

libro I disciplina il diritto civile, ad eccezione dei rapporti familiari e successori, trattati nel Libro II che include inoltre la disciplina dei ceti (*Stände*), il diritto pubblico generale ed anche il diritto penale. Questa ripartizione della materia è indicativa di una scelta di fondo: Federico e i suoi codificatori intendevano mantenere saldo l'ordinamento tradizionale per ceti della società della Prussia, stabilendo per ciascuno *Stand* uno specifico assetto normativo ma anche fissando alcune regole di portata generale, comuni ai vari ceti.

Lo *status* cetuale si acquisiva con la nascita ed era ripartito nelle tre categorie tipiche del diritto d'antico regime: la nobiltà (*Adelstand*); la borghesia delle città (*Bürgerstand*); il ceto rurale (*Bauernstand*), a sua volta suddiviso nelle due classi dei contadini liberi e dei servi. Una parte importante del diritto privato era diversamente disciplinata in ragione del ceto di appartenenza. La nobiltà godeva di privilegi giurisdizionali (solo i giudici di livello superiore intervenivano nelle liti dei nobili), poteva disporre per fedecommesso dei propri beni di famiglia ed accedeva in via pressoché esclusiva alle cariche pubbliche. Ai contadini di condizione libera non era consentito un mestiere diverso dall'agricoltura mentre il diritto di proprietà era limitato da vincoli nella destinazione economica del fondo; per i servi non vi era possibilità di mutare luogo né *status* e il loro matrimonio era subordinato al beneplacito del padrone, al quale era consentito di infliggere punizioni anche fisiche. Il diritto del ceto borghese era stabilito anzitutto negli statuti e nelle consuetudini delle città. Ma le norme generali del Libro I del Codice – relative ai contratti, alle obbligazioni, ai diritti reali, ad una parte del diritto successorio – valevano per tutti e in particolare proprio per i borghesi, pur essendo derogate dalle norme speciali destinate agli altri due ceti nel Libro II, di cui si è detto.

Un Codice dunque per molti aspetti ancora di antico regime sia con riguardo al sistema delle fonti, sia con riguardo alla disciplina differenziata per ceti, sia infine per la compresenza di norme di diritto pubblico e di diritto privato entro un medesimo testo.

3. *I domini asburgici: Maria Teresa*

Il lungo regno di Maria Teresa d'Austria (1740-1780) portò gli Stati asburgici verso lidi nuovi. Soprattutto a partire dalla metà del secolo la sovrana favorì una serie di interventi legislativi⁹¹ che mira-

⁹¹ I testi legislativi teresiani sono reperibili in *Sammlung aller k. k. Verordnungen und Gesetze von Jahre 1740-1780*, a cura di Kropatscheck, Wien, 1787², 9 volumi. Per la Lombardia austriaca si veda il *Gridario Greppi* in Archivio di Stato di Milano. Del *Gridario* dal 1727 al 1794, Milano, G.R. Malatesta, [1727-1794], 8 volumi, è disponibile la versione digitale in <http://www.historia.unimi.it>.

vano a creare un ordinamento pubblico molto differente da quello di antico regime [F. Valsecchi 1971].

Anche sulla base delle dottrine elaborate dai giuristi di una corrente dottrinale che prenderà il nome di scuola cameralistica, nel 1749 venne realizzata una riforma dell'amministrazione con la quale le materie finanziarie dei domini asburgici venivano raggruppate in un'unica Cancelleria (*Oberste Kanzlei*), mentre l'amministrazione centrale degli affari giudiziari fu affidata ad un altro, distinto organo di governo (*Oberste Justizstelle*): si profilava così quella separazione tra amministrazione e giurisdizione che caratterizza lo Stato costituzionale moderno, mentre nei secoli precedenti le due funzioni erano intrecciate e spesso compresenti nelle magistrature centrali. L'istituzione del Consiglio di Stato, disposta nel 1766, creò a sua volta un organo centrale di alta consulenza politico-giuridica, composto da tre membri nobili e da tre togati, deputati a individuare nei casi delicati le scelte più opportune, sulla base di criteri di imparzialità. La direzione superiore delle questioni di Lombardia venne conferita nel 1757 al neo-istituito Dipartimento d'Italia, che sostituì il Consiglio d'Italia di ascendenza spagnola: in luogo di organo in qualche misura rappresentativo, un organo amministrativo dello Stato.

Furono le necessità crescenti di spesa causate dalle guerre, in particolare durante la lunga lotta con Federico II nella guerra dei sette anni (1756-1763) a dare la spinta ad una riforma del sistema fiscale le cui implicazioni andarono bene al di là del terreno dell'economia. Un primo importante intervento si ebbe con la prescrizione che i tributi dell'imposta fondiaria venissero corrisposti in danaro sulla base di una valutazione decennale della redditività delle terre, in misura dell'uno per cento a carico del feudatario e del due per cento a carico dell'utilista.

In Lombardia l'iniziativa del censimento si realizzò in un arco di dieci anni, dal 1750 al 1760. Una capillare ricognizione della ricchezza fondiaria, diretta dal giurista toscano Pompeo Neri, ricostruì con estrema precisione le caratteristiche di ogni parcella del paesaggio rurale e urbano, stabilendo la titolarità dei diritti sulle terre e sugli immobili allo scopo di applicare un tributo proporzionale alla ricchezza immobiliare. I molti ostacoli accanitamente opposti dal patriziato e dal clero – che temevano a ragione l'erosione dei loro privilegi – furono superati per volontà della sovrana, che si avvaleva a Vienna dell'opera di un ministro dalle eccezionali capacità, il conte di Kaunitz. Alla fine, per la prima volta il criterio della proporzionalità dell'imposta risultò operante. Alcuni corposi privilegi della nobiltà, radicati da secoli, venivano così efficacemente contrastati. Alle proprietà ecclesiastiche, che ammontavano a circa un terzo dei beni fondiari, fu mantenuto un regime di parziale esenzione⁹².

⁹² La parte dominicale dei beni ecclesiastici (coltivata direttamente da dipendenti di

Ma la vera portata della riforma era altrove. Con la proporzionalità si affermava il principio dell'equiparazione giuridica, rispetto allo Stato e alle funzioni pubbliche, tra il patriziato e la borghesia. Se ognuno era tenuto a contribuire in proporzione delle proprie rendite, cadeva il presupposto di uno *status* particolare per la nobiltà. Cadeva il criterio dell'amministrazione tributaria affidata ai «corpi» o alla ferma e nasceva, come è stato detto, un nuovo soggetto, il proprietario-contribuente [Mannori e Sordi 2002], in diretto rapporto con il Governo dello Stato. Non a caso una riforma degli ordinamenti locali, attuata in Lombardia nel 1755, attribuì i diritti di accesso alle magistrature comunali sulla base del censo, affidando l'elezione dei rappresentanti all'assemblea degli «estimati», cioè di chi era proprietario fondiario, nobile o non nobile che fosse; ed anche nell'amministrazione provinciale le cariche non furono più appannaggio dei membri patrizi delle famiglie decurionali [Mozzarelli 1982]. Uno dei fondamenti dell'antico regime veniva così a cadere. E sebbene alla nobiltà i sovrani asburgici abbiano conservato una serie di privilegi di *status* – ad esempio in materia di fedecommissi, limitati ma non aboliti né da Maria Teresa né da Giuseppe II – tuttavia l'impatto del principio censitario fu profondo e definitivo.

Quando in quegli anni Giuseppe Parini, ecclesiastico e fine letterato, precettore in case patrizie milanesi, scriveva i versi eleganti del suo poemetto *Il Giorno* descrivendo con caustica ironia la giornata vacua e dissipata di un giovane patrizio, da questa rappresentazione – che sarebbe stata impensabile solo pochi decenni prima – comprendiamo che un'epoca volgeva alla fine, l'epoca del predominio sociale del patriziato, durata per quasi tre secoli⁹³.

Anche nei confronti delle grandi magistrature vi fu una svolta decisa. Allorché il Senato di Milano manifestò la propria contrarietà (come tante volte era avvenuto in precedenza, nel corso di due secoli e mezzo, quasi sempre con successo) ad una riforma voluta da Vienna, un secco dispaccio della sovrana significò ai senatori che una sola era la legittima fonte del potere: «presso di noi soltanto risiede la fonte di ogni giurisdizione» (intesa nel senso tradizionale di «potere legittimo», inclusivo della legislazione). E il pur potentissimo Senato dovette piegarsi [Petronio 1972].

Il ruolo dello Stato venne affermato negli anni teresiani anche sul fronte dell'istruzione superiore. In analogia con la riforma universitaria di Vienna, nel 1771 l'università di Pavia ricevette un

chiese e monasteri) rimase per il momento esente, mentre sulla parte gestita da coloni affittuari l'imposta fondiaria era diminuita di un terzo rispetto alla proprietà dei laici.

⁹³ Anche i versi di Lorenzo Da Ponte nelle *Nozze di Figaro* di Mozart (1786), che ironizzano sui «diritti» prematrimoniali del signore feudale e che pure suscitarono scandalo, sono un sintomo della fine di un'epoca.

nuovo ordinamento che poneva i professori sotto il controllo del governo e non più del Senato milanese. I singoli corsi di studio vennero riveduti, e i professori scelti dal centro, con riferimento alla capacità professionale ma anche, per materie politicamente delicate quali il diritto canonico, con riferimento alle posizioni dottrinali dei professori, così che l'insegnamento fosse coerente con l'indirizzo voluto dal sovrano. Lo scopo era di preparare buoni funzionari per l'amministrazione pubblica. Inoltre all'università veniva restituito il monopolio della laurea, sottraendo ai collegi professionali – anzitutto al Collegio milanese dei Giureconsulti, composto di soli patrizi – il privilegio secolare di conferire il titolo dottorale: la formazione dei giuristi diveniva così un compito dello Stato.

Maria Teresa avviò anche una revisione approfondita del diritto privato delle province germaniche dell'Impero. I lavori durarono per oltre un decennio, sino a quando nel 1766 fu presentato un progetto (*Codex Theresianus*) organizzato in tre libri dedicati rispettivamente alle persone, alle cose e alle obbligazioni: un testo composto di oltre 8.000 articoli, che avrebbe dovuto diventare la fonte esclusiva per le materie civilistiche, pur mantenendo un collegamento con le dottrine del diritto naturale. Ma l'opposizione del cancelliere von Kaunitz risultò decisiva: il progetto fu da lui considerato troppo dipendente dal diritto comune e al tempo stesso troppo aderente alle peculiarità dei diritti provinciali, oltre che eccessivamente prolisso.

Invece le idee di riforma del sistema penale fecero la loro strada. Non solo le pagine di Beccaria ma anche voci autorevoli di provenienza viennese avevano auspicato alla metà degli anni Sessanta l'abolizione della tortura giudiziaria. Così si era espresso tra gli altri un giurista e studioso di amministrazione pubblica (cameralistica) di grande autorità, Joseph von Sonnenfels, promotore infaticabile di molte riforme amministrative e finanziarie [Osterloh 1970], professore a Vienna ed autore di un trattato di istituzioni di diritto pubblico che per quasi un secolo fece testo nell'Impero asburgico⁹⁴. Respinte dalla sovrana e da Kaunitz in modo netto ancora nel 1775, ma riproposte dal loro autore viennese con coraggio, alcune riforme furono varate poco più tardi: con i decreti del 2 e del 19 gennaio 1776 Maria Teresa riduceva le fattispecie criminose colpite con la pena capitale e aboliva la tortura giudiziaria.

4. Giuseppe II

Associato all'Impero sin dal 1765, Giuseppe II [Beales 2009] ebbe modo di intervenire a più riprese nelle riforme degli anni tere-

⁹⁴ *Grundsätze der Polizey, Handlung und Finanz*, 1765-1772, 3 volumi.

siani, in sintonia con le scelte del Kaunitz. In Lombardia i rapporti con la Chiesa furono affidati a una Giunta economale di nomina sovrana. La Ferma generale, affidata ai potenti fermieri che avevano in esclusiva l'appalto dei dazi sul sale e sui tabacchi, fu dapprima riformata seguendo le idee di Pietro Verri, quindi abolita affidandone l'esazione direttamente allo Stato. Le competenze amministrative del Senato vennero sostanziosamente ridotte in coerenza con l'indirizzo di separazione tra funzioni giudiziarie e funzioni amministrative.

Succeduto alla madre nel 1780, Giuseppe II condusse nel decennio in cui fu solo al potere una politica assai più radicale rispetto a quella di Maria Teresa. Il suo personale temperamento e la sua sofisticata formazione intellettuale, perfezionata sotto la guida di Karl Anton Martini professore a Vienna di diritto naturale [Cassi 1999], indussero l'imperatore a disporre direttamente, in prima persona, un preciso programma di governo, che venne realizzato con assoluta determinazione.

A Vienna l'imperatore promulgò nel 1781 l'Editto di tolleranza (*Toleranzpatent*), con il quale veniva per la prima volta riconosciuta l'eguaglianza tra i sudditi dell'Impero delle diverse confessioni religiose cristiane – estesa un anno più tardi anche agli ebrei – quanto all'accesso alle cariche pubbliche, ai gradi accademici e ai diritti privati, inclusi i diritti di culto, pur riservando alla religione cattolica la posizione di culto dominante. Nel 1783 la Legge matrimoniale (*Ehepatent*) sancì la natura di contratto del matrimonio, come tale legittimamente disciplinabile dal diritto civile dello Stato: dopo più di mille anni la Chiesa perdeva il monopolio della normazione sul vincolo matrimoniale⁹⁵. Anche questa riforma costituiva un'attuazione delle idee del giurisdizionalismo illuministico. Sul terreno delle successioni il regime normale, stabilito con legge nel 1786 (*Erbfolgepatent*), diveniva quello dei borghesi, con equiparazione tra figli maschi e femmine nella successione legittima, mantenendosi invece per i nobili, pur con alcune limitazioni, l'istituto del fedecommesso⁹⁶; e per i contadini il requisito dell'indivisibilità del fondo agricolo.

Giuseppe II promosse inoltre la codificazione in quasi tutti i settori dell'ordinamento trattati dai moderni codici: nel diritto civile, nel penale, nel processuale. La rilevanza di questi interventi legislativi è davvero grande: si tratta in effetti dei primi codici concepiti nella forma che diverrà generale in Europa nel corso dei due secoli seguenti. La disciplina legislativa del codice ha il carattere della completezza, si articola in forma sistematica, isola il diritto sostanziale dal processuale, distingue il civile dal penale e ciascuno dei due diritti processuali dai rispettivi àmbiti sostanziali, espunge

⁹⁵ Per l'ordinamento statale il sacerdote assumeva la veste di ufficiale dello stato civile.

⁹⁶ Decreto del 12 aprile 1786 [su cui A. Padoa-Schioppa 2003, p. 456].

infine ogni altra fonte normativa incluso il diritto comune con l'intero suo patrimonio di dottrine elaborate nel corso dei secoli.

Il processo civile venne disciplinato nel Regolamento giudiziario civile del 1781, che venne applicato anche in Lombardia a partire dal 1785. Era un processo per alcuni aspetti ancora vicino a quello del diritto comune, che includeva regole legali sulla prova testimoniale e imponeva la procedura scritta in ogni fase del processo. Al giudice spettava un ruolo rilevante nel governo del processo e nell'assunzione delle prove come anche nei poteri di volontaria giurisdizione, pur rispettando il principio dispositivo che lasciava alle parti ampie facoltà di movimento nel sistema delle prove e nella loro produzione in giudizio. Al procedimento scritto si affianca un procedimento interamente orale, nel quale tutto si svolge in una sola udienza senza che occorra la presenza dei difensori [Taruffo 1980, p. 36]. L'ordinamento giudiziario era stato a sua volta completamente ristrutturato, sottraendo alle corti superiori ogni potere diverso dalla giurisdizione. Le cause venivano discusse e decise in tre gradi di giudizio facenti capo ad altrettanti organi giudiziari: il tribunale di prima istanza, il tribunale d'appello, il tribunale di revisione.

Si deve inoltre menzionare, quanto al processo civile, l'importante Codice emanato nel principato di Trento nel 1788⁹⁷, noto come Codice barbacoviano perché interamente preparato dal giurista trentino Barbacovi. Il ruolo dell'oralità, la procedura di conciliazione obbligatoria, il giudice unico di primo grado, il giudice elettivo per le controversie minori sono aspetti di una codificazione singolarmente moderna nell'impostazione [Taruffo 1980, p. 42].

Molto importante fu il Codice penale giuseppino del 1787⁹⁸. In esso troviamo una netta affermazione del principio di legalità di ascendenza illuministica – «nullum crimen, nulla poena sine lege» – accompagnata dall'esplicito divieto del ricorso all'analogia (§§ 1; 13; 19): un principio non nuovo, che acquista però particolare pregnanza per il fatto che la disciplina del codice non ammette più alcuna retrointegrazione, esclude dunque il ricorso al diritto comune. Unico è inoltre il destinatario della sanzione, senza distinzioni di ceto. E la pena è imprescrittibile. La tortura giudiziaria era già stata abolita nel 1776, e contemporaneamente si era fortemente ridotta l'applicazione della pena di morte, irrogata nel Codice solo per i casi di sedizione. Rimanevano tuttavia le pene corporali (bastonate, nerbate, berlina) accanto alle pene pecuniarie e a quelle detentive, con o senza lavori forzati. A questa disciplina prescritta per i reati di diritto comune⁹⁹

⁹⁷ *Codice giudiziario per il principato di Trento*, 1788.

⁹⁸ *Allgemeine Gesetz über Verbrechen und derselben Bestrafung*, 1787 [su questo Codice si veda la bella sintesi di Cavanna 2005, pp. 294-308; cf. anche Beales 2009, II, pp. 550-554].

⁹⁹ Tali anche in base al diritto naturale; con la depenalizzazione, anch'essa di

si aggiungono nel secondo libro del Codice le norme sanzionatorie relative ad una seconda categoria di reati, designata con il termine di «gravi trasgressioni politiche», che racchiude i comportamenti considerati lesivi dell'ordine pubblico, i reati di natura amministrativa e in senso lato politica, per i quali l'istruttoria era affidata alla polizia.

Il Codice penale fu seguito nel 1788 dal Codice di procedura penale. Si tratta di un testo importante, perché capostipite dei moderni codici processual-penalistici. Esso si caratterizza per un duplice volto. Il sistema delle prove legali vi è mantenuto rigorosamente, con la tassativa indicazione della confessione, della testimonianza concorde di almeno due testimoni o del concorso di almeno due circostanze (indizi) quali condizioni per la condanna. Se questi requisiti non soccorrono, l'imputato deve essere assolto per insufficienza di prove (§ 166). Tuttavia la presenza delle sole circostanze determina la riduzione della pena di un grado (§ 148). Dunque è caduta la discrezionalità del giudice in presenza di indizi, tipica del diritto comune, ma non completamente. A questi elementi di garantismo altri tuttavia se ne contrappongono, di segno opposto [Cavanna 2005, p. 312]: il giudice è ad un tempo incaricato di raccogliere le prove dell'accusa, di provvedere alla difesa (è vietata la presenza del difensore) e di emettere la sentenza. E il silenzio o la simulazione dell'imputato sono contrastate con l'arma dissuasiva dei colpi di bastone, eufemisticamente definiti «castighi», non torture¹⁰⁰.

In Lombardia era entrata in vigore sin dal 1786 la *Norma interinale* del processo criminale, preparata dal giurista Karl Anton von Martini per incarico di Giuseppe II. Fondata sul principio inquisitorio [Dezza 1989] che affidava al giudice l'esclusiva dell'azione penale, la disciplina della *Norma interinale* seguiva ancora l'indirizzo tradizionale del diritto comune nel negare il difensore per l'intera fase istruttoria, nell'adozione delle regole legali sulle prove, nell'ampia discrezionalità lasciata al giudice e nel limitare l'appello, mentre per altri aspetti recepiva il principio di legalità [Cavanna 1975].

Entrambi i Codici processualistici di Giuseppe II avranno lunga durata. In particolare in Lombardia la *Norma interinale* resterà in vigore per un ventennio, sino al varo del Codice di procedura penale del 1807 [Dezza 1983], dunque anche per buona parte del periodo napoleonico. Ed entrambi saranno ripresi senza grandi variazioni dopo la parentesi napoleonica.

Meno fortunata fu negli anni di regno di Giuseppe II la codificazione civilistica, forse per la novità stessa dell'impresa. Un progetto

derivazione illuministica, di comportamenti considerati peccaminosi ma non più criminalmente sanzionabili, quali bestemmia, sodomia, adulterio.

¹⁰⁰ Un progetto predisposto dall'avvocato fiscale Luigi Villa nel 1787 in risposta ad una consultazione voluta da Giuseppe II in vista dell'applicazione del suo Codice in Lombardia, che aveva suscitato molte riserve, non ebbe séguito, nonostante la presenza in esso di proposte normative di notevole valore [Rondini 2006].

in tre libri fu predisposto nel 1786 da una commissione presieduta dai giuristi Horten e Kees. Il primo libro, concernente i diritti delle persone e della famiglia, riveduto da uno dei protagonisti del pensiero giuridico del tempo, Joseph von Sonnenfels, fu introdotto in Austria e nella Galizia nel 1787. Gli altri due libri civilistici non giunsero a maturazione.

Anche nella Lombardia il decennio giuseppino fu caratterizzato da un profluvio di interventi, molti dei quali soppressivi di enti e di istituti operanti da secoli. Abolito nel 1786 il Senato milanese: una data storica, un evento salutato quasi con incredulità dai milanesi, il che si spiega dato l'enorme potere esercitato per quasi tre secoli da questa magistratura suprema. Abrogate le Costituzioni di Carlo V, la principale legge del ducato da due secoli e mezzo. Drasticamente ridotti i monasteri contemplativi, il cui numero risulta già dimezzato nel 1781. Istituito a Pavia un seminario generale di stato per la formazione del clero. Abolite le corporazioni di mestiere. Ristrutturato l'intero sistema degli uffici, con rigida separazione tra funzioni giudiziarie e funzioni amministrative. Limitati e redimibili i fedecommissi, pilastro del sistema sociale di antico regime. Sono questi alcuni dei colpi d'ascia inferti con determinazione inflessibile dal sovrano viennese, al quale la formula di «despota illuminato» si applica con piena giustificazione. Mai in precedenza, nei secoli dell'assolutismo, il governo monarchico aveva raggiunto un tale livello di centralizzazione, attraverso il ricorso sistematico allo strumento legislativo.

Naturalmente la vita del diritto proseguiva con i suoi ritmi, attraverso tutti questi mutamenti. Una vicenda processuale di diritto successorio, che riguarda i fratelli Verri dopo la morte del padre, il senatore Gabriele, offre un quadro vivido di come le vicende personali e patrimoniali di una famiglia patrizia si componessero e si scomponessero tra le maglie di una rete di norme statutarie e di disposizioni testamentarie e fedecommissarie, negli anni stessi della transizione dall'ordine giudiziario del Senato a quello dei nuovi tribunali e delle nuove procedure. E vediamo come Pietro Verri, audace teorizzatore di una riforma abolitiva dei privilegi di primogenitura e critico feroce del ceto forense non avesse rinunciato ad avvalersene con determinazione e con successo contro le pretese dei fratelli, in una vicenda personale e processuale durata sette anni¹⁰¹.

¹⁰¹ In questo groviglio di liti sono intrecciati istituti diversi: da una parte i fedecommissi spettanti al primogenito e da lui rivendicati con successo (tale era Pietro Verri dopo la morte del padre e dello zio), dall'altra la «società fraterna» disciplinata negli statuti milanesi, che i fratelli di Pietro (incluso il diletto Alessandro) vollero sciogliere dividendo i beni contro il parere di Pietro. Si veda la ricostruzione dell'intricata vicenda, che diede luogo a non meno di quattordici cause nell'arco di un settennio, dal 1782 in avanti, in di Renzo Villata 1999; Ead., in Pietro Verri, *Scritti di argomento familiare ed autobiografico*, a cura di G. Barbarisi, Roma, 2003, pp. 649-713.

1801-1802 segnava chiaramente la rotta: Target criticava aspramente, nel rapporto preliminare, l'ottimismo ingenuo di Beccaria, che a suo dire «non ha consultato che il suo cuore», mentre il legislatore non può, in nome dell'umanità, sacrificare la sicurezza della società. «Le società alle quali si danno le leggi debbono essere considerate per ciò che sono e non quali potrebbero essere» [Carbasse 2000]. L'influenza di Bentham si avverte là dove si insiste sulla necessità di configurare le norme in modo tale da ottenere l'effetto voluto, anche piegando con l'intimidazione le tendenze dei criminali. «Il Codice penale è un atto di guerra, bisogna tremare leggendolo», scrive un anonimo critico coevo [Cavanna 2005, p. 592].

L'esito normativo è stato coerente con queste premesse. Resta la tripartizione tra crimini, delitti e contravvenzioni. Le pene per i crimini non sono molto diverse da quelle del Codice rivoluzionario e includono la condanna capitale, i lavori forzati a vita o a tempo, la deportazione, la reclusione, la berlina, il bando. Tra i reati, un peso preponderante viene dato ai reati contro la sicurezza dello Stato, cui è dedicata poco meno della metà dei 484 articoli del codice: chiaro è l'intento politico di questa scelta. Si reintroduce la sanzione della confisca dei beni del condannato, già riprovata da Beccaria. Il tentativo viene punito con la stessa pena irrogata per il reato perfetto. La recidiva è severamente colpita. Il concorso è sanzionato con la medesima pena prevista per l'autore del reato. Persino il principio della legalità del reato viene disatteso con una disposizione speciale (decreto 3 marzo 1810) che abilita il governo a disporre l'incarcerazione fino ad un anno di soggetti ritenuti pericolosi. Molto importante è la riforma del sistema delle pene fisse, caratteristica del Codice del 1791: sperimentati gli inconvenienti gravi della rigidità, che induceva talora le giurie a disattendere la ricostruzione dei fatti per evitare condanne sproporzionate rispetto al caso in esame, ora si stabilisce un minimo e un massimo per le singole pene stabilite dal Codice, consentendo ai giudici un congruo margine di flessibilità. Ma questo vale soltanto per i delitti punibili dal tribunale correzionale, non per i crimini gravi di competenza delle giurie.

4. I Codici austriaci: il Codice penale

Negli stessi anni in cui Napoleone promuoveva la sua codificazione, anche a Vienna maturavano i nuovi Codici civili austriaci.

Nel 1803 fu approvato da Francesco I, il figlio di Leopoldo, il Codice penale. Alla preparazione del testo avevano lavorato negli anni precedenti i più accreditati professori e giuristi di Vienna, da Martini a Kees, da Zeiller (del quale vedremo tra breve il ruolo a proposito del Codice civile) a Sonnenfels. Il fondamento della disciplina del

1803 è costituito dai due Codici giuseppini, il penale del 1787 e il processuale penale del 1788. Tuttavia non mancano le innovazioni, che la procedura penale. Sul primo fronte è rimasta la fondamentale distinzione giuseppina tra delitti e «gravi trasgressioni politiche», i primi costituiti dai reati classici, le seconde comprendenti gli illeciti e le contravvenzioni di minor gravità. Nettissima è l'affermazione del principio di legalità del reato e della pena, nonché la precisazione che solo il dolo intenzionale autorizza alla repressione penale. Il sistema delle pene per i delitti è severo, con l'ampliamento (rispetto al Codice giuseppino) dell'inflizione della pena di morte e con la pena del carcere anche «duro» e «durissimo», che implicavano i ferri e l'incatenamento, oltre alle sanzioni del bastone e della verga. Non è certo il concetto di Beccaria, che predicava l'umanità della pena. Anche i reati religiosi sono perseguiti. Il principio di legalità della pena sottrae al giudice il potere discrezionale di infliggere una pena straordinaria (come avveniva nel diritto comune) in caso di insufficienza di prove.

Quanto alla procedura, si è mantenuto intatto il sistema delle prove legali: occorrono almeno due testimoni, ovvero la confessione del reo. Solo la piena prova consente la condanna. Ma proprio questa configurazione apparentemente garantista si traduce nel suo opposto, perché al fine di ottenere la confessione è prevista l'inflizione di mezzi brutali, a cominciare dall'uso ripetuto del bastone e della verga. Non si parla di tortura, ma di questo si tratta. Inoltre, non è prevista la presenza del difensore e il giudice assolve al triplice compito di sostenere l'accusa, di provvedere alla difesa dell'imputato e di pronunciare la sentenza: un procedimento inquisitorio puro, nel quale i diritti dell'inquisito sono ridotti ai minimi termini. Per questo il processo disciplinato dal Codice è stato qualificato come «un'impossibile conciliazione tra assolutismo e garantismo» [Dezza 2001, pp. 241 ss].

5. *Il Codice civile (ABGB)*

Il Codice civile austriaco è un testo di rilevanza europea. I precedenti che abbiamo richiamato, in particolare il Progetto Martini del 1794 e il codice galiziano del 1797, servirono da punto di partenza per una ristrutturazione completa di tutta la materia del diritto civile, compiuta da una commissione della quale il protagonista fu un professore succeduto a Martini sulla cattedra viennese di diritto naturale, Franz von Zeiller (1751-1828). I lavori preparatori si conclusero nel 1811 con l'approvazione del testo che prese il nome di Codice civile generale (*Allgemeines Bürgergesetzbuch*: ABGB). Esso

è generale nel duplice senso di estendersi all'intero vasto insieme dei domini asburgici e di mirare ad una disciplina che accomuna ogni uomo, adottando il criterio dell'unificazione del soggetto giuridico²⁰⁸.

Zeiller poneva a fondamento della sua concezione del diritto il pensiero gius-filosofico di Kant: la distinzione tra diritto e morale non significa l'assenza di principî etici nel diritto, il cui soggetto è l'individuo, libero di agire e sollecitato a seguire il canone imperativo dettato dalla sua coscienza etica. Le tracce di questa concezione del diritto si colgono nel Codice, che si differenzia nettamente dal coevo modello napoleonico sia nei contenuti che nella forma. Quanto alla forma, mentre il legislatore francese si esprime per precetti e comandi, il legislatore austriaco predilige le formulazioni per principî: «non è imperativo ma enunciativo e definitorio» [Cavanna 2005], con un intento che non è astrattamente dottrinale ma mostra anche una finalità pedagogica: vi si coglie l'influenza della scuola wolffiana.

Il diritto naturale viene richiamato in un articolo ben noto del Codice, che in caso di lacuna normativa prescrive anzitutto al giudice il ricorso all'analogia, ma in subordine, ove neppure l'analogia soccorra, impone di decidere «secondo i principî del diritto naturale» (§ 7)²⁰⁹. Quale sia stata la portata teorica e quale la concreta applicazione di questo criterio nei quasi due secoli di vigenza dell'ABGB è tema ampiamente discusso dalla dottrina e dalla giurisprudenza, ma è comunque accertato che il rinvio non si è tradotto in un ricorso testuale alle dottrine della scuola del diritto naturale: anche in Austria e nei domini asburgici l'età del diritto comune si era chiusa con la codificazione. Invece il Codice lasciava un certo spazio, nei suoi interstizi, a normative e consuetudini specifiche dei territori dell'Impero, tanto diversi per lingua, tradizioni, costumi [L'ABGB 2006]. E qui sta un'altra delle ragioni del suo successo.

Come il Codice francese, ma in forme e con regole molto diverse, l'ABGB riuscì a contemperare in un felice equilibrio tradizione e rinnovamento.

Sul terreno dei diritti reali la tradizione del diritto comune prevale: la proprietà è ancora espressamente disciplinata nella forma del dominio diviso di origine medievale [Dezza 2000, p. 150], con la menzione di un doppio possibile regime, rispettivamente, per il nudo proprietario e per l'utilista (§ 357). E i beni immobili della categoria del dominio diviso sono distinti in beni concessi in feudo, in locazione o in enfiteusi (§ 359), ciascuno con un proprio e distinto regime giuridico.

²⁰⁸ Sul Codice austriaco si veda Ogris 1987; e gli atti del Convegno L'ABGB 2006; cf. infine Dölemeyer e Mohnhaupt 2012.

²⁰⁹ Meissel 2015, pp. 57-74.

Quanto alle obbligazioni, il Codice recepisce la regola romana che richiede la consegna della cosa per il trasferimento della proprietà e degli altri diritti reali (§ 425). Per i mobili si procede con «la tradizione materiale di mano in mano». Per gli immobili «l'atto di acquisto deve essere iscritto nei libri pubblici» (§ 431) e solo così diviene opponibile ai terzi. È il sistema tavolare, che impone la tenuta dei pubblici registri presso le preture: un sistema di pubblicità immobiliare assai efficiente, che non si ritrova nel Codice francese, ove la pubblicità immobiliare sarà disciplinata *ex novo* solo nel 1855.

Il diritto delle persone e della famiglia è la sezione dell'ABGB che più direttamente ha ricevuto l'impronta del pensiero illuministico. Qui la distanza dal Codice Napoleone è davvero grande. La donna può liberamente amministrare il proprio patrimonio, senza la necessità dell'autorizzazione maritale. L'educazione dei figli e la potestà genitoriale sono affidate ad entrambi i genitori e non al solo padre e non hanno il carattere autoritario che è tipico del modello francese. Il figlio naturale deve essere curato e alimentato in proporzione delle sostanze della famiglia (§ 166), ma gli illegittimi sono esclusi dalla successione intestata (§ 753). Il matrimonio civile introdotto da Giuseppe II è mantenuto, ma esso è indissolubile per i cattolici (§ 39), mentre il divorzio è ammesso per i protestanti e per gli ebrei (§§ 115; 123). Il peso della tradizione si avverte nella norma che proibisce il matrimonio tra cristiani e non cristiani (§ 64); il figlio apostata può venire diseredato (§ 768.1). Anche il fedecommesso viene conservato (§§ 618-619).

Sull'ABGB fiorì presto una copiosa dottrina. Zeiller negli anni immediatamente seguenti all'entrata in vigore ne scrisse un ampio commentario che resterà nell'Ottocento di gran lunga il più autorevole per il ruolo eminente che il suo autore aveva rivestito come legislatore. Altri importanti commenti furono pubblicati in Austria da Nippel e da Winiwarter, mentre nel Lombardo-Veneto (dove il Codice fu in vigore sino all'unità) non solo questi commentari furono tradotti, ma altri se ne aggiunsero di autori italiani, tra i quali quelli di Carozzi e di Basevi.

La fortuna dell'ABGB è dimostrata dal fatto che esso dopo due secoli è tuttora in vigore in Austria. Ed anche i paesi che si sono distaccati dal dominio asburgico nel corso dell'Ottocento e dopo la crisi finale dell'Impero seguita alla prima guerra mondiale lo hanno applicato felicemente e talora lo hanno rimpianto.