

L'Illuminismo penale

Due centri principali in Italia: I. Napoli; II. Milano

- I. **Napoli.** Fra i molti nomi (Antonio Genovesi, Francesco Mario Pagano), spicca in particolare Gaetano Filangieri (1752-1788)

Gaetano Filangieri, *Scienza della legislazione* (5 libri, fra 1780-1791): la scienza della legislazione non è più solo scienza dei giuristi, ma soprattutto politica. Essa studia le norme finalizzate all'esercizio razionale della funzione di legiferare.

Valori fondamentali: eguaglianza giuridica, proprietà, libertà economica e di circolazione, necessità di distribuzione delle ricchezze.

Sul piano costituzionale: la sovranità consiste nella funzione legislativa. Bilanciamento, ma non separazione delle funzioni del potere politico.

Sul piano del diritto e processo criminale: favore per modello accusatorio; riduzione dei poteri del giudice di cattura; superamento del sistema di prove legali senza lasciare però troppo arbitrio al giudice (esigenza di convinzione morale unita anche a prove legali fissate dalla legge); pubblicità, contraddittorio, diritto di difesa.

Il delitto come rottura del patto sociale: pena proporzionata a qualità e grado del reato, inflessibile e certa. Laicizzazione del delitto penale. Mantiene la pena capitale

- II. **Milano:** il circolo che si esprime nel Il Caffè (1764-1766), protagonisti i fratelli Alessandro e Pietro Verri, Paolo Frisi, Alfonso Longo, ma più di tutti Cesare Beccaria (1738-1794)

Cesare Beccaria, autore del *Dei delitti e delle pene*, edito per la prima volta anonimo a Livorno nel 1764. Opuscolo molto chiaro, denso di carica polemica, talora impreciso.

Aprì un lungo e intenso dibattito. Tradotto in francese e poi in altre lingue. È commentato favorevolmente da Voltaire, ma vi sono anche critiche: a) Ferdinando Facchinei, religioso veneziano; b) Pierre François Muyart de Vouglans confuta il libello.

Beccaria segue le tesi giusnaturalistiche di Locke e l'utilitarismo francese (spec. Helvétius). Nel passare allo stato sociale si sacrifica solo una minima porzione di libertà naturale, la

sola necessaria a render garantita la restante. Non c'è spazio per la pena di morte, sostituita dalla "schiavitù perpetua".

Concetti chiave: legalità in campo penale; legislazione chiara, precisa, pubblica, eguale, generale; presunzione di innocenza; sanzioni miti, proporzionali, certe, inflessibili (attacco all'asilo, alla pena straordinaria e alla grazia) e pronte. La funzione della pena: non espiazione, ma indurre il reo a non commettere più il reato

Sul piano processuale: no alla tortura; semplificazione del processo, garanzie all'inquisito; pubblicità del rito criminale; libero convincimento.

Riforme e codificazione dei sovrani illuminati di casa Asburgo

I. L'AUSTRIA DI GIUSEPPE II (1780-1790)

a. Le riforme: 1) Politiche giurisdizionaliste molto incisive

2) Editti (1781-1786) in materia di tolleranza religiosa (1781), matrimonio (1783), successioni (1786), libertà di commercio (1786)

3) Altre riforme: legge feudale; liceità del prestito ad interesse; cancellazione della servitù della gleba

b. I codici: 1) Regolamento giudiziario civile, 1781 (esteso alla Lombardia nel 1786)

2) Lavori per realizzare un Codice civile: Codice giuseppino, 1786 (parte di codice civile con norme su famiglia e persone)

I lavori proseguono su spinta di Leopoldo II (1791: nomina di Karl Anton von Martini) e poi di Francesco II: Codice galiziano (1797), vigente nella sola regione della Galizia

Nuova commissione, 1801 (presid. Franz von Zeiller): emanazione del codice austriaco: ABGB (Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch), 1811

3) Codice criminale, 1787: legalità, punibilità di soli atti esteriori, suddivisione del campo delle infrazioni in due categorie (delitti criminali e delitti politici), pena stabilita con massimo e minimo edittale. Un solo caso di pena di morte (sedizione diretta al sovvertimento dell'ordine politico), ma presenza di pene disumane

4) Codice di procedura criminale, 1788: legalità, ma processo inquisitorio (scritto e senza contraddittorio). Non c'è più la tortura, peraltro già cancellata qualche anno prima

II. LA TOSCANA DI PIETRO LEOPOLDO (1765-1790)

a. Riforme: 1) riforme istituzionali: dicasteri centrali, apparato di giustizia (professionalizzazione e controllo dei magistrati e tribunali), polizia, comunità e province

2) attacco al pluralismo: cancellazione del privilegio di foro dei chierici, della giurisdizione episcopale e della Nunziatura; cancellazione dei tribunali corporativi e competenze trasferite in una Camera di commercio; cancellazione del privilegio dei cittadini fiorentini; cancellazione di molte esenzioni fiscali

3) progetto di Costituzione (Francesco Maria Gianni, 1782)

b. Codificazione: 1) tentativi vani di elaborazione di un codice civile

2) In campo criminale, emanazione della c.d. Leopoldina, 1786, 119 articoli

Caratteri: consolidazione criminale contenente regolamentazione abbastanza sistematica e organica di diritto penale "sostanziale" e "processuale"; eterointegrazione (diritto comune)

Contenuti: cancellazione o declassazione di molti delitti tipici d'Antico Regime; abolizione della pena di morte; abolizione della tortura; schema processuale sempre inquisitorio; apertura alla difesa

III. Il diverso approdo codicistico della Prussia

Dopo il fallito tentativo di Cocceio, si giunge all'ALR (Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten, 1794) con Federico Guglielmo II.

Caratteri: codice generale (civile, pubblico, penale); mantiene vive le distinzioni per ceto; cancella il diritto comune ma diventa esso stesso un diritto comune prussiano, dal momento che i diritti propri vengono mantenuti; interpretazione letterale: nel caso di dubbio ci si rivolge a commissione legislativa, mentre per le lacune si usano i principi generali del codice o analogia. Nella parte penale: codice fonte primaria rispetto ai diritti propri, divieto di analogia. Restano differenze di ceto quanto alle pene

Struttura: a) primo libro con unico soggetto di diritto, rivolto in special modo ai cittadini

b) secondo libro relativo a nobili e contadini

Modelli teorici di fondazione della libertà

- A) Storicistico. La libertà è radicata nella storia. Si valorizza il rapporto con il passato, anche medievale. Libertà intesa in senso negativo, cioè come libertà dal potere (c.d. libertà civile), mentre quelle politiche servono solo per controllare l'esercizio del potere politico e quindi sono concepite come funzionali ed accessorie. Cfr. soprattutto l'esperienza inglese, ma in certa misura anche la Rivoluzione americana
- B) Individualistico. 1) Si tende ad affermare un ordine costituzionale in radicale antitesi col passato, antitesi fondata nel contrasto fra ordine cetuale (Medioevo e Antico Regime) e ordine individuale. Condanna vigorosa del Medioevo, rivalutazione dell'opera di livellamento sociale dei sovrani "assoluti". 2) Adesione alle tesi contrattualistiche: l'associazione politica non è frutto della storia, bensì di una volontà degli individui. Lo stato ha un ruolo centrale nella difesa dei diritti individuali, ma rispetto al modello statalistico: α) presunzione di libertà, per cui solo la legge limita (non indirizza) diritti e libertà e solo per garantirne il godimento di tutti i consociati. Prevalenza dell'individuo sul potere politico; β) il popolo ha un autonomo potere costituente, non nasce con lo stato. Rispetto al modello storicistico: le libertà politiche hanno ruolo essenziale.

Cfr. soprattutto Rivoluzione francese

- C) Statalistico. Modello vincente nel primo Ottocento. Lo stato non solo come mezzo di tutela dei diritti e libertà, bensì come condizione necessaria perché essi sorgano. 1) Avversione verso la Rivoluzione francese e le idee contrattualistiche. Gli individui diventano popolo solo quando si sottomettono allo stato. Non si accetta di buon grado di sottoporre lo stato a vincoli superiori, come quelli costituzionali o anche consuetudinari 2) le libertà positive sono solo funzionali (servono a eleggere gli organi dello stato). Centrali sono quelle negative; 3) Lo stato di diritto centrato su codice civile e pubblica amministrazione dotata di un proprio diritto, quello amministrativo, diritto che non tutela i singoli, ma che esprime la sovranità originaria dello stato: la PA non è sottoposta al regime giuridico ordinario.

La Rivoluzione americana (1775-1783)

_ Le colonie tra Sei e Settecento. *Mayflower compact* (1620), primo documento di governo della colonia di Plymouth: patto di costituzione di entità nuova. Carta dei privilegi' (Pennsylvania, 1701): diritto di libertà religiosa, rappresentanza dei cittadini con un'assemblea eletta annualmente, parità nel processo penale tra accusa e difesa, tutela della proprietà privata

_ Antefatti allo scoppio della Rivoluzione: imposizione fiscale unilaterale della madrepatria. *Stamp act*, 1765; *Townshend Acts* del 1767. Primi disordini (Boston, 1773); primo congresso fra le 13 colonie (1774); dichiarazione di Filadelfia sulle cause e necessità di prendere le armi e scoppio della guerra (1775)

_Sviluppi giuridici. Dichiarazione dei diritti della Virginia (1776): libertà ed eguaglianza degli uomini, titolari di una serie di diritti innati e irrinunciabili: vita, libertà mediante acquisto e possesso della proprietà, felicità e sicurezza; la libertà di stampa e di religione; sovranità del popolo e libera elezione dei rappresentanti del popolo, separazione del potere legislativo e di quello esecutivo

Dichiarazione di indipendenza (1776): influssi del giusnaturalismo di Locke

Articoli di Confederazione (1777): prima regolamentazione dei rapporti fra gli stati americani. Congresso formato di delegati di ogni stato.

Convention di Philadelphia (1787): la scelta federalista. Costituzione federale (1787): rigida; principio *checks and balances*; negli emendamenti è inserito l'elenco di diritti e libertà; controllo di costituzionalità non originariamente previsto.

Conclusione: sintesi di storicismo (non si rinnega la tradizione costituzionale britannica) e individualismo (la tradizione storico-costituzionale inglese è trasformata in principi costituzionali scritti, superiori e vincolanti per il legislatore)

La Rivoluzione francese

Le diverse fasi: a) l'Assemblea costituente (1789-1791); b) l'Assemblea legislativa (1791-1792); c) la Convenzione girondina (1792-1793); d) la Convenzione giacobina (1793-1794); e) la Convenzione termidoriana (1794-1795); f) il Direttorio (1795-1799)

Convocazione degli Stati generali (1788, dopo l'ultima convocazione del 1614), formazione dei *Cahiers de doléances*. La rottura nelle modalità di voto e nei numeri dei tre ordini e la proclamazione dell'Assemblea nazionale. Abate Sièyès, *Che cosa è il Terzo stato*, discorso fondativo del soggetto unico di diritto.

Nel primo periodo, prevale il modello americano. *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*, del 26 agosto 1789: libertà ed eguaglianza naturali degli uomini; lo stato è garanzia dei diritti naturali e imprescrittibili (libertà, proprietà e sicurezza), che possono esser limitati solo con la legge, che è l'unica che può configurare figure delittuose e regolare il processo penale, nel quale l'imputato si deve presumere innocente. Sovranità della nazione: il re è funzionario della nazione, dotato di solo potere esecutivo.

Lotta contro la magistratura e riduzione del potere interpretativo: 1) Legge che istituisce il *référé législatif* (1790): i tribunali da allora si rivolgeranno ad esso quando riterranno necessaria l'interpretazione di una legge o l'emanazione di una disposizione nuova. 2) Istituzione della Cassazione: se la Cassazione interviene per due volte successive sul medesimo caso e la decisione di un terzo tribunale è impugnata, allora gli atti devono necessariamente esser rimessi all'assemblea legislativa. La Cassazione non può vincolare il giudice inferiore, ma deve richiedere l'interpretazione autentica. La Cassazione può solo annullare le sentenze contrarie alla legge. 3)

Contro i giuristi anche: abolizione dell'Ordine degli avvocati (settembre 1790) e chiusura delle facoltà di giurisprudenza (1793)

Su altri terreni: a) progressivo intervento sui feudi e rapporti di soggezione personale: soppressione dei privilegi feudali (1789) e le forme di manomorta feudale (cioè i rapporti di servaggio nei quali la proprietà non poteva esser trasmessa che ai propri figli e solo pagando al signore un'imposta di successione). Graduale cancellazione dei canoni, oramai diritti di credito del signore verso il concessionario delle terre. Abolizione totale dei feudi senza indennità (1793)

b) verso la laicità: emancipazione dei cristiani non cattolici (dicembre 1789: già il re aveva promulgato nel 1787 un editto di tolleranza verso i protestanti, accordandogli la capacità di agire) e la libertà di culto (1790-1791) per gli ebrei; la cancellazione delle decime ecclesiastiche e la confisca, senza indennità degli immobili della Chiesa, trasformati in beni nazionali. Costituzione civile del clero (1790): l'elezione dei vescovi e dei parroci e l'obbligo del loro giuramento di fedeltà alla nazione e alla costituzione. Rottura con Pio VII

c) contro le associazioni intermedie: 1) 1789-1791: soppressione delle corporazioni; 2) 1791: divieto di associazioni di mestiere e di sciopero

d) Sul diritto successorio: cancellazione della disegualianza fra figli nelle successioni intestate (1791)

Al termine del primo periodo: Costituzione (vedi sotto) e Codice penale (settembre-ottobre 1791). **Codice penale** (steso da Louis Michele Lepeletier de Saint Fargeaux, seguace di Beccaria): rieducazione del cittadino alla virtù repubblicana; pene fisse; presenza della pena di morte

Il secondo periodo. Legge contro gli emigrati. Deposizione del re. Laicizzazione dello stato civile e introduzione del divorzio in tre casi: per mutuo consenso dei coniugi, per incompatibilità di umore e di carattere (sebbene con previo triplice tentativo di conciliazione del tribunale di famiglia) o infine per una serie di cause allegate da uno degli sposi (demenza, delitto ecc.).

Convenzione (Assemblea costituente con poteri straordinari). Nuovo calendario scristianizzato. Riforme radicali del diritto di famiglia: cessazione della patria potestà al compimento dei 21 anni del figlio e limitazione degli stessi poteri del padre, abolizione dei fedecommessi (novembre 1792), abolizione del diritto di disporre dei propri beni sia *inter vivos* che *mortis causa*, anche condonazione per linea diretta (cade il diritto alla diseredazione). Leggi retroattive su parità di diritti a livello successorio per i figli naturali (novembre '93) e annullamento di tutti i testamenti il cui autore sia morto dopo il 14 luglio 1789. Diritto penale eccezionale e giustizia rivoluzionaria (1793)

9 Termidoro (luglio 1794): caduta di Robespierre e Saint-Just e fine del Terrore

Durante la fase del Direttorio, ci sono tre progetti di codice civile, artefice dei quali è Jean-Jacques Régis de Cambacères: gradualmente si ripristina in essi il potere del marito e la distinzione fra figli naturali e legittimi

Nel 1795 è emanato il *Code des délits et des peines*, un codice di procedura criminale che pone le basi del modello c.d. "misto", il più diffuso nell'Ottocento: prima fase segreta e di tipo inquisitorio e seconda fase pubblica, con contraddittorio e dibattimento. Nel 1795 esce anche la *Dichiarazione dei doveri*, formulati come doveri morali, con forti venature kantiane.

18 Brumaio (novembre) 1799: colpo di stato napoleonico. 1800: Napoleone console a vita. Ritorno alla giustizia professionale. 1804: Proclamazione dell'Impero

Le Costituzioni rivoluzionarie fino a quella della Restaurazione

_ *Costituzione del 3 settembre 1791*: 288 artt., più simile a un codice. Nazione unica titolare della sovranità. Assemblea eletta biennale, si convoca e scioglie autonomamente, il re giura fedeltà ed ha potere esecutivo, con diritto di veto. Modello non distante da quello inglese successivo alla Rivoluzione del 1688-9.

_ *Costituzione del 24 giugno 1793*: prima Costituzione repubblicana, 134 artt., autore del primo progetto Condorcet. Assemblea dotata di tutti i poteri. Mai applicata: dall'ottobre 1793 norme eccezionali del governo rivoluzionario. Il potere entra nelle mani dei comitati di salute pubblica e di sicurezza generale.

_ *Costituzione del 23 agosto 1795*: 344 artt., in 14 titoli, preceduta da Dichiarazione dei diritti e dei doveri. Caratteri: bicameralismo che comprime e spezza (in due consigli: uno dei cinquecento e uno degli anziani, di 250 membri) il potere legislativo in reazione a quanto avvenuto con la Convenzione. Divieto di delega delle funzioni a deputati e di creare comitati permanenti nel suo seno. Esecutivo in capo al Direttorio, eletto dai Consigli (5 membri, a turno uno di essi presiede, delibera a maggioranza, nomina i ministri)

_ *Costituzione del 13 dicembre 1799*: forte esecutivo, potere legislativo frammentato tra Tribunato, corpo legislativo e Senato. Il potere si accentra nel primo console, che nomina anche i giudici (irrevocabili e in carica a vita); secondo e terzo console sono organi consultivi; Consiglio di stato (giuristi tecnici) coadiuva il primo Console.

_ *Costituzione del 18 maggio 1804*: 142 artt. Bonaparte sovrano per volontà del popolo e di Dio. Restaurazione di una monarchia sul modello d'Antico Regime: diritto di successione per i figli maschi, ricostituzione della nobiltà. Restano il Senato e il Tribunato (quest'ultimo abrogato nel 1807). Assenza di reali garanzie in alcuni settori, come libertà di stampa e personale.

_ *Costituzione del 4 giugno 1814*: dopo la Restaurazione dei Borboni, è Costituzione ottriata, cioè graziosamente concessa dal sovrano Luigi XVIII, non frutto di un autonomo potere costituente. Al re il potere esecutivo; al re e assieme al parlamento bicamerale (Camera dei deputati eletta e Camera dei pari di nomina regia vitalizia) la funzione legislativa. Il sovrano sanziona e promulga le leggi approvate dal Parlamento e ha ampi poteri, tra cui quelli di scioglimento della Camera dei deputati. Anche i giudici sono nominati dal re, ma hanno garanzia di inamovibilità.

I Codici di Napoleone

_ **Code civil** (1804), frutto del lavoro della commissione di 4 giuristi nominata nel 1800, tra i quali il ruolo chiave fu quello di Jean Étienne-Marie Portalis (1746-1807).

Fonti: diritto romano (*droit écrit*), consuetudini (*coutumes*, specialmente quella di Paris) e diritto rivoluzionario

Contenuti: a) famiglia fondamento dell'ordinamento giuridico e orientata su un modello concentrato sull'autorità del padre. Rapporto marito-moglie concepito in termini di protezione-obbedienza. Autorizzazione maritale per i negozi giuridici della donna. Divorzio ammesso solo in pochi casi. Pienamente ripristinata la patria potestà (con potere correttivo) sui figli, sui quali il padre ha usufrutto legale dei beni.

b) Proprietà definita come diritto naturale e manifestazione della libertà dell'uomo, ma anche condizione per esercitare un ruolo pubblico attivo e i diritti politici

c) contratti: piena libertà negoziale, autonomia privata basata su buona fede e correttezza

d) successioni: torna il testamento, ma si conferma la parità ereditaria nella successione legittima

_ **Code de procédure** (1806), codice di procedura civile, la cui stesura è dovuta principalmente a Eustache-Nicolas Pigeau (1750-1818), giurista formato in Antico Regime, autore di un trattato di procedura civile ristampato più volte fino al 1787 e poi professore all'*École de droit de Paris* dal 1805.

Pigeau ha concezioni tradizionali e non accetta neppure una separazione fra procedura e diritto civile sostanziale: le leggi sostanziali sarebbero senza effetti senza quelle che ne insegnano il modo di attuazione. Pigeau è appartenente alla cultura giuridica della fine d'Antico Regime, spinta da un riformismo illuminista (Montesquieu, D'Aguessau): accetta l'idea di semplificazione della procedura, ma è conscio che la realtà della natura umana rende necessarie spesso molte regole, perché può capitare che prevalga la mala fede e il legislatore deve poter prevenire gli artifici delle parti.

Due tipi di processo: a) davanti ai tribunali e. Il primo è scritto e solo la fase finale è orale, ma le udienze sono pubbliche e la sentenza deve esser motivata. Obbligo di assistenza di un avvocato. Ritorno all'*Ordonnance civile* del 1667 ed ai suoi formalismi. Un netto cambiamento sul punto della decisione: il codice adotta il principio del libero convincimento e non più quello delle prove legali. L'esperienza rivoluzionaria si riverbera invece in alcuni procedimenti speciali, nei quali è prevista la conciliazione e l'arbitrato. b) quello davanti ai giudici di pace: il processo è orale e sommario.

_ **Code de commerce** (1807) su progetto di Philippe Joseph Gorneau: forse recupera un progetto di Miromesnil sotto Luigi XVI (1783). Scontro commercialisti e civilisti in fase di redazione.

Contenuti: a) Disciplina per la prima volta alcuni tipi di società per azioni che si erano sviluppati nel XVIII secolo, specialmente quelle anonime e quelle in accomandita per azioni. Le società per azioni furono sottoposte ad autorizzazione governativa. B) scontro sul fallimento fra Napoleone e la commissione per scelte repressive dure per colpire il fallimento doloso

Il codice abroga tutte le norme precedenti, ma solo nelle materie che tocca, che non sono però tutte quelle che riguardano il commercio

_ *Code d'instruction criminelle* entra in vigore nel 1808, dopo una lunga gestazione. Prevalgono gli aspetti antigarantistici e statalistici (rigido sistema di detenzione preventiva, forti poteri nell'esame dei testimoni e in generale nell'acquisizione di elementi di prova da parte del presidente della corte, minor presenza di formalismi a difesa)

Contenuti: a) aspro scontro sulla giuria, che Bonaparte avversa.

b) modello processuale misto, con possibilità che nel dibattimento entrino materiali probatori precostituiti e non suscettibili di verifica

c) procedure speciali per gravi reati contro l'ordine pubblico, recuperando l'impostazione di Antico Regime (contrabbando, falsificazione di moneta)

_ **Code pénal** (1810, lavori della commissione iniziati nel 1801): 4 libri, prevale anche qui la difesa dell'autorità pubblica, più che la protezione delle persone e dei loro beni; principio cardine è intimidazione del reo con pene molto rigorose

Contenuti: a) manca la parte generale del diritto penale

b) ritorno di delitti contro lo stato (tra i quali la lesa maestà), spesso formulati volutamente con scarso rigore, al fine di punire con meno ostacoli il dissenso politico

c) ritorno di pene di Antico Regime: marchio a fuoco, confisca, taglio della mano. Ampia presenza della pena di morte. Tentativo punito come il reato consumato. Massimo e minimo edittale

d) principio di legalità e divieto di leggi retroattive in teoria, violato spesso nella prassi da Napoleone

Cenni sulla recezione dei codici napoleonici in Italia

Al contrario della Germania (nella quale vi fu una reazione vigorosa), i codici trovarono il favore di una schiera di intellettuali italiani e spesso la situazione concreta di alcuni ordinamenti già pronti dopo la forte spinta al livellamento sociale e all'uniformità giuridica (es. Toscana, Lombardia).

Elementi non ben recepiti: a) nel penale: le pene troppo rigorose e la presenza delle giurie

b) nel diritto di famiglia: opposizione netta, specie nei confronti del divorzio (ma recenti ricerche hanno mostrato come vi sia stata una qualche applicazione del divorzio, in certe zone della penisola) e comunione legale dei coniugi

c) resistenze contro l'abolizione degli usi civici e delle proprietà collettive, che servivano come risorse comuni a vantaggio delle persone più povere, specialmente nei territori più depressi dal punto di vista economico