Un unico risultato veniva raggiunto, e di non poco momento. Si rompevano le chiusure e i privilegii cetuali, si cancellava (o si tentava di farlo) una immobilizzante organizzazione corporativa; di fronte al potere politico si stagliava l'individuo, anzi, un popolo di soggetti individui.

Un cenno anche al secondo punto meritevole di riflessione. Nella visione giusnaturalistica il potere compare in un secondo momento, un momento che non è più solo 'natura' ma è anche 'storia': tenendo dietro a motivazioni di opportunità, per comune consenso si sceglie di dare vita a una società politica. E qual è l'atteggiamento verso il potere? La risposta è ferma: il *proprium*, la *property*, deve trovare un'adeguata tutela, e questa tutela può essere pienamente rinvenuta in una situazione di ordine pubblico, di sicurezza generalmente mantenuta da una efficiente opera di polizia. Gli individui 'proprietarii' generano il potere, e il potere è chiamato a proteggerli. L'età borghese è segnata dalle loro reciproche effusioni.

9. *L'illuminismo giuridico. Legalismo e legolatria. L'età dell'assolutismo giuridico*

Le ultime riflessioni del paragrafo precedente, che sottolineano la complessità ma anche l'ambiguità della grande avventura giusnaturalistica, ci introducono egregiamente alla analisi e comprensione dell'illuminismo giuridico del continente europeo, che può essere considerato come la prosecuzione, il compimento e anche il tradimento di quella avventura durante il secolo XVIII. E cominciamo subito col chiarire che è, come il giusnaturalismo, un movimento di pensiero e di azione a proiezione europea; anzi, è lo stesso giusnaturalismo, che, proseguendo la sua vita, accentua certi caratteri e assu-

me un vólto più specifico; che, tuttavia, arriva a soluzioni che rappresentano la smentita delle premesse giusnaturalistiche.

Una precisazione iniziale può indirizzarci a una retta comprensione: se era propria dei giusnaturalisti seicenteschi una spiccata vocazione a tradurre il proprio patrimonio ideale in un progetto di trasformazione del mondo socio-politico-giuridico, una siffatta vocazione diventa spiccatissima negli illuministi settecenteschi, i quali, per quanto concerne ciò che più interessa questo libro, si fanno portatori di una vera politica del diritto, aggredendo frontalmente quel nodo di rapporti fra soggetto/individuo, stato di natura, potere politico indubbiamente presente nei progetti del secolo XVII, ma non compiutamente risolto sul piano giuridico.

Ed ecco un primo carattere: il movimento illuministico è un'ampia comunità di intellettuali affrancati grazie alla rivoluzione culturale umanistica e giusnaturalistica, convinta nelle proprie capacità di lettura veridica del mondo naturale e sociale, convinta di essere in possesso di quei lumi idonei ad adeguare la realtà storica alle finalmente individuate regole naturali. Ma è una comunità di cui fanno parte anche sovrani e uomini politici, una comunità che ha come programma, e tenta, e pone talvolta in atto una riforma strutturale della società e dell'apparato statuale. Federico II (1740-1786) nel regno di Prussia, Maria Teresa (1740-1780) e il suo ministro von Kaunitz (e poi anche i suoi figli Giuseppe e Leopoldo) nell'Impero austriaco, Giuseppe I (1750-1777) e il suo ministro marchese di Pombal in Portogallo sono gli esempii più vistosi e più probanti del passo innanzi che si sta facendo nel Settecento, e del calare di un tessuto di idee e di progetti a livello di azione politica e giuridica.

Si arriva ad avere un nuovo modello di sovrano, che si picca di mescolarsi nelle dispute culturali e di compia-

cersi nel mostrarsi egli stesso – in prima persona – facitore di pensiero giuridico, come quando Federico II, nel 1750, va a leggere presso l'Accademia delle Scienze di Berlino una *Dissertazione sulle ragioni di stabilire o abrogare le leggi*; o un nuovo modello di legislatore, che si sente in obbligo di fare dei proprii prodotti legislativi il manifesto dichiarato della nuova filosofia, come quando, nel 1769, il marchese di Pombal confeziona una legge, chiamata successivamente e giustamente *Lei da Boa Razão, (Legge della buona ragione)*[9], dimostrando la penetrazione dei principii giusnaturalistici ben all'interno delle cancellerie perfino nell'estremo appartato lembo occidentale dell'Europa.

L'illuminismo giuridico è una vera politica del diritto: affronta il nodo del rapporto diritto naturale/potere e lo risolve in una radicale innovativa sistemazione delle fonti del diritto. Ormai, il diritto diviene l'oggetto privilegiato della riflessione intellettuale e dell'azione politica e ne riceve uno scossone radicale, colorandosi di venature spiccatamente assolutistiche.

L'esigenza di garantire la libertà dell'individuo, la sua *property*, era emersa chiaramente già nelle proposte giusnaturalistiche e lo stesso Locke, campione della impostazione più liberale, non aveva mancato di proporre una concezione legalitaria della libertà e uno stretto collegamento fra legge del principe e libertà dei singoli. È, però, con l'illuminismo giuridico che le visioni politologiche precedenti divengono proposta di riforma e poi riforma. E protagonisti non saranno più soltanto filosofi e politologi ma giuristi ed economisti (questi ultimi incarnanti una nuova figura di intellettuale[10] nel proscenio euro-

[9] Sulla portoghese *Lei da Boa Razão*, cfr. M.J. de Almeida Costa, *História do direito português*, Coimbra 1992².

[10] Con l'espressione «nuova figura di intellettuale» ci si riferisce a quella corrente di pensiero – collocabile in Francia, alla metà del Set-

peo). Il processo è duplice: da un lato, critica demolitiva dell'assetto tradizionale delle fonti; dall'altro, proposta costruttiva.

Ancora a metà Settecento si trascinava stancamente in tutta Europa la sistemazione medievale del diritto, erosa in parte sul continente dalle invadenze sempre più massicce di norme autoritarie sovrane all'interno dei forti Stati nazionali (soprattutto, come vedremo, nel regno di Francia). Restava, cioè, vigente un ammasso di consuetudini, di opinioni dottrinali, di sentenze di giudici, che, nell'accumulo dei secoli, si era trasformato in una realtà caotica e indominabile all'insegna della più totale incertezza; una realtà dove poteva signoreggiare (e signoreggiava) l'arbitrio dei giuristi, ossia dei possessori del sapere tecnico, e dove la confusione, l'oscurità, la indecifrabilità venivano a cozzare proprio con il bisogno di chiarezza, di certezza, di semplicità, insomma di linee geometriche, emerso prepotentemente nel dopo-umanesimo giuridico.

Si trattava di un sistema giuridico condannato senza appello sia dai sovrani sia dagli intellettuali illuministi; dai sovrani, perché assai poco controllabile dal potere, dai secondi per motivazioni più complesse su cui conviene sostare un momento. In essi c'era disprezzo sia per le consuetudini, sia per i giuristi. Non dimentichi il lettore che questi intellettuali settecenteschi sono degli aristocratici, spesso adepti di logge massoniche o, comunque, di circoli esclusivi, e sono pertanto incapaci di con-

tecento – che siamo soliti chiamare «fisiocrazia», sostantivo composto di calco greco che significa impero della natura e che, rifiutando l'assorbimento dell'economia nella politica quale semplice strumento nelle mani del potere, vuole esprimere l'intendimento di disegnare principii e regole di una nuova scienza edificata sulla natura autentica della società. E abbiamo giustamente parlato di «nuova figura di intellettuale» perché i fisiocrati possono considerarsi i primi economisti in questa loro ricerca di principii e regole autonomi della dimensione economica della società.

cepire un diritto proveniente dal basso, dal groviglio degli usi. Le opere del francese Charles de Montesquieu (1689-1755) e dell'italiano Cesare Beccaria (1738-1794), due diversi corifei dell'Illuminismo europeo, possono essere assunte a campione di un simile atteggiamento, essendo palese in esse il disprezzo per il volgo, per le opinioni circolanti in basso, per tutto ciò che dal basso può provenire. Né potevano salvarsi ai loro occhi i vecchi giuristi, troppo tecnici e troppo poco filosofi, troppo spesso avulsi dalla cultura del loro tempo e troppo compenetrati con un diritto comune compromesso nelle sue origini medievali con la aborrita Chiesa Romana e col diritto canonico. Il processo di rinnovamento giuridico doveva necessariamente cominciare con un rifiuto drastico del passato, sgombrando il terreno dalle vecchie fonti e cancellandole con lo stesso zelo con cui si cancella una infamia.

Il vuoto lo si poteva egregiamente colmare assecondando di buon grado le pretese delle nuove insularità politiche statuali, dove i sovrani si proponevano sempre più come legislatori e tendevano a creare diritti nazionali da essi direttamente controllati[11]. Si ebbe, nel Settecento continentale europeo, un momento di grossa sintonia fra potere politico e gli *homines novi* della cultura politica e giuridica. E si ebbe, allo stesso tempo, un ingigantimento del ruolo del principe sul terreno specifico della produzione del diritto e una sua idealizzazione.

Mentre le consuetudini non possono che restare sempre irretite nella più greve fattualità, mentre i giudici non possono che restare immersi nelle controversie particolari assegnate alle loro decisioni, mentre i maestri di diritto non riescono a sollevarsi di una spanna al di sopra di un sapere miseramente tecnico, il principe, idealizza-

[11] È il momento che abbiamo ritenuto di poter qualificare come «assolutismo giuridico» (cfr. P. Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano 1998).

to come modello di uomo e campione di virtù, non toccato dalle umane passioni, contemplatore oggettivo del bene comune e pertanto probabile realizzatore della pubblica felicità, è l'unico personaggio cui poteva essere affidato un ruolo non soltanto di governo e di polizia ma altresì di legiferazione.

Chi meglio di lui, che si collocava su un osservatorio tanto elevato, avrebbe potuto separare i principii naturali dalle creazioni artificiose, leggere la natura delle cose e tradurla in norme? Il vecchio monopolio della Chiesa romana, custode assoluta del diritto naturale, viene, nella secolarizzata civiltà settecentesca, depositato nelle mani del principe, con la conseguenza rilevantissima che il vero diritto – quello poggiante sulla lettura delle geometrie naturali della società – si immedesima nella volontà del principe espressa unicamente dalle sue leggi.

Nella Francia pre-rivoluzionaria i fisiocrati, questi primi disegnatori di una analisi economica della società, parlano con tranquillità di «dispotismo legale»[12], resi tranquilli dalla sicurezza che il principe legge l'*evidenza* e la traduce in norme generali. Nell'Italia di metà Settecento, due protagonisti dell'illuminismo peninsulare, Ludovico Antonio Muratori (1672-1750) e Cesare Beccaria, assegnano senza esitazione al principe, in due libelli accanitamente polemici, una posizione decisamente assolutistica. Muratori, nel suo libello *Dei difetti della giurisprudenza* (1742), è duramente esplicito: «il più giovevol partito sarà che i Principi mettano la falce alle ra-

[12] Di «dispotismo legale» parlano soprattutto i fisiocrati. Nella loro ottica è necessaria la congiunzione fra lettura della natura e potere politico, giacché le leggi «ne doivent être que des résultats évidents de l'ordre mais scellés du sceau de l'autorité publique», come sostiene Mercier de la Rivière in un saggio dal titolo emblematico, *L'ordre naturel et essentiel des sociétés politiques* (vedi la citazione in P. Capitani, *I fisiocrati e Mably tra dispotismo legale e governo misto*, in *Dispotismo. Genesi e sviluppi di un concetto filosofico-politico*, a cura di D. Felice, Napoli 2001).

dici, troncando per quanto mai possano le controversie ed inviolabilemente ordinando con leggi e statuti nuovi quello che in avvenire avrà da osservarsi nei tribunali della giustizia»; e la ragione è una sola: «allorché i Principi formano le leggi, d'ordinario non istà loro davanti agli occhi, se non la pubblica utilità»[13], dove è lampante il processo di idealizzazione del principe che l'illuminismo giuridico continentale compie. Lampante anche in Beccaria, dove si ha una identificazione eloquente: «il sovrano, cioè il depositario della attuale volontà di tutti»[14].

Il problema grave è che, quando si parla di principe, non ci si riferisce a un principe universale (il sacro imperatore, esistente ancora per pochi anni, è soltanto una larva), bensì a una pluralità di sovrani, ciascuno dei quali ha al di sotto del suo potere una proiezione territoriale definita da frontiere frammentanti e separanti. Quale sbocco angusto per l'afflato universalistico che aveva validamente sorretto il giusnaturalismo! Più sopra abbiamo parlato degli sbocchi illuministici come di un tradimento del messaggio giusnaturalistico. Certamente, l'illuminismo continentale, coerente con le scelte di fondo di una civiltà secolarizzata, si era trovato nella necessità di individuare nel titolare del potere supremo il lettore del diritto naturale, ma, così facendo, aveva particolarizzato quel messaggio e lo aveva consegnato nelle mani dei singoli Stati. Questo passaggio dall'universalismo giusnaturalistico al particolarismo statalistico rappresenta l'antinomìa fondamentale che sta a base della Modernità politica e giuridica; e rappresenta altresì il più grosso contributo alla corroborazione dei poteri del singolo Stato, giacché veniva a fondarli anche sul piano etico in grazia della eticità insita nel contenuto del diritto naturale.

[13] L.A. Muratori, *Dei difetti della giurisprudenza*, cap. XX: *Conclusioni dell'opera.*

[14] C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cap. IV: *Interpretazione delle leggi.*

Ovviamente, poiché giusnaturalismo e illuminismo giuridico sono anche delle strategie, si escogitò una sapiente propaganda per occultare la profonda contraddizione che lo storico non può invece mancare di rilevare; e tutto un edificio mitologico – fatto cioè di credenze indimostrate – fu eretto a sua difesa.

A una parte dell'edificio abbiamo già accennato, e cioè alla idealizzazione del principe sino a farne quel modello affidante che sappiamo. Dobbiamo ora sostare sull'altra parte che era chiamata a integrare perfettamente la prima e a compierla, quella concernente la legge, ossia la fonte che manifesta la volontà del principe ed esprime il suo potere; che, in quanto tale, si proietta autoritariamente sulla comunità dei sudditi. Ma una abilissima propaganda entra in campo a tessere un sonoro elogio della legge. Questa, provenendo da un modello, da un personaggio simbolico, non ha nulla della odiosità che proverrebbe dal comando di un uomo in carne ed ossa e dal vincolo di dipendenza personale che provocherebbe. Essa è soltanto espressione della «ragione umana» (secondo l'indicazione di Montesquieu) o della «volontà generale» (secondo la connotazione fortunata di Rousseau). L'obbedienza che le si deve non lede la libertà del cittadino consistente unicamente nella sicurezza dalla violenza altrui, quella sicurezza che la sola legge può garantire con i suoi comandi generali, astratti e rigidi. E, proprio perché si tratta di comandi generali e astratti, servire la legge è esattamente l'opposto che servire un uomo. «La felicità pubblica e la benefica verità fanno desiderare che finalmente cessi il governo degli uomini e cominci il governo delle leggi e che la sacra facoltà di far leggi sia custodita gelosamente presso del trono e non altrove»[15]. È

[15] La frase riportata è di Pietro Verri (1728-1797), protagonista vivace dell'illuminismo lombardo, nelle sue *Memorie storiche sulla economia*

un messaggio che trova in Rousseau (1712-1778) la sua espressione più definita: si è liberi anche se sottomessi alle leggi, e non quando si obbedisce a un uomo; obbedendo alla legge non si obbedisce che alla volontà pubblica; è la legge che fa libero un popolo per questa sua qualità di esprimere la volontà generale[16]. Il corredo di credenze è sapientemente confezionato, ma è apodittica l'affermata coincidenza fra legge (che è volontà dell'investito del potere supremo) e volontà generale della nazione.

Al di là dell'apparato mitologico la scelta è autoritaria e la china (che si sta percorrendo) scivola pericolosamente verso l'autoritarismo. È il messaggio, di sorprendente franchezza, che proviene dall'ultimo grande cantore dell'illuminismo continentale, il filosofo Immanuel Kant (1724-1804): nel 1784, nella *Risposta alla domanda: che cos'è l'illuminismo*, egli sottolinea il vincolo coercitivo delle leggi e il dovere assoluto di obbedienza, ribadendo, nel 1797, nella *Metafisica dei costumi*, che contiene una sezione dedicata specificamente alla teoria del diritto, la inammissibilità di qualsiasi opposizione da parte del popolo al supremo legislatore dello Stato[17]. Dietro la foglia di fico della 'ragione naturale' e della 'volontà generale' sta la consegna nelle mani del potere politico della intiera produzione del diritto. Al vecchio caotico pluralismo giuridico si va sostituendo un rigidissimo monismo giuri-

pubblica dello Stato di Milano, ora in *Scrittori classici di economia politica*, Parte moderna, t. XVII, Roma 1966 (rist. anast. Milano 1804), p. 170.

[16] Sono insegnamenti ripetuti dal grande ginevrino; si veda a titolo esemplare: *Du contrat social ou principes du droit politique* (1762), in *Oeuvres complètes*, Paris 1971, vol. II, capp. VI e VII.

[17] Di Kant cfr. *Beantwortung der Frage: was ist Aufklärung?* (trad. it., *Risposta alla domanda: che cos'è l'illuminismo?*, in *Antologia degli scritti politici*, a cura di G. Sasso, Bologna 1977, p. 53). Cfr. anche *Metaphysik der Sitten - Rechtslehre*, § 49, in I. Kant, *Werke*, Berlin 1968, B. VI (trad. it. in *Metafisica dei costumi*, a cura di N. Merker, Roma-Bari 1999[6]).

dico: la dimensione giuridica è ormai vincolata all'apparato di potere dello Stato e tende a immedesimarsi in una dimensione legislativa. E comincia un lungo periodo non solo di legalismo ma di autentica legolatria: la legge come tale, come emanazione di una volontà sovrana, diviene oggetto di culto prescindendo dai suoi contenuti. Atteggiamento greve di rischi, che un'onda lunghissima porterà fino alle nostre spalle e di cui ci stiamo faticosamente liberando proprio in questi ultimi decennii.

Dal Settecento illuminista in poi, sul continente europeo, si farà i conti unicamente con la volontà del legislatore, perché solo a lui spetterà la capacità di trasformare in giuridica una generica regola sociale. Una conclusione finale si deve trarre: la civiltà del liberalismo economico, nel suo tentativo di operare un completo controllo di quel prezioso cemento sociale che è il diritto, si è rivestita della corazza ferrea di un autentico *assolutismo giuridico.*

10. *L'età dell'individualismo proprietario. Liberalismo economico e assolutismo giuridico*

Credo che possiamo essere più concisi nella trattazione di questo paragrafo, e non perché il tema sia di poco rilievo (è vero esattamente il contrario), ma semplicemente perché i suoi nodi problematici sono stati – sia pure sparsamente – già affrontati nei capitoli precedenti. Per comodità del lettore ci limitiamo a riassumerli qui unitariamente.

Gli inizii della modernità coincidono con un assetto pre-capitalistico della antropologia e della organizzazione economiche; coincidono con l'ascesa del ceto borghese verso sempre maggiori conquiste, fino ad arrivare all'ultima – quella politica – con la Rivoluzione di fine Settecento. Come abbiamo già osservato, la dimensione

economica acquisisce una rilevanza tutta nuova, e una sostanza tutta nuova viene conferita a quella proiezione esterna del soggetto che è il patrimonio; il quale non è più soltanto un'appendice significante ricchezza e benessere, ma qualcosa di più: in una civiltà come quella che stiamo cercando di caratterizzare, tanto più si *è* quanto più si *ha*, e la proprietà non riguarda più soltanto le cose ma si incunea all'interno dell'individuo fondendosi e confondendosi con la sua libertà; la *property* lockiana questo è e questo vuole essere.

Ed è il proprietario al centro delle attenzioni, perché è lui il nerbo dell'ordine pubblico, il soggetto 'virtuoso' ma soprattutto quieto e disciplinato su cui potrà fondarsi la conservazione dell'assetto politico, che, dapprima in Inghilterra, poi, con la Rivoluzione, in Francia e in zone sempre più larghe dell'Europa continentale, si va progressivamente instaurando. E i nuovi movimenti non hanno esitazione nel mettere a punto la più formidabile strategia di difesa, consistente nel sorprendere la proprietà nello stesso paradiso terrestre dello stato di natura e nel constatare nell'uomo originario un proprietario e per giunta tutto occupato nell'adempimento del ben singolare ma sacro dovere (!) della auto-conservazione; e di sacertà viene ammantata la proprietà individuale.

Tempo di effusioni amorose fra ceto borghese e cultura nuova, uniti nella alleanza contro i privilegii nobiliari e clericali e i rimasugli insensati di un anacronistico assetto feudale ancora protetti da decrepite forme di governo. Le nuove invenzioni giuridiche dell'astrattezza e della generalità sembrano fatte apposta per il borghese, ed è senz'altro a suo favore la tanto strombazzata uguaglianza giuridica che lascia intatte le diversità delle fortune. Ed è a tutto suo vantaggio l'idea – che si afferma pienamente in tutta l'Europa continentale – di uno Stato forte, unitario e compatto, con un pesante controllo della produzione del diritto.

La borghesia, che punta alla conquista del potere politico, sa, con lucida lungimiranza, che solo un possente apparato pubblico le consentirà il terreno riservato di uno spazio economico interamente nelle sue mani e pienamente garantito. Lo Stato si addice alla borghesia. Liberalismo economico e assolutismo giuridico soltanto in apparenza sembrano due opposti; al contrario, come ci mostrerà (soprattutto sul continente) lo straordinario incremento nella matura modernità del potere legislativo e degli atti legislativi, nonché la non lontana vicenda della codificazione di tutto il diritto (cfr. *infra*, par. 15), ci sarà una simbiosi all'insegna di una vittoriosa alleanza.

11. *L'età del costituzionalismo. Il costituzionalismo moderno tra mito e storia*

Nella nicchia della riflessione e delle costruzioni giusnaturalistiche ha la sua scaturigine e anche la sua consolidazione il costituzionalismo moderno: un freno all'arbitrio del potere, la protezione dell'individuo mediante il rafforzamento con situazioni soggettive non soffocabili. E ha sicuramente origine qui un itinerario in cui anche noi, protagonisti di una civiltà giuridica raffinata, ci gloriamo di situarci e in cui hanno preso forza, sempre più forza, quei diritti fondamentali che riteniamo tuttora un nostro inabdicabile patrimonio etico-politico: il diritto alla libertà religiosa, alla libera espressione del pensiero, alla libera circolazione, alla libertà di riunione, e così via. Ripetendo, però, una doverosa precisazione: accanto a diritti preziosi per l'integrità morale e intellettuale del soggetto emergeva, dalla esasperata configurazione individualistica e dalla fusione tra essere e avere, un contributo altrettanto prezioso per il proprietario. Il giusnaturalismo forniva una pietra angolare per l'edificazione dell'ordine borghese.