

**Libero Istituto Universitario "Carlo
Cattaneo"
Castellanza**

**Corso di Storia del diritto medievale e
moderno I-II
A.A. 2012-2013
Schemi delle lezioni
(riservati agli studenti frequentanti)**

Parte I

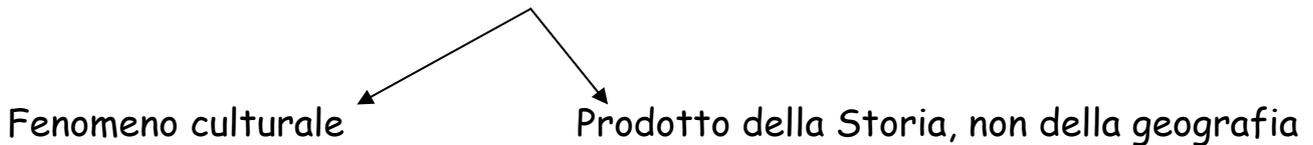
SEZIONE I

L'età carolingia (VIII-IX sec.)

(Integrare con la lettura di A. Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, I, pp.21-32)

Nel crogiuolo del Cristianesimo, romanità e germanesimo si fondono in una civiltà non più romana né germanica, bensì *romanica* (Cavanna)

Nascita dell'Europa



Primo (finora unico) esempio di unità politica dell'Europa

Esperienza effimera (pochi decenni) ma di grande significato simbolico

CARLO MAGNO

- Re dei Franchi (754)
- Sconfigge i Longobardi e annette il loro regno a quello Franco (774)
- Natale 800: Incoronato a Roma (da papa Leone III)
Sacro Romano Imperatore

SEZIONE II L'età feudale (IX- XI sec.)

Sfaldamento dell'Impero carolingio → Trattato di Verdun (843)

Divisione fra parte francese e parte tedesco-italica (prefigurazione dell'Europa delle nazioni)

Il Sacro Romano Impero rinascerà a partire dal X secolo (962, Ottone I) ma non avrà più, nonostante gli sforzi dei suoi restauratori, la dimensione universalistica di quello carolingio (più limitatamente, S. R. I della nazione *Germanica*)

Arretramento e frammentazione dei poteri pubblici

Formazione di:

- Signorie rurali e territoriali
- Signorie vescovili

Ma soprattutto affermazione del *RAPPORTO FEUDALE* come modello eminente delle relazioni politiche

- Definizione del feudo

- Elementi del rapporto → Vassallaggio
→ Beneficium

- Vassallaggio → obbligo di *fidelitas*

↓
contenuti dell'obbligo

negativi

positivi

Fulberto di Chartres (1020):
"Auxilium et consilium"

Violazione comporta

il crimine di Fellonia

- Beneficio → oggetto:
- terra
- Rendita
- Carica

durata:

- in origine solo vitalizia (come il rapporto di vassallaggio)
- poi

degli eredi {
- 877 *Capitolare di Quierzy* (Carlo il Calvo): impegno a rinnovare l'investitura feudale a vantaggio
- 1037 *Edictum de Beneficiis* (Corrado II il Salico): principio della *trasmissibilità ereditaria* del beneficio



fenomeno della *patrimonializzazione del feudo*

L'arretramento dei poteri pubblici determina, in ambito giuridico, un potenziamento del

RUOLO DELLE CONSUETUDINI

(già alla base delle legislazioni barbariche)

Fra X e XI secolo si assiste, nell'assenza di un legislatore, alla formazione di nuove *consuetudini locali a valore territoriale*

- Definitivo *superamento* del principio della *personalità* del diritto

Giudizio conclusivo su Alto Medioevo giuridico

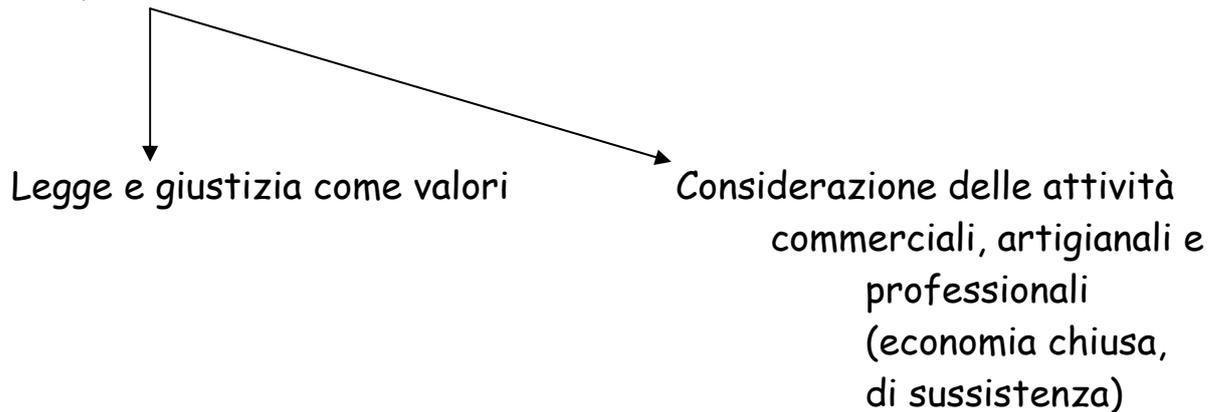
Punto di partenza: Teorizzazione della società tripartita

Adalberone di Laon (1016)

- Oratores
- Bellatores
- Laboratores

Società altomedievale fondata sui valori della vita religiosa, della guerra, della forza fisica.

Fuori da questa visione:



Età senza giuristi? → Giudizio da sfumare

Piuttosto, età *senza scuole giuridiche, senza elaborazione scientifica* del diritto, ma

- attività giuridica nella prassi
 - giudici (spesso meri reperitori di norme, non interpreti)
 - notai
- ruolo della Chiesa nella trasmissione del patrimonio giuridico

SEZIONE III

Prodromi della riscoperta del diritto giustiniano (XI sec.)

Dopo il 1050, panorama europeo in profonda trasformazione
Scomparsa della fisionomia della società altomedievale (v. *supra*)

Nascita (o rinascita)

- Città
- Vie di comunicazione
- Commerci
- Lingue volgari
- Professioni liberali

In part. la figura del *giurista specializzato*

Funzionale a nuova teorica
e prassi del pot. pubblico:

- nuovi soggetti istituzionali: Comuni
- rivivono vecchi soggetti: Impero (dinastia degli Staufen)

Affrancamento dalle Arti liberali

Il *diritto romano* è una miniera per la *legittimazione* di questi poteri

Quale diritto romano? Il *diritto giustiniano*

Tracce frammentarie della compilazione giustiniana nell'alto medioevo:

- Istituzioni (ms. IX-XI sec.)
- Codex
 - Summa perusina
 - C. epitomato
- Novellae; fino alla metà dell'XI sec. Ep. Iuliani
- Digesto: scarsissime tracce
 - Lett. di papa Gregorio Magno (603)
 - Framm. berlinese delle Istituzioni (IX sec.)

CANALI DELLA RISCOPERTA DEL DIRITTO GIUSTINIANO NELLA
SECONDA METÀ DELL'XI SECOLO
(Prima della Scuola dei Glossatori)

A) Prassi giudiziaria

- Codex {
- Placito di Roma (1060) (preceduto dal Pl. del 1014):
 - Placito di Marturi (1076): riemerge il Digesto!!!

ma

restano ancora evidenti tracce della resistenza delle forme germaniche di composizione dei conflitti:

- Placito di Garfagnolo (1098)

B) Scuole di diritto

Rinascono in Occidente → Capit. Olonese (825, Lotario I)
dopo 8 secoli riorganizza gli studi superiori nel-
Italia centro-settentrionale

Naturalmente a Bologna, ma prima

1) *Scuola longobardistica pavese* (fra 1^a e 2^a metà sec. XI)

↓
Expositio ad Librum Papiensem (ca. 1070)

Tracce di attività esegetica sui testi legali

- Per coordinare norme discordanti
(es. Rotari e C. Magno su furto)
- Per colmare lacune argomenti dialettici
(es. aborto)
- Per affermare ruolo di suppleanza del diritto romano
Lex romana est generalis omnium
(es. *Thingatio* longobarda integrata con disp. su *mancipatio* romana)

2) Scuola di Ravenna → (test. di Pier Damiani)

3) Scuola di Pisa → (test. lett. monaco francese 1124-1127)

C) Collezioni canoniche

Anche la Chiesa condivide con l'Impero romano d'Oriente la *tendenza a codificare* il diritto. Anzi, idea della

TESTUALITA' del diritto è ancora più antica, legata ai Testi Sacri

(Canone della Scrittura) che sono a loro volta fonte del diritto della Chiesa

↓
(Definizione)

Quindi tendenza a racchiudere in un testo le svariate fonti del diritto canonico:

- Sacra Scrittura
- Letteratura Patristica
- Epistole Pontificie

- Canoni conciliari
- Diritto romano (v. oltre)

'Codificazione' favorita dalla *Riforma Gregoriana* della seconda metà dell'XI sec. (Gregorio VII 1073-1085, espon. più importante della Riforma)



- Lotta per le investiture contro i poteri laici (simonia: vendita di cariche ecclesiastiche)
- Riforma dei costumi del Clero (contro il concubinato ecclesiastico)

Esigenza di *certificare* e rendere conoscibili i nuovi principi espressione della Riforma

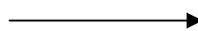
Alcune Collezioni contengono diritto giustiniano

es.

- *Collectio canonum* di Anselmo da Lucca (1085)
- Collezione del Card. Deusdedit (1087)

contengono frammenti dell'*Authenticum*

- *Collectio Britannica* (1090)



contiene 93 framm. del Digesto

Fra gli autori di collezioni canoniche

IVO DI CHARTRES

- *Decretum*, 1094-1095

- *Panormia*, 1095

sono mere raccolte
cronologiche di fonti
canonistiche

ma contengono un
trattatello

De consonantia canonum

che introduce un'idea che sarà alla base dell'attività della scienza
giuridica medievale:

CONTESTUALITÀ DEL DIRITTO →

Testo completo e privo di
contraddizioni

Diversi sed non adversi

Alla base della tecnica interpretativa della **DISTINCTIO**

Applicata da Graziano (nel dir. canonico)
e dai Glossatori bolognesi (per il diritto romano)

es.: distinguere in base alla

- ratio temporis
- ratio loci
- ratio dispensationis
- ratio significationis

SEZIONE IV

La nascita dell'Università (XI-XIII sec.)

Bologna: centro propulsore degli studi giuridici in Europa

↓
Fondazione: data convenzionale, 1088 (Carducci)

In realtà non si può fissare la data esatta di un fenomeno *spontaneo* e ad *evoluzione progressiva*.

Libera aggregazione di studenti
intorno ad un *Dominus* (professore)

IRNERIO (*Lucerna iuris*) è considerato il fondatore degli studi giuridici

ma fenomeno di
concentrazione
eroica (sicuramente altri
giuristi, es. Pepo)

Chiamato dalla Contessa *Matilde di Toscana* a «*renovare*» i *libri legales* di Giustiniano

collocati in un *nuovo ordine sistematico*

5 libri →

Corpus iuris civilis

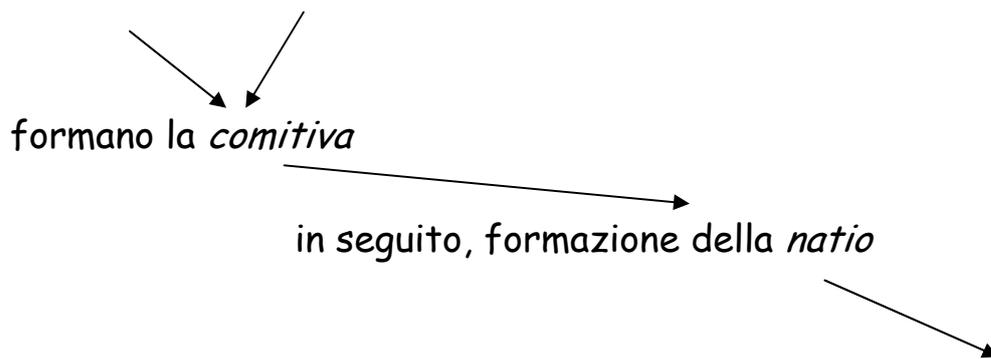
{ Digestum vetus
Digestum infortiatum → signif. dell'aggettivazione
Digestum novum

Codex → 9 libri

Volumen → Tres libri/Institutiones/Novellae + Decima collatio

{ Tratt. Costanza
Costituz imperiali
romano-germaniche
Libri feudorum

Rapporto docente/studenti → *societas*



Fine del XII secolo: dall'aggregazione delle *nationes* nasce l'*UNIVERSITAS*

Libera associazione fra studenti → 2 *universitates* → Citramontani
→ Ultramontani

- Con a capo uno studente (*Rector*)
- Dalla metà del XIII secolo, dotate di *Statuti*

1155 *Costituz. imper. Habita* → concessa ai quattro *Doctores legum* allievi di Irnerio da Federico I

Barbarossa

- Esenzioni fiscali
- Sottraz. alle rappresaglie per debiti
- Giurisdizione civile e criminale sugli studenti

Funzione degli studi: formazione di professori (non di pratici)

↓
Licentia docendi

Organizzazione degli studi giuridici (4-6 anni)
situazione alla metà del XIII secolo

Attività didattiche

A) *Lecturae* → Lettura e spiegazione del testo



decretali

- Ordinarie: Dig. Vetus/Codex → (per civilisti)
Decretum/Liber Extra → (per canonisti)
- Straordinarie: le altre parti del Corpus Iuris e altre

Evoluzione della *Lectura*: *Punctatio librorum*
e nascita della *Lectura magistralis*

B) *Repetitiones* → Approfondimenti su parti problematiche

- obbligatoria 1 volta l'anno (*R. necessaria*)
- facoltative le altre (*R. voluntariae*, a pagamento)

C) *Quaestiones publice disputatae*

- qu. posta dal docente e proposta *solutio*
- argomentaz. studenti pro o contra
- proclamaz. dei vincitori
- documentaz. scritta a cura del docente (entro 8 gg.)

Conseguimento della licentia docendi (al termine degli studi)

- *Tentamen* (con docente proponente)
- *Privata* (*Privatum examen*, tremendum → con collegio)
- *Publica* (*Conventus, Laurea* → in Cattedrale)

SEZIONE V
La scuola dei Glossatori (XI-XIII sec.)

A) I GENERI LETTERARI DELLA SCUOLA DEI GLOSSATORI

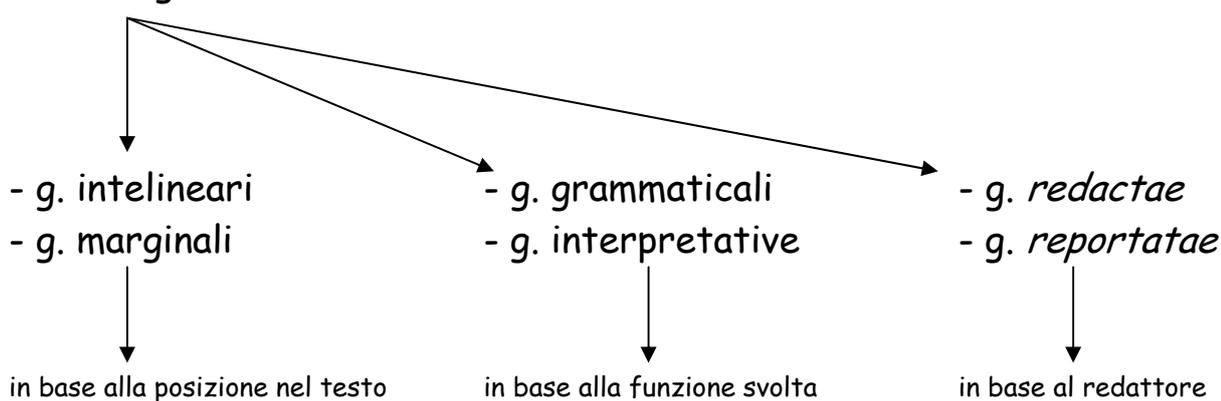
- *Oralità* della lezione ma memoria *scritta* della stessa

1) La *GLOSSA* (= lingua) → Forma letteraria principale

Le glosse sono annotazioni che *riassumono* il contenuto delle lezioni

↓
Forma sintetica e finalità didattica

Si distinguono:



Ulteriore distinzione fra

- Reticolo
- Strato
- Apparato } di glosse

2) La SUMMA → Esposizione *personale, continua, stilisticamente elaborata*

- svolta su parti del C. I. (su singoli tit. = *summula*)
- su materie specifiche (es. *summa de dote*)

↙
- può trovarsi anche all'interno di glosse particolarmente estese

3) ALTRI GENERI LETTERARI:

Gli esiti dell'utilizzo di taluni metodi interpretativi della scuola (v. *infra*) potevano dar luogo a raccolte autonome rispetto a *glossae* e *summae*.

Così si hanno raccolte di:

- Notabilia
- Brocarda
- Distinctiones
- Quaestiones etc.

Appartiene al novero dei metodi interpretativi ma va descritta prima di essi, per il suo intrinseco legame con il testo giustiniano, la cosiddetta tecnica di **redazione 'a mosaico'** delle glosse e degli altri generi letterari

↓
Il testo per interpretare il testo

B) I PRINCIPALI METODI INTERPRETATIVI DEI GLOSSATORI

(Cfr. schemi aggiuntivi)

Allegationes (paràtitla)

Contestualità del diritto

NOTABILIA

BROCARDA

Princ. Gen. + Princ. Gen.
Opposto

Rapporto con la
metodologia
generale della
distinctio

figure

Per conciliare
principi app.

giuridiche nuove
(es. tentativo)

per creare
contraddittori

Solutio

Regulae iuris

Emersione delle *RATIONES*

Progressiva edificazione del sistema

QUAESTIONES

con Giovanni Bassiano (v. schema distribuito)

(distribuito)

Importante momento evolutivo

Metodo dialettico

Quaestiones { *Facti*
 { *Iuris* } *Legitimae*

Ex facto emergentes (es. giuramento del minore)



Problema



Utilizzo di *argomenti* dialettici

- es. - *a contrario*
- *a minori ad maius*
- *de similibus ad similia*



Passaggio dal *certo* al *probabile*



Valenza politica della
scelta

C) SCUOLA DEI GLOSSATORI: LE FIGURE DELL'ESPERIENZA

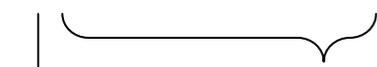
⇒ Dominio diviso

⇒ Contratto a favore di terzo

⇒ Comodato

AEQUITAS

L. Placuit ≠ L. Inter



↓
Martino

Bulgaro



{ Aequitas non scripta (*rudis*)

{ Aequitas scripta (*constituta*)

Aequitas come *ratio* della norma

SEZIONE VI LA SCIENZA CANONISTICA (XII-XVI sec.)

A) LE FONTI

Decretum Gratiani (Concordia discordantium canonum) 1140-1142
(opera priv.)

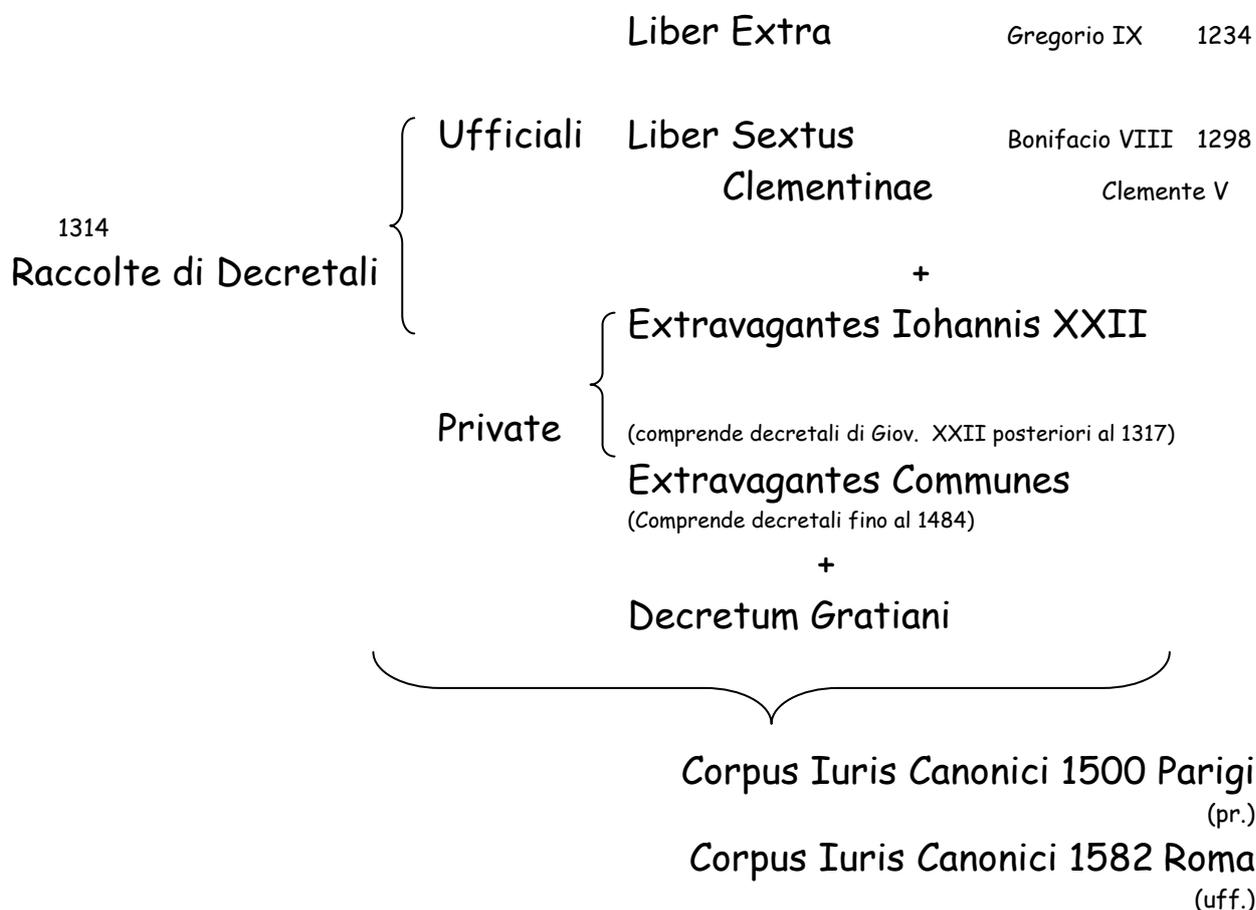
Caratteri della scienza canonistica dalla 2^a metà del XII sec.



simultaneamente creatrice ed interprete della legislazione

Papi-legislatori: Alessandro III
 Innocenzo III

- La *legislazione nasce dalla giurisdizione* ad opera della scienza canonistica



B) METODI E FIGURE DELL'ESPERIENZA CANONISTICA:

Due metodi interpretativi:

1. *Aequitas canonica e "salus animae"*:

⇒ Divieto di matrimonio dei chierici;

⇒ Nudo patto.

2. Ruolo della *teologia*:

⇒ *La persona ficta*. (Sinibaldo Fieschi, *Papa Innocenzo IV*)

SEZIONE VII

La scuola dei commentatori (XIV-XV sec.)

A) DALLA GLOSSA AL COMMENTO

1) I post-accursiani

Accursio, con il suo apparato ordinario al *Corpus Iuris (Glossa Magna, G. Ordinaria, 1250 ca.)*, rappresenta il culmine e anche il termine della tradizione dei Glossatori

Dopo di lui, nel periodo 1250-1330

Post-accursiani (Post-glossatori)

Giuristi che dimostrano una maggiore attenzione al fondale pratico e alla normativa statutaria:

Alberto da Gandino → - *Tractatus de maleficiis* (dir. pen.)
→ - *Quaestiones statutorum*

Rolandino de' Passeggieri - *Summa artis notariae*

Guglielmo Durante - *Speculum iudiciale*
(op. sul processo ispirata alla prassi dei tribunali)



conosciuta anche come *Speculum iuris*



(attrav. il processo, ricostruzione degli *istituti giuridici sostanziali*)

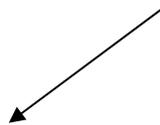
2) La Scuola di Orléans

Contemporaneamente ai post-accursiani, in Francia si sviluppa un originale metodo interpretativo



diritto
III; ragioni)

A Parigi, vietato l'insegnamento del romano (1219, papa Onorio



A Orléans, insegnamento
consentito dal 1235 (papa Gregorio IX)

Influsso di glossatori non appartenenti
al filone interpretativo Irnerio

→ Accursio (v. fotocopia)

Intorno al 1260, attivo a Orléans Jacques de Revigny
(celebre la sua *Lectura Codicis*)

- Utilizzo più libero ed originale delle tecniche interpretative della Glossa
(grazie ad un uso più consapevole degli argomenti dialettici: riscoperta
dell'opera maggiore della *Logica* di Aristotele)

es. obbligo di mantenimento della donna non dotata

- Maggiore libertà rispetto al testo giustiniano (abbandono della tecnica a mosaico, riferimento alle elaborazioni della scienza canonistica)

Orléans è una delle prime univ. in cui ci si addottora *in utroque iure* (dir. civ. e

can.)

es. distinz. *actus proximus/remotus* nell'ambito della figura del tentativo (v. fotocopia)

B) LA SCUOLA DEI COMMENTATORI

1) Il primo esponente è *Cino da Pistoia* († 1336)

Ascolta a Bologna, nel 1300, le lezioni di Pierre de Belleperche (allievo di Revigny) e ne accoglie il metodo

(il metodo del COMMENTO non è

radicalmente

legis

diverso da quello della *Glossa*)

Cino: {
- Lettura testo
- Esposizione dei *casus*
- *Notabilia*
- *Oppositiones (brocarda)*
- *Quaestiones*

Cambia per:

Abbandono del genere lett. della *Glossa* (il testo di legge 'scompare' dalla pagina)

Maggiore libertà rispetto al testo del *C. Iuris* (v. *supra*, Scuola di Orléans)

Cino stesso dimostra una grande autonomia rispetto all'autorità dei Glossatori: "Auctoritas mea sufficit"

SEZIONE VIII

Il sistema del diritto comune

All'epoca del *Commento*, viene ad assumere una delineazione definitiva anche il 'sistema' del diritto comune

Sistema dei rapporti 

A) La legittimazione della *Potestas condendi statuta*

Il diritto romano viene considerato, fin dall'origine della scuola dei *Glossatori*, come l'unico diritto *dell'Impero*

Quaestiones de iuris subtilitatibus (XII sec.): *unum ius in unum imperium* (già Agobardo di Lione, 850 ca.: aspirazione ad un unico diritto per tutta la cristianità)

Esso tuttavia non è l'unico diritto *nell'Impero*:
deve convivere con il complesso degli *iura propria*, ovvero della normativa *statutaria* nella quale, a partire dal XII secolo, è stato trasfuso il patrimonio delle consuetudini territoriali formatesi nell'ultimo scorcio dell'alto Medioevo.

Il primo problema affrontato dai giuristi bolognesi è quello di legittimare, secondo il diritto comune, l'esistenza di una potestà normativa delle comunità locali.

Tre teorie:

-Teoria della *permissio* (2 differenti versioni)

-Teoria della *iurisdictio* (elaborata da Bartolo da Sassoferrato)

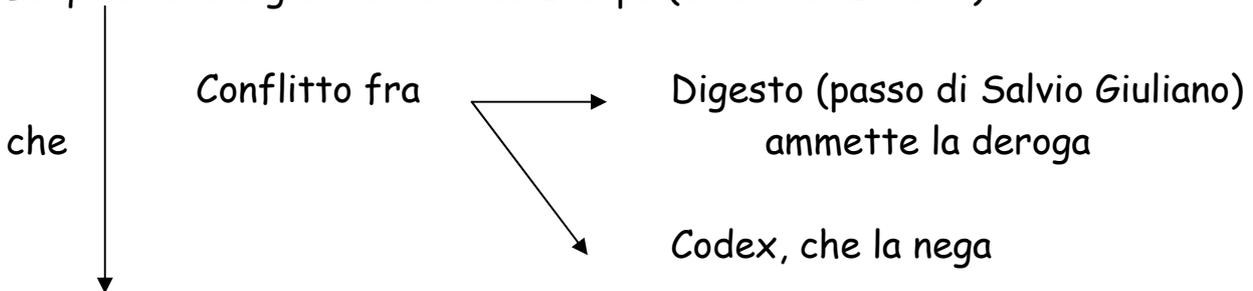
- Teoria della *permissio* (elaborata da Baldo)

B) La dialettica *ius commune / iura propria*

Altro problema è quello di definire rapporti fra *ius commune* e *iura propria*.

In particolare si tratta di stabilire se gli Statuti possono derogare le disposizioni del diritto comune.

La questione è già trattata da Iacopo (allievo di Irnerio)



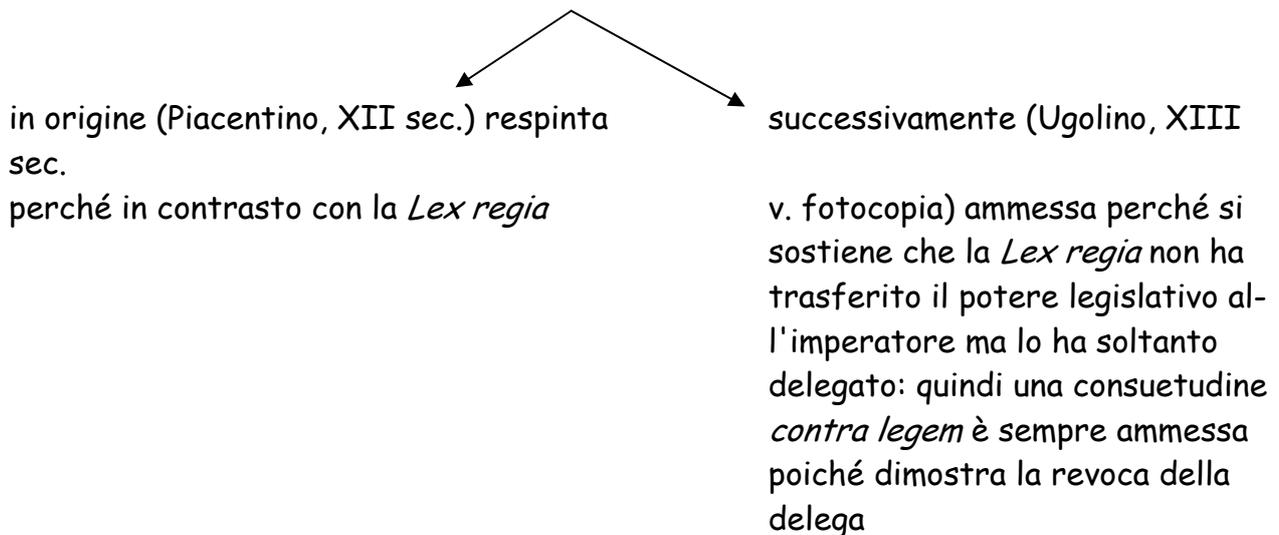
Risolta con argomento *storico*: prevale la disposizione del Codex, poiché emanata dopo la *Lex regia de imperio* di Vespasiano (69 d. C.) con la quale il popolo romano trasferiva all'imperatore il potere legislativo

Per Iacopo quindi gli Statuti non possono derogare il diritto comune (quindi possono essere applicati solo in via sussidiaria ovvero quando contengono disposizioni non contrastanti con esso)

La situazione cambia dopo il trattato di Costanza

Vengono elaborate teorie che consentono una diversa soluzione del conflitto fra Statuti e diritto comune

- 1) Distinzione fra norme *derogabili* e norme *inderogabili* del diritto comune (soluzione che ha scarsa accoglienza)
- 2) Ammessa la deroga quando si tratta di una *consuetudine generale* dell'Impero
- 3) Ammessa *sempre* la deroga: la consuetudine locale è diritto *speciale* rispetto al diritto comune e prevale su di esso purché vi sia la consapevolezza (*certa scientia*) del contrasto con la normativa giustiniana (soluzione di maggior successo)



Con il prevalere di questa tesi, il diritto comune perde l'originaria centralità ed è destinato ad avere vigenza *solo in via sussidiaria*, per colmare le lacune del diritto statutario

Ma il rapporto fra diritto comune e *iura propria* non si risolve esclusivamente in un problema di gerarchia delle fonti

Infatti:

- Anche gli Statuti sono elaborati da giuristi formati sul testo giustiniano e contengono terminologia, concetti, principi, tratti da esso.

- Inoltre, gli Statuti si interpretano secondo il diritto comune:

↓
- *Quaestiones statutorum* (nell'ambito delle *quaestiones ex facto emergentes*)

↓
diritto romano come strumento di interpretazione delle norme statutarie, laddove esse
presentano a loro volta delle lacune

(es. omicidio)

C) I rapporti fra diritto comune e diritto canonico

All'epoca del *Comento* sono ormai definiti anche i rapporti fra diritto romano e diritto canonico

Al tempo della *Glossa*, ancora sostanziale separazione fra i due ambiti

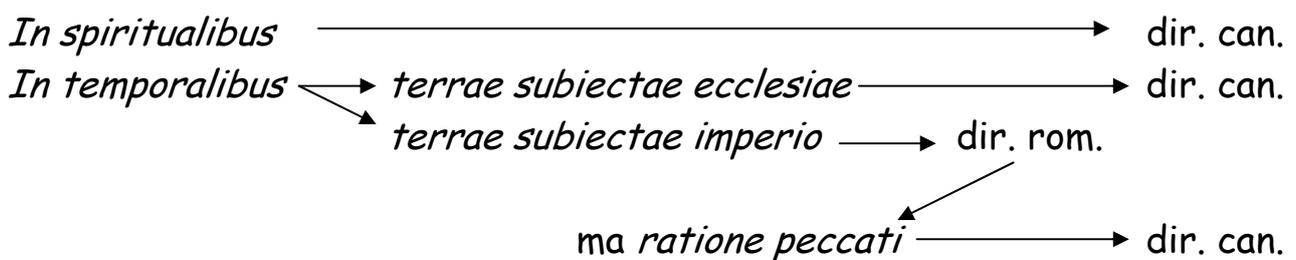
Per i canonisti la normativa canonica doveva prevalere su quella civile ogni qual volta fosse in pericolo la *'salus animae'* (*aequitas canonica*, v. *supra*)

I *Glossatori* respingono tale opinione, temendo interferenze

Odofredo (v. fotocopia): "Dominus papa, ratione peccati, intromittit se de omnibus"

La situazione cambia con la scuola di Orléans e con i *Commentatori*

Bartolo fissa la regola dei rapporti fra i due diritti
(regola dell'*utrumque ius*)



SEZIONE IX

La prammattizzazione del diritto comune (XV-XVI sec.)

(da integrare con la lettura di Cavanna, Storia, I, pp. 146-163)

A) La giurisprudenza consulente

Dalla metà del XV secolo, crisi del metodo universitario del Commento

Due tendenze

In Francia → *Umanesimo giuridico (mos gallicus: v. infra)*

In Italia → Età della *giurisprudenza consulente (mos italicus, bartolismo)*: fulcro dello sviluppo giuridico è la *prassi*

Afferm. del genere lett. dei *Consilia* → - *Consilium sapientis iudiciale*
→ - *C. pro veritate*

Ruolo della stampa nella diffusione dei *Consilia*

Polemica Alciato/Deciani sulla giurispr. consulente
(v. Cavanna, Storia, I, 151-152)

B) La *communis opinio*

Nell'età della giurisprudenza consulente il diritto comune assume ancora più marcatamente il carattere di diritto giurisprudenziale (opinione del giurista come legge)

Esigenza di trovare un criterio di certezza (endogiurisprudenziale) che risolva gli inevitabili conflitti fra le numerosissime opinioni dottrinali

SEZIONE X

La giurisprudenza dei grandi tribunali (XVI sec.)

Agli inizi dell'età moderna, sorgono gli STATI NAZIONALI

del
Esigenza di *accentrare* il fenomeno giuridico nelle mani
sovrano

1) Creazione dei GRANDI TRIBUNALI d'antico regime (in tutta Europa)

- es.
- Rota romana (dal 1331)
 - Rota fiorentina
 - Sacro Regno Consiglio di Napoli
 - Senato di Milano (1499-1786)
 - Tribunale Camerale dell'Impero germanico (dal

1495)

Parigi

- *Parlements* francesi (su tutti, il Parlamento di
dal 1255)

francese

specchio della precoce formazione dello Stato

2) Emersione di una nuova forma letteraria: le *decisiones*

Nascono nell'ambito della Rota romana e hanno struttura simile ai
Consilia, ai quali tendono a sostituirsi

Prevalenza della giurisprudenzialità *giudiziale* su quella *dottrinale*

La giurisprudenza dei grandi tribunali influirà anche sulla *communis opinio*:

- Le *c. o.*
- *in consulendo* devono essere confermate dai tribunali
 - formazione di *c. o. in iudicando*

3) Affermazione dell' *efficacia vincolante del precedente* giudiziale:

- all'interno di ciascuno Stato (anche se quasi mai in espressamente prevista dalla legge: eccezione Costituzioni piemontesi 1729)
- in ambito continentale (formazione di *usi forensi europei*, favorita dal fondale condiviso del diritto comune)

4) L'arbitrio equitativo

Amplissimi poteri discrezionali concessi (o tollerati) dai sovrani ai grandi tribunali per favorire il processo di accentramento del fenomeno giuridico nelle mani del detentore del potere

Comprendono:

- Diritto di *Interinazione* (approvazione e registrazione atti sovrani)
- Potere di decidere le cause *in assoluta autonomia* rispetto al dato legale (*Arbitrio equitativo*)

- canonica*
- autorizzato da sovrano e limitato dall'*equità* (analogie - non identità - con *aequitas*)
 - finalizzato a rendere *flessibile* il sistema giuridico

Es. Senato di Milano

- *In civilibus* → contro i princìpi
 - della domanda di parte
 - della disposizione della prova
- *In criminalibus*

rigidità
delle prove

- *poena arbitraria* per sopperire alle
del sistema
legali

5) *Aspetti problematici* della giurisprudenza dei grandi tribunali
(v. Cavanna, *Storia*, I, pp. 163-171)

- 1) Nazionalizzazione vs. europeizzazione del diritto comune
- 2) Aderenza vs. opposizione ai programmi del potere monarchico (esempi)
- 3) Coerenza interpretativa vs. utilizzo più intenso dell'arbitrio equitativo

SEZIONE XI

L'Umanesimo giuridico (XV-XVI sec.)

Fenomeno culturale che ha un'origine (letteraria) nell'Italia del XV secolo

Firenze (ca. 1450)
(anche

riscoperta dei testi dell'antichità classica
giuridici)

Digesto

- testi non inclusi nella compilazione
giustiniana

- tentativi di un'edizione critica del

(*littera pisana vs. littera bononiensis*,
Angelo Poliziano, Ludovico Bolognini)

Il fenomeno assume un rilievo specificamente giuridico grazie all'opera di

Andrea Alciato (1492-1550)

nuovo
romano

consegue la *licentia docendi* in Italia e si
trasferisce in Francia dove insegna il
metodo di approccio al diritto

Con lui

- *Guillaume Budé* (francese)
- *Ulrico Zasius* (tedesco)

CARATTERI ESSENZIALI DELL'UMANESIMO GIURIDICO:

1) Approccio *storicistico e filologico* al diritto

- storicistico: c. i. come monumento dell'antichità (messo in discussione come diritto vigente)
- filologico: norme del diritto romano interpretate secondo il loro significato originario (es. confessione)

2) Atteggiamento nei confronti del *mos italicus*

Critiche feroci (Valla, Hotman) nei confronti degli esponenti del *mos italicus*

- ma
- atteggiamento più conciliante di alcuni umanisti (Alciato)
 - scarsa sensibilità dei bartolisti nei confronti del nuovo metodo è determinata da esigenze di funzionalità del sistema (Gentili, *Dialogi*

1582)

3) Atteggiamento verso il Corpus Iuris

Critiche alla compilazione giustiniana (corrotto, alterato, confuso il diritto romano)

Francesco Hotman, *Antitribonianus* 1567 —————> diritto romano non solo smitizzato ma
anche criticato
nel suo
fondamento testuale

4) Filone sistematico

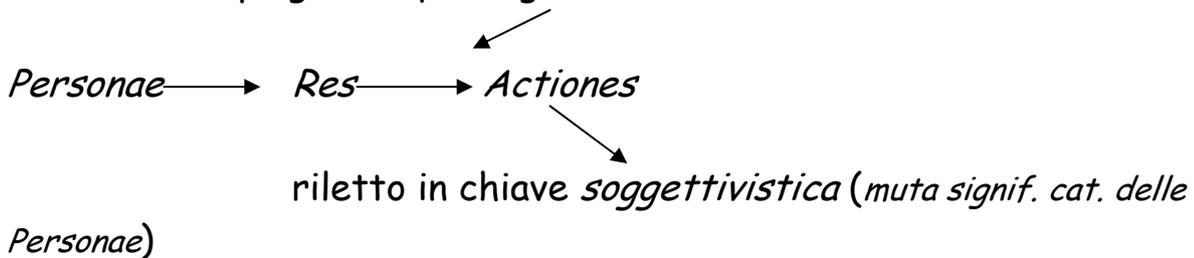
Esigenza di riorganizzare la parte migliore del diritto romano secondo un *ordine razionale*

Cicerone, *De iure civili in artem redigendo* (op. perduta)

Esponenti:

- Hotman
- Ugo Donello (*Commentarii*, 28 voll. 1589-1590)

Lo schema impiegato è quello gaiano



5) Anticipazione di temi giusnaturalistici

Recupero del diritto romano come *ratio scripta* dopo la sua 'spoliticizzazione'

6) Idea della Codificazione del diritto

- Hotman:
- uno o due buoni volumi
 - lingua nazionale
 - sostituzione di tutto il diritto vigente

7) Valorizzazione del diritto nazionale

Fenomeno tipicamente francese

Diritto consuetudinario è diritto comune in Francia

Avversione contro universalismo del diritto romano

1219	Divieto di insegn. a Parigi	(v. <i>retro</i>)
1312	Ordinanza di Filippo il Bello	dir. rom. è consuetudine approvata
1454	Ordinanza di Carlo VII	red. scritta delle consuetudini

Ragioni politiche spiegano il successo dell'umanesimo in Francia (e il suo insuccesso in altre parti d'Europa: Germania, Italia, rifiuto da parte degli studenti)

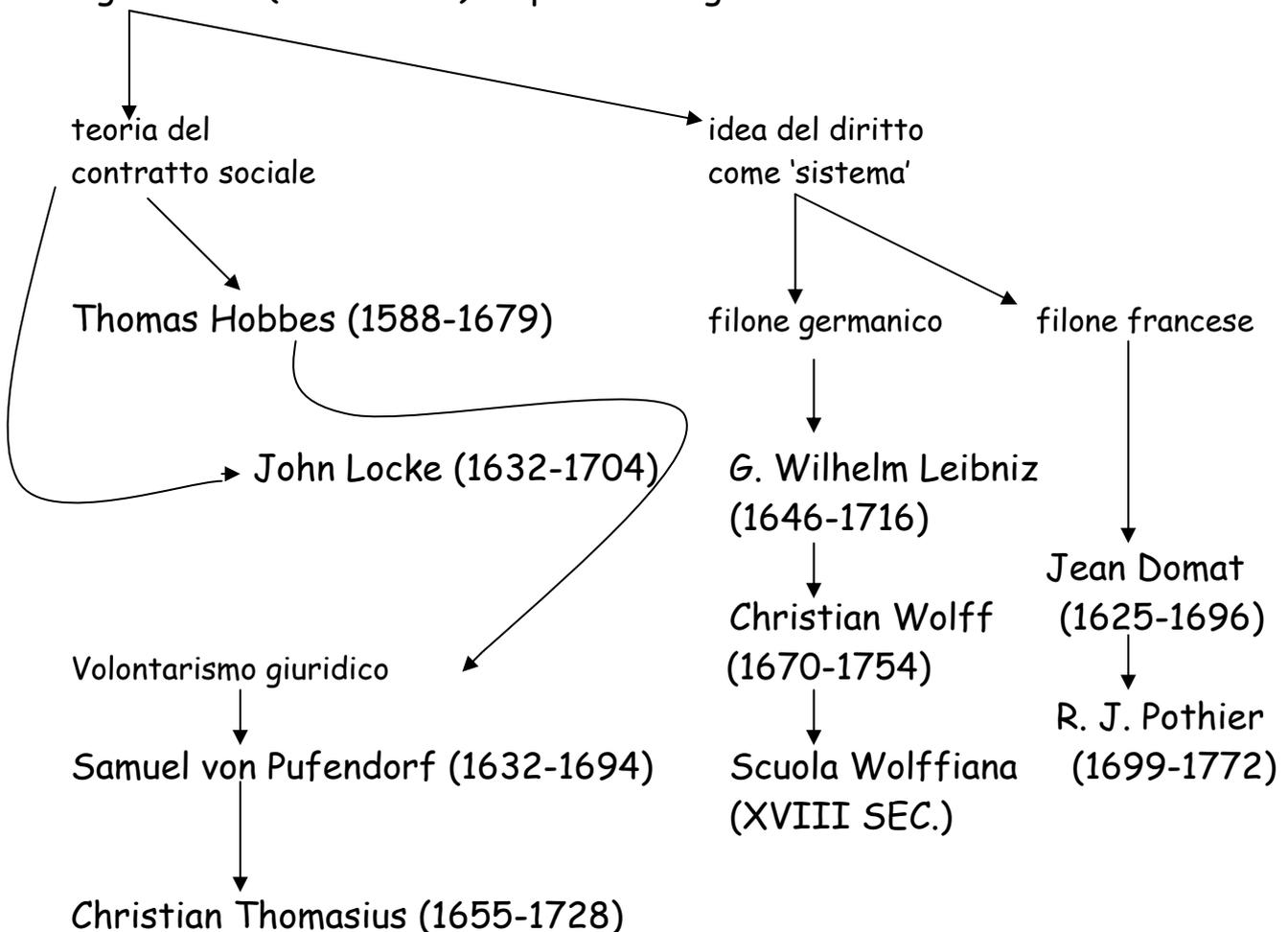
SEZIONE XIII

Il giusnaturalismo moderno (XVII-XVIII sec.)

(Sezione da integrare con Cavanna, Storia, I, pp. 319-369)

Schema riassuntivo degli autori e dei filoni dottrinali

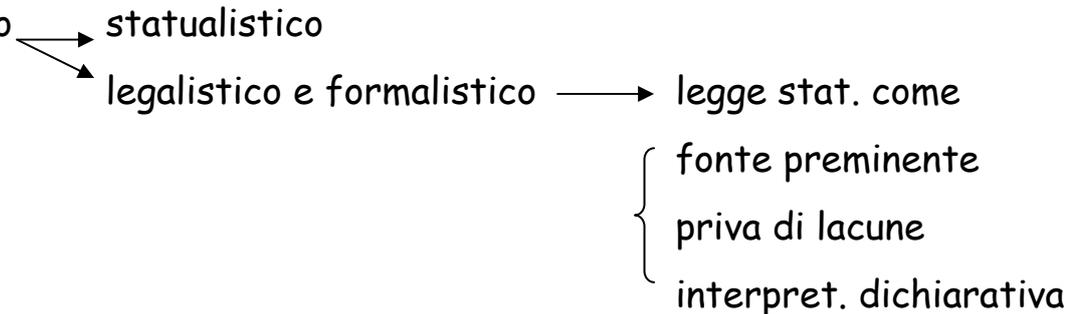
Ugo Grozio (1583-1645): il 'padre' del giusnat. moderno



Le correnti giusnaturalistiche d'età moderna rappresentano un altro 'nemico' storico del diritto comune, poiché preparano il terreno dottrinale alle moderne codificazioni.

Oggi due visioni del diritto naturale.

1) Concezione *monistica, positivistica* del diritto: il ruolo del dir. naturale è nullo, diritto vigente è solo quello *positivo*, concepito in senso



2) Concezione *dualistica* del diritto: esistenza di una serie di regole di giustizia naturale *sovraordinate* alla legge positiva (in epoca moderna, il diritto naturale è *soggettivizzato*: una serie di *diritti soggettivi* naturali)

La contrapposizione presuppone *due diverse concezioni* del diritto e della giustizia

Obbedienza alla norma → in quanto giusta (*ius quia iustum*, giusnaturalismo)
→ in quanto tale (*ius quia iussum*, positivismo)

L'epoca del moderno giusnaturalismo vede un sostanziale *equilibrio* fra le due tendenze e porterà all'idea che i diritti *naturali* possano essere *positivizzati* una volta per sempre dal legislatore in un codice

Insieme → idea di un superiore diritto naturale
→ idea della supremazia della legge che *positivizza* i diritti naturali

Cercando di conciliare queste due posizioni antitetiche, il giusnaturalismo sei-settecentesco si presenta quindi come il presupposto storico del positivismo giuridico attuale

Perché giusnaturalismo 'moderno'?

Il concetto di diritto naturale è presente già nella Grecia del V secolo a. C. (Antigone)

Perché in tale contesto il concetto di diritto naturale è completamente *secolarizzato*.

Grozio lo definisce "*dictamen rectae rationis*" (dettame della retta ragione): fondamento *razionale, immanente*, del diritto naturale, che sarebbe valido "*etsi daremus Deum non esse*" (anche se non si ammettesse l'esistenza di Dio)

Tale presupposto porterà, fra l'altro, alla distinzione fra il livello della *legalità* e quello della *moralità*

Il moderno giusnaturalismo ha i suoi prodromi nelle teorizzazioni della Scuola di Salamanca (XVI-XVII sec.) e nasce dall'esigenza di ripensare l'ordine giuridico tradizionale

Dopo la scoperta del Nuovo Mondo e la rottura dell'unità politica e religiosa dell'Europa (affermaazione degli Stati nazionali, Riforma protestante), nasce la consapevolezza dell'insufficienza del modello giuridico romano-canonico e perciò l'esigenza di fondare un *diritto di ragione* universalmente valido

In questo periodo cambiano anche i metodi del ragionamento scientifico, con il passaggio da una logica dialettica, di stampo aristotelico, ad una logica matematico-deduttiva, di stampo cartesiano

UGO GROZIO

Grande giurista olandese, *padre* del giusnaturalismo moderno: da lui originano i due grandi filoni speculativi della riflessione giusnaturalistica

Due fra le sue opere più importanti:

De iure belli ac pacis (1625) { - espone la sua teoria *contrattualistica*
- fonda su base giusnaturalistica il
moderno *diritto internazionale*

Introduzione alla giurisprudenza olandese (1631)

- aderisce ai metodi della *giurisprudenza elegante* (filone che concilia in maniera originale umanesimo e prassi)
- introduce alcune teorie innovative, soprattutto in materia di *contratti*:
 - teoria del consenso traslativo
 - teoria sul contrasto fra volontà e dichiarazione
 - teoria dell'errore come vizio della volontà

Apporta due contributi fondamentali alla riflessione giusnaturalistica

a) Teoria contrattualistica

Grozio elabora la teoria del *contratto sociale* con cui si spiega l'origine dello Stato

Presupposto

Stato di natura presociale → *appetitus societatis*

Con il contratto { - vengono cedute le libertà naturali e conferito il potere al sovrano
- si delimitano i diritti dei singoli e i poteri del sovrano
- si garantisce la pace sociale

Nella costruzione di *G.* non mancano *ambiguità*

- ci sono i *presupposti della teoria liberale dello Stato di diritto*
(individuazione di una sfera di diritti individuali)
- ma anche i *presupposti dell'assolutismo politico*
 - sottomissione a un sovrano
 - legittimato l'intervento del sovrano nella sfera privata dei singoli
 - superiorità delle ragioni dello Stato rispetto a quelle degli individui

b) Concezione del diritto come *sistema*

G. ha fiducia nella possibilità di pervenire alla costituzione di un *sistema completo di norme* a partire da alcuni postulati fondamentali:

- *Non appropriarsi dei beni altrui e restituire il maltolto o l'ingiusto profitto che se ne è tratto*
(fondamento giusnaturalistico della proprietà)
- *Rispettare i patti*
principio che vale a diversi livelli, a fondamento
 - del diritto internazionale pattizio
 - del rispetto del contratto sociale
 - del rispetto dei contratti
- *Risarcire i danni causati per propria colpa*

L'idea di sistema è nuova rispetto alle concezioni 'sistematiche' medievali del diritto: esso è infatti *costruito per deduzione*, a partire dai postulati indicati, e *non per induzione*, secondo il tipico procedimento dialettico dei giuristi dell'età intermedia

Anche *l'insegnamento* del diritto subirà delle
modificazioni:

- non più andamento casistico, ma studio di norme generali e astratte
- suddivisione per materie

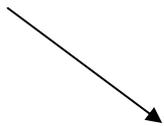
SVILUPPI DELLA SPECULAZIONE DI GROZIO NEGLI AUTORI SUCCESSIVI

A) Contrattualismo

In senso assolutistico (libertà *dello* Stato)

Th. Hobbes → *Leviathan* (1651)

Stato di natura → *bellum omnium contra omnes* (guerra di tutti contro tutti)



- differente struttura del contratto
- sovrano non soggetto ad alcun obbligo

Nel pensiero di Hobbes, alla *concezione assolutistica del potere* politico corrisponde una *concezione volontaristica del diritto* (v. oltre)

In senso liberale (libertà *dallo* Stato)

J. Locke *Due trattati sul governo* (1690)

- il potere sovrano è esercitato per garantire i *diritti soggettivi naturali* preesistenti dell'individuo:
- libertà, proprietà, sicurezza, resistenza all'oppressione (*tetralogia lockiana*)
- esiste un *diritto di resistenza* dei singoli nei confronti dello Stato
- anche l'autorità pubblica si sottomette alle regole dello *Stato di diritto*

B) Volontarismo

1) Origine nel pensiero di **Hobbes** → conseguenza della sua visione *assolutistica* del potere politico

Legge come *espressione della volontà del sovrano*

Corollari → sul piano della teoria delle fonti
(primato della legislazione)
→ sul piano della teoria dell'interpretazione

Concezione *positivistica* del diritto → Bobbio: Hobbes è un giusnaturalista in partenza e un positivista all'arrivo

idee che troveranno compimento nella codificazione:

- norma come comando
- interpret. come esecuzione del comando
- legge come fonte preminente del diritto

Conseguenze (involontariamente) garantistiche e liberali:

nell'ambito del *dir. penale*

affermazione del *principio di legalità*
(*nullum crimen, nulla poena sine lege*)

+ irretroattività

Tutto ciò che non è espressamente vietato deve considerarsi permesso (in part., Hobbes attua una *separazione fra moralità e legalità*: ogni reato è anche un peccato, ma non ogni peccato è un reato)

Limiti all'attività del sovrano legislatore (non imposti dal contratto ma dettati dalla ragione):

- quanto alla forma delle leggi → chiarezza e conoscibilità
- quanto al contenuto → non norme superflue

2) Volontarismo moderato di **S. Pufendorf**

dal 1660 → professore di diritto naturale ad Heidelberg
1672 → pubblica il *De iure naturae et gentium*

Definizione di legge: comando con cui un superiore obbliga un soggetto (assoggettato) ad agire conformemente alle proprie prescrizioni

quindi:

- legge come *comando*
- che impone una serie di *doveri*
- accompagnata da una *sanzione*

Conseguenze:

- tutto il diritto nella *sfera degli obblighi* imposti dal sovrano
- la giuridicità delle azioni dipende *esclusivamente* dalla *conformità ai precetti* del sovrano (separ. morale/diritto)
- fuori dall'ambito degli obblighi stabiliti dal sovrano risiedono le *libertà naturali* che il sovrano deve riconoscere
(volontarismo *moderato* perché *limitato*)

3) **Thomasius** → prosegue l'opera di Pufendorf

Profess. di diritto naturale a Lipsia e ad Halle (il primo in una Facoltà giuridica)

1706 —————> *Fundamenta iuris naturae et gentium*

Delinea una 'fenomenologia del giuridico'

raggruppando i comportamenti umani in tre categorie, a seconda dei fini cui essi tendono:

CATEGORIA		FINE
HONESTUM	(ambito della coscienza morale, comportamenti spesso privi di manifestazioni esterne)	TRANQUILLITÀ INTERIORE
DECORUM	(comportamenti con un rilievo esterno ma non ancora giuridicamente rilevanti)	BENEVOLENZA ALTRUI
IUSTUM	(comportamenti con rilievo giuridico)	PACE SOCIALE

Dal punto di vista del *risultato positivo* che si vuole raggiungere è sicuramente l'ambito dell'*honestum* il più importante (pace interiore è il bene più importante)

Dal punto di vista del *risultato negativo* che si vuole evitare è però l'ambito dello *iustum* quello cui bisogna prestare la maggiore attenzione (assenza di pace sociale - la guerra - come peggiore dei mali)

È quindi quest'ultimo l'ambito d'elezione del legislatore

— I comportamenti unicamente rilevanti si caratterizzano per il fatto di poter essere *costretti* mediante la minaccia di una *sanzione*

- Essi rispondono poi tutti al medesimo principio: non fare agli altri ciò che non vorresti fosse fatto a te

1705 —————> *De tortura ex foris christianorum proscribenda*
opera in cui Thomasia anticipa le posizioni di Beccaria proponendo l'abolizione della *tortura giudiziaria* per ragioni di umanità e di moralità:

- viola i diritti della difesa
- provoca false confessioni
- spesso è una pena anticipata

C) Idea di sistema: area germanica

1) G. W. Leibniz

Il pensiero giuridico di Leibniz è stato giudicato innovativo dal punto di vista metodologico, ma assai *conservatore* sul piano dei *contenuti*

→ Egli rifiuta di distinguere fra morale e diritto:

Tre concezioni possibili della giustizia

- giustizia come prudenza
- giustizia in senso proprio
- giustizia come amore di Dio

Poiché però la giustizia resta sempre *una* (e la giurisprudenza ha per oggetto la giustizia) sono rilevanti anche gli atteggiamenti interiori rivolti all'amore di Dio

Quindi la separazione fra diritta morale è *inesatta e irragionevole*

Un altro aspetto di conservazione del pensiero di Leibniz riguarda il fatto che il diritto espressione di ragione da lui teorizzato (da organizzare

coerentemente entro un sistema) non è un'entità astratta, bensì il diritto vigente in Germania, cioè il diritto comune

Breve sintesi delle vicende della recezione del diritto comune in Germania

Due paradossi storici → il diritto comune in Germania è recepito

- molto tardi → nonostante l'idea della *translatio imperii*
- in blocco e ufficialmente —1495 istituzione del *Reichskammergericht*
(tribunale camerale dell'impero)

— In precedenza pre-recezione per il tramite di alcuni veicoli:

- studenti (anche qui, circa 100 anni di ritardo)
- processo romano-canonico
- prassi notarile

Concetto di *recezione teorica* come complesso di dottrine finalizzate a far accogliere il diritto comune come diritto *nazionale*

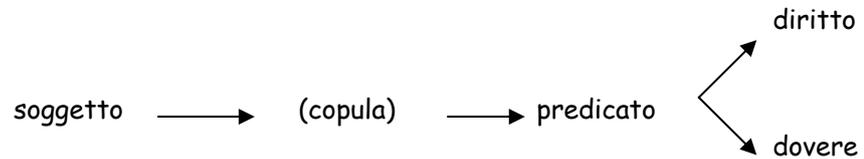
Leibniz è invece rivoluzionario per il *metodo* giuridico proposto

Approccio *matematizzante* al diritto → porta alle estreme conseguenze l'idea di sistema professata da Grozio



Norma come proposizione che enuncia una *verità*

Dotata di *struttura grammaticale*



(Anticipazione del principio dell'*eguaglianza formale* dei destinatari della norma)

Per la costruzione del sistema è sufficiente, secondo Leibniz, che il legislatore fissi — in un *codice breve, chiaro e sufficiente* — le *regole-madri* e le *relative eccezioni*

→ l'interprete trarrà poi le norme di dettaglio attraverso un *procedimento logico-deduttivo*

Leibniz fonda, per così dire, l'ideologia professionale del giurista moderno:

— diritto inteso come sistema completo di norme organizzato logicamente

— interpretazione come procedimento meramente logico-deduttivo (conseguente svalutazione del ruolo dell'interprete)

1668 → *Ratio corporis juris reconcinnandi*

Opera che porta alle estreme conseguenze il metodo leibniziano, nella quale l'autore dichiara di poter riassumere l'intero contenuto del diritto romano in un solo foglio

2) C. Wolff

1748 → *Jus naturae methodo scientifica pertractatum*

Apporta alla riflessione giusnaturalistica due relevantissimi contributi relativi al concetto di *soggetto* giuridico

- ↓
- a) soggetto non come sinonimo di assoggettato ma come *titolare di posizioni giuridiche soggettive*
 - b) soggetto come *destinatario unico e indeterminato* della norma

Wolff attua una *completa soggettivizzazione* del diritto naturale: i diritti naturali non sono più solo delle 'zone franche' rispetto ai doveri (Pufendorf), ma sono l'altra faccia del dovere giuridico

3) Scuola wolffiana

Dà un importante contributo alla codificazione prussiana e austriaca, ma influenza anche scienza giuridica 'pandettistica' della Germania dell'Ottocento

Due punti qualificanti:

a) *Parte generale del diritto (Allgemeiner Teil)*

- Elaborata *in chiave privatistica* es. teoria degli atti giuridici
- In posizione di superiorità rispetto ad altri ambiti dell'ordinamento (ormai compiuta separazione diritto pubblico/diritto privato)

b) *Adozione dello schema sistematico personae-res-actiones*

(Anche qui, diritto di ragione = diritto romano)

↙
riletto *in chiave soggettivistica*:

- centralità del concetto di persona
- eliminazione della parte processuale (*actio* come attività negoziale del soggetto)

Le teorie della scuola wolffiana, nate in ambito universitario, sono quanto di più astratto si possa immaginare ma riescono ad avere un'influenza, seppure indiretta, nella prassi, per il tramite del legislatore (che è il soggetto cui sono rivolte)

Esse appaiono idonee a garantire il successo dei programmi di riforma giuridica concepiti per il bene comune e, al contrario delle speculazioni umanistiche, non vengono percepite come sterili esercizi di erudizione

D) Idea di sistema: area francese

PREMESSA: BREVI CENNI SULLA RECEZ. DEL DIR. COM. IN FRANCIA

Dall' XI sec., sostanziale divisione del territorio in due aree:

Pays de droit écrit (sud) —————> consuetudini a base romanistica

Pays de droit coutumier (nord) —————> consuetudini a base germanica

In più, diritto comune vigente come dir. sussidiario *solo al sud* (1312, tollerato dal sovrano come consuetudine); a nord, applicato sporadicamente come *ratio scripta*.

Nel 1454 Carlo VII ordina la redazione scritta delle *coutumes*

Verso il 1550, redatte 60 *coutumes* generali e 300 *coutumes* particolari.

Comincia ad affacciarsi l'idea che siano le *coutumes* (specie quelle generali), ormai certificate e divenute oggetto di studio, a costituire il *diritto comune francese*.

Fra tutte, assume un'importanza fondamentale ai fini dell'unificazione del diritto consuetudinario la *coutume* di Parigi.

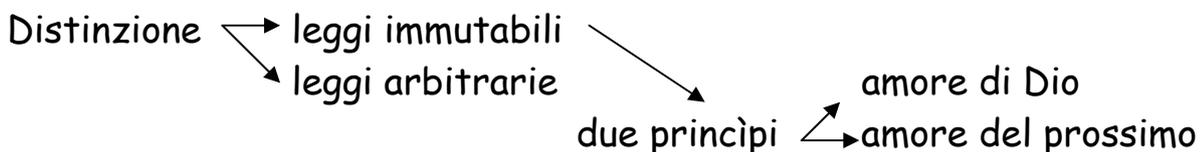
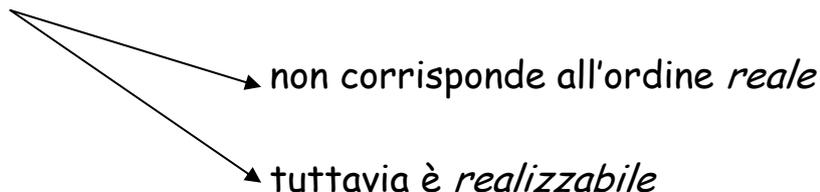
1) J. Domat

Giurista di Clermont-Ferrand (*Pays de droit écrit*), laureatosi all'univ. di Bourges (importante centro umanistico), chiamato a Parigi da Luigi XIV, compila un'opera finalizzata a riordinare entro schemi razionali il diritto romano.

Problema già affrontato in un'opera giovanile (*Legum delectus*, pubblicata postuma nel 1700) vicina, non solo cronologicamente, all'opera di Leibniz.

Dal 1689 —→ *Les lois civiles dans leur ordre naturel*

Ordine *naturale* delle leggi

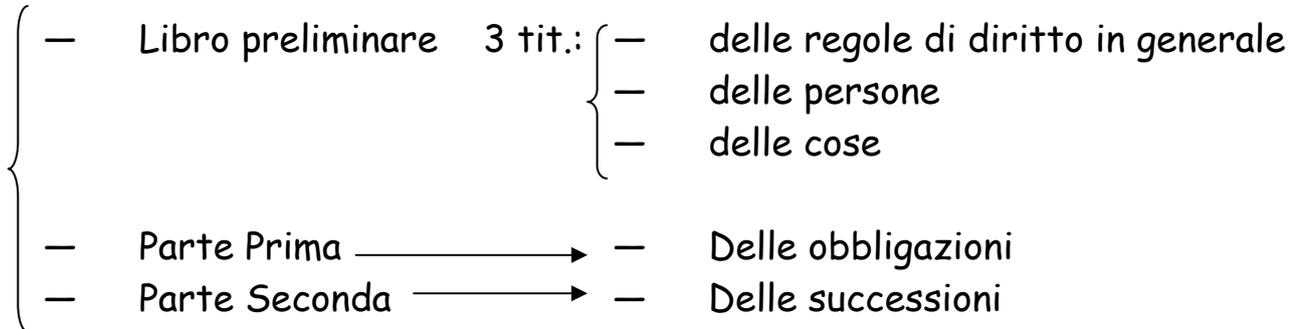


Le leggi immutabili

- tutte di dir. *naturale*
- (quasi) tutte di diritto *privato*
- tutte di diritto *romano*

hanno costituito storicamente un *deposito* che si è formato però alluvionalmente, e che va riordinato

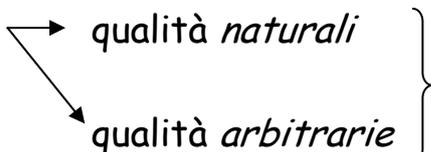
es. Schema dell'ordinamento del *droit privé*



Tre osservazioni

a) Esistenza di un *libro preliminare* (con regole generali del diritto) a somiglianza dell'*allgemeiner Teil* concepito dalla scuola wolffiana

b) Concezione arcaica della proprietà: non rapporto fra individuo e la cosa ma consideraz. della cosa in sé (classificazione beni) o rapporti fra persone derivanti dalla cosa (obbligazioni, successioni)

c) rilevante distinzione fra  } del soggetto
(implicita unificazione del soggetto giuridico)

2) R.-J. Pothier

Dal 1749 Regio professore di *Droit français* all'univ. di Orléans

↙ materia istituita nel 1679
da Luigi XIV per la creazione di
un *droit commun coutumier*

'Padre' del codice napoleonico → paradosso

a) Dal 1736 (opera conclusa nel 1748-1752) → *Pandectae in novum ordinem digestae*

risistemazione del Digesto *in chiave razionale*

- segue l'ordine dei titoli originari, ma materiale risistemato all'interno di ciascun titolo
- ultimi due titoli (D. 50, 16- 50, 17)
 - *De verborum significatione*
 - *De diversis regulis iuris antiqui*

sono lo spunto per un trattato generale, organizzato secondo la *tripartizione gaiano-giustiniana* (riletta *individualisticamente*)

b) 1740 (con D. Jousse), dal 1760 (da solo)

Introduz. e commento alla Coutume di Orléans

Utilizzo dello schema gaiano per porre le basi di un diritto comune consuetudinario → operazione feconda ma mistificatoria

c) dal 1761 Trattati di diritto privato, fra cui

- Trattato sulla proprietà → alla base dell'art. 544 code civil ma p. ancora concepita sullo schema del *dominio diviso* (problema: utilista che subinfeuda)
- Trattato sulle obbligazioni → ancora non emerge il principio dell'efficacia *reale* del contratto

SEZIONE XIV

La crisi del diritto comune: considerazioni generali (XVI-XVIII sec.)

La crisi incomincia con il sorgere degli Stati nazionali

Sovrani non più **custodi** della tradizione giuridica ma **creatori** del diritto

Alle tradizionali forze caratterizzanti l'epoca medievale

Universalismo —→ rappr. dal diritto comune
Pluralismo —→ rappr. dagli *iura propria*

Si contrappone una nuova forza, che sarà a lungo andare vincente

Nazionalismo —→ Legge è affare del sovrano;
statualizzazione del diritto

Il sistema del diritto comune viene sottoposto a un serrato attacco

- a) criticato come incerto, voluminoso, controverso (v. umanesimo)
- b) emerge una nuova esigenza di certezza legale (vs. *communis opinio*)
- c) critica al monopolio del fenomeno giuridico da parte dei giuristi (esp. non sempre positiva dei grandi tribunali)

L'universalismo e il pluralismo medievali vengono ora concepiti, in chiave negativa, come

PARTICOLARISMO GIURIDICO

- origine dell'espressione
- significato: mancanza di unità del diritto

1) Sul piano oggettivo: ↘ mancanza di unità delle fonti

- in senso qualitativo
- in senso quantitativo

Si noti che a questa mancanza di unità contribuisce non infrequentemente proprio la legislazione sovrana

- formata alluvionalmente
- dispersa, di non facile reperibilità
- solo raramente in uno stato di avanzata
consolidazione (v. *infra*)

2) Sul piano soggettivo: ↘

status

diritto e giurisdizione variabili secondo lo
personale dei soggetti:

- laici e chierici
- cattolici e non cattolici
- commercianti e non commercianti

ius mercatorum

di origine medievale (consuetudinaria)
formatosi su base *soggettiva*

è diritto *dei mercanti* (appart. alla corporazione)
non diritto degli atti di commercio

Ordonnance du commerce di Luigi XIV (1673)
statualizza ma non obbiettivizza ancora lo
ius mercatorum

Obbiettivizzazione con *code de commerce* napoleonico (1807)

Poli della riforma giuridica

Le esigenze di riforma promosse dai sovrani coinvolgono 3 differenti forze sociali

Il differente atteggiamento di queste spiega la lentezza (circa 3 secoli) del processo di superamento del regime di diritto comune:

A) Opinione pubblica

Non ha un grande rilievo nel contesto europeo dei secoli XVI-XVIII

- la
- Solo in Francia fin dal Cinquecento si hanno istanze 'dal basso' per la unificazione e semplificazione del diritto
 - altrove, essa appare legata al proprio patrimonio giuridico (soprattutto a liv. locale)

B) Ceto dei giuristi

Non costituisce un insieme omogeneo.

Si possono riscontrare 4 gruppi

- | | | | |
|---------------------------------|---|--|-------------------------|
| 1) Pubblici funzionari | } | → | favorevoli alle riforme |
| 2) Professori | | | |
| 3) Giudici dei grandi tribunali | → | attegg. ambivalente (v. <i>supra</i>) | |
| 4) Pratici diritto | → | assolut. contrari (difendono il che conoscono) | |

C) Potere politico

Agisce soprattutto mediante lo strumento della *legislazione*.

Obiettivi:

- Semplificare il quadro delle fonti del diritto
- Promuovere una certezza legale del diritto
- limitare il potere dei giuristi e l'arbitrio giudiziale

Questi scopi saranno perseguiti (ma solo a partire dalla metà del XVII secolo) attraverso il fenomeno delle CONSOLIDAZIONI del diritto comune (v. *infra*)

- le disposizioni regie devono essere osservate da tutte le Corti del Regno
- non se ne può escludere o modificare l'applicazione sotto pretesto di equità
- divieto di interpretazione (ammessa solo l'interpretazione autentica)
- nullità delle sentenze emesse in contrasto con le disposizioni regie
- abrogazione delle norme in contrasto con l'*ordonnance*

in più

- obbligo, per i tribunali, di registrare immediatamente gli atti del sovrano (forte limitazione del potere di *interinazione*)

II) 1670 *Ordonnance criminelle*

Razionalizzazione della procedura penale (modello inquisitorio)

- Rigido sistema di prove legali
- Uso frequente della tortura (per crim. capitali)
- Principio dell'appello obbligatorio

III) 1673 *Ordonnance du commerce*

Compilata con la consulenza del commerciante Savary

Lacunosa Savary non è un tecnico del diritto

IV) *Ordonnance de la marine*

Compilata entro un'ottica *statualistica e dirigistica*

per sostenere la guerra commerciale sui mari (sopratt. contro l'Olanda)

Uno storico del diritto francese, F. Olivier-Martin, ha sostenuto che le *Ordonnances* di Luigi XIV siano *già dei codici* in senso moderno

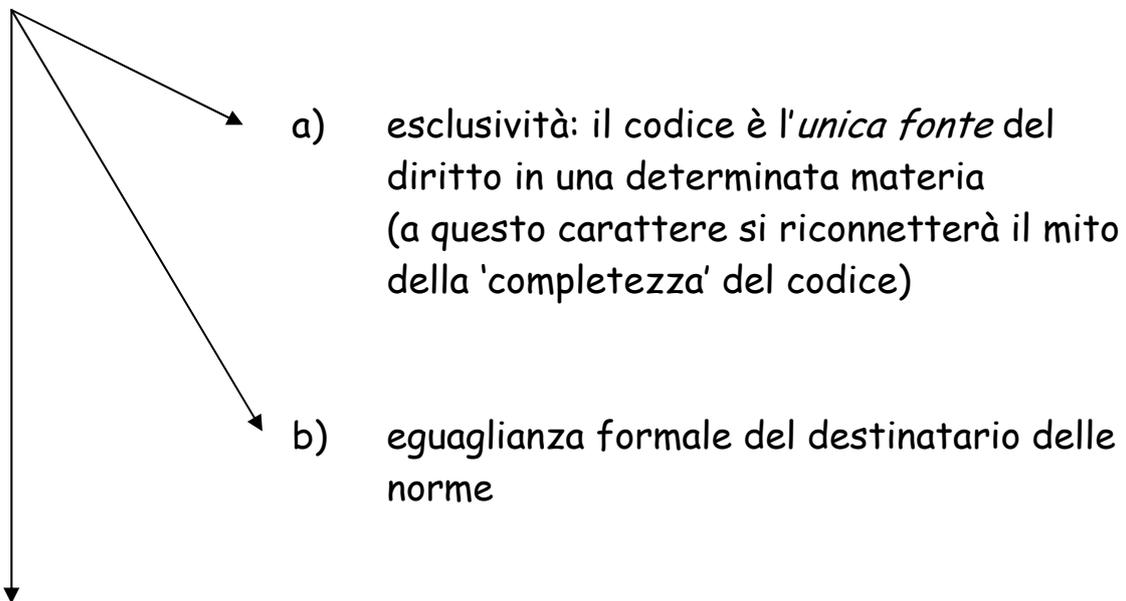
In realtà esse non possiedono ancora i caratteri di un moderno codice.
Quali sono tali caratteri?

Due opinioni storiografiche:

1) Tesi di Mario Viora: un codice si distingue da una consolidazione del diritto comune per la *novità* del suo contenuto.

Questo criterio non è però decisivo. Più convincente l'altra opinione

2) Tesi di Giovanni Tarello e di Adriano Cavanna: un codice si presenta con due caratteri essenziali:



Entrambi i caratteri del codice fanno venir meno il *particolarismo giuridico* (sia *oggettivo* che *soggettivo*)

Sulla base di questi criteri possiamo concludere che le *Ordonnances* di Luigi XIV non possono ancora essere considerati dei veri e propri codici:

- lasciano ancora spazio all'*eterointegrazione* da parte di altre fonti
- non delineano ancora un *diritto a soggetto unico*

↘ es. *Ord. du commerce*

Riflessioni conclusive sul fenomeno delle consolidazioni

Tali testi normativi determinano

- una *statualizzazione* del diritto
- l'*erosione* di parte dello spazio del diritto comune ad opera della legislazione sovrana
- il graduale passaggio da una dimensione *giurisprudenziale* ad una dimensione *legale* del diritto

Tuttavia non attuano il completo *superamento* del sistema dello *ius commune*, ma solo una sua *razionalizzazione*.

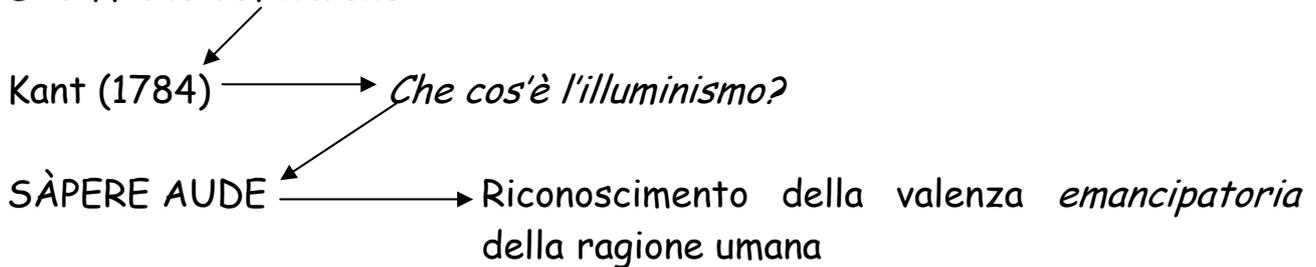
↘ Per ragioni squisitamente *politiche*

SEZIONE XV L'illuminismo giuridico (XVIII sec.)

I. L'illuminismo in generale

Movimento culturale sviluppatosi nella seconda metà del '700

Di difficile definizione

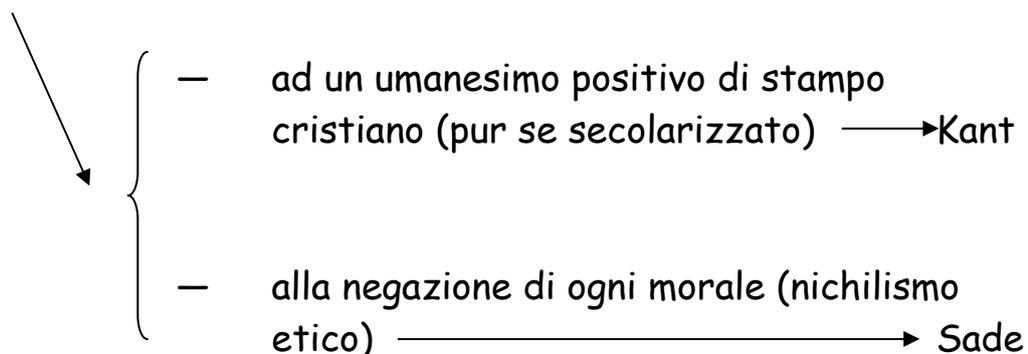


Ma anche un lato oscuro (carattere *ancipite* del fenomeno)

ALCUNI CARATTERI ESSENZIALI DEL MOVIMENTO ILLUMINISTICO:

1) *Illuminismo e morale*

L'esercizio della ragione emancipa l'uomo anche dal punto di vista *morale*.
Ma questo può condurre



Altro rischio è che la libertà non possa esser raggiunta se non sotto la guida di un'*élite* di intellettuali (*elitismo pedagogico*)

2) Primato della ragione sulla tradizione

Libertà come liberazione razionale dall'autorità della tradizione

Condorcet (1788) —————> "Ciò che reca l'impronta del tempo deve suscitare più diffidenza che rispetto"

Non antistoricismo, ma rifiuto di un'accettazione *acritica* della tradizione

3) Carattere pragmatico dell'illuminismo

L'illum. è una cultura pratico-operativa —————> non ha carattere teorico-speculativo

Il *fine* è quello della emancipazione, della *rigenerazione* umana

4) Idea di progresso

Umanità concepita come in costante progresso verso forme più alte di incivilimento, per raggiungere l'obiettivo della felicità

intesa in senso *utilitaristico* —————> duplice rischio

- sul piano individuale, rischio di cadere nell'edonismo
- sul piano collettivo (secondo la 'formula' utilitaristica), rischio di ledere i diritti dei non appartenenti al "maggior numero"

5) Spirito di riforma

La cultura illum. propone un sovvertimento delle basi tradizionali delle istituzioni della vita associata, secondo due direttrici principali:

- Riforma dello *Stato* — perdita del carattere sacrale della sovranità
- laicizzazione dello Stato (contrattualismo)

Riforma della *religione*

- in area germanica:
 - razionalizzazione della religione (contro il devozionalismo e i cascami della 'superstizione')
 - politica giurisdizionalistica
- in Francia:
 - riduzione della religione a mezzo di disciplinamento sociale
 - ateismo militante (religione stessa ridotta a superstizione)

II. L'illuminismo giuridico: le differenti 'letture' storiografiche

Naturalmente è il diritto il principale strumento attraverso cui rendere concreto lo spirito di riforma

Filangieri: "La legislazione è oggi l'oggetto comune di coloro che pensano" (*Scienza della legislazione*, 1780)

Il discorso sul diritto è uno dei tratti caratterizzanti l'illuminismo: dal XII secolo non si registrava una così grande attenzione degli uomini di cultura nei confronti del diritto

Come per l'illuminismo in generale, è però difficile procedere ad un'esatta classificazione dei caratteri essenziali dell'illuminismo giuridico

La storiografia ha infatti proposto diverse letture del fenomeno:

a) Tesi di Mario A. Cattaneo

L'illuminismo giuridico si pone in *continuità* con il *giusnaturalismo* moderno

↙
Equilibrio fra due postulati fondamentali (solo apparentemente contraddittori)

1) Postulato *giusnaturalistico* → esistono alcuni diritti *soggettivi* naturali che devono essere riconosciuti dal legislatore
(*giusnaturalismo soggettivistico*)

2) Postulato *volontaristico* → la legge è espressione della *volontà* del sovrano

A tali postulati sono connessi *due corollari*:

- *Idea di codice* come strumento normativo semplice, chiaro, certo, completo
- Teoria dell' *interpretazione meccanica* della legge (Montesquieu, Voltaire, Beccaria, Verri)

b) Tesi di Giovanni Tarello

Non c'è un solo illuminismo: bisogna distinguerne almeno **due**, a seconda della diversa *funzionalità politica* che le idee dei rappresentanti dei lumi vengono a svolgere:

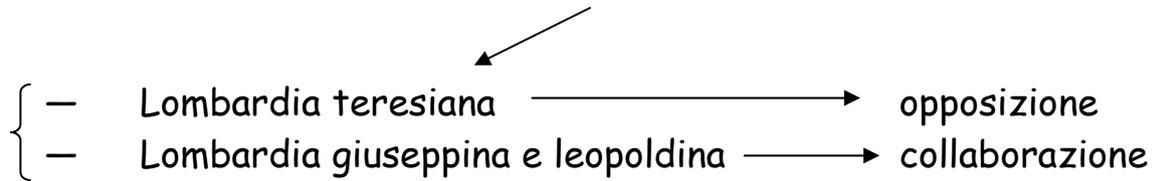
- Area germanica (Prussia, Austria, Lombardia)
le idee illuministiche sono accolte dai sovrani e diventano *programma di governo (assolutismo illuminato)*
- Giuseppe II: "primo impiegato dello Stato";
Federico II: "il domestico dello Stato"
- Area francese
qui le idee illuministiche si sviluppano in *opposizione* al potere politico

↙ carattere *utopico* di tali teorizzazioni

Le due ricostruzioni non sono inconciliabili, ma piuttosto complementari

Es.: Lombardia austriaca

- confermata la ricostruzione del Cattaneo (Beccaria: contrattualismo, idea di codice, interpretazione meccanica ecc.)
- ma (in tempi diversi) anche lo schema del Tarello



Esiste però una più recente ricostruzione del fenomeno illuministico

3) Tesi di Adriano Cavanna

L'illuminismo non è un complesso di dottrine definite, ma piuttosto un *modo di pensare* che delinea una determinata visione dell'uomo (lettura *'antropologica'* dell'illuminismo)

Alcuni punti fermi:

A) *Centralità della politica*

Politica come luogo di realizzazione dei *valori* (natura pragmatica dell'illuminismo: v. sopra)

in particolare, il *valore giustizia*

Tuttavia questa stessa intesa *riduttivamente* in senso *utilitaristico* (equazione UTILITÀ = GIUSTIZIA) come "massima felicità per il maggior numero"

B) *Centralità del diritto*

Grande intuizione dell'Illuminismo: la giustizia non può essere realizzata senza il diritto (unica forma razionale dell'organizzazione sociale)

Cavanna: "Può esserci diritto senza giustizia, ma non può esserci giustizia senza diritto"

Altra equazione

GIUSTIZIA = LEGGE

Helvétius: "arte della legislazione"

Sviluppo di un *culto* della legge

C) *Opinione pubblica e consenso*

il legislatore, per realizzare gli obiettivi di riforma, ha bisogno del consenso dei consociati —→ emerge il ruolo dell'opinione pubblica

D) Concezione elitaria del ruolo degli intellettuali

Le *élites* intellettuali (Filangieri: "coloro che pensano") reclamano per sé il compito di guidare le masse



Fenomeno parallelo: *infantilizzazione* delle masse

giudizi di

{
Voltaire
Federico II
Pietro Verri

E) Pedagogia e antropologia dei lumi

Idea che il popolo debba essere innalzato alla virtù per raggiungere la libertà e la felicità: idea della *perfettibilità* del genere umano

Ma —→ Problema della *libertà* (morale) dell'uomo

Due concezioni opposte:

- 1 — L'uomo è un essere *naturalmente libero* e il legislatore-pedagogo deve aiutarlo a riscoprire la sua libertà
(la legge deve *assecondare* la libertà dell'uomo, attraverso l'individuazione e il riconoscimento dei suoi diritti soggettivi naturali)

filone che si sviluppa soprattutto in *area germanica*

- 2 — L'uomo *non è* naturalmente libero, ma piuttosto *predisposto ad essere educato* alla felicità
(la legge deve *modificare* la natura umana, inducendo uomo ad essere virtuoso)

Filone *sensistico e materialistico* dell'illuminismo, che si sviluppa soprattutto in Francia:

Voltaire: "la libertà è una chimera assurda"

Diderot: "la libertà è un termine privo di senso"

D'Holbach: "il sentimento della libertà è una chimera, l'uomo non è libero in nessun momento della sua vita... e necessariamente guidato d'ogni passo dai vantaggi reali o presunti che egli collega alle cose che recitano le sue passioni"

Helvétius: "giudicare è sentire"

Determinismo morale —————> l'aspetto morale viene del tutto appiattito su quello fisico

Secondo questo filone, l'uomo non è libero ma è guidato in ogni momento dalle sue *passioni* e dai suoi *interessi*. Il legislatore deve agire su di essi per fargli credere di essere libero e per indurlo, *a sua insaputa*, alla virtù (*virtù artificiale = indotta* nel segno dell'utilità collettiva)

Problema: perché gli appartenenti alle *élites* pensanti sfuggono a questo determinismo? Perché essi sanno di essere manipolabili (a differenza del popolo che lo ignora)

F) Illuminismo e potere

I rapporti fra illuminismo e potere sono caratterizzati da una grande illusione: quella dei *philosophes* di poter influenzare i detentori del potere politico

Illusione che si sviluppa in entrambe le aree che abbiamo considerato

Area germanica: —————> qui i sovrani si servono delle idee illuministiche per poter consolidare il loro potere (es. Giuseppe II)

Area francese: —————> come vedremo, anche i rivoluzionari useranno (spesso distorcendole) le idee illuministiche per i loro fini

III. Figure dell'illuminismo giuridico (area francese)

A) Montesquieu

De l'esprit des lois (1748)

L'opera di M. è di difficile interpretazione:

non è chiaro se essa abbia valore

- { — descrittivo —————> illustri diverse forme di società politica
- { — prescrittivo —————> operi una *preferenza* per una forma politica particolare

Inoltre va distinto

- { — il contenuto originario dell'opera
- { — la sua utilizzazione *a posteriori*

Punto di partenza → *Definizione delle leggi*

“le leggi sono i rapporti necessari che derivano dalla natura delle cose”

regole che det. i rapporti fra individui secondo una necessità naturale
(una logica naturale)

— sia le leggi *naturali* → (giusnaturalismo *empirico*, non *razionalistico*)

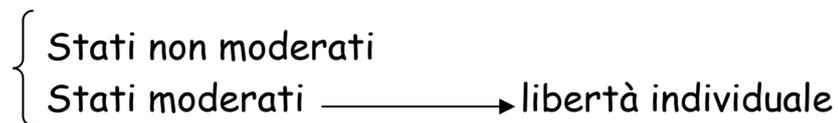
— sia le leggi *positive* → che hanno *diverso* contenuto a seconda di talune *variabili empirico-naturalistiche* (approccio *relativistico* al diritto)

↓
conseguenze sulle codificazioni:
esse saranno definite *giusnaturalistiche* ma manterranno nel contempo i caratteri di un diritto *nazionale*

La più importante fra queste è la *forma di governo*

Forma	Caratteristiche	Finalità delle leggi	Sentimento politico
Dispotica	Assenza di leggi fisse	—	Paura
Monarchica	Corpi intermedi Leggi fisse	Promuovere la diseguaglianza	Onore
Repubblicana (Democratica o aristocratica)	Leggi fisse	Promuovere l'eguaglianza	Virtù

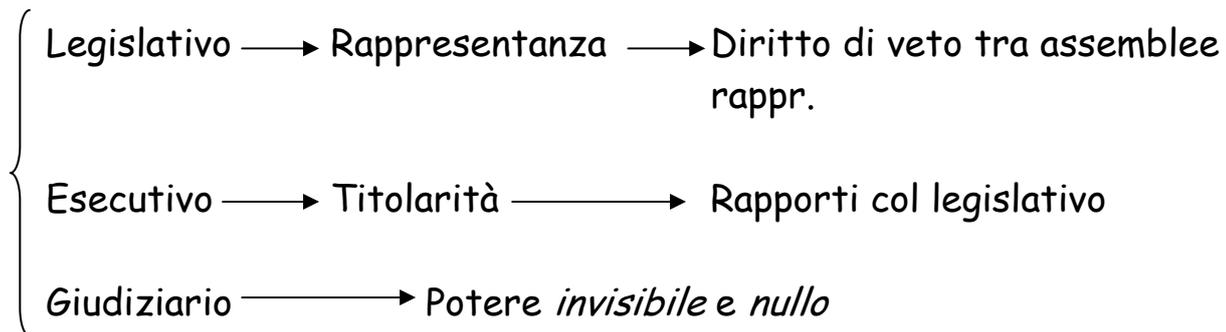
Ulteriore distinzione:



Raggiungibile attraverso

- alcuni caratteri delle leggi (in particolare le leggi penali: v. schemi esercitazioni dott. Di Tomasso)
 - un particolare assetto costituzionale
- ↓
- SEPARAZIONE DEI POTERI

Tre poteri:



B) Rousseau

Problema dei rapporti fra il pensiero di R. e la teoria giuridica rivoluzionaria

- carattere utopico
- orrore per la violenza

Anche se R. ha consegnato alla Rivoluzione francese alcuni princìpi:

- sovranità popolare
- primato del pot. legislativo
- definizione di legge

La teoria giuridica e politica di R. viene esposta principalmente nel *Contratto sociale* (1762)

"L'uomo nasce libero e ovunque è in catene"

Perché?

1754 *Discorso sull'origine della disuguaglianza fra gli uomini*

a causa dell'insorgere della proprietà privata

1762 *Contratto sociale* → "lo ignoro... io cerco il diritto e la ragione e non discuto i fatti" (carattere utopico dell'opera)

Rimedio: "Trovare una forma di associazione che difenda e protegga con tutta la forza comune la persona e i beni di ciascun associato, e per la quale ciascuno, unendosi a tutti, non ubbidisca tuttavia che a se stesso e resti libero come prima"

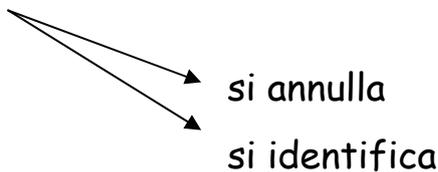
CONTRATTO SOCIALE

Condizione: —————→ "L'alienazione totale di ciascun associato con tutti i suoi diritti a tutta la comunità"

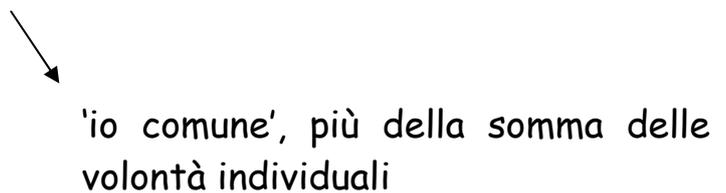
Presupposto: Uguaglianza: "ciascuno dandosi a tutti non si dà a nessuno; e siccome non vi è associato sul quale ciascuno non acquisti quello stesso diritto che egli cede su di sé, tutti guadagnano l'equivalente di ciò che perdono e una maggiore forza per conservare ciò che hanno"

Fine: —————→ La *libertà civile*

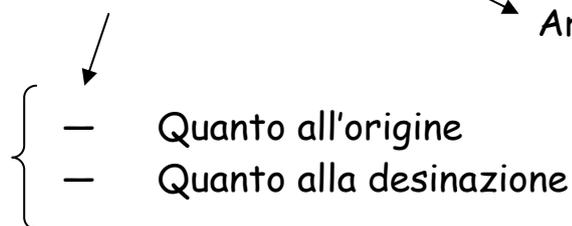
Il contratto dà dunque vita ad un *corpo politico* nel quale ogni individuo, nel contempo,



"ciascuno...mette in comune la sua persona... sotto la direzione della *volontà generale*"



L'espressione della volontà *generale* è la *legge* → art. 6 Dich. 1789
→ Art. 4 Cost. 1793



La legge è per R.

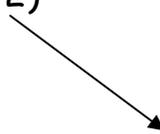
- Garanzia di *giustizia*
- Garanzia di *eguaglianza*
- Garanzia di *libertà*



ma conseguenze inquietanti della concezione rousseauiana di libertà come libera sottoposizione alla legge

Considerazioni sul governo della Polonia (1772)

opera in cui R. si occupa del problema della *codificazione*



Necessari *tre codici*

brevi, chiari, precisi

- politico
- civile
- criminale

SEZIONE XVI

L'illuminismo giuridico penale

Intorno alla metà del '700, sorge il 'problema penale' intorno a:

- fondamento
- limiti
- finalità
- modalità di esecuzione

del diritto di punire

Precedenti nel giusnaturalismo del XVII secolo: **separazione moralità-legalità**

Hobbes: «Un reato è sempre anche un peccato ma non ogni peccato è un reato» (Leviathan, 1651)

Pufendorf (*De iure naturae et gentium*, 1672. *De officio hominis et civis*, 1675):

Non colpire comportamenti

- solo moralmente illeciti
- di scarso rilievo
- molto diffusi

Le ragioni del punire non risiedono più necessariamente solo nella *immoralità* delle azioni ma nella *necessità di conservazione* della società

Emergono tre 'ideologie' penalistiche [Tarelli] (meglio parlare di *tendenze*)

1) Utilitarismo: promozione delle azioni che recano *utilità* alla società (massima felicità per il maggior numero di individui)

Aspetti negativi: emerge una concezione della giustizia non *assoluta* ma, appunto, *utilitaristica* (v. oltre)

2) Umanitarismo: promozione del rispetto della persona umana (es. *Pamphlets* di Voltaire)

N. B. Sono due *tendenze* (potenzialmente) *confliggenti* che si ritroveranno a convivere in un rapporto problematico nel pensiero del più illustre esponente dell'illuminismo giuridico penale, Cesare Beccaria (v. oltre)

3) Proporzionalismo: (tendenza tributaria soprattutto del pensiero di Montesquieu). Quella proporzionalistica non appare tuttavia una tendenza *autonoma* in quanto la sua origine, come si vedrà, può essere sostanzialmente ricondotta alle due precedenti

L'ILLUMINISMO PENALE IN FRANCIA

A) Montesquieu

De l'esprit des lois (1748)

La libertà politica è raggiungibile attraverso determinate caratteristiche delle leggi penali

La libertà consiste nella possibilità di fare senza paura ciò che (tali) leggi non vietano (v. doc. web)

Perciò: principio della **legalità del diritto penale** (nullum crimen, nulla poena sine lege)

Poi le leggi penali devono essere buone (non tiranniche), cioè

- utili, che colpiscono condotte socialmente dannose (es. non reati di coscienza)
- non crudeli
- proporzionate al delitto (ma prop. solo qualitativa: es. tentativo)

B) Voltaire

Idea della codificazione penale: «un codice criminale è assolutamente necessario per i cittadini e per i magistrati. I cittadini non avranno mai da lamentarsi delle sentenze e i magistrati non dovranno temere di incorrere nell'odio; perché non sarà la loro volontà a condannare, sarà la legge».

L'ILLUMINISMO PENALE ITALIANO

Cesare Beccaria

Viene qui analizzato il pensiero di B. poiché la sua opera (*Dei delitti e delle pene*, 1764) è da considerare il vero e proprio *monumento* dell'illuminismo penale, il punto di riferimento per la riflessione criminalistica dei successivi due secoli.

Origine dell'opera

Il racconto di Pietro Verri:

«Prima di chiudere vi soddisferò sul proposito del libro *Dei delitti e delle pene*. Il libro è del marchese Beccaria. L'argomento gliel'ho dato io, e la maggior parte dei pensieri è il risultato delle conversazioni che giornalmente si tenevano fra Beccaria, Alessandro [n.b.: Alessandro Verri, fratello di Pietro], Lambertenghi [Luigi Lambertenghi, collaboratore del "Caffè"] e me. Nella nostra società [l'Accademia dei Pugni] la sera la passiamo nella stanza medesima, ciascuno travagliando. Alessandro ha per le mani la *Storia d'Italia*, io i miei lavori economici-politici, altri legge, Beccaria si annoiava e annoiava gli altri. Per disperazione mi chiese un tema, io gli suggerii questo, conoscendo che per un uomo eloquente e d'immagini vivacissime era adattato appunto. Ma egli nulla sapeva dei nostri metodi criminali. Alessandro, che fu il protettore dei carcerati, gli promise assistenza. Cominciò Beccaria a scrivere su dei pezzi di carta staccati delle idee, lo secondammo con entusiasmo, lo fomentammo tanto che scrisse una gran folla d'idee, il dopo pranzo si andava al passeggio, si parlava degli errori della giurisprudenza criminale, s'entrava in dispute, in questioni, e la sera egli scriveva; ma è tanto laborioso per lui lo scrivere, e gli costa tale sforzo che dopo un'ora cade e non può reggere. Ammassato che ebbe il materiale, io lo scrissi e si diede un ordine, e si formò un libro. Il punto stava, in una materia tanto irritable, il pubblicare quest'opera senza guai. La trasmisi a Livorno al signor Aubert (...). Il manoscritto lo spedii in aprile anno scorso e da me se ne ricevette il primo esemplare in luglio 1764. In agosto era già spacciata la prima edizione senza che in Milano se ne avesse notizia, e questo era quello ch'io cercavo. Tre mesi dopo solamente il libro fu conosciuto in Milano, e dopo li applausi della Toscana e d'Italia nessun osa dirne male». (*Lettera agli amici milanesi, 1 novembre 1765*)

Finalità dell'opera

Sono descritte nel celeberrimo brano introduttivo 'A chi legge' [parzialmente di altra mano (P. Verri?) e aggiunto dopo la prima edizione]:

«Alcuni avanzi di leggi di un antico popolo conquistatore fatte compilare da un principe che dodici secoli fa regnava in Costantinopoli, frammischiate poscia co' riti longobardi, ed involte in farruginosi volumi di privati ed oscuri interpreti, formano quella tradizione di opinioni che da una gran parte dell'Europa ha tuttavia il nome di leggi; ed è cosa funesta quanto comune al dì d'oggi che una opinione di Carpozio, un uso antico accennato da Claro, un tormento con

iraconda compiacenza suggerito da Farinaccio sieno le leggi a cui con sicurezza obbediscono coloro che tremando dovrebbero reggere le vite e le fortune degli uomini. Queste leggi, che sono uno scolo de' secoli i piú barbari, sono esaminate in questo libro per quella parte che riguarda il sistema criminale, e i disordini di quelle si osa esporli a' direttori della pubblica felicità con uno stile che allontana il volgo non illuminato ed impaziente. Quella ingenua indagine della verità, quella indipendenza delle opinioni volgari con cui è scritta quest'opera è un effetto del dolce e illuminato governo sotto cui vive l'autore. I grandi monarchi, i benefattori della umanità che ci reggono, amano le verità esposte dall'oscuro filosofo con un non fanatico vigore, detestato solamente da chi si avventa alla forza o alla industria, respinto dalla ragione; e i disordini presenti da chi ben n'esamina tutte le circostanze sono la satira e il rimprovero delle passate età, non già di questo secolo e de' suoi legislatori.

Chiunque volesse onorarmi delle sue critiche cominci dunque dal ben comprendere lo scopo a cui è diretta quest'opera, scopo che ben lontano di diminuire la legittima autorità, servirebbe ad accrescerla se piú che la forza può negli uomini la opinione, e se la dolcezza e l'umanità la giustificano agli occhi di tutti. Le mal intese critiche pubblicate contro questo libro si fondano su confuse nozioni, e mi obbligano d'interrompere per un momento i miei ragionamenti agl'illuminati lettori, per chiudere una volta per sempre ogni adito agli errori di un timido zelo o alle calunnie della maligna invidia.

Tre sono le sorgenti delle quali derivano i principii morali e politici regolatori degli uomini. La rivelazione, la legge naturale, le convenzioni fattizie della società. Non vi è paragone tra la prima e le altre per rapporto al principale di lei fine; ma si assomigliano in questo, che conducono tutte tre alla felicità di questa vita mortale. Il considerare i rapporti dell'ultima non è l'escludere i rapporti delle due prime; anzi siccome quelle, benché divine ed immutabili, furono per colpa degli uomini dalle false religioni e dalle arbitrarie nozioni di vizio e di virtù in mille modi nelle depravate menti loro alterate, così sembra necessario di esaminare separatamente da ogni altra considerazione ciò che nasca dalle pure convenzioni umane, o espresse, o supposte per la necessità ed utilità comune, idea in cui ogni setta ed ogni sistema di morale deve necessariamente convenire; e sarà sempre lodevole intrappresa quella che sforza anche i piú pervicaci ed increduli a conformarsi ai principii che spingon gli uomini a vivere in società. Sonovi dunque tre distinte classi di virtù e di vizio, religiosa, naturale e politica. Queste tre classi non devono mai essere in contraddizione fra di loro, ma non tutte le conseguenze e i doveri che risultano dall'una risultano dalle altre. Non tutto ciò che esige la rivelazione lo esige la legge naturale, né tutto ciò che esige questa lo esige la pura legge sociale: ma egli è importantissimo di separare ciò che risulta da questa convenzione, cioè dagli espressi o taciti patti degli uomini, perché tale è il limite di quella forza che può legittimamente esercitarsi tra uomo e uomo senza una speciale missione dell'Essere supremo. Dunque l'idea della virtù politica può senza taccia chiamarsi variabile; quella della virtù naturale sarebbe sempre limpida e manifesta se l'imbecillità o le passioni degli uomini non la oscurassero; quella della virtù religiosa è sempre una costante, perché rivelata immediatamente da Dio e da lui conservata.

Sarebbe dunque un errore l'attribuire a chi parla di convenzioni sociali e delle conseguenze di esse principii contrari o alla legge naturale o alla rivelazione; perché non parla di queste. Sarebbe un errore a chi, parlando di stato di guerra prima dello stato di società, lo prendesse

nel senso hobbesiano, cioè di nessun dovere e di nessuna obbligazione anteriore, in vece di prenderlo per un fatto nato dalla corruzione della natura umana e dalla mancanza di una sanzione espressa. Sarebbe un errore l'imputare a delitto ad uno scrittore, che considera le emanazioni del patto sociale, di non ammetterle prima del patto stesso.

La giustizia divina e la giustizia naturale sono per essenza loro immutabili e costanti, perché la relazione fra due medesimi oggetti è sempre la medesima; ma la giustizia umana, o sia politica, non essendo che una relazione fra l'azione e lo stato vario della società, può variare a misura che diventa necessaria o utile alla società quell'azione, né ben si discerne se non da chi analizzi i complicati e mutabilissimi rapporti delle civili combinazioni. Sí tosto che questi principii essenzialmente distinti vengano confusi, non v'è piú speranza di ragionar bene nelle materie pubbliche. Spetta a' teologi lo stabilire i confini del giusto e dell'ingiusto, per ciò che riguarda l'intrinseca malizia o bontà dell'atto; lo stabilire i rapporti del giusto e dell'ingiusto politico, cioè dell'utile o del danno della società, spetta al pubblicista; né un oggetto può mai pregiudicare all'altro, poichè ognun vede quanto la virtù puramente politica debba cedere alla immutabile virtù emanata da Dio.

Chiunque, lo ripeto, volesse onorarmi delle sue critiche, non cominci dunque dal supporre in me principii distruttori o della virtù o della religione, mentre ho dimostrato tali non essere i miei principii, e in vece di farmi incredulo o sedizioso procuri di ritrovarmi cattivo logico o inavveduto politico; non tremi ad ogni proposizione che sostenga gl'interessi dell'umanità; mi convinca o della inutilità o del danno politico che nascer ne potrebbe dai miei principii, mi faccia vedere il vantaggio delle pratiche ricevute. Ho dato un pubblico testimonio della mia religione e della sommissione al mio sovrano colla risposta alle Note ed osservazioni; il rispondere ad ulteriori scritti simili a quelle sarebbe superfluo; ma chiunque scriverà con quella decenza che si conviene a uomini onesti e con quei lumi che mi dispensino dal provare i primi principii, di qualunque carattere essi siano, troverà in me non tanto un uomo che cerca di rispondere quanto un pacifico amatore della verità».

CONTENUTI DELL'OPERA

a) *Fondamento del diritto penale nell'origine contrattuale dello Stato*

- 1 Le leggi sono le «condizioni colle quali uomini indipendenti isolati si uniscono in società» (§ 1)
- 2 Gli uomini unendosi in società sacrificano una parte della loro libertà «per goderne il restante con sicurezza e tranquillità» (§ 1)
- 3 La somma delle porzioni di libertà cedute dei singoli forma il *deposito della salute pubblica* e dà origine alla *sovranità* (§ 1)
- 4 Dal dovere di difendere questo deposito dall'aggressione di individui privati nasce il dovere del sovrano di punire i delitti (§ 2)
- 5 Le pene sono «sensibili motivi» per scoraggiare i possibili «infrattori delle leggi» (§ 1)

b) *Limiti* al diritto di punire

Poiché con il contratto sociale la cessione di libertà è stata la minima necessaria, anche il diritto penale è concepito come *minimale*

La sanzione deve ridursi al *minimo necessario* per la difesa sociale

Corollari:

- devono essere puniti *solo gli atti effettivamente dannosi* per la società
- la pena deve *eccedere il vantaggio* che il delinquente si propone di conseguire *solo di quel tanto che basti* a scoraggiarlo

c) Funzione della pena

1) esclusa una funzione *retributiva* (compenso del male col male)

«(...) il fine delle pene non è di tormentare ed affliggere un essere sensibile, né di disfare un delitto già commesso. Può egli in un corpo politico, che, ben lungi di agire per passione, è il tranquillo moderatore delle passioni particolari, può egli albergare questa inutile crudeltà strumento del furore e del fanatismo o dei deboli tiranni? Le strida di un infelice richiamano forse dal tempo che non ritorna le azioni già consumate?» (§ 12)

2) abbracciata una concezione *preventiva* della pena

«Il fine dunque non è altro che di impedire il reo dal far nuovi danni ai suoi cittadini e di rimuovere gli altri dal farne uguali» (§12)

La pena guarda perciò *al futuro*, non al passato, con funzione di *prevenzione*

- generale
- speciale

Efficace sarà la pena che «serbata la proporzione, farà un'impressione più efficace e più durevole sugli animi degli uomini, e la meno tormentosa sul corpo del reo» (§12)

Inoltre, la pena ha un'efficacia non solo attraverso la sua *inflizione effettiva* ma anche semplicemente mediante la *minaccia* della sua applicazione

3) esclusa una funzione di *emenda* (funzione *rieducativa* della pena), in quanto

- contrasta con il principio della certezza del diritto (durata necessariamente indeterminata della pena)
- non rientra fra i compiti di uno Stato laico

La prevenzione deve svolgersi piuttosto mediante l'*educazione* (premi alla virtù) che attraverso la *repressione* (castighi ai misfatti): v. §§ 41-45.

In Beccaria quindi la *prevenzione* risponde a motivi *utilitaristici*, ma la concezione *minimale* del diritto penale introduce anche un motivo *umanitario*

Qui il binomio utilità/giustizia si scioglie

Secondo una concezione preventiva della sanzione criminale ispirata ad una concezione radicalmente utilitaristica può essere infatti ammessa:

- una pena esemplare
- la punizione dell'innocente

Beccaria *rifiuta* questa impostazione e prevede una serie di *principi a fondamento della pena* che, pur basandosi su un'impostazione utilitaristica, ne limitano frequentemente la portata a favore delle esigenze di umanità.

Essi sono un vero e proprio «prontuario del diritto penale moderno» (Cavanna) e meritano di essere qui sinteticamente descritti:

a) legalità (del reato e della pena)

È l'assioma fondamentale dell'opera beccariana:

« le sole leggi possono decretar le pene su i delitti» (§3)

- non declinato come in Hobbes e nei codici dell'area germanica (es. *Josephina*: v. oltre) come strumento di rafforzamento del potere del sovrano
- ma proclamato essenzialmente in funzione di
 - prevenzione generale (efficacia deterrente della preventiva conoscenza, da parte dei cittadini, delle conseguenze delle loro azioni: *aspetto utilitaristico*)

« Così acquistano i cittadini quella sicurezza di loro stessi che è (...) utile perché gli mette nel caso di esattamente calcolare gl'inconvenienti di un misfatto» (§ 4)

- garanzia (contro le degenerazioni arbitrarie dell'esercizio della potestà punitiva: *aspetto umanitario*)

«quando la norma del giusto e dell'ingiusto, che deve dirigere le azioni sí del cittadino ignorante come del cittadino filosofo, non è un affare di controversia, ma di fatto, allora i sudditi non sono soggetti alle piccole tirannie di molti» (§ 4)

Ad esso è connessa l'idea

- della *codificazione* del diritto penale

«un codice fisso di leggi...»: § 4

- dell'attività del giudice come meramente *dichiarativa*

«...che si debbono osservare alla lettera»: § 4

(chiara matrice montesquieuviana, che ritorna nel richiamo alla celebre definizione di libertà fornita dal giurista francese: «L'opinione che ciaschedun cittadino deve avere di poter fare tutto ciò che non è contrario alle leggi senza temerne altro inconveniente che quello che può nascere dall'azione medesima, questo è il dogma politico che dovrebb'essere dai popoli creduto e dai supremi magistrati colla incorrotta custodia delle leggi predicato; sacro dogma, senza di cui non vi può essere legittima società, giusta ricompensa del sacrificio fatto dagli uomini» (§ 8))

L'attività meramente dichiarativa del giudice è descritta nelle sue modalità e nei suoi vantaggi all'inizio del § 4:

«In ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto: la maggiore dev'essere la legge generale, la minore l'azione conforme o no alla legge, la conseguenza la libertà o la pena. Quando il giudice sia costretto, o voglia fare anche soli due sillogismi, si apre la porta all'incertezza. Non v'è cosa più pericolosa di quell'assioma comune che bisogna consultare lo spirito della legge. Questo è un argine rotto al torrente delle opinioni (...) Ciascun uomo ha il suo punto di vista, ciascun uomo in differenti tempi ne ha un diverso. Lo spirito della legge sarebbe dunque il risultato di una buona o cattiva logica di un giudice, di una facile o malsana digestione, dipenderebbe dalla violenza delle sue passioni, dalla debolezza di chi soffre, dalle relazioni del giudice coll'offeso e da tutte quelle minime forze che cangiano le apparenze di ogni oggetto nell'animo fluttuante dell'uomo. Quindi veggiamo la sorte di un cittadino cambiarsi spesse volte nel passaggio che fa a diversi tribunali, e le vite de' miserabili essere la vittima dei falsi raziocini o dell'attuale fermento degli umori d'un giudice, che prende per legittima interpretazione il vago risultato di tutta quella confusa serie di nozioni che gli muove la mente. Quindi veggiamo gli stessi delitti dallo stesso tribunale puniti diversamente in diversi tempi, per aver consultato non la costante e fissa voce della legge, ma l'errante instabilità delle interpretazioni. Un disordine che nasce dalla rigorosa osservanza della lettera di una legge penale non è da mettersi in confronto coi disordini che nascono dalla interpretazione. Un tal momentaneo inconveniente spinge a fare la facile e necessaria correzione alle parole della legge, che sono la cagione dell'incertezza, ma impedisce la fatale licenza di ragionare, da cui nascono le arbitrarie e venali controversie».

Tutto ciò, per essere possibile, richiede che il codice delle leggi penali sia fornito dei caratteri della *chiarezza* e della *conoscibilità* (riecheggiano qui, in altra funzione, idee hobbesiane):

«Se l'interpretazione delle leggi è un male, egli è evidente esserne un altro l'oscurità che strascina seco necessariamente l'interpretazione, e lo sarà grandissimo se le leggi sieno scritte in una lingua straniera al popolo, che lo ponga nella dipendenza di alcuni pochi, non potendo giudicar da se stesso qual sarebbe l'esito della sua libertà, o dei suoi membri, in una

lingua che formi di un libro solenne e pubblico un quasi privato e domestico. Che dovremo pensare degli uomini, riflettendo esser questo l'inveterato costume di buona parte della colta ed illuminata Europa! Quanto maggiore sarà il numero di quelli che intenderanno e avranno fralle mani il sacro codice delle leggi, tanto men frequenti saranno i delitti, perché non v'ha dubbio che l'ignoranza e l'incertezza delle pene aiutino l'eloquenza delle passioni» (§ 5).

b) proporzionalità

La *necessaria proporzione* della pena al reato è dettata, in pari tempo,
— da esigenze di *difesa sociale* (utilitarismo).

V. il § 6, di cui qui si riproducono l'inizio e la fine, che si presenta come un vero e proprio trattato di morale utilitaristica:

«Non solamente è interesse comune che non si commettano delitti, ma che siano più rari a proporzione del male che arrecano alla società. Dunque più forti debbono essere gli ostacoli che rispingono gli uomini dai delitti a misura che sono contrari al ben pubblico, ed a misura delle spinte che gli portano ai delitti. Dunque vi deve essere una proporzione fra i delitti e le pene (...). Se il piacere e il dolore sono i motori degli esseri sensibili, se tra i motivi che spingono gli uomini anche alle più sublimi operazioni, furono destinati dall'invisibile legislatore il premio e la pena, dalla inesatta distribuzione di queste ne nascerà quella tanto meno osservata contraddizione, quanto più comune, che le pene puniscano i delitti che hanno fatto nascere. Se una pena uguale è destinata a due delitti che disugualmente offendono la società, gli uomini non troveranno un più forte ostacolo per commettere il maggior delitto, se con esso vi trovino unito un maggior vantaggio».

— da esigenze *umanitarie*: per evitare che in nome dell'utilità sociale vengano comminate pene eccessivamente severe (concezione minimale del diritto penale: v. sopra)

Da notare, qui, una 'falla' nel pensiero di Beccaria, che in questa valutazione proporzionalistica della misura della risposta repressiva tende a *svalutare* l'elemento *soggettivo* del reato: «l'unica e vera misura dei delitti è il *danno* fatto alla nazione, e però errarono coloro che credettero vera misura dei delitti l'*intenzione* di chi li commette» (§ 7)

Questa affermazione è stata criticata soprattutto dai criminalisti italiani 'post-beccariani' (Cremani, Renazzi, De Simoni, Carmignani etc.); essa non

va però enfatizzata: in altri punti dell'opera B. mette in luce il ruolo dell'elemento soggettivo del reato (ad es. in tema di tentativo, § 37).

Probabilmente la presa di posizione radicalmente 'oggettivistica' di B. vuole semplicemente rappresentare una reazione all'altrettanto radicale 'soggettivismo' tipico del diritto penale d'antico regime

v. ad es. la critica di P. Verri contenuta nell'*Orazione panegirica sulla giurisprudenza milanese*: «Vorrebbe la corrotta natura che la legge punisse gli atti esterni e non i soli pensieri, ma la Nuova Costituzione vuole che i Milanesi sieno buoni nel fondo del loro cuore, per ciò condanna provvidamente a morte chi ha semplicemente pensato d'uccidere, anzi di più chi è stato informato di questo pensiero».

c) prontezza e infallibilità

«Quanto la pena sarà più pronta e più vicina al delitto commesso, ella sarà tanto più giusta e tanto più utile» (§ 19).

Anche questi due principi rispondono

— ad una motivazione utilitaristica: tanto maggiore l'efficacia deterrente della pena quanto più pronta la sua applicazione

«Ho detto che la prontezza delle pene è più utile, perché quanto è minore la distanza del tempo che passa tra la pena ed il misfatto, tanto è più forte e più durevole nell'animo umano l'associazione di queste due idee, delitto e pena, talché insensibilmente si considerano uno come cagione e l'altra come effetto necessario immancabile. Egli è dimostrato che l'unione delle idee è il cemento che forma tutta la fabbrica dell'intelletto umano, senza di cui il piacere ed il dolore sarebbero sentimenti isolati e di nessun effetto. Quanto più gli uomini si allontanano dalle idee generali e dai principii universali, cioè quanto più sono volgari, tanto più agiscono per le immediate e più vicine associazioni, trascurando le più remote e complicate, che non servono che agli uomini fortemente appassionati per l'oggetto a cui tendono, poiché la luce dell'attenzione rischiarava un solo oggetto, lasciando gli altri oscuri. Servono parimente alle menti più elevate, perché hanno acquistata l'abitudine di scorrere rapidamente su molti oggetti in una volta, ed hanno la facilità di far contrastare molti sentimenti parziali gli uni cogli altri, talché il risultato, che è l'azione, è meno pericoloso ed incerto. Egli è dunque di somma importanza la vicinanza del delitto e della pena, se si vuole che nelle rozze menti volgari, alla seducente pittura di un tal delitto vantaggioso, immediatamente riscuotasi l'idea associata della pena. Il lungo ritardo non produce altro effetto che di sempre più disgiungere queste due idee, e quantunque faccia impressione il castigo d'un delitto, la fa meno come castigo che come spettacolo, e non la fa che dopo indebolito negli animi degli spettatori l'orrore di un tal delitto particolare, che servirebbe a rinforzare il sentimento della pena» (§ 19).

— ad una motivazione umanitaria: il processo penale è di per sé una pena

«Dico piú giusta, perché risparmia al reo gli inutili e fieri tormenti dell'incertezza, che crescono col vigore dell'immaginazione e col sentimento della propria debolezza; piú giusta, perché la privazione della libertà essendo una pena, essa non può precedere la sentenza se non quando la necessità lo chiede. La carcere è dunque la semplice custodia d'un cittadino finché sia giudicato reo, e questa custodia essendo essenzialmente penosa, deve durare il minor tempo possibile e dev'essere meno dura che si possa. Il minor tempo dev'esser misurato e dalla necessaria durata del processo e dall'anzianità di chi prima ha un diritto di esser giudicato. La strettezza della carcere non può essere che la necessaria, o per impedire la fuga, o per non occultare le prove dei delitti. Il processo medesimo dev'essere finito nel piú breve tempo possibile. Qual piú crudele contrasto che l'indolenza di un giudice e le angosce d'un reo? I comodi e i piaceri di un insensibile magistrato da una parte e dall'altra le lagrime, lo squallore d'un prigioniero? In generale il peso della pena e la conseguenza di un delitto dev'essere la piú efficace per gli altri e la meno dura che sia possibile per chi la soffre, perché non si può chiamare legittima società quella dove non sia principio infallibile che gli uomini si sian voluti assoggettare ai minori mali possibili» (§ 19).

Notare che qui utilità e giustizia (umanità) sono esigenze in equilibrio, ma concettualmente separate

d) uguaglianza

Altro caposaldo del pensiero beccariano, a fronte di un sistema penale ancora marcato da un forte *particolarismo soggettivo* (diversi diritti e giurisdizioni penali a seconda dello *status* del reo: es. nobiltà, clero)

«[Le pene] esser debbono le medesime pel primo e per l'ultimo cittadino. Ogni distinzione sia negli onori sia nelle ricchezze perché sia legittima suppone un'antecedente uguaglianza fondata sulle leggi, che considerano tutti i sudditi come egualmente dipendenti da esse. Si deve supporre che gli uomini che hanno rinunziato al naturale loro dispotismo abbiano detto: *chi sarà piú industrioso abbia maggiori onori, e la fama di lui risplenda ne' suoi successori; ma chi è piú felice o piú onorato spera di piú, ma non tema meno degli altri di violare quei patti coi quali è sopra gli altri sollevato* (...). A chi dicesse che la medesima pena data al nobile ed al plebeo non è realmente la stessa per la diversità dell'educazione, per l'infamia che spandesi su di un'illustre famiglia, risponderai che la sensibilità del reo non è la misura delle pene, ma il pubblico danno» (§ 21).

e) personalità

È nota la battaglia di Beccaria (ispirata da motivi di umanità) per la soppressione dell'istituto della *confisca*, per impedire l'estensione degli effetti della condanna agli incolpevoli familiari del reo

«Ma chi è bandito ed escluso per sempre dalla società di cui era membro, dev'egli esser privato dei suoi beni? Una tal questione è suscettibile di differenti aspetti (...). Se alcuni hanno sostenuto che le confische sieno state un freno alle vendette ed alle prepotenze private, non riflettono che, quantunque le pene producano un bene, non però sono sempre giuste, perché per esser tali debbono esser necessarie, ed **un'utile ingiustizia non può esser tollerata** da quel legislatore che vuol chiudere tutte le porte alla vigilante tirannia, che lusinga col bene momentaneo e colla felicità di alcuni illustri, sprezzando l'estermio futuro e le lacrime d'infiniti oscuri. Le confische mettono un prezzo sulle teste dei deboli, fanno soffrire all'innocente la pena del reo e pongono gl'innocenti medesimi nella disperata necessità di commettere i delitti. Qual piú tristo spettacolo che una famiglia strascinata all'infamia ed alla miseria dai delitti di un capo, alla quale la sommissione ordinata dalle leggi impedirebbe il prevenirla, quand'anche vi fossero i mezzi per farlo!» (§ 25)

(notare, nel passo in grassetto, lo scioglimento dell'equazione utilità=giustizia)

f) pubblicità

Questo principio vale

- ad escludere ogni forma di *remissione privata* della pena (all'epoca frequente per i delitti di minore gravità): siamo al compimento di un processo di pubblicizzazione del diritto penale che ha preso avvio, in realtà, alla metà del XIII secolo.
- ad affermare l'esigenza della celebrazione di un *processo pubblico*, sottoposto a controllo esterno «pubblici siano i giudizi e pubbliche le prove» (§ 14)
v. anche il § 15 contro le delazioni

g) laicità

Quello della separazione peccato/reato è tema caro a diversi esponenti del giusnaturalismo e dell'illuminismo giuridico (v. sopra), con la esclusione della punibilità di

— comportamenti non conformi alla morale sessuale: v. § 31 (adulterio)

— suicidio: v. § 32

— reati di coscienza (eresia, magia, bestemmia: lesa maestà divina): v. 'A chi legge'. V. anche l'atteggiamento prudente di B. al § 39

h) umanità

È questo un altro tema dominante dell'opera beccariana, a fronte di un diritto penale spesso ispirato all'idea dell'esemplarità dalla pena, ad un uso frequente della pena di morte (spesso accompagnata da orribili e spettacolari esacerbazioni)

L'idea che la pena debba essere «la meno tormentosa sul corpo del reo» è ispirata ancora una volta anche da una motivazione utilitaristica — poiché secondo Beccaria non è l'intensità delle pene a garantirne la deterrenza — ma anche in questo caso, nella mai sciolta dialettica fra utilità e umanità, è pur sempre quest'ultima a prevalere (cfr. §§ 12, 16)

L'esempio più evidente è rappresentato dalla

BATTAGLIA DELL'ILLUMINISTA MILANESE CONTRO LA PENA DI MORTE (§ 28)

Tre motivazioni:

1) ARGOMENTO CONTRATTUALISTICO — riunendosi in società di uomini rinunciano alla minima porzione necessaria di libertà, non è perciò pensabile che essi vogliano affidare allo Stato la possibilità di togliere loro il bene più prezioso, cioè la vita

« Qual può essere il diritto che si attribuiscono gli uomini di trucidare i loro simili? Non certamente quello da cui risulta la sovranità e le leggi. Esse non sono che una somma di minime

porzioni della privata libertà di ciascuno; esse rappresentano la volontà generale, che è l'aggregato delle particolari. Chi è mai colui che abbia voluto lasciare ad altri uomini l'arbitrio di ucciderlo? Come mai nel minimo sacrificio della libertà di ciascuno vi può essere quello del massimo tra tutti i beni, la vita?»

(argomento debole, solamente logico, il contratto sociale non è storicamente provato)

2) ARGOMENTO UTILITARISTICO — la pena di morte non è *né utile né necessaria*

I due casi in cui Beccaria la ammette **non si verificano praticamente mai**
a) nel tempo dell'anarchia, nello stato di guerra, ma in questo caso cessa la convivenza sociale e quindi il problema del diritto di punire

«La morte di un cittadino non può credersi necessaria che per due motivi. Il primo, quando anche privo di libertà egli abbia ancora tali relazioni e tal potenza che interessi la sicurezza della nazione; quando la sua esistenza possa produrre una rivoluzione pericolosa nella forma di governo stabilita. La morte di qualche cittadino divien dunque necessaria quando la nazione ricupera o perde la sua libertà, o nel tempo dell'anarchia, quando i disordini stessi tengon luogo di leggi»;

b) quando può credersi l'unico freno per distogliere gli altri dal commettere delitti

«ma durante il tranquillo regno delle leggi, in una forma di governo per la quale i voti della nazione siano riuniti, ben munita al di fuori e al di dentro dalla forza e dalla opinione, forse più efficace della forza medesima, dove il comando non è che presso il vero sovrano, dove le ricchezze comprano piaceri e non autorità, io non veggio necessità alcuna di distruggere un cittadino, se non quando la di lui morte fosse il vero ed unico freno per distogliere gli altri dal commettere delitti, secondo motivo per cui può credersi giusta e necessaria la pena di morte».

ma lo stesso Beccaria afferma che la pena di morte **non ha mai distolto dal crimine**: non è l'intensità della pena a prevenire i reati, ma l'estensione di essa

«Quando la speranza di tutt'i secoli, nei quali l'ultimo supplicio non ha mai distolti gli uomini determinati dall'offendere la società, quando l'esempio dei cittadini romani, e vent'anni di regno dell'imperatrice Elisabetta di Moscovia, nei quali diede ai padri dei popoli quest'illustre esempio, che equivale almeno a molte conquiste comprate col sangue dei figli della patria, non

persuadessero gli uomini, a cui il linguaggio della ragione è sempre sospetto ed efficace quello dell'autorità, basta consultare la natura dell'uomo per sentire la verità della mia asserzione. Non è l'intensione della pena che fa il maggior effetto sull'animo umano, ma l'estensione di essa; perché la nostra sensibilità è più facilmente e stabilmente mossa da minime ma replicate impressioni che da un forte ma passeggero movimento. L'impero dell'abitudine è universale sopra ogni essere che sente, e come l'uomo parla e cammina e procacciarsi i suoi bisogni col di lei aiuto, così l'idee morali non si stampano nella mente che per durevoli ed iterate percosse. Non è il terribile ma passeggero spettacolo della morte di uno scellerato, ma il lungo e stentato esempio di un uomo privo di libertà, che, divenuto bestia di servizio, ricompensa colle sue fatiche quella società che ha offesa, che è il freno più forte contro i delitti».

3) ARGOMENTO MORALE — la pena di morte è un **assassinio pubblico**, la vita umana è sacra. Questo è l'argomento più importante: infatti Beccaria si propone, con la sua battaglia per l'abolizione, di vincere «la causa dell'umanità»

«Se le passioni o la necessità della guerra hanno insegnato a spargere il sangue umano, le leggi moderatrici della condotta degli uomini non dovrebbero aumentare il fiero esempio, tanto più funesto quanto la morte legale è data con istudio e con formalità. Parmi un assurdo che le leggi, che sono l'espressione della pubblica volontà, che detestano e puniscono l'omicidio, ne commettono uno esse medesime, e, per allontanare i cittadini dall'assassinio, ordinino un pubblico assassinio».

Nel 1791-92, in occasione della discussione del progetto di codice penale fatto compilare per la Lombardia austriaca da Leopoldo II, B. avanzerà anche un ulteriore argomento 'processuale', basato sull'idea della irreparabilità dell'errore giudiziario.
