlamentare ai suoi critici una soluzione integrativa parzialmente appagante. In primo luogo, se i democratici insistevano sull'importanza e sul significato del consenso della “nazione”, i liberali moderati capeggiati da Cavour vi facevano capo anch'essi, ma in modo diverso. Essi erano contrari all'impostazione del “partito d'azione”, e tanto più dell' “armata di popolo” d'ispirazione garibaldina, pronta a nuove insurrezioni o spedizioni armate “spontanee” per cercare di raggiungere Venezia o Roma: dopo i fortunati – e un po' fortunosi – avvenimenti del biennio precedente, reputavano indispensabile un periodo di assestamento e diffidavano di un'eccessiva insistenza sulle aspettative ideali della “nazione”, romanticamente apprezzabili, ma da filtrare tramite il raziocinio costruttivo di chi era nel complesso contrario a ogni moto rivoluzionario e preferiva una tranquilla evoluzione della vita politica unitaria, in generale ormai raggiunta dalla “nazione”. In questa prospettiva, la figura del re garante dell'ordinamento esistente poteva essere per i liberali moderati una precisa indicazione d'ordine e di stabilità.

A maggior ragione, per i parlamentari più tradizionalisti, presenti soprattutto in senato, nella prima legge esaminata dalle camere unitarie l'insistenza sulla figura del re era una garanzia non solo di stabilità, ma pure di continuità con la dinastia sabauda e con un ordinamento del regno di Sardegna, che essi auspicavano di “traghetare” al nuovo stato, ma che incontrava invece comprensibili perplessità in coloro che erano legati ad altre terre italiane (in specie toscane) o auspicavano un netto scossone “democratico” dopo l'impresa garibaldina meridionale. Per tale ambiente tradizionalista un richiamo, anche indiretto, alla “volontà della nazione” (ad esempio con un'eventuale espressione come “re degli Italiani”) aveva un avventuroso significato di possibilità di cambiamento, a cui non si poteva guardare che con sospetto. E anche di questo ambiente “subalpino” doveva tener conto il governo, pur nella necessità di procedere oltre.

Esistevano poi i problemi internazionali, che il nuovo regno non poteva trascurare. Quando il 3 gennaio 1861 erano state bandite le elezioni per il nuovo

¹⁶ *Ibid.*, p. 21.

parlamento unitario, Francia, Russia e Prussia avevano richiamato da Torino i loro ambasciatori, in segno di perplessità verso la piega che vi stavano prendendo gli avvenimenti¹⁷. Si trattava di un segno da non sottovalutare: nello stesso già menzionato discorso della Corona Vittorio Emanuele II aveva ricordato la necessità di un adeguato riconoscimento del regno sul piano internazionale, notando – con un po' di ottimismo – che «l'opinione delle genti civili ci è propizia»¹⁸, ma prendendo pure l'impegno verso l'Europa che «l'Italia diventerà per essa una guarentigia di ordine e di pace»¹⁹.

In effetti, in un'Europa che dal punto di vista diplomatico ragionava per lo più ancora secondo i parametri legittimisti del congresso di Vienna, la progressiva unificazione della penisola italiana, avvenuta tramite soluzioni insurrezionali formalmente legittimate poi da plebisciti²⁰, non poteva suscitare che molte perplessità, se non contrarietà. Sul piano internazionale quindi la situazione non era semplice per ottenere un riconoscimento, che poteva prendere atto della situazione di fatto, ma che non trovava corrispondenza nei criteri a cui si attevano ancora le potenze europee. Esse, di per sé, erano rette da monarchie ispirate per natura dal filone legittimista: erano quindi portate – come minimo – a diffidare di quanto derivava da iniziative rivoluzionarie, nonché da novità introdotte da principi di nazionalità o di autodeterminazione della popolazione.

Il piccolo regno di Sardegna aveva acquisito in meno di due anni quasi tutta la penisola italiana, con l'appoggio – più o meno espresso – della Francia e dell'Inghilterra: il governo di Torino poteva presentarsi alle potenze europee come quello che era riuscito – comunque – a evitare la temuta rivoluzione in una zona piuttosto turbolenta del continente, ma proprio per ciò doveva sottolineare la sua capacità di assicurare ordine e tranquillità piuttosto che far ricordare l'estensione territoriale ispirata dal principio di nazionalità, che aveva motivato le insurrezioni e la spedizione garibaldina.

Il primo riconoscimento ufficiale del nuovo regno verrà a fine marzo dall'Inghilterra²¹, gli altri – fra cui quello francese – dopo la morte di Cavour a giugno²². In questi primi mesi la strada in Europa per il nuovo regno era quindi in salita, e i passi nell'ambiente internazionale dovevano essere attenti, date le vicende del 1859-1860, la netta contrarietà austriaca, le difficoltà con gli Stati cattolici per la “questione romana”. Ne era cosciente l'attenta esperienza di Camillo Cavour; ne era invece nel complesso meno preoccupato lo slancio dell'ottimismo ideale di parecchi esponenti democratici. Tale situazione ha avuto il

¹⁷ Arangio Ruiz, *Storia costituzionale* cit., p. 131.

¹⁸ Il re faceva pure riferimento agli «equi e liberali principi, che vanno prevalendo nei consigli d'Europa»: anche in ciò il suo discorso era molto – troppo – ottimista, perché questi nel complesso sul continente – Inghilterra esclusa – non erano così diffusi, e proprio il comportamento sul caso italiano poteva essere emblematico. Ma nel suo discorso il re non poteva che tenere questa linea, sebbene fosse più un auspicio che una constatazione, dato che la realtà era alquanto diversa.

¹⁹ *I grandi atti* cit., p. 9.

²⁰ Pene Vidari, *Osservazioni* cit., pp. 11-24.

²¹ Comandini, Monti, *L'Italia nei cento anni* cit., p. 80.

²² Arangio Ruiz, *Storia costituzionale* cit., p. 135.

suo rilievo in occasione della redazione e dell'iter parlamentare del primo progetto di legge (governativo) nel primo parlamento italiano.

Il re Vittorio Emanuele desiderava non mutare il proprio ordine di “secondo” del suo casato, un po' per continuità dinastica²³, un po' fors'anche per scaramanzia²⁴: il capo del “suo” governo²⁵, che in passato aveva avuto anche forti contrasti con lui²⁶, non poteva in quest'occasione contrastarne la volontà. Non era inoltre opportuno, per i già ricordati motivi internazionali (oltre che per non urtare la suscettibilità tradizionalista dei numerosi “sabaudisti”), insistere troppo sulla “nazione” e sul principio di nazionalità, invisibile ancora al “concerto” delle potenze europee: era più “neutro” in proposito il titolo di “re d'Italia” piuttosto che di “re degli Italiani”. Sembrava poi pericoloso un eventuale richiamo alla legittimazione del titolo (data dai plebisciti) per non suscitare la diffidenza legittimista internazionale, così come lo era un eventuale accenno alla conquista militare, invisibile sia alle opinioni democratiche sia alle potenze europee: il progetto affermava pertanto, in modo quasi impersonale, che il titolo veniva “assunto” dal re, con puro riferimento alla situazione di fatto, senza alcun cenno alle origini della stessa o a un'eventuale scelta popolare. Si diceva nel complesso poco, ma si registrava un semplice dato obiettivo, al fine di non scontentare completamente nessuno. Il risultato, peraltro, sembrava però essere stato quello di scontentare un po' tutti.

Dopo le prime reazioni di stampa, persino la commissione senatoria aveva ritenuto di correre ai ripari, aggiungendo al progetto un secondo articolo, che – nel tentativo ancora una volta di “salvare capra e cavoli” – si richiamava in chiave legittimista alla provvidenza divina e in prospettiva democratica alla volontà della nazione. Si poteva presumere però che tale aggiunta avrebbe scatenato ulteriori contrapposizioni e che in definitiva – appena raggiunta l'unità politica – su questo primo e significativo testo di legge non si sarebbe ottenuta quella larga convergenza di adesioni parlamentari, che si doveva auspicare per offrire sia all'interno che all'estero un'attestazione di compattezza di ideali di convivenza civile. Il governo mutò allora strategia. Confermò il suo progetto iniziale, con la speranza di farlo approvare all'unanimità (o quasi) dalle camere per i già ricordati motivi di “immagine” unitaria, ma lo accompagnò con l'impegno ad avviare

²³ Vittorio Emanuele era il “secondo” capo di stato del suo casato dopo il lontano parente Vittorio Emanuele I, re di Sardegna dal 1802 (nella sola isola della Sardegna sino al 1814, poi dal 20 maggio 1814 pure per le terre continentali) al 1821, quando il 13 marzo abdicò a favore del fratello Carlo Felice, in seguito ai “moti” di tale anno.

²⁴ È nota una certa superstizione di Vittorio Emanuele II: già il titolo di “primo” “non aveva portato bene” nel 1821; era proprio il caso di assumerlo di nuovo come re d'Italia? Non era voler sfidare il destino? Meglio tenersi il “secondo”.

²⁵ Il testo dello statuto prevedeva che il re nominasse e revocasse a sua scelta i “suoi” ministri (art. 65), dato che a lui “solo” apparteneva il potere esecutivo (art. 5): la prassi si era poi sviluppata diversamente, ma in fin dei conti la Corona conservava ancora un consistente complesso di poteri.

²⁶ Sono note le tensioni fra Cavour e Vittorio Emanuele in occasione della “crisi Calabiana”, dell'aspirazione matrimoniale del re verso la “bela Rusin”, dell'armistizio di Villafranca e del governo Rattazzi.

in parallelo un'altra iniziativa legislativa sull'intitolazione degli atti del governo, in cui si richiamassero i principi basilari del regno, come auspicato dai democratici. Al punto in cui si era giunti, era lo scotto da pagare, per cercare di ottenere un'ampia – e, se possibile, unanime – convergenza sul primo progetto. Un'altra via non sembrava individuabile.

All'inizio del dibattito in senato il guardasigilli Cassinis propose quindi di tornare al solo progetto ministeriale e di far riferimento ai principi fondativi del regno enunciandoli o all'inizio del codice civile o in una legge speciale riguardo all'intitolazione degli atti del governo; preso atto però degli umori dell'assemblea, contraria a differire l'affermazione, optò ben presto per un'apposita e rapida legge speciale in proposito. Ciò consentì un percorso rapido del dibattito, concentrato ormai unicamente sul progetto governativo. Solo il genovese Lorenzo Pareto, da poco entrato in senato, espose – con il garbo dell'ormai lunga esperienza politica²⁷ – le principali obiezioni d'ispirazione democratica (iniziativa parlamentare e non governativa del progetto di legge; titolo "piuttosto dato che assunto"; re "degli Italiani" e non d'Italia; Vittorio Emanuele "primo" e non "secondo"), portando alla diretta risposta del presidente del consiglio Cavour. Questi motivò – anch'egli con garbo e maestria – la scelta governativa col fatto che era stato «il popolo» ad aver scelto il suo re tramite i plebisciti e che quindi il titolo era stato "dato" direttamente dal popolo; che era proprio a quest'ultimo che faceva riferimento il titolo; che il governo aveva agito come d'uso per «cercare d'indovinare gli istituti della nazione», con ciò rivendicando ad esso un ruolo propulsivo e programmatore rispetto allo stesso parlamento. Nella sostanza l'ambiente sembrava sereno e l'approvazione scontata.

Fu in effetti così, ma con qualche dettaglio da precisare. Dei 221 senatori esistenti, il 26 febbraio 1861 solo 131 erano presenti, quindi 1/3 circa non partecipò nemmeno a questa prima importante votazione, di indubbio significato particolare. Può aver influito la distanza dalla capitale, la difficoltà di permanervi a lungo, il periodo invernale in una Torino dal clima notoriamente continentale, l'età o lo stato di salute di numerosi senatori subalpini di antica nomina: certo, se questo era l'avvio, non si può pretendere che altre riunioni successive siano state più affollate. In secondo luogo, due furono i voti contrari, persino in Senato. Si dovette prendere atto, infine, della poca dimestichezza di alcuni senatori con le votazioni, dato che esse dovettero essere ripetute per errori avvenuti nel deposito delle palle di voto nelle urne.

Il senato, comunque, aveva fatto la sua parte: i due voti contrari erano, con probabilità, di due senatori tradizionalisti, dal loro punto di vista preoccupati della piega presa dagli avvenimenti. L'opinione di un giurista e personaggio autorevole, specie in senato, come Federigo Sclopis, non doveva essere molto diversa in proposito²⁸; si può dire però che in quest'occasione il suo spirito di fedeltà alla

²⁷ Membro del parlamento subalpino sin dalla prima legislatura, ministro degli esteri nel primo governo costituzionale presieduto da Cesare Balbo, fu nominato senatore il 20 gennaio 1861 (T. Sarti, *I rappresentanti del Piemonte e d'Italia nelle tredici legislature del Regno*, Roma 1880, p. 628).

²⁸ G.S. Pene Vidari, *Federico Sclopis (1798-1879)*, in «Studi piemontesi», 7 (1978), pp. 166-167: lo

monarchia lo spinse al voto favorevole²⁹, nonostante le perplessità sulla politica cavouriana, che si presentava ai suoi occhi come troppo avventurosa³⁰.

Approvato al senato, il progetto ha fatto il suo percorso e è approdato alla discussione della Camera dei deputati il 14 marzo, dopo l'esame negli uffici e in commissione. In effetti, c'erano state tre settimane di tempo per preparare meglio l'ambiente e i deputati più autorevoli³¹: il risultato della votazione finale in questo caso raggiunse l'unanimità, quindi con una conclusione ancora migliore di quella del senato, anche se la discussione fu più nutrita e incisiva, senza peraltro mai varcare il limite di guardia per giungere a una completa convergenza d'intenti ideali, almeno nella solenne occasione di questa prima votazione.

Già la relazione della commissione istruttoria della camera³², letta in aula dal Giorgini³³, indicava che si trattava di un'iniziativa legislativa particolare, la quale non aveva «nulla di comune con quelle sulle quali noi siamo d'ordinario chiamati a deliberare»³⁴: era piuttosto «un'affermazione solenne del diritto nazionale, un grido d'entusiasmo convertito in legge»³⁵. La relazione faceva perciò notare, con un "crescendo" di passione, che

ci sono delle oasi nei deserti della storia; ci sono nella vita delle nazioni dei monumenti [*sic* = momenti] solenni, che potrebbero chiamarsi la poesia della storia; monumenti [*sic* = momenti] di trionfo e d'ebbrezza, nei quali l'anima, assorta nel presente, si chiude ai rammarichi del passato, come alle preoccupazioni dell'avvenire³⁶.

La relazione ribadiva l'impegno ministeriale a presentare quanto prima il disegno di legge sull'intitolazione degli atti del governo e concludeva perciò con un ben preciso invito, per quanto un po' enfatico, alla camera stessa:

di qui parta unanime adunque quel grido d'entusiasmo! qui finalmente l'aspettata fra le nazioni si levi, e dica *io sono l'Italia*³⁷.

Sclopis era il vicepresidente vicario del Senato e, data l'assenza del presidente Ruggiero Settimo, presiedette proprio il 19 febbraio 1861 la prima volta il Senato e pure le sedute successive fra cui quella del 26 febbraio, nella quale l'assemblea approvò la nostra legge (F. Sclopis di Salerano, *Diario segreto (1859-1878)*, a cura di P. Pirri, Torino 1959, pp. 308-310).

²⁹ Sclopis di Salerano, *Diario segreto* cit., p. 310.

³⁰ Pirri, *Introduzione, ibid.*, pp. 14-34.

³¹ Il progetto di legge passò ai singoli uffici per giungere poi alla relazione della commissione in aula: nel frattempo, il governo, memore di qualche difficoltà (anche nel voto) incontrata nel più "moribondo" senato, dovette tastare la disponibilità dei diversi parlamentari, in specie "democratici" (ad esempio Brofferio, Sineo, Mancini, Pescatore), ricevendone un certo segreto assenso, come indicherà lo stesso intervento del Brofferio, che, a dimostrazione di un accordo di tutto un gruppo di deputati, nel suo discorso affermava espressamente: «ho incarico di dichiararvi che, in qualunque evento, noi siamo disposti a deporre un voto favorevole nell'urna» (*I grandi atti* cit., pp. 47-48).

³² Il testo è riportato in *I grandi atti* cit., pp. 39-42.

³³ Su Giovan Battista Giorgini, professore nella Facoltà giuridica dell'Università di Pisa e intellettuale di spicco fra i liberali moderati, genero del Manzoni (come Massimo d'Azeglio), cfr. per tutti Sarti, *I rappresentanti* cit., pp. 429-430.

³⁴ *I grandi atti* cit., pp. 39-40.

³⁵ *Ibid.*, p. 40.

³⁶ *Ibid.*, p. 41.

³⁷ *Ibid.*, p. 42.

Persino un ben noto ed eloquente tribuno, costantemente critico verso il governo, quale Angelo Brofferio³⁸, prendendo subito dopo la parola, non poté non rispondere immediatamente con un passionale inizio del suo discorso:

Salute all'Italia risorta libera e una! Onore al popolo, che ritemprandosi nell'esempio degli antichi padri seppe ritornare sovrano! Gloria al Re, che col valore in guerra, colla fede in pace, sostenne, difese, ordinò, ed a novella vita compose ventidue milioni di italiani³⁹.

Dopo aver dato il dovuto omaggio «ad un re galantuomo»⁴⁰, l'avv. Brofferio, costante oppositore di Cavour, non poteva però non essere critico anche in questa occasione nei confronti del Ministero⁴¹, per sostenere che il principio della «sovranità nazionale» in capo al popolo doveva essere espressamente affermato nella legge⁴² e per proporre quindi una nuova dizione del progetto:

Vittorio Emanuele II è proclamato dal popolo italiano, per sé e i suoi successori, primo Re d'Italia⁴³,

fors'anche più per differenziarsi con la solita *vis* polemica da un appiattimento sulla maggioranza che per convinta volontà di opporsi. Egli infatti, nell'atmosfera "buonista" che pervadeva l'emiciclo, precisava subito dopo circa la sua proposta:

Io confido che vorrete accettarla; tuttavia ho incarico di dichiararvi che, in qualunque evento, noi siamo disposti a deporre un voto favorevole nell'urna, perché, ove si tratta della costituzione dell'Italia, tutti gli Italiani debbono essere concordi!⁴⁴

Il discorso di un capofila "democratico" come Brofferio non poteva che concludersi con l'invito a compiere l'opera unificatrice con l'acquisizione di Venezia e Roma, ma nel complesso dimostrava che esisteva ormai su questo primo disegno di legge una tale convergenza di assensi nell'aula – per quanto con alcuni "distinguo" o possibilità di condizioni sottostanti – che eventuali voti contrari rischiavano di essere considerati "antinazionali".

Ad ogni buon conto, il bolognese Gioacchino Pepoli, quale membro della Commissione istruttoria camerale, si sentì in dovere di parlare per «insistere vivamente in nome della Commissione sull'opportunità di votare questa legge, quasi direi per acclamazione», dato che in tale Commissione «nella sostanza fummo tutti d'accordo»⁴⁵, per concludere infine:

³⁸ Su Angelo Brofferio, avvocato, letterato e commediografo, esiste un'estesa bibliografia: rinvio per tutti, oltre alla voce nel *Dizionario biografico degli italiani*, alla più specifica – anche se piuttosto datata – voce di Sarti, *I rappresentanti* cit., pp. 195-197.

³⁹ *I grandi atti* cit., p. 42.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 43.

⁴¹ *Ibid.*, p. 43: «Duolmi tuttavia che questo grande atto che doveva compiersi dal popolo italiano abbia avuto improvvido iniziamento dal Ministero».

⁴² Naturalmente, quest'affermazione – in armonia con l'insegnamento di Mazzini e di Pasquale Stanislao Mancini – andava del tutto contro le prospettive della politica internazionale delle grandi potenze europee e non poteva non rendere cauto il governo capeggiato da Cavour.

⁴³ *I grandi atti* cit., p. 47.

⁴⁴ *Ibid.*, pp. 47-48 (*applausi*).

⁴⁵ *Ibid.*, p. 48.

Signori, a che dunque più indugiare? La legge che ci si propone corona nella persona del Re l'intera nazione, essa apre una nuova era per la patria, apre un nuovo diritto pubblico europeo, lacerata i trattati del 1815, inizia una serie di avvenimenti che mostrano di voler cangiare l'antica Europa, l'Europa del diritto divino organizzata dal dispotismo in Vienna, colla nuova Europa, l'Europa delle nazionalità, organizzata dal libero suffragio dei popoli, dal libero voto dei Parlamenti⁴⁶.

Sembrava a questo punto che la camera fosse pronta per acclamare l'approvazione del breve disegno di legge governativo, e quindi lo stesso presidente del consiglio Camillo Benso di Cavour ritenne opportuno non tanto rispondere ad alcune delle osservazioni di Brofferio⁴⁷ quanto piuttosto rivendicare il ruolo propositivo – in questa come in altre occasioni – svolto dal governo, come ispiratore e guida delle scelte politiche di fondo, anche rispetto allo stesso parlamento⁴⁸:

Signori, io mi unisco pienamente alle eloquenti parole del relatore della commissione, quando egli proclama la parte che tutti gli italiani hanno avuto nel gran dramma del nostro risorgimento; ma mi sia pur lecito il dirlo, e proclamarlo con profonda convinzione: negli ultimi avvenimenti l'iniziativa fu presa dal governo del Re (segni generali di approvazione). Io risponderò all'onorevole Brofferio che fu il governo che prese l'iniziativa della campagna di Crimea; fu il governo del Re che prese l'iniziativa di proclamare il diritto d'Italia nel congresso di Parigi (bene! applausi); fu il governo del Re che prese l'iniziativa dei grandi atti del 1859, in virtù dei quali l'Italia si è costituita (applausi prolungati). Il governo crede che nelle attuali circostanze sia suo dovere di prendere l'iniziativa delle grandi imprese, di uniformarsi al sentimento della nazione, di penetrarsi de' suoi desideri, de' suoi voti de' suoi diritti, ed essere il primo a proclamarli al cospetto dell'Italia, al cospetto dell'Europa (applausi). Questa è la politica che noi crediamo convenire all'Italia: noi riteniamo che a questa politica è in gran parte dovuto quanto si è già compiuto, e che a questa politica si dovrà quanto rimane a compiersi⁴⁹.

In conclusione, Cavour si rifaceva alla stessa proposta finale del marchese Pepoli e auspicava «un voto di entusiasmo»⁵⁰, che concludesse la discussione in modo «patriottico» e presentasse all'interno della penisola e all'estero almeno su questa legge una decisione parlamentare unanime (o quasi). La partita sembrava ormai chiusa e vari deputati invocavano di passare direttamente «ai voti»⁵¹, quando due dei più ferventi garibaldini, Giuseppe Ricciardi⁵² e Nino Bixio⁵³, vol-

⁴⁶ *Ibid.*, p. 49. Questa conclusione, colta da applausi, sintetizzava felicemente il nocciolo del problema.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 51: Cavour, pur rispondendo a Brofferio, era cauto, perché aspirava a raggiungere il voto favorevole di tutti, senza attizzare il fuoco di inutili polemiche.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 52: il Cavour è, come noto, contrario sia ad iniziative rivoluzionarie sia alla “guerra di popolo” e aspira quindi a riuscire a controllare diriggisticamente la situazione tramite l'iniziativa governativa.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 51.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 54.

⁵¹ *Ibid.*, p. 54.

⁵² Rinvio in proposito per tutti a Sarti, *I rappresentanti* cit., pp. 709-710: napoletano, conte di Camaldoli, il Ricciardi si segnalò per la sua vivacità di liberale progressista, fu letterato, politico e storico e seguì Garibaldi nella spedizione meridionale, sedendo poi in parlamento con profondo spirito libertario.

⁵³ Sul ben noto personaggio garibaldino, cfr. per tutti – oltre al *Dizionario biografico degli italiani* – *ibid.*, pp. 167-171.

lero segnare sul piano politico la persistente presenza alla camera – contro il richiamo all’“ordine” e alla prudenza internazionali fatto da Cavour – di un filone “rivoluzionario”, che non si riconosceva nemmeno nel gruppo dei “democratici” per cui aveva dissertato Brofferio⁵⁴, ma rivendicava con forza la prosecuzione della “rivoluzione di popolo” riuscita nell’Italia meridionale e si incarnava nella frase di Bixio «io mi oppongo al fermarsi»⁵⁵ e nelle richieste di entrambi di avviare subito le spedizioni militari per acquisire Roma e Venezia⁵⁶.

Il “clima” della riunione rischiava di guastarsi e di accendersi: il presidente Rattazzi riuscì però a calmare le acque, proprio in quel momento facendo pure presente alla Camera il dispaccio con cui il gen. Cialdini aveva comunicato la capitolazione di Messina: alla fine si giunse al voto, questa volta unanime⁵⁷. Era quanto auspicava il governo: forse con un po’ di fatica era riuscito a ottenerlo. I voti a favore furono 294⁵⁸: i presenti erano quindi solo i 2/3 di quelli previsti, ma non si deve ignorare che – se ci furono pure degli assenti – molti posti non erano coperti perché le elezioni suppletive non avevano ancora portato alla Camera i deputati dei collegi lasciati vacanti da coloro che, eletti in più collegi, avevano optato per uno fra questi.

Dopo il voto della camera dei deputati del 14 marzo⁵⁹, il testo della legge passò alla sanzione del re, che la sottoscrisse e con tale atto la sanzionò e pubblicò il 17 marzo 1861; lo stesso giorno fu edita sulla raccolta ufficiale delle norme del regno, col numero 4671⁶⁰: era l’ultima del «regno di Sardegna», la prossima (quella di un mese dopo sull’intitolazione degli atti del governo) sarebbe apparsa poi come la prima legge della nuova raccolta normativa ufficiale del «regno d’Italia»⁶¹.

⁵⁴ Sia il Ricciardi (*I grandi atti cit.*, pp. 55-56) che il Bixio (*ibid.*, p. 57) mostrano di non riconoscere «partiti nella Camera» e di differenziarsi sul piano personale dai “democratici”.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 58.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 56: per il Ricciardi all’Italia mancano «il capo [cioè Roma] e il braccio destro [cioè Venezia]».

⁵⁷ Al Senato, invece, c’erano stati due voti contrari.

⁵⁸ In effetti, anche alla Camera due parlamentari sbagliarono a votare: era la conseguenza di una certa inesperienza, che li costrinse a dichiarare espressamente l’errore.

⁵⁹ Comandini, Monti, *L’Italia nei cento anni cit.*, p. 68 (anche se vi si parla di approvazione «per acclamazione», mentre invece si votò specificamente a scrutinio segreto (*I grandi atti cit.*, p. 64).

⁶⁰ *Raccolta degli atti del governo di Sua Maestà il Re di Sardegna*, XXX (1861), Torino s.d. [ma 1861], pp. 423-424.

⁶¹ *Raccolta ufficiale delle leggi e dei decreti del Regno d’Italia*, I (1861), Torino s.d. [ma 1862], p. 1.

Giuseppe Ferrari e il dibattito parlamentare relativo alla tassa sul macinato Con un nuovo documento inedito

di Mario Speroni

Pubblico qui un nuovo documento – reperito recentemente sul mercato antiquario – riguardante l'intervento di Giuseppe Ferrari nel dibattito parlamentare relativo alla tassa sul macinato¹.

Si tratta di un'interpellanza – datata Firenze, 9 gennaio 1869 – rivolta al presidente del consiglio, al ministro dell'interno e al ministro delle finanze, sugli incidenti conseguenti all'applicazione della tassa sul macinato². L'interpellanza è sottoscritta, oltre che dal Ferrari, nell'ordine, dal barone Gaspare Marsico, deputato di Torre Annunziata³, dall'avvocato Federico Seismit Doda, deputato di Comacchio (Ferrara)⁴, dal generale Giovanni Acerbi, deputato di Gonzaga (Mantova)⁵, dal conte Luigi Pianciani, deputato di Bozzolo (Mantova)⁶, dal conte Leopoldo Cattani Cavalcanti, deputato di Castelnuovo ne' Monti (Reggio Emilia)⁷, dall'avvocato Luigi Alfonso Miceli, deputato di Calatafimi

¹ Libreria antiquaria Pontremoli, di Lucia Di Maio & C., *Lettere autografe, manoscritti, fotografie*, catalogo 16, a cura di L. Nicora, autunno 2012, p. 23, n. 44; ora, Varese, Archivio Speroni, *Documenti relativi a Giuseppe Ferrari*. Il catalogo si riferisce pure a un altro documento – ora anch'esso in mio possesso – riguardante l'attività politica del Ferrari: una lettera al ministro dell'interno, datata 20 marzo 1861, relativa a una petizione, per la suddivisione del comune di Cuasso al Monte, composto da numerose frazioni, allora nel mandamento di Arcisate, provincia di Como, ora in provincia di Varese (*ibid.*, n. 43).

² Cfr. anche *Rendiconti del parlamento italiano. Sessione del 1867 (prima della legislatura X), seconda edizione ufficiale riveduta. Discussioni della Camera dei deputati, VIII, dal 24 novembre 1868 al 2 febbraio 1869*, Firenze 1869, p. 8837a; *ibid.*, *Indice alfabetico analitico delle materie contenute nei 10 precedenti volumi*, XI, Firenze 1869, p. 11322a.

³ Gaspare Marsico, nato ad Altilia (Cosenza) il 22 aprile 1813, morto a Napoli il 21 maggio 1874.

⁴ Federico Seismit Doda, avvocato e giornalista, nato a Ragusa (Dalmazia), il 1° ottobre 1825, morto a Roma l'8 maggio 1893. Fu ministro delle finanze e tesoro nel primo gabinetto di Benedetto Cairoli, dal 24 marzo all'11 dicembre 1878 e ministro delle finanze nel secondo governo di Francesco Crispi, dal 9 marzo al 19 settembre 1890.

⁵ Giovanni Acerbi, nato a Castel Goffredo (Mantova) l'11 novembre 1825, morto a Firenze il 4 settembre 1869.

⁶ Luigi Pianciani, avvocato, primo sindaco di Roma (1870) e presidente della provincia (1872-73), nato a Roma il 10 agosto 1810, morto a Spoleto (Perugia) il 17 ottobre 1890.

⁷ Leopoldo Cattani Cavalcanti, nato a Firenze il 28 luglio 1813 e mortovi il 10 settembre 1882.

(Trapani)⁸. Il Ferrari sottoscrive anche a nome dei deputati: Giuseppe Mussi, eletto nel collegio di Abbiategrasso (Milano)⁹, Fileno Olivieri, eletto nel collegio di Manoppello (Pescara)¹⁰, l'avv. Giovanni Antona Traversi, eletto nel collegio di Massafra (Taranto)¹¹, Giorgio Asproni, eletto nel collegio di Nuoro¹², Filippo De Boni, eletto nel collegio di Tricarico (Matera)¹³. Si aggiunge, da ultimo, la firma di Salvatore Morelli, deputato di Sessa Aurunca (Caserta)¹⁴.

La tassa sul macinato era un tributo che evocava i peggiori soprusi dei cesati governi. Garibaldi la soppresse in Sicilia, con l'art. 2 del decreto dittatoriale del 17 maggio 1860 n. 5, appena sei giorni dopo lo sbarco a Marsala¹⁵. Nell'Umbria venne abolita, «a far tempo col 1° gennaio 1861», col decreto 28 ottobre 1860 n. 97 del regio commissario generale straordinario Gioacchino Napoleone Pepoli¹⁶. Nelle premesse si legge come

l'imposizione del macinato è stata in ogni tempo reputata ingiusta, come quella che colpisce le classi più povere. (...) l'indole stessa di questa tassa è vessatoria, portando un vincolo al soddisfacimento del primario dei bisogni, e quindi è ad aversi contraria ad ogni massima di sano regime commerciale. (...) le popolazioni di queste Provincie giustamente desiderano liberarsi di un tal tassa¹⁷.

Al decreto di Pepoli seguì quello del 3 novembre 1860 n. 308, del regio commissario generale straordinario delle Marche, Lorenzo Valerio, che abolisce

⁸ Luigi Alfonso Miceli, nato a Longobardi (Cosenza) il 7 giugno 1824, e morto a Roma il 30 dicembre 1906, giornalista e docente, ministro dell'agricoltura, industria e commercio nel terzo gabinetto di Benedetto Cairoli, dal 25 novembre 1879 al 29 maggio 1881, e nel primo e secondo governo di Francesco Crispi, dal 29 dicembre 1888 al 6 febbraio 1891, senatore dal 17 novembre 1898.

⁹ Giuseppe Mussi, nato a Milano il 2 gennaio 1836, morto a Baveno (Verbano, Cusio, Ossola) il 18 agosto 1904, laureato in giurisprudenza, giornalista, sindaco di Milano (18 dicembre 1899-16 dicembre 1903), senatore dal 21 novembre 1901.

¹⁰ Fileno Olivieri, nato a Caramanico (Chieti) il 9 gennaio 1827 e morto ivi il 20 settembre 1900, militare di carriera, autore tra l'altro di un opuscolo, intitolato *Errori e rimedi nell'Italia meridionale*, Pinerolo 1861, dedicato a Cavour (rist. Kessinger Publishing, 2010).

¹¹ Giovanni Antona Traversi, nato a Sale (Alessandria) il 21 febbraio 1824, morto a Posillipo (Napoli) il 5 dicembre 1900. Il suo archivio è conservato nella villa Antona Traversi di Meda.

¹² Giorgio Asproni, nato a Bitti (Nuoro) il 5 giugno 1808, morto a Roma il 30 aprile 1876; ordinato sacerdote, abbandonò la funzione ecclesiastica e fu giornalista.

¹³ Filippo De Boni, nato a Feltre (Belluno) il 7 agosto 1816, morto a Firenze il 7 novembre 1870, giornalista e scrittore.

¹⁴ Salvatore Morelli, nato a Carovigno (Brindisi), l'1 maggio 1824 e morto a Pozzuoli (Napoli) il 22 ottobre 1880, pubblicista, saggista, autore tra l'altro del volume *La donna e la scienza, considerata come soli mezzi atti a risolvere il problema dell'avvenire*, Napoli 1861, più volte ristampato e tradotto in varie lingue. L'edizione definitiva ha per titolo *La donna e la scienza o la soluzione del problema sociale, con cenno critico e biografico del professore Virgilio Estival*, Napoli 1869 (ultima ed. *La donna e la scienza*, a cura di A.M. Colaci, Lecce 2008). Il Morelli è autore di diversi progetti di legge in difesa dei diritti delle donne, tra cui quello conclusosi con la legge 9 dicembre 1877, n. 4167, sul diritto ad essere testimone negli atti pubblici e privati.

¹⁵ Il decreto dittatoriale 17 maggio 1860 n. 5 si può leggere in *Raccolta degli atti del governo dittatoriale e prodittatoriale in Sicilia (1860). Edizione ufficiale*, Palermo 1861, pp. 9 sgg.

¹⁶ Il decreto 29 ottobre 1860 n. 97 si può leggere in *Atti ufficiali pubblicati dal marchese G.N. Pepoli deputato al Parlamento nazionale (...) regio commissario generale straordinario per le province dell'Umbria*, Firenze 1861, pp. 303 sgg.

¹⁷ *Ibid.*, p. 303.

«l'imposta detta del 'macinato'», «a far tempo dal 1 gennaio 1862»¹⁸. Anche qui, nelle premesse, si legge

che la tassa detta del "macinato" colpisce la derrata più necessaria all'uomo; che essa aggrava particolarmente il povero, presso il quale il consumo dei generi indispensabili è massimo, in confronto del consumo del superfluo che è nullo; che quindi essa è necessariamente male distribuita; che per questi motivi un'imposta, non identica di nome, ma somigliante e quasi eguale nella qualità venne, ora fa diversi anni, abolita nelle provincie antiche del regno di Sua Maestà, Vittorio Emanuele II¹⁹.

Ciò nonostante venne riproposta, da Quintino Sella – allora ministro delle finanze – il 13 dicembre 1865, pochi giorni prima della caduta del governo La Marmora (19 dicembre), come quella basata sopra un oggetto di «grande consumo» ed «egualmente» ripartibile «sulle varie provincie del regno». Questo a fronte della drammatica situazione finanziaria dello Stato, «non senza esitanza e con grande rincrescimento mio»²⁰. Il disegno di legge fu ripreso, nel 1867, da Francesco Ferrara – ministro delle finanze nel secondo governo Rattazzi – e presentato alla Camera dei deputati l'11 giugno, ma non ottenne l'urgenza richiesta, per la fiera opposizione della sinistra. Il 4 luglio il Ferrara si dimise da ministro²¹. Il 27 ottobre sorse il primo governo Menabrea, con ministro delle finanze il senatore Luigi Guglielmo de Cambrey-Digny, il quale, nella tornata del 20 gennaio 1868, ripropose alla Camera l'approvazione della tassa sul macinato, come la sola in grado di «offrire la certezza di dare una larga risorsa all'erario», il cui *deficit* si era aggravato²². Prosegue il ministro: «con una leggera imposta (...) si riesce ad ottenere per l'erario una somma rilevantissima»²³. Diversamente la pensava il Ferrara, il quale interviene nel dibattito – come rappresentante della sinistra – nelle tornate del 14 e 16 marzo²⁴. Nel suo discorso egli ricorda come la tassa sul macinato sia stata «proscritta da quasi tutti gli economisti», «come una delle imposte più antiquate», tratta «dai ruderi del

¹⁸ In *Raccolta ufficiale degli atti del r. commissario generale straordinario nelle provincie delle Marche*, Ancona 1860-1861, pp. 285-287.

¹⁹ *Ibid.*, p. 285.

²⁰ Cfr. Q. Sella, *Discorsi parlamentari*, Roma 1887, III, p. 197. Per una dettagliata illustrazione delle vicende politiche che portarono al rinnovo della tassa sul macinato cfr. G. Marongiu, *Storia del fisco in Italia. I, La politica fiscale della destra storica (1861-1876)*, Torino 1995, pp. 203-263; G. Marongiu, *La tassa sul macinato: un nome vecchio per un tributo nuovo*, in «Rivista di storia dell'agricoltura», 49 (2009), n. 2, pp. 25-98; G. Marongiu, *La politica fiscale dell'Italia liberale dall'unità alla crisi di fine secolo*, Firenze 2010, pp. 65-85. La sua tesi sulla sostanziale equità della tassa però non convince.

²¹ La posizione del Ferrara venne più tardi esposta analiticamente in *La tassa sul macinato dev'ella abolirsi, mantenersi o riformarsi? Considerazioni di Francesco Ferrara deputato al Parlamento*, Firenze 1871.

²² Cfr. *Discorso sulla finanza italiana detto dal conte De Cambrey-Digny ministro delle finanze alla Camera dei deputati il 20 gennaio 1868*, Firenze 1868, p. 21.

²³ *Ibid.*

²⁴ Cfr. *Rendiconti del parlamento italiano. Sessione del 1867 (prima della legislatura X), seconda edizione ufficiale riveduta. Discussioni della Camera dei deputati, V, dal 2 marzo al 27 aprile 1868*, Firenze 1868, *Tornata del 14 marzo 1868*, pp. 4914-4919 e *Tornata del 16 marzo 1868*, pp. 4951b-4956b.

medio evo, dal catalogo delle tasse le più categoricamente ripudiate dalla civilizzazione moderna». Abolita, da lungo tempo, nel nord dell'Italia, venne soppressa, dal primo gennaio 1848, anche dai Borboni, tranne che in Sicilia, dove «i prodittatori, i dittatori proclamarono la libertà prima nel 1848 e poi nel 1860 al grido di “Viva l'Italia e abolizione della tassa del macino”. Queste furono le parole del tempo. Nel 1848 la tassa sul macino fu abolita per metà, nel 1860 intieramente». E chiama a testimoni i due ministri che furono artefici, all'epoca, di quei provvedimenti: l'on. Filippo Cordova, da pochi giorni presidente della commissione parlamentare d'inchiesta sul “corso forzoso”, e, durante la rivoluzione siciliana del 1848, ministro delle finanze, e l'on. Francesco Crispi, segretario di stato di Garibaldi, presente in aula. Il riproporre ora questa imposta «è un dichiarare che le nostre finanze sono alla disperazione». Ed in effetti Cambray-Digny «ci ha dato un semestre per pensare alla nostra morte: questa è la situazione nostra», «e ci ha detto: se voi non votate le misure che vi propongo, l'Italia sarà disonorata». Ma «a chi spetterà adunque la responsabilità del fallimento?». La risposta del Ferrari è che la colpa nasce dalla costruzione centralistica dello Stato.

Quando il Governo dell'alta Italia si estese al Mezzogiorno, la disorganizzazione prima dissimulata si tramutò in aperto disastro. (...) Guardate il debito pubblico delle Due Sicilie? Appena 700 milioni. Ora il nostro debito pubblico è da sette ad otto miliardi, se si contano le spese delle strade di ferro. Da 700 milioni le Due Sicilie passarono quindi proporzionalmente a tre miliardi, e la loro spesa fu più che triplicata. (...) Eccoli pertanto con l'andata nel Mezzogiorno la disorganizzazione raddoppiata nelle finanze, negli impieghi, nelle armi.

A causa della disorganizzazione dello Stato unitario,

malgrado l'arricchirsi dell'Italia, dell'aumentare delle sue risorse e del beneficio grandissimo delle strade di ferro, siamo alla carta-moneta, che fu sempre ruscata fin sotto l'Austria, ed alla tassa sul macinato, che fu pure abominata sotto tutti i cessati Governi. (...) Insomma, un Governo impotente si sovrappose ad una disorganizzazione premeditata, e cagionò doppia spesa all'Italia e doppio spreco.

Il Ferrari evoca la figura di un contadino siciliano, che chiama Giannastasio. Lavorava quattordici ore al giorno e la sua felicità consisteva nel portarsi a casa un sacco di grano, da mangiare con la moglie ed i figli. Un giorno, incontra un uomo che gli fa pagare una lira, per il dazio. Lui paga a malincuore, pensando che l'avesse già fatto il padrone. Entrato, poi, nella sua stanzaccia, si mette a pestare il grano. È un lavoro faticoso, ma Giannastasio scopre il mezzo «di far girare una pietra sull'altra» ed inventa il mulino. A questo punto, il fisco – «un essere fantastico», «qualche cosa di mezzo tra l'impiegato ed il carceriere» –, gli ordina di pagare 32 soldi. Per Giannastasio è una somma ingente e domanda spiegazioni: «Come, disse, io devo pagare 32 soldi perché ho macinato?». La risposta del fisco è che si tratta di «un'operazione». Ma anche il tessere, il filare, lo stesso masticare sono operazioni – ribatte Giannastasio. «Dovrei pagare anche la masticazione?». «Per adesso no, rispose il fisco, vedremo dopo». «Questa (...) è l'origine metafisica della tassa sul macinato», che «colpisce un'operazione, come il mangiare, il bere, il dormire». È per questo che a Giannastasio, «quando vedeva

il Governo in circostanze critiche», «non (...) importava proprio niente». Era un cattivo patriota.

Una mattina alcuni giovinotti ben vestiti, passando per il villaggio, gli annunziarono che egli era un cittadino libero, che sciolto da ogni tassa avrebbe pagate solo quelle da lui preferite, che avrebbe scelto egli stesso il suo Governo, il suo fisco, se ne aveva bisogno. (...) Contentissimo Giannastasio gridò: “Viva l’Italia”. Il giorno della votazione si presentò giulivo, contento anch’egli per governare (...) il suo paese. Ma giunto alla porta della sala elettorale, quel fantastico essere del fisco, ornato questa volta coi tre colori, gli significò gentilmente che non poteva entrare. Come, egli esclama, io Giannastasio, figlio di Giannastasio, io paesano, di padre in figlio, da tempo immemorabile, io non posso entrare?

Il fisco gli spiega che, non pagando, niente, non è elettore. Allora Giannastasio si abbandona «a delle tristissime riflessioni». «Spettava ancora ai ricchi il determinare le sue imposte». «Ma perché domandate sacrifici senza decisione, senza innovazione, ripetendo errori vecchi e ruinosi?», si chiede il Ferrari, avviandosi alla conclusione del suo discorso. «Eppure nulla di più semplice di fare un sistema realmente decentralizzato a favore delle regioni, delle antiche capitali e degli antichi Stati subordinati al Parlamento nazionale». Solo così si potranno risanare le finanze dello Stato.

La discussione si protrasse fino al 6 aprile. La votazione – a scrutinio segreto – avvenne il 21 maggio e la tassa sul macinato fu approvata, con 219 voti favorevoli e 152 contrari. Per ottenere il consenso dei deputati del cosiddetto “Terzo”, si introdusse la ritenuta dell’imposta di ricchezza mobile sui redditi provenienti dai titoli del debito pubblico (art. 24). Al Senato la discussione fu meno vivace ed il disegno di legge fu approvato – il 27 giugno – con 101 voti favorevoli, contro 11.

La legge 7 luglio 1868 n. 4490, sulla tassa sul macinato, venne pubblicata sulla Gazzetta ufficiale del primo agosto 1868 ed entrò in vigore il primo gennaio 1869 (art. 24). Contemporaneamente ad essa uscì il regolamento di applicazione, emanato con il r.d. 19 luglio 1868, n. 4491²⁵. Era prevista una tassa sulla macinazione, che doveva essere pagata al mugnaio da ogni “avventore” del mulino, in base ad una tariffa diversificata, a seconda del tipo di cereale. L’importo variava da due lire al quintale, per il grano, a una lira, per granoturco e segale, a una lira e 20 centesimi, per l’avena, a 50 centesimi per gli altri cereali, legumi secchi e castagne (art. 1). A sua volta il mugnaio, «in corresponsività e saldo delle quote riscosse», doveva pagare, «all’esattore delle tasse dirette», «una quota fissa per ogni cento giri di macina». «A questo effetto sarà a cura e spesa dello Stato applicato all’albero d’ogni macina un contatore dei giri» (art. 2). «La quota (...) sarà stabilita mediante convenzione tra il mugnaio e l’amministrazione, avuto riguardo alla qualità e potenza degli apparecchi ed al sistema di macinatura» (art. 3). «Nei mulini, a cui non fosse possibile o conveniente applicare un

²⁵ Entrambi si possono leggere in *Collezione celerifera delle leggi, dei decreti e delle istruzioni e circolari dell’anno 1868 ed anteriori*, XLVII, Firenze 1868, rispettivamente alle pp. 1070-1072 e 1091-1107.

contatore dei giri, od altro congegno meccanico, la tassa sarà pagata sul prodotto presuntivo della macinazione di ciascun mulino» (art. 7).

Contestualmente all'entrata in vigore della legge sorge un diffuso malcontento in tutto il paese, che sfocia in tumulti e scontri sanguinosi, tra i manifestanti e la forza pubblica. Il Ferrari – insieme ad altri dodici colleghi deputati – presenta subito l'interpellanza, di cui si è detto. È, come abbiamo visto, il 9 gennaio. Verrà discussa nella tornata della Camera del 21²⁶. Egli inizia il suo discorso, denunciando l'estrema gravità della questione. «Per la prima volta, da tempo immemorabile, si riscuotono le imposte a fucilate». «Ogni istante ci reca la nuova di una tragedia campestre». Egli e i suoi colleghi interpellanti non possono conoscere la situazione dell'intero paese. Si sono perciò rivolti alla «Gazzetta ufficiale» – che all'epoca conteneva anche «notizie sullo stato del regno» – e hanno richiesto documenti al governo. Proprio oggi, in mattinata, alle ore 9, il ministro degli Interni ha loro trasmesso 120 pagine di documentazione, che sono servite a correggere gli errori della «Gazzetta». Questa, il 2 gennaio, annunciava che «su 23 provincie del regno è risultato che in 12 provincie tutto procedette con il massimo ordine», un dato che faceva già trasparire che qualcosa non andasse. Infatti, essa doveva ammettere che, in provincia di Reggio Emilia, si erano verificati «fatti deplorabili», non potendo «dissimulare la battaglia di Campegine»²⁷. Ora, i documenti consegnati questa mattina segnalano che, già a partire dal 22 dicembre, erano sorte, nei comuni di Gattatico, Castelnuovo di Sotto, Poviglio, Collecchio, agitazioni tali da rasentare la sommossa. Altrimenti «la resistenza passiva (sono parole dei documenti ministeriali) era universale» ed anzi altre sommosse si erano verificate a Cortile San Martino, a San Donato d'Enza, a Felino, dove erano cadute due vittime; «a San Donnino (...) la sommossa dettò un ordine del giorno all'autorità facendole abolire la tassa sul macinato». Altri incidenti a Bologna. Persiceto insorge. «Dappertutto le campane a stormo, le forche in aria e le cariche delle truppe». Il 6 e 7 gennaio, la «Gazzetta» si fa «più veridica»: bisogna giustificare la concessione – avvenuta il 5 – dei pieni poteri al generale Raffaele Cadorna, nelle provincie di Bologna, Parma e Reggio Emilia. Dopo di che, tutto finito: «la calma e la tranquillità si ristabiliscono miracolosamente ed i giornali officiosi non vogliono nemmeno continuare la cronaca del macinato». C'è poco da fidarsi delle notizie comunicate dal governo:

²⁶ Cfr. *Rendiconti del parlamento italiano* cit., VIII, dal 24 novembre 1868 al 2 febbraio 1869, Firenze 1869, pp. 8837-8842.

²⁷ A Campegine, in provincia di Reggio Emilia, nella mattinata del primo gennaio 1869, data di entrata in vigore della legge sul macinato, la gente si riunì in piazza, per protestare. Il sindaco e i soldati che presidiavano il mulino, presi a sassate, furono costretti a rifugiarsi nella casa comunale, ma l'arrivo di altri soldati, che spararono sulla folla, la quale intanto aveva occupato il mulino, causò otto morti e diversi feriti. Per una descrizione analitica – ma non sempre esatta – dei tumulti avvenuti in Emilia, cfr. F. Manzotti, *La rivolta del macinato (1869)*, in «Rassegna storica del Risorgimento», 43 (1956), pp. 59-86, dove il Ferrari è indicato come deputato di Bologna (p. 71).

noi sappiamo come furono annunziati i fatti di Lissa e di Custoza, e ci ricordiamo, per esempio, che si disse che in Sicilia la coscrizione era accolta con giubilo, mentre nell'anno successivo si scoprì che vi erano 16.000 renitenti.

Il Ferrari vorrebbe, dunque, essere informato di quanto accaduto anche in Toscana, con tre morti a Pelago, l'assassinio di un mugnaio esattore a Siena e altri incidenti a Pontedera, Castelfranco, Signa, la chiusura dei mulini a Lucca. In tutto sono state coinvolte negli incidenti ventuno località. In Piemonte, si parla di venticinque, «sconvolte dalla tassa». Eppure si tratta di «provincie sì benemerite della causa italiana». Altrettante sono le località lombarde: «a Segrate i contadini (...) macinano senza tassa», Cusago è occupata dai bersaglieri, Abbiategrasso dagli usseri, altri incidenti a Parabiago, Nerviano, Saronno; «i cittadini di Milano vedevano moti di truppa come se il nemico fosse sull'Adige». Anche «il Veneto, il pacifico Veneto non è esente da agitazioni». Il governo dice che, nel Napoletano,

il macinato sia stato accettato con soddisfazione come cosa naturalissima. Ma ciò non consta (...), non consta dalle relazioni e dalle lettere che ci vengono da quelle provincie. (...) Posso io credere – prosegue il Ferrari – che l'imposta sia regolarmente pagata nelle provincie napoletane? A me consta invece che i nove decimi dei mulini vi sono chiusi, e che i mulini aperti funzionano per tutti i mugnai recalcitranti, non dichiarando se non un decimo della molenda, per cui i nove decimi ne van perduti per l'erario. (...) Nulla si sente dire della Sicilia, quasi che sia felice di aver riconquistata la sua tassa tradizionale. Sventuratamente un giornale officioso ci apprende che i mugnai siciliani si associano per sfuggire le vessazioni della legge.

Il Ferrari torna, poi, ai fatti emiliani, ponendo l'accento sulla strage di San Giovanni in Persiceto, in provincia di Bologna, dove, benché neppure «un solo soldato» fosse stato «ferito e scalfito», si sparò sulla folla in fuga, uccidendo venti persone e ferendone molte altre. Cinquecento furono «incarcerati».

Qual è la causa di tanto disastro? La è una sola: la legge sul macinato che avete pubblicata. (...) Vi dicevamo allora: non votatela, scegliete qualsiasi altro mezzo, questa, vi dicevamo tutti, è una "legge di disperazione". Orbene, ecco la disperazione. Voi avete le sommosse della disperazione, ed i villici che erano spinti dal terrore della fame, non sanno nemmeno qual bandiera, qual idea possano invocare. (...) Noi vi abbiamo detto che l'imposta era fiscale (...), che necessitava un'inquisizione e una penalità proscritta dalla civiltà, e guardate gli effetti della vostra legge, vedete i mugnai resistenti e i soldati che macinano militarmente nei mulini. (...) Noi vi abbiamo detto che il mugnaio non voleva, non poteva essere esattore, perché era questo un altro rischio, un altro mestiere. (...) Il mugnaio non vuol essere esattore, non ha il denaro per garantire il Governo, non può assumersi di pagare per i contribuenti, e in una parola il mugnaio è o renitente, o rovinato, o assassinato, o circondato dalla truppa incaricata d'imporlo al popolo.

Si è detto, dai promotori della nuova legge, che, «grazie al nuovo trovato del contatore», tutti gli inconvenienti dell'antica legge borbonica e pontificia «svanivano». Per questo, «all'articolo 21 si autorizza la spesa di 3 milioni per la compra dei contatori», i quali dovevano funzionare entro il 19 settembre. Ma

dov'è il contatore? (...) Noi non l'abbiamo visto. Fu fatto funzionare un istante qui a due passi sull'Arno, per mero divertimento dei signori deputati, ma il vero contatore che doveva funzionare regolarmente con sicurezza nessuno lo ha mai veduto.

Bisognava

mettere simultaneamente in tutti i mulini, per il 19 settembre, altrettante macchine capaci di contare i giri, di evitare le frodi, di misurare l'imposta, e ripeto simultaneamente, perché se il contatore era un'eccezione, diventava un'ingiustizia. Non posso dirvi che la legge del contatore fosse buona o cattiva perché non fu applicata.

L'eccezione, prevista dall'art. 7 della legge, che stabilisce che se il contatore non si può applicare «la tassa sarà pagata sul prodotto presuntivo della macinazione di ciascun mulino», è diventata la regola.

È certo che se manca il contatore, manca la base della legge, manca tutto, e se voi sottoponete il mugnaio a delle penalità perché resiste, lo rendete responsabile della vostra imprudenza.

Si è fatto ciò senza pensare alle condizioni del paese:

il regno è di recente creazione (...) non gli mancano i nemici, (...) ad ogni istante possiamo essere minacciati [e] voi stabilite di vostro capo, di vostro arbitrio qualche cosa di peggioro dell'antica legge.

E adesso, «aggiungendo l'ironia all'imprevidenza», «inventate ciò che chiamate il contatore vivente»²⁸. Non solo

quando questi agenti governativi non bastassero, e il mugnaio destasse sospetti, allora non subirà al certo le verghe e i tratti di corda ad arbitrio, ma vi sarà di peggio, e morrà di fame, cioè perderà il suo diritto e la sua patente, e questo a capriccio del signor prefetto,

il quale potrà «ritirare la licenza» al mugnaio, sulla base anche solamente di «sospetti fondati», cioè dell'«arbitrio puro e semplice». «Messi da parte il disordine recato, i morti, i feriti, i carcerati, la tranquillità turbata, i diritti violati, ci rimane ad esaminare l'anarchia economica cagionata dalla legge vostra». Fuori che nelle province sottoposte al controllo del generale Cadorna, vi sono fondati motivi per ritenere che la tassa venga largamente elusa, dai Corpi Santi di Milano fino al Napoletano. Lo Stato si perde «in caos di arbitrii finanziari e costituzionali», mentre il *deficit* continua, nonostante tutto, a crescere inesorabilmente. Il comportamento della sinistra è stato responsabile. Eppure alcuni giornalisti sono stati arrestati, mentre Vincenzo Caldesi²⁹ e Giuseppe Ceneri³⁰

²⁸ Il «contatore vivente» – come afferma l'on. La Porta, nel suo intervento del 25 gennaio – è una via di mezzo tra il «custode pesatore» borbonico e l'«agente» pontificio, «torturatore dei mugnai o loro complice» (cfr. *Rendiconti del parlamento italiano* cit., VIII, p. 8956b). Si tratta di un «commissario governativo» – pagato però dagli stessi mugnai – incaricato di riscuotere direttamente la tassa dagli «avventori», per conto della Finanza, in attesa dell'applicazione del contatore meccanico. Questa figura viene creata dal ministro delle finanze Cambrey-Digny con la circolare del 6 gennaio 1869, intitolata *Riepilogo di disposizioni sulla tassa di macinazione dei cereali* (cfr. «Gazzetta ufficiale del Regno d'Italia», 6 gennaio 1869, n. 6, p. 3). Secondo il ministro avrebbe però dovuto essere utilizzata solo nei grandi stabilimenti (cfr. *Rendiconti del parlamento italiano* cit., VIII, pp. 8893b e 8987b).

²⁹ Su di lui la voce di G. Monsagrati, in *Dizionario biografico degli italiani*, 16, Roma 1973, pp. 624b-626.

³⁰ Su di lui la voce di M. Caravale, in *Dizionario biografico degli italiani*, 23, Roma 1979, pp. 528b-533a.

«si adoperavano, secondo i rapporti dei vostri propri prefetti, a sedare il tumulto di Bologna» e i deputati Cavalcanti ed Antona Traversi facilitavano «in ogni modo l'apertura dei mulini di loro spettanza, nell'atto stesso in cui venivano assaliti dai giornali ufficiosi e gelosamente osservati dalla vostra autorità». Se vi sono accuse di fomentare i disordini, «accusate chiaramente e qui e a viso aperto», «perché sono venuto qui di buona fede, di buona fede vi resto», conclude il Ferrari il suo discorso.

Appendice documentaria

Archivio Speroni, Varese, *Documenti relativi a Giuseppe Ferrari*

Camera dei Deputati
Segreteria

Onorevole Signor Presidente

I sottoscritti desiderano di interpellare il Presidente del Consiglio il ministro dell'Interno e il ministro delle Finanze sugli avvenimenti che si ebbero a deplorare in questi giorni relativamente all'applicazione della tassa sul macinato.

Firenze il 9 Gennaio 1869

Giuseppe Ferrari
Gaspere Marsico
F. Seismit Doda
G. Acerbi
L. Pianciani
Cattani Cavalcanti
Miceli
Ferrari per i signori
Mussi
Olivieri
Antona Traversi
Asproni
De Boni

[firma autografa]

Morelli Salvatore

**Scienza, legislazione
e governo**

La marcia dei codificatori

Il Codice estense e i suoi padri fondatori

di Benedetto Brancoli Busdraghi

Il dibattito giuridico del diciottesimo secolo fu, com'è ben noto, dominato dal problema delle contraddizioni e incertezze del sistema di diritto comune e da variegate aspirazioni a risolverlo mettendo al bando il ruolo dominante assunto dalla dottrina e l'ampia discrezionalità di cui godevano talvolta i giuridici.

Il riformismo degli Estensi di Modena si colloca nel solco di questa evoluzione e il Codice del 1771 fu una delle vette più alte delle tendenze innovatrici, tanto da essere da molti considerato, insieme alle Costituzioni piemontesi, il primo "codice" italiano. Il cammino verso la codificazione estense, durato oltre trent'anni, dal primo *Regolamento* del 1740 fino al 1771, attraverso riforme giurisdizionali e dispute con i feudatari, fu diretto dal duca Francesco III da Milano, città di cui era governatore, tenendo un'intensa corrispondenza con i suoi collaboratori. Essa, in parte conservata presso l'Archivio di Stato di Modena, permette di ricostruire gli eventi che portarono alla promulgazione del Codice, che fu anche per il duca un tentativo di accentrare il proprio potere sul territorio.

1. L'avvio delle riforme

Il primo passo delle riforme, nel 1740, fu la riorganizzazione degli Stati ducali, con il *Regolamento ed ordini di Sua Altezza Serenissima da osservarsi dai consigli, magistrati e tribunali di Modena per lo governo politico, civile ed economico dei suoi Stati*. Tale atto rispondeva a un obiettivo primario: ridefinire le principali cariche ducali, accentrando¹.

L'organizzazione amministrativa degli Stati estensi era, infatti, complessa. Divisi in 136 distretti, 111 erano dominî "mediati", ossia sottoposti alla giurisdizione di un feudatario; i dominî "immediati", in cui il duca esercitava direttamente la sovranità, erano appena 25. Sebbene le dimensioni dei territori "immediati" fossero tendenzialmente maggiori, un simile frastagliamento

¹ C.E. Tavilla, *Riforme e giustizia nel Settecento estense. Il Supremo Consiglio di Giustizia (1761-1796)*, Milano 2000, p. 9. U. Petronio, *La lotta per la codificazione*, Torino 2002, pp. 205 sgg., evidenzia come la tendenza all'accentramento fosse ben diffusa nel Settecento.

appesantiva notevolmente la burocrazia, rendendo pressante la necessità di compattare uno Stato piuttosto incoerente².

In quegli anni, i tentativi di migliorare il sistema amministrativo si intensificarono progressivamente³. Nel 1755 videro la luce le *Provvisioni, gride, ordini e decreti da osservarsi negli Stati di Sua Altezza Serenissima*, prima raccolta compilativa della legislazione estense⁴.

Nel 1759 il duca istituì una commissione per un compito più arduo: raccogliere gli statuti locali, uniformandoli e abrogando quelli precedenti⁵. Tale opera avrebbe agevolato il controllo sui domini e sembra dare inizio alla marcia verso la codificazione. L'accentramento dello Stato, tuttavia, non poteva prescindere da un intervento sull'amministrazione della giustizia. Quest'ultimo arrivò nel 1761, con l'istituzione del Supremo Consiglio di Giustizia. Al nuovo consesso fu attribuita la «suprema giudicatura delle cause civili, criminali e miste»⁶ e appena un biennio più tardi il regolamento del 12 settembre 1763 lo innalzò a «solo giudice di tutti gli Stati di Modena in fatto di criminalità», derogando espressamente a «qualunque legge o pratica in contrario»⁷. Emerge così l'intenzione ducale di uniformare l'amministrazione della giustizia, fino a subordinare gli altri tribunali a quello centrale.

Com'era lecito attendersi, la riforma incontrò l'opposizione dei feudatari, che identificarono nel nuovo tribunale l'organo attuativo di una politica lesiva della loro sfera d'interessi. La questione offrì lo spunto per una ridefinizione dei loro rapporti con il sovrano, generando una disputa che si protrasse fino al 1767. Il chi-

² M.A. Abelson, *Le strutture amministrative nel Ducato di Modena e l'ideale del "Buon governo"*, in «Rivista storica italiana», 81 (1969), 3, p. 504.

³ B. Donati, *La formazione storica del Codice estense del 1771 e le altre riforme a seguito dell'opera di L.A. Muratori*, Modena 1930, p. 88.

⁴ In alcuni casi, tuttavia, è possibile assistere a una parziale riforma, quasi un aggiornamento di norme datate di oltre un secolo (F. Salvioli, *Miscellanea di legislazione estense*, Palermo 1898, p. 3). Questo tipo di snellimento normativo non era infrequente nel Settecento (si veda M. Viora, *Le costituzioni piemontesi*, Torino 1928, p. 315).

⁵ Questi intenti sono testimoniati da alcuni documenti conservati presso l'Archivio di Stato di Modena [d'ora in poi ASMo], editi in G. Santini, *Lo Stato estense tra riforme e rivoluzione. Le strutture amministrative modenesi del XVIII secolo*, Milano 1983. In una lettera priva di data (forse del 1759), i compilatori comunicano ai Priori di Reggio che il duca intendeva porre un freno ai contrasti tra statuti municipali, «cosicché vengano a togliersi di mezzo tanti appigli di liti derivanti dalle diverse interpretazioni, e dalla diversità stessa delle statutarie disposizioni, e si rendano in conseguenza più cognite le leggi, più ovvia la loro intelligenza, e più certi i giudizi» (ASMo, *Cancelleria ducale*, Consigli, giunte, consulte, reggenze, busta 16, parzialmente trascritto da Donati, *La formazione storica del Codice estense* cit., p. 87).

⁶ Il nuovo tribunale era formalmente indipendente dal governo. La riforma «avrebbe dovuto metter fine alla concorrenza di Segnatura e Consiglio di giustizia, concentrando in quest'ultimo le competenze giurisdizionali»: M. Ascheri, *Il processo civile tra diritto comune e diritto locale: da questioni preliminari al caso della giustizia estense*, in «Quaderni storici», 34 (1999), fasc. 101, pp. 355-387: p. 377; in argomento, si veda altresì M. Ascheri, *I «grandi tribunali» d'ancien régime e la motivazione della sentenza*, in M. Ascheri, *Tribunali, giuristi e istituzioni dal medioevo all'età moderna*, Bologna 1989, pp. 85 sgg. Su tale organo, si veda C.E. Tavilla, *L'amministrazione centrale della giustizia negli Stati estensi dalle origini ferraresi alla restaurazione*, in «Rivista di storia del diritto italiano», 71 (1998), pp. 219 sgg.

⁷ Documento edito in Tavilla, *Riforme e giustizia* cit., p. 489.

rografo del 26 maggio sancì un accordo di compromesso⁸: da un lato, venne eliminata la subordinazione dei giudici locali dei territori mediati in cambio di una maggiore responsabilizzazione dei feudatari nell'amministrazione della giustizia penale; dall'altro, il trattamento dei giurisdicenti feudali venne in parte uniformato a quello dei giudici dei territori immediati e fu affiancato loro «un idoneo consultore o auditore legale» per la stesura della decisione finale⁹. Nondimeno, anche sul fronte giurisdizionale, la via delle riforme era stata aperta.

Contemporaneamente, furono approvate riforme volte alla speditezza processuale¹⁰, tema caro a Francesco III, che temeva sia la perdita di entrate e di prestigio per lo Stato a causa della corruzione, sia le ripercussioni negative sulla mentalità del popolo¹¹. La ricerca dell'ordine si affiancava alle esigenze di accentramento dello Stato nel condurre il sistema giuridico verso la codificazione.

Così, il 25 gennaio 1765, il Supremo Consiglio di Giustizia presentava al duca «la prima parte del Codice di Giurisprudenza»¹². I compilatori sembrano aver ampliato le prospettive: non si limitano più a mere raccolte compilative dell'esistente, ma propongono vere riforme.

Il sovrano approvò il piano, ma in tale fase muta parzialmente la prospettiva, poiché l'idea originaria di «riforma generale di Statuti» viene poi «ridotta (...) al carico nullameno grave di formare un Codice di universale Giurisprudenza»¹³. Quale differenza intercorreva fra un «codice statutario» e un «codice universale»? Probabilmente si trattava di una diversità di fonti e di ambito di applicazione. Il termine «universale» potrebbe riferirsi a un'uniformizzazione territoriale, coerentemente con le mire accentratrici. Al contempo, il riferimento alla giurisprudenza sembra annunciare un contenuto più ampio della mera materia statutaria, giacché un codice universale avrebbe forse interessato anche la legislazione del sovrano. Successivamente, il codice assumerà anche la qualifica di «generale», divenendo applicabile indistintamente a tutti i sudditi. Da qui il venir meno tanto del particolarismo territoriale, quanto di quello soggettivo.

2. La commissione Crescimanno

Alcune divergenze di vedute fra gli organi modenesi indussero il duca ad affidare la presidenza della Deputazione del codice a un forestiero¹⁴; un soggetto in

⁸ *Ibid.*, pp. 142 sgg.

⁹ Tavilla, *L'amministrazione centrale* cit., pp. 219-220.

¹⁰ Quali la riforma delle allegazioni forensi per eliminarne le oscurità e le prolissità (Santini, *Lo Stato estense* cit., p. 92).

¹¹ Abelson, *Le strutture amministrative* cit., pp. 508-509.

¹² Documento in ASMo, *Cancelleria ducale*, Carteggio dei Referendari, busta 93 (Segretari, 25 gennaio).

¹³ ASMo, *Cancelleria ducale*, Carteggio dei referendari, busta 16, nota di Tonani del 27 febbraio 1766.

¹⁴ Secondo O. Rombaldi, *Aspetti e problemi del Settecento modenese. Stato e società nel Ducato estense. Contributi di studio*, Modena 1982, p. 90, furono specialmente i contrasti originati dall'attribuzione di competenze giudiziarie al Magistrato di Commercio e Agricoltura a indurre il duca a scegliere uno straniero per la guida della deputazione.

grado di «rimuovere i molti abusi dal governo» degli Stati estensi, migliorare l'amministrazione della giustizia e riformare gli statuti formando un codice, se del caso adattando le leggi. La scelta cadde sul siciliano Antonio Crescimanno¹⁵.

Il prescelto, tuttavia, pose diverse condizioni per accettare l'incarico: oltre ad una donazione e alla presidenza della Deputazione per la formazione del codice e del Supremo Consiglio di Giustizia, chiedeva anche la carrozza (equivalente settecentesco delle odierne auto aziendali?), un elevato stipendio e rimborsi vari¹⁶. Il duca, nonostante l'opinione sfavorevole di alcuni consiglieri, accettò¹⁷, ribadendo la necessità di codificare¹⁸.

Dopo un lungo viaggio (ben due mesi) caratterizzato da tempeste, perdita dei bagagli e altri inconvenienti, il 4 novembre 1767 Crescimanno giunse a Modena. L'obiettivo era «compilare e riformare in un nuovo codice le leggi e gli Statuti che, nel corso del tempo, e per la loro specialità e per la loro molteplicità, non ponno meno che apportare qualche intralcio e equivoco alla giusta e rispettiva loro esecuzione»¹⁹.

Le finalità sono ulteriormente precisate nel documento programmatico inviato al duca il 18 gennaio 1768: compilare «un regolato codice di Prammatiche, Leggi e provvisioni additate, e convenienti alla costituzione, al sistema, ed alle presenti circostanze de' suoi felicissimi Dominî». La commissione Crescimanno intendeva anche garantire a sovrano e sudditi «il vantaggio di una facile, retta e pronta amministrazione della giustizia, tanto nelle materie civili, che nelle criminali».

La finalità ufficiale, dunque, non era rafforzare lo Stato, ma mettere ordine nel sistema giuridico; il mezzo era il codice. Quest'ultimo sarebbe andato oltre la mera raccolta compilativa, elemento di grande novità rispetto alle (poche) altre codificazioni settecentesche. Emerge anche l'idea di un "diritto generale", evocatrice di principi illuministici.

Il merito dell'ampio respiro dell'opera non potrebbe essere attribuito integralmente alla Commissione, visto che se ne accennava già prima del suo insediamento. Crescimanno aveva, però, da subito evidenziato l'inefficienza del sistema giudiziario, dove aveva riscontrato «almeno diciotto magistrature e sette deputazioni»²⁰, talvolta in conflitto fra loro. Egli era orientato a una forte semplificazione dell'apparato amministrativo e giudiziario, e in particolare del riparto di competenze fra Tavola di Stato, Camera ducale e Supremo Consiglio

¹⁵ Santini, *Lo Stato estense* cit., p. 93; G. Salvioli, *La legislazione di Francesco III, duca di Modena*, in «Atti e memorie per la deputazione di storia patria per le province modenesi», serie IV, 9 (1899), pp. 14-23.

¹⁶ Tavilla, *Riforme e giustizia* cit., p. 178.

¹⁷ Salvioli, *La legislazione di Francesco III* cit., p. 17.

¹⁸ Dispaccio del 19 agosto 1767, in ASMo, *Cancelleria ducale*, Carteggio dei referendari, consiglieri, cancellieri e segretari, busta 121.

¹⁹ Chirografo ducale 4 novembre 1767, in *ibidem*, Decreti e chirografi, busta 12.

²⁰ Lettera di Crescimanno a Bagnesi del 29 novembre 1767 (*ibidem*, Consigli, giunte, consulte, reggenze, busta 16 [Carteggio del marchese Leopoldo de Gregorio riguardante la ricerca di un soggetto adatto a presiedere la Deputazione incaricata di compilare il nuovo Codice Estense, scelto poi in persona del dott. Antonino Crescimanno di Palermo, e carteggio di quest'ultimo]).

di Giustizia²¹. Il piano di razionalizzazione delle istituzioni venne, in un primo tempo, recepito dal sovrano²², e numerosi spunti furono ripresi dalla successiva commissione Cagnoli.

La commissione Crescimanno, tuttavia, incontrò resistenze da più parti, fra cui giuristi *ancien régime* e Chiesa. Il senatore Muttoni, cui il duca chiedeva pareri sui documenti che arrivavano da Modena, sembra quasi diffidare Francesco III dall'adottare una linea eccessivamente riformista. In una lettera del «16 del 1769», egli dichiara di provare «sincero giubilo nel vedere che l'Altezza Vostra Serenissima sia ben lontana d'inciampare nel moderno vizio di novatore, ma custode sia delle antiche lodevoli costumanze del suo Dominio»²³. Questa frase suona come un avvertimento a non esagerare con le riforme. Paradossalmente, la difesa dello *status quo* parte proprio da Milano, città toccata dagli stimoli illuministi.

Il dissenso proveniva anche da ambienti estremamente vicini al duca, come testimonia una bozza di lettera indirizzata a Crescimanno nel 1769 relativa ai lavori preparatori e al regolamento del Supremo Consiglio di Giustizia. Nel documento (non firmato e di cui non è certo l'effettivo invio), il mittente sembra contraddire gli intenti del suo sovrano, laddove afferma che «più convenga al caso nostro una compilazione delle leggi e degli Statuti per l'accertata pratica della giustizia ed adattata al nostro particolare che un codice universale»²⁴.

Chi poteva osare porsi in simile contrasto con quella che, dopo il 1768, sembra essere la volontà ducale? Si potrebbe ipotizzare Clemente Bagnesi, consigliere ducale. L'ultimo paragrafo del documento, infatti, reca una parziale e vaga risposta a una non precisata richiesta di Crescimanno a favore del «noto Cav. e Palermitano di Lei amico», e il giurista siciliano soleva indirizzare proprio a lui la maggior parte delle sue richieste.

Le resistenze furono tanto forti da impedire alla commissione Crescimanno di terminare il lavoro: il 3 ottobre 1769 il presidente venne bruscamente licenziato. Pesavano su di lui gravi accuse di incompetenza, noncuranza²⁵ e scarsa integrità morale²⁶. La disapprovazione dell'operato del presidente da parte della classe dirigente modenese, testimoniata nelle fonti, è talmente aspra da metterne in dubbio l'imparzialità. Crescimanno dovette probabilmente scontrarsi con

²¹ C.E. Tavilla, *Un progetto di riforma del governo estense (1767)*, in «Studi parmensi», 42 (1996), pp. 252 sgg.

²² Tavilla, *Riforme e giustizia* cit., pp. 190 sgg..

²³ Documento integralmente edito in Tavilla, *Riforme e giustizia* cit., pp. 543-545.

²⁴ Documento contenuto in ASMo, *Cancelleria ducale*, Consigli, giunte, consulte, reggenze, busta 16.

²⁵ Dispaccio in *ibidem*, Carteggio dei referendari, consiglieri, cancellieri e segretari, busta 121, edito in Tavilla, *Un progetto* cit., p. 248. Il dispaccio aggiunge che egli manifestava «trascuratezza, disattenzione ed indolenza (...) nel compiere alle incombenze del proprio ministero. (...) Tutti vedono che non si applica allo studio, perché di notte, come di giorno, è sempre dedito ai divertimenti, alle conversazioni, ai passatempi».

²⁶ In un altro dispaccio, del 20 settembre 1769, si parla del «vergognoso ammasso di debiti» di cui si sarebbe caricato Crescimanno, del suo «costume assai depravato e corrotto in linea di sensualità degenerante quasi in libertinaggio», fino a descrivere scene di liti coniugali con la consorte tradita (ASMo, *Cancelleria ducale*, Carteggio dei referendari, consiglieri, cancellieri e segretari, busta 121).

un ambiente non sempre disposto ad accettare innovazioni che turbassero posizioni acquisite ed equilibri consolidati²⁷, tanto che venne subito osteggiato dai componenti della Commissione, che egli stesso additava di incompetenza²⁸. Potrebbero aver inciso sul ludibrio i ritardi e le continue pretese e richieste economiche²⁹. Malgrado alcune buone intuizioni, di Crescimanno rimane soprattutto il fallimento, per non aver portato la riluttante commissione alla redazione del codice³⁰. A stretto giro, fu però nominata la nuova deputazione, che avrebbe portato a termine la codificazione di Francesco III.

3. *La commissione Cagnoli*

La presidenza della commissione fu assegnata a Giampiero Cagnoli, presidente *ad interim* del Supremo Consiglio di Giustizia. Sebbene fosse stato assicurato a Francesco III che molti titoli erano già pronti, con la nuova deputazione emerse che i lavori erano ancora in fase larvale, poco più di un ammasso di scarabocchi («quinternetti, i fogli, e le minute per la maggior parte cancellate, postillate, e indigeste»). Le colpe ricaddero interamente sull'assente: Crescimanno³¹. Grazie alla costante supervisione del duca, tuttavia, nel giro di due anni, la commissione Cagnoli elaborò i primi due tomi del *Codice di leggi e costituzioni per gli Stati di Sua Altezza Serenissima*, coronamento di un ventennio di studi³².

La disciplina codicistica contribuì sia a mettere ordine nel sistema delle fonti e nell'amministrazione della giustizia, sia ad accentrare l'amministrazione degli Stati. Una delle questioni più scottanti era il coordinamento dei poteri del Supremo Consiglio di Giustizia, investito di funzioni di alta giurisdizione, con quelli dell'amministrazione ducale, che esercitava i suoi poteri in modo talvolta espansivo e arbitrario³³. Mancava una chiara divisione dei poteri e i rapporti tra gli istituzioni seguivano logiche fiduciarie, più che funzionali e gerarchiche³⁴. Erano frequenti le ingerenze della politica nell'esercizio della giurisdizione, anche per via delle commistioni fra i singoli funzionari e degli incarichi individuali dei giudici, spesso membri di diversi organi.

²⁷ Tavilla, *Un progetto* cit., p. 249.

²⁸ Tale dato emerge da una bozza di lettera, che sembrerebbe redatta da Crescimanno, rivolta a un'"eccellenza" non meglio specificata. Purtroppo non è agevole decifrarne pienamente il contenuto e identificare il destinatario.

²⁹ Le sue spese principali e richieste sono elencate in Salvioli, *La legislazione di Francesco III* cit., pp. 19 sgg..

³⁰ «Egli, però, come ha saputo ingannare Vostra Eccellenza, ha ingannato me ancora e i miei primarii ministri», scrive Francesco III a Leopoldo de Gregorio il 3 ottobre 1769 (Tavilla, *Riforme e giustizia* cit., p. 316).

³¹ Documento contenuto in ASMo, *Cancelleria ducale*, Consigli, giunte, consulte, reggenze, busta 16.

³² Si noti che Salvioli, *Miscellanea di legislazione estense* cit., ha messo in luce le similitudini intercorrenti tra il Codice e gli statuti comunali degli Stati estensi.

³³ Tavilla, *Riforme e giustizia* cit., p. 318.

³⁴ *Ibid.*, p. 319.

La nuova disciplina – che completò un processo iniziato già nel 1754 – ridusse l'ingerenza della Segnatura nell'amministrazione della giustizia, integrando i correttivi processuali e la disciplina dell'organizzazione dell'alto tribunale del regolamento del 1769. Al contempo, rafforzò i poteri centrali, attribuendo alla giurisdizione del Supremo Consiglio alcune categorie che, precedentemente, beneficiavano di un foro privilegiato³⁵.

Parallelamente, le funzioni amministrative furono concentrate presso la Tavola di Stato, organo di diretta emanazione ducale. Si assiste, così, a una definizione delle competenze dei due organi: funzioni amministrative tendenzialmente conferite alla Tavola di Stato; funzioni giurisdizionali tendenzialmente attribuite al Supremo Consiglio, sebbene permanessero alcuni casi di ricorso diretto al duca³⁶.

Oltre all'assetto giurisdizionale e amministrativo, il Codice incise sul sistema delle fonti. Venne, infatti, esautorato il diritto comune, che avrebbe avuto valore unicamente suppletivo in caso di lacuna. La bolla di promulgazione precisò che

nell'evento di caso alcuno relativo a quelle materie civili, criminali e miste, (...) per il quale non fosse stato provveduto, si debba unicamente per detto caso ricorrere alla disposizione del gius comune senza reclamare l'osservanza di alcuno statuto locale o di altra particolare disposizione, giacché tutti e tutte rimangono aboliti e soppressi³⁷.

Tale disposizione rafforzava il potere centrale, rimettendogli l'emanazione del diritto.

Il Codice diventava così fonte suprema dell'ordinamento, con sostanziale ridimensionamento non soltanto del diritto comune, ma anche delle interpretazioni. Il Supremo Consiglio di Giustizia, infatti, venne investito del potere di interpretazione autentica, da esercitare in nome del sovrano. Tale norma ricorda quanto avveniva in epoca giustiniana. Mentre però l'imperatore assumeva i caratteri del "divino oracolo", il codice di Francesco III rimetteva l'interpretazione autentica a una magistratura, che la esercitava in nome del sovrano. Alcuni studiosi hanno ricondotto l'immediato precedente di questa pratica nel regolamento del 1740-41³⁸; altri hanno evidenziato come l'interpretazione del Supremo Consiglio traesse le sue origini dal decreto istitutivo del *Consilium iustitiae* di Borso d'Este del 1453³⁹. In ogni caso, la norma appare nel solco di una consolidata tradizione.

³⁵ *Ibid.*, p. 358.

³⁶ Così avveniva per il ricorso straordinario, da indirizzare direttamente al duca qualora la revisione di un decreto dell'aula civile a pieni voti avesse toccato un interesse della camera (Tavilla, *Riforme e giustizia* cit., p. 357).

³⁷ Tavilla, *Riforme e giustizia* cit., pp. 355-356. La polizza della deputazione, del 30 marzo, venne trasmessa al duca a cura della Tavola di Stato il 3 aprile 1771 (ASMo, *Cancelleria ducale*, Carteggio dei referendari, consiglieri, cancellieri e segretari, buste 122, 130).

³⁸ Santini, *Lo Stato estense* cit., pp. 94-95; F. Lancellotti, *La normativa e la letteratura di diritto processuale civile nel Ducato di Modena*, Modena 1977, p. 6, nota 3.

³⁹ Tavilla, *Riforme e giustizia* cit., p. 373.

Il Codice disciplinò, altresì, il diritto di chiedere la motivazione delle decisioni (art. XXXII del Titolo I del Libro I). Questo, da un lato, poteva dare soddisfazione alla parte soccombente; dall'altro consentiva un controllo sui giudici e poteva indurli a confrontarsi con le decisioni precedenti, valutando con maggiore attenzione sull'opportunità di innovare⁴⁰. Sembra, però, che, a Modena, le decisioni motivate non fossero più di una decina l'anno⁴¹.

4. *La corrente anticodificatoria*

Le riforme estensi ebbero il duplice effetto di mettere ordine nel sistema delle fonti e di accentrare il controllo sulla giustizia. Anche per questo la pubblicazione dei primi due libri, nel 1771, venne osteggiata, come testimoniato anche da un manoscritto anonimo, conservato presso l'Archivio di Stato di Modena⁴². Si tratta di una critica alla bolla di promulgazione, commentata paragrafo per paragrafo da un autore ignoto.

Il primo bersaglio è il titolo («Codice di Leggi e Costituzioni per gli Stati di Sua Altezza Serenissima»). Da un lato si critica l'indeterminatezza territoriale dell'opera; dall'altro, viene censurato il riferimento alle «costituzioni», già strumento d'intervento sulla legislazione da parte dei Principi, contestando gli intenti riformatori del duca fino a metterne in discussione l'autorità.

L'autore compie poi una significativa difesa del diritto comune e dei giureconsulti. Lungi dall'esagerare nelle interpretazioni, infatti, essi avrebbero insegnato «una dottrina in ragione molto fondata e plausibile». Egli si chiede se i «dominanti» di Modena potessero davvero abrogare il *gius comune*, ma tale aspetto, considerato eccessivamente «delicato», non viene ulteriormente approfondito. Questo lascia ipotizzare che il problema investisse i rapporti tra gli Stati estensi e il Sacro Romano Impero, in cui il *gius comune* aveva la sua sede naturale. Sorgerebbe così una complessa questione di diritto feudale.

Nondimeno, l'autore contesta il ricorso al diritto comune quale norma di chiusura dell'ordinamento, da applicarsi nei casi non disciplinati dal Codice. Neanche il diritto comune, infatti, sarebbe stato sufficiente per disciplinare tutti i casi non previsti. Il venir meno dell'autorità dei giureconsulti e l'attribuzione del potere d'interpretazione autentica al Supremo Consiglio di Giustizia avrebbero, inoltre, acuito le lacune nell'ordinamento.

Un altro aspetto delicato era la sorte del diritto locale. Se, in campo civilistico, poteva ipotizzarsi un'abrogazione tacita, gli Statuti rimasero in vigore quantomeno per la parte penale, fino all'emanazione degli ultimi due libri del Codice estense. Inoltre, non erano disciplinati certi aspetti del diritto pubblico

⁴⁰ M. Ascheri, *I grandi tribunali*, in *Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti. Il contributo italiano alla storia del pensiero. Ottava appendice, Diritto*, a cura di P. Cappellini, P. Costa, M. Fioravanti, B. Sordi, Roma 2012, p. 124.

⁴¹ Tavilla, *Riforme e giustizia* cit., p. 384.

⁴² ASMo, *Cancellaria ducale*, Consigli, giunte, consulte, reggenze, busta 16.

locale, come le modalità di nomina di Priori e altri funzionari. Tale silenzio potrebbe denotare un certo disagio politico nell'affrontare la questione.

Il Codice dovette incontrare anche l'ostilità della Chiesa, anche a causa delle modifiche a punti di diritto canonico. Oggetti di critica erano soprattutto la disciplina del matrimonio e della filiazione, che però i funzionari estensi consideravano appannaggio del sovrano⁴³.

Nel corso degli anni Settanta, giungevano da Roma diverse lettere di protesta. Quando il duca interpellava i suoi funzionari al riguardo, essi solitamente contestavano le richieste del papa Clemente XIII, per prendere posizione a fianco del sovrano estense.

La forza diplomatica dello stato pontificio sembra ridimensionata rispetto ai decenni precedenti. Il papato, infatti, non appare godere del prestigio necessario per piegare il principe estense, né avere i mezzi per passare alle vie di fatto. Il ridimensionamento del ruolo della Chiesa, avviato su tutta la penisola nel Settecento, sembra aver dato i suoi frutti. Stando ai documenti, è addirittura il Papa, un tempo ben arroccato sulle sue posizioni (salvo piccole concessioni), a volere un concordato: secondo i messi ducali, il Santo Padre avrebbe «un vero desiderio di venire a discorso amichevole sulle materie controverse», sebbene siano gli stessi funzionari a suggerire a Francesco III di rifiutare «giacché la Sovranità vi perderebbe sempre per qualunque anche piccola parte dovesse ritocedere dalle già addossate massime ormai universalmente introdotte in tutti i Principati Cattolici»⁴⁴.

Questo documento, prodotto un lustro dopo l'entrata in vigore della prima parte del codice estense, è meramente indicativo del clima e delle reazioni provocate dall'opera. Le relazioni diplomatiche fra Modena e Roma furono assai complesse. Il braccio di ferro, sulla scia dell'illuminismo, ha, tuttavia, visto tendenzialmente la vittoria delle posizioni anticuriali in tutta la penisola.

5. Conclusioni

Il *Codice di Leggi e Costituzioni per gli Stati di Sua Altezza Serenissima* è stato il prodotto finale di trent'anni di riforme attraverso difficoltà di vario genere. Promulgato nel 1771, viene considerato uno dei primi codici europei, sebbene la tecnica legislativa estense non si affinerà mai abbastanza da porsi il problema della completezza del codice, presente invece nel *Code de Napoléon* del 1804. Se è vero che il Codice non sembra essere del tutto traghettato nell'era dei codici come li intendiamo oggi, esso costituisce nondimeno un'opera notevole, anche in considerazione del fatto che essa è stata realizzata nel piccolo ducato modenese⁴⁵.

⁴³ Si veda la lettera al duca del 27 gennaio 1776, in ASMo, *Cancelleria ducale*, Consigli, giunte, consulte, reggenze, busta 16.

⁴⁴ ASMo, *Cancelleria ducale*, Consigli, giunte, consulte, reggenze, busta 16.

⁴⁵ Sulle codificazioni settecentesche, sia consentito rinviare a G. Tarello, *Storia della cultura giuridi-*

I lavori preparatori consentono di comprendere meglio le motivazioni che portarono alla promulgazione: non soltanto desiderio di chiarezza, ma anche volontà ducale di estendere il proprio potere. Negli Stati estensi, tuttavia, se si prescinde da alcuni significativi spunti nel Muratori, l'illuminismo ebbe manifestazioni prevalentemente sul piano empirico, senza una reale teorizzazione paragonabile a quella dei *philosophes* francesi. Mancava, dunque, una correlazione tra l'illuminismo culturale e le sue manifestazioni sul piano giuridico. Le peculiarità dell'illuminismo giuridico modenese rafforzano la convinzione che la finalità politica fosse prevalente rispetto a quella di assicurare una buona amministrazione.

Secondo parte della storiografia, diversi sovrani considerati illuminati, tra i quali Maria Teresa d'Austria e Federico II di Prussia, si servirono delle teorie illuministe come di un'immagine di facciata. Lungi dall'essere filantropici riformatori ossessionati dalla ragione, dall'amore per i sudditi e dalla sete della giustizia, essi avrebbero puntato, in realtà, da un lato ad accrescere il benessere dei sudditi solamente in quanto strumentale a quello del sovrano⁴⁶, dall'altro lato, a rafforzare la monarchia assoluta, da esercitarsi nelle sue forme più ciniche⁴⁷. Tali sovrani "illuminati", dunque, non sarebbero molto diversi da Luigi XIV⁴⁸.

ca moderna, Bologna 1976; G. Astuti, *Legislazione e riforme in Piemonte nei secoli XVI-XVIII*, in *La monarchia piemontese nei secoli XVI-XVII*, Roma 1951, pp. 79-111, ora in G. Astuti, *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, Napoli 1984, II, pp. 585-620.

⁴⁶ L. von Mises, *In nome dello Stato*, Soveria Mannelli 2012 (I ed. Stuttgart 1978), p. 12.

⁴⁷ F. Bluche, *Le despotisme éclairé*, Paris 1969, p. 366.

⁴⁸ *Ibid.*

Attenuare la disuguaglianza

La questione dei diritti successori dei figli naturali nell'Italia postunitaria: echi del dibattito da Pacifici-Mazzoni a Cimbali

di Giovanni Chiodi

1. Una controversa uguaglianza alle origini della modernità

«Ogni riforma dev'essere considerata non solamente nella sua astratta bontà, semplicità e facilità, ma eziandio nella sua pratica opportunità, ed attuazione sovente complessa e difficoltosa. [...] Così pure non osiamo criticare il patrio legislatore per non avere a favore dei figli nati fuori di matrimonio, stabilito un diritto più benigno, ammettendo le indagini della paternità, concedendo amplissimi mezzi di prova, sopprimendo le esclusioni dal diritto di successione e di legittima. L'allarme per temuti attentati all'ordinamento della famiglia legittima non sarebbe stato, né ristretto, né superficiale».

Queste parole appartengono a Emidio Pacifici-Mazzoni, che così prese posizione, nel 1880, su uno dei supposti difetti imputati al codice Pisanelli: la disuguaglianza successoria tra figli legittimi e naturali¹. Il principio di uguaglianza tra i figli, in quel campo, attendeva ancora di essere attuato e la disputa sull'opportunità o meno di fare il grande passo si sarebbe trascinata a lungo, fino a trovare il suo acme nella gestazione del nuovo libro delle successioni². Nell'Ottocento dei codici, perciò, come nel Settecento delle riforme, il diritto ereditario, strettamente connesso alla proprietà e alla famiglia, e quindi munito del medesimo rilievo costituzionale, attirò quasi fatalmente, per la sua importanza politica, le attenzioni dei legislatori, chiamati a comporre, attraverso una apparentemente arida «aritmetica giuridica³», questioni etiche, sociali ed economiche.

Nel dibattito italiano, due poli, tra gli altri, sono costantemente presenti. Da un lato, quello percepito come più ardito ed estremo: l'onnipresente fan-

¹ E. Pacifici-Mazzoni, *Istituzioni di diritto civile italiano*, v. I, *Parte generale...*, Firenze 1880, Introduzione, n. VIII, p. XXX.

² Per questo itinerario storico ci permettiamo di rinviare al volume *Sempre più uguali. I diritti successori del coniuge e dei figli naturali a 70 anni dal Codice civile*, a cura di G. Chiodi, Milano 2013 (pubblicato anche nel sito <www.giuffre.it>, nelle sezione «Il diritto di tutti», Archivio, Le "strenne" Giuffrè, Strenna 2012).

³ L'espressione è di M. D'Amelio, *Caratteri generali del diritto di successione per causa di morte nel nuovo codice*, in *Codice civile, Libro delle Successioni per causa di morte e delle Donazioni, Commentario...*, Firenze 1941.

tasma della legislazione rivoluzionaria francese del 1793, che aveva osato abbattere le differenze di antico regime anche tra figli naturali e legittimi, equiparandoli nei diritti successori, con una soluzione che suscitò reazioni contraddittorie anche nella penisola italiana, ora di ripulsa, ora di attrazione. Dall'altro lato, il codice Pisanelli che, con la sua strategia compromissoria e conciliativa, era riuscito a meritare, o piuttosto a strappare, l'epiteto, fino ad allora riservato al codice Napoleone, di più umana delle legislazioni d'Europa. Non si può dunque non incominciare il discorso, ragionando brevemente su questi due archetipi.

Sul primo, sarà sufficiente dire che, in realtà, la parificazione successoria tra figli naturali e legittimi, fondata sul principio naturale di uguaglianza tra i figli, non era stata realizzata in modo totale e perfetto neanche durante il periodo rivoluzionario. La Convenzione, in effetti, poteva vantare il primato di due leggi varate in rotta di collisione con l'*ancien droit*. La prima, del 4 giugno 1793, elaborata su iniziativa di Cambacérès, consacrava il principio degli uguali diritti successori al padre e alla madre, dando atto che la nascita illegittima non era più un crimine di cui dovessero essere puniti i figli innocenti. La seconda, del 12 brumaio a. II (2 novembre 1793), conteneva le regole di dettaglio, in diciannove articoli non privi di imperfezioni tecniche. I figli naturali erano ammessi a succedere, su un piano di parità con i figli legittimi, sia ai loro genitori sia ai parenti di questi.

E tuttavia, la legge continuava a fare differenze: a parte il silenzio serbato sui figli incestuosi, i figli adulterini erano beneficiari solo di un diritto alimentare corrispondente a un terzo della porzione dei figli legittimi (art. 13). Agli altri figli naturali, inoltre, i diritti successori spettavano solo se erano stati riconosciuti o provavano il possesso di stato, nei modi previsti (art. 8), non essendo consentita la ricerca della paternità fuori da quei casi. C'era poi un limite temporale: si trattava infatti di un'uguaglianza limitata nel tempo alle successioni aperte dal 14 luglio 1789 al 2 novembre 1793 (art. 1), che escludeva dalla riforma i figli naturali con genitori ancora viventi alla data di promulgazione della legge di brumaio (per i quali si faceva rinvio al futuro codice civile), dstando enorme malcontento per l'effetto retroattivo. In compenso, la successione in linea collaterale fu resa possibile immediatamente⁴.

Pur con i limiti accennati, l'impresa rivoluzionaria assunse un valore simbolico, tanto più forte quanto, negli anni successivi, ci si allontanerà dai suoi obiettivi. Meno sensibili al *cri de la nature* saranno infatti altri personaggi coinvolti nel progressivo smantellamento dell'uguaglianza. Verso la fine di questo percorso, sul quale non è possibile ora soffermarsi, Portalis chiarirà in modo perentorio i termini del rapporto tra individuo e società, tra diritto naturale e diritto positivo: «la successibilité n'est point un droit naturel: ce n'est qu'un droit social

⁴ La retroattività venne disposta dalla legge 15 termidoro a. IV (2 agosto 1796), ma ritrattata due anni dopo dalla legge 2 ventoso a. VI (6 febbraio 1798). Sul passaggio da *bâtard* ad *enfant de la nature* sono sempre utili le pagine di M. Garaud, *La Révolution française et la famille*, Préface de J. Carbonnier, Paris 1978, pp. 109-130.

qui est entièrement réglé par la loi politique ou civile, et qui ne doit point contrarier les autres institutions sociales»⁵.

Di fatto, nel ridare linfa vitale alle vecchie distinzioni tra figli legittimi e naturali, recuperate dal baule della storia, il *code civil* non tornerà completamente indietro nel tempo: sfumerà gli eccessi, garantendo diritti di successione legittima ai figli naturali riconosciuti, nei soli confronti del padre e della madre, anche in concorso di figli legittimi. La soluzione rappresentava economicamente molto più degli alimenti, anche se era soggetta a vari vincoli: i figli naturali erano successori irregolari, non erano eredi e succedevano solo ai genitori che li avessero riconosciuti (e i figli adulterini e incestuosi non potevano esserlo) o di cui fossero stati dichiarati figli (ma in questo caso interveniva il divieto di indagini sulla paternità, che era la regola, derogata solo in caso di ratto); inoltre, le quote successorie, rispetto a quelle dei figli nati nel matrimonio, erano minori in quantità, al fine di salvaguardare le prerogative della famiglia legittima, rimessa sul piedistallo e reinvestita di funzioni politiche. Non era, infine, prevista alcuna riserva a loro favore. A questo proposito, ha ragione Anne Lefebvre-Teillard quando afferma che nel *code* si parlava sì dei figli naturali, ma essenzialmente per riferirsi ai loro *non-diritti*⁶.

2. Retoriche della disuguaglianza. I diritti successori dei figli naturali nel libro terzo del Codice Pisanelli

Imposto nei territori italiani il codice napoleonico, all'indomani della Restaurazione il diritto delle successioni si prese una rivincita, costituendo insieme al diritto di famiglia il perno della politica di nazionalizzazione attuata, in modi diversi, dai codici preunitari. Sicché, quando Giuseppe Pisanelli nel 1863 presentò al Senato il progetto del libro terzo⁷, aveva chiara coscienza che la soluzione contenuta nel testo, pur dipendente da scelte effettuate già al tempo del progetto sardo-emiliano e del primo progetto Cassinis, non era affatto scontata, e che la partita dei diritti successori dei figli naturali e della loro misura si giocava tra reazionari e cauti progressisti.

La posizione del legislatore italiano finì per assumere un valore paradigmatico. Sul piano dei principi, il ministro iniziava con una dichiarazione molto promettente, potenzialmente di grossa apertura nei confronti dei figli naturali, per poi finire con una soluzione più conciliante. Se da un lato, infatti, egli affermava in termini generali che «il figlio naturale ha il diritto di reclamare un nome, una famiglia, un sostegno nella società» e che negare diritti successori ai figli naturali avrebbe significato compiere «un oltraggio al vincolo del sangue» e «al principio morale e giuridico, che ognuno deve sopportare le conseguenze del fatto pro-

⁵ P.A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, I, Paris 1827, p. 522.

⁶ *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, Paris 1996, p. 360.

⁷ S. Gianzana, *Codice civile preceduto dalle relazioni Ministeriale e Senatoria, dalle Discussioni Parlamentari, e dai Verbali della Commissione coordinatrice...*, I. *Relazioni (Ministeriale e Senatoria)*, Torino-Milano-Roma-Napoli 1887, n. 77, pp. 62-63.

prio», dall'altro precisava, con una formula destinata a singolare fortuna, che «l'equiparare il figlio naturale al legittimo sarebbe reputato un oltraggio alla famiglia legittima, che è base e fondamento della società».

Attraverso queste parole veniva ad essere autorevolmente enunciata in sede politica, da uno dei massimi protagonisti della codificazione, la strategia del compromesso, che avrebbe largamente dominato anche negli anni a venire. Le ragioni del sangue e il principio di responsabilità spianavano la strada ai diritti successori, anche in concorso di figli legittimi, ma nel loro ammontare non si doveva superare una certa soglia per assicurare il primato della famiglia legittima. E questo benché Pisanelli avesse avviato il discorso con una proclamazione generale, suscettibile di tutti gli sviluppi possibili, che venivano invece immediatamente dopo ridimensionati con una incoerenza che da taluno gli sarà rimproverata. Riemergeva il paradigma dell'inferiorità, a fronte della naturale uguaglianza dei soggetti, non smentita né smentibile; riaffiorava più prepotente che mai la necessità di mantenere la differenza, di ribadire le gerarchie tra i figli, pur smussando i rigori del passato, e perciò la discriminazione non era assoluta: valeva solo nei limiti in cui si trattava di salvaguardare il microcosmo familiare, e quindi l'ordine sociale.

Ciò nonostante, il codice unitario segnò una tappa di progresso sulla strada ancora lunga della uguaglianza dei diritti successori, superando, nella disciplina complessiva, i codici preesistenti.

Nella successione legittima, infatti, fu confermata la preferenza, adottata fin dai tempi del progetto sardo-emiliano, per il sistema francese⁸, che ai figli naturali riconosciuti attribuiva sempre diritti successori nei confronti dei genitori, benché minori rispetto a quelli dei figli legittimi. Ciò consentì di respingere l'esempio di quei codici preunitari (parmense, prima di tutti, e sulla sua traccia albertino ed estense) per i quali il figlio naturale, in concorso con i figli legittimi, non aveva diritto che ai soli alimenti (parm. art. 851; alb. art. 950; est. 928). Significò, d'altra parte, non intraprendere la strada del codice civile austriaco, che non faceva distinzioni tra figli naturali e li equiparava sempre ai figli legittimi nei diritti di successione (anche testamentaria), ammessi però solo rispetto alla madre (sulla scia del diritto romano). Significò inoltre continuare a sfavorire i figli adulterini e incestuosi, dei quali erano vietati il riconoscimento da parte dei genitori, la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità e la legittimazione: essi potevano chiedere solo gli alimenti, in vita (art. 752) e dopo la morte del genitore (art. 767), posto che la filiazione fosse accertata nei modi previsti dall'art. 193.

⁸ Significative le parole di Oreste Regnòli, futuro componente della commissione dell'Emilia, nell'opuscolo *Sulla formazione di un nuovo codice civile italiano e sulla convenienza di alcune leggi transitorie. Osservazioni*, Genova 1859, p. 61: «La migliore, perché la più umana, fra le legislazioni moderne circa alla successione dei figli naturali è la francese; e crediamo che in genere debbano essere adottate le disposizioni di quel Codice civile». Sul pensiero del giurista forlivese v. S. Solimano, *Regnòli, Oreste*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, dir. da I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Miletta (da ora in poi *DBGI*) I, Bologna 2013, s.v.

D'altronde, il Codice civile unitario, pur seguendo la traccia del *code civil* nello stabilire che le quote di successione legittima non dovessero essere uguali, ma inferiori a quelle dei figli legittimi, introdusse delle varianti di un certo peso.

A differenza del codice francese, i figli naturali non erano più considerati successori irregolari (come già nei codici parmense, albertino e del ducato modenese) e non erano più esclusi dal novero degli eredi (come già in quei codici e nel primo progetto Cassinis).

Le porzioni ereditarie, inoltre, furono elevate. Ad esempio, nel caso di concorso con i figli legittimi, la quota venne portata alla metà di quanto sarebbe loro spettato se fossero stati legittimi (art. 744), superiore quindi al terzo, la *chiffre napoléonienne* (art. 757), che ancora condizionava i precedenti progetti. Sono due risultati ai quali in Francia si sarebbe arrivati solo nel 1896.

Nel codice civile italiano, poi, i figli naturali concorrevano con gli ascendenti (un altro «omaggio reso ai rapporti della famiglia legittima»), ma non più con i parenti collaterali del defunto (compresi fratelli e sorelle). Nella successione testamentaria, infine, il codice Pisanelli, con una riforma capitale, discostandosi decisamente dal modello napoleonico e dei codici preunitari (sempre con la rilevante eccezione del codice austriaco), attribuì una quota di riserva anche ai figli naturali riconosciuti, e non solo ai discendenti e agli ascendenti legittimi: «la metà della quota che loro sarebbe spettata se fossero legittimi» (art. 815), come nella successione intestata.

È vero, d'altra parte, che nel Codice unitario non mancavano norme eccezionali, destinate comunque a mantenere le distanze rispetto ai figli legittimi: anomalie, come userà etichettarle la civilistica postunitaria. I figli naturali non avevano il possesso di diritto dei beni ereditari (art. 927). I figli legittimi potevano soddisfare la quota degli illegittimi in denaro o in beni immobili ereditari a loro scelta (artt. 744 secondo comma e 815 secondo comma)⁹. I figli naturali dovevano imputare all'asse ereditario tutto quanto ricevuto in vita dal padre, malgrado ogni dispensa da collazione (art. 746). Un altro reperto storico ereditato dal *code civil* era la norma (art. 908) – strenuamente difesa alla Camera da Pisanelli – che sanciva l'incapacità dei figli naturali riconosciuti e non legittimati di ricevere per testamento più di quanto avessero diritto per legge, privando così il genitore naturale di usare la propria porzione disponibile a beneficio della prole illegittima (art. 768), anche se nel codice italiano era stato aggiunto l'inciso «in presenza di discendenti o ascendenti legittimi» (già primo prog. Cassinis, art. 918). Peggio ancora erano trattati i figli non riconoscibili, capaci solo di conseguire gli alimenti perfino in assenza di discendenti o parenti legittimi (art. 767).

L'osservazione più decisiva da compiere, tuttavia, è un'altra. Poiché i diritti successori dipendevano dallo *status* di figlio naturale riconosciuto o dichiarato, essi risultavano compressi dalla disciplina molto restrittiva delle indagini sulla paternità e della relativa dichiarazione giudiziale, soggetta al «ferreo divie-

⁹ Il diritto di commutazione, o *ius optionis*, introdotto già dal primo progetto Cassinis (artt. 912 e 1059), fu mantenuto anche nel progetto Pisanelli.

to¹⁰» introdotto dall'archetipo napoleonico: l'odioso art. 340, che il severo art. 189 replicava in terra italiana (con una sola deroga in più), a difesa della citta-della familiare borghese. Non a caso, il superamento del divieto delle indagini della paternità diventerà l'oggetto di una battaglia di civiltà che coinvolgerà giuristi e legislatori, anche se in sforzi per troppo tempo vani.

Comunque, fu la combinazione delle due scelte di fondo – riserva ai figli naturali e miglioramento delle quote – a far guadagnare al codice Pisanelli giudizi altamente positivi, anche da parte di osservatori stranieri, e ad assicurargli un posto di spicco tra le legislazioni europee che seguivano la strategia del compromesso.

3. *Una impossibile uguaglianza? Tre voci: Borsari, Pacifici-Mazzoni, Ricci*

Negli anni di applicazione del codice civile emersero numerosi problemi interpretativi, sviscerati nei più minuti dettagli da una schiera di autori che studiarono il diritto delle successioni in profondità. A noi interessa però fissare l'attenzione, in particolare, sulla disuguaglianza successoria tra figli naturali e figli legittimi, cioè proprio sul punto cruciale nel quale il codice affermava una continuità, pur avendo segnato, come si è visto, in altri aspetti della disciplina, un momento di rottura.

Da questo punto di vista, se tra i civilisti italiani si formò un fronte compatto di critica ai limiti eccessivi della dichiarazione giudiziale di paternità (la questione più discussa del secolo, ad avviso di Oreste Regnòli¹¹), lo stesso non si verificò per i diritti successori dei figli naturali (escluse, come vedremo, le rivendicazioni a favore degli adulterini e incestuosi). Il regime diseguale previsto dal codice, che migliorava ma non parificava pienamente la condizione successoria dei figli naturali a quella dei figli legittimi, venne considerato equo e soddisfò anche i giuristi più sensibili verso la prole naturale. Chi volesse una prova inconfutabile della separazione tra le due questioni, potrebbe leggere il vibrante discorso al Senato di Vittorio Scialoja, ministro di grazia e giustizia, nel 1910, a sostegno dell'ennesimo disegno di legge sui figli naturali¹². La piena uguaglianza naturale cozzava contro i diritti della famiglia, i diritti dell'individuo contro i diritti della società. L'antitesi individuo-famiglia caratterizzava le riflessioni dei giuristi anche prima che nel dibattito facessero ingresso altre istanze culturali, legate al positivismo, all'evoluzionismo, al solidarismo e all'idea di un diritto privato-sociale. Di più: la parificazione dei diritti successori fu ostacolata non solo dai primi commentatori del codice civile, ma anche dalla maggioranza della dottrina riformista che, aderendo alle più disparate premesse culturali, premeva per

¹⁰ E. Cimbali, *La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali con proposte di riforma della legislazione vigente*, Torino-Roma-Napoli 1885, n. 85, p. 111.

¹¹ *Atti del III Congresso giuridico internazionale tenuto in Firenze l'anno 1891*, pubblicati per incarico della Commissione esecutiva dall'Avv. Camillo De Benedetti, Torino-Milano-Roma-Napoli 1897, p. 37: documento esemplare, che fotografa lo stato della questione alla fine del secolo.

¹² *Studi giuridici*, III, *Diritto privato*, p. I, Roma 1932, p. 170.

un diritto privato meno individuale e più sociale. Negli anni Ottanta, tuttavia, prese anche forma un discorso parallelo di equiparazione dei diritti di successione tra tutti i figli naturali. Vale la pena di insistere su questi fenomeni, e lo faremo comparando tra loro quattro voci importanti, tra quelle che intervennero nella disputa¹³.

La prima sulla quale desideriamo attirare l'attenzione è quella di Luigi Borsari, che fu tra i commentatori del codice uno dei più solerti ad esprimersi a favore di Pisanelli¹⁴. La mentalità dell'uomo e le certezze in cui riponeva completa fiducia egli le confessò immediatamente e apertamente: l'uguaglianza tra figli legittimi e figli naturali riconosciuti, assoluta sul piano del diritto naturale, era impossibile nello stato sociale, nel quale l'antitesi tra figli legittimi e naturali poteva essere temperata, ma non eliminata¹⁵; proprio come aveva fatto il legislatore italiano, giudicato benevolmente per non aver soffocato la voce della natura e aver sottratto i figli nati fuori del matrimonio alla condizione di «esseri vaganti nel mondo giuridico»: né avrebbe potuto fare diversamente¹⁶, in questa materia.

Nel giurista ferrarese troviamo anche un altro motivo che diventerà tipico nella dottrina italiana: la contrapposizione tra il «disordine» della rivoluzione, «la quale nel proprio suo impeto esagerando anche le riforme utili, sentenziò che i figli nati fuori di matrimonio avrebbero diritto di succedere al padre e alla madre al paro dei legittimi», e l'equilibrio del legislatore napoleonico, che «riparò al disordine» e «poté condurre con tanta saggezza questo istituto della successione dei figli naturali», benché inciampasse nel negare a loro la qualità di eredi, per «quel dire enigmatico dell'articolo 756 – *les enfants naturels ne sont point héritiers*¹⁷».

La comparazione con altre legislazioni offrì a Borsari un ulteriore argomento per lodare la soluzione del codice italiano: «la preponderante prevalenza dei legittimi nella quantità, è un fatto pure comune ad ogni legislazione, compiutamente giustificato¹⁸».

Il plauso per «la più umana delle legislazioni» fu esteso però – ciò che non era assolutamente scontato¹⁹ – anche alla «novazione arditissima» di conse-

¹³ La nostra incursione non riguarderà quindi il contributo offerto dai civilisti italiani nella soluzione delle molteplici questioni interpretative sollevate dagli articoli del codice e il loro rapporto con le opinioni della dottrina francese.

¹⁴ Sulle sue culture e le sue tendenze scientifiche v. da ultimo l'efficace profilo di G. Cazzetta, *Borsari, Luigi*, in *DBGI*, I, s.v.

¹⁵ F. Borsari, *Commentario del codice civile italiano*, III, parte I, Torino-Roma-Napoli 1874, art. 743, § 1592, p. 143.

¹⁶ *Ibidem*, p. 143: «il legislatore, non è sempre libero nella sua estimazione, in quanto regolando la condizione dei figli naturali, non possa metter mano sopra certi principii già consacrati nel diritto pubblico del paese, e nella opinione giuridica dominante».

¹⁷ *Ibidem*, § 1593, p. 145 sg.

¹⁸ *Ibidem*, § 1594, p. 146.

¹⁹ Cfr. infatti, ad esempio, l'opinione fermamente contraria, e citata dal nostro scrittore, di A. Fulci, *Delle successioni legittime e testamentarie secondo il codice civile italiano. Studi*, Messina 1868, p. 57, 63 (sub art. 747: «È qui che il codice italiano dà troppo ai figli naturali»).

gnare tutta l'eredità nelle mani dei figli naturali, mancando discendenti legittimi, ascendenti e coniuge, eliminando il concorso con «il volgo dei collaterali, sino ai rimasugli estremi», compresi fratelli e sorelle (art. 747). Sapeva bene, Borsari, che questo non accadeva nel codice Napoleone e che «niuna delle legislazioni che dopo quella regnarono in Italia sino al Codice nostro, si mostrò più benigna ai figli naturali»: «bisognava discendere tutte le generazioni sino alla estinzione della parentela, per trovare un terreno libero alla successione del figlio naturale. Fatto il deserto, e già volgendo la successione ad essere divorata dal fisco, allora soltanto si faceva pace, e gli era concessa nella totalità»²⁰.

Non sollevò obiezioni, tuttavia, neanche l'art. 749, che escludeva ogni diritto successorio dei figli naturali sui beni dei congiunti del padre o della madre e viceversa. Borsari si limitò ad osservare che si trattava del «corollario semplice di principii già stabiliti» sugli effetti del riconoscimento dei figli naturali. Ma era proprio questo il fatto che non veniva messo in discussione. La nascita illegittima rimaneva una condanna «alla solitudine civile in mezzo a una società organizzata sulla base della famiglia» con un'unica via d'uscita: «per il figlio nato fuori del matrimonio la sola legittimazione è potente a sollevarlo dal fondo della sua abbiezione e costituirgli una parentela facendolo entrare nella famiglia». Il riconoscimento era dunque solo «il primo gradino della scala della sua redenzione»²¹. Il linguaggio, nel descrivere la condizione dei figli illegittimi, si faceva crudo e dipingeva uno scenario miserevole da piccolo mondo antico, presentato come inevitabile effetto dell'assetto sociale esistente.

Adesione suscitava anche la disciplina successoria dei figli naturali non riconoscibili (adulterini e incestuosi), benché la loro condizione fosse la peggiore di tutte. Il codice, come sappiamo, aveva respinto il più liberale modello austriaco, che assicurava loro anche il diritto all'educazione e all'istruzione, e ciò non sfuggiva a Borsari. Ma era solo un moto represso: «la vita morale, la vita della intelligenza, vale non meno della vita materiale, e qualche altro Codice può pregiarsi di avervi dedicato un pensiero costante ogni volta che si è trattato dell'alimentazione. Secondo il nostro, i figli non riconosciuti e non riconoscibili, non pare che abbiano un simile diritto»²².

Parzialmente diversa è l'immagine che deriva dall'opera di Emidio Pacifici-Mazzoni, e in primo luogo da una delle sue opere migliori e più meditate, il trattato *Delle successioni*, quinto volume del *Codice civile italiano commentato*, e in particolare il vol. I, *Delle successioni legittime*, pubblicato a Firenze nel 1873²³.

Anche il giurista marchigiano, allora già docente alla Sapienza romana, aderiva alle vedute di Pisanelli che, per salvaguardare la famiglia legittima,

²⁰ Borsari, *Commentario* cit., § 1605, p. 165 sg.

²¹ *Ibidem*, § 1608, p. 170.

²² *Ibidem*, § 1611, p. 176.

²³ Sull'itinerario scientifico di questo protagonista del rinnovamento degli studi civilistici dopo l'Unità v. da ultimo G. Chiodi, *Pacifici-Mazzoni, Emidio*, in *DBGI*, II, s.v. e la relativa voce in *Dizionario biografico degli italiani*, 80, Roma 2014, s.v.

aveva intrapreso la strada della disuguaglianza temperata²⁴, e non meno decisa, prima ancora, era stata la sua difesa della giustificazione «magistrale»²⁵ del diritto di successione dei figli naturali, anche in concorso di figli legittimi, in altra sede definita «una necessità logica»²⁶. Ma nella sua prospettiva si insinuava anche del nuovo, sul versante della critica legislativa. Egli non nascondeva infatti tutta la sua insoddisfazione per la disciplina del diritto alimentare e per il trattamento discriminatorio riservato dal codice civile ai figli adulterini e incestuosi, non solo per l'impossibilità del riconoscimento volontario, ma anche per la negazione dei diritti successori in una quota di eredità, sebbene inferiore a quella spettante ai figli naturali riconosciuti. Questa è la battaglia personale che egli condusse nel trattato²⁷, dopo l'amara stroncatura dell'idolo Pisanelli.

Non si trattava però di un sovvertimento dei principi del diritto di famiglia e delle successioni. Le distinzioni tra i figli naturali meritavano di essere conservate e la disuguaglianza successoria tra figli naturali e legittimi era un assioma al quale prestare fedele ossequio: Pacifici-Mazzoni invocava solo la proporzionale attribuzione di una quota dell'eredità paterna; e non era poco, in quel clima.

Per respingere l'immotivato sfavore verso «una prole quasi maledetta», egli faceva appello a due ragioni: la coscienza pubblica, che approvava il riconoscimento dei figli naturali, e l'inutilità di tale discriminazione, che non aveva mai trattenuto uomini e donne dall'abbandonarsi a piaceri comunque moralmente riprovevoli. Il legislatore aveva dunque errato. Senza mezzi termini, Pacifici-Mazzoni gli imputava di essersi fatto sviare da «sinistre influenze»²⁸. Avrebbe dovuto invece ammettere il riconoscimento (solo volontario: esclusa la dichiarazione giudiziale²⁹) anche di questa categoria di figli: ciò non avrebbe arrecato alcun danno alla famiglia legittima, che doveva pur sempre rimanere il fulcro di ogni tutela. Quote minori di eredità, dunque, in proprietà o in usufrutto; anche

²⁴ E. Pacifici-Mazzoni, *Codice civile italiano commentato con la legge romana, le sentenze dei dottori e la giurisprudenza, Delle successioni*, v. I, *Delle successioni legittime*, Firenze 1873, n. 155, p. 355 s. L'incunabolo è costituito dal limpido § CCXLV della memoria *Studio storico sulla successione legittima dalle XII Tavole al codice civile italiano*, Modena 1870, p. 325.

²⁵ E. Pacifici-Mazzoni, *Istituzioni di diritto civile italiano*, Libro III, p. I, *Delle Successioni, dei Legati e delle Donazioni*, II ed. riveduta e corredata della giurisprudenza posteriore all'attuazione del nuovo codice civile, Firenze 1872, n. 44 e n. 45, p. 68 nt. 2. La scelta moderata di Pisanelli era stata apprezzata anche da Fulci, *Delle successioni* cit., p. 56, 67; G. Buniva, *Delle successioni legittime e testamentarie secondo il codice civile del Regno d'Italia. Trattato*, Seconda ed., Torino 1870, p. 73 sg., 84.

²⁶ Pacifici-Mazzoni, *Delle successioni legittime* cit., n. 155, p. 356 sg.

²⁷ Nel § 200, ed. cit., pp. 422-424. Pacifici-Mazzoni, di solito generoso con Pisanelli, aveva già espresso un impietoso giudizio sulla disciplina del diritto agli alimenti nel § 182, p. 385: «Forse non v'è parte del nostro diritto civile, tanto imperfetta, quanto questa che riguarda i diritti pecuniari dei soprannominati figli. (...) È vano dissimularlo: le disposizioni legislative che regolano il diritto degli alimenti, spettante ai figli adulterini o incestuose sono difettose».

²⁸ *Ibidem*, p. 423.

²⁹ Favorevole invece a comprendere anche questa ipotesi è il professore torinese G. Ronga, *Della condizione giuridica dei figli nati fuori di matrimonio. Studi*, Torino 1873, n. 29, p. 47.

in concorso di parenti legittimi fino al decimo grado; e concessione di una quota di riserva.

Anche Francesco Ricci, altro marchigiano, avvocato, professore e impegnato nella vita politica³⁰, offrì il suo contributo alla causa dei figli adulterini e incestuosi. Un giudizio negativo sulla disciplina del codice egli lo esprime fin dalla prima edizione (1878) del *Corso teorico-pratico di diritto civile* (§ 134), benché l'ardore si raffreddasse di fronte al dovere di obbedire alla legge:

A noi pare eccessivo il rigore del legislatore, perché inteso ad aggravare spietatamente la mano su quelli che non hanno alcuna colpa al mondo della loro nascita illegittima. Ad ogni modo ci conviene prendere la legge qual è ed inchinarci innanzi alla volontà del legislatore, per quanto possa la medesima apparirci ripugnante³¹.

Dove Ricci si differenziava, almeno in teoria, da Pacifici-Mazzoni, era con riguardo al problema della disuguaglianza successoria tra figli legittimi e naturali. Il nuovo § 52 della seconda edizione del *Corso* (incluso solo nella tiratura postuma del 1893) conteneva infatti un atto d'accusa contro Pisanelli³², reo di essere stato non solo inconsequente rispetto alle premesse, ma anche di avere elevato il pregiudizio sociale a ragione. Per legge di natura, infatti, nessuno dubitava che anche i figli naturali avessero il diritto di «reclamare un nome, una famiglia, un sostegno nella società», per usare le stesse parole del guardasigilli, e che i genitori fossero responsabili per il solo fatto della procreazione («principio morale e giuridico»). Perché dunque, ammesso il principio di uguaglianza tra i figli, successivamente limitarlo, allo scopo dichiarato di non oltraggiare la famiglia legittima?

Ricci sollevava due questioni. La prima: era lecito al legislatore oltraggiare i vincoli del sangue per non oltraggiare la famiglia legittima, che era mera creazione della legge? La famiglia legittima poteva dirsi veramente oltraggiata se si rispettavano i diritti naturali dei figli?

La seconda: era utile alla difesa della famiglia legittima «attenuare le conseguenze derivanti dal fatto delle illegittime procreazioni» o non sarebbe stato piuttosto più utile alla difesa della famiglia legittima sancire uguaglianza di doveri a carico dei genitori per scoraggiare le unioni illegittime?

Ricci, tuttavia, era disposto a concedere che ogni innovazione legislativa nel campo del diritto di famiglia, «per essere rispettata e produttiva di effetti benefici», aveva bisogno di maturarsi «prima nei costumi e nella coscienza del popolo» e non poteva essere imposta dal legislatore. Da questo punto di vista, la parificazione successoria poteva sembrare «un passo troppo ardito» nei fatti. Ma non tanto da sconfessare la forza di un principio di ragione:

³⁰ S. Solimano, *Ricci, Francesco*, in *DBGI*, II, s.v.

³¹ F. Ricci, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, v. III, *Delle successioni*, Torino 1878, p. 170.

³² F. Ricci, *Corso teorico-pratico di diritto civile*. Seconda Edizione riveduta dall'Autore, v. III, *Delle successioni*, Nuova tiratura con Aggiunte, Torino 1893, pp. 86-89. Si tenga conto che il brano non compare nella prima edizione e nemmeno nella seconda del 1886.

Sta bene che il legislatore, nel dare le sue disposizioni, prenda gli uomini quali sono, non quali dovrebbero essere, e quindi tenga presenti anche i pregiudizi che sulle coscienze esercitano il loro predominio. Ma non sta altrettanto bene che il legislatore si affanni a dar parvenza di ragione ai pregiudizi, e tenti di giustificarli. I pregiudizi vogliono essere combattuti; se il legislatore non può o non vuole farlo, non ponga almeno ostacoli a che la scuola lo faccia.

Gli anni erano trascorsi e nel frattempo si erano già affacciate prepotentemente alla ribalta altre impostazioni, come ora vedremo. Il movimento di critica nei confronti del codice civile, per quanto concerne la condizione successoria dei figli naturali, venne dunque avviato, pur con prudenza, negli anni Settanta dell'Ottocento in seno alla paleocivilistica impegnata nella popolarizzazione e nazionalizzazione del codice, incrinando la stabilità della costituzione borghese, in una prospettiva di verifica della conformità del codice non solo alle tradizioni nazionali, ma anche alle leggi di natura e di ragione.

4. *Uguagliare la condizione dei figli nati fuori del matrimonio: Enrico Cimbali*

Il nostro *excursus* intorno alla prima fase della discussione sui diritti successori dei figli naturali trova il suo punto di approdo quasi ideale nella figura di Enrico Cimbali.

È veramente aria nuova quella che si respira nelle pagine di questo lucido pioniere delle riforme³³, la cui cultura non era costruita soltanto su solide basi romanistiche e di dottrina francese o italiana. Quanto al diritto successorio, se egli era prodigo di lodi nei confronti del legislatore italiano su molti aspetti (come quello della riserva ai figli naturali), non gli risparmiò dure critiche su altri fronti: era il caso del trattamento dei figli adulterini e incestuosi, ma anche della successione in linea collaterale, troppo estesa da un lato (fino al decimo grado), troppo ridotta dall'altro (mancanza della riserva); un campo nel quale Cimbali riteneva che il legislatore italiano avesse pagato un pesante tributo alla tradizione e non fosse riuscito a organizzare il sistema successorio «in modo più razionale e meglio conforme ai postulati della scienza, nonché alle esigenze della pratica ed alle condizioni odierne della civiltà³⁴».

Eppure, anche il nostro giurista, un neoterico appartenente all'ala riformista della dottrina civilistica di fine secolo, impegnata nell'aggiornamento delle tecniche interpretative e nell'adeguamento del diritto privato ai bisogni incalzanti di una società in trasformazione, non giunse a proclamare il principio della uguaglianza successoria tra figli legittimi e naturali. Da un lato, infatti, se egli lanciò una proposta di parificazione dello *status* di tutti i figli nati fuori del matrimonio, che cancellava le discriminazioni del passato, dall'altro, ribadì la necessità di distinguere tra figli naturali e figli legittimi, sul piano dei diritti successori e del diritto alla vita familiare.

³³ V. da ultimo la condivisibile ricostruzione di S. Solimano, *Cimbali, Enrico*, in *DBGI*, I, s.v. Il riferimento è al libro *La nuova fase del diritto civile* cit.

³⁴ *Ibidem*, n. 167, p. 220.

Ecco dunque Cimbali scrivere pagine appassionate – forse le più belle della civilistica italiana dell'epoca – a sostegno della riserva a favore dei figli naturali, che gli interpreti d'oltralpe erano riusciti ad argomentare solo a prezzo di gravi forzature del loro codice; ma subito dopo lo sorprendiamo intento a chiarire che se la quota di riserva era un titolo di gloria del codice Pisanelli e corrispondeva ad altissimi doveri giuridici e morali nei confronti dei figli innocenti a carico del genitore colpevole, non meno giusta risultava la disuguaglianza rispetto ai figli legittimi, «per meritati riguardi dovuti alla famiglia legittima»³⁵.

L'atteggiamento bifronte di Cimbali si mostrò anche nel capitolo relativo ai diritti dei figli adulterini e incestuosi. Qui leggiamo, tra l'altro, la seguente massima:

ma se in nome della natura è dovuto sempre un ragionevole trattamento ai figli nati fuori matrimonio, qualunque essi si siano; in nome della famiglia, d'altro canto, non possono i medesimi venire pareggiati in tutto ai figli legittimi. I diritti dell'individuo bisogna rettamente armonizzarli con quelli, non meno sacri, della società³⁶.

Così ragionando, Cimbali andava certamente molto più in là della dottrina anteriore nel progettare un miglioramento della condizione successoria dei figli naturali. Sul piano dei diritti individuali imposti dalla natura, infatti, tutti i figli illegittimi, anche quelli adulterini e incestuosi, dovevano poter essere riconosciuti dai genitori e avere azione per essere dichiarati tali (salvo limiti alle indagini sulla paternità, le cui maglie dovevano comunque essere rese assai più larghe rispetto alla gabbia codicistica). Tutti avevano diritto al nome³⁷, all'educazione³⁸ e a una quota di successione. A tutti doveva essere garantito il diritto naturale alla vita e all'esistenza, malgrado la logica della società e la giustizia dei legislatori «che, con cinismo sì sfacciato, capovolgono del tutto i principi più sacri dell'umana responsabilità, facendo del reo la vittima e della vittima il reo»³⁹: la «legalità impudente» come veniva anche chiamata, contro la quale non erano mancate le opposizioni di filosofi (Rosmini) e giuristi (Laurent).

Ma tali diritti non erano da considerarsi assoluti e dovevano essere temperati dai diritti sociali, non meno sacri, di cui era titolare la famiglia legittima, che doveva essere protetta perché, essendo la società umana un organismo, essa era il solo organo chiamato a svolgere la funzione riproduttiva ed educativa nella comunità. La stessa funzione sociale non poteva essere svolta da unioni transitorie. La famiglia legittima era l'unico luogo deputato, sulla base di postulati assunti come scientifici, alla crescita dei figli.

³⁵ *Ibidem*, n. 184.

³⁶ *Ibidem*, n. 122, p. 157.

³⁷ Già E. Pacifici-Mazzoni, *Istituzioni di diritto civile italiano*, Libro I, *Delle persone*, Seconda edizione, Firenze 1871, n. 307, p. 398, sulla pedissequa scorta di Demolombe e Aubry-Rau.

³⁸ Qui Cimbali toccava un nervo scoperto dell'interpretazione del codice, che aveva registrato in dottrina, tra gli altri, le chiusure di Borsari e Pacifici-Mazzoni.

³⁹ *Ibidem*, n. 117, p. 148.

Ne derivavano due conseguenze: da un lato, la negazione del diritto dei figli nati fuori del matrimonio ad entrare a far parte della famiglia legittima (qualora esistente) e ad essere sottoposti alla patria potestà; dall'altro, la riduzione della quota successoria ad essi spettante.

Resta però il fatto che Cimbali derivava dal principio naturale di responsabilità genitoriale dipendente dalla generazione, non ignoto a Pisanelli né alla dottrina anteriore, maggiori conseguenze, pur condividendo il limite del rispetto per la famiglia legittima: riconoscibilità anche dei figli adulterini e incestuosi e azione di dichiarazione della paternità anche a loro favore con relativo allargamento dei suoi presupposti; diritto agli alimenti, ma anche diritti successori, benché inferiori a quelli dei figli legittimi. La sua proposta di riforma, peraltro, metteva l'accento più sulla restaurazione da parte dello Stato del principio etico di responsabilità, che sul soccorso dovuto alle classi più deboli: occorreva rigenerare l'uomo nelle sue condizioni morali e non solo in quelle materiali⁴⁰. Altri faranno della questione successoria dei figli naturali un vessillo per la difesa anche del proletariato e delle classi più deboli.

Si comprende, pertanto, come Cimbali amasse citare Antonio Rosmini, nei limiti in cui il filosofo cattolico, appellandosi al diritto naturale, aveva restituito dignità ai figli illegittimi, e non amasse per niente il Laurent autore dell'*Avant-projet* di riforma del codice civile belga⁴¹. Un progetto che, se aveva il pregio di opporsi frontalmente alla tradizione del diritto romano e al «diritto comune d'Europa» (muro innalzato solitamente dai conservatori per bloccare ogni riforma), conteneva però anche l'eversiva proposta di totale equiparazione nei diritti successori tra figli naturali e figli legittimi, da censurare in quanto di «estrema inconsideratezza», «oltraggio sanguinoso recato alla famiglia legittima», ispirato all'illustre precedente del decreto 12 brumaio a. II: «effimero precedente», chiosava Cimbali; legge transitoria, e per giunta retroattiva⁴².

E si comprende ancora la critica di Cimbali al diritto romano e alle tradizioni ad esso ispirate, che è una delle note caratteristiche del suo pensiero. A dire la verità, la distanza del diritto romano dal diritto naturale era stata notata anche dai commentatori del codice civile. Ma in Cimbali l'attacco era più risoluto e lo sguardo più proteso al futuro, verso le «esigenze imperiose dell'epoca nostra», verso «la storia, nella continuità del suo processo evolutivo», nella quale «la verità, un po' per volta, riesce a farsi strada, e che dovrà finire in giorno non lontano col riabilitare completamente, dinanzi alla legge ed alla società, queste vittime innocenti della colpa⁴³».

Si giustifica anche la palese e dichiarata preferenza per il legislatore austriaco dell'*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*: «savio legislatore che, tenendosi

⁴⁰ Si legga il § 131, pp. 170-171.

⁴¹ *Avant-Projet de Révision du Code civil* rédigé par F. Laurent sur la demande de M. le Ministre de la Justice, Bruxelles 1882-1883: *ibidem*, p. 12 nt. 1.

⁴² *Ibidem*, n. 122, p. 156; n. 16, p. 162 nt. 1; n. 123, p. 158.

⁴³ *Ibidem*, n. 197; n. 130, p. 170; n. 117, p. 149.

lontano dalle rigide tradizioni del dritto romano ed attingendo le sue ispirazioni alle pure sorgenti del dritto naturale⁴⁴» aveva ammesso la ricerca della paternità per tutti i figli nati fuori del matrimonio e ne aveva pareggiato la condizione tra loro, mantenendo la distinzione rispetto ai figli legittimi.

Cimbali tuttavia rimproverava al legislatore asburgico di non aver voluto abbandonare del tutto il diritto romano: i figli illegittimi, infatti, avevano il diritto di esigere da entrambi i genitori «alimenti, educazione e collocamento in proporzione delle loro sostanze» (§ 166) e obbligato in via principale era il padre (§ 167), ma quanto ai diritti successori, a parte la mancata previsione della riserva, avevano diritti di successione intestata solo nei confronti della madre e non del padre: conseguenza che Cimbali riconduceva alla forza della tradizione di diritto romano e che considerava «la violazione più aperta della logica e della giustizia», poiché mentre il padre, in vita, aveva più obblighi della madre, dopo la sua morte ogni dovere veniva a cessare e gli subentrava la madre.

Una barriera insuperabile, dunque, sorgeva a differenziare la condizione successoria dei figli naturali rispetto ai figli legittimi. Non è possibile ora tracciare le sorti future di questo confine, posto a difesa della famiglia legittima anche da un autore particolarmente favorevole ai diritti della prole naturale come Cimbali, né seguire lo sviluppo del filone alternativo che tentò di sostenere anche in terra italiana non solo la causa dell'abolizione di ogni differenza tra figli nati fuori del matrimonio, ma anche la loro parificazione, dal punto di vista successorio, ai figli naturali, prefigurando un nuovo ordine sociale. Filone minoritario, ma non meno interessante e articolato, che infiammò la fine del secolo e al quale appartennero personalità diverse, come Giuseppe Salvioli, diffusore delle idee di Menger in Italia, nello stesso periodo ridimensionate da Giuseppe Vadalà-Papale; Antonio Todaro della Galia, professore di diritto civile a Palermo e convinto estimatore di Giuseppe Zanardelli; il magistrato Camillo Cavagnari, entusiasta lettore di Tocqueville e di Spencer, e assai più radicale, in questo campo, di Giuseppe D'Aguanno.

Dell'altro orientamento, predominante tra i civilisti italiani, ricorderemo soltanto, in conclusione, un nome prestigioso tra i tanti, quello di Francesco Filomusi Guelfi che, allo schiudersi del nuovo secolo, avrebbe scritto un brano eloquente, nel quale la maggioranza non silenziosa si sarebbe a lungo riconosciuta:

È un'anormale condizione etica e sociale quella di una doppia famiglia, l'una legittima e l'altra naturale; ma la legge, pur rispettando le prerogative della famiglia legittima, non poteva disconoscere i diritti della prole legittima, e tali diritti sono così forti, che hanno equa soddisfazione anche esistendo figli legittimi⁴⁵.

⁴⁴ *Ibidem*, n. 117, p. 149.

⁴⁵ *Diritto ereditario*, Roma 1909, § 35, p. 116. La sensibilità per il sociale del giurista abruzzese è un dato ben sottolineato nel profilo da ultimo a lui dedicato da I. Birocchi, *Filomusi Guelfi, Francesco*, in *DBGI*, I, s.v.

L'«Atto Addizionale»: il liberalismo di Constant alla prova del costituzionalismo napoleonico

di Maria Sofia Corciulo

I fondamenti etico-politici che caratterizzarono il nascente liberalismo di inizio Ottocento ebbero in Benjamin Constant un dotto assertore e uno strenuo difensore: egli non venne mai meno al principio determinativo del nuovo modo d'intendere la realtà come «il trionfo dell'individualità»¹. Si trattava di una «individualità costituzionalizzata» che trovava nelle regole del garantismo giuridico, del tutto nuove a quei tempi, regolamentazione e tutela. “Garantismo”, per Constant, significava, oltre che la difesa del singolo di fronte alle violazioni della legge attuate dal potere statale, la necessità sia di modellare quest'ultimo alle esigenze degli individui, sia di adeguare le istituzioni ai tempi o, come egli scrisse, alle «idee». Tale flessibilità istituzionale, imposta dall'evoluzione della società, poteva avvenire soltanto se l'uomo fosse riuscito a sacrificare la felicità, i piaceri del presente alla prospettiva di un futuro migliore «et, per conséquent, la sensation à l'idée».

Contrariamente a Rousseau, che aveva sublimato la volontà individuale in quella generale, Constant sopravvalutava la prima rispetto alla seconda; in opposizione alla libertà degli antichi, la cui vita era sottoposta a tutti gli arbitrii della politica, la libertà dei moderni rivalutava e proteggeva le «*jouissances privées*», fra le quali, soprattutto, il diritto di proprietà, senza cui l'uomo non avrebbe avuto alcuna autonomia nei confronti sia dei suoi simili, sia dello Stato. La libertà politica era posta a tutela di quella individuale, ma con le opportune limitazioni in favore della seconda, nel timore che i governi ostacolassero – per i propri interessi – il progresso dell'umanità:

ce principe, appliqué aux Constitutions, doit les rendre courtes et pour ainsi dire négatives. Elles doivent suivre les idées pour poser derrière les peuples des barrières qui les empêchent de reculer, mais elles ne doivent point en poser devant eux qui les empêchent d'aller en avant².

¹ A. Zanfarino, *La libertà dei moderni nel costituzionalismo di Benjamin Constant*, Milano 1961, p. 150. Su Constant esiste, naturalmente, un'amplessissima bibliografia, per la quale rinvio in particolare a U. Cerroni, *Introduzione* a B. Constant, *Principi di politica*, Roma 1970.

² B. Constant, *Réflexions sur les constitutions et les garanties*, in *Cours de politique constitutionnelle*, Paris 1836, I, p. 266.

L'auspicata *souplesse* alle esigenze dei tempi «costituzionali» poteva realizzarsi soltanto se all'interno dell'apparato statale i poteri si fossero reciprocamente limitati, così come avveniva in Inghilterra, le cui istituzioni rappresentavano, nel primo Ottocento, un modello ideale, cui Constant si ispirò individuando nel sovrano quel potere “neutro” che, *primus inter pares*, doveva esercitare una suprema funzione di arbitro nell'eventuale conflitto tra l'esecutivo e il legislativo.

In effetti la sfiducia verso il potere costituito obbligò Constant a cercare freni e limiti soprattutto nei confronti delle assemblee elettive, i cui eccessi, perpetrati durante la Rivoluzione, gli avevano lasciato ricordi inquietanti e indelebili. I limiti allo strapotere assembleare furono individuati nel veto sospensivo alla legge e nel potere di scioglimento della Camera elettiva, spettanti al sovrano; nell'esistenza di una seconda Camera, ereditaria e, infine, nel suffragio censitario. Tale diffidenza istituzionale, insita nella costruzione teorica di Constant, non gli rese possibile in questa «indeterminata e generica fase di garanzia» attuare quella conciliazione auspicata tra «libertà civili e politiche attraverso la ricostruzione organica di una nuova società politica»³.

Questo limite, tuttavia, non costituì un ostacolo nei confronti della sua convinta “fede” nella perfettibilità del genere umano, su cui avrebbe fondato la teoria dei rapporti società-Stato. In essa le istituzioni, oltre a divenire garanti delle libertà civili e politiche del cittadino, acquisivano una funzione etico-pedagogica, allorché – adeguandosi alle esigenze dei tempi – non solo consentivano ma anche promuovevano nuovi progressi dell'umanità. Al contrario, qualora il potere politico non avesse rispecchiato le idee dominanti dell'opinione pubblica (definite da Constant «la morale commune à tous») l'uomo non avrebbe avuto alcun punto di riferimento su cui fondare il proprio percorso esistenziale; conseguentemente si sarebbe allontanato sempre di più dalla sfera pubblica. Questa fiducia nel progresso intellettuale e civile della società gli consentì di affrontare anche la difficile situazione postrivoluzionaria, trovando, nella pur contraddittoria figura di Napoleone – considerato nello stesso tempo dai suoi contemporanei un despota, nemico della libertà o un figlio, erede della Rivoluzione – un interlocutore inaspettato.

Tornato dall'esilio dell'isola d'Elba, il 13 marzo 1815, il Bonaparte si convertì – soprattutto per “tranquillizzare” le potenze straniere – in un sovrano costituzionale. Pertanto, affidò a una commissione del Consiglio di Stato il compito di elaborare una Costituzione, che sarebbe poi stata sottoposta, per l'approvazione, invece che alle Camere, direttamente al popolo. Ormai convinto di dar vita a un regime rappresentativo, l'imperatore decise di chiedere la collaborazione di Constant. Non era certo estranea a tale convinzione la speranza di riuscire gradito all'opinione pubblica liberale, di cui lo scrittore era da tempo considerato un alfiere anche perché, in passato, non aveva esitato a definire Napoleone “despota” e “tiranno”. Tra marzo e aprile 1815 Constant si incontrò

³ A. Signorini, *Constant e la libertà dei moderni*, in «Storia e politica», 2 (1963), p. 127.

più volte con Giuseppe Bonaparte, fratello del sovrano, e con Fouché, ministro della Polizia. Entrambi lo rassicurarono sulle intenzioni pacifiche dell'imperatore. Pertanto, nonostante le titubanze sulla effettiva possibilità che questi volesse realmente dar vita a un regime costituzionale non si fossero completamente dissipate, Constant accettò di collaborare con lui, presentando, il 18 aprile, le proprie proposte per una nuova Costituzione. Iniziarono, in tal modo, numerosi incontri tra di loro, di cui sono rimaste significative e interessanti considerazioni nel *Journal Intime*⁴.

Tra i due personaggi non vi furono contrasti sulle norme riguardanti le prerogative delle Camere. Esse infatti godevano, oltre che del diritto d'emendamento, anche di un'iniziativa legislativa molto più ampia rispetto a quella prevista dalla *Charte octroyée* del '14. Il progetto prevedeva che all'elezione della Camera dei Rappresentanti si provvedesse con il suffragio censitario: pur non intenzionato a costruire una società immobile e chiusa, Constant considerava il suffragio universale un punto di arrivo – non di partenza – collegato all'avvento di una società di proprietari. Nella sua concezione, infatti, se gli “strumenti” legislativi fossero stati affidati anche ai nullatenenti, si sarebbero potute creare ripercussioni estremamente negative sull'assetto politico-istituzionale, in quanto presumibilmente dettate dagli interessi personali.

Naturalmente Bonaparte condivideva tale concezione elitistica dell'elettorato: per lui non v'era «en la démocratie pure aucune possibilité de direction»⁵.

Un vivace contrasto sorse, invece, in merito alla formazione della Camera dei Pari, la cui carica Constant desiderava venisse trasmessa anche ereditariamente. Alla giusta preoccupazione del Bonaparte di accrescere senza misura il ruolo politico di tale assemblea, attribuendo ai suoi componenti quella ereditarietà del laticlavio che perfino Luigi XVIII aveva rifiutato, in parte, di reintrodurre, si aggiungeva anche la consapevolezza di non poter disporre – in quel difficile frangente – di uomini degni di sedere nella prestigiosa assemblea. Su questo punto egli espresse con franchezza allo scrittore tutti i suoi dubbi:

La dignità dei Pari è in contrasto con il presente stato degli animi: ferirà l'orgoglio dell'esercito, ingannerà l'attesa dei fautori dell'uguaglianza, solleverà contro di me mille pretese personalistiche⁶.

Napoleone temeva non solo il potere “indipendente” di un'assemblea ereditaria, ma anche le reazioni negative del popolo minuto che si era schierato con lui in odio alle classi privilegiate. Nonostante trovasse in parte giustificate le esitazioni dell'imperatore, Constant perseverò in questa idea finché questi non si convinse ad accettare la norma che istituiva l'ereditarietà della Parìa. Come ammetterà più tardi – cercando di giustificare quella che sem-

⁴ B. Constant, *Journal intime*, in *Benjamin Constant*, a cura di C. Cordié, Milano 1946.

⁵ Cfr. E. Le Gallo, *Le Cents-Jours*, Paris 1924, p. 215.

⁶ B. Constant, *Memorie sui Cento Giorni*, a cura di E. Emanuelli, Milano 1944, IV, pp. 175-176. Sui motivi che spingevano Napoleone ad opporsi alla parìa si veda anche A. Saitta, *Costituenti e costituzioni della Francia rivoluzionaria e liberale (1789-1875)*, Milano 1975, pp. 586-587.

brava una contraddizione ai principi liberali che ispiravano il suo operato – egli aveva ritenuto necessaria l’istituzione di una Camera ereditaria al fine di mantenere l’equilibrio dei poteri politici, non solo come freno verso le intemperanze dell’assemblea elettiva, ma anche per creare «una barriera di più contro l’autorità di un uomo»⁷.

Constant dovette invece piegarsi alla volontà di Napoleone quando si trattò di definire il diritto di confisca. Sia lo scrittore, sia i commissari, contrariamente al Bonaparte, erano fermamente avversi al ripristino di tale istituto, non reintrodotta dallo stesso Luigi XVIII. Durante le discussioni su questo tema, l’imperatore reagì con irritazione all’invito a dare prova di moderazione, adeguandosi ai nuovi tempi. In una scena di inaudita violenza, mentre «la sua voce era alterata, la sua mano si contraeva e si stendeva con dei movimenti convulsi», egli gridò:

Mi si spinge su di una strada che non è la mia (...) mi si parla di bontà, di giustizia astratta, di leggi naturali? La necessità è la prima legge; la prima giustizia è la salute pubblica. Si vuole che uomini coperti da me di ricchezza se ne servano per cospirare contro di me, stando all’estero. Ciò non può essere. Ciò non sarà⁸.

Di fronte all’ira dell’imperatore, Constant non ebbe l’animo di contraddirgli: tacque, mentre la norma che aboliva il diritto di confisca veniva cancellata dal testo costituzionale.

Un altro contrasto sorse a proposito della denominazione e promulgazione della nuova Costituzione. Napoleone – imitando il comportamento di Luigi XVIII, che aveva apposto alla *Charte* la data di «XIX anno del mio regno», intendendo, evidentemente, mettere in oblio i periodi della Rivoluzione e dell’Impero – volle che il nuovo testo portasse il nome di «Atto Addizionale alle Costituzioni dell’Impero». Di fronte a Constant, che gli proponeva una diversa denominazione, fu irremovibile e rispose:

Non è quello che intendo. Mi togliete il mio passato, io voglio conservarlo. Che cosa fate, dunque, dei miei undici anni di regno? Penso di avere qualche diritto e l’Europa lo sa. Bisogna che la nuova Costituzione si riallacci all’antica. Avrà così la sanzione di parecchi anni di gloria e di successi⁹.

Anche per la promulgazione, Bonaparte intendeva prendere a modello quanto fatto da Luigi XVIII, ricorrendo alla formula dell’*octroi*. Di fronte alla pervicace opposizione di Constant, si giunse a un compromesso in virtù del quale si stabilì d’interpellare direttamente la popolazione mediante un plebiscito.

Dopo che il testo fu sottoposto al giudizio del Consiglio di Stato¹⁰, il quale aggiunse un articolo relativo all’impossibilità di un ritorno dei Borboni «anche in caso di estinzione della dinastia imperiale»; e dopo un estremo, quanto infrut-

⁷ Constant, *Memorie sui Cento Giorni* cit., p. 177.

⁸ *Ibidem*, p. 168.

⁹ *Ibidem*, pp. 146-147.

¹⁰ Di esso facevano parte Carnot, Cambacères, Bassano, Boulay de la Meurthe, Merlin de Douai, Regnault de Saint-Jean-d’Angély.

tuoso, tentativo di convincere Napoleone ad abolire il diritto di confisca, il 22 aprile Constant «prit alors la plume et rédigea le texte en une langue claire pré-cise et élégante»¹¹. Nel *Journal* lo scrittore annotò:

Seduta dall'Imperatore. Redazione definitiva. La Costituzione è stata guastata in alcuni punti, e il pubblico ci troverà parecchio da ridire. Non importa. La sua sorte è gettata, e la mia anche¹².

Pertanto, al termine di una non facile opera di compromesso – tra un sovrano legato a un passato ineludibile, e di cui non intendeva disfarsi, e uno scrittore che tentava di cogliere nella difficile condizione presente gli spiragli per sviluppi futuri di libertà costituzionali – il testo venne promulgato il 23 aprile 1815, sul «*Moniteur*». Ad esso Napoleone aveva fatto precedere un preambolo, in cui, solennemente, affermava:

Da quando siamo stati chiamati, quindici anni fa, dal voto della Francia, al governo dello Stato, abbiamo cercato di perfezionare, in diverse epoche, le forme istituzionali, secondo i bisogni e i desideri della nazione, e traendo profitto dalle lezioni dell'esperienza. Le Costituzioni dell'Impero si sono pertanto formate attraverso una serie di atti che hanno ottenuto l'accettazione del popolo (...) Non abbiamo ormai più altro scopo che quello d'accrescere la prosperità della Francia, rafforzando la libertà pubblica. (...) Pertanto, volendo, da un lato conservare del passato ciò che vi è di buono e di salutare, e dall'altro, rendere le Costituzioni del nostro Impero conformi in tutto ai voti e ai bisogni nazionali, così come allo stato di pace che desideriamo mantenere con l'Europa, abbiamo deciso di proporre al popolo una serie di disposizioni tendenti a modificare e perfezionare i suoi atti costituzionali, a circondare i diritti dei cittadini di tutte le loro garanzie, a dare al sistema rappresentativo tutta la sua estensione, a investire i corpi intermedi della considerazione del potere desiderabile; in una parola, a combinare il più alto punto di libertà politica e di sicurezza individuale con la forza e l'accentramento necessari per far rispettare dallo straniero l'indipendenza del popolo francese e la dignità della nostra corona¹³.

Per quanto concerneva i poteri delle Camere, esse furono dotate del diritto d'iniziativa legislativa, condiviso peraltro con l'imperatore, in maniera molto più ampia e autonoma di quanto non fosse stato previsto dalla *Charte* del 1814. Fu inoltre concesso alla Camera elettiva il diritto, precedentemente attribuito all'esecutivo, di dichiarare lo stato d'assedio, nonché di scegliersi autonomamente un proprio Presidente, prerogativa, questa, precedentemente riservata al sovrano, e, da allora, sempre attribuita all'assemblea rappresentativa che l'imperatore convocava, prorogava e scioglieva, con obbligo di riunirla entro sei mesi (e non tre, come previsto dalla *Charte*). Venne inoltre confermata alla Camera elettiva la priorità, rispetto a quella dei Pari, in materia di imposta, di prestito e di chiamata alle armi. Entrambe le Camere, le cui sedute erano pubbliche, dovevano approvare il bilancio annuale. I ministri potevano essere messi in stato di accusa dall'assemblea elettiva di fronte a quella dei Pari, per aver governato in disaccordo e contro gli interessi del popolo: in tal modo, fu

¹¹ P. Bastid, *Les institutions politiques de la monarchie parlementaire française (1814-1848)*, Paris 1954, p. 78.

¹² Constant, *Journal intime* cit., p. 270.

¹³ Cfr. Saitta, *Costituenti e costituzioni* cit., p. 597.

introdotta, anche se ancora in maniera imperfetta, una specie di responsabilità politica degli stessi, cioè una delle basi fondative del regime parlamentare. Questo venne ulteriormente rafforzato dalla norma secondo la quale i ministri potevano essere membri delle Camere, ai cui lavori partecipavano, fornendo ad esse – se necessario – i chiarimenti e le spiegazioni richiesti.

Per quanto concerneva l'ordinamento giudiziario, l'Atto Addizionale, oltre a sancire l'indipendenza e l'inaffidabilità della magistratura, confermava il giudizio attraverso i giurati, escludeva l'istituzione di tribunali speciali e limitava la giurisdizione dei tribunali militari ai soli reati commessi dagli appartenenti all'esercito.

Quanto ai diritti individuali, nel capitolo VI dell'Atto Addizionale era prevista l'invulnerabilità delle proprietà possedute o acquistate in virtù delle leggi. Infine, veniva garantita un'ampia libertà di stampa, senza alcuna censura preventiva, salvo la responsabilità "legale" dopo la pubblicazione: i presunti colpevoli dei reati erano deferiti a tribunali composti da giurati; l'intenzione di Constant fu quella di far intervenire, anche nei processi penali, quell'opinione pubblica che considerava «il grande costituente, la principale fonte di legittimazione dei poteri costituiti»¹⁴.

Nonostante il suo avanzato contenuto liberal-costituzionale, dal quale derivò anche un significativo impulso all'introduzione in Francia delle regole del parlamentarismo¹⁵, l'Atto Addizionale fu oggetto di aspre critiche da quasi tutti i settori di quell'opinione pubblica che proprio Constant teneva in grande considerazione: gli ex-rivoluzionari espressero grande delusione nel non veder privilegiati diritti e aspettative delle classi popolari, che si erano entusiasmate per il ritorno dell'imperatore¹⁶. I realisti, ovviamente contrariati dalla norma che impediva la successione della dinastia dei Borboni, furono, al contempo, pronti a unirsi al coro dei detrattori che individuavano nell'Atto Addizionale un "falso" costituzionalismo. Perfino i liberali non tardarono a esprimere le loro rimostranze, attraverso i numerosi giornali dell'epoca, affermando che esso altro non era che una "verniciatura" del vecchio edificio statale napoleonico. Del resto, molto significativamente, il plebiscito cui fu sottoposto registrò un'amplessissima astensione dei francesi, chiamati successivamente a eleggere la Camera dei Rappresentanti¹⁷.

Com'è noto, la conversione di Napoleone ai principi costituzional-liberali fu definitivamente compromessa dagli insuccessi militari rapidamente susseguitisi al suo ritorno sul trono, ed anche dalla sfiducia della Camera dei Rappresentanti, che all'indomani di Waterloo era già orientata ad abbandonarlo (opponendosi alla volontà dell'imperatore che avrebbe voluto mettersi alla testa dell'esercito per contrastare un'invasione straniera del suolo fran-

¹⁴ Zanzarino, *La libertà dei moderni* cit., p. 166.

¹⁵ Su tali aspetti mi permetto di rinviare a M.S. Corciulo, *Le istituzioni parlamentari in Francia (1815-1816). Cento Giorni-Seconda Restaurazione*, Napoli 1996, p. 58.

¹⁶ P. Grénier, *Encore une Constitution incomplète!*, Paris 1815, pp. 10-11.

¹⁷ Su questi aspetti socio-politici rinvio a Corciulo, *Le istituzioni parlamentari* cit.

cese). Pur essendo sicuramente riconducibili alla sconfitta militare, le cause principali del definitivo tramonto di Napoleone, non si può non evidenziare come il rapido epilogo della sua esperienza quale sovrano costituzionale sia stato dovuto soprattutto a una generale sfiducia socio-politica piuttosto che a una debolezza teorico-istituzionale su cui aveva cercato di edificare un difficile progetto di ingegneria costituzionale:

ni vraiment populaire, ni républicain, objet des critiques de la droite, de la gauche et du "marais", le bonapartisme constitutionnel était sans doute voué à la mort politique¹⁸.

Da parte sua, Constant non mancò di rivendicare la bontà di questo "esperimento", in cui – più per la *force des choses* che per quella *des idées* da lui tanto invocata – si erano incontrate le sue istanze costituzionali, di convinto esponente della cultura liberale, con quelle del grande conquistatore d'Europa. Pubblicamente il pensatore difese, con la parola e soprattutto con gli scritti, la *Benjamine*, nome col quale veniva comunemente chiamato l'Atto Addizionale¹⁹. In una serie di lucidi articoli, egli cercò di confutare le numerose critiche che gli erano state mosse, non solamente difendendo il suo operato e l'impianto costituzionale posto in essere, ma affermando e dicendosi certo delle preziose opportunità che la nuova Costituzione avrebbe apportato alla Nazione francese.

Constant, anche successivamente, dopo la rapida conclusione del costituzionalismo napoleonico e il secondo ritorno di Luigi XVIII, nel luglio 1815, rimase convinto della bontà di quell'esperienza costituente. Rivendicando, nelle *Memorie sui Cento Giorni*, il *ralliement* al Bonaparte, per cui era stato accusato di ambizione e opportunismo, affermò con fierezza l'onestà intellettuale delle proprie scelte:

quando il mondo era ai suoi piedi avevo persistito nel non rendergli omaggio. D'un tratto mi sono unito all'uomo che per così lungo tempo avevo combattuto: e chi avevo rifiutato di servire quando l'universale consenso lo appoggiava, l'ho servito quando era oggetto dell'odio europeo. (...) Credemmo che non bisognasse – rifiutando ogni collaborazione a Bonaparte – costringerlo a rimanere dittatore e a ricominciare il dispotismo del 1812. Pensammo che non era permesso di facilitare agli stranieri l'ingresso in Francia né desiderabile vedere il partito [quello degli *ultras*], che aveva trascinato il re nella sua fuga [nel 1814, durante la Prima Restaurazione], divenire tirannico quando altri sarebbe stato vittorioso²⁰.

Certamente, vi furono da parte di Constant delle ambizioni personali; ma, probabilmente, nel momento in cui decise di collaborare con Napoleone, pensò – ed era una motivazione irresistibile per un intellettuale – di «ritagliare per sé il ruolo dell'eroe demiurgico che salva la libertà piegando Cesare stesso»²¹. In definitiva, la sua adesione all'effimero governo dei Cento Giorni, di cui nel

¹⁸ F. Blücher, *Le Plébiscite des Cents-jours*, Genève 1974, p. 127.

¹⁹ Il termine era stato coniato da François Dominique de Reynaud, conte di Montlosier, scrittore politico attivo dall'Impero alla Seconda Restaurazione.

²⁰ Constant, *Memorie* cit., p. 130.

²¹ V. De Caprariis, *Profilo di Tocqueville*, Napoli 1962, p. 131.

Journal intime si può ripercorrere il tormentato *iter*, fu determinata principalmente dal timore di veder vanificate quelle libertà civili e politiche che, a caro prezzo, i francesi avevano conquistato durante la Rivoluzione e, dopo la monarchia napoleonica, istituzionalizzato nella Prima Restaurazione²².

²² Su tale periodo cfr. M.S. Corciulo, *La nascita del regime parlamentare in Francia. La Prima Restaurazione*, Milano 1977.

La Spagna del 1789 e le influenze della incipiente Rivoluzione francese

Aspetti di una risposta *afrancesada**

di Fernando De Angelis

L'anno 1789 è indissolubilmente legato all'inizio di una stagione rivoluzionaria, quella francese, che in breve tempo farà *tabula rasa* del secolare mondo dell'Antico Regime. Il 1789 appare peraltro come l'"anno zero" di un'epoca che, guardando alle proprie radici, non avvertiva neppure quanto le stesse fossero profonde e radicate nel tempo. Tempo che sembrerà mancare, dopo il fatidico 1789, alle assemblee francesi, in preda ad un'impetuosa foga costituente, segno delle difficoltà emerse nel dare alla nuova società civile un nuovo e stabile quadro politico¹.

Spirata la rivoluzione, nel momento della promulgazione del codice civile napoleonico, quasi a segnare una solenne cesura storica con un passato secolare, l'art. 7 della legge 21 marzo 1804 (30 ventoso anno XII) n. 3677 prevedeva, laconicamente, che «al partire dal giorno in cui queste leggi (che formano il codice) sono esecutorie, le leggi romane, le ordinanze, le consuetudini generali e locali, gli statuti e i regolamenti cessano di aver forza di legge generale o particolare nelle materie che formano oggetto delle dette leggi che compongono il codice». Certo il novero delle fonti previgenti era ben più numeroso e il nuovo primato di una legge, creduta priva di lacune, non riusciva a nascondere, nella pratica, i gravi vuoti normativi, anche in ragione del ruolo limitato

* Il presente lavoro trae origine da recenti studi, condotti presso il *Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte* di Francoforte sul Meno, nell'ambito di una ricerca post-dottorale sui temi della fine dell'Antico Regime in Spagna e del costituzionalismo spagnolo di inizio Ottocento. Gli aspetti di carattere istituzionale degli eventi in esame, legati alle Cortes del 1789 (di cui si dirà), le ultime di Antico Regime, sono stati già, seppur solo in parte, dallo scrivente trattati in *El legado de las últimas Cortes de Castilla en las Cortes de Cádiz*, relazione presentata in occasione del LXIII Congreso de la Comisión de la Historia Parlamentaria, *Las Cortes de Cádiz en el primer constitucionalismo liberal y su proyección internacional*, Cadice, 5-7 Settembre, 2012, pubblicata nei relativi Atti a cura di D. Repeto García, Cadice 2012, pp. 23-31, e in *Anno 1789: le ultime Cortes di Castiglia*, in «*Studia et documenta historiae et iuris*», 80 (2014), in corso di pubblicazione.

¹ Frenesia costituente che percorrerà varie strade ed interesserà circa cento anni della storia francese, fino alla nascita della III Repubblica (1870) ed all'adozione delle relative tre leggi costituzionali (1875): cfr. A. Saitta, *Costituenti e costituzioni della Francia rivoluzionaria e liberale: 1789-1875*, Milano 1975.

lasciato all'interprete, come sarà anche per l'influenza esercitata dalla Scuola dell'Esegesi. L'interprete, infatti, come il legislatore, non poteva non fare ricorso alle precedenti categorie giuridiche (e politiche) per colmare i vuoti di un'architettura che, secondo un cauto Alexis de Tocqueville, libero da una mera indole controrivoluzionaria nel suo *L'Ancien Régime et la Révolution* (1856), non poteva disconoscere le basi fondanti dell'Antico Regime, sulle quali la rivoluzione del 1789 aveva costruito la sua identità, segnando una pur problematica continuità tra il primo e la seconda.

A ben vedere lo stesso accentramento amministrativo era il cardine dello stato assoluto: da un punto di vista politico, nel quadro di una monarchia costituzionale (tendenzialmente) pura², gli stessi ministri mantenevano il loro compito di *consigliare* il principe ora "costituzionale", che continuava a detenere intatto nelle sue mani il potere esecutivo. Certo il *big bang* rivoluzionario andava dilatandosi: il sasso, lanciato nello stagno (l'Europa conquistata dalle armi francesi, e non solo) non sembra conoscere ostacoli alla sua espansione. E attraverso le cosiddette "repubbliche sorelle" della Francia, che, divenuta impero (1804), non tarderà a fagocitarle.

Ma non ci si vuole soffermare su tematiche così note; interessa invece il presente studio guardare all'inizio della rivoluzione del 1789 ed individuare ove essa abbia fatto sentire la sua influenza, ma solo quasi si trattasse di un semplice velo, una mera ombra, un semplice strepito (anche se con gravi conseguenze): è questo il caso, meno noto, della Spagna del 1789, che comparirà sulla scena europea solo più avanti, circa venti anni dopo, nella fase di declino dell'impero napoleonico, allorché il Bonaparte rivolse le sue mire espansionistiche alla penisola iberica (1808)³. E lo stesso Bonaparte, in esilio, riconoscerà nella lunga guerra che dovette sostenere in terra di Spagna (1808-1814) un fattore determinante per il tramonto del suo potere⁴.

Nel 1789 la Spagna e la Francia, paesi entrambi governati dai Borbone, legati tra loro dai c.d. *pactos de familia* contratti lungo il Settecento, avevano già intessuto rapporti profondi; scoppiata la Rivoluzione del 1789 la stessa sembra lasciare un segno, pur labile, nel regno iberico, nel quale lo stesso anno, anche se solo per mera coincidenza, si tengono le ultime *Cortes de Castilla*, storica istituzione *lato sensu* rappresentativa⁵ di Antico Regime, in cui sedevano *procuradores* per le corone di Castiglia e di Aragona⁶.

² Forma di governo moderata e temperata, disegnata nella *Charte* francese del 1814, modello per l'Europa della prima Restaurazione, e, in genere, degli anni prima del 1848, in considerazione della matrice liberale di stampo anglofilo dello stesso documento, la quale faceva da argine alle istanze democratiche di segno più rivoluzionario: C. Ghisalberti, *Storia costituzionale d'Italia (1848-1948)*, Roma 1974, pp. 13-14.

³ Fra i pochi studi recenti italiani sulla rottura costituzionale del 1808 (e sul processo costituzionale che ne seguì), v. S. Scandellari, *Da Bayonne a Cadice: il processo di trasformazione costituzionale in Spagna: 1808-1812*, Messina 2009.

⁴ G. Dufour, *La repercusión de la Guerra de la Independencia en Francia*, in «Cuadernos dieciochistas», 8 (2007), p. 122.

⁵ Cfr., *ex multis*, L. González Antón, *Las Cortes en la España del Antiguo Régimen*, Madrid 1989.

⁶ Per mano di Filippo V le stesse Cortes aragonesi erano scomparse a seguito di una politica

Tutto questo in un quadro sociale che iniziava a guardare da lontano, non senza un qualche timore, i vicini accadimenti rivoluzionari francesi. Infatti, nel periodo che intercorre tra la convocazione delle *Cortes*⁷ (decreto del 22 maggio 1789) e la riunione delle stesse (metà settembre del 1789), intervengono alcuni avvenimenti molto significativi nella vicina Francia, il primo dei quali è certamente rappresentato dalla nascita della Assemblea nazionale. Quest'ultima, anche grazie alla condotta ignava di Luigi XVI, si trasformerà in Assemblea costituente nel luglio dello stesso anno.

Da ultimo sarà decretata, agli inizi di agosto, l'abolizione dei diritti feudali e, alla fine dello stesso mese, verranno solennemente stabiliti (o, meglio, proclamati) diritti universali nella celeberrima *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*.

Le *Cortes*, che a settembre si riuniscono a Madrid, non possono non rimanere condizionate da tali avvenimenti, dal momento che esse sono lo specchio di una società, che, al pari della corte regia, risulta profondamente *afrancesada* nei modi, nella cultura e nei costumi; tuttavia lo stesso Illuminismo spagnolo, di indole "conservatrice", non avrebbe mai potuto giustificare uno stravolgimento istituzionale come quello che stava avvenendo nella vicina Francia, dove la borghesia aveva già inferto i primi colpi ai privilegi secolari dei primi due Stati.

Allo stesso tempo gli organi di governo, in Spagna, cercavano di arginare eventuali influenze⁸ che potessero provenire dalla nascente Rivoluzione del 1789, della quale si aveva una cognizione, anche se non chiaramente piena, attraverso le fonti diplomatiche e, in particolar modo, per mezzo dei *despachos* dell'ambasciatore spagnolo a Parigi, il conte di Fernán Núñez. Questi, in stretto contatto con il conte di Floridablanca, al tempo titolare della importante carica di *Secretario del Despacho de Estado* (i.e. per gli Affari Esteri)⁹, riuscì ad agevolare l'azione del secondo in patria, dove comunque il controllo culturale poteva far leva sull'incisivo operato dell'Inquisitore Generale, Agustín Rubín de Cevallos.

Va sottolineato un dato assai rilevante ai fini del presente studio, evidenziando come nella Francia del 1789 la cultura illuministica avesse veramente dato voce alla nascente *vis* politica ed alle molteplici istanze della medesima;

accentratrice (sulla scia del modello di stato assoluto francese), attuata nel corso delle prime due decadi del secolo XVIII e culminata nella emanazione dei *Decretos de Nueva Planta* (tuttavia le *Cortes* continueranno a riunirsi in Navarra fino agli anni Trenta del secolo XIX); si rimanda, circa l'assolutismo settecentesco in Spagna, a F. Tomás y Valiente, *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid 2003, pp. 369 sgg.

⁷ Per gli atti delle *Cortes* del 1789 si rimanda alla *Colección de documentos inéditos para la historia de España*, tomo XVII, per M. Salvá y P. Sainz de Baranda, Madrid 1850, pp. 5-455; circa il decreto della *convocatoria*, *ibidem*, pp. 7-9.

⁸ R. Menéndez Pidal (fundador), *Historia de España*, tomo XXXI, volume II, *La época de la Ilustración: Las Indias y la Política exterior*, per M. Hernández Sánchez-Barba, C.D. Malamud Rilkes, M.P. Ruigómez García, C. Seco Serrano, Madrid 1988, pp. 457 sgg.

⁹ Carica preminente rispetto agli altri titolari delle *Secretarías del Despacho* riuniti nella *Junta Suprema de Estado*, organo di governo creato nel 1787 al fine di coordinare le attività delle stesse.

diversamente la Spagna del Settecento, che pur aveva conosciuto il fiorire di istituzioni culturali, come le Accademie, e il tentativo di secolarizzare la cultura, culminato con l'espulsione dei Gesuiti (1767), non poteva fare dell'illuminismo la via per porre fine all'Antico Regime, le cui fondamenta – si ricordi – affondavano nei secoli, configurando una cosiddetta costituzione storica, in cui il confessionalismo si conciliava con l'esercizio condiviso, in capo alla corona e alle Cortes, della sovranità (anche se di questa ultima, in ragione dell'assolutismo settecentesco, erano stati quasi del tutto spogliati gli Stati Generali spagnoli).

Quanto sopra è stato in tal modo bene evidenziato:

Francia, materialmente imponente, resultaba peligrosa por los principios mismos de su Revolución y por la propagación de ellos (...) Esta propagación era falicitada por la situación privilegiada de que gozaba su cultura (...) Ahora bien; era cosa admitida que dicha influencia cultural estaba ligada, desde que fue creada por Luis XIV, a la influencia política, o, por lo menos, que podía serle extraordinariamente útil¹⁰.

In Francia si andava dunque fondando nel 1789 un governo dei cosiddetti *philosophes*, che dai dettami astratti dell'illuminismo cercavano di trarre un nuovo sistema istituzionale; per contro le pur simili radici culturali avrebbero portato la Spagna ad esiti assai diversi.

Infatti la Spagna del 1789 presenta, da parte sua, una singolare risposta a quanto avveniva al di fuori dei propri confini, nonché una posizione netta e un suo "1789", che non si manifesta e non si consuma in una mera azione di contrasto agli eventi rivoluzionari francesi. L'anima controrivoluzionaria spagnola mostra radici assai profonde e tratti assai peculiari; lo stesso illuminismo spagnolo, come si è già osservato, conserva, protegge e fa tesoro del passato e fa sfoggio di un'identità ben distinta da quella dell'illuminismo francese.

Ma tutto questo avveniva in ragione di un'identità che non può essere definita, per così dire, solo in "negativo", riconoscibile solo perché al di fuori del 1789 francese. Anzi il 1789 rappresenta – lo si sottolinea – l'inizio di una posizione privilegiata per la Spagna negli anni del regno di Carlo IV, che si concluderà nel 1808.

In questo lungo periodo il paese iberico potrà meglio comprendere in modo adeguato la parabola rivoluzionaria francese, al di fuori di nette contrapposizioni e di scelte legate a gravi dicotomie ideologiche, magistralmente illustrate da Jacques Godechot¹¹ sul versante controrivoluzionario.

¹⁰ P. Renouvin, *Historia de las relaciones internacionales*, tomo I, Madrid 1960, p. 813, citato in Menéndez Pidal, *Historia de España* cit., p. 457. Per un quadro generale dell'impatto della Rivoluzione del 1789 nella Spagna tra la fine del secolo XIX e l'inizio del seguente si rimanda al testo a cura di E. de Diego, J. S. Gutiérrez Alvarez, R. Conteras, A. Bullón de Mendoza, *Repercusiones de la Revolución Francesa en España*, Madrid 1990 (*Actas del Congreso Internacional*, Madrid 1989).

¹¹ *La contre-révolution, doctrine et action: 1789-1804*, Parigi 1961 (*La Controrivoluzione: dottrina e azione (1789-1804)*, Milano 1988, trad. a cura di E. Turbiani); eppure, per l'autore, il fenomeno controrivoluzionario non sembra interessare in modo particolare la "assonnata"

Il rifiuto delle *avances* rivoluzionarie appare dunque legato non solo a ragioni connesse ad una politica degli organi di governo volta ad isolare la Spagna da ogni corrente sovvertitrice, ma trova fondamento nella stessa identità storica e socio-politica di tale paese, che altrimenti potrebbe essere considerata, secondo una severa chiave di lettura, come manifestazione di un sordo spirito reazionario. Il che porta spesso a ridimensionare, più in generale, anche il contributo della scienza giuridica spagnola. Infatti, riprendendo le parole del professor Ascheri:

Spesso, per tanto tempo, si è stati abituati a considerare la “Spagna del diritto” quasi collaterale alla cultura accademica italiana, quasi come avesse la funzione storica di trasmettere alla vasta America Latina la ricca dottrina giuridica maturata nel nostro Paese. Ma se anche questa immagine avesse avuto per qualche decennio un qualche fondamento, quei tempi sono passati e ora bisogna confrontarsi con la cultura giuridica spagnola con le sue specificità. Che solo la dimensione storica può dare¹².

Tornando al 1789 spagnolo, le Cortes convocate in quell'anno riflettono una società che, sempre secondo Fernán Núñez, a differenza di quella francese non ha smarrito le fondamentali basi della tradizione¹³ ovvero della costituzione storica, intesa in una accezione essenzialmente extranormativa¹⁴. Punto questo assai saliente: tale concezione extranormativa della costituzione tradizionale rifletteva un secolare equilibrio socio-politico che neanche il Settecento *afrancesado* aveva potuto del tutto dissolvere. In ragione di ciò lo stesso 1789 spagnolo e la fine dell'Antico Regime in Spagna (1808) segnano due tappe della storia politica iberica in cui non si avverte una mera influenza dell'*ideario* francese; anzi la stessa “risposta” controrivoluzionaria trova radici nella tradizione e nella identità storiche spagnole.

Va poi ricordato come lo stesso regno di Carlo III, terminato nel 1788, avesse “preparato” culturalmente la società che si specchia nelle Cortes del 1789: il *despotismo ilustrado* si conciliava con la voce di una opinione pubblica, che nonostante il sistema delle restrizioni dell'informazione aveva già trovato il suo sviluppo negli anni precedenti¹⁵. L'esperienza spagnola va dunque vista come punto di arrivo di un processo che, considerate tutte le sue

Spagna degli ultimi anni dell'Antico Regime. Quanto poi al “1789” inglese cfr. *La Rivoluzione francese in Inghilterra*, a cura di L.M. Crisafulli Jones, Napoli 1990.

¹² M. Ascheri, *Premessa*, in J. Sánchez-Arcilla Bernal, *Profilo di storia del diritto spagnolo (secoli XIII-XX)*, ediz. italiana e traduzione a cura di F. De Angelis, Roma 2011, pp. 15-16 (ediz. originale *Historia del Derecho Español*, Barcellona 2005, pp. 207-357).

¹³ «Ninguna de las causas que se pueden constatar aquí desde hace muchos años existe en nuestro país, donde se encuentran religión, amor al Rey, apego a la ley, moderación en la administración, un respeto escrupoloso a los privilegios de cada provincia y de cada individuo...y mil otras cosas que echan de menos los franceses»: A. Mousset, *Un témoin ignoré de la Révolution. Le comte de Fernán Núñez, ambassadeur d'Espagne à Paris (1781-1791)*, Parigi 1923, pp. 155-156, citato in Menéndez Pidal, *Historia de España* cit., p. 458.

¹⁴ Secondo il pensiero di Jovellanos, un grande pensatore *ilustrado* del tempo: cfr. B. Bravo Lira, *El concepto de constitución en Jovellanos*, in «Revista chilena de historia del derecho», 10 (1984), p. 235 sgg.

¹⁵ Scandellari, *Da Bayonne a Cadice* cit., p. 27.

peculiarità, rielabora in maniera originale l'esperienza francese dei Lumi e, più in generale, quella settecentesca francese.

Si trattò anche dell'occasione per un importante *redde rationem*: le Cortes del 1789 affrontano un tema assai rilevante, quello della lotta alla manomorta, che, si ricordi, aveva interessato i dibattiti sulla riforma degli anni di Carlo III (come di Carlo IV) e rappresenterà un nodo aperto negli anni successivi al 1808, come in quelli che vedranno il definitivo tramonto dell'Antico Regime (1833). Le Cortes del 1789 e il contesto culturale che le circondava non potevano certo mostrarsi del tutto insensibili davanti a quanto stava avvenendo in Francia, anche se lo sconcerto non poteva non aleggiare; e tale preoccupazione si avvertiva soprattutto dalle fonti non ufficiali, in considerazione dell'operato degli organi di governo, volto ad arginare ogni propagazione rivoluzionaria francese, senza mostrare ufficialmente inquietudine per gli accadimenti rivoluzionari (il che risulta anche dalla lettura degli atti delle Cortes)¹⁶. Gli Stati generali spagnoli del 1789 non operano dunque all'ombra di quanto avviene nel 1789 francese; anzi va ricordato come le stesse Cortes già configurassero un consesso "monocamerale", seppur *ante litteram*, in cui sedevano i soli rappresentanti, di diversa estrazione sociale, dell'*Estado General* o *Llano* (il Terzo stato) già dall'inizio dell'epoca moderna¹⁷, allorché i rappresentanti degli stati privilegiati erano stati letteralmente liquidati dopo la celebrazione delle Cortes di Toledo degli anni 1538-39 all'epoca di Carlo V.

Ecco dunque una fondante caratteristica istituzionale delle Cortes del 1789 (lo stesso dicasi per quelle di Cadice, le prime "costituzionali", degli anni 1810-14) che, a ben vedere, trovano la loro *ratio* nella tradizione patria più che nel modello francese, nato dalla ribellione del Terzo stato. Le Cortes del 1789 rappresentano dunque quel mondo del *dispotismo ilustrado* in cui le istanze di modernità non sfociano in grida rivoluzionarie; le stesse istanze, portate avanti in Francia da *philosophes* "militanti", condurranno invece ad una rottura profonda con il passato, in considerazione della stretta connessione colà esistente tra il mondo culturale e quello politico¹⁸. Nel caso spa-

¹⁶ M^a.R. Prieto, *Las Cortes de 1789*, Madrid 1973, p. 28.

¹⁷ F. Martínez Marina, *Teoría de las Cortes ó grandes juntas nacionales de los reinos de León y Castilla*, Madrid 1813, vol. I, p. 77.

¹⁸ Eppure Rousseau rimane indubbiamente il teorico della democrazia diretta, che solo in casi limitati aveva considerato come regime politico concretamente attuabile, come per la Corsica prima dell'annessione di quest'ultima alla Francia nel 1767 (cfr. il suo, pubblicato postumo, *Projet de constitution pour la Corse*, 1765). Lo stesso Montesquieu si limita ad una grande ammirazione per il modello politico inglese, basato sulla separazione dei poteri (capitolo VI del libro XI del suo *Esprit de lois* del 1748); infatti Montesquieu, personalità profondamente legata all'*establishment* assolutista del pieno Settecento francese, si mostra conscio che la forma di governo deve sapersi conciliare con il contesto storico che è chiamata a reggere. Non vi è dunque fede cieca nel modello politico inglese, che risulta in assoluto come la più efficiente forma di governo moderata solo su di un piano astratto (cfr. L. Landi, *L'Inghilterra e il pensiero politico di Montesquieu*, Padova 1981, *passim*). In conclusione, di certo la sua *forma mentis* appare più quella di un attento sociologo della politica che di un aspirante riformatore.

gnolo le Cortes del 1789 segnano tuttavia un punto alto di riforma, raggiunto lungo una via non traumatica a differenza della fattispecie francese.

Si ponga mente ai grandi temi trattati:

Infatti, i temi in discussione nella riunione delle Cortes riguardavano praticamente tutto il programma della politica illustrada sostenuta dai ministri di Carlo III, ossia: limitazione del numero dei maggioraschi e divieto di costituirne dei nuovi in futuro; indicazione del modo migliore per rendere fruttifere le terre sottoposte a vincolo; sviluppo dell'agricoltura¹⁹.

Tema, quello della cosiddetta *ley agraria*, e in generale della lotta alla manomorta, già oggetto di recente normazione regia, che, data la gravità della questione, doveva essere dalle Cortes "ratificata"²⁰. Né mancarono, a sommosso parere di chi scrive, modifiche alla *legalidad fundamental*; a riguardo contribuì quanto stava avvenendo nella vicina Francia, la cui influenza aveva portato alla nascita, soprattutto in Aragona, di gruppi caratterizzati da una cauta apertura verso i fatti del 1789, contrapposti ai cosiddetti *golillas*, di cui faceva parte Floridablanca.

Ma procediamo con ordine. Le Cortes del 1789 sono convocate a seguito di una *circular*, inviata all'attenzione delle *ciudades* e delle *villas* con diritto di voto nelle stesse, contenuta in un atto della *Camara de Estado* datato 31 maggio dello stesso anno²¹; di tal guisa acquistano di nuovo un importante ruolo al termine di un lungo sonno durato per tutto il XVIII secolo (sono peraltro più breve di quello, quasi bicentenario, degli Stati generali francesi). Gli stessi *procuradores* mostrano da subito un ossequioso rispetto per la Corona, soprattutto nel corso del cerimoniale, allorché l'erede Ferdinando riceve il giuramento delle Cortes (23 settembre), dopo le riunioni preparatorie dei giorni precedenti.

Ma vi è dell'altro: allorché i lavori delle Cortes, aperti una settimana dopo sotto la presidenza del conte di Campomanes²², *Gobernador del Consejo de Castilla*²³, entrano nel vivo, si avverte che molte delle questioni che vengono trattate potevano essere oggetto di atti di normazione unilaterale (come gli *auto acordados*²⁴) della stessa Corona, nel quadro della monarchia assoluta e del suo *régimen polisinodial*, che conosceva una articolazione amministrativa sia a livello locale che a livello centrale. Invero, oltre che per il necessario cerimoniale nel contesto della successione, la riunione delle Cortes era stata convocata per trat-

¹⁹ Scandellari, *Da Bayonne a Cadice* cit., p.29.

²⁰ Prieto, *Las Cortes de 1789* cit., p. 17.

²¹ J. Longares Alonso, *Las últimas Cortes del Antiguo Régimen en España (19 septiembre-5 diciembre de 1789)*, in «Revista de historia moderna», 3 (1974), p. 113.

²² Che molto concretamente si mostrava conscio che la fine dell'alleanza con la Francia borbonica avrebbe favorito l'Inghilterra in un quadro di politica coloniale; gli stessi possedimenti spagnoli, in particolare in America Latina, al tempo vedevano già nascere i primi germogli indipendentisti.

²³ Tale *Consejo* era il vero centro della politica assolutista borbonica.

²⁴ Non raramente tali atti di normazione erano emanati a seguito di *peticiones* o di *suplicas* delle *ciudades* o delle *villas* interessate.

tare altri e diversi *negocios* «si se propusieron y pareciese conveniente resolver»²⁵. Questa clausola, non certo nuova, apriva interessanti scenari: anche se di fatto l'“ordine del giorno” era guidato dalla mano regia, va detto, come accennato, che le Cortes, al pari degli Stati Generali del 1789, si apprestavano a modificare la *legalidad fundamental* e, in tale contesto, i fatti rivoluzionari esplicheranno una influenza assai grave nel lungo periodo. Infatti, tralasciando la questione agraria²⁶, la proposta della modifica della legge di successione²⁷ toccò il tema delle cosiddette leggi fondamentali. Come già per Bodin, la sovranità regia risulta limitata dall'impossibilità di mutare a piacimento la legge di successione al trono – nel caso specifico la salica –, come anche di alienare il pubblico demanio, punto quest'ultimo rientrando nella problematica più ampia della distinzione tra demanio pubblico, beni della Corona e quelli personali del re. Tale modifica, guardando al caso spagnolo, poteva essere decisa nelle forme cosiddette *pactadas* ovvero con il consenso degli ordini e dei ceti, il che avvenne nelle Cortes, le quali, confrontate con gli “operosi” Stati generali francesi del 1789, culla dell'Assemblea costituente, non possono dunque essere considerate solo all'ombra della stessa. Le Cortes operano, attraverso la modifica della legge di successione, il cambiamento di una legge fondamentale del regno: e non si tratta di una questione di scarsa rilevanza.

Pur nella lontananza dagli avvenimenti di Parigi, le Cortes vengono convocate da Carlo IV per ripristinare l'ordine successorio stabilito dalle *Partidas* (2, 15, 2) – testo di leggi del XIII secolo e vigente fino all'epoca della codificazione ottocentesca²⁸ – abrogato da Filippo V con un *Auto Acordado* nel 1713 volto a introdurre la legge salica nonostante l'opposizione delle Cortes sul punto. E la mancata pubblicazione, per volontà di Carlo IV, della *Pragmatica* contenente la decisione dalle Cortes del 1789, che abrogava la legge salica di successione al trono con il conseguente ripristino dell'ordine delle *Partidas* (che ammetteva le donne alle successione), avrebbe portato, quarant'anni dopo, a gravi conseguenze.

La tardiva pubblicazione della *Pragmatica*, avvenuta solo nel 1830 da parte di Ferdinando VII²⁹, favorirà infatti la figlia di questi, la futura Isabella II, nata in quello stesso anno, che la storia conoscerà come la “regina bambina”, a discapito del fratello di Ferdinando VII, Don Carlo, aspirante al trono di Spagna con il nome di Carlo V e rappresentante di quella fazione *partidaria* di uno spirito più vicino all'assolutismo; fazione quest'ultima contrapposta a quella liberale *isabelina*, che, abbandonate le istanze più democratiche, troverà nell'equi-

²⁵ Gli stessi lavori erano coperti dal segreto e dal riserbo che avrebbero dovuto tenere i vari *procuradores* delle trentasette comunità castigliane e aragonesi. Segretezza che portò a che la *convocatoria* non venisse pubblicata nella *Gaceta*: cfr. Prieto, *Las Cortes de 1789* cit., p. 6.

²⁶ Diffusamente Longares Alonso, *Las últimas Cortes* cit., in particolare pp. 117 sgg.

²⁷ *Ibidem*, pp. 158-159.

²⁸ Vera fonte sostanziale anche per la stessa codificazione civile di inizio Ottocento oltre che per quella della Luisiana.

²⁹ Il quale manterrà una condotta contraddittoria sul punto fino a tutto del 1832.

librio dei poteri, legato alla tradizione e cristallizzato nell'*Estatuto Real* del 1834, una propria matrice costituzionale³⁰.

Della modifica della legge di successione introdotta nel 1789 non fecero cenno nemmeno le compilazioni giuridiche³¹. Di certo tale segretezza, pur coprendo tutti i lavori delle Cortes, non avrebbe potuto comprendere le innovazioni della *ley agraria*, questione già aperta sotto Carlo III, altro tema importante dei lavori degli Stati Generali spagnoli.

Circa la modifica della legge di successione³² (che può considerarsi nel novero delle *leyes fundamentales* a differenza di quella agraria), la segretezza è da ritenersi attribuibile anche ai fatti rivoluzionari francesi, se si guarda a ragioni di politica internazionale³³, giacché “rispondere” a tali accadimenti rappresentava una priorità pressante³⁴. Poiché, va aggiunto, la questione della successione al trono francese, tra le prime trattate dalla Assemblea Costituente, interessò gli ambienti di governo spagnoli per il legame parentale tra le due case regnanti dei Borbone: il ramo di Spagna, infatti, poteva vantare un diritto alla successione più prossimo rispetto a quello della Casa di Orléans.

Queste, dunque, le risposte dei *procuradores* del 1789 davanti agli accadimenti rivoluzionari francesi, dei quali avevano avuto notizia nonostante la stretta censura.

Le Cortes riunite a Madrid vennero chiuse in modo precipitoso (23 ottobre) a un mese dalla loro apertura, risultando più consona alle esigenze delle singole *ciudades* e *villas* – questa fu la giustificazione – una semplice rappresentazione dei bisogni da parte di ogni singola comunità. Forse si temeva una *extralimitación* dei poteri dei *procuradores*, secondo le parole di Gómez Arce. Ne dubita tuttavia Herr³⁵. E sono poche sul punto le fonti, almeno quelle ufficiali.

Va in ogni caso sottolineato come il tema della *legalidad fundamental* sia stato oggetto dei lavori delle Cortes, le quali, al pari di quel mondo di cui sono lo specchio, danno una loro “risposta” al 1789 francese, seguendo la strada del *dispotismo ilustrado*, che trae una prima identità proprio dall'assolutismo settecentesco francese. L'originale via spagnola configura un punto di unione tra diversi momenti dell'Antico Regime, che tuttavia non sembra più apparire *tout court* quel mondo del “così come è sempre stato”. Tutto questo è dovuto, *in primis*, al fervore culturale del Settecento spagnolo, ma anche a quegli anni che sembrano segnare un “sonno” della Spagna sulla scena europea, nel ventennio che va dal 1789 all'invasione napoleonica della Penisola

³⁰ Tomás y Valiente, *Manual* cit., p. 442.

³¹ Longares Alonso, *Las últimas Cortes* cit., p. 162.

³² Dovuta ad una pluralità di cause (*ibidem*, pp. 159-161), tra cui la disposizione dell'Auto Acordado del 1713 in base alla quale il re spagnolo non poteva essere nato fuori dai confini patrii; lo stesso Carlo IV era nato nel 1748 a Napoli.

³³ Cfr. F. Lorenzana de la Puente, *La representación política en el Antiguo Régimen. Las Cortes de Castilla, 1655-1834*, tesi dottorale, Universidad de Extremadura, 2010, II, pp. 227-229.

³⁴ Prieto, *Las Cortes de 1789* cit., pp. 9-10.

³⁵ Menéndez Pidal, *Historia de España* cit., p. 458.

iberica³⁶. In questo periodo, in realtà, vengono a formarsi in Spagna un *back-ground*, un *ideario*, una realtà non meramente e sordamente controrivoluzionari.

Sistema giuridico, quello spagnolo, che manterrà per tutto il secolo XIX (e mantiene ad oggi) il fascino di un ordinamento composito al suo interno, con il suo mosaico di *fueros*, le cui molteplici accezioni giuridiche ne segnano la varietà e la ricchezza. Tutto questo è stato recentemente confermato nel nuovo quadro politico della costituzione del 1978, che configura un «assetto sostanzialmente federo-regionale»³⁷, con forti devoluzioni del potere normativo primario alle Comunità autonome (artt. 143 sgg.).

Segno questo – si vuole concludere sottolineandolo – che la posizione ancillare della “Spagna del diritto” rispetto ad altri sistemi giuridici, per usare le parole di Mario Ascheri³⁸, non ha certo più ragione d’essere.

³⁶ La stessa posizione di Carlo IV perderà l’originaria durezza di Floridablanca: subentreranno posizioni di ben diverso segno dei successivi esponenti di governo (Scandellari, *Da Bayonne a Cadice* cit., pp. 30-36).

³⁷ G. De Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, Padova 1999, p. 705.

³⁸ Ascheri, *Premessa* cit.

La via giudiziaria all'eugenetica?

di Faustino de Gregorio

La legge sulla procreazione medicalmente assistita, votata a larga maggioranza dal parlamento italiano il 19 febbraio 2004, sopravvissuta al referendum popolare del 12 e 13 giugno 2005, recentemente è stata oggetto di diversi provvedimenti giudiziari che, di fatto, sono intervenuti sul divieto giuridico di impiego della diagnosi genetica pre-impianto, contemplato all'art. 13, ribadito dalle Linee guida ministeriali del 22 luglio 2004, emanate ai sensi dell'art. 7 della legge *de qua*.

Come è noto, l'art. 13, comma 2 della citata legge n. 40 del 2004 stabilisce che la ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione umano è consentita a condizione che si perseguano finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche a essa collegate, volte alla tutela della salute e dello sviluppo dell'embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative. Il comma 3 della medesima disposizione vieta, inoltre, espressamente la produzione di embrioni umani a fini di ricerca o di sperimentazione, ogni forma di selezione a scopo eugenetico degli embrioni e dei gameti ovvero interventi che, attraverso tecniche di selezione, manipolazione o comunque tramite procedimenti artificiali, siano diretti ad alterare il patrimonio genetico dell'embrione e del gamete ovvero a predeterminarne caratteristiche genetiche: l'unica eccezione è costituita dagli interventi aventi finalità diagnostiche e terapeutiche volte alla tutela della salute e dello sviluppo dell'embrione. L'art. 14, comma 5 prevede che i soggetti che accedono alla procreazione medicalmente assistita siano informati sul numero e, su loro richiesta, sullo stato di salute degli embrioni prodotti e da trasferire nell'utero materno.

Le Linee guida ministeriali del 22 luglio 2004, emanate ai sensi dell'art. 7 della legge n. 40 del 2004, stabilivano originariamente che «ogni indagine relativa alla salute degli embrioni creati in vitro, ai sensi dell'art. 14, comma 5 dovrà essere di tipo osservazionale», escludendo quindi le tecniche di diagnosi pre-impianto, che vanno al di là di una mera osservazione al microscopio, essendo eseguite mediante tecniche invasive che presuppongono il prelievo di cellule.¹

¹ Sulla questione della diagnosi di pre-impianto, il tribunale di Catania, con la sentenza del 3 maggio 2004, aveva dichiarato palesemente infondata l'eccezione di incostituzionalità della legge n. 40/2004 per una presunta violazione degli artt. 2, 3 e 32 della Costituzione, respingendo la richiesta di una coppia di coniugi (portatori sani di beta-talassemia) di impiantare solo embrioni sani: «gli ovuli fecondati vanno impiantati, anche se c'è il rischio che possano essere portatori di malattie genetiche». La predetta ordinanza può essere anche letta nella rivista «Il diritto ecclesiastico», 115 (2004), 3, pp. 283-299 con il commento di C.M. Pettinato, *I nuovi orizzonti giuridici della tutela dell'embrione*, pp. 299-311.

Con la sentenza n. 398 del 2008 il Tribunale amministrativo regionale del Lazio² ha invece dichiarato illegittime per eccesso di potere le suddette Linee guida nella parte in cui vietano la diagnosi pre-impianto³.

Nella sentenza in parola è evidenziato che

Le Linee guida impugnate, sulla base di quanto previsto dall'articolo 7 della legge n. 40 del 2004, hanno come finalità l'indicazione delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita e non possono svolgersi su un terreno diverso da quello procedurale loro assegnato, come è la definizione dell'embrione, cioè il prodotto del concepimento umano nella fase di formazione degli organi al quale riconoscere il ruolo di "persona" e, conseguentemente, riconoscere la tutela giuridica approntata dall'ordinamento. La definizione di embrione allo scopo appena detto, stante la non definitività del livello di conoscenza raggiunto dalla scienza biologica sul punto, non può competere a un'Autorità amministrativa quale è quella che ha adottato l'impugnato provvedimento né essere disciplinata da un regolamento, per di più ministeriale, quale è, appunto, l'atto censurato, ma appartiene, in quanto espressione di una scelta di discrezionalità politica, al legislatore.

Non solo. Il giudice amministrativo ritiene che

per quanto riguarda l'ambito oggettivo di delimitazione della disciplina della procreazione medicalmente assistita, il potere relativo non possa che competere al legislatore, con la conseguenza che, se quest'ultimo nella sua ampia discrezionalità politica ha stabilito di consentire interventi diagnostici sull'embrione per le finalità prima espresse, questi ultimi non possono essere limitati nel senso prospettato nella norma delle Linee guida. Né vale richiamare la validità temporale delle Linee guida che nella legge n. 40 del 2004 viene limitata a tre anni. Ciò che rileva al fine del presente giudizio è l'attualità della pretesa lesione e non la futura possibilità, peraltro indimostrabile in quanto legata alla situazione futura e incerta, di un cambiamento della disposizione in atto in conseguenza dell'"evoluzione tecnico-scientifica" sul punto, che potrebbe esserci ma potrebbe anche non verificarsi nello stretto arco temporale indicato dalla norma.

Ne consegue che il giudice amministrativo, dicendo di avvalersi di una interpretazione costituzionalmente orientata della legge n. 40 del 2004, ha ritenuto di affermare la fondatezza e la legittimità della diagnosi genetica preimpianto:

per l'effetto annulla le Linee guida di cui al D.M. 21.7.2004 nella parte contenuta nelle Misure di Tutela dell'embrione laddove si statuisce che ogni indagine relativa allo stato di salute degli embrioni creati in vitro, ai sensi dell'articolo 13 comma 5, dovrà essere di tipo osservazionale.

Altresì ha sollevato anche la questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, commi 2 e 3 della legge in esame, nella parte in cui prevede per il medico la possibilità di produrre un numero di embrioni non superiore a tre e l'obbligo del contemporaneo impianto. Una norma che risulterebbe in contrasto sia con l'articolo 3 che con l'articolo 32 della Costituzione, in quanto, a fronte di una tutela dell'embrione relativa, il bilanciamento degli interessi espresso dalla norma non sarebbe proporzionale perché non terrebbe conto delle variabili quali la salute della donna, l'età, le esigenze sanitarie nel caso concreto, le specifiche cause della sterilità della coppia. Orbene, la dichiarazione di illegittimità delle Linee guida da parte del Tar Lazio, per la verità, appare *ex se* insufficiente. Il giudice ammini-

² Tar Lazio, sez. III-quater, 21 gennaio 2008, n. 398, in «Foro italiano» (2008), vol. 4, pp. 207 e sgg.

³ Si veda «Corriere della Sera», 24 gennaio 2008.

strativo, con una motivazione sintetica, elimina dal sistema giuridico il limite fissato nell'atto di normazione secondaria. La legge, se ne ricava implicitamente, permette, dunque, interventi diagnostici di tipo non osservazionali. Ma quali sono? Quali finalità possono avere? L'enigma resta, nonostante la declaratoria di illegittimità. Perché, sarà pure illegittimo il decreto ministeriale, ma la legge n. 40 del 2004 non contempla interventi diagnostici sull'embrione che non siano rivolti alla tutela della sua posizione soggettiva, nell'ambito complessivo del trattamento terapeutico volto alla fecondazione assistita.

Negli altri paesi, per esempio, molto velocemente, le regole in materie sono molte diverse: così avremo che nel Regno Unito è permessa, esclusivamente a titolo gratuito, la donazione dei gameti, così come in Spagna⁴ previo rimborso spese per la donatrice e/o donatore, come pure in Belgio dove la donazione è permessa sia per le coppie come per i singoli, e anche in Francia è consentita purché la coppia però sia convivente da oltre due anni. In Norvegia è autorizzata la donazione del seme maschile solo in casi di acclarata malattia genetica e anche per sterilità, e inoltre, è ammessa la selezione preventiva del sesso in caso di trasmissibilità femminile; anche in Grecia è possibile la donazione dei gameti e per i donatori è garantito l'anonimato con l'eccezione che la persona nata, in caso di necessità, ha facoltà di accedere ai dati riservati. In Svizzera la donazione dei gameti è consentita alla sola coppia regolarmente sposata e i dati del donatore non sono coperti da anonimato così da essere conosciuti con il compimento della maggiore età. Anche in Danimarca è consentita la donazione di gameti e l'accesso ai dati è possibile sono in presenza di gravi malattie genetiche trasmissibili oppure per problemi che non consentono la nascita di un figlio; mentre in Svezia è ammessa la donazione di gameti a condizione che la coppia sia regolarmente sposata e convivente (e, comunque, ci si deve sempre rivolgere a una struttura pubblica; nel caso di procreazione artificiale eterologa, è necessario il consenso espresso del compagno).

Per ritornare alle situazioni di casa nostra, vale la pena di ricordare che i tribunali di Cagliari e Firenze, già prima della esaminata sentenza del Tar Lazio, avevano emesso decisioni analoghe. La sentenza del tribunale di Cagliari del 24 settembre 2007⁵ ha accolto il ricorso di una coppia infertile di portatori sani di beta-talassemia, che si era sottoposta a un trattamento di fecondazione *in vitro*, il quale aveva condotto a una gravidanza non andata a buon fine perché la madre, durante il periodo di gestazione, scopriva che il feto era affetto dalla malattia ereditaria e ciò la faceva cadere nelle maglie della depressione, rendendo necessario l'aborto. Successivamente, la coppia decideva di sottoporsi nuovamente al trattamento di fecondazione assistita e, poiché la donna era ancora affetta da depressione, condizionava il trasferimento dell'embrione *in vitro* all'esecuzione della diagnosi genetica pre-impianto sul medesimo, per scongiurare appunto l'impianto di un embrione malato. La struttura sanitaria rifiutava di procedere alla diagnosi gene-

⁴ In «Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica» <www.statoechurchiese.it> (ottobre 2010) è stato pubblicato un corposo saggio a firma di M.J. Parejo Guzmán dal titolo *Rivendicazione dell'autonomia del malato: l'esercizio del diritto alla libera disposizione*, pp. 1-34.

⁵ Tribunale di Cagliari, 24 settembre 2007, in «Foro Italiano» (2007), 1, p. 3245 sgg.

tica in ottemperanza alla legge n. 40 del 2004 e congelava temporaneamente l'embrione prodotto *in vitro*. Questi i fatti.

La sentenza *de qua* parte dal presupposto che la legge n. 40 del 2004 non contenga un esplicito divieto della diagnosi genetica pre-impianto ma che, anzi, intenda bilanciare, al pari della legge n. 194 del 1978, la salute della donna e la vita dell'embrione. Il tribunale di Cagliari precisa, inoltre, che il divieto alla selezione eugenetica dei gameti e degli embrioni (art. 14) non varrebbe nel caso in esame, dal momento che una selezione effettuata per salvaguardare la salute della madre non rientrerebbe nella definizione propria di eugenetica. Il giudice sardo è arrivato a questo risultato dopo aver compiuto un bilanciamento di interessi costituzionalmente rilevanti:

In questo specifico caso, infatti, il necessario bilanciamento degli interessi costituzionalmente garantiti impone un'opzione interpretativa dei dati normativi che, rendendo ammissibile la diagnosi pre-impianto, assicuri un'adeguata tutela del diritto della futura gestante a esprimere un consenso consapevole in ordine al trattamento sanitario ancora in itinere (impianto in utero dell'embrione prodotto *in vitro*), essendo un'esaustiva informazione sullo stato di salute degli embrioni destinati all'impianto indispensabile, oltre che nella prospettiva di una gravidanza pienamente consapevole, in funzione della necessaria tutela della salute gestazionale della donna, come ampiamente argomentato prima.

È spontaneo chiedersi: questo compito non è riservato forse alla Corte Costituzionale? Forse è il caso di ricordare quanto aveva precisato il tribunale di Catania, nel 2004⁶, allorché, nel rigettare la richiesta di diagnosi genetica pre-impianto (anche allora si trattava di due soggetti beta-talassemici) evidenziò l'aberrazione con cui

si confondono gli interessi del figlio "desiderato" con quelli del figlio che concretamente verrà in essere, in ipotesi malato, e, per giustificare la concreta lesione degli interessi del figlio – reale – che concretamente verrà in essere, si invoca l'esigenza di tutelare la salute del figlio "desiderato" che, diversamente da quello che realmente si sacrificherà, è entità virtuale, del tutto astratta, esistente solo nella rappresentazione mentale dei suoi aspiranti genitori (...) Sicché, si dà l'impressione suggestiva di voler tutelare la salute del figlio, ma siccome il figlio tutelato non è quello reale, ma quello virtuale, non si difende in realtà alcun figlio, ma la propria volontà di averne uno conforme ai propri desideri, sacrificando a questo obiettivo, per tentativi successivi, tutti i figli reali difformi che venissero nel frattempo.

La finalità della legge n. 40 del 2004, individuata dall'art. 1, è quella di

favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana mediante il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito.

Cosa si ricava da tale definizione? Pochi, semplici dati. Si ricava innanzitutto che la procreazione medicalmente assistita è un trattamento terapeutico, volto alla cura dell'infertilità e della sterilità, che in questo trattamento, del quale destinatario fondamentale è la donna, è coinvolto anche il concepito inteso e definito quale altro soggetto, i cui diritti e interessi devono essere considerati e bilanciati. Concepito che, nella esaminata sentenza del tribunale di Cagliari, appare essere

⁶ Tribunale di Catania, Sez. I, ordinanza 3 Maggio 2004, <<http://www.giappichelli.it/appendici>>.

soggetto perdente. Anzi si può pure dire che nelle pronunce degli ultimi anni l'embrione o il concepito perdano sempre.

Nella stessa direzione della sentenza sarda si colloca pure l'ordinanza del tribunale di Firenze del 17 dicembre 2007⁷, che accoglie la domanda di una coppia sterile (con l'aggiunta per la donna di essere affetta da malattia genetica irreversibile denominata esostososi multipla ereditaria), che aveva ricevuto il rifiuto della struttura sanitaria per l'espletamento della diagnosi pre-impianto in virtù della normativa vigente che consentiva solo una diagnosi di tipo osservazionale. In questa ordinanza il giudice adito tra l'altro precisa che alcun divieto contiene la legge n. 40 del 2004:

La interpretazione ha un riferimento sicuro nel dato testuale laddove nell'art. 13 si regola la sperimentazione sugli embrioni umani avendo quindi a cura il porre dei limiti (sui quali tra l'altro la comunità scientifica e anche sociale si è espressa con disaccordo) alla ricerca scientifica, mentre nell'art. 14 si è inteso regolare la fecondazione assistita singolarmente attuata delimitando il numero di embrioni da creare e disponendo in materia di trasferimento nell'utero della donna. Inoltre l'art. 14 al comma V prevede la possibilità dei soggetti della coppia di informarsi dello stato di salute degli embrioni. Ora è evidente che tale informazione non può essere collegata a una fatua curiosità dei futuri genitori, ma deve evidentemente essere posta in relazione alla necessità che i trattamenti terapeutici siano accompagnati dalla informazione necessaria a esprimere il necessario consenso (né qui importa richiamare la ampia giurisprudenza della S.C. che si è formata sul punto) come d'altra parte espressamente previsto dall'art. 4 lett b) e dall'art. 6 (...in ogni fase di applicazione delle tecniche di procreazione...); ancora, la informazione deve essere ancorata alle disposizioni contenute nella legge 194/1978 due volte richiamata all'interno dello stesso art. 14. (comma 1: È vietata la crioconservazione e la soppressione di embrioni, fermo restando quanto previsto dalla legge 22 maggio 1978, n. 194. Ai fini della presente legge sulla procreazione medicalmente assistita è vietata la riduzione embrionaria di gravidanze plurime, salvo nei casi previsti dalla legge 22 maggio 1978, n. 194).

Secondo il giudice toscano sarebbe illogico negare la diagnosi pre-impianto, per poi dovere ricorrere post-impianto a una interruzione della gravidanza, giustificata dallo stato di salute anche psicologico della donna. Il richiamo, anche in questo caso, è agli articoli 32 e 3 della Costituzione:

tutela della salute di cui all'art. 32 cost. (non può essere ignorato il richiamo della Corte Costituzionale alla tutela prioritaria del già nato rispetto al feto: v. per tutte Corte cost., 18/02/1975, n. 27 "Il danno o pericolo conseguente al protrarsi di una gravidanza può essere previsto, ma non è sempre immediato e non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita, ma anche alla salute della madre che è già persona, e quello dell'embrione che persona deve ancora diventare") e infine la necessità di salvaguardare la pari dignità di uomo e donna (art. 3, I comma), impedendo quello che autorevole dottrina ha definito come la legislazione in ordine al corpo della donna come "luogo pubblico", contro e oltre il suo privato convincimento, depongono per la lettura dell'art. 14 nel senso indicato. Deve quindi ritenersi che la diagnosi pre-impianto sia assolutamente legittima.

Per questi motivi, il giudice designato ha ordinato alla struttura convenuta

di procedere alla diagnosi genetica pre-impianto degli embrioni creati tramite fecondazione in vitro dei gameti di C.S.A. e P.G. e di trasferire in utero solo gli embrioni sani o portatori sani rispetto alla patologia di cui soffre la C., con crioconservazione degli embrioni malati sino all'esito della tutela di merito, il tutto secondo le migliori regole della scienza in relazione alla salute della madre.

⁷ Tribunale di Firenze, 17 dicembre 2007, in *Foro it.*, I, 2008, p. 632 e ss.

E alla fine siamo giunti alla sentenza n. 151 del 1 aprile 2009 della Corte Costituzionale⁸. Secondo la Corte, il limite legislativo del numero di embrioni impiantabili finirebbe per compromettere il principio dell'autonomia responsabile del medico oltre al fatto che

La previsione della creazione di un numero di embrioni non superiore a tre, in assenza di ogni considerazione delle condizioni soggettive della donna che di volta in volta si sottopone alla procedura di procreazione medicalmente assistita, si pone, in definitiva, in contrasto con l'art. 3 Cost., riguardato sotto il duplice profilo del principio di ragionevolezza e di quello di uguaglianza, in quanto il legislatore riserva il medesimo trattamento a situazioni dissimili; nonché con l'art. 32 Cost., per il pregiudizio alla salute della donna – ed eventualmente, come si è visto, del feto – ad esso connesso.

Da qui la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 2, della legge n. 40 del 2004 limitatamente alle parole «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre», in accoglimento parziale della questione prospettata dal tribunale di Firenze. Rimane, quindi, in vigore la parte della disposizione (comma 2) secondo cui «Le tecniche di produzione degli embrioni, tenuto conto dell'evoluzione tecnico-scientifica e di quanto previsto dall'articolo 7, comma 3, non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario».

Le risultanze dell'analisi pre-impianto, specie in situazioni di rischio per la futura madre, dovrebbero quindi rientrare a pieno titolo nell'ambito delle condizioni prognostiche sulla cui base viene medicalmente valutato il numero “necessario” di embrioni da formare e da trasferire all'interno dell'utero della paziente:

L'intervento demolitorio mantiene, così, salvo il principio secondo cui le tecniche di produzione non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario, secondo accertamenti demandati, nella fattispecie concreta, al medico, ma esclude la previsione dell'obbligo di un unico e contemporaneo impianto e del numero massimo di embrioni da impiantare, con ciò eliminando sia la irragionevolezza di un trattamento identico di fattispecie diverse, sia la necessità, per la donna, di sottoporsi eventualmente ad altra stimolazione ovarica, con possibile lesione del suo diritto alla salute.

In virtù di tale ragionamento la Corte Costituzionale

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 2, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), limitatamente alle parole «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre»; dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 3, della legge n. 40 del 2004 nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, come stabilisce tale norma, debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna; dichiara manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, comma 1, della legge n. 40 del 2004, sollevata, in riferimento agli artt. 3 e 32, primo e secondo comma, della Costituzione, dal tribunale ordinario di Firenze, con ordinanza r.o. n. 323 del 2008; dichiara manifestamente inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'articolo 6, comma 3, della legge n. 40 del 2004, sollevate, in riferimento agli artt. 3 e 32 della Costituzione, dal tribunale ordinario di Firenze con ordinanza r.o. n. 323 del 2008 e, in riferimento agli artt. 2, 3, 13 e 32 della Costituzione, dallo stesso tribunale con ordinanza r.o. n. 382 del 2008; dichiara manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 14, comma 4, della legge n. 40 del 2004, sollevata, in riferimento agli artt. 2, 3, 13 e 32 della Costituzione, dal tribunale ordinario di Firenze, con ordinanza r.o. n. 382 del 2008.

⁸ Corte Costituzionale, sentenza 1 aprile 2009, n. 151, in <www.cortecostituzionale.it>.

Dunque, la domanda che gli addetti ai lavori si pongono è la seguente: è mutato il contenuto della legge n. 40 dopo l'intervento della Corte Costituzionale? A dire il vero mi sembra di poter dire che i principi fondamentali siano rimasti pressoché inalterati. In che cosa è consistito allora l'intervento del giudice costituzionale? Insomma, si è limitato a dichiarare incostituzionale il comma 3 dell'articolo 14 della legge, laddove non prevedeva la subordinazione del trasferimento degli embrioni in utero a una rigorosa tutela della salute della donna e a rimuovere la conclusione del comma 2 del medesimo articolo 14, sì da consentire (eventualmente) la formazione in vitro di più di tre embrioni e sì da rimuovere (eventualmente) il dovere del medico di procedere «ad unico e contemporaneo impianto» nell'utero della donna degli embrioni creati in provetta. Anzi la Corte Costituzionale ha tenuto a ribadire che sono proprio le norme di buona pratica clinica e la più elementare consapevolezza deontologica a dimostrare che la tutela della salute è sempre e comunque un dovere primario del medico. E non ha assolutamente cancellato le altre norme a tutela dell'embrione, con la conseguenza che sono proprio i medici a dovere ponderare e bilanciare la soluzione migliore nell'ambito di una procedura di fecondazione assistita.

Rimane però aperto e irrisolto un grande problema: il giudice delle leggi non dice cosa fare degli embrioni non utilizzati. Come pure resta senza soluzione il problema della disparità di trattamento fra coppie portatrici di malattie geneticamente trasmissibili a seconda che siano sterili oppure fertili, considerato che, allo stato, solo le prime hanno accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, e pertanto solo a esse sarebbe data la possibilità di non trasmettere ai figli i propri geni malati.

Non è sbagliato dire, oggi, che alla luce della recente elaborazione giurisprudenziale, il nostro ordinamento giuridico presenta tre diverse ipotesi di interruzione della gravidanza: a) interruzione della gravidanza nei primi novanta giorni (art. 4, legge 194/1978), consentita quando la prosecuzione della gravidanza determinerebbe per la futura madre un «serio pericolo per la sua salute fisica o psichica»; b) l'interruzione della gravidanza oltre i primi novanta giorni (art. 6, legge 194/1978), «quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna»; c) e l'interruzione del trattamento di fecondazione assistita prima dell'impianto dell'embrione (articoli 13 e 14 legge 40/2004), accordata sul presupposto dell'accertata presenza di malattie genetiche dell'embrione che costituirebbe *ex se* rischio per la salute della madre, come esercizio di un diritto soggettivo alla completa informazione sul trattamento medico.

Scopo della legge n. 40 del 2004 sarebbe, dunque, non solo «curare» l'infertilità e la sterilità, ma anche garantire, prima dell'impianto, la selezione degli embrioni sani, cioè non portatori di malattie genetiche, temperando il diritto alla salute psichica della donna e l'interesse a nascere del concepito e evitando l'interruzione volontaria di gravidanza post-impianto. Ma il tenore letterale dell'articolo 13 in questione, a ben vedere, non dice proprio così, non dice che è possibile un intervento diagnostico con l'obiettivo di accertare malattie incurabili dell'embrione, e in conseguenza di ciò, impedirne l'impianto. Delle due, l'una: o si impe-

disce, con una formula chiara, l'impianto dei soli embrioni la cui malattia genetica determina «sia il rischio di una prosecuzione patologica della gravidanza sia il rischio di aborto spontaneo» oppure è sufficiente la presenza della malattia genetica per opporre il rifiuto all'impianto. E il rifiuto, in questa seconda ipotesi, è totalmente discrezionale, sganciato da ogni bilanciamento e di fatto eugenetico. Come è noto, la legge n. 194 del 1978 si applica quando una gravidanza è già in corso, mentre la legge n. 40 del 2004 contempla una fattispecie diversa, l'impossibilità di riuscire a ottenere una gravidanza naturale e, quindi, il ricorso alla fecondazione assistita. Ma soprattutto la legge 194/1978 si applica a casi di gravidanze "indesiderate", mentre nel caso della fecondazione in vitro sono proprio le coppie a voler generare l'embrione. Come si può dire poi che l'embrione generato con tanti sforzi, una volta venuto all'esistenza, provochi un danno alla salute della futura madre (che magari già sa di essere portatrice di una malattia genetica) tale da legittimare la soppressione, è una cosa che va tutta spiegata e giustificata.

Sul punto è necessario ricordare anche la recente sentenza del tribunale di Bologna del 29 giugno 2009⁹, che pure ha ordinato a un centro di procreazione assistita di Bologna di procedere con la diagnosi genetica sugli embrioni alla luce della sentenza resa dalla Corte Costituzionale n. 151 del 1 aprile 2009:

La diagnosi preimpianto costituisce, appunto, un esame compiuto allo scopo di proteggere la futura gestante, scongiurando il pericolo per la sua salute che può provenire dalla presenza di malattie o di malformazioni del feto, come nel caso che ci occupa.

Secondo la pronuncia in esame, la diagnosi genetica di pre-impianto su di un embrione è legittima:

nel caso della "diagnosi pre-impianto" viene in rilievo il rapporto tra l'aspettativa di vita dell'embrione e il diritto alla salute della madre genetica: tale conflitto non può dirsi risolto dalla l. 40/2004 a favore dell'embrione, se solo si pone mente al fatto che la legge, all'art. 14, comma 5, prevede il diritto della coppia di chiedere informazioni sullo stato di salute degli embrioni prodotti e da trasferire nell'utero, informazioni certamente determinanti per decidere se accettare o rifiutare il trasferimento posto che la presenza di gravi malattie genetiche dell'embrione, portata a conoscenza della donna, potrebbe spingere quest'ultima a proteggere la propria integrità fisica e psichica della gestante.

Ed è altresì legittimo, secondo il giudice bolognese, accedere alla fecondazione assistita anche per le coppie non sterili:

negare la diagnosi medica pre-impianto significherebbe costringere la donna a prendere una decisione non informata e inconsapevole, in ordine al trasferimento in utero degli embrioni formati, con il rischio di mettere in pericolo la propria salute. D'altronde il divieto di diagnosi pre-impianto pare irragionevole e incongruente col sistema normativo se posto in parallelo con la diffusa pratica della diagnosi prenatale, tecnica altrettanto invasiva del feto, rischiosa per la gravidanza, ma perfettamente legittima in quanto avente la funzione di tutelare la maternità e la salute del feto.

La procedura di diagnosi genetica pre-impianto deve dunque essere ritenuta «ammissibile come il diritto di abbandonare l'embrione malato e di ottenere il solo trasferimento di quello sano». L'ordinanza dispone inoltre che si proceda

⁹ Tribunale Bologna 29 giugno 2009, in <www.italialaica.it>.

«previa diagnosi preimpianto di un numero minimo di 6 embrioni», che il medico esegua i trattamenti «in considerazione dell'età e del rischio di gravidanze plurigemellari pericolose» provvedendo al congelamento «per un futuro impianto degli embrioni risultati idonei che non sia possibile trasferire immediatamente e comunque di quelli con patologia».

L'ordinanza che abbiamo appena ricordato ha suscitato non poche severe critiche. Con tale provvedimento il tribunale di Bologna ha dichiarato ammissibile la diagnosi prima dell'impianto, estendendo l'applicazione della tecnica addirittura a coppie non sterili, con ciò sollevando forti perplessità sia nel campo giuridico che nel mondo sociale. L'ordinanza in esame, infatti, ha accolto il ricorso di una coppia fiorentina che si era rivolta a un centro diagnostico di Bologna, in seguito al parto di un bambino affetto da distrofia di Duchenne. Per il secondo figlio la coppia voleva evitare il dolore delle complicazioni ma il centro diagnostico aveva rifiutato la diagnosi pre-impianto dell'embrione¹⁰. La novità consiste proprio nella possibilità concessa alle donne non sterili di accedere alla diagnosi pre-impianto.

Trattasi di eugenetica? La bioetica laica e quella cattolica, ovviamente, valuteranno in termini opposti la decisione del giudice bolognese. Di certo, però, l'ordinanza in commento, che ammette il ricorso alle tecniche di fecondazione assistita senza il previo requisito della infertilità o sterilità della coppia, contraddice lo spirito della legge n. 40 del 2004. Per dare certezza giuridica agli operatori del diritto occorre che il Legislatore intervenga prontamente.

Ma proprio mentre scriviamo queste pagine ecco che il tribunale di Firenze, muovendo dalle recenti determinazioni della Corte di Strasburgo¹¹ che si era pronunciata condannando l'Austria per palese violazione della CEDU, ha evidenziato più di un dubbio sul divieto della fecondazione eterologa rinviando la questione alla Corte Costituzionale. In sostanza i giudici del tribunale di Firenze hanno sollevato eccezioni di costituzionalità in ordine all'articolo che proibisce alle coppie sterili l'impiego per la fecondazione di gameti, sia donati che a pagamento (quindi ovociti o spermatozoi), appartenenti a donne o a uomini estranei: «il Giudice ha riconosciuto le istanze mosse dalla coppia dopo aver rilevato profili di manifesta irragionevolezza del divieto assoluto di Pma eterologa per l'evidente sproporzione mezzi-fini; di illegittima intromissione del legislatore in aspetti intimi e personali della vita privata» (cfr. sentenza del tribunale di Firenze, ottobre 2010). Insomma, viene messo in discussione tutto l'apparato della legge n. 40 del 2004 che abbiamo appena analizzato in questo articolo e che ora la Consulta dovrà nuovamente valutare. E sulla stessa scia del tribunale di Firenze¹², si è pronunciato anche quello di Catania in data 21 ottobre 2010¹³ rinviando all'esame della Consulta il divieto di fecondazione eterologa. Il caso è stato sollevato da una coppia che si era rivolta al tribunale di Catania in quanto la donna, a causa di una forma di menopausa pre-

¹⁰ La sentenza del tribunale di Bologna con alcuni commenti possono essere letti in <<http://www.italialaica.it/cgi-bin/news/view.pl?id=010117>>.

¹¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. I, sentenza S.H. e altri v. Austria, n. 57813/2000, in <www.rivistaaic.it>.

¹² Tribunale di Firenze, ordinanza del 29 marzo 2013, in <www.penalecontemporaneo.it>.

coce, aveva gravissimi problemi di fertilità. E ancor più di recente, il tribunale di Milano che, con ordinanza depositata il 29 marzo 2013¹⁴ chiede alla Consulta di pronunciarsi sulla legge n. 40 del 2004 e in particolare sul divieto dell'eterologa, in quanto lede il principio di eguaglianza tra le coppie, il diritto alla salute e, cosa ancor più grave, il diritto fondamentale di ogni coppia di autodeterminarsi, come anche sempre il tribunale di Firenze che appena lo scorso 24 aprile¹⁵ ha rinviato la legge alla Consulta sollevando questione di legittimità per la parte che vieta appunto l'eterologa. Insomma: la discriminazione delle coppie infertili.

Con questo ulteriore rinvio ai Giudici delle Leggi penso sia tempo ormai che si rivedano le norme in ordine al divieto della eterologa soprattutto quando questo divieto tende a discriminare una coppia in ragione «del grado di sterilità» (*sic!*).

Ciò che fa specie, comunque, è l'assenza, nei casi presi in esame, di una qualche soluzione legislativa, che autorizzi sempre più spesso i tribunali a intervenire nei campi che hanno a motivo i destini della vita come pure della morte. A tacer d'altro, da ultimo, basterebbe ricordare l'ordinanza del tribunale di Milano del 2/02/2011¹⁶, del tribunale di Catania del 13/04/2013¹⁷ nonché l'ordinanza della Corte Costituzionale del 7/06/2012, n. 150¹⁸. Inoltre, sul punto, vanno segnalate le ultime decisioni della Corte Europea dei diritti dell'Uomo del 28/08/2012¹⁹ e, più recentemente, dell'11/02/2013²⁰ con cui viene respinto il ricorso del governo italiano contro il provvedimento del 28/08/2012.

L'ultimo intervento della Corte Costituzionale inerente la legge 40 sulla fecondazione assistita destinato a mutare per sempre i destini di molte coppie sterili è del 9 aprile 2014 che giudica illegittimo il divieto della "eterologa", accogliendo di fatto i ricorsi presentati dai Tribunali di Milano, Firenze e Catania.

È tempo, allora, di definire in modo chiaro e assoluto lo statuto giuridico dell'embrione e del concepito piuttosto che "irritarsi" del prestigiosissimo riconoscimento del Nobel per la medicina a Robert Edwards scomparso all'età di 87 anni il 10 aprile del 2013, che già nel 1968, dopo aver reso fertile il primo ovulo in laboratorio, nel 1978, a distanza di dieci anni, realizza ciò che la mente umana non avrebbe mai sognato di raggiungere aprendo scenari nuovi, inesplorati in campo medico, la nascita di un figlio in provetta: Louise, da Lesley e John Brown.

Se, come da più parti reclamato, sussistono diritti anche in capo a persone che non nascono e non muoiono da un punto di vista biologico (come per esempio le società oppure gli enti e si potrebbe continuare), allora anche l'embrione e il feto debbono essere rispettati.

¹³ Tribunale di Catania, ordinanza del 21 ottobre 2010, in <www.affidamentocondiviso.it>.

¹⁴ Tribunale di Milano, ordinanza del 29 marzo 2013 in <www.penalecontemporaneo.it>.

¹⁵ Tribunale di Firenze, ordinanza del 24 aprile 2013 in <www.altalex.it>.

¹⁶ Tribunale di Milano, ordinanza del 2 febbraio 2011, in <www.rivistaaic.it>.

¹⁷ Tribunale di Catania, ordinanza del 13 aprile 2013, in <www.neldiritto.it>.

¹⁸ Corte Costituzionale, ordinanza del 7 giugno 2012, n. 150 in <www.penalecontemporaneo.it>.

¹⁹ Corte Europea dei diritti dell'uomo, Sez. II, 28 agosto 2012, sentenza Costa e Pavan v. Italia, in <www.governo.it>.

²⁰ Corte Europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 11 febbraio 2013, in <www.governo.it>.

Società multietnica, dialogo interreligioso e integrazione sociale

di Tiziana Di Iorio

1. *Flussi migratori, cultura e religione*

Il crescente incremento dei flussi migratori – nel trasformare la società italiana in uno scenario assai variegato – sia sotto il profilo socio-culturale, sia sotto il profilo religioso, induce alla riorganizzazione degli assetti normativi dell'intero ordinamento. Ciò che, in particolare, s'impone è la ridefinizione delle identità soggettive in considerazione delle istanze provenienti dalle differenti culture¹, in uno spirito di accoglienza e solidarietà. Se, in tal guisa, il multiculturalismo² deve condurre all'interculturalismo³, vale a dire a una società dove le singole identità culturali non si giustappongano ma siano ragione stessa di condivisione e, finanche, preziosa opportunità di biunivoco arricchimento, la sfida principale attiene al riconoscimento della dignità dell'altro senza confusione e/o rinuncia alla propria originalità, nella compartecipazione a principi e valori comuni.

Nella delineata dinamica, le molteplici petizioni provenienti da patrimoni culturali, regole e costumi diversi, devono trovare il giusto accoglimento attraverso efficaci e adeguati modelli d'integrazione. L'obiettivo s'incarna, in particolare, nella creazione delle condizioni necessarie per garantire, a tutti quelli che vivono nel territorio italiano, pari opportunità nei diversi settori della vita sociale, nell'assoluta esclusione di qualunque gerarchia tra gruppi etnici e nel

¹ Per uno studio sulla particolare questione v., per tutti: *Significato e dignità dell'uomo nel confronto interculturale*, a cura di C. Cunegato, Y. D'Autilia, M. Di Cintio, Roma 2013.

² Sottolinea la differenza tra multiculturalità e multiculturalismo P. Consorti, *Nuovi razzismi e diritto interculturale. Dei principi generali e dei regolamenti condominiali nella società multiculturale*, in *Intercultura, nuovi razzismi e migrazioni*, a cura di I. Possenti, Pisa 2009, p. 103. Sul tema v., per tutti: *Multiculturalismo e politiche migratorie*, a cura di G. Scidà, numero monografico «Sociologia e politiche sociali», 3 (2000); M.L. Lanzillo, *Il multiculturalismo*, Roma-Bari 2005.

³ M. Ricca, nel precisare il significato del termine "interculturale", afferma che sotto il profilo descrittivo esso «indica l'inevitabilità di una relativizzazione dei fattori culturali nel dar vita alle relazioni sociali», mentre sotto il profilo prescrittivo «viene utilizzato per indicare la creazione di un codice organico di comunicazione e di azione pratica per la gestione delle relazioni tra soggetti di diversa appartenenza culturale» (*Oltre Babele. Codici per una democrazia interculturale*, Bari 2008, pp. 8-9).

disconoscimento di qualsiasi forma di discriminazione, di emarginazione e di rifiuto. Si tratta di gestire il conflitto tra culture mediante l'approccio d'incontro/confronto con l'altro e, conseguentemente, di attenzione e riguardo dei diversi saperi, nell'individuazione di precetti giuridici che non considerino le differenze soltanto sotto il profilo della sicurezza dei cittadini ma, anche e soprattutto, in un'ottica d'inclusione per una più efficace attuazione dei diritti umani. La stringente e irrinunciabile urgenza di tutelare gli anzidetti diritti non deve essere, in sostanza, sopraffatta dal meticoloso esame delle molteplici culture e dai potenziali rischi connessi alle correlate inconciliabilità.

Né sfugge come l'identità spirituale assuma particolare rilievo nella gestione dei conflitti⁴. Il fattore religioso – nel costituire l'indissolubile legame con le proprie origini – si annovera, infatti, tra le principali cause di scontri, persino ferventi e intollerabili, nel difficile e complesso percorso aggregativo. Si tratta di un'irrinunciabile dimensione della specificità individuale che, troppe volte, induce alla negazione delle altrui convinzioni fideistiche in un atteggiamento di rifiuto, non solo della "diversità" ma, anche delle norme giuridiche e delle regole sociali con essa incompatibili.

La questione religiosa, pertanto, appalesandosi inevitabilmente nel corso del tempo, impone la dovuta considerazione nella ridefinizione delle identità, in una prospettiva di libertà e rispetto del diritto di ogni uomo di avere una propria fede religiosa o di non averla, di praticarla o non, di diffonderla e/o cambiarla e, ancora, di aggregarsi in organizzazioni confessionali. Se la libertà religiosa costituisce, del resto, un principio base di tutti gli ordinamenti democratici, al quale la normativa italiana – pur in una concezione di Stato laico – riconosce un ruolo positivo nella vita collettiva, nemmeno può trascurarsi l'importanza che assume il dialogo tra le diverse identità religiose⁵.

La Conferenza dei Ministri dell'Interno dell'Unione europea ha posto al centro dei suoi lavori il dialogo interreligioso proponendo l'elaborazione di una carta europea del dialogo interreligioso e della coesione sociale⁶. Ne è seguita, in Italia, l'istituzione di un primo tavolo di confronto, denominato «Consulta dell'Islam italiano»⁷, volto a offrire suggerimenti sulle problematiche d'integra-

⁴ Gestione del conflitto «significa in buona sostanza saperlo trasformare. Trasformare vuol dire privarlo della carica distruttiva» (P. Consorti, «Hanno ragione tutti!». *Profili di gestione dei conflitti interculturali ed interreligiosi*, in P. Consorti, A. Valdambrini, *Gestire i conflitti interculturali ed interreligiosi. Approcci a confronto*, Pisa 2009, p. 12).

⁵ Sottolinea che il dialogo religioso presuppone l'abbattimento degli ostacoli che non lo rendono possibile in un approccio relazionale E. Coccia, *Per un dialogo tra le religioni*, Roma 2013.

⁶ Cfr. la *Dichiarazione sul dialogo interreligioso e sulla coesione sociale* adottata dal Consiglio dei Capi di Stato e di governo dell'Unione Europea il 12 dicembre 2003: <www.interno.gov.it/mininterno/export/sites/default/it/sezioni/sala_stamp/parole/notizie/europa/notizia_18926.html>.

⁷ Cfr. D.M. 10 settembre 2005, *Istituzione presso il Ministero dell'Interno della Consulta per l'Islam italiano*, in G.U., 26 novembre 2005, n. 250. Critica lo strumento della Consulta P. Consorti, per il quale tale scelta deriva dall'insufficienza del modello bilaterale basato sulle intese e dalla preoccupazione di «favorire e controllare la dinamica del raccordo intraslamico, potendolo così guidare nella direzione auspicata dal governo» (*Nuovi razzismi e diritto interculturale* cit., pp. 113-114).

zione dei mussulmani viventi nel Paese e a consolidare valori condivisi, in armonia con i principi dell'ordinamento⁸. Ciò posto, le peculiari problematiche connesse alla multiculturalità e il correlato intento di riassumere ed esplicitare i principi fondamentali del nostro ordinamento – sia nei confronti dei cittadini italiani, sia con riferimento agli immigrati – hanno indotto alla successiva apertura del dibattito ad altre comunità religiose presenti nel territorio ed all'istituzione di un Comitato scientifico⁹ per l'elaborazione della «Carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione», il cui carattere programmatico per l'azione del Ministero dell'Interno¹⁰ è stato evidenziato nella stessa nota di accompagnamento del testo definitivo¹¹.

2. Primi passi nel percorso di inclusione sociale alla luce della Carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione

La «Carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione»¹² costituisce uno

⁸ Afferma che i principi e diritti costituzionalmente garantiti «svelano, secondo una generale "precomprensione", l'identità (culturale) dello Stato, i suoi valori, in una parola la sua idea di "Giustizia"» V. Baldini, *Diritto, pluralismo culturale, costituzione. La prospettiva storico-filosofica quale "precomprensione" per l'interpretazione dei "valori" costituzionali*, in «www.dirittofondamentali.it», 2012, 1, p. 4.

⁹ Al Consiglio scientifico – istituito con Decreto del Ministro dell'Interno del 13 ottobre 2006 – è stato attribuito il compito di «elaborare, proporre e promuovere le più opportune iniziative per la conoscenza e la diffusione della *Carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione* nella società italiana e nel mondo dell'immigrazione; elaborare e predisporre ulteriori documenti che, in coerenza con la *Carta*, costituiscano strumento di orientamento per l'integrazione degli immigrati in diversi settori della vita sociale; ricercare e studiare, anche sulla base dell'esperienza di altri Paesi europei, forme e modalità che agevolino l'armonica convivenza delle comunità degli immigrati e religiose nella società italiana, nel rispetto della Costituzione e delle leggi della repubblica» (*Scheda informativa sulla Consulta dell'Islam italiano e sulla Carta dei Valori*, a cura di N. Ziliotto, in «Jura Gentium. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale», disponibile in <www.juragentium.org/topics/islam/it/consulta.htm#>).

¹⁰ Dal 10 marzo 2012 è entrato in vigore un nuovo criterio previsto – per lo straniero che chiede il permesso di soggiorno – dall'Accordo d'integrazione, ai sensi dell'art. 4 bis del Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero (D.Lgs 286/1998) e relativo regolamento D.P.R. del 14 settembre 2011 n. 179 in G.U., 11 novembre 2011 n. 263. V. *infra* § 2.

¹¹ Tale documento è stato approvato con Decreto del 23 aprile 2007, in G.U., 15 giugno 2007, n. 137. Per approfondimenti v.: <www.governo.it/GovernoInforma/Dossier/decreto_carta_valori/index.html> e la scheda editoriale su *Le iniziative relative alla Carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione*, in <www.interno.it/mininterno/export/sites/default/it/sezioni/sala_stamp/prefetture/_carta_dei_valori_prefetture/0891_2007_12_17_diario_iniziativa_carta_valori.html>.

¹² La Carta dei valori si compone di sette sezioni nelle quali si sottolineano i principi che segnano la tradizione culturale ed i valori fondamentali che sono alla base dell'ordinamento italiano. In particolare, nel ribadire il rispetto della dignità umana e dell'uguaglianza tra cittadini e immigrati, si enucleano una serie di diritti-doveri tra i quali quelli attinenti ai diritti sociali, al diritto alla salute, al lavoro, all'istruzione, all'informazione, alla famiglia ed alle nuove generazioni, alla laicità ed alla libertà religiosa in un percorso teso alla promozione della pace, dei diritti umani e dei principi di democrazia. Per uno studio sulla relazione tra Costituzione e Carta dei Valori v. tra gli altri: A. Bordi, *La Costituzione italiana informa i principi della Carta dei Valori*, in «Amministrazione civile», 2007, pp. 32 sgg.; C. Cardia, *Carta dei valori e multiculturalità alla prova della Costituzione*, in «Quaderni di giustizia», 2008, pp. 125-142; il testo è pubblicato anche in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica» <www.statoeChiese.it>, dicembre 2008, pp. 1-17; E. Cheli,

strumento di raccordo e di orientamento¹³ per le questioni concernenti l'immigrazione¹⁴, alla cui realizzazione hanno contribuito rappresentanti di diverse comunità religiose presenti in Italia¹⁵. Essa è stata enucleata sulla base della Carta costituzionale e delle principali Convenzioni internazionali ed europee, tratteggiando un apprezzabile impegno dello Stato italiano nel difficile e complesso cammino d'integrazione¹⁶.

Nell'attuale metamorfosi socio-culturale, provocata dalla migrazione di varie etnie, l'anzidetta Carta è stata indirizzata alla più agevole costruzione di un comune tessuto valoriale nel quale, i differenti patrimoni e le diverse esigenze confessionali, confluiscono all'arricchimento di un unico e più ampio concetto di uguaglianza. Si tratta dell'individuazione di valori partecipati, finalizzata a favorire l'eufonica coesistenza tra i variegati gruppi fideistici, nella configurazione di uno Stato che mette al primo posto la "persona" in quanto tale.

Senonché, proprio perché la Carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione riproduce principi e valori costituzionali, essa ha suscitato molteplici

Dalla Costituzione alla Carta dei valori, in *Dalla Costituzione alla Carta dei Valori. Esperienze didattiche laboratoriali*, a cura di F.P. Firrao, A. Moreni, C. Picchi, Firenze 2009, pp. 9-14; N. Colaiani, *Una Carta post-costituzionale? (A proposito di una recente iniziativa in tema di integrazione dei migranti)*, in «Questione giustizia», 2007, pp. 637-645.

¹³ Per ciò che attiene al profilo giuridico il Decreto del Ministro dell'Interno del 23 aprile 2007 precisa: «il Ministro dell'Interno, nell'esercizio delle sue attribuzioni, si ispira alla *Carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione*, orientando le relazioni con le comunità degli immigrati e religiose al comune rispetto dei principi della Carta dei valori, nella prospettiva dell'integrazione e della coesione sociale». In particolare il documento in questione svolge «un ruolo di orientamento e di indirizzo dell'azione del Ministero dell'Interno nell'ambito dell'immigrazione e del ruolo delle comunità religiose» (*Carta dei valori della cittadinanza e dell'immigrazione, Introduzione*, commento a cura di C. Cardia, in <www.interno.gov.it/mininterno/export/sites/default/it/assets/files/14/0839_2007_07_10_Breve_commento_alla_Carta_dei_valori_def.pdf+cardia+carta+dei+valori+introduzione&cd=1&hl=it&ct=clnk&gl=it>, p. 4). Per V. Baldini alla *Carta dei Valori* «è stata accordato un profilo giuridico tutto sommato abbastanza modesto» (*Diritto, pluralismo culturale, costituzione* cit., p. 8). N. Colaiani sostiene che tale documento «aspira ad avere una valenza giuridica, sia pure in senso lato, tanto per la pubblica amministrazione quanto per i cittadini (immigrati)» ed attribuisce alla Carta «il valore di una proposta di contratto per adesione, rispetto alla quale l'autonomia confessionale, o comunque contrattuale della comunità, si risolve esclusivamente nella libertà di concludere o di non concludere alle condizioni date» (*Alla ricerca di una politica del diritto sui rapporti con l'Islam (Carta dei valori e Dichiarazione d'intenti)*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica» <www.statoechiese.it>, gennaio 2009, rispettivamente pp. 5-6 e p. 2).

¹⁴ Lo Stato italiano è stato tra i primi Paesi ad elaborare uno strumento atto a favorire il processo di integrazione degli immigrati. Un primo passo, in tal senso, è stato fatto dalla Francia con il "Contrat d'accueil" nella prospettiva di concedere la cittadinanza dopo un preciso percorso teso all'integrazione degli immigrati.

¹⁵ Il predetto Consiglio – presieduto dal Prof. Carlo Cardia – ha proceduto alla consultazione di numerosi esponenti di associazioni e organizzazione operanti nel campo dell'immigrazione, delle comunità religiose maggiormente presenti nel territorio, nonché, dei rappresentanti della Consulta per l'Islam italiano presso il Ministero dell'Interno.

¹⁶ «In realtà l'obiettivo di studio e di integrazione rimane ancora l'Islam italiano» afferma Colaiani, *Una Carta post-costituzionale?* cit., p. 1. Tale considerazione deriverebbe dal contenuto di alcune norme «mirate», dalla «qualità specifica di esperti di Islam propria di ben quattro dei cinque componenti il comitato», nonché «dall'occasione dell'iniziativa» promossa a seguito di alcune vicende che hanno coinvolto «esponenti pubblici e fedeli islamici» (*ibidem*).

perplexità, reputandosi inopportuna e insidiosa la “reiscrizione” degli stessi in un altro documento sia «perché nel traslocarli dalla Carta costituzionale ad un'altra Carta se ne può perdere qualche pezzo, impoverendoli se non proprio frantumandoli»¹⁷, sia perché «accostandoli – esse che naturalmente non hanno fattispecie – in concreto ad una fattispecie determinata, li si circoscrive, li si definisce, li si rende esclusivi (...) insomma li si trasforma in regole, da principi che erano»¹⁸. Perciò, «continuando (...) a presentarli come valori e mischiandoli tuttavia con precetti concreti, di portata limitata, si elevano queste regole a valori costituzionali: il che cospira verso l'annullamento della distinzione tra principi e regole, cioè tra Costituzione e legge»¹⁹. Ma, «se basta la Costituzione, allora sono inutili le Carte internazionali sui diritti umani, le Convenzioni sui diritti civili e sociali, sulla non discriminazione della donna, e tante altre leggi e documenti che approfondiscono e specificano i principi costituzionali»²⁰.

La Carta dei valori, invero, si configura come strumento di raccordo che assurge, principalmente, a finalità chiarificatrici per l'immigrato. Esso, nel riprodurre con termini semplici principi e valori della società d'accoglienza, favorisce lo sviluppo di una più assennata partecipazione al tortuoso e complesso percorso d'integrazione di chi si trova nel Paese. Sì che, la lodevole finalità del documento – indirizzato al coinvolgimento delle comunità religiose nella costruzione di una società coesa e integrata – incarna un eloquente messaggio, la mano tesa verso la soluzione condivisa dei problemi che la multiculturalità comporta in una prospettiva di dialogo, di scambio e di apertura all'accoglienza della “diversità”. Perciò esso va accolto con plauso, benché i principi cardine della Costituzione non richiedano condivisione alcuna, essendo *ex se* vincolanti per quanti vivono in Italia. Né la mancata adesione a siffatto strumento esonera dall'osservanza dei medesimi valori-principi costituzionali. L'anzidetta Carta effigia, in sostanza, la bussola che orienta chi intende stabilir-

¹⁷ Colaiani, *Una Carta post costituzionale?* cit., p. 3. In particolare, riscrivendosi i valori di cui alla Costituzione italiana negli articoli della Carta, non predisponendo un mero rinvio ad esse, «i principi costituzionali si riducono solo a base di numerose asserzioni ed esemplificazioni. Operazione quant'altra mai pericolosa quando si è alle prese con principi costituzionali» (*ibidem*, p. 2). *Contra* C. Cardia, per il quale la Carta dei valori ha confermato «il significato più autentico della Carta costituzionale» che, peraltro, «ha saputo (...) proiettarsi nel futuro» riuscendo a dare risposte «a problemi che all'epoca non erano prevedibili» (*Carta dei valori e multiculturalità* cit., p. 2). In senso critico si è espresso anche P. Consorti per il quale la Carta si appalesa come «fattore scriminante» per chi non vi aderisce (*Nuovi razzismi e diritto interculturale. Dei principi generali e dei regolamenti condominiali nella società multiculturale*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica» <www.statoechiese.it>, ottobre 2009, p. 17).

¹⁸ Colaiani, *Una Carta post costituzionale?* cit., p. 3.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Cardia, *Carta dei valori e multiculturalità* cit., p. 4. In particolare l'A. sostiene che il considerare inutile la Carta dei Valori per il suo contenuto che ripropone valori già vigenti nel nostro ordinamento «nasconde (...) una posizione agnostica e immobilistica per la quale ognuno può dire e fare ciò che vuole, perché ogni opinione è legittima. Perché è vero che la nostra Costituzione è tra le più belle del mondo, ma tutti la invocano per giustificare gli orientamenti più diversi» (*Presentazione della Carta dei Valori*, in <www.interno.gov.it/mininterno/export/sites/default/it/assets/files/15/0853_PONTIFICIO_ISTITUTO_DI_STUDI_ARABI_E_D.pdf>, p. 1).

si nel territorio dello Stato e farne parte integrante, nella preoccupazione di salvaguardare, da un lato, gli imprescindibili valori del popolo italiano, dall'altro, le istanze dei nuovi interlocutori. E, se nemmeno le azioni del Ministero dell'Interno necessitano di essere orientate da un documento che enuncia i principi già posti a fondamento, non solo del nostro ordinamento ma, finanche, di quello internazionale, ciò che rileva è l'obiettivo fondamentale di un progetto unico nella ridefinizione delle identità.

La Carta dei Valori ha già dato un indicativo esito con la *Dichiarazione d'intenti per la federazione dell'Islam italiano*²¹ – elaborata in prospettiva di un'aggregazione federativa islamica, moderata e pluralista – con cui si è riconosciuta sia la necessità di «parlare con voce unitaria e proporre le esigenze dei musulmani allo Stato e alle Istituzioni»²², sia l'esigenza di negare qualsiasi forma di fondamentalismo ed intolleranza. Se, in tal guisa, l'anzidetta Carta è posta «al centro delle relazioni tra lo Stato e le comunità dell'immigrazione»²³, alla sua divulgazione ed osservanza ha recentemente contribuito l'Accordo di integrazione – emanato ai sensi dell'art. 4 bis del Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero (D. Lgs 286/1998) e relativo regolamento di cui al D.P.R. 179/2011, in vigore dal 10 marzo 2012²⁴ – sì che, il cittadino non comunitario che inoltra richiesta di soggiorno, deve dichiarare di aderirvi e di rispettarne i principi.

3. *Dignità umana e dialogo interreligioso: presupposti essenziali del processo d'integrazione*

La soluzione delle questioni inerenti all'immigrazione non può prescindere dal rigoroso rispetto della dignità umana e dei fondamentali diritti di ciascun individuo. Perciò la libertà religiosa – spesso minata dalla diversità culturale dei migranti – è stata oggetto di particolare considerazione nella Carta dei Valori. Essa ne ha ribadito l'attuazione attraverso l'esplicito divieto di discriminazione nella vita sociale per ragioni fideistiche²⁵, nella proibizione di violazione dei principi di libertà e dei diritti della persona «nel nome di alcuna religione»²⁶, come pure, nella inibizione di ogni forma di violenza o istigazione alla violenza comunque motivata dal proprio credo²⁷. Tali enunciazioni appaiono particolarmente eloquenti se si considera che molti conflitti sociali e giudiziari sono stati generati dalle anzidette questioni. Sì che, la libertà religiosa – individuale e collettiva –

²¹ Il testo è stato sottoscritto il 13 marzo 2008.

²² Dichiarazione d'intenti per la Federazione dell'Islam italiano, in <www.interno.gov.it/mininterno/export/sites/default/it/assets/files/15/0679_DICHIARAZIONE_DI_INTENTI.pdf>, p. 1.

²³ *Ibidem*.

²⁴ L'obiettivo è di offrire agli immigrati uno strumento concreto nel percorso di integrazione sulla base della conoscenza della lingua, della cultura e dei principi civici italiani.

²⁵ Cfr. art. 20.

²⁶ Art. 22.

²⁷ *Ibidem*.

è riaffermata come diritto di ogni persona – cittadino o straniero – e finanche delle comunità religiose²⁸, nel contestuale riconoscimento del contributo positivo che le religioni recano alla collettività e nell'irrepressibile intento di «valorizzare il patrimonio morale e spirituale di ciascuna di esse»²⁹.

A ben riflettere, il diritto di avere una fede religiosa o di non averla, il diritto di essere praticante o non praticante, il diritto di diffondere il proprio credo convincendo altri e/o di cambiarlo, nonché il diritto di unirsi in organizzazioni confessionali, nella piena libertà di culto e nell'adempimento di prescrizioni fideistiche che non contrastino «con le norme penali e con i diritti degli altri»³⁰, inevitabilmente si correlano all'esigenza di favorire – pur in uno Stato laico – il dialogo interreligioso «per far crescere il rispetto della dignità umana, e contribuire al superamento di pregiudizi e intolleranza»³¹. In tal guisa, se l'apprezzamento delle convinzioni religiose di tutti costituisce la piattaforma da cui partire, i differenti orientamenti fideistici non possono rappresentare fattore di divisione umana³², né i relativi segni e simboli religiosi possono essere considerati offensivi per alcuno³³. E, se le «forme di vestiario che coprono il volto»³⁴ sono state reputate inaccettabili, è soltanto perché esse – nell'impedire il riconoscimento della persona – ostacolano i rapporti con gli altri, coinvolgendo finanche questioni di sicurezza: nulla a che fare con il misconoscimento del diritto di libertà religiosa e di coscienza.

Né si può ignorare la ripercussione del fenomeno religioso sulle questioni familiari. Il concetto di famiglia monogamica – come società naturale fondata sul matrimonio e sull'uguaglianza tra diritti e doveri dei coniugi – non sempre è condiviso da chi proviene da realtà sociali – profondamente differenti nelle convinzioni religiose, negli usi e nei costumi – in cui il sistema tradizionale si radica nella poligamia e/o nei matrimoni concordati – persino tra bambini in tenera età – e nella totale egemonia nei confronti delle donne e dei figli. Talune comunità straniere/religiose, in particolare, a causa di rigorose tradizioni fideistiche, negano il diritto dei propri familiari di cambiare religione, non riconoscono la parità delle donne, né ammettono il diritto del minore di auto-

²⁸ Cfr. art. 20.

²⁹ Cfr. art. 21.

³⁰ Cfr. art. 23.

³¹ Art. 21.

³² Cfr. art. 25.

³³ La questione dei simboli religiosi ha generato diversi conflitti per la ritenuta offesa nei confronti dei non religiosi e degli appartenenti alle altre concezioni fideistiche. In dottrina sul particolare tema v., per tutti: *Simboli religiosi e pratiche religiose nell'Italia multiculturale*, a cura di A. De Oto, Roma 2010; *Simboli e comportamenti religiosi nella società globale*, a cura di M. Parisi, Napoli 2006 (Quaderni degli Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi del Molise, 5); C. Cardia, *Il simbolo religioso e culturale*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica» <www.statoechiese.it>, luglio 2012, pp. 1-23.

³⁴ Art. 26. In dottrina, sul particolare tema, v., per tutti: M. Ardita, P. Niglio, *L'uso del burqa in Italia: tra esigenze di identificazione e istanze religiose*, in «Stato civile italiano», 2011, n. 2 pp. 17 sgg., n. 3 pp. 19 sgg.; C. Cardia, *Dire sì o no al burqa: una scelta di valore ineludibile*, in «Libertà civili», 2010, pp. 61 sgg.

determinarsi nella scelta del credo più confacente alla sua indole, negando totalmente i principi di libertà. Perciò, oltre alla libertà religiosa, ci si è preoccupati di rimarcare – nel percorso aggregativo intrapreso con la Carta dei valori – l’uguaglianza nella dignità e nei diritti tra uomo e donna «fuori e dentro la famiglia»³⁵, confermando un ruolo più attivo del giovane adolescente nella formazione della sua stessa identità.

Del pari confermata l’importanza dell’educazione, «strumento necessario per la crescita delle nuove generazioni»³⁶ e principale compito della cellula familiare. Essa deve tendere allo sviluppo dell’individuale personalità della prole «che, realizzandosi anche nell’incontro con altri giovani e nella partecipazione alle attività sociali»³⁷, deve essere basata sull’osservanza dei fondamentali diritti di libertà. La formazione di una personalità equilibrata e armonica costituisce una legittima aspettativa del minore³⁸ ed è inevitabilmente correlata al suo diritto-dovere di frequentare la scuola dell’obbligo³⁹ – a prescindere dalla provenienza etnica, culturale e/o dalle convinzioni fideistiche – in un progetto scolastico che agevolando il suo inserimento attivo nella società⁴⁰, non trascuri lo sviluppo della sua persona, l’acquisizione dei diritti fondamentali, l’educazione alla legalità, le relazioni amichevoli, il rispetto nei confronti di qualsiasi forma di vita e, finanche, la condivisione degli stessi valori e la conoscenza della religione di appartenenza in una prospettiva pluralistica ed interculturale⁴¹. E, se la scuola è, in special modo, chiamata a promuovere l’integrazione tra i ragazzi e l’abbattimento dei pregiudizi in un percorso di crescita comune che escluda ogni forma di discriminazione⁴², l’autodeterminazione del minore ha trovato esplicita conferma nell’opzione dell’insegnamento religioso attribuita sia ai genitori – nel loro diritto di indirizzare la formazione spirituale della prole – sia al minore stesso⁴³.

Né, nel percorso aggregativo individuato dalla Carta dei Valori, sono stati trascurati altri diritti sociali (es. al lavoro, alla salute), nell’irrinunciabile intento di superare la distinzione tra cittadini e immigrati e consentire a tutti coloro che vivono nel territorio di fruire dei medesimi diritti e soggiacere agli stessi doveri. L’adesione a tali enunciazioni ancorate ai principi e valori universali della nostra Costituzione, evidenzia l’importanza di un modello da non sottovalutare o sminuire. Ciò che, in particolare, rifugge è l’esplicitata disponibilità a comprendere più profondamente il significato di detti valori e principi – ben-

³⁵ Art. 4.

³⁶ Art. 16.

³⁷ Art. 19.

³⁸ Nella disciplina italiana il diritto all’educazione da parte del minore è consacrato sia nell’art. 30 Cost., sia nell’art. 147 c.c. siccome modificato dal d.lgs. 23 dicembre 2013 n. 154.

³⁹ In una tale prospettiva, l’art. 11 richiama «il dovere di ogni genitore, italiano o straniero, (di) sostenere i figli negli studi, in primo luogo iscrivendoli alla scuola dell’obbligo, che inizia con la scuola primaria fino ai 16 anni».

⁴⁰ Cfr. art. 11.

⁴¹ Cfr. art. 12.

⁴² Cfr. art. 13.

⁴³ *Ibidem*.

ché, spesso, estranei alle tradizioni culturali, sociali e normative della terra d'origine degli aderenti della Carta – e, soprattutto, ad accoglierne consapevolmente gli effetti, nel correlato impegno dello Stato di promuovere e agevolare l'inserimento sociale di chi è intenzionato a vivere in Italia.

Né, d'altro canto, l'inclusione sociale degli immigrati può viaggiare su un binario parallelo rispetto a quello dei cittadini. Sì che un confronto religioso-culturale, aperto e libero, si assume essenziale e inevitabile per la creazione di una piattaforma comune da cui partire nella costruzione di una società partecipata⁴⁴. L'anzidetto dialogo, infatti, nell'accogliere tutte le esperienze di cui i soggetti sono portatori, contribuisce alla reciproca comprensione e al vicendevole rispetto delle opinioni fideistiche, sollecita dinamiche di positiva convivenza e di coesione sociale ed incarna, al tempo stesso, idoneo ed efficace strumento di pace. Esso, aiuta a rinforzare i legami superando le differenze e le diffidenze, agevola la comprensione della cultura italiana in chi ne è, spesso, estraneo, facilita la conoscenza delle difficoltà connesse alla realtà di provenienza, attribuisce il giusto rilievo all'immigrato in quanto individuo, dà voce alle sue esigenze e favorisce la sua attiva partecipazione alla vita sociale, economica e culturale del Paese.

Si tratta di un punto di partenza che, pur segnando il passo ad un cammino ancora lungo ed impervio, esprime la via maestra per il superamento delle insidiose ed inaccettabili barriere dell'intolleranza e dell'inciviltà costituendo, finanche, tappa obbligata per una crescita sociale che mai potrebbe altrimenti realizzarsi.

⁴⁴ C. Cardia precisa come la Carta dei valori sia «fondata sulla fiducia nei valori enunciati dalla Costituzione, nei diritti della persona, sulla convinzione che valori e diritti costituzionali hanno valenza universale» (*Carta dei valori e multiculturalità* cit., p. 5).

Il crimen magiae nelle fonti normative austriache

di Maria Rosa Di Simone

1. Introduzione

La ricerca sulla storia della stregoneria in area tedesca ha conosciuto negli ultimi decenni un notevole sviluppo e nel suo ambito i territori asburgici hanno rivestito un ruolo rilevante. Il quinto centenario della pubblicazione del *Malleus maleficarum* (1487) ha senza dubbio contribuito in modo significativo a risvegliare l'attenzione per questo tema che già tra la seconda metà dell'Ottocento e gli inizi del Novecento era stato reso oggetto di interesse¹. In particolare, la creazione in Austria di un gruppo di lavoro formato da esponenti di varie discipline e specificamente dedicato all'argomento, l'*Arbeitskreis Interdisziplinäre Hexenforschung*, ha impresso nuovo impulso all'impegno scientifico promuovendo incontri di studio, indagini approfondite, raccolte di materiali inediti, attività di elaborazione e interpretazione di dati. In tale contesto è stata varata nel 1995 anche una collana di pubblicazioni che costituisce uno strumento importante per incentivare la ricerca e diffonderne i risultati².

Qualche problema metodologico è emerso nella definizione dell'ambito territoriale preso in considerazione dagli studiosi. Esso è ampio e corrisponde in linea di massima ai territori facenti parte della Monarchia asburgica, tuttavia di solito comprende anche alcuni ordinamenti che allora erano autonomi, come il principato vescovile di Salisburgo. Il termine "austriaco" è utilizzato in questi lavori convenzionalmente per indicare sia zone facenti parte della attuale Repubblica Austriaca, sia zone in passato inserite nell'Impero ma oggi apparte-

¹ F. Bischof, Chr. D'Elvert, *Zur Geschichte des Glaubens an Zauberer, Hexen und Vampyre in Mähren und oesterr. Schlesien*, Brünn 1859; W.G. Soldan, H. Heppe, *Geschichte der Hexenprozesse*, 2 voll., Stuttgart 1880 (ristampa a cura di S. Ries, Kettwig, 1986); L. Rapp, *Die Hexenprozesse und ihre Gegner in Tirol, Brixen 1891*²; F. Byloff, *Das Verbrechen der Zauberei (crimen magiae). Ein Beitrag zur Geschichte der Strafrechtspflege in Steiermark*, Graz 1902; F. Byloff, *Die Land- und peinliche Gerichtsordnung Erzherzog Karls II. für Steiermark vom 24 Dezember 1574; ihre Geschichte und ihre Quellen*, Graz 1907; F. Byloff, *Hexenglaube und Hexenverfolgung in den österreichischen Alpenländern*, Berlin-Leipzig 1934.

² *Österreichische Hexenforschung. Publikationen des Österreichischen Arbeitskreises für interdisziplinäre Hexen- und Magieforschung*.

nenti ad altri Stati. La scelta terminologica che, come è stato osservato, talvolta risulta inesatta e anacronistica, mira a semplificare e rendere più immediata l'esposizione, mantenendo tuttavia la piena consapevolezza della complessità della dibattuta questione relativa al concetto di Austria³.

Il carattere composito dell'Impero si riflette nei risultati degli studi che hanno puntato a ricostruire le vicende dei vari territori con l'obiettivo finale di ricomporre un quadro d'insieme articolato ma coerente⁴. Ne è risultato un insieme di notizie e di informazioni che hanno arricchito notevolmente le conoscenze ed evidenziato alcune linee di sviluppo peculiari dei domini austriaci. Si è accertato ad esempio che mentre nel resto dell'area germanica la massima intensità della persecuzione si è verificata tra il 1560 e il 1630, in Austria essa è stata raggiunta intorno agli anni Ottanta del Seicento e in Ungheria nella prima metà del Settecento. Fra le ragioni indicate per spiegare tale differenza, un ruolo centrale è attribuito alle problematiche di vario genere seguite alla fine della guerra dei Trenta anni, quando le difficili condizioni economiche e sociali scatenarono ondate di repressione violenta dirette al contenimento delle inquietudini popolari⁵.

L'approccio scientifico alla tematica, secondo l'opinione più diffusa, è necessariamente interdisciplinare in quanto il fenomeno della stregoneria in età moderna può essere osservato da diversi punti di vista e diviene oggetto di interesse da parte di cultori di vari saperi. L'apporto degli storici del diritto, in particolare, riveste fondamentale importanza ma va incrementato poiché, come è stato notato, nel fervore di studi in questo campo, la dimensione giuridica risulta ancora scarsamente approfondita nonostante il suo indiscutibile rilievo⁶. La ricognizione delle principali fonti normative in materia di *crimen magiae* appare senza dubbio un primo indispensabile passo verso la ricostruzione di una realtà molto complessa e forma la base per ogni successiva ricerca.

³ Si vedano le considerazioni di H. Dienst, *Hexenprozesse in österreichischen Ländern. Eine Einführung*, in *Hexenforschung aus österreichischen Ländern*, a cura di H. Dienst, Wien 2009, pp. 7 sgg.

⁴ Per una panoramica sugli studi si vedano W. Behringer, *Witchcraft studies in Austria, Germany and Switzerland*, in *Witchcraft in early modern Europe. Studies in culture and belief*, a cura di J. Barry, M. Hester, G. Roberts, Cambridge 1996, pp. 64 sgg.; S. Lorenz, *Einführung und Forschungsstand: die Hexenverfolgung in den südwestdeutschen Territorien*, in *Wider alle Hexerei und Teufelswerk. Die europäische Hexenverfolgung und ihre Auswirkung auf Südwestdeutschland*, a cura di S. Lorenz, J.M. Schmidt, Ostfildern 2004, pp. 195 sgg.; S. Lorenz, *Geschichte der Hexenforschung*, ivi, pp. 485 sgg.; *Hexenforschung aus österreichischen Ländern* cit.

⁵ Un efficace e chiaro quadro di insieme è fornito in Th. Winkelbauer, *Ständefreiheit und Fürstenmacht. Länder und Untertanen des Hauses Habsburg im konfessionellen Zeitalter (Österreichische Geschichte 1522-1699)*, a cura di H. Wolfram), parte II, Wien 2003, dove il cap. VII, *Zauberei- und Hexenprozesse*, pp. 267 sgg. delinea le caratteristiche del fenomeno in area asburgica esaminandone i vari aspetti sulla base di una ampia bibliografia.

⁶ G. Jerouschek, *Die Hexenverfolgung als Problem der Rechtsgeschichte. Anmerkungen zu neueren Veröffentlichungen aus dem Bereich der Hexenverfolgung*, in «Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte», 15 (1993), pp. 202 sgg.

2. Le prime ordinanze e la *Constitutio criminalis carolina*

Gli storici sono concordi nell'individuare tra i principali problemi dell'Europa centrale durante il XV secolo quello della disastrosa condizione dell'ordine pubblico dovuta alla dilagante criminalità, alle lotte continue tra ceti e famiglie e all'arretratezza del diritto penale⁷. Fu l'imperatore Massimiliano I ad intraprendere per primo con energia il difficile compito di riordinare la giustizia e combattere la violenza privata, ridimensionando l'arbitrio dei giudici e l'autonomia degli *Stände* attraverso la fissazione di regole precise per i tribunali e i processi. A questi obiettivi miravano le sue ordinanze criminali per il Tirolo (*Malefizordnung* o *Maximilianische Halsgerichtsordnung*, 1499), e per la città di Radolfzell (1506)⁸. In entrambe la stregoneria non veniva nominata espressamente ma, secondo l'opinione unanime degli storici, era compresa nel reato di eresia, e perciò punita con il rogo come la violazione di chiese, l'incendio e la falsificazione di monete⁹.

Va ricordato al riguardo che pochi anni prima, nel territorio tirolese si era manifestata una autorevole opposizione alla persecuzione delle streghe da parte del vescovo di Bressanone Georg Golser, successore di Nicolò Cusano. L'inquisitore Institor, infatti, giunto nel 1484 a Innsbruck, aveva subito avviato un processo contro una serie di sospetti, per lo più donne, approfittando delle incertezze e della superstizione del conte Sigismondo (detto *der Münzreiche* per la sua vita dissipata e gaudente). Golser intervenne con abilità ed fermezza per ridimensionare l'iniziativa, nominando una apposita commissione che annullò il processo a causa dei vizi formali, riuscendo nel 1486 ad allontanare l'inquisitore¹⁰. Per il momento la questione fu risolta, ma l'anno dopo, come è noto, Institor e Sprenger pubblicarono il *Malleus maleficarum* che, trattando anche aspetti giuridici, influenzò fortemente la legislazione dell'area germanica nella quale il *crimen magiae* acquisì progressivamente una configurazione autonoma.

⁷ Per una visione di insieme sul diritto penale in area germanica durante quel periodo si veda E. Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, Göttingen 1995³, pp. 107 sgg. In particolare sul diritto penale austriaco cfr. H. Hoegel, *Geschichte des österreichischen Strafrechtes in Verbindung mit einer Erläuterung seiner grundsätzlichen Bestimmungen*, 2 voll., Wien 1904-1905; E.C. Hellbling, *Grundlegende Strafrechtsquellen der österreichischen Erbländer vom Beginn der Neuzeit bis zur Theresiana. Ein Beitrag zur Geschichte des Strafrechts in Österreich*, a cura di I. Reiter, Wien-Köln-Weimar 1996.

⁸ Il testo delle ordinanze è pubblicato in E. Schmidt, *Die maximilianischen Halsgerichtsordnungen für Tirol (1499) und Radolfzell (1506) als Zeugnisse mittelalterlichen Strafrechtspflege. Quellentreue Textaufgabe mit Einleitung und Erläuterungen*, Schloß Bleckede an der Elbe 1949, pp. 94 sgg., 216 sgg. Su di esse si veda anche W.E. Wahlberg, *Die maximilianischen Halsgerichtsordnungen. Ein Beitrag zur Geschichte des deutschen Strafrechts in Österreich*, in W.E. Wahlberg, *Gesammelte kleinere Schriften und Bruchstücke über Strafrecht, Strafprozess, Gefängnissskunde, Literatur und Dogmengeschichte der Rechtslehre in Österreich*, II, Wien 1877, pp. 86 sgg.

⁹ La rubrica XII della prima ordinanza e l'art. 9 della seconda sono del tutto analoghi: Schmidt, *Die maximilianischen Halsgerichtsordnungen* cit., pp. 100, 219.

¹⁰ Rapp, *Die Hexenprozesse und ihre Gegner* cit., pp. 9 sgg.; H. Benedikter, *Hexen und Zauberer in Tirol*, Bozen 2000, pp. 101 sgg.; H. Rabanser, *Hexenwahn. Schicksale und Hintergründe. Die Tiroler Hexenprozesse*, Innsbruck-Wien 2006, pp. 41 sgg.

Il fenomeno emergeva nella *Constitutio criminalis carolina* del 1532 dove alcuni articoli erano specificamente dedicati alla repressione della stregoneria. Gli storici hanno ampiamente sottolineato la grande importanza di questa legge che, dopo una lunga e difficoltosa preparazione, coronava i tenaci sforzi degli imperatori Massimiliano I e Carlo V per superare le diffidenze e le opposizioni delle forze centrifughe locali¹¹. Come è stato illustrato, essa era in gran parte ricalcata sulla *Constitutio criminalis bambergensis* del 1507 il cui principale redattore, l'umanista Johann von Schwarzenberg, pur non essendo un giurista di professione, era riuscito a realizzare un testo abbastanza ben articolato e razionale, sulla scia del diritto romano e della dottrina italiana dell'epoca¹². Tali caratteristiche furono riprese nella *Carolina* che tuttavia, rispetto al suo modello, rivestì un rilievo molto più significativo e segnò una svolta decisiva nel diritto penale tedesco in quanto si presentava come la prima legge comune a tutto il territorio imperiale sia pure con una funzione sussidiaria rispetto alle fonti locali.

Le norme riguardanti la stregoneria sono state oggetto di interpretazioni alquanto differenti. Per alcuni esse dimostrerebbero la crescente influenza esercitata sul piano giuridico dai teologi che tra la fine del Quattrocento e gli inizi del Cinquecento stavano costruendo progressivamente una nozione del reato diversa da quella romanistica in quanto basata essenzialmente sul patto con il diavolo¹³. Così, la mancanza in entrambe le costituzioni della definizione del *crimen magiae* è stata ricondotta al fatto che il concetto era ormai stato precisato dalla letteratura demonologica che fungeva da punto di riferimento anche per i giuristi, mentre nelle regole processuali sono stati rintracciati molti elementi derivanti dal *Malleus*. Secondo altri invece, le due leggi sarebbero improntate in questo campo ad un notevole equilibrio e lascerebbero trapelare il sostanziale scetticismo di Schwarzenberg che, influenzato da personaggi come Cicerone, Erasmo da Rotterdam, Francesco Ponzinibio, Willibald Pirckheimer avrebbe creato una disciplina razionale e mite¹⁴. Senza dubbio la stessa presenza di una serie di disposizioni in questa materia testimonia l'importanza inedita attribuita alla questione e alcune norme rivelano l'allarme ormai diffuso. L'art. 21 vietava di arrestare e torturare qualcuno accusato da veggenti e maghi stabilendo di

¹¹ Il testo della *Carolina* è pubblicato in *Die Carolina und ihre Vorgängerinnen. Text, Erläuterung, Geschichte*, a cura di J. Kohler, 4 voll. Halle 1900-1915, I, pp. 1 sgg. Il testo della *Bambergensis* ivi, II, pp. 1 sgg.; *Strafrecht, Strafprozess und Rezeption Grundlagen, Entwicklung und Wirkung der Constitutio Criminalis Carolina*, a cura di P. Landau, F.Ch. Schroeder, Frankfurt a. Main 1984; Schmidt, *Einführung* cit., p. 125 sgg.; *Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. und des Heiligen Römischen Reichs von 1532 (Carolina)*, a cura di F.Ch. Schroeder, Stuttgart 2000, con testo pp. 23 sgg. e ampia bibliografia pp. 198 sgg.

¹² Su di lui si veda B. Pahlmann, voce *Johann von Schwarzenberg*, in *Deutsche und europäische Juristen aus neun Jahrhunderten. Eine biographische Einführung in die Geschichte der Rechtswissenschaft*, a cura di G. Kleinheyer, J. Schröder, Heidelberg 2008⁵, pp. 379 sgg.

¹³ Byloff, *Das Verbrechen der Zauberei* cit., pp. 114 sgg.

¹⁴ M. Ströhmer, *Von Hexen, Ratsherren und Juristen. Die Rezeption der Peinlichen Halsgerichtsordnung Kaiser Karls V. in den frühen Hexenprozessen der Hansestadt Lemgo 1583-1621*, Paderborn 2002, pp. 33 sgg.

punire questi ultimi e lo stesso giudice che aveva dato credito alle loro parole. L'art. 44 stabiliva che poteva essere accusato di stregoneria e messo alla tortura chi proponesse di insegnare le arti magiche, o minacciasse di usarle, o intrattenesse rapporti con maghi, o operasse con oggetti e formule sospette, o anche solo godesse di cattiva fama in questo campo. L'art. 52 dava indicazioni circa l'accertamento del delitto attraverso una serie di domande sulle circostanze e le modalità della attività del reo, il possesso di oggetti, l'apprendimento delle pratiche, i danni causati. Tuttavia, come è stato notato, l'art. 109 della *Carolina* è lontano se non antitetico alle posizioni dei demonologi. Esso stabiliva infatti la pena di morte per chi ledeva altri con le pratiche magiche ma aggiungeva che, in mancanza di danni, il colpevole doveva essere punito secondo le circostanze e, in caso di dubbio, il giudice era tenuto a chiedere consiglio¹⁵. Il legame tra eresia e magia, ancora presente nell'art. 131 della *Bambergensis*, era qui ormai caduto aprendo la via a sanzioni più leggere. Inoltre si prendevano in considerazione le azioni nocive dei singoli soggetti anziché quelle collettive di gruppi dediti a sabba o a orge notturne e si dava rilievo alle conseguenze concrete del comportamento anziché ai presunti rapporti con il maligno, riallacciandosi al diritto romano piuttosto che alle recenti teorie elaborate in ambito ecclesiastico.

È stato affermato inoltre che il meccanismo processuale della *Carolina*, nello sforzo di differenziarsi dall'arbitrario e confusionario metodo fino ad allora in uso, risultò particolarmente razionale e moderato. Non a caso la stretta osservanza delle sue prescrizioni era insistentemente raccomandata dagli avversari della caccia alle streghe, come Johann Georg Godelmann, docente di diritto romano all'Università di Rostock¹⁶, mentre coloro che seguivano le dottrine demonologiche tendevano a dare interpretazioni libere o a mettere del tutto da parte il sistema indicato dalla legge attribuendo alla stregoneria la qualifica di *crimen exceptum* con la conseguenza che la causa doveva essere trattata secondo le regole del processo sommario¹⁷.

3. Le fonti normative successive

La costituzione imperiale fu punto di riferimento per una serie di provvedimenti locali che progressivamente integrarono e modificarono il sistema originario rendendo più dettagliata ma anche più dura la disciplina in materia. Particolarmente importante è considerata l'ordinanza penale per la Stiria emanata dal granduca Carlo II il 24 dicembre 1574 che recepì relativamente presto le impostazioni della *Carolina* riproducendola in alcune parti quasi letteral-

¹⁵ L'art. 219 precisava che il parere doveva essere richiesto ai tribunali superiori e alle facoltà giuridiche.

¹⁶ Su di lui si vedano S. Lorenz, *Johann Georg Godelmann – Ein Gegner des Hexenwahns?*, in *Beiträge zur pommerschen und Mecklenburgischen Geschichte*, a cura di R. Schmidt, Marburg/Lahn 1981, pp. 61 sgg.; Ströhmer, *Von Hexen* cit., pp. 84 sgg.

¹⁷ Ch. Larner, *Crimen exceptum? The Crime of Witchcraft in Europe*, in *Crime and the Law: the Social History of Crime in Western Europe since 1500*, a cura di V.A.C. Gatrell, B. Lenman, J. Parker, London 1980, pp. 49 sgg.

mente¹⁸. Tale è il caso degli articoli relativi alla stregoneria che ricalcavano gli stessi criteri nell'applicare della pena di morte solo in presenza di danni (parte I, art. 75), nel ritenere inaccettabili le accuse da parte dei maghi (parte I, art. 36) e nell'indicare i contenuti dell'interrogatorio (parte I, art. 47). Sebbene nella formulazione delle norme sia stata ravvisata l'attribuzione di un maggior rilievo alla fama del soggetto sospetto e quindi un aggravamento della severità, in realtà questa legge appare abbastanza mite e in effetti studi recenti hanno affermato che la persecuzione nella Stiria fu all'inizio meno violenta rispetto ad altre zone austriache ma si acutizzò soprattutto nella seconda metà del Seicento, per reazione alla grave situazione di disordine e incertezza sociale seguita alla fine della guerra dei Trenta anni¹⁹.

Nello stesso dicembre 1573 fu approvata in Tirolo una nuova ordinanza territoriale (ripubblicata nel 1603 e 1624), unitamente ad una legge di polizia nella quale era contenuto un esplicito divieto di praticare arti divinatorie o di consultare veggenti. Per i trasgressori era prevista la stessa pena della bestemmia, ma la brevità dell'articolo rivela, come è stato affermato, che in questa materia si ricorreva alla disciplina della *Carolina* ritenendola sufficiente²⁰. Tuttavia le incertezze e gli errori emergenti continuamente durante i processi indussero le autorità tirolesi a rivolgersi al giurista Volpert Mozel, docente di diritto e consigliere prima a Dillingen e poi a Innsbruck, per ottenere indicazioni precise. Egli compilò nel 1637 una *Instruction*, rimasta inedita ma di grande interesse, nella quale chiariva in forma agile ed essenziale le fasi del procedimento evidenziando nove punti da tenere presenti in special modo, per ciascuno dei quali indicava le fonti di riferimento²¹. La *Carolina* risulta sicuramente la più frequente, ma accanto ad essa figurano le opere dei giuristi Prospero Farinacci, Giulio Claro e Leonard Lessius, nonché i trattati teologici di Adam Tanner, Paul Laymann e Martino Delrio. L'autore perciò si atteneva in primo luogo alla legislazione imperiale ma la interpretava e la integrava attraverso la dottrina giuridica del suo tempo privilegiando quella italiana, come emerge dal numero di citazioni. Inoltre dava ampio spazio anche alle opinioni dei teologi fra i quali prevalevano largamente gli austriaci Tanner e Laymann, entrambi oppositori della caccia alle streghe, ma non mancava Delrio, uno dei principali rappresentanti delle teorie demonologiche. Gli storici hanno formulato pareri differenti circa la posizione di

¹⁸ *Des loblichen Fürstenthumbs Steyer Landt- und peinliche Gerichts Ordnung im MDLXXIII Jahr verbessert erlëitert, verglichen und auffgericht*, Grätz 1638. Sulle caratteristiche, la storia e le fonti di questa ordinanza si veda Byloff, *Das Verbrechen der Zauberei* cit., pp. 138 sgg.; Byloff, *Die Land- und peinliche Gerichtsordnung Erzherzog Karls II.* cit., Graz 1907.

¹⁹ E.M. Kern, *The Styrian Witch Trials: Secular Authority and Religious Orthodoxy in the Early Modern Period*, tesi di dottorato, University of Minnesota, 1995; H. Valentinitsh, *Hexen und Zauberer in der Steiermark*, a cura di M. Stepan, Graz 2004.

²⁰ Rabanser, *Hexenwahn* cit., pp. 31-32.

²¹ *Instruction und conclusiones, mit was Umbstenden die Hexen Persohnen constituiert werden Khinden*, in *Tiroler Landesarchiv, Regierung-Kopialbücher, Causa Domini*, Bd. 27, 1637-41. Su questo documento si vedano Rapp, *Die Hexenprozesse* cit., pp. 39 sgg.; Rabanser, *Hexenwahn* cit., pp. 59 sgg.

questo documento che secondo alcuni mostrerebbe una certa mitezza rispetto alla maggior parte della legislazione dell'epoca, mentre secondo altri avrebbe inasprito i metodi della persecuzione. In effetti l'acme dei processi in Tirolo si manifestò tra gli anni Trenta e Quaranta del Seicento, ma recenti ricerche hanno dimostrato che di fatto l'intensità e la durezza dei processi non subirono variazioni sensibili dopo la nuova istruzione che quindi si limitava a razionalizzare e codificare la prassi in uso²².

La *Instruction* di Mozel rivela in ogni caso, rispetto al passato, una maggiore recezione della letteratura demonologica nella giurisprudenza austriaca e questo fenomeno era destinato ad aumentare negli anni successivi. Al riguardo grande importanza rivestì l'ordinanza territoriale di Ferdinando III per la Bassa Austria del 30 dicembre 1656 (*Ferdinanda*) che realizzava un importante progresso in quanto, oltre al diritto processuale, conteneva anche quello sostanziale al quale era dedicata l'intera seconda parte²³. In essa l'art. 60 *Von der Zauberey*, senza definire il reato, esponeva in forma dettagliata gli indizi necessari ad avviare il giudizio ponendo al primo posto l'accusa o il sospetto di altri maghi, al secondo la convinzione diffusa nella comunità, al terzo l'attestazione di alcune persone insospettabili circa l'esercizio di arti divinatorie o proibite da parte del soggetto²⁴. Qui emergeva il distacco dalla *Carolina* – dove si era espressamente escluso che le denunce di maghi potessero essere accolte – e si accentuava decisamente l'importanza della fama della persona che diveniva la principale causa per iniziare l'azione contro di lei. Anche nelle norme successive traspariva la tendenza ad aderire piuttosto alla dottrina del *Malleus* che alla legge imperiale. Il giudice doveva accertare le accuse facendo attenzione che l'imputato non avesse a casa o su di sé oggetti magici pericolosi come oli, unguenti, polveri, ossa umane, candele, figure di cera con aghi infissi, ostie, cristalli, specchi, contratti con il demonio, libri. Poi il carnefice esaminava il corpo del reo anche nelle sue parti più nascoste per trovare oggetti o segni diabolici, e l'ordinanza precisava esattamente le domande da porre nei diversi casi di ritrovamento di elementi sospetti. Tassativa e dettagliata era anche la serie di questioni da appurare durante il successivo interrogatorio sotto tortura, nel quale bisognava innanzitutto chiedere se era stato concluso un patto con il demonio, in quale forma, tempo, luogo e circostanza, per quale durata e successivamente si raccoglievano informazioni sulle modalità dell'attività magica, le vittime, i danni, la disponibilità ad aiutare le persone colpite, l'apprendimento delle pratiche. Il tribunale aveva l'obbligo di controllare la veridicità delle affermazioni del reo verificando i danni su persone, animali e cose per acquisire una base certa al giudizio poiché la prova dell'acqua fredda era da considerarsi poco affidabile. La pena doveva essere proporzionata al delitto, perciò era necessario

²² Rabanser, *Hexenwahn* cit., p. 61.

²³ *Landesgerichtsordnung des Erz-Herzogthums Oestereich unter der Enns*, in *Codex Austriacus*, I, Wien 1704, pp. 659 sgg.

²⁴ *Ibidem*, pp. 688 sgg.

non solo accertare l'esistenza del patto con il demonio ma anche l'entità dei danni arrecati. L'accordo e l'unione carnale con il diavolo o l'abiura alla religione per seguire il maligno, anche in assenza di lesioni, meritavano la morte sul rogo che poteva essere mitigata con la decapitazione in caso di pentimento. I veggenti erano puniti con la morte o con la multa e l'esilio a seconda della gravità delle conseguenze provocate. Quali aggravanti del reato erano indicati la lunga durata, i danni causati a poveri o a persone autorevoli, il furto di ostie, mentre come attenuante era considerato il sincero ravvedimento manifestato prima dell'arresto.

Gli storici ritengono che le disposizioni della *Ferdinanda* potrebbero essere state influenzate da Benedikt Carpszov che in questa materia appoggiava decisamente i persecutori delle streghe sulla scia del *Malleus*, di Bodin e di Delrio contro gli scettici, in particolare Johann Weyer²⁵. Di fatto a partire dagli anni Ottanta del Seicento, questa ordinanza fu recepita come fonte sussidiaria in altri territori come il Tirolo, l'Alta Austria e l'Ungheria dando impulso alla persecuzione, ispirò leggi di polizia locali e fornì un modello alla ordinanza penale del principe vescovo di Salisburgo Max Gandolf del 1° settembre 1677. Quest'ultima divenne il punto di riferimento giuridico per il processo di massa svoltosi tra il 1675 e il 1679 che, iniziato con l'accusa di furto in chiesa contro Jakob Koller, si allargò con decine di esecuzioni di mendicanti e vagabondi riconosciuti rei di essersi consegnati al diavolo per impulso del giovane²⁶.

Anche l'importante ordinanza per l'Alta Austria emanata da Leopoldo I il 14 agosto 1675, articolata in tre parti secondo un nuovo criterio sistematico, si ispirava largamente alla *Ferdinanda* nella seconda e terza sezione, contenenti rispettivamente il diritto penale processuale e sostanziale²⁷. La stregoneria occupava nella classificazione dei reati un posto rilevante, poiché era collocata, dopo la blasfemia e prima della lesa maestà, nel lungo art. 2 che ricalcava con lievi ritocchi le disposizioni della *Ferdinanda* seguendo il medesimo ordine degli argomenti e precisando ancora più tassativamente le domande da rivolgere durante l'interrogatorio²⁸. L'accresciuta influenza della demonologia è percepibile in alcuni particolari come ad esempio nella enumerazione degli indizi sufficienti per la tortura, dove a quelli elencati nella legislazione precedente si aggiungeva l'assenza di una persona da casa nelle ore notturne senza adeguata prova della sua presenza in altro luogo²⁹.

²⁵ S. Lorenz, *Benedikt Carpszov und die Hexenverfolgung*, in *Benedikt Carpszov. Neue Perspektiven zu einem umstrittenen sächsischen Juristen*, a cura di G. Jerouschek, W. Schild, W. Gropp, Tübingen 2000, pp. 91 sgg.

²⁶ H. Nagl, *Der Zauberer-Jackl-Prozess. Hexenprozesse in Erztstift Salzburg 1675-1790*, in «Mitteilungen der Gesellschaft für salzburger Landeskunde», Teil I, 112-113 (1972-1973), pp. 385 sgg.; Teil II, 114 (1974), pp. 79 sgg.; G. Mülleder, *Zwischen Justiz und Teufel. Die Salzburger Zauberer-Jackl-Prozesse (1675-1679) und ihre Opfer*, Berlin 2009.

²⁷ *Der Römischen Kayserlichen (...) Majestät Leopoldi (...) Neue Landgerichts Ordnung des Erzherzogtums Oestereich ob der Enns*, Linz 1677.

²⁸ *Ibidem*, pp. 101 sgg.

²⁹ *Ibidem*, p. 103.

L'uniformità giuridica della caccia alle streghe veniva ulteriormente perseguita da Giuseppe I con l'ordinanza del 16 luglio 1707 per la Boemia, la Moravia e la Slesia, territori che fino a quel momento si erano basati sulle norme delle città e il ricorso sussidiario alla *Carolina*³⁰. In questa legge venivano ripresi gli elementi ormai consolidati integrandoli con qualche nuova precisazione. Il collegamento tra stregoneria e veneficio, sempre presente in passato, era evidenziato nell'art. V, § 5 dove si affidava ai medici l'indagine sulla causa della morte della vittima per stabilire se vi fosse l'intervento di arti diaboliche. I consueti indizi, dati dagli oggetti utili alle pratiche proibite e dalle circostanze sospette, erano arricchiti da altri, quali fenomeni atmosferici, disseccamento di campi, morte del bestiame, comportamenti incomprensibili, volo nell'aria (art. XIII, § 4). L'art. XIX, § 3, specificamente dedicato al *crimen magiae*, conteneva una definizione articolata di esso in quanto vi ricomprendeva espressamente molte diverse azioni quali predire il futuro, coltivare superstizioni, seppellire pentole, incatenare serrature agli alberi, gettarle in pozzi o in acqua, annodare corde, ma specificava che in ogni caso la stregoneria era un misfatto compiuto con l'aiuto evidente o nascosto del demonio. La vera essenza del delitto era data o dal patto diabolico al fine di danneggiare persone, animali e frutti della terra, o dalla abiura della fede cristiana per mettersi al servizio del maligno e avere rapporti carnali con lui. Nel primo caso si applicava la pena del rogo, e anche nel secondo (pur in assenza di danni a persone o cose) la sanzione era la stessa, ma veniva mitigata con la combustione del cadavere dopo la decapitazione se i colpevoli erano giovani e sinceramente pentiti. I veggenti e superstiziosi erano condannati a morte solo se si erano avvalsi dell'aiuto del diavolo, altrimenti, in presenza di danni lievi e ritrattazione pubblica, erano colpiti con pena arbitraria, multe, esilio o lavori forzati per un triennio. Per la stregoneria vera e propria non erano previste circostanze attenuanti ma solo aggravanti, in particolare se il reato si accompagnava a blasfemia, sacrilegio di ostie o di altri oggetti sacri.

Questa legge, pubblicata quando ormai in Europa la persecuzione delle streghe era in declino, rivela come nei territori dell'Impero l'influenza della letteratura demonologica fosse ancora molto viva. Del resto la giurisprudenza nel complesso era tenacemente legata al passato, come emerge ad es. dal commento alla *Carolina* del giurista tirolese Johann Christian Frölich von Frölichsburg, pubblicato nel 1696 ma riedito varie volte fino al 1759, che dedicava un ampio spazio alla stregoneria accogliendo le impostazioni tradizionali sulla scia del *Malleus*³¹. Soprattutto in Moravia, Slesia e Ungheria, tra la fine del Seicento e la prima metà del Settecento continuarono a fiorire le superstizioni con le conse-

³⁰ *Der Römischen Kayser (...) Majestät Josephi des Ersten Neue Peinliche Hals-Gerichts-Ordnung vor das Königreich Böhaimb, Margraffthumb Mähren und Herzogthumb Schlesien*, Prag 1708.

³¹ J.Ch. Frölich von Frölichsburg, *Commentarius in Kaiser Carl des Fünfften und des Heil. Röm. Reichs Peinliche Gerichtsordnung*, Frankfurt-Leipzig 1741, Tractatus II, l. I, tit. III, pp. 17 sgg.

guenti condanne e si diffuse con particolare intensità una credenza nella “magia posthuma” (i vampiri) che induceva a processare e punire mediante decapitazione e rogo i cadaveri dei presunti stregoni, ritenuti causa di rovine per la popolazione³².

Solo nella seconda metà del XVIII secolo si fece strada una evoluzione normativa dovuta al progressivo e deciso intervento di Maria Teresa in questo campo.

³² F. Bischof, Ch. D'Elvert, *Zur Geschichte des Glaubens an Zauberer, Hexen und Vampyre in Mähren und Oesterr. Schlesien*, Brünn 1859, pp. 62 sgg.; P. Violante, *I vampiri di Maria Teresa*, in G. van Swieten, *Vampirismus*, a cura di P. Violante, Palermo 1988, pp. 31 sgg.; G. Klaniczay, *Der Niedergang der Hexen und der Aufstieg der Vampire im Habsburgerreich des achtzehnten Jahrhunderts*, in G. Klaniczay, *Heilige, Hexen, Vampire. Vom Nutzen des Übernatürlichen*, trad. ted., Berlin 1991, pp. 73 sgg.

Il legato della legge 20 marzo 1865, all. E, e della legislazione preunitaria per la riforma del processo tributario vigente

di Andrea Giordano

Introduzione

La parabola evolutiva del processo tributario ha trovato, nel decreto legislativo 31 dicembre 1992, n. 546, un punto fermo. La giurisdizione tributaria, definita tale solo negli anni settanta del secolo XX¹, ha conosciuto, infatti, uno sviluppo crescente, culminato con la citata novella del 1992, che ha fornito alla prima un assetto organico.

Punto di arrivo di un percorso, il d.lgs. n. 546 del 1992 risponde agli interrogativi di dottrina e giurisprudenza antecedenti, inaugurando un vero e proprio “diritto processuale tributario”, quale *corpus* sostanzialmente autonomo², connotato da raffinati strumenti di tutela delle situazioni protette.

Se ciò è senz’altro dimostrato dal rinvio, compiuto dall’art. 1, c. 2, d.lgs. n. 546 del 1992, al giudizio civile, dall’introduzione dell’obbligo di assistenza tecnica del contribuente e del regime delle spese processuali, dal conio di un procedimento cautelare incidentale nel giudizio di primo grado e di un giudizio di ottemperanza, è parimenti difficile revocare in dubbio che il principio di effettività della tutela, eretto a cardine dalla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell’uomo, e gli stessi canoni del “giusto” o “dovuto” processo ex artt. 24 e 111 della Costituzione italiana impongano al legislatore di guardare avanti, proseguendo lungo il percorso culminato con il menzionato *corpus* normativo.

A dimostrazione della necessità di ulteriormente promuovere il *trend* di tutela delle situazioni soggettive dei privati vi è la recente giurisprudenza, che, spingendosi a qualificare il processo tributario in termini di “impugnazione-merito” e a sagomare l’oggetto della relativa giurisdizione sul rapporto tra

¹ Si veda Corte Costituzionale, 27 dicembre 1974, n. 287, in «Giurisprudenza costituzionale», 1974, p. 2970, insieme alla successiva C. Cost., 15 luglio 1976, n. 215, *ibid.*, 1976, I, 1351 e in «Diritto e pratica tributaria», 1976, II, p. 589. Lo stesso orientamento era già stato accolto da C. Cost., 16 gennaio 1957, n. 12, in «Giurisprudenza italiana», 1957, I, 1, p. 131 e C. Cost., 30 dicembre 1958, n. 81, in «Giurisprudenza costituzionale», 1958, p. 1000.

² C. Consolo, *Dal contenzioso al processo tributario*, Milano 1992, pp. XIII sgg.

amministrazione finanziaria e contribuente³, mostra i limiti di un processo volto alla caducazione degli atti tassativamente enucleati dall'art. 19 d.lgs. cit. e, pertanto, caratterizzato da una tutela cautelare circoscritta alla sospensiva dei medesimi atti e da un ridotto novero di mezzi istruttori.

Quanto, per costruire il futuro, possa utilmente attingersi al passato lo dimostra l'assetto della Legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, che, investendo anche il contenzioso tributario, ha impresso in quest'ultimo un carattere indelebile, tracciando coordinate che costituiscono, ad oggi, il baricentro del sistema delle tutele.

Una rigorosa lettura delle origini del processo tributario e, segnatamente, della legislazione preunitaria e della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, potrebbe far ritrovare gli strumenti per rendere cubica la pietra grezza, così pienamente garantendo al contribuente «tutto quello, proprio quello» che ha diritto a conseguire alla stregua del diritto sostanziale⁴.

1. *I prodromi della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E. Modello francese e modello belga a confronto*

Pregiudiziale alla disamina della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, è la, pur sintetica, indagine dell'assetto alla stessa preesistente, caratterizzato dalla preminente devoluzione delle controversie fiscali agli organi del contenzioso amministrativo⁵.

Siffatta immanenza del contenzioso tributario a quello amministrativo, che avrebbe connotato la storia della nostra penisola dagli inizi del secolo XIX⁶ al movimento di unificazione politica, venne ereditata dall'ordinamento francese, mentre al diritto costituzionale belga deve imputarsi l'opposta tendenza, mutuata in sede di elaborazione della L. n. 2248/1865, all. E, all'unificazione del contenzioso fiscale attorno ai giudici ordinari⁷.

Il modello del contenzioso amministrativo, portato del principio di separazione dei poteri⁸, è incarnato dalla legge francese di organizzazione giudiziaria del 16-24 agosto 1790, che statuiva che i giudici non avrebbero potuto turbare in alcun modo le operazioni dei corpi amministrativi né citare avanti a sé gli

³ Ad es., Cass. civ., sez. trib., 20 ottobre 2011, n. 21759, in «Giustizia civile. Massimario», n. 10/2011, p. 1485.

⁴ Sull'importanza, nella nostra materia, dell'analisi storica: F. Tesauro, *Profili sistematici del processo tributario*, Padova 1980, p. 2; C. Glendi, *Contenzioso tributario*, in *Enciclopedia giuridica*, 8, Roma 1988. V., più di recente, A. Uricchio, *Atti e poteri del giudice tributario. Tra principi del "giusto processo" e estensione della giurisdizione tributaria*, Bari 2007.

⁵ M. Pescatore, *Procedura civile e criminale*, Torino 1864, I, p. 296.

⁶ Assumiamo a punto di partenza il r.d. 9 maggio 1805, che ha introdotto il contenzioso amministrativo nella nostra penisola, ed il terzo Statuto costituzionale 5 giugno 1805.

⁷ In merito, A. Salandra, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino 1904, p. 305.

⁸ Su cui Montesquieu, *De l'esprit des lois, livre XI, chapitre VI, De la Constitution d'Angleterre*, Ginevra 1748. Per le origini della teoria: Cicerone, *De Re publica*, I, 45, e San Tommaso d'Aquino, *Summa Theologiae*, I II, q. XCIV, a. 1.

amministratori per motivi attinenti all'esercizio delle loro funzioni⁹. La presenza di un atto amministrativo¹⁰ avrebbe inibito l'attività dei giudici ordinari: l'omessa osservanza, da parte di questi ultimi, del principio di separazione dei poteri li avrebbe esposti a severe sanzioni penali.

La soluzione di principio di cui alla legge dell'agosto veniva mantenuta, in Francia, dal provvedimento del 6 settembre dello stesso anno, emesso all'esito di un vivace dibattito tra chi sosteneva la soluzione della giurisdizione unica dei tribunali ordinari, chi si mostrava favorevole all'istituzione di una giurisdizione speciale amministrativa e chi più cautamente proponeva il deferimento del contenzioso alla stessa amministrazione attiva¹¹. A prevalere fu la moderata soluzione della promozione a giudici dei direttori di distretto e dipartimento, i corpi dell'amministrazione attiva locale.

Pur essendo il contenzioso fiscale un tutt'uno con quello amministrativo, non mancava il primo di connotati propri. Devolute ai direttori le controversie sui tributi diretti, si stabilì che quelle concernenti i tributi indiretti sarebbero spettate ai tribunali ordinari. A chi ritiene che un riparto siffatto di competenze dovesse ascrivere ad una sorta di accidente storico¹² si contrappone chi individua la *ratio* della distinzione tra ordini di tutela nella natura delle imposte e nelle loro modalità di accertamento e riscossione¹³. Postulando le imposte dirette l'applicazione, e la previa interpretazione, di atti amministrativi, si sarebbe giustificata la sottrazione del relativo contenzioso ai tribunali ordinari, che solo di imposte indirette avrebbero potuto giudicare¹⁴.

Il sistema francese del contenzioso amministrativo e fiscale rimase, nei suoi caratteri fondamentali, inalterato anche all'indomani del colpo di stato del 18 brumaio. Con la costituzione dell'anno VIII e con le leggi successive, il Bonaparte istituì, nei singoli dipartimenti, i consigli di Prefettura, dotati di una competenza in primo grado su materie tassativamente determinate, comprese le liti in materie di tributi diretti. Senza soluzione di continuità con l'assetto previgente, le controversie sui tributi indiretti permanevano nell'orbita dei giudici ordinari¹⁵. Al vertice del sistema di giustizia vi era il Consiglio di Stato, che non

⁹ Così l'art. 13, tit. II, l. 16-24 août 1790. In argomento, E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris 1894, I, p. 150. Si veda anche L. Mortara, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, I, Milano 1923, nota 38.

¹⁰ Sul concetto, per nulla univoco, di atto amministrativo, che poteva indicare il solo atto avente natura intrinsecamente amministrativa (ossia inerente all'esercizio di una potestà amministrativa), oppure ogni atto che, indipendentemente dalla natura intrinseca, fosse stato compiuto dalla pubblica amministrazione per il perseguimento di uno scopo pubblico, si veda, delle edizioni Dalloz, *Répertoire de droit public et administratif (Compétence administrative)*, Paris 1964; *adde*: R. Dareste, *La justice administrative en France*, Paris 1862, p. 163, per il quale l'organo amministrativo doveva giudicare sugli atti rispetto ai quali l'invasione di campo di autorità diverse dall'amministrazione avrebbe potuto nuocere all'interesse pubblico.

¹¹ Dareste, *La justice administrative en France* cit., p. 163.

¹² Così P. Bern, *La nature juridique du contentieux de l'imposition*, Paris 1972, p. 65.

¹³ E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris 1894, I, p. 691.

¹⁴ In questo senso, anche Salandra, *La giustizia amministrativa nei governi liberi* cit., p. 103.

¹⁵ Salandra, *La giustizia amministrativa nei governi liberi* cit., p. 106.

solo conosceva della regolarità degli atti dei ministri e, quale giudice di appello, delle liti definite in primo grado dai consigli di Prefettura, ma altresì dirimeva i conflitti di attribuzione tra organi del contenzioso e giudici ordinari¹⁶.

Speculare rispetto al modello francese era il sistema belga di giustizia amministrativa e tributaria, che aveva, nella Carta del 7 febbraio 1831, i propri punti cardinali.

A garanzia delle situazioni giuridiche protette, l'art. 92 della Carta deferiva, in via esclusiva, ai tribunali le contestazioni concernenti i diritti civili¹⁷; il successivo art. 93 ricomprendeva nell'orbita dei giudici ordinari anche le liti in materia di diritti politici, con le sole eccezioni enucleate dalla legge¹⁸.

Se la riconduzione dei diritti di libertà e proprietà sotto l'egida del giudice ordinario era funzionale a tutelare gli amministrati dagli abusi dei reggenti nel periodo antecedente la rivoluzione del 1830, l'ambiguità del dettato della Carta, che si riferiva a concetti polisensibili quali "diritti civili" e "diritti politici" non favoriva l'uniformità degli orientamenti giurisprudenziali. Le controversie sui diritti civili vennero circoscritte a quelle concernenti diritti ed interessi privati dei cittadini e delle persone giuridiche¹⁹ o a quelle in cui la pubblica amministrazione, nei suoi rapporti con i cittadini, agisse *iure privatorum*²⁰. Neanche i diritti politici vennero fatti coincidere con la totalità delle situazioni soggettive di diritto pubblico: se ne esclusero gli interessi e le ragioni che non potessero dare luogo all'esercizio di un'azione²¹.

La materia tributaria, originariamente contesa tra le deputazioni permanenti delle province, competenti in relazione alle imposte dirette, e i giudici ordinari, in relazione a quelle indirette, scontò i riflessi delle soluzioni favorevoli all'esclusione dei "diritti amministrativi" da quelli politici²² o alla configurazione delle liti fiscali quali "eccezioni" alla cognizione del giudice ordinario²³,

¹⁶ Sulle criticità del contenzioso amministrativo napoleonico, si vedano Dareste, *La justice administrative en France* cit., p. 175, e Salandra, *La giustizia amministrativa nei governi liberi* cit., p. 105.

¹⁷ «Les contestations qui ont pour objet les droits civils sont exclusivement de ressort des tribunaux».

¹⁸ «Les contestations qui ont pour objet les droits politiques sont exclusivement de ressort des tribunaux, sauf les exceptions établies par la loi». In merito, si veda M. Giron, *Droit administratif de la Belgique*, Bruxelles 1881, I, p. 204.

¹⁹ M. Giron, *Dictionnaire de droit administratif et de droit public*, Bruxelles 1885, I, 208. Nello stesso senso, M. Romieu, *De la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire en Belgique*, in «Annales de l'École libre des sciences politiques», 1 (1886), *passim*. Sull'analoga interpretazione restrittiva dei "diritti civili", con riferimento all'art. 2 della L. n. 2248/1865, all. E, si vedano la relazione e il progetto Borgatti 9 maggio 1864, in *Atti Parlamentari*, Camera dei deputati, Sessione 1863-64, II ed., Documenti n. 9, che definisce diritti civili quelli relativi «alla persona, alla proprietà e ai contratti».

²⁰ M. Giron, *Le droit public de la Belgique*, Bruxelles 1884, p. 143. Per una nozione più ampia di diritti civili, si veda, tuttavia, Laferrière, *Traité de la juridiction* cit., I, p. 30.

²¹ G. Vacchelli, *La difesa giurisdizionale dei diritti dei cittadini verso l'autorità amministrativa*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, Milano 1901, p. 324.

²² Giron, *Dictionnaire de droit administratif et de droit public* cit., p. 208.

²³ Salandra, *La giustizia amministrativa nei governi liberi* cit., p. 238.

nel senso di cui all'art. 93 Cost. belga. Solo per effetto della legge 30 luglio 1880 le imposte dirette transitarono dalla deputazione alla Corte di Appello, fatta salva l'impugnativa in Cassazione per violazione delle forme o della legge.

2. *Segue: Il contenzioso nell'Italia preunitaria e la dialettica con i modelli*

Il modello francese di giustizia amministrativa e tributaria fu – come si è anticipato – paradigmatico per l'Italia del periodo anteriore all'unificazione politica.

Con il terzo statuto costituzionale del 5 giugno 1805 e i decreti 9 maggio e 8 giugno dello stesso anno, si introdusse, nella nostra penisola, un sistema del contenzioso modellato su quello napoleonico e lo si mantenne, nella sostanza, fino alla legge n. 2248/1865, all. E. Del resto, anche dopo la Restaurazione, la maggior parte degli stati preunitari – il ducato di Parma, il regno delle Due Sicilie, il regno di Sardegna e lo Stato pontificio – si adeguò all'assetto della costituzione dell'VIII anno; quelli che, come il Lombardo-Veneto e il ducato di Modena, si discostarono dal paradigma francese lo fecero sì nella forma, ma non disconobbero, nella sostanza, i principi informativi del sistema d'oltralpe.

La linea di continuità con l'assetto francese la dimostra, anzitutto, il regno delle Due Sicilie, ove, con la legge 21 marzo 1817 e il successivo decreto 7 maggio 1838, venne attratto nell'orbita degli organi del contenzioso tutto ciò che potesse, anche indirettamente, interessare l'amministrazione pubblica²⁴, fatta salva, nella nostra materia, la devoluzione delle imposte indirette al giudice ordinario²⁵.

Emblematico è anche il caso del ducato di Parma, ove alla seconda sezione del Consiglio di Stato vennero attribuite, dal 1832²⁶, le controversie concernenti le imposte dirette, ossia la prediale, la personale e il diritto di patente, mentre quelle in tema di imposte indirette rimasero in capo al giudice ordinario.

Particolarmente significativa è, poi, la legislazione del regno di Sardegna: se già il regio editto del 27 settembre 1822 attribuì ai tribunali di prefettura le controversie sui tributi indiretti, preservando la competenza degli intendenti in tema di imposte dirette, le tre leggi del 30 ottobre 1859 diradarono ogni dubbio *medio tempore* emerso, deferendo ai nuovi organi del contenzioso amministrativo le controversie relative alle imposte dirette e ai tribunali del circondario quelle afferenti la maggior parte dei tributi indiretti²⁷.

²⁴ L. 21 marzo 1817, art. 4. Sulla forma embrionale di contenzioso antecedente l'unificazione dei regni di Napoli e Sicilia, per tutti: M. Ascheri, *Tribunali, giuristi e istituzioni: dal Medioevo all'età moderna*, Bologna 1995, p. 109.

²⁵ Si veda la Legge 24 febbraio 1809. In tema: G. Rocco, *Corso di diritto amministrativo*, Napoli 1850, lezione XLL, che considera ingiustificata l'esclusione delle imposte indirette dalla materia del contenzioso.

²⁶ Decreto 16 marzo 1832.

²⁷ F. Cammeo, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano s.d., p. 405.

Persino la legislazione del Lombardo-Veneto, che pur formalmente ripudiando il sistema del contenzioso amministrativo²⁸, adottò il doppio binario imposte dirette-indirette, devolvendo le prime all'autorità amministrativa in composizione monocratica, mentre le seconde ai tribunali ordinari. Anche quando, con le patenti dell'11 luglio 1835, si deferirono le imposte indirette a dei tribunali misti, composti da magistrati e funzionari, restò immutata la competenza dell'amministrazione pubblica sulle imposte dirette, in sintonia ideale con la soluzione d'oltralpe²⁹.

3. *La legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E*

Più consonante con la costituzione belga del 1831 fu, invece, la legge n. 2248/1865, all. E, che diede suggello all'unificazione del contenzioso fiscale attorno ai giudici ordinari.

La linea favorevole alla soppressione dei tribunali speciali del contenzioso era, del resto, prevalsa in seno al dibattito parlamentare anteriore alla novella³⁰.

Le basi della riforma del 1865 possono, infatti, rinvenirsi nel disegno di legge Minghetti³¹, che, in virtù della maggiore consonanza di una «giurisdizione ordinaria ed universale» alle istanze di tutela degli interessati e allo spirito delle istituzioni dei tempi, disponeva che venissero «restituite»³² ai tribunali ordinari tutte le controversie relative ai diritti dei privati. Anche il successivo progetto di legge, che recava il nome del ministro Peruzzi³³, aveva ribadito la linea inaugurata da Minghetti, deferendo ai tribunali ordinari tutte le questioni concernenti i diritti soggettivi di origine privatistica. La relazione e il progetto Borgatti³⁴ aggiungevano ai diritti civili quelli politici, specificando che la competenza delle autorità amministrative sarebbe stata circoscritta ai soli «ricorsi contro gli atti di pura amministrazione, riguardanti gli interessi individuali e

²⁸ Si veda A. Lorenzoni, *Istituzioni del diritto pubblico interno pel regno Lombardo-Veneto, con appendici dal 1831 a tutto il 1844*, Padova 1835.

²⁹ Per più ampie considerazioni, anche in relazione agli altri Stati preunitari: A. Giordano, *La giurisdizione tributaria e il modello della giurisdizione amministrativa. Uno sguardo al passato e uno slancio verso il futuro*, in «Giustamm.it. Rivista di diritto pubblico» <www.giustamm.it>, 2013.

³⁰ Cammeo, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa* cit., p. 418; Vacchelli, *La difesa giurisdizionale* cit., p. 357. Sulla corrente politico-dottrinale favorevole all'abolizione del contenzioso, per tutti: B. Sordi, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano 1985, pp. 39 sgg.

³¹ Si veda il disegno di legge Minghetti del 27 aprile 1861, in *Atti parlamentari, Camera dei deputati*, Documenti, Sessione 1861-62, Stampato n. 46.

³² Così recitava il disegno di legge citato, all'art. 1, che veniva meglio specificato nella relativa Relazione ministeriale, alla p. 4: «dico restituiti esprimendo non tanto un fatto storico quanto un'idea normale».

³³ Cfr. il disegno di legge Peruzzi 29 maggio 1863, in *Atti parlamentari, Camera dei deputati*, Sessione 1863-64, II ed., Documenti, n. 9.

³⁴ Si vedano la relazione e il progetto Borgatti, 9 maggio 1861, in *Atti Parlamentari, Camera dei Deputati*, Sessione 1863-64, II ed., Documenti, n. 9.

³⁵ Si vedano gli artt. 2 e 3. Sui fondamenti della relazione Borgatti, si rinvia all'opera di G.D.

collettivi degli amministrati»³⁵. Tutto era confluito nella relazione Restelli dell'11 Gennaio 1865³⁶, la quale, preservando l'orientamento in questione, aveva espunto le qualifiche «privati» e «suscettivi di azione giuridica» che erano state attribuite ai diritti dalla relazione Vacca³⁷ e dal disegno Lanza³⁸. L'orientamento pressoché unanime dei disegni di legge dell'epoca aveva, insomma, insabbiato la tesi fondata sul mantenimento degli organi del contenzioso, invano propugnata da Rattazzi e Crispi.

Anche nello specifico della materia tributaria, si era optato, già in sede di lavori parlamentari, per il sistema della giurisdizione unica. Con i progetti Minghetti e Panattoni si era devoluta la totalità delle imposte all'autorità giudiziaria, senza più distinguersi tra imposte dirette ed indirette. Anche la clausola «diritti civili e politici», successivamente impiegata, è il segno della volontà implicita del legislatore di preservare la soluzione in commento.

Conseguenza di un *iter* parlamentare siffatto era la formulazione inequivoca dell'articolo 1 della legge n. 2248/1865 all. E, che decretava la morte dei tribunali speciali allora investiti della «giurisdizione del contenzioso amministrativo», sia in materia civile sia penale. Il criterio di riparto tra giudice ordinario ed autorità amministrative si appuntava sulla natura della situazione giuridica coinvolta³⁹, non rilevando né la presenza di un provvedimento amministrativo o impositivo né il coinvolgimento, diretto o indiretto, della pubblica amministrazione nella controversia: l'autorità giudiziaria sarebbe stata competente ove si fosse disputato intorno a diritti civili o politici, mentre, in presenza di un "affare" altro dai diritti avrebbe potuto pronunciarsi la sola autorità amministrativa. Il principio della separazione dei poteri imponeva che la funzione giudiziaria, con le garanzie ad essa correlate, venisse distinta da quella amministrativa; dall'eguaglianza formale discendeva la necessaria istituzione di un giudice unico, perché fosse unica la funzione del giudicare.

Se è, poi, vero che gli attributi "civili" e "politici", riferiti ai diritti soggettivi, si prestavano ad interpretazioni multiformi, la riconduzione ai primi delle posizioni soggettive dei contribuenti trova appiglio nell'articolo 6, che, oltre ad escludere dal campo d'azione del giudice ordinario la materia catastale, impediva al contribuente di adire le vie giudiziarie anteriormente alla pubblicazione dei ruoli d'imposta e al pagamento dei tributi. L'inclusione di un principio,

Romagnosi, *Principii fondamentali di diritto amministrativo*, Milano 1814, cap. III, par. 18. Sul pensiero del Romagnosi, L. Mannori, *Uno Stato per Romagnosi*, vol. II, *La scoperta del diritto amministrativo*, Milano 1987.

³⁶ In *Atti Parlamentari, Camera dei Deputati*. Sessione 1863-64-65, II ed., Documenti, n. 275 A.

³⁷ Si veda la relazione Vacca, 15 luglio 1861. *Atti parlamentari, Senato*. Sessione 1863-64, II ed., Documenti n. 111 e 111-bis.

³⁸ Disegno di legge Lanza, 21 novembre 1864. *Atti parlamentari, Camera dei deputati*, Documenti, Sessione 1863-64, Stampato n. 275.

³⁹ In questo senso, G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli 1923, p. 343. Va specificato che il legislatore impiegava altresì il criterio della materia con riferimento alle "cause per contravvenzioni", devolute *in toto* al giudice ordinario.

⁴⁰ Sulle Commissioni comunali e provinciali: O. Quarta, *Commento alla legge sull'imposta di ric-*

strettamente attinente alla materia tributaria, quale è quello del cosiddetto *solve et repete*, dimostra che la legge n. 2248/1865, all. E, riguardasse anche il contenzioso fiscale.

Pur essendo, infine, innegabile che l'art. 12 della legge in commento preservasse, oltre alla giurisdizione della Corte dei Conti e del Consiglio di Stato in materia di contabilità, anche quella dei «corpi o collegi derivanti da leggi speciali», così ricomprendendo anche le Commissioni tributarie, istituite dalla legislazione degli anni 1864-65, è altrettanto vero che queste ultime si atteggiassero ad organi di controllo amministrativo, in relazione alle sole imposte dirette e, segnatamente, stando alla legge 14 luglio 1864, n. 1830⁴⁰, all'imposta di ricchezza mobile: residuava, quindi, spazio per l'autorità giudiziaria ordinaria, che avrebbe avuto, come da legge n. 2248/1865, all. E, pieno sindacato sui punti di diritto decisi dalle Commissioni⁴¹.

4. Considerazioni conclusive

La devoluzione, compiuta con la L. n. 2248/1865, all. E, dell'intera materia dei “diritti civili e politici” al giudice ordinario e la ricomprensione, nel novero dei richiamati “diritti”, delle situazioni soggettive dei contribuenti segnano il destino del processo tributario, fornendo all'ermeneuta rilevanti chiavi di lettura.

Se è vero che il decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 636 perimetrava la *cognitio* dei giudici tributari con il limite “esterno” delle singole materie e quello “interno” degli atti impugnabili, così imponendo la proposizione del ricorso avverso uno di questi ultimi e, pertanto, sagomando il contenzioso tributario sul modello del giudizio di impugnativa, e se è parimenti vero che il carattere impugnatorio veniva accentuato dal decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 1981, n. 739, che escludeva, in modo espresso, l'impugnabilità autonoma dei provvedimenti diversi da quelli enumerati, diversa è stata la genesi e la successiva evoluzione del processo tributario. L'erezione a modello, da parte della legislazione preunitaria, dell'ordinamento francese consacrò la devoluzione al giudice ordinario delle liti concernenti i tributi indiretti, anche negli Stati che, come il Lombardo-Veneto, non avevano formalmente aderito al sistema del contenzioso amministrativo. Con l'avvento della legge 2248/1865, all. E, la “potenza” esistente nella legislazione preunitaria trovò piena e compiuta attualizzazione: come dimostrano i progetti Minghetti e Panattoni, confluiti nella legge abolitiva del contenzioso, e come risulta dall'art. 12 della stessa legge – che preservava sì le Commissioni tributarie, ma nelle loro

chezza mobile, II, Milano 1903, e P. Clementini, C. Bertelli, *Le leggi sull'imposta di ricchezza mobile*, II, Torino 1917.

⁴¹ Si veda L. Mortara, *Istituzioni di procedura civile*, Firenze 1935, p. 12: «le commissioni per le imposte sorsero da prima come controlli amministrativi e quindi fu mantenuto il sindacato dell'autorità giudiziaria sui punti di diritto da esse decisi».

⁴² Per i singoli profili e i corollari di tale impostazione: P. Russo, *Processo tributario*, in

funzioni di controllo amministrativo – e dall’art. 6 della legge citata che dava cittadinanza ad un principio strettamente tributario, quale è quello del cosiddetto *solve et repete*, l’intera materia fiscale transitò sotto l’egida del giudice ordinario.

La ricomprensione della materia fiscale nel novero dei “diritti civili e politici” è il segno tangibile di come la giurisdizione tributaria abbia natura dichiarativa⁴² e che, solo in tempi recenti e per ragioni prevalentemente deflative, ha assunto la veste formale di giurisdizione costitutiva, facendo degli atti impositivi i “veicoli d’accesso” al giudizio. La necessità di proporre ricorso avverso uno dei provvedimenti individuati dall’art. 19 del d.lgs. n. 546/1992 e, prima ancora, dall’art. 16 del decreto del Presidente della Repubblica n. 636/1972 o l’esistenza di un termine decadenziale, e non di prescrizione ordinaria, non elidono le solide, e risalenti, radici del citato plesso giurisdizionale nella teoria dichiarativa né costituiscono, pertanto, fattori di arresto all’espansione degli strumenti di tutela in *pendant* con quanto previsto dal codice di procedura civile.

Conferme postume si rinvengono negli articoli 24 e 111 della Costituzione repubblicana e nell’articolo 6 della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali. Contenendo principi indistintamente vevoli per ogni processo ed immediatamente precettivi, gli articoli 24 e 111 della Carta modellano la natura del giudizio tributario con l’argilla della tesi dichiarativa⁴³. Così, l’articolo 6 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo parla in termini di «diritto a un equo processo», senza distinguere tra materia e materia, e reca una formula che, come quella di «diritti e doveri di carattere civile», riecheggia quella di «diritti civili e politici» di cui all’art. 2 della citata legge 2248/1865, all. E.

Risultano, pertanto, inaccettabili quelle interpretazioni restrittive dell’art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo che escludono l’applicabilità delle garanzie dell’“equo” processo al giudizio tributario, e altrettanto dubbie appaiono quelle letture dell’art. 19 del d.lgs. n. 546/1992 che ostano all’espansione dell’elenco degli atti impugnabili o quelle esegesi che restringono il ventaglio delle azioni esperibili o confinano i mezzi istruttori nelle maglie dell’art. 7 del decreto legislativo citato.

Se persino la giurisdizione amministrativa non può, ad oggi, più intendersi come giurisdizione sull’atto, appuntandosi sul rapporto l’oggetto della relativa *cognitio*, prestare fedeltà alla riforma del 1972 significherebbe disconoscere la storica evoluzione parallela del contenzioso tributario con quello amministrativo, nonché la *ratio* che accomuna le due giurisdizioni, entrambe tese al contenimento delle situazioni soggettive protette con l’interesse pubblico.

Enciclopedia del diritto, 36, Milano 1987, p. 770; P. Russo, *Impugnazione e merito nel processo tributario*, in «Rivista di diritto tributario», 1993, I, p. 749.

⁴³ Sull’applicabilità dei detti disposti al processo tributario, per tutti: F. Gallo, *Verso un “giusto processo” tributario*, in «Rassegna tributaria», 2003, p. 11. V. anche il recente studio di A. Poddighe, *Giusto processo e processo tributario*, Milano 2010.

L'arricchimento dello scarno contenuto di disposti quali gli articoli 7, 19, 47 o 70 del d.lgs. 546/1992 e il loro allineamento ai principi del "giusto" o "equo" processo e al modello di una cognizione improntata al rapporto che lega il fisco al contribuente, è, insomma, imposto dalla stessa natura del processo tributario, quale prodotto del percorso storico. Non è dato pensare al nuovo senza l'antico, né capire il "verso dove" senza il vaglio critico delle identità: senza l'origine, è troppo lontana la meta di una tutela piena ed effettiva.

Moloch politico o governo dei giudici?

Gli albori dell'Europa comunitaria

di Antonio Grilli

1. Quale Europa?

Gli odierni frangenti, caratterizzati da crisi di fiducia e di legittimità – figlie di una spietata crisi economica – che rimettono in discussione non solo le basi della convivenza nazionale, ma anche il faticoso e tormentato cammino verso l'integrazione europea, spingono lo storico a ripercorrere il passato. Un passato recente, anzi recentissimo, se visto nella prospettiva della lunga durata. Un passato così prossimo eppure così remoto, nel quale l'integrazione europea fu concepita e architettata come l'antidoto ideale al ritorno del male assoluto: la guerra mondiale, spaventosa e fratricida. Sempre più storici scandagliano, oggi, le modalità del sorgere dell'Europa comunitaria, e segnatamente lo sviluppo del suo diritto e della sua pratica giuridica¹.

Se oggi l'Europa è in crisi, allora (parliamo della fine degli anni quaranta del secolo scorso) essa era in rovine. Ma da quelle rovine nacque il progetto di costruire un'unione ultra-nazionale che garantisse pace e prosperità. Era un contesto diverso dall'attuale, questo è certo: se la crisi poliedrica di oggi, permeata di sfiducia, si accompagna a saturazione e fastidio verso progetti innovativi, l'abisso in cui allora era caduto il vecchio continente favorì proprio – quasi ne fosse la reazione salutare, in un corpo prostrato ma ancora vitale – il sorgere di tali progetti. Dei progetti che per l'Europa futura preconizzavano una messa in comune di risorse economiche, primo indispensabile passo verso la messa in comune, un giorno forse non lontano, di qualcosa di più: della sovranità politica. Od ancora, della tradizione e dell'esperienza giuridiche.

È indiscutibile che il primo impulso verso tale progetto di “rivoluzione europea” venne dai federalisti: da un Movimento Europeo tenace e laborioso che preconizzava, nell'immediato dopoguerra, una vera e propria federazione tra gli

¹ Ci corre l'obbligo di ricordare, a tale proposito, il dinamico gruppo di storici del diritto comunitario europeo (denominato gruppo “RICHIE”) che fanno capo a Morten Rasmussen, coordinatore del *Center for Studies in Legal Culture* dell'Università di Copenhagen. I loro contributi vedono periodicamente la luce in riviste specializzate, tra cui l'imperdibile (per gli addetti ai lavori) «*Journal of European Integration History*».

Stati europei, incapsulandola sia in seno al Consiglio di Europa, sia in sede di trattative per la formazione, nel 1952, della Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio (CECA) e, nel 1957, della Comunità Economica Europea (CEE)².

Ma se i federalisti potevano dare un impulso forte all'edificazione delle nuove entità europee sovranazionali (il Consiglio d'Europa fu fondato il 5 maggio 1949, la CECA fu – come sopra accennato – creata ufficialmente con il Trattato di Parigi del 18 aprile 1951 e la CEE vide la luce a Roma il 25 marzo 1957), la palla rientrò pur sempre nel campo dei politici allorché si trattò, in sede di trattative tra Stati, di darvi corpo.

Fino a che punto si sarebbe accettato, in nome dell'idea europea, di limitare sovranità statali fino ad allora intoccate? E soprattutto (ciò che in questa breve riflessione più ci interessa): chi avrebbe prevalso in seno alle nuove istituzioni europee formanti la CECA e la CEE, i politici o i giuristi? L'Alta Autorità, organo esecutivo della CECA e, più tardi, la Commissione, anch'essa organo esecutivo ma della CEE, avrebbero trovato un limite alle loro competenze solo nei trattati di Parigi e di Roma, o il loro "potere" sarebbe stato limitato e controllato quotidianamente dai giuristi, riuniti attorno ad una Corte di Giustizia che i trattati avrebbero riguardato alla stregua di un garante del diritto?

2. *Gli albori: la CECA e il timore del "Moloch"*

Non era certo chiara sin dall'inizio quale avrebbe dovuto essere l'intelaiatura delle nuove istituzioni europee sovranazionali³. Ripercorrendo dalle origini la storia della CECA – la prima delle tre Comunità, quella in cui l'intento di superare gli stati e di arrivare ad un'Europa federale, sebbene a competenza settorialmente ridotta, era più evidente –, si ricava che l'obiettivo di edificare un'Europa "politica" al di là del mero dato economico ed industriale della messa in comune delle risorse carbosiderurgiche era il volano principale che motivava gli sforzi dei "padri fondatori": primi tra tutti, Jean Monnet e Robert Schuman. Quest'ultimo, protagonista del famoso piano che porterà il suo nome, lo aveva detto chiaramente nella famosa *Dichiarazione* del 9 maggio 1950:

Mettendo in comune le produzioni di base e istituendo una nuova Alta Autorità, le cui decisioni saranno vincolanti per la Francia, la Germania e i paesi che vi aderiranno, costituirà il primo nucleo concreto di una Federazione europea indispensabile al mantenimento della pace⁴.

² In merito all'energica azione del Movimento europeo di quegli anni si veda A. Grilli, *Le origini del diritto dell'Unione europea*, Bologna 2009, pp. 15 sgg. Si veda anche R.T. Griffiths, *Europe's first Constitution. The European Political Community, 1952-1954*, London 2000.

³ Il termine fu coniato dai "padri fondatori" dell'Europa comunitaria, Jean Monnet et Robert Schuman, e subito fu fatto proprio dai giuristi, i quali vi vedevano una definizione sufficientemente chiara di una sorta di "terza via" tra gli stati (fossero a natura federale o unitaria) e le mere organizzazioni internazionali intergovernative (come l'ONU, od anche lo stesso consiglio d'Europa, istituito nel 1949). Si veda P. Gerbet, *La genèse du Plan Schuman*, in «Revue française de science politique», 3 (1956), pp. 525-553.

⁴ La citazione si ritrova in M. Lagrange, *La Cour de justice des communautés européennes: du Plan Schuman à l'union européenne*, in «Revue trimestrielle de droit européen», 6 (1978), p. 2.

Il fine ultimo non poteva essere più coraggiosamente chiaro: ma che forma istituzionale, e che rapporti di forza interni avrebbe avuto la nuova, costituenda comunità europea carbosiderurgica?

L'allusione di Schuman ad un'«Alta Autorità» lasciava presagire che sarebbe stata quest'ultima – l'organo esecutivo, politico – la chiave di volta della futura CECA. Ed era del pari chiaro che un altro organo avrebbe dovuto accogliere la voce degli Stati membri. Ed un altro, verosimilmente, la voce dei popoli europei. Ma che fare in caso di atti dell'Alta Autorità suscettibili di contestazione mediante ricorso da parte degli interessati (imprese, stati membri o altre entità)? Come gestire, in altre parole, l'intera materia dei ricorsi contro la possibile illegittimità delle decisioni comunitarie? Con il ricorso ad un organo giudiziario, invisibile al Monnet che diffidava dei giuristi vedendovi dei possibili disturbatori del suo limpido progetto politico? O, più semplicemente, prevedendo un riesame degli atti impugnati in seno alla stessa Alta Autorità?

In sostanza: poteva la nuova comunità carbosiderurgica, dai contorni spiccatamente politici, rinunciare ad avvalersi di un corpo di giuristi dalle attribuzioni ben definite e riuniti in un consesso avente eguale rango dell'Alta Autorità, del consiglio o dell'assemblea?

Per Jean Monnet, la risposta non poteva essere che affermativa. Nella primavera ed estate del 1950, egli si era avvalso della collaborazione di valenti giuristi – tra i quali è d'obbligo ricordare Paul Reuter⁵ –, i quali gli avevano prospettato soluzioni tali da poter aggirare il pericolo dell'incrostarsi di una classe di giuristi attorno al “suo” progetto europeo. Queste soluzioni contemplavano inizialmente il ricorso alla prestigiosa, e già esistente, Corte di giustizia internazionale dell'Aia come l'organo più adatto a risolvere il prevedibile futuro contenzioso attorno agli atti della CECA. Poi però, rivelatasi impraticabile tale opzione, Reuter aveva lanciato l'idea di un'istanza di riesame degli atti all'interno della stessa Alta Autorità: il collegio dei componenti l'Alta Autorità avrebbe dovuto procedere al riesame dell'atto contestato, annullandolo o, se del caso, confermandolo a maggioranza dei due terzi. Infine, alla vigilia dell'apertura delle trattative intergovernative dell'ottobre del 1950, Reuter aveva affinato ancor più la sua proposta sul contenzioso comunitario. Animata dall'intento di limitare al minimo il rischio del sorgere di un'influente casta di giuristi in seno alla CECA, Reuter aveva formulato un'idea destinata ad essere oggetto di discussione nelle trattative: un meccanismo di riesame interno all'Alta Autorità, combinato però con la possibilità di ricorrere ad una corte di arbitrato *ad hoc*, esterna alla CECA e composta da cinque membri⁶, in caso di allegata violazione del Trattato oppu-

⁵ Paul Reuter, professore di diritto internazionale a Aix-en-Provence e a Parigi, fu tra i più stretti collaboratori di Jean Monnet. Egli ripercorre le fasi del suo contributo all'origine della CECA nella sua opera *La Communauté européenne du charbon et de l'acier*, Paris 1953, pp. 25 sgg. Si veda anche P. Reuter, *La conception du pouvoir politique dans le Plan Schuman*, in «Revue française de science politique», 1 (1951), pp. 256 sgg.

⁶ Membri designati in parte (2) dalla Corte internazionale dell'Aja e dall'Organizzazione Internazionale del Lavoro, in parte (3) da Stati membri della CECA non coinvolti nella controversia da dirimere.

re di paventato rischio per la politica commerciale o di piena occupazione di uno o più Stati membri. Insomma, gli sforzi del fido collaboratore di Monnet lasciavano chiaramente intravedere lo scetticismo di quest'ultimo verso un organo giudiziario sovranazionale europeo di nuovo conio, che in qualche modo potesse rallentare, deviare o complicare un processo di integrazione transnazionale che si voleva federale e squisitamente "politico"⁷.

Ma il problema giuridico, inizialmente relegato in secondo piano dalla tensione verso l'obbiettivo "politico" di un'Europa federale, non poteva che riemergere con tutta la sua forza. Lo farà in seno alle trattative tra le delegazioni dei sei Stati membri (Francia, Germania, Italia, Belgio, Paesi Bassi, Lussemburgo) che si svolgeranno tra l'ottobre del 1950 e la primavera del 1951 portando alla redazione del Trattato della CECA⁸.

Quando, a metà marzo del 1951, i lavori preparatori del Trattato potevano dirsi conclusi ed un testo di accordo era pronto per la firma, Walter Hallstein, capo della delegazione tedesca, rendeva omaggio a Jean Monnet, l'instancabile presidente del Piano Schuman, come all'insostituibile tessitore di una nuova Europa, il cui motore avrebbe dovuto essere *politico* e il cui fulcro era una nuova solidarietà tra i popoli che avrebbe impedito per sempre il risorgere di una guerra⁹. Hallstein rendeva omaggio a Jean Monnet forse anche per indorargli la pillola del fallimento dei suoi tentativi di neutralizzare la "giudiziarizzazione" della CECA. Un fallimento di cui proprio lo stesso Hallstein, in fondo, era stato il maggiore responsabile! Infatti, l'idea di una Corte autonoma della CECA si era nel frattempo affermata definitivamente e aveva fatto ingresso in nel testo del Trattato. Che cosa era successo dall'ottobre del 1950 e in così poco tempo?

Era successo che al timore di Monnet verso un'Europa timida, annacquata ed imperniata su di un "governo dei giudici" aveva fatto da contraltare lo spauracchio di un Moloch dai "superpoteri" politici incontrollati, paventato dalle delegazioni degli Stati più piccoli: Lussemburgo, Belgio, Paesi Bassi. Ancor prima che incominciassero le trattative vere e proprie, in incontri informali con le delegazioni belga, olandese e lussemburghese nel maggio del 1950, Jean Monnet e Robert Schuman non erano riusciti a dissipare del tutto i dubbi di queste ultime né sul sistema di controlli giuridici volti a limitare i poteri dell'Alta Autorità, né sul come si sarebbe concretamente configurato il meccanismo del contenzioso per illegittimità o vizi di merito degli atti emanati da quest'ultima. Le delegazioni del Benelux avevano fatto presente che in nessun caso l'Alta

⁷ I fondi della Fondazione Jean Monnet (d'ora in poi «FJM») illustrano con dovizia di dettagli il lavoro svolto da Paul Reuter su incarico del Monnet. Accenni alla «Cour d'arbitrage» in FJM, fondo 2/4/3: scritto di Reuter del 14 giugno 1950 intitolato *Observations de Paul Reuter sur le schéma de Traité*. Sul piano della letteratura esistente, lo sforzo congiunto di Reuter e Monnet è magistralmente descritto, tra l'altro, da A. Boerger De Smedt, *La Cour de justice dans les négociations du traité de Paris instituant la CECA*, in «Journal of European Integration History», 14 (2008) 2, pp. 8-12.

⁸ Jean Monnet ne avrebbe diretto instancabilmente i lavori in qualità di «presidente della Conferenza del Piano Schuman».

⁹ Archivi Storici della Commissione Europea (d'ora in poi ASCE), fondo BAC 233/1980, doc. 31: discorso di Walter Hallstein del 19 marzo 1951.

Autorità avrebbe agito da sola, essendo in ogni caso opportuno affiancare a questa un organo investito della rappresentanza degli Stati membri (che diverrà il Consiglio) ed uno che fosse il più possibile rappresentativo della voce dei popoli d'Europa¹⁰. Il timore di un super-organo europeo incuteva quindi più di una perplessità e rimandava alla fase ufficiale delle trattative interstatuali sulla formazione del progetto di trattato tematiche ineludibili per la vita della futura comunità carbossiderurgica¹¹.

Nelle trattative, colui che aprì le porte alla creazione di una corte di giustizia permanente propria della CECA – fungendo così da cassa di risonanza ai timori del Benelux pur senza urtare gli umori di altre delegazioni quali l'italiana o la francese, inizialmente concordi sulle posizioni di Monnet e di Reuter – fu Walter Hallstein. Né poteva essere altrimenti: a Hallstein, professore universitario di diritto pubblico, convinto assertore del *Rechtsstaat*, federalista europeo altrettanto convinto ed ammiratore del modello americano – in cui una corte suprema troneggiava su tutta l'impalcatura istituzionale della repubblica stellata –, l'assenza di un organo giudiziario stabile pareva assolutamente inconcepibile nella compagine istituzionale di in un'Europa che si avviasse a divenire federale. Lo aveva esposto direttamente al Monnet già nel luglio del 1950 ancor prima di capeggiare la delegazione tedesca a Parigi: una corte che vigilasse sul diritto della CECA e sull'Alta Autorità *in primis* sarebbe stata essenziale¹². In sede di negoziati, confortato in questo dalla posizione degli osservatori americani, apertamente favorevoli ad una Corte europea sul modello americano¹³, Hallstein – destinato a diventare entro pochi anni il presidente della Commissione della futura CEE – la spuntò, superando le perplessità di Monnet (il quale, è bene ricordarlo, era economista di formazione) e della stessa delegazione francese: si apriva così la porta ad una autonoma, forte corte europea¹⁴, e con essa ad un

¹⁰ ASCE, f. BAC, 231/37 (resoconti degli incontri informali tenutisi a Parigi in data 24 maggio e 10 giugno 1950 tra Monnet e Schuman e ciascuna delle delegazioni degli stati del Benelux).

¹¹ La Boerger De Smedt sostiene – ma ciò può essere oggetto di ulteriori approfondimenti, visto che in merito gli archivi europei non hanno certo ancora detto l'ultima parola agli studiosi – che già molto presto, vale a dire già nell'agosto del 1950, grazie forse alla reticenza dei piccoli stati verso un'idea di Comunità troppo accentrata sulla sola Alta Autorità, un progetto di CECA policentrica stava prendendo forma: «Enfin, et ceci est important, il était devenu clair à ce stade des travaux que la Haute Autorité ne constituerait pas la seule institution du pool mais qu'elle fonctionnerait dans le cadre d'une Communauté, en collaboration avec d'autres organes (Conseil et Assemblée). Dans un tel contexte, la nécessité de doter cette nouvelle entité internationale d'un organe juridictionnel unique et propre s'imposa de plus en plus clairement aux juristes» (Boerger De Smedt, *La Cour de justice* cit., p. 18).

¹² Politisches Archiv des Auswärtiges Amtes (d'ora in poi PAAA), fondo SFSP/2, doc. 62: *Resoconto dell'incontro del 2 luglio 1950 tra la delegazione tedesca e il Sig. Monnet a Houjarray*. Si veda anche ASCE, fondo 233/67, documenti e resoconti sulla posizione iniziale della delegazione tedesca a Parigi.

¹³ Gli osservatori USA ai negoziati di Parigi erano quattro: George Ball, Robert Bowie, David Bruce e John McCoy. Risulta che ebbero non pochi contatti con Jean Monnet e che, forse, riuscirono a spingerlo su posizioni alla fine non ostili ad una inedita "Corte europea": si veda Boerger De Smedt, *La Cour de justice* cit., p. 17.

¹⁴ Il compito ufficiale della Corte, codificato all'articolo 31 del Trattato CECA, era quello di «assicurare il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione del Trattato».

diritto europeo che non allignasse solo nel Trattato CECA e nelle decisioni dell'Alta Autorità, ma anche e soprattutto in una futura evoluzione giurisprudenziale.

3. Il seguito della vicenda: un'Europa "governata" da giudici?

Il pericolo del Moloch di un'Alta Autorità della CECA onnipotente era stato scongiurato. Ma accettando la nascita di un tribunale europeo non si rischiava di veder sorgere un "governo di giudici", paludati e altrettanto onnipotenti? Giudici trincerati dietro la nuova Corte di giustizia permanente, guardiani esclusivi della verità racchiusa nel Trattato e padroni di decidere, in via esclusiva, cosa fosse conforme a tale verità e di cassare senza appello tutto ciò che vi si discostasse?

Se si osserva lo spettacolare aumento di peso specifico assunto dalla corte di giustizia delle Comunità europee in un solo decennio di vita, tale interrogativo ha un senso. La «Corte di giustizia della Comunità europea del Carbone e dell'Acciaio», creata col Trattato di Parigi nel 1951, inaugurata solennemente a Lussemburgo nel dicembre del 1952¹⁵ e divenuta infine la Corte di giustizia delle tre Comunità europee nel 1958 a seguito del trattato di Roma, fu in grado di passare in pochi anni dalla difensiva all'offensiva. Già nel 1964, essa sentenziò infatti – con la celeberrima sentenza Costa/Enel – che il diritto comunitario aveva non solo effetto diretto all'interno degli ordinamenti dei singoli stati membri, ma era anche prioritario rispetto a quello nazionale, il quale non poteva che inchinarsi. In poco più di un decennio, si era passati dalla reticenza di Monnet e Reuter su giudici europei alla loro intoccabilità, riuniti com'erano attorno alla "loro" Corte di giustizia!

Un governo dei giudici, nell'Europa comunitaria degli anni sessanta, esistette quindi per davvero? Si sarebbe tentati di rispondere con un sì, se nel frattempo nuovi, gravi problemi di ordine politico ed istituzionale non avessero attanagliato le comunità. Nel torno di tempo in cui la Corte di giustizia andava assumendo una posizione di prestigio e affermava la sua teoria dell'effetto diretto e della supremazia del diritto comunitario, nubi fosche sembravano infatti addensarsi della costruzione europea: sul piano interno, l'equilibrio dei poteri pendeva sempre di più a favore del consiglio dei ministri: l'organo che nelle tre Comunità (CECA, CEE ed Euratom) rappresentava le istanze e le volontà non già dei popoli, ma – spesso egoisticamente – quelle degli stati membri. Sul piano politico più generale, invece, si assisteva all'offensiva nazionalista condotta dal gollismo per tutto il decennio degli anni sessanta; un'offensiva volta a vanificare, o quanto meno a ridurre il più possibile, l'importanza delle Comunità (chi non ha sentito parlare della politica della "sedia vuota", condotta pervicacemente dalla Francia tra il 1965 e il 1966 contro lo spettro di un possibile ampliamento delle competenze comunitarie – e segnatamente dell'assemblea –, cui faceva

¹⁵ La Corte fu però chiamata a pronunciare la sua prima sentenza molto più tardi: solo nel 1954!

da corollario l'adesione del Regno Unito?¹⁶). La volenterosa commissione europea guidata stavolta da un Walter Hallstein¹⁷ nettamente ostile all'eccessivo potere degli stati membri riuniti in un Consiglio dei ministri aveva proposto, nel 1965, di passare dall'unanimità ad un sistema decisionale basato sulla semplice maggioranza. Ma era incorsa nell'anatema francese che, di fatto, inaugurò la prima gravissima crisi comunitaria¹⁸. Se l'*impasse* poté risolversi con il compromesso del Lussemburgo del 1966, esso però di fatto sancì la fine dello slancio verso un'Europa federale, dei *popoli*, a tutto vantaggio di un'Europa intergovernativa degli *stati*.

In tale fosco contesto, il “governo dei giudici” non fu per nulla, quindi, un tentativo di sovvertire l'equilibrio degli organi comunitari a favore della Corte di giustizia, quanto piuttosto, in linea generale, la risposta *giuridica* pro-europea contro la rinnovata offensiva *politica* nazionalista, portata avanti dagli stati membri (o da taluni di essi). L'aumentata visibilità della Corte e del suo operato fece da contraltare alle forze ostili al cammino dell'integrazione. La pensò così

¹⁶ La politica della cosiddetta “sedia vuota” consistette nella decisione del presidente francese Charles de Gaulle, del giugno 1965, di boicottare le riunioni del consiglio dei ministri delle Comunità, bloccandone l'attività. Solo il compromesso di Lussemburgo, sottoscritto il 30 gennaio 1966 poté risolvere tale *impasse*. A causa della crisi della “sedia vuota”, i governi degli stati membri della CEE decisero di non rinnovare il mandato di presidente della Commissione europea a Walter Hallstein alla scadenza del suo secondo mandato nel 1967.

¹⁷ Walter Hallstein (1901-1982) fu sottosegretario agli affari esteri della Repubblica federale tedesca dal 1951 al 1958. In precedenza, aveva guidato la delegazione tedesca in sede di trattative del trattato CECA. Favorevole alla creazione e al consolidamento della Comunità Europea di Difesa (che, come è noto, naufragherà nell'agosto 1953 a causa del voto contrario del parlamento francese), parteciperà in nome della RFT alla conferenza di Messina (1955), preludio della nascita della CEE, nonché ai negoziati del trattato di Roma. Primo presidente della commissione della Comunità economica europea dal gennaio 1958, manterrà la carica per quasi un decennio: fino al 1967, vigilia della fusione degli esecutivi delle tre Comunità. Energico fautore dell'integrazione europea, dovrà far fronte a non poche, ed altrettanto energiche, resistenze nazionali: prima fra tutte, quella francese. In effetti, il cosiddetto piano Hallstein – volto a far ottenere alla CEE risorse proprie al posto delle sovvenzioni provenienti dagli stati membri, ad anticipare al 1° gennaio 1967 la data di inizio del mercato comune nonché ad allargare i poteri della commissione e del parlamento – susciterà le forti reazioni francesi, culminate nel periodo della “sedia vuota”. Come è stato scritto, «l'idea di Hallstein era quella di fare delle istituzioni comunitarie esistenti, finalizzate all'integrazione economica, le entità di un'unione politica di più largo respiro mediante un progressivo allargamento di competenze. Per questo motivo, energicamente, egli pensò di poter superare l'ostacolo francese forte della solidarietà unanime degli altri cinque Stati membri. Tornato in Germania, siederà al Bundestag fino al 1972, per poi assumere, da quella data e per alcuni anni, la direzione del Movimento Federalista europeo» (Grilli, *Le origini* cit., p. 79).

¹⁸ La proposta avanzata dalla commissione della CEE nel 1965 si articolava su diversi punti: modifiche alla politica agricola comune, rafforzamento del parlamento europeo e della commissione ed estensione del ricorso a votazioni a maggioranza qualificata (e non più all'unanimità) in seno al Consiglio dei ministri. Si andava quindi nel senso di un rafforzamento dell'integrazione europea e del carattere sovranazionale della CEE, a cui de Gaulle si opponeva. Il compromesso raggiunto a Lussemburgo nel gennaio 1966 implicava che governi degli stati membri della CEE decidessero che anche nei casi in cui era prevista una votazione a maggioranza qualificata e non all'unanimità, ciascuno stato avrebbe comunque potuto porre una sorta di veto. Di fatto venne mantenuto il metodo di votazione all'unanimità, che assicurava influenza a ciascuno stato. La costruzione di un'Europa federale segnava una battuta d'arresto a favore di una concezione intergovernativa della CEE, in cui gli stati mantenevano ampi poteri.

anche uno dei più illustri giuristi che ebbero a calcare il suolo della Corte: quel Maurice Lagrange che, già membro influente del *Conseil d'État* francese, fu chiamato da Jean Monnet tra i suoi collaboratori alla prima stesura di un progetto di trattato per la CECA nell'ormai lontano 1950¹⁹, per poi essere scelto come avvocato generale²⁰ nella costituenda Corte di giustizia della comunità carbo-siderurgica. Lagrange divenne (insieme con il tedesco Karl Roemer²¹) il primo avvocato generale della Corte, nonché un europeista convinto e, *last but not least*, un pubblicista e instancabile diffusore di conoscenza ed informazioni sulla Corte, sulla sua nascente giurisprudenza nonché sulle Comunità e sul loro promettente sviluppo²². Egli non avrebbe smesso di affermarlo e scriverlo: comunque stessero le cose, in vetta all'edificio comunitario stava una Corte di giustizia dai connotati a tutti gli effetti federali, senza la quale l'intero edificio comunitario sarebbe stato

¹⁹ L'incontro con il Lagrange è efficacemente descritto dal Monnet nelle sue memorie: «Il trattato era sul mio tavolo da tre mesi (...). La loro redazione era stata essenzialmente opera di Uri e di un grande giurista, Maurice Lagrange. La fortuna era stata ancora dalla nostra parte quando, ad inizio autunno, avevo chiesto a Parodi di designare un membro del Conseil d'État per garantire rigore a testi concepiti per durare cinquant'anni e servire da modello a futuri trattati europei. La scelta cadde su di un austero modesto consigliere del contenzioso (...). Lo rivedo, alto e snello, dal volto spigoloso e pallido (...). Entra nel mio ufficio e gli dico: "Consigliere Lagrange, Lei redigerà il testo del Trattato". Con calma, mi risponde: "Non so di che cosa si tratta, ma mi sforzerò di farlo bene, Signor Presidente". Un attimo dopo, era già al lavoro e il suo contributo all'opera fu inestimabile. Più tardi, primo avvocato generale della Corte di giustizia, avrebbe inaugurato quella giurisprudenza europea che è oggi applicata da tutti i tribunali nazionali»: J. Monnet, *Memorie*, Roma 1977² (Paris 1976), p. 378. Si veda anche Grilli, *Le origini* cit., p. 158. Maurice Lagrange era nato a Meudon il 14 maggio 1900. Entrato giovane al *Conseil d'État*, ne percorse i gradini della carriera sino a diventare *maître de requêtes* nel 1934. Nel dopoguerra, partecipò in qualità di esperto nazionale per la Francia alle trattative da cui scaturì la CECA. Divenne poi avvocato generale alla Corte di giustizia della CECA, poi (dal 1958) della CEE dal 1952 al 1964. Morì nel 1986.

²⁰ Pur non sconosciuta negli ordinamenti degli Stati membri della CECA e della CEE – dove aveva assunto e assumeva le sembianze di un pubblico ministero, quindi con funzioni accusatorie, la figura dell'avvocato generale presso la neonata Corte comunitaria è mutuata dall'analoga figura nel *Conseil d'État* francese: una sorta di "voce del diritto", o "guardiano della legge", incaricato di delucidare ai colleghi giudici il "punto di vista della legge" e di proporre possibili soluzioni alle controversie in discussione nell'interesse di una corretta applicazione del diritto (nella Corte, l'avvocato generale illustrerà il punto di vista del diritto comunitario *in fieri*).

²¹ Karl Roemer, che affiancò il Lagrange come avvocato generale della Corte di giustizia dei primordi dell'Europa comunitaria, era nato nel 1899. Giudice a Colonia nel 1932, avvocato a Berlino sino al 1946 e a Saarbrücken sino al 1952, difese a più riprese gli interessi tedeschi di fronte agli Alleati nell'immediato dopoguerra. Coinvolto anch'egli nel processo di formazione dei primissimi trattati comunitari, divenne poi avvocato generale alla Corte di giustizia della CECA, poi della CEE, dal 1954 al 1973. Morì nel 1984.

²² Tra le opere più significative di questo grande giurista europeo, che in fondo tenne a battesimo il diritto comunitario e resse l'incarico di avvocato generale alla Corte sino al 1964, possiamo ricordare: *L'Europe institutionnelle, réflexions d'un témoin*, in «Revue du Marché Commun», a. 1971, no. 144, p. 219; *La Cour de justice des Communautés européennes: du plan Schuman à l'union européenne*, in «Revue trimestrielle de droit européen», 1978, pp. 1-17; *Le rôle de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence*, in «Droit social», 1 (1961), pp. 1-11; *The Court of Justice as a factor in European Integration*, in «The American Journal of Comparative Law», 4 (1966/67), pp. 709-725; *Le pouvoir de décision dans les Communautés Européennes: théorie et réalité*, in «Revue trimestrielle de droit européen», 13 (1967), pp. 1-29; *Les obstacles constitutionnels à l'intégration européenne*, in «Revue trimestrielle de droit européen», 15 (1969), pp. 241-254.

impensabile. In questo si sintetizzava in fondo il “governo dei giudici”: nel loro portare avanti in prima persona la costruzione europea sul piano del diritto contro ogni logica ed interesse politico particolaristici, non già nel sovvertire un assetto di poteri intracomunitario già troppo favorevole ad egoismi nazionali. Nell’essere una “torre di controllo” del diritto europeo, investita della funzione chiave di condurre in porto, irreversibilmente, l’integrazione *giuridica* dell’Europa. Scrivendo per il pubblico americano, Lagrange lo riaffermava:

In Europa così come negli Stati Uniti, una corte è parte integrante della struttura politica interna (...). Ognuna di esse, poi, assolve una duplice funzione: garantire il rispetto sia dell’intera struttura che degli stati che la compongono, nonché (...) assicurare l’applicazione del diritto in favore sia di questi ultimi che dei singoli cittadini (...). Pertanto, si può affermare che l’integrazione è un fatto consolidato in seno ai tribunali ed alle corti degli Stati membri. Occorrerebbe aggiungere, però, che la Corte di giustizia vi ha contribuito in modo essenziale²³.

Sarebbe bastato un “governo dei giudici”, così inteso, a controbilanciare spinte antieuropee e battute di arresto nel cammino verso un’Europa unita? Per il Lagrange, la battaglia avrebbe dovuto prima o poi giocarsi – o tornare a giocarsi – sul terreno politico: attuando una rivoluzione istituzionale volta ad infondere massicce dosi di democrazia nelle Comunità dando luogo ad un potere legislativo reale incarnato da un’Assemblea (poi Parlamento) che ne divenisse il fulcro decisionale. Come è stato rilevato,

stavolta non si trattava più di riesumare il “government of the judges”, ma di “raddrizzare” l’Europa ed organizzarla secondo le tradizioni nazionali della separazione tra i poteri²⁴.

E si trattava di una separazione dei poteri che, come scriveva il Lagrange nel 1969, era veramente «alla base delle istituzioni dei nostri paesi»²⁵.

Tra gli anni sessanta e settanta, passata la tempesta gollista, altre dure prove avrebbero atteso al varco le Comunità mettendone a rischio il cammino futuro verso un’integrazione il cui obiettivo ultimo, quello federale, si stava annebbiando sempre più²⁶. E stava anche diventando obsoleto, ormai, chiedersi se veramente fosse mai esistito in passato un “governo dei giudici”, vale a dire un

²³ Lagrange, *The Court of Justice* cit., p. 725.

²⁴ Grilli, *Le origini* cit., p. 171.

²⁵ Lagrange, *Le pouvoir de décision* cit., p. 29.

²⁶ Dopo il primo, grande allargamento dell’Europa comunitaria con l’adesione – il 1° gennaio 1973 – del Regno Unito, dell’Irlanda e della Danimarca, essa attraversava però nuovamente un periodo di stallo: l’idea federalista era in crisi, l’euroscetticismo d’oltre Manica si sarebbe presto fatto sentire e nuove sfide sul piano mondiale (basti pensare alla crisi petrolifera nel 1973) attendevano un’Europa nuovamente stanca e in stallo. Occorreva un rilancio dell’idea europea, e questo fu tentato da Leo Tindemans, primo ministro belga. Il rapporto Tindemans sullo stato della cosiddetta «Unione europea» (il termine veniva usato per la prima volta! Tindemans aveva avuto mandato a redigere il suo progetto dal vertice dei ministri europei, riunito a Parigi nel dicembre 1974) prevedeva un nuovo ampliamento delle competenze dell’Unione, segnatamente in campo monetario, energetico, ambientale e sociale. Ma ormai il fine ultimo della costruzione europea vi risultava sempre più annacquato, e sempre più si stava affermando un’Europa degli stati, su base intergovernativa, al posto dell’idea federale.

loro strapotere in sede comunitaria: ch  i giudici avevano gi  compiuto il loro dovere e il loro “governo” – se mai vi era stato – aveva prodotto notevoli risultati giuridici. Quello che si avvertiva come inadeguato, ora, era l’assetto delle Comunit : ben poco federale, troppo sbilanciato a favore degli Stati membri riuniti nel Consiglio dei ministri e troppo poco a favore dei popoli europei attraverso i loro rappresentanti nell’Assemblea parlamentare.

La palla ritornava insomma nel campo della politica e l’anelito era quello ad una maggiore democrazia nelle Comunit . Un problema, questo, che rimane di scottante attualit .

La Prefettura granducale di Grosseto (1848-1859)*

di Andrea Labardi

1. Dall'Ufficio dei fossi e delle coltivazioni alla Camera di soprintendenza comunitativa

La Prefettura granducale di Grosseto segnò in Maremma la definitiva scomparsa del modello amministrativo ereditato dall'*ancien régime*, incentrato sulla sovrapposizione e sull'approssimativo coordinamento di organismi stratificatisi nel tempo, inaugurando quell'omogeneità di organi e di uffici tipica del lascito napoleonico.

Il progetto di ammodernamento istituzionale perseguito da Pietro Leopoldo aveva portato, il 10 novembre 1765, allo smembramento dell'antico stato senese in due aree differenziate: la provincia superiore, con capoluogo Siena, e la provincia inferiore, con a capo Grosseto¹. Tra il marzo ed il dicembre del 1766, avevano preso forma le strutture portanti della nuova provincia: il governatore e l'Ufficio dei fossi e delle coltivazioni, con sede a Grosseto, e le otto Potesterie, collocate nei più rilevanti insediamenti urbani.

L'Ufficio dei fossi e delle coltivazioni era un organo collegiale, formato dal commissario e dai residenti, tutti di nomina sovrana. Tra le sue attribuzioni rientrava la vigilanza sopra tutte le comunità e sopra la conservazione del loro patrimonio, nonché l'approvazione periodica degli statuti comunali². Il nuovo organo tutorio era il cuore amministrativo della provincia, tanto più potente quanto meno soggetto a conflitti di competenza. Pertanto, con la riforma contenuta nella legge del 17 marzo 1783 si era reso necessario il contenimento delle sue invasive forme di controllo³.

Dopo la parentesi napoleonica, la Restaurazione aveva richiamato in vita gli ordinamenti del secolo precedente. Qualcosa tuttavia era andato nella direzione

* Abbreviazioni: ASFi: Archivio di Stato di Firenze; ASGR: Archivio di Stato di Grosseto; AT: *Almanacco toscano*; BNCFi: Biblioteca nazionale centrale, Firenze.

¹ D. Marrara, *Storia istituzionale della Maremma senese. Principi e istituti del governo del territorio grossetano dall'età carolingia all'unificazione d'Italia*, Siena 1961, pp. 202-222.

² *Ibidem*, p. 204.

³ *Ibidem*, p. 211.

di una più intensa omogeneizzazione istituzionale. Nel 1825, difatti, all'Ufficio dei fossi e coltivazioni era subentrata la Camera di soprintendenza comunitativa, organo già presente nelle altre aree del Granducato. Essa esercitava i propri compiti su di un territorio dove la mortalità malarica si attestava su livelli elevatissimi, nonostante si cercasse di trascorrere la stagione calda nei centri collinari meno esposti al contagio («estatatura»)⁴. Fin dalle prime visite degli anni 1825-1826 Leopoldo II aveva preso coscienza della situazione e si era dato a studiare la «questione maremmana» addirittura elaborando nuovi strumenti metodologici⁵.

Nel 1847, poco prima che venisse istituita la Prefettura, occupavano gli uffici della Camera di soprintendenza grossetana il provveditore Giacomo Grandoni, cavaliere di Santo Stefano, il segretario Giusto Ristori, i copisti Agostino Regoli, Leopoldo Lotti e Livio Maccari, il segretario per la sezione del «bonificamento» Stefano Spagna, il commesso registratore dottor Antonio Rubetti, il ragioniere Angiolo Guidoni con gli «aiuti» Luigi Chelli, Ferdinando Calamai, il computista Angelo Maccari e gli aiuti di computisteria Giuseppe Palandri e dottor Giuseppe Tosini, il cassiere Tommaso Luciani con l'aiuto di cassa Angelo Avunti e con l'aggregato Giuseppe Luciani, un custode e un aiuto⁶.

2. *Un passo in avanti verso l'uniformità recuperando un passato invisibile*

L'editto del 9 marzo 1848, oltre a riorganizzare il sistema giudiziario secondo il moderno criterio di netta distinzione tra funzioni amministrative e funzioni giurisdizionali, divise il Granducato in sette Compartimenti, dipendenti dal ministero dell'Interno e con a capo un prefetto, in circondari con a capo un sottoprefetto ed in comunità con a capo un gonfaloniere. Così come era accaduto con la Camera comunitativa, anche in questa occasione fu istituito a Grosseto un ufficio che non si differenziava in nulla dagli omologhi delle altre aree urbane⁷. Non si trattava di una novità. Durante il periodo francese, con decreto del 15 febbraio 1807, la Toscana era stata divisa in tre dipartimenti: dell'Arno, del Mediterraneo e dell'Ombrone. Ogni dipartimento era stato a sua volta suddiviso

⁴ L. Rombai, *Orientamenti della politica territoriale maremmana nel granduca Leopoldo II di Lorena*, in «Bollettino della Società Storica Maremmana», 51 (1987), num. monografico, pp. 26-27.

⁵ *Ibidem*, p. 27.

⁶ Si veda AT 1847, pp. 486-7. Spicca la presenza del montalcinese Stefano Spagna, brillante giurista specializzato nelle cause sugli usi civici. Di lui rimangono, tra gli altri, i seguenti scritti: *Esame delle leggi relative alla affrancazione delle servitù di pascolo e di legnatico già esistenti sui fondi del territorio piombinese*, Firenze 1848; *Sull'obbligo delle Ferrovie romane di concorrere alle spese del riordinamento e mantenimento del fosso Ugione*, Livorno 1875. A proposito del Maccari, esiste una *Necrologia e commemorazione di Rosa Porciatti moglie di Angiolo Maccari R. Computista a Grosseto, morta il 27 Aprile 1847*, Siena 1847.

⁷ Occorre osservare che il Granducato non conobbe neppure questa volta una totale omogeneizzazione degli apparati amministrativi periferici. Difatti, accanto ai compartimenti prefettizi, si collocava con competenze in parte analoghe il Governatorato di Livorno. Sui governatori labronici, v. M. Aglietti, *I governatori di Livorno dai Medici all'Unità d'Italia. Gli uomini, le istituzioni, la città*, Pisa 2009.

in circondari, cantoni e comuni. A capo del circondario era stato posto il prefetto, che corrispondeva con i ministri, vigilava sull'esecuzione delle leggi e dei decreti e nominava gli impiegati della Prefettura⁸. Il dipartimento dell'Ombrone era stato diviso in tre circondari: quello di Siena, quello di Montepulciano e quello di Grosseto. In quest'ultimo, nel giugno del 1809, si contavano tredici Cantoni e ventuno Comuni.

Abolita con legge del 27 giugno 1814 l'impalcatura napoleonica, le popolazioni non ne avevano provato nostalgia. Sintomatica era stata la fredda accoglienza tributata nel 1811 alla granduchessa Elisa Baciocchi dai grossetani, esasperati dal fiscalismo e dalla coscrizione obbligatoria⁹.

Nella versione lorenese il compartimento grossetano ignorava la distinzione in sottoprefetture. Pertanto, quali ufficiali di polizia giudiziaria, dipendevano direttamente dal suo prefetto i delegati di governo, rispettivamente residenti a Grosseto, Arcidosso, Massa Marittima, Orbetello, Pitigliano e a Scansano. Ad essi spettavano la facoltà di rilasciare il porto d'armi e, nell'ambito dei compiti di polizia preventiva, quella di formulare le ammonizioni verbali e di adottare i precetti formali contro i malviventi nei modi previsti dal regolamento del 29 ottobre 1849¹⁰. Alle Delegazioni competevano la sorveglianza del flusso dei forestieri, funzione particolarmente delicata in un'area fortemente interessata dalla transumanza come quella maremmana¹¹, la concessione di sussidi, il controllo sulla moralità delle produzioni sceniche, i ricoveri coatti negli ospedali e gli ordini di acquisto delle armi per la difesa nazionale. Dal febbraio del 1853 ad esse fu altresì attribuita la vigilanza sul reclutamento militare¹². Al delegato pervenivano giornalmente i rapporti informativi dei commessi di vigilanza e dei comandanti dei picchetti dell'imperiale e regia gendarmeria presenti sul territorio.

⁸ S. Totti, *La Sottoprefettura di Grosseto in epoca napoleonica*, in «Bollettino della Società Storica Maremmana», 27 (1973), p. 70.

⁹ *Ibidem*, p. 73.

¹⁰ I. Rignano, *Saggio di un manuale del diritto pubblico interno della Toscana*, Firenze 1857, p. 94.

¹¹ Menziona questo incremento stagionale la *Petizione al Parlamento Italiano ed al Governo del Re degli Abitanti di Grosseto e di altri diversi comuni della Provincia*, Grosseto 1861, pp. 14-15. Secondo questa fonte, la popolazione maremmana, che nel 1843 ascendeva a 76.169 unità, ne contava 85.424 nel 1860. Tale era l'afflusso di "esteri" nella provincia che il prefetto di Grosseto, nel settembre del 1851, manifestò al Ministero dell'Interno la forte difficoltà che incontrava nel far rispettare meticolosamente la normativa sui passaporti. Il buonsenso, il 27 dello stesso mese, suggerì al titolare del Dicastero, Leonida Landucci, la seguente risposta: «Illustrissimo Signore, valutate le condizioni eccezionali di codesta Provincia, il Ministero non dissente che osservato il disposto nella legge del 13 marzo prossimo passato sia usata da codesta Prefettura una discreta tolleranza per ammettere nella Provincia medesima quei forestieri che vi si recano per dedicarsi ai lavori campestri e che sebbene non siano forniti di carte regolari possono però con altri mezzi sussidiari offrire rassicuranti discarichi sull'essere loro» (ASGr, *Prefettura granducale*, II, 21, c. 141r).

¹² L'Archivio di Stato di Grosseto conserva la documentazione prodotta nell'esercizio di questa funzione nei 17 pezzi della serie «Affari militari, leve, arruolamento ecc.» del fondo «Prefettura Granducale». Si veda ASGr, *Prefettura granducale. Inventario storico dell'Archivio di Stato di Grosseto (1806-1867)*, dattiloscritto di A.G. Filiali Uranio, pp. 46-48.

3. I prefetti

Ovviamente, il prefetto era «capo del governo» e dell'amministrazione del suo compartimento. Come rappresentante del potere centrale, era responsabile dell'ordine pubblico che, come accennato, garantiva tramite le Delegazioni di governo. La subordinazione gerarchica delle prefetture compartimentali al ministero degli Interni e agli altri uffici centrali si traduceva in un fitto scambio di circolari e comunicazioni che si è sedimentato nella serie «Leggi, decreti circolari ed ordini» del fondo archivistico prodotto dall'ufficio grossetano¹³. Molte delle indicazioni contenute in questi documenti riflettono chiaramente le peculiarità maremmane. Ne sono un esempio i procedimenti sui passaporti, cruciali in una zona di forte mobilità interna e di confine¹⁴.

Oltre al controllo sulle persone, era affidata alla cura dei prefetti la vigilanza sulla stampa censurata dalle autorità fiorentine per ragioni politiche o religiose. Pertanto, il prefetto di Grosseto fu invitato nel 1850 a vietare l'ingresso di opere come le *Résumé de la question sociale* di Proudhon e *La legge Siccardi*¹⁵. Negli affari ecclesiastici la prefettura costituiva l'anello di congiunzione tra il relativo ministero e gli enti canonici presenti sul territorio con una mole di lavoro tale da occupare uno spazio a sé nell'organizzazione dell'ufficio e, di conseguenza, nella sua produzione documentaria. Il governo granducale, abituato alle pratiche giurisdizionaliste, non lesinava fondi per il restauro di edifici e per l'acquisto di arredi sacri. Un esempio di questa disponibilità è la dotazione dei paramenti assicurata, nel biennio 1852-53, alla giovane parrocchia pitiglianese di Santa Maria Assunta¹⁶.

L'esperienza maturata nel controllo delle opinioni politiche tornò certamente utile ai prefetti quando la legge 30 giugno 1852 attribuì loro la vigilanza sulle scuole e sugli insegnanti, compresi quelli privati. A Grosseto uno di questi ultimi, il canonico Antonio Malintacchi, fu schedato come «caldo sostenitore del regime costituzionale»¹⁷. La prefettura si serviva di questa attribuzione talvolta chiudendo un occhio sulle abitudini di postulanti dalla

¹³ Un esempio tra i tanti è la richiesta di informazione da parte della Soprintendenza generale delle R.R. Possessioni sui propri dipendenti da estrarre a sorte per il consuetudinario porto d'armi gratuito. ASGr, *Prefettura granducale*, II, 21, cc. 456r-458r.

¹⁴ ASGr, *Prefettura granducale*, II, 21, cc. 315r-318r; *ibidem*, Circolare del Ministero dell'Interno dell'8 agosto 1849, cc. 482r-485r.

¹⁵ Probabilmente quest'opera va identificata con la seguente: Parlamento subalpino, *Legge Siccardi sull'abolizione del foro e delle immunità ecclesiastiche. Tornate del Parlamento subalpino*, Torino 1850, pp. 565. Quanto all'opera di Proudhon, è probabile che circolassero copie del *Résumé de la question sociale, banque d'échange*, Paris 1849, XIX-116 pp.

¹⁶ ASGr, *Prefettura granducale*, IV, 179, ins. 10 «Chiesa di S. Maria Assunta di Pitigliano. Carteggio Pendente».

¹⁷ F. Gemini, *Catalogo*, in M. Corti, F. Gemini, T. Gigli, *Al suono della Campanella. Frammenti di vita scolastica in Maremma dalle origini al '900. Mostra documentaria (31 marzo - 29 dicembre 2012)*, Grosseto 2012, pp. 25-26.

dubbia affidabilità, talaltra cogliendo l'occasione per ritorsioni nei confronti dei sudditi che non offrivano garanzia di devozione al governo¹⁸.

Presso la nostra prefettura operava anche un organo collegiale preesistente alla riforma del 1848, la Commissione sanitaria, che coordinava l'assegnazione delle condotte medico-chirurgiche di spettanza dei comuni. Ad essa competeva pure redigere un rapporto quindicinale per ragguagliare l'autorità governativa sugli esiti della propria attività di vigilanza e sullo stato di salute del compartimento¹⁹. Un'altra peculiarità maremmana consisteva nella titolarità, in capo al prefetto, della funzione di sorveglianza del regio Ufficio di bonificazione, la cui cassa era unita a quella della prefettura²⁰.

Al prefetto spettava approvare le spese deliberate dalle comunità, le quali, a tal fine, inviavano allo stesso l'estratto dal protocollo delle deliberazioni utilizzando un apposito modulo prestampato. Questa pratica era osservata anche quando l'esborso veniva caldamente consigliato, se non imposto, dal governo o dal sovrano. Un episodio del genere interessò i comuni del compartimento grossetano quando, nel gennaio del 1853, la Società di patrocinio per i liberati dagli stabilimenti penitenziari del Granducato, forte di «Imperiale e Reale Beneplacito», li invitò a corrispondere un «tenue annuo soccorso»²¹.

Abolita la Camera di soprintendenza comunitativa, il suo capo, Iacopo Arganini, fu nominato prefetto. Lo troviamo ancora in carica nel maggio del 1848, quando le sua prevenzione verso le vicende risorgimentali lo resero tanto invisibile da determinarne l'allontanamento²². Dopo una fase di assestamento con

¹⁸ Un esempio della linea morbida è l'autorizzazione concessa al senese Gaspero Fineschi il 21 settembre 1852. Questi era un cinquantatreenne che il delegato di governo così descriveva: «Non grande è il numero dei suoi scolari perché abusando spesso del vino e liquori, cade in maniere dure, e pecca di moralità, né avvi perciò che l'ignaro e l'incurante che gli affidino la loro prole. Vuolsi che costui sia inoltre non troppo religioso, e che al tempo delle corse vicende politiche fosse per la parte degli esaltati». (ASGr, *Prefettura granducale*, XI, 418, fasc. 1, informazione del delegato Pagani, Grosseto, 8 settembre 1852, c. n.n.). Nonostante ciò, il prefetto inoltrò al ministro della pubblica istruzione l'istanza del Fineschi, accompagnandola con queste parole: «Non tenendo detto postulante alcun pregiudizio né presso il Tribunale né presso la Polizia e dalle informazioni fiduciarie procuratemi da buona fonte reputando giustificata la condotta del medesimo, ed essere egli riservatissimo e deferente verso il Governo, crederei conveniente di proporre remissivamente all'E.V. la concessione dell'invocato permesso, con l'ordine però di fare al Fineschi all'atto di consegnarlo un'ammonizione di dover adoprare verso gli scolari le maniere dolci e persuasive come si addice ad un maestro» (*ibidem*, Copia di missiva del prefetto di Grosseto al Ministro della Pubblica Istruzione, Grosseto, 17 settembre, 1852, cc. n.n.). La ritorsione politica appare evidente nel diniego opposto al pietrasantino Ermenegildo Giustini, ex aiuto cancelliere residente a Castiglione della Pescaia, giudicato «uomo di dubbia religione e morale e grandemente temibile in fatto di politica per la parte che egli prendeva nei passati relativi sconvolgimenti» (ASGr, *Prefettura granducale*, XI, 418, fasc.13, Informativa riservata del delegato di governo Pagni, Grosseto, 18 ottobre 1852, c. n.n.).

¹⁹ ASGr, *Prefettura granducale*, IX, 310, fasc. 1-39 «Rapporti quindicinali, 15 gennaio 1844-30 giugno 1850», cc. n.n.

²⁰ Cfr. Rignano, *Saggio di un manuale* cit., p. 92.

²¹ ASGr, *Prefettura granducale*, VI, 223, fasc. 8 «Società di Patrocinio Sussidi accordati da diverse comunità», cc. n.n.

²² Cfr. A. Cappelli, *Grosseto nella prima guerra del risorgimento*, Grosseto 1928, p. 8.

Tito Martini, Carlo Massei, Stefano Spagna, Ettore Palazzeschi e Giuseppe Corsini²³, a rappresentare il governo in città si avvicendarono due prefetti, entrambi avvocati. Il primo fu il già citato Giuseppe Corsini. Originario di Prato, si era addottorato a Pisa con Iacopo Sacchetti il 15 giugno 1821²⁴. I suoi incarichi istituzionali lo portarono a contatto con l'architetto Luigi Cambray de Digny²⁵, con il filologo Pietro Fanfani²⁶, con il pedagogista Raffaello Lambruschini e con l'editore Felice Le Monnier²⁷. Nel 1853, mentre egli presiedeva il ben più prestigioso compartimento pisano²⁸, il suo posto era occupato da Vincenzo Cercignani. Questi proveniva dalla carriera giudiziaria. Difatti, l'anno precedente, lo troviamo regio procuratore presso il tribunale di prima istanza di Montepulciano²⁹. L'esperienza maremmana era destinata a concludersi per lui amaramente. Durante i fermenti che condussero la Toscana sotto lo scettro sabaudico, si mantenne fedele a Leopoldo II, denunciando la propaganda e le iniziative di quegli esponenti del clero e del ceto medio che guardavano ormai al Piemonte. Tra questi non solo vi erano personaggi come il canonico Giovanni Sandonà di Massa Marittima e il cancelliere della pretura di Scansano Enrico Lenzi, ma anche Domenico Tonarelli³⁰. Il Cercignani, che aveva intuito la pericolosità della sua militanza, avrebbe voluto farlo arrestare, ma gli fu impossibile. Poche settimane dopo, il 29 aprile 1859, Piero Puccioni, venticinquenne commissario del governo provvisorio, lo avrebbe destituito dall'incarico, nominando al suo posto il primo consigliere Giovanni Chierici e attribuendo il ruolo di consigliere proprio al Tonarelli³¹. Una soluzione che comunque intendeva evitare impatti traumatici. Difatti, se la presenza del Tonarelli segnava la rottura con l'ordinamento granducale, la scelta del Chierici era volta a salvarne i valori di efficienza. Su Giovanni

²³ ASGr, *Comune di Grosseto preunitario*, 5, 188 «Ordini e circolari della R. Camera e Prefettura, 1845-49», cc. n.n.

²⁴ D. Barsanti, *Lauree dell'Università di Pisa 1737-1861*, Pisa, Università degli Studi, 1995, 1^a, n. 5627, p. 298; v. anche D. Barsanti, *Giacomo Sacchetti lettore di Filosofia e rettore del Collegio Ferdinando all'Università di Pisa*, in «Bollettino storico pisano», 74 (2005), p. 100.

²⁵ BNCFi, *Carteggi vari*, 20 bis, 50, Giuseppe Corsini a Luigi Cambray de Digny senior, Siena, 10 1841. Il figlio di quest'ultimo, Luigi Guglielmo, nomina il funzionario nei suoi *Ricordi sulla Commissione Governativa toscana del 1849*, Firenze 1853, p. 142.

²⁶ BNCFi, *Carteggi vari*, 163, 163, 108-115, Giuseppe Corsini a Pietro Fanfani, Firenze, 1866-1874.

²⁷ *Ibidem*, 5, 149, Giuseppe Corsini a Raffaello Lambruschini, Firenze, 8. 12. 1868; *ibidem*, *Carteggio Le Monnier*, 25, 55-58, Giuseppe Corsini a felice Le Monnier, data 1867-1869.

²⁸ AT 1853, p. 307.

²⁹ AT 1852, p. 368.

³⁰ Nato a Scansano il 2 agosto 1820, dopo gli studi giuridici divenne avvocato e sottoprefetto a Pistoia. Fu eletto deputato del collegio di Scansano nel 1874, per poi riprendere, nel 1876, la carriera amministrativa come prefetto di Messina, Cagliari e Arezzo. Morì a Firenze il 25 febbraio 1886. Si veda M. De Nicolò, *Trasformismo, autoritarismo, meridionalismo. Il ministro dell'interno Giovanni Nicotera*, Bologna 2001, p. 124, n. 53; M. Pignotti, *Massoneria, politica e associazionismo nella Pistoia del secondo Ottocento*, in *Massoneria e società civile. Pistoia e la Val di Nievole dall'Unità al secondo dopoguerra*, a cura di F. Conti, Milano 2003, p. 21; G. Tosatti, *Storia del Ministero dell'interno. Dall'unità alla regionalizzazione*, Bologna 2009, p. 80.

³¹ M. Puccioni, *Ricercando negli archivi del Ministero dell'Interno della Toscana, avanti e dopo il 27 aprile 1859*, in «Rassegna storica del risorgimento», 23 (1936), pp. 1081-1107.

Chierici di Bibbiena, secondo consigliere, ammogliato e con una figlia, il Cercignani, nel 4° trimestre del 1857, aveva scritto:

Giovine di un aureo carattere, educato, e sommamente istruito nella scienza legale. Si occupa della branca governativa, ma non è digiuno di cognizioni anche per la branca amministrativa, e ne tratta alcuni rami speciali. Merita che se ne faccia conto perché il R. Governo non avrà che a lodarsene³².

4. *Il consiglio di prefettura*

Il prefetto era assistito dal consiglio di prefettura, formato da un numero variabile di membri, anch'essi di nomina granducale³³. Disciplinavano nel dettaglio i rapporti tra le amministrazioni comunali e l'autorità tutoria alcune norme della legge del 20 novembre 1849 con cui Leopoldo II aveva regolato i comuni. Secondo queste previsioni, il consiglio di prefettura, ovviamente presieduto dal prefetto, svolgeva un controllo sulla legittimità di tutte le deliberazioni consiliari dichiarandone, dove necessario, la nullità. Il consiglio esercitava altresì un controllo di merito, quando contro le citate deliberazioni erano presentati reclami da almeno un decimo dei contribuenti o da un contribuente che pagava non meno di un decimo dei contributi annui. Al controllo dell'autorità tutoria erano soggetti anche i bilanci, dopo la loro redazione da parte del gonfaloniere e l'approvazione del consiglio comunale.

In alcune materie legittimati a ricorrere presso il consiglio erano i singoli cittadini. Ciò si verificava a proposito di determinazione del carico fiscale e nel caso di contestazione delle liste elettorali formate dal gonfaloniere. Le decisioni del consiglio di prefettura, nelle ipotesi in cui non erano irrevocabili, erano soggette a ricorso presso il Consiglio di stato³⁴. Al consiglio di prefettura si ricorreva anche avverso i provvedimenti dei delegati di governo sopra descritti³⁵.

A Grosseto si avvicendarono nella veste di consiglieri Gustavo Mancini, Marco Marchetti³⁶, Luigi Falorsi³⁷, Giuseppe Ermini³⁸, Lorenzo Mori³⁹, Igino Pratesi⁴⁰, il già noto Giovanni Chierici⁴¹ e Giuseppe Fracassi⁴². Come è facile immaginare, tra essi spiccano gli esperti nelle materie giuridiche. Risultano difatti addottorati il Falorsi e l'Ermini, addirittura avvocati il Marchetti, il Mori e il Chierici.

³² ASFi, *Ministero dell'Interno*, 2878, ins. 175, c. n.n.

³³ Marrara, *Storia istituzionale* cit., p. 223.

³⁴ Cfr. Marrara, *Storia istituzionale* cit., p. 230.

³⁵ ASGr, *Prefettura granducale*, III, 128, ricorsi contro i delegati di governo (16 agosto-24 novembre 1856), cc. n.n.

³⁶ AT 1850, p. 328.

³⁷ AT 1851, p. 342.

³⁸ AT 1852, p. 334.

³⁹ AT 1854, p. 322.

⁴⁰ AT 1855, p. 332.

⁴¹ AT 1856, p. 341.

⁴² AT 1859, p. 362.

5. La ragioneria

I compiti di avamposto del potere centrale e di raccordo tra questo e le altre realtà istituzionali ed amministrative del territorio affidati alla prefettura incidavano anche sui documenti contabili che essa produceva. Così, non soltanto nella sua ragioneria erano annotato, prima nel *Quaderno giornale* e poi nel *Libro Maestro*⁴³, l'ammontare dei contributi che le comunità versavano all'ospedale di Grosseto per il sostentamento dei "gettatelli", oppure le voci in dare e in avere della imperiale e regia Azienda dei sali, così come avveniva presso omologhi uffici toscani, ma anche spese concernenti aspetti di vita che l'area maremmana non condivideva con le altre porzioni del territorio granducale. Si pensi alle spese per la già citata estatatura. Sotto lo sguardo vigile del ragioniere venivano pertanto registrati pagamenti come quello a favore di Bartolomeo Meciani per il trasporto a Scansano, nel luglio del 1857, di 23 casse contenenti filze e fogli, oppure come la diaria ai gendarmi che avevano scortato la «Regia Cassa» durante il suo viaggio di rientro nel capoluogo⁴⁴. Ovviamente il compito più oneroso era il controllo sui resoconti annuali delle varie comunità. Si comprende dunque perché il ragioniere della prefettura grossetana, il 1° aprile 1857, scriveva allarmato al proprio superiore affinché sollecitasse i gonfalonieri a trasmetterli tempestivamente⁴⁵.

Alla Ragioneria dovevano pervenire pure i saldi dei vari enti controllati. Questi, raggruppati nel *Registro di movimento di tutte le Amministrazioni dipendenti dalla Prefettura* in base alla Cancelleria comunitativa nel cui territorio avevano sede, comprendevano anche fabbricerie e conventi⁴⁶.

Chi fosse entrato negli uffici contabili della prefettura nel 1854, anno in cui aveva già iniziato a lavorarvi il ragioniere elbano Temistocle Brignole, vi avrebbe incontrato uno staff piuttosto nutrito: l'aiuto Luigi Chelli, i computisti Giuseppe Palandri e Ferdinando Mariotti, nonché i cassieri Angiolo Avunti e Giovanni Paolini. Non mancavano figure interessanti come appunto quella dell'Avunti, che Sebastiano Fenzi, il 18 giugno 1863, segnalerà a Bettino Ricasoli⁴⁷. Tuttavia ad attirare la nostra attenzione è senza dubbio il Brignole, sul quale, nel primo trimestre del 1852, Gregorio Fineschi, prefetto di Arezzo, aveva scritto: «Sufficientemente capace ed assiduo nel disimpegno del proprio dovere. È osservabile in lui una non comune propensione al bel sesso, pella

⁴³ ASGr, *Prefettura granducale*, XIX, 630, «Quaderno giornale 1 dell'anno 1849», c. 1r.

⁴⁴ *Ibidem*, XV, 599, fasc.33 «Libro Maestro della Prefettura di Grosseto, anno 1857», c. 119a.

⁴⁵ *Ibidem*, VII, 282, fasc. 37 «Richiamo della Comunità pella sollecita trasmissione del resoconto del 1856», cc. n.n.

⁴⁶ *Ibidem*, XII, 444, cc. n.n.). Così, nel 1859, se da Grosseto giungevano all'ufficio oltre al saldo inviato dal Comune, quello dell'Opera della cattedrale, del Pio legato Paglialonga, del R. Spedale degli Infermi e dell'Opera di S. Martino a Batignano, da Orbetello giungeva anche il saldo del Monastero claustrale di S. Chiara. *Ibidem*, *Prefettura granducale*, XII, 444 «Registro di movimento di tutte le Amministrazioni dipendenti dalla Prefettura», anni 1854-1862, cc. n.n..

⁴⁷ Carteggi di Bettino Ricasoli, 20: 1 aprile 1862 - 31 dicembre 1863, a cura di G. Camerani, E. Guidi, Roma 2001 (Fonti per la storia dell'Italia moderna e contemporanea, 146), p. 771.

quale non rare volte si rende agli occhi del pubblico ridicolo»⁴⁸. Nella nota del terzo trimestre aveva infine scritto: «Onesto, di sufficiente capacità. Trovasi ora a Grosseto»⁴⁹. In realtà, le capacità del giovane superavano di gran lunga la sufficienza, tanto che il Cercignani, nel terzo trimestre del 1854, osservò: «Questo giovane merita avanzamento o almeno traslazione giacché la sua salute è deperita in Maremma»⁵⁰. Spirato il quarto trimestre del 1858, il prefetto dichiarò all'apice dell'entusiasmo: «Devesi alla di lui capacità, zelo, attività, e fermezza se a poco a poco si vanno togliendo dalle comunali amministrazioni del compartimento molti degli abusi che la soverchia rilassatezza del suo antecessore aveva lasciati introdurre»⁵¹.

6. *Il personale*

Come abbiamo osservato, i consiglieri si qualificavano per la loro preparazione giuridica. Laureati ed avvocati, tuttavia, non mancavano neppure al di fuori del Consiglio. Al Chierici, segretario dal 1855 al 1856, succedette nella carica l'avvocato Angiolo Galletti, il quale, nel 1860, promosso consigliere, appare sostituito da Raffaello Gori. Tra i laureati spicca poi Giuseppe Tosini, ancora archivista nel 1860⁵². Questi era una figura inserito nei locali ranghi municipali, tanto che, nell'aprile del 1849, lo troviamo primo priore⁵³. Dalla penna di Vincenzo Cercignani apprendiamo che l'aiuto ragioniere Luigi Chelli di Grosseto, ammogliato e con tre figli, «non era adatto per la ragioneria giacché non aveva alcuna cognizione della branca» e che al massimo poteva essere «un discreto computista od un buon copista»⁵⁴. Dalla stessa fonte sappiamo che il pur volenteroso custode Tommaso Chiti era «di buon carattere, ma avanzato in età, storpio nelle mani, e carico di famiglia e quindi di passività»⁵⁵. Neppure Leopoldo II si nascondeva che spesso Grosseto veniva utilizzata come meta punitiva⁵⁶. Lo stesso trasferimento da Arezzo in Maremma del galante Brignole ha, difatti, tutta l'aria di una sanzione. Nel complesso, tuttavia, si ha l'impressione di una piramide che, opaca alla base, diviene sempre più luminosa man mano che ci si avvicina al vertice.

⁴⁸ ASFi, *Ministero dell'Interno*, 2877, ins. 46, fascicolo personale di Temistocle Brignole, cc. n.n.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² AT 1860, p.304-305. Il Tosini si distinse nel biennio 1837-38 per la propria attività gratuita nella gestione della filiale grossetana della Cassa di risparmio di Firenze. Si veda A Piccinelli, L. Tempi, P.F. Rinuccini, G. Griffoli, *Estratto di un rapporto presentato al Consiglio di amministrazione della Cassa di Risparmio*, in «Giornale agrario toscano», 13 (1839), p. 317.

⁵³ ASGr, *Comune di Grosseto preunitario*, 5, 188 «Ordini e circolari della R. Camera e Prefettura, 1845-49», cc. n.n.

⁵⁴ ASFi, *Ministero dell'Interno*, 2878, ins. 139, fascicolo personale di Luigi Chelli, relazione del 1° trimestre del 1856, c. n.n.

⁵⁵ ASFi, ins. 174, fascicolo personale di Tommaso Chiti, relazione del 1° trimestre del 1855, c. n.n.

⁵⁶ F. Pesendorfer, *Il governo di famiglia in Toscana. Le memorie del granduca Leopoldo II di Lorena (1824-1859)*, Firenze 1987, pp. 79-89.

Cádiz, 1812-2012: reflexiones para un bicentenario

por Faustino Martínez Martínez

Podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que hay dos visiones irreconciliables que atrapan entre sus redes a todo historiador: la del pasado que se trata de estudiar y la del presente desde donde se investiga. Se puede decir así que hay una Constitución de Cádiz de 1812, datada en tal fecha concreta, y otras, muchas, varias Constituciones de Cádiz interpretables, que se han ido leyendo y esbozando a lo largo de los siglos XIX, XX y ahora XXI. Hay una Constitución de Cádiz de la que nos hablan los diputados y personajes públicos doceañistas en sus textos, y hay otras Constituciones de Cádiz que parten de aquélla, se desenvuelven en lecturas singulares, partidistas y parciales, para llegar a otros destinos contemporáneos que no han de coincidir con el espíritu de esa carta magna aludida. Es preciso romper con la labor de intermediación protagónica que ciertos investigadores han venido desarrollando con sus construcciones y con sus exégesis, luego materializadas en discursos de varia orientación, dirigidos siempre a justificar presentes a partir de pasados, es decir, a anticipar soluciones constitucionales hodiernas en tiempos preconstitucionales, a proyectar hacia épocas pretéritas lo que son creaciones típicamente contemporáneas, tratando de conseguir mayores dosis de legitimidad a través del recurso al tiempo. Nuestra labor no es participar en y del legado gaditano, no es inmiscuirnos en su formación y desarrollo, ni reproducir los debates o las polémicas más significativas tomando partido por unos u otros; tampoco conectar ese pasado con el presente, sino observarlo, analizarlo, comprenderlo e imbricarlo en su correspondiente instante, que es donde tiene que estar y es donde ha de ser verdaderamente comprendido en su más estricta pureza. Cádiz es un mundo del pasado que ya no está y que ya no es para nosotros, que no tiene existencia más que como sencilla efemérides. Debe ser captado de acuerdo con su propia cultura constitucional y no de acuerdo con la cultura constitucional que aparecerá tiempo después. Debemos recordarlo y debemos recordarlo tal y como se produjo en la medida en que los testimonios lo permitan. A ese pasado, pues, es al que hay que volver si se quiere entender lo que allí sucedió entre 1810 y 1812.

Basta abrir cualquier ejemplar de la Constitución de Cádiz para comprobar que nos hallamos ante un *Constitución Política de la Monarquía Española*. El simple título ya nos da muchas pistas acerca del destino que ha de impulsar la

investigación. *Constitución política* significa, en el lenguaje de la época, que no es la única forma o manera bajo la cual se presenta un texto constitucional en ese tiempo dado. El adjetivo calificativo es algo más; se eleva por encima de cualquier mera descripción y tiene carácter definidor de la esencia de aquel sustantivo al que acompaña de modo inescindible. Hay una Constitución que se dice política, vinculada a la libertad que así se califica, de lo que se infiere que hay otra suerte de Constituciones al margen de ésta (militar, fiscal, eclesiástica, etc.), las cuales, en principio, quedan excluidas de la dinámica que el texto gaditano dice encarnar y quiere dirigir. Su objeto no es lo político y, dentro de este contexto, tampoco la libertad política, materia principal que se trata de asegurar en primera instancia a través de la Constitución misma así calificada. Ése es su cometido primigenio. Garantizar la libertad política y fortalecerla por vías constitucionales. Luego vendrá asimismo la libertad civil de los individuos que forman la Nación, pero lo primero, lo que ha de construirse o reconstruirse en lugar preeminente es el edificio político, con sus poderes o potestades, con su moderación gubernativa, con su felicidad pública como objetivo de toda acción del poder, con los deberes de los ciudadanos antes que con sus derechos, con la obediencia, la sujeción, el sometimiento. Todo esto forma la base esencial, el esquema monárquico-nacional para que la libertad política sea recuperada tras años de olvido y desprecio, y sea asegurada de cara al futuro. En el fondo de todo esto, la Nación, antes que el individuo, está esperando la rehabilitación de este cauce de relaciones de dominación que implica aquella libertad que alumbró el arranque de la Constitución. Y la Nación acaba por comparecer con ciertas notas definitorias. La libertad la vuelve a edificar con solidez, apuntalamientos y ajustes mínimos. Esta tal libertad concebida en términos hispánicos, esto es, en términos católicos, que suponen el seguimiento, la aceptación y el acatamiento incondicionados de todos aquellos mandatos expedidos por una autoridad soberana debidamente formada y potencialmente legítima dentro de los cauces éticos (religiosos, esto es, católicos) que sirven de fundamento a todo el edificio público, supone la articulación de un aparato complejo de poderes, derechos y deberes que responde a unas exigencias concretas, a una visión muy singular de tal libertad, ligada más a las concepciones teológicas de los tiempos preconstitucionales que a los espacios individuales abiertos y generales que supone la libertad en su moderna acepción ya definitivamente constitucional. Los artículos 13 y 14 de la Constitución serán claros en este sentido y dan la clave de aquello que se quiere reconstruir de modo sucesivo: felicidad de la Nación, bienestar de los individuos que la componen y Monarquía moderada, como culminación política de todo esto y garantía final de la efectividad de tal libertad. De la Nación, pasando por los individuos, hasta llegar a la forma de poder solidificada. El adjetivo, por ende, no califica sin más al sustantivo, sino que desempeña una labor más profunda: introduce unas coordenadas públicas de deber, de obediencia, de sumisión, de sometimiento, por donde va a fluir la vida constitucional futura, todo ello de acuerdo con el camino recto por el que había venido discurriendo la vida constitucional pasada o por el que debería haber transitado aquélla. Eludiendo abstracciones, el objeto que se persigue no es la libertad etérea, la libertad sin más, incondicionada, sola y pura, sino una cúmulo-

lo de libertades específicas, varias de ellas en formas dispares, articuladas en torno a y presididas por la noción capital de *libertad política* que es la única capaz de tutelar efectivamente a la Nación y, tras ella, a los individuos que la componen, una libertad dirigida a asegurar los fundamentos de la Monarquía Nacional que presidía todo el diseño constitucional antes que a asegurar espacios de inmunidad para todos y cada uno de los ciudadanos. La libertad política es fuente de las restantes libertades, pero no es individual, sino nacional (al menos, en primera instancia), y no es natural, sino histórica. Una libertad, en suma, al servicio del poder, no al servicio del individuo ciudadano o súbdito. La libertad católica se centra en o pivota sobre la cuestión de la aceptación de lo que dice la autoridad legítimamente constituida antes que en la libertad misma: es la facultad para obedecer o para desobedecer, para hacer lo que es justo, de conformidad con el libre albedrío, pero siempre en el marco de unos cauces institucionales previos que acaban por condicionarla de modo extremo. La Constitución – y para ello basta leer los arts. 4, 6, 7, 8 y 9, con extensión al art. 366 – se plantea así en clave de deberes y no de derechos, en clave de obediencia y no de inmunidad y de exención, en clave – debemos repetirlo – de libertad antigua y no de libertad moderna. La singular lectura de la igualdad, mediatizada por unos códigos ansiados que no pasan de ser recopilaciones ancianas con mejor estilo, más perfectas y más completas, y un fuero único que brilla por su ausencia, además de corporaciones y gremios de todo tipo que no son erradicados del escenario social y político, tampoco ayudan a reforzar el carisma liberal del texto de 1812, ni mucho menos.

Pero es, leemos también, una Constitución protectora de la libertad política dirigida a un sujeto determinado y aquí es donde se halla un segundo componente relevante: la Monarquía Española (que no la Nación, que aparece, por tanto, subsumida en el conglomerado que aquélla, con el rey a la cabeza, implica: es una Monarquía de la Nación que, consecuentemente, ha de ser calificada como Nación monárquica sin ningún género de dudas). Esto nos coloca ante un espacio institucional y territorial complejo, compuesto, que es, al mismo tiempo, algo más que una forma de gobierno sempiterna, forjada en la Historia, indisponible por parte del común de los mortales, profundamente enraizada en el espíritu político de esos seres y de esas tierras. La Monarquía es más que eso, es más que el entrelazamiento tradicional de personas públicas y privadas, corporaciones, provincias y territorios alrededor del monarca: es la definición misma de la esencia política hispánica. Es su alma porque lo ha sido desde tiempos remotos. La Constitución lo es de la Monarquía porque esa Monarquía es la única forma constitucionalmente posible y viable a la vista del expediente histórico que España tiene tras de sí. La Constitución es, se puede concluir, la Monarquía misma y no puede ser de otra forma sin quebrar el tracto histórico y pervertir el espíritu de la comunidad política. Si se opta por otra forma política, España desaparecería como tal. Arrancarían la existencia de otra cosa diferente. Surgiría otro sujeto histórico ya no español, algo distinto y, como distinto, imprevisible, fuera de control, fuera de los cauces que la Historia ha trazado para delimitar las fronteras del poder político con ciertas dosis de regularidad, medida y orden. Ésta es la parte basilar de la Constitución, sin la cual el texto mismo ni remotamente puede llegar

a ser comprendido en su conjunto. Lo que se hace en Cádiz es un tipo de Constitución, dirigida a un sujeto concreto (la Monarquía). Pero, ¿qué Constitución aflora realmente en esos años? ¿Qué se discute? ¿Por qué se lucha exactamente, si es que se lucha por algo? Debemos mirar al inmediato pasado gaditano para comprender lo que allí se experimenta.

La clave esencial estriba en la perspectiva con la que se debe examinar el complejo material forjado entre 1810 y 1812, ese mundo del ayer que se evaporaba ante los ojos de los contemporáneos, que se desvanecía de modo evidente e irremisible para los coetáneos, quienes decidieron unir fuerzas para pactar una suerte de disolución ordenada y paulatina de lo pretérito, una continuidad agotada o en trance de estarlo, y así crear, idear o imaginar otro universo, para todo lo cual emplearon y ensamblaron muchas piezas, materiales, instrumentos y elementos tomados de ese mismo ayer que se estaba precipitando hacia su desaparición, es decir, que procedieron a construir un cosmos en apariencia nuevo a partir de los residuos, restos y reminiscencias que quedaban del antiguo, del único que conocían en profundidad, dando como producto algo que no puede ser calificado, en pureza, como una cosa, ni tampoco como la otra. Cádiz es un mundo exótico que se muestra ante nosotros como algo remoto, lejano, extraño: aparece un ser sin tiempo que tendría muchas dificultades para adscribirse a una era, la que se cerraba, o a otra, la que comenzaba a abrirse. El mundo gaditano gira en torno a esta singular dualidad de planos temporales que se acercan, se tocan, se distorsionan, y, en cierta medida, también se confunden. Pasado y presente se dan la mano porque el horizonte constitucional fue construido sin marcar cesuras con el pasado más inmediato o más remoto, sin cancelación alguna de ese pasado, sin ruptura con el mismo (lo acredita la inexistencia de alguna cláusula derogatoria en el texto doceañista, cláusula que cancelase el pasado de forma contundente), sino trabando un fructífero diálogo con aquél, invitándolo a incorporarse a la experiencia constitucional que, con nueva forma, método y sistema, comenzaba a caminar en septiembre de 1810. Toda la obra legislativa de Cádiz debe ser contemplada desde este prisma: pasado y presente imbricados, entroncados, fundidos, o confundidos, dando pie a una relación abierta y natural, cotidiana si se quiere, entre el hoy y el ayer, entre 1812 y los tiempos góticos, medievales, modernos o los inmediatamente anteriores del despotismo regio y, sobre todo, ministerial: el Derecho del pasado seguía siendo Derecho del presente. Las bases eran las mismas. Eso era lo usual. El ayer todavía era el hoy. Así funcionaba el orden jurídico del Derecho Común, es decir, un ordenamiento tradicional, teológico, jurisprudencial, abierto, plural, acumulativo y sedimentario, posibilista, tópico él mismo y lleno de tópicos.

Si no hay pasado, ni presente jurídicamente hablando, si todo el Derecho antiguo es y está al mismo tiempo, con independencia de la época de su gestación, si no se derogan piezas de este mosaico, sino que se prefieren o se superponen en algunos casos unas a otras, sin que esto llegue a conformar reglas generales o pautas universales de actuación, si nada se tira o se pierde en ese mundo jurídico, puesto que todo forma parte del mismo orden prescriptivo y acumulativo, de tipo tradicional y sedimentario (compuesto de varios elementos, ligados a una visión teológica del mundo que nunca llega a desaparecer), orden plural, con muchos

componentes implicados, de textura abierta e incierta, sometido al cálculo de probabilidades aplicativas que determinen los juristas, los jueces o los reyes, si este orden descrito, repetimos, es el dominante en la España del Antiguo Régimen, no podemos, ni debemos bajo ningún concepto, contemplar la labor iniciada en 1810 con la óptica positivista, legalista y estatalista de lo que vino después, sino todo lo contrario. El paradigma legislativo puro y sus connotaciones adyacentes no nos sirven para operar en esta realidad opuesta. Hay que esforzarse en comprender lo que sucedía antes y ver cómo ese antes condicionó lo que se hizo ulteriormente. Si tenemos todo esto en cuenta (sobre todo, la falta de aislamiento entre pasado y presente, sino, antes bien, su coexistencia más o menos pacífica, la perduración de todo el orden jurídico y su recuperación por medio de la mejora o corrección del mismo, en una suerte de eterno-retorno jurídico), la visión de la Constitución de 1812 ha de cambiar de forma clara y notoria. No es una Constitución nueva la que allí se presenta. Es una Constitución antigua, histórica, tradicional, de raíces consuetudinarias en última instancia, construida con retales del pasado, con dispositivos e instituciones tomados del mundo pretérito que parecía disolverse. Una Constitución que carece de cláusula derogatoria porque no estaba en condiciones de, ni tenía el poder suficiente para cancelar el caudal histórico que la nutría y la definía. Lo que se hace – y así lo dicen sus protagonistas de modo reiterado y concluyente, especialmente en el célebre *Discurso Preliminar* elaborado por la Comisión constitucional que redacta el proyecto de Constitución en 1811 – es afirmar instituciones y leyes antiguas, recuperarlas, fortalecerlas, y asegurar la aplicación del modelo monárquico y católico que venía existiendo en España desde tiempos medievales, dándoles a todas ellas una nueva sistemática que facilitase su reconocimiento y evitara su posible ocultación o ambigüedad de cara al inmediato futuro. El pasado no sólo es fuente de poder y de institutos; es modelo de lo que se tiene que hacer para eludir los peligros de la degeneración que se había dado en tiempos modernos. Por eso, el pasado es útil: porque es fuente donde se encuentra todo lo que debe existir, y, al mismo tiempo, es enseñanza que previene frente a posibles desvíos. Las piezas varias que integran Cádiz no son invención de las Cortes, ni de sus diputados; son creación de la Historia, son piezas más o menos identificadas en el pasado y con el pasado, lo que conduce a Dios como depositario último de todas las esencias constitucionales primarias, como creador del marco político al que ahora sus criaturas están dando un nuevo orden. Pensemos en el inicio del texto gaditano que, empleando una fórmula de promulgación típica del Antiguo Régimen, habla de un rey, Fernando VII, que lo es por la gracia de Dios, antes que por la gracia de la Constitución, lo cual viene después, y la jerarquía no es pacífica, ni neutral, sino plena de significación jurídica y política: el rey es la máxima autoridad terrena, pero debe su poder indiscutiblemente a ese Dios todopoderoso, «Padre, Hijo y Espíritu Santo, autor y supremo legislador de la sociedad». Por medio de la Historia, de la que bebe la Constitución, hemos llegado a la Teología que es la que funda el orden político-jurídico, el orden constitucional resultante, más que querido, aceptado por los hombres que integran la Nación y, con ella, la Monarquía. Es una suerte de canto del cisne del Antiguo Régimen, en donde ese modelo político obsoleto y criticado tiene la sufi-

ciente capacidad y el suficiente arrojo como para condicionar el resultado normativo producido con el propósito de hacer perdurar esquemas viejos envueltos aparentemente en nuevas palabras y en nuevos conceptos, que de inmediato se quieren envejecer por motivos pragmáticos y de legitimidad. En vano. Tales palabras y tales conceptos no innovan en absoluto, sino que se reconocen en lo pretérito. El orden jurídico del que se formaban parte no era algo monolítico, intocable, inmodificable e inmanejable. El Derecho del Antiguo Régimen procedía a evolucionar también, no obstante su origen divino, esto es, su perfección ínsita, a través de mecanismos internos de auto- o de regeneración, a partir de sus propios elementos consustanciales, que implicaban la suma, la adición, nunca la resta o la desaparición (salvo casos excepcionalmente justificados por causa de pública utilidad o de necesidad) de elementos jurídicos para que se imbricasen en el complejo orden coral ya construido. Todo estaba creado. Restaba al hombre simplemente el descubrimiento de ese Derecho, la mejora de esa creación divina, o bien la corrección de las impurezas que la actividad humana hubiera podido introducir en el plan de Dios. Así se efectúa en el proceso que conduce a Cádiz: de lo antiguo se pasa a lo antiguo mínimamente reformado, enmendado, corregido o mejorado, que aparenta ser nuevo, sin llegar a serlo en su totalidad. Lo pasado se somete a un proceso de recomposición. Nada se pierde en el camino; nada se omite; nada se destruye o se desecha; nada se cambia en lo sustancial. Todo permanece bajo otras palabras, bajo otras rúbricas o en otras sedes. Se refuerza, en todo caso, su existencia para, de esta forma, asegurar una persistencia que permita cumplir con el espíritu de los nuevos tiempos y evitar las derivas tiránicas de épocas anteriores. Y así se hace ciertamente, así se actúa. Recuperar y garantizar la pervivencia de lo recuperado. El pasado invade, pues, el presente de un modo indiscutible. No hay, por lado alguno, horizonte de expectativas o de futuro, sino espacios pretéritos de experiencia en la reconstrucción política perseguida.

Cádiz y su obra normativa, Constitución incluida, han sido contemplados desde el prisma distorsionador del romántico siglo XIX y desde la atalaya de los historiadores y de la historiografía liberales. Estos investigadores, fieles a este adjetivo que los definía, querían ver en Cádiz el origen lógico del régimen en el que estaban viviendo, por lo que no dudaron en transformar el rotundo fracaso doceañista en exitoso y productivo mito revolucionario liberal. Al mismo tiempo, cargaban las tintas sobre el Antiguo Régimen, al que no dudaron en desdibujar hasta extremos grotescos que lo hacían de todo punto irreconocible, caricaturizándolo antes que describiéndolo. Ni la Constitución fue culminación liberal de nada, ni el Antiguo Régimen fue el caos despótico y arbitrario que nos quisieron hacer creer. Se quiso ver en Cádiz el manantial de la ideología que señoreó España la mayor parte del siglo XIX. Con esta óptica interesada y parcial, no sorprende que la mayor parte del credo liberal, moderado en su mayoría, pero también con incrustaciones progresistas y demócratas, fuese retrotraído a los inicios del siglo XIX como pieza integrante de un ideario primigenio que ya presentaba unos perfiles perfectamente definidos y consolidados en su primera manifestación escrita. En esta visión distorsionada, se halla el pecado de la precomprensión gaditana que lleva a tildarla como Constitución liberal y democrática, cuando sustantivo y adje-

tivos tienen difícil encaje y armonización en esos tiempos, en esas mentalidades y en esas latitudes. La Constitución aprobada el 19 de marzo de 1812, luego difundida, recibida y jurada en todos los territorios de la Monarquía Hispánica, es algo que difícilmente puede ser reputado como un texto auténticamente constitucional, revolucionariamente constitucional si se permite la expresión, bajo prisma moderno, en el sentido de ver en aquélla una norma escrita sólidamente racionalizada, fundada en una serie de valores procedentes de la naturaleza y formulados por medios racionales, valores abstractos que conformaban verdades evidentes por sí mismas, fruto real, efectivo e indiscutible de un poder constituyente que obrase como tal, con la más absoluta de las libertades a la hora de establecer un orden político que respondiese a las únicas orientaciones, expectativas y deseos de la Nación soberana que se hallaba en su base, sin coacciones, ni condicionantes o imposiciones de ninguna clase o medida, ni regios, ni históricos, ni religiosos, ni derivados de la tradición. No es así una Constitución moderna, si por tal entendemos una Constitución racional y normativa, fruto puro de la razón abstracta y con fuerza vinculante absoluta, derivada de la máxima expresión volitiva del sujeto que quiere crearla y que quiere darse, a través de ella, un orden político nuevo, libre, global, completo, sin ataduras. Frente a la Nación, naciente y libre, y a la Razón constitucionalizada, arquitecta del sistema en su conjunto y con amplias cotas de novedad, Cádiz opone Historia y Dios como poderosos y exclusivos factores constituyentes, derivados de un duro y rocoso caparazón católico que impedía difusiones más allá de sus fronteras, pero, al mismo tiempo, evitaba contaminaciones externas. Esto es: frente a un constituyente *avant la lettre*, se erige una Historia que lo es por encima de todas las cosas y una Divinidad que lo reclama para sí por su carácter indiscutiblemente necesario, nunca contingente. Y esto es así por el peso de la Ilustración hispánica (Jovellanos puede ser su paradigma), reformista antes que revolucionaria.

La mentalidad ilustrada suponía contemplar el pasado como tabla de salvación, como mito tangible donde todo se encontraba en perfecto estado y al que el paso del tiempo y ciertas traiciones a un espíritu nacional sempiterno habían corrompido, por lo que era precisa una labor de depuración y de limpieza en varios frentes (político, histórico, filológico, etc.), un proceso nunca constituyente, sino, a lo sumo, reconstituyente o reformista con mayores o menores intensidades, mas sin llegar a prescindir de los pilares esenciales sobre los que se había asentado todo cuanto éramos y todo cuanto teníamos que seguir siendo. Se buscaba, antes que nada, una regeneración de la Monarquía con todos los rasgos que la definían, una reparación, resurrección o refacción de la misma, pero sin que ésta fuese eliminada del panorama político-jurídico. La Monarquía tenía que ser recuperada en su versión más pura, para luego ser ajustada a los nuevos tiempos y apuntalada con dispositivos que asegurasen su pervivencia milenaria. Y con la Monarquía iban anexos toda una serie de elementos de ella derivados y con ella fuertemente integrados, indispensables para asentarla y asegurarla en el sentido indicado. Debemos, pues, ponernos la gafas de 1812 para observar con todo lujo de detalles lo que en esa fecha tan señalada se estaba pergeñando para el destino inminente de la Monarquía hispánica. Había un credo político común comparti-

do por todos los prohombres y diputados gaditanos y sobre aquel *corpus* heteróclito iban a pensar el mundo constitucional que querían reinstaurar.

Si nos atenemos a las premisas expuestas con anterioridad, la novedad más relevante que se puede detectar es la ausencia de un auténtico poder constituyente en las Cortes Generales y Extraordinarias, inauguradas en septiembre de 1810, como poder originario, ilimitado y autóctono residenciado en la Nación (sí lo está, por el contrario, en la Historia y, por extensión, en Dios como fundador de aquella), de lo cual se deriva la imposibilidad de calificar a la Constitución de 1812 como auténtica Constitución moderna, consecuencia de la suma de varias imposibilidades. La imposibilidad, en primer lugar, de una Nación al estilo plenamente liberal (esa conjunción de ciudadanos libres e iguales, ese conglomerado preestatal dotado del poder irrestricto que comporta la soberanía para organizar cómo debería ser ese Estado, posterior y artificial: falta una sociedad civil plenamente libre, igual y democrática), que debe reducirse y contentarse a la presencia de una Nación al estilo literario del Antiguo Régimen, dominada por las elites religiosas, militares y jurídicas, es decir, una Nación que no es libre, ni igual, ni fundada en el valor capital del individuo, sino integrada por cuerpos ancianos, partes varias de un mapa político heterogéneo, con gremios y corporaciones que silenciaban a las personas, nunca compuesto de ciudadanos plenos, ausentes en las grandes decisiones que allí se adoptan. De ahí se sigue la imposibilidad de una auténtica soberanía nacional debido a lo anterior (esa Nación no lo puede todo porque es una entidad capitidismínuida en lo teórico y difícilmente rastreable en la realidad práctica de unas elecciones que ni fueron generales, ni incluso fueron elecciones, una Nación que no puede maximizar esa soberanía de la que se dice investida por causa de mediaciones históricas restrictivas), con la sombra omnipresente de ese monarca que subyace en cada una de las líneas de los debates y de los artículos constitucionales, lo cual nos conduce hacia una suerte de soberanía cooperativa, compartida, fragmentada, pero no a una soberanía exclusiva de la Nación. Finalmente, derivado de los dos puntos anteriores, la imposibilidad de una libertad absoluta de los diputados, derivada de las singulares formas de representación actuadas, para trazar el guión del futuro sin ataduras con el pasado y sin atreverse a romper con los legados más significativos que ese pasado traía consigo (algunos ya mencionados: la forma monárquica, los territorios, la religión católica, las Cortes mismas), dado que Cádiz no cancela para nada el pasado, sino que se apoya e impulsa en el mismo para conseguir sus propósitos. Es una Constitución que se redacta con las puertas abiertas al ayer y a todo lo que el ayer significaba, que no lo depura más que en mínimas fracciones, sino que, mayormente, lo constitucionaliza y lo incorpora a su articulado, con correcciones, mejoras y reformas mínimas, dirigidas a perpetuar ese legado pretérito por toda la eternidad, a hacerlo efectivo, vigente e inatacable para que pudiera superar crisis tan duras como las que se estaban viviendo desde marzo de 1808. Hay que mantener ese entramado de la Monarquía y no trastornarlo, ni alterarlo en la medida en que se pueda. Eso es lo que se hace desde 1810 y culmina en el mes de marzo de 1812. En ningún instante, como aconteció en Francia con la revolución, hay intento alguno por parte de los redactores de hacer tabla rasa del pasado, de erradicarlo, de enviarlo al pozo de la Historia, de enume-

rar todo aquello que ya no habría nunca más en España, de explicitar un efecto derogatorio que brilla por su ausencia y justifica lo que ahora diremos. No hay en el caso hispánico intención de marcar una cesura histórica con mayúsculas, de romper con el ayer: al contrario, todo lo que figura en el articulado o sus piezas más relevantes y esenciales (forma de gobierno, ciudadanía, religión, organización territorial, potestades, etc.) figura por el peso específico e indiscutible de la Historia a la que no se podía renunciar de ninguna de las maneras posibles, a la que no se podía combatir bajo el riesgo de dejar de ser todo aquello que históricamente había singularizado a España como Monarquía y como Nación. La Historia dicta el guión de la Constitución y ningún poder puede oponerse a la misma. El pasado es el que hace el presente y en él, en ese mundo remoto, se puede reconocer todo precepto constitucional. Es un espejo y es un modelo. Si España quería ser algo en esas horas inciertas de 1812, tenía que serlo con, desde y a partir de la Historia, nunca a sus espaldas, nunca jamás sin contar con ese flujo incesante procedente de tiempos remotos. Lo contrario habría supuesto el suicidio político como comunidad.

Sin poder constituyente, esto es, sin una Nación libre que decide ponerse en movimiento para articular la soberanía como depósito de todo el poder público concentrado y llevarla así a su máxima expresión, a su más alta capacidad de decisión, sin un poder capaz de actuar al margen o careciendo de vínculos imperativos y directos con el pasado más que aquellos que libremente se deciden asumir y conservar, sin un poder de esta naturaleza capaz de crear todo lo nuevo y de destruir todo lo antiguo, decíamos con anterioridad, no podremos encontrar resto alguno de Constitución por ninguna parte y en ninguna de las direcciones en las que nos movamos. La Constitución, en su acepción moderna, está ausente porque adolece del autor que toda Constitución ha de tener, y porque carece de los elementos mínimos que le sirven como criterio de homologación respecto a sus coetáneas estadounidenses y francesas. Resumiendo: no pretendamos buscar o ver en Cádiz ninguna Constitución porque Cádiz no nace como resultado de proclamación volitiva de poder constituyente alguno, un poder concebido ya al estilo de lo que ordenaban los cánones de los movimientos revolucionarios que habían triunfado en el siglo anterior, tanto en las colonias americanas como en la vecina Francia, otorgando al pueblo, en el primer caso, y a la Nación, en el segundo, la efectiva y más completa capacidad de determinación para la organización del poder político y del estatuto de los ciudadanos. Hubo en aquellos lares un poder constituyente capaz de romper con el pasado, capaz de marcar la frontera entre el ahora y el ayer, que enviaba al depósito de la Historia todo lo que ese pasado había supuesto sin posibilidad de regreso en ningún momento y bajo ninguna circunstancia. Era ese poder constituyente, tanto el americano como el francés, capaz de escribir un texto rotundamente nuevo que marcaba un antes y un después, que ponía puertas al tiempo para determinar lo que valía o lo que no valía, lo que era novedoso y útil, frente a lo antiguo e inútil, un texto que trazaba una clara separación entre el nuevo mundo constitucional y el viejo orden feudal, el cual pasaba a ser derrumbado, obviado y aniquilado, pasaba a ser histórico, es decir, no vigente y, por tanto, irrelevante desde la perspectiva jurídica y política. Fuera de la Constitución así concebida, tal y como hicieron americanos y franceses, sólo había

antigüedades, ruinas, materiales de desecho, productos que debían ser abandonados y erradicados. Los tiempos que inauguraban las nuevas Constituciones eran, en efecto, tiempos nuevos porque abrían nuevos caminos de cara al futuro y sepultaban el pasado de una vez por todas.

Por tales motivos, Cádiz no es, no puede ser jamás reputada como un fruto de la razón abstracta, como un producto del racionalismo iusnaturalista, como ejecutoria de una autoridad política absoluta (ya la Nación, ya la Monarquía con su rey a la cabeza, ya su confluencia coordinada), sino, más bien, todo lo contrario: fruto de la razón histórica, esa razón que vive por y para el pasado, con el propósito de convertir al hombre en autorizado heredero de sus ancestros; producto de un historicismo de corte tradicional, basado más que en aquellas Constituciones al estilo revolucionario ya descritas en aquellas otras Leyes Fundamentales, profundamente enraizadas en las estructuras políticas del ayer que definieron los límites del poder soberano casi absoluto y lo justificaron en todo su esplendor; y ejecutoria de un pasado que ejercía una influencia incontestable sobre el presente, incapaz de separarse de aquél, dado que en su seno contenía su esencia política indestructible. Cádiz no crea Constitución auténticamente novedosa; efectúa una reordenación de las Leyes Fundamentales del Antiguo Régimen, es decir, una revisitación o recomposición de los principios esenciales sobre los que se sustentaba la Monarquía Católica Hispánica, sin que se diese pie a la aparición de un poder originario, radical, drástico y omnímodo. En 1812, se procede a una recuperación, reinstauración y relectura del pasado hispánico (no solamente castellano), en clave de resurrección político-jurídica de todo aquello que había existido en tiempos remotos de plena felicidad constitucional y que, por distintas causas y azares, se había perdido en el tiempo.

No hay creación sin tradición. Los clásicos lo comprendieron bien cuando trazaron una línea de clara separación entre la *traditio* y la *imitatio*. Lo nuevo es, en realidad, la nueva forma de conjugar todo aquello que precede; es la forma específica que cada tiempo tiene de enfrentarse, de leer, de comprender y de interpretar lo pretérito común. La novedad no es más que una versión retomada del pasado. Los acontecimientos constitucionales gaditanos parecen dar la razón a este último aserto. Se equivocaba F. Tomás y Valiente cuando explicaba el momento gaditano como el paso de muchas Leyes Fundamentales a una sola Constitución, afirmando, pues, la vigencia de una práctica constituyente: lo que hubo, en realidad, fue el tránsito de muchas Leyes Fundamentales a otras tantas Leyes Fundamentales (esencialmente las mismas), pero ya recogidas en un solo texto, mejor ordenados y clarificadas, y con importantes ajustes institucionales para su salvaguardia. La pretendida *cabeza moderna* apenas tenía las fuerzas necesarias e indispensables para regir los destinos de ese *cuero* esencialmente *gótico*, que era el que, al final, acabó por dirigir toda la maquinaria política, todo el sistema reconstituido. No hubo, no pudo haber, Constitución moderna, pero sí Constitución histórica, es decir, Historia puesta al servicio del poder ya configurado, ya constituido, ya dado, ya contrastado por la experiencia, sin rastro alguno de poder constituyente, incompatible con el ideario ilustrado que estaba en la base del legado gaditano.

Unificazione legislativa e diritto d'autore

di Laura Moscati

La storia del diritto d'autore in Italia, pur influenzata dai modelli europei del *droit d'auteur* e del *copyright*¹, presenta caratteri peculiari sia nel periodo preunitario sia nella normativa dell'Italia unita, che si possono identificare in particolare nel ruolo determinante ricoperto dalla dottrina e dalla giurisprudenza nell'orientare il legislatore. In linea generale, possiamo dire che in Italia la partecipazione dei giuristi e della scienza economico-giuridica all'opera del legislatore nella configurazione della nuova categoria dei beni immateriali assume un ruolo centrale per la costruzione degli istituti specifici. Si possono delineare tre momenti emblematici: il primo rappresentato dal Codice albertino, dal primo trattato internazionale e dal contributo di Federico Sclopis e della giurisprudenza sabauda²; il secondo dalla causa Manzoni-Le Monnier³ e dai suoi effetti sulla legge italiana del 1865 dove si stagliano le figure dello stesso Manzoni e di Antonio Scialoja; il terzo da alcune problematiche nate dall'applicazione della legge, in particolare per i diritti sulle opere musicali nello scorcio di fine Ottocento.

Gli Stati italiani preunitari, dopo l'applicazione della legge francese che d'altronde costituiva un modello anche per il resto dell'Europa continentale⁴, solo negli anni venti dell'Ottocento si erano avvicinati con consapevole attenzione ai diritti sulle opere dell'ingegno. Un ruolo peculiare è svolto dal Regno di Sardegna che, dopo aver applicato il 1 ottobre 1801 la legge francese del 1793⁵, ha, però, poi avuto la prerogativa di uscire dagli schemi francesi e di inserire il principio di tutela dei diritti degli autori all'interno della codificazione civile, allontanandosi almeno dal punto di vista sistematico dal modello ispiratore.

¹ Per un panorama delle radici storiche, cfr. L. Moscati, *Tra 'copyright' e 'droit d'auteur'. Origine e sviluppo della proprietà intellettuale in Europa*, Napoli 2012.

² Sul punto cfr. L. Moscati, *Il caso Pomba-Tasso e l'applicazione della prima convenzione internazionale sulla proprietà intellettuale*, in *Mélanges en l'honneur d'Anne Lefebvre-Teillard*, Paris 2009, pp. 747-764.

³ L. Moscati, *Sul caso Manzoni-Le Monnier*, in *Dialettica tra legislatore e interprete. Dai codici francesi ai codici dell'Italia unita*, a cura di L. Moscati, Napoli 2013, pp. 131-152.

⁴ L. Moscati, *Le Code civil et le destin de la propriété intellectuelle en Europe*, in «Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique», 47 (2008), pp. 149-171.

⁵ Cfr. *Bulletin des actes de l'administration générale*, II serie, t. II, Torino 1801, pp. 97-101.

La proprietà letteraria è così collocata dopo l'articolo di apertura del titolo della proprietà, con l'attribuzione in via generale agli autori della proprietà delle loro opere. La formulazione dell'art. 440 del Codice sabardo rispecchia chiaramente anche un'idea di codice civile come codice di principi⁶. La scelta dei codificatori piemontesi, e di Sclopis in particolare, risulta importante non solo perché la tutela del diritto d'autore viene inserita all'interno della codificazione, ma anche perché viene introdotto solo il principio e demandata a una legislazione speciale la sua regolamentazione⁷.

Il governo sabardo ha avuto anche il merito di avere riconosciuto per primo la necessità di una tutela sovranazionale degli autori sottoscrivendo, nel 1840, il primo trattato internazionale con l'Impero austriaco⁸ che, esteso all'intera Penisola prima dell'unificazione, diventerà il diritto uniforme in materia.

Federico Sclopis è il principale artefice del processo di codificazione e della prima e significativa sentenza. Il suo pensiero è estremamente innovativo e legato alla più raffinata dottrina francese, come dimostrano sia i lavori preparatori del Codice civile, sia i riferimenti in opere di carattere più generale, sia e soprattutto alcuni scritti inediti da me ritrovati, di notevole valore contenutistico, con un'impostazione teorica e pratica di grande spessore. Dal loro esame, come ho cercato di dimostrare⁹, risulta che essi sono rivolti a definire la natura e gli scopi della proprietà letteraria e ad approfondire la convenzione austrosarda e i suoi effetti giurisprudenziali.

La proprietà letteraria, che è per il giurista subalpino un *jus connaturatum*¹⁰, trova il suo fondamento nell'attività personale di creazione intellettuale e nell'originalità dell'opera, che ancora oggi sono considerate nel Codice civile vigente e nella legge relativa i fondamenti del diritto d'autore, come «le opere dell'ingegno di carattere creativo»¹¹. Il valore della creatività e dell'originalità

⁶ *Codice civile del Regno di Sardegna*, 1837, art. 440.

⁷ Cfr. L. Moscati, *Sul diritto d'autore tra Codice e leggi speciali*, in *Iuris Vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, VI, Napoli 2001, pp. 497-527. Tali considerazioni sono state riprese da E. Fusar Poli (*Forme giuridiche dell'immateriale. Creazioni dell'intelletto e vis poetica del diritto*, in *Il diritto come forza, la forza del diritto. Le fonti in azione nel diritto europeo tra medioevo ed età contemporanea*, a cura di A. Sciumè, Torino 2012, pp. 127-128), mentre U. Izzo (*Alle origini del copyright e del diritto d'autore*, Roma 2010, p. 202) non ha colto l'importanza del problema nel panorama della codificazione europea del XIX secolo.

⁸ Cfr. *Convention entre S. M. le Roi de Sardaigne et S. M. L'Empereur d'Autriche en faveur de la propriété littéraire, et pour empêcher la contrefaçon des productions scientifiques, littéraires et artistiques*, in *Traité publics de la Royale Maison de Savoie*, VI, Turin 1844, pp. 156-167: 22 maggio 1840.

⁹ F. Sclopis, *Mémoires touchant la Convention sur la propriété littéraire*. Si tratta di due scritti, uno in francese e uno in italiano, conservati in Deputazione Subalpina di Storia Patria Torino, *Carte Sclopis*, non inventariati, non numerati, su cui cfr. Moscati, *Sul diritto d'autore tra Codice e leggi speciali* cit., pp. 676-679; Moscati, *Il caso Pomba-Tasso e l'applicazione della prima convenzione internazionale sulla proprietà intellettuale* cit., pp. 758-760.

¹⁰ Sclopis, *Mémoires* cit. Sulle posizioni della dottrina nei confronti dei diritti innati e in particolare in rapporto con quelli della personalità cfr. A. De Cupis, *I diritti della personalità. Seconda edizione riveduta e aggiornata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, IV, Milano 1982, pp. 13-17.

¹¹ *Codice civile italiano*, 1942, L. V, tit. IX, art. 2575; Legge 22 aprile 1941 n. 633. Protezione del

delle opere costituiscono per Sclopis il «carattere d'individualità d'autore, che per la loro consistenza hanno a così dire una esistenza speciale ed una fisionomia propria»¹².

Per quanto attiene agli effetti giurisprudenziali, mi riferisco alla causa Pomba-Tasso del 1840 che riguarda la pubblicazione da parte di ambedue gli editori della prima Enciclopedia italiana. Sclopis, appositamente nominato da Carlo Alberto magistrato nel Consolato di Torino per questa causa ritenuta di notevole rilevanza, approfondisce con efficacia l'applicazione del diritto d'autore alle opere enciclopediche¹³, consentendo alla giurisprudenza di porre un primo tassello nel processo della costruzione giuridica dei diritti sulle opere dell'ingegno.

In quel giudizio, infatti, vengono costruiti i principi di contraffazione e concorrenza, il primo sanzionato, il secondo invece tutelato dall'ordinamento giuridico, con un approfondimento che va al di là della stessa Convenzione, come dimostrano le parole di Sclopis nell'incoraggiare una concorrenza leale «elemento essenziale di ogni progresso nel commercio e nelle scienze, e come di molto favore al pubblico, è da ogni legislazione protetta»¹⁴.

È evidente l'importanza dell'apporto di Sclopis alla costruzione dei principi fondanti la proprietà intellettuale e in particolare il contributo personale al processo creativo che sarà uno degli argomenti maggiormente discussi alla fine del secolo in relazione ai diritti sulle opere derivate. Egli dimostra ancora una volta il rilievo dato alla materia quando, Ministro di Grazia e Giustizia nel 1848, tra le prime richieste farà presentare quella di una legge organica e approfondita¹⁵. Per queste ragioni, non si può comprendere l'incidenza del contributo di Sclopis alla codificazione albertina, al primo trattato internazionale e alla prima causa in materia, allo sviluppo del diritto d'autore in Italia se non si conoscono i lavori preparatori della codificazione civile e i suoi scritti inediti.

Sempre per la forza trainante del diritto giurisprudenziale, anche la causa Manzoni-Le Monnier, scaturita dalla ristampa nel 1845 dei Promessi Sposi senza il consenso dell'autore, offre un apporto considerevole per l'applicazione al resto della Penisola della Convenzione austro-sarda. Essa anticipa alcuni aspetti della successiva e più compiuta elaborazione degli istituti della proprietà letteraria nella prima legge dello Stato unitario¹⁶. Proprio l'eco inter-

diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio, in *Gazzetta ufficiale del Regno d'Italia*, n. 166, 16 luglio 1941 (testo consolidato al 9 febbraio 2008), tit. 1, art. 1, su cui cfr. P. Greco, P. Vercellone, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da F. Vassalli, XI/3, Torino 1974, pp. 35-36; M. Fabiani, *Il diritto d'autore*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, XVIII, Torino 1983, pp. 130-132.

¹² Sclopis, *Mémoires* cit.

¹³ Sulla causa e il suo svolgimento, cfr. Moscati, *Il caso Pomba-Tasso e l'applicazione della prima convenzione internazionale sulla proprietà intellettuale* cit., pp. 760-764.

¹⁴ Cfr. *Diario forense universale ossia Giornale giuridico-legale-pratico*, XLI, Torino 1834, p. 239.

¹⁵ Cfr. *Atti del Parlamento Subalpino - Sessione del 1848*, Torino 1859, p. 70: 13 luglio 1848.

¹⁶ Su cui cfr. Moscati, *Sul caso Manzoni-Le Monnier* cit.

nazionale della controversia e la volontà di un serio approfondimento della natura del diritto d'autore, assumono particolare significato nel momento in cui anche il nostro Paese si inserisce a pieno titolo nel panorama europeo della tutela degli autori.

Ma quello che mi preme sottolineare, in questa sede, è il contributo di Manzoni giurista che in appello prepara una difesa di particolare significato¹⁷. Egli analizza la natura giuridica dell'istituto e offre puntuali osservazioni sulle diversità rispetto al modello proprietario di diritto comune. Scaturisce così la famosa definizione manzoniana della proprietà letteraria, «un traslato che, come tutti i traslati, diventa un sofisma quando se ne vuole fare un argomento: sofisma che consiste nel concludere da una somiglianza parziale a una perfetta identità»¹⁸, che sarà ampiamente ripresa e commentata nei primi lavori preparatori della legge del 1865¹⁹ e nella redazione definitiva a cui partecipa lo stesso Manzoni, che arriva alla sostituzione del termine proprietà, in un contesto in cui si sarebbe voluto allontanare il diritto d'autore dall'archetipo proprietario²⁰.

Ancora più significativa è l'incidenza di Manzoni sul processo normativo, che sfugge a chi analizza solo la sua famosa lettera al Boccardo e le varie fasi della causa²¹. Egli, infatti, presiede la Commissione preposta alla revisione²² dell'ampio progetto della legge elaborato dall'Ufficio centrale del Senato nell'ottobre 1864 e redatto da un gruppo di illustri giuristi coordinati da Antonio Scialoja, che ne era il relatore e il principale artefice²³. Tale progetto è stato inserito, insieme a quelli dei codici unitari e di alcune leggi di particolare urgenza, nel fascio di leggi sull'unificazione legislativa approvato il 2 aprile 1865²⁴ ed è stato oggetto di forti critiche²⁵ in relazione alla durata dei diritti patrimoniali che non copriva l'intera vita dell'autore²⁶.

¹⁷ Cfr. A. Manzoni, *Lettera al signor Professore Girolamo Boccardo intorno a una questione di così detta proprietà letteraria*, in *Scritti letterari*, a cura di C. Riccardi, B. Travi, Milano 1991, pp. 367-515.

¹⁸ *Ibidem*, p. 373.

¹⁹ Mi riferisco ai disegni ministeriali di Pepoli e Manna: cfr. rispettivamente *Atti del Parlamento italiano sessione del 1861-62 (VIII Legislatura)* raccolti e corredati di note e di documenti inediti da G. Galletti e P. Trompeo, V, Roma 1881, p. 3295; *ibidem*, sessione del 1863-64, II, Roma 1885, p. 847.

²⁰ Si tratta, come vedremo, della revisione del progetto di Scialoja operata dalla Commissione presieduta da Manzoni: *Gazzetta ufficiale del Regno d'Italia*, n. 162, 5 luglio 1865, su cui cfr. Moscati, *Sul caso Manzoni-Le Monnier* cit., pp. 144-146.

²¹ Cfr. M. Borghi, *La manifattura del pensiero. Diritti d'autore e mercato delle lettere in Italia (1801-1865)*, Milano 2003, pp. 161-164; C. De Vecchis, P. Traniello, *La proprietà del pensiero. Il diritto d'autore dal settecento a oggi*, Roma 2012, pp. 88-91; M.I. Palazzolo, *La nascita del diritto d'autore in Italia. Concetti, interessi, controversie giudiziarie (1840-1941)*, Roma 2013, pp. 50-62.

²² Cfr. *Gazzetta ufficiale del Regno d'Italia*, n. 84, 7 aprile 1865.

²³ *Atti del Parlamento italiano sessione del 1863-64* cit., II, pp. 849-877.

²⁴ Legge 2 aprile 1865, n. 2215 per l'unificazione legislativa del Regno d'Italia, allegato G: Legge per la proprietà letteraria ed artistica, in *Gazzetta ufficiale del Regno d'Italia*, n. 80, 3 aprile 1865.

²⁵ Soprattutto da parte di intellettuali di rilievo come Manzoni (Moscati, *Sul caso Manzoni-Le Monnier* cit., pp. 144-146) e Cesare Cantù (*Atti del Parlamento italiano sessione del 1863-64-65 [VIII Legislatura]*, seconda edizione riveduta da G. Galletti, P. Trompeo, X, Roma 1890, p. 8239).

²⁶ Scialoja, *Progetto*, in *Atti del Parlamento italiano* cit., artt. 8-9.

Nonostante fossero stati apportati subito importanti emendamenti in proposito²⁷, la necessità di rivedere l'intero progetto induce il Governo alla nomina della Commissione presieduta da Manzoni, di cui fa parte lo stesso Scialoja²⁸. La Commissione, pur avendo dichiarato di voler lasciare «intatti i principi direttivi»²⁹ introduce importanti mutamenti al progetto dell'Ufficio centrale. Mi riferisco, in particolare, alla sostituzione del termine proprietà letteraria e artistica con diritto d'autore, alla rielaborazione della modifica dell'articolo relativo al godimento dei diritti patrimoniali dell'autore per tutta la sua vita, alla definizione dell'oggetto del diritto soprattutto per le opere musicali, alla chiarificazione del principio della reciprocità. La Commissione dichiara altresì l'urgenza della pubblicazione della legge anche rispetto alle altre e importanti in corso di revisione³⁰.

Vorrei sottolineare che la Commissione, con la sostituzione del sintagma proprietà letteraria con diritto d'autore, si differenzia rispetto al Codice civile che, senza voler entrare in una discussione ritenuta più dottrina che pratica³¹, arriva a una formulazione ibrida dell'articolo che così recita: «Le produzioni dell'ingegno umano appartengono ai loro autori secondo le norme stabilite da leggi speciali»³².

La legge del 1865, elaborata sulla base di un'attenta analisi dei singoli diritti preunitari ed europei, della Convenzione austro-sarda e dei vari trattati stipulati fino ad allora, modificata in pochi mesi e approvata il 25 giugno del 1865³³, è foriera di importanti novità e resta in vigore per più di mezzo secolo,

²⁷ Cfr. *Stampati del Senato del Regno d'Italia. Sess.1865*, n. 175, pp. 11-12.

²⁸ E, oltre ad altri, anche Boncompagni: *Gazzetta ufficiale del Regno d'Italia*, n. 84, 7 aprile 1865.

²⁹ Si veda la relazione del Guardasigilli Vacca: *Relazione fatta a S.M. dal Ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti e dal Ministro di Agricoltura, Industria e Commercio in udienza del 25 giugno 1865, concernente La legge sui diritti spettanti agli autori delle opere dell'ingegno*, in *Gazzetta ufficiale del Regno d'Italia*, n. 162, 5 luglio 1865, p. 1.

³⁰ Da «Legge per la proprietà letteraria e artistica» a «Legge sui diritti spettanti agli autori delle opere dell'ingegno»: *ibidem*, pp. 1-2.

³¹ Infatti, mentre il progetto Pisanelli si rifaceva alla formulazione proprietaria del Codice albertino, la Commissione senatoria modifica l'articolo, nella dicitura che entra nel Codice unitario. Cfr. *Lavori preparatori del Codice civile del Regno d'Italia*, VII, Roma 1892, p. 600; *Relazione della Commissione senatoria sul progetto del Codice civile del Regno d'Italia...*, in *Codice civile preceduto dalle Relazioni Ministeriale e Senatoria, dalle Discussioni Parlamentari e dai Verbali della Commissione coordinatrice*, I, Torino 1887, pp. 44, 254, e G. Foschini, *I motivi del Codice civile del Regno d'Italia*, Torino 1868², pp. 288-289. Si veda anche E. Piola Caselli, *Del diritto d'autore secondo la legge italiana comparata con le leggi straniere*, Napoli 1907, pp. 67-68; B. Brugi, *Della proprietà*, I, Napoli-Torino 1918, pp. 418-442.

³² *Codice civile del Regno d'Italia*, 1865, art. 437.

³³ Cfr. Legge 25 giugno 1865, n. 2337. Sulla legge cfr. M. Amar, *Dei diritti degli autori d'opere dell'ingegno. Studi teorico-pratici sulla prima legislazione italiana in rapporto con le leggi delle altre nazioni...*, Torino-Roma-Firenze 1874, pp. 621-628; Piola-Caselli, *Del diritto d'autore cit.*, pp. 23-28. I recenti lavori di De Vecchis, Traniello (*La proprietà del pensiero cit.*, pp. 101-107) e di Palazzolo (*La nascita del diritto d'autore cit.*, pp. 50-62) considerano il progetto di Scialoja l'unica base del testo promulgato, senza le importanti modifiche introdotte e si soffermano più sul contenuto esterno della normativa che non sulla sostanza del diritto e sulle tipicità del testo rispetto a quelli allora vigenti in Europa.

quando nel 1925 viene promulgata la prima legge del governo fascista, perché la normativa del 1882 non fa altro che riprenderne i caratteri essenziali senza modifiche che ne alterino la sostanza³⁴.

La legge, su cui ho in corso uno studio più approfondito, ha trovato soluzioni di grande rilevanza che sono state anche oggetto di attenzione internazionale³⁵. Innanzitutto, essa, tra le prime in Europa, utilizza il sintagma diritto esclusivo, nel fermo intento di non ripristinare il termine proprietà, ma nella diffusa convinzione che i diritti delle opere dell'ingegno siano comunque ascrivibili al paradigma proprietario. Si è, così, evitato di ingabbiare in limiti definitivi troppo specifici un diritto, la cui indole restava un problema insoluto in Italia e all'estero e che si avvicina alla proprietà dominicale senza averne tutti i requisiti. Mentre in Italia si ha coscienza dell'utilizzazione dello schema proprietario in termini relativi, in Francia continua a lungo a restare oggetto di discussione la natura dei diritti spettanti agli autori in relazione alla proprietà dei beni materiali³⁶.

In effetti, «le parole della proprietà intellettuale»³⁷ costituiscono un punto nodale della trattazione, con rilievi giuridici di grande spessore soprattutto nel nostro Paese³⁸. Non si tratta di un problema di terminologia specialistica, ma di un diverso approccio alla natura di questi diritti, intorno ai quali si è acceso un dibattito a cui hanno partecipato dalla metà del secolo XIX i maggiori intellettuali dell'epoca che riguarda la sostanza del diritto e le diverse soluzioni offerte nei singoli Paesi europei e nelle numerose convenzioni internazionali, fino a quella di Berna che stabilizza l'utilizzazione del sintagma diritto esclusivo, pur lasciando libertà lessicale ai Paesi aderenti e senza riuscire a sconfiggere la naturale attrazione verso il modello proprietario di questi diritti.

³⁴ Per l'evoluzione normativa italiana cfr. L. Franchi, *Leggi e convenzioni sui diritti d'autore. Raccolta generale delle leggi italiane e straniere e di tutti i trattati e le convenzioni esistenti...*, Milano 1902, pp. 2-18. La legge del 1882, infatti, riunisce quella del 1865 e quella del 10 agosto 1875 relativa alle opere drammatiche, apportando poche modifiche e non di rilievo.

³⁵ Sull'eco internazionale del nostro diritto, cfr. Ch. Lyon-Caen, J. Delalain, *Lois françaises sur la propriété littéraire et artistique, suivies des conventions internationales conclues par la France pour la protection des œuvres de littérature et d'art*, I, Paris 1889, pp. XXXIV-XXXV.

³⁶ È interessante sottolineare che, proprio in quel periodo, nella legge del 14 luglio 1866, il termine "propriété" era stato sostituito con "droit exclusif": *Loi relative à la durée des droits des héritiers et ayant cause des auteurs, compositeurs ou artistes*. Cfr. J.-B. Duvergier, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances...*, LXVI, Paris 1866, pp. 270-308. In realtà, si tratta di una breve parentesi perché nella legge del 1887, che applica la normativa alle colonie, lo troviamo già ripristinato: cfr. ad esempio, *Bulletin officiel de la Guyane française*, Cayenne 1888, p. 34.

³⁷ Parafraso il titolo di un recente lavoro di P. Spada, *Le parole del diritto commerciale*, in «Rivista giuridica degli studenti dell'Università di Macerata», 0 (2010), pp. 37-43.

³⁸ Sulle difficoltà definitorie di questi diritti con uno sguardo ai rapporti tra economia e diritto, si veda P. Beneduce, *Autore e proprietario. Per una ricerca sui "diritti dell'ingegno" alle origini dell'Italia liberale*, in *Saperi della borghesia e storia dei concetti fra Otto e Novecento*, a cura di R. Gherardi, G. Gozzi, Bologna 1995, pp. 425-69, poi in parte rielaborato in P. Beneduce, *Privilegi e diritti dell'autore nel pensiero economico-giuridico della prima metà dell'Ottocento in Italia*, in *Das Privileg im europäischen Vergleich*, a cura di B. Dölemeyer, H. Mohnhaupt, I, Frankfurt am Main 1997, pp. 401-418.

Per quanto attiene alla sostanza del dettato normativo, dopo un periodo iniziale in cui all'autore è accordata un'esclusiva vera e propria si introduce l'innovativo istituto dell'«equo compenso» che converte un diritto reale in un diritto di credito, attraverso la tecnica di tutela poi nota come «dominio pubblico pagante»³⁹, che ha un fondamento ancora nel diritto attuale⁴⁰. Inoltre, con un riferimento al diritto di integrità nell'utilizzazione dell'opera, si comincia a spianare la strada a un riconoscimento delle fattispecie relative al diritto morale, che costituisce l'altra importante componente dei diritti degli autori sviluppata successivamente⁴¹. Infine, prevedendo un termine fisso (anche se solo in relazione alla prematura morte dell'autore)⁴², si rivolge lo sguardo alla normativa inglese e al settecentesco Statuto di Anna, più volte richiamato nei lavori preparatori.

Come abbiamo visto, l'artefice del progetto della legge, a cui la Commissione presieduta da Manzoni ha dato un valido apporto, è Antonio Scialoja⁴³ che era anche stato il propulsore della legge sulle privative industriali che ha, però, avuto una gestazione più lineare⁴⁴. L'avvocato ed economista, che appartiene a una vivace corrente di economisti-giuristi napoletani, si inserisce in una feconda linea di studi che nel Regno di Napoli ha visto la luce già alla fine degli anni trenta dell'Ottocento⁴⁵ e che, alla metà del secolo, trova nel-

³⁹ Cfr. Legge 25 giugno 1865, n. 2337, art. 9.

⁴⁰ Per il diritto attuale si veda in proposito la Legge 22 aprile 1941 n. 633 (artt. 68 e ss.) e la *Direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 maggio 2001 sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione* (art. 5). Per la posizione della dottrina attuale si veda in particolare P. Spada, *Copia privata ed opere sotto chiave*, in «Rivista di diritto industriale», 2002, I, pp. 591 e ss.

⁴¹ Cfr. Legge 25 giugno 1865, n. 2337, art. 35.

⁴² Cfr. Legge 25 giugno 1865, n. 2337, art. 9.

⁴³ Su Scialoja cfr. C. De Cesare, *La vita, i tempi e le opere di Antonio Scialoja*, Roma 1879 (ora rist. anast. Napoli 2007); M. Caravale, *Antonio Scialoja*, in *Il Parlamento italiano. 1861-1988*, IV, 1875-1876. *Il declino della destra da Minghetti a Depretis*, Milano 1989, pp. 387-396; M.F. Gallifante, *Antonio Scialoja e le riforme legislative in Piemonte negli anni preunitari: la legge sulle privative industriali*, in «Il Risorgimento», 55 (2003), pp. 376-414; *Antonio Scialoja e la politica economica del Risorgimento. Atti del convegno di studi di Napoli del 22-23 febbraio 2007*, a cura di P. Barucci, G. Gioli, P. Raggi, Napoli 2009; G. Gioli, *Antonio Scialoja*, in *Enciclopedia italiana di scienze, lettere e arti*. Appendice VIII, *Il contributo italiano alla storia del pensiero. Economia*, Roma 2012, pp. 705-709. La recente ripubblicazione delle principali opere economiche di Scialoja (A. Scialoja, *Opere*, I. *I principi della economia sociale esposti in ordine ideologico*, a cura di G. Gioli, Napoli 2006; II. *Trattato elementare di economia sociale*, a cura di A. Magliulo, Napoli 2006; III. *Lezioni di economia politica [Torino 1846-1854]*, a cura di E. Pisciarelli, M.F. Gallifante, S. Perri, R. Romani, Napoli 2006) è stata colta come un'occasione per soffermarsi sulla biografia dell'insigne studioso. Importante anche la raccolta delle carte: P. Barucci, G. Gioli, V. Malagola, G. Paliaga, P. Roggi, *Primo inventario dell'archivio di Antonio Scialoja*, Firenze 1975.

⁴⁴ Si tratta della Legge 12 marzo 1855, n. 782 intorno alle privative per invenzioni e scoperte industriali, su cui cfr. Gallifante, *Antonio Scialoja e le riforme legislative in Piemonte negli anni preunitari: la legge sulle privative industriali* cit.; E. Fusar Poli, *Centro dinamico di forze. I giuristi e l'innovazione scientifico-tecnologica fra liberalismo e autarchia*, Milano 2012, pp. 39-51. Sugli sviluppi della normativa italiana nel rapporto con il panorama europeo, si veda F. Mazzarella, *Diritto e invenzioni. Un'introduzione storica*, in «Rivista di Storia del diritto italiano», 58 (2010), pp. 67-138.

⁴⁵ Cfr. in particolare: D. Capitelli, *La voce de' tipografi e degli studiosi del Regno delle Due Sicilie*,

l'opera di Antonio Turchiarulo⁴⁶ il suo naturale sviluppo. Non tutti gli scritti hanno una visione comune né lo stesso spessore, ma tutti sono a favore di leggi universali per tutelare i diritti degli autori.

Soffermiamoci su Scialoja. Egli scrive nel 1845 un opuscolo sulla proprietà dei prodotti d'ingegno⁴⁷, dichiarando in apertura di prediligere le questioni di economia e diritto. Sulla base di questa impostazione, che sarà messa a frutto nella sua qualità di consulente del legislatore, Scialoja si sofferma a lungo sulla natura del diritto nei confronti della proprietà corporale che trova la sua ragion d'essere nel rapporto con il lavoro. E dà una definizione dei diritti degli autori: «Il diritto di proprietà de' prodotti d'ingegno, deve consistere nello impedire che altri ne faccia *riproduzioni meccaniche, o rappresentazioni sceniche*, acciocchè a tal modo – unico modo possibile – ne usi l'autore»⁴⁸. Per questo, oggetto di proprietà sono le “forme” che rappresentano il mezzo attraverso il quale sono espresse le idee e non le idee in sé.

«La proprietà de' prodotti dell'ingegno ha un valore, si vende, dunque è un bene: ed è tale, sia che si riguardi come un diritto riferibile ad un oggetto, sia che si consideri in quanto all'oggetto di quel diritto»⁴⁹. Quindi, i prodotti dell'ingegno sono «l'oggetto di una proprietà giustificata dalla ragione, riconosciuta dalla legge»⁵⁰. Il diritto esclusivo è l'unico modo proficuo di usare di quei prodotti. Scialoja conclude il suo ragionamento con una considerazione pessimistica: «triste condizione dell'uomo dell'ingegno! Gli si nega quel diritto che si concede al falegname e al ciabattino; e gli si lascia appena su la fronte un lauro contrastato dalla ignoranza e dalla invidia»⁵¹.

La relazione al progetto del 1864 è ovviamente orientata alla redazione di un testo normativo, anche se riprende nelle linee essenziali ed amplia nei contenuti il lavoro scritto venti anni prima. Alcuni elementi, però, vanno sottolineati perché costituiscono i punti chiave del contributo dello studioso napoletano all'opera legislativa. In primo luogo la volontà, anche rispetto alla precedente dottrina francese, di definire il diritto, in modo da inquadrarne la natura e l'essenza⁵². In secondo luogo la durata della protezione, con l'originale soluzione offerta dal legislatore italiano consistente nel doppio termine, il primo relativo al diritto esclusivo, il secondo al dominio pub-

Napoli 1841, pubblicato sotto il nome di Raffaele Carbone; P.S. Mancini, *Intorno alla proprietà letteraria, e ad un opuscolo di Raffaele Carbone*, Napoli 1843², su cui cfr. «Annali universali di statistica», 75 (1843), pp. 124-126. Questi scritti si poggiano su una tradizione analoga: mi riferisco ai lavori di de Augustinis, Mele e di Bianchini, pubblicati su «Il Progresso delle scienze, delle lettere e delle arti», 6 (1837). Si veda anche per l'intera penisola G. Pomba, G. Vieusseux, C. Tenca, *Scritti sul commercio librario in Italia*, a cura di M.I. Palazzolo, Roma 1986.

⁴⁶ A. Turchiarulo, *La proprietà letteraria*, Napoli 1850.

⁴⁷ Cfr. A. Scialoja, *La proprietà de' prodotti d'ingegni e sua pignorazione*, Napoli 1845.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 21.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 40.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 56.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Scialoja, *Relazione*, in *Atti del Parlamento italiano cit.*, pp. 850-853.

blico pagante⁵³, che è considerata una tipicità del nostro sistema rispetto al panorama internazionale⁵⁴.

Ma si ravvisano anche dei limiti al testo del progetto che sono stati in parte affrontati e risolti dalla Commissione preposta alla sua revisione. A questo proposito è evidente che il contributo di Scialoja economista costituisce la forza ma al contempo il limite stesso del suo progetto. Volendo trovare un giusto equilibrio tra i diritti spettanti agli autori e l'utile collettivo, egli privilegia gli aspetti legati all'utilità del prodotto e non alla materialità delle cose⁵⁵. Non si vuole certo offuscare l'importanza del ruolo svolto da Scialoja nella redazione del testo normativo, ma solo sottolineare che il risultato ottenuto è dato anche dall'apporto della Commissione presieduta da Manzoni, che non era stato finora considerato.

Il pensiero di Scialoja può trovare un riferimento in alcuni esponenti della coeva scienza francese, anche se le sue idee sembrano aver avuto un percorso autonomo. Mi riferisco in particolare alle opere di due illustri commercialisti, Pardessus e Renouard, che hanno preceduto le costruzioni dogmatiche della dottrina tedesca e la teoria degli *Immaterialgüterrecht* di Kohler e inserito la trattazione dei diritti degli autori all'interno di quelle opere di diritto commerciale che proprio allora cominciavano a fiorire in Francia⁵⁶. Va, però, sottolineato che Scialoja, nei suoi *Principi di economia sociale*, allarga l'orizzonte interpretativo in ragione della sua formazione e in particolare degli studi effettuati sulle opere di Adam Smith⁵⁷ e si colloca in posizione centrale per comprendere le più importanti suggestioni che provenivano dai modelli d'Oltralpe.

⁵³ *Ibidem*, pp. 853-857.

⁵⁴ Cfr. Lyon, Caen, Delalain, *Lois françaises sur la propriété littéraire et artistique* cit., pp. XXXIV-XXXV.

⁵⁵ Cfr. Scialoja, *Opere*, III. *Lezioni di economia politica* (Lezione IV: 29 gennaio 1853) cit., p. 313.

⁵⁶ Cfr. Moscati, *Le Code civil et le destin de la propriété intellectuelle en Europe* cit., pp. 156-160.

⁵⁷ A. Scialoja, *Principi di economia sociale esposti in ordine ideologico*, in *Opere*, I cit., pp. 75-76, su cui cfr. Borghi, *La manifattura del pensiero* cit., pp. 82-83 e soprattutto le pagine introduttive di G. Gioli alla riedizione delle opere.

Italia und Germania

Zwei Schwestern – verspätet?

von Michael Stolleis

1. In der Neuen Pinakothek in München hängt das bekannte Bild *Italia und Germania* des in Rom lebenden Friedrich Overbeck (1789-1869) aus dem Jahr 1828. Eine zweite Version befindet sich in der Galerie Neue Meister in Dresden¹. Overbeck, ein führender Maler aus der Gruppe der „Nazarener“, zeigt zwei innig einander zugeneigte junge Frauen, ausgestattet mit den Symbolen der beiden Nationen, im Hintergrund links eine italienische, rechts eine „altdeutsche“ Phantasielandschaft. Die ein wenig älter erscheinende Italienerin wirkt nachdenklich, geneigten Hauptes hört sie der jüngeren Deutschen zu und legte ihre rechte Hand in deren Hände. Im übertragenen Sinn kann man von zwei Schwestern in Seelenharmonie und geistigem Austausch sprechen. Overbecks Bild enthält keine direkte politische Botschaft, es lässt aber politische Deutungen durchaus zu. Unweigerlich denkt man an die mittelalterliche Verbindung von Nord und Süd im Heiligen Römischen Reich, an zwei einander zugewandte Kulturen, aber man darf in dem Bild vielleicht auch eine Szene gegenseitigen Trostes sehen, den sich die beiden Nationalfigurinen zusprechen. Denn beide befinden sich um 1828 politisch in einem gedrückten, unglücklichen Zustand.

In Deutschland war das Heilige Römische Reich 1806 erloschen. Der Kaiser ließ am 6. August durch den Grafen von Stadion erklären, er sehe «das Band, welches Uns bis jetzt an den Staatskörper des deutschen Reichs gebunden hat, als gelöst» an. Seither hatte das aus Geschichte, Sprache, Kultur und Patriotismus imaginierte „Deutschland“ bis 1814-1815 aus „souveränen“ oder ihre Souveränität behauptenden Einzelstaaten bestanden. Auf dem Wiener Kongress, der großen Schlussveranstaltung des Ancien Régime, wurde der Deutsche Bund geformt. In ihm gaben die deutschen Staaten und freien Städte ihre Souveränität nicht auf, sondern betonten sie explizit². «Das Königreich Baiern», so hieß es beispielsweise

¹ *Katalog der Staatlichen Graphischen Sammlung München: Johann Friedrich Overbeck – Italia und Germania*, München 2002. Die Dresdner Version stammt nach allgemeiner Ansicht von dem Nazarener Theodor Rehbenitz (1791-1861) und wurde 1835 gemalt. – Der folgende Beitrag lehnt sich in Einzelheiten an den kurzen Essay *Italien und Deutschland als „verspätete Nationen“*, in «Vigoniana», 1 (2010), S. 77-84 an.

² M. Stolleis, *Souveränität um 1814, in Konstitutionalismus und Verfassungskonflikt*, hrsg. von U. Müssig, Tübingen 2006, S. 101-115.

1818 in dessen Verfassung, «ist ein souveräner monarchischer Staat». Und so verstanden sich auch alle anderen der 28 großen und kleinen Mitglieder des Deutschen Bundes als unabhängig, verbunden nur in einem «völkerrechtlichen Verein» (Art. 1 der Wiener Schlussakte vom 15. Mai 1820). Dieser Verein wurde dominiert vom habsburgischen Österreich-Ungarn unter seinem Kanzler Metternich. Er war als Instrument der Unterdrückung durch das “System Metternich” verhasst, vor allem in der liberal gesinnten Nationalbewegung. Eine *nation chrétienne*, wie sie 1815 im Gründungsvertrag der “Heiligen Allianz” zwischen Österreich, Preußen und Russland mit tönenden Worten beschworen wurde, war nur die Verhüllungsformel eines robusten Beistandspakts. Das gebildete und wirtschaftlich interessierte Bürgertum hoffte vielmehr auf einen Nationalstaat. Ebenso die idealistische Jugend, die aus den Freiheitskriegen kam. Aber nichts geschah. Vielmehr wurden alle freiheitlichen Regungen an den Universitäten, in Presse und Literatur, alle «revolutionären Umtriebe und demagogischen Verbindungen», systematisch unterdrückt³. Auch die im Gefolge der Julirevolution von 1830 aufflackernden «bedenklichen und allgemeine Gefahr drohenden, aufrührerischen Vorfälle» führten 1830 bis 1834 zu neuen Zensur-, Polizei- und Strafmaßnahmen, gekrönt von den “Zehn Artikeln” vom 5. Juli 1832 sowie vor allem den “Sechzig Artikeln” vom 12. Juni 1834⁴. Mit der Pariser Februar-Revolution von 1848 schien dann endlich die Chance gekommen zu sein. Eine Nationalversammlung wurde einberufen, eine Verfassung lange diskutiert und dann verabschiedet. Sie war der Entwurf eines freiheitlichen Nationalstaats in Form einer erblichen, konstitutionellen Monarchie. Als der preußische König das Angebot der Nationalversammlung aber ablehnte, war die Enttäuschung groß. Die Revolution war beendet, die letzten Aufstände zugunsten eines freiheitlichen Nationalstaats wurden militärisch unterdrückt. Tausende flohen ins Ausland. Nun war man also wieder dort angekommen, wo man 1815 begonnen hatte, beim “völkerrechtlichen Verein” des Deutschen Bundes.

Italiens Städte und Staaten hatten nicht einmal einen solchen “völkerrechtlichen Verein”. Das Land war aus den Wirren der napoleonischen Kriege ohne neue Struktur hervorgegangen. Auf dem Wiener Kongress wurden alle revolutionären Veränderungen auf italienischem Boden rückgängig gemacht, also “restauriert”⁵. “Restauration” avancierte auch in Italien zum Wort der Epoche. Die alten Dynastien in der Toscana, in Modena und Parma, in Lombardo-Venetien, Sardinien und Neapel wurden ebenso wiederhergestellt wie das von

³ So der Beschluss betreffend die Bestellung einer Centralbehörde zur nähern Untersuchung der in mehreren Bundesstaaten entdeckten revolutionären Umtriebe vom 20. September 1819; ebenso der Provisorische Bundesbeschluß über die in Ansehung der Universitäten zu ergreifenden Maßregeln vom 20. September 1819 sowie die an dem selben Tag beschlossenen Provisorischen Bestimmungen hinsichtlich der Freiheit der Presse. Alle Texte bei E.R. Huber, *Dokumente zur Deutschen Verfassungsgeschichte*, I, Stuttgart 1961, S. 90 ff.

⁴ Bundesbeschluß über Maßregeln zur Herstellung und Erhaltung der Ruhe in Deutschland vom 21. Oktober 1830, Zweiter Bundesbeschluß vom 5. Juli 1832, Sechzig Artikel vom 12. Juni 1834 (Huber, aaO. S. 117-135).

⁵ Für die Zeit zwischen 1815 und 1850 siehe D. Grimm, *Die verfassungsrechtlichen Grundlagen*

Napoleon gedemütigte Papsttum im Kirchenstaat⁶. 1808 hatte Napoleon den Kirchenstaat besetzt, 1809 aufgelöst und den Papst nach Savona verbannt, wo er bis 1812 bleiben musste. 1814 kehrte Pius VII. nach Rom zurück, und Kardinal Ercole Consalvi stellte mit einem *motu proprio* vom 6. Juli 1816 den Kirchenstaat wieder her. Die Folgen waren rasch sichtbar. Heiligen- und Marienverehrung, Wallfahrten und Bruderschaften lebten wieder auf, die „Restauration“ hielt auch hier ihren Einzug. So sehr also alles wieder auf den Zustand vor 1789 zurückzufallen schien, so wenig ist dies richtig. Revolution und europäische Nationalbewegung waren in Italien wie in Deutschland präsent. Das Klima hatte sich verändert, das Bürgertum hatte inzwischen seine Ziele und seine Stimme gefunden. Auch wenn Metternich noch 1847 sagen konnte, Italien sei nur ein «geographischer Begriff»⁷, und diese Wendung auch auf Deutschland übertrug, so ist dies doch weniger eine Realitätsbeschreibung als eine Fehleinschätzung Metternichs, was die Stärke und Tiefe der nationalen Einigungsbewegungen angeht. In Italien standen Garibaldi und Cavour am Anfang ihrer politischen Laufbahn, in Deutschland erhoben die südwestdeutschen Liberalen ihre Stimmen, die „Germanisten“ versammelten sich in Frankfurt und diskutierten die dänisch-schleswig-holsteinische Frage. Beide Länder waren in Gärung und waren auf ihrem jeweils eigenen Weg zum Nationalstaat, Italien auf dem Weg über Sardinien und Piemont einerseits, Sizilien andererseits, Deutschland – nach dem Scheitern der Paulskirche – von Preußen aus.

2. Auf dem Weg zu einem Nationalstaat waren Italien und Deutschland in der Mitte des 19. Jahrhunderts also tatsächlich „verspätete Nationen“. Dieser Ausdruck, in Bezug auf Deutschland geprägt von dem Philosophen Helmuth Plessner⁸, setzte ein europäisches Koordinatensystem voraus, an dem „früh“ oder „spät“ gemessen werden konnten. Für Plessner ging es um die Philosophiegeschichte. In ihr schien Deutschland während der Aufklärung noch durchaus auf der Höhe der Zeit zu sein, während es im 19. Jahrhundert den westeuropäischen Pfad verließ, sich also verspätete, woraus sich für Plessner letztlich die schrecklichen politischen Folgen des 20. Jahrhunderts ergaben. Das sind diskutierbare Thesen, bei denen aber vieles unklar bleibt: Wie steht es um die Kausalitäten zwischen Philosophie- und Politikgeschichte? Warum wurden im frühen 20. Jahrhundert die reichlich vorhandenen Alternativen eines liberalen Kantianismus, einer kritischen Wissenschaftstheorie, eines erkenntnistheoreti-

der Privatrechtsgesetzgebung, in *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, hrsg. von H. Coing, III/1, München 1982, S. 17 ff., S. 52 ff.

⁶ R. Aubert, *Die katholische Kirche und die Revolution*, in *Handbuch der Kirchengeschichte*, hrsg. von H. Jedin, VI/1, Freiburg 1985 (Sonderausgabe), S. 86 ff.

⁷ Memorandum Metternichs an die Großmächte vom 2. August 1847. Das Wort wurde von Seiten der Nationalbewegungen vielfach kritisiert.

⁸ H. Plessner, *Die verspätete Nation. Über die politische Verführbarkeit bürgerlichen Geistes*, 1959-1969, Aufl. Frankfurt 1994 (Taschenbuch 5).

schen Relativismus als Fundamente der Demokratie an den Rang gedrängt? War es Ohnmacht des Denkens oder nicht vielmehr ein krisenhafter Übergang der von Eigeninteressen beherrschten konstitutionellen Monarchien in Deutschland und Österreich zum demokratischen Massenzeitalter? Und war es nicht eine europäische und russische politische Klasse, die wegen eines zweit-rangigen Balkankonflikts in einen Weltkrieg stolperte, der sie in den eigenen Abgrund stieß? Alle Argumente, die gegen die These vom deutschen "Sonderweg" vorgebracht worden sind, gelten auch hier. Bei näherer Betrachtung verfolgen alle historisch-kulturellen Räume, die sich als Nationen organisieren, ihre Sonderwege. Den Königsweg einer seit dem Hochmittelalter gleichmäßig durchgehaltenen Grundlinie hin zur Nation hat nur Frankreich eingehalten, während das United Kingdom England, Wales, Schottland und Nordirland noch heute nicht dem Idealtypus des Nationalstaats entspricht.

Diese Fragen sollen hier jedoch beiseite bleiben. Es geht vielmehr um die Metapher der "Verspätung" der Nationbildung im europäischen Vergleich. Inwiefern waren Italien und Deutschland verspätet? In der Verfassungsgeschichte ist das Schema von "früh" oder "spät" nur als grober Maßstab brauchbar. Unbestritten haben Italien und Deutschland erst in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts die Form des geschlossenen Nationalstaats erreicht, eine Form, welche Frankreich, England und Spanien und Portugal schon lange zuvor hatten, ebenso, wenn auch in erheblichen Varianten, Dänemark, Polen und Ungarn seit dem frühen Mittelalter, die Niederlande seit ihrem Freiheitskampf im 16. Jahrhundert. Ein kulturelles, sprachliches und religiöses Zusammengehörigkeitsgefühl verschiedener Völker war oft seit Jahrhunderten vorhanden, führte aber nicht zu einem Nationalstaat. Welche Merkmale man für die Nationbildung oder den "Nationalstaat" betont, hängt von vielen Variablen ab. Betont man das Element "Nation" mit seiner sprachlichen, geschichtlichen und kulturellen Seite, kommt man zu anderen Ergebnissen als bei der Betonung des Staates als institutionelle Form. Deutschland und Italien waren längst Nationen mit ausgeprägter Identität, spätestens seit dem 15. Jahrhundert, sie verfügten auch über eine seit Jahrhunderten gepflegte gemeinsame Rechtskultur⁹, aber sie brauchten besonders lange, um zu einem institutionell geschlossenen Nationalstaat zu finden.

Konzentriert man sich auf das 19. Jahrhundert, dann sind Deutschland und Italien zwar "verspätet" im Vergleich zu den großen westlichen Vorbildern, was die Schaffung eines Nationalstaats angeht, aber sie bewegen sich doch in einem Feld, auf dem etwa ein Dutzend anderer Nationalstaaten gegründet wurden. Es ist die Gründerzeit junger Nationen, unter denen Italien und Deutschland allerdings die Rolle der "alten" spielen. Man denke an die Finnen und Esten, Norweger und Isländer, Tschechen und Slowaken, Griechen, Bulgaren, Rumänen, Serben, Bosnier und Albaner. Sie alle hatten sich im 19. und frühen 20. Jahrhundert aus imperialen Umklammerungen befreit. Das Osmanische

⁹ *Die deutsche und die italienische Rechtskultur im "Zeitalter der Vergleichung"*, hrsg. von A. Mazzacane, R. Schulze, Berlin 1995.

Reich, das Zarenreich, der habsburgische Vielvölkerstaat und das ehemalige dänische Reich zeigten Schwächen, und in konfliktreichen Prozessen entstanden kleinere Nationalstaaten, die sich bei der Schaffung ihrer Verfassungen, ihrer Kodifikationen des Zivilrechts, Strafrechts und Prozessrechts vor allem der westeuropäischen Vorbilder bedienten¹⁰. Dies sei mit dem Blick auf Südosteuropa illustriert.

“Südosteuropa” wird hier als jene breite geographische Zone verstanden, die im Grenzbereich der Monarchie der Habsburger, der Königreiche Böhmen, Polen und Ungarn, des Russischen und des Osmanischen Reichs lag und seit dem Mittelalter von ständigen Herrschaftswechseln geprägt war. Die Zone umfasst eine Vielzahl von sprachlich und religiös unterschiedenen Kulturen von Kreta über Griechenland, Mazedonien, Bulgarien, Albanien, Serbien, Montenegro, Bosnien, Herzegowina, Walachei, Moldau, Siebenbürgen und Rumänien. Viele von ihnen unterstanden bis ins 15. Jahrhundert der Herrschaft von Byzanz. Seit 1453 herrschten die Osmanen und eroberten noch im 15. Jahrhundert Griechenland, Serbien, Albanien und die Krim. Im 16. Jahrhundert siegten sie in Persien, Syrien und Ägypten. Belgrad fiel, Rhodos wurde erobert, 1526 unterlagen in der Schlacht von Mohács die Ungarn. Es folgten die erste Belagerung von Wien (1529), dann die Eroberungen von Bagdad, Aserbaidshan, Dalmatien und des Jemen. Vom 16. bis zum 18. Jahrhundert expandierte das Osmanische Reich zwar weiter, stieß aber auch mehr und mehr an seine Grenzen. Der entscheidende Punkt war die erfolglose Belagerung von Wien 1683. Von da an befreite sich eine Provinz nach der anderen vom “osmanischen Joch”. Kurz vor dem Ersten Weltkrieg war das Reich mehr oder weniger auf das Gebiet der heutigen Türkei reduziert.

Die nun auf sich selbst gestellten Gebiete hatten mit vielfältigen ökonomischen und strukturellen Problemen zu kämpfen. Sie mussten sich Verfassungen geben und dabei fundamentale Entscheidungen über die Regierungsform treffen, nicht anders als Italien und Deutschland. Favorisiert wurden dabei, durchaus zeitgemäß, konstitutionelle Monarchien. Das bedeutete, dass auch Parlamente geschaffen werden mussten, aber welches Wahlrecht passte auf traditionelle Honoratiorengesellschaften oder für von Familienclans beherrschte Gebiete? Weiter brauchte man eine “öffentliche Ordnung”, verkörpert durch Verwaltung, Polizei und Strafrechtspflege. Dabei mischten sich osmanisch-islamische Traditionen mit russischen oder westlichen Einflüssen, vermittelt durch eine intellektuelle Schicht, die im Ausland studiert hatte. Die Zivilgesellschaft sollte nicht nur entstehen, sondern auch gleichzeitig in einem Zivilgesetzbuch normativ festgeschrieben werden – und dies in Gebieten, in denen teils noch osmanisches Recht, originäres bäuerliches Gewohnheitsrecht und ein ungeschriebenes Handelsrecht galten. Wie sollte ein Erbrecht aussehen, wenn von Gleichberechtigung der Frauen nur ansatzweise die Rede sein konnte und

¹⁰ M. Stolleis, *Transfer normativer Ordnungen. Baumaterial für junge Nationalstaaten*, in «Rechtsgeschichte», 20 (2013), S. 72-84 mit weiteren Nachweisen. Auf diesen Forschungsbericht stützen sich auch die folgenden Passagen.

Eigentum – jedenfalls der Grundbesitz – nicht dem Individuum, sondern der Familie gehörte? Wie konnte dies alles gelingen, um ein letztes Problem zu erwähnen, wenn die jungen Nationen noch kaum über ein eigenes Bildungssystem, eine eigene Juristenausbildung und eine eigene Rechtssprache verfügten? Alles musste gleichzeitig geschaffen werden¹¹. Im Einzelnen könnte dies an den Beispielen von Serbien, Albanien, Montenegro, Rumänien, Siebenbürgen, Bulgarien oder Griechenland gezeigt werden. Es wird die Aufgabe künftiger Forschung in diesen lange von der internationalen Kommunikation ausgeschlossenen Ländern sein, sich von den nationalistischen Vorprägungen des 19. Jahrhunderts sowie von den erneut verstärkten Nationalismen der post-sowjetischen Zeit zu befreien, um möglichst unvoreingenommen die Probleme der damaligen Identitätsfindung zu studieren. Dazu gehören die erwähnte Schaffung der Rechtssprache, die Verarbeitung der Vielfalt der religiösen Denominationen in einem verfassungsrechtlichen Rahmen, die Anverwandlung der ausländischen Vorbilder im Verfassungs-, Zivil- und Strafrecht, die Kodifizierung (oder Überwindung) der lokalen und oralen Rechtstraditionen, schließlich die Umsetzung aller dieser neuen Ordnungen in die Lebenswirklichkeit.

Kehrt man von Südosteuropa wieder zu Italien und Deutschland zurück, so zeigt sich, dass die wesentlichen Stationen der Unifizierung beider Länder auf unterschiedlichen Zeitpunkten liegen. In Deutschland flammte die seit dem 16. Jahrhundert debattierte Frage nach einer Kodifikation, die man nun “Nationalgesetzbuch” nannte¹², direkt nach den Freiheitskriegen gegen Napoleon auf. Wissenschaftlich blieben die Programmschriften von Thibaut und Savigny aus dem Jahr 1814 bemerkenswerte Dokumente, politisch schwanden die Chancen aber schon ein Jahr später mit der Gründung des Deutschen Bundes. Schon dessen staatsrechtliche Konstruktion aus 38 souveränen politischen Einheiten, ausgerichtet auf «Erhaltung der äußeren und inneren Sicherheit Deutschlands und der Unabhängigkeit und Unverletzbarkeit der einzelnen deutschen Staaten» (Art. 2 DBA), hatte klar defensiven Charakter und ließ kaum etwas anderes zu als interne und externe Gefahrenabwehr. Jeder Schritt in Richtung der nationalen Einheit, sei es auch nur durch ein gemeinsames Gesetzbuch, musste verdächtig erscheinen. In dieser Lage schienen die Worte “Wissenschaftlichkeit”, “Autonomie des Rechts” sowie der Hinweis auf “still wirkende Kräfte” der Rechtsbildung den rechten Weg zu weisen. Die

¹¹ Dies war freilich kein exklusiv europäisches Problem, sondern betrifft im 19. Jahrhundert auch Süd- und Mittelamerika, dessen neue Nationalstaaten zwar über eine alte spanisch-portugiesische Rechtstradition verfügten, diese aber auf der Ebene der Verfassungsgebung, der Administration, des Zivil-, Straf- und Prozessrechts auf die neue nationale Dimension umsetzen und dabei die indigene Bevölkerung einbeziehen mussten. Im 20. Jahrhundert wiederholte sich der Vorgang in den Ländern des britischen Commonwealth sowie der französischen und niederländischen Kolonien.

¹² Hermann Conring, *De origine iuris germanici*, Helmstedt 1643, Kapitel 35 (deutsche Übersetzung 1994) mit Hinweisen auf Petrus de Ferrariis, Viglius van Zuichem, Joachim Mysinger, Nikolaus Císner, Johannes Biardus, Georg Schönborner, Hermann Vultejus und anderen.

Rechtswissenschaft übernahm die Führung, und sie konnte dabei darauf vertrauen, dass ihr genügend Zeit gelassen würde. Solange der Deutsche Bund bestand, war mit effektiver Gesetzgebung kaum zu rechnen, zumal die Führungsmacht Österreich-Ungarn schon 1811 ihr eigenes Gesetzbuch bekommen hatte, ebenso die zweitgrößte Macht Preußen 1794. Aber schlagartig, als mit dem Norddeutschen Bund und der Reichsgründung (1866-1872) die nationale Einheit greifbar wurde, beginnt auch die nationale Gesetzgebung. Dem Kernstück der Verfassung (1871) folgten das Strafgesetzbuch (1869-1871), die Reichsjustizgesetze (1877-1879), die Gesetze zur Sicherung der Freizügigkeit und der Gewerbefreiheit, der Pressefreiheit, des Vereins- und Versammlungsrechts, bis schließlich nach einer Generation Arbeit das Bürgerliche Gesetzbuch abgeschlossen war (1896-1900). Nimmt man noch das Handelsgesetzbuch und die neuen Gesetze zur Ordnung des Gesellschaftsrechts (GmbH-Gesetz, Genossenschaftsgesetz, Kommandit-Gesellschaft, Aktiengesellschaft) hinzu, dann waren damit die wichtigsten Gesetze in Kraft, die den Trägern der nationalen und liberalen Bewegung des Bürgertums wichtig waren.

Auch in Italien hoffte man seit der Französischen Revolution auf einen nationalen *codice civile*, aber dieser war ohne politische Einigung nicht zu erlangen. Bekanntlich bestand die italienische Geschichte vor dem Risorgimento aus einer äußerst wechselhaften Geschichte der Teilstaaten¹³. Durchweg wurde zunächst der meist modifizierte *Code Napoléon* eingeführt, es sei denn das ABGB blieb in Kraft wie in der Lombardei und in Venetien. Die darauf folgende Geschichte der italienischen Kodifikation des Privatrechts in der napoleonischen Zeit, im Zeitalter der Restauration (1814-1859) und im Regno d'Italia ab 1860 bis zum *Codice civile* von 1865 ist von Filippo Ranieri in aller Gründlichkeit dargestellt worden¹⁴. Das Ergebnis mehrfacher Anstrengungen unter mehreren Justizministern war jedenfalls das am 25. Juni 1865 verkündete und zum 1. Januar 1866 in Kraft getretene Zivilgesetzbuch. Wie in Deutschland wurde dieses Zentralgesetz von den entsprechenden Gesetzen der Gerichtsverfassung, der Prozessordnungen und der Gesetzgebung für Handels-, Wirtschafts- und Gesellschaftsrecht begleitet.

Worauf es in unserem Zusammenhang ankommt, ist die unabdingbare Verklammerung aller kraftvollen Gesetzgebung zur Herstellung eines geeinten Nationalstaats in Abhängigkeit von der politischen Gunst der Stunde. Das war in Italien nicht anders als in Griechenland, Bulgarien, Rumänien oder in den Kleinstaaten auf dem Balkan¹⁵. Die erste Stufe der Einigung oder der Befreiung war fast überall die Schaffung einer Verfassung, die Bestimmung der Staatsform, das Regelwerk der Institutionen, oft auch der Schutz der Gesellschaft vor rechtswidrigen (gesetzlosen) Eingriffen des Staates in "Freiheit und Eigentum". Wenn

¹³ C. Ghisalberti, *Dall'antico regime al 1848*, 2. Aufl. Roma-Bari 1978; C. Ghisalberti, *Storia costituzionale d'Italia, 1848-1948*, I, 2. Aufl. Roma-Bari 1978; P. Catalano, *Gli stati italiani tra il 1789 e il 1821*, Milano 1960.

¹⁴ F. Ranieri, in *Handbuch der Quellen und Literatur* (Anm. 5), III/1, S. 212-323.

¹⁵ F. Traniello, G. Sofri, *Der lange Weg zur Nation. Das italienische Risorgimento*, Stuttgart 2012.

die politische Lage es erlaubte, folgten in der Regel relativ rasch aufeinander das materielle Strafrecht und der Strafprozess, das Zivilrecht und der Zivilprozess sowie ein Gesetz über die Gerichtsverfassung. Von da an hatte die Gesetzgebung das Wort. Sie regelte – nach Maßgabe des jeweils größten politischen Drucks – ein Gebiet nach dem anderen. In der Mitte des 19. Jahrhunderts kamen die dazu nötigen Kräfte aus dem ökonomischen Liberalismus, die auf Harmonisierung des Wirtschaftsgebiets drängten, oft auch schon vor der eigentlichen Staatsgründung. Die bürgerliche Gesellschaft mit ihrem wachsenden Selbstbewusstsein forderte Beseitigung der Zölle, der verschiedenen Steuertarife, die Vereinheitlichung von Maßen und Gewichten, ein gemeinsames Scheck- und Wechselrecht, möglichst auch ein gemeinsames Handelsgesetzbuch, ein Gewerberecht und eine gemeinsame Währung. Das war freilich nur der Wunschkatalog, der keineswegs überall oder jedenfalls nicht sofort erfüllt wurde. Eine dritte Antriebskraft bildete sich aus den Zwängen der Industriellen Revolution und der mit ihr verbundenen „Sozialen Frage“. Ein gemeinsames Schienennetz für die Eisenbahnen, ein Telegraphensystem, freie Nutzung der Wasserwege für die Schifffahrt, Normierungen aller Art für Industrieprodukte und Energie¹⁶, alles dies beruhte auf ökonomischen Energien aus der Gesellschaft selbst, zugleich aber auch auf Anregungen oder ökonomischem Druck des Auslands¹⁷. Die „Soziale Frage“ schließlich, so unterschiedlich sie auch in den verschiedenen europäischen Staaten behandelt wurde, erzwang mindestens Wahrnehmung und Reaktion, sei es durch Reform der Armenfürsorge, durch Errichtungen von Versicherungen, durch intensivere Zuwendung zu Kindern und Jugendlichen. Auf allen diesen Gebieten formte der Gesetzgeber ein Stück „nationaler Einheit“¹⁸. In Deutschland ist es die spektakulär neue, auf Zwang beruhende Arbeiterversicherung gegen Krankheit, Unfall, Erwerbslosigkeit und Alter (1883-1889), zusammengeschlossen in der Reichsversicherungsordnung von 1911. In Italien wurden Gesetze über Wohlfahrtsanstalten, Frauen- und Kinderarbeit erlassen (1890), zur Unfallversicherung (1883, 1904) und zur Arbeitslosenversicherung (1919). Schon die Parallelität der Daten zeigt, dass nun Sozialstaat und Industrielle Revolution gleichzeitig den Takt angaben.

3. Italien und Deutschland bewegen sich also wie alle anderen europäischen Nationen des 19. Jahrhunderts im Kontext der allgemeinen Verfassungsbewegung seit der Gründung der Vereinigten Staaten von Amerika und seit der Französischen Revolution auf dem alten Kontinent. Sie finden den Weg zum

¹⁶ M. Vec, *Recht und Normierung in der Industriellen Revolution. Neue Strukturen der Normsetzung in Völkerrecht, staatlicher Gesetzgebung und gesellschaftlicher Selbstnormierung*, Frankfurt 2006.

¹⁷ K.O. Scherner, *Rechtsvereinheitlichung für grenzüberschreitende Leistungen: Eisenbahnen, Banken, Versicherung*, in *Rechtsvereinheitlichung durch Gesetze. Bedingungen, Ziele, Methoden*, hrsg. von Ch. Starck, Göttingen 1992, S. 42-80.

¹⁸ M. Stolleis, „Innere Reichsgründung“ durch Rechtsvereinheitlichung 1866-1880, in *Rechtsvereinheitlichung*, S. 15-41.

Nationalstaat später als die vergleichbaren großen europäischen Nationen, weil sie vom Mittelalter bis zur Jahrhundertwende um 1800 keine oder nur schwache zentrale Institutionen ausgebildet hatten. Dass dennoch Italien und Deutschland sich als “Nationen” verstanden, ist nicht zweifelhaft. Der Prozess der Ausbildung von Nationen kann zwar mit Hilfe sehr unterschiedlicher Parameter beschrieben werden, etwa der Nationalsprachen und der Literatur in der Landessprache, der Künste und Wissenschaften, der gemeinsamen Schicksale in Krieg und Frieden. In Italien ist dies seit dem 13. Jahrhundert zu beobachten, in Deutschland etwa ein Jahrhundert später. Beide Nationen suchten ihre Identität an historischen Bezugspunkten. In Italien konnte sich der Patriotismus am Glanz der antiken römischen Weltherrschaft, an den großen Autoren wie Dante, Petrarca, Boccaccio und Machiavelli wie generell an der singulären Geniezeit des 15. und 16. Jahrhunderts erbauen, im 19. Jahrhundert an Alessandro Manzoni und Giuseppe Verdi. In Deutschland begann man seit der Wiederentdeckung von Tacitus’ *Germania* die alten Germanen und Hermann den Cherusker zu bewundern, später kamen Siegfried als der Held des Nibelungenliedes und die Kaiser der Stauferzeit hinzu, vor allem der zum Mythos gewordene Barbarossa¹⁹. In nahezu allen jungen Staaten des 19. Jahrhunderts suchte man nach möglichst vorchristlichen Wurzeln, so in Schottland mit dem *Ossian*, in England mit dem *Beowulf*, in Finnland mit dem rekonstruierten Volksmythos *Kalevala*, in Estland mit dem entsprechenden *Kalevipoeg*, in Spanien mit *El Cid*, in Frankreich mit dem keltischen Vercingetorix und der christlichen Retterin der Jeanne d’Arc. Auch die kleinsten Länder entdeckten oder erfanden einen Helden, so etwa Albanien den Skanderbeg als Kämpfer gegen die Osmanen und viele andere. Historismus, aufblühende Sprachwissenschaft und Patriotismus kamen hier produktiv zusammen. Überall entstanden große Wörterbuchprojekte, Grammatiken der Landessprache, Sammlungen von Märchen und Sagen. Ein spezielles rechtliches Problem zeigte sich in den Ländern, die vorher unter Fremdherrschaft gestanden hatten. Dort gab es noch keine nationale juristische Fachsprache, so beispielsweise in Finnland, Estland, Böhmen und Mähren, Bulgarien, Rumänien, Serbien oder Griechenland. Diese wurde dann im Translationsverfahren aus denjenigen Rechtskulturen geschaffen, die der neuen Elite aus Studienzeiten vertraut war. Das war der französische *Code civil*, gelegentlich aber auch das österreichische ABGB oder schweizerische Zivilgesetzbücher einzelner Kantone.

Diese Phänomene gehören unmittelbar zusammen mit der Selbstfindung der Nationen und ihrer rechtlichen Formung durch Verfassungsgebung und vereinheitlichende Gesetzgebung. Kulturelle Identität und nationale Rechtssprache bedingen einander. Verfassungen appellieren an die Zusammengehörigkeit derer, die unter ihr leben sollen, selbst wenn es sich um Verfassungen handelt, die einen Bezug auf Volkssouveränität sorgsam vermeiden.

¹⁹ M. Stolleis, *Helden und Heldengesänge, Nationalepen und Verfassungen im 19. Jahrhundert*, in *Festschrift für Jürgen Weitzel*, Wien-Köln-Weimar 2014, S. 499-510.

Die auf die Ausgestaltung der Verfassungen zielende Gesetzgebung brauchte Akzeptanz. Sie zu erreichen konnte mühsam und langwierig sein, etwa wenn Gesetzesrecht darauf zielte, älteres Gewohnheitsrecht zu verdrängen, Sippenverbände aufzulösen oder sonstige Modernisierungsschritte in Gang zu setzen. Gesetzgebung brauchte aber auch Durchsetzungsmacht, eine funktionierende Justiz, Gerichtsvollzieher, Polizei mit Zwangsmitteln und schließlich Gefängnisse. In den neuen europäischen Nationalstaaten musste all dies nahezu gleichzeitig geschaffen werden.

In Italien und Deutschland konnte dagegen auf eine lange Tradition partikularer Staatsbildung zurückgegriffen werden. Es lag gewissermaßen alles bereit, was man für einen Nationalstaat brauchte. Dennoch blieben in beiden Ländern die Bruchlinien zwischen Nord und Süd auch im 20. Jahrhundert noch leicht erkennbar. In Italien gilt Sizilien immer noch als ein Land eigener Prägung, und der soziale Gegensatz zwischen Nord und Süd spielt bis heute eine erhebliche Rolle in der Innenpolitik. In Deutschland bot dagegen die Staatsform des Bundesstaates genügend Raum für die Bewahrung ursprünglich dynastischer, später regionaler Besonderheiten. Die frühen süddeutschen Verfassungsstaaten entwickelten andere Rechtskulturen als Preußen, Hannover, Sachsen und die nord- und mitteldeutschen Kleinstaaten. Dies ist spurenhaf sogar bis heute ablesbar am Polizeirecht, an der Kommunalverfassung oder an der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Erst nach 1945 haben sich die Unterschiede durch die Gesetzgebung des Bundes und durch die Rechtsprechung von Bundesverfassungs- und Bundesverwaltungsgericht weitgehend abgeschliffen.

Nimmt man alles zusammen, dann bietet die verfassungs- und kulturgeschichtliche Landkarte Europas im 19. Jahrhundert ein buntes Bild mit vielfach heftigen Neuansätzen. Eine evolutionäre Fortentwicklung zeigt nur das neuere England, dies aber wohl auch, weil es seine tiefe Krise schon im 17. Jahrhundert überwunden und zu einer konstitutionellen Monarchie mit starker Stellung des Parlaments gefunden hatte. Alle übrigen Nationen wurden von revolutionären Erschütterungen, von Kriegen oder vom Kampf um Selbstbestimmung vorangetrieben. Alle formten sich aus den nationalen Mythen und aus *Lieux de mémoire* ihre eigene historische Verankerung²⁰, alle wurden mehr oder weniger von der Industriellen Revolution erfasst und hatten folglich auch auf die Soziale Frage zu reagieren. In diesem Sinne sind Italien und Deutschland keineswegs verspätet, sondern lediglich als alte Nationen, notdürftig bekleidet mit einem Flickengewand von Klein- und Mittelstaaten, aus dem Ancien Régime gekommen und in das 19. und 20. Jahrhundert eingetreten. Es war für beide schwierig, diese Vielfalt von Kleinstaaten und Dynastien zu überwinden. Beide konnten sich auch erst stufenweise aus den Bindungen an den habsburgischen Vielvölkerstaat lösen.

²⁰ *Les lieux de mémoire*, sous la direction de P. Nora, 3 Bde, Paris 1992; *Lieux de Mémoire - Erinnerungsorte. D'un modèle français à un projet allemand*, hrsg. von E. François, Berlin 1996; *Deutsche Erinnerungsorte*, hrsg. von E. François, H. Schulze, 3 Bde, München 2001.

Das bedeutete allerdings auch, dass sie vergleichsweise wenig Zeit hatten, sich an eine die ganze Nation umfassende parlamentarische Demokratie zu gewöhnen. Eine über längere Dauer erprobte Balance zwischen Monarchie und parlamentarischer Repräsentation, wie sie in England, in den Niederlanden oder in Skandinavien Tradition war oder wurde, gab es in Italien und Deutschland nicht. Dass Italien und Deutschland mit Faschismus und Nationalsozialismus in den ganz Europa berührenden antiliberalen, antidemokratischen und autoritären Bewegungen des frühen 20. Jahrhunderts führend wurden, hängt sicher auch mit der mangelnden demokratischen Praxis und dem nur langsamen Wachstum des Vertrauens in die Selbststabilisierung einer freiheitlich und pluralistischen Gesellschaft zusammen. Vergleichbare Phänomene lassen sich derzeit in allen postsowjetischen Staaten und Gesellschaften beobachten, die, wie etwa Russland, Weißrussland oder Ungarn, deutliche Neigungen zu autoritärem Regierungsstil und zur Missachtung von Grundrechten zeigen. Dies gilt auch für die Staaten des Maghreb und des Nahen Ostens, die sich gegenwärtig von Diktaturen befreien und wohl in keinem Fall den direkten Sprung in parlamentarische Regierungsformen bewältigen werden.

Gewiss sind Italia und Germania nicht mehr jene zärtlich verbundenen Schwestern, die sich um 1828 Trost zusprechen müssen, weil ihre Hoffnungen auf eine nationale Einheit aussichtslos scheinen. Beide sind parlamentarische Demokratien geworden, beide haben glücklicherweise ihre kolonialen Ansprüche aufgegeben, nicht freiwillig zwar, aber jedenfalls im Ergebnis. Beide sind eng miteinander verbunden, wirtschaftlich und menschlich²¹, zudem verklammert durch die heutige Europäische Union. Deren Vorgängerin, die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, wäre ohne Paul Henri Spaak, Jean Monnet, Robert Schumann, Walter Hallstein nicht zustandegekommen, aber eben auch nicht ohne Alcide de Gasperi und Konrad Adenauer. Die daraus entstandene Europäische Union ist ein werdendes bundesstaatliches Gebilde, zusammengehalten durch Geschichte, Interessen und – nicht zuletzt – durch Recht. Wir, die wir verantwortlich sind für die Erforschung und Vermittlung der europäischen Rechtsgeschichte, sollten das Bewusstsein davon lebendig erhalten, dass es unterhalb der Tagespolitik eine Sphäre dauerhafter kultureller Netzwerke und einen festen Kanon von Rechtsprinzipien gibt. Wir müssen sie pflegen und in jeder Generation erneut beleben.

²¹ Italiener stellen in Deutschland (Statistisches Bundesamt 2011) nach den Türken (1.607.161) die zweitstärkste nationale Gruppe dar (520.159).

Da Philadelphia a Napoli

Il costituzionalismo moderno dalle *Constitutions* dei primi Stati nordamericani alle *Carte dei diritti* italiane del triennio giacobino

di Stefano Vinci

1. Alle origini del costituzionalismo moderno

Le “carte dei diritti” nordamericane e francesi del maturo Settecento, prime espressioni del costituzionalismo moderno¹, hanno rappresentato un importante punto di riferimento per i costituenti del “triennio giacobino” in Italia². Infatti, la “febbre costituzionale”³ esplosa a partire dal 1776 negli Stati del nord America ex coloniale dichiaratisi indipendenti dall’Inghilterra⁴ e il forte contagio nella Francia rivoluzionaria non poté che scatenare influenze epidemiche in molti Stati europei⁵. La stessa Francia aveva guardato con curiosità e ammirazione l’esperienza d’ol-treoceano che forniva un «esempio concreto di corretto funzionamento di istituzioni rappresentative non inquinate dall’aura di corruzione che gravava, invece sulla Gran Bretagna governata da sir Robert Walpole e dai suoi eredi politici»⁶.

L’attenzione per le “costituzioni di governo” americane (a partire dal testo della Virginia del 1776, primo atto legislativo denominato “costituzione” concernente le modalità di funzionamento e le garanzie fondamentali di uno Stato⁷), derivava anche dal fatto che esse, nel disciplinare l’intero sistema dei poteri pub-

¹ Così P. Grossi, *L’Europa del diritto*, Roma-Bari 2010⁶, p. 116.

² Importanti contributi sull’argomento sono stati forniti da R. De Felice, *Il triennio giacobino in Italia (1796-1799). Note e ricerche*, Roma 1990; C. Ghisalberti, *Le costituzioni «giacobine» (1796-1799)*, Milano 1957; C. Zaghi, *L’Italia di Napoleone dalla Cisalpina al Regno*, Torino 1991.

³ Così R. Martucci, *Stati Uniti e Francia tra due Rivoluzioni costituzionali (1776-1792)*, in «Giornale di storia costituzionale», 17 (2009), 1, p. 44.

⁴ G. Maranini, *La Costituzione degli Stati Uniti d’America*, ed. a cura di E. Capozzi, Soveria Mannelli 2003; M. Teodori, *Storia degli Stati Uniti e il sistema politico americano*, Roma 2004; A. de Tocqueville, *La democrazia in America*, ed. a cura di M. Tesini, Troina 2005; G.G. Florida, *Lex facit regem, rex facit legem*, Teramo 2005; L. Stroppiana, *Stati Uniti*, Bologna 2006.

⁵ Si vedano gli studi raccolti in *Constitution & révolution aux États-Unis d’Amérique et en Europe (1776-1815)*, a cura di R. Martucci, Macerata 1995.

⁶ R. Martucci, *Opinion frondeuse, opinion éclairée, opinion publique nella Francia di Antico regime*, in «Giornale di storia costituzionale», 6 (II semestre 2003), pp. 113-115.

⁷ R. Martucci, *La rivoluzione dei due Mondi. Dal Settantesimo virginiano all’Ottantanove francese*, in «I viaggi di Erodoto», 1992, 16, pp. 115-143.

blici e nel prevedere un complesso insieme di garanzie giurisdizionali a favore dei cittadini, avevano recepito «l'ideale illuministico dell'uguaglianza fra gli uomini, il giusnaturalismo e la teoria contrattualistica dello stato, il concetto di governo limitato e il principio della sovranità popolare, il diritto alla rivoluzione»⁸. Per questi motivi le costituzioni americane nella loro fase sperimentale durata circa 15 anni (dal 1776 al 1791) ebbero immediata diffusione oltre Atlantico e soprattutto in Francia, dove a partire dal 1778 i testi furono pubblicati sulle «Affaires de l'Angleterre et de l'Amérique» con la traduzione del duca Louis-Alexandre de la Rochefoucauld, segretario dell'ambasciatore americano Benjamin Franklin⁹ e furono oggetto di studio, commento e dibattito su riviste del calibro del «Journal encyclopédique» di Bouillon¹⁰, sul quale comparvero anche gli scritti dell'abbé de Mably, le cui osservazioni sulle carte americane ebbero una imponente eco in tutta Europa e soprattutto in Italia¹¹. Tra scetticismo ed entusiasmo, numerosi furono gli scritti mandati in stampa in Francia in quegli anni di "boom editoriale" filo-americano, che comprendevano le opere propagandistiche di Jacques-Pierre Brissot, Filippo Mazzei e Jean-Nicolas Desmeunier, i commenti sfiduciati di Turgot e del suo allievo Condorcet, che pur essendo favorevoli alla «constitution d'un corps législatif unique», contestavano ai leader statunitensi l'eccessiva subalternità ad un modello politico policentrico quale quello inglese con competenze ripartite tra una pluralità di organi (camera, governatore, consiglio), esprimendo diffidenza nei confronti del meccanismo della *balance of powers*¹².

Tra le costituzioni americane sperimentali, le più utilizzate dall'opinione riformatrice francese furono quelle del trinomio costituzionale Virginia-Pennsylvania-Massachusetts «parce que, à l'époque, ces trois états de la Confédération américaine étaient envisagés comme des modèles presque parfaits d'organisation des pouvoirs publics»¹³. Tra queste, particolare interesse suscitò in Europa la carta della Pennsylvania del 28 settembre 1776¹⁴, che, grazie alla popolarità goduta nel vecchio continente dal suo autore Benjamin Franklin, fu tradotta in francese e pubblicata in diverse edizioni¹⁵, venendo ad esercitare «notevole influenza negli

⁸ Stroppiana, *Stati Uniti* cit., p. 27. Il riferimento è soprattutto alla *Dichiarazione di indipendenza* del 4 luglio 1776.

⁹ Si veda D. Lacorne, *L'invention de la république. Le modèle américain*, Paris 1991, p. 78.

¹⁰ Si veda G. Charlier-R. Mortier, *Le Journal encyclopédique, 1756-1793*, Paris 1952; D. Lénardon, *Index du Journal encyclopédique, 1756-1793*, Genève 1976.

¹¹ P. Cugnetti, *Mably, analyste de la constitution américaine*, in *Constitution & révolution* cit., pp. 209-224; *Costituzione e diritti fondamentali in Mably*, Atti della Giornata di studio, Genova, 25 novembre 1998, a cura di F. Mazzanti Pepe, Genova 2001.

¹² A.V. Dicey, *Introduzione allo studio del diritto costituzionale. Le basi del costituzionalismo inglese*, trad. it. a cura di A. Torre, Bologna 2003.

¹³ R. Martucci, *Desmeunier et le droit public moderne*, in *L'Encyclopédie méthodique (1782-1832): des Lumières au positivisme*, sous la direction de C. Blanckaert, M. Porret, Genève 2006, p. 253.

¹⁴ Il testo della costituzione del 1776 si trova in W.F. Swindler, *Sources and Documents of United States Constitutions*, VIII, New York 1979, pp. 277-285.

¹⁵ La costituzione della Pennsylvania fu pubblicata in Francia nel marzo 1777 in *Affaires de l'Angleterre et de l'Amérique*, poi come supplemento all'edizione della *Science du Bonhomme Richard* data alle stampe in Francia nello stesso anno, e ancora l'anno seguente in *Recueil des Lois Constitutives des*

ambienti fisiocratici e del costituzionalismo democratico-radical, più in particolare sul pensiero di Turgot, Condorcet, Dupont de Nemours e La Rochefoucauld-Liancourt»¹⁶. Infatti, i suoi caratteri della forte prevalenza del potere legislativo e del monocameralismo – preso come modello dai cosiddetti *américanistes* quali Paine, Turgot e Condorcet, contrari al modello inglese della costituzione bilanciata – ebbero una non trascurabile incidenza nella prima fase del dibattito costituzionale francese, nel quale l'attenzione risultò focalizzata soprattutto sul problema della separazione e dell'equilibrio dei poteri¹⁷.

Basti citare il progetto di costituzione presentato il 6 settembre 1789 che proponeva la *balance du législatif*, nella forma del veto regio sugli atti della legislatura, secondo l'esempio offerto dalla costituzione di Philadelphia a proposito del veto presidenziale sugli atti del congresso¹⁸. Essa fu anche presa come esempio a cui ispirarsi per un progetto costituzionale per la Toscana da Pietro Leopoldo che ne fece oggetto di approfondite *Observations*¹⁹: l'interesse manifestato dal granduca si concentrò sulle norme inerenti l'assemblea, che furono viste «quale possibile freno alle tentazioni dei suoi successori di uscire dalla strada da lui tracciata, ferma però restando la sua concezione assoluta della sovranità e la centralità ed intangibilità della figura del Principe-padre del *polizeilicher Wohlfahrtsstaat*»²⁰.

Qualche anno più tardi il testo costituzionale di Philadelphia fu pubblicato anche in italiano nel corpo di un opuscolo edito a Venezia nel 1797 a cura dei «giacobini veneziani» Antonio Marcantoni e Bernardo Maria Calura, contenente due scritti di Benjamin Franklin: *Il Buon uomo Ricciardo* e *La costituzione di Pensilvania italianizzati per uso della democratica veneta ristaurazione*²¹. Nella prefazione al libretto si legge:

La diffusione di quest'ultimo testo a preferenza delle costituzione di altri stati americani si giustifica tenendo conto di almeno un paio di aspetti: da un lato va sottolineato che la costituzione della Pennsylvania era la più vicina, tra quelle americane, alla costituzione francese, in quanto basata su un sistema monocamerale; dall'altro, si deve tenere presente che per la maggior parte dei veneziani la Pennsylvania, patria di Franklyn, sede del Congresso generale e abitata da quei quaccheri che costituivano il più diffuso mito americano di que-

Colonies Anglaises; infine nel 1783 in *Constitutions des Treize États-Unis*. Si veda A.O. Aldridge, *Franklin and his French Contemporaries*, New York 1957, p. 86.

¹⁶ B. Casalini, *L'esprit di Montesquieu negli Stati Uniti d'America durante la seconda metà del XVIII secolo*, in *Montesquieu e i suoi interpreti*, a cura di D. Felice, Pisa 2005, I, pp. 325-355.

¹⁷ É. Peuchot, *L'influence des idées américaines sur les constituants*, in *La France de la Révolution et les États-Unis d'Amérique*, a cura di G. Bodinier, Paris 1995, pp. 23-34.

¹⁸ P. Pasquino, *La théorie de la "balance du législatif" du premier Comité de Constitution*, in *Terminer la Révolution*, Colloque de Vizille 1988, sous la direction de F. Furet et M. Ozouf, Grenoble 1990, pp. 67-89; R. Martucci, *Le pivot de la Constituante. À propos du Comité de Constitution (1789-1791)*, in *L'Architecture du droit. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Troper*, Paris 2006, pp. 651-663.

¹⁹ Il manoscritto di Pietro Leopoldo *Observations sur les Constitutions de la République de Pensylvanie*, databile prima della stesura definitiva del suo progetto costituzionale del 1782, si trova conservato in Haus- Hof- und Staatsarchiv di Vienna, *Familienarchiv, Sammelbande*, Karton 13, Leopold II, «Fogli da aggiungersi agli stati generali», n. 10. Si veda G.H. Davis, *Observations of Leopold of Habsburg on the Pennsylvania Constitution of 1776*, in «*Pennsylvania History*», 29 (1962), 4, pp. 373-380.

²⁰ G. La Rosa, *Il sigillo delle riforme. La 'Costituzione' di Pietro Leopoldo di Toscana*, Milano 1997, p. 144.
²¹ B.M. Calura, A. Marcantoni, *Il Buon uomo Ricciardo e la costituzione di Pensilvania italianizzati per uso della democratica veneta ristaurazione*, Venezia 1797.

gli anni, era di gran lunga il più celebre tra gli stati sempre che non fosse una sineddoche al posto dell'intera federazione²².

Ma quali erano i tratti rilevanti di questa costituzione? Il testo si apriva con una *Dichiarazione dei diritti degli abitanti dello stato di Pennsylvania* nella quale venivano enunciati i principi dell'uguaglianza tra gli uomini «nati liberi ed indipendenti» a cui erano attribuiti «innati ed inalienabili diritti», tra cui il godimento e la difesa della vita e della libertà, l'acquisto, il possesso e la protezione della proprietà, il perseguire ed ottenere felicità e sicurezza (art. 1)²³. La costituzione recepiva il principio della separazione dei poteri, affidando il «supremo potere legislativo» ad una camera composta dai rappresentanti degli uomini liberi con particolari cautele finalizzate ad evitare forme di perpetuazione nei mandati rappresentativi²⁴; l'esecutivo a un presidente e ad un consiglio (section 3)²⁵; il giudiziario a «corti di giustizia nella città di Philadelphia e in ciascuno dei contadi che compongono lo stato» (section 4). Una particolarità di questa costituzione – che ne rimarcava il carattere estremamente radicale – constava nella previsione alla sezione 15 dell'«esame del popolo» per quelle leggi aventi oggetto pubblico: prima dell'ultima lettura da parte dell'assemblea generale, e fuori del caso in cui la celerità fosse indispensabilmente necessaria, le proposte di legge sarebbero state stampate per essere sottoposte all'esame del popolo per poi passare in legge nella sessione dell'assemblea seguente²⁶.

La parte più originale della costituzione della Pennsylvania – che non troveremo riproposta nella costituzione francese dell'anno III, ma che verrà ripresa nella costituzione partenopea del 1799 – era rappresentata dall'ultima sezione che prevedeva la creazione di un organo politico di controllo di costituzionalità delle leggi (*Council of Censors*) eletto direttamente dal popolo ogni sette anni, «in order that the freedom of the Commonwealth may be preserved inviolate forever»²⁷. Questo consiglio (basato sugli esempi degli efori spartani e dei censori romani, già richiamati dagli scritti di Machiavelli, Montesquieu e Rousseau²⁸) aveva il «dovere» di esaminare se la costituzione fosse conservata in tutte le sue parti senza la minima infrazione e se i corpi incaricati del potere

²² P. Del Negro, *Il mito americano nella Venezia del '700*, Padova 1986; G. Pillinini, *1797, Venezia "giacobina"*, Venezia 1997.

²³ *A Declaration of the Rights of the Inhabitants of the State of Pennsylvania*, in Swindler, *Sources and Documents* cit., p. 277.

²⁴ La sezione 11 della costituzione della Pennsylvania prevedeva un limite di due anni nella durata del mandato con la possibilità di essere rieletto solo dopo tre anni di intervallo. Si veda A. Grimaldi, *Disegno storico del costituzionalismo moderno*, Roma 2007, p. 155.

²⁵ Le sezioni 19 e 20 della costituzione della Pennsylvania prevedevano particolari limiti ai poteri del presidente, vice-Presidente e membri del supremo Consiglio esecutivo stabilendo che queste cariche fossero tutte elettive e di durata limitata.

²⁶ D.S. Lutz, *Popular Consent and Popular Control. Whig Political Theory in the Early State Constitutions*, Baton Rouge-London 1980, p. 139.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Come rileva L. Guerci, *Libertà degli antichi e libertà dei moderni. Sparta, Atene e i «philosophes» nella Francia del Settecento*, Napoli 1999, il mito di Sparta partì con l'*Essai sur le droit naturel* di Hübner e fu accolto da pensatori del tutto diversi come Rousseau, Hëlvetius e Mably.

legislativo ed esecutivo avessero adempiuto alle loro funzioni come guardiani del popolo, o se si fossero arrogati ed esercitato altri o maggiori diritti di quelli loro accordati dalla costituzione. A questo compito si aggiungeva anche quello di esaminare se le tasse pubbliche fossero state imposte e percepite giustamente in tutte le parti della repubblica, quale uso fosse stato fatto dei fondi pubblici e se le leggi fossero state bene e debitamente eseguite. Ma quali i poteri? I censori avevano il potere di richiedere tutte le carte e registri necessari; fare censure pubbliche; ordinare i processi per delitti di stato e raccomandare al corpo legislativo l'abrogazione delle leggi contrarie alla costituzione; convocare una convenzione in caso di necessità assoluta di correggere qualche articolo difettoso della costituzione²⁹.

2. Gli esempi di costituzionalismo francese (1791-1795)

La diffusione in Francia di testi e traduzioni delle carte dei diritti americane comportò il propagarsi di opinioni e commenti discordanti tra coloro che avrebbero voluto importare a Parigi gli esempi d'oltre Atlantico e coloro che – ispirandosi alle teorie di Rousseau³⁰ o al modello inglese preso ad esempio da Montesquieu³¹ – li ritenevano, invece, inadatti alla realtà francese. Furono gli esponenti Girondini, tra cui spiccavano i nomi di Brissot e Condorcet, a guardare con attenzione alle lezioni americane da cui trassero alcuni principi che sarebbero stati recuperati nella redazione del progetto della cosiddetta “costituzione girondina”, presentato alla Convenzione il 15 febbraio 1793. Infatti, Brissot e Condorcet erano stati gli autori che fin dalla metà degli anni Ottanta avevano commentato con maggior acume gli sviluppi costituzionali americani, cogliendone gli aspetti di novità in funzione delle riforme immediate e nell'ottica del progresso delle istituzioni politiche. Pur distanti per impostazione filosofica e per temperamento, il loro pensiero repubblicano si sviluppò nella progressiva acquisizione di tre grandi categorie messe a punto attraverso la riflessione sull'esperienza americana: una nozione di costituzione fondata, simultaneamente, sui diritti dell'uomo e sul consenso popolare; una specifica declinazione della distinzione fra potere costituente e poteri costituiti; una concezione della rappresentanza contraddistinta da una ricerca di limiti democratici alla democrazia³².

²⁹ Questo istituto, introdotto per la prima volta nella costituzione della Pennsylvania, fu ripreso solo dallo stato del Vermont. Altri stati adottarono procedure meno pure, ma che pur sempre tendevano a ribadire la diversa natura del processo di revisione costituzionale, rispetto al processo legislativo ordinario. B. Casalini, *Nei limiti del compasso: Locke e le origini della cultura politica e costituzionale americana*, Milano 2002, p. 79.

³⁰ M. Fioravanti, *Aspetti del costituzionalismo giacobino. La funzione legislativa nell'Acte constitutionnel del 24 giugno 1793*, in «Historia constitucional. Revista electrónica de historia constitucional», 2007, n. 8.

³¹ M. Platania, *Montesquieu e la virtù. Rappresentazioni della Francia di Ancien Régime e dei governi repubblicani*, Torino 2007.

³² G. Magrin, *La repubblica dei moderni. Diritti e democrazia nel liberalismo rivoluzionario*, Milano 2007, p. 54.

A differenza della prima carta francese di stampo montesquieviano elaborata dalla Costituente nel 1791³³, i cui caratteri risultarono ancora viziati da un difficile compromesso tra monarchia e borghesia³⁴, la c.d. “costituzione girondina” fu di impronta fortemente “americaneggiante” in quanto progettata sulla base della previsione di assemblee primarie – che ricordavano le assemblee di contea d’oltreoceano previste dalla costituzione del Massachusetts³⁵ – alle quali veniva conferito il diritto all’iniziativa legislativa, la facoltà di esprimersi mediante *referendum* sulle leggi proposte dal corpo legislativo monocamerale e la possibilità di avviare un processo di censura sulle leggi ordinarie, oltre alla previsione di un meccanismo di revisione costituzionale quale argine alla minaccia di un deterioramento della costituzione ad opera del potere legislativo³⁶.

Questi caratteri della democrazia rappresentativa, a cui si aggiungeva la previsione di uno stringente controllo delle assemblee primarie sul potere legislativo, nei quali appare evidente il richiamo alla costituzione di Philadelphia che aveva previsto un esame del popolo sulle leggi e un controllo “censorio” sulla costituzione, avrebbero costituito le differenze più rilevanti rispetto al progetto montagnardo di stampo rousseauviano che fu elaborato – all’indomani del colpo di stato giacobino che segnò l’uscita di scena dei girondini – da un *Comité de constitution*, che vide in Marie-Jean Hérault de Séchelles³⁷ il principale redattore. Questa costituzione approvata il 24 giugno 1793 (ma mai applicata a causa di difficoltà interne, come la minaccia della rivolta federalista e la pressione popolare degli Arrabbiati e dei Sanculotti, che non permettevano di governare nel rispetto delle regole costituzionali) presentava, infatti, disposizioni regolamentari che riducevano sensibilmente il ruolo delle assemblee primarie e che rendevano di fatto inapplicabile il diritto di censura. E qui va colta la differenza fondamentale tra la concezione liberale e democratica dei Girondini e quella univocamente democratica dei Montagnardi:

tra una moderna teoria della repubblica, debitrice dell’esperienza americana, nella quale un’estesa partecipazione politica dei cittadini è messa al servizio di una limitazione del potere dei rappresentanti, e una teoria della repubblica ancora tesa, nella prospettiva rousseauiana, alla ricerca di un’identificazione morale e politica tra rappresentanti e rappresentati³⁸.

³³ E.H. Lemay, *Les législateurs de la France révolutionnaire (1791-1792)*, in «Annales historiques de la Révolution française», 2007, n. 347, pp. 3-28.

³⁴ Il problema del diritto di veto, che costituiva una delle prerogative principali del presidente degli Stati Uniti d’America quale strumento per contrastare le decisioni del potere legislativo, fu ampiamente dibattuto in Francia dove incontrò forti opposizioni, tra cui quella di J.E. Sieyès. Si veda A. Le Pillouer, *Le veto suspensif dans «la» Constitution de 1791*, in *L’Architecture du droit* cit., pp. 625-637 e la bibliografia di riferimento.

³⁵ M.P. Viviani Schlein, *Idee rivoluzionarie francesi e costituzionalismo elvetico*, in *Poteri, garanzie e diritti a sessanta anni dalla Costituzione. Scritti per Giovanni Grottanelli de’ Santi*, a cura di A. Pisaneschi, L. Violini, I, Milano 2007, p. 69.

³⁶ G. Magrin, *Condorcet: un costituzionalismo democratico*, Milano 2001, pp. 133-176; P. Persano, *La catena del tempo. Il vincolo generazionale nel pensiero politico francese tra Ancien régime e Rivoluzione*, Macerata 2007, pp. 194 sgg.

³⁷ J.-J. Locherer, *Hérault de Séchelles, l’aristocrate du Comité de Salut public*, Paris 1984.

Fu la costituzione del 5 fruttidoro dell'anno III (22 agosto 1795), varata dopo la caduta di Robespierre e lo scioglimento del Comitato di salute pubblica, a rappresentare l'esempio costituzionale più esportato ed imitato quale soluzione borghese di tutto il movimento rivoluzionario francese dal 1789 alla fine della Convenzione³⁹: in essa la *Commission des Onze* adottò all'unanimità il sistema bicamerale, con la previsione di due camere elette per tre anni denominate *Conseil des Anciens* e *Conseil des Cinq cent*⁴⁰ (su ispirazione del senato degli Stati Uniti d'America), attraverso il quale si voleva evitare che una sola Assemblea rappresentativa potesse soffocare le attribuzioni degli altri poteri costituzionali, come era già avvenuto in passato con la Costituente, l'Assemblea nazionale legislativa e la Convenzione⁴¹. Per evitare forme di perpetuazione nei mandati rappresentativi, la commissione prevede – sull'esempio della costituzione di Philadelphia – che i deputati non potessero lasciare il mandato simultaneamente: gli articoli 53-55 stabilivano, infatti, il rinnovo annuale di un terzo dei membri dei due consigli; il divieto di ricandidatura dei membri uscenti per un terzo mandato se non dopo un intervallo legislativo di due anni; il divieto di essere membri del corpo legislativo per più di sei anni consecutivi⁴².

L'organizzazione del potere esecutivo fu invece ampiamente dibattuta in seno alla Commissione che risultò divisa tra coloro che sostenevano dovesse avere una struttura monocratica – sull'esempio del presidente degli Stati americani dotato del potere di veto nei confronti dei Consigli – e quelli che preferivano una soluzione collegiale. L'idea monocratica non trovò accordo perché troppe erano le paure di un ritorno alla dittatura come quella di Robespierre e così prevalse la soluzione collegiale nel numero di cinque componenti che avrebbero composto il consiglio esecutivo che fu chiamato *Direttorio*⁴³. A differenza del presidente degli Stati americani, a quest'ultimo organo non fu riconosciuto nessun diritto di veto, ma soltanto la possibilità di suggerire soluzioni legislative senza però partecipare alla stesura di progetti di legge. Ciò significò debolezza del potere esecutivo derivante da una cattiva separazione dei poteri che aveva realizzato ingranaggi divisi – non separati – in due compartimenti diversi, senza che vi fosse alcun bilanciamento⁴⁴.

Non mancarono, nei cinquanta giorni del dibattito costituente, tentativi rivolti a realizzare un bilanciamento degli abusi del potere legislativo ai danni del potere esecutivo attraverso proposte – che furono respinte dalla Convenzione – di introdurre organi di controllo sulla costituzionalità delle leggi, su ispirazione dell'istituto della Censura previsto dalla costituzione della Pennsylvania. Jacques-Marie

³⁸ Magrin, *La repubblica* cit., p. 61.

³⁹ Grimaldi, *Disegno storico* cit., p. 153.

⁴⁰ R. Martucci, *Lesà nazione, lato oscuro dell'ottantanove. La rivoluzione francese e il suo nemico interno (1789-1791)*, in «Quaderni fiorentini», 38 (2009), 1, pp. 337 sgg.

⁴¹ A. Saitta, *Le costituenti francesi del periodo rivoluzionario (1789-1795)*, Roma 1989, pp. 185-190.

⁴² Grimaldi, *Disegno storico* cit., p. 155.

⁴³ L. Materazzo, *Il modello costituzionale degli Stati Uniti nel processo costituente francese dell'anno III*, in «Storicamente», 2 (2006), p. 3.

⁴⁴ P. Colombo, *Governo e Costituzione. La trasformazione del regime politico nelle teorie dell'età rivoluzionaria francese*, Milano 1993, p. 489.

Rouzet propose nel febbraio del 1793 la creazione di un organo collegiale, denominato *Eforato*, di 85 membri che avrebbe dovuto effettuare un controllo preventivo di costituzionalità sulle leggi⁴⁵; due anni più tardi, l'abate Sieyès propose l'introduzione di un *jury constitutionnaire* a cui sarebbe spettato il compito di pronunciarsi «sulle violazioni e gli attacchi portati alla Costituzione, che gli saranno denunziati del Consiglio degli Anziani, del Consiglio dei Cinquecento, delle Assemblee elettorali, delle assemblee primarie, del Tribunale di Cassazione»⁴⁶. La bocciatura di questi progetti fu determinata dalla convinzione, da parte dei dodici commissari, che non fossero necessari controllori esterni della Costituzione – che, peraltro, si temeva potessero finire per sovrastare gli altri – ma che fosse sufficiente dotare coloro che detenevano l'esercizio di questi poteri di garanzie in grado di resistere ad ogni tipo di attacco rivolto ai poteri stessi⁴⁷. Infatti – come osservava Thibaudeau nelle sue *Mémoires* – lo stesso *Council of Censors* della Pennsylvania era stato ritenuto poco efficace nel prevenire tutte le violazioni, a tal punto che era sorto il legittimo dubbio che l'azione preventiva non sarebbe servita a nulla⁴⁸.

3. *Le costituzioni italiane del triennio giacobino (1796-1799). L'originalità del progetto napoletano.*

Il richiamato progetto costituzionale di Pietro Leopoldo, ispirato alla carta della Pennsylvania, elaborato nel 1782 per la Toscana, non entrò mai in vigore «forse per timore del rinnovamento stesso, forse per altre considerazioni»⁴⁹. Certo è che se un sovrano illuminato come il granduca di Toscana non aveva più dato corso al mutamento degli ordini, «non ci vuole molta fantasia per comprendere come gli altri Stati, i cui governi non avevano neanche concepito simili disegni, restassero tenacemente attaccati alle istituzioni tradizionali»⁵⁰. Tale «immobilismo costituzionale», che rifletteva il modello dello stato assoluto francese ante rivoluzione⁵¹, ricevette un forte scossone all'indomani dell'avanzata dell'armata napoleonica che favorì in ogni stato italiano l'adozione di una costituzione ricalcata sulla falsariga della carta francese del 1795. L'ingresso di Napoleone a Milano scatenò, infatti, le ambizioni costituzionali degli illuministi italiani che ebbero ben presto l'occasione di esporre le loro idee nel concorso bandito il 27 settembre 1796 dall'amministrazione generale della Lombardia sul problema *Quale dei governi*

⁴⁵ J.M. Rouzet, *Projet de constitution française*, Paris 1793.

⁴⁶ J.E. Sieyès, *Opere e testimonianze politiche*, ed. a cura di G. Troisi Spagnoli, Milano 1993, p. 833. Si veda M. Fioravanti, *Sindacato di costituzionalità delle leggi e Rivoluzione francese. Sieyès e il jury constitutionnaire*, in «Le carte e la storia», 11 (2005), n. 1, pp. 175-188; M. Goldoni, *La dottrina costituzionale di Sieyès*, Firenze 2009, pp. 173-216.

⁴⁷ Materazzo, *Il modello cit.*, p. 5.

⁴⁸ A.C. Thibaudeau, *Mémoires sur la Convention et le Directoire*, Paris 1824, p. 387. Si veda A.G. Manca, L. Lacchè, *Parlamento e costituzioni nei sistemi costituzionali europei ottocenteschi*, Bologna 2003, p. 84.

⁴⁹ Ghisalberti, *Le costituzioni giacobine cit.*, p. 79.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ F. Venturi, *Saggi preparatori per Settecento riformatore*, Roma 2002.

*liberi convenga alla felicità dell'Italia?*⁵², al quale furono presentati ben cinquantasette progetti, alcuni anche ispirati alle carte dei diritti americane⁵³.

Di qui un fiorire, nelle varie repubbliche nascenti, di progetti di costituzione elaborati sull'esempio della carta termidoriana dell'anno III⁵⁴. A Bologna una giunta di costituzione nel luglio del 1796 pose mano alla elaborazione di un testo per la erigenda repubblica che risultò avere più l'aspetto di una costituzione cittadina che quello di una repubblica unitaria⁵⁵; pochi mesi dopo, in seno al congresso di Reggio Emilia che aveva proclamato la repubblica Cispadana (eretta nei territori di Modena, Ferrara, Reggio e Bologna) una e indivisibile, un comitato di costituzione fu incaricato di redigere un testo «pienamente conforme alla costituzione francese in tutte quelle parti che siano conciliabili colle circostanze della nostra repubblica»⁵⁶. A Milano Bonaparte diede alla Repubblica Cisalpina il testo francese dell'anno III⁵⁷; a Genova – dove il processo di democratizzazione avvenne senza l'invasione dell'esercito francese⁵⁸ – il neo governo provvisorio della repubblica Ligure incaricò una commissione legislativa di redigere una costituzione il cui testo, soggetto a modifiche suggerite dallo stesso Bonaparte che lo resero molto simile a quello francese del 1795, fu approvato dal popolo quasi all'unanimità⁵⁹. Nella Roma senza Papa, alla proclamazione della Repubblica seguì la concessione di una costituzione elaborata da una commissione francese che risultò molto simile alla *Carta* dell'anno III⁶⁰; nella piccola repubblica di Lucca nel 1799 si ebbe una breve costituzione democratica che può definirsi una sintesi del-

⁵² Si veda A. Saitta, *Alle origini del Risorgimento: i testi di un celebre concorso (1796)*, Roma 1964; M. Formica, *Le repubbliche giacobine*, in M. Ridolfi, *Almanacco della Repubblica. Storia d'Italia attraverso le tradizioni, le istituzioni e le simbologie repubblicane*, Milano 2003, pp. 20 sgg.

⁵³ G. Spini, A.M. Mastellone, R. Luraghi, T. Bonazzi, R. Ruffilli, *Italia e America dal Settecento all'età dell'imperialismo*, Venezia 1976.

⁵⁴ Un primo schema di «costituzione politica di ogni repubblica italiana» fu elaborato da Filippo Buonarroti (Pisa, 11 novembre 1761 - Parigi, 16 settembre 1837) e si ispirava però più al testo della costituzione francese del 1793 che a quello del 1795. Si veda L. Federici, *L'egualitarismo di Filippo Buonarroti*, Saonara 2006 e la bibliografia ivi citata.

⁵⁵ A. Barbera, *La prima costituzione italiana: la costituzione di Bologna del 1796*, in «Clio», 34 (1998), pp. 279 sgg.

⁵⁶ H. Dippel, *Constitutions of the world from the late 18th century to the middle of the 19th century*, Göttingen 2010, pp. 279-318.

⁵⁷ La creazione della repubblica Cisalpina, proclamata il 9 luglio 1797, fu annunciata da Bonaparte con un proclama in cui dichiarava che la Francia rinunciava la suo diritto di conquista su di essa, trasferendo alla nuova repubblica la sovranità che fino a quel momento spettava alla casa d'Austria. C. Zagli, *Cispadana, Cisalpina e Repubblica italiana*, in *La grande storia di Milano*, III, *L'Italia di Napoleone*, Torino 2010.

⁵⁸ L'interesse dei francesi di accordarsi con quella repubblica per garantirsi le importanti vie di comunicazione con la madrepatria acconsentì, nel rispetto dell'integrità territoriale, alla creazione di un governo rappresentativo, in cui il potere legislativo fosse affidato a due consigli di cinquecento e trecento membri e quello esecutivo nelle mani del Senato composto dal Doge e da dodici senatori nominati dai Consigli. A. Ronco, *Gli anni della rivoluzione: da Ventimiglia a Sarzana il dramma della Liguria nell'epoca giacobina*, Genova 1991.

⁵⁹ Si veda M. Lamponi, *La meravigliosa storia di Genova dal 1797 ai giorni nostri*, I, *Genova nell'impero francese*, Genova 1986.

⁶⁰ M. Formica, *Sudditi ribelli. Fedeltà e infedeltà politiche nella Roma di fine Settecento*, Roma 2004; M. Caffiero, *La repubblica nella città del Papa*, Roma 2005.

l'esempio d'oltralpe⁶¹; ed infine a Napoli l'arrivo del generale Championnet portò alla creazione di un governo provvisorio in seno al quale fu elaborato da giacobini napoletani il progetto di costituzione partenopea⁶².

Quest'ultimo rappresenta il più originale⁶³ e il più criticato tra i testi elaborati in Italia nel triennio giacobino⁶⁴. La sua predisposizione fu affidata al Comitato di Legislazione presieduto da Francesco Mario Pagano⁶⁵ e composto da Domenico Forges-Davanzati, Giuseppe Logoteta e Carlo Lauberg. Secondo Gioele Solari, il progetto fu «opera personale se non esclusiva del Pagano»⁶⁶, al quale si deve la piena paternità del testo in cui trasfuse tutti i principi maturati attraverso la sua formazione culturale illuminista. Ed ecco il perché dell'originalità del progetto, figlio del pensiero di un «avvocato-filosofo» giacobino del Settecento, affascinato dagli sconvolgimenti epocali che le rivoluzioni americana e francese avevano comportato⁶⁷. Infatti, nel porre mano al frettoloso lavoro terminato in soli due mesi che la barcollante repubblica partenopea richiedeva, Pagano guardò alla costituzione dell'anno III – a cui ritenne doveroso apportare modifiche in chiave territoriale anche in considerazione della crisi del sistema direttoriale francese – ed alla costituzione della Pennsylvania del 1776 che rappresentava uno tra gli esempi americani più originali e suggestivi.

Preceduta da una «Dichiarazione dei dritti e dei doveri dell'Uomo, del Cittadino, del Popolo e de' suoi Rappresentanti» ricalcata sull'esempio francese del 1795 se pur con qualche variazione attinente la distinzione dei diritti dell'uomo da quelli del cittadino e del popolo e dei doveri dell'uomo da quelli del cittadino e dei pubblici funzionari⁶⁸, il testo napoletano recepiva il principio della separazione dei poteri con la previsione di un senato di cinquanta membri, vedovi o coniugati di almeno 40 anni di età, al quale spettava l'iniziativa legislativa sulla base della convinzione secondo cui «pochi ed uomini maturi vi riescano meglio, che ardente moltitudine di giovani» e, in maniera inversa rispetto al modello transalpino, di un

⁶¹ La costituzione provvisoria della repubblica di Lucca stabiliva solo l'organizzazione di un Direttorio esecutivo e di due Consigli legislativi, con le solite caratteristiche ma con un piccolo numero di componenti (24 seniori e 48 iniori). Mancava la dichiarazione dei diritti dell'uomo. G. Arrighi, *Una trama contro la repubblica di Lucca organizzata a Livorno nel 1796*, in «Rivista di Livorno», n. 5 (1956).

⁶² Tra le tante edizioni, il testo del progetto si trova ora pubblicato in *Progetto di Costituzione della Repubblica Napoletana [1799]*, a cura di F. Mastroberti, Macerata 2012.

⁶³ P. Castagna, *Diritto costituzionale*, Napoli 1861, p. 238 sottolinea l'originalità del testo approntato dal Comitato di legislazione: «Napoli solamente si allontana nella sua costituzione del 1799 dalla francese del 95 confermando per luminoso atto il marchio caratteristico della filosofia napoletana, l'indipendenza intellettuale, l'originalità di pensare».

⁶⁴ Si veda M. Battaglini, *Mario Pagano e il progetto di costituzione della Repubblica Napoletana*, Roma 1994, pp. 24-26; F. Mastroberti, *Il progetto costituzionale di Francesco Mario Pagano tra storia e storiografia*, in *Progetto di Costituzione* cit., pp. IX-XIII.

⁶⁵ Sull'avvocato Francesco Mario Pagano (Brienza 1748-Napoli 1799) si veda L. Firpo, *Francesco Mario Pagano*, Napoli 1998 e la bibliografia ivi richiamata.

⁶⁶ G. Solari, *Studi su Francesco Mario Pagano*, Torino 1963.

⁶⁷ D. Ippolito, *I diritti politici nella costituzione della repubblica napoletana (1799)*, in «Historia costituzional», 12 (2011), pp. 99-109.

⁶⁸ Inoltre il principio dell'uguaglianza – che nel testo francese figurava tra i diritti dell'uomo – veniva collocato al primo posto quale base di tutti gli altri diritti. Mastroberti, *Il progetto* cit., p. XXXIII.

consiglio di centoventi membri di età non inferiore ai 30 anni, il quale avrebbe approvato o respinto le proposte di legge provenienti dal senato. Come per il Direttorio, il potere esecutivo era affidato ad un collegio di cinque membri, che Pagano denominava *Arcontato*, con il compito di promulgare le leggi, emanare provvedimenti per l'esecuzione delle leggi e preservare la sicurezza interna ed esterna della Repubblica.

A garanzia dell'equilibrio dei poteri, il progetto napoletano prevedeva l'istituzione di un organo sconosciuto alle carte francesi cui veniva dato il nome di *eforato* (già individuato dal Pagano nei suoi *Saggi politici* del 1783, quale "bilancia" che garantisse l'inviolabilità della costituzione e ponesse un argine allo straripamento dei poteri della repubblica⁶⁹) che ricordava le funzioni del Consiglio dei censori della costituzione di Philadelphia⁷⁰. Tale istituto – la cui introduzione fu favorita dalla ritenuta necessità di scongiurare la crisi delle istituzioni che stava investendo la Francia – avrebbe costituito una vera e propria «Corte costituzionale *ante litteram*»⁷¹ in quanto organo esterno ai poteri legislativo ed esecutivo a garanzia del loro stesso equilibrio⁷².

Il titolo XIII intitolato «Custodia della Costituzione» – che Vincenzo Cuoco definì «la parte più bella del Progetto» poiché garantiva una certa stabilità della Carta contro possibili derive rivoluzionarie⁷³ – attribuiva ai diciassette efori il sindacato di costituzionalità delle leggi, da attuarsi attraverso il richiamo di ciascun potere di governo nei limiti e doveri rispettivi, «cassando ed annullando gli atti di quel potere che li avesse esercitati oltre le funzioni attribuitegli dalla costituzione»; la proposizione al Senato della «revisione di qualche articolo della costituzione, se per esperienza non si trovasse conveniente»; la rappresentazione al Corpo legislativo dell'abrogazione di «quelle leggi che sono opposte ai principj della costituzione»⁷⁴.

Per quanto concerne, infine, il potere giudiziario, come per la Francia era sottratto ai poteri esecutivo e legislativo⁷⁵ ed amministrato gratuitamente dai giudici

⁶⁹ F.M. Pagano, *Saggi politici in Opere filosofico-politiche ed estetiche*, Capolago Cantone Ticino 1837, p. 296.

⁷⁰ F. Mazzanti Pepe, *La circolazione di culture costituzionali estere nel triennio "giacobino" in Italia*, in «Historia constitucional», 7 (2006), p. 307 ha posto in rilievo come le novità introdotte dal Pagano troverebbero spiegazione nell'influenza di Gabriel Bonnot de Mably, le cui osservazioni sulle costituzioni americane erano ben conosciute da Pagano che vi accenna nei *Saggi Politici*.

⁷¹ Così C. Ghisalberti, *Dall'antico regime al 1848: le origini costituzionali dell'Italia moderna*, Roma-Bari 1987, p. 81.

⁷² *Rapporto del Comitato di legislazione, in Progetto di Costituzione* cit., p. 15.

⁷³ V. Cuoco, *Frammenti di lettere a Vincenzo Russo, in Saggio storico sulla rivoluzione di Napoli*, a cura di N. Cortese, Firenze 1926, p. 405.

⁷⁴ Gli Efori duravano in carica per un anno, non erano immediatamente eleggibili alle altre cariche repubblicane, non potevano essere rieletti all'eforato per cinque anni e non potevano esercitare durante il loro mandato alcuna funzione nell'ambito dei poteri della Repubblica. Si veda G. D'Eufemia, *La Censura e l'Eforato nel progetto di Costituzione di Mario Pagano*, in «Annali della Facoltà di Giurisprudenza», 7-8 (1947), pp. 141-151.

⁷⁵ *Progetto di Costituzione* cit., art. 202: «I Giudici non possono mescolarsi nell'esercizio del Potere Legislativo, né fare alcun regolamento. Non possono arrestare, o sospendere l'esecuzione di niuna Legge, né citare dinanzi a loro gli Amministratori per ragioni delle loro funzioni».

dei tribunali di nomina elettiva⁷⁶. Il progetto si discostava dal modello termidoriano sotto due profili: con riferimento ai giudizi civili, disponeva che gli appelli si presentassero non al tribunale di un altro dipartimento, come avveniva in Francia con un sistema «incomodo assai, e dispendioso ancora ai litiganti»⁷⁷, ma a una diversa sezione dello stesso tribunale; per quanto riguarda la giustizia criminale, essa era affidata ai «Giurì di accusa, e di giudizio» che avrebbero dovuto operare anche per la giustizia penale di minor rilievo (delitti contro la libertà e la sicurezza individuale dei cittadini; contro il diritto delle genti; resistenza ai decreti; turbolenze e violenze commesse per impedire la percezione delle contribuzioni, la libera circolazione delle sussistenze, e gli altri oggetti di commercio)⁷⁸, a differenza della Francia che prevedeva l'intervento dei giurati solo per i reati più gravi⁷⁹.

Tratto distintivo ed innovativo rispetto alle altre costituzioni giacobine italiane e d'oltralpe fu rappresentato dal Tribunale di censura che «ad imitazione delle antiche repubbliche»⁸⁰ avrebbe avuto il compito di preservare e tutelare la pubblica Educazione, costituzionalmente garantita, attraverso il potere di giudicare «de' costumi de' Cittadini tanto per officio, quanto per denunce ricevute dai Giudici di pace»⁸¹. L'attenzione per l'*Educazione* fisica, morale e intellettuale nel progetto napoletano costituiva una novità rispetto alla Carta termidoriana che promuoveva soltanto l'*Istruzione* intesa quale formazione intellettuale⁸². L'obiettivo di educare l'uomo a diventare un buon cittadino, derivante – secondo Carlo Ghisalberti – dal timore della corruzione, che tanto paventavano i giacobini italiani di fronte al non troppo edificante esempio dato da alcuni funzionari ed agenti francesi di quel periodo⁸³, trovò concreta risposta nel titolo X del progetto di Pagano intitolato «Della educazione, ed istruzione pubblica», nel quale veniva distinta l'educazione pubblica dall'istruzione: la prima prevedeva che vi fossero luoghi pubblici destinati allo svolgimento di «esercizi ginnastici e guerrieri», che nei giorni festivi i maggiori di sette anni fossero chiamati «ne' luoghi dalla Legge stabiliti a sentire la spiega del Catechismo Repubblicano», che fossero istituiti «Teatri Repubblicani, in cui le rappresentazioni son dirette a promuovere lo spirito della libertà» e «Feste Nazionali per eccitare le virtù repubblicane»; la seconda prevedeva, invece, la promozione dell'istruzione scolastica, attraverso l'istituzione di «Scuole primarie, nelle quali i Giovanetti apprendono a leggere, a scrivere, e gli elementi dell'Aritmetica, ed il Catechismo Repubblicano» e di «Scuole superiori alle Scuole primarie, il cui numero sarà sì fattamente regolato, che ve ne sia almeno una per ogni Dipartimento»⁸⁴.

⁷⁶ A.M. Rao, *L'ordinamento e l'attività giudiziaria della Repubblica napoletana del 1799*, in «Archivio storico per le province napoletane», 13 (1973), pp. 73-145.

⁷⁷ *Rapporto del Comitato di legislazione* cit., p. 10.

⁷⁸ *Progetto di Costituzione* cit., art. 240.

⁷⁹ Ghisalberti, *Le costituzioni «giacobine»* cit., pp. 248-249.

⁸⁰ *Rapporto del Comitato di legislazione* cit., p. 11.

⁸¹ *Progetto di Costituzione* cit., artt. 304-305.

⁸² Il «dovere di istruire e illuminare gli altri» era stato già enunciato da Pagano nei suoi *Saggi Politici* cit., p. 257.

⁸³ Ghisalberti, *Le costituzioni «giacobine»* cit., p. 251.

⁸⁴ *Progetto di Costituzione* cit., artt. 290-298.

**Amministrazione della giustizia
e professioni forensi**

Cronologia del Collegio dei procuratori di Torino 1814-1827

Dati per una storia delle professioni forensi in Piemonte estratti dal ms Patetta 1672 (Biblioteca Apostolica Vaticana)*

di Francesco Aimerito

Il Collegio dei procuratori – o causidici – di Torino fu l’organismo che, secondo le prescrizioni della legislazione sabauda, riunì in una struttura di carattere corporativo – salva la parentesi quasi ventennale dell’occupazione napoleonica – i procuratori legalmente esercenti avanti i tribunali della capitale subalpina dalla fine del Quattrocento alla vigilia dell’unità d’Italia¹. Il Consiglio dell’Ordine degli avvocati di Torino, che ne utilizza ancor oggi l’insegna², ne raccoglie – anche nei segni distintivi – l’eredità istituzionale.

* Già edito in sede locale, con qualche variante, in «La pazienza. Rassegna dell’ordine degli avvocati di Torino», 92 (settembre 2006), pp. 27-31, e 93 (dicembre 2006), pp. 31-34.

¹ Per eventuali approfondimenti e per gli indispensabili riferimenti bibliografici e documentari mi permetto di rinviare a F. Aimerito, *Note per una storia delle professioni forensi: avvocati e causidici negli Stati sabaudi del periodo preunitario*, in «Rassegna forense. Rivista trimestrale del Consiglio Nazionale Forense», 37 (2004), fasc. 2 (aprile-giugno), pp. 379-412; F. Aimerito, *Droit et société dans l’histoire des professions judiciaires des États de la Maison de Savoie: de la monarchie absolue jusqu’à l’unification italienne (XVI^e-XIX^e siècles)*, in *Les praticiens du droit du Moyen Âge à l’époque contemporaine. Approches prosopographiques. Belgique, Canada, France, Italie, Prusse. Actes du colloque de Namur 14, 15 et 16 décembre 2006*, sous la direction de V. Bernardeau, J.-P. Nandrin, B. Rochet, X. Rousseaux, A. Tixhon, Rennes 2008, pp. 123-135; F. Aimerito, “Nulla più che un avvocato”: qualche considerazione su “Urbano Rattazzi avvocato” e sulle professioni forensi in Piemonte intorno alla metà dell’Ottocento. Con l’esposizione dei primi risultati d’una ricerca in corso, in *Politica, istituzioni, cultura nel Risorgimento alessandrino*, a cura di E. Mongiano = «Rivista di storia arte e archeologia per le province di Alessandria e Asti», 120 (2011), pp. 29-56; F. Aimerito, *Fonti per una storia delle professioni forensi nell’“uno” e nell’“altro Piemonte” fra Restaurazione e Unità*, in *Rattazzi e gli statisti alessandrini tra storia, politica e istituzioni. Nuovi studi sul Risorgimento*, a c. di F. Ingravalle, S. Quirico, prefazione di C. Malandrino, Torino 2012 (Biblioteca Universitaria Claudiana, 2), pp. 219-239.

² L’insegna raffigura la ss. Annunziata in forma analoga a quella in cui essa appare, fra l’altro, nel collare dell’omonimo ordine dinastico. L’Annunziata era la patrona dei procuratori di Torino: ad essa era dedicata, nella chiesa di San Francesco d’Assisi, la cappella del Collegio, presso la quale i procuratori ne celebravano solennemente la ricorrenza liturgica, in occasione della quale si

L'organismo svolgeva soprattutto funzioni disciplinari e di rappresentanza istituzionale e presiedeva ai meccanismi di formazione (prescindente dalla laurea) e d'accesso alla professione, basato quest'ultimo, sino al 1857, su di un sistema di venalità che prevedeva, fra l'altro, la libera commerciabilità dell'ufficio, detto "piazza". A queste funzioni si aggiungevano quelle di culto e d'assistenza, materiale e spirituale, agli ascritti, tipiche del modello delle corporazioni medievali. Collegi analoghi esistevano in tutte le principali località degli Stati sardi. È da notare che, a differenza dei procuratori, gli avvocati piemontesi non conobbero, in quanto tali, un'analoga organizzazione istituzionale di carattere collettivo sino al 1874.

Le testimonianze documentarie dell'attività di questi collegi risultano oggi scarsissime: parte del materiale ad essi relativo è forse già andato distrutto con la soppressione dei collegi e la confluenza dei loro archivi in quelli delle Camere di disciplina dei procuratori, entrambe disposte in attuazione della legge 17 aprile 1859 di riorganizzazione complessiva dell'«ordinamento dei procuratori»³, più ampia parte, con ogni probabilità, successivamente all'istituzione degli ordini degli avvocati.

A fronte di questa situazione di carenza appare particolarmente prezioso il corposo fascicolo di documenti relativi al Collegio dei procuratori di Torino risalenti ai regni di Vittorio Emanuele I (1814-1821) e Carlo Felice (1821-1831) ricompreso nel legato della propria collezione di manoscritti fatto da Federico Patetta alla Biblioteca Apostolica Vaticana⁴ ed oggi ivi custodito⁵.

Si tratta di una miscellanea di carte, verosimilmente provenienti da uno o al più da due studi professionali, affogliate in ordine cronologico in un unico registro. I dati che se ne ricavano consentono di ricostruire in modo dettagliato e continuativo oltre un ventennio di storia dei procuratori torinesi, individuandone, quasi giorno per giorno, le tappe più importanti. Ne è stata composta una sintetica *Cronologia* che, oggi con dedica a Mario Ascheri, viene qui messa a disposizione di chi intenda avvalersene.

teneva anche, a norma di statuto, l'assemblea generale più importante dell'anno, finalizzata alla rinnovazione del "direttivo" del Collegio. Una testimonianza di questo rapporto di patronato interessante i professionisti del foro subalpino è tuttora viva a Torino nell'antica Congregazione maggiore della ss. Annunziata dei nobili avvocati ecc. del Senato di Piemonte. Presso l'archivio storico della Congregazione, che attende a tutt'oggi di essere approfonditamente studiato, si celano probabilmente alcune importanti chiavi di decrittazione della storia delle professioni forensi del Piemonte.

³ Regolamento 14 settembre 1859 per l'esecuzione della l. 17 aprile 1859, artt. 102 e 103.

⁴ Cfr. I. Soffietti, *Federico Patetta (1867-1945). Il testamento*, in «Rivista di storia del diritto italiano», 78 (2005), pp. 379-382.

⁵ *Biblioteca Apostolica Vaticana, Fondo Patetta*, ms 1672, registro di 302 fogli dal titolo *Ordinati, e provvisori senatorii, e del Coleggio (sic) de' causidici ed altre autorità pure relativi ai causidici con avvisi di aggregazione e di decessi*, con note di appartenenza ai causidici Gaetano Demichelis ed Angelo Geninat.

Cronologia*

1814

26 luglio. Il priore del Collegio, Schiari, convoca i procuratori alla Congregazione generale del 27 successivo.

27 luglio. Congregazione generale del Collegio.

28 luglio. Il priore del Collegio, Schiari, convoca i procuratori alla cerimonia di insediamento del Primo Presidente del Senato di Piemonte, Cerruti, per il 30 successivo.

30 luglio. Intervento dei procuratori alla cerimonia di cui sopra*.

1° agosto. Il priore del Collegio, Schiari, convoca i procuratori alla Congregazione generale del 3 successivo.

3 agosto. Congregazione generale del Collegio per deliberare in ordine all'ammissione del signor Simeom. La riunione non raggiunge il numero legale.

4 agosto. Congregazione generale del Collegio in seconda convocazione.

15 settembre. Il priore del Collegio, Schiari, convoca i procuratori alla Congregazione generale del 19 successivo.

19 settembre. Congregazione generale del Collegio, con intervento straordinario dell'Avvocato Generale presso il Senato di Piemonte, per deliberare, fra l'altro, sulla ammissione al Collegio del signor Murialdi e per il rilascio degli apposti certificati ai candidati agli esami*.

12 novembre. Il priore del Collegio, Schiari, convoca i procuratori alla Congregazione generale del 19 successivo per deliberare, fra l'altro, in ordine all'ammissione del signor Mulateri, reggente la procura del fu causidico Muratore. Li convoca altresì alla solenne rinnovazione annuale del giuramento di osservanza delle Regie Costituzioni da prestarsi, come per legge, nel corso della cerimonia d'inaugurazione dell'anno giudiziario del Senato del 16 successivo.

16 novembre. Rinnovazione del giuramento annuale di osservanza delle Regie Costituzioni dovuto dai procuratori in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario*.

17 novembre. Il priore del Collegio, Schiari, rinnova la convocazione dei colleghi alla Congregazione generale del 19 successivo.

19 novembre. Congregazione generale del Collegio per deliberare, fra l'altro, in ordine all'ammissione del signor Mulateri*.

1815

27 aprile. Il priore del Collegio, Gentile, su ordine del Senato, richiama con circolare i colleghi all'osservanza di alcune formalità nei giudizi di gride.

27 maggio. Il Collegio, in esecuzione di una precedente delibera del 18 gennaio 1787, decide l'istituzione di una apposita «Commissione del Collegio».

8 giugno. Congregazione generale del Collegio: viene posta in esercizio con apposito *ordinato* la «Commissione del Collegio», della quale vengono determinate attribuzioni e composizione. Ne vengono eletti a membri i causidici Mulateri, Alasia, Gallenga e Danesio. A tutti i procuratori viene imposto l'obbligo di redigere un elenco annuale dei propri sostituti, praticanti ed altri collaboratori e di presentarla alla Commissione che, previe eventuali rettifiche, deve farla stampare e trasmetterla a tutti gli uffici giudiziari, in modo che solo i soggetti ricompresi in elenco possano essere ammessi a rappresentare le parti in giudizio. Viene istituito presso il Collegio un registro dei praticanti, vietato il trasferimento degli stessi da un ufficio all'altro senza un «certificato d'assenso e di buoni costumi» del *dominus a quo*, vietata l'ammissione all'esame di praticanti che si sono spostati d'ufficio più di due volte. Viene previsto inoltre che il Collegio possa ottenere dall'autorità giudiziaria il permesso di procedere a perquisizioni domiciliari presso soggetti che si sospetti siano dediti abusivamente al patrocinio, ottenendo il sequestro dei documenti eventualmente reperiti «presso la persona non autorizzata» Viene inoltre stabilito che i candidati all'esame di abilitazione debbano presentarsi personalmente alla Commissione prima degli esami, accompagnati dal loro *dominus*, che ne deve confermare di persona le qualità. La

* I dati contrassegnati da asterisco sono desunti dalle lettere di convocazione inviate dagli ufficiali del Collegio e regolarmente ricevute dai procuratori destinatari: essi possono pertanto essere proposti in termini di altissima probabilità ma non di assoluta certezza.

Commissione può rifiutare l'ammissione dei candidati agli esami senza esprimere i motivi del rifiuto, ma deve tenere un libro «segreto» nel quale tali motivi siano espressi. In caso di contestazione in ordine alla mancata ammissione, la decisione finale spetta al Collegio.

10 giugno. Il segretario della Commissione, Durandi, invita per la prima volta i causidici a trasmettergli l'elenco dei collaboratori di studio resa obbligatoria con l'Ordinato dell'8 precedente.

20 giugno. Il Senato di Piemonte approva l'Ordinato dell'8 precedente.

1° settembre. La Camera dei Conti approva l'Ordinato dell'8 giugno precedente.

1816

3 marzo. Riunione della Commissione del Collegio con redazione dell'elenco dei collaboratori degli studi per l'anno in corso.

20 marzo. Morte del causidico Giovanni Murialdo.

22 marzo. Il priore del Collegio, Gentile, convoca i colleghi alla Congregazione generale del 25 successivo.

25 marzo. Congregazione generale nella festa della SS. Annunziata con rinnovazione degli ufficiali del Collegio*.

28 marzo. Il priore del Collegio neo-eletto, Bernardi, invita i colleghi ad intervenire alla processione per la festa del beato Amedeo di Savoia del 30 successivo.

30 marzo. Intervento del Collegio alla processione per la festa del beato Amedeo di Savoia*.

31 marzo. Riunione della Commissione del Collegio.

13 maggio. Il priore del Collegio, Bernardi invita i colleghi ad inviare i loro sostituti e praticanti, come per tradizione, alla sepoltura del notaio Chiaperone, Sostituto Procuratore dei poveri, per il 19 successivo.

16 maggio. Riunione della Commissione del Collegio.

19 maggio. I sostituti e i praticanti dei procuratori intervengono alla sepoltura del notaio Chiaperone, Sostituto Procuratore dei poveri, nella chiesa di Sant'Agostino*.

20 maggio. Congregazione generale del Collegio*.

15 agosto. Il priore del Collegio, Bernardi, convoca i procuratori alla Congregazione generale del giorno successivo per deliberare, fra l'altro, in ordine all'aggregazione di Domenico Cattaneo, acquirente l'ufficio del causidico Bongioanni.

16 agosto. Congregazione generale del Collegio per le delibere di cui sopra*.

1° dicembre. Il segretario del Collegio, Durandi, richiama i causidici a maggior precisione nella redazione dell'elenco annuale dei collaboratori.

1817

29 marzo. Il priore del Collegio, Alasia, convoca i procuratori alla Congregazione generale del 31 successivo per deliberare, fra l'altro, in ordine all'aggregazione dell'avvocato Gaetano Grosso, figlio del fu causidico Giovanni Pietro, già segretario del Senato, ed acquirente l'ufficio del causidico Fiorito.

31 marzo. Congregazione generale del Collegio per le delibere di cui sopra*.

5 aprile. Il priore del Collegio neo-eletto, Alasia, invita i colleghi ad intervenire alla processione per la festa del beato Amedeo di Savoia dell'8 successivo.

8 aprile. Intervento del Collegio alla processione del beato Amedeo di Savoia*.

13 maggio. I procuratori sono convocati alla Congregazione generale del giorno successivo per deliberare, fra l'altro, in ordine all'aggregazione di Vincenzo Savio, acquirente l'ufficio del causidico Gentile.

14 maggio. La Congregazione generale del Collegio di cui sopra non ha luogo per mancanza del numero legale. Il priore del Collegio, Alasia, rinnova la convocazione per il 16 successivo.

16 maggio. Nuova congregazione generale del Collegio per deliberare sull'aggregazione di Vincenzo Savio*.

17 maggio. Il priore del Collegio, Alasia, invita i colleghi ad intervenire alla novena promossa «negli occorrenti bisogni» dal Collegio nella propria cappella, dedicata alla SS. Annunziata, presso la chiesa di San Francesco, con inizio dal giorno successivo.

18 maggio. Inizio della Novena di cui sopra*.

20 giugno. Il priore del Collegio, Alasia, d'ordine del Senato ricorda ai colleghi con circolare che i ricorsi da presentarsi al Senato durante le ferie giudiziarie devono essere depositati entro il giorno precedente l'apposita udienza settimanale, altrimenti avranno corso in quella della settimana successiva.

6 settembre. Riunione della Commissione del Collegio: viene precisato con apposito *ordinato* quali documenti debbano essere presentati dai candidati all'esame all'atto della loro comparsa avanti la Commissione e vengono elaborate nuove norme relative alle Congregazioni generali del Collegio, in particolare con fissazione a 20 del numero legale.

11 settembre. La Congregazione generale del Collegio approva «in forza di Statuto» l'ordinato di cui sopra.

15 novembre. Il priore del Collegio, Alasia, convoca i colleghi alla cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario del Senato del 17 successivo.

17 novembre. Rinnovazione del giuramento annuale di osservanza delle regie costituzioni dovuto dai procuratori in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario del Senato*.

30 dicembre. il priore del Collegio, Alasia, avvisa i colleghi della riunione della Commissione del Collegio convocata per il 5 gennaio successivo per la presentazione dei candidati all'esame di abilitazione, disamina dei documenti da essi presentati e redazione dell'elenco annuale dei collaboratori degli studi.

1818

5 gennaio. Riunione della Commissione del Collegio per gli incumbenti di cui sopra*.

10 febbraio. Il priore del Collegio, Alasia, richiama con circolare i colleghi alla puntualità in udienza.

2 marzo. Il vice-priore del Collegio, Scassa, convoca i colleghi alla Congregazione generale del Collegio del 5 successivo, per deliberare in ordine all'aggregazione di Luigi Velasco, acquirente l'ufficio del priore del Collegio, nominato Procuratore dei Poveri.

5 marzo. Congregazione generale del Collegio per le delibere di cui sopra*.

20 marzo. Il vice-priore del Collegio, Scassa, convoca i colleghi alla Congregazione generale del 25 successivo.

24 marzo. Riunione della Commissione del Collegio per la redazione dell'elenco dei collaboratori degli studi per l'anno in corso e la presentazione dei praticanti dei causidici Peano, Baretta e Buffa.

25 marzo. Congregazione generale nella festa della ss. Annunziata per l'elezione degli ufficiali del Collegio.

27 marzo. Il priore del Collegio neo-eletto, Scassa, invita i colleghi ad intervenire alla processione per la festa del beato Amedeo di Savoia del 30 successivo.

30 marzo. Intervento del Collegio alla processione del beato Amedeo di Savoia*. Morte del causidico Carlo Giuseppe Vigliardi.

3 aprile. Congregazione Generale del Collegio che delibera l'aggregazione del notaio Luigi Vigliardi, figlio del fu causidico Carlo Giuseppe.

18 giugno. Il vice-priore del Collegio, Trombetta, reitera l'avviso del 20 giugno 1817.

12 novembre. Il priore del Collegio, Scassa, richiama con circolare i colleghi alla puntualità alle udienze e a non allontanarsi dall'aula nel corso delle stesse; convoca inoltre i colleghi alla cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario del Senato del 16 successivo.

16 novembre. Rinnovazione del giuramento annuale di osservanza delle Regie Costituzioni dovuto dai procuratori in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario del Senato*.

20 dicembre. Il segretario della Commissione del Collegio, Durandi, avvisa i colleghi della riunione della Commissione convocata per il 31 successivo per la presentazione dei candidati all'esame di abilitazione e la redazione dell'elenco annuale dei collaboratori degli studi.

31 dicembre. Riunione della Commissione del Collegio per gli incumbenti di cui sopra*.

1819

4 gennaio. Il priore del Collegio, Scassa, convoca i colleghi alla cerimonia di insediamento del Primo Presidente del Senato di Piemonte, Borgarelli, del 9 successivo.

9 gennaio. Intervento dei procuratori alla cerimonia di insediamento del Primo Presidente del Senato Borgarelli*.

13 gennaio. Il priore del Collegio, Scassa, d'ordine del Senato, richiama con circolare i colleghi alla puntualità in udienza, e raccomanda che il procuratore che si presenta «alla sbarra» nelle udienze di spedizione sia quello che ha seguito l'istruttoria della causa, per evitare l'intervento di soggetti sprovvisti delle necessarie cognizioni sulla pratica.

12 marzo. Il priore del Collegio degli Attuari, notaio Massano, comunica ai procuratori che il Senato ha vietato la prassi della costituzione in giudizio «con riserva della presentazione del mandato».

13 marzo. Il priore del Collegio, Scassa, invita con apposita circolare i colleghi a rispettare le

norme legislative vigenti in ordine ai termini di deposito delle scritture di parte in vista dell'udienza di discussione.

21 marzo. Riunione della Commissione del Collegio. Il priore del Collegio, Scassa convoca i colleghi alla Congregazione generale del 25 successivo.

25 marzo. Congregazione generale nella festa della ss. Annunziata con rinnovazione delle cariche del Collegio*.

27 marzo. Il priore del Collegio, Trombetta, invita i colleghi ad intervenire alla processione per la festa del beato Amedeo di Savoia del 30 successivo.

30 marzo. Intervento del Collegio alla processione del beato Amedeo di Savoia*.

1° aprile. Riunione della Commissione del Collegio per la presentazione praticanti.

9 maggio. Il Priore del Collegio, Trombetta, invita i colleghi ad inviare i loro sostituti e praticanti, come per tradizione, alla sepoltura del sostituto Giuseppe Savio per il giorno successivo.

10 maggio. I sostituti e i praticanti dei procuratori intervengono alla sepoltura di cui sopra nella chiesa dei SS. Martiri*.

9 settembre. Il priore del Collegio, Trombetta, convoca i colleghi alla Congregazione generale dell'11 successivo per deliberare in ordine all'aggregazione del notaio Ludovico Onorato, già sostituto del causidico Gallenga ed acquirente il suo ufficio.

11 settembre. Congregazione generale del Collegio per le delibere di cui sopra*. Il priore Trombetta ricorda con circolare ai colleghi il divieto di farsi pagare dalle Congregazioni di Carità, le quali, godendo per legge del «beneficio dei poveri», devono essere rappresentate *gratis* anche se scelgono un procuratore di fiducia anziché quello d'ufficio.

14 settembre. Congregazione generale del Collegio*.

29 settembre. Il priore del Collegio, Trombetta, convoca i colleghi alla Congregazione generale del 2 ottobre successivo.

2 ottobre. Congregazione generale del Collegio*.

13 novembre. Il priore del Collegio, Trombetta, convoca i colleghi alla cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario del Senato del 17 successivo.

17 novembre. Rinnovazione del giuramento annuale di fedeltà alle Regie Costituzioni dovuto dai procuratori in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario del Senato*.

18 novembre. Il priore del Collegio, Trombetta, convoca i colleghi alla Congregazione generale del 19 successivo.

19 novembre. Congregazione generale del Collegio: emanazione di ordinato contenente nuove norme per l'ammissione all'esame di abilitazione e per l'esclusione dal patrocinio delle persone non abilitate. Si prevede la facoltà del Collegio di redigere una «nota esclusiva» che segnala i praticanti e sostituti che sono stati esclusi dalle attività forensi per motivi disciplinari. Il priore del Collegio, Trombetta, informa con circolare i colleghi che il Senato ha stabilito nuove norme sulle udienze d'istruttoria, disponendo in particolare che tali udienze debbano tenersi sempre, per il futuro, nelle abitazioni private dei giudici relatori.

23 novembre. «Supplica» del Collegio al Senato per ottenere l'approvazione dell'ordinato collegiale del 19 precedente. Il priore del Collegio, Trombetta, richiama con circolare i colleghi all'osservanza dell'ordinato del Senato del 26 maggio 1755 contenente norme circa l'istruttoria delle cause, lo fa ristampare e ne rimette copia a tutti i causidici.

28 novembre. Il Sostituto Avvocato Generale presso il Senato di Piemonte, Mellano di Portula, pronuncia conclusioni favorevoli alla supplica di cui sopra.

4 dicembre. Il Senato approva l'ordinato del Collegio del 19 novembre precedente. Il priore del Collegio, Trombetta, convoca i colleghi alla Congregazione generale del 6 successivo per deliberare in ordine all'aggregazione di Vincenzo Ajmasso, acquirente l'ufficio del causidico Peano.

6 dicembre. Congregazione generale del Collegio per le delibere di cui sopra*.

7 dicembre. Il priore del Collegio, Trombetta, d'ordine del Senato, invita i colleghi a depositare presso la Segreteria del Senato stesso copia delle «scritture di convenzione» stipulate coi sostituti all'atto della loro assunzione e avverte che per il futuro non sarà approvato per il patrocinio nessun sostituto senza presentazione della relativa scrittura.

10 dicembre. Il Senato formalizza l'ordine di cui sopra con un proprio ordinato.

14 dicembre. Il Senato respinge le «rappresentanze» con cui il Collegio si oppone al suo ordinato del 10 dicembre e ne ordina con Decreto l'esecuzione.

20 dicembre. Il priore del Collegio, Trombetta, dà comunicazione ai colleghi dell'ordinato del Senato del 10 precedente.

28 dicembre. Un ordinato del Senato richiama i procuratori all'osservanza delle norme legislative vigenti relative alla redazione dei sommari ricapitolativi dello svolgimento della causa in vista della discussione della stessa.

1820

4 gennaio. Un ordinato del Senato richiama i procuratori all'osservanza della legislazione vigente in ordine ai termini di deposito delle scritture di parte in vista dell'udienza di discussione.

11 gennaio. Il Senato ordina che in futuro non venga accettato il deposito di comparse di costituzione non sottoscritte dai procuratori personalmente; dispone che, in caso di impedimento del procuratore per assenza o malattia, alla firma del sostituto venga aggiunta appena possibile, nell'atto depositato, la firma del titolare dell'ufficio; stabilisce che tutti i procuratori depositino in Senato lo *specimen* della propria firma.

18 gennaio. Il priore del Collegio, Trombetta, convoca i colleghi alla Congregazione generale del giorno successivo.

19 gennaio. Congregazione generale del Collegio*.

7 febbraio. Il priore del Collegio, Trombetta, convoca i colleghi alla Congregazione generale del 9 successivo.

9 febbraio. Congregazione generale del Collegio*.

20 marzo. Il priore del Collegio, Trombetta, convoca i colleghi alla Congregazione generale del 25 successivo.

21 marzo. Il Senato fissa nuove norme in materia di onorari.

23 marzo. Riunione della Commissione del Collegio con redazione dell'elenco annuale dei collaboratori degli studi.

25 marzo. Congregazione generale nella festa della ss. Annunziata con elezione degli ufficiali del Collegio*.

31 marzo. Il priore del Collegio neo-eletto, Isnardi, convoca i colleghi alla Congregazione generale del 4 aprile successivo per deliberare in ordine all'aggregazione del notaio Giovanni Battista Bianchi, sostituto del causidico Grosso ed acquirente l'ufficio dell'avvocato Vandero.

4 aprile. Congregazione generale del Collegio per le delibere di cui sopra*.

11 aprile. Il priore del Collegio, Isnardi, invita i colleghi ad intervenire alla processione per la festa del beato Amedeo di Savoia del 14 successivo.

14 aprile. Intervento del Collegio alla processione del beato Amedeo di Savoia*.

31 maggio. Il priore del Collegio, Isnardi, convoca i colleghi alla Congregazione generale del 3 giugno successivo per deliberare sull'aggregazione di Francesco Tricerri, sostituto del procuratore Schiari ed acquirente del di lui ufficio.

3 giugno. Congregazione generale del Collegio per le delibere di cui sopra*.

14 novembre. Il priore del Collegio, Isnardi, convoca i colleghi alla cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario del Senato del 16 successivo.

16 novembre. Rinnovazione del giuramento annuale di fedeltà alle Regie Costituzioni dovuto dai procuratori in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario del Senato*.

29 novembre. Morte del causidico Giuseppe Archini.

1° dicembre. Il priore del Collegio, Isnardi, convoca i colleghi alla Congregazione generale del 5 successivo.

5 dicembre. Congregazione generale del Collegio*.

21 dicembre. Il priore del Collegio, Isnardi, convoca i colleghi alla Congregazione generale del 23 successivo per deliberare sull'aggregazione del notaio Carlo Archini figlio del defunto causidico Giuseppe.

23 dicembre. Congregazione generale del Collegio per le delibere di cui sopra*.

1821

23 marzo. Il priore del Collegio, Isnardi, convoca i colleghi alla Congregazione generale del 25 successivo.

25 marzo. Congregazione generale nella festa della ss. Annunziata con rinnovazione degli ufficiali del Collegio*.

28 marzo. Il priore del Collegio neo-eletto, Musso, invita i colleghi ad intervenire alla processione per la festa del beato Amedeo di Savoia del 30 successivo.

30 marzo. Intervento del Collegio alla processione del beato Amedeo di Savoia*.

18 aprile. Il Senato dispone che nessun procuratore ammetta nel proprio studio il signor Giovanni Biaggi e che nessun giudice lo ammetta in udienza.

25 aprile. Il priore del Collegio, Isnardi, dà comunicazione ai colleghi delle decisioni del Senato relative a Giovanni Biaggi.

26 aprile. Il priore del Collegio, Musso, convoca i colleghi alla Congregazione generale del pome-

riggio per la comunicazione di un provvedimento del Senato del giorno precedente. Congregazione generale del Collegio*.

5 maggio. Il Senato riabilita il causidico Marengo, già sospeso per aver accolto nel proprio studio Giovanni Biaggi, bandito da tutti gli studi col provvedimento del 18 aprile.

19 maggio. Il priore del Collegio, Musso, convoca i colleghi alla Congregazione generale del 21 successivo per la comunicazione di un provvedimento adottato in mattinata dal Senato.

21 maggio. Congregazione generale del Collegio per la comunicazione di cui sopra*.

1° giugno. Su invito del priore del Collegio, Musso, i sostituti e i praticanti dei procuratori intervengono* alla sepoltura del causidico Giay, Primo Sostituto del Procuratore dei poveri.

22 giugno. Il priore del Collegio, Musso, avvisa i colleghi della prossima riunione della Commissione del Collegio, convocata per il 28 successivo per la presentazione dei candidati all'esame di abilitazione.

28 giugno. Riunione della Commissione del Collegio per gli incumbenti di cui sopra*.

12 settembre. Il priore del Collegio, Musso, avvisa i colleghi della prossima riunione della Commissione del Collegio, convocata per il 18 successivo per la presentazione dei praticanti.

18 settembre. Riunione della Commissione del Collegio per gli incumbenti di cui sopra*.

26 settembre. Il priore del Collegio, Musso, convoca i colleghi alla Congregazione generale del 28 successivo.

28 settembre. Congregazione generale del Collegio*.

14 novembre. Il priore del Collegio, Musso, convoca i colleghi alla cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario del Senato del 16 successivo.

16 novembre. Rinnovazione del giuramento annuale di fedeltà alle Regie Costituzioni dovuto dai procuratori in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario del Senato*.

15 dicembre. Il priore del Collegio, Musso, sollecita con circolare i colleghi a presentare la lista dei loro collaboratori per la redazione del relativo elenco annuale.

1822

22 gennaio. Il Senato sospende per l'anno in corso, come per legge, i causidici Monti e Scassa, per mancata prestazione del giuramento annuale di fedeltà alle Regie Costituzioni.

25 gennaio. Il priore del Collegio, Musso, convoca i colleghi alla Congregazione generale del giorno successivo per deliberare sull'aggregazione del notaio Prospero Monte, acquirente l'ufficio del padre, causidico Filiberto.

26 gennaio. Congregazione generale del Collegio per le delibere di cui sopra*.

3 febbraio. Il priore del Collegio, Musso, convoca i colleghi alla Congregazione generale del giorno successivo per deliberare sull'aggregazione del causidico Giuseppe Oliviero Tobone, acquirente l'ufficio del causidico Giovanni Scassa.

4 febbraio. Congregazione generale del Collegio per le delibere di cui sopra*.

8 febbraio. Il priore del Collegio, Musso, convoca i colleghi alla Congregazione generale del giorno successivo per deliberare sull'aggregazione del notaio Allione, acquirente l'ufficio del causidico Malacria.

9 febbraio. Congregazione generale del Collegio per le delibere di cui sopra*.

4 marzo. Morte del causidico e notaio Giovanni Matteo Malacria, Patrimoniale della Duchessa del Chiabrese. Il priore del Collegio, Musso, convoca i colleghi alla Congregazione generale del giorno successivo per la comunicazione di un provvedimento adottato dal Senato due giorni prima.

5 marzo. Congregazione generale del Collegio per la comunicazione di cui sopra*.

14 marzo. Riunione della Commissione del Collegio per l'approvazione dell'elenco annuale dei sostituti, praticanti e collaboratori degli studi.

22 marzo. Altra riunione della Commissione del Collegio per gli incumbenti di cui sopra. *25 marzo.* Congregazione generale del Collegio nella festa della SS. Annunziata con rinnovazione degli ufficiali.

28 marzo. Il priore del Collegio neo-eletto, Pateri, invita i colleghi ad intervenire alla processione per la festa del beato Amedeo di Savoia del 30 successivo.

30 marzo. Intervento del Collegio alla processione del beato Amedeo di Savoia*.

3 aprile. Il priore del Collegio ricorda con circolare ai colleghi l'obbligo di tenere le «udienze dei deputati», disatteso durante l'inverno.

25 aprile. Il priore del Collegio, Pateri, convoca i colleghi alla Congregazione generale del giorno successivo per deliberare sull'aggregazione del notaio e causidico Giovanni Domenico Serpentino, investito dell'ufficio del causidico Giuseppe Bernardi.

- 26 aprile.* Congregazione generale del Collegio per le delibere di cui sopra*.
- 15 maggio.* Il priore del Collegio, Pateri, convoca nuovamente i colleghi alla Congregazione generale del 18 successivo per deliberare sull'aggregazione – problematica – del causidico Serpentino.
- 18 maggio.* Nuova Congregazione generale del Collegio per le delibere di cui sopra*.
- 6 giugno.* Il priore del Collegio, Pateri, convoca i colleghi alla Congregazione generale dell'8 successivo per deliberare sull'aggregazione di Casimiro Calosso, reggente l'ufficio del causidico Scassa.
- 8 giugno.* Congregazione generale del Collegio per le delibere di cui sopra*.
- 11 settembre.* Il priore del Collegio, Pateri, convoca i colleghi alla Congregazione generale del giorno successivo per deliberare sull'aggregazione di Giuseppe Vigliardi, acquirente per «patto di famiglia» dell'ufficio del fratello, causidico e notaio Luigi Guglielmo.
- 12 settembre.* Congregazione generale del Collegio per le delibere di cui sopra*.
- 13 settembre.* Il priore del Collegio, Pateri, avvisa i colleghi della prossima riunione della Commissione del Collegio, convocata per il 16 successivo per la presentazione dei candidati all'esame di abilitazione.
- 16 settembre.* Riunione della Commissione del Collegio per gli incumbenti di cui sopra*.
- 12 novembre.* Il priore del Collegio, Pateri, convoca i colleghi alla cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario del Senato del 16 successivo.
- 16 novembre.* Rinnovazione del giuramento annuale di fedeltà alle regie costituzioni dovuto dai procuratori in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario del Senato*.
- 19 dicembre.* Il priore del Collegio, Pateri, convoca i colleghi alla Congregazione generale del 21 successivo per deliberare sull'aggregazione di Paolo Gatti, acquirente l'ufficio del causidico Archini.
- 21 dicembre.* Congregazione generale del Collegio per le delibere di cui sopra*.
- 31 dicembre.* Re Carlo Felice concede ai causidici l'uso della «toga rotonda di lana, chiusa sul davanti», in luogo del meno nobile mantello di lana sino ad allora in uso.

1823

- 3 gennaio.* Constatato che sussistono dubbi sul nuovo abito d'udienza, il priore del Collegio, Pateri, invita con circolare i colleghi ad attenersi temporaneamente a quello vecchio; convoca altresì i colleghi alla Congregazione generale del giorno successivo per deliberare sull'aggregazione del causidico Vincenzo Eusebio, acquirente l'ufficio del causidico Prospero Luigi Monte.
- 4 gennaio.* Congregazione generale del Collegio per le delibere di cui sopra*.
- 13 gennaio.* Il priore del Collegio, Pateri, convoca i colleghi alla Congregazione generale del giorno successivo per deliberazioni relative alla nuova tariffa giudiziaria.
- 14 gennaio.* Congregazione generale del Collegio per le delibere di cui sopra*.
- 28 febbraio.* Il priore del Collegio, Pateri, convoca i colleghi alla cerimonia di insediamento del Primo Presidente del Senato di Piemonte Busca del 3 marzo successivo, raccomandando di indossare il nuovo abito d'udienza.
- 2 marzo.* Il vice-priore del Collegio, Danesio, rinnova l'invito di cui sopra.
- 3 marzo.* Intervento del Collegio alla cerimonia di insediamento del primo presidente del Senato Busca*.
- 17 marzo.* Il priore del Collegio, Pateri, sollecita nuovamente con circolare i colleghi ad uniformarsi al nuovo abito d'udienza.
- 22 marzo.* Il priore del Collegio, Pateri, convoca i colleghi alla Congregazione generale del 25 successivo.
- 25 marzo 1823.* Congregazione generale nella festa della SS. Annunziata con rinnovazione degli ufficiali del Collegio*.
- 5 aprile.* Il priore del Collegio neo-eletto, Danesio, invita i colleghi ad intervenire alla processione per la festa del beato Amedeo di Savoia del 9 successivo.
- 9 aprile.* Intervento del Collegio alla processione del beato Amedeo di Savoia*.
- 17 aprile.* Il Priore del Collegio, Danesio convoca i colleghi alla Congregazione generale del 19 successivo per deliberare sull'aggregazione di Francesco Maria Corsini, acquirente l'ufficio del causidico Musso.
- 19 aprile.* Congregazione generale del Collegio per le delibere di cui sopra*.
- 22 aprile.* Morte del notaio Luigi Vigliardi, già causidico e fratello del causidico Giuseppe.
- 13 novembre.* Il priore del Collegio, Danesio, convoca i colleghi alla cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario del Senato del 17 successivo.

17 novembre. Rinnovazione del giuramento annuale di fedeltà alle regie costituzioni dovuto dai procuratori in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario del Senato*.

24 novembre. Congregazione generale del Collegio: emanazione di ordinato, del quale si richiede l'approvazione al Senato, contenente norme sul rapporto cronologico che deve intercorrere fra studi e pratica.

29 novembre. il sostituto Avvocato generale presso il Senato di Piemonte, Gay, emette parere favorevole all'approvazione da parte del Senato dell'ordinato di cui sopra.

9 dicembre. Il Senato di Piemonte approva l'ordinato di cui sopra.

15 dicembre. Il priore del Collegio, Danesio, avvisa i colleghi della prossima riunione della Commissione del Collegio, convocata per il 27 successivo, per la presentazione dei candidati all'esame di abilitazione.

27 dicembre. Riunione della Commissione del Collegio per gli incombeni di cui sopra*.

1824

21 gennaio. Morte del causidico Paolo Trombetta, «patrimoniale» del Re per gli affari relativi al patrimonio privato.

3 febbraio. Il priore del Collegio, Danesio, raccomanda ai colleghi con circolare di astenersi da taluni espedienti di comune impiego per contenere illecitamente l'entità dei diritti di cancelleria.

6 febbraio. Il priore del Collegio, Danesio, convoca i colleghi alla Congregazione generale del 12 successivo.

12 febbraio. Congregazione generale del Collegio*.

18 marzo. Il priore del Collegio, Danesio, convoca i colleghi alla Congregazione generale del 25 successivo.

20 marzo. Il priore del Collegio, Danesio, convoca i colleghi alla Congregazione generale del 19 successivo per deliberare sull'aggregazione del signor Scotta, già sostituto del causidico Trombetta, reggente il di lui ufficio.

23 marzo. Congregazione generale del Collegio per le delibere di cui sopra*.

25 marzo. Congregazione generale nella festa della SS. Annunziata con rinnovazione degli ufficiali del Collegio*.

1° maggio. Il Senato precisa con un proprio ordinato aspetti della procedura per le esecuzioni immobiliari, disponendone la comunicazione ai procuratori per cura del priore del Collegio.

18 giugno. Il priore del Collegio, Mina, convoca i colleghi alla Congregazione generale del 21 successivo per deliberare sull'aggregazione di Vittorio Cucchi-Boasso, donatario dell'ufficio del padre, avvocato e causidico Angelo.

21 giugno. Congregazione generale del Collegio per le delibere di cui sopra*.

24 luglio. Morte del causidico Domenico Cattaneo.

29 settembre. Il priore del Collegio, Mina, convoca i colleghi alla Congregazione generale del 1° ottobre successivo per deliberare sull'aggregazione di Giuseppe Melano-Calcina, già sostituto del causidico Cattaneo, reggente il di lui ufficio.

1° ottobre. Congregazione generale del Collegio per le delibere di cui sopra*.

12 novembre. Il priore del Collegio, Mina, convoca i colleghi alla cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario del Senato del 16 successivo.

16 novembre. Rinnovazione del giuramento annuale di fedeltà alle Regie Costituzioni dovuto dai procuratori in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario del Senato*.

26 dicembre. Il priore del Collegio, Mina, convoca i colleghi alla Congregazione generale del giorno successivo per deliberare sull'aggregazione del causidico Giovanni Battista Basco, acquirente l'ufficio del causidico Angelo Giuseppe Marengo.

27 dicembre. Congregazione generale del Collegio per le delibere di cui sopra*.

1825

25 febbraio. Il vice-priore del Collegio, Ravera, convoca i colleghi alla Congregazione generale del giorno successivo per deliberare sull'aggregazione di Ignazio Fossati, reggente l'ufficio del defunto causidico Rossi.

26 febbraio. Congregazione generale del Collegio per le delibere di cui sopra*.

19 marzo. Il priore del Collegio, Mina, convoca i colleghi alla Congregazione generale del 25 successivo.

25 marzo. Congregazione generale nella festa della SS. Annunziata con rinnovazione degli ufficiali del Collegio*.

- 9 aprile. Il priore del Collegio neo-eletto, Ravera, invita i colleghi ad intervenire alla processione per la festa del beato Amedeo di Savoia del 14 successivo.
- 14 aprile. Intervento del Collegio alla processione del beato Amedeo di Savoia*.
- 14 maggio. Il priore del Collegio, Ravera, comunica ai colleghi, su incarico dell'Avvocato Generale presso il Senato di Piemonte, che il Senato non accetterà più il deposito di comparse e atti di costituzione in giudizio firmati da soggetti diversi dai procuratori.
- 3 giugno. Il priore del Collegio, Ravera, d'ordine del Senato, dirama con circolare ai colleghi alcune istruzioni relative agli adempimenti preliminari all'udienza di discussione.
- 6 giugno. Il priore del Collegio, Ravera, convoca i colleghi alla Congregazione generale del 10 successivo.
- 10 giugno. Congregazione generale del Collegio*.
- 22 giugno. Il priore del Collegio, Ravera, riprende con circolare i sostituti dei procuratori che si presentano in udienza con abiti colorati, e perciò inappropriati.
- 28 giugno. Il priore del Collegio, Ravera, d'ordine del Primo Presidente del Senato, invita con circolare i colleghi a riferire al Senato circa lo stato di tutte le cause pendenti loro affidate a far tempo dal 1814.
- 4 luglio. Riunione della Commissione del Collegio per il rilascio dei certificati per l'ammissione dei candidati all'esame d'abilitazione*.
- 17 agosto. Accompagnamento di tutti i sostituti e praticanti alla sepoltura dell'avvocato Pietro Borroni, sostituto del causidico Giovanni Antonio Simeom*.
- 19 agosto. Il primo presidente del Senato, Montiglio, lamenta in una lettera rivolta al priore del Collegio che i causidici non hanno corrisposto con sollecitudine alla richiesta di dar notizia dello stato delle cause in corso loro affidate.
- 20 agosto. Il priore del Collegio, Ravera, inoltra ai colleghi copia della lettera di cui sopra.
- 14 novembre. Il priore del Collegio, Ravera, convoca i colleghi alla cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario del Senato del 16 successivo.
- 16 novembre. Rinnovazione del giuramento annuale di fedeltà alle regie costituzioni dovuto dai procuratori in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario del Senato*.
- 20 novembre. Il priore del Collegio, Ravera, d'ordine del Senato, invita i colleghi con lettera circolare a rispettare la legislazione vigente in ordine ai termini di deposito delle scritture di parte in vista dell'udienza di discussione.
- 1° dicembre. Viene istituita una «Classe civile temporanea» del Senato di Piemonte.

1826

- 11 gennaio. Il priore del Collegio, Ravera, informa con circolare i colleghi che tutte le cause assegnate a sentenza prima del 16 novembre 1824 saranno decise dalla «Classe civile temporanea» del Senato.
- 4 febbraio. Il priore del Collegio, Ravera, convoca i colleghi alla Congregazione generale del 6 successivo per deliberare in ordine all'aggregazione del causidico Biagio Vajra, acquirente l'ufficio del causidico Serpentino.
- 6 febbraio. Congregazione generale del Collegio per le delibere di cui sopra*.
- 10 marzo. Il priore del Collegio, Ravera, invita con circolare i colleghi a rispettare le nuove regole sull'iscrizione a ruolo delle cause.
- 28 marzo. Il priore del Collegio, Ravera, invita i colleghi ad intervenire alla processione per la festa del beato Amedeo di Savoia del 30 successivo ed alla Congregazione generale del Collegio del 3 aprile successivo; informa altresì i colleghi della prossima riunione della Commissione del Collegio, convocata per il 1° aprile successivo per l'ammissione dei candidati all'esame di abilitazione.
- 30 marzo. Intervento del Collegio alla processione del beato Amedeo di Savoia*.
- 1° aprile. Riunione della Commissione del Collegio per il rilascio dei certificati per l'ammissione dei candidati agli esami d'abilitazione*.
- 3 aprile. Congregazione generale nella festa della SS. Annunziata con rinnovazione degli ufficiali del Collegio*.
- 15 aprile. Il Senato emana con proprio Ordinato disposizioni sul rapporto necessario di precedenza cronologica fra lo studio e la pratica nella formazione degli aspiranti procuratori.
- 20 settembre. Morte del causidico Giacomo Maria Durandi.
- 23 settembre. Congregazione generale del Collegio per deliberare sull'aggregazione dell'avvocato Gaetano Durandi, figlio del causidico Giacomo Maria*.
- 13 novembre. Il vice-priore del Collegio, Baretta, invita i colleghi alle esequie solenni del causi-

dico Giacomo Maria Durandi per il 15 successivo; convoca altresì i colleghi alla cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario del Senato del 16 successivo.

15 novembre. Esequie solenni, a spese del Collegio, del causidico Giacomo Maria Durandi nella chiesa della S. Sindone, con epigrafi redatte da Carlo Boucheron.

16 novembre. Rinnovazione del giuramento annuale di fedeltà alle Regie Costituzioni dovuto dai procuratori in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario del Senato*.

16 dicembre. Il priore del Collegio, Palmaro, d'ordine del Senato, richiama con circolare i colleghi all'osservanza della puntualità in udienza.

1827

28 gennaio. A seguito di abusi invalsi presso le Giudicature mandamentali, il priore del Collegio, Palmaro, d'ordine del Senato, richiama con circolare i colleghi a compilare con esattezza l'elenco dei loro collaboratori.

23 marzo. Riunione della Commissione del Collegio con approvazione dell'elenco annuale dei sostituti, praticanti e collaboratori degli studi.

25 marzo. Congregazione generale nella festa della SS. Annunziata per la rinnovazione degli ufficiali del Collegio.

26 marzo. Il priore del Collegio neo-eletto, Baretta, invita i colleghi ad intervenire alla processione per la festa del beato Amedeo di Savoia del 30 successivo.

30 marzo. Intervento del Collegio alla processione del beato Amedeo di Savoia*.

9 aprile. Il Senato emana, e manda comunicarsi ai procuratori, un Ordinato contenente nuove disposizioni relative alle modalità di costituzione in causa dei curatori *ad lites*.

7 luglio. Il Senato emana, e manda comunicarsi ai procuratori, un Ordinato contenente risoluzione di dubbi sulla disciplina del procedimento nei giudizi di concorso adottata con il Regio Editto 16 luglio 1822.

21 agosto. Il priore del Collegio, Baretta, convoca i colleghi alla Congregazione generale del 23 successivo.

23 agosto. Congregazione generale del Collegio*.

26 agosto. Morte del causidico Giuseppe Giacinto Mulateri.

27 agosto. Il priore del Collegio, Baretta, convoca i colleghi alla Congregazione generale del 29 successivo per provvedere in ordine alla successione al causidico Mulateri.

29 agosto. Congregazione generale del Collegio per le delibere di cui sopra*.

5 settembre. Il priore del Collegio, Baretta, d'ordine del Senato, invita con circolare i colleghi a non consentire l'assistenza dei clienti alle udienze ove essa non sia indispensabile; comunica inoltre ai colleghi un provvedimento della Camera dei Conti relativo alla nuova forma da osservarsi nella redazione delle «suppliche» per l'introduzione delle liti.

13 novembre. Il priore del Collegio, Baretta, ed il decano, Buscaglione, convocano i colleghi alla cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario del Senato del 16 successivo ed alla Congregazione generale del Collegio del 17 successivo per deliberare sull'aggregazione del causidico Basco, reggente la procura del causidico Marengo ed acquirente la stessa; informano inoltre i colleghi della prossima riunione della Commissione del Collegio, convocata per il 18 successivo per la presentazione dei praticanti.

16 novembre. Rinnovazione del giuramento annuale di fedeltà alle Regie Costituzioni dovuto dai procuratori in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario del Senato*.

17 novembre. Congregazione generale del Collegio per deliberare sull'aggregazione del causidico Basco*.

18 novembre. Riunione della Commissione del Collegio per la presentazione dei praticanti*.

The *référé législatif* and the *cahiers de doléances* of 1789

di Paolo Alvazzi del Frate

In this presentation I would like to trace the origins of the so-called *référé législatif* in the texts of the French *Cahiers de doléances*, presented to the Estates-General of 1789. In the first part, I will describe the *référé législatif* system, its historical sources and its links to the juridical doctrine of the 18th century. In the second part, I will stress the contribution of the *cahiers de doléances* of 1789 to the creation of the so-called *référé législatif* process by the National Assembly in 1790. In my conclusion, I will try to demonstrate that this process derives both from Enlightenment Thought and the Old Regime legal tradition. For this reason the *référé législatif* received widespread approval in the revolutionary National Assembly.

1. The *référé législatif* was created by the National Assembly with the statutes of August 16, 1790 (art. 12, tit. II) and of November 27, 1790 (art. 21). It was based on two different legal concepts: the “facultative” and the “compulsory” *référé*: 1) the *facultative* concept was claimed by a judge for a doubt in interpretation or for a legislative hole encountered during a trial; 2) the *compulsory* concept was provoked by a conflict in interpretation between the French Supreme Court – the *Tribunal de Cassation* – and a Court to which an annulled case was assigned. The two *référés* were different, but they derived from the same principles. So it is possible to describe their common origins.

The *référé législatif* was composed of two aspects: 1) the *prohibition* for the judge to interpret the laws when making a ruling (we can define this as *prohibition of interpretation*); 2) the *obligation* for him to refer to the legislator whenever he considers it necessary to interpret a law or to enact a new one. In the first case, the judge identifies an interpretative doubt, and in the second, a legislative hole.

It is necessary to clarify that in the Old Regime the French juridical doctrine used to consider the “interpretation of statutes” as a broad judicial function. It was the so called in latin *interpretatio* in the *Jus commune* system that was not only a judicial function, but also a legislative function. The judge had the power to solve doubts by interpretation, to fill a legislative hole, and to extend or reduce the range of the application of statutes. So, the *application* was distin-

guished from the *interpretation*. For example, the French jurist Rodier wrote in the 17th century that «the Judge must apply the statutes to the facts of the case, but only the Legislator – namely the King – can interpret them»¹.

Today the doctrine considers the term *interpretation* to define only the process in which we can give statutes a meaning. Therefore, it is impossible to distinguish *clear* from *obscure* legal texts because all statutes – even the simplest – need and have multiple interpretations. There is no *application* without an *interpretation*.

The theoretical structure of *référé législatif* is derived from the rigid conception of separation of powers. Particularly it stresses the separation between: 1) the phase in which the legal rule is created (*legislation*); 2) the phase in which it is applied (*jurisdiction*).

From this point of view the *interpretation* was considered an activity of creating the law, so a normative activity. If interpretation is a form of creating rules, it therefore must be denied to the Courts and assigned exclusively to the legislators. Only the legislators have the power to interpret the law, as written in the famous maxim of Roman law *Ejus est interpretari, cuius est condere leges*. The only form of interpretation permitted is the *authentic interpretation* because it is enacted by the legislator with an interpretative law that has general effects.

After any doubt in interpretation is resolved by the legislator's intervention, the judge can decide the controversy applying the interpretative law. The process was simple and coherent. Its main purpose was to guarantee the “purity” of the statute law and avoid the risk of misunderstanding the real meaning of the statutes provoked by the decisions of the Courts. This was a strong instrument for preventing the success of a legal system of judicial precedents.

The *référé législatif* was not a totally new creation of the French Revolution. Its sources are ancient and can be found in Justinian law, Canon law, and French law: a) in *Justinian Law* the concepts of “ban of *Interpretatio*” and the process of *relatio ad Principem*, that is the obligation to refer to the Emperor in case of doubt of interpretation already existed. This obligation was based on several roman statutes. For example, in the constitution of 539 a.d. *De legibus et constitutionibus principum et edictis* («tam conditor quam interpres legum solus imperator iuste existimabitur²») and in the *Tanta* constitution (Digestum)³, «[Imperatori] soli concessum est leges et condere, et interpretari»; b) in *Canon Law* the authentic interpretation, after the Council of Trent,

¹ M.-A. Rodier, *Questions sur l'Ordonnance de Louis XIV, du mois d'avril 1667, relatives aux usages des Cours de Parlement, et principalement de celui de Toulouse*, new edition, Toulouse, Dupleix, 1679, p. 11.

² C. 1.14.12: «leges condere soli imperatori concessum est, et leges interpretari solum dignum imperio esse oportet (...) tam conditor quam interpres legum solus imperator iuste existimabitur».

³ «Si (...) ambiguum fuerit visum, hoc ad imperiale culmen per iudices referatur, et ex auctoritate Augusta manifestetur, cui soli concessum est leges et condere, et interpretari».

became very important. The Bull *Benedictus Deus* enacted by Pius IV in 1563, established the obligation to refer to the Pope (who was the legislator) when there was a doubt of interpretation. In 1564 a *Congregation for the execution and interpretation of the Council of Trent* was created by Pius V with the Bull *Alias nonnullas*⁴; c) in *French Law* we can point out the *Ordonnance civile* of Louis XIV of 1667. Its art. 7 of Title I, established that: «If during a trial (...) a doubt or a problem emerges in the application of our statutes [the so called in French *ordonnances, édits, déclarations* and *lettres-patentes*] we forbid the judges to interpret them, instead we want them to stop the trials and wait to hear our will». That was – once more – the prohibition of interpretation and the obligation to refer to the legislator.

The members of the Constituent Assembly recognized that the origins of the *référé législatif* could be found in Roman law. Robespierre even proposed in 1790 to assume «the maxim, that was known in public Roman law and in our traditional monarchist government: the Roman law established that interpretation of the statutes belong to whom enacted the statutes: *eius est interpretari legem, qui condidit legem*. If a different authority than the legislator were able to interpret the statutes, that authority could modify them and heighten its will above the legislator⁵».

Following the model of the *Ordonnance civile*, several reforms in Europe established the prohibition of interpretation and the obligation to refer to the legislator. We can mention, among others, the King Frederick II's Prussian project of civil code of 1749⁶; the *Leggi e Costituzioni* of Charles Emmanuel III, King of Sardinia in 1770; and also the *Dispaccio reale* of Ferdinand IV, King of Naples, in 1774.

The goal of these reforms was to deny the Courts decisions from taking a legislative role and assign the interpretation exclusively to the legislator. From their point of view, the legislators were trying to stop the “usurpation” of the legislation committed by the Courts.

To conclude this first part of my presentation about the Old Regime, I would like to quote the definition of *référé législatif* written by Philippe-Antoine Merlin in his *Répertoire universel de jurisprudence*:

[the *référé législatif* is] the process by which the judges, before deciding on an issue that they considered impossible to solve, due to the ambiguity of the law or to a legislative hole, referred to the authority holding the legislative power for the interpretation⁷.

⁴ Later with the Bull *Immensa aeterni Dei* enacted by Sixtus V in 1587, the Congregation became the *Congregatio pro executione et interpretatione Concilii Tridentini*, to which «[si] dubietas aut difficultas emeruerint, interpretandi facultatem, nobis tamen consultis, impartimur».

⁵ 25 mai 1790, in *Archives parlementaires*, I série, XV, p. 670.

⁶ Art. 7 and 8, Part. I, Book I.

⁷ Ph.-A. Merlin, *Référé au législateur*, in *Répertoire*, 5th ed., Paris 1827, XIV, p. 368.

The contribution of the juridical doctrine of the Enlightenment to the creation of the *référé législatif* is so evident that we do not have to take time going into delay on this point. We will just point out the diffusion of the following two concepts in the 18th Century: 1) the judicial function as a *sylllogism*, 2) the negative connotation of the term *interpretation of law* as *corruption of law*.

That was the case of Montesquieu who considered the judicial function «in some ways, *null and void*», because the judge does not have the right to *interpret* the law, but only to *apply* it literally. The judges «are no more than the mouth that pronounces the words of the law, mere passive beings, incapable of moderating either its force or rigor⁸». The judges – according to Montesquieu – must follow the law to the letter, «otherwise the law might be *interpreted* to the prejudice of every citizen, in cases where their honour, property, or life are concerned⁹».

Also very important was Voltaire's doctrine. Take, for example, his affirmation in his *Philosophical dictionary*: «let all laws be clear, uniform and precise: to *interpret* laws is almost always to *corrupt* them¹⁰».

The Italian jurists of the Enlightenment in particular led a radical campaign *against the interpretation of laws*. The most explicit essay was the article *On interpretation of laws* published in 1766 in the periodical *Il Caffè* by Pietro Verri. It is a very interesting text that can be considered as a “manifesto” of the theory of legal interpretation of the Enlightenment¹¹. Verri affirmed that «the judge becomes the legislator if he is allowed to interpret the laws».

The same theories are presented by Cesare Beccaria in his *Of Crimes and Punishments*¹² in 1764 and by Gaetano Filangieri, Neapolitan jurist and philosopher, in his *Riflessioni politiche* of 1774.

To summarize: the juridical thought of the Enlightenment was characterized by a campaign to demonstrate the negativity of the exaggerated legislative role of the Courts with the goal of reserving all the legislative power for the legislator. In the name of separation of powers, the jurists considered *statute law*, the only source of law, in an almost holy light. Consequently, they had absolute confidence in the legislator and a deep mistrust for judges. The judicial interpretation was criticized by the Enlightenment doctrine because of the lack of legal certainty. Their proposed solution was to enforce the judges to limit their functions to a syllogistic application of the law. In this way only the authentic interpretation – i.e. the interpretation of the legislator – was considered admissible.

⁸ Montesquieu, *The Spirit of Laws*, Book 11, Ch. 6.

⁹ Montesquieu, *De l'esprit des Lois*, Liv. VI, ch. III. Book 6, Ch. 3.

¹⁰ Voltaire, *Civil Laws*, in *Philosophical Dictionary*.

¹¹ P. Verri, *Sulla interpretazione delle leggi*, in «*Il Caffè*», 2 (1766), n. XXVIII.

¹² C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*. Particularly in chap. 4, entitled *Of the Interpretation of Laws*.

2. In their juridical arguments, the *cahiers de doléances*, presented to the Estates-General of 1789, mixed the traditional culture of the Old Regime with certain requests of the Enlightenment doctrine¹³. The most influenced by the Enlightenment culture were the *cahiers* of the Third Estate. The majority of these texts presented the petition of: 1) abolition of privileges, 2) constitutionalism, 3) separation of powers, 4) codification of law, 5) unity of jurisdiction.

The *Summary of the cahiers on judicial reformation established by the counsellor*¹⁴, an official document of 1789, gives a general view about the petitions of these texts. We find the requests for: 1) *unifying* the Kingdom's legislation: «Art. 15. Let the civil and criminal codes be reformed, simplified, and intelligible to everybody (...) to be applied uniformly in all the Kingdom»; 2) *uniformity* of the jurisprudence of the Courts: «Art. 19. Let the jurisprudence be uniforme for all Courts and deny them from enacting decisions against the laws»; 3) *banning* judicial interpretation in order to avoid any normative activity put into practice by the judges: «Art. 18. [It is forbidden for judges] to repeal in part or interpret the laws»; 4) *obliging* Courts to explain the motives for their rulings, in order to control and verify judicial activity: «Art. 79 bis. Let all enacted judgements, civil or criminal, explain the motivations for the decision».

Regarding the relations between *legislation* and *jurisdiction*, the *cahiers* were substantially in agreement for claiming the separation of legislative power from the judicial power. For that reason they requested a legislative monopoly for the legislator, the abolition of the *Arrêts de règlement* and the prohibition of interpretation. The general goal of the Third Estate was to contain the political role of the Courts. So the limitation of judges' functions was considered an instrument to achieve this goal. The *cahiers* certainly aimed to guarantee the independence of the judicial power, but they mainly tried to protect the legislative power from the Courts interference. This attitude prevailed in the Third Estate, whereas the *cahiers* of the of Aristocracy and Clergy were more traditional and yet covered of a wide range of opinions. That can be explained by considering the political role of privileged Estates (the 1st and 2nd) in the judicial system of the Old Regime.

To conclude, the most frequent judiciary claims in the *cahiers de doléances* of 1789 were: 1) legislative unification, 2) prohibition of judicial interpretation, 3) obligation to explain the motives for all judgements.

The quotations in these texts are innumerable so the following quotations must be considered only as samples.

It is necessary to clarify that the meaning of the terms *code* and *codification*, employed in the these texts, does not correspond to the present meaning. The authors of the *cahiers* intended to refer to the enactment of a *code of civil*

¹³ See *Archives parlementaires de 1787 à 1860*, par J. Mavidal et E. Laurent, I^e série, volumes I-VI.

¹⁴ Published in E. Seligman, *La justice en France pendant la Révolution*, I, pp. 489-505.

or criminal procedure – like the *Codes* of 1667 and 1670, the *Ordonnances* of Louis XIV – and not to a *code of substantial law*. So, until the Revolution, the term *code* was synonymous with *code of procedure*.

We will limit ourselves to quoting some of the most significant texts:

the interpretation of law shall be reserved for the legislator, the motives for each ruling shall be explained in the judgements (tiers-état de Bailleul, Flandre maritime)¹⁵.

the judges shall be obliged to explain the motives of their ruling (...) the letter of the law shall always be followed, without allowing the judges the right of interpretation (cahier de la ville de Bergues-Saint-Winoc)¹⁶;

do not permit the Courts and judges to be able to depart from the text of the laws to allow the creation of new ones under the pretext of interpreting them (clergé de Beauvais)¹⁷;

[today] all powers are confused in the judicial power... under the pretext of the *Arrêts de règlement*, the Supreme Courts assigned themselves a portion of the legislative power (noblesse de Blois)¹⁸;

The judges shall be obliged to follow the letter of the law, with no pretext to move away from it (cahier général du Tiers de la sénéchaussée de Guyenne)¹⁹;

do not allow any Court or jurisdiction to extend or modify the laws (Tiers de la ville de Brest)²⁰;

[the judges] shall be limited through precise laws and shall only be witnesses of the laws, apply the laws and not interpret them (noblesse de Bugey)²¹;

France needs to have a clear legal code, simple, and easy to apply ... in order to limit the judge in his only function, i.e. to apply the laws and not to interpret them (cahier de la paroisse de Clemart-sous-Meudon, Paris hors les murs)²²;

the law cannot be modified or interpreted but by another *authentic law* (cahier de la communauté de la Ciotat)²³.

The *cahier* of the community of Mirabeau is particularly significant because it includes not only the ban of interpretation, but also the obligation to refer to the legislator:

nothing shall be left to the judges' free will; they must explain the motives of their judgements and be accountable to them; it shall be forbidden to annotate the law, or to interpret the laws in relation with the old ones, but in unprecedented cases, the *judges must stop the trial and refer to the King and to General Estates in order to enact a new additional law*²⁴.

¹⁵ Cahier du Tiers-état de la Flandre maritime, Bailleul, art. 6, 7, *Législation*, in *Arch. parl.*, I s., II vol., p. 177.

¹⁶ Cahier de la ville de Bergues-Saint-Winoc, Art. 7, 11, in *Arch. parl.*, I s., II vol., p. 180.

¹⁷ Cahier du clergé de Beauvais, *ibid.* II, p. 291.

¹⁸ Cahier de la noblesse de Blois, *ibid.* p. 381.

¹⁹ Cahier général du Tiers de la sénéchaussée de Guyenne, *ibid.*, p. 399.

²⁰ Cahier du Tiers de la ville de Brest, *ibid.*, p. 470.

²¹ Cahier de la noblesse de Bugey, *ibid.*, II vol., p. 481.

²² Cahier de la paroisse de Clemart-sous-Meudon, Paris hors les murs, in *Arch. parl.*, I s., IV vol., p. 442.

²³ Cahier de la communauté de la Ciotat, art. 45, *ibid.*

²⁴ *Ibid.*, p. 532.

It is also the case of the Nobility's *cahier* of the *balliage* of Evreux:

no Courts shall be able to modify, interpret or change the law (...) in any context. *All the interpretations, changes or regulations must be formally enacted by the legislator*²⁵.

3. Conclusions

Even if the *cahiers de doléances* of 1789 were not accurate from the legal and systematic point of view, most of them clearly adhered to a system based on a rigid separation of legislative powers from judicial powers. The interpretation of statute law was considered as a phase of the creation of legal rules so it was denied to the judge and assigned exclusively to the legislator.

The *référé législatif* was not explicitly foreseen in the *cahiers de doléances* but it was the logical consequence of the French legal doctrines of 18th Century.

Bibliographical References

P. Alvazzi del Frate, *L'interpretazione autentica nel XVIII secolo. Divieto di interpretatio e 'riferimento al legislatore' nell'illuminismo giuridico*, Torino 2000; P. Alvazzi del Frate, *Giurisprudenza e référé législatif in Francia nel periodo rivoluzionario e napoleonico*, Torino 2005; F. Arcaria, *Referre ad principem. Contributo allo studio delle epistulae imperiales in età classica*, Milano 2000; *Archives parlementaires de 1787 à 1860. Recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises*, ed. J. Mavidal, E. Laurent, I s., 1787-1799, II s., 1800-1860, Paris 1862-2000; R. Aubin, *L'organisation judiciaire d'après les Cahiers de 1789*, Paris 1928; J. Barthélemy, *De l'interprétation des lois par le législateur*, in «Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger», 15 (1908), pp. 456-500; G. Bassanelli Sommariva, *L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustiniano*, Milano 1983; S. Belaïd, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, Paris 1974; C. Bloch, J. Hilaire, *Interpréter la loi. Les limites d'un grand débat révolutionnaire*, in *Miscellanea Forensia Historica J. Th. de Smidt*, Amsterdam 1988, pp. 29-48; A. Brems, *De authentica interpretatione codicis iuris canonici*, in «Jus Pontificium», 15 (1935), pp. 161-190, 298-313, and 16 (1936), pp. 78-105, 217-256; A. Brette, *Recueil de documents relatifs à la convocation des États généraux de 1789, Introduction*, Paris 1894; P. Calamandrei, *La cassazione civile, I, Storia e legislazioni*, Torino 1920; F. Cammeo, *L'interpretazione autentica*, in «Giurisprudenza italiana», 59 (1907), pp. 305-366; R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, Paris 1920; G. Castellano, *Interpretazione autentica della legge e politica del diritto*, in «Politica del diritto», 2 (1971), pp. 593-644; E. Champion, *La France d'après les cahiers de 1789*, Paris 1897; H.-L. Chassin., *Les élections et les cahiers de Paris en 1789*, 4 vol., Paris 1888-1889; D. Dalloz, *Lois. De l'interprétation des lois*, in *Répertoire méthodique et alphabétique de législation*, n. ed., vol. XXX, Paris 1853, pp. 189-203; C.-J. De Ferrière, *Interprétation*, in *Dictionnaire de droit et de pratique contenant l'explication des termes de droit d'Ordonnances, de Coutumes & de Pratique*, n. ed., vol. II, Paris 1771, chez la veuve Brunet, pp. 61-63; H. De Page, *De l'interprétation des lois*, Bruxelles-Paris 1925; J. Defourny, *Le référé législatif en droit canonique. Etude historique sur les recours du juge en cas de doute de droit*, thèse Université Catholique de Louvain, dact. Louvain-la-Neuve 1947; A. Desjardins, *Les cahiers des États généraux en 1789 et la législation criminelle*, Paris 1883; M. Faure, *Les rapports du pouvoir législatif et du pouvoir judiciaire de la fin de l'Ancien Régime à la promulgation du Code civil*, Thèse en droit, Université de Toulouse, dact., Toulouse 1949; V. Foucher, *De la législation en*

²⁵ *Ibid.*

matière d'Interprétation des Lois en France, 2nd ed., Rennes-Paris 1835; A. Gardino Carli, *Il legislatore interprete. Problemi attuali in tema di interpretazione autentica delle leggi*, Milano 1997; J. Gaudemet, *L'empereur, interprète du droit*, in *Festschrift für Ernst Rabel*, II, *Geschichte der antiken Recht und allgemeine Rechtslehre*, Tübingen 1954, pp. 169-203; G. Gavazzi, *Sulla interpretazione autentica della legge*, in *Studi giuridici in memoria di Alfredo Passerini*, Milano 1955, pp. 151-178; F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris 1899 (2nd ed., Paris 1919); O. Giacchi, *Formazione e sviluppo della dottrina della interpretazione autentica in diritto canonico*, Milano 1935; G. Gorla, *I precedenti storici dell'art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)*, in *Foro italiano*, 92 (1969), 5, pp. 112-132 (then in *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano 1981, pp. 443-474); R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, in *Trattato di diritto privato*, ed. G. Iudica and P. Zatti, Milano 1993; A. Guzmán, *Historia del 'referimento legislativo': derecho romano*, in *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, VII, Napoli 1985, pp. 3467-3522; J.-L. Halpérin, *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, Paris 1987, pp. 60-64; J.-L. Halpérin, *Le juge et le jugement en France à l'époque révolutionnaire*, in *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes*, ed. R. Jacob, Paris 1996, pp. 233-256; J.-L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris 1996; Y.-L. Hufteu, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, Paris 1965; *Interpretation of Law in the Age of Enlightenment: from the rule of the king to the rule of law*, edited by Y. Morigiwa, M. Stolleis, J.-L. Halpérin, Dordrecht-New York 2011; F.-A. Isambert, *De l'interprétation législative*, in «Revue de législation et de jurisprudence», 1 (1834-1835), pp. 241-261; G. Jèze, *Contribution à l'étude du principe de la non-rétroactivité des lois. Les lois interprétatives*, in «Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger», 31 (1924), pp. 157-190; J. Krynen, *L'État de justice*, I, *L'idéologie de la magistrature ancienne*, II, *L'emprise contemporaine des juges*, Paris 2009-2012; C. Lavagna, *L'interpretazione autentica delle leggi e degli altri atti giuridici*, Roma 1942 (then in *Ricerche sul sistema normativo*, Milano 1984, pp. 375-451); G. Lavagna, *L'interpretazione autentica nei contributi della dottrina giuridica italiana*, in «Nomos», n.s., 1 (1996), pp. 23-51; L. Le Courtois du Manoir, *L'interprétation des lois par le législateur et le principe de la séparation des pouvoirs législatif et judiciaire*, Paris 1909; A. Lebigre, 1789: *la justice dans tous ses états*, in *Une autre justice. Contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution française*, par R. Badinter, Paris 1989, pp. 39-55; Ch. Lefebvre, *Les pouvoirs du juge en droit canonique. Contribution historique et doctrinale à l'étude du canon 20 sur la méthode et les sources en droit positif*, Paris 1938; M. Lesage, *Les interventions du législateur dans le fonctionnement de la justice*, Paris 1960; A. Mailher de Chassat, *Traité de l'interprétation des lois*, Paris 1822; Ph.A. Merlin, *Interprétation*, in *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5th ed., vol. VIII, Paris 1827, pp. 561-566; Ph.A. Merlin, *Référé au législateur*, in *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5th ed., vol. XIV, Paris 1827, pp. 368-369; M. Miersch, *Der sogenannte Référé législatif. Eine Untersuchung zum Verhältnis Gesetzgeber, Gesetz und Richteramt seit dem 18. Jahrhundert*, Baden-Baden 2000; Ch.L. Montesquieu, *De l'Esprit des lois* (1748), ed. V. Goldschmidt, Paris 1979; R. Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna 1987; N. Picardi, *Introduzione*, in *Code Louis*, I, *Ordonnance civile 1667*, Milano 1996; C.M. Polvani, *Authentic interpretation in canon law. Reflections on a distinctively canonical institution*, Roma 1999; M.-A. Rodier, *Questions sur l'Ordonnance de Louis XIV, du mois d'avril 1667, relatives aux usages des Cours de Parlement, et principalement de celui de Toulouse*, n. ed., Toulouse 1679; J.R. Schmidt, *The Principles of Authentic Interpretation in Canon 17 of the Code of Canon Law. A Commentary*, Washington D.C., 1941; E. Seligman, *La justice en France pendant la Révolution*, I (1789-1792), Paris 1901; C. Soule, *Les États généraux de France, 1302-1789. Étude historique, comparative et doctrinale*, Heule 1968; G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, ed. A. Cicu, F. Messineo and L. Mengoni, I/2, Milano 1980; E. Täubler, *Relatio ad principem*, in «Klio», 17 (1921), pp. 98-101; M. Troper, *La notion de pouvoir judiciaire au début de la Révolution française*, in 1791: *la première constitution française. Actes du colloque de Dijon 26 et 27 septembre 1991*, Paris 1993; M. Troper, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, 2nd ed., Paris 1980; G. Verde, *L'interpretazione autentica della legge*, Torino 1997; P. Verri, *Sulla interpretazione delle leggi*, in «Il Caffè», 2 (1766), n. XXVIII (then in *Scritti vari di Pietro Verri ordinati da Giulio Carcano*, II, Firenze 1854, pp. 162-171); Voltaire, *Dictionnaire philosophique*, in *Oeuvres complètes de Voltaire*, n. ed., ed. L. Moland, XVIII, Paris 1878.

Il territorio e la giustizia

Le sedi giudiziarie toscane nella prima metà dell'Ottocento

di Antonella Calussi

1. Introduzione

La volontà riformatrice di Leopoldo II, che caratterizza l'ultimo scorcio di vita del Granducato di Toscana, si esprime in un progetto di razionalizzazione e semplificazione dei principi giuridici fissati da Pietro Leopoldo, sviluppati dall'uso forense in una prospettiva esaltante il nesso, ritenuto inscindibile, tra ordinamento giudiziario e norme processuali penali. Questo progetto si concretizza, faticosamente, nel *motu proprio* del 2 agosto 1838 che vede la luce grazie all'intenso lavoro di varie commissioni granducali, le quali utilizzano in modo innovativo, oltre che i contributi di organi e di soggetti qualificati raccolti in pareri e memorie richieste su propria iniziativa o su sollecitazione sovrana, anche strumenti particolari quali le statistiche giudiziarie¹ e gli esperimenti. Questi ultimi, decisivi per la promulgazione del *motu proprio*, si prestano ad una duplice e antitetica lettura dell'atteggiamento granducale, poiché, anche se è possibile individuare proprio nei medesimi il segno di una spregiudicatezza politica con riferimento alla delicata materia della giustizia, sono stati interpretati, al contrario, come simbolo dei tentennamenti e delle indecisioni di Leopoldo II².

Il sovrano è convinto della necessità di far precedere la riforma generale dell'ordinamento e della procedura giudiziaria dall'applicazione, a titolo sperimentale, delle nuove norme in una zona circoscritta del Granducato, onde saggiare gli effetti delle innovazioni al fine di evitare le possibili conseguenze dannose di una

¹ Sull'uso delle statistiche nel Granducato si veda M. Da Passano, *Le statistiche giudiziarie come strumento di politica penale: il Granducato di Toscana*, Milano 1995, p. 9.

² F. Carrara, *Giuseppe Puccioni e il giure penale. Cenni biografici del professore Francesco Carrara*, Firenze 1847, p. 34, sottolinea le paure del granduca perlomeno fino a che «non gli fu proposta la via di un esperimento; magica e prediletta parola che può designare in un profilo o riassumere in un solo concetto tutta la fisionomia e tutta la storia di quel governo». In realtà l'esperimento giudiziario è un retaggio della politica asburgica, ovviamente ben conosciuta dalla casa lorenese. Se quello toscano costituisce un *unicum* per la penisola italiana, non altrettanto infatti può dirsi per i territori austriaci che ci offrono ulteriori esempi di quello che rimane comunque un originale strumento riformatore. Si veda G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, I (*Assolutismo e codificazione del diritto*), Bologna 1976, pp. 515-536.

loro frettolosa approvazione. I luoghi prescelti per tale scopo sono Grosseto, la cui struttura giudiziaria viene disciplinata dal *motu proprio* del 31 dicembre 1836 e, successivamente, la provincia delle Romagne, oggetto del *motu proprio* del 7 settembre 1837 richiamante i contenuti di quello applicato alla Maremma, che diventano i teatri della “riforma-pilota”.

2. La riforma pilota

L'entrata in vigore nel 1836 della riforma nel Grossetano e poi, nel 1837 nelle Romagne, dà vita in Toscana a una situazione del tutto peculiare che vede la forzata coesistenza di nuovi e antichi giudici, nonché di diversi *modi procedendi*, nell'ambito di un sistema normativo di per sé fluido e complesso, faticosamente e giornalmente ricomposto ad unità da una giurisprudenza sensibile ed intraprendente. I rischi insiti nella predisposizione all'interno del Granducato, di due metodi di procedura profondamente diversi l'uno dall'altro sono sottolineati da Luigi Matteucci, l'insigne giurista membro della Consulta³; e, in effetti, non può sfuggire l'intrinseca contraddizione di un sistema che, volendo perseguire un intento di razionalizzazione e semplificazione, crea invece, se pur solo temporaneamente, nuove e atipiche forme di particolarismo giuridico.

La convinzione del granduca, secondo cui un eventuale fallimento della riforma nella Maremma, zona tristemente nota per la sua condizione di degrado, o nelle Romagne, poste non solo geograficamente ai margini del Granducato, non possa comunque tradursi in una sconfitta politica del governo, induce il medesimo ad ignorare le perplessità segnalate dal giurista livornese.

Le esigenze finanziarie hanno grande peso nell'esperienza, nell'ambito del quale particolare attenzione viene data alla determinazione dei nuovi confini giurisdizionali e al numero e allo stipendio dei giudici e molte scelte garantiste, come quella di un numero di componenti del collegio adeguato ad evitare incompatibilità e ricorsi a giudici esterni, vengono abbandonate per motivi economici.

La consapevolezza della gravità dello sforzo di coordinamento che la peculiarrissima geografia giudiziaria del Granducato richiede, non è però sufficiente ad imporre la soddisfazione delle esigenze interpretative ed esecutive della nuova normativa attraverso l'elaborazione di un codice di rito penale; infatti dinanzi all'insufficienza della «disputazione del foro sotto l'autorità de' prudenti»⁴ per

³ Sull'importante giurista livornese, definito dal granduca «uno dei più forti legali e insieme uomo di stato» si veda, oltre a F. Colao, *Luigi Matteucci, un giurista progettatore di codici in una terra di ius commune*, in *Codice penale per il Principato di Lucca (1807)*, Padova 1999, pp. XXXV sgg.; F. Pesendorfer, *Il governo di famiglia in Toscana. Le memorie del Granduca Leopoldo di Lorena (1824-1859)*, Firenze 1987, p. 24; G. Tori, *Ideali e riforme del Consiglio di Stato e del Senato*, in *Il principato napoleonico dei Baciocchi (1805-1814). Riforma dello stato e società*, Lucca 1986, pp. 125 sgg. Per notizie più strettamente biografiche utile anche la consultazione di S. Bongi, *Inventario del r. Archivio di stato di Lucca*, III, *Corte dello Stato di Lucca*, parte I, Lucca 1880, p. 105; inoltre G. Baldasseroni, *Leopoldo II Granduca di Toscana e i suoi tempi*, Firenze 1879, p. 130, A. Zobi, *Storia Civile della Toscana dal 1737 al 1848*, Firenze 1850, p. 498, e A. Mazzarosa, *Sulla legislazione lucchese. Compendio storico-critico*, in *Opere*, 2, Lucca 1841-1842, p. 247.

⁴ J. Buonfanti, *Della istruzione de' processi criminali in Toscana. Commentario dell'avv. Jacopo Buonfanti*, Lucca 1850, p. 3.

l'interpretazione di norme che, nonostante la loro specificità sono costrette ad interagire con un sistema di ben più ampio respiro, il rimedio adottato è quello della compilazione di un semplice regolamento di istruzione. Tale scelta anticipa quella che porterà alla promulgazione del Regolamento del 9 novembre 1838, chiamato a dare attuazione al motuproprio del 2 agosto e che, nel 1850, attirerà gli strali del Buonfanti⁵. Secondo tale autore la necessità di un supplemento di «Dichiarazioni ed Istruzioni» per esplicitare i punti essenziali della legge e colmare le sue frequenti lacune, non nasce dal contenuto della stessa, ma «dall'indole ch'essa era stata costretta ad assumere, indole cioè di semplice regolamento d'istruzione de' processi criminali, non di codice di rito penale»⁶.

Nell'ultimo decennio di vita del Granducato, la crisi che pone in discussione la sua stessa esistenza coinvolge anche il sistema delle fonti. Con la denuncia della difficoltà di «porre sott'occhio una giurisprudenza penale sparsa e confusa nei libri dei pratici e nelle raccolte delle decisioni dei tribunali, correttoria di una quantità di leggi vecchissime e tuttora vigenti tra noi, e a conoscer bene le quali ci vuol quasi tutta la vita di un magistrato»⁷ impensabile fino a pochi lustri prima, inizia ad affermarsi l'idea della necessità di un vero e proprio codice di procedura penale destinato a fare da corollario a quello penale. I dubbi e le critiche non coinvolgono però il granduca, il quale, al contrario, soddisfatto dei risultati dell'esperimento, decide di rompere ogni indugio e di far approvare la riforma generale preparata da anni di studio, abbandonando anche l'idea di un'applicazione iniziale della stessa limitata solo ad alcuni stralci.

3. La riforma generale

Il 2 agosto 1838 è promulgato il *motu proprio*, frutto del lavoro della Consulta, che riesce a delineare definitivamente quella riforma "organica" alla cui introduzione avevano invano lavorato le varie commissioni che, a partire da quella dei tre proponenti nominata dal granduca nel 1821, erano state incaricate di riformare l'ordinamento giudiziario e la procedura. La legge si apre con un proemio nel quale Leopoldo II afferma di voler adeguare l'amministrazione della giustizia ai principi più consoni allo stato della società e garantire l'ordine pubblico e le private proprietà. Il testo, integrato dalle *Istruzioni* del 9 novembre, revisiona la divisione governativa del Granducato e dà una compiuta disciplina della procedura. Esso è ben lontano da un codice moderno, anche perché privo del carattere della non eterointegrabilità e contenente pure disposizioni di carattere sostanziale. Sotto questo profilo il *motu proprio* è coerente con la volontà granducale e dei suoi più stretti collaboratori che, come abbiamo già detto, non si pongono il problema di superare il diritto comune. Se sotto il profilo dell'individuazione del modello procedurale applicabile nei tribunali, il risultato della riforma tradisce gli intenti, facendo spirare il sogno di un processo accusatorio toscano a favore di un

⁵ *Ibidem*, pp. 3 sgg.

⁶ *Ibidem*, p. 5.

⁷ J. Buonfanti, *Manuale teorico-pratico di diritto penale desunto dai migliori trattatisti e corredato dalle leggi e della pratica di giudicare dei tribunali toscani*, Pisa 1849, p. 6.

ibrido che si dipana tra rigurgiti inquisitori e sprazzi garantistici inferiori alle aspettative delle menti più illuminate, l'obiettivo della gerarchizzazione razionalizzatrice del processo è invece centrato, forse grazie anche al fatto che, in riferimento ad esso, le incertezze ideologiche si accompagnano a minori problemi di tipo finanziario. È così completato il percorso razionalizzatore iniziato nel 1814 con la soppressione dei vicariati feudali, ritenuti «piante esotiche e parassite» che «restarono tutte radicalmente avulse dal territorio granducale»⁸ e anche con l'esclusione di qualsiasi foro privilegiato⁹.

La prima parte del *motu proprio* è strutturata in modo tale da consentire «di discernere a colpo d'occhio il modo con il quale agli effetti governativi è stato diviso il Granducato e la giurisdizione assegnata ai vari tribunali sui territori componenti i vari compartimenti»; infatti il proemio della legge è immediatamente seguito da un lungo prospetto che offre una chiara visione grafica del frutto degli sforzi congiunti della Consulta e della presidenza del Buon governo¹⁰ le quali, attraverso un'analisi delle peculiari esigenze delle varie zone, hanno ridisegnato topograficamente, semplificandola, la mappa giudiziaria toscana con una drastica riduzione del numero dei tribunali superiori.

Lo snellimento anche geografico dell'apparato giudiziario è causa di malumore per coloro che vedono ridotti i loro poteri in conseguenza della soppressione delle vecchie magistrature. L'avvocato Romanelli, autore di un saggio piuttosto polemico, ad esempio, ritiene illiberale la riforma del 1838 nella parte in cui sopprime i tribunali di appello delle province, imponendo così a coloro che sono privi dei mezzi economici necessari di «astenersi dai fiati pel troppo alto prezzo della giustizia»¹¹. Qualsiasi riforma mina per sua natura antichi privilegi e consolidate prerogative, ma è proprio dalla sua capacità di resistere alle difese interessate e alle tendenze involutive che si può evincerne l'effettiva rispondenza alle necessità del paese al quale è applicata; le riforme giudiziarie non costituiscono eccezione a questo principio ma sono innegabili gli impatti potenzialmente devastanti delle stesse, allorché non siano sorrette da una mediata visione di insieme dei problemi della giustizia o, ancor peggio, siano dettate da logiche di mero risparmio economico basate su tagli incuranti delle singole realtà, perché, per usare le stesse parole di Leopoldo II, pur attentissimo ai carichi finanziari, «l'economia non c'entra perché essa non si può fare sul necessario senza danno evidente del corpo sociale»¹².

L'Ademollo, primo commentatore del *motu proprio* del 2 agosto 1838, sottolinea che «se vi fu provincia in Europa che la prima risentisse i benefici effetti di

⁸ Archivio di Stato di Firenze (d'ora in poi ASF), *Segreteria di Gabinetto*, filza 219, ins. 1.

⁹ L'unica eccezione è costituita dai tribunali criminali per i militari, mentre «l'amministrazione stessa comparisce davanti i tribunali ordinari, come se fosse un privato cittadino» e i chierici sono giudicati dai magistrati ordinari che però applicano loro «le pene secondo il disposto del gius canonico» come ricorda L. Romanelli, *Del numero e delle residenze delle future corti d'appello toscane. Avvertenze del dott. Leonardo Romanelli*, Arezzo 1847, p. 21.

¹⁰ ASF, *Segreteria di Gabinetto*, filza 219, ins. 2.

¹¹ Romanelli, *Del numero* cit. p. 21.

¹² ASF, *Segreteria di Gabinetto*, filza 539, ins. 1.

una proporzionata distribuzione della Potestà Giudiziaria sulla estensione del suo territorio, fu la Toscana»¹³. Leopoldo II si inserisce in tale tradizione conservando la divisione in potesterie e vicariati ma, pur mantenendo invariata l'antica nomenclatura, muta le attribuzioni di tali organi che vengono affiancati da nuove magistrature e inseriti in una mappa giudiziaria e governativa profondamente trasformata. Il Granducato viene così suddiviso nei governi di Firenze, Livorno, Pisa, Siena, Isola d'Elba, e nei commissariati regi di Pistoia, Arezzo, Montepulciano, San Casciano, Volterra, Pontremoli, nell'ambito dei quali le funzioni di polizia sono esercitate dal presidente del Buon governo, dai governatori, dagli auditori di governo, dai commissari regi, dai vicari regi e dai commissari di polizia¹⁴. L'amministrazione giudiziaria è affidata ai potestà, ai vicari, sostituiti in alcune zone dai giudici direttori degli atti criminali, ai giudici civili, ai tribunali collegiali di prima istanza, alla corte regia e alla consulta.

L'attento studio delle esigenze locali si riflette sulla determinazione dei perimetri giurisdizionali, individuati in modo da attribuire a ciascun tribunale la giusta mole di lavoro conciliando l'interesse del suddito ad avere magistrature facilmente accessibili con quello dello stato di non essere gravato da costi di uffici superflui; la classificazione dei tribunali ne distingue infine l'importanza, anche al fine degli avanzamenti del personale.

Il legislatore toscano mostra un'estrema cura nella ristrutturazione del sistema giudiziario ed è consapevole di disciplinare quella che la dottrina considera una delle basi della legislazione e della giurisprudenza e precisamente «la garanzia sociale contro le prevaricazioni e gli errori, la quale si ottiene colla pubblicità de' giudizi, con alcune forme salutari, col pubblico ministero, colla gerarchia dei tribunali»¹⁵. Il modello di riferimento è sicuramente quello francese, ma la Consulta non lo imita pedissequamente¹⁶, anche perché il sistema delineato dalla riforma appare assai più accentrato di quello transalpino, rispetto al quale presenta un numero decisamente inferiore di tribunali¹⁷.

Se dal punto di vista strettamente operativo è innegabile che la riforma migliora e razionalizza l'apparato giudiziario, sfrondando l'intricata selva di giurisdizioni sovrapposte senza precisi criteri gerarchici e ponendo fine ai pochi chia-

¹³ A. Ademollo, *Il giudizio criminale in Toscana secondo la Riforma Leopoldina del MDCCCXXXVIII. Cenni teorici pratici*, Firenze 1840, p. 94.

¹⁴ I quadri relativi all'amministrazione governativa sono illustrati da A. Ferrini, *Descrizione geografica della Toscana secondo i riordinamenti politici, governativi e giudiziari pubblicati a tutto il dicembre 1838*, Firenze 1839, pp. 45-47.

¹⁵ L. Bosellini, *Sulla condizione ed efficacia dei periti nei giudizi, e specialmente nei criminali. Osservazioni sull'opuscolo del signor Mittermaier stampato a Genova dalla gazzetta dei tribunali*, in «La temi. Giornale di giurisprudenza e legislazione», 4 (1853), p. 714.

¹⁶ C. Vanni, *Della Riforma dell'organizzazione giudiziaria toscana*, in «La temi. Giornale di giurisprudenza e legislazione», 2 (1849), p. 10.

¹⁷ Lo stesso aggettivo che accompagna il *motu proprio* è un'eredità della tradizione napoleonica alla quale si deve l'uso del termine organico per indicare un testo contenente la disciplina dell'ordinamento giudiziario. Si veda in merito E. Dezza, *Il modello nascosto. Tradizione inquisitoria e riferimenti napoleonici nel Regolamento Organico e di procedura Criminale del 5 novembre 1831*, in *I regolamenti penali di papa Gregorio XVI per lo Stato Pontificio (1832)*, Milano 2000, p. XCVII.

ri conflitti di competenza che avevano paralizzato per anni la macchina giudiziaria, dal punto di vista finanziario la stessa crea un esubero di personale, difficilmente collocabile. Questo costituisce sul piano operativo il vero punto debole della riforma, perché escludendo la possibilità di reinserire i vecchi notabili nei nuovi ruoli, per i quali si cercano persone tecnicamente preparate e non compromesse con l'antico sistema, le finanze granducali sono gravate dal forzato e anticipato pensionamento di un gran numero di impiegati e, al contempo, delle ingenti spese per l'attivazione delle nuove strutture giudiziarie¹⁸. La necessità di un contenimento della spesa impone quindi l'iniziale installazione dei nuovi tribunali con organici inferiori alle loro reali necessità e ciò porta ad un allungamento dei tempi processuali originariamente previsti a causa della mancanza di uomini e mezzi, con il rischio di minare lo scopo principale della riforma generale.

L'estrema prudenza del granduca non salva la riforma dagli attacchi, spesso feroci, di coloro che non hanno interesse ad un sistema giudiziario semplificato e agevole e che per questo hanno cercato vanamente di bloccare l'inarrestabile tendenza verso una struttura gerarchizzata e centralizzata, espressa da tutti gli interventi legislativi in Toscana successivi alla Restaurazione. Il malcontento popolare è infatti usato dai vecchi magistrati per tentare di bloccare le innovazioni, ma è evidente che siamo innanzi ad una strumentalizzazione volta a mistificare rimostranze interessate e prevenute. Le accese, e talvolta violente, critiche non riescono però ad imporre un ritorno al passato. Al contrario, le ulteriori modifiche che verranno apportate alla struttura giudiziaria nel 1842 e nel 1848, segnano l'abbandono anche degli ultimi retaggi dei vecchi tribunali con la definitiva separazione della corte di cassazione dalla consulta e la sostituzione dei pretori ai vicari. L'attento studio delle esigenze locali e i limitati compromessi finanziari, come quello di ridurre il numero del personale effettivamente necessario pur di non evitare l'anticipato collocamento a riposo di coloro che, per resistenza più o meno interessata, rischiano di inceppare la nuova struttura giudiziaria così faticosamente costruita, permettono alla riforma di superare le varie opposizioni e conseguire gli obiettivi granducali.

In un'epoca in cui la geografia giudiziaria italiana è protagonista di un cambiamento epocale, che vede la soppressione di oltre la metà delle sue sedi di tribunale, interpretato da coloro che ravvisano in ogni chiusura di tribunale una sconfitta della giustizia e un profondo *vulnus* alla democrazia, e da altri, invece, come un coraggioso intervento volto a porre le basi di un rinnovamento, se non di una vera e propria rinascita, del nostro paese, la riforma granducale del 1838 offre un'ulteriore spunto di riflessione confermando che lo studio delle esperienze giuridiche passate non è mai fine a sé stesso ma intimamente legato ad ambiti ritenuti erroneamente dominio esclusivo dei cosiddetti "giuristi positivi".

¹⁸ I vari *motu proprio* di nomina e di messa a riposo del personale giudiziario si trovano in ASF, *Reale Consulta*, serie II, 405.

La Consulta Generale del Regno delle due Sicilie e la riforma della Cassazione (1835-1843)

di Francesca De Rosa

1. La Cassazione Napoletana

La rivoluzione francese, come scrisse Giuseppe Pisanelli nella sua *Memoria* sulla Cassazione del 1859, con il suo carattere universale travalicò i limiti territoriali nei quali era scoppiata, trasformando, anzi riformando tutto il sistema sociale e politico su cui si erano fondate le nazioni occidentali fino a quel momento¹. La *vague révolutionnaire* arrivò nel Regno di Napoli nel 1799 e la legislazione della Repubblica Napoletana venne organizzata ricalcando la Costituzione francese, che poneva al vertice dell'ordinamento giudiziario la Corte di Cassazione, a cui competeva giudicare o su decreti emessi «contra le forme legali» o contro espresse violazioni di legge². Dopo la breve parentesi repubblicana, gli apparati giudiziari tornarono al loro antico funzionamento e solo con le grandi riforme del decennio francese, partì un vero e proprio processo di modernizzazione dello stato senza precedenti³. Fu una vera e propria “svolta” per il Regno, con un sistema di apparati e strutture che rimasero pressoché intatte fino all'Unità d'Italia⁴. Le leggi di riforma promulgate nel biennio giuseppino e perfezionate da Murat, provocarono un forte spostamento degli equilibri costituzionali dal giudiziario all'esecutivo⁵, costituendo una “monarchia amministrativa”⁶.

A Napoli le resistenze contro il sistema della Cassazione furono forti e si manifestarono in Consiglio di Stato nelle lunghe discussioni che si ebbero tra il 1806 e

¹ *Della Corte di Cassazione. Memoria del socio Giuseppe Pisanelli*, in «Atti dell'Accademia di scienze morali e politiche» 12 (1875), p. 31. Sulla riforma giudiziaria in Francia cfr. J. Godechot, *Les institutions de la France sous la Révolution et l'Empire*, Paris 1951, *passim*.

² A.M. Rao, *L'ordinamento e l'attività giudiziaria della Repubblica Napoletana del 1799*, in «Archivio storico per le province napoletane», terza serie, XII (1973), ma pubbl. 1974), p. 95.

³ Cfr. R. Ajello, *Arcana juris. Diritto e politica nel Settecento italiano*, Napoli 1976, *passim*, e A. De Martino, *Giustizia e politica nel Mezzogiorno (1799-1825)*, Torino 2003, *passim*.

⁴ G. Capone, *Discorso sopra la storia delle leggi patrie all'altezza reale del principe D. Ferdinando duca di Calabria*, 2^a ed., Napoli 1845, II, pp. 174 sgg.

⁵ De Martino, *La nascita delle intendenze. Problemi dell'amministrazione periferica nel Regno di Napoli 1806-1815*, Napoli 1984, *passim*.

⁶ De Martino, *Aspetti di storia della Cassazione nell'esperienza giuridica del Mezzogiorno preunitario*, in *Fides humanitas ius*, Studi in onore di Luigi Labruna, Napoli 2007, p. 1439. Cfr. R. Feola, *La Monarchia amministrativa. Il sistema del contenzioso nelle Sicilie*, Napoli 1984, *passim*.

il 1808. Al termine di questi accesi dibattiti venne promulgata la legge 20 maggio 1808 con la quale si introduceva la Cassazione, come previsto per la Francia⁷: il Supremo tribunale di legittimità avrebbe dovuto cassare le sentenze contrarie alla legge e rimetterle ad un tribunale dello stesso grado di quello che aveva emanato la sentenza. Per queste sue attribuzioni la Gran Corte di Cassazione, poi Corte di Cassazione, venne immediatamente guardata con sospetto dai *forensi*, i quali vedevano sempre più delimitato il proprio ruolo di interpreti del diritto in favore di una giustizia più meccanica e garantista⁸. Il decreto del 3 aprile 1812⁹ proclamò la garanzia e l'osservanza del principio di legalità e di certezza del diritto, «contro l'errore» e contro le «suggerzioni di un'equità arbitraria»¹⁰. La Cassazione era formata da «un corpo di magistrati esercitante la più imponente prerogativa della sovranità vigilando con augusta censura se c'è violazione di legge e di rito»¹¹.

La Cassazione doveva essere posta a garanzia del nuovo Stato, fondato sulla separazione dei poteri e sull'unità del diritto realizzata attraverso la legge¹². Spartiacque tra il potere giudiziario e il potere legislativo doveva, da una parte, garantire l'indipendenza dell'uno rispetto all'altro e, limitare l'intervento del Governo nei casi di dubbio di legge. Un'istituzione nata per assicurare la corretta e univoca applicazione delle leggi, che sottoponeva la magistratura a rigidi con-

⁷ Sull'*iter* della riforma giudiziaria e sui suoi contenuti cfr. F. Mastroberti, *Codificazione e giustizia penale nelle Sicilie dal 1808 al 1820*, Napoli 2001, *passim*.

⁸ Luigi Blanch notò limiti e insufficienze della Corte di Cassazione, evidenziando le difficoltà di adattamento all'organismo sociale e costituzionale del regno, le resistenze che incontrò tra i giuristi, l'opinione pubblica e gli intellettuali dei primi decenni del secolo XIX; cfr. A. De Martino, *Per la storia della Cassazione a Napoli: il dibattito sull'ordinamento giudiziario durante gli anni Venti dell'Ottocento*, in *Università e professioni giuridiche in Europa nell'età liberale*, a cura di A. Mazzacane, C. Vano, Napoli 1994, p. 485.

⁹ Il Decreto fu il frutto di alcune osservazioni volte a voler migliorare il sistema e rendere più efficace il controllo gerarchico; la legge 20 maggio, invece, ometteva di attribuire la competenza su alcune materie che, al contrario, le appartenevano quali la sicurezza pubblica o il legittimo sospetto od anche la risoluzione dei conflitti giurisdizionali tra tribunali di terra e di mare, come il conflitto tra tribunale d'eccezione e tribunali ordinari. Non è chiaro se la lacuna normativa fosse voluta per ragioni di carattere "politico" o era una "mera dimenticanza". Sta di fatto che, con questo silenzio legislativo, il Governo precludeva il buon funzionamento della giustizia. Cfr. Archivio di Stato di Napoli (da ora ASN), *Procura Generale della Corte di Cassazione*, fasc. 22, fasc. 3.

¹⁰ M. Taruffo, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Bologna 1991, pp. 40-46. Secondo quanto disposto dalla Legge 3 aprile 1812, le sentenze che erano annullate dalla Cassazione fino alla Restaurazione erano rinviate allo stesso tribunale che si era espresso o ad uno di pari grado. In seguito, con la legge del 29 maggio 1817, la competenza esclusiva venne attribuita alla sola Corte di Appello di Napoli. Questa soluzione parve di fondamentale importanza a quanti si consideravano contrari al sistema di cassazione, perché attaccava il procedimento francese in uno dei suoi punti nevralgici; cfr. De Martino, *Per la storia della Cassazione a Napoli* cit., p. 491.

¹¹ ASN, *Archivio Borbone*, fasc. 661.

¹² L. Capuano, *Giurisprudenza civile della Corte Suprema di giustizia di Napoli*, Napoli 1861, p. XII: «ella col mantenere l'unità della legislazione conserva anche l'unità nazionale; imperocché uno dei più potenti vincoli delle parti degli Stati sono le uniformi istituzioni (...) da ciò deriva che bisogna creare un'istituzione unica che si estende sopra tutte le parti, le stringe insieme e le riunisce (...) a questo scopo furono assegnate due funzioni alla Cassazione: vigilare alla esatta applicazione delle leggi: impedire la varietà della loro interpretazione: due vie per riuscire al medesimo intendimento, le quali sembrano simili, ma che sono essenzialmente diverse; imperocché non basta rispettare il testo della legge, ma bisogna intenderla nella medesima maniera».

trolli, per evitare che sovvertisse «le libertà civili»¹³, con una giurisdizione limitata alle sole questioni di diritto, ossia alla verifica del rispetto dei limiti fissati dalle leggi per la formulazione dei giudizi; il suo compito era di tutelare la legge, principio fondante dell'ordine sociale, «essendo la misura de' diritti e de' doveri di tutti e la regola del viver comune»¹⁴. Tuttavia la Corte di Cassazione, pur se «circondata dal plauso delle nuove generazioni, fu avversata da coloro il cui animo era rimasto devoto agli ordini antichi»¹⁵. Infatti, fin dalla sua costituzione, fu costantemente *contrastata* nel Regno di Napoli da quanti si ponevano come sostenitori del sistema della “terza istanza,” in fondo ancora legati all'antica procedura della “doppia sentenza conforme”.

2. Tra Cassazione e Revisione: dieci anni di discussioni alla Consulta (1825-1835)

Il sistema voluto dai napoleonici a Napoli fu, così, fortemente avversato dal ceto giuridico che, spossessato degli antichi privilegi, tentava la trasformazione di questo discusso strumento giudiziario da giudice di legittimità in tribunale di revisione, attraverso il richiamo alla procedura della “doppia conforme” in uso negli ordinamenti di Antico Regime¹⁶.

Tra il 1823 ed il 1824¹⁷, in seno al Consiglio dei Ministri, si svilupparono diverse discussioni sull'attività della Corte e se ne auspicava un riesame complessivo¹⁸. Ma l'occasione per dare avvio ad un vero e proprio processo di riforma dell'ordinamento giudiziario, e quindi del Supremo Tribunale, si ebbe nel 1824 quando, con decreto del 9 agosto venne affidata alla Consulta l'intera “questione giustizia”¹⁹. Difatti le leggi sull'ordinamento giudiziario del 29 maggio 1817 e del 7 giugno 1819, ricalcando senza troppe modifiche la riforma giudiziaria del 1808, avevano recepito le riforme giuseppine e lasciati irrisolti molti problemi di natura tecnica, già denunciati durante il decennio, relativi al funzionamento del dibattimento e del sistema della Cassazione. Questi problemi erano messi in risalto in maniera più o meno strumentale dalla magistratura che, dopo lo “scrutinio” del 1821, risultava composta in larga parte da vecchi magistrati legati alle antiche istituzioni giudiziarie.

Il dibattito si svolse a partire dal 1824 in seno alla Consulta Generale del Regno, organo istituito dalla Corona dopo il congresso di Lubiana²⁰, per dare al Regno una parvenza di istituzioni liberali, ed evidenziò la presenza di una forte

¹³ Discorso pronunciato nell'installazione della Corte Suprema di Giustizia dal regio Procuratore generale G.B. Vecchione presso la medesima il giorno 21 luglio 1817, Napoli 1817: «La libertà è garantita da un ottimo sovrano. Esempio ce ne dà la Francia con la Suprema Corte di Giustizia».

¹⁴ G. De Thomasis, *Della Gran Corte di Cassazione ultimamente denominata Suprema Corte di Giustizia*, in *Il Progresso delle scienze, delle lettere e delle arti*, vol. I, Napoli 1832, p. 245.

¹⁵ Pisanelli, *Della Corte di Cassazione* cit., p. 92.

¹⁶ De Martino, *Per la storia della Cassazione* cit., pp. 486 sgg.

¹⁷ ASN, *Protocollo del Consiglio dei Ministri*, vol. 91, n. 10, Seduta 24 apr. 1823. *Ibid.*, vol. 94, n. XX. Seduta 9 ago. 1824

¹⁸ De Martino, *Per la storia della Cassazione* cit., p. 490.

¹⁹ *Ibid* p. 496.

²⁰ A. Scirocco, *L'Italia del Risorgimento (1800-1860)*, Bologna 1990, pp. 27 sgg.

componente di consiglieri, capeggiata da Gaspare Capone che tentò di trasformare la C. in un tribunale di revisione o di terza istanza²¹.

Il sistema giudiziario napoleonico veniva presentato al presidente della Consulta come un “rottame” e la Cassazione, che aveva cambiato il suo nome in Tribunale Supremo, venne etichettata come un’invenzione “infernale”, piena di difetti di funzionamento. Per ordine del Re, la Consulta venne incaricata di analizzare due progetti di trasformazione della Cassazione e si accese un fervido dibattito sulla possibilità di ripristinare la “doppia conforme”²². Molteplici furono gli interventi e le posizioni espresse dai consiglieri sull’opportunità di mantenere la Cassazione, sulle questioni riguardanti il rapporto magistratura – società in relazione all’ordine pubblico e, più in generale, sull’ordinamento giudiziario²³. Fu uno scontro significativo poiché contrappose il sistema della Cassazione a quello della Revisione secondo uno schema che caratterizzò tutte le discussioni che sorsero ed accompagnarono il percorso della Cassazione, fino all’unificazione²⁴.

Il dibattito napoletano degli anni venti rianimò, quindi, il ceto dei forensi, che probabilmente sperava di potersi riappropriare del proprio antico ruolo, di quella centralità del “togato” che i codici avevano respinto ai margini²⁵. Tuttavia, rappresentava anche problemi reali, legati al funzionamento della Suprema Corte²⁶. Sembra strano, infatti, dedurre che, dopo le profonde trasformazioni napoleoniche che avevano modificato sul piano formale e sostanziale il Mezzogiorno d’Italia, tutto il fervore polemico e tutte le avversioni contro il sistema vigente fossero il mero frutto di *amarcord* e non ragioni pratiche e reali. L’avversione nei confronti del sistema Cassazione rappresentava immediatamente non solo uno scontro politico tra togati e istituzioni, ma anche l’espressione di un «mal funzionamento», che rallentava il «buon andamento» della giustizia²⁷. Capone, a tal proposito, sottolineava problematiche di ordine pratico difficilmente confutabili e affermava che la Cassazione offriva un

rimedio monco che mi vendica dalle ingiurie sofferte nelle questioni di diritto e neppure in tutte e, mi abbandona del tutto agli errori e ai capricci del giudice nelle questioni di fatto, (...) così che chi ha vinto in Cassazione ha bisogno di un’altra vittoria in Corte d’Appello; ma questa decisione è annullata, si ricomincia nuovamente e le liti si prolungano²⁸.

²¹ Su Capone cfr. F. Mastroberti, *Gaspare Capone*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, diretto da I. Biocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Miletta, Bologna 2013, I, pp. 431-432.

²² ASN, *Ministero della Presidenza*, Parere di sette consultori sulla preferibilità della doppia conforme al sistema giudiziario francese e Pensieri diretti a rendere più utili le Corti supreme di Napoli e Palermo, fasc. 241.

²³ I. Ascione, *L’attività giuridico-amministrativa della Consulta generale del Regno delle due Sicilie dal dibattito alla pubblicazione dei pareri*, in «Rassegna degli Archivi di Stato», 1991, pp. 84 sgg.

²⁴ M. Meccarelli, *Le Corti di Cassazione nell’Italia unita. Profili sistemati e costituzionali della giurisdizione in una prospettiva comparata (1865-1925)*. Milano 2005, *passim*.

²⁵ Sulla cultura giuridica italiana del primo Ottocento cfr. S. Solimano, *Verso il Code Napoléon: il progetto di Codice civile di Guy Jean-Baptiste Target (1789-1799)*, Milano 1998; R. Ferrante, *Dans l’ordre établi par le Code civil. La scienza del diritto al tramonto dell’Illuminismo giuridico*, Milano 2002, F. Masciari, *La codificazione civile napoletana. Elaborazione e revisione delle leggi civili borboniche (1815-1850)*, Napoli 2006.

²⁶ De Martino, *Aspetti di storia cit.*, p. 1446.

²⁷ *Ibid.*, p. 1447

²⁸ ASN, *Ministero della Presidenza*, Parere di sette consultori cit.

Le aspettative di riforma, che vennero riposte in Francesco I furono, però, rapidamente disattese. Quelli che speravano di poter procedere ad un cambiamento, sia in senso liberale quanto in senso reazionario, rimasero delusi. Il primo grande dibattito sulla Cassazione si chiuse, infatti, con la vittoria dei filo-francesi – guidati da Domenico Criteri, professore di diritto civile all’Università di Napoli, giurista di confessata fede napoleonica e autorevole componente della Consulta – e la sconfitta dei fautori della doppia conforme, capeggiati da Gaspare Capone. La vittoria dei “conservatori” del sistema napoleonico fu anche dovuta al forte appoggio del Governo Medici-Tommasi, paladini fin dal 1815 di un mantenimento del modello francese²⁹.

La morte di questi *diarchi*, aprì uno spazio a nuovi scenari politici, che consentirono al partito anti-francese un nuovo attacco al sistema avversario ed in particolare ai suoi pilastri: Cassazione e dibattito³⁰. Nel 1830 era, intanto, asceso al trono Ferdinando II, il quale, dopo una prima fase in cui sembrava voler avviare un nuovo corso nella storia del Regno attraverso iniziative politiche di apertura liberale, in realtà non progettò né riforme strutturali per l’amministrazione, né si aprì a forme consultive o costituzionali. La posizione reazionaria della monarchia e la sua chiusura verso la cultura ed il progresso emersero sempre più chiaramente dalla seconda metà degli anni Trenta³¹.

La prima occasione di rivincita per il partito contrario alla Cassazione si ebbe nel 1827, quando il Re rimise alla Consulta Generale vari progetti di riforma delle Corti Supreme di Napoli e Palermo. Una parte esigua, ma influente della Consulta – perché ne faceva parte l’allora Presidente Generale il Principe di Cardito – affermò che la Cassazione non era un «edifizio da potersi rattoppare, ma da doversi demolire, per rifarlo da capo»³². Venne così riproposta la “doppia conforme”, ma «era una posizione ardita, perché i Ministri, pochi anni prima, erano stati al ritorno del Re gli autori di fargli accettare questa parte delle novità francesi»³³. Dopo

²⁹ R. Feola, *Dall’illuminismo alla Restaurazione. Donato Tommasi e la legislazione delle Sicilie*, Napoli 1977, pp. 273-288. Nel 1825 vi fu un mutamento di un certo rilievo nel personale della Corte Suprema. A seguito delle reiterate lamentele sull’inefficienza di questo Tribunale, Tommasi presentò al Consiglio dei Ministri del 29 e del 31 ottobre 1825 un rapporto dettagliato nel quale, dopo aver sottolineato che la Suprema Corte era un «collegio conservatore della legge e censore dei magistrati», questa doveva necessariamente essere composta da «soggetti ornati di lumi e pieni di attività». La condizione del personale della Corte era però tale da non permettere l’effettivo svolgimento delle attività: il personale in ruolo, infatti «non era più in grado di sostenere la carica a cagione dell’età grave e di salute abitualmente cagionevole»: cfr. ASN, *Consiglio dei Ministri*, Protocollo, vol. 96, n. XCII.

³⁰ F. Mastroberti, *Tra Scienza e Arbitrio. Il problema giudiziario e penale nelle Sicilie dal 1821 al 1848*, Bari 2005, in part. pp. 139-150.

³¹ L. Blanch, *Memoria sullo stato del Regno di Napoli (dicembre 1830)*, in *Scritti storici*, a cura di B. Croce, Bari 1945, II, pp. 303-334; N. Nisco, *Storia del Reame di Napoli dal 1824 al 1860. Francesco I - Ferdinando II - Francesco II*, Napoli 1908; R. Moscati, *Il Mezzogiorno nel Risorgimento italiano*, in *Questioni di storia del Risorgimento e dell’Unità d’Italia*, a cura di E. Rota, Milano 1951, pp. 253-290; Scirocco, *Il Mezzogiorno* cit.; A. Scirocco, *L’Italia del Risorgimento 1800-1871*, Bologna 1993.; A. Scirocco, *Dalla seconda restaurazione alla fine del Regno*, in *Storia del Mezzogiorno*, IV, Roma 1986.

³² Biblioteca Nazionale di Napoli V. Emanuele (da ora BNN), 65.6-34, *Consulta Generale, Prospetto di tutti i lavori fatti per la Consulta Generale sulla riforma delle Corti Supreme di Napoli e di Palermo in seguito al Real Ordine del 1835*, Napoli s.d.

³³ *Ibid.*, p. VII.

alcuni anni, nella seduta del Consiglio di Stato del 22 febbraio 1835, il Re ordinò di valutare due progetti di revisione, volti ad arginare l'abuso del ricorso di annullamento. In quella sede si ritornò a parlare di doppia conforme. L'intenzione era quella di rivendicare l'autonomia nell'interpretazione della legge contro il legicentrismo rivoluzionario, rappresentato simbolicamente dalla Cassazione. Anche in questa circostanza il dibattito non portò esiti.

3. *Un dibattito dimenticato: 1837-1843*

La voce *Cassazione* dell'Enciclopedia giuridica italiana, curata da Francesco Saverio Gargiulo, elencando i diversi dibattiti che si ebbero in Italia a partire dal 1809 per quanto riguarda Napoli si arresta al 1835. Questi terminarono con il mantenimento della Cassazione, e l'autore riferisce che i dibattiti intervenuti tra Gaspare Capone e Domenico Criteri restarono insuperati anche dopo l'unità: «Disse il Ministro De Falco nel suo discorso al Senato nella tornata dell'8 marzo 1871, che i nuovi studi nulla hanno aggiunto di più a quanto fu scritto»³⁴. Tuttavia il Gargiulo ed anche gli storici successivi non hanno tenuto conto di un altro lungo dibattito, che intervenne in Consulta a partire dal 1837 e che si protrasse sino al 1843. Una discussione rimasta a lungo nell'oblio – eppure fortemente significativa – in quanto si concluse con una inattesa anche se sterile vittoria del partito della Terza istanza, guidato ancora da Gaspare Capone.

L'occasione per riaprire in Consulta la questione Cassazione / Terza istanza venne offerta al Capone dalla riforma del sistema di Cassazione francese, modificata dalla legge 1° aprile 1837³⁵ «sull'autorità delle sentenze rese dalla Corte di Cassazione a camere riunite»³⁶. La Cassazione non aveva, come si sa, il potere di giudicare nel merito le cause. Infatti

se i magistrati di questa Corte suprema scoprivano un vizio riguardante il modo in cui una causa era stata giudicata in appello, ossia in seconda istanza, dovevano “cassare” la sentenza e rinviare la causa dinanzi ad un'altra Corte di Appello. Solo nel caso in cui quest'ultima giudicasse in conformità alla decisione resa dai primi consiglieri di appello, la causa avrebbe potuto essere avocata dalla Cassazione, che avrebbe deciso sovranamente, con gran solennità, (con) “tutte le Camere riunite”³⁷.

Con questo procedimento si assicurò l'uniformità della giurisprudenza, evitando anche

un ricorso del potere giudiziario al potere legislativo, fino ad allora reso invece necessario, stante l'interdizione rivolta al giudice nei primi articoli del Codice civile di pronunciare la sua sentenza in via generale o regolamentare»³⁸.

³⁴ F.S. Gargiulo, *Cassazione*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, III part. II, Milano 1905, p. 21.

³⁵ *Loi relative à l'autorité des arrêts rendus par la Cour de Cassation après deux pourvois*, in *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, réglemens. Avis du Conseil d'État. Par J.B. Duvergier avocat à la Cour Royale de Paris*, Tome Trente-Septième, Paris 1837, pp. 83 sgg.

³⁶ A.-J. Arnaud, *Da giuristi a tecnocrati. Diritto e società in Francia dalla codificazione ai giorni nostri*, a cura di F. Di Donato, Napoli 1993, pp. 40-41.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ibid.* La legge del 1837 venne promulgata perché si temeva il ritorno all'epoca dei Parlamenti. Si «riconobbe alla Corte di Cassazione il potere di prevalere nei dissidi con i giudici di merito e si attri-

La legge francese del 1837 stabilì un ampliamento dei poteri della Corte di Cassazione che venne ad esercitare una vera e propria funzione di indirizzo sui tribunali inferiori nell'interpretazione della legge³⁹.

A Napoli, il partito anti-francese vide nella riforma francese un'opportunità per tornare alla carica e il Capone, credette necessario proporre al nuovo sovrano «gli antichi lavori della Consulta». Infatti,

erano sopraggiunte tre novità. La prima, che già in Francia era variato due volte lo stato della Cassazione. Cosa predetta dagli antichi lavori della Consulta, sul fondamento dello sconcerto essenziale a quel sistema. Questa esperienza era necessario portarla agli occhi del Re. La seconda. Col progetto del Ministero che coincide colla odierna forma della C. francese, si dà alla C., una parte del merito delle cause, cioè la decisione del diritto; e facendosi un passo di più, già siamo al mio progetto della doppia conforme, che decide di fatto e diritto. La terza. La Consulta di ora è quasi tutta rinnovata; e conviene, che in affare di tanto momento il Re profitti de' lumi di tutti i valentuomini, che ha successivamente chiamati a questo onore⁴⁰.

Alla luce delle trasformazioni d'oltralpe, Capone dichiarava che più nulla era rimasto in vita della Cassazione napoleonica, perché questa era la

sorte degli edifizii mal costruiti, che bisogna demolirli e rifarli da capo. (...) Tolti i rinvii alla Corte Suprema, le cause non possono più discendere alle Corti di Appello. Non discendendo, debbono restare in Corte Suprema. Restando in Corte Suprema, è necessità che finiscano ivi nel diritto e nel fatto, riunite nei loro elementi, come son cominciate. Questo è il proceder logico; questo stesso è il proceder della sana giurisprudenza⁴¹.

A seguito di queste affermazioni, Capone propose un progetto di tredici articoli, che modificava il sistema delle decisioni delle Gran Corti Civili e, di conseguenza, delle Supreme Corti – di Napoli e Palermo – al fine di giungere alla “doppia conforme” e, nel caso in cui le Gran Corti non fossero giunte per motivi diversi ad una decisione conforme, l'art. VI della proposta Capone prevedeva che,

qualora le due prime decisioni non riuscissero conformi, in quanto sia la difformità totale o parziale, si passerà con ricorso nella Corte Suprema o di Napoli o di Palermo, per pronunziarsi la terza volta, con pienezza di poteri e nel diritto e nel fatto, ma senza potersi presentare carte nuove⁴².

Ma non era questa l'unica soluzione. Se, dopo la decisione della Cassazione, c'era ancora qualche difformità, il giudizio poteva proseguire su ricorso della

bui alle sue pronunce un'efficacia di diritto sulla decisione del caso concreto e un'efficacia di fatto sull'eventuale decisione dei casi simili – a sancire in effetti l'avvento del nuovo corso della Cassazione, il passaggio dall'esercizio di funzioni di controllo costituzionale a carattere negativo, connesse alla sua origine di organo squisitamente politico, all'esercizio della funzione giurisdizionale «francamente positiva» di regolatrice della giurisprudenza», come di recente ha spiegato C. Punzi, *La Cassazione da custode dei custodi a novella fonte di diritto?*, in <www.historiaetius.it> (2012), 1, Paper 4 p. 4.

³⁹ Fino al 1837 la Cassazione interveniva senza rendere l'interpretazione, cassando o meno. Con la legge 1 aprile 1837 venne aggiunto il potere di interpretazione divenendo, così, un organo pienamente giudiziario non più come “vertice ambiguo”, ma in grado di imprimere una uniformità alla giurisprudenza. Sul punto, P. Calamandrei, *La Cassazione Civile*, I, Torino 1920, pp. 525 sgg., J.-L. Halpérin, *Le Tribunal de Cassation et les Pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, Paris 1987, pp. 267 sgg.

⁴⁰ *Prospetto di tutti i lavori fatti per la Consulta Generale* cit., pp. XIV-XV.

⁴¹ *Ibid.*, p. XVI.

⁴² *Ibid.*, p. XVII.

parte interessata e la Camera civile, che aveva emesso la prima decisione, doveva giudicare,

coll'aggiunta di altri sei votanti; da prendersi in Napoli da' civilisti che sono al seguito, e indi dalla camera criminale; e in Palermo, oltre qualche civilista al seguito, da quelli magistrati che son destinati a supplirvi, col decreto de' 4 giugno 1835, escluso qualche individuo, che abbia avuta parte nelle prime decisioni⁴³.

Il progetto, all'art. VIII, prevedeva altresì che

se a diffinire una causa passata in Corte Suprema, creda la stessa Corte, che manchi qualche istruzione bisognevole, in questo sol caso la Corte Suprema rinverrà a quella delle due Gran Corti Civili, o a quello de' due tribunali civili, funzionanti in grado di appello, che stimerà; perché compilata la istruzione, rimetta le carte ad essa Corte Suprema⁴⁴.

La questione anche questa volta rimase sospesa, finché il 6 aprile 1842, nella Commissione legislazione della Consulta, si «chiuse la complicata disamina del modo da riparare agl'inconvenienti»⁴⁵.

Dalla discussione emersero cinque pareri. Il primo fu del Consultore Cassisi, il quale riteneva necessaria «l'intervenzione regia, nel caso del dubbio di legge; quando le cause non finiscano prima o per rigetto di ricorso nella Corte Suprema, o per acquiescenza delle parti». Il secondo parere, diametralmente opposto, venne espresso da Capone insieme ad altri due consultori. Questi «disegnano come ultimo stadio giudiziario la Corte Suprema sino alla doppia conforme», evidenziando che questo tipo di procedimento poteva aver luogo in due differenti modalità. La prima che, «passandosi, se vi è richiamo, da una Gran Corte Civile ad una Corte Suprema, qualora il richiamo sia rigettato, la causa sarà finita» e in caso di accoglimento, invece, «si faccia dalla stessa Corte Suprema un altro dispositivo, cioè la cassazione e la correzione, rimanendo la causa in essa Corte Suprema per pronunziarsi tra le due discordi sentenze». Tutto ciò avrebbe significato sostanzialmente che in ogni Corte Suprema dovevano aversi due camere civili al fine di ottenere un giudicato interno alla stessa Corte. La seconda modalità prevedeva, invece, che da una Gran Corte civile non si potesse passare *ex abrupto* ad una Corte Suprema, ma ad altra Corte Civile, la quale «facendo conformità», avrebbe posto fine alla lite.

In assenza di questo criterio di conformità, vi sarebbe stato il ricorso alla Corte Suprema. Con questo metodo, non sarebbe stato necessario dotare il Supremo Tribunale di una seconda camera. Capone, nel suo discorso, mise in luce un passaggio essenziale: la questione del rapporto Cassazione / “doppia conforme” doveva, per questo autore ed i suoi seguaci, essere destinata alle sole controversie civili perché, «la Corte Suprema Criminale non si tocca né nel numero de' votanti, né nel procedimento; e solo le si aggiunge, che cassando il diritto male applicato, lo corregga da se senza rinviare»⁴⁶.

⁴³ *Ibid.*, pp. XX-XXI.

⁴⁴ *Ibid.*, p. VIII.

⁴⁵ BNN, 65:6-34, *Opinioni emesse nella Commissione Legislazione, e loro parallelo con quella de' tre sottoscrittori, sulla riforma delle Corti Supreme.*

⁴⁶ *Ibid.*, p. 3.

Il terzo parere fu del consultore Scovazzo, il quale affermava la necessità che «nel secondo ed ultimo rinvio, fa finire le cause liberamente in una Gran Corte Civile»⁴⁷. Il Consultore Canofari espresse, invece, il quarto parere secondo il quale

adottato nell'essenziale il progetto inviato al Ministero, divide al secondo ricorso la causa tra la Corte Suprema ed una Gran Corte Civile, facendola finire in quanto al diritto nella Suprema, senza poter la Gran Corte aprir più bocca sul diritto, se non per ripetere le norme stabilite dal consesso superiore; e lasciando libero sempre nel rinvio del fatto⁴⁸

ricalcando il sistema francese.

Quinto ed ultimo parere fu quello del Duca d'Avena, il quale partiva dalla necessità che, in alcuni casi, il dubbio di legge dovesse ancora essere risolto dal re, laddove per altre «quizioni» il diritto doveva essere risolto dalla Corte Suprema, mentre il fatto doveva essere «lasciato in balia delle Gran Corti Civili»⁴⁹.

Su ogni parere esposto dai consultori venne aperto un dibattito in Consulta. Le argomentazioni di Cassisi, Scovazzo e D'Avena, furono immediatamente contestate dal Capone il quale, forte dell'appoggio di altri due consultori, affermava che «la pienezza della giustizia non si può ottenere, se non abolendo la forma della Cassazione la quale non conosce degli errori di fatto». Al suo posto doveva essere istituita una Corte Suprema «di piena cognizione», nella quale doveva essere applicato il meccanismo delle tre decisioni ossia della «doppia conforme»⁵⁰.

Il giurista, riteneva che per riformare l'ordinamento giudiziario nelle Sicilie doveva essere completamente abolito il sistema della Cassazione, che funzionava già da «doppia conforme». Infatti

tolta alla Cassazione la necessità del rinviare, o ella si truova della stessa opinione, e rigetta, il che importa una doppia conforme: o è di contraria opinione, e scriverà una disposizione diversa; e tra due discordi decisioni, bisogna per la natura delle cose, la terza, la quale fa doppia conforme o con quella della Gran Corte o colla prima della Cassazione. Vi può essere, ma rare volte, una quistione, che abbia più di due uscite, sicchè nelle tre non vi sia conformità; allora la quarta si va ad unire ad una delle tre, e forma la doppia»⁵¹.

La Cassazione non poteva continuare, perché «il falso spirito della rivoluzione» che l'aveva istituita, era ormai da tempo mutato e la Francia stessa aveva in cinquant'anni di funzionamento di quel tribunale, riformato il suo funzionamento per più di una volta⁵².

L'8 marzo 1843 si ebbe la votazione sulla riforma delle Corti Supreme di Napoli e di Palermo. Capone ottenne undici voti al suo progetto. In quella sedu-

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ *Ibid.*, p. 4.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ Capone interviene con un'interessante riflessione sul carattere della riforma napoletana della giustizia, affermando che nel tempo si era «curato di schivare, per quanto fosse stato possibile, il nome di *doppia conforme*, contro cui taluno è[ra] prevenuto» Ma era ormai necessario che «si togliesse la maschera; e si scoprisse la doppia conforme nel fondo della C.». *Ibid.*, p. 46.

⁵¹ *Ibid.*, p. 47.

⁵² *Ibid.*, p. 50.

ta, però, non erano presenti «per necessari impedimenti il Consultore Cassisi e il Commendatore Spinelli», che chiesero e ottennero dal Presidente della Consulta un rinvio, per dar loro il tempo di «mettere in iscritto alcune osservazioni, che non avevan potuto prima». Alla fine del mese di aprile vennero lette in Consulta le osservazioni di Cassisi e di Spinelli che sostanzialmente abbattevano la riforma di Capone; a queste egli replicò.

Questa volta il partito dei filo francesi, contro Capone, portava in evidenza le statistiche giudiziarie con dalle quali emergeva la lungaggine dei processi attraverso l'utilizzo della doppia conforme e non solo: un'altra questione era data dall'aumento del numero dei magistrati in ruolo e il dispendio per le casse dell'erario e non solo, «rinascerebbero tutti gli abusi del vecchio foro, fino all'arbitrario e fino al rigetto del freno, che loro fu imposto, obbligandoli a ragionar le sentenze»⁵³.

Anche Capone argomentò, carte alla mano, il malfunzionamento del sistema di C. e al termine del suo discorso presentato in Consulta, rimasero ferme le votazioni, con i suoi undici sostenitori. La questione rimase anche questa volta ferma e la scelta politica fu quella del mantenimento della Suprema Corte. Per la prima volta, però, il dibattito Cassazione / Revisione, portò alla vittoria del partito dei conservatori di Capone. Il progetto venne così approvato in Consulta, ma il Governo non diede seguito al parere di Capone, mantenendo in piedi il sistema della Cassazione.

Il Pisanelli nella sua *Memoria*, pur non richiamando quest'ultimo lungo tentativo "anti sistema" del Capone, afferma che, dopo la riforma sanzionata in Francia nel 1837,

in Italia si seguono due sistemi. Nel Piemonte è stata adottata la Legge Francese del 1837; in Napoli quella del 1807. Sicché in Napoli il sistema di cassazione non si è ancora pienamente esplicito. La discordia tra la Corte di Cassazione e le Corti di Appello, fa supporre arbitrariamente incerta la legge, e per accertarla si confondono insieme tutti i poteri⁵⁴.

L'applicazione del modello francese «spiega(va) lo straordinario potere statuente di cui è investita, e fissa(va) la massima di diritto che deve applicarsi»⁵⁵. In questo modo,

dotata la Cassazione di un potere statuente, si è(era) rotta ogni comunicazione tra il magistrato e il legislatore: il potere legislativo e il potere esecutivo rimangono in ogni caso fuori dall'orbita dell'amministrazione della giustizia e pienamente esclusi da essa. Così ogni litigio trova(va) la sua soluzione nel potere giudiziario; questi basta a se stesso, e la distinzione dei poteri, mercè l'istituto della Cassazione, è divenuta una piena realtà⁵⁶.

La riforma francese del 1837, fu quindi occasione per riaprire una questione ancora aperta e molto sentita da una parte del foro – gli avvocati in particolare – che alla fine riuscì ad avere una caparbia anche se effimera vittoria.

⁵³ *Ibid.*, p. 65.

⁵⁴ Pisanelli, *Memoria sulla Corte di Cassazione* cit., pp. 80-81.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 81.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 82.

Il Supremo tribunale di giustizia di Firenze (1777-1808)*

di Daniele Edigati

1. *Il Supremo tribunale di giustizia e i “grandi tribunali”. Interpretazione di una riforma leopoldina*

«Grandi tribunali, una categoria antica, un interesse recente». Così si apre un freschissimo saggio di Mario Ascheri¹, su un tema a lui assai caro², ma molto calcato dalla stessa storiografia giuridica degli ultimi anni, che ha preso le distanze dalle tesi di Gino Gorla che tendevano ad attribuire eccessivo rilievo alla funzione unificante della giurisprudenza dei grandi tribunali³.

Obiettivo di queste poche pagine sarà quello di prendere in esame una delle più celebri riforme strutturali leopoldine – quella che portò nel 1777 all’erezione del peraltro assai poco studiato Supremo tribunale di giustizia⁴, al posto della plurisecolare magistratura degli Otto di guardia e balia – proprio per vagliare come questo nuovo organismo giudiziario si inserisca nel panorama delle corti supreme d’età moderna, per comprendere quanta sia l’eredità dei modelli antichi e quali invece i reali aspetti di modernizzazione istituzionale. Non sarà certamente possibile tratteggiare una compiuta rico-

* Abbreviazioni: ASFi per Archivio di Stato di Firenze; STG per Supremo tribunale di giustizia; SS per Segreteria di Stato 1765-1808; MR per Miscellanea repubblicana.

¹ Mi riferisco all’appena pubblicato *I grandi tribunali*, in *Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti. Il contributo italiano alla storia del pensiero. Ottava appendice, Diritto*, a cura di P. Cappellini, P. Costa, M. Fioravanti, B. Sordi, Roma 2012, pp. 121-128.

² Di tribunali, infatti, ha parlato in una delle sue più importanti monografie: M. Ascheri, *Tribunali, giuristi, istituzioni dal medioevo all’età moderna*, Bologna 1989.

³ Per tutti, si veda la articolata critica alle tesi di Gorla da parte di I. Birocchi, *Alla ricerca dell’ordine. Fonti e cultura giuridica nell’età moderna*, Torino 2002, pp. 86 sgg., e di U. Petronio, *Attività giuridica moderna e contemporanea*, Torino 2012, pp. 60 sgg., ma si veda anche M. Ascheri, *Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo. Lezioni e documenti*, Torino 2007, pp. 129 sgg.

⁴ Si veda qualche cenno nel mio *Prima della «Leopoldina». La giustizia criminale toscana fra prassi e riforme legislative*, Napoli 2011, pp. 49-50; in precedenza: A. Contini, *La città regolata: polizia e amministrazione nella Firenze leopoldina (1777-1782)*, in *Istituzioni e società in Toscana nell’età moderna*. Atti delle giornate di studio dedicate a Giuseppe Pansini: Firenze, 4-5 novembre 1992, Roma 1994, pp. 433 sgg.; G. Pansini, *La giustizia criminale toscana nelle riforme di Pietro Leopoldo*, in «Atti e memorie della Accademia Petrarca di lettere, arti e scienze», n.s., 45 (2003), pp. 303 sgg.

struzione delle vicende della peraltro assai breve esistenza del Supremo tribunale di giustizia, ma si tenterà di interpretare la reale natura e i limiti di questa nuova corte. Ci si dovrà domandare se il Supremo tribunale debordò dalle funzioni di tribunale centrale criminale che gli Otto avevano assunto su di sé fin dal XVII secolo⁵, o se esso rappresentò una soluzione per rendere semplicemente più funzionale lo svolgimento di questo medesimo ruolo.

In effetti, l'editto del 26 maggio 1777 è stato non a torto visto come un qualcosa di epocale, avendo cancellato con un solo tratto di penna una molteplicità di tribunali che affondavano le loro radici addirittura nella piena età repubblicana. Non solo i citati Otto di guardia e balia, ma la giurisdizione *in criminalibus* di quasi tutte le magistrature, le Arti e dei tribunali speciali venne devoluta interamente a un unico tribunale eretto *ad hoc* a Firenze e composto esclusivamente di personale professionalmente qualificato, senza la ingombrante e per di più vacua presenza di membri dell'oligarchia fiorentina⁶. A scanso di equivoci, il granduca utilizzava una formula di chiusura onnicomprensiva, che impediva di trincerarsi dietro eccezioni fondate sull'omissione nel menzionare le curie soppresse, soprattutto di quelle dotate di profili di elevata specialità oppure protette da privilegi⁷.

Da questo momento, dunque, con due sole eccezioni di scarso impatto⁸, non si davano binari differenziati per la persecuzione dei delitti, almeno dal punto di vista oggettivo, come prima accadeva ad esempio per gli spari o "sgrilletamenti" commessi anche fuori del territorio della circoscrizione fiorentina. La lotta ai fori privilegiati in base allo *status* avrebbe invece ancora dato filo da torcere al granduca lorenese, ma un primo colpo venne assestato in questo stesso frangente, escludendo la cognizione privativa del Supremo tribunale nei confronti di ebrei, messi e cavallari, mentre per il momento venne conservata a vantaggio dei cittadini fiorentini.

Le novità non si fermano alla decisa concentrazione delle competenze, poiché altri aspetti della legge leopoldina sono andati nel senso di una recisa frattura. Ne vogliamo qui additare almeno tre. La prima "frattura" risiede nell'articolazione interna del tribunale: dagli antichi tre banchi con competenza territoriale (banco di città e banco di campagna) e in parte per materia (banco dei furti) in cui si suddividevano gli Otto, si passa a tre dipartimenti numerati progressivamente. La trasformazione sta nel nuovo meccanismo di turnazione, tipico del modello rotale, su base ciclica e non più fondato sulla spartizione

⁵ D. Edigati, *Gli occhi del Granduca. Tecniche inquisitorie e arbitrio giudiziale tra stylus curiae e ius commune nella Toscana secentesca*, Pisa 2009.

⁶ Sul punto: Contini, *La città regolata* cit., p. 467.

⁷ «E di ogn'altro tribunale, magistrato, ufizio, comunità, università, o luogo pio, di cui occorresse farsi speciale ed individua menzione, aboliti, e soppressi gli assessori, e ministri criminali» (cfr. *Bandi, e ordini da osservarsi nel Granducato di Toscana*, Firenze 1747-1800, VIII, n. 58).

⁸ Mi riferisco agli affari di rilievo penale attinenti alla corte reale, che continuavano ad avere un canale speciale e interno al Supremo tribunale, quello del primo dipartimento, e alle cause dell'Archivio generale, il cui processo veniva compilato dal cancelliere di quell'ufficio, procedendo però nelle vesti di attuario del Supremo tribunale.

degli affari in ordine alle tipologie di delitto o al *locus commissi delicti*. Tale scelta era volta ad assicurare che la determinazione del personale incaricato di istruire il processo e dell'assessore onerato di fornire il responso fosse frutto di preta casualità: ogni mese cambiava il turno del dipartimento e dell'assessore, fatte salve le cause «riproposte»⁹, che per ovvie ragioni di coerenza erano attribuite all'assessore che precedentemente le aveva trattate. Tale criterio, apparentemente molto razionale, era peraltro stato criticato in fase di stesura dell'editto da quanti stimavano che gli attuari avrebbero potuto incidere sull'assegnazione del processo ad un assessore piuttosto che all'altro, terminandolo fraudolentemente prima o dopo il termine del mese¹⁰. In ogni modo, queste disposizioni si accompagnavano ad un primo abbozzo di gerarchizzazione del tribunale, tuttavia ancora non ben compiuta.

Il secondo mutamento degno di attenzione è la drastica demarcazione della sfera dell'attività «economica» e di polizia rispetto a quella di giustizia in senso stretto¹¹: le cause pettorali, prima trattate dagli otto membri elettivi del magistrato, sarebbero da allora finite sotto il controllo dei commissari di polizia dei quattro quartieri fiorentini. Su questo punto si sarebbe insistito anche più tardi, nel 1786, chiarendo che la «mala qualità» degli accusati non avrebbe mai potuto legittimare l'impiego di pene economiche da parte dei giudici, se non con un previo assenso della presidenza del buon governo¹². L'obiettivo era in realtà ancor più radicale e coincideva con lo sforzo di sottrarre ogni margine di impiego degli strumenti equitativi da parte del nuovo tribunale, come Pietro Leopoldo avrebbe ordinato nelle inedite istruzioni al massimo ministro criminale, cioè al presidente del Supremo tribunale, nell'aprile del 1784 e dunque prima della Leopoldina¹³.

Il terzo e ultimo punto da sottolineare è l'abolizione di qualsiasi emolumento «incerto» o di partecipazione su determinati atti processuali o *lato sensu* giudiziari (come le catture) che grazie a leggi o consuetudini venivano percepiti da forze di polizia, cancellieri e altro personale onerato di compiti in ambito istruttorio. Non è del resto ignota la volontà di Pietro Leopoldo di

⁹ Si intende cause che ritornavano all'attenzione della corte dopo alcuni adempimenti o nuovi accertamenti.

¹⁰ Cfr. per tali perplessità ASFi, SS, 224, prot. 19, ins. 4. Per questo si cercò quanto meno di non render pubblico il calendario della turnazione.

¹¹ Cfr. Contini, *La città regolata* cit., e G. Alessi, *Le riforme di polizia nell'Italia del Settecento: Granducato di Toscana e Regno di Napoli*, in *Istituzioni e società* cit., pp. 416 sgg. Nell'ottica del granduca, questa doveva essere la prima tappa verso una separazione istituzionale degli stessi organi e dei funzionari di polizia rispetto a quelli giudiziari, attuata nel 1784 con la sottrazione della forza pubblica dalla sfera d'influenza del Supremo tribunale e la sua attribuzione al presidente del Buon governo.

¹² ASFi, MR, 116, c. 395r.

¹³ ASFi, SS, 391, prot. 24, ins. n. 8, *Punti d'istruzione per il presidente del Supremo tribunale di giustizia*: «Nell'occasione di giudicare le cause criminali, dovrà avere avanti gli occhi, che lui giudica in via di giustizia, e perciò non dovrà allontanarsi dalla lettera della legge, e per conseguenza su i giudizj non dovrà aver mai altri motivi per diminuire la pena prescritta dalla legge, che quelli risultanti dal processo medesimo, e dai fatti, giacché la pena deve essere una conseguenza del delitto».

costituire un ceto di giuristi-funzionari specializzati e con rapporto organico con l'apparato statale. In questo contesto e per evitare soprusi ed arbitri, il sovrano riteneva indispensabile garantire uno stipendio stabile e predeterminato per i diversi ruoli.

2. *Continuità o rottura? Le aporie della riforma del 1777*

La struttura del tribunale, però, eccettuata una razionalizzazione ed uniformizzazione dell'organico, che valse a rendere omogenei i dipartimenti, non fu affatto stravolta rispetto a quella che avevano gli Otto di guardia poco prima dell'entrata in vigore dell'editto del 1777. Certamente, al posto dei diversi ministri ed aiuti dei banchi, adesso si aveva un ruolo molto più ordinato: un auditore al "vertice" della corte, tre assessori, un cancelliere maggiore con un aiuto, mentre ogni dipartimento era composto da un cancelliere, un sottocancelliere ed un coadiutore. Eppure il numero di giudici aumentava di una sola unità, se si considera che gli assessori degli Otto erano già due (e che già nel 1776 era stato eletto un pro-assessore per mettersi in pari con l'arretrato)¹⁴, e che ad essi si aggiungeva il segretario.

Poche differenze riguardavano l'ufficio del cancelliere maggiore, che ereditava ora il compito del promotore fiscale di stilare il protocollo delle cause criminali e che veniva esonerato dal dovere di istruire le cause, assumendo con chiarezza le vesti di direttore della cancelleria.

Se però guardiamo con attenzione il testo della legge leopoldina e altri aspetti cruciali della riforma, scorgiamo elementi non estranei all'antico modello criminale toscano. Già solamente a livello lessicale, basti notare che il Supremo tribunale ha la stessa «autorità, e facoltà» degli Otto e che procede «con le medesime forme», fatte salve quelle modificate «dal presente regolamento»; che le cause si partecipano allo stesso modo e che auditore e assessori hanno l'«incumbenze istesse che avevano il segretario ed assessori del magistrato»¹⁵. Ed ancora: l'auditore è giudice per l'ordinatorio dei processi come sino ad allora era stato il segretario; i protocolli si continuano a redigere «sul piede fin qui praticato»¹⁶.

Più persuasivi sono tuttavia alcuni fattori sostanziali, primo fra i quali è il mantenimento del meccanismo della partecipazione, in base al quale il processo era considerato come un "negoziato", cioè un affare che doveva passare ed esser sviscerato da svariati organi giurisdizionali, che fornivano una serie di pareri ("voti"), fino alla decisione conclusiva sotto forma di rescritto del sovrano.

¹⁴ ASFi, MR, 116, c. 372v.

¹⁵ Per tutto, si veda l'editto ai §§ 5 e 6.

¹⁶ Si vedano le istruzioni manoscritte ai ministri del Supremo tribunale in ASFi, STG, 2444, n. 24, artt. 4 e 6.

Originariamente fondato sulla visione del Principe come unico titolare e fonte della *iurisdictio* dei magistrati, tale schema fu quindi adottato sia per mantenere un controllo diretto e personale del Principe sulla giustizia criminale, sia per garantire un più accurato esame di cause delicate, sia infine per impedire l'appellabilità delle sentenze. Proprio queste ultime erano in realtà le ragioni effettive, dato che da tempo il rescritto veniva elaborato dall'auditore fiscale e solo "vidimato" dalla segreteria di Stato. L'abolizione della partecipazione del sovrano era già stata concretamente disposta da Francesco Stefano¹⁷, e adesso era solamente perfezionata e proclamata ufficialmente. Dunque, il processo continuava a passare dai vicari territoriali ad un assessore, quindi all'auditore del Supremo tribunale, per esser definito dal rescritto vergato dall'auditore fiscale¹⁸.

Proprio sulla figura del fiscale è opportuno soffermarsi. Nonostante la separazione tra giustizia e polizia, a capo di entrambi i settori restò proprio il fiscale, cosa che arginò gravemente l'autonomia del Supremo tribunale. Insomma, il tribunale era tutt'altro che supremo e, se formalmente le sentenze erano emesse a suo nome, in realtà esso si trovava sottoposto ad un ministro ad esso esterno, fornito di poteri molto incisivi. Non si trattava solamente della risoluzione delle cause, ma anche di intervenire sul loro stesso corso, ad esempio stravolgendo i criteri di turnazione e scegliendo un diverso assessore per spedire un affare. Al fiscale era conferita anche una sorta di potestà regolamentare del nuovo organo giudiziario, come dimostrano le stesse istruzioni che il Brichieri Colombi approntò per il Supremo tribunale il 25 giugno del 1777, le quali prevedevano che ogni ministro di cancelleria doveva eseguire commissioni ed ordini chiesti dal fiscale.

Di contro, labili prerogative rimasero in capo all'auditore, ben lungi dall'incarnare un presidente del tribunale. Era suo onere quello di vigilare sul decoro e la quiete della corte e di assicurare che ogni funzionario rendesse «esatto, e fedel servizio, intieramente adempiendo col dovuto impegno, attenzione, assiduità, ed esattezza ai proprj doveri». Poteva accordare salvacondotti per l'esame di soggetti aventi problemi con la giustizia e a lui spettava regolare l'ordinatorio dei processi, ma non se per qualche speciale motivo il granduca avesse attribuito al fiscale la direzione dei medesimi. Anche spiccare direttive o richiedere gli incartamenti ai giusdicenti territoriali era possibile solo con previa «scienza» ed «annuenza» del fiscale¹⁹. Solo alcune cause di minore entità, non partecipabili al fiscale, erano lasciate alla decisione dell'auditore del Supremo tribunale, che le dirimeva con un proprio decreto.

Altro dato da rimarcare è relativo alla scelta del personale della nuova corte centrale, che certo non testimonia un radicale rinnovamento²⁰. Come auditore

¹⁷ Edigati, *Prima della «Leopoldina»* cit., pp. 28-29.

¹⁸ Procedura descritta in G. Arrivo, *Seduzioni, promesse, matrimoni. Il processo per stupro nella Toscana del Settecento*, Roma 2006, pp. 17-18, 200.

¹⁹ Per tutto, si vedano le *Istruzioni del 1777* in ASFi, *STG*, 2444, n. 24, artt. 4-5.

²⁰ Non v'è da sorprendersi di ciò, se del resto persino nel periodo napoleonico, dopo il 1808 e l'in-

fiscale fu confermato il Brichieri Colombi, mentre l'auditore Caciotti era in precedenza capitano di giustizia a Siena e gli altri assessori erano già nell'organico degli Otto (Ferrati) o di altri uffici centrali fiorentini (Giusti e Biondi). Le nomine successive corroborarono questo andamento²¹: Jacopo Maria Paoletti, assessore dal 1781, era già cancelliere degli Otto dal 1768 e sarebbe rimasto in servizio fino al 1806, quando venne giubilato in qualità di auditore, mentre restarono pressoché inalterati dopo il 1777 i vertici della cancelleria e l'ufficio di avvocato dei poveri restò affidato a Natale Martellini, che copriva il posto fin dal 1774²². Almeno fino all'arrivo del Cremani, nel 1797, non si ebbero immissioni di giuristi non provenienti dalle strutture granducali.

Due altri sono i limiti dell'editto del 1777, che ancoravano la riforma all'Antico Regime. Il primo consisteva nell'incapacità di separare nettamente la sfera del penale da quella del civile. In altri termini, al Supremo tribunale furono lasciate le medesime competenze che avevano da secoli gli Otto di guardia in tema di cause miste. Si trattava di processi per illeciti che ancora si era ben lungi dal travasare nell'ambito privatistico: appelli contro le sentenze dei giudicanti foranei su turbato possesso, danno dato, tregue rotte, liquidazione di spese e danni²³, per i quali peraltro si procedeva con canali differenziati rispetto al criminale *tout court* e che erano archiviati come «atti civili»²⁴.

Il secondo sta nel non esser riuscito, se non in modo grezzo ed incompiuto e con interventi successivi, a metter in piedi un apparato unificato e gerarchizzato delle corti criminali toscane. Com'è noto, ancora sotto Pietro Leopoldo il Granducato continuava ad essere concepito amministrativamente come composto di due stati indipendenti, quello fiorentino e quello senese, uniti sotto la stessa Corona, in guisa che ognuno non era solamente regolato da leggi differenti, ma aveva pure magistrature centrali indipendenti, per quanto sottoposte in ultima analisi al medesimo monarca. Questa situazione, pur temperata da un frequente scambio di personale fra i due stati, era foriera di disomogeneità nella giurisprudenza relativa all'ordinatorio e al decisorio, visto e considerato che l'asserito primato degli Otto di guardia non era accompagnato da dispositivi che ne garantissero l'effettività. Nella riorganizzazione dei tribunali del 1777, Pietro Leopoldo ristrutturò il tribunale di giustizia senese sulle orme del Supremo tribunale della capitale, convogliando la giurisdizione criminale in esso e dotandolo di una struttura molto più legge-

troduzioni di nuove corti di stampo francese, è stata notata continuità nella scelta del personale giudiziario: cfr. E. Donati, *La Toscana nell'Impero napoleonico. L'imposizione del modello e il processo di integrazione (1807-1809)*, Firenze 2008, I, p. 200.

²¹ Sul punto vedi il recentissimo Pietro Leopoldo d'Asburgo Lorena, *Relazione dei dipartimenti e degli impiegati (1773)*, a cura di O. Gori, Firenze 2011, pp. 55-57.

²² ASFi, MR, 116, c. 361v. Nel 1784 i cancellieri del I e del III dipartimento sono ancora quelli dei vecchi banchi degli Otto, ossia rispettivamente Dario Angeloni e Cammillo Morfini, che peraltro nel 1789 sarebbero stati promossi cancelliere maggiore e del II dipartimento (ivi, cc. 392v, 400r-v).

²³ Cfr. il *motu proprio* al § XI, che ne dava la cognizione privativa all'auditore.

²⁴ Si veda ASFi, STG, 2455-2465.

ra rispetto a quest'ultimo²⁵, ma non introdusse nessun principio di subordinazione nei confronti del Supremo tribunale fiorentino.

3. *Le novità del 1784: finalmente un grande tribunale?*

Solamente nell'aprile del 1784 il granduca si risolse a ritornare sulla sua riforma e ad andare ben più a fondo²⁶. Il *motu proprio* del 1784 è giustamente ricordato per aver finalmente risolto la confusione nel fiscale dei poteri di supremo ministro di polizia e di giustizia e questo è indubbiamente corretto, se da questa asserzione non si voglia indebitamente inferire una anticipazione del principio di separazione del campo amministrativo da quello giudiziario. Un illuminante studio di Mario Montorzi ha da poco mostrato, infatti, come a questa riforma centrale non si affiancò una revisione del sistema territoriale e che i vicari continuarono pertanto ad esser titolari e ad esercitare poteri molto lati su entrambi i citati versanti²⁷.

Tornando al riflesso della legge del 1784 sul Supremo tribunale, può rilevarsi anzitutto che essa dette la configurazione definitiva al suo organico, che non subì più modifiche, se non per accrescere il numero degli assessori, elevato a tre nel 1797 e a quattro (sebbene provvisoriamente) nel 1803²⁸, provvedimenti resi indispensabili dall'aggravarsi della crisi per i tumulti rivoluzionari di fine Settecento e il peggioramento delle condizioni sociali ed economiche, con conseguente aumento della criminalità. Altre cariche, come quella di vicepresidente e di pro-auditore, servirono per coprire *ad interim* gli uffici rimasti scoperti con il magistrato di più alto grado disponibile²⁹.

Più degno di sottolineatura è però il contributo del *motu proprio* all'unificazione dell'apparato giudiziario toscano per il tramite dell'istituzione della nuova figura del presidente del Supremo tribunale. Dunque stavolta c'era un ministro interno ad un tribunale, che aveva una propria autonoma identità, come dimostra anche la correzione della prima minuta della legge, che prevedeva che le sentenze fossero emesse nel nome del presidente e non, come nella versione finale, a nome della corte³⁰.

Per la prima volta il Granduca sanciva non solo il fatto che il presidente del Supremo tribunale aveva la sovrintendenza su tutto «l'ordine giudi-

²⁵ F. Colao, "Post tenebras spero lucem". *La giustizia criminale senese nell'età delle riforme leopoldine*, Milano 1990, pp. 19 sgg.; era composto da un auditore fiscale (anche qui capo della polizia oltre che del tribunale criminale), un vicario e, per il criminale, da un cancelliere, un sottocancelliere ed un coadiutore.

²⁶ *Bandi, e ordini* cit., XII, n. 16.

²⁷ M. Montorzi, *Un altro mondo. Trasformazione e/o dissoluzione del Jurisdiktionstaat mediceo nelle riforme giurisdizionali di Pietro Leopoldo in Toscana*, in corso di pubblicazione.

²⁸ ASFi, MR, 116, cc. 407v, 414r.

²⁹ Il granduca precisò con un rescritto del settembre 1785 che l'auditore doveva considerarsi vicepresidente e che suppliva al presidente in caso di sua assenza (ASFi, STG, 2446, n. 147).

³⁰ Si vedano le minute in ASFi, SS, 391, prot. 23, affare n. 13.

ciario criminale», ma altresì che da questi dipendevano il fiscale senese e il commissario di Grosseto per la provincia inferiore dello Stato nuovo. Tali magistrati da allora avrebbero dovuto render conto delle cause criminali, del numero di queste e degli imputati carcerati, nonché rimettere il protocollo degli affari al presidente. Al riguardo del protocollo, le istruzioni per il presidente specificavano che ogni mese egli avrebbe rimesso al granduca l'estratto del protocollo di tutti i giudicanti dello Stato con le osservazioni, i rilievi delle mancanze e dei rimedi adottati³¹. Oltre alle prerogative dell'auditore fiscale, il presidente assommava gli obblighi spettanti all'auditore dal 1777: la visita delle carceri, il controllo degli ispettori, al fine di impedire l'introduzione di cause inutili, infondate o vessatorie, la vigilanza generale sull'operato della cancelleria, sulla solerzia e la regolarità della fase istruttoria al fine di ottenere una più breve possibile detenzione di accusati e testimoni, e infine sui giudici stessi, con poteri disciplinari nei confronti dei trasgressori.

Tuttavia, dietro questo quadro nitido si celava una realtà più sfaccettata e assai meno razionale³². Intanto nei rapporti con la presidenza del Buon governo e nella ripartizione delle competenze. Non mi riferisco tanto al pur delicato equilibrio che si venne a creare a proposito degli "esecutori" di giustizia, che vennero messi alle dipendenze del presidente del Buon governo, ma che di fatto erano impiegati anche dal Supremo tribunale – tanto che il presidente di quest'ultimo poteva chiederne a quello del Buon governo la sostituzione, adducendone le motivazioni – o anche agli ispettori ed ai soprastanti, subordinati in realtà ad entrambi i dicasteri, quanto ai provvedimenti relativi ai vicari e ai notai. Per omissioni nella giudicatura – quindi oggetti di evidente afferenza al settore della giustizia –, il presidente del Supremo tribunale aveva diritto di sospendere giudici e notai, ma dandone immediatamente parte al presidente del buon governo. Ma la disposizione del *motu proprio* del 1784 che in modo più eloquente provava questa incapacità di districarsi tra giustizia e polizia è a mio avviso quella che imponeva la competenza del presidente del Buon governo per gli esami dei dottori e notai che volessero abilitarsi per gli uffici provinciali, quando poco oltre si stabiliva che il presidente del Supremo tribunale doveva intervenire ai suddetti esami, mentre entrambi i ministri davano il voto nell'annuo squittinio di avvocati e procuratori.

Dobbiamo però concentrarci sulle criticità interne del Supremo tribunale, nonché vagliare quale fosse la sua reale capacità di unificare il diritto e l'apparato giudiziario penale. Il punto più debole consiste nel fatto che quell'assoluta forza di giudicato prima attribuita al rescritto del fiscale non viene ora accordata a quello del presidente del Supremo tribunale. In verità, quel-

³¹ *Ibidem*, prot. 24, affare n. 8.

³² Qualche osservazione in questo senso l'ha formulata C. Mangio, *La polizia toscana. Organizzazione e criteri d'intervento (1765-1808)*, Milano 1988, pp. 61-63.

lo del presidente non era altro che un voto – e non già un rescritto –, solo in parte più importante di quelli dell'auditore e degli assessori. L'incertezza nella stesura del *motu proprio* sul meccanismo decisorio è paradigmatica di un momento di passaggio dalla piramide del *Jurisdiktionstaat* al principio di collegialità. Nella prima bozza, ai fini della decisione si richiedeva il voto uniforme di due dei tre giudici e, nel solo caso di divergenza tra auditore e assessore da un lato e presidente dall'altro o se «avesse luogo di qualche collusione», il Supremo tribunale avrebbe passato le carte alla Consulta senza dare una soluzione³³. Nel *motu proprio* promulgato si affermava che le cause erano risolte «alla pluralità dei tre voti», ma in presenza di tre pareri difformi oppure se il presidente non concorreva con la maggioranza, la decisione sarebbe stata presa dalla Consulta, alla quale peraltro sarebbe dovuto intervenire lo stesso presidente del Supremo tribunale.

Ora, è palese che il voto del presidente, anche se più “pesante” – si può dire che conti come due voti – viene messo sullo stesso piano di quello dei suoi subordinati, in un contesto che volge verso l'elezione del criterio di maggioranza all'interno di un organo giudicante di tipo collegiale. A bloccare questa deriva è il mantenimento di un potere decisionale esterno a quello del Supremo tribunale, in capo ad un altro organismo centrale, per ciò stesso superiore alla corte centrale fiorentina: il presidente, infatti, nell'inviare il fascicolo alla Consulta, chiude – proprio come avveniva con gli Otto di guardia e balia – «rimettendosi». Per giunta, nelle sedute della Consulta relative ad affari criminali, in base a un ordine contenuto in un biglietto della Segreteria di Stato del 22 aprile 1788, sarebbe intervenuto con diritto di voto e firma il presidente del Buon governo³⁴.

Insomma, il presidente del Supremo tribunale non è ancora minimamente accostabile ad un ministro di giustizia e la corte che presiede non rappresenta il vertice dell'apparato giudiziario, che continua ad essere la Consulta. Prova ne è che il Supremo tribunale è incapace di sentenziare qualora il suo presidente non possa esprimersi in quanto tenuto ad astenersi³⁵. C'è poi un altro freno alla collegialità ed è la totale assenza di discussione interna tra i tre giudici: secondo l'antica prassi degli uffici toscani, il processo passa tra le mani dell'assessore, quindi dell'auditore e del presidente, che lo studiano autonomamente e vi elaborano sopra una propria proposta di soluzione, senza discuterne assieme, *in facto* così come *in iure*. Oltre a ciò, se è vero che nei suoi pronunciamenti il presidente scende nei particolari della causa molto più spesso di quanto non lo abbia fatto prima il fiscale, in genere persiste la tendenza a concepire il voto non come un'autonoma e compiuta analisi sulla vicenda delittuosa, bensì in termini correlativi a quello espres-

³³ ASFi, SS, 391, prot. 23, affare n. 13.

³⁴ ASFi, MR, 116, cc. 398v-399r.

³⁵ Cfr. ASFi, STG, 8, proc. n. 131, cc. 154r sgg., in cui il Caciotti si astiene in quanto una delle vittime era sua cognata.

so dagli altri giureconsulti inferiori del tribunale, concorrendo cioè con il parere dell'assessore o dell'auditore. In questo senso, dunque, spicca la distanza dalla prassi rotale, che imperniava il processo decisionale sul relatore-ponente, che stilava una sintesi dei voti del collegio³⁶.

Ma torniamo per un attimo alla situazione di stallo che si creava in caso di contrasto e dissociazione interna fra i tre ministri del Supremo tribunale. Una rapida indagine dimostra come, appena introdotta³⁷, la norma costituì spesso un serio imbarazzo per l'allora presidente Caciotti Banchi. Dal maggio alla fine del 1784 si contano cinque casi, in relazione ai soli processi del circondario fiorentino. Sono per lo più circostanze in cui si verifica una differente valutazione del materiale probatorio raccolto a carico degli imputati, come in un processo per falsità, in cui le giustificazioni addotte a discolta dal contumace rimesso «in buon dì» a comparire inducono a tre pareri contrapposti: diminuzione della pena (assessore), assoluzione *ex hactenus deductis* (auditore) e rilascio con condanna a rifondere spese e danni alle vittime (presidente).

Si tratta talvolta anche di procedure per reati gravi e qualificati, in cui il presidente si pone come garante della continuità e del rispetto dello *stylus* del Supremo tribunale, come anche degli Otto di guardia, le decisioni dei quali sono rispettate, osservate e allegate come un patrimonio giuridico fondamentale, cosa che appare chiaramente anche dagli scritti del Paoletti.

Ora, se non va taciuto che la Consulta si schierò quasi sempre con il presidente, risaltano però evenienze di rescritti contrari alla sua linea, come quello in cui l'alto consesso ebbe a respingere il principio per cui una condanna economica non discendente da sentenza non fosse atta a esimere il reo da ulteriori «vessazioni» giudiziarie relative al medesimo delitto³⁸.

Un ultimo rapido cenno dev'esser poi dedicato al tema dell'unificazione giudiziaria dello Stato toscano. Infatti, la legge del 1784 per la prima volta statuiva una dipendenza del fiscale senese e del commissario di Grosseto dal presidente del Supremo tribunale. Senza dubbio fu il primo passo verso l'instaurazione di una subordinazione gerarchica delle magistrature centrali dello Stato nuovo rispetto a quella dello Stato vecchio ma, se scendiamo nei particolari, è facilmente percepibile quanto labile essa fosse. Dietro alla misura – che oggi si sarebbe indotti ad interpretare come incisiva – dell'obbligo di spedire al presidente del Supremo tribunale di Firenze i protocolli delle cause criminali si cela in realtà la volontà di monitorare il disbrigo

³⁶ Sul punto si veda G. Gorla, *Procedimento individuale. Voto dei singoli giudici e collegialità «rotale»*. *La prassi della Rota di Macerata nel quadro di quella di altre Rote o simili tribunali fra i secoli XVI e XVIII*, in *Grandi tribunali e rote nell'Italia di Antico Regime*, a cura di M. Sbriccoli, A. Bettoni, Milano 1993, p. 70.

³⁷ Già nel 1785 le cose cambiano, tanto che non si hanno rinvii del negozio alla Consulta (ASF, STG, 9): sembra che la «politica» del presidente sia quella di scansare tale rischio, preferendo approvare, al massimo con piccoli ritocchi, uno dei pareri rilasciati.

³⁸ ASF, STG, 8, proc. contro Ubaldo Becucci e altri del 23 settembre 1784, cc. 273 sgg.

degli affari pendenti e di sanzionare i vicari negligenti, più che quella di imbastire un reale sistema di controllo di merito sul contenuto delle decisioni e sul *modus procedendi*. Anche se in teoria il presidente poteva chiedere delucidazione in ordine alle «irregolarità, che avesse scoperto nei giudicenti»³⁹, nei rapporti mensilmente compilati si scorge al più un sindacato sulla solerzia dei vicari e sulla durata delle detenzioni dei testimoni e degli inquisiti⁴⁰.

4. Qualche conclusione

In conclusione, l'effettiva *ratio* della riforma si rinviene nel proemio – non è un caso, dato che i proemi furono uno dei cardini della tecnica legislativa leopoldina – dell'editto del 1777: quella cioè di assicurare una più rapida spedizione degli affari di giustizia e di polizia attraverso la semplificazione e l'accentramento delle competenze giurisdizionali. Era un obiettivo pienamente in linea con la politica criminale di Pietro Leopoldo, che introdusse a questo stesso fine massicci meccanismi di controllo statistico, nonché sulla condotta dei singoli dipendenti statali. Siamo pertanto molto distanti dalle logiche di riassetto del sistema operate dal fratello Giuseppe II in Lombardia, che si esplicarono con l'editto del febbraio 1786 che cancellò il Senato di Milano e introdusse un omonimo Supremo tribunale pensato come tribunale di terza istanza per tutto lo Stato⁴¹. Nel Supremo tribunale toscano si rinvengono alcuni tratti del modello rotale, ma esso non può collocarsi in alcuna delle tipologie di grande tribunale individuate dalla storiografia e se sia riuscito o meno ad esercitare funzioni sostanzialmente analoghe e a contribuire all'unificazione del diritto criminale toscano, è cosa ancora da stabilire con ricerche sul campo. Come per i Senati⁴² – e per la verità similmente a quanto spesso accadde nel campo penale in *Ancien Régime* – le sue decisioni non vennero pubblicizzate, né raccolte sistematicamente, e non risulta neppure che siano state oggetto di trascrizioni manoscritte. Esse furono conosciute e apprezzate in modo filtrato e mediato attraverso l'opera dei lettori di giurisprudenza criminale a Firenze, Jacopo Paoletti e Guido Poggi, i cui manuali sostituirono la *Pratica* savelliana o forse, più realisticamente, si aggiunsero soltanto ad essa.

³⁹ ASFi, SS, 391, prot. 24, n. 8.

⁴⁰ Basti vedere il carteggio presidenziale con la Consulta dal 1794 al 1807 in ASFi, *Consulta*, I serie, 828.

⁴¹ Cfr. U. Petronio, *Il Senato di Milano. Istituzioni giuridiche ed esercizio del potere nel Ducato di Milano da Carlo V a Giuseppe II*, Milano 1972, pp. 423 sgg., ma anche G. Provin, *Una riforma per la Lombardia dei Lumi. Tradizione e novità nella "Norma internale del processo criminale"*, Milano 1990, p. 67 e A.M. Monti, *Indicare tamquam deus. I modi della giustizia senatoria nel Ducato di Milano tra Cinque e Settecento*, Milano 2003, p. 47.

⁴² Ascheri, *I grandi tribunali cit.*, p. 123.

Il Supremo tribunale restò una corte centrale per una sola parte del Granducato, non ebbe completa supremazia neppure su quella, né indipendenza da un organo giudiziario ad esso superiore. Una svolta – anche se non integrale⁴³ – verso l’erezione di un tribunale centrale di terza istanza di stampo moderno, verso la collegialità e la discussione si sarebbe avuta solo con la Ruota criminale entrata in funzione con la Restaurazione, nel 1814.

⁴³ D. Edigati, *Il codice mancato. Tentativi di codificazione della procedura e riforma della giustizia criminale nella Toscana ottocentesca*, Roma 2013, pp. 22 sgg.

Notai e avvocati all'opera per «Il Notaio: giornale di giurisprudenza notarile» (1839-1847)

di Elisabetta Fiocchi Malaspina

Sempre crescente, anche in occasione delle recenti celebrazioni per i 150 anni dell'unità d'Italia, è l'interesse per lo studio delle prime riviste sul notariato pubblicate nell'Ottocento. La maggior parte di esse si colloca proprio successivamente all'unificazione: basti pensare alla «Gazzetta dei Notai», fondata nel 1871, diretta dal notaio e vicepresidente del comitato promotore dell'Accademia dei notai d'Italia, Gennaro Sciarretta; a «Il Giornale dei Notai» edito nel 1876 da Vincenzo Conti e Carlo Astengo che cessò nel 1919 e raccoglieva sentenze, pareri, atti legislativi, massime di giurisprudenza, studi di teoria e pratica notarile; al «Bollettino Notarile» che venne creato nel 1881 dal notaio Ferraris; senza tener conto del successo del «Rolandino» fondato nel 1882 dal notaio Cino Michelozzi ed infine a «Le massime del Registro e del Notariato» del 1863. Se questi sono solo esempi del proliferare delle riviste squisitamente notarili nella seconda metà dell'Ottocento, invece le ricerche riguardanti il periodo precedente si fanno sempre più lacunose e difficili.

Rappresenta un unicum nel panorama giuridico della penisola italiana dell'epoca «Il Notaio: giornale di giurisprudenza notarile» che venne edito a Novara dal 1839 sino al 1847 ed ebbe la collaborazione di importantissimi giuristi piemontesi e del Lombardo-Veneto. Tale rivista, infatti, potrebbe essere classificata tra le prime riviste notarili italiane.

Come è noto, dal punto di vista generale, l'organizzazione della professione notarile prima del 1861 era un vero e proprio mosaico di legislazione; anzi si dovette aspettare sino al 25 luglio 1875 per avere la prima legge italiana sull'ordinamento del notariato, che costituiva, come ben espresso da Mazzanti Pepe e Ancarani, non tanto una legge nuova, bensì una scelta tra le precedenti disposizioni che meglio convenissero alle esigenze del tempo¹.

Le profonde diversità a livello di legislazione notarile che sorgevano nei differenti contesti statali della penisola italiana erano ben illustrati dai “pratici”

¹ F. Mazzanti Pepe, G. Ancarani, *Il notariato in Italia dall'età napoleonica all'Unità*, Roma 1983, p. 348.

del diritto, avvocati e notai che con un approccio comparativo cercavano una propria identità attraverso la pubblicazione di riviste che affrontavano il problema della disomogeneità legislativa nelle differenti realtà italiane². Si svilupparono perciò, proprio nella prima metà dell'Ottocento, diverse tipologie di riviste e raccolte specialistiche: da un lato, a titolo esemplificativo, vi è l'iniziativa editoriale avviata sulla scia della codificazione albertina che vedeva schierato in prima linea l'avvocato Mantelli, con la pubblicazione ad Alessandria tra il 1839 e il 1848 della *Giurisprudenza del Codice Civile e delle altre leggi dei Regi stati*, dall'altro vi erano vere e proprie riviste indirizzate alla comparazione legislativa³.

In effetti all'epoca il metodo comparativo ebbe un notevole successo: basti pensare alla *Collezione completa dei moderni codici civili degli Stati d'Italia* edita a Torino nel 1845, al *Corso di diritto civile secondo il Codice francese* di Duranton nell'edizione curata da Vigliani, in cui vi sono ampi riferimenti ai codici civili del Regno Lombardo-Veneto, delle Due Sicilie, di Parma, del Canton Ticino ed infine al *Manuale forense, ossia confronto tra il Codice Albertino, il diritto romano e la legislazione anteriore con rapporto ed illustrazioni dei corrispondenti articoli ed illustrazioni del Codice civile francese e austriaco* che venne pubblicato in nove volumi, a Novara e Torino, tra il 1838 e il 1843, da una società di avvocati⁴.

Forse sotto quest'ottica può essere inquadrato anche «Il Notaio» che fu compilato guarda caso sempre «da una società di avvocati e notaj» e venne stampato a Novara dalla tipografia Merati. La direzione dal 1839 al 1844 fu assunta congiuntamente dall'avvocato Carlo Francioni e dal notaio di Arona, Felice Devecchi⁵, ebbe anche l'apporto di Giacomo Giovanetti e Riccardo Sineo e

² G. di Renzo Villata, *Per una storia del notariato nell'Italia centro-settentrionale*, in *Handbuch zur Geschichte des Notariats der europäischen Traditionen*, Baden Baden 2009, pp. 53-64; G. Cerbioni, *Riflessioni sulla genesi della legge notarile del 1913*, in «Studi e materiali», 3 (2008), p. 5; V. Piergiovanni, *A proposito di alcuni recenti contributi alla storia del notariato in Europa*, in «Ius Commune. Zeitschrift für europäische Rechtsgeschichte», 26 (1999), pp. 329-336; M. Santoro, *Notai. Storia sociale di una professione in Italia (1861-1940)*, Bologna 1998, pp. 40-48.

³ C. Mantelli, *Giurisprudenza del Codice Civile e delle altre leggi dei Regi stati ossia collezione metodica e progressiva delle decisioni e sentenze pronunciate dai Supremi Magistrati sì dello Stato che stranieri sui punti più importantidi diritto civile, commerciale, di procedura, criminale, amministrativo*, Alessandria 1839-1848, 17 voll.

⁴ Cfr. L. Sinisi, *Giustizia e Giurisprudenza nell'Italia preunitaria*, Milano 2002, p. 288, nota 117.

⁵ Secondo quanto si legge nel frontespizio dell'anno 3 (1841) della rivista. Poco si sa della vita dei due primi direttori. Carlo Francioni fu nominato nel 1852 "procuratore regio presso il Consiglio d'intendenza generale di Novara": cfr. «Rivista amministrativa del Regno: giornale ufficiale delle amministrazioni centrali, e provinciali dei Comuni e degli Istituti di beneficenza. Raccolta periodica», 3 (1852), p. 720. Felice Devecchi, attivo tra il 1838 e il 1897, fu avvocato e notaio, autore del *Formulario dei testamenti*, Novara 1839: cfr. *Bibliografia italiana, ossia elenco generale delle opere d'ogni specie e d'ogni lingua stampate in Italia e delle italiane pubblicate all'estero*, anno V, Milano 1839, p. 261. Il fondo del notaio Devecchi è interamente conservato presso l'Archivio di Stato di Verbania al numero progressivo 13686-13789: cfr. *Notai, indice toponomastico dei notai anni 1422-1908, numeri 14524*, Archivio di Stato di Verbania luglio 2012, p. 3, consultabile anche on line al sito <www.icar.beniculturali.it/inventari/ASVB/NotaiToponomastico.pdf>.

mirava all'utile della professione notarile, trattando questioni e raccogliendo sentenze, che si riferissero od alla forma estrinseca degli atti tra vivi e d'ultima volontà, od alla validità dei testamenti e dei contratti, o ai diritti d'insinuazione, o agli obblighi speciali a cui sono soggetti coloro che, per eccellenza del loro ministero sono chiamati depositari della pubblica fede⁶.

Con queste parole nel 1839, negli Stati sabaudi, si inaugurava così la pubblicazione del primo numero del «Notaio».

Il Notariato costituisce una specie di Magistratura destinata a guarentire l'esecuzione delle convenzioni, e ad imprimere alla volontà de' contraenti il carattere e la forza di legge. La sola probità però non è però da sé sola bastante ad ispirare una piena fiducia nella persona che è chiamata all'esercizio di questa magistratura; ma si esige pur anco la cognizione delle leggi, e la pratica delle forme che le medesime esigono per la validità degli atti, non che la lucidità di esposizione che prevenga, per quanto è possibile, le ambiguità, onde non resti dubbia l'intelligenza degli atti stessi, la cui redazione viene affidata ai Notai. Il presente Giornale tende a questo doppio scopo, e noi speriamo che gli Studiosi della Giurisprudenza Notarile ci sapranno buon grado offrir loro una scorta sicura per tutte quelle convenzioni le quali, richiedendo la legge l'autenticità, è indispensabile il loro intervento⁷.

Dal punto di vista strutturale all'interno della rivista sono proposte e risolte questioni giuridiche, confrontando nel merito le posizioni assunte dal Senato di Casale, dalla corte di Torino ma anche quella dalle corti di Bordeaux e di Lione; vi sono inoltre esempi di atti notarili, formulari di atti *inter vivos* e *mortis causa*, mentre nella sezione «Varietà» vengono elencate le nomine dei notai e i loro trasferimenti.

Più precisamente:

Quest'opera verrà corredata di Decisioni de' nostri Tribunali non solo, ma ben anche delle Corti francesi, ogniquale volta le medesime si ravvisino opportune a prevenire od a risolvere un dubbio, ovvero ad interpretare una disposizione del Codice o del Regolamento Notarile. Non si mancherà pure di riferire i Provvedimenti che saranno ad emanare riguardanti il Notariato e l'Insinuazione, sia che contengano delle nuove prescrizioni, sia che tendano a porre in armonia col nuovo codice gli antichi Regolamenti. Aggiungeremo la Soluzione de' Quesiti che ci verranno proposti, e che presentino insieme alla difficoltà di interpretazione l'importanza della medesima, riserbandoci un piccolo canto per quelle domande che noi vorremo muovere a noi stessi, onde la risposta torni di qualche utilità per i nostri Lettori. In questa parte del nostro Giornale ci fermeremo più volentieri, perché sappiamo essere tale il desiderio di molti nostri Corrispondenti, e massimo da siffatto esercizio il pubblico vantaggio⁸.

Chiaramente le materie trattate sono squisitamente di argomento notarile: la rivista si occupa di donazioni, testamenti, iscrizioni d'ipoteca, vendite, servitù, autorizzazione maritale, inventari di tutela; ampio spazio è dedicato alla

⁶ *Cenni Preliminari*, in «Il Notaio», 1 (1839), pp. III-IV.

⁷ *Ibidem*. La Biblioteca Civica di Novara (d'ora in poi BCN), risulta essere l'unica, almeno dalla consultazione dei cataloghi on line e dei periodici, a conservare l'intera serie alla segnatura 63.F.11.17 (*Fondo Negroni*); si precisa altresì che la Biblioteca Civica di Alessandria conserva la copia del primo numero della rivista appartenuto a Mantelli.

⁸ *Cenni Preliminari* cit., p. IV.

questione della sottoscrizione del testamento pubblico, alle formalità con particolare riguardo alla capacità o meno di sottoscrivere da parte del testatore.

A partire dal 1845 «Il Notaio» fu diretto dall'avvocato novarese Carlo Negroni, il quale apportò alcune varianti all'impostazione della rivista, riuscì a darle una notevole diffusione e a ricevere ampi consensi per l'iniziativa⁹. Il programma e "il futuro" del «Notaio» sono così illustrati da Negroni:

Continueremo a trattare argomenti di giurisprudenza non limitandoci alle questioni di forme notarili, e non escludendone quando ne verrà l'occasione. Per indicare che il nostro notajo non tiene bottega di formule, né fa commercio di clausole, ma si è reso anche degno dell'alto suo ufficio e del delicato suo ministero, volgendo la mente agli studi del diritto ed all'applicazione che se ne deve fare negli atti volontari e nei contenziosi (...)¹⁰.

Tuttavia «Il Notaio»

sarà sempre inteso a raccogliere le più frequenti quistioni di diritto, segnatamente nelle materie che più da vicino toccano la professione notarile, e a scioglierle colla scorta delle scienze legali e delle opinioni dei Magistrati. E poiché nell'anno che corre sarà posto in attività il Codice di Commercio, or ora pubblicato, non tralascierà, quando l'occasione se ne presenti, di recare alcuna sentenza dei Giudici commerciali, o di chiarire alcun punto delle leggi mercantili¹¹.

Negroni nell'*Introduzione* non esita anche a precisare l'organizzazione della rivista:

Ogni quaderno del giornale verrà diviso in due parti: nella prima le sentenze dei Magistrati coll'esposizione dei fatti a cui si riferiscono e colle osservazioni che ai collaboratori sembrerà opportuno di aggiungervi: nella seconda si consacreranno alcune pagine alla scienza del diritto, alle notizie utili ed alle varietà. In questa seconda parte sarà cosa profittevole, e non forse discara, il tener discorso delle opere legali che si verranno a mano a mano pubblicando, il darne accurato giudizio, ed il farne conoscere per via di analisi il contenuto¹².

Il cambio di direzione e di impostazione delle annate si era reso più che mai necessario in quanto la rivista nasceva soprattutto per una utilità pratica e in particolare bisognava dare maggiore spazio ai quesiti che venivano posti al «Notaio» circa uno specifico caso giuridico e forse la figura più adatta a questo scopo era l'allievo prediletto del «principe del foro piemontese» Giacomo Giovanetti, appunto Carlo Negroni.

⁹ Presso la BCN è conservato il manoscritto delle condizioni contrattuali sottoscritte da Negroni con il tipografo Pasquale Rusconi per la pubblicazione del «Notaio»: BCN, *Fondo Negroni*, segn. C. 9. In «Iride Novarese», 10 (1846), p. 3, si trova pubblicato il programma della rivista che illustra la composizione del «Notaio» sottolineando che «si raccomanda all'attenzione al favore non solo di quelli che sono addetti alla professione notarile, ma anche di tutte le persone che per affari o per istituto hanno qualche attinenza con il Foro e con i Magistrati dell'ordine giudiziario».

¹⁰ C. Negroni, *Introduzione alla Nuova serie de Il Notaio*, in «Il Notaio», 6 (1845), p. V sgg.

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Ibidem*.

Egli nacque a Vigevano nel 1819 da Giovanni, magistrato vigevanese e da Giuseppina Roncalli. Nel 1836 la famiglia si trasferì a Novara, dove Giovanni continuò ad esercitare la sua professione presso il locale Tribunale. Carlo, laureatosi a Torino *in utroque iure*, intraprese l'attività di docente presso l'Università di Novara, sede distaccata di Torino, in qualità di ripetitore poi di professore supplente di diritto e procedura civile ed infine, dal 1846 fino al 1860, fu titolare della stessa cattedra¹³. Parallelamente entrò nello studio di Giacomo Giovanetti, da cui apprese tutta l'arte e la tecnica da poter esercitare nel diritto delle acque, tanto da essere qualificato come il suo successore in ambito scientifico e pratico¹⁴.

Nel 1843 Carlo Cadorna, futuro Ministro della Pubblica Istruzione, all'epoca giudice aggiunto al Tribunale di prima istanza a Casale, lo informò, con una lettera ufficiale, che il Senato di Casale aveva emanato «la declaratoria sulla sua ammissione al patrocinio davanti ai Magistrati superiori»¹⁵.

La sua vasta cultura giuridica inoltre lo portava a prendere posizione sui più significativi fatti storici dell'epoca e in particolare ad eccellere per la conoscenza sia del diritto civile che del diritto canonico¹⁶. Nel 1843, infatti, pubblicò la monografia *Della giurisdizione ecclesiastica nelle cose criminali secondo le leggi, gli usi e i Concordati del Piemonte*. Oggetto del lavoro fu il Concordato tra papa Gregorio XVI e Carlo Alberto, stipulato nel 1841, al fine di regolamentare l'immunità personale degli ecclesiastici all'interno del Regno di Sardegna.

Relativamente al periodo in cui assunse la direzione del «Notaio», tra il 1845 al 1847, le sue carte d'archivio conservano anche un *Progetto di una giurisprudenza piemontese che doveva rassegnarsi a S.R. il primo Seg.rio di Stato per gli affari di grazia e giustizia*, in cui si legge dell'intenzione «di pubblicare un'opera della quale sperano qualche onore pel giovamento che ne verrebbe ai buoni studi del diritto ed alla pratica del foro»¹⁷. Inoltre in un

¹³ E. Dezza, *Carlo Negroni giurista*, in *Carlo Negroni e il suo tempo 1819-1896*. Atti del convegno di studi nel centenario della morte, a cura di M.C. Uglietti, Novara 2000, p. 77; G. Barbè, *Carlo Negroni nel centenario della morte*, Novara 1995, pp. 9-10.

¹⁴ Barbè, *Carlo Negroni* cit., p. 12.

¹⁵ BCN, *Fondo Negroni*, C. 16 f. 3. Questa fu la prima lettera tra Negroni e Cadorna e segna l'inizio di una lunga corrispondenza – si contano quarantasette lettere, dal 1841 al 1891 – che con il tempo si fece sempre più amichevole e confidenziale.

¹⁶ Dezza, *Carlo Negroni* cit., p. 75.

¹⁷ BCN, *Fondo Negroni*, C. 8 f. 3. Allegato ad esso vi è il programma in cui si stabilisce il titolo esatto – monumentale – dell'opera: *Raccolta di tutte le sentenze civili, criminali, commerciali ed amministrative de' Senati di Torino, Genova, Nizza, Chambery, e Casale*, e il punto di partenza sarebbe stato niente meno che il 1838, anno del ripristino del Senato di Casale ad opera di Carlo Alberto. Per il Senato di Casale si rimanda a A. Lupano, *La rinascita del Senato di Casale esempio del riformismo di Carlo Alberto*, in *L'altro Piemonte. nell'età di Carlo Alberto*. Atti del convegno di studi, Alessandria/Casale Monferrato 28-30 ottobre 1999, a cura di E. Dezza, R. Ghiringhelli, G. Ratti, Alessandria 2001; A. Lupano, *Le Sénat de Casal*, in *Les Sénats de la Maison de Savoie (Ancien Régime - Restauration). I Senati sabaudi fra antico regime e restaurazione*, a cura di G.S. Pene Vidari, Torino 2001, pp. 133-150, in particolare pp. 144 sgg.; A. Nota, *Del Senato di Casale nuovamente eretto dal re Carlo Alberto: esposizione storica*, Casale 1838.

fascicolo intitolato *Progetti di opere legali che non ebbero esecuzione (da ripigliarsi però in miglior tempo)* sono raccolti diversi programmi di riviste giuridiche specializzate. Vi è l'idea di una *Teoria e pratica delle leggi commerciali*, «onde si compia collo studio delle leggi speciali che riguardano il traffico, lo studio delle leggi generali che dà regola ai diritti comuni, e si porti al codice di commercio, novello beneficio concesso in questi giorni al Piemonte, quella luce che già si diffuse sopra il civile»¹⁸; si trova inoltre il progetto di un *Manuale amministrativo, ossia nuovi provvedimenti per le intendenze generali, per le intendenze e pe' i consigli di intendenza, coll'aggiunta di tutte le disposizioni anteriori che vi sono rammentate e che sono ancora in vigore*, datato 8 marzo 1843, in cui prendeva in considerazione le Regie Patenti del 25 agosto e 31 dicembre 1842, le quali non solamente accrebbero le attribuzioni degli intendenti generali, ma diedero altresì varie norme, «cui debbano seguire i Comuni e gl'Instituti di pubblica beneficenza e i privati, onde l'amministrazione proceda più libera e spedita nelle sue vie, e le cause portanti innanzi ai si trattino e si decidano con quella prontezza che il buon andamento degli affari comanda»¹⁹.

Se da una parte queste idee non vennero mai realizzate al contrario Negroni dopo l'esperienza con «Il Notaio» divenne direttore della *Giurisprudenza casalese*²⁰, in cui sono raccolte le più importanti decisioni della Corte di Appello di Casale e sono completate da note «nelle quali spiccavano in alto grado il senno, l'erudizione, ed il criterio legale del suo direttore»²¹.

Significativa fu anche la sua carriera politica: insieme a Giovanni Battista Cassinis, Vincenzo Miglietti, Pasquale Stanislao Mancini, nel 1859, collaborò alla “prima bozza” del codice civile italiano, il cosiddetto Progetto Cassinis²². Negroni, infatti, fu eletto deputato al Parlamento subalpino per due legislature, la VI (dicembre 1857-aprile 1859) per il collegio di Domodossola, e la VII (aprile-dicembre 1860) per quello di Vigevano. L'avvocato novarese in questa veste inserì istituti che erano stati respinti dal legislatore carloalbertino, come il consorzio volontario e il consorzio obbligatorio tra gli utenti di acque irrigue e tali articoli non furono modificati sia nel successivo codice che in quello del 1942²³. È Pisanelli, durante la discussione in Senato del II libro del Codice Civile, ad affermare che Negroni «aveva acquistato nel ramo del

¹⁸ BCN, *Fondo Negroni*, C. 8 f. 3.

¹⁹ BCN, *Fondo Negroni*, C. 8 f. 3 (y).

²⁰ «Giurisprudenza casalese ossia Collezione delle decisioni della Corte di Appello di Casale con note e confronti compilata da una società di avvocati»: la rivista viene pubblicata per due bienni a Novara tra il 1857 e il 1860 (Dezza, *Carlo Negroni* cit., p. 78).

²¹ Così Biagio Alasia gli scriveva il 6 luglio 1859: BCN, *Fondo Negroni*, C. 16 f. 3; cfr. anche L. Bellotti, *In memoria del Senatore Carlo Negroni*, Novara 1896, pp. 7-8.

²² Per quanto riguarda il progetto Cassinis si rimanda alla completa monografia di S. Solimano, *“Il letto di Procuete”*. *Diritto e politica nella formazione del codice civile unitario. I progetti Cassinis (1860-1861)*, Milano 2003.

²³ Dezza, *Carlo Negroni* cit., p. 79.

diritto delle acque una esperienza massima, una dottrina estesa e sicura»²⁴. La sua attività fu altresì considerevole a livello locale, in cui fu operosissimo sia in ambito provinciale che comunale, divenendo anche sindaco di Novara dal 1878 al 1879; nel 1890 divenne senatore del Regno d'Italia, carica che mantenne sino al 1898, anno della sua morte.

Il breve profilo biografico di Carlo Negroni si è reso determinante per comprendere l'impegno, la passione e lo studio che l'avvocato non solo dimostrava nella professione ma soprattutto nella ricerca giuridica. A questo riguardo, per lo studioso e lo storico è di fondamentale aiuto la precisione con cui Negroni conservò tutte le sue carte che attualmente si trovano presso la Biblioteca Civica di Novara.

L'epistolario di Negroni rappresenta senza dubbio una delle fonti più preziose: fitta era la corrispondenza con Pasquale Stanislao Mancini, con Giovanni Battista Cassinis e soprattutto con Carlo Cadorna che, nell'ottobre 1844, così rispondeva a Negroni proprio in riferimento al «Notaio»:

Amico carissimo,
ti sono grato dell'invito che mi fai di scrivere nel Notaio, del che mi tengo onorato; e mi congratulo che codesto giornale sia venuto alle tue mani; nelle quali non può a meno che prosperare. Io vorrei poter corrispondere alla cortese tua richiesta promettendoti la mia debole collaborazione; (...) posso promettere che farò tutto il possibile per mandare qualche mio scarabocchio, e che lo farò ogni qualvolta potrò²⁵,

e il 4 novembre 1844 scriveva:

Amico carissimo,
Ti ringrazio del manifesto del Notaio, unito alla tua lettera ottima. Il mio scrittore sta copiando l'articolo che ti ho promesso, il quale ti spedirò alla prima occasione se non ricevo da te altro ordine in contrario (...)²⁶.

Se da queste lettere traspare l'entusiasmo e l'apporto di un giurista del calibro di Carlo Cadorna per la pubblicazione dell'opera, è anche necessario domandarsi i motivi che spinsero Negroni ad assumere la direzione della rivista. Al di là del grande prestigio insito nella carica, l'avvocato novarese accettò con la speranza di poter diventare socio corrispondente dell'Accademia delle Scienze di Torino.

Lo si apprende dal carteggio con Ercole Ricotti, illustre storico e politico italiano. La corrispondenza tra i due era iniziata intorno al 1839 per motivi squisitamente letterari: Ricotti, infatti, inviò a Negroni una parte dell'*Introduzione* alla sua *Storia delle compagnie di ventura* che pubblicò negli Atti dell'Accademia delle Scienze di Torino, di cui divenne membro a soli ventitré anni (nel 1838); e Negroni allo stesso modo lo teneva costantemente informato sulle sue pubblica-

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ BCN, Fondo Negroni, Lettere Cadorna-Negroni, C. 16 f. 3.

²⁶ *Ibidem*.

zioni giuridiche²⁷. A partire dal gennaio 1845 le lettere sono sempre più fitte: in esse l'avvocato novarese esprimeva all'amico il suo desiderio di divenire socio corrispondente dell'Accademia, ma Ricotti precisò in più di una occasione che l'Accademia prendeva in considerazione soltanto opere teoriche di alto valore scientifico e che gli articoli di Negroni comparsi sul «Notaio» «non sono di giurisprudenza generale ma piuttosto di pratica legale, e quindi, inutili per l'ammissione all'Accademia»²⁸.

In effetti gli articoli che Negroni scrisse per «Il Notaio» sono squisitamente dedicati alla pratica del diritto e soprattutto alla materia delle acque, alle successioni, alla tutela, alla materia amministrativa, ai conflitti di giurisdizione, alle ipoteche, ai diritti reali, alla proprietà letteraria ed infine alle prescrizioni: essi vennero raccolti nel 1843 sotto il titolo di *Scritti vari di giurisprudenza* ed a loro volta vennero riuniti con i successivi contributi nel 1846 in *Scritti legali*. Di conseguenza l'avvocato novarese dovette aspettare moltissimo tempo prima che le sue richieste venissero esaudite e infatti divenne socio corrispondente solo nel 1885, esattamente quarant'anni dopo la richiesta espressa al Ricotti.

Al di là della delusione di Negroni, resta ancora da illustrare le personalità che collaborarono alla realizzazione della rivista; nella rosa dei collaboratori al «Notaio» compaiono nomi di illustri giuristi sia piemontesi che del Lombardo-Veneto, per lo più avvocati, magistrati e professori: basti pensare a Pietro Luigi Albini professore di diritto all'Università di Novara, all'avvocato Edoardo Frignone di Torino, al magistrato Giuseppe Buniva, all'avvocato Giuseppe Caire di Casale Monferrato, all'ex direttore della rivista Carlo Francioni, all'avvocato fiscale Giovanni Negroni, agli avvocati Gustavo Paroletti, Riccardo Sineo e Luigi Vigna di Torino; e in qualità di notai vi erano Natale Cotta-Morandini di Milano e Felice Devecchi di Arona.

Dal punto di vista formale la rivista è suddivisa al suo interno in sezioni: nelle *Questioni* vengono risolti casi pratici legati principalmente a temi di diritto civile, con particolare riguardo a servitù, usufrutto, testamenti e donazioni. In *Varietà* vengono analizzati e approfonditi alcuni provvedimenti emessi in materia notarile dalle autorità competenti; mentre in *Notizie di Libri* vi sono le recensioni ai libri giuridici legati al contesto dell'epoca.

La sezione più importante e consistente della rivista è rappresentata dai commenti alle nuove leggi che entravano in vigore all'epoca, come ad esempio *Nuovi provvedimenti su vari oggetti di amministrazione, di pubblica economia e di proprietà fondiaria; Giurisprudenza delle acque; Confessione giudiziale. Come debba intendersi il principio che la confessione giudiziale è inscindibile (art. 1470 cod. civ.)*.

²⁷ G. Barbero, *Un carteggio dell'età risorgimentale: corrispondenza inedita tra Carlo Negroni ed Ercole Ricotti*, in «Bollettino storico per la Provincia di Novara», 84 (1993), 1, pp. 113-127: 120-121. Cfr. anche D. Tuniz, *Carlo Negroni giornalista, politico e amministratore*, in *Carlo Negroni cit.*, p. 92.

²⁸ Barbero, *Un carteggio cit.*, p. 121.

Completano la rivista le *Dispense - Appendici* concernenti le leggi, i regolamenti ed istruzioni per facilitare i notai nell'esercizio della professione. In particolare l'appendice al «Notaio» del 1846 è dedicata al *Repertorio delle regie leggi, manifesti, ordinati camerati, regolamenti ed altre istruzioni sull'esercizio del notariato che pronunciano multe, pene e censure contro i pubblici Funzionarii autorizzati a tale uffizio per ogni omissione alle loro disposizioni con aggiunta di note spiegative di autorità superiori*; tale repertorio è come un vero e proprio *vademecum* del notaio, il quale seguendo l'ordine alfabetico avrebbe potuto trovare la soluzione al proprio quesito e le relative fonti normative di riferimento.

Tuttavia l'appendice più significativa e forse più famosa è quella contenuta nell'ultimo numero del 1847, dove è stato pubblicato il *Manuale del Notaio ossia Leggi, regolamenti ed istruzioni concernenti la professione notarile e le contravvenzioni in cui si può incorrere nel suo esercizio col confronto delle leggi ed istruzioni che si osservano nel Regno Lombardo Veneto*, redatto dal notaio e professore milanese Natale Cotta Morandini²⁹. In tale manuale vengono approfondite le questioni inerenti all'istituzione dei collegi notarili, alla pratica notarile, alla nomina e al numero dei notai, procedendo ad una comparazione sistematica con le leggi all'epoca in vigore nel Lombardo Veneto e nel Regno di Sardegna.

In questo scritto ho cercato di illustrare, seppur sinteticamente, la genesi, la struttura e i collaboratori del «Notaio: giornale di giurisprudenza notarile», rivista che può essere considerata tra le prime riviste notarili italiane specializzate e ancora sconosciuta nel vasto panorama della storia del diritto, ma specchio di una realtà dinamica del tempo e dei desideri comuni dei giuristi, avvocati o notai, dell'Italia preunitaria.

²⁹ M.G. di Renzo Villata, *Un avvocato lombardo tra ancien régime e "modernità": Giovanni Margarita*, in *Avvocati e avvocatura nell'Italia dell'Ottocento*, a cura di A. Padoa-Schioppa, Bologna 2009, pp. 454-457, in particolare nota 79.

Rechtsprechungssammlungen als Spiegel konkurrierender Rechtsquellen Beispiele aus Italien und Deutschland

von Heinz Mohnhaupt

1. Mario Ascheris Forschungen und Veröffentlichungen umfassen den gesamten Kosmos "Europäischer Rechtsgeschichte". Dieser universale Forschungsradius macht es leicht, mit dem folgenden Beitrag zu seinen Ehren an ein Teilgebiet seiner wissenschaftlichen Arbeiten anzuschließen, nämlich an die Untersuchungen zur Rechtsprechung. Mario Ascheri hat 1976 eine umfassende Darstellung, Analyse und Bibliographie der italienischen Rechtsprechungssammlungen vom 16. bis 18. Jahrhundert in Coings *Handbuch* veröffentlicht¹, die er durch zahlreiche Publikationen ergänzt und vertieft hat². Er hat dabei die heute als dritte Gewalt bezeichnete Gerichtsbarkeit und ihre Urteilspraxis nie isoliert betrachtet, sondern immer im Kontext konkurrierender Rechtsquellen gesehen. Dieser Aspekt ist bis heute als ein Kriterium für Untersuchungen von Rechtsprechung im Rechtssystem einer jeden nationalen oder supranationalen Rechtsordnung zu berücksichtigen³. Ascheri hat für das Verhältnis zwischen italienischer Rechtsprechung und Rechtswissenschaft in Gestalt der *opiniones* im 16. bis 18. Jahrhundert sehr klarsichtig festgestellt, dass zwischen diesen beiden Rechtsgattungen «kein Gegensatz, sondern eher Parallelität und Wechselwirkung besteht», nämlich zwischen dem «Richterrecht und dem Recht der Praktiker und Theoretiker (Juristenrecht, Professorenrecht)»⁴. Das gilt jedoch nicht nur

¹ M. Ascheri, *Rechtsprechungs- und Konsiliensammlungen: Italien* (unter Verwendung der hinterlassenen Materialien von Carl Blell), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte* II/2, hg. H. Coing, München 1976, pp. 1113-1221.

² Nur als Beispiele seien genannt: M. Ascheri, *Tribunali, giuristi e istituzioni dal medioevo all'età moderna*, Bologna 1989; M. Ascheri, *I grandi tribunali e la ricerca di Gino Gorla*, in *Grandi tribunali e rote nell'Italia di antico regime*, a cura di M. Sbriccoli, A. Bettoni, Milano 1993, pp. XI-XXXI-II; M. Ascheri, *Höchste Gerichte in Italien zur Zeit des Ancien Régime*, in *Frieden durch Recht. Das Reichskammergericht von 1495 bis 1806*, hg. I. Scheurmann, Mainz 1994, pp. 428-434.

³ Cf. H. Mohnhaupt, *Das Verhältnis zwischen Gesetzgebung, Rechtsprechung und Rechtswissenschaft als Rechtsquellenproblem (18. bis 20. Jahrhundert)*, in *Giudici e giuristi. Il problema del diritto giurisprudenziale fra Otto e Novecento*, a cura di P. Costa, I = «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 40 (2011), pp. 19-52.

⁴ Ascheri, *Rechtsprechungs- und Konsiliensammlungen* (Anm. 1), p. 1123.

für die italienische Rechtsquellenordnung, sondern ist ein generelles Phänomen, das sich in verschiedenen Epochen finden lässt und bis in das 19. und 20. Jahrhundert zu beobachten ist. Dieser Befund lässt sich auch aus den Rechtsprechungssammlungen in Deutschland ablesen, deren Publikationen im 19. Jahrhundert in einem diachronen Blick betrachtet werden sollen. Jede Rechtsprechung ist bestimmt durch die der richterlichen Entscheidung zugrunde liegende Rechtsgrundlage, – nämlich das Gesetz, das als Rechtsquelle seit dem 16. Jahrhundert ständig an Bedeutung gewinnt. Der ursprünglich dominierende Rang der Rechtswissenschaft des *ius commune*, der *opinioes*, des Gewohnheitsrechts und der Privilegien trat dagegen zurück. Die Qualität, Mängel und Struktur des Gesetzes beeinflussen auch das Urteil und seine Autorität, wobei die Rechtswissenschaft als normativer Faktor eine Rolle spielen kann oder die Urteilspraxis selber Normqualität entwickelt. Das kann aus Rechtsprechungssammlungen abgelesen werden, wobei Ascheris Beschreibung und Analyse der italienischen Rechtsprechungspraxis des 16. bis 18. Jahrhundert eine diachron verlaufende Beobachtung der Urteilssammlungen im deutschen 19. Jahrhundert ermöglicht. Ein gemeinsamer Beobachtungsgegenstand besteht einmal in der Struktur des Gesetzes sowie andererseits in den konkurrierenden Entscheidungsgrundlagen der Rechtsprechung und ihrer unterschiedlichen quasigesetzlichen Bindungskraft.

2. Eine treibende Kraft zur Aufzeichnung und Publikation der Rechtsprechungsprodukte war die im Ancien Régime häufig formulierte Kritik an der fehlenden Einheitlichkeit und der daraus folgenden Unsicherheit des Rechts, die die Suche nach einem “*ius certum*” verstärkte⁵ und im 18. Jahrhundert zur Forderung nach einer systematischen Kodifikation führte.

Bereits die um Systematik bemühte Kompilation des römischen *Corpus iuris civilis* Kaiser Justinians verfolgte den Zweck,

ut nihil neque contrarium neque idem neque simile in ea inveniatur (...) quidquid dubium et incertum inveniebatur⁶.

Als das große Ziel der Justinianischen Kompilation wird immer wieder betont, die «*opera iam paene confusa et dissoluta*» zu sammeln und «*certo moderamini tradere*»⁷. Die Beseitigung aller Widersprüche und Zweifel im Recht sollte eine «*tutissimam quietem*»⁸ bewirken und «*in stabilitatem redactum*» führen.⁹ Auf diese Weise wurde das Ideal eines Gesetzes umschrieben, für das Justinian zwei Adressaten benannte: 1) «*omnibus (...) hominibus eandem*

⁵ Cf. H. Mohnhaupt, “*Lex certa*” and “*ius certum*”: *The Search for Legal Certainty and Security, in Natural Law and Laws of Nature in Early Modern Europe. Jurisprudence, Theology, Moral and Natural Philosophy*, edited by L. Daston and M. Stolleis, Aldershot 2008, pp. 73-88.

⁶ *Corpus iuris civilis*, *Constitutio Tanta*, Prooemium (vor 1.).

⁷ *Constitutio Tanta*, 1.

⁸ *Ibidem*, 10.

⁹ *Ibidem*, 11.

sanctionem manifestam facere necessarium perspeximus»¹⁰ und 2) die Richter, deren bisherige Praxis darin bestanden habe: «voluntate iudicium magis quam legitima auctoritate lites dirimebantur»¹¹.

Freilich war auch dem römischen Kaiser und Gesetzgeber bewusst, dass keine gesetzliche Regelung «stare perpetuo possit»¹².

So lag es nur in der Konsequenz dieser Gesetzesauffassung, das Verbot auszusprechen, «commentarios isdem legibus adnectere» und «legum interpretationes» vorzunehmen. Das Verbot betraf ausdrücklich den Richter: «si quid vero (...) ambiguum fuerit visum hoc ad imperiale culmen (...) referatur»¹³. Zur Sicherung des Gesetzes gegen kommentierende Aufweichungen und zur Festigung des Rechtsetzungsmonopols der kaiserlichen Gewalt schließt die *Constitutio* Tanta mit dem Gebot an die Richter: «Omnes itaque iudices nostri pro sua iurisdictione easdem leges suscipiant»¹⁴.

Die in der *Constitutio* Tanta formulierten Anforderungen an das Gesetz wirkten weiter bis in die Diskussionen über eine systematische Kodifikation in der Aufklärungsepoche. In diesen Bestimmungen ist im Grunde die gesamte Problematik der Strukturschwäche des Gesetzes als staatliches Lenkungsinstrument eingefangen; nämlich 1) die nur temporäre Regelungskapazität des Gesetzes bzw. der Kodifikation angesichts sich ständig wandelnder Verhältnisse; 2) die wechselnden Anforderungen an die Steuerungsfähigkeit des Gesetzes; 3) die daraus resultierende schwankende Effektivität und Unsicherheit des gesetzlichen Regelungstextes; 4) das zeitweise Erstarken alternativer Entscheidungsgrundlagen zur Lösung der aufgetretenen Konfliktlagen; 5) das wechselnde Maß der Beweglichkeit richterlicher Umsetzung des Gesetzes oder der alternativen Rechtsquellen; 6) das sich daraus ergebende Spannungsverhältnis zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung als ein generelles Rechtsquellenproblem.

3. Der wechselnde Rang von Gesetzgebung und Rechtsprechung in den Entscheidungsprozessen gehört zu den Dauerfragen in der historischen Rechtsforschung und zeigt zugleich ein Konkurrenzverhältnis zwischen diesen beiden – modern gesprochen – “Gewalten” an. «Potestas legislativa» und «potestas iudiciaria» galten als Funktionen einer als Einheit gedachten und praktizierten Herrschermacht. Sowohl die legistische als auch die kanonistische Lehre gingen ursprünglich vom Vorrang der richterlichen Gewalt aus. Ascheri brachte diesen Befund auf die griffige Formel: «In principio era il giudice»¹⁵. Entsprechend der Statutendoktrin umfasste die Rechtsprechung auch

¹⁰ *Ibidem*, 13.

¹¹ *Ibidem*, 17.

¹² *Ibidem*, 18.

¹³ *Ibidem*, 21.

¹⁴ *Ibidem*, 24.

¹⁵ Ascheri, *Grandi tribunali* (n. 2), p. XXI. Portalis hatte 1803 bei der Vorlage des endgültigen

die Gesetzgebung: «sed statuta condere est iurisdictionis: quia qui statuit, ius dicit»¹⁶. Erst mit der Begründung des Souveränitätsprinzips durch Bodin wurde die Gesetzgebung zu «la première marque du prince»¹⁷.

Die Unterscheidung in den vorrangigen Gesetzgeber und den nachrangigen Richter in der Person des Herrschers bedeutete keinen «acte de partage des pouvoirs» im Sinne einer verfassungsrechtlichen Gewaltenteilung. Überlagerungen von Gesetzgebung und Rechtsprechung sowie “Wechselwirkungen” zwischen diesen beiden Institutionen, wie sie Ascheri im Verhältnis zwischen dem «Richterrecht und Professorenrecht» bezeichnet hat¹⁸, prägen mit unterschiedlicher Intensität ein jedes Rechtssystem. Nur im – nicht erreichbaren – Idealfall eines sprachlich perfekt formulierten und alle denkbaren Fälle systematisch erfassenden Gesetzes konnte der Richter «la bouche qui prononce les paroles de la loi» genannt werden¹⁹.

Der Bewegungsspielraum des Richters bei der Anwendung des Gesetzestextes konnte dort größer sein, wo ihm eine autonome Interpretationskompetenz zugebilligt wurde, wie z.B. für den revolutionär inspirierten französischen *Code civil*²⁰. Nach 1804 werden die neuen Gewichte zwischen Gesetz und Richter in metaphorischen Sprachbildern verdeutlicht, nämlich dass «das Gesetz ein stummer Richter, der Richter aber ein redendes Gesetz» sei; oder «alles (...) bewirkt des Gesetzes stummer Buchstabe; aber nur durch des Richters lebendes Organ: Er spricht, und das Gesetz redet»²¹.

Solche Formulierungen stützten sich teilweise ausdrücklich auf Cicero, der in *De legibus* formuliert hatte: «vereque dici potest magistratum legem esse loquentem, legem autem mutum magistratum»²².

Die Position des Richters erscheint in diesen Formeln gestärkt – trotz des Vorrangs des Gesetzes. Die grundsätzliche Prerogative des Gesetzes konnte jedoch das Problem nicht lösen, woher der Richter seine Entscheidungsgrundlage nehmen soll, wenn ein Gesetz fehlt oder dessen Regelungen widersprüchlich sind. Das betraf grundsätzlich jedes Gesetz jeder Rechtsepoche.

Entwurfs des Code civil in den «Règles pour les Juges» erklärt: «Il y avait des juges avant qu'il y eût des lois»; in *Recueil de lois composant le Code civil. Avec les discours des orateurs ...*, I, Paris 1803, p. 19, nr. 6.

¹⁶ Baldus de Ubaldis, *Commentaria in Digestum Vetus*, Lugduni 1562 (excudebat Claudius Seruanus), f. 12, nr. 4, ad D 1.1.9: lex Omnes populi.

¹⁷ J. Bodin, *Les six livres de la république*, Paris, chez Jacques du Puys, 1578³, p. 161.

¹⁸ Ascheri, *Rechtsprechungs- und Konsiliensammlungen* (n.1), p. 1123.

¹⁹ Montesquieu, *De l'Esprit des lois* (1748), Livre XI, Capitre VI.

²⁰ H. Mohnhaupt, *Das Rechtsverweigerungsverbot des Art. 4 Code civil*, in Z. Pokrovac und I. Padjen (ed.), *Zabrana uskrate pravosuda i prava. Justiz- und Rechtsverweigerungsverbot*, Split-Zagreb 2010, pp. 77-114.

²¹ So der Präsident von Strombeck in seiner Rede vom 16. August 1808 vor der «Versammlung der Westphälischen Reichsstände» zur Einführung der französischen Gerichtsordnung im napoleonischen Königreich Westphalen, pp. 3 s., in *Drucksachen des Reichstages des Königreichs Westfalen*, Cassel 1808, Nr. 20.

²² Cicero, *De legibus*, liber III, nr. 2.

In der Gesetzgebungslehre galt es als ein Erfahrungssatz, dass einerseits für die Urteilstätigkeit des Richters eine unzweideutige Gesetzessprache notwendig ist, andererseits aber, dass – wie schon die *Constitutio Tanta* erklärt hatte und die Literatur des 17./18. Jahrhunderts immer wieder betonte²³ – kein Gesetz alle möglichen regelungsbedürftigen Fälle vorausschauend sprachlich erfassen kann. Da das Gesetz auf eine generalisierende und abstrahierende Sprache und Begrifflichkeit angewiesen ist, geht diese zulasten einer konkreten Einzelfallgerechtigkeit. Die schwierige Aufgabe des Richters besteht darin, aus dem allgemein formulierten Gesetzestext die gerechte Lösung für den Einzelfall zu entwickeln. Das Problem dieser Gesetzesstruktur sah schon Aristoteles darin, dass jedes Gesetz notwendiger Weise «allgemein ist, in einigen Dingen aber in allgemeiner Weise nicht korrekt gesprochen» werden könne. Der Fehler liege «weder im Gesetz noch beim Gesetzgeber, sondern in der Natur der Sache»²⁴.

Diese Strukturschwäche des Gesetzes bestimmt auch das Verhältnis zwischen Gesetzgeber und Richter und macht das Gesetz zu einer unsicheren Entscheidungsgrundlage. Die Rechtsprechungssammlungen reflektieren diese richterliche Tätigkeit durch die Anwendung unterschiedlicher Entscheidungsgrundlagen in Gestalt von Gesetz, Rechtsprechung und Rechtswissenschaft, die einen ganz unterschiedlichen Rechtsquellencharakter besitzen können.

4. Die aus der Gesetzesstruktur sich ergebenden Unsicherheiten für das Judizieren sind in der rechtswissenschaftlichen Literatur seit dem Mittelalter immer wieder behandelt worden. Ascheri hat für diese Fragen immer wieder die Entscheidungssammlungen der Rota Romana hervorgehoben und analysiert²⁵. Dabei ist zu bedenken, dass die veröffentlichten Entscheidungen der Gerichte nicht Urteile im heutigen Sinne darstellten, sondern einen starken wissenschaftlichen Charakter trugen. Die *decisiones* beruhten auf *consilia*, die etwa seit 1360 gesammelt wurden²⁶. Rubeus hat den wissenschaftlichen Charakter seiner Sammlung von Rota-Entscheidungen so erläutert:

hic non discutamus de veritate Decisionum (...) sed solum quid de suis ipsis Decisionibus ipsamet Rota senserit, qualiter eas agnoverit²⁷.

²³ Cf. dazu oben zu n. 12. Die Formulierung der *Constitutio Tanta* (18.), «nihil est (...) quod stare perpetuo possit», übernahm z.B. J.Chr. Herpfer, *Praecepta iuris politica*, Basileae, typis Ioan. Iacobi Genathii, 1615, s.p. (de legislatione et de legibus, III, IV) fast wörtlich: «plerumque turbat emergentium varietas causarum (...) et nihil est in eo, quod perpetuo stare possit».

²⁴ Aristoteles, *Nikomachische Ethik*, ed. O. Gigon, Zürich-Stuttgart 1967², 1137 b 10-30 (pp. 177 s.); cf. dazu auch Mohnhaupt, *Das Verhältnis* (n. 3), pp. 31-34.

²⁵ Ascheri, *Rechtsprechungs- und Konsiliensammlungen* (n. 1), pp. 1118, 1122 s., 1126. Die Sammlungen der Rota und italienischen Gerichtshöfe sind von Ascheri mustergültig zusammengestellt: pp. 1179-1194.

²⁶ K.W. Nörr, *Ein Kapitel aus der Geschichte der Rechtsprechung: Die Rota Romana*, in «Ius Commune», 5 (1975), pp. 192-209 (193 s.); Ascheri, *Höchste Gerichte in Italien* (n. 2), p. 429; Ascheri, *Rechtsprechungs- und Konsiliensammlungen* (n. 1), p. 1136.

²⁷ Th. Rubeus, *Singularia ex Sacrae Rotae Romanae decisionibus selecta*, Romae, ex typographia Iacobi Mascardi, 1624, ad lectorem (s.p.).

Die gedanklichen Operationen und der argumentative Entscheidungsweg der Richter bestimmen das wissenschaftliche Interesse, das die Sammlungen der Rota vermitteln und publizieren sollen. So sieht Rubeus den Nutzen der gesammelten *decisiones* sowohl für die Wissenschaft als auch für die Gerichte in gleicher Weise gegeben – «omnibus tam in scholis, quam foro versantibus» –, da durch die Autorität der Rota nicht nur Gesetze, sondern auch Meinungen der *doctores* gesichert seien²⁸. Die Intention der Sammlung ergibt sich aus dem Zusammenspiel der drei „Gewalten“, nämlich Gesetzgebung, Wissenschaft und Rechtsprechung²⁹, wobei letzterer eine sichernde und bestätigende Funktion zugemessen wird. Das in der Sammlung wiedergegebene Spruchmaterial hat eine rechtswissenschaftliche Bedeutung für die *communis opinio* und die *conclusiones notabiles*. Rubeus zählt sechs Zweckrichtungen für die von ihm ausgewählten Entscheidungen der Rota auf: 1. die «decisiones concordantes» aus der älteren und der neueren Entscheidungspraxis; 2. «stylus» und «observantiae» des «Sacri Tribunalis»; 3. die von der Rota gebilligten Meinungen der *Doctores*; 4. die besonderen «practicabilia ecclesiastica»; 5. den «intellectus legum»; 6. die «interpretatio statutorum»³⁰. In den Rota-Entscheidungen und ihren Editionen sammeln sich somit wie in einem Brennspeigel Theorie und Praxis verschiedener Rechtsquellen. Ein von den Editoren oft behandeltes Problem war die Masse der Rota-Praxis und die daraus zu treffende Auswahl. Rubeus erklärt: «Nam ex ultra duodecim millibus Sacrae Rotae Decisionibus manuscriptis (...) selegimus»³¹.

Diese Frage betraf grundsätzlich auch die weltliche Gerichtsbarkeit, da die «decisiones (...) in immensam multitudinem excreverint»³². Die Edition folgt dem typischen Zweck fast aller Rechtsprechungssammlungen bis in das 19. Jahrhundert³³, «ad tollendas controversias, et sopiendas lites (...) ut rationes (...) in similibus secundum facti circumstantias sequerentur»³⁴.

Orientierungshilfen werden im Beispiel ähnlicher Entscheidungen gesucht, wie auch im Alten Reich im Mainzer Landfrieden von 1235 bestimmt worden war, «omnes sententias» aufzuschreiben, «ut in posterum in casibus similibus ambiguitas rescindatur»³⁵. Im Sammlungszweck zeigt sich eine Unsicherheit des Rechtsquellensystems, die oft durch *ambiguitas*, *incertitudo*, *controversia* bezeichnet wurde. Daraus resultiert die Frage nach dem Rang der Urteilspraxis

²⁸ Wie n. 27.

²⁹ Cf. in diesem Sinne zuletzt M. Ascheri, *Le radici medievali della manutenzione delle regole*, in «Studi parlamentari e di politica costituzionale», 43 (2010), N. 170, 4, pp. 27-33 (28), der neben dem «Medioevo dei professori», «della legislazione» «e dottrinale» mit Recht noch «il Medioevo consuetudinario» hervorhebt.

³⁰ Wie n. 27.

³¹ Wie n. 27.

³² C. Borellus, *Decisionum universarum, et totius christiani orbis rerum omnium iudicatarum, summa*, Venetiis, apud Iuntas, 1618, Erudito ac studioso lectori Typographus (s.p.).

³³ Siehe dazu unten p. 359 mit n. 68.

³⁴ So Borellus (wie n. 32).

³⁵ In K. Zeumer, *Quellensammlung I*, 2.ed., Tübingen 1913, p. 77 (nr. 58).

angesichts der unsicheren Gesetzgebung und Doktrin. Das bis heute diskutierte Problem bestand darin, ob und in welchem Maße der Rechtsprechung eine Bindungswirkung zukommen kann, wie sie im angloamerikanischen Rechtskreis in Gestalt des *case-law*³⁶ und seiner «binding force» der «precedents» oder der «books of authority»³⁷ bekannt ist. Auch zu diesem Fragenkreis haben die Rota Romana und die kanonistische Literatur problembewusst argumentiert. Die häufig gebrauchten vier Begriffe «auctoritas», «decisiones probabiles»³⁸, «argumentum Rotae», «vis legis» kennzeichnen diese Problemlage. Ascheri und Nörr haben darauf hingewiesen, dass die Bindungskraft der Rota-Entscheidungen sehr unterschiedlich bewertet wurde. Cleriacus z.B. betont einerseits, «et ab opinione Rotae Romae nemini recedere licet»³⁹, andererseits schließt er sich der gegenteiligen Meinung von Fagnanus an: «nullus Judex teneatur eas sequi, neque secundum illas iudicare»⁴⁰.

Zu einer einheitlichen Bewertung in der Rangfrage konkurrierender Rechtsquellen gelangen Lehre und Praxis nicht. Die Autorität der Rota-Entscheidungen ist aber ohne Zweifel von großer Bedeutung. 1563 wurde sogar die Rota Romana in gewissen Grenzen an ihre eigenen Entscheidungen gebunden⁴¹. Eine gesetzliche Kraft ihrer Entscheidungen wird aber in der Regel abgelehnt, deren "Autorität" für die Judikatur jedoch immer betont:

Decisiones Rotae Romanae non faciunt Jus universale, sed (...) magnum habeant pondus autoritatis⁴².

Auch wenn die «decisiones non habent vim legis», wird die Autorität der Rota im Rechtsquellensystem als «auriga et magistra, Iurisque Lucerna, tamquam totum illuminans orbem» bezeichnet⁴³.

De Luca hat in seinem *Theatrum veritatis* das Konkurrenzverhältnis von Gesetz, Rechtswissenschaft und Rechtsprechung als mögliche richterliche Entscheidungsgrundlagen sehr klar differenziert⁴⁴. Wo das Gesetz fehlte und eine

³⁶ R. Cross, *Precedent in English Law*, Oxford 1968², p. 3.

³⁷ R. David, *Sources of Law*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. II, Chap. 3, Tübingen (e.a.) 1984, pp. 142 s. (B. Academic Works, 271).

³⁸ Cf. zuletzt zu den «probatii auctores» als Orientierungshilfe bei der Suche nach sicheren Rechtspositionen: Chr.H.F. Meyer, *Probatii auctores. Ursprünge und Funktionen einer wenig beachteten Quelle kanonistischer Tradition und Argumentation*, in «Rechtsgeschichte», 20 (2012), pp. 138-154: 146 s.

³⁹ J. Cleriacus, *Discordiae forenses de pensionibus ecclesiasticis*, pars II, Venetiis, apud Andreae Poleti, 1708, p. 7 (Discordia I, nr. 39); dazu Nörr, *Kapitel* (n. 26), p. 198.

⁴⁰ Cleriacus, *Discordiae forenses* II (n. 39), p. 29 (Discordia VII, nr. 45); Nörr, *Kapitel* (n. 26), p. 198.

⁴¹ Ascheri, *Rechtsprechungs- und Konsiliensammlungen* (n. 1), p. 1124.

⁴² So F. Reiffenstuel, *Jus canonicum universonum, clara methodo iuxta titulos quinque librorum decretalium in quaestiones distributum*, Tomus I, Monachij, typis Mariae Magdalenae Rauchin, 1702, Prooemium, § VIII, nr 140 (p. 28).

⁴³ B. Greven, *Practicae conclusiones iuris, singulis Dn. Andreae Gaillii (...) item considerationes (...) antiquis, novis et novissimis decisionibus (...) firmatae*, Francofurti, ex Officina Paltheniana, 1603, Prooemium nr. 62-64 (s.p.); Nörr, *Kapitel* (n. 26), p. 197.

⁴⁴ J.B. De Luca, *Theatrum veritatis et iustitiae, sive decisivi discursus, ad veritatem editi in forensibus controversiis, canonicis, et civilibus*, Tomus VII, Coloniae Agrippinae, sumptibus Wilhelmi

Entscheidung getroffen werden musste, konnte die Autorität von Rechtsprechung und Wissenschaft automatisch einen höheren Rang erlangen.

Die rechtswissenschaftliche Theorie und die Gerichtspraxis versuchten jedoch zu vermeiden, diesen höheren Autoritätsrang als einen „gesetzlichen“ zu bezeichnen. Auch in dieser Frage gibt es keine einheitliche Meinung, denn der Richter sollte keine gesetzgeberischen Aufgaben erfüllen. Das Problem trat besonders im Verfahrensrecht auf, wo der gewohnheitsrechtlich praktizierte *stylus curiae* ein Regelwerk für die Gerichtspraxis darstellte. Bei De Luca heißt es:

Id etenim non continet legem (ut pragmaticorum ignarum vulgus credit, quoniam Iudices non sunt legislatores)⁴⁵.

Die Untergerichte waren aber an diesen verfahrensrechtlichen *stylus* gebunden, der damit durch die Rechtsprechung eine Bedeutung als normative Regel erhielt, ohne dass diese hier als „Gesetz“ bezeichnet werden sollte. Die Probabilität der Rechtsmeinung entschied darüber, welche bindende Qualität einer *opinio* zukommen sollte⁴⁶.

Der begriffliche Schritt von der allgemeinen *regula* zur Qualität einer generellen *lex* auf dem Gebiet des Verfahrensrechts ist gleichfalls bei De Luca zu beobachten, wenn er sagt:

Multo vero magis, ubi non agatur de lege, quae auctoritas necessaria dicitur, sed de doctrina, quae ut Practici dicunt, in casibus in iure non provisus haberi debet in iudicando pro casu legis⁴⁷.

Reiffenstuel geht noch einen Schritt weiter, wenn er die Urteile der Rota Romana in verfahrensrechtlichen Fragen sogar zu *ius* mit Gesetzesrang schlechthin erklärt, dem gefolgt werden müsse:

quod Decisiones Rotae jus faciunt in Curia ad instar Styli (...) consuetudinem (...) vim legis obtinere debere⁴⁸.

Reiffenstuel bezog sich für diese Auffassung auf D 1.3.38. Den Entscheidungen der Rota kam zumeist eine Leitbildfunktion zu. Daraus erklärt sich die große Zahl der publizierten Entscheidungssammlungen⁴⁹.

Das Rechtsquellensystem ist instabil und variabel mit der Folge, dass bei Fehlen eines Gesetzes die Doktrin durch die Rechtsprechung in den Rang eines

Metternich, 1706, Discursus XXXV, pp. 133-151; cf. Ascheri, *Rechtsprechungs- und Konsilien-sammlungen* (n. 1), p. 1121 mit n. 4.

⁴⁵ De Luca, *Theatrum* (n. 44), Discursus XXXV, nr. 72 (p. 148).

⁴⁶ *Ibidem*, nr. 79 (p. 149).

⁴⁷ *Ibidem*, nr. 82 (p. 150); cf. Ascheri, *Rechtsprechungs- und Konsilien-sammlungen* (n. 1), pp. 1127-1129.

⁴⁸ Reiffenstuel, *Ius canonicum* (n. 42), Prooemium, § VIII, nr. 145 (p. 28).

⁴⁹ Cf. für die frühen Sammlungen: D. Osler, *A Census of Seventeenth Century Italian Legal Imprints: Jurisprudence of the Baroque*, Frankfurt am Main 2009 (Bibliographica Iuridica 5; Studien zur Europäischen Rechtsgeschichte, 236), pp. 642-664.

casus legis oder einer *vis legis* gehoben werden konnte. Alle drei Rechtsquellengattungen werden in solchen Fällen zu wechselseitiger Entscheidungshilfe zusammengeführt. Das ist besonders typisch im Prozessrecht. Diese Situation bestand auch im französischen sowie spanischen und portugiesischen Prozessrecht, wo die *arrêts des règlements*⁵⁰ und die *assentos*⁵¹ als gesetzgleiche Regeln durch die Rechtsprechung gebildet wurden. Auch im Alten Reich galten die *decreta communia*, die vom Reichskammergericht für das Prozessverfahren festgelegt wurden, als eine «singularis quaedam potestatis legislativae species»⁵². Diese «provisorische Gesetzgebungsgewalt» der obersten Gerichte im Alten Reich wurde auch als «ein Surrogat einer freyen Gesetzgebung» bezeichnet⁵³ und zeigte eine europäische Signatur.

5. Richtet man vor dem Hintergrund dieses gemeinrechtlichen Befundes im weltlichen und geistlichen Italien den Blick auf die noch im 19. Jahrhundert gemeinrechtlichen deutschen Verhältnisse, so sind Parallelen zu beobachten. Sie sind in der allgemeinen Struktur des Gesetzes⁵⁴ und der daraus entstehenden Anwendungsproblematik begründet. Im Ancien Régime war die “*incertitudo iuris*” ein oft behandeltes Thema⁵⁵. Rechtsquellenlehre und Praxis behandeln bis heute diese Dauerfrage des Rechts. Die Rechtsprechungssammlungen zeigen im 19. Jahrhundert in der Darstellung und Auswahl der Urteile auch die Auffassungen über die Aufgaben, Funktionen und Intentionen des Rechtslenkungsinstrumentes “Gesetz”. Sie bilden – wie Gönner 1810 formulierte – «jenen Spiegel», in dem man auch die «Lücken, Mängel oder Vorzüge des Gesetzbuchs (...) in ihrer wahren Gestalt erblickt»⁵⁶. Es ist heute unbestritten, dass – wie Max Weber erklärte – «dieses Versagen das prinzipielle Schicksal aller Gesetze gegenüber der Irrationalität der Tatsachen» darstellt⁵⁷.

Die «anticipirte Erfahrung» des normierenden Gesetzgebers wird erst bei der Anwendung durch den Richter «im Concreten reproducirt» und offenbart erst im Entscheidungsprozess die «Lücken, Fehler und Mängel des positiven Rechts»⁵⁸. Erst durch die Arbeit des Gerichts wird das Gesetz «zu einer

⁵⁰ Cf. Fleury, *Droit public de France*, tome I, partie 2, à Paris 1769, p. 22.

⁵¹ Cf. *Collecção chronologica dos assentos das casas da supplicação e do civil*, Coimbra, na Imp. da Univ., 1791.

⁵² J.St. Pütter, *Institutiones iuris publici Germanici*, Göttingen, sumtibus viduae Vandenhoeck, 1782³, p. 282 (§ 273).

⁵³ E.A. Haus, *Versuch über den rechtlichen Werth des Gerichtsgebrauchs sowohl an den deutschen Territorial- als höchsten Reichsgerichten*, Erlangen 1798, p. 102.

⁵⁴ Cf. dazu oben pp. 350-352.

⁵⁵ J.R. Ernestus, *Dissertatio iuridica de iuris incertitudine*, Altdorf, Litteris Iod. Guil. Kohlesii, 1718.

⁵⁶ N.Th. von Gönner, *Vorschlag einer Sammlung aller wichtigen Urtheile besonders von den Obergerichten, als Mittel zur Vervollkommnung der Gesetze. Ein Beitrag über das Verhältniß der Jurisprudence zur Doctrin und Legislation*, in N.Th. von Gönner, *Archiv für die Gesetzgebung und Reforme des juristischen Studiums*, 3. Band, Landshut 1810, p. 213.

⁵⁷ M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriß der verstehenden Soziologie*, ed. von J. Winckelmann, Köln-Berlin 1964, p. 649.

⁵⁸ So heißt es in *Archiv für practische Rechtswissenschaft aus dem Gebiete des Civilrechts ...mit namentlicher Rücksicht auf Gerichtsaussprüche und Gesetzgebung*, ed. M. Schäfer (e.a.), Band I,

Vollendung geführt»⁵⁹. Das dokumentieren die Rechtsprechungssammlungen in allen Ländern, die vor allem in Deutschland im 19. Jahrhundert in so großer Zahl erschienen⁶⁰, dass auch Kritik an der Masse dieser Publikationen geübt wurde⁶¹.

6. Was die *Constitutio Tanta*⁶² bereits als eine Erfahrung festgestellt hatte, dass nämlich «nihil est in ea, quod stare perpetuo possit», glaubte auch der Redaktor der ersten Kommission (1881) für das deutsche *Bürgerliche Gesetzbuch* bei seiner Vorlage 1887 wiederholen zu sollen:

Kein Gesetz kann (...) vollständig sein (...) Haben wir einmal einen einheimischen Kodex: so soll die Wissenschaft und Praxis ihn ganz in seinem Geiste fortbilden und auf seinem Geist fortbauen⁶³.

Gebhardt stellt die drei Rechtsquellen Gesetz, Wissenschaft und Rechtsprechung in einen wechselseitigen Ergänzungszusammenhang, durch den fehlende Gesetzgebung im Wege der "Analogie" ergänzt werden soll. Damit folgte Gebhardt der Ansicht von Wächter⁶⁴ und berief sich zusätzlich auf D 1.3.27:

Semper quasi hoc legibus inesse credi oportet, ut ad eas res pertinent, quae quandoque similes erunt.

Die *res similes* sollten als Leitfigur und Hilfskonstruktion zur Lückenfüllung dienen, wie es in der spätmittelalterlichen Lehre gefordert worden war⁶⁵. Diese Aufgabe wurde der «Wissenschaft und Praxis» gestellt und kann aus den Sammlungen abgelesen werden. Die Normativkraft schwankt zwischen abgestufter Gesetzesbindung sowie richterlicher Selbstbindung und repräsentiert dementsprechend entweder den autonomen «Richterkönig» oder den zur «leblosen Maschine»⁶⁶ herabgesunkenen «Subsumtionsautomaten»⁶⁷.

Regensburg 1852, p. VI s. Cf. dazu H. Mohnhaupt, *Sammlung und Veröffentlichung von Rechtsprechung im späten 18. und 19. Jahrhundert in Deutschland. Zu Funktion und Zweck ihrer Publizität*, in F. Battenberg und F. Ranieri (ed.), *Geschichte der Zentraljustiz in Mitteleuropa. Festschrift für B. Diestelkamp*, Weimar-Köln-Wien 1994, pp. 403-420: 420.

⁵⁹ *Archiv* (n. 58), p. VII.

⁶⁰ Cf. H. Mohnhaupt, *Rechtsprechungssammlungen: Deutschland*, in F. Ranieri (ed.), *Gedruckte Quellen der Rechtsprechung in Europa (1800-1945)*, 1. Halbband, Frankfurt am Main 1992 (Rechtsprechung. Materialien und Studien, 3), pp. 95-325.

⁶¹ P. Krückmann, *Die Gerichtlichen Entscheidungssammlungen im Buchhandel*, in «Archiv für Bürgerliches Recht», 33 (1909), pp. 273-277.

⁶² Cf. oben zu n. 12; ebenso Aristoteles (oben n. 24).

⁶³ A. Gebhardt, *Allgemeiner Teil*, Teil 1, ed. W. Schubert, Berlin-New York 1981, p. 35.

⁶⁴ K.G. von Wächter, *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen*, Leipzig 1853, p. 269.

⁶⁵ Cf. oben die Beispiele zu n. 34 und n. 35.

⁶⁶ So Gönner, *Vorschlag* (n. 56), p. 207.

⁶⁷ Cf. den bezeichnenden Titel von R. Ogorek, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main 1986 (Rechtsprechung. Materialien und Studien, 1).

Das Hauptziel der Sammlungen besteht darin, die Einheitlichkeit der Urteilspraxis zu garantieren.

So wichtig als die Einheit des Gesetzes ist aber auch die Einheit und Gleichförmigkeit in der Anwendung desselben⁶⁸.

Nur diese «Gleichförmigkeit» konnte die Rechtssicherheit ermöglichen, die das Ziel aller praktischen Jurisprudenz war und ist⁶⁹. Präjudizieneigenschaft und gewohnheitsrechtliche Urteilspraxis dienten als Legitimation für eine gesetzesähnliche Normativkraft der Urteile, nämlich «eine constante Entscheidung zweifelhafter Rechtsfragen heranzubilden» und auf diesem Wege «die Lücken der Gesetzgebung auszufüllen»⁷⁰. In diesem Zusammenhang gewinnt der Begriff der «Autorität» des Urteils⁷¹ – wie in der Rota-Literatur – in den Sammlungen an Gewicht. So wird den Urteilen auf Grund «stets gleichförmiger Anwendung eine solche Autorität» zugesprochen,

daß sie gerade so beobachtet werden müssen, als ob sie förmlich vom Gesetzgeber ausgegangen seien⁷².

Dieser Herausgeber ging sogar soweit zu erklären, dass bei Zweifeln und Lücken im Gesetz der Richter «hier zugleich Gesetzgeber» werde.⁷³ Die grundsätzliche Frage: «Wie verhalten sich nun Urteilssprüche zum Rechte?», beantworten die Sammler der preußischen *Rechtssprüche* ganz in diesem Sinne:

So lange keine Gesetze vorhanden sind, vertreten sie gewissermaßen Gesetzesstelle. Durch die Urteile gibt sich das Recht kund⁷⁴.

Den Zusammenhang zwischen fehlendem Gesetz und daraus folgendem Autoritätszuwachs für das Urteil hatte schon De Luca betont⁷⁵. Die Bewertungen «konstanter» Rechtsprechung mit dem Rang von «Gesetzen» – «pondus auctoritatis», «vis legis» im 16. Jahrhundert⁷⁶ oder der Autorität des gewohnheitsrechtlichen «Gerichtsgebrauchs» im 19. Jahrhundert – sind nicht im streng verfassungsrechtlichen Sinne zu interpretieren. Sie zeigen aber das große

⁶⁸ So die Kaiserliche Verordnung vom Januar 1852, in «Allgemeine österreichische Gerichts-Zeitung», Nr. 21. III. Jahrgang, Wien, 17. 2. 1852, p. 81.

⁶⁹ Cf dazu im Einzelnen H. Mohnhaupt, *Rechtseinheit durch Rechtsprechung? Zu Theorie und Praxis gerichtlicher Regelbildung im 19. Jahrhundert in Deutschland*, in C. Peterson (ed.), *Juristische Theoriebildung und Rechtliche Einheit*, Lund 1993 (Rättshistoriska Studier, Serien II, 19), pp. 117-143.

⁷⁰ C. Arends (ed.), *Sammlung interessanter Erkenntnisse aus dem gemeinen und bayer'schen Civil-Rechte*, I, Nördlingen 1845, pp. III s.

⁷¹ Cf. G. Gorla, *L'origine e l'autorità delle raccolte di giurisprudenza*, in «Annuario di diritto comparato e di studi legislativi», 44 (1970), pp. 4-23.

⁷² E. Kind (ed.), *Sammlung auserlesener Rechtssprüche und Rechtsgutachten für Richter und Advokaten*, Leipzig 1836, p. V.

⁷³ Kind, *Sammlung* (n. 72), p. VI.

⁷⁴ A.H. Simon und H.L. v. Strampf (ed.), *Rechtssprüche der preußischen Gerichtshöfe*, I, Berlin 1834², p. V.

⁷⁵ Cf. oben zu n. 47.

⁷⁶ Cf. oben zu n. 42.

Bedürfnis, angesichts der Strukturmängel des Gesetzes Normativität durch Urteile zu begründen, wo eine ausreichende Gesetzes-Normativität nicht besteht und das Gesetz «hinter der fortschreitenden Cultur des Rechts und der Politik zurückgeblieben ist»⁷⁷. Folglich wurde auch der Gerichtsgebrauch «nach gemeinem Rechte (als) eine gültige Norm» bewertet⁷⁸. Darin sah Nahmer 1824 ein “Wechsel-Verhältnis” zwischen Rechtsprechung und Gesetzgebung, wie es Ascheri treffend für das 16./17. Jahrhundert als “Wechselwirkung” bezeichnet hatte⁷⁹. In diese “Wechselwirkung” war in den Rechtsprechungssammlungen teilweise auch die Rechtswissenschaft einbezogen. Die normative Kraft des Gerichtsgebrauchs soll erst durch die Zustimmung der Rechtswissenschaft möglich werden⁸⁰.

Andererseits erklären einige Sammlungen es als ihre Aufgabe, durch die Publikation der kontroversen Urteile der Gesetzgebung zuzuarbeiten⁸¹, um aus den «Materialien» der Gerichte «förmliche Gesetze bilden zu können»⁸².

In diesem Sinne haben Gerichte und Herausgeber von Rechtsprechungssammlungen so genannte “Rechtssätze”, und “Grundsätze” formuliert, die auch als “leitende Norm” bezeichnet wurden.

Die rechtshistorische Erfahrung zeigt, dass das Rechtsquellensystem darauf angewiesen ist, Versagen und Strukturschwäche der Rechtsgattung “Gesetz” in einem andauernden Prozess der Selbstkorrektur durch Rechtsprechung und Rechtswissenschaft nachzubessern und funktionsfähig zu halten. Dieser Befund zeigt auch, dass das Ideal der umfassenden Kodifikation brüchig geworden ist. Auch auf diesen Zusammenhang zwischen Rechtsprechung und Kodifikation hat Mario Ascheri klarsichtig hingewiesen⁸³.

⁷⁷ C.F.G. Merkel, *Die Politic der Rechtspflege dargestellt in ihren Verhältnissen zum allgemeinen Privatrechte*, Theil I, Leipzig 1808, p. 49.

⁷⁸ So W. von der Nahmer, *Abhandlung über den Gerichtsgebrauch und über den Zweck, die Vortheile und Nachtheile der Sammlungen von gerichtlichen Erkenntnissen*, in W. von der Nahmer, *Sammlung der merkwürdigeren Entscheidungen des (...) Oberappellationsgerichts zu Wiesbaden*, 1. Band, Frankfurt am Main 1824, pp. 9, 18.

⁷⁹ Ascheri, *Rechtsprechungs- und Konsiliensammlungen* (n. 1), p. 1123 (cf. oben p. 349).

⁸⁰ Cf. A. Habicht, *Rechtliche Erörterungen und Entscheidungen gemeinrechtlicher Controversen entnommen aus den richterlichen Arbeiten*, I, Zerbst 1843, p. VII.

⁸¹ Ph.G.L.W. Waldeck (ed.), *Controversen-Entscheidungen des gemeinschaftlichen Oberappellationsgerichts des Herzogthums Braunschweig*, Theil I, Braunschweig 1827, pp. IX-XII.

⁸² Chr.Fr.A. Tafel, *Auserlesene Civil-Rechtssprüche der höheren Gerichtsstellen*, Band I, Stuttgart 1846, p. VIII.

⁸³ Ascheri, *Rechtsprechungs- und Konsiliensammlungen* (n. 1), p. 1115.

***L'Entretien d'un européen avec un insulaire du royaume de Dumocala* di Stanislas Leszczynski**

Ideali di giustizia nel Settecento europeo

di Annamaria Monti

1. Belles-lettres, politica e Utopia

Nel novembre del 1753 il *Journal des Sçavans* pubblica una recensione molto favorevole all'ultimo componimento di un autore che, pur scegliendo l'anonimato, non sfugge all'immediata identificazione della critica: senza esitazioni, infatti, *l'Entretien d'un européen avec un insulaire du royaume de Dumocala*, romanzo dell'utopia, è ricondotto alle fatiche di chi, da più di tre lustri, occupa «un trône entouré de monumens élevés au bonheur de l'humanité»¹.

L'indicazione è sufficiente per il pubblico colto dell'antica rivista, lo scranno in questione è quello lorenese affidato al suocero di Luigi XV, l'ex re di Polonia Stanislas Leszczynski²: indizi preziosi in tal senso sono le tracce degli ideali di ragione e virtù che pervadono le pagine dell'*Entretien*³, i soli principi ritenuti capaci di assicurare gloria ai sovrani e prosperità ai popoli e come tali coltivati anche alla piccola, vivace corte di Lunéville⁴.

Ben nota, del resto, era la reggia del re Stanislas che al tempo primeggiava tra i centri pulsanti dell'Europa dei Lumi. Senza soffermarsi sulle vicende personali e pubbliche dell'atipico sovrano in esilio, né sulle ragioni politiche e dinastiche che portarono la diplomazia europea – la Francia in testa – ad

¹ *Journal des Sçavans pour l'année MDCCLIII, Novembre*, Paris 1753, pp. 729-734.

² Da ultimo, sulla figura di Stanislas Leszczynski (Lvov, 1677 - Lunéville, 1766), R. Tyszczuk, *The Story of an Architect King. Stanislas Leszczynski in Lorraine 1737-1766*, Bern 2007; A. Muratori-Philip, *Le roi Stanislas*, Paris 2000 e bibliografia citata; L. Versini, *Stanislas le philosophe bienfaisant*, in «Le pays lorrain», 3 (2005), pp. 157-166.

³ Dal 1752 al 1764 ne furono pubblicate quattro edizioni, riviste da Pierre Joseph de la Pimpie, chevalier de Solignac, originario della Linguadoca, segretario personale dell'ex re di Polonia (dal 1733) e soprannominato il suo *teinturier*. Qui si utilizza l'edizione critica, confrontata con il manoscritto autografo conservato presso la Bibliothèque de la Ville de Nancy, S. Leszczynski, *Entretien d'un Européen avec un Insulaire du Royaume de Dumocala*, texte établie, présenté et annoté par L. Versini, Nancy 1981, preceduta da un'introduzione dello stesso Versini.

⁴ *Journal des Sçavans pour l'année MDCCLIII* cit., p. 734.

assegnare a Stanislas, in vitalizio, i *Duchés de Lorraine et Bar*, inducendo Francesco Stefano di Lorena ad accettare, in cambio, il Granducato di Toscana⁵, basti ricordare che Lunéville, tra il 1737 e il 1766, era meta ambita per gli intellettuali dell'epoca.

Tra i più celebri *philosophes* che soggiornano alla corte di Stanislas, un sovrano dedito alle belle lettere, alle arti, all'architettura delle costruzioni e dei giardini, piuttosto che al governo effettivo⁶, si annovera Montesquieu, che nelle sue memorie di viaggio ricorda con piacere l'esperienza in Lorena e non lesina la sua ammirazione per il brillante polacco⁷.

Tra gli altri nomi di spicco si possono citare Helvétius, Maupertuis, l'abbé Morellet, fino a Voltaire e a Emilie du Châtelet, che a Lunéville si spegne; vi erano inoltre i lorenese, altri stranieri di passaggio e molti polacchi⁸. Leszczynski, che per una raccolta dei suoi stessi scritti utilizzerà lo pseudonimo di *philosophe bienfaisant*⁹, li accoglieva tutti come ospiti di riguardo in una festosa e familiare corte dal respiro internazionale e cosmopolita, tale da rivaleggiare con Potsdam e Versailles, ma più intima e fantasiosa¹⁰.

Quanto al racconto di un viaggio immaginario nel paese di *Dumocala*, la sua forma narrativa ricalca i canoni dell'utopia del secolo dei Lumi¹¹, inse-

⁵ H. Schilling, *Corti e alleanze. La Germania dal 1648 al 1763*, Bologna 1999 (Berlino 1989), pp. 339-342; L. Bély, *La société des princes XVI^e-XVIII^e siècle*, Paris 1999, in part. pp. 355-359. Per un'efficace sintesi, *Œuvres choisies du roi Stanislas Leckzinski*, Milano 1962, spec. pp. VI sgg. Cfr. inoltre F. Venturi, *Settecento riformatore. Da Muratori a Beccaria*, Torino 1969, pp. 46 sgg.; F. Diaz, L. Mascilli Migliorini, C. Mangio, *Il Granducato di Toscana. I Lorena dalla reggenza agli anni rivoluzionari*, Torino [1997] (= Storia d'Italia diretta da G. Galasso, vol. XIII, t. II), nonché A. Contini, *La reggenza lorenese tra Firenze e Vienna: logiche dinastiche, uomini e governo (1737-1766)*, Firenze 2002, spec. pp. VII sgg. e pp. 337 sgg.

⁶ L'amministrazione effettiva dei Ducati di Lorena e Bar è affidata al cancelliere Chaumont de la Galaizière, che svolge le funzioni di intendente di Luigi XV; alla morte di Stanislas i territori sono incorporati alla Francia: M. Antoine, «L'Intendance» de Lorraine sous le règne de Stanislas, in *Droit privé et institutions régionales. Etudes historiques offertes à Jean Yver*, Paris 1976, pp. 15-24. Cfr. anche M. Vaughan, *L'administration bienfaisante en Lorraine (1737-1766)*, in «Annali della fondazione italiana per la storia amministrativa», 4 (1967), pp. 203-309.

⁷ C.L. de Secondat Montesquieu, *Souvenirs de la Cour de Stanislas Leckzinski*, in *Voyages de Montesquieu*, publiés par le Baron Albert de Montesquieu, II, Bordeaux 1896, pp. 387-390.

⁸ *Œuvres choisies du roi Stanislas* cit., pp. XV sgg.

⁹ *Œuvres du philosophe bienfaisant*, voll. I-IV, Paris 1763. La raccolta, «dont le transparent anonymat se tournait en publicité» (J. Fabre, *Stanislas Leszczynski et le mouvement philosophique en France au XVIII^e siècle*, in *Utopie et institutions au XVIII^e siècle. Le pragmatisme des Lumières*, textes recueillis par P. Francastel, Paris-La Haye 1963, pp. 25-41, in part. p. 28 [con il titolo *Stanislas Leszczynski et l'idée républicaine en France au XVIII^e siècle*, anche in J. Fabre, *Lumières et romantisme. Energie et nostalgie de Rousseau à Mickiewicz*, Paris 1963, pp. 131-149]) contiene componimenti vari di Stanislas in parte ritoccati per l'occasione dai suoi collaboratori, soprattutto dal curatore dell'opera, Solignac (v. sopra nota 3).

¹⁰ Tra gli altri, G. Maugras, *La cour de Lunéville au XVIII^e siècle et Dernières années de la Cour de Lunéville*, Paris 1906, nonché, di recente, Muratori-Philip, *Le roi Stanislas* cit., pp. 219 sgg. La vita culturale di Lorena si svolgeva altresì attorno all'Accademia di Nancy, inaugurata nel 1751. Sull'importante contributo al dibattito dei Lumi della *Société Royale* di scienze e lettere voluta da Stanislas, Fabre, *Stanislas Leszczynski et le mouvement philosophique* cit., pp. 33-41.

¹¹ L. Versini, *Introduction*, in Leszczynski, *Entretien d'un Européen* cit., pp. I-XIX.

rendosi a pieno titolo in quel filone di “utopie” che tra la fine del Seicento e la metà del Settecento abbandonano i toni romanzeschi e libertini e, invece, riecheggiano le tensioni politiche e sociali della società europea¹².

Il colto *administrateur bienfaisant* di Lorena che sempre manifesta un forte attaccamento alle istituzioni della repubblica nobiliare polacca, attingendo alla sua vasta e varia esperienza, tra radici sarmatiche e educazione gesuitica, dopo aver dato alle stampe qualche anno prima la traduzione francese del “trattato di filosofia politica” *Głos wolny wolnosćubespieczaiący, La voix libre du citoyen*¹³, in questa sua versione dell’utopia espone con piglio pragmatico un ambizioso programma di riforme economiche e amministrative, ubbidendo a un gusto per l’esotismo di gran moda all’epoca¹⁴. Così, Stanislas, le cui stesse vicissitudini portano i segni delle profonde divisioni e degli “strappi” determinatisi lungo il Settecento in Europa, soprattutto nelle aree centrali e orientali per il rafforzarsi della potenza russa¹⁵, in età avanzata ormai scrittore prolifico, nell’*Entretien d’un européen avec un insulaire du royaume de Dumocala* pubblicata la prima volta nel 1752 tratteggia il suo ideale politico di monarchia illuminata¹⁶.

La sua storia di un’utopia si snoda secondo i dettami del genere, in forma dialogica, descrivendo una situazione ideale in un territorio sconosciuto e inaccessibile¹⁷, *Dumocala*, appunto, luogo immaginario dell’idillio agreste, isola della finzione, dove già a prima vista le strade e le case sono ben ordinate¹⁸.

La struttura narrativa procede per scene compiute e definite¹⁹: il racconto inizia con l’approdo fortunoso ai lidi del paese immaginario dell’unico

¹² J.-M. Racault, *Voyages et utopies*, in *Histoire de la France littéraire*, II, *Classicismes XVII^e-XVIII^e*, volume dirigé par J.-C. Darmon et M. Delon, Paris 2006, pp. 291-340, in part. pp. 332-334. Sull’utopia dei Lumi rinvio a B. Baczek, *L’utopia. Immaginazione sociale e rappresentazioni utopiche nell’età dell’Illuminismo*, Torino 1979 (Paris 1978); S. Bartolommei, *Illuminismo e utopia. Temi e progetti utopici nella cultura francese 1676-1788*, Milano 1978; P. Casini, *Scienza, utopia e progresso. Profilo dell’Illuminismo*, Roma [etc.] 1994, pp. 67-72; S. F. Brandli, *Entre utopie et réforme, les «projets chimériques» dans l’économie politique et diplomatique*, in *L’Encyclopédie Méthodique (1782-1832). Des Lumières au positivisme*, textes publiés par C. Blanckaert et M. Porret, avec la collaboration de F. Brandli, Genève 2006, pp. 265-310.

¹³ Per l’analisi de *La voix libre du citoyen*, l’opera “più politica” di Stanislas, tradotta in francese nel 1748-49 e pubblicata anche in *Œuvres du philosophe bienfaisant* cit., II-III, con il titolo *Observations sur le gouvernement de Pologne*, rinvio alle riflessioni di E. Rostworowski, *Stanislas Leszczyński et les Lumières à la polonaise*, in *Utopie et institutions au XVIII^e siècle* cit., pp. 15-24 e di Fabre, *Stanislas Leszczyński et le mouvement philosophique* cit., pp. 31-33.

¹⁴ *Stanislas Leszczyński. Anthologie* présentée par A. Muratori-Philip, Paris 2005, pp. 927-928.

¹⁵ Sulla prima esperienza di Leszczyński come re di Polonia, con il sostegno di Carlo XII di Svezia, Voltaire, *Histoire de Charles XII roi de Suède*, t. I, Bruxelles [19-?], pp. 157 sgg.

¹⁶ L. Kuk, *Le double destin de Stanislas Leszczyński roi de Pologne et duc de Lorraine*, in *Figures du double dans les littératures européennes*, études réunies et dirigées par G. Conio, Lausanne 2001, pp. 111-120.

¹⁷ Tyszczuk, *The Story of an Architect King* cit., pp. 146 sgg. Come in tutte le utopie, al naufrago s’insegna prontamente la lingua locale, per rendere possibile un dialogo con gli abitanti.

¹⁸ Sulla scelta del toponimo di fantasia *Dumocala*, Versini, *Introduction* cit., p. 46, ipotizza un legame con il verbo polacco *dumac*, che significa “sognare”, *Dumocala* sarebbe perciò la terra o il paese dei sogni.

¹⁹ Ampiamente, Tyszczuk, *The Story of an Architect King* cit., pp. 153-173.

sopravvissuto a un naufragio sulla via delle Indie e prosegue con una sua prima esplorazione del villaggio nei pressi della spiaggia; quindi, l'europeo raggiunge la capitale e qui gli viene assegnata una guida personale, «une espèce de brachmane, qui joignait à l'étude et à l'administration des lois, des fonctions sacerdotales»²⁰. Un sacerdote-giudice, dunque, inizia l'europeo alle benemerienze del buon governo teocratico locale, conducendolo innanzitutto al tempio del dio creatore²¹.

I vari studi già condotti sull'*Entretien* di Stanislas nell'isola dei sogni ne hanno messa in luce la ripresa di temi già espressi ne *La voix libre du citoyen*: guardando alla sua Polonia, tuttavia, l'elogio del sovrano esiliato era per le istituzioni repubblicane da rinnovare nelle loro strutture parlamentari, mentre nell'utopia dell'europeo la celebrazione è per un'istituzione monarchica patriarcale e moderata²².

D'altronde, a prescindere dalle diverse interpretazioni dei contributi di Leszczyński, si è con autorevolezza osservato come, paradossalmente, l'importanza della sua opera "scritta" sia da valutare in positivo proprio per la sua mediocrità: alle pagine del *philosophe bienfaisant* tocca l'onore di esprimere «les idées moyennes de son siècle et comme sa bonne conscience»²³. E alcuni suoi lavori meritano almeno uno sguardo "curioso"²⁴: senz'altro degno di attenzione è il racconto dell'utopia²⁵, in particolare laddove si interessa ai costi della giustizia e allo statuto dei magistrati, temi critici in ogni luogo tranne che nel regno immaginario.

2. La giustizia, cardine del buon governo

La recensione del *Journal des Sçavans* osserva come a Dumocala l'amministrazione della giustizia non sia affidata all'"opulenza" e solo per concorso si acceda alla magistratura: la giustizia è gratuita ed è il re a provvedere allo stipendio dei giudici²⁶. Nell'isola lontana la fonte della giustizia è il sovrano stesso che a sua volta la deriva dalla divinità, come sul continente europeo sin dall'età medievale²⁷. Nella finzione utopica, però, si realizza infine ciò che nella Francia del tempo appare impossibile: il *brachmane* istruisce l'europeo

²⁰ Leszczyński, *Entretien d'un Européen* cit., p. 6. La figura del *brachmane* compare in C.L. de Secondat Montesquieu, *Lettres persanes, Lettre XLVI*, Paris 1828, p. 104 e in Voltaire, *Dialogue entre un brachmane et un jésuite*, in Voltaire, *Œuvres complètes*, tome 25, Paris 1876-1900, pp. 10 sgg. Cfr. anche D. Diderot, *Brachmanes (hist. anc.)*, in *Encyclopédie, ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers, etc.*, eds. Denis Diderot and Jean le Rond d'Alembert, vol. 2, p. 391, University of Chicago: ARTFL Encyclopédie Project (Spring 2013 Edition), Robert Morrissey (ed.), <<http://encyclopedie.uchicago.edu/>> (ultimo accesso aprile 2013).

²¹ Leszczyński, *Entretien d'un Européen* cit., pp. 7 sgg.

²² Versini, *Introduction* cit., pp. VIII-IX.

²³ Fabre, *Stanislas Leszczyński et le mouvement philosophique* cit., pp. 28-29.

²⁴ *Ibidem*, p. 31.

²⁵ Versini, *Introduction* cit., p. II.

²⁶ *Journal des Sçavans pour l'année MDCCLIII* cit., p. 733.

²⁷ Rinvio a J. Krynen, *L'idéologie de la magistrature ancienne*, Paris 2009, spec. pp. 17 sgg.

del percorso tormentato che a *Dumocala* si è seguito per giungere a processi gratuiti amministrati da magistrati scelti dal monarca per meriti e capacità. La conquista, tuttavia, non è stata semplice – narra il saggio – e si è dovuto attendere un buon sovrano che portasse ordine e bandisse la corruzione dei giudici dal regno:

avant lui nos charges de Magistrature étaient à l'encan, pour ainsi dire: et ceux-là seuls en paraissaient les plus dignes, qui avoient plus d'argent pour les acheter. (...) et ce qui est plus malheureux encore, le droit d'exercer la justice n'entraînait que trop souvent l'usage de la vendre pour se dédommager de ce qu'elle avait coûté²⁸.

Ecco, quindi, affiorare nel dialogo una delle caratteristiche della giustizia francese dell'epoca che Stanislas condanna alla stregua di uno dei più grandi mali, cioè la venalità delle cariche²⁹: quella prassi inveterata, contraria agli ideali di buon governo della magistratura, secondo Leszczynski porta sempre con sé una serie di conseguenze inique, tra cui i costi eccessivi e la corruzione dei giudici.

Le riforme attuate nell'isola felice grazie all'intervento del buon sovrano paiono riecheggiare quelle perseguite negli stessi anni da Federico II in Prussia e da Maria Teresa nell'impero asburgico: a un riordinamento delle strutture giudiziarie e a una riorganizzazione delle procedure, infatti, i despoti illuminati preludevano con una trasformazione dei magistrati in buoni funzionari sottoposti alle leggi, scelti attraverso un concorso meritocratico³⁰. Prosegue, dunque, il *brachmane*, con una certa enfasi e chiara soddisfazione:

Ce désordre n'existe plus dans nos tribunaux. Les places en ont été mises au concours, et le mérite seul peut y prétendre. Ce ne sont plus les plaideurs qui payent leurs juges, c'est le souverain qui les gage et les entretient; mais en même temps sa vigilance les éclaire, sa sagesse les récompense ou les punit, et son autorité borne leur pouvoir pour empêcher qu'ils n'en abusent. Leur nombre est même fixé dans chaque tribunal, notre prince ayant reconnu que la multitude des juges ne sert qu'à mettre de la confusion dans les opinions, et prolonger les affaires dont le retardement est presque toujours aussi préjudiciable à ceux qui ont droit de les soutenir, qu'à ceux qui n'ont aucune raison de les poursuivre³¹.

A *Dumocala* la magistratura non è indipendente, bensì sottoposta a uno stretto controllo del governo, che ne organizza e sorveglia il funzionamento: tuttavia, lungi dall'essere ciò considerato un profilo negativo, diventa motivo di vanto. Un monarca illuminato con la sua saggezza guida il buon funzionamento dei tribunali, del tutto dipendenti dalla sua volontà, facendosi garante contro eventuali abusi di potere dei magistrati: i temi si mescolano nel di-

²⁸ Leszczynski, *Entretien d'un Européen* cit., p. 39.

²⁹ La venalità delle cariche in Francia sarà abolita dall'*Assemblée nationale* all'indomani della notte del 4 agosto 1789. Cfr. J. Nagle, *Un orgueil français: la venalité des offices sous l'Ancien Régime*, Paris 2008.

³⁰ Per tutti, G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna 1976, pp. 223 sgg.; A. Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, 2, Milano 2005, pp. 229 sgg.

³¹ Leszczynski, *Entretien d'un Européen* cit., pp. 39-40.

scorso del *brachmane*, solo in apparenza lineare e qui parrebbe addirittura intravedersi l'assetto della magistratura sotto il regime napoleonico³².

Stanislas, però, non si sofferma sui nodi cruciali del ben più ampio discorso politico e filosofico già in corso in Europa alla metà del Settecento e foriero di sviluppi allora inattesi³³, né tantomeno sul dibattito pubblico in materia di giustizia che attraversa la Francia del *Bien-Aimé*. Tuttavia, l'insistere nell'utopia sul perfetto controllo esercitato sui giudici da un monarca che fonda la sua autorità sulla religione potrebbe rappresentare una risposta ai conflitti che oppongono Luigi XV ai parlamenti in quegli stessi anni³⁴.

Se, poi, il numero limitato dei giudici appare come la soluzione alla molteplicità delle giurisdizioni caratteristica dell'antico regime, che tanto preoccupava pochi anni prima, per rimanere in Francia, il cancelliere D'Aguesseau, per l'incertezza giurisprudenziale che ne derivava³⁵; la confusione delle "opinioni" nei tribunali e la conseguente lentezza dei processi, lamentata nel dialogo immaginario, riecheggia le critiche pungenti proferite dall'italiano Muratori nel decennio precedente, chiedendo innanzitutto ai giudici una "buona coscienza"³⁶.

Lungo la via che conduce alla riforma della selezione dei magistrati, alla riduzione delle spese di giudizio e alla semplificazione dell'amministrazione giudiziaria, per eliminare lungaggini e ritardi processuali inutili, è sintomatico della peculiare sensibilità del re Stanislas il suo affidarsi incondizionato alle capacità personali di discernimento del buon monarca. L'utopia risiederebbe, dunque, nella profonda conoscenza dell'umanità da parte del sovrano e non nella bontà in sé delle istituzioni e delle leggi che le governano?

Per certo, la raccomandazione che l'ex re di Polonia rivolgeva con affetto alla figlia nel 1725, alla vigilia delle nozze di Maria con Louis XV, suona come un monito preciso e forse alla stregua di un consiglio che in sé riassume un'intera filosofia di vita: «Appliquez vous à connoître les hommes»³⁷.

³² J. Krynen, *L'emprise contemporaine des juges*, Paris 2012, pp. 43 sgg.

³³ F. Venturi, *Utopia e riforma nell'illuminismo*, Torino 1970, in part. pp. 93 sgg.

³⁴ Per una sintesi delle tensioni che agitano le corti sovrane sotto il regno di Luigi XV, soprattutto in materia religiosa, in difesa del gallicanesimo e del giansenismo, J.P. Royer, J.P. Jean, B. Durand, N. Derasse, B. Dubois, *Histoire de la justice en France*, Paris 2010⁴, pp. 182 sgg.; H. Leuwers, *La justice dans la France moderne. Du roi de justice à la justice de la nation (1498-1792)*, Paris 2010, pp. 193 sgg. Cfr. anche J.-L.A. Chartier, *Justice, une réforme manquée 1771-1774. Le chancelier de Maupeou*, Paris 2009, pp. 32 sgg.

³⁵ H. Regnault, *Les ordonnances civiles du chancelier Daguesseau, Les donations et l'ordonnance de 1731*, Paris 1929, pp. 49 sgg.; sull'idea che D'Aguesseau aveva delle virtù del *bon magistrat* rinvio a J.-M. Tuffery-Andrieu, *La discipline des juges: Les Mercuriales de Daguesseau*, Paris 2007.

³⁶ L.A. Muratori, *Dei difetti della giurisprudenza*, Venezia 1742, spec. pp. 49 sgg. e 108 sgg.

³⁷ *Avis du Roi à la Reine sa fille lors de son mariage*, in *Œuvres du philosophe bienfaisant* cit., I, p. 19. Sui consigli dell'ex re di Polonia alla figlia, di cui si conservano varie redazioni – testo peraltro molto discusso dalla critica e da alcuni considerato uno dei più genuini di Stanislas, qui consultato nella versione per la stampa curata da Solignac (v. sopra nota 9) – Muratori-Philip, *Le roi Stanislas* cit., pp. 80-82; Stanislas Leszczyński. *Anthologie* cit., pp. 50 sgg.

In effetti, nel paese del sogno, chiosa il *brachmane*, «notre maître connaît les hommes» e non si sbaglia mai nella scelta delle persone da destinare ai ruoli di governo³⁸. Sempre il *brachmane*, quindi, riprendendo i quattro fondamenti del governo già individuati da Leszczynski ne *La voix libre du citoyen* – l'esercito, la giustizia, le finanze e la *police*, cioè il metodo generale per ben governare un regno³⁹ –, si appresta a concludere la sua spiegazione dell'ordinamento ideale di *Dumocala* con la semplice considerazione per cui «il n'était pas possible (...) que l'ordre étant établi dans toutes les parties de notre gouvernement, il ne le fût aussi dans tous les détails qui concernent les biens et la fortune de nos peuples»⁴⁰, cioè, appunto, nel settore cruciale dell'amministrazione della giustizia.

Come noto, nel giugno del 1751 era apparso il primo tomo dell'*Encyclopédie* e nel *Discours préliminaire* D'Alembert scriveva di un secolo, il «nostro», il XVIII, «qui se croit destiné à changer les lois en tout genre, et à faire justice»⁴¹. Il 1630, invece, è la data prescelta da Leszczynski, lettore attento del Platone politico⁴², per il viaggio nel paese dell'utopia.

Il Seicento, d'altro canto, è il secolo di utopie celebri, quelle di Tommaso Campanella e di Francis Bacon; è però il suo Settecento, dei Lumi e delle riforme, ma anche degli usi antichi e delle guerre, che Stanislas tiene a mente nel descrivere le meraviglie di *Dumocala*: nel raccontare l'isola immaginaria, l'ex re di Polonia ha ben presente la Lorena e Lunéville, due realtà che provvedono di concretezza e sostanza la finzione⁴³. Così, per esempio, quando il *brachmane* illustra la “buona” giustizia gratuita della sua isola, prima di rinviare alla “futuribile” giustizia rivoluzionaria francese, il pensiero corre all'assistenza giudiziaria gratuita assicurata ai poveri in Lorena e agli interventi di Stanislas per riformare e sostenere l'antica *Confrérie des avocats de la miséricorde*⁴⁴.

³⁸ Leszczynski, *Entretien d'un Européen* cit., pp. 42-43: «Parmi les grands talents que nous admirons dans notre maître, il en est un que j'estime le plus nécessaire aux princes, et qui peut-être pourrait lui seul leur tenir lieu de tous les autres: c'est le discernement des esprits».

³⁹ V. sopra nota 13, nonché *Observations sur le gouvernement de Pologne* cit., in *Œuvres du philosophe bienfaisant* cit., III, p. 29 e pp. 98 sgg. sulla *justice*. Cfr. comunque Versini, *Introduction* cit., p. 47.

⁴⁰ Leszczynski, *Entretien d'un Européen* cit., p. 40: «Vous n'ignorez pas (...) que l'administration générale d'un état roule essentiellement sur quatre chefs principaux, qui sont la guerre, la finance, la justice et la police. (...) Ces quatre chefs bien ordonnés, et dans un rapport exacte les uns avec les autres, soutiennent un Royaume».

⁴¹ J. le Rond d'Alembert, *Discours Préliminaire des Éditeurs*, in *Encyclopédie* cit., vol. 1, p. XXI, University of Chicago: ARTFL Encyclopédie Project (Spring 2013 Edition) cit., <<http://encyclopedia.uchicago.edu/>> (ultimo accesso aprile 2013). Cfr. P. Alatri, *Voltaire, Diderot e il «partito filosofico»*, Firenze 1965, in part. pp. 263 sgg.

⁴² Stanislas aveva per certo letto la *Repubblica* di Platone: Versini, *Introduction* cit., p. II.

⁴³ Da ultimo, Stanislas Leszczynski. *Anthologie* cit., p. 928, nonché Tyszczyk, *The Story of an Architect King* cit., p. 171.

⁴⁴ P. Paquin, *Essai sur la profession d'avocat dans les Duchés de Lorraine et de Bar au dix-huitième siècle, Thèse pour le Doctorat en Droit*, Paris 1967, pp. 130-137; 187-204.

3. Ideali di giustizia, utopie?

Un afflato riformista, cosmopolita e pacifista pervade la narrazione dell'utopia e il re in esilio che regna, ma non governa sulla Lorena si preoccupa subito di difendere le idee espresse nel fitto dialogo tra l'europeo e il sacerdote-giudice.

All'*Entretien* fa perciò seguire il breve saggio *Réponse à la lettre d'un ami*, in cui anticipa le osservazioni critiche al suo programma di buon governo: sempre giocando con la finzione, pur ammettendo che quello nel paese dei sogni era stato un viaggio dell'immaginazione, fornisce risposte concrete e risolutive ai commenti che finge siano giunti all'autore del componimento. È il genere della corrispondenza "fittizia", prediletto dal nobile polacco.

Così, a vantaggio del critico amico immaginario, l'autore dell'*Entretien*, a sua volta immaginata, ripercorre gli snodi essenziali del suo programma di governo dell'economia (agricola), dell'istruzione, dell'amministrazione, della pubblica assistenza, della religione, già illustrati dal *brachmane*. Quanto ai temi della giustizia, la logicità (superficiale) delle spiegazioni avanzate sembra superare ogni difficoltà sostanziale: la sottomissione all'autorità del principe e alle sue leggi è fonte di prosperità per lo Stato, dall'alleanza tra il potere laico e lo spirituale dipende l'ordine, «le repos de la Nation»⁴⁵.

Ragione e rivelazione sono alleate per assicurare il rispetto delle leggi e la virtù morale degli abitanti di *Dumocala*: i costumi sono qui preservati grazie a un assoluto isolamento. A giudizio del sovrano polacco la vera libertà consiste nel fare ciò che le leggi permettono (e di non essere costretti a fare ciò che esse non permettono)⁴⁶, ma non vi è alcunché di eversivo in tale affermazione e incommensurabile appare la distanza che lo separa, per esempio, dalle dottrine di Jean Jacques Rousseau. D'altronde i due già erano stati "antagonisti" sul tema dei vantaggi derivanti dal progresso delle scienze e delle arti per i buoni costumi, all'indomani della discussione aperta dal celeberrimo *Discours sur les sciences et les arts* del cittadino di Ginevra premiato dall'Accademia di Digione nel 1750⁴⁷.

In realtà, il cattolicissimo Stanislas, inserendosi nel dibattito settecentesco sulla ricerca della felicità, si muove sulla scorta di un'affermazione filosofica semplice e lapidaria, per cui la vera felicità consisterebbe nel rendere gli altri felici⁴⁸. Anche nell'utopia il *philosophe chrétien* commisura a quel prin-

⁴⁵ *Réponse à la lettre d'un ami*, in *Œuvres du philosophe bienfaisant* cit., III, pp. 307-308.

⁴⁶ *Ibid.*, pp. 320-322.

⁴⁷ J.J. Rousseau, *Discours qui a remporté le prix à l'Académie de Dijon en l'année 1750 sur cette question proposée par la même Académie: Si le rétablissement des sciences et des arts a contribué à épurer les mœurs par un citoyen de Genève*, Genève [1750-1751]. Sui termini e le parti coinvolte in quella disputa mi limito qui a rinviare a Fabre, *Stanislas Leszczyński et le mouvement philosophique* cit., pp. 30-31. Per un florilegio di testi, *Stanislas Leszczyński. Anthologie* cit., pp. 453 sgg.

⁴⁸ *Le vrai bonheur consiste à faire des heureux*, in *Œuvres du philosophe bienfaisant* cit., I, pp. 211 sgg. Cfr. Versini, *Introduction* cit., p. 52.

cipio le sue proposte di buon governo e di riforma, senza soffermarsi in analisi approfondite e senza intendimenti sovversivi delle disuguaglianze sociali, che, caso mai, sono d'incentivo alla sua *bienfaisance*⁴⁹.

Stanislas, però, è fautore di convinzioni pacifiste e ben conosce la realtà dell'Europa del suo tempo, dove una nuova guerra, quella dei Sette Anni, sarebbe divampata di lì a poco.

Ancora, nell'utopia Stanislas non è solo polacco, è europeo: anche nell'*Entretien*, come consueto nella letteratura di viaggio, l'identità si stabilisce nel confronto con l'altro, dunque il viaggiatore europeo diventa consapevole della sua identità attraverso il viaggio stesso, l'incontro e il dialogo con il *brachmane*⁵⁰.

Così, nell'utopia prende forma la coscienza europeista del sovrano polacco, che sogna un continente in pace: discorrere dell'Europa e dell'essere europei è comune nel Settecento, basti sfogliare, per esempio, la lunga corrispondenza scambiata tra Voltaire e Federico II per incontrarvi continui riferimenti⁵¹. Era un'Europa allargata a Est e sconvolta da conflitti aspri e violenti quella del re di Prussia e di Leszczyński⁵², assai diversa dall'Europea di oggi che si è tuttavia "riappropriata" dei suoi confini più orientali (la Polonia di Stanislas è entrata nell'Unione europea nel 2004).

L'impressione, comunque, è che quantomeno le accorate critiche del *brachmane* alle leggi degli europei conservino, per il loro buon senso, una persistente attualità:

Vous avez des lois et des maximes, il est vrai; mais l'on dirait qu'elles se sont éteintes en vieillissant. Vous vous en faites tous les jours au hasard, et seulement pour des fins particulières; vous en chargez selon les occurrences; l'occasion seule vous instruit⁵³.

⁴⁹ Fabre, *Stanislas Leszczyński et le mouvement philosophique* cit., pp. 29-30. Di Stanislas v. *Le Philosophe chrétien* (1753), in *Œuvres du philosophe bienfaisant* cit., III, pp. 339 sgg.

⁵⁰ Sull'essere "europeo" per il re Stanislas, Tyszczyk, *The Story of an Architect King* cit., p. 152.

⁵¹ *Correspondance avec M. de Voltaire*, t. I-V, *Œuvres posthumes de Frédéric II Roi de Prusse*, Postdam 1805.

⁵² Sul pacifismo del sovrano polacco, *Stanislas Leszczyński. Anthologie* cit., spec. pp. 902 sgg.

⁵³ Leszczyński, *Entretien d'un Européen* cit., p. 45.

I repertori ottocenteschi di *merkwürdige Strafrechtsfälle* Mittermaier e il «valore della conoscenza della prassi giudiziaria»

di Paolo Rondini

Nel 1849 fu pubblicata a cura del celebre criminalista tedesco Mittermaier una nuova edizione del repertorio di «interessanti casi criminali» compilato circa quarant'anni prima da Feuerbach con il titolo di *Merkwürdige Criminal-Rechtsfälle*¹. Questa ristampa della raccolta di processi selezionati all'inizio dell'Ottocento dal padre della moderna penalistica tedesca si apriva con una corposa *Introduzione*, dove si enunciavano le ragioni per cui intorno alla metà del secolo era ancora di grande utilità per i legislatori e i tecnici del diritto apprendere dall'attenta lettura di simili autorevoli compendi giurisprudenziali quali problemi potessero sorgere nel dare applicazione pratica ai precetti normativi².

Verso la fine degli anni Quaranta in quasi tutti i regni e principati tedeschi la legislazione statutale certificata in codici di diritto penale, sostanziale e processuale, era ormai considerata la principale e pressoché esaustiva fonte del diritto concernente la repressione dei reati. E come rilevato dall'allora Ministro prussiano per le riforme legislative, Friedrich von Savigny, non si poteva più prescindere dal procedere nell'interesse della sicurezza pubblica e privata a un'operazione di sistematica riforma e codificazione della normativa relativa agli illeciti penali³.

In tale contesto, rilevava Mittermaier, agli organi preposti alla stesura delle nuove regole enuncianti l'individuazione delle fattispecie sanzionabili e le modalità con cui procedere a una loro pronta e efficace repressione si raccomandava di aspirare a conseguire la «saggezza della legislazione penale»⁴. Il dettato normativo doveva essere così sapientemente formulato da non risultare troppo minuzioso

¹ La prima versione in due volumi dei *Merkwürdige Criminal-Rechtsfälle* di Paul Johann Anselm Feuerbach era stata stampata a Giessen dall'editore Müller fra il 1808 e il 1811. La «terza immutata edizione» (Frankfurt am Main 1849) vide, invece, la luce con il diverso titolo di *Aktenmäßige Darstellung merkwürdiger Verbrechen* e con la precisa indicazione dell'inedita presenza di una *Einleitung* realizzata per l'occasione da Mittermaier.

² C.J.A. Mittermaier, *Einleitung*, in Feuerbach, *Aktenmäßige Darstellung* cit., pp. 1-47, in particolare p. 1.

³ W.-Ch. von Arnswaldt, *Savigny als Strafrechtspraktiker*, Baden-Baden 2003, pp. 92-98.

⁴ Mittermaier, *Einleitung* cit., p. 1.

so e vincolante, per non costringere i giudici a lasciare impunte determinate condotte – di per sé riprovevoli e qualificate *ex lege* come reati – a causa della mancanza nel singolo caso di specie di tutti i dettagliati requisiti predeterminati dal legislatore. Né si poteva, d'altro canto, compiere l'errore contrario di ricorrere a espressioni e definizioni tanto generiche da consentire agli organi giudicanti di decidere discrezionalmente se retribuire o meno comportamenti ritenuti di fatto irreprensibili sia dalla «coscienza giuridica» del popolo che secondo le più generali «esigenze di giustizia»⁵. Anche sotto il profilo delle pene irrogabili andava sapientemente perseguito l'ideale di un pieno accordo con la parte più «benintenzionata» e «assennata» della società civile, optando per la comminazione di misure punitive che tenessero conto in modo appropriato della reale entità del danno arrecato dal reo e della sua effettiva responsabilità nel procurarlo⁶.

Nel cercare di conseguire obiettivi di tale portata il savio legislatore era, peraltro, destinato a scontrarsi con le mille difficoltà di riuscire a soppesare *ex ante* tutti i verosimili moventi e oggetti di un atto illecito, le multiformi varianti in cui esso avrebbe potuto manifestarsi, la mutevole entità dei suoi effetti lesivi e la giusta rilevanza da attribuire a tali fattori nel determinare la natura di un'adeguata risposta retributiva. A fronte dell'impossibilità di contemplare con la massima completezza in una norma generale e astratta la «copiosità delle combinazioni» e le «più minute circostanze secondarie», era dunque inevitabile che le leggi penali fossero talvolta avvertite dai cittadini come delle imposizioni troppo aspre, calate dall'alto e spesso in contrasto con la «morale del popolo» e la realtà della vita quotidiana⁷.

Di qui il vantaggio per gli estensori delle regole legali e per tutti i pratici del diritto di apprendere tramite lo studio dei casi analizzati nei repertori giurisprudenziali fino a che punto gli uomini fossero disposti a spingersi per conseguire i propri interessi e quali fossero le cause più svariate e recondite del loro agire (se indotti a delinquere da un precipitoso impeto o dopo una meditata deliberazione, per la prima volta o in via di recidiva, ecc.)⁸.

Nell'appurare, poi, come i magistrati avessero affrontato le problematiche connesse alla difficoltà di declinare nel quotidiano i nuovi assetti legislativi e di individuare sul campo i criteri ermeneutici di cui servirsi nel vivificare le astratte previsioni normative, era altresì possibile verificare se e in che modo le scelte di politica criminale dirette a reprimere determinate condotte avessero prodotto gli effetti sperati o dato adito, paradossalmente, all'insorgere di nuovi fenomeni di devianza (in cui avrebbero potuto indulgere, ad esempio, le persone sottopo-

⁵ *Ibidem*.

⁶ *Ibidem*.

⁷ A titolo esemplificativo Mittermaier adduceva il caso delle prescrizioni relative all'imputabilità e alle cause escludenti la capacità di intendere e di volere. Il legislatore si trovava, infatti, alle prese con la difficoltà sia di definire il concetto di «libertà della volontà» sia di riuscire a immedesimarsi nei soggetti agenti e individuare le circostanze che avrebbero potuto influenzare l'assunzione di una decisione diretta a infrangere la legge in modo intenzionale e consapevole. Mittermaier, *Einleitung* cit., pp. 1-2 e 4.

⁸ *Ibidem*, pp. 3-4.

⁹ *Ibidem*.

ste alla misura della vigilanza di polizia per la difficoltà di trovare un onesto mezzo di sussistenza)⁹.

Esulando, invece, dal profilo del diritto sostanziale, un'attenta disamina dei processi selezionati e compendati in tali raccolte avrebbe consentito di rilevare come anche le più meditate prescrizioni concernenti lo svolgimento dei giudizi criminali potessero rivelarsi a volte fonti di abusi e ingiustizie (tipico in proposito il caso di un'applicazione troppo disinvolta delle disposizioni relative agli arresti cautelari o alle pene comminabili contro i testimoni mendaci, renitenti e disobbedienti), se non addirittura obbligare i giudici ad assumere decisioni conformi alla legge sul piano formale eppure potenzialmente contrarie all'interesse della giustizia (allorché, per esempio, in assenza di prove dotate dei requisiti minimi legali non si fosse potuto condannare l'autore di un reato)¹⁰.

Agli occhi di Mittermaier i *merkwürdige Straffälle* selezionati e delucidati da Feuerbach presentavano, poi, un ulteriore e importante pregio. Quest'ultimo aveva svolto un ruolo di primo piano nella codificazione del diritto penale bavarese senza aver mai fatto parte dei ranghi della magistratura né tanto meno acquisito l'esperienza frutto di una lunga frequentazione delle aule giudiziarie. Eppure, pur essendo un teorico abituato ad astrarre e generalizzare, e di conseguenza ad accordare la propria preferenza a una formulazione delle norme espressione di principi scientifici e dottrinali anziché enunciazione di sintetici precetti, Feuerbach era sempre stato ben consapevole dei tanti problemi che potevano insorgere in sede di applicazione dei testi di legge. La sua antologia di «interessanti casi criminali» forniva, per l'appunto, la dimostrazione di quanto egli considerasse essenziale l'instaurarsi di un rapporto di reciproco *feedback* fra le enunciazioni formulate dalla scienza giuridica, le scelte pianificate dal legislatore e le osservazioni provenienti dal mondo della prassi in merito alle criticità emerse nell'interpretare e rendere effettivo il dettato legale¹¹.

Mentre nella Mitteleuropa dei primi decenni del XIX secolo procedeva lenta ma inesorabile la transizione dall'antico sistema di amministrazione della giustizia penale – basato sul particolarismo normativo e sulle prassi inquisitorie del tardo *ius commune* – al nuovo regime incentrato sulla codificazione di regole uniformemente valide, Feuerbach e molti altri giuristi avevano avvertito quanto fosse diffuso in una fase di passaggio così tormentata il bisogno dei professionisti del foro di disporre di strumenti adatti a comprendere e applicare il rinnovato quadro normativo¹². In presenza di mutamenti tanto radicali i repertori giuri-

¹⁰ *Ibidem*, pp. 4-5.

¹¹ *Ibidem*, pp. 6-7.

¹² Valutazioni di tenore analogo alle considerazioni stilate da Mittermaier in merito ai molteplici vantaggi conseguibili tramite la consultazione di simili raccolte di giudicati si possono rinvenire anche nelle riflessioni esposte dagli autori di altre collezioni pubblicate in diversi *Länder*. È questo il caso delle opere edite fra il 1814 e il 1854 da giuristi come: L. Pfister, *Merkwürdige Criminalfälle*, Heidelberg 1814, pp. V-VII; C.A. Tittmann, *Vorträge und Urtheile über merkwürdige Straffälle aus Akten*, Leipzig 1815, pp. VII-VIII; W. von der Nahmer, *Sammlung der merkwürdigeren Entscheidungen des herzoglich Nassauischen Oberappellations-Gerichts zu Wiesbaden*, Frankfurt 1824, pp. V-X, 6-38; J.B. Sartorius, *Sammlung merkwürdiger Rechtsfälle Bayerns*, Erlangen 1830-1831, I, pp. V-VI; J. Scholz, *Merkwürdige Strafrechtsfälle aus mehreren*

sprudenziali realizzati da autori di chiara scienza, ingegno creativo e comprovata competenza – compulsando le *merkwürdiger* sentenze emesse da corti particolarmente autorevoli – potevano assolvere all'importante funzione di evidenziare a un vasto pubblico gli aspetti più peculiari e critici delle nuove disposizioni promulgate in quegli stati tedeschi (come la Prussia, la Baviera, l'Oldenburg) dove all'inizio dell'Ottocento si era iniziato a codificare il diritto penale¹³.

Gli estensori di tali prodotti della letteratura giuridica erano concordi nel ritenere che questo genere di opere servisse ad alimentare in una sorta di circolo virtuoso lo scambio di preziose informazioni fra teorici e pratici del diritto. In linea di principio gli organi legislativi dovevano sempre prefiggersi di tutelare l'ordine pubblico e la sicurezza generale dello Stato, nonché la vita, l'onore, la libertà e i beni delle persone. Ma nel momento di compiere le scelte chiave di politica criminale non si poteva certo ricorrere solo alle astratte elucubrazioni della scienza. Al contrario, per assumere decisioni dalle ricadute così significative (quanti sacrifici imporre ai cittadini? quali condotte sanzionare? che tipo di pene irrogare? ecc.) si dovevano tenere in debito conto le esigenze concrete e perennemente cangianti della collettività e dei singoli individui, di modo che fossero la «vita e l'esperienza a guidare la teoria e la scienza» e non il contrario¹⁴.

Era allora fondamentale per il legislatore apprendere dagli esempi offerti dai casi già dibattuti nelle aule giudiziarie le più disparate e utili informazioni concernenti la fenomenologia criminale (come, ad esempio, quali fossero le manifeste e le recondite motivazioni di un dato reato, le diverse modalità con cui porlo in essere, le possibili conseguenze scaturenti dalla sua perpetrazione) nonché le modalità operative seguite dalla magistratura nello scoprire e punire i crimini commessi o tentati, onde poter migliorare le leggi vigenti emendandole da lacune e difetti¹⁵. Allo stesso tempo, i giudici potevano apprendere come meglio agire

Ländern Deutschlands, Braunschweig 1840, pp. I-VI; J.D.H. Temme, *Archiv für die strafrechtlichen Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe Deutschlands*, Erlangen 1854, pp. 1-9.

¹³ Nel regno di Prussia era stata promulgata nel 1805 la prima parte dell'*Allgemeines Criminalrecht für die Preußischen Staaten*, un corpus normativo che nelle intenzioni del governo avrebbe dovuto constare, oltre che di una sezione iniziale dedicata alla nuova disciplina dei processi (intitolata *Allgemeine Criminal-Ordnung*), di una seconda parte relativa al diritto penale sostanziale (che in realtà non fu mai realizzata). Nel Regno di Baviera, invece, vide la luce nel 1813 un codice – lo *Strafgesetzbuch für das Königreich Baiern* – che aveva ad oggetto non solo la determinazione delle condotte illecite e delle pene comminabili (*Erster Theil, Ueber Verbrechen und Vergehen*, art. 1-459) ma anche la descrizione delle forme con cui celebrare i giudizi criminali (*Zweiter Theil, Von dem Prozeß in Strafsachen*, art. 1-482). L'anno successivo entrò in vigore il codice del granducato d'Oldenburg, lo *Strafgesetzbuch für die Herzoglich-Oldenburgischen Lande von 1814*, che essendo redatto in gran parte sulla falsariga di quello bavarese contemplava in un'unica sede tutte le norme di diritto sostanziale (*Erster Theil, Über Verbrechen und Vergehen*, art. 1-488) e processuale (*Zweiter Theil, Von dem Prozeß in Strafsachen*, art. 489-963).

¹⁴ Scholz, *Merkwürdige Strafrechtsfälle* cit., pp. II-IV. Un'analoga apologia degli influssi benefici che un approfondito studio del diritto in atto avrebbe potuto avere nello stimolare i progressi della scienza giuridica, nel palesare i vizi delle norme in vigore e nel preservare i cittadini dall'incorrere nei danni arrecati da una legislazione «poco meditata, troppo rigida e freddamente teorica», si trova anche in Sartorius, *Sammlung merkwürdiger Rechtsfälle* cit., I, p. VI.

¹⁵ In questo senso si vedano le osservazioni di: Nahmer, *Sammlung der merkwürdigeren*

nell'interesse della giustizia e condurre un'istruttoria o un processo privi di errori, operando con perizia e sagacia, senza le rigidità di preconcetti o pregiudizi, ed esaminando ogni circostanza e sfumatura delle diverse situazioni, così da assicurare a tutte le parti coinvolte in giudizio i benefici scaturenti da un'applicazione del diritto caratterizzata da certezza, equità e uniformità di trattamento¹⁶. I semplici cittadini, dal canto loro, avevano la possibilità di formarsi, tramite la lettura dei resoconti processuali, una visione più diretta e meno stereotipata delle modalità di funzionamento dell'ordinamento giudiziario, maturando al contempo una fiducia più salda nella legge e nell'operato degli organi giudicanti¹⁷.

Laddove poi prevalse fin verso gli anni Quaranta del secolo la volontà di non ripudiare radicalmente la plurisecolare tradizione del *gemeines deutsches Strafrecht*, queste raccolte di rilevanti casi criminali svolsero non solo l'importante funzione di illustrare al potere legislativo e ai giuristi gli eventuali errori commessi in sede di stesura delle leggi e/o i problemi sorti nel dare loro concreta applicazione, ma continuarono altresì a essere impiegate alla stregua di cave di materiali giurisprudenziali cui i magistrati potevano proficuamente attingere nell'esercitare il loro *arbitrium* giudiziale e nel confezionare le loro deliberazioni¹⁸.

Peraltro, anche in quegli Stati che avevano abbracciato il nuovo "credo" del diritto codificato, senza per questo rinnegare del tutto gli istituti e i principi tipici del diritto comune bensì trasfondendoli in gran parte nelle nuove norme dal valore generale e uniforme, non venne mai meno la prassi di consultare i repertori giurisprudenziali di vecchia e più recente compilazione.

Si poneva, infatti, il dilemma di come far fronte alle imprecisioni in cui poteva essere incorso un legislatore troppo impaziente di dettare prescrizioni poi rivelatesi affette da un grado eccessivo di astrazione teorica nonché oltremodo categoriche e inesorabili nel loro dettato. E per sciogliere i nodi posti da tante questioni cruciali (come quelle dell'imputabilità e della capacità di intendere e di volere, della rilevanza dello stato di necessità e della legittima difesa, dell'errore

Entscheidungen cit., pp. V-VII, 6-10, 32-33; Scholz, *Merkwürdige Strafrechtsfälle* cit., pp. II-V; Temme, *Archiv für die strafrechtlichen Entscheidungen* cit., pp. 7-9.

¹⁶ Sul punto concordano: Pfister, *Merkwürdige Criminalfälle* cit., pp. V-VII; Tittmann, *Vorträge und Urtheile über merkwürdige Straffälle* cit., pp. VII-VIII; Nahmer, *Sammlung der merkwürdigeren Entscheidungen* cit., pp. V-VII, 10-13, 21-22, 32-33; Sartorius, *Sammlung merkwürdiger Rechtsfälle* cit., I, p. VI; Scholz, *Merkwürdige Strafrechtsfälle* cit., pp. V-VI; Temme, *Archiv für die strafrechtlichen Entscheidungen* cit., p. 9.

¹⁷ Nahmer, *Sammlung der merkwürdigeren Entscheidungen* cit., pp. VI-VII, 22-24, 32-33.

¹⁸ In proposito si veda quanto riferito da: Nahmer, *Sammlung der merkwürdigeren Entscheidungen* cit., pp. IX-X, 13-21; Scholz, *Merkwürdige Strafrechtsfälle* cit., p. I; Temme, *Archiv für die strafrechtlichen Entscheidungen* cit., pp. 2-5, 8. Fra gli Stati tedeschi dove nella prima metà dell'Ottocento e in attesa della promulgazione dei codici si continuò a fare ricorso – con riferimento alla descrizione dei singoli reati perseguibili e alle modalità della loro repressione – alle fonti del sistema del tardo diritto comune e ad una complessa congerie di norme speciali si possono enumerare i regni di Sassonia, Hannover e Württemberg, i granducati del Baden, Mecklenburg e Assia-Darmstadt, i ducati di Sassonia-Altenburg e Braunschweig, il principato d'Assia-Kassel (H.A. Zachariä, *Handbuch des deutschen Strafprocesses*, Göttingen 1861, pp. 8-11, 14-15, 19-23; A.F. Berner, *Die Strafgesetzgebung in Deutschland vom Jahre 1751 bis zur Gegenwart*, Leipzig 1867, pp. 93-96, 108-117, 135-143, 157-160, 172-181, 197-201).

di fatto e di diritto, del dolo e della colpa, del tentativo, della correatità e del concorso di reati), un prezioso ausilio poteva venire proprio dal consultare queste particolari selezioni di giudicati, estrapolando da essi lo «spirito della scienza, dell'umanità, del vero diritto» conforme alla «coscienza giuridica diffusa nel popolo tedesco»¹⁹. Ad di là delle affermazioni di principio in merito alla completezza e auto-sufficienza di un sistema legale costruito con la scrupolosa emanazione di statuizioni così rigide, da più parti si evidenziava che lo studio della prassi poteva soccorrere gli organi giudicanti fornendo preziose indicazioni su come rendere «vivo» il diritto e valutare i casi concreti rimessi alla loro attenzione con una personale ma al contempo oggettiva ed equa valutazione dei fatti e delle prove emersi in giudizio²⁰.

Una concreta dimostrazione di come a metà Ottocento fosse ancora possibile avvalersi con profitto delle fatiche compiute da quei giuristi, che nei primi decenni del secolo avevano vagliato e commentato i processi più interessanti celebrati nelle aule giudiziarie teutoniche, la forniva per l'appunto Mittermaier nella sua *Introduzione* alla nuova ristampa dei *Merkwürdige Criminal-Rechtsfälle* di Feuerbach.

Lo studio di tali casi criminali forniva una larga messe di esempi pratici e argomenti teorici utili a essere impiegati nelle dispute che animavano la penalistica tedesca in merito alle riforme di stampo liberale da apportare al diritto vigente nei diversi ordinamenti giuridici della Germania (alcuni di matrice codicistica, altri ancora caratterizzati dall'esistenza di molteplici fonti normative di diversa natura e concorrenti fra loro). A questo proposito Mittermaier segnalava come meritevoli di particolare attenzione le considerazioni che si potevano trarre dall'analisi di quei processi selezionati da Feuerbach in cui emergevano le problematiche concernenti alcuni specifici istituti quali la grazia, le prove legali, l'imputabilità e le cause della sua esclusione.

In merito al primo di questi temi si era soliti ravvisare la *ratio* della prerogativa sovrana di condonare le pene nello specifico intento di mitigare le asprezze del dettato normativo enunciante le sanzioni comminabili, riducendo in particolare l'entità afflittiva delle misure irrogabili in relazione alle condotte illecite meno gravi. L'istituto della grazia era concepito come uno strumento atto ad assecondare le istanze di maggiore equità nel dispensare la giustizia e a rimediare alla soverchia durezza della legge, che poteva manifestarsi nei singoli casi di specie per effetto della mancata previsione di determinate cause attenuanti o per l'esistenza di una manifesta sproporzione fra il reato perpetrato e il castigo inferto²¹.

Anche laddove la più ponderata e previdente legislazione avesse contemplato tutte le circostanze idonee a giustificare una riduzione della pena e concesso ai giudici di operare con ampi margini di discrezionalità nell'attenuare le conse-

¹⁹ Temme, *Archiv für die strafrechtlichen Entscheidungen* cit., pp. 2-4.

²⁰ *Ibidem*, pp. 4-9.

²¹ Mittermaier, *Einleitung* cit., p. 7.

guenze negative a danno dei rei, il sopraggiungere del perdono elargito dal capo dello stato continuava a svolgere un'importante duplice funzione: supplire all'eccessiva severità delle punizioni comunque comminate e premiare i condannati che avessero dato prova di effettivo pentimento²².

Dall'esposizione feuerbachiana risultava, peraltro, che gli organi giudicanti – chiamati ad applicare la legge rispettandone la *ratio* – dichiaravano spesso di essere costretti a infliggere pene da essi ritenute troppo dure e non adeguate al tipo di illecito effettivamente consumato, di modo che al colpevole non restava poi che supplicare l'intervento riparatore del sovrano. E ciò non poteva che destare una grande impressione nel popolo²³.

La prassi attestava, inoltre, come talvolta fra i membri di una corte o fra tribunali di diversa istanza vi potessero essere opinioni discordanti circa l'esistenza dei presupposti atti a consentire di presentare una domanda di grazia. I condannati, dal canto loro, potevano essere indotti da motivi di orgoglio, fermezza o disperazione a non implorare alcun condono, subendo così le conseguenze di una *damnatio* eccessivamente dura e sproporzionata nel rapporto colpa-retribuzione solo perché il legislatore non aveva preso in adeguata considerazione tutti i possibili fattori attenuanti o consentito ai magistrati di modulare la risposta dell'ordinamento giuridico in relazione alla perpetrazione di uno specifico reato²⁴.

Secondo Mittermaier le autorità esercenti il potere normativo dovevano, dunque, fare tesoro delle considerazioni dedotte dall'osservazione della realtà e prendere atto della necessità di lasciare ai giudici una più ampia libertà nel valutare le peculiarità dei singoli casi rimessi alla loro attenzione. Solo in tal modo sarebbe stato possibile irrogare sanzioni più consone alla reale natura e gravità dei crimini commessi, senza portare i condannati a impetrare l'intercessione del monarca per ottenere quel trattamento equo e giusto che era loro diritto pretendere dallo Stato²⁵.

In caso contrario, l'istituto della grazia avrebbe continuato a essere impropriamente considerato lo strumento principe con cui rimediare ai difetti della legislazione e agli errori commessi dai giudici, alimentando così tanto nelle parti di un processo che nell'opinione pubblica la sfiducia nell'amministrazione della giustizia. Gli imputati puniti troppo severamente e in seguito graziati erano, infatti, indotti a disprezzare le leggi e la magistratura, da essi ritenute responsabili delle sofferenze patite prima del sopraggiungere del provvedimento di remissione della pena²⁶. Ma una profonda diffidenza nell'efficacia deterrente delle norme penali e delle sanzioni da esse comminate era altresì destinata a diffondersi in seno alla società civile, qualora agli autori di condotte di pari o analoga gravità fosse riservata un'irragionevole disparità di trattamento per effetto della

²² *Ibidem*, p. 8.

²³ *Ibidem*, p. 10.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Ibidem*, pp. 10-11.

²⁶ *Ibidem*, pp. 11-12.

concessione della grazia solo ad alcuni di essi. Una valutazione negativa indotta pure dall'ulteriore constatazione che ai colpevoli che avessero sempre negato ogni addebito senza mai confessare alcunché – magari evitando in tal modo il capestro – poteva essere condonata una parte della punizione inferta, mentre i rei confessi correvano il serio pericolo di essere inviati al patibolo²⁷.

Come già rilevato, i dati emergenti dall'analitica ricostruzione delle vicende processuali condotta da Feuerbach offrivano l'occasione per fare il punto anche su un altro tema molto controverso e dibattuto dalla penalistica europea ottocentesca: la forza legale dei riscontri probatori acquisiti in un giudizio celebrato con le forme del rito inquisitorio.

A metà Ottocento nella maggior parte degli stati tedeschi si era ormai preso atto dell'impossibilità di continuare a fare affidamento su una sistematica delle prove di natura vincolante per i giudici, delineata cioè per mezzo di prescrizioni che indicassero in modo esaustivo sia tutti i requisiti richiesti per l'impiego dei mezzi probanti ammessi dalla legge che il loro specifico valore ai fini della pronuncia di una sentenza²⁸.

Per questo motivo nel Baden e nel Württemberg era stata adottata una variante di tipo "negativo" della vecchia *Theorie der Beweise* del diritto comune. L'esistenza di prove pienamente conformi alle caratteristiche enunciate in via normativa era una condizione necessaria ma non sufficiente per disporre la condanna degli imputati, poiché pur in presenza di tali *minimae probationes* deponenti a loro carico era comunque possibile ai magistrati addurre la voce contraria della loro coscienza per rifiutarsi di deliberare in senso sfavorevole agli accusati²⁹. Altrove invece, come in Prussia, sulla scorta di un attento studio della prassi attestante l'estrema difficoltà di contemplare *ex lege* ed *ex ante* tutte le possibili combinazioni di prove che potevano presentarsi nella realtà, nonché di prevenire gli svariati inconvenienti che un simile approccio comportava, si era scelto di attribuire a organi collegiali composti esclusivamente da togati il potere di sentenziare sulla base di un libero convincimento ragionato e motivato, ossia maturato sulla base dei soli elementi emersi nel corso del giudizio e senza scaturire da un'impressione generale o da un indeterminato senso del vero³⁰.

A giudizio di Mittermaier, peraltro, il favore sempre più ampio riscosso dalle giurie popolari – specialmente sull'onda degli eventi della primavera rivoluzionaria del 1848 – consigliava di formulare dei principi simili alle «rules of evidence» del diritto inglese, vale a dire delle indicazioni autorevoli ma non vincolanti deducibili per mezzo della ragione e della logica dai «precetti della religione, dalla filosofia della natura, dalle verità della storia e dalle esperienze della vita comune»³¹. Gli sforzi del legislatore di dettare delle regole di prova – positive o negative che fossero – valevoli per tutti i casi erano inevitabilmente destinati a

²⁷ *Ibidem*, pp. 13-17.

²⁸ *Ibidem*, pp. 17-18.

²⁹ *Ibidem*, p. 18.

³⁰ *Ibidem*, pp. 18-19.

³¹ *Ibidem*, p. 19.

fallire, vista l'impossibilità di contemplare ogni minima circostanza in senso generale e astratto. Prescrizioni siffatte potevano altresì rivelarsi controindicate, dando adito a sentenze formalmente ineccepibili ma ingiuste agli occhi dell'opinione pubblica. Basti pensare all'impunità goduta dai colpevoli contro cui non deponessero riscontri pienamente conformi ai canoni legali, oppure al fatto che la decisione finale in merito all'effettiva esistenza di tutti i requisiti richiesti e su come bilanciare fra loro le diverse prove contrastanti era comunque rimessa alla personale valutazione degli organi giudicanti³².

Ebbene, la dimostrazione di quanto fossero inadeguati, controproducenti, privi di fondamenta logiche e razionali i tentativi di imporre il rispetto di una qualsivoglia sistematica delle prove la offriva proprio lo studio dei casi criminali selezionati da Feuerbach.

Dalla disamina di alcuni di questi processi emergeva, ad esempio, in modo evidente come la puntigliosa osservanza di tutte le singole statuizioni relative alle modalità con cui accertare l'avvenuta consumazione di un reato finisse spesso per impedire ai giudici di condannare un imputato da essi ritenuto colpevole. Se quindi la lodevole e comprensibile *ratio* di tali disposizioni era quella di evitare la pronuncia di decisioni basate sulla sola certezza morale e su valutazioni troppo avventate, precipitose o prevenute, ciononostante l'esperienza insegnava che in questo modo si erano spesso imposti dei limiti troppo stringenti all'operato delle corti, con il risultato di assicurare l'impunità a un gran numero di malfattori e di mettere a repentaglio la sicurezza pubblica e privata. Norme così inappropriate e inadeguate potevano persino impedire di dispensare la giustizia secondo il comune buon senso e le attese della società civile, come nel caso in cui si fosse deliberato di non perseguire un reo confessore di omicidio in virtù dell'assenza di un cadavere o di non procedere a carico di chi avesse ammesso di aver sottratto delle somme di denaro a persone che non ne avessero mai denunciato il furto³³.

La stessa rilevanza di primo piano tradizionalmente attribuita alla confessione nei sistemi processuali inquisitori era alquanto discutibile. Anziché palesarsi come lo spontaneo «prodotto della voce della coscienza e della libera volontà», la cosiddetta *regina probationum* poteva assumere i contorni di una deposizione auto-accusatoria estorta a imputati impauriti e ignari delle conseguenze delle loro parole da giudici troppo irruenti e disinvolti nell'esercitare l'arte di interrogare. Né era da escludersi l'eventualità che l'ammissione di colpevolezza fosse il frutto di freddi calcoli di convenienza dettati dall'attesa di ottenere un qualche vantaggio per lo più ignoti agli inquirenti³⁴. E vi era comunque il rischio che in assenza di uno degli svariati *standard* legali i magistrati fossero costretti a non procedere, disattendendo le aspettative dell'opinione pubblica (come quando dalla precedente condotta di vita del confitente non risultasse verosimi-

³² *Ibidem*, pp. 19-21.

³³ *Ibidem*, pp. 24-27.

³⁴ *Ibidem*, pp. 27-29.

le che egli potesse aver effettivamente commesso il crimine di cui si dichiarava responsabile)³⁵.

Un ulteriore argomento sollevato contro il ricorso a una ferrea maglia di canoni legali in tema di prove concerneva l'opportunità di continuare a distinguere queste ultime in "naturali" e "artificiali" (o indiziarie) sotto il profilo della loro forza e credibilità, impedendo così ai giudici di comminare sulla base di un semplice concorso di indizi la pena capitale o addirittura le sanzioni ordinarie. Ebbene, anche a tale proposito si rivelava assai utile prendere in considerazione quanto attestato dalla prassi.

L'esperienza dimostrava che erano le stesse premesse su cui si basava una simile classificazione a essere errate, poiché tale distinzione era il frutto di una concezione arbitraria e contraria alla vera natura del processo di ricerca della verità. Anche in quei casi, infatti, in cui si deliberava sulla base di confessioni e testimonianze, le decisioni giudiziali erano spesso il frutto di una catena di deduzioni e di presunzioni forgiata per mezzo di una valutazione soggettiva di una complessa serie di circostanze³⁶. Le condanne disposte adducendo l'esistenza di sufficienti deposizioni potevano fondarsi, ad esempio, sulle dichiarazioni di persone che non avevano assistito integralmente al dispiegarsi della condotta illecita e dei suoi effetti, mentre l'attendibilità di tali testimoni dipendeva di volta in volta dall'accertata esistenza di un complesso di requisiti minimi (come la loro irreprensibilità o la concordanza delle loro affermazioni).

D'altra parte, era il popolo stesso con il suo «comune buon senso» a chiedersi perché mai il legislatore avesse considerato ammissibile in giudizio una prova verso cui non si nutriva piena fiducia. Per quale ragione si consentiva di proclamare colpevole di omicidio una persona sulla base di indizi che non si ritenevano poi sufficienti per infliggere qualsiasi tipo di pena? O tale categoria di riscontri era del tutto inadatta a giustificare l'irrogazione di ogni specie di misura punitiva, oppure li si doveva equiparare *in toto* agli altri strumenti probatori la cui esistenza autorizzava a decretare anche la morte dell'imputato³⁷.

Una terza questione assai problematica su cui le informazioni estrapolabili dai processi esaminati da Feuerbach offrivano interessanti ragguagli era, infine, la possibilità di riuscire a enunciare sul piano normativo i principi fondamentali relativi all'imputabilità e alle cause del suo *venir meno*³⁸.

Mittermaier adduceva a titolo esemplificativo il caso del codice bavarese del 1813, dove a suo dire si era inutilmente cercato di enumerare in via tassativa le varie tipologie di situazioni escludenti la capacità di intendere e di volere. Troppo ampie erano, infatti, le divergenze di opinioni esistenti fra giuristi, medici e altri periti conoscitori dell'animo umano in merito al concetto stesso di non-imputabilità e alla difficoltà di prevedere e qualificare *ex ante* le specifiche ragioni del suo sopraggiungere. Ciò portava spesso i giudici a condannare un accusato senza

³⁵ *Ibidem*, pp. 29-31.

³⁶ *Ibidem*, pp. 22-24, 31-32.

³⁷ *Ibidem*, pp. 32-33.

³⁸ *Ibidem*, pp. 33-34.

poter valutare le singole circostanze del caso concreto né rilevare l'eventuale assenza da parte dell'imputato di una piena comprensione del significato delle proprie azioni e/o di una consapevole volontà di perseguire il dispiegarsi dei loro effetti³⁹.

Meglio sarebbe stato formulare in termini chiari e semplici quando il soggetto agente fosse pienamente imputabile in quanto libero di disporre della proprie «facoltà essenziali»⁴⁰. Dopodiché bisognava limitarsi a tratteggiare in modo sommario e facilmente comprensibile anche a persone non aduse a valutare le ragioni dell'operato umano in che situazioni e sotto l'effetto di che tipo di impulsi tale libertà potesse venire meno, rifuggendo però dall'elencare – anche solo in modo esemplificativo – quali forme potessero assumere nella realtà fattori come l'insanità mentale o lo stato di necessità, per non porre vincoli eccessivi a un'adeguata valutazione delle specificità del singolo caso concreto⁴¹.

A tale proposito Mittermaier metteva in guardia dal non confondere i vari stati patologici che potevano affliggere la mente umana con il semplice turbamento d'animo in cui si veniva a trovare il soggetto agente nel momento di commettere il reato. La prassi attestava come fosse naturale per il reo addurre a propria giustificazione il fatto di essere stato preda di violente passioni e sbalzi d'umore che lo avrebbero privato del raziocinio. Tuttavia, proprio dalla disamina delle carte processuali si poteva dedurre come nella maggior parte dei casi non si fosse in presenza di disturbi organici invalidanti riconducibili alla pazzia, quanto di transitori momenti di alterazione psicologica derivanti dallo scontro fra la voce della coscienza e l'impulso a delinquere tali da far confondere la ragione ma non da farla venir meno⁴².

Da ultimo, i casi presi in considerazione da Feuerbach testimoniavano come nel rito inquisitorio scritto e segreto la decisione presa dai magistrati – di loro iniziativa o su richiesta dell'accusato – di far valutare da degli esperti l'esistenza di eventuali cause di non imputabilità potesse sia rivelarsi un ostacolo a una rapida decisione del processo sia impedire ai giudici di valutare personalmente lo stato dell'imputato, dovendo essi per l'appunto fare affidamento sulle sole relazioni peritali. Nel sistema accusatorio pubblico e orale – invece – l'accusa, la difesa, il presidente della corte e i giurati potevano interrogare l'accusato e farsi un'idea diretta e immediata delle sue condizioni mentali, mentre i periti erano considerati a tutti gli effetti dei testimoni e come tali sottoposti a incalzanti domande volte a rilevare se fossero stati sufficientemente giudiziosi e cauti nell'adempiere al loro compito, se si fossero pronunciati in modo chiaro e comprensibile, se avessero cercato di influenzare l'esito del processo facendo sfoggio di termini specialistici⁴³.

³⁹ *Ibidem*, pp. 34-35.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 37.

⁴¹ *Ibidem*, p. 38-39.

⁴² *Ibidem*, p. 39-43.

⁴³ *Ibidem*, p. 43-44.

Da queste brevi note emerge il quadro di una scienza penalistica orientata a ritenere che l'enunciazione codicistica di principi astratti e categorie generali non dovesse avere il sopravvento su una puntuale disamina dei problemi posti dalla pratica quotidiana del diritto. L'osservazione della realtà avrebbe fornito spunti utili a correggere i difetti delle norme vigenti, contribuendo a prevenire gli inconvenienti che una società sempre più liberale e attenta a tutelare i diritti della persona non poteva tollerare ancora a lungo (come quelli imputabili al rito inquisitorio o alle prove legali).

Lo studio di queste cause “celebri” e “interessanti” era, peraltro, proficuo anche sotto ulteriori aspetti. La puntigliosa descrizione delle condotte criminogene e il loro inquadramento come l'esito di uno scontro fra opposte volontà e passioni dilananti l'animo umano poteva, ad esempio, fornire preziosi argomenti alle riflessioni di tecnici del diritto, medici legali e pedagoghi impegnati nel delineare i tratti caratteristici del fenotipo del delinquente. Allo stesso tempo, in un contesto socio-politico in cui l'opinione pubblica mostrava un vivo interesse per l'amministrazione della giustizia, pretendendo così di assumere un ruolo sempre più determinante nelle forme del suo esercizio, la conoscenza di queste particolari raccolte giurisprudenziali poteva anche assolvere allo scopo di diffondere una maggiore fiducia nello Stato, nonché a informare e orientare le coscienze di coloro che un giorno avrebbero potuto essere chiamati a decidere delle sorti dei loro concittadini (in qualità di giudici togati o giurati).

Carlo Giacinto Fontana (1699-1776)

Un erudito notaio valtellinese*

di Stefania T. Salvi

1. Premessa. Carlo Giacinto Fontana storico, paleografo e notaio di Morbegno

Tra gli studiosi di cultura valtellinese non vi è chi non abbia udito almeno una volta il nome di Carlo Giacinto Fontana, storico di vasta cultura e notaio attivamente impegnato nella vita locale della prima metà del XVIII secolo. Tuttavia, benché accurate ricerche siano state dedicate a questa figura, soprattutto in anni ormai risalenti¹, manca a tutt'oggi uno studio che evidenzii la sua imponente opera notarile. Si tenterà, quindi, per quanto possibile data l'ampiezza del materiale archivistico conservato², di colmare almeno in parte questa lacuna, richiamando l'attenzione sull'importanza e la poliedricità di un personaggio unico nel panorama valtellinese settecentesco, che pure non fu scevro di letterati di un certo rilievo³.

Non ci si soffermerà sul profilo biografico oltre il necessario⁴. Carlo Giacinto Fontana nacque a Morbegno il 10 maggio 1699 da Giuseppe e Maria

* Ringrazio il Direttore e tutto il personale dell'Archivio di Stato di Sondrio per aver agevolato con generosità le mie ricerche su Carlo Giacinto Fontana.

¹ G.R. Orsini, *Carlo Giacinto Fontana paleografo e storico valtellinese*, Milano 1932, altresì in «Archivio storico lombardo», 59 (1932), 3, pp. 298-328.

² Nel fondo *Notarile* dell'Archivio di Stato di Sondrio (d'ora in poi ASSo) sono conservati ben 28 volumi di imbreviature, rogate da Carlo Giacinto Fontana tra il 1719 ed il 1775 (ASSo, *Notarile*, voll. 7723-7750, n. 1410). Ciascuno dei 28 tomi termina con la «rubrica instrumentorum rogatorum per me Carolum Hyacintum Fontanam notarium Morbij», relativa agli atti stesi nel torno d'anni cui si riferisce il volume. L'elenco degli atti, ordinatamente indicizzati in ordine cronologico, reca l'indicazione della pagina in cui è riportata l'imbreviatura corrispondente. Sulla ricchezza di questo archivio P. Giannone, *I fondi documentari dell'Archivio di Stato di Sondrio*, in «Bollettino della Società storica valtellinese» (da ora in poi «BSSV»), 9 (1955), pp. 143-145. La nascita ed i primi anni di funzionamento dell'Archivio di Stato di Sondrio, istituito nel 1807, sono ripercorsi in R. Pezzola, «Per la bramata unione delle carte spettanti all'archivio generale». *Nascita e primi passi dell'archivio notarile di Sondrio (1807-1814)*, in «Rassegna degli archivi di stato», n.s., 3 (2007), 3, pp. 531-564.

³ Cfr. E. Bassi, *La Valtellina (provincia di Sondrio)*, Milano 1890, pp. 204-221; G. Carbonera, *Letterati valtellinesi del sec. XVIII. Note per una storia della coltura in Valtellina*, Sondrio 1920.

⁴ Cfr. D. Rosselli, *Fontana, Carlo Giacinto*, in *Dizionario biografico degli italiani*, 48, Roma 1997, p. 638. Si veda, inoltre, il sintetico profilo in G.R. Orsini, *Storia di Morbegno (con riferimenti ai*

Maddalena Vicedomini⁵. Proseguendo la tradizione familiare – il padre Giuseppe (1670-1747) e l'avo paterno Carlo (1619-1675) si erano dedicati, prima di lui, alla professione notarile⁶ – nell'aprile 1718, non ancora ventenne, fu esaminato dai consoli di giustizia della squadra di Morbegno per conseguire l'abilitazione al notariato⁷, che esercitò, senza soluzione di continuità, dal 1719 al 1775. Il 17 ottobre 1728 sposò la nobile Maria Elisabetta Marlianici, figlia del dottore *in utroque iure* di Sondrio Donato Marlianici, destinata ad una breve vita (morì nel gennaio 1745) dopo aver dato alla luce nove figli⁸. Tra costoro Gian Donato e Giuseppe Alberto seguirono le orme paterne: il primo, nato nel 1733, fu nominato notaio nel 1755⁹; del secondo, venuto alla luce nel 1742¹⁰, è noto che svolse la professione in Traona fino al 1783¹¹. Dopo una vita trascorsa in mezzo alle carte notarili – quelle rogate per la propria clientela e quelle più antiche, pazientemente selezionate in forza di un'inesauribile sete di ricerca storica – Carlo Giacinto si spegneva a Morbegno il 5 febbraio 1776 all'età di settantasei anni e veniva sepolto nella chiesa di San Giovanni Battista¹².

«Metodico e solerte raccoglitore di documenti»¹³, sin dall'infanzia dimostrò una straordinaria passione per la storia e l'interpretazione di scritture antiquarie: durante tutta la sua esistenza, parallelamente alle incombenze notarili, coltivò con impareggiabile dedizione studi e ricerche erudite di carattere locale. Indagando soprattutto le vicende valtelinesi, riunì, in quello che sarà detto l'«archivio Fontana», svariato materiale di interesse storico, tra cui una consistente documentazione notarile. I suoi molteplici lavori si suddividono, secon-

paesi vicini e alla Valtellina), prefazione di G.P. Bognetti, Sondrio 1959, pp. 187-188.

⁵ ASSo, *Manoscritti della Biblioteca civica "Pio Rajna"* (da ora in poi *Mss Rajna*), ms D I 3/1, c. 206v; *ibidem*, c. 465v, battesimo di Carlo Giacinto Fontana l'11 maggio 1699. Sui Vicedomini, antica famiglia originaria di Como poi trasferitasi a Morbegno, v. Orsini, *Storia di Morbegno* cit., pp. 174-175.

⁶ Gli atti rogati da Carlo Fontana *quondam* Mattia, attivo tra il 1643 ed il 1675, sono conservati in ASSo, *Notarile*, voll. 4675-4691, n. 1015. Quelli stesi da Giuseppe Fontana *quondam* Carlo tra il 1690 ed il 1746 sono invece custoditi in *ibidem*, voll. 6649-6670, n. 1263. Si vedano, inoltre, le carte dei notai Carlo e Giuseppe Fontana consultabili in ASSo, *Mss Rajna*, ms D I 3/14. Sull'ereditarietà della professione notarile nel XVIII secolo mi sia consentito rinviare al mio *Tra privato e pubblico. Notai e professione notarile a Milano (secolo XVIII)*, Milano 2012, pp. 53-70.

⁷ Cfr. F. Palazzi Trivelli, *Carlo Giacinto Fontana*, in *Giovan Pietro Romegialli e il Settecento morbegnese*, Morbegno 2000, pp. 7-18, in particolare p. 8.

⁸ ASSo, *Mss Rajna*, ms D I 3/1, c. 207r: il documento in esame riporta che Maria Elisabetta Marlianici fu madre di nove bambini. Sono, tuttavia, noti nomi e vicende soltanto di tre figli della coppia: Gian Donato, chierico e notaio, Gian Mattia, canonico della chiesa collegiata di Teglio, e Giuseppe Alberto, notaio attivo in Traona.

⁹ ASSo, *Notarile*, vol. 7742, 9 dicembre 1755, *Tabellionatus*.

¹⁰ ASSo, *Mss Rajna*, ms D I 3/1, c. 207r.

¹¹ Il figlio Giuseppe Alberto è sovente testimone presente alla stesura degli atti rogati dal padre negli ultimi anni di attività: cfr. ASSo, *Notarile*, vol. 7750, *passim*.

¹² *Ibidem*, vol. 7750, p. 122. Il dato è confermato dai registri parrocchiali della collegiata di San Giovanni Battista di Morbegno: Archivio parrocchiale della chiesa di San Giovanni Battista di Morbegno, *Liber mortuorum 1776*, 5 febbraio 1776.

¹³ G. Perotti, *La «Selva» di C.G. Fontana – 1749. Una miniera di notizie per Morbegno e la bassa valle*, in «Le vie del bene», 56 (1985), 5, pp. 9-10, in particolare p. 9.

do il criterio adottato dall'Orsini¹⁴, tra opere a stampa e scritti inediti, dei quali alcuni risultano organici e compiuti, accanto a miscellanee di varia estensione.

L'unica opera edita, sino a poco tempo fa, era la *Breve relazione della chiesa e della comunità di Morbegno*, del 1748¹⁵, cui seguì una ristampa nel 1798¹⁶. Il componimento, ricco di notizie benché «letterariamente incolto»¹⁷, nacque su suggerimento dell'arciprete di Morbegno che, sul finire del 1747, esortò Carlo Giacinto a mettere mano alle numerose carte del suo archivio privato al fine di ricostruire la storia della chiesa e della comunità locale¹⁸.

La *Selva, o sia raccolta storica d'avvenimenti seguiti nella Valtellina e contadi vicini*, terminata nel 1749, costituisce uno zibaldone in dodici libri che ripercorre la storia valtellinese con ampie citazioni dell'opera *Degli Annali sacri della città di Como* di Primo Luigi Tatti¹⁹. Rimasta inedita sino a pochi decenni or sono, nel 1985 fu data alle stampe a cura di Battista Leoni, il quale, dopo averne trascritto il testo, lo corredò di note, premettendo un'esauriente presentazione. Completano l'opera una bibliografia sul Fontana e sugli autori citati, l'indice dei notai e delle relative abbreviature²⁰.

Nelle *Osservazioni sopra le Tre Decadi, e l'Appendice alla terza di esse delli Annali Sacri della Città di Como*, composte intorno al 1761, il Nostro raccolse e trascrisse una notevole quantità di documenti antichi relativi alle vicende storiche della Valtellina. Un manoscritto dell'opera, ad oggi inedita, è conservato presso la Biblioteca Nazionale Braidense di Milano²¹; un secondo esemplare è custodito presso la Biblioteca Civica «Pio Rajna» di Sondrio ed altri due, risalenti rispettivamente al 1761 ed al 1762, presso l'Archivio di Stato di Sondrio²².

Con il nome di *Codice Fontana* si suole invece indicare il volume manoscritto, intitolato *Chiesa e convento di S. Antonio Abate e S. Marta dei PP.*

¹⁴ Orsini, *C.G. Fontana paleografo* cit., in particolare p. 16.

¹⁵ C.G. Fontana, *Breve relazione della chiesa e della comunità di Morbegno*, Gio. Battista Peri, Como 1748.

¹⁶ Si veda altresì la ristampa anastatica: C.G. Fontana, *Breve relazione della chiesa, e comunità di Morbegno nella Valtellina*, s.l. 1993, conservata presso la Biblioteca Nazionale Braidense di Milano, oltre che nella Biblioteca Civica di Sondrio.

¹⁷ T. Salice, *Per un codice di Carlo Giacinto Fontana*, in «BSSV», 23 (1970), pp. 51-58, in particolare p. 52.

¹⁸ Palazzi Trivelli, *C.G. Fontana* cit., p. 11.

¹⁹ Si conservano almeno tre esemplari: uno nell'Archivio di Stato di Sondrio (ASSo, *Raccolta Romegialli*, cart. 10, fasc. 2, *Selva, o sia raccolta storica d'avvenimenti seguiti nella Valtellina e contadi vicini, dimostrata co' suoi documenti autentici da Carlo Giacinto Fontana patrizio di Morbegno*), uno presso gli eredi del nobile Emilio Quadrio di Sondrio ed un terzo presso quelli del nobile Arrigo Guicciardi di Ponte in Valtellina. Non è, peraltro, inverosimile l'esistenza di altre copie. Cfr. Orsini, *C.G. Fontana paleografo* cit., p. 18.

²⁰ C.G. Fontana, *Selva, o sia raccolta storica d'avvenimenti seguiti nella Valtellina e contadi vicini. 1749*, a cura di B. Leoni, Sondrio 1985. Cfr. Perotti, *La «Selva»* cit., pp. 9-10.

²¹ Milano, Biblioteca Nazionale Braidense (BNB), C.G. Fontana, *Miscellanea valtellinese*, n. 868 del catalogo.

²² ASSo, *Raccolta Quadrio*, ms 49, *Osservazione sopra le tre decadi...*(1761); ASSo, *Raccolta Romegialli*, ms 76, *Osservazione sopra le tre decadi...*(1762).

Domenicani in Morbegno, che la Biblioteca Civica di Sondrio nel 1970 acquistò da un antiquario milanese. Si tratta di una triplice raccolta, composta da circa duecento documenti relativi alla storia della chiesa e del convento di Sant'Antonio in Morbegno, autenticati da Carlo Giacinto, che li raggruppò in tre istromenti notarili²³.

Appassionato di genealogie familiari, che seppe ricostruire, in alcuni casi anche su commissione, con perizia e abilità²⁴, ci ha inoltre lasciato un *Libro di genealogia (...) cominciato nell'anno 1719*, in cui sono assemblati biglietti di vario formato e corposi fascicoli relativi a famiglie della bassa Valtellina, con accurati rinvii alle fonti notarili da cui furono tratte le notizie²⁵.

Esistono, infine, diverse miscellanee storiche, composte da un numero imprecisato di documenti che «il maggior collettore di fonti documentarie che la Valtellina abbia avuto»²⁶ sistemò nel proprio archivio, talvolta in originale, talaltra riassumendoli o facendoli trascrivere dai suoi amanuensi.

2. L'attività notarile

La figura di Carlo Giacinto Fontana è stata sinora studiata soprattutto per avere, nel corso della sua esistenza, raccolto e riordinato moltissime imbreviature notarili – circa 1500 volumi – datate sin dal XIII secolo²⁷. La sezione più antica dell'Archivio di Stato di Sondrio proviene in gran parte da questa importante collezione settecentesca, che ebbe inizio nel 1718, quando, insieme al padre Giuseppe, Carlo Giacinto venne subrogato, secondo la procedura disciplinata nel capitolo XXI degli statuti civili di Valtellina²⁸, per le scritture di molti

²³ Salice, *Per un codice cit.*, pp. 51-58, in particolare pp. 55-58. F. Bagassi, *Il manoscritto del Fontana*, in «Le vie del bene», 53 (1982), 7, p. 17.

²⁴ Si veda, in merito alla compilazione dell'albero genealogico della famiglia Vicedomini di Cosio da parte del Fontana, *La Valtellina durante il dominio grigione. 1512-1797*, mostra documentaria, 16 dicembre 1982-20 gennaio 1983, Sondrio 1982, p. 77.

²⁵ ASSo, *Mss Rajna*, ms D I 3/1, cc. 192-518. Si veda, inoltre, specificamente sulla famiglia Fontana: ASSo, *Mss Rajna*, ms D I 3/1, c. 36v.

²⁶ Salice, *Per un codice cit.*, p. 51.

²⁷ Sulla ricchezza della documentazione raccolta dal Fontana si veda M.L. Mangini, *Infrascripta sunt necessaria sciri ad artem notarie. Un formulario notarile valtellinese della fine del XIV secolo*, in «Archivio storico lombardo», 80 (2004), pp. 305-350.

²⁸ È stata qui presa in considerazione l'edizione degli Statuti di Valtellina stampata a Coira nel 1737: *Li Statuti di Valtellina, riformati nella città di Coira nell'anno del Signore MDXLVIII (...)*, per la vedova del quondam Andrea Pfeffer Stampatore, Coira 1737, cap. XXI, pp. 15-17, ove è disciplinata la consegna delle imbreviature dei notai defunti al subrogatario. Sul processo di formazione e revisione della normativa statutaria valtellinese ci si limita qui a ricordare E. Besta, *Gli statuti delle Valli dell'Adda e della Mera*, in «Archivio storico della Svizzera italiana», 12 (1937), pp. 129-156; *Li Magnifici Signori delle Tre Eccelle Leghe. Statuti ed ordinamenti di Valtellina nel periodo grigione*, Sondrio 1997, in particolare pp. XIX sgg. Il primo periodo della dominazione grigione in Valtellina è stato oggetto di un convegno, recentemente svoltosi a Poschiavo, i cui atti sono stati pubblicati nel volume *1512. I Grigioni in Valtellina, Bormio e Chiavenna. Die Bündner im Veltlin, in Bormio und in Chiavenna*. Atti del Convegno storico, Tirano e Poschiavo, 22 e 23 giugno 2012, a cura di A. Corbellini, F. Hitz, Sondrio-Poschiavo 2012. Per un inquadramento storico complessi-

notai²⁹, tra cui Guidino Castelli Argegno, vissuto nella prima metà del Trecento, da cui trasse preziose informazioni per la stesura delle sue opere. Le operazioni di acquisizione e sistemazione degli antichi atti notarili valtellini proseguirono nei decenni successivi, dopo che, nel 1757, Carlo Giacinto presentò domanda al consiglio di squadra di Morbegno per essere subrogato sulle imbreviature di altri 167 notai, quasi tutti del terziere inferiore della Valtellina³⁰.

Ben poca attenzione ha invece suscitato la documentazione rogata in prima persona dal notaio morbegnese, che pure presenta elementi di non trascurabile interesse, in grado di far luce sul coevo contesto sociale, economico e politico, di cui il Fontana, al servizio della collettività, si fece interprete e mediatore³¹.

Come si è accennato, nell'aprile 1718 Carlo Giacinto fu esaminato e ritenuto abile «ad exercendam notariatus artem» dai consoli di giustizia della squadra di Morbegno, sedenti al segno dell'aquila e del bue. Nel febbraio dell'anno seguente le autorità grigione di Coira gli concessero la facoltà di esercitare la professione notarile, benchè non fosse «giurisperito», ed il mese successivo ricevette il tabellionato dal conte palatino Gaudenzio «Mysanus de Samadeno»³².

Non entrò mai a far parte, per quel che è dato sapere, di una struttura collegiale, fatto che, peraltro, non deve stupire. Com'è noto, nel territorio dell'attuale provincia di Sondrio, ricompresa nell'antica diocesi di Como, si svilupparono, in età medievale, forme di organizzazione della professione notarile alternative rispetto al collegio lariano, che perdurarono, con l'appoggio dei poteri locali, anche in età moderna³³. In virtù di tali esperienze aggregative autonome, consolidate nella normativa statutaria³⁴, gli aspiranti rogatari della Valtellina non

vo si richiama, oltre a G. Romegialli, *Storia della Valtellina e delle già contee di Bormio e Chiavenna*, II, Sondrio 1834, il sempre valido E. Besta, *Le valli dell'Adda e della Mera nel corso dei secoli*, II, *Il dominio grigione*, Milano 1964.

²⁹ Cfr. Orsini, C.G. *Fontana paleografo* cit., p. 6; Orsini, *Storia di Morbegno* cit., p. 185; Rosselli, *Fontana* cit., p. 638; da ultimo M.L. Mangini, 'Scripture per notarium imbrevientur et conserventur'. *Imbreviature notarili tra Como e le Alpi (secc. XII-XVI)*, in *Il notariato nell'arco alpino. Produzione e conservazione delle carte notarili tra medioevo ed età moderna*, a cura di A. Giorgi, S. Moscadelli, D. Quaglioni, G.M. Varanini, Milano 2014 (in stampa).

³⁰ Sino al 1807 non si ha notizia dell'esistenza in Valtellina di alcun archivio notarile pubblico (Pezzola, «Per la bramata unione» cit., pp. 531-564); i protocolli, in continuità con la tradizione medievale, erano solitamente lasciati in eredità ad un notaio che esercitasse nello stesso territorio e che, nella maggioranza dei casi, era parente del defunto rogatario. La trasmissione delle scritture notarili in via ereditaria era disciplinata nel capitolo XXIV degli statuti valtellini: *Li Statuti di Valtellina* cit., cap. XXIV, pp. 18-20.

³¹ Sul ruolo esercitato dai notai come mediatori della negoziazione giuridica si veda, nello specifico caso senese, M. Ascheri, *I problemi del successo: i notai nei comuni tardo-medievali italiani*, in *Aragón en la Edad Media. Perspectivas actuales sobre las fuentes notariales de la edad media*, Zaragoza 2004, pp. 113-125.

³² Le informazioni relative all'accesso al notariato da parte di Carlo Giacinto Fontana sono tratte dal primo libro delle imbreviature del notaio morbegnese: ASSO, *Notarile*, vol. 7723, n. 1410.

³³ Si veda in proposito M.L. Mangini, «Membra disiecta» del collegio notarile di Como. *Notai e forme di organizzazione della professione notarile in Valtellina e nel Bormiese (secc. XV ex.-XVI ex.)*, in «BSSV», 58 (2005), pp. 149-194; M.L. Mangini, *Il notariato a Como. "Liber matricule notariorum civitatis et episcopatus Cumarum" (1427-1605)*, Varese 2007, in particolare pp. 101-116.

³⁴ *Li Statuti di Valtellina* cit., cap. XV, pp. 8-10. Si veda, inoltre, Archivio di Stato di Milano, *Studi*

erano cooptati all'interno di un organismo corporativo, accedendo alla professione con il solo possesso del *privilegium tabellionatus*, rilasciato da un conte palatino e confermato dal consiglio della squadra o del terziere di provenienza³⁵.

Ottenuta l'abilitazione, Carlo Giacinto comincia immediatamente a redigere scritture per la propria clientela, in larga parte ereditata dal padre, che talvolta compare come testimone nella documentazione stilata in prima persona dal giovane³⁶. Il ritmo di lavoro è serrato: roga quasi quotidianamente e senza sosta dal marzo 1719 al novembre 1775³⁷, per un totale di svariate centinaia di imbreviature conservate in 28 volumi con relative rubriche.

I rogiti, di tipologia varia, presentano una struttura essenziale – le formule di rito sono ridotte al minimo e la descrizione del fatto è concisa – e si concludono con l'indicazione del luogo di stesura dell'imbreviatura³⁸, del nome, del patronimico e della provenienza dei tre testimoni presenti³⁹. Fino alla fine di luglio del 1773 la lingua delle scritture notarili è il latino: a partire dal mese successivo, in virtù di una grida generale puntualmente menzionata dal notaio⁴⁰, la documentazione è invece stesa in italiano⁴¹.

Nel complesso, non si individua una vera e propria specializzazione in singoli negozi giuridici, benchè la tipologia documentaria più ricorrente sia rappresentata dalle vendite, prevalentemente immobiliari⁴². Moltissime, in particolare, sono le alienazioni di appezzamenti di terreno situati nelle zone limitrofe⁴³, indice di una certa mobilità del patrimonio fondiario valtellinese⁴⁴, così come il con-

parte antica, cartella 168, relazione dell'Amministrazione centrale del dipartimento dell'Adda e dell'Oglio al Ministro della Giustizia Generale del 16 febbraio 1799 (25 Piovoso anno VII), da cui si ricavano notizie circa la preesistente organizzazione della professione notarile in questo territorio.

³⁵ Sulle divisioni amministrative del territorio valtellinese nel periodo che interessa basti qui richiamare F. Romegialli, *In Valtellina. Conversazioni storiche*, Sondrio 1886, pp. 9-90.

³⁶ Si veda, ad esempio, ASSo, *Notarile*, vol. 7727, 18 aprile 1732, *Retrovenditio*, pp. 23-24.

³⁷ Il primo atto rogato dal Fontana è una vendita del 31 marzo 1719 (ASSo, *Notarile*, vol. 7723, 31 marzo 1719, *Venditio*, p. 2). L'ultima imbreviatura registrata risale invece al 17 novembre 1775, pochi mesi prima della morte (ASSo, *Notarile*, vol. 7750, 17 novembre 1775, *Mandatum Generale*, p. 120).

³⁸ Per lo più si tratta di un richiamo sintetico al luogo di Morbegno («Actus Morbii»). Talvolta l'indicazione si arricchisce di particolari: a titolo esemplificativo «Actus Morbii in Auleta domus habitationis mei infrascripti Notarij» in ASSo, *Notarile*, vol. 7731, 22 febbraio 1737, *Obligatio*, p. 42, nonché ASSo, *Notarile*, vol. 7750, 4 agosto 1773, *Venditio*, p. 161; «Fatto, e pubblicato in Morbegno nella saletta e archivio della casa d'abitazione di me infrascritto Notaio» in ASSo, *Notarile*, vol. 7750, 3 gennaio 1775, *Obligatio*, p. 7. Più in generale, sulla formula dell'*actum* nella documentazione notarile settecentesca mi permetto di rinviare al mio *Tra privato e pubblico* cit., pp. 116-117.

³⁹ Cfr. *Li Statuti di Valtellina* cit., cap. XVII, p. 13.

⁴⁰ Come ricorda il Fontana nel libro delle imbreviature stese in quell'anno, la grida generale, a firma del luogotenente generale Giacomo Castelli e del cancelliere del pretorio Carlo Antonio Rossi, affissa in Morbegno il 24 luglio 1773, prevedeva che «qualunque atto, che verrà presentato in avvenire avanti qualche Tribunale di Valtellina, debba essere concepito in Lingua Italiana sotto la pena della nullità di tal'atto, e rifiuto del medesimo, ed in oltre di scudi 25 per cadaun atto di contravvenzione» (ASSo, *Notarile*, vol. 7750, p. 160).

⁴¹ ASSo, *Notarile*, vol. 7750, 4 agosto 1773, *Venditio*, p. 161.

⁴² A titolo esemplificativo ASSo, *Notarile*, vol. 7723, 19 maggio 1719, *Venditio*, p. 35.

⁴³ Cfr. ASSo, *Notarile*, vol. 7732, 11 novembre 1738, *Venditio*, p. 236.

⁴⁴ Per brevità si omette l'indicazione di tutte le vendite riscontrate.

sistente numero di mandati, generali e speciali, dimostra il tutt'altro che infrequente ricorso all'istituto della rappresentanza nelle stipulazioni concluse, tra primo e secondo Settecento, nel terziere inferiore della Valtellina⁴⁵.

Scarsi invece gli atti *mortis causa*: un esiguo gruppo di testamenti⁴⁶ si accompagna ad alcuni inventari⁴⁷ e codicilli⁴⁸, così come numericamente poco presenti si confermano i negozi di diritto di famiglia⁴⁹, tra i quali spiccano soprattutto tutele e curatele, in cui di regola il console di giustizia della squadra di Morbegno nomina la vedova tutrice e curatrice dei figli minori⁵⁰.

L'appartenenza locale, tanto valorizzata dal Fontana nell'ambito della ricerca storica, emerge in tutta evidenza anche nelle sue scritture notarili. Almeno una delle parti degli atti stipulati dinanzi a lui è originaria del territorio di Morbegno⁵¹ e nota al rogatario, cui si rivolge in virtù del rapporto di fiducia e affidamento che non di rado si instaura tra notaio e cliente⁵².

Frequenti protagonisti delle carte esaminate sono poi diverse istituzioni della squadra, con le quali Carlo Giacinto stabilì relazioni più o meno durature: si incontrano con una certa regolarità soprattutto le monache del venerando monastero della Presentazione della beata vergine Maria di Morbegno, impegnate nella gestione di un discreto patrimonio⁵³.

⁴⁵ A mero titolo di esempio ASSo, *Notarile*, vol. 7723, 25 novembre 1719, *Mandatum*, p. 84; vol. 7723, 2 dicembre 1719, *Mandatum*, p. 90. Sul tema si richiama il recente volume miscelaneo *Agire per altri. La rappresentanza negoziale processuale amministrativa nella prospettiva storica*, Convegno Università di Roma Tre, 15-17 novembre 2007, a cura di A. Padoa Schioppa, Napoli 2010.

⁴⁶ Si veda per tutti ASSo, *Notarile*, vol. 7750, 22 gennaio 1774, *Testamentum*.

⁴⁷ A titolo esemplificativo ASSo, *Notarile*, vol. 7723, 1721, *Inventarium*, p. 202; vol. 7727, 29 aprile 1733, *Inventarium*, p. 256. Si precisa la scelta di richiamare la numerazione originaria delle pagine dei registri delle imbreviature e non quella apposta successivamente in matita.

⁴⁸ ASSo, *Notarile*, vol. 7723, 14 febbraio 1720, *Codicillus*, p. 115; vol. 7723, 14 marzo 1721, *Codicillus*; vol. 7727, *Codicillus*, p. 140.

⁴⁹ Si registra l'*emancipatio* di un *filiusfamilias* con più di 25 anni (ASSo, *Notarile*, vol. 7727, 10 marzo 1733, *Emancipatio*, p. 222) e qualche convenzione matrimoniale. A titolo di esempio si veda *ibidem*, vol. 7737, 9 ottobre 1747, *Conventiones*: si tratta dei patti nuziali relativi al matrimonio tra il nobile Gio. Batta Stampa di Chiavenna e la giovane Maria, figlia del Gio. Pietro Paravicino di Caspano, originario di Morbegno. In primo luogo le parti convenivano l'esborso, da parte del padre della sposa, di una dote di 9.000 lire milanesi, oltre ad un corredo conveniente alla condizione sociale della fanciulla. V. altresì *ibidem*, vol. 7750, 11 novembre 1773, *Donatio propter nuptias*, p. 192.

⁵⁰ *Ibidem*, vol. 7723, 1721, *Cura*, p. 200; vol. 7728, 4 gennaio 1734, *Tutela et Cura*, p. 5.

⁵¹ Talvolta si tratta di clienti provenienti dalla vicina squadra di Traona, ricompresa, come Morbegno, nel terziere inferiore della Valtellina: a titolo esemplificativo *ibidem*, vol. 7750, 23 luglio 1774, *Venditio*, p. 313. Talaltra si tratta di persone nate nei contadi limitrofi, che, tuttavia, all'epoca del rogito, dimoravano in Valtellina (*ibidem*, vol. 7750, 30 luglio 1774, *Obligatio*, p. 321).

⁵² Tra i principali clienti del notaio spiccano i nomi dei canonici della collegiata di San Giovanni Battista Gasparo Castelli (*ibidem*, vol. 7723, 25 settembre 1719, *Ratificatio cum consensu*, p. 59) e Pietro Cotta (*ibidem*, vol. 7723, 15 dicembre 1719, *Locatio*, p. 94) e del pretore e vicario Ercole a Salis (*ibidem*, vol. 7726, 22 luglio 1730, *Mandatum*, p. 90).

⁵³ A titolo esemplificativo *ibidem*, vol. 7733, 29 dicembre 1740, *Obligatio*, p. 300; *ibidem*, vol. 7740, 12 giugno 1751, *Finis*, p. 291; *ibidem*, vol. 7741, 14 novembre 1753, *Confessio*, p. 256; *ibidem*, vol. 7745, 19 febbraio 1762, *Venditio*; *ibidem*, vol. 7746, 18 gennaio 1764, *Obligatio*, p. 9; *ibidem*, vol. 7746, 13 giugno 1764, *Obligatio*, p. 81.

Le scritture del Fontana consentono, inoltre, di ricostruire la sua attiva partecipazione alla vita del borgo natio, in parte favorita dai legami intessuti dal padre con un importante ente benefico come il Monte di Pietà di Morbegno, di cui, nel 1718, Giuseppe era stato eletto tesoriere. La documentazione notarile è ancora una volta specchio del concreto operare degli organismi locali: nello svolgimento delle funzioni inerenti alla carica di tesoriere, che ricoprì sino al 1733⁵⁴, sovente Giuseppe agì per conto dell'istituzione, per lo più in negozi stilate dal figlio, che ne era stato nominato cancelliere⁵⁵. Come emerge dal prezioso materiale archivistico preso in esame, dal 1736 Carlo Giacinto fu a sua volta tesoriere dell'associazione caritativa⁵⁶, succedendo al padre nelle numerose mansioni collegate all'incarico⁵⁷, che unì a quello di notaio di fiducia dell'ente⁵⁸.

Il Monte di Pietà non fu però l'unica struttura in cui il Nostro poté inserirsi grazie all'influenza paterna: dopo la morte di Giuseppe, avvenuta il 28 marzo 1747 e brevemente descritta da Carlo Giacinto nel registro delle imbreviature stilate in quell'anno⁵⁹, quest'ultimo subentrò nelle attribuzioni di «sindicus» della chiesa morbegnese di San Martino⁶⁰, a lungo svolte dal genitore prima di lui⁶¹.

Sono altresì documentati i legami intrecciati con la confraternita della beata vergine Assunta di Morbegno, di cui Carlo Giacinto fu notaio, incaricato, nel 1724, di compilare un inventario dell'archivio, oggi conservato presso l'Archivio di Stato di Sondrio e recentemente edito da Rita Pezzola⁶². Portata a termine

⁵⁴ *Ibidem*, vol. 7723, 3 luglio 1721, *Obligatio*, p. 199; *ibidem*, vol. 7727, 6 giugno 1733, *Obligatio*, p. 275; *ibidem*, vol. 7727, 4 settembre 1733, *Locatio*, p. 347.

⁵⁵ Cfr. Palazzi Trivelli, C.G. Fontana cit., p. 9. Il dato trova conferma nelle scritture notarili di Carlo Giacinto: ASSo, *Notarile*, vol. 7723, 25 settembre 1719, *Ratificatio cum consensu*, p. 61; *ibidem*, vol. 7723, 28 agosto 1720, *Locatio*, p. 172; *ibidem*, vol. 7723, 23 settembre 1720, *Locatio*, p. 178; *ibidem*, vol. 7723, 2 luglio 1721, *Confessio*, p. 197; *ibidem*, vol. 7724, 10 aprile 1724, *Ellectio*, p. 33; *ibidem*, vol. 7726, 6 novembre 1730, *Assignatio*.

⁵⁶ *Ibidem*, vol. 7730, 5 novembre 1736, *Obligatio*, p. 394. Cfr. altresì *ibidem*, vol. 7731, 13 febbraio 1737, *Obligatio*, p. 33; *ibidem*, vol. 7732, 12 maggio 1738, *Obligatio*, p. 121; *ibidem*, vol. 7733, 12 dicembre 1739, *Obligatio*, p. 290: uno dei tre testimoni presenti alla stesura dell'atto è Giuseppe Fontana.

⁵⁷ Tra queste vi era il compito di ricevere il denaro destinato al Monte di Pietà, bene evidenziato in *ibidem*, vol. 7733, 12 dicembre 1739, *Obligatio*, p. 290.

⁵⁸ Dalle indagini compiute sulla documentazione in esame risulta che Carlo Giacinto Fontana esercitò entrambe le funzioni almeno fino al 1770: *ibidem*, vol. 7741, 30 ottobre 1752; *ibidem*, vol. 7748, 26 febbraio 1770.

⁵⁹ «Anno Domini 1747. die martis hebdomadae sanctae vigesimo octavo mensis martij hora vigesima prima. In die septimo infirmitatis D. Joseph Fontana Genitor meus sanctissimis sacramentis omnibus munitus animam a Deo reddidit, eiusque corpus in Collegiata Ecclesia Sancti Joannis Baptistae Morbinij, in sepulcro confratrum Sanctissimi Sacramenti, ubi erat adscriptus, tumulatum fuit die sequenti, eiusque anima per Dei misericordiam requiescat in pace. Amen» (*ibidem*, vol. 7737, p. 223). La notizia trova conferma in ASSo, *Mss Rajna*, ms D I 3/1, c. 206v.

⁶⁰ ASSo, *Notarile*, vol. 7738, 17 agosto 1748, *Obligatio*, p. 155.

⁶¹ Giuseppe Fontana era stato eletto «sindicus» della chiesa di San Martino il 7 gennaio 1726 (*ibidem*, vol. 7724, 3 ottobre 1726).

⁶² R. Pezzola, «Scritture della veneranda archiconfraternita di Maria Vergine delle Grazie di Morbegno». *L'inventario di Carlo Giacinto Fontana (1724-1725)*, in «Archivio storico della diocesi di Como», 12 (2001), pp. 129-214; R. Pezzola, «Et in arca posui». *Scritture della confraternita della Beata Vergine Assunta di Morbegno, diocesi di Como (secc. XV-XX)*, Morbegno 2012, in particolare pp. 58 sgg.

l'operazione inventariale con l'acribia che caratterizza tutte le sue ricerche storiche, nel 1727 la confraternita lo promosse al grado di priore e consigliere della congregazione⁶³, di cui continuò, anche nei decenni successivi, ad essere il notaio di riferimento⁶⁴.

Profondamente legato alle istituzioni del territorio, fu pure membro della confraternita morbegnese della Buona Morte, come testimonia il registro recante i nomi dei membri del sodalizio, conservato presso l'archivio della parrocchia di San Giovanni Battista di Morbegno⁶⁵.

Tra le proteiformi competenze sviluppate da questo notaio, in grado di riassumere, nella sua composita esperienza, un tratto comune a buona parte del ceto notarile settecentesco, si segnala, infine, quella di membro attivo della squadra morbegnese, al servizio della quale operò per un lungo tratto dell'intensa carriera. Nelle carte esaminate, accanto a vendite, locazioni e contratti stipulati per i propri clienti, ne spiccano alcune riguardanti la comunità: verbali di assemblee comunali⁶⁶, deliberazioni relative a beni collettivi, compromessi e arbitrati⁶⁷, un tipo di documentazione "tecnica", con precise formalità, nel redigere la quale il profilo del notaio, cancelliere e sindaco della «magnifica comunità di Morbegno», non è più quello di un professionista, bensì di un ufficiale della comunità.

È lo stesso Fontana a rendere note, con malcelato orgoglio, le varie tappe del *cursus honorum* compiuto nell'amministrazione locale, chiosando ogni nuovo traguardo raggiunto nei registri delle imbreviature⁶⁸. Dapprima cancelliere di squadra al servizio di Ascanio Malacrida di Piantedo⁶⁹, figlio di Bartolomeo, console di giustizia sedente al segno dell'aquila, fu poi uno dei sindaci di Morbegno, partecipando alle decisioni collettive, molte delle quali furono trascritte nei suoi protocolli⁷⁰. La memoria dell'attività deliberativa risulta così affidata, ancora una volta, alla rigorosa registrazione di un notaio che, oltre a certificare l'attività negoziale privata, giocò un ruolo insostituibile nel delicato processo di istituzionalizzazione della comunità locale⁷¹.

⁶³ ASSO, *Notarile*, vol. 7725, 28 gennaio 1727, *Institutio, et electio canonic.*, p. 9.

⁶⁴ *Ibidem*, vol. 7743, 30 aprile 1758, *Protostatus*, p. 287.

⁶⁵ A. Romegialli, *Momentum illud a quo pendet Aeternitas. La confraternita della Buona Morte di Morbegno (1693-1812?)*, in «BSSV», 62 (2009), pp. 199-214, in particolare p. 210.

⁶⁶ ASSO, *Notarile*, vol. 7745: «Indi seguono le copie delle sessioni, e congressi delli Signori Sindici, e Deputati della Magnifica Comunità di Morbegno».

⁶⁷ Sulle caratteristiche di questo tipo di documentazione nei secoli precedenti si veda il ricco saggio di M. Della Misericordia, *Mappe di carte. Le scritture e gli archivi delle comunità rurali della montagna lombarda nel basso medioevo*, in *Archivi e comunità tra medioevo ed età moderna*, a cura di A. Bartoli Langeli, A. Giorgi, S. Moscadelli, Siena 2009, pp. 155-278, specialmente pp. 215 sgg.

⁶⁸ Cfr., ad esempio, ASSO, *Notarile*, vol. 7729.

⁶⁹ Sulla famiglia Malacrida v. Orsini, *Storia di Morbegno* cit., pp. 167-168.

⁷⁰ In particolare ASSO, *Notarile*, vol. 7745.

⁷¹ Per i secoli precedenti M. Della Misericordia, *Divenire comunità. Comuni rurali, poteri locali, identità sociali e territoriali in Valtellina e nella montagna lombarda nel tardo medioevo*, Milano 2006. In generale si veda l'efficace quadro d'insieme delineato da M.G. di Renzo Villata, *Per una storia del notariato nell'Italia centro-settentrionale*, in *Handbuch zur Geschichte des Notariats der europäischen Traditionen*, hrsg. von M. Schmoekel, W. Schubert, Baden-Baden 2009, pp. 15-64.

3. Conclusioni

Ricostruire il profilo di Carlo Giacinto Fontana non significa scorgere nel personaggio soltanto il notaio, bensì l'intellettuale, lo storico erudito, paziente raccoglitore di fonti antiche, appassionato cultore di storia locale. Il «Muratori della Valtellina»⁷² può davvero dirsi un *unicum* nel panorama del notariato lombardo settecentesco, spesso carente di cultura storica e letteraria, troppo ancorato alla pratica di un mestiere da secoli appreso “sul campo”.

Malgrado ciò, «oggi non nessuna traccia più rimane della sua tomba, nessun documento iconografico più ci ricorda l'austera figura del Nostro, poiché patrimonio, archivio e pinacoteca Fontana andarono dispersi coll'estinzione della famiglia»⁷³. Così scriveva, quasi un secolo fa, Giacinto Renato Orsini, descrivendo lo sfortunato destino che ha ingiustamente colpito un importante personaggio della Valtellina del XVIII secolo come quello qui indagato, il cui infaticabile lavoro di ricerca e ricostruzione storica è stato estremamente utile a molti; vi attingono largamente, per fare soltanto qualche nome, storici di rilievo come Francesco Saverio Quadrio⁷⁴, i Romegialli, Alberto de Simoni e lo stesso Orsini⁷⁵.

Queste poche pagine terminano quindi nutrite della speranza di essere riuscite, almeno in parte, a riportare alla luce il nome ed il ricordo di un notaio *sui generis* come Carlo Giacinto Fontana, assiduamente impegnato, per tutta la vita, nella cura degli interessi locali e nella rivalutazione storica della diletta terra natale.

⁷² Orsini, *C.G. Fontana paleografo* cit., p. 10; Orsini, *Storia di Morbegno* cit., p. 185.

⁷³ Orsini, *C.G. Fontana paleografo* cit., p. 7.

⁷⁴ Numerosi sono i richiami al Fontana compiuti da Francesco Saverio Quadrio nella sua opera, in cui traccia un breve profilo di Carlo Giacinto: F.S. Quadrio, *Dissertazioni critico-storiche intorno alla Rezia di qua dalle Alpi, oggi detta Valtellina al Santissimo Padre Benedetto XIV*, III, Milano, nella stamperia della società palatina, 1756, dissertazione V, § XXIV, p. 382.

⁷⁵ Salice, *Per un codice* cit., pp. 51-52.

**Giuristi e paesi
di *Common law***

Diritti antichi e diritti primitivi in Henry Sumner Maine

di Stefano Berni

1. Positivismo e evolucionismo

Professore di *jurisprudence e civil law* a Cambridge e agli *Inns of Courts* di Londra, Henry Sumner Maine (1822-1888) è membro giuridico del Consiglio del Viceré in India dal 1862 al 1869. Scrive numerose opere che trasversalmente interessano ambiti storici, giuridici, antropologici, sociali. È per questa capacità di condensare interessi così disparati e riassumere con originalità gli esiti di tali ricerche che Maine è considerato tra i padri della sociologia giuridica.

Maine vuole introdurre innanzitutto un rapporto col diritto romano che «appariva del tutto estraneo» alla tradizione anglosassone¹. All'interesse di Maine per il diritto romano non corrisponde però una adeguata preparazione. D'altronde *Ancient Law* non vuole essere un trattato di diritto romano, anche se Maine pretende di utilizzare le sue conoscenze in vista di un «rinnovamento» e una rivitalizzazione del sistema giuridico inglese.

È parimenti riconoscibile l'influenza della scuola storica tedesca. Come osserva Faralli nella sua presentazione a *Ancient Law*, l'idea evolucionistica presente nell'opera di Maine «ha fatto sì che fossero posti in secondo piano alcuni motivi di fondo della sua opera, quali la diffidenza per le sistemazioni concettuali troppo rigide, il rifiuto di ogni apriorismo, la consapevolezza della storicità come valore intrinseco del diritto»². Ancor più chiaramente su questo punto si esprime Grossi che scrive: «In Maine, il rifarsi a modelli interpretativi evolucionistici – che sono nell'aria della cultura inglese degli anni '50 – è sempre bilanciato e corretto da uno storicismo – appreso dalle pagi-

¹ H.S. Maine, *Diritto antico*, a cura di V. Ferrari, Milano 1998 (*Ancient Law*, London 1861). La frase citata è di L. Capogrossi Colognesi, *Modelli di stato e di famiglia nella storiografia dell'800*, Roma 1997, p. 39. Sul raffronto tra diritto romano e diritto inglese si veda M. Piccinini, *Tra legge e contratto. Una lettura di Ancient Law di Henry S. Maine*, Milano 2003.

² C. Faralli, *Presentazione*, in Maine, *Diritto antico* cit., p. VI (Sez. I, «Henry Sumner Maine nella cultura giuridica dell'Ottocento»).

ne dei tedeschi – che attenua e stempera la rigidità di un'interpretazione strettamente evolutiva»³.

Tale approccio storico alla cultura antica consente di rintracciare in Maine uno spiccato senso della relatività, ossia della diversità tra il proprio tempo culturale e altri tempi storici e culturali. Egli intuisce che «le istituzioni primitive non possono essere interpretate in base alla mentalità che il ricercatore civilizzato trasferisce in esse, poiché la sua mentalità è il prodotto di un diverso sistema di istituzioni»⁴. Non si tratta tanto di risalire all'origine del diritto, ma di indagare e descrivere gli eventi storici in modo, per così dire, *fenomenologico*. Il positivismo, ereditato da Comte, ma attraverso la mediazione di Stuart Mill, non rifiuta la psicologia, anzi si trasforma in una sensibilità ai moventi e agli interessi degli uomini: «Maine analizza il processo psico-sociale nelle sue determinazioni concrete, cerca che cosa *effettivamente* abbiano sentito e pensato gli uomini»⁵.

Pertanto Maine è piuttosto cauto nel sostenere un progresso lineare delle civiltà, anche se riconosce nella società occidentale la peculiarità, rispetto alle altre culture, di una crescita sociale, scientifica e tecnologica. Ciò gli permette di indagare il *continuum* storico supponendo che vi sia stato nell'Occidente un periodo, risalente proprio ai Romani, in cui il diritto abbia posto le basi di quel processo evolutivo che avrebbe poi modificato e migliorato la società successiva. Si rileva un doppio lavoro di scavo archeologico: interno, rispetto alla ricerca dei cambiamenti del diritto; esterno, in riferimento alle dinamiche sociali condizionanti il diritto stesso. Come scrive Diamond,

Maine focused attention not only on the way in which law adapts itself to the changing conditions of the larger society but on the way in which legal systems reform themselves, develop their own *internal* means of propagating innovation flexibility and the capacity to respond to changing social circumstances⁶.

Con questo metodo archeologico è possibile studiare «le forme primitive delle concezioni giuridiche» che «sono per il giurista ciò che gli strati più

³ P. Grossi, *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano 1977, p. 24. Sulla conoscenza da parte del giurista inglese dell'opera di Savigny, citata in *Ancient Law*, si veda L. Pospisil, *Anthropology of Law: a Comparative Theory*, New York 1971; J.W. Burrow, *Evolution and Society. A Study in Victorian Social Theory*, Cambridge 1968; A. Negri, *Il giurista nell'area romantica di fronte all'etnologia giuridica*, Milano 1983; G. Feaver, *From Status to Contract. A biography of Sir Henry Maine 1822-1888*, London 1969.

⁴ E. Evans-Pritchard, *Introduzione all'antropologia sociale*, Bari 1975 (New York 1950), p. 46. Sul tema si veda K. Mantena, *Alibis of Empire. Henry Maine and the Ends of Liberal Imperialism*, Princeton 2010.

⁵ G. Dallari, *Di una legge del progresso giuridico*, Torino 1905, p. 22. Sull'unità psichica dell'umanità da cui risalirebbero le azioni giuridiche discute anche B. Brugi, *Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali nel sistema della giurisprudenza*, Milano 1928.

⁶ A. Diamond, *Maine's Three Agencies of Legal Change*, in *The Victorian Achievement of Sir H. Maine*, edited by A. Diamond, Cambridge 1991, p. 250.

antichi della crosta terrestre sono per il geologo»⁷. Maine, infatti, si affida ai metodi della geologia, della filologia, della biologia, ossia di scienze considerate sobrie, pragmatiche, empiriche, basate sull'osservazione di dati certi. Ciò fa supporre che dietro il suo pensiero vi sia anche la conoscenza della scuola scozzese che gli consente di assumere il punto di vista empirico-scientifico non tanto per evitare «qualsiasi ulteriore approfondimento» di «modelli evolutivi alternativi»⁸, quanto per non azzardare arbitrariamente tesi universali rispetto ai dati di partenza.

L'influenza positivista ed evoluzionista è dunque evidente e accertata, ma è un positivismo in cui si guarda meno alla generalizzazione e all'astrazione e più pragmaticamente agli eventi storici. Come scrive acutamente Fassò «l'opera dei giuristi storico-positivisti come il Maine continua quella della scuola storica del diritto, anche quando non si ricollegli ad essa, per la costante aderenza al dato concreto»⁹.

2. Diritto antico e diritto primitivo

Tale metodo archeologico è indistinguibile da quello storico e serve per comprendere sia il presente sia il passato: «l'osservazione diretta viene così in aiuto all'indagine storica»¹⁰. Si possono studiare le società primitive ancora preesistenti o passate, perché esse sono paragonabili «all'infanzia del genere umano». Così si può capire meglio il nostro presente e come si è giunti alla nostra attuale civiltà: il diritto antico rappresenta questa infanzia. Per Maine, non si incontrano fin da subito legislatori, leggi formali, comandi o sanzioni; «a malapena il diritto ha raggiunto la saldezza di una consuetudine, più che altro di un'abitudine»¹¹. Nel diritto antico «l'elemento religioso ebbe ragione di regola, di quello militare e politico»¹²: pertanto si riconosce il pensiero primitivo dal fatto che esso non distingue tra diritto e morale, diritto e religione. Saranno proprio i Romani ad adottare per tempo quelle leggi che non rimangono circo-

⁷ Maine, *Diritto antico* cit., p. 6. Molte delle critiche rivolte a Maine riguardano il fatto che non abbia sufficientemente approfondito lo studio delle popolazioni primitive non occidentali. Così per esempio si esprime J. Lubbock, *L'origine dell'incivilimento*, Torino 1875 (London 1870).

⁸ L. Capogrossi Colognesi, *Dalla storia di Roma alle origini della società civile. Un dibattito ottocentesco*, Bologna 2008, p. 148.

⁹ G. Fassò, *La filosofia del diritto dell'Ottocento e del Novecento*, Bologna 1994, p. 139.

¹⁰ H.S. Maine, *Metodo storico e metodo comparativo*, in H.S. Maine, *Società primitiva e diritto antico*, a cura di A. Cassani, Faenza (Ravenna) 1986, p. 220. Come sottolinea bene A. Cassani, *Diritto, antropologia e storia*, Bologna 2002, «il metodo comparativo è svincolato (almeno nelle intenzioni) dai postulati evoluzionistici di un McLennan o di un Morgan» (p.10). «Vi è quindi una sostanziale incommensurabilità, in Maine, tra scienza comparativa e teoria del progresso» (p. 14) in quanto quest'ultima riguarda un'eccezione: la società occidentale. Spiegare perché l'Occidente abbia percorso la strada del mutamento, è impresa ardua, e forse non è sufficiente, almeno per Cassani, invocare la «mutazione giuridica» (p. 55).

¹¹ Maine, *Diritto antico* cit., p. 10.

¹² *Ibidem*, p. 12.

scritte a una casta ma vengono scritte e adottate da tutti. Solo questo permetterà il progresso dell'Occidente¹³. Le leggi romane hanno funzionato come catalizzatore e acceleratore dei mutamenti delle relazioni sociali. Il diritto in Occidente, grazie ai Romani, diviene così sempre più consapevole, deliberativo, oggettivo, pubblico e permette alla nostra società di essere una delle poche «società progressive» rispetto a tutte le altre che sono «società statiche»¹⁴. Scrive Maine: «La condizione stazionaria della razza umana è la regola mentre la condizione del progresso è l'eccezione»¹⁵. Tale affermazione dovrebbe smussare l'idea che nel giurista inglese sia presente un evolucionismo ottimistico dell'umanità. Se l'evoluzione vi è stata, ha riguardato solo una parte dell'Occidente, e non sempre è stata lineare ma spesso ha proceduto per salti; e qualche volta si è assistito anche a regressioni. Pertanto la famosa frase di Maine, che mostrerebbe il passaggio «dallo status al contratto», riguarda al limite solo l'Occidente. Decadono dunque le critiche di vari antropologi al giurista inglese che si affannano a dimostrare l'inconsistenza di un percorso simile in altre culture¹⁶. Come rileva Lowie, Maine «respinge l'idea che la società umana percorse ovunque la stessa serie di cambiamenti»¹⁷.

Ciò è dimostrabile, per Maine, sia attraverso le testimonianze di relazioni di osservatori contemporanei su civiltà meno avanzate della nostra, le quali hanno conservato *tracce, sopravvivenze, rudimenti*¹⁸ della loro storia

¹³ Si veda E. Cantarella, *H.S. Maine e il diritto romano*, in Maine, *Diritto antico* cit., p. XXXI.

¹⁴ Maine, *Diritto antico* cit., p. 22. Sarebbe possibile supporre che questa distinzione si sia palesata in Maine dopo la lettura o la ricezione del pensiero sociologico di Comte e di Spencer. Si veda ancora Burrow, *Evolution and Society* cit., pp. 162-166, e P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, 3 (*La civiltà liberale*), Bari-Roma 2001, che ricostruisce il pensiero del primo Spencer in cui sono già presenti, secondo noi, le critiche al positivismo giuridico benthamiano, l'importanza della consuetudine rispetto alla formalizzazione e il passaggio di società di tipo militare a quelle di tipo contrattuale, da società stazionarie a società progressive (pp. 48-54). Ciò non impedirà a Spencer di avvalersi degli studi di Maine (p. 60). Tuttavia, a nostro avviso, i primi lavori di Spencer «sembrano» anticipare la formulazione di Maine che sarà poi ripresa di nuovo dal sociologo inglese. J.D.Y. Peel, *Maine as an Ancestor of the Social Sciences*, in Diamond, *The Victorian Achievement* cit., p. 183, scrive: «Maine's status/contract dichotomy, though later than Spencer's, owes nothing directly to it, but was in fact easily taken up by Spencer in later expressions of his own system». Vi era in ogni caso un'idea che ormai circolava nello spirito del tempo. Si veda M. Koskenniemi, *The Gentle of Nations: The Rise and Fall of International Law, 1870-1960*, Cambridge 2002.

¹⁵ Maine, *Diritto antico* cit., p. 23.

¹⁶ Sul tema, V. Ferrari, *H.S. Maine precursore della sociologia del diritto*, in Maine, *Diritto antico* cit., pp. XXXVII-LI. La comparazione tra culture è costante in Maine, tanto che E. Ehrlich, *I fondamenti della sociologia del diritto*, Milano 1976 (München 1913), lo definisce «il padre della scienza del diritto comparato» (p. 47).

¹⁷ R. Lowie, *Storia della teoria etnologica*, Roma 1996 (Austin 1937), p. 51.

¹⁸ Maine, *Diritto antico* cit., p. 96. Sarà nei suoi scritti successivi che Maine cercherà di ampliare la conoscenza dei diritti di civiltà primitive antiche. In *Lectures on The Early History of Institutions*, London 1874, ribadisce la sua posizione patriarcalistica: «The notions of Power and Consanguinity blend, but they in nowise supersede one another. We have a familiar example of the mixture of ideas in the subjection of the smallest group, the Family, to its patriarchal head» (p. 68), con grande disappunto di K. Marx, *Quaderni antropologici. Appunti da L.H. Morgan e da H.S. Maine*, Milano 2009 (Amsterdam 1972), che commenterà negativamente il libro come una proiezione della famiglia borghese inglese sull'antichità (pp. 232-303).

primitiva, sia risalendo, attraverso documenti storici, ai diritti antichi. La scuola storica, in cui si riconosce il giurista inglese, «è anche la più forte e naturale avversaria della scuola del diritto naturale»¹⁹ giacché quest'ultima è incapace di ricostruire storicamente il succedersi degli eventi, non osservando la realtà storico-effettuale ma formulando solo mere congetture.

3. *La teoria patriarcale*

Questi studi di «giurisprudenza comparata»²⁰ conducono Maine a supporre che le condizioni primitive della razza umana siano rubricabili sotto la «teoria patriarcale», in cui, in un ristretto gruppo di consanguinei, dominava il maschio più forte, solitamente il padre. Se studiamo comparativamente i popoli Ebreo, Greco, Romano, Indù, Slavo non si può non riconoscere il carattere patriarcale di tali civiltà. Secondo Maine, in questi popoli, ogni proprietà passa di padre in figlio, come si racconta nei primi capitoli della *Genesis*. Inizialmente «la società primitiva era una *aggregazione di famiglie*»²¹. Ma «la famiglia patriarcale non è solo una comunità domestica, ma è anche un'entità politica»²² e per questo motivo vi è un trasferimento del potere, oltre che delle sostanze, che coinvolge il primogenito. Altrimenti vi sarebbe il rischio che l'autorità politica sia messa in crisi e con essa la coesione sociale e la sopravvivenza del gruppo. Se oggi l'unità della società è l'individuo, anticamente tutto dipendeva dal gruppo, pure l'elevazione e il degrado morale. In una società basata principalmente sulla famiglia, si afferma lentamente ma progressivamente la convinzione che tutti discendano da un antenato comune. Vi è la credenza errata, insomma, che tutta la comunità appartenga a una stirpe comune. Tale idea è una *finzione legale*, in quanto nella realtà i racconti stessi che circolano nelle tribù, riferiscono di stranieri ammessi nella società. Il contatto fra tribù, e la loro relativa contaminazione,

¹⁹ G. Solari, *Socialismo e diritto privato. Influenza delle odierne dottrine socialiste sul diritto privato*, Milano 1980, p. 53.

²⁰ Maine, *Diritto antico* cit., p. 97. Per Cassani, *Diritto, antropologia, storia* cit., nel pensiero di Maine «l'esigenza comparativa era soddisfatta dallo stretto parallelismo tra la storia del diritto romano e quella del diritto inglese: che cosa poteva esservi, per un vittoriano, di più ovvio di un confronto tra le due grandi nazioni progressive dell'antichità e dell'era moderna?» (p. 58).

²¹ Maine, *Diritto antico* cit., p. 100. Secondo I. Vanni, *Gli studi di H.S. Maine e le dottrine della filosofia del diritto*, Verona 1892, su questo punto Maine sbaglierebbe, perché l'uomo non sarebbe potuto sopravvivere in un piccolo nucleo familiare. Pertanto la famiglia sarebbe il risultato e non l'origine della civiltà (pp. 35-37). Maine si difende dallo stesso tipo di accuse mossegli principalmente da McLennan, da Morgan e da altri antropologi, avvalendosi, oltre che dei suoi studi storici, dell'autorità di Aristotele circa l'importanza della famiglia e del potere del padre. Anche H. Spencer, *Principi di sociologia*, Torino 1988 (London 1876), attacca Maine sostenendo che la famiglia oggi appare in una forma monogama ma prime e più antiche risultano essere le forme poliandriche e poliginiche. Inoltre non tutti i popoli rispettano il potere del padre. Infatti «si trovano in varie parti del mondo gruppi sociali senza capi. L'autorità politica non comincia sempre dall'autorità patriarcale» (p. 797).

²² Capogrossi Colognesi, *Dalla storia di Roma alla società civile* cit., p. 164.

è testimoniato continuamente, e «dappertutto scopriamo nella loro storia tracce del passaggio di uomini di origine estranea che furono ammessi nella comunità originaria e con essa si amalgamarono»²³. Si veda a Roma la pratica dell'adozione. Per meglio unirsi e per accettare l'altro, necessita ricorrere alla finzione legale: «L'espedito preferito a quei tempi, era che la popolazione immigrante fingesse di discendere dallo stesso ceppo della popolazione in cui si innestava»²⁴. Attraverso le adozioni si cementano le unioni tra gruppi politici e si stabiliscono dei legami di parentela. La famiglia inserisce costantemente, attraverso l'adozione, stranieri che però devono obbedire all'autorità patriarcale.

Benché non vi siano prove certe dell'universalità del potere patriarcale, è evidente che il modello romano della *patria potestas* per Maine si può riscontrare *mutatis mutandis* in molte altre comunità, anche se «occorre rilevare che in lui vi è un'esplicita limitazione della teoria patriarcale al mondo indo-europeo e quindi – a differenza che in Bachofen – non vi è alcuna pretesa di universalità»²⁵. Tuttavia per il giurista inglese il sistema del diritto arcaico si fonda sull'agnazione e «il fondamento dell'agnazione non è il matrimonio bensì l'autorità del padre»²⁶. La donna è sempre subordinata ai parenti di sangue in linea maschile²⁷.

²³ Maine, *Diritto antico* cit., p. 102. Sull'idea di parentela, ora intesa come consanguineità ora come affinità nei gruppi primitivi, si veda M. Ariotti, *Introduzione all'antropologia della parentela*, Bari-Roma 2006.

²⁴ Capogrossi Colognesi, *Dalla storia di Roma alla società civile* cit., p. 103. Contro l'idea di Bentham secondo la quale la finzione giuridica è menzognera, Maine ne rivaluta il carattere culturale ed effettivo. Si veda L.M. Friedman, *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, Bologna 1978 (New York 1975).

²⁵ F. Remotti, *Temî di antropologia giuridica*, Torino 2006, p. 17.

²⁶ Maine, *Diritto antico* cit., p. 116. Per una critica al patriarcalismo di Maine e per un'origine matriarcale anche nella società romana, si rimanda a G. Franciosi, *Clan gentilizio e strutture monogamiche. Contributo alla storia della famiglia romana*, Napoli 1999.

²⁷ Maine, *Diritto antico* cit., p. 122. È interessante notare che la tesi patriarcale di Maine non ha una origine teologico-politica, né va vista come fondamento simbolico della società occidentale sulla base del diritto canonico così come è stata rilanciata recentemente dal giurista francese Pierre Legendre. Anche la teoria patriarcale come era stata teorizzata nella modernità, per legittimare il potere temporale e spirituale dei re, soprattutto in Inghilterra con R. Filmer, *Il Patriarca* (London 1680), in J. Locke, *Due trattati sul governo e altri scritti politici*, a cura di L. Pareyson, Torino 1982, che fonda la sua teoria in particolare sulla *Genesis*, non si basa sulla naturalità della forza maschile. A ciò la nota replica di Locke nel primo dei *Due trattati sul governo* (London 1689), che risponde a Filmer dal punto di vista politico utilizzando altri passi tratti da *Genesis* (Gen. I, 28). È vero che Maine accenna a Filmer a sostegno della propria tesi, ma il ragionamento del giurista appare diverso dall'impostazione filmeriana. «Donald McLennan scriveva – nella prefazione al postumo *The Patriarchal Theory* del fratello John Ferguson McLennan (dedicato alla confutazione delle tesi di Maine) – che la cosiddetta teoria patriarcale era fondamentalmente una teoria della sovranità. Con Sir Henry Maine, invece, era diventata una teoria dell'origine della società» (Cassani, *Diritto, antropologia, storia* cit., p. 99). Vi è insomma in Maine un'idea di natura, non razionalistica ma dedotta dagli studi empirici e storici, per la quale il più forte (l'uomo, per natura) prevale e domina. Inizialmente, questa idea sembra maturare indipendentemente dalle tesi espresse da Spencer e da Darwin, ma poi si consolida con la lettura del pensiero darwiniano. N.D. Fustel de Coulanges, *La città antica*, Firenze 1924 (Paris 1864) invece insiste nell'allontanare l'immagine di un diritto del più forte incarnato nel potere patriar-

Anche tra gli Indù²⁸ e i *clan* della Scozia possiamo riscontrare pratiche simili a quelle romane. Come spiegare tali tratti culturali affini? Maine si convincerà sempre di più che vi sia una base naturale universale, corroborata dalla teoria darwiniana, in particolare sull'interpretazione di un passo dell'*Origine dell'uomo* per la quale, in alcuni primati tra cui l'uomo, comanderebbe, a causa della gelosia, il maschio più forte.

4. La proprietà

Per questo motivo "realistico" si comprende che dividere la terra significa separare la "forza" con la quale difendersi o attaccare e dunque prestare il fianco alla violenza degli altri: «La famiglia diventava più forte se si consolidava nelle stesse mani»²⁹.

Al pericolo della "forza" rispondeva anche l'*occupatio*, istituto su cui i Romani fondano una delle forme originarie della proprietà basata sul possesso. Per il giurista inglese tale pratica risalirebbe alle norme di cattura durante le guerre, quando si ritorna ad uno stato di natura e tutte le leggi sono sospese. Maine osserva che l'idea, per la quale l'occupazione diventa l'acquisizione volontaria di un possesso fisico, «lungi dall'essere una caratteristica delle società primitive, è con tutta probabilità il frutto di una giurisprudenza raffinata e di una condizione oramai stabilita dalle leggi»³⁰. Maine ironizza «sullo strumento miracoloso» della proprietà «su cui riposa tutta la giurisprudenza occidentale»³¹. Insomma, solo in uno stato di diritto si attri-

cale, collocandolo sempre e solo entro una cornice religioso-culturale. Il re stesso, nell'antichità, è tale non perché forte ma perché è investito da una carica religiosa, perché è sacerdote: «Non la forza creò i capi e i re negli stati antichi» (p. 229). Sono comunque così tanti i punti di contatto tra Maine e Fustel de Coulanges, da far supporre una lettura da parte dello storico francese di *Ancient Law*. Per Mario Attilio Levi, *La città antica*, Roma 1989, p. 16, non ci sarebbe stata una conoscenza diretta del secondo sul primo; anche A. Kuper, *The Reinvention of Primitive Society*, New York 2005, scrive: «Despite obvious similarities between the two books, Fustel knew nothing of Maine's work» (p. 51). Si veda anche A. Kuper, *The Rise and Fall of Maine's Patriarchal Society*, in *The Victorian Achievement* cit.; Maine cita Fustel de Coulanges solo in *Early Law and Custom* cit., pp. 57-58.

²⁸ Maine, *Diritto antico* cit., p. 175. Sulle analisi antropologiche di Maine sull'India si vedano: L. Acquarone, *Il sistema giuridico dell'India dal dharma al diritto positivo, dalla gerarchia all'individuo*, <www.club.it/culture2002>; L. Acquarone, *Tendenze evolutive del diritto dell'India. Dallo status al contratto e dal contratto allo status*, «Sociologia del diritto» 1 (2003); Diamond, *The Victorian Achievement of Sir H. Maine* cit.; Mantena, *Alibis of Empire* cit. Sulla comparazione antropologica delle tesi di Marx e di Maine si veda L. Dumont, *La civiltà indiana e noi*, Milano 2004 (Paris 1975); Dumont, *Homo hierarchicus*, Milano 2004 (Paris 1966).

²⁹ Maine, *Diritto antico* cit., p. 178. Sull'acquisizione consapevole del pensiero darwiniano, si veda H.S. Maine, *Dissertations on Early Law and Custom*, London 1883.

³⁰ Maine, *Diritto antico* cit., p. 194. Qui Maine incontra ancora la critica di Spencer, *Principi di sociologia* cit., p. 794.

³¹ Grossi, *Un altro modo di possedere* cit., p. 59. Anche Pospisil, *Anthropology of Law* cit., p. 146, rimarca l'idea che «this territoriality principle did not assume its dominant unifying role until Maine's next stage – the territorial society» (p. 146). Insomma vi sarebbe una relativizzazione storica anche del nesso terra-potere che confuterebbe l'idea di un diritto di natura di suolo

buisce un riconoscimento giuridico al primo possessore. Un resoconto autentico di ciò che si può ricavare da studi empirici dimostra invece che «il diritto antico non conosce pressoché nulla degli individui». È probabile dunque che il reale istituto arcaico fosse la proprietà congiunta. Se osserviamo «la comunità del villaggio in India, è nello stesso tempo una società patriarcale organizzata e una comunità di comproprietari». Così accade nei villaggi russi³², serbi, croati, sloveni. Perché allora in Europa occidentale l'idea di proprietà si affaccia con le modalità con cui oggi la conosciamo? Probabilmente perché ad un certo punto durante il medioevo la libera circolazione delle merci facilita l'affrancamento dalle cerimonie romane (come la *mancipatio*, e la *res Mancipi* e *res nec Mancipi*)³³, che non permettevano un passaggio rapido di un bene tra persone. Sarebbe insomma il liberalismo e il giusnaturalismo (riprendendo temi del diritto romano) a sviluppare l'idea di un bene proprietario appartenente ad un individuo sovrano, capace di scambiare con un libero contratto la propria merce. Maine

forse per la prima volta metteva in risalto che la sacra distinzione fra il mio e il tuo non era stata così in ogni tempo. Ciò fu uno shock per la mentalità dell'Europeo educato nel clima del XIX secolo con il suo capitalismo individualistico e il suo regime di concorrenza³⁴.

Il lavoro di Maine, in particolare intorno alla proprietà, decostruisce l'idea aprioristica risalente ai Romani della proprietà intesa come *dominium* unitario. Tutto ciò accade non perché siamo di fronte ad un pensatore rivoluzionario, ma semplicemente perché Maine, diversamente dai giuristi continentali abituati a venerare il diritto romano, osserva gli *eventi* alla ricerca di una verità storica. Il metodo archeologico-comparativo gli consente di paragonare i differenti punti di vista e rendersi conto della relatività dei fatti storico-sociali.

(*ius soli*). O meglio vi sarebbe stato un passaggio, una transizione, «from blood to soil», come spiega Kuper, *The Reinvention of Society* cit., p. 3. Ancora una volta e indipendentemente da Maine, Fustel de Coulanges, *La città antica* cit., segnala l'importanza del suolo per i Greci e i Romani. Scrive: «L'idea di proprietà privata era nella religione stessa, in quanto ogni famiglia aveva il suo focolare e i suoi antenati (...) e quest'altare è il simbolo della vita sedentaria; il suo nome stesso lo indica. Deve essere fissato al suolo (...). Così il focolare prende possesso del suolo; questa parte di terra, esso la fa sua, è proprietà sua» (p. 65).

³² Maine, *Lectures on the Early History of Institutions* cit.

³³ Si veda P. Bonfante, *Res Mancipi e Nec Mancipi*, Roma 1888-1889, che riprende l'argomento di Maine. Per Bonfante però è già presente nella popolazione primitiva, come per Spencer, un senso della proprietà individuale distinguibile da un'idea di proprietà comune dell'orda come la terra (p. 275). Si veda al proposito, L. Capogrossi Colognesi, *A cent'anni dalle 'Res Mancipi' di Pietro Bonfante*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 17 (1988), pp. 111-154. Per una prima ricostruzione della recezione del pensiero degli antropologi da parte dei giuristi italiani di fine '800, si veda C. Faralli, *Diritto e magia. Il realismo di Hägerström e il positivismo giuridico*, Bologna 1992; C. Faralli, *Diritto e scienze sociali. Aspetti della cultura giuridica italiana nell'età del positivismo*, Bologna 1993.

³⁴ H.R. Hays, *Dalla scimmia all'angelo*, Torino 1974 (New York 1958), p. 35.

5. *Il crimine*

Anche il crimine rispondeva nel diritto primitivo ad atti di forza collettivi che «coinvolgeva nelle sue conseguenze molte più persone di quante non avessero preso parte alla sua effettiva perpetrazione»³⁵. La storia primitiva del crimine suggerisce a Maine che nelle civiltà antiche la parte relativa al diritto penale rispetto al diritto civile è molto più estesa e importante³⁶. In più, afferma il giurista inglese, il diritto penale delle comunità antiche non si occupa di normare i crimini (*crimina*), ma piuttosto regola un torto subito da una persona ricevendo un risarcimento in denaro per gli eventuali danni (*delicta* o atti illeciti). Nelle tribù germaniche si misura il risarcimento in denaro per ogni ferita o offesa ricevuta. Così accade nelle popolazioni irlandesi e scandinave, per non parlare di quello che riporta il Vecchio Testamento circa le popolazioni semitiche. Vi sono anche leggi che regolano le violazioni contro la religione come in Grecia e a Roma (i “peccati”). Inizialmente il diritto antico interviene con un terzo a regolare la contesa o la vendetta tra due privati. Ciò avviene per esempio nel cerimoniale romano *legis actio sacramenti* in cui per la prima volta si sublima la *vendetta* in un cerimoniale. Nei tempi antichi, diversamente da oggi, afferma Maine, «l'istinto della vittima era la misura giusta per stabilire la vendetta che le spettava»³⁷. La storia del diritto penale prevede dunque un passaggio dall'illecito e dal peccato all'idea di un'offesa allo Stato. Con la nascita di una comunità riconosciuta che incarna su di sé il diritto di giudicare, essa si organizza intorno «ad un proprio apparato di pene e di sanzioni secondo una legge speciale che definisce il criminale e ne stabilisce la punizione»³⁸. In un momento successivo il potere delega la sua forza a commissioni particolari. In un terzo momento il potere non aspetta più la denuncia di un reato ma nomina periodicamente dei commissari. Infine si assiste all'istituzione di camere permanenti quando i giudici non sono più nominati «da quello stesso atto legislativo che istituisce la commissione», ma sono scelti «in un dato modo e da un ceto particolare» e quando «certe azioni in via generale sono definite come reati che, qualora commessi, devono essere puniti come sanzioni specificamente previste per ciascuna di esse»³⁹. Con le parole di Pospisil: «The last stage of the evolution of criminal law, and its complete emancipation from civil law, took place when a permanent commission to deal with crimes was established»⁴⁰.

³⁵ Maine, *Diritto antico* cit., p. 101.

³⁶ *Ibidem*, p. 275. Su questo punto ritornerà anche E. Durkheim, *La divisione del lavoro sociale*, Milano 1962 (Paris 1893), p. 157, profondo ammiratore di Maine. Sul pensiero giuridico di Durkheim si rimanda a R. Marra, *Il diritto in Durkheim. Sensibilità e riflessione nella produzione normativa*, Napoli 1986.

³⁷ Maine, *Diritto antico* cit., p. 285. Chi critica Maine circa il sistema sanzionatorio è il giurista catanese S. Fragapane, *Il problema delle origini del diritto*, Roma 1896.

³⁸ Maine, *Diritto antico* cit., p. 288. Non è completamente concorde con Maine il giurista genovese P. Cogliolo, *Saggi sopra l'evoluzione del diritto privato*, Torino 1895.

³⁹ Maine, *Diritto antico* cit., p. 288.

⁴⁰ Pospisil, *Anthropology of Law* cit., p. 149.

Anche questo percorso apparentemente evolutivo della storia del diritto penale, in realtà, non è privo di regressioni o cedimenti. Maine manterrà sempre una posizione sospettosa circa il progresso delle società. La conoscenza di culture e di sentimenti di giustizia differenti, in particolare di quella indiana, condurrà Maine a considerare «l'analisi dei concetti giuridici effettuata da Bentham e da Austin inapplicabile al diritto consuetudinario che regolava da secoli la vita della comunità del villaggio dell'India»⁴¹.

6. Conclusioni

Le forme di relazione e di reciprocità in una società come la nostra – in cui emergerebbe l'individuo, e non sembrano più connesse ai doveri e agli obblighi familistici di onore e rispetto, di difesa del sangue o del clan ma di *contratto*, – non devono essere viste in Maine come «mera astratta esigenza razionalistica, poggiata sul presupposto di naturali diritti soggettivi, né quale fatto iniziale dell'associazione umana; bensì come forma vigente, costitutiva dei vincoli sociali»⁴².

C'è da chiedersi dunque se Maine sia realmente un convinto sostenitore del contrattualismo nella società presente. La sua critica mette in crisi non solo le pretese origini naturali del contratto ma anche l'idea di una libertà individuale alla base del diritto privato. Non dimentichiamoci che Maine è un conservatore, critico della democrazia liberale, che vede in essa una degenerazione rispetto al governo di élite passate⁴³. Proprio nel relativizzare storicamente e culturalmente il contratto, Maine nello stesso tempo lo critica. Come scriveva un allievo di Vanni, Gino Dallari,

La proclamata contrapposizione dei due termini [*status vs contratto*] non risponde al vero. L'arbitrio e la potestà personale, onde lo *status familiare* procedeva, hanno ceduto, per il resto, ad un'altra *forza* d'autorità: all'autorità impersonale e non mutevole della legge»⁴⁴.

⁴¹ Maine, *Società primitiva e diritto antico* cit., p. 158.

⁴² Vanni, *Gli studi di H.S. Maine* cit., p. 22.

⁴³ H.S. Maine, *Popular Government*, London 1885.

⁴⁴ G. Dallari, *L'induzione storica di Henry Sumner Maine*, in *Il nuovo contrattualismo nella filosofia sociale e giuridica*, Torino 1911, p. 145.

Rule of law e chain novel

Riflessioni sulla istituzione della Corte Suprema del Regno Unito

di Giovanni Cogliandro

Il 1° ottobre 2009 ha iniziato la sua attività la Corte Suprema del Regno Unito, dando così piena attuazione al *Constitutional Reform Act* del 2005: essa è oggi presieduta da Lord Neuberger of Abbotsbury, con il titolo di *President of the Supreme Court of the United Kingdom*, che ha sostituito nell'ottobre 2012 Lord Phillips of Worth Matravers. Con l'abolizione della funzione giudicante della camera ristretta dei *Lords of Appeal in Ordinary* è stata abolita l'eccezione britannica che, a differenza della gran parte degli ordinamenti contemporanei, non disponeva una formale separazione tra potere giudicante e potere legislativo, anche se nei fatti la separazione tra i due poteri in diversi ordinamenti non è assoluta.

Nel nostro contributo proponiamo alcune riflessioni sulle motivazioni che hanno condotto alla istituzione della Corte e più in generale sulla alternativa teorica di fondo che continua oggi a caratterizzare l'autocomprendimento del ruolo delle più alte magistrature nella produzione di diritto.

La nuova Corte è stata fortemente voluta da Lord Bingham, *Senior Law Lord* fino al 2008, in quanto a suo parere l'emergenza di nuovi diritti e un confronto con le diverse realtà e le nuove interconnessioni nomodinamiche europee e internazionali rendevano necessaria l'istituzione di una Corte suprema che garantisse meglio le esigenze del *rule of law*, anche dinanzi alle sempre più specifiche e dettagliate competenze ormai ascrivibili al potere esecutivo, vero articolatore della funzione legislativa in diversi Stati, competenze sempre più integrate nel crescente corpo delle leggi internazionali e delle norme comunitarie¹.

Bingham² include le istanze connesse al *balancing* nel quadro di una visione teorica volta a contemperare aspettative e interessi confliggenti, e fa di questa opera uno degli scopi essenziali dell'arte di giudicare, un'arte che svolge una fun-

¹ Si vedano al riguardo le considerazioni programmatiche in Lord [T.] Bingham, *A New Supreme Court for the United Kingdom*, The Constitution Unit Spring Lecture 2002, London 2002.

² Le riflessioni sul tema dell'ultimo *Senior Law Lord* sono contenute in forma sintetica in Lord [T.] Bingham, *The Rule of Law*, Sixth Sir David Williams Lecture, Cambridge, 16 November 2006, ora in «Cambridge Law Journal», 66 (2007), 1, pp. 67-85, e in versione più ampia in T. Bingham, *The Rule of Law*, London 2010.

zione fondamentale di temperamento dei conflitti e quindi di supplenza nei confronti del potere legislativo e delle assemblee parlamentari: anche in questa ottica ci sembra vada conseguentemente inquadrata la separazione della Suprema Corte dalla *House of Lords*. Tale concezione trova tra i suoi avversari il giudice Scalia della Corte Suprema degli USA, che ritiene che tale avocazione sia una indebita intromissione nei delicati meccanismi della decisione politica dei giudici non eletti dal popolo – e quindi non legittimati a svolgere una funzione legislativa che deriva dalla rappresentanza³. Sostenere la priorità delle istanze connesse al *balancing* o rifiutarla è la chiave di volta per stabilire, secondo il modello del giudice erculeo di Dworkin, una teoria del diritto incentrata sulla legge intesa come regola o intesa come giustizia⁴.

Il ruolo principale della *Supreme Court* è decidere sui ricorsi provenienti dai tre sistemi legali in cui viene suddiviso il Regno Unito: Inghilterra e Galles, Irlanda del Nord, Scozia. La *National Assembly for Wales* emana delle leggi per il Galles che sono diverse da quelle inglesi, ma entrambe le nazioni condividono lo stesso sistema delle Corti. La *Supreme Court* è la suprema corte per gli appelli *civili* anche per la Scozia, che tuttavia mantiene il più alto grado di appello per i processi penali. La legge di istituzione della Corte dispone che essa non influenzerà la separazione dei tre sistemi giuridici esistenti nel Regno Unito e dichiara che essa deve essere considerata, per quanto concerne gli specifici appelli provenienti da una delle nazioni che costituiscono il Regno, come una corte facente parte di quella parte del Regno. In totale essa rileva la giurisdizione di appello di 27 diverse giurisdizioni (incluse 14 nazioni indipendenti).

Le disposizioni riguardanti la Corte Suprema sono contenute nella parte terza della legge del 2005, negli articoli che vanno dal 23 al 60. I giudici sono dodici e sono nominati dalla Regina, anche se il numero dei giudici potrà essere aumentato tramite apposita disposizione del Parlamento emanata dalla Regina. L'articolo 23 dispone che i giudici della nuova Corte verranno indicati con il titolo di *Justices of the Supreme Court*, tranne il giudice nominato Presidente il quale prenderà questo titolo, così come il giudice che sarà nominato Vicepresidente (*Deputy President*), ruolo che continua ad essere ricoperto da Lord Hope of Craighead sin dall'istituzione della Corte nel 2009.

I pilastri dell'ordine costituzionale britannico sono le prestigiose e risalenti nozioni tra loro interconnesse di *rule of law* e *supremacy of Parliament*. Nella tradizione inglese esse sono integrate con le convenzioni che regolano i rappor-

³ Sul tema si veda il recente studio di G. De Anna, *Azione e rappresentanza. Un problema "metafisico" del liberalismo contemporaneo*, Napoli 2012.

⁴ Su questo tema controverso, che ha generato un vivace e attuale dibattito che da più di tre decenni avvinse giudici federali e costituzionalisti anche al di fuori degli USA, si veda per un primo orientamento il libro con la risposta alle critiche di A. Scalia, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton 1997, e a seguire l'ulteriore presa di posizione di R. Dworkin, *The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe, and Nerve*, «Fordham Law Review», 65 (1997), p. 1249.

ti tra le istituzioni del potere politico. A queste si è tentato di associare il recente tentativo di sviluppare sul suolo inglese un sistema coerente di diritti fondamentali⁵. Lo *Human Rights Act* del 1998 ha fornito diverse opportunità di affermazione di un vero e proprio costituzionalismo e di forme di sindacato giurisdizionale quasi-costituzionale inedite per l'ordinamento inglese e affidato alle locali Corti di giustizia. Un ulteriore impulso al rafforzamento del sindacato giurisdizionale è stato impresso dalla *incorporation* dei diritti europei nell'ordinamento domestico del Regno Unito, circostanza che ha affidato ai giudici l'esercizio di una forma attenuata di *judicial review* che consiste nell'esercizio del sindacato sulla conformità della legislazione di produzione parlamentare nei confronti dei diritti contemplati nella *Convenzione Europea per i Diritti dell'Uomo*. Tale sindacato non si risolve nella disapplicazione della norma o nel suo annullamento, in quanto tale eventualità sarebbe del tutto incompatibile con la sovranità del Parlamento e con il principio di soggezione del giudice alla legge, bensì si esplica in atti di impulso nei confronti del Parlamento, non vincolanti formalmente ma di intuibile rilevanza politica, considerata la maggiore rilevanza del rispetto delle forme negli ordinamenti anglosassoni, che rende non necessaria una formale procedura di disapplicazione.

Le Corti di giustizia inglesi sono composte da giudici professionali nominati, tradizionalmente connotati da un pronunciato spirito di corpo, la cui ermeneutica dichiarativa del diritto è risultata sofisticata ed efficace nel tempo. Le Corti interpretano le singole norme della *statute law* e, pur senza disapplicarle formalmente, ne condizionano l'applicazione concreta, il che talvolta può produrre effetti giuridici più penetranti, influenti e duraturi di un annullamento o disapplicazione. L'interpretazione giudiziale della norma, tecnica in cui i giudici di *common law* eccellono, può introdurre nell'ordinamento nuovi elementi che hanno cogenza normativa, amministrativa e istituzionale, e contribuire al loro consolidamento. Questo è il senso e l'efficacia più persistente e allo stesso tempo la giustificazione della risalente tradizione della *judge-made law*⁶. Anche la nuova Corte con ogni probabilità non si evolverà sul modello ideale kelseniano, quello di misurare la congruenza di un testo legislativo con una norma superiore, ma deciderà sulla base di una tradizione vivente di precedenti, al fine di garantire che il legislatore non turbi l'armonia fra la *supreme law of the land* e la produzione normativa ordinaria.

La necessità di una singola corte superiore di giustizia si è sviluppata parallelamente alla progressiva integrazione politica del Regno Unito nell'Unione Europea, integrazione che ha reso il sistema giuridico sempre più permeabile ad influssi giuridici esterni, ai quali i *Law Lords* erano molto sensibili negli ultimi anni, in particolare il già citato Lord Bingham⁷: si è così sviluppata l'esigen-

⁵ M. Patrono, *La forza dei diritti. Il Regno Unito dalla rule of law allo Human Rights Act 1998: sulle tracce di un lungo inseguimento*, in «Nomos», 2004, fasc. 1, pp. 15-40, anche in *La Costituzione Britannica / The British Constitution*, a cura di A. Torre, L. Volpe, Torino 2005, vol. I, p. 77 sgg.

⁶ Sul tema si rimanda al denso studio di M. Cappelletti, *Giudici legislatori?*, Milano 1984.

za di una giustizia costituzionale che in Europa è un elemento ormai essenziale del diritto pubblico nei sistemi a costituzione scritta. Questo è più in generale uno dei connotati salienti del dibattito teorico sulla forma dello Stato costituzionale che non sembra volersi esaurire e che si interseca con le considerazioni che la recente dottrina ha condotto sul tema del *rule of law*⁸.

Il tradizionale senso di autosufficienza giuridica e culturale del pensiero costituzionalistico britannico appare già da alcuni anni considerevolmente attenuato; d'altra parte diversi corpi giudicanti esercitano di fatto forme di giustizia costituzionale e operano già da tempo ponendo in essere alcune forme di *adjudication* che altrove competono alle sole corti costituzionali e che solamente in tempi più recenti hanno sviluppato una certa influenza sul pensiero dei *common lawyers* tanto da poter essere annoverate tra gli elementi che hanno concorso all'impostazione della riforma che ha prodotto la *Supreme Court*.

A partire dal 1997 si sono quindi susseguiti una serie di interventi riformatori attraverso i quali si è ridisegnata la costituzione non scritta del Regno. Particolarmente intenso è stato il 1998: in quest'anno come si è già accennato è stata incorporata nell'ordinamento inglese la *Convenzione Europea per i Diritti dell'Uomo* con lo *Human Rights Act*, sono state introdotte forme di devoluzione in Scozia, Galles e Irlanda del Nord, è stato ridefinito lo *status* costituzionale della Banca d'Inghilterra. Nel 1999 poi è stata modificata per la prima volta nella storia la tradizionale struttura della Camera dei Pari con lo *House of Lords Act*. Quest'ultimo intervento è la premessa della riforma che presentiamo, essendo direttamente connesso alla separazione del corpo dei *Lords of appeal in ordinary*. Tale corpo giudicante era peculiare per la sua collocazione all'incrocio tra potere legislativo non elettivo e potere giudiziario d'ultimo appello⁹.

Esso risaliva nel suo ordinamento allo *Appellate Jurisdiction Act* del 1876, con il quale si ha l'ultimo di una serie di importanti interventi legislativi che nell'età vittoriana razionalizzarono l'intera organizzazione delle magistrature nel Regno Unito. Questa legge ebbe come effetto la formazione del *Judicial Committee dei Lords of Appeal in Ordinary*, alti magistrati ai quali si aggiungevano di diritto il *Lord Chancellor* con funzione di presidente e quei Pari che occupassero cariche di rilievo nell'ordinamento giudiziario. Al *Privy Council* competeva la giurisdizione d'appello da qualsiasi parte del Regno e dai possedi-

⁷ Si veda al riguardo il saggio di M. Andenas and D. Fairgrieve, 'There is A World Elsewhere?' *Lord Bingham and Comparative Law*, in *Tom Bingham and the Transformation of the Law*, edited by M. Andenas, D. Fairgrieve, Oxford 2009. Più in generale si veda B. Markesinis, *Judicial Mentality: Mental Disposition or Outlook as a Factor Impeding Recourse to Foreign Law*, in «*Tulane Law Review*», 80 (2006), p. 1325.

⁸ Sul tema si vedano L. Heuschling, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Parigi 2002; *Lo Stato di diritto*, a cura di P. Costa, D. Zolo, Milano 2003; F. Viola, *Il «Rule of Law» e il concetto di diritto*, in «*Ragion pratica*», 30 (2008), pp. 151-168; A. Sciarba, *Il Rule of Law e le relazioni tra diritto e morale nel dibattito tra Hart e Fuller*, in «*Diritto e questioni pubbliche*», 9 (2009), pp. 701-742; F. Viola, *Rule of Law. Il governo della legge ieri ed oggi*, Torino 2011; G. Cogliandro, *Rule of Law. La possibilità del contenuto morale del diritto*, Milano 2012.

⁹ Q. Bloom-Cooper, G. Drewry, *Final Appeal: A Study of the House of Lords in Its Judicial Capacity*, Oxford 1972.

menti della Corona, ma anche la giurisdizione speciale dell'ammiragliato, delle cause ecclesiastiche, degli ordini professionali. La funzione giurisdizionale dei *Lords of appeal in ordinary* era invece generale, in quanto veniva riconosciuta nella sua qualità di vertice sovranazionale del sistema giudiziario di *common law*¹⁰. In altri termini, il *Judicial Committee of the House of Lords* era la suprema istanza giurisdizionale del Regno Unito, verso la quale da tutto il *Commonwealth* confluivano le cause civili e gli appelli in materia penale a norma del *Criminal Appeal Act* 1907. La particolarità e il prestigio del suo ruolo pertanto non deriva dalla specialità delle attribuzioni giurisdizionali bensì dalla particolare competenza che la giurisprudenza della Camera dei *Lords* ha sviluppato, quale giudice di ultimo appello, in materie fondamentali quali la salvaguardia delle libertà e la regolazione dei rapporti tra diritto domestico e diritto dell'Europa comunitaria. L'adozione dello *Human Rights Act* 1998 ha reso sempre più prestigioso il ruolo di tramite con l'Unione Europea del *Judicial Committee of the House of Lords* sotto il profilo della vigilanza sui diritti fondamentali. Al riguardo le attività della Camera dei Pari e del Consiglio Privato non mancavano di punti di intersezione. L'impegno giurisdizionale del *Privy Council* poteva giungere a ricomprendere nella propria sfera decisionale anche istanze attinenti all'esercizio delle libertà fondamentali nel Regno Unito o in quei paesi dai quali è previsto provenga l'istanza di appello del giudizio stesso; la qualifica di giudice supremo d'appello attribuita in via ordinaria al *Judicial Committee* della Camera dei Pari, in quanto collegio formato in prevalenza da giudici professionali e non costituito in base a un substrato di norme consuetudinarie, ha fatto sì che da parte dei *Law Lords* potessero essere trattate, con efficacia costituzionalmente probante, alcune delicate questioni per lo più attinenti all'esercizio di libertà individuali¹¹ e a forme di giustizia implicanti valutazioni sconfinanti in questioni di libertà personale e di diritto internazionale.

Va inoltre evidenziato che ogni decisione di questo *Judicial Committee* era oggetto di un rapporto ufficiale presentato al *plenum* della Camera dei Pari e da questa adottato come atto proprio: con ciò si enfatizza il dato che la sentenza d'appello era emanata dal Parlamento nella sua alta funzione giudiziaria. Lo stesso dicasi per le opinioni giuridiche che, in ossequio ai canoni costituzionali della *common law*, i *Law Lords* potevano esplicitare in relazione a singole questioni loro sottoposte. Le espressioni di questo autorevole parere giurisdizionale, che ponevano in evidenza l'opinione dei singoli giudici, formano oggetto di letteratura ma non sono considerate vincolanti *erga omnes* a meno di non essere ratificate dai Pari in seduta plenaria.

L'idea di dare forma a un vero e proprio tribunale costituzionale e quindi di porre fine alla funzione giudicante dei *Law Lords* si è più volte presentata nel dibattito costituzionale britannico, almeno fin dai tempi di Bentham: in dottrina

¹⁰ Questa esperienza secolare ha influito in maniera ancora da comprendere appieno sulla peculiare inclinazione e specializzazione dei giuristi inglesi nei confronti del sistema in continua evoluzione delle Corti e degli organismi di arbitrato internazionali in materia di commercio.

¹¹ Si veda ad esempio il caso *Reynolds v. Times Newspapers* 1999.

tuttavia essa è riaffiorata solo di recente¹². Nel Regno Unito sembra affermarsi sempre di più l'idea di realizzare una giurisdizione costituzionale in senso proprio, anche se il processo iniziato istituendo la *Supreme Court of the United Kingdom* appare per il momento una iniziativa politica non finalizzata alla realizzazione di una corte costituzionale, bensì alla consacrazione del principio della separazione dei poteri¹³.

A parere di chi si opponeva all'idea di una Corte Suprema formalmente distaccata dal potere politico rappresentativo questo atto potrebbe essere la premessa all'introduzione di una non necessaria costituzione scritta d'impianto benthamiano, una riforma che potrebbe certo inverare le istanze di chiarezza e prevedibilità della legge secondo gli auspici del sunnominato Bentham, ma che secondo gli oppositori di tale visione avrebbe degli esiti restrittivi delle libertà, a cominciare dalla suprema potestà legislativa rappresentata ancora oggi con la formula del *Sovrano in parlamento*, suprema proprio perché vincolata solo dalla tradizione. Tale possibilità non viene a tutt'oggi ben considerata da buona parte dei *constitutional lawyers* inglesi, in quanto a loro giudizio le altre esperienze nazionali caratterizzate da costituzioni deliberatamente codificate in rigide forme documentarie si declinano in ordinamenti che evolvono o derivano da forti principi statalistici, con conseguenti limitazioni delle libertà civili o sociali e intaccano il sacro principio della *privacy*: giova ricordare che ancora oggi nel Regno Unito non è previsto un documento di identità.

Il caso britannico dimostra come non sia necessario che sullo sfondo vi sia una costituzione scritta perché si crei la necessità di una qualche forma di giustizia sovraordinata e quasi-costituzionale: anche al sommo livello di legislazione anteriore, la decisione sulla prescrizione appare, oltre che logicamente, anche concretamente risultante da una norma codificata. Alle origini della decisione politica di istituire una *Supreme Court* si pone il passaggio da una concezione diffusa della giurisdizione costituzionale britannica, tipica del pensiero tardo-liberale, alla spinta uniformatrice del pensiero costituzionale contemporaneo, che guarda principalmente all'uniformità sistematica a livello internazionale. Ancora oggi tuttavia vi sono sostenitori del primato delle piccole comunità e delle loro prerogative, con intenti e ideologie tra loro distanti, come Robert Nozick¹⁴, che sostiene una formula di "stato minimo" per costruire società capaci di vivere in libertà e difendere i diritti individuali, e Alasdair MacIntyre, che afferma come nel mondo occidentale a noi contemporaneo una vera e propria catastrofe abbia colpito il linguaggio della morale, rendendo sostanzialmente impossibile conseguire un consenso tra diverse tradizioni di pensiero, e quindi

¹² Si veda ad esempio D. Hope, *A Phoenix from the Ashes? Accommodating for a New Supreme Court*, in «Law Quarterly Review», 2005, p. 253 sgg.

¹³ D. Woodhouse, *The Constitutional and Political Implications of a United Kingdom Supreme Court*, in «Legal Studies», 24 (2005), p. 134.

¹⁴ R. Nozick, *Anarchia, stato e utopia*, Firenze 1981.

solo comunità composte da un piccolo numero di individui possono portare avanti delle pratiche di vita condivise¹⁵.

Albert Venn Dicey, Frederick Maitland e James Bryce, pur negando la necessità della separazione dei poteri, non escludevano l'istituzione di una Corte Suprema; la loro posizione derivava – pur in un contesto in cui nessun paese dell'Europa liberale dotatosi di una costituzione scritta aveva ancora dato vita a supremi tribunali costituzionali – dall'osservazione desolata della caotica frammentarietà di un'azione giudiziaria ripartita tra i diversi corpi della secolare tradizione inglese. Ricostruendo l'evoluzione della giustizia costituzionale inglese, essa non può essere considerata assente per il semplice fatto che nel Regno Unito non esiste una costituzione scritta. Conseguenza dell'assenza della forma scritta è la flessibilità dell'ordine costituzionale inglese, e anzi in tale assenza si individua l'archetipo della flessibilità costituzionale. Essa è stata oggetto di indagine da parte della dottrina in Italia¹⁶, che l'ha proposta come esempio di riforme attuabili almeno a livello interpretativo, senza escludere che anche ad essa si possa riconoscere quella che è stata definita, prendendo spunto da James Bryce, una «naturale rigidità». Sulla scorta del pensiero di Dicey, si può considerare quale resistenza oppongano al mutamento le convenzioni costituzionali maturate attraverso l'esercizio di prassi comunemente condivise e accettate e non disinvoltamente modificabili attraverso semplici statuizioni normative, o quanto l'influenza della moralità costituzionale innervi di sé e consolidi dati politico-istituzionali che altrimenti risulterebbero aleatori. Il *judicial review of legislation*, pur occupandovi una posizione di primario rilievo, non esaurisce il catalogo di quelle garanzie che, soprattutto se erette a difesa della democrazia e di tutti quegli elementi che le diverse culture politiche intendono come pre-costituzionali¹⁷, sono fondamentali per la sopravvivenza stessa di un ordine costituzionale, sia esso scritto o non scritto. Quest'ultimo è il caso del Regno Unito, che si impone come una realtà *justice-seeking* ossia reclamante l'esercizio di una forma particolare di giustizia, anche se fino a tempi non molto lontani una lettura acritica del concetto diceyano del *rule of law* tendeva a ridimensionare il contributo creativo delle Corti alla costruzione dell'ordinamento democratico, a tutto vantaggio del ruolo del Parlamento. Tale tendenza è a volte percepita dagli stessi giudici, in specie negli Stati Uniti: si veda la recente opinione di Scalia in *Roper v. Simmonds*, la sentenza che più ha aperto la giustizia statunitense all'inclusione del diritto non domestico¹⁸. La concezione della *rule of law as a law of rules* di

¹⁵ A. MacIntyre, *Dopo la virtù. Saggio di teoria morale*, Milano 1988.

¹⁶ Si veda al riguardo il saggio di A. Pace, *Le cause della rigidità costituzionale*, in Id., *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, 2^a ed. riveduta e ampliata, Padova 2002.

¹⁷ A. Barak, *The Role of the Supreme Court in a Democracy*, in «Israel Law Review», 3 (1999), 1, pp. 1-12.

¹⁸ «To allow lower courts to behave as we do, “updating” the Eighth Amendment as needed, destroys stability and makes our case law an unreliable basis for the designing of laws by citizens and their representatives, and for action by public officials. The result will be to crown arbitrariness with chaos»: *Roper vs. Simmons* (03-633) 543 U.S. 551 (2005).

Scalia¹⁹ inserisce il formalismo nell'ipostatizzazione della regola contro l'interpretazione moralmente orientata, diffusasi in forma più raffinata dopo le analisi di Dworkin, o socialmente progressista come ai tempi della corte Warren. Oliver Wendell Holmes in una ricca serie di scritti ha reso popolare l'idea secondo la quale è inutile cercare una sofisticata definizione del diritto: secondo Holmes, diritto sono «le predizioni di ciò che i tribunali faranno». Un altro noto aforisma di Holmes è «la vita del diritto non è la logica, ma l'esperienza»²⁰. Questa affermazione porta tuttavia i limiti di una visione volutamente provocatoria, radicalmente critica del tentativo di indagare sui fondamenti metafisici e politici della legittimità del *judicial review*.

La questione relativa al ruolo delle corti nel processo normativo è tuttora dibattuta tra i maggiori filosofi del diritto contemporanei: secondo Finnis²¹ qui si trova il cuore del fraintendimento e del disaccordo tra Dworkin e i positivisti come Hart e Raz. Infatti la teoria di Dworkin, che tra le teorie del diritto contemporaneo è quella più focalizzata sul ruolo dei giudici, è una teoria normativa del diritto, cioè il suo intento è quello di fondare e giustificare i principi cui informa la sua condotta il giudice nell'adempiere il suo compito di giudicare; la teoria positivista, nelle sue diverse sfumature e declinazioni, tende a voler rimanere invece una teoria descrittiva. In estrema sintesi, una delle domande fondamentali cui cerca di rispondere la teoria di Dworkin riguarda il dovere del giudice²², la sua collocazione nei riguardi della *legal history*; l'alternativa più ampia si pone tra la decisione normativa di rispettare le decisioni precedenti (*stare decisis*) oppure creare coscientemente il diritto. Dworkin risponde a tali questioni utilizzando una metafora letteraria, quella della *chain novel*²³, nella quale il giudice nella disamina del singolo caso in questione, è simile al *chain novelist* della tradizione letteraria, che scrive un nuovo capitolo di una storia sequenziale che la tradizione gli ha consegnato, con il compito di continuare la sequenza da dove gli è giunta e di consegnarla ai suoi successori: in questa attività seriale i giudici sono autori e critici insieme. Su queste tematiche si è sviluppato un acceso dibattito tra Dworkin e Stanley Fish²⁴. Fish sostiene che la costrizione implicita nella struttura della catena narrativa non si rafforza gradualmente con l'allungarsi della catena e contraddice la tesi ottimistica di Dworkin secondo cui l'avanzare

¹⁹ A. Scalia, *The Rule of Law as a Law of Rules*, in «The University of Chicago Law Review», 56 (1989), p. 1175.

²⁰ O.W. Holmes, *The Common Law*, Boston 1881, p. 7.

²¹ J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford 1980, p. 21.

²² Il tema è assolutamente centrale per Dworkin, che vi ha dedicato alcuni tra i suoi volumi più noti: R. Dworkin, *A Matter of Principle*, Harvard 1985; Id., *Law's Empire*, Cambridge, MA, 1986; Id., *Justice in Robes*, Cambridge, MA, 2006.

²³ Dworkin, *Law's Empire* cit., p. 228 e sgg.

²⁴ A testimonianza dell'intenso dibattito tra i due autori si vedano gli studi poi raccolti in S. Fish, *Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*, Oxford 1989; la replica di R. Dworkin, *My Reply to Stanley Fish (and Walter Benn Michaels): Please Don't Talk about Objectivity Any More*, in *The Politics of Interpretation*, edited by W.J.T. Mitchell, Chicago and London 1983.

della catena porti ad una sempre maggiore determinazione dei concetti giuridici e possa infine produrre una corretta risposta ai quesiti connessi all'interpretazione degli *hard cases* e soprattutto della grande maggioranza dei casi non così complessi e controversi.

Brandom muove alcune critiche al modello dworkiniano del giudice, a partire dalla sua strategia inferenziale non rappresentazionale della verità, conducendo una analisi della dinamica della decisione giudiziaria e del suo inserimento nella sequenza delle decisioni precedenti e della sua contestuale prescrittività per le future decisioni analoghe, accettando tuttavia la ricostruzione della *chain novel* di Dworkin. Questa strategia si sostanzia a partire dal presupposto che il significato di un pronunciamento risiede nell'uso che i diversi attori sociali ne fanno: vi è quindi una piramide nelle decisioni che risale attraverso i diversi gradi di generalità della sentenza, della legge, della Costituzione²⁵.

Il dissenso teorico sullo spettro ermeneutico disponibile all'interprete e in particolare alla corte mantiene una struttura dicotomica tra la soggettività autonoma dell'interprete e la oggettività (presunta) del testo. Tale dicotomia sembra evocare il *theoretical disagreement* che secondo Dworkin le diverse versioni del positivismo non riescono a spiegare (anche se secondo Leiter²⁶ invece è possibile spiegarlo senza far ricorso alla panoplia concettuale della teoria di Dworkin). La legge è stabilita prima della decisione giudiziaria e le sentenze possibili possono essere ripartite e classificate secondo uno schema che distingue *policies* e principi. Se una decisione viene presa secondo un criterio orientato agli obiettivi collettivi della società, allora essa è una decisione relativa alla sfera della *policy*, che andrebbe riservata alla discussione e alla decisione parlamentare. Al contrario una decisione basata sui principi equivale a una determinazione tra diritti che vengono identificati come preesistenti²⁷: una sentenza stabilita conformemente ai principi non andrebbe quindi a creare nuovo diritto, ma riconoscerebbe dei diritti che sono in attesa di riconoscimento e che, se corrispondono a principi validi, meritano di essere riconosciuti come tali²⁸. I giudici, nella teoria ermeneutico-normativa di Dworkin, dovrebbero astenersi dal dibattito sulle politiche e sugli obiettivi di lungo termine della società, limitandosi a questo ruolo di discernimento tra principi, da applicare inductivamente alle prassi sociali. L'induzione appare quindi un correlato di una interpretazione liberale della giurisdizione, prodromica alla più generale interpretazione liberale che trova il proprio fondamento e il proprio scopo a partire dalla

²⁵ R. Brandom, *A Hegelian Model of Legal Concept Determination: The Normative Fine Structure of the Judges' Chain Novel*, testo disponibile su internet all'indirizzo <<http://www.pitt.edu/~brandom/currentwork.html>>.

²⁶ B. Leiter, *Explaining Theoretical Disagreement*, in «The University of Chicago Law Review», 76 (2009), 3, pp. 1215-1250.

²⁷ R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London 1977, pp. 82-87.

²⁸ Il dibattito sulle modalità di tale riconoscimento è molto ampio e non può essere affrontato in questa sede, e coinvolge non solo i contemporanei filosofi del diritto positivisti come Matthew Kramer e Joseph Raz, ma anche filosofi del linguaggio e della politica come Robert Brandom e Axel Honneth.

chiave di volta della dignità, a sua volta coronamento e ragion d'essere della libertà politica, dell'eguaglianza e della democrazia. La dignità è intesa da Dworkin in questa grande narrazione come il *focus* dell'intero suo pensiero, o almeno questa è l'autointerpretazione che Dworkin offre dell'insieme del suo pensiero nei suoi ultimi scritti²⁹.

Una Corte che si mostri troppo conscia della *judicial supremacy* è un frequente correlato alla presunta autosufficienza del *rule of law*. Questo atteggiamento di politica del diritto è l'*état d'esprit* che si è voluto analizzare nel nostro studio: la recente pretesa di monopolio sull'interpretazione costituzionale è una manifestazione di potere di cui il costituzionalismo induce a diffidare, secondo una tradizione risalente. Non meno della democrazia, il principio di separazione dei poteri e il rispetto del *rule of law* richiedono una suprema giurisdizione che sia proceduralmente sempre più aperta al confronto con interpretazioni di organi confliggenti e disposta a riconoscere i limiti del potere di cui dispone, perché corrispondente a un compito che è parte di un'impresa politica comune. In tal senso sembra potersi inquadrare teoricamente la decisione del Parlamento britannico di istituire una Corte Suprema separata dalla *House of Lords*, decisione che non è solo un adeguamento ad uno standard internazionale che ormai si presume vincolante (portato di una troppo semplicistica filosofia della storia), ma si delinea come il riconoscimento pragmatico di una tensione teorica tra la necessità di una maggiore determinazione tecnica dei contenuti del *rule of law* e l'insufficiente legittimazione della *chain novel* costituita dalla sequenza della narrazione delle corti; in tal senso vanno anche le istanze di una continua verifica del bilanciamento tra le funzioni supreme dell'ordinamento, il cui equilibrio dipende, in ultima istanza, sempre dalle conseguenze di una ineludibile opzione teorica e politica.

²⁹ Un ampio dibattito in tal senso ha suscitato il suo ultimo volume, R. Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, Cambridge-London 2011; le questioni trattate in questo libro sviluppano i temi trattati nel corso degli anni dall'autore, rileggendo il ruolo dei giudici a partire da una concezione comprensiva della giustizia interpretata a partire dalla nozione fondamentale di dignità; la posizione di Dworkin sui giudici acquista sfumature che vanno oltre la ricostruzione in termini di *chain novel* cui abbiamo fatto cenno nel nostro lavoro. Al riguardo diversi pensatori non se la sentono di seguirlo sulla strada intrapresa dal filosofo da poco scomparso, anche se il dibattito che ne è sorto si mostra denso di implicazioni per la filosofia politica e morale.

A Louisiana Civilian in the Supreme Court: *The Selective Service Cases Revisited*

by Charles J. Reid, Jr.

1. Introduction

The *Selective Draft Law Cases* of 1918 present a challenge to constitutional scholars. In his opinion in these consolidated cases, Chief Justice Edward Douglass White endorsed the constitutionality of the conscription law adopted by the United States upon its entry into World War I. But he did so most anomalously, grounding his opinion principally on the doctrine of state necessity as explained and expounded by the Continental legal theorist Emmerich Vattel and only secondarily on the American Constitution itself.

This article seeks to unpack this strange-looking-constitutional decision regarding a War long forgotten by most Americans. It will consider first the constitutional background to American conscription. It will then look some salient facts about Chief Justice White – especially focused on his military record, his training as a civilian, and his sophisticated use of Roman law as a sitting judge. The article then examines the structure of White’s opinion in the *Selective Draft Law Cases* and reviews the jurisprudential premises that governed his reasoning. The article closes with a discussion of the jurisprudential world in which he operated – one very different from the highly positivistic one that prevails today.

2. Conscription: Its Constitutional Background

In late 1916 and early 1917, only months after winning re-election on the campaign slogan «He Kept Us Out of War», President Woodrow Wilson and his advisors readied a proposed Selective Service Act for submission to Congress should it be needed. Using euphemistic language (“Selective Service” avoided the politically-risky vocabulary of “draft” or “conscription”), the Act meant to ensure that the Armed Forces had a ready supply of young men to fight in World War I¹.

¹S.D. Cashman, *America Ascendant: From Theodore Roosevelt to FDR in the Century of American Power, 1901-1945*, New York 1998, p. 154); and J.W. Chambers, *Decision for the Draft*, in «OAH Magazine of History», 17 (2002), pp. 26-30, 33.

Indeed, in early 1917, the United States was woefully unready to fight a major European War. In 1914, at the outbreak of European hostilities, the Army had fewer than 100,000 active duty personnel. And while Congress had taken some small steps to increase the Army's size, the numbers had barely budged by January, 1917².

In the early spring of 1917, Germany resorted to unrestricted submarine warfare upon neutral shipping as a last desperate measure to put Great Britain in a chokehold. In March, 1917 alone, five American merchant ships were sunk, and President Wilson, his patience exhausted, requested Congress declare war on Germany and her allies³. War was declared on April 6, 1917, and a few weeks later, on May 18, Congress enacted the Selective Service Act of 1917⁴.

The Act's passage was greeted by a tidal wave of protest. Socialist leader and perennial presidential candidate Eugene Victor Debs denounced the draft and was imprisoned⁵. Emma Goldman, the Russian immigrant anarchist and feminist, urged people to resist conscription and was also systematically prosecuted⁶. Riots, violence, and active subversion occurred in a number of places⁷. Soon enough, the Selective Service Act was made the subject of a constitutional challenge.

In truth, the American constitutional order never contemplated widescale involuntary conscription. A *Yale Law Journal* article dryly summarized what has been a consistent American attitude toward the draft: «The Selective Service System is the only government institution outside the criminal courts with the power to condemn a man to possible death»⁸.

During the Revolutionary War, General George Washington called upon the Continental Congress to conscript men, and while some states responded to this summons with local drafts, these efforts were not widespread nor very successful⁹.

² M.E. Grotelueschen, *The AEF Way of War: The American Army and Combat in World War I*, Cambridge 2007, p. 11.

³ R.P. Carlisle, *World War I*, New York 2009, p. 208.

⁴ Selective Service Act of 1917, P.L. 65-12, 40 Stat. 76 (1917).

⁵ R.A. Smolla, *Free Speech in an Open Society*, New York 1992, pp. 100-101; cf. *Debs v. United States*, 249 U.S. 211 (1919) (upholding Debs' conviction for alleged espionage).

⁶ P. and K. Avrich, *Sasha and Emma: The Anarchist Odyssey of Alexander Berkman and Emma Goldman*, Cambridge, MA, 2012, p. 272; *Criminal Law, Conspiracy: Inducing Resistance to Selective Draft Act*, in «*Yale Law Journal*», 27 (1918), pp. 955-956; and *Goldman v. United States*, 245 U.S. 474 (upholding Goldman's conviction).

⁷ D.W. Grantham, *The South in Modern America: A Region at Odds*, New York 1994, p. 80 (violent draft resistance in the South); W.R. Douglas, *The Germans Would Court Martial Me Too: St. Paul's World War I Socialist Draft Resisters*, in «*Minnesota History*», 55 (1997), pp. 286-301 (draft resistance in the upper Midwest); and J. Keith, *The Politics of Southern Draft Resistance, 1917-1918: Class, Race, and Conscription in the Rural South*, in «*Journal of American History*», 87 (2001), pp. 1335-1351 (draft resistance in the deep South).

⁸ «*The Selective Service*», *Notes and Comments*, in «*Yale Law Journal*», 76 (1966), p. 160.

⁹ J.W. Chambers II, *Conscription*, in *The Oxford Companion to American Military History*, edited by J.W. Chambers, II, Oxford 1999, p. 180.

While conscription was never directly raised as a concern at the time of the American Founding and the Constitution is officially silent on the matter, there was raised, during the drafting and ratification debates, a strong fear of «standing armies»¹⁰. A large, permanent military establishment was seen as a threat to individual liberty and conscription only served to make this danger even more vividly real¹¹. As finally ratified, the United States Constitution merely granted Congress the power to raise an Army with no instructions on how to do it¹².

The need for manpower during the War of 1812 prompted the first national discussions on conscription. Although Congress tried many inducements to recruit volunteers, the American war effort suffered chronic unmet needs for well-trained soldiers¹³. In the fall of 1814, at the request of Senator William B. Giles of Virginia, Secretary of State James Monroe proposed conscription legislation to Congress¹⁴.

The young New Englander, Daniel Webster, who would go on to argue more than 200 cases before the United States Supreme Court and gain respect as among the greatest constitutional thinkers¹⁵, stood on the floor of the U.S. House of Representatives to denounce the proposed legislation. The bill must be defeated, Webster declaimed, because it demanded the «surrender» of «the most essential rights of personal liberty» while «embrac[ing]» «despotism (...) in its worst form»¹⁶. A draft conferred upon the government «a power more tyrannical, more arbitrary, more dangerous, more allied to blood and murder, more full of every form of mischief, more productive of every sort of misery, than has been exercised by any civilized government, with one exception, in modern times»¹⁷. Monroe's proposal was never enacted into law.

The Civil War saw both sides resort to conscription. The Confederacy passed far-reaching conscription legislation in 1862¹⁸, and the Union followed suit in March, 1863¹⁹. Conscription met with resistance in both the North and the

¹⁰ R. Spitzer, *Right to Bear Arms* (II), in *Encyclopedia of American Civil Liberties: A-F*, edited by P. Finkelman, New York 2006, pp. 1337, 1339-1340.

¹¹ Ch.J. Reid, Jr., *John T. Noonan, Jr., On the Catholic Conscience and War: Negre v. Larsen*, in «Notre Dame Law Review», 76 (2001), pp. 881, 892-894.

¹² U.S. Constitution, Art. I, Sec. 8. Cf. B. Donohoe and M. Smelser, *The Congressional Power to Raise Armies: The Constitutional and Ratifying Conventions, 1787-1788*, in «Review of Politics», 33 (1971), pp. 202-211.

¹³ M.A. Kreidberg and M.G. Henry, *History of Military Mobilization in the United States Army, 1775-1945*, Washington, DC, 1955, pp. 43-53.

¹⁴ *Ibidem*, p. 53.

¹⁵ M.G. Baxter, *Daniel Webster and the Supreme Court*, Amherst 1966, p. 1: «In the formative years from the end of the War of 1812 through the famous Compromise of 1850, no lawyer had more effect upon the United States Supreme Court (...) than Daniel Webster».

¹⁶ Daniel Webster, *Speech on the Conscription Bill*, U.S. House of Representatives, December 9, 1814. Reprinted in *The Letters of Daniel Webster*, edited by C.H. van Tyne, New York 1902, p. 57.

¹⁷ *Ibidem*, p. 62. Webster does not explain his «one exception» reference, but it is fair to guess he meant France in the Reign of Terror and under Napoléon Bonaparte.

¹⁸ See generally W.L. Shaw, *The Confederate Conscription and Exemption Acts*, in «American Journal of Legal History», 6 (1962), pp. 369-405.

¹⁹ The Enrolment Act, ch. xxxv, 12 Stat. 731 (1863).

South, but it was in the North, whose law was particularly raw in its class favoritism, where violence broke out. The Union law permitted wealthier conscripts to hire substitutes to serve in their place but made no accommodations for poor draftees²⁰ – and poor young men met the call to arms in the summer of 1863 with mayhem and rioting, especially in New York City²¹. Although the question was never litigated in the federal courts,²² Roger Taney, the sitting Chief Justice, wrote in his private capacity to advise Congress that he believed the Enrolment Act to be unconstitutional²³.

After this unfortunate history, conscription lapsed for half a century, until that fateful winter of 1916/1917, when Wilson and his advisors girded for war.

3. *Edward Douglass White*

In December, 1917, the Supreme Court considered a consolidated appeal involving several challenges to the draft raised in different parts of the country. Edward Douglass White, the Chief Justice, authored a single opinion responsive to these different cases, which issued in early January, 1918²⁴. White, then aged seventy-two and nearing the close of his career, was unique among justices of the Supreme Court in that he remains to this day the only trained civilian to serve on the nation's highest court.

White had been born into a prominent political family in 1845. His father, Edward, Sr., seventy years old when young Edward was born, had been a force in Louisiana politics for decades, serving as a local judge, a representative to Congress, and as governor. His wife Catherine, Edward's mother, hailed from a wealthy Catholic family with deep roots in Maryland²⁵.

Descended from an aristocracy of wealth and connections on both sides, White was the beneficiary of the best Catholic education available. He was tutored by Jesuits in New Orleans, and afterwards received a higher education at Mount St. Mary's College in Emmitsburg, Maryland, and Georgetown University in the District of Columbia²⁶.

²⁰ N.C. Kimmons, *Federal Draft Exemptions, 1863-1865*, in «Military Affairs», 15 (1951), pp. 25, 30.

²¹ See generally J. McCague, *The Second Rebellion: The Story of the New York City Draft Riots of 1863*, New York 1968; and P. Levine, *Draft Evasion in the North During the Civil War, 1863-1865*, in «Journal of American History», 67 (1981), pp. 816-834.

²² The constitutionality of conscription was ruled upon twice by the Pennsylvania Supreme Court. In 1863, a closely-divided court held the federal law unconstitutional and not binding in Pennsylvania. *Kneedler v. Lane*, 3 Grant 465 (1863). A few months later, after a change in membership, the Pennsylvania Court reversed itself, ruling in favor of conscription. *Kneedler v. Lane*, 3 Grant 523 (1864).

²³ J.F. Leach, *Conscription in the United States: Historical Background*, Rutland, VT, 1952, p. 356.

²⁴ *Selective Draft Law Cases*, 245 U.S. 366 (1918). The consolidated cases included four from Minnesota and two from New York.

²⁵ R.B. Highsaw, *Edward Douglass White: Defender of the Conservative Faith*, Baton Rouge, LA, 1981, pp. 15-16. Cf. Sr M.C. Klinkhamer, O.P., *The Family Background of Chief Justice White*, in «Catholic Historical Review», 33 (1947), pp. 191-205 (tracing White's full lineage).

²⁶ Highsaw, *Edward Douglass White*, p. 18.

He left college in 1863, however, to enlist in the Confederate Army. He was taken prisoner of war, however, near the end of the War, which brought his military ambitions to their proper conclusion²⁷. Years later, he expressed fervent gratitude that the South had lost the Civil War²⁸.

Following the War, White studied law and entered politics. He learned law by reading it in the office of Edward Bermudez, a gifted Romanist who was himself descended from Spanish aristocracy, an ancestor having served as Spanish Minister of State and ambassador to France²⁹. Bermudez was a worthy mentor to White, being himself one of the most accomplished civil lawyers of his day, serving on the Louisiana Supreme Court from 1880 to his death in 1892.

White swiftly ascended to the pinnacle of Louisiana's governing structure. He was elected to the State Senate in 1874, at the age of twenty-nine. He was appointed to the State Supreme Court in 1878 but required to step down two years later, when an age limit was adopted making him ineligible to serve. He assisted in the founding of Tulane University and briefly served in the University's administration. He cultivated relationships in the American Catholic hierarchy, especially with James Cardinal Gibbon and the Jesuit Order, for which he retained a life-long fondness. In 1891, this careful coalition-building paid off when the Louisiana legislature elected White to the United States Senate³⁰. A mere two-and-one-half years later, furthermore, thanks to his own good luck and the misfortune of two more prominent rivals³¹, White was appointed to the Supreme Court, first as Associate Justice and then elevated, in 1910, to the rank of Chief Justice³².

As a Louisiana-trained civilian, White often used Roman law sources in his opinions and relied on Romanist texts and commentaries on a number of occasions as a principal foundation of his constitutional reasoning³³. The *Selective Draft Law Cases* are a prominent example of this practice, but hardly the only instance. In *Coffin v. United States*, White concluded that the Constitution mandated a presumption of innocence in criminal cases and found support for this

²⁷ Questions surround the timing of his capture. William Rehnquist, following the standard historiography, indicates that he was taken captive following the Battle of Port Hudson in 1863. See W.H. Rehnquist, *Remarks of the Chief Justice: My Life in the Law Series*, in «Duke Law Journal», 52 (2003), pp. 787, 796. Civil War records, however, show that he was more likely captured in March, 1865, a few weeks before the War's end. See the entry for Edward Douglass White, Roll M598_106, Selected Records of the War Department Relating to Confederate Prisoners of War, 1861-1865.

²⁸ Highsaw, *supra*, p. 20.

²⁹ Hon. Edward Bermudez, in «Green Bag», 4 (1892), p. 454.

³⁰ Sr M.C. Klinkhamer, O.P., *Edward Douglass White: Chief Justice of the United States Supreme Court*, Washington, DC, 1943, pp. 18-25.

³¹ P.A. Freund, *Appointment of Justices: Some Historical Perspectives*, in «Harvard Law Review», 101 (1988), pp. 1146, 1151.

³² W.F. Pratt, *The Supreme Court Under Edward Douglass White, 1910-1921*, Columbia, SC, 1999, pp. 14-16.

³³ Ch.J. Reid, Jr., *Edward Douglass White's Use of Roman and Canon Law: A Study in the Supreme Court's Use of Foreign Legal Citations*, in «University of St. Thomas Law Journal», 3 (2006), pp. 281-310.

holding in Justinian's texts and the literary work of Ammianus Marcellinus³⁴. In *Cubbins v. Mississippi River Commission*, White looked to commentaries on the Code Napoléon to justify the building of private levees on the banks of the Mississippi River³⁵.

In *Geer v. Connecticut*, a case famous among environmental lawyers for its expansive recognition of state regulatory power³⁶, White supported his holding by reference to the powers Roman law granted the sovereign in its control of animals *ferae naturae*³⁷. And in *Cunnius v. Reading School District*, White once again relied on nineteenth-century commentaries on French and Roman law to resolve thorny property questions in a presumption of death case where, after an absence of many years, the party declared dead suddenly returned home, quite alive and well³⁸.

Usage of foreign law, especially Romanist materials and Continental jurisprudence, was a steady feature of White's opinion writing. And it his employment of these sources in the *Selective Draft Law Cases* that is considered next.

4. *The Selective Draft Law Cases*

The petitioners' brief in the *Selective Draft Law Cases* aimed to build the case that conscription was incompatible with ancestral notions of Anglo-American liberty. To that end, the brief sketched a historiography, extending from the medieval Saxons to the English Glorious Revolution, attempting to show that there ran a deep aversion in the tradition to standing armies and the concentrated governmental power they represented³⁹. This aversion was second nature to the Framers and the reason they did not include conscription in the Constitution. For confirmation, the brief turned to Daniel Webster's denunciation of conscription during the War of 1812⁴⁰. The brief even distinguished Civil-War conscription from that imposed by the World War I statute by noting that individuals could buy their way out of the earlier draft by hiring a substitute⁴¹. But now, «for the first time in the history of this nation Congress attempts to

³⁴ *Coffin v. United States*, 156 U.S. (1895), pp. 432, 452-460.

³⁵ *Cubbins v. Mississippi River Commission*, 241 U.S. (1916), pp. 351, 363-366

³⁶ T. Smith, *Fiduciary Duty and the Atmospheric Trust*, Burlington, VT, 2012, p. 113 (connecting White's opinion, Roman law, and the "public trust doctrine" that holds that the environment is a public responsibility subject to state regulation).

³⁷ *Geer v. Connecticut*, 161 U.S. (1896), pp. 519, 521-527.

³⁸ *Cunnius v. Reading School District*, 198 U.S. (1905), pp. 458, 469-471.

³⁹ Authored by T.E. Latimer, Herbert Dunn, and Frank Healy, the brief asserted that England's primeval liberty was threatened by William the Conqueror's standing army and then more comprehensively by the professional military assembled by the Tudor and Stuart monarchs. The English Glorious Revolution was a reassertion of ancestral liberty against these encroachments just as was the American Revolution ninety years later. See Brief of Plaintiff-in-Error, *Arver v. United States*, no. 663 (December, 1917). Arver was the first named plaintiff in the consolidated cases reviewed by the Court.

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 11-12.

⁴¹ *Ibidem*, p. 13.

provide for the raising of a regular army, an organization [supposedly] based upon voluntary enlistment, by conscription»⁴². This step amounted to involuntary servitude under the Thirteenth Amendment and effectively re-established on American shores the despotism of late Stuart England⁴³.

The government's brief appeared under the name of John W. Davis, the nation's Solicitor General. Davis was one of the greatest lawyers of his generation, and the Democratic nominee for President in 1924, although today he is remembered chiefly for his ignominious role in arguing on behalf of the segregationists in *Brown v. Board of Education*⁴⁴.

The opening portion of Davis's brief consisted of a series of inferences that led inexorably to a governmental power to conscript young men for the armed forces. «The highest duty of every citizen is to serve his country in time of need», the brief opened⁴⁵. One could view conscriptions from each of two perspectives, Davis continued – either as an obligation of citizenship or as a necessary power of the State⁴⁶. True, he acknowledged, the Constitution did not provide affirmatively for conscription among its enumerated powers, but it also did not prohibit the practice and logic demanded its acceptance⁴⁷.

With bravado masking an absence of direct constitutional authority, Davis asserted: «Only sheer hardihood would seriously deny that among the appropriate means to which Congress may resort in raising armies is the selective draft»⁴⁸. Davis contended that the Constitution had to be interpreted in light of the necessities of modern states. Thus the United States possessed all of the powers of a sovereign nation and like other sovereigns – Canada, Great Britain, the South African Republic, the German Empire – it had the power to compel men to serve in the military⁴⁹. He dismissed the claim of involuntary servitude, asserting that the Thirteenth Amendment had to be read narrowly, as eliminating chattel slavery and as contributing nothing on the subject of conscription⁵⁰.

Davis's arguments were convincing to White. As he justified his decision to uphold the draft, he viewed the case as involving a clash of two rival and incompatible principles as to the relationship of the individual to the modern state. The claims of the draft resisters, White declared, would exalt the individual above the

⁴² *Ibidem*, p. 16.

⁴³ *Ibidem*, pp. 19-25.

⁴⁴ On Davis's career, see W.H. Harbaugh, *Lawyer's Lawyer: The Life of John W. Davis*, New York 1973. Davis did not merely present a lawyer's brief favoring school segregation, he endorsed it as an «immutable principle» so long practiced in the United States as to have «passe[d] the limits of judicial discretion and disturbance». L.L. Gould, *Born With His Trousers Creased*, in «Yale Law Journal», 83 (1974), pp. 866, 875 (quoting Davis).

⁴⁵ Brief For the United States, *Ruthenberg v. United States*, nos. 656 *et al.*, December, 1917.

⁴⁶ *Ibidem*, pp. 10-11.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 13.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 14.

⁴⁹ *Ibidem*, pp. 16-17.

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 63-64.

state and this would lead to anarchy⁵¹. Trust individual decision-making on a matter this important and the military itself might disappear⁵².

When the Constitution conferred power on Congress to raise an army, therefore, it must have implicitly granted the authority to compel the needed manpower. To support this proposition, White turned to the work of Emmerich Vattel (1714-1767). Vattel, a Swiss legal scholar who wrote in French⁵³, was enjoying something of a renaissance in the middle 1910s⁵⁴. Charles G. Fenwick, the eminent Catholic scholar of international law⁵⁵, had written a pair of influential articles on Vattel and had prepared a new French edition of his work for the Carnegie Institution⁵⁶. John W. Davis, furthermore, had cited Vattel in his brief⁵⁷.

Vattel must have seemed like a convenient authority since he built a powerful case, on the basis of the logic of state necessity, for conscription. «No person is naturally exempt from taking up arms in defence of the state», wrote Vattel⁵⁸. «A good government», he continued, would direct its human resources into those «posts and employments» in a way «that the state may be most effectually served in all its affairs»⁵⁹. Reading and citing the chapter in which these comments were contained, White endorsed Vattel's views and concluded: «It may not be doubted that the very conception of a just government and its duty to the citizen includes the reciprocal obligation of the citizen to render military service in case of need and the right to compel it»⁶⁰. Thus a constitutional provision that authorized Congress to raise an army but was silent as to means came to be interpreted as requiring, as a logical corollary, a military draft where the needs of the nation mandated it.

⁵¹ 245 U.S. p. 378 (claim based on individual liberty «is so devoid of foundation that it leaves not even a shadow of a ground upon which to base the conclusion»). *Ibidem*.

⁵² *Ibidem*, p. 377 («As the mind cannot conceive an army without the men to compose it, on the face of the Constitution the objection that it does not give power to provide for such men would seem to be too frivolous for further notice»).

⁵³ On Vattel's background, see M.G. Forsyth, H.M.A. Keens-Soper and P. Savigear, *The Theory of International Relations: Selected Texts From Gentili to Treitschke*, London 1970, pp. 87-88. Vattel's principal work, *Le droit des gens*, was translated as *The Law of Nations* (Philadelphia 1863).

⁵⁴ Interest in Vattel has recently been revived. See D.G. Lang, *Foreign Policy in the Early Republic: The Law of Nations and the Balance of Power*, Baton Rouge, LA, 1985, pp. 13-33; and P. Onuf and N. Onuf, *Federal Union, Modern World: The Law of Nations in an Age of Revolutions, 1776-1814*, Madison, WI, 1993, pp. 1-26. Onuf and Logan both maintain that Vattel was read and recommended by some members of the founding generation, but White nowhere in his opinion makes the originalist claim that Vattel was important in 1918 because he had been important in 1789.

⁵⁵ On Fenwick, see *Charles G. Fenwick Dies at 92; Was International Law Expert*, in «The New York Times», April 26, 1973; J.R. Hailey, *Dr. Charles G. Fenwick Dies*, in «The Washington Post», April 26, 1973.

⁵⁶ See Ch.G. Fenwick, *The Authority of Vattel*, Part I, in «American Political Science Review», 7 (1913), pp. 395-410; and Ch.G. Fenwick, *The Authority of Vattel*, Part II, in «American Political Science Review», 8 (1914). Cf. Emmerich de Vattel, *Le Droit des gens: ou Principes de la loi naturelle*, edited by Ch.G. Fenwick and A. Geouffre de Lapradelle, eds., 3 volumes, Washington, DC, 1916.

⁵⁷ Brief for the United States, *supra*, pp. 9-10.

⁵⁸ Vattel, *Law of Nations*, *supra*, p. 294.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ 245 U.S. p. 378 (citing Vattel, *Law of Nations*, Bk. III, chapters one and two).

What prompted White to rely on Vattel in this way? What led him to such statist premises? White may well have felt some attraction since Vattel was a French writer and White, fluent in French, made frequent use of francophone sources in his judicial opinions. But it is probable that White had other motives, also, for taking the turn he did.

5. *The Historical Progress of the Law*

A main current of early twentieth-century jurisprudence stressed the centrality of a progressive model of legal history. The history of law was more than a mere curiosity. A lawyer immersed in the rich data of the past could find there guidance for how life must be governed in the here and now. «Understanding current law», this school of thought maintained, «depend[ed] on tracing its evolution from its earliest origins»⁶¹.

This mode of thinking, called by its practitioners “historical jurisprudence”, was traceable to the writings of the English statesman Edmund Burke and the German jurist Friedrich Carl von Savigny, although its roots were sunk deep in the soil of Tudor-Stuart legal history⁶². Historical jurisprudence stressed the cultural experiences of the group – the people, the *Volk*, the nation, or the civilization. Depending on the motives of its practitioners, historical jurisprudence might manifest itself in narrow-minded provincialism, heated nationalism, or, on the other hand, an openness to comparative study⁶³. Common to all of this, however, was a commitment to normativity – the past mattered because in important ways it continued to bind us today.

Anglo-American historical jurisprudes of the late nineteenth and early twentieth centuries overwhelmingly understood the law to be struggling, through trial and error, in historical time, toward certain beneficial ends. When Henry Sumner Maine recited the story of the growth of sophisticated legal institutions, he told it as the inevitable progress from status to contract. Western civilization began in a straightjacket-like rigidity, in which all of our relations were defined for us by our birth and our station in life, to a fluid, open modern society in which we define relations for ourselves, through our power to contract with others⁶⁴.

While Maine operated on the level of grand theory, this historical teleology could also focus more specifically on particular legal or political institutions. Thus when John Maxcy Zane authored his treatise on banking law, seeking not only to restate but to redefine its content, he began with the confluence of historical legal doctrines – bailment, trust, contract – that helped form

⁶¹ D.M. Rabban, *Law's History: American Legal Thought and the Transatlantic Turn to History*, Cambridge 2013, p. 326.

⁶² See generally H.J. Berman, *The Origins of Historical Jurisprudence: Coke, Selden, Hale*, in «Yale Law Journal», 103 (1994), pp. 1651-1738.

⁶³ Reid, *Edward Douglass White*, *supra*, pp. 309-310.

⁶⁴ H.S. Maine, *Ancient Law*, London 1861, pp. 99-100.

modern banking practice. From these primitive elements, he contended, the law of banking progressed and all future reform must keep true to these historical sources⁶⁵.

This was a world in which it was impossible for lawyers not to think historically. And, as noted above, this mode of thought was often nationalistic, or at least tribal. This tribalism manifested itself, among Anglo-American lawyers, in a readiness to celebrate the superiority of their own tradition. James Barr Ames, the great popularizer of casebooks and Dean of the Harvard Law School, saw his mission as the doing of “genealogy”⁶⁶. And that genealogy led back to Germany: «The English law is more German than the law of Germany itself»⁶⁷.

By this, Ames meant to compare and contrast the commitment of the Anglo-American tradition to freedom, to justice, and to progress with those legal systems that had come under the influence of Romanist modes of thought. Ames was far from alone in making this argument. John Forrest Dillon saw the roots of America’s free institutions in the the «love of personal freedom and independence» of the ancient Germans⁶⁸. James Coolidge Carter praised the «harmonious blending of law and liberty» found in the American system in contrast to the civilian where the old «maxim that law proceeds from the pleasure of the sovereign» still prevails⁶⁹.

World War I obviously diminished the enthusiasm for the Germanic foundations of American law, but, if anything, it strengthened the nationalism of American jurists⁷⁰. White’s assertion of continental sources acted as a subtle corrective to these trends. For the sources he wished to promote were neither Germanic nor natively Anglo-American. He sought, rather, to read romanist traditions into the American constitutional order. He did this with *Coffin* and *Cubbins*, *Cunnius* and *Geer*. And he was doing it again with the *Selective Draft Act Cases*. As only an American romanist who simultaneously sat as a judge on America’s highest tribunal could appreciate, White grasped the essential unity of Western law. I myself have quarrels with the outcome in the *Selective Draft Act Cases*. I remain convinced that the proper way to handle conscription is by constitutional amendment, not judicial opinion⁷¹. But despite personal misgivings about his support for conscription, I esteem White’s larger project, his ambition of integrating Anglo-American and Continental jurisprudence through a sophisticated expansion of legal sources.

⁶⁵ J.M. Zane, *The Law of Banks and Banking*, Chicago 1900, pp. 15-26.

⁶⁶ J.B. Ames, *Lectures on Legal History and Miscellaneous Legal Essays*, Cambridge, MA, 1913, p. 145.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 34. Cf. Rabban, *Law’s History*, *supra*, p. 291 (evaluating Ames on this point).

⁶⁸ J.F. Dillon, *The Laws and Jurisprudence of England and America*, Boston 1894), p. 159.

⁶⁹ J.C. Carter, *The Proposed Codification of the Common Law*, New York 1884, p. 8.

⁷⁰ J.M. Zane, *German Legal Philosophy*, in «Michigan Law Review», 16 (1918), pp. 287-375 (an extreme xenophobic rant).

⁷¹ L. Friedman, *Conscription and the Constitution: The Original Understanding*, in «Michigan Law Review», 67 (1969), pp. 1493-1552.

6. Conclusion

The conscription law so fervently defended by Davis and White was, like its Civil-War antecedent, only haphazardly enforced. In a mobile society lacking sophisticated means of tracking its residents, it is estimated that somewhere between 300,000 and three million young men avoided military service, most by the simple expedients of remaining mobile and refusing to register⁷². Still, if one judges the legislation by the success of the War effort, it can be said to have achieved its purposes.

Today, the case stands also as a reminder that members of the United States Supreme Court have often resorted to the use of foreign legal sources in the resolution of leading cases. This should barely warrant mention at all, except for the fact that eight or nine years ago, members of the Supreme Court debated this point vigorously, conservative members of the court viewing reliance on foreign law as a kind of unconstrained extra-constitutional reasoning. This internal debate stimulated a large scholarly response and it seems that the Court is no longer keen to argue this point⁷³.

Most important for our purposes, however, most significant in a volume honoring the many great accomplishments of Mario Ascheri, is the unity that this case reveals in Western law. America and Europe might be separated by an ocean, our legal traditions may have depended upon different sources, but still one can find the great bridge-builders. Chief Justice Edward Douglass White was one such bridger of continents. And Mario Ascheri is another.

⁷² Ch. Capozzola, *Uncle Sam Wants You: World War I and the Making of the Modern American Citizen*, Oxford 2008, p. 30.

⁷³ Among the most important studies is St. Calabresi and St. Dotson Zimdahl, *The Supreme Court and Foreign Sources of Law: Two Hundred Years of Practice and the Juvenile Death Penalty Cases*, in «William and Mary Law Review», 47 (2005), pp. 743-909.

Honos alit artes

**Studi per il settantesimo compleanno
di Mario Ascheri**

**Indice generale
dei quattro volumi**

Honos alit artes
**Studi per il settantesimo compleanno
di Mario Ascheri**

Indice generale dei quattro volumi

**LA FORMAZIONE DEL DIRITTO COMUNE
Giuristi e diritti in Europa (secoli XII-XVIII)**

La letteratura consiliare

Alarico Barbagli, *Un consilium di Antonio Malegonnelle sui poteri dei giudicanti di Borgo Sansepolcro (sec. XVI in.)*

Alessandra Bassani, «*Per provare l'innocenza*». *Ratto e stupro in un consilium di Giovanni Cefali*

Vincenzo Colli, *Per uno studio della letteratura consiliare: notizia del ms London, BL, Arundel 497, autografo di Lapo da Castiglionchio il Vecchio*

Mario Conetti, *La giurisdizione delegata nei consilia di Federico Petrucci*

Maura Fortunati, *I rapporti tra Savona e Genova in alcuni consilia quattro-cinquecenteschi*

Marina Gazzini, *Verso la riforma ospedaliera. Un consilium sapientis del 1349*

Thomas Izbicki, *The consilia of Bartolus de Saxoferrato in ms Ottob. Lat. 1249*

Nella Lonza, *Terra incognita: A Handful of consilia Regarding Medieval Dalmatia*

Tomás de Montagut i Estragués, *Consilia de cuatro famosos juristas de Barcelona sobre derecho feudal catalán (1335)*

Maura Mordini, *Un consilium autografo di Paolo di Castro in tema di confini*

Giovanna Morelli, «Ne tacenda loquatur et dicenda conticeat». *I consilia dei collegi legali bolognesi del XVI-XVIII secolo*

Riccardo Parmeggiani, *Tribunale della fede ed ebrei. Un consilium processuale di Dino del Mugello e Marsilio Manteghelli per l'Inquisizione ferrarese (1290)*

Alain Wijffels, *Early-Modern consilia and decisiones in the Low Countries: The Lost Legacy of the mos italicus*

Giuristi, testi e università fra medioevo e prima età moderna

Patrick Arabeyre, *Listes d'honneur méridionales de juristes médiévaux (France, fin 15^e - début 16^e siècle)*

Andrea Bartocci, *Tra Firenze e Avignone. Due lettere di Giovanni da San Giorgio a Francesco Bruni*

Monica Chiantini, *Giacomo Sbrozzi e il Tractatus de officio et potestate vicarii episcopi: un profilo bio-bibliografico*

Emanuele Conte, *Una radice antica del diritto di resistenza: la dottrina dei glossatori nella Summa Trium Librorum di Rolando da Lucca*

Ettore Dezza, *Lorenzo Silvano: materiali per la scheda bio-bibliografica di un giurista del XVI secolo*

Dolores Freda, «La Terza Università d'Inghilterra». *La formazione dei giuristi inglesi tra medioevo ed età moderna*

Peter Landau, *Bulgarus in Pisa. Die Anfänge des Pisaner Rechtsstudiums und die Nachkorrektur der Digestenvulgata*

Alessia Legnani Annichini, *Il Tractatus de proxenetis et proxeneticis di Benvenuto Stracca (1509-1578)*

Paola Maffei, *Il giudice e il medico. La diversa disciplina della colpa professionale nelle riflessioni dei giuristi (dal medioevo alla prima età moderna)*

Andrea Padovani, *Sulla dialettica dei giuristi medievali. Fallacia d'accidente e dintorni*

Lavinia Ricci, *La produzione normativa nello Stato della Chiesa nel De bono regimine di Pietro Andrea Vecchi (prima metà del XVIII secolo)*

Gian Maria Varanini, Attilio Stella, *Scenari veronesi per la Summa feudorum di Iacopo di Ardizzone da Broilo*

Thomas Woelki, *Singularia: eine fast vergessene Gattung der juristischen Literatur*

Maria Carla Zorzoli, *L'educazione del giurista per la pratica (nello Stato di Milano tra Cinque e Seicento)*

Il diritto canonico

Uta-Renate Blumenthal, *Liber Extra 5.6.17 (Ad Liberandam): A Surprising Commentary by Hostiensis*

Alessandro Dani, *Le visite secolari in alcune sistemazioni dottrinali seicentesche*

Silvia Di Paolo, *Il Tractatus de officio et potestate capituli sede vacante di Giovanni Francesco Pavini (1481). Note di lettura*

Riccardo Ferrante, *Modelli di controllo in età medievale: note su visita e sindacato tra disciplina canonistica e dottrina giuridica*

Roberto Lambertini, *La povertà tra etica e diritto in Enrico del Carretto*

Peter Linehan, Martin Bertram, *The Law's Delays: Two Chapters in the Thirteenth-Century History of S. Maria de Lorvão (by Peter Linehan) mit Bemerkungen zu einer Extravagante Gregors IX. (von Martin Bertram)*

Andreas Meyer, *Konfliktvermeidung durch Hierarchisierung der Ansprüche. Prärogativen im Kampf um kirchliche Benefizien im Spätmittelalter*

Paolo Nardi, *Il giureconsulto Lorenzo Ermanni da Perugia (...1399-1424...) e la plenitudo potestatis del papa*

Ken Pennington, *Gratian and the Jews*

Eltjo Schrage, *Luther und das Kirchenrecht*

Isidoro Soffietti, *Ancora alcune osservazioni sul Dictatus papae suggerite dai manoscritti della Biblioteca Nazionale di Torino D IV 33 e D V 19*

Robert Somerville, *Another Fragment of Compilatio prima at Columbia University*

Julien Théry, *Non pas «voie de vie», mais «cause de mort par ses enormia». L'enquête pontificale contre Niccolò Lercari, évêque de Vintimille, et sa déposition (1236-1244)*

José Miguel Viejo-Ximénez, *Graciano y la inartificiosa eloquentia*

GLI UNIVERSI PARTICOLARI
Città e territori dal medioevo all'età moderna

Comune, corporazioni, statuti

Valeria Belloni, *La struttura organizzativa delle corporazioni milanesi in età spagnola. Prime note su Nuove costituzioni, Statuti e disposizioni dell'Universitas mercatorum*

Roberta Braccia, *Gli statuti di Carpi tra storia e storiografia*

Rolando Dondarini, *Tra esigenze di riordino e volontà antimagnatizie. Gli statuti di Bologna del 1288*

Laura Galoppini, *Lo statuto della nazione dei lucchesi di Bruges (1478-1498)*

Marco Paolo Geri, *Per una ricerca sugli statuti della Repubblica di Lucca del 1446-1447*

Christian Lauranson-Rosaz, *Alle origini della libertas urbana di Le Puy-en-Velay*

Susanne Lepsius, *Spezielle Appellationsstatuten als Ausdruck institutioneller Erfahrung: Das Beispiel Lucca im Kontext der Toscana*

Patrizia Mainoni, *Una fonte per la storia dello Stato visconteo-sforzesco: gli statuti dei dazi*

Alberto Meriggi, *Arti e mestieri legati al cibo negli statuti comunali della valle del Potenza: i casi di Appignano e Treia*

Mario Montorzi, *Scriptura statuti ed obbligazione politica*

Maria Grazia Nico, *Assisi e i suoi statuti (secoli XIV-XVI)*

Sandro Notari, *Sullo "statuto antico" e le consuetudini scritte del Comune di Roma. Note storico-giuridiche*

Francesco Pirani, *Statuti cittadini e regimi signorili nella Marca di Ancona fra Tre e Quattrocento*

Nicoletta Sarti, *Il paradigma politico degli statuti bolognesi nel basso medioevo*

Flavio Silvestrini, *Tra identità guelfa e regime popolare: gli interventi costituzionali fiorentini del 1311-1313*

Siena e la Toscana

Ivana Ait, «...conciò nostro carissimo»: il privilegio di cittadinanza concesso dai Conservatori di Roma a Francesco Tommasi, mercante senese

Didier Boisseuil, *Regeste de concessions minières du territoire siennois au XV^e siècle*

Monika Butzek, *Un dibattito sul luogo idoneo del coro dei canonici e sull'altare maggiore del Duomo di Siena (1492)*

Franco Cardini, *Identità cittadina, mariodulia e culto delle reliquie. Il "caso" pratese*

Pierluigi Carofano, *Appunti sull'attività toscana di Giovan Battista Paggi*

Maria Luisa Ceccarelli, Gabriella Garzella, *Santa Maria dell'Alberese: le complesse vicende di un monastero tra ordini religiosi e Comune di Siena (secoli XII-XV). Con appendice di documenti a cura di Rosellina Valletta*

Maria Assunta Ceppari Ridolfi, Patrizia Turrini, *Alle origini della confraternita della Madonna sotto le Volte dell'Ospedale di Santa Maria della Scala*

Giulia Ceriani Sebregondi, *Palazzo o villa suburbana? Il progetto di Baldassarre Peruzzi per l'arcivescovo Girolamo Ghianderoni*

Fulvio Cervini, *Tutela e memoria di due campi di battaglia medievali: Campaldino e Montaperti*

Marco Ciampolini, *Il pannello mancante del cataletto di Lorenzo Brazzi detto il Rustico a Pienza e un possibile disegno dell'artista*

Mario Cignoni, *Bernardino Cignoni di Siena miniatore di libri (m. 1496)*

Alberto Cornice, *Memorie di vita quotidiana a Siena dal Cinque al Settecento*

Cinzia Donatelli Noble, *Problemi e soluzioni di traduzione: un viaggio nella Siena rinascimentale*

Edward D. English, *The Law, Institutions, and the Maintaining of Elite Status in Siena, 1385-1420*

Roberto Farinelli, *Senza «difendersi dalle artiglierie grosse». Castelli e fortificazioni nelle campagne senesi nel tardo medioevo (1390-1450)*

Bradley Franco, *Church and Family: The Tenure of Bishop Donosdeo Malavolti, 1317-1350*

Antonella Ghignoli, *Il promemoria di censi di uno spedale senese (della fine, forse, del secolo XI)*

Andrea Giorgi, Stefano Moscadelli, *Dal trasferimento di archivi senesi a Parigi in età napoleonica alla ricostituzione dell'Archivio delle riformazioni*

Dieter Girgensohn, *Una bella giostra per il papa. Il Comune di Siena celebra la prima venuta di Gregorio XII (1407)*

Bernhard Arnold Kruse, *La peccatrice di Siena. La città del Trecento nel romanzo storico di B. Riebe*

Enzo Mecacci, *Una scuola senese di fine Quattrocento*

Alessio Montagano, Massimo Sozzi, *L'inedito mezzo giulio d'argento coniato dal Frascini a Montalcino nel 1556*

Tomaso Montanari, *Siena 1655: un Bernini per Flavio Chigi*

Roberta Mucciarelli, *Casi di eccezione: pratiche politiche, pratiche giudiziarie a Siena al tempo dei Nove. Una nota*

Rémi Oulion, *Note sur l'argumentation juridique dans le conflit des plebes opposant les diocèses de Sienne et Arezzo du VII^e au XIII^e siècle*

Ettore Pellegrini, *Un rarissimo documento cartografico sulla Guerra di Siena nel 1553*

Michele Pellegrini, *Prima nota sul frammento d'un catasto di Massa Marittima del primo Trecento*

Ingrid Rowland, *A proposito di Sigismondo Tizio*

Bernardina Sani, *Vicende architettoniche di San Sebastiano in Vallepiatta. Da tempio dei tessitori a chiesa esterna del monastero delle gesuate*

Aurora Savelli, *Hitler a Firenze (9 maggio 1938): alcune note sulla partecipazione senese*

Raffaele Savigni, *La città-stato lucchese tra universalismo imperiale e coscienza municipale*

Anabel Thomas, *Filling the Void: Reconstructing the Chapel of the Bombardiers in the Fortezza at Radicofani*

Altri luoghi

Carla Benocci, *Le vigne degli Sforza Cesarini a Roma e Genzano nel Seicento e i debiti con Gian Lorenzo Bernini*

Anna Esposito, *Ettore Fieramosca a Roma nel 1508: una questione di taglie*

Vera von Falkenhausen, *Un processo calabrese (Tropea 1105). Ilarione categhemeno di San Pancrazio di Briatico vs. Pietro Gatto*

Giuseppe Gardoni, *Una lettera del doge veneziano Iacopo Tiepolo al Comune di Mantova (1244)*

Leardo Mascanzoni, *Nuove annotazioni su Anglic e la Descriptio Romandiole (1371)*

Giuseppe Palmero, *Transitare per la costa e verso le Alpi. Un raccordo urbano a Ventimiglia tra Genovesato e Provenza nel Duecento*

IL CAMMINO DELLE IDEE DAL MEDIOEVO ALL'ANTICO REGIME Diritto e cultura nell'esperienza europea

Storie di libri

Concetta Bianca, *Ancora su Mariano de Magistris «romanus»*

Maria Alessandra Bilotta, *Un manoscritto giuridico miniato tolosano già di Jean Jouffroy, cardinale di Albi: il Decreto di Graziano Vat. lat. 2493*

Alessandra Casamassima, *I ritratti dei giuristi nel libro antico a stampa dei secoli XV-XVIII*

Gero Dolezalek, *Manuscript Dissemination of Juridical Literature after 1500: Malta, Scotland and Other Small Jurisdictions*

Rodolfo Funari, *Die "Epitome von Oxyrhunchos". Zu den Papyrusfragmenten eines wenig bekannten lateinischen Textes*

Susan L'Engle, *A Zealously Annotated Liber Extra: Vich, Archivo Capitular, ms 144*

Luca Loschiavo, *Un singolare manoscritto londinese dell'Authenticum (London, University College Library, Ogden 5)*

Honos alit artes. Studi per il settantesimo compleanno di Mario Ascheri

Giovanna Murano, *Un codice di dedica del Monarchia con interventi autografi di Antonio Roselli (ms Paris, BnF, lat. 4237)*

Marta Pavón Ramírez, *La iconografía de la Traditio Legis en los manuscritos de las Decretales de Gregorio IX*

Rodolfo Savelli, *La città proibita. L'editoria ginevrina e la curiosa storia del Codex fabrianus*

Lorenzo Sinisi, *Vicende editoriali cinquecentesche delle opere di Rolandino. Brevi note sulla genesi del Corpus totius artis notarie di Bartolomeo dall'Orario*

Legislazione, pratica, documenti

Paolo Angelini, *La titolatura della dinastia Nemanja nei documenti serbi del XIII e XIV secolo*

Nicola Lorenzo Barile, *Contratti di censo e monti di pietà. Problemi e prospettive di ricerca*

Juan Antonio Barrio Barrio, *Los orígenes de la Inquisición medieval europea. La legislación y la tratadística inquisitorial*

Gianni Buganza, *La prevalenza del lessico scientifico nei consilia padovani del secondo Settecento in materia penale*

Orazio Cancila, *L'esercizio della giustizia in un centro feudale siciliano nella seconda metà del XVI secolo*

Lidia Capo, *Iura regni et consuetudines illius: l'Impero carolingio a Roma*

Orazio Condorelli, *Il significato del notariato per lo sviluppo della cultura giuridica europea (con particolare riferimento all'Italia)*

Marco Cozza, *L'importanza delle risorse collettive nell'Abruzzo bassomedioevale: il caso di una lite tra due universitates aquilane*

Isabel Falcón, *Las primeras ordenanzas otorgadas a la ciudad de Zaragoza*

Ana Gómez Rabal, *Palabras de notarios e interpretaciones de lectores: entre documentos, poemas y un glosario de latín medieval*

Mia Korpiola, *Animal Passions: Bestiality and the Law in Medieval and Reformation Sweden*

Pavel Krafl, *Czech Codifications in the High Middle Ages*

Elisabeth Magnou-Nortier, *Les premières sauvetés du sud de la Loire. Leurs fondateurs, leurs statuts*

Piergiorgio Peruzzi, Pier Paolo Piergentili, *Accomandigie, patti segreti e negozi simulati nel Montefeltro: il caso dei Beni di Gubbio e dei conti Oliva di Piandimeleto (1418-1432)*

Giuliano Pinto, *A proposito della regolamentazione del lavoro dipendente nelle città italiane del basso medioevo*

Pedro Andrés Porras Arboledas, *Un documento inédito de Alfonso X a Ágreda: el otorgamiento del Fuero Real y de los privilegios de los caballeros (1260)*

Giovanni Scarabelli, SMOM, *Considerazioni sul Caeremoniale a Malta nel Settecento*

Ditlev Tamm, Helle Vogt, *Latino o volgare: la creazione del linguaggio giuridico nella Danimarca del Duecento*

Elio Tavilla, *Giurisdizioni, conflitti e giustizia criminale nel governatorato di Carpi (secc. XVI-XVIII)*

Riflessioni e teorie

Per Andersen, *From Oral to Written Legal Culture: When Access to the Law is Depersonalized*

Angela De Benedictis, *Chi ha paura del repubblicanesimo cittadino di età moderna? Materiali per una discussione*

Aquilino Iglesia Ferreirós, *Trangalladas (2). Historia e historia del Derecho: dos notas*

Laurent Mayali, *The chiaroscuro of the Law*

Vito Piergiovanni, *A proposito di alcune riflessioni medievali sulle Leggi Rodie*

Bernardo Pieri, *Il giovane Leibniz e lo stato del diritto comune nella giurisprudenza del tempo*

Franca Sinatti D'Amico, *Appunti per la ratio legis della Regola minima per principianti*

Honos alit artes. Studi per il settantesimo compleanno di Mario Ascheri

Gigliola Soldi Rondinini, *Un "colpo di Stato" alle origini dello Scisma d'Occidente? (aprile 1378)*

Minoru Tanaka, *Lorenzo Valla e i suoi successori sulla terminologia romana relativa agli immobili*

Giacomo Todeschini, *I linguaggi medievali dell'economia come strumenti della crescita politica europea*

Hans Erich Troje, *Lectio aurea*

Giancarlo Vallone, *Rilettura di Pietro Vaccari*

L'ETÀ MODERNA E CONTEMPORANEA Giuristi e istituzioni tra Europa e America

Personaggi, idee e avvenimenti

Pasquale Beneduce, *«Eccellentissimo Signor Ministro...». Un corso nella vita di Carlo Francesco Gabba*

Emanuele Castrucci, *Etologia e scienze sociali*

Marco Fioravanti, *Slaves Poisoners: Resistance to Slavery and the Invention of the Inner Enemy (French Antilles, 19th Century)*

Ginevra Loredana Ianni, *Giacinto Dragonetti e l'interpretazione del capitolo Volentes nel suo trattato sull'Origine dei feudi*

Francesco Mastroberti, *Le storie del diritto a Napoli durante l'Ottocento preunitario*

Antonello Mattone, *I «cani vagabondi di Stambul». Arturo Carlo Jemolo e l'insegnamento del Diritto ecclesiastico nell'Università di Sassari (1920-1923)*

Simonetta Michelotti, *Per un'Italia liberale, laica ed europeista: Ernesto Rossi e le elezioni del 18 aprile 1948*

Massimo Nardoza, *Codificazione e cultura giuridica nel pensiero di Paolo Ungari*

Jochen Otto, *Goethe, Savigny und die Anfänge der Romantik sowie deren Verwertung. Bestandsaufnahme zur Frage einer romantischen Rechtswissenschaft*

Paolo Passaniti, *Eguaglianza, diritto di associazione e laicità. Il significato costituzionale dell'abolizione delle corporazioni nel 1864*

Gian Savino Pene Vidari, *Note sulla realizzazione formale dell'Unità italiana*

Mario Speroni, *Giuseppe Ferrari e il dibattito parlamentare relativo alla tassa sul macinato. Con un nuovo documento inedito*

Scienza, legislazione e governo

Benedetto Brancoli Busdraghi, *La marcia dei codificatori. Il Codice estense e i suoi padri fondatori*

Giovanni Chiodi, *Attenuare la disuguaglianza. La questione dei diritti successori dei figli naturali nell'Italia postunitaria: echi del dibattito da Pacifici-Mazzoni a Cimbali*

Maria Sofia Corciulo, *L'«Atto Addizionale»: il liberalismo di Constant alla prova del costituzionalismo napoleonico*

Fernando De Angelis, *La Spagna del 1789 e le influenze della incipiente Rivoluzione francese. Aspetti di una risposta afrancesada*

Faustino de Gregorio, *La via giudiziaria all'eugenetica?*

Tiziana Di Iorio, *Società multietnica, dialogo interreligioso e integrazione sociale*

Maria Rosa Di Simone, *Il crimen magiae nelle fonti normative austriache*

Andrea Giordano, *Il legato della legge 20 marzo 1865, all. E, e della legislazione preunitaria per la riforma del processo tributario vigente*

Antonio Grilli, *Moloch politico o governo dei giudici? Gli albori dell'Europa comunitaria*

Andrea Labardi, *La Prefettura granducale di Grosseto (1848-1859)*

Faustino Martínez Martínez, *Cádiz, 1812-2012: reflexiones para un bicentenario*

Laura Moscati, *Unificazione legislativa e diritto d'autore*

Michael Stolleis, *Italia und Germania. Zwei Schwestern – verspätet?*

Stefano Vinci, *Da Philadelphia a Napoli. Il costituzionalismo moderno dalle Constitutions dei primi Stati nordamericani alle Carte dei diritti italiane del triennio giacobino*

Amministrazione della giustizia e professioni forensi

Francesco Aimerito, *Cronologia del Collegio dei Procuratori di Torino 1814-1827. Dati per una storia delle professioni forensi in Piemonte estratti dal ms Patetta 1672 (Biblioteca Apostolica Vaticana)*

Paolo Alvazzi del Frate, *The référé législatif and the cahiers de doléances of 1789*

Antonella Calussi, *Il territorio e la giustizia. Le sedi giudiziarie toscane nella prima metà dell'Ottocento*

Francesca De Rosa, *La Consulta Generale del Regno delle due Sicilie e la riforma della Cassazione (1835-1843)*

Daniele Edigati, *Il Supremo tribunale di giustizia di Firenze (1777-1808)*

Elisabetta Fiocchi Malaspina, *Notai e avvocati all'opera per «Il Notaio: giornale di giurisprudenza notarile» (1839-1847)*

Heinz Mohnhaupt, *Rechtsprechungssammlungen als Spiegel konkurrierender Rechtsquellen. Beispiele aus Italien und Deutschland*

Annamaria Monti, *L'Entretien d'un européen avec un insulaire du royaume de Dumocala di Stanislas Leszczyński. Ideali di giustizia nel Settecento europeo*

Paolo Rondini, *I repertori ottocenteschi di merkwürdige Strafrechtsfälle: Mittermaier e il «valore della conoscenza della prassi giudiziaria»*

Stefania T. Salvi, *Carlo Giacinto Fontana (1699-1776), un erudito notaio valtellinese*

Giuristi e paesi di *Common law*

Stefano Berni, *Diritti antichi e diritti primitivi in Henry Sumner Maine*

Giovanni Cogliandro, *Rule of law e chain novel. Riflessioni sulla istituzione della Corte Suprema del Regno Unito*

Charles J. Reid, Jr., *A Louisiana Civilian in the Supreme Court: The Selective Service Cases Revisited*

Reti Medievali E-book

1. Renato Bordone, *Uno stato d'animo. Memoria del tempo e comportamenti urbani nel mondo comunale italiano*, 2002 (E-book Monografie, 1)
2. "Le storie e la memoria". In onore di Arnold Esch, a cura di Roberto Delle Donne, Andrea Zorzi, 2002 (E-book Reading, 1)
3. Marina Gazzini, "Dare et habere". *Il mondo di un mercante milanese del Quattrocento*, 2002 (E-book Monografie, 2)
4. *Papato e monachesimo "esente" nei secoli centrali del Medioevo*, a cura di Nicolangelo D'Acunto, 2003 (E-book Reading, 2)
5. Paola Guglielmotti, *Ricerche sull'organizzazione del territorio nella Liguria medievale*, 2005 (E-book Monografie, 3)
6. *Alto medioevo mediterraneo*, a cura di Stefano Gasparri, 2005 (E-book Reading, 3)
7. *Poteri signorili e feudali nelle campagne dell'Italia settentrionale fra Tre e Quattrocento: fondamenti di legittimità e forme di esercizio*, a cura di Federica Cengarle, Giorgio Chittolini, Gian Maria Varanini, 2005 (Quaderni di RM Rivista, 1)
8. *Ebrei nella Terraferma veneta del Quattrocento*, a cura di Gian Maria Varanini, Reinhold C. Mueller, 2005 (Quaderni di RM Rivista, 2)
9. Giovanna Petti Balbi, *Governare la città. Pratiche sociali e linguaggi politici a Genova in età medievale*, 2007 (E-book Monografie, 4)
10. Giovanni Tabacco, *Medievistica del Novecento. Recensioni e note di lettura (1951-1999)*, a cura di Paola Guglielmotti, 2007 (E-book Monografie, 5)
11. *Le signorie dei Rossi di Parma tra XIV e XVI secolo*, a cura di Letizia Arcangeli, Marco Gentile, 2007 (E-book Quaderni, 6)
12. *Studi confraternali: orientamenti, problemi, testimonianze*, a cura di Marina Gazzini, 2009 (E-book Quaderni, 7)
13. Isabella Lazzarini, *Il linguaggio del territorio fra principe e comunità. Il giuramento di fedeltà a Federico Gonzaga (Mantova 1479)*, 2009 (E-book Monografie, 6)
14. *Conflitti, paci e vendette nell'Italia comunale*, a cura di Andrea Zorzi, 2009 (E-book Quaderni, 8)
15. *Europa e Italia. Studi in onore di Giorgio Chittolini. Europe and Italy. Studies in honour of Giorgio Chittolini*, 2011 (E-book Quaderni, 9)

* La collana "Reti Medievali E-book" riunisce le precedenti collane "E-book Monografie", "E-book Quaderni", "E-book Reading" e "Quaderni di RM Rivista" recuperandone la numerazione complessiva.

16. Giovanni Tabacco, *La relazione fra i concetti di potere temporale e di potere spirituale nella tradizione cristiana fino al secolo XIV*, a cura di Laura Gaffuri, 2010
17. Roberto Delle Donne, *Burocrazia e fisco a Napoli tra XV e XVI secolo. La Camera della Sommaria e il Repertorium alphabeticum solutionum fiscalium Regni Siciliae Cisfretanae*, 2012
18. Mario Marrocchi, *Monaci scrittori. San Salvatore al Monte Amiata tra Impero e Papato (secoli VIII-XIII)*, 2014
19. Honos alit artes. *Studi per il settantesimo compleanno di Mario Ascheri*, a cura di Paola Maffei e Gian Maria Varanini, I. *La formazione del diritto comune*, II. *Gli universi particolari*, III. *Il cammino delle idee dal medioevo all'età moderna*, IV. *L'età moderna e contemporanea*, 2014