

## 2. I presupposti legislativi della codificazione

Rimane ancora di far cenno alle iniziative volte a 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 sec. 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 limitata 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 rinvenimento.

Il *Codex fabrianus* di Antoine Favre, primo presidente del Senato di Chambéry, è una raccolta della giurisprudenza del Senato di Savoia organizzata in nove libri seguendo lo schema del *Codex giustinianeo* e annotata; lavori analoghi sulle sentenze del Senato di Piemonte sono curate da Gaspare Antonio Tesauro tra Cinquecento e Seicento e da Maurizio Richeri nel Settecento<sup>10</sup>. 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’analoga iniziativa sulle leggi toscane di Lorenzo Cantini; a Napoli era stata composta a partire dai primi 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.

<sup>10</sup> Cfr. *supra*, cap. IV, § 3.

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 inquisitorio<sup>11</sup>, rigido nella procedura per evitare arbitrii, prevalentemente scritto, con ampia previsione delle prove legali<sup>12</sup>. 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'*Ordinance générale sur le fait de la justice, police et finances* (anche *Ordinance 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 *Guglielmina*; sarà in vigore fino al 1670. Questa grande *ordonnance*, come sono indicati i provvedimenti sovrani di ampia portata normativa, tocò 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).

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, da 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)<sup>13</sup>.

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

<sup>11</sup> Ricorda il rito dell'Inquisizione romana, che verrà istituita poco dopo, nel 1542.

<sup>12</sup> Le prove legali sono quelle il cui valore probatorio è sottoposto a regole di carattere dottrinale, al fine di limitare la discrezionalità del giudice.

<sup>13</sup> Cfr. *supra*, cap. II, § 7g.

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* da individuare. 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 sua giurisprudenza<sup>14</sup>. In realtà vi sono una chiara componente antiromanistica e la rivendicazione dell'autonomia del diritto nazionale francese (constatando che il diritto giustinianeo 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 giustinianeo, 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 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 c.d. *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 Charondas Le Caron (anche *Code Hen-*

<sup>14</sup> *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. Su Hotman, si veda anche *supra*, cap. III, § 1e.

ry IV). Del 1629 è il *Code Michau* (storpiatura di Marillac, 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 c.d. “giuseppinismo” (da Giuseppe II d'Asburgo, di cui si tratterà in seguito<sup>15</sup>).

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 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'obiettivo 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'obiettivo 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'obiettivo era vincolare il più possibile i giudici alla legge, arginare la

<sup>15</sup> *Infra*, §§ 7 e 8.

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 napoleonica<sup>16</sup>, e in definitiva già compendiava tendenze antigiurisprudenziali tipiche dell'accentramento assolutista, prima, e dell'Illuminismo giuridico, poi, fino alla fase rivoluzionaria. Si interveniva inoltre 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 1804<sup>17</sup>.

Nel 1670 è la volta dell'*Ordonnance criminelle*, dedicata sostanzialmente alla procedura penale e intesa 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. Sarà materia di polemica fortissima da parte degli illuministi.

Ottimi saranno, invece, i frutti legislativi in campo del diritto commerciale.

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 auto-

<sup>16</sup> *Infra*, § 12.

<sup>17</sup> Cfr. *infra*, §§ 10 e 11.

regolamentazione 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 compagnie corporativa, ma piuttosto un privilegio concesso dal sovrano (salvo 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'obbiettivo 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 disegno 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'obbiettivo 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 II libro del *Code de commerce*<sup>18</sup>. 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 *cahiers 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 grandi compilazioni regie, dunque, e poi la ricca tradizione consuetudinaria francese, per la costruzione di un nuovo diritto nazionale, l'obiettivo 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 pluriscolare diritto particolare/diritto comune dimostrava una resistenza davvero straordinaria.

<sup>18</sup> Cfr. *infra*, § 12.