

Marina Pilati

LEGISLAZIONE e GIURISDIZIONE

Sec. XVII – XVIII

La differenza fondamentale tra il concetto di giustizia moderno e quello anteriore all'illuminismo sta nelle prerogative del Sovrano, che disponeva nello stesso tempo, in quanto assoluto, del potere legislativo, di quello esecutivo e di quello giudiziario.

“La prima prerogativa sovrana è il potere di dare la legge a tutti in generale e a ciascuno come singolo, ma ancora questo non è sufficiente se non si aggiunge: senza bisogno del consenso di nessuno.” J. BODIN, (1578)¹. Invece è di Montesquieu (1750) l'affermazione sulla quale si fonda il moderno Stato di diritto: “Il n'y a point encore de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutive. Si elle était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire: car le juge serait législateur. Si elle était jointe à la puissance exécutive, le juge pourrait avoir la force d'un oppresseur.”²

Quindi, fino alla fine dell'assolutismo, giurisdizione e legislazione, emanano dallo stesso potere. Attualmente in Italia la legislazione appartiene al parlamento, la giurisdizione alla magistratura, che rappresentano due poteri separati ed indipendenti della sovranità popolare.

GIURISDIZIONE

Nei secoli XVII e XVIII in Italia il potere sovrano era frammentato in numerosi stati perciò l'enumerazione di tutti i tribunali che vi ebbero giurisdizione sarebbe lunga. Per semplificare: in ogni stato il tribunale maggiore era quello del Re o Principe o Signore o Podestà o Consiglio dei Dieci o Pontefice o

¹ J. Bodin, I sei libri dello stato, a cura di M. ISNARDI PARENTE, L. I, p. 491, Torino 1988.

² Montesquieu, *De l'esprit des lois*, L. XI, cap. VI, Garnier, Paris, 1973

Governatore a seconda della forma di governo vigente. Inoltre esercitavano la giurisdizione numerosi tribunali o fori speciali, cioè istituiti per particolari reati o persone. Ora i tribunali speciali sono vietati dalla Costituzione³: “Non possono essere istituiti giudici straordinari o giudici speciali.” Questi tribunali provenivano da autorità diverse, in un senso o nell’altro sovrane e quindi in concorrenza tra di loro. C’erano tribunali feudali, dominicali, delle corporazioni, magistrature mercantili ecc.; tribunali minori e tribunali maggiori, per le cause più importanti e tribunali dell’ultimo appello che facevano capo direttamente al Sovrano. Il più famoso dei tribunali speciali fu l’ecclesiastico, che rivendicava l’autorità esclusiva della Chiesa su tutto quanto riguardava i religiosi e per tutte le materie attinenti alla religione. La giurisdizione ecclesiastica già di per sé molto vasta ha sempre avuto la tendenza ad espandersi, invadendo il campo civile e quello penale. Ad esempio nei secoli che consideriamo si estendeva anche alle controversie riguardanti il diritto di famiglia (matrimonio, filiazione) alle obbligazioni confermate da giuramento, ai delitti di empietà, alle cause che riguardavano la beneficenza come quelle nei confronti di orfani o vedove.

Dal secolo XIII era stato istituito il Tribunale dell’Inquisizione, per perseguire l’eresia e i reati connessi, in concorrenza con i tribunali civili che si occupavano pure essi di queste fattispecie. È facile capire quale corruzione prosperasse sulla concorrenza di tutti questi tribunali che spesso si contendevano procedimenti coinvolgenti patrimoni o poteri ingentissimi. Inoltre il suddito non sapeva mai sotto il potere di quale giudice sarebbe caduto. La competenza del giudice naturale, come diritto fondamentale dell’uomo, è una conquista del pensiero del Settecento ed è sancita dalle costituzioni moderne. Con tutta quest’abbondanza e specializzazione di tribunali tuttavia non c’era una chiara divisione tra giurisdizione civile e penale, pubblica e privata e soprattutto non c’era una netta distinzione tra le competenze che oggi si attribuiscono alla giurisdizione e quelle che si attribuiscono all’amministrazione. I vari tribunali potevano essere competenti in più campi⁴. La situazione era ulteriormente complicata per la pluralità ed incertezza delle regole di immunità (di soggetti singoli o di gruppi) rispetto ad un certo foro, o di privilegio, per cui soggetto o gruppo avevano il diritto di essere giudicati da un certo giudice⁵. Per uscire da questa situazione confusa emerge, a partire dal

³ Cost. art 102.

⁴ Cost. art.25 “Nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge.”

⁵ Per tutti questi problemi cfr. G. Tarello, Storia della cultura giuridica moderna, Bologna 1970, pp.53 e segg.

Seicento, la tendenza all'accentramento della giurisdizione, che cresce in relazione con lo sviluppo dell'assolutismo. Si è trattato di una lunga e durissima lotta tra due poteri, quello del sovrano e quello dei magistrati, con esiti diversi a seconda dei luoghi. Non per niente il teorico dell'assolutismo è Hobbes, quello della lotta di tutti contro tutto⁶.

Anche nella dottrina (Pufendorf, Thomasius e Hobbes) la giurisdizione si configurava come espressione della volontà del sovrano, che divenne così la prima fonte della legge. L'antica formula di Giustiniano, "quod principi placuit legis habet vigorem", svuotata e caduta in disuso nei secoli, viene riportata in auge. Ad esempio in Francia il diritto consuetudinario ("coutûmes") ha valore soltanto se approvato dal re.

Un altro modo di mettere ordine nel mare delle leggi poteva essere l'introduzione di una gerarchia, così si rispolvera anche la formula "Lex superior derogat legi inferiori", intendendo per *lex superior* la volontà del Sovrano. Ma il particolarismo giuridico che non voleva perdere il suo potere vi si contrappose con l'altra formula: "Lex specialis derogat legi generali". Nei paesi come la Francia e la Germania, dove si sviluppò l'assolutismo politico, si formarono i grandi tribunali e le raccolte di leggi scritte, emanate dal Sovrano, o da lui recepite, sia dal Corpus Juris che dalla consuetudine e dagli statuti locali. In Italia nel Seicento assunsero l'autorità di tribunali centrali la Sacra Rota di Roma e il Regio Consiglio del Regno di Napoli, ma ovunque ancora alla "lex" si contrapponeva l'interpretatio.

L'interpretatio è la raccolta delle norme della giurisprudenza, della pratica, enunciate dai tribunali o sviluppate dai giurisperiti cioè dagli interpreti dottrinari. Nella lotta di potere sopra delineata è chiaro che i Tribunali superiori, i Parliaments, le Rote, privilegiavano la *lex*; i tribunali che si opponevano all'accentramento assolutistico privilegiavano l'*interpretatio*. Esempio il caso dell'Inghilterra dove, sconfitta la monarchia assoluta, assunsero grande peso i tribunali che giudicavano secondo l'interpretazione e di conseguenza si ebbe la consolidazione dei precedenti giudiziari e lo sviluppo del sistema giuridico di *common law*, vigente in tutti i paesi anglosassoni.

GIUDICI

In questa complessa situazione giuridica anche la figura del giudice era molto varia. L'elemento comune era che tutti traevano

⁶ T. Hobbes, De Cive, cap. XVI.

la legittimazione al loro potere da un altro potere che possiamo chiamare genericamente sovrano, mentre per noi il giudice è soggetto soltanto alla legge.⁷ Traccia di questo potere giudicante del sovrano si ha tuttora nel potere di concedere la grazia che spetta al capo dello stato⁸.

I giudici si differenziavano

- per giurisdizione (territorio),
- per materia, (civile, penale, ecclesiastica),
- per essere monocratici (uno solo) o collegiali, con o senza assessori e giurati.

C'erano spesso reciproche invasioni di campo dato che le competenze non erano sempre definite. Teoricamente non era necessario che il giudice fosse un tecnico ma l'enorme complessità delle norme che si erano andate accumulando fino al sec. XVII (quando appunto questa complessità portò all'esigenza di un riordinamento e alla fine alla codificazione) condusse inevitabilmente alla specializzazione. A questo fine esercitò la sua influenza anche l'esempio dell'inquisitore ecclesiastico, fornito di giurisdizione senza limiti di tempo o di spazio e specialista nella sua materia. Addirittura in certi stati, come la repubblica di Venezia, il tribunale si formò sull'esempio di quello dell'Inquisizione. Quest'esigenza crescente di specializzazione portò alla decadenza della giuria, di origine medievale feudale, che invece rimase fondamentale nel diritto anglosassone (nel quale la teoria del precedente, il giudizio equitativo e il buon senso si affermarono come elemento prevalente del giudizio)⁹.

La complessità e la moltitudine delle leggi determinò anche la fioritura dell'interpretazione delle leggi (dottrina) e il moltiplicarsi degli avvocati. Si comprende quindi come i giuristi nel loro insieme di dottori, magistrati ed avvocati, vengano formando nel tempo un ceto potente: "È il ceto dei giuristi che si ripropone come ceto di specialisti funzionali e insostituibili"¹⁰. Questo ceto, proprio perché insostituibile, assume un potere crescente, e non di rado entra in conflitto con il potere che avrebbe dovuto giustificarlo cioè con il Sovrano. Ricordiamo il potere che nel Seicento e nel Settecento assunsero le Cours de parlement francesi, i Senati delle città lombarde, la Sacra Rota di Roma. "Ovunque imperava un

⁷ Cost. art. 101.

⁸ Cost. francese art. 87.

⁹ La dottrina che giustifica questo particolare sviluppo del diritto anglosassone è in primo luogo quella del filosofo utilitarista F. Hutcheson, *System of Moral Philosophy* (1747).

¹⁰ M. Sbriccoli, *Crimen laesae maiestatis, il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, in *Per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, 1974, p. 41. Opera esauriente sull'argomento.

autorevole tribunale supremo, provvisto di amplissimo arbitrio equitativo, posto di fronte all'alternativa fra il primato della propria giurisprudenza e la superiorità del volere del Sovrano. Ovunque uno scaltrito ceto avvocatesco resiste ai tentativi di semplificazione del sistema in cui solo l'abile figura del leguleio si muove a proprio agio e con vantaggio.¹¹"

LEGGI

Abbiamo visto come nell'*ancien régime* la legislazione fosse estremamente estesa e complessa. Il protagonista della storia giuridica europea era il diritto comune, lo *jus commune* "universale struttura portante dell'ordine giuridico e della cultura dei giuristi fino all'ottocento¹²." Il diritto comune altro non è che il diritto romano, riordinato nel *Corpus Juris* di Giustiniano, interpretato, adattato e sviluppato ininterrottamente dal Medio Evo fino all'epoca delle codificazioni.

Questo lavoro enorme fu opera sia dei giuristi togati che dei *doctores* delle università e consisteva soprattutto nell'applicazione delle leggi romane ai vari casi concreti, creando dei precedenti che poi venivano seguiti in modo vincolante (giurisprudenza). Quindi lo sviluppo del diritto comune è innanzi tutto giurisprudenziale e determina una concezione del diritto astratta, molto tecnica, incline alla sottigliezza.

Accanto al diritto comune vigeva il diritto sovrano, cioè le leggi emanate dal Sovrano, e il diritto locale cioè le leggi, gli statuti, le costituzioni promulgati dai governi locali. Infine c'erano gli usi e le consuetudini. Si tratta, come si vede, di una materia molto complicata, adatta solo a degli iniziati. Il crescente potere dei *doctores*, cioè degli interpreti che guazzavano nella litigiosità civile dei più ricchi, allarmava il potere politico. Per questo il Sovrano, che tentava di difendersi con le prime codificazioni creando un insieme di leggi semplici, ordinate e alla portata di tutti, avrebbe sgonfiato il potere dei giuristi.

Quindi la codificazione in origine non fu perseguita dal Sovrano per difendere il cittadino, o meglio il suddito, ma per difendere se stesso. È chiaro che incontrò molte resistenze, perché non si poteva semplicemente cancellare una sapienza giuridica raffinatissima e flessibile ad ogni esigenza e per di più veramente universale, o almeno europea, come il diritto comune. Del resto le prime codificazioni (Leggi e costituzioni di S. M. il re di

¹¹ A. Cavanna, *La storia del diritto moderno*, Milano, 1983, p.56.

¹² A. Cavanna, *cit.* p.52.

Sardegna degli anni 1723 e 1770, Riforma Criminale Leopoldina in Toscana, Constitutio Theresiana Criminalis nei paesi del dominio asburgico) non hanno nulla a che fare con i codici nel senso moderno: si tratta di raccolte ordinate di leggi di *jus commune*, tali da renderne più semplificata e uniforme l'applicazione su tutto il territorio.

DIRITTO PENALE

Il diritto criminale o penale si va configurando nel tempo come sempre più autonomo rispetto al diritto comune, tanto che nella seconda metà del Settecento diventa il campo principale nel quale si affrontano le idee dell'Illuminismo. La conclusione dello scontro è il codice di diritto penale autonomo ed indipendente rispetto al codice di diritto civile e a quello di diritto processuale. Ma perché questo ramo del diritto assume tanta importanza? Basta ricordare che il diritto penale è essenzialmente politico, poiché comprende figure come il *crimen laesae maiestatis*, la *rebellio*, la *seditio*, la *proditio*, attraverso le quali il detentore del potere politico può difendere la sua sovranità.

Fino all'affermarsi dei codici, il giudizio rimase sempre largamente arbitrario, cioè affidato alla valutazione equitativa personale del giudice. Poteva capitare che il suddito, per la stessa fattispecie di reato venisse giudicato diversamente a seconda del luogo, del tribunale, del sesso, del ceto sociale e non da ultimo della preparazione e dell'umore del giudice. Lo stesso reato, commesso da un signore o da un servo, comportava pene diverse.

Nel pensiero dell'Illuminismo invece vengono riconosciuti i diritti fondamentali dell'uomo, che fin dal 1776 entrano a far parte di tutte le costituzioni moderne. Fra questi diritti c'è l'eguaglianza che sul piano giuridico si configura come eguaglianza davanti alla legge, cioè come soggetto di diritto unico¹³. Cambia anche di conseguenza la figura del giudice, che non può più essere il Sovrano o una sua emanazione. A questo proposito ricordiamo il Beccaria: "Il Sovrano non può formare che leggi generali che obblighino tutti i membri, ma non già giudicare uno che abbia violato il contratto sociale (fondamento della sovranità) poiché allora la nazione si dividerebbe in due parti, una rappresentata dal sovrano che asserisce la violazione del contratto, e l'altra dall'accusato che la nega. Egli è dunque necessario che un terzo giudichi della verità del fatto."¹⁴

¹³ Cost. art. 3.

¹⁴ Beccaria, cit. cap III, p.15.

La “terzietà” del giudice è quindi un caposaldo della moderna giustizia ed è garantita dal divieto di interpretazione della legge: il giudice si deve limitare solo ad applicarla. In questo modo il giudice si spoglia di ogni potere: come afferma Montesquieu, il potere del giudice è nullo.¹⁵ “Des trois puissances dont nous avons parlé, celle de juger est en quelque façon nulle.” L’amministrazione della giustizia deve diventare un procedimento schematico, geometrico: “In ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto: la maggiore deve essere la legge generale, la minore l’azione conforme o no alla legge, la conseguenza, la libertà o la pena.”¹⁶ A questa geometria di giudizio è stato necessario arrivare perché il giudice ormai non giudicava più secondo legge, in quanto le leggi erano troppe, contraddittorie e di difficile decifrazione ma secondo l’interpretazione della legge, fatta da alcuni studiosi del sec. XVII, i famosi e famigerati Carpov, Farinaccio, De Luca.¹⁷

Col tempo questo schematismo tende a mostrare i suoi limiti, soprattutto in confronto al più flessibile sistema del giudizio nel diritto di *common law*. Anche nel nostro ordinamento si può vedere come trovi sempre più spazio il giudizio arbitrario cioè la libera decisione del giudice, che si pronuncia secondo equità, prassi ormai consueta per i giudici di pace o per i tribunali dei minori.

Nei paesi a diritto romanistico il processo fino alla fine del secolo scorso era rimasto di tipo inquisitorio, con l’istruttoria basata sulla raccolta di documenti e i diritti dell’accusa superiori a quelli della difesa. Anche qui si è fatta sentire l’influenza del processo anglosassone: infatti la recente riforma introduce il processo accusatorio con la prova che si forma nel dibattimento, con maggiori diritti della difesa e con l’introduzione di riti nuovi per noi come il patteggiamento cioè l’applicazione della pena su richiesta delle parti, la scelta del rito abbreviato, l’istruzione dibattimentale con l’esame e il contro esame dei testimoni¹⁸.

Sempre per l’esempio del modello di *common law*, si comincia a parlare anche da noi di “tramonto dei codici” o di “decodificazione” sia in campo civilistico che penalistico, perché il codice “leggero e semplice” auspicato dai giuristi del secolo XVIII e realizzato da Napoleone¹⁹, che lo portò in tutta l’Europa continentale, sta diventando troppo schematico per la complessa realtà attuale e infatti è quasi travolto dalla imponente legislazione speciale che

¹⁵ Montesquieu, cit, L. XI, Cap. VI p. 173.

¹⁶ Beccaria, cit. Cap. IV, p.18.

¹⁷ Carpov Benedikt (Carpsovius) 1595-1666, *Practica rerum criminalium*. Farinacci Prospero (Farinacius) 1544-1683, “Judiciale”, De Luca Giambattista, 1614-1683, *Theatrum veritatis et justitiae*.

¹⁸ Codice di procedura penale, 1988, L. VI, Tit. I; Tit. II; L.VII, Tit. II, Cap. III.

¹⁹ Còde Napoleon, 1805.

viene ininterrottamente prodotta. Inoltre nell'attuale assetto della società la posizione centrale non è più occupata dall'individuo, con la sua autonomia negoziale e la sua proprietà, come avveniva fino a qualche decennio addietro: le leggi per la maggior parte non vengono più fatte per l'individuo come soggetto giuridico astratto ma sono calibrate sui gruppi organizzati. Anche la conflittualità al giorno d'oggi più che un fenomeno individuale è diventata un fenomeno collettivo. Del resto già tra i contemporanei del Beccaria non mancavano le voci critiche a quella nuova concezione del diritto che di lì a poco risulterà vincente: ed erano critiche che avevano buoni fondamenti: in primo luogo salvare una grande tradizione di diritto veramente universale, che almeno dal punto di vista giuridico unificava l'Europa, flessibile alle esigenze più varie e quindi buono se collegato ad un buon governo.

Si può notare come la critica provenisse più che dai philosophes, dai tecnici esperti del foro, provenienti da tutte le regioni: basti accennare a J. Von Sonnenfels , C. A. von Martini, Muyart de Vauglans, M. Pagano, C.A. Pilati. Le loro posizioni, messe in ombra dall'avanzata in tutta Europa delle idee borghesi al seguito degli eserciti di Napoleone, riacquistano ora un'inattesa connotazione di attualità²⁰



Biblioteca



Progetto Settecento

© 2001 - Biblioteca dei Classici Italiani
by prof. Giuseppe Bonghi - www.classicitaliani.it

²⁰ J.von Sonnenfels, Sull'abolizione della tortura, Milano 1776, C. A. V. MARTINI , Ordo historiae juris civilis 1755, presidente della commissione per la realizzazione del Codice di Leopoldo II d'Austria, Muyart de Vouglans P.F. Les lois criminelles de la France dans leur ordre naturel,1780, M. Pagano, Della ragion criminale 1795 , C.A Pilati, Di una riforma d'Italia,1767.