

rà quello di colpire i giudici, il loro tradizionale modo di gestire le fonti giuridiche e di essere essi stessi fonti del diritto applicato.

Vanno infine tenuti presenti i diversi fattori che determinano l'evoluzione dell'ordine giuridico in età moderna, ed aprono alla contemporaneità della codificazione: la fine dell'universalismo giuridico-politico-religioso medievale (oltre ai fenomeni di crisi interna alle singole compagini statuali); l'emergere degli stati nazionali secondo profili di modernità istituzionale; la Riforma protestante; gli sviluppi di lunga durata dell'Umanesimo giuridico. Va per altro registrata una lunga persistenza della scienza del diritto comune, che continua a perpetuare se stessa sulla base della *interpretatio* dei due *corpus* normativi universali medievali, e che continua a essere in Europa fattore prevalente. Lo sarà fino alla fine del Settecento.

2. I presupposti legislativi della codificazione

Rimane ancora di far cenno ai tentativi di mettere ordine nel materiale più propriamente giurisprudenziale e legislativo. Una serie di tentativi che iniziano nel Cinquecento e si perpetuano via via fino al Settecento inoltrato. Non è possibile individuare una effettiva linea evolutiva, posto che una linea chiara verso la realizzazione di codici "moderni" si avrà solo negli ultimi decenni del secolo XVIII, e si definirà nella sua compiutezza col *Code civil* francese del 1804.

In alcune aree il principe tende progressivamente e costantemente a unificare la normativa e a porsi come unico produttore di norme giuridiche. Agiscono per contro resistenze insormontabili da parte delle forze economiche, sociali, professionali.

Ecco che dunque i tentativi di modifica del sistema giuridico, con la sola ambizione di rendere il diritto meno incerto, hanno il semplice scopo di conservazione e documentazione del patrimonio normativo, magari solo per facilitare la pratica forense nel reperimento di un materiale spesso disperso o di difficile reperimento.

Il *Codex fabrianus* di Antoine Favre (1557-1624), primo presidente del Senato di Chambery, è una raccolta della giurisprudenza del Senato di Savoia organizzata in nove libri seguendo lo schema del *Codex* giustiniano e annotata; lavori analoghi sulle sentenze del Senato di Piemonte sono curate da Gaspare Antonio Tesaurò tra Cinquecento e Seicento e da Maurizio Richeri nel Settecento¹¹. Imponente infine l'opera di collezione dei provvedimenti legislativi di Casa Savoia fatta da Felice Amato Duboin alla conclusione del Settecento (in precedenza una raccolta di editti era stata compiuta da Giovanni Battista Borelli) e l'analogo iniziativa sulle leggi toscane di Lorenzo Cantini; a Napoli era stata composta a partire dai primi

¹¹ Cfr. *supra*, cap. IV, § 3.

anni del Seicento una raccolta di prammatiche, capitoli e costituzioni del regno, realizzata seguendo l'ordine del *Codex* da parte di Carlo Tapia; a Venezia abbiamo nel 1751 una raccolta di *Leggi criminali del serenissimo Dominio veneto* e un *Codice feudale della serenissima repubblica di Venezia* nel 1780: sono raccolte cronologiche private, se pure con riconoscimento ufficiale, di materiale normativo preesistente. Più moderno sarà piuttosto nel 1786 il *Codice per la veneta mercantile marina*: un "codice" sul commercio marittimo fatto con vecchi materiali, ma che ha anche la portata di rielaborazione organica.

Abbiamo poi *Gridarii* nell'area lombarda, cioè collezioni di grida che erano il modo di decretare dei governatori spagnoli a Milano (note a tutti quelle "manzoniane"). Ugualmente sono presenti i *Bollari* nello Stato pontificio, raccolte ampie e confuse che vanno collegate a quei tentativi, successivi alla promulgazione del *Corpus iuris canonici* e destinati sostanzialmente al fallimento, per una nuova consolidazione del diritto della Chiesa.

Va considerato inoltre come in età moderna i sovrani assolutistici europei si mossero sempre più nel tentativo di controllare la repressione penale per tutelare la loro persona e la loro struttura istituzionale, l'incolumità e l'ordine pubblico, il decoro e la morale (in un'ottica di "disciplinamento" della società), le attività produttive e commerciali.

Un caso importante è la *Constitutio criminalis carolina* (detta più semplicemente *Carolina*, 1532), emanata per i territori tedeschi dall'Imperatore Carlo V. Nasce da un lungo processo iniziato con l'istituzione del Tribunale camerale dell'Impero nel 1495 e subisce una notevole influenza della dottrina del diritto comune, e delle sue figure teoriche; le sanzioni sono rese, per quanto possibile in questa fase, meno aspre. Il sistema processuale è di stampo inquisitorio¹², rigido nella procedura per evitare arbitrii, prevalentemente scritto, con ampia previsione delle prove legali. I limiti della *Carolina* sono quelli ovvi in una situazione di accentuato particolarismo giuridico: concorrenza con la normativa penale locale consuetudinaria (*Landrecht*) – rispetto alla quale è sussidiaria (e qui vi era in più la situazione di conflitto coi principi tedeschi) – e previsione del diritto comune come fonte integrativa ulteriore.

In Francia si ha nello stesso periodo l'*Ordonnance générale sur le fait de la justice, police et finances* (anche *Ordonnance de Villers Cotterêts*, 1539), composta da 192 articoli (di cui 30 dedicati alla giustizia penale), promulgata da Francesco I, anche se in realtà frutto del lavoro del cancelliere Guillaume Poyet, e dunque detta la *Guglielmina*; sarà in vigore fino al 1670. Questa *grande ordonnance*, come sono indicati i provvedimenti sovrani di ampia portata normativa, toccò tutti gli ambiti giudiziari e amministrativi. In seguito sarebbero state promulgate altre *ordonnances* volte a reprimere reati specifici, e in particolare quello di eresia (1547).

¹² Ricorda il rito dell'Inquisizione romana, che verrà istituita poco dopo, nel 1542.

Richiede però a questo punto un approfondimento la storia delle fonti legislative in Francia, per il ruolo di antefatto determinante che avrà nel processo di codificazione.

Tra medioevo ed età moderna quel territorio si caratterizza, dal punto di vista giuridico, in una distinzione tra *pays de droit coutumier* (cioè province di diritto consuetudinario, nelle zone settentrionale e occidentale, dove prevalgono gli usi di matrice germanica, messi per iscritto lungo il Cinquecento) e *pays de droit écrit* (province di diritto scritto, a meridione, dove scuole e prassi avevano fatto radicare il diritto romano – scritto, appunto – come diritto territoriale).

Nel 1312, con una *ordonnance*, Filippo il Bello aveva specificato che il regno era retto dalla consuetudine, e anche là dove vigeva il diritto romano (“imperiale” per antonomasia, e pertanto da osteggiare) questo avveniva perché vi era una consolidata consuetudine conforme e vi era stata una concessione del sovrano. Dunque si riaffermavano il ruolo preponderante del diritto non scritto e la forza legittimante e autonoma del sovrano.

A metà Quattrocento, alla fine della guerra dei cent’anni, Carlo VII progetta la redazione scritta, e aggiornata, delle consuetudini. Si avverte soprattutto la necessità di risolvere gli eterni problemi del processo (la sua lunghezza indeterminata, innanzi tutto) e dunque di certezza del diritto; si pensa quindi a una modernizzazione tecnica delle consuetudini.

Il problema delle fonti del diritto, della loro messa in ordine, è un tema che domina la migliore cultura giuridica del Cinquecento. Charles Dumoulin (1500-1566) tenta con le sue opere di ridurre le consuetudini in un unico corpo armonico, in base a una supposta *consonantia* che va individuata. François Hotman (1524-1590) nel 1567 scrive l’*Antitribonian*, dove da una parte si riconosce l’importanza dei testi contenuti nel *Corpus iuris civilis*, ma dall’altra anche i difetti della raccolta di Giustiniano, realizzata appunto da Triboniano disarticolando la tradizione del diritto romano e della giurisprudenza medievale¹³. In realtà vi sono una chiara componente antiromanistica e la rivendicazione dell’autonomia del diritto nazionale francese (constatando che il diritto giustiniano aveva una minima applicazione pratica). Funzione centrale – ritiene Hotman – deve essere quella del legislatore: vi è una sorta di invito alla codificazione, magari realizzata ad opera del cancelliere Michel de l’Hospital (ca. 1505-1573), probabile autore di un acuto *Traité de la réformation de la justice*. Proprio Hospital aveva chiamato Hotman ad insegnare a Bourges e gli aveva dato l’*avis* (il consiglio, l’invito) a comporre l’*Antitribonian*. Una commissione – ritiene Hotman – partendo dal diritto giustiniano, ma tenendo conto del diritto effettivamente applicato in Francia, dovrebbe redigere una compilazione di diritto nazionale, scritta in francese. Non va infine dimenticato come proprio in

¹³ *Antitribonian ou discours d’un gran et renommé jurisconsulte de notre temps sur l’estude des lois, fait par l’avis de Monsieur de l’Hospital chancelier de France en l’an 1567*, Paris 1606.

questo contesto politico e culturale Bodin stia lavorando a *Les six livres de la République*, che pubblicherà una decina d'anni dopo l'*Antitribonian*.

In Francia abbiamo quindi, tra Cinquecento e Seicento, una serie di così detti *codes*, che però poco hanno a che fare con il codice nel senso moderno del termine. Nel 1587 esce il *Code Henry III*, collezione di *ordonnances* commissionata dal sovrano sin dal 1579 al presidente del *Parlement* di Parigi Bernabé Brisson (1531-1591) per raccogliere le norme regie ritenute effettivamente utili e, riformandole, le costituzioni particolari di ciascuna provincia. Il *Code* di Enrico III fu approvato dal re ma mai formalmente promulgato; ciò nonostante, i sovrani che gli succedettero lo fecero aggiornare per renderlo via via applicabile. Nel 1601 esce una nuova edizione aggiornata del *Code Henry* curata, su incarico di Enrico IV, da un altro magistrato, Louis Chardonas Le Caron (anche *Code Henry IV*). Del 1629 è il *Code Michau* (storpiatura di Maurillac, nome del guardasigilli proponente), emanato da Luigi XIII: *ordonnance* ufficiale piuttosto vasta (461 articoli), è una delle periodiche *ordonnances de réformation* con cui si tentava una risistemazione generale, però in base al vecchio materiale giuridico. Era – come da tradizione – la risposta alle *doléances* sollevate dagli Stati generali. La situazione in Francia sta comunque evolvendo, e proprio nel 1614 gli Stati generali sono convocati per l'ultima volta. La prossima sarà nel 1789! In mezzo si colloca il regno di un sovrano che ha profondamente segnato di sé la storia della Francia e la storia giuridica europea.

3. Luigi XIV e le sue *ordonnances*

Luigi XIV (re dal 1643 al 1715) – Re sole – è nella storia europea la personificazione più tipica dell'assolutismo monarchico europeo.

Nel 1648 si pone fine alla guerra dei trent'anni con i trattati della Pace di Vestfalia, che traccia gli equilibri politico-diplomatici europei per il periodo a venire fino alla fine dell'Antico regime. L'Impero ne esce ridimensionato, la Francia rafforzata, l'idea dell'unità del mondo cristiano sotto l'unica fede cattolica ormai tramontata ed anzi ci si avvia verso un processo di secolarizzazione che se inizialmente significa il passaggio di beni di proprietà ecclesiastica a laici, col tempo indicherà la progressiva indipendenza delle strutture istituzionali statali da quelle ecclesiastiche, e in generale il tentativo di ridurre il ruolo della Chiesa cattolica alla sola sfera religiosa. Un processo che si intensificherà nel Settecento illuminista e avrà un esito eclatante nel così detto "giuseppinismo" (da Giuseppe II d'Asburgo, di cui si tratterà in seguito¹⁴).

Dal punto di vista storico-giuridico, nel processo di accentramento legislativo si ha in sostanza con Luigi XIV il compimento di un percorso tracciato dalle

¹⁴ *Infra*, §§ 7 e 8.

teorie dei Dumoulin, Hotman, Bodin, Hospital, e ora attuato dal ministro delle finanze Jean Baptiste Colbert (1619-1683), personalità non meno determinante di quelle fino a qui richiamate.

L'obbiettivo che ci si pone chiaramente è quello di una riformulazione complessiva del diritto, con l'aspirazione di tentare finalmente un'unificazione giuridica nazionale. Diciamo subito che l'obbiettivo sarà raggiunto solo in parte, o – visto diversamente – che in concreto si avrà un fallimento vero e proprio. Eppure si può anche dire che ci si trova già nell'officina del codice, posta l'utilizzazione massiccia che il codificatore napoleonico farà, almeno in alcuni settori, del materiale normativo delle *ordonnances* "colbertine".

La prima della serie è nel 1667 la *Ordonnance civile pour la réformation de la justice*. L'obbiettivo era vincolare il più possibile i giudici alla legge, arginare la forza dell'*interpretatio*. Ne risulta un *corpus* normativo organico, breve e molto chiaro, che aveva lo scopo di stabilire una procedura uniforme per tutte le corti del regno; in caso di dubbio interpretativo ci si doveva rivolgere al sovrano, impedendo con ciò (o quantomeno tentando di impedire) che i giudici applicassero, appunto, le loro arti interpretative.

Il testo di questa *ordonnance* sarà ampiamente utilizzato per la normativa processual-civilistica napoleonica¹⁵, e in definitiva già compendia tendenze antigiusprudenziali tipiche dell'accentramento assolutista, prima, e dell'Illuminismo giuridico, poi, fino alla fase rivoluzionaria. Si interveniva poi sui grandi tribunali francesi, i *parlements*, e sulla fondamentale loro prerogativa di registrare i provvedimenti sovrani con il relativo potere di sollevare rimostranze; adesso l'obbligo era di registrare immediatamente, rimandando casomai a dopo i rilievi senza sospensione dell'efficacia della norma regia.

Una regola di chiusura prevedeva che le norme preesistenti in materia fossero da considerarsi abrogate, ma – e qui era il limite della previsione legislativa – solo nel caso fossero contrarie all'*ordonnance*; diversamente – e in base a una valutazione del giudice sulla non contraddittorietà della norma esterna, o sulla lacuna dell'*ordonnance* – alle fonti esterne si poteva tranquillamente ricorrere. Si tratta di un punto cruciale, che difatti sarà ben diversamente affrontato con la celebre legge di promulgazione del Codice civile nel 1804¹⁶.

Nell'1670 è la volta dell'*Ordonnance criminelle*, dedicata sostanzialmente alla procedura penale e volta a limitare quanto più possibile le competenze delle giurisdizioni feudali. Certo le regole del processo sono semplificate, ma sotto il segno di un grande rigore intimidatorio: il modello processuale è quello inquisitorio, la segretezza prevale, l'assistenza tecnica all'imputato è assente nella fase istruttoria (quella cruciale, in cui si applica ordinariamente anche la tortura), la formazione della decisione è incatenata dal sistema delle prove legali. Nel suo

¹⁵ *Infra*, § 12.

¹⁶ *Cfr. infra*, §§ 10 e 11.

complesso sarebbe stata materia di polemica fortissima da parte degli illuministi. Ottimi saranno, invece, i frutti legislativi in campo giuscommercialistico.

Nel 1673 viene infatti pubblicata l'*Ordonnance du commerce*, ritenuta il simbolo del passaggio, in campo giuscommercialistico, all'età moderna. Essa, in definitiva nel solco della tradizione medievale del diritto mercantile, doveva dare un «regolamento capace di assicurare presso i mercanti la buona fede contro la frode e di prevenire gli ostacoli che li sviano dal loro ufficio». Si presenta come un testo breve, di circa 120 articoli, molto ben scritto, dedicato alla regolamentazione generale del commercio, cui aveva dato un contributo significativo Jacques Savary (un importante mercante francese), tanto che questa *ordonnance* venne anche identificata come *Code Savary*. Il presupposto ideologico è fondamentale: si tenta di uscire da una dimensione di tipo corporativo, e dunque di autoregolamentazione da parte dei mercanti, a favore di una netta volontà del sovrano di intervenire direttamente in questo settore con una normativa statale (salvo recuperare il patrimonio consuetudinario di matrice medievale comunque accettato dalla categoria professionale dei mercanti). Questo rientra nel complessivo disegno dirigista in campo economico di Colbert, volto a incentivare il commercio come occasione di ricchezza per tutta la nazione e delle casse regie in particolare (attraverso la tassazione dei profitti).

Dunque si vuole che l'esercizio stesso del commercio non sia la conseguenza di una cooptazione in una compagine corporativa, ma piuttosto un privilegio concesso dal sovrano (salva sempre l'iscrizione alla rispettiva corporazione). Si interviene sui grandi temi dei contratti commerciali, delle scritture contabili, della bancarotta (colpita, come nel Medioevo, con grande durezza), della giurisdizione mercantile (strumento tipico di autonomia dei mercanti, e dunque qui ristretta). Manca la "clausola di codificazione", che rappresenterebbe una rottura troppo forte con la tradizione consuetudinaria tipica di questo settore a cui bisogna dunque lasciare spazio indeterminato.

Ne va poi considerata la collocazione sistematica. Siamo in una fase – quella colbertina appunto – in cui lo Stato è determinato a intervenire pesantemente nella vita economica; si parla, con ciò, di *mercantilismo*, che comporta in termini di politica del diritto il proliferare di interventi legislativi diversi, dalle tariffe ai calmieri, ai salari, ai monopoli di fabbricazione, ai dazi e così via. L'obiettivo è accrescere la forza finanziaria dello Stato; dunque del diritto commerciale sono visti innanzi tutto i profili pubblicistici, quando invece per noi il diritto commerciale è parte del diritto privato.

In genere, poi, nel contesto dell'accentramento assolutistico delle grandi monarchie europee, il diritto commerciale da diritto di classe (quella mercantile) diviene diritto dello Stato, non più universale ma nazionale, in questo anticipando chiaramente – in un settore dalla tradizione così marcatamente transnazionale e dunque non statale – le linee della codificazione civile (appunto nazionale, statale, non corporativa, egualitaria).

Nel 1681 è promulgata l'*Ordonnance de la marine*, anch'essa integrata nel di-

segno mercantilistico colbertino; era stato necessario un lungo e complesso lavoro di coordinamento di un vasto materiale consuetudinario. La Francia affacciava infatti su due bacini tra loro diversi per norme marittimistiche applicate, il Mediterraneo – con la tradizione del *Consolato del mare* in particolare – e quello del Mare del Nord, con diverse tradizioni e compilazioni di regole.

Strutturata in cinque libri, ha l'obiettivo di disciplinare i contratti marittimi, cioè quei contratti utilizzati dagli operatori mercantili che usavano il mare per trasportare le loro merci. Per la massa di beni scambiati e per il loro valore (determinato anche dalla distanza percorsa per procurarseli), era di gran lunga il commercio di maggior rilievo; in questo settore le figure giuridiche erano molte e particolarmente complesse. Eppure qui, più che altrove, l'aspirazione era individuare una normativa efficace, perché uniforme a livello internazionale.

Il risultato di questa operazione di sintesi legislativa sarà coronato da speciale successo. Nel 1807 sarà quasi letteralmente riprodotta come il libro del *Code de commerce*¹⁷. Ma estenderà la sua influenza anche ben fuori dai confini francesi: condizionerà non poco l'*Editto politico di navigazione mercantile austriaca* emanato da Maria Teresa nel 1774 e, nel litorale austriaco alto adriatico, seppure per via consuetudinaria, sarà direttamente applicata fino ai primi decenni del Novecento; avrà un certo rilievo addirittura nella stesura del codice della navigazione italiano del 1942.

Infine, e alla luce della loro importanza nella storia del diritto europeo, le *ordonnances* del periodo colbertino sono "codici"? Diciamo subito che la risposta è no.

Rappresentano un passaggio fondamentale nel tentativo di mettere ordine nel panorama delle fonti normative vigenti, ma non si pongono inequivocabilmente come fonte unica per la materia trattata. Ammettono la presenza di fonti concorrenti, lasciando aperto uno spazio di manovra interpretativo ai giuristi, che avranno facile gioco a ridisegnare di volta in volta il quadro normativo in base alle loro convinzioni scientifiche o alle loro opportunità processuali. La prova è che in Francia, nel Settecento, saranno profondamente criticate, dovendosi constatare la permanenza di un regime di particolarismo giuridico accentuato, totalmente ingestibile, cui evidentemente le *grandes ordonnances* di Luigi XIV non avevano posto alcun rimedio. Così nei *cabiers de doléances* presentati agli Stati generali nel 1789 non si mancherà di lamentare l'assenza di unità giuridica del Regno, anche nei campi su cui esse erano intervenute.

Emblematica, infine, la vicenda di una importante *ordonnance* del 1679. Si era partiti dalla necessità di disciplinare meglio l'esercizio della professione legale, ma prendendo subito atto della decadenza degli studi universitari in Francia. Da dove partire, dunque? Dalla formazione, appunto, imponendo tra l'altro che in ogni università si insegnasse il «diritto francese in generale». Il diritto delle

¹⁷ Cfr. *infra*, § 12.

grandi compilazioni regie, dunque, e poi la ricca tradizione consuetudinaria francese, per la costruzione di un nuovo diritto nazionale, l'obbiettivo vero e definitivo dei monarchi francesi già dal secolo precedente. La situazione poteva sembrare favorevole, alla luce dell'impegno in questo settore di Luigi XIV e Colbert; eppure, nulla di tutto questo si verificò. Le cattedre vennero istituite, ma in poco tempo quei corsi cessarono quasi di essere frequentati, e per lo più gli insegnamenti furono soppressi.

La dialettica plurisecolare diritto particolare/diritto comune dimostrava una resistenza davvero straordinaria.

4. *Il pensiero giuridico europeo tra area germanica e Francia (XVII-XVIII sec.)*

Guardando al continente europeo del Settecento, ed essendo necessario semplificare il quadro complessivo, possiamo identificare due aree di cultura giuridica, una francese e una germanica. In entrambe lo sfondo scientifico è quello di un panorama in forte cambiamento rispetto al passato, e i giuristi ne risentono profondamente. Tanto più avanzati saranno nel loro lavoro di riflessione giuridica, quanto maggiormente interpreteranno il loro ruolo come intellettuali "completi", aperti a tutte le novità scientifiche del loro tempo.

Soprattutto per la cultura francese l'antefatto culturale è ovviamente Cartesio (René Descartes), che vive fino al 1650, e che propone una visione razionalistica secondo cui la matematica può essere riferimento fondamentale per ogni disciplina scientifica. L'altra figura determinante è poi Blaise Pascal (1623-1662) matematico e filosofo, per altro critico con Cartesio, e amico di un grande giurista come Jean Domat (nato, come Pascal, a Clermont en Auvergne, a distanza di due anni; se ne parlerà tra poco).

Il razionalismo permea di sé tutto il Settecento generando un atteggiamento scientifico che avrà conseguenze notevolissime sulla complessiva rappresentazione della realtà, e dunque anche della realtà giuridica. Basti pensare allo straordinario *Systema naturae* che Linneo (Carl von Linné, 1707-1778) porterà a compimento tra gli anni Trenta e Sessanta, una tassonomia che tutt'ora informa zoologia e botanica.

Dunque è condivisa la volontà di trovare un efficace sistema ordinante per rappresentare in modo completo e moderno ogni ambito della realtà. Un sistema che prende atto in modo razionale ed empirico della realtà e a sua volta ne costituisce regola.

Andando a coloro che, da giuristi, sono stati identificati come «le origini dottrinali del codice civile francese»¹⁸, è opportuno qui partire da Jean Domat

¹⁸ A.-J. Arnaud, *Le origini dottrinali del codice civile francese*, trad. it., ESI, Napoli 1969.