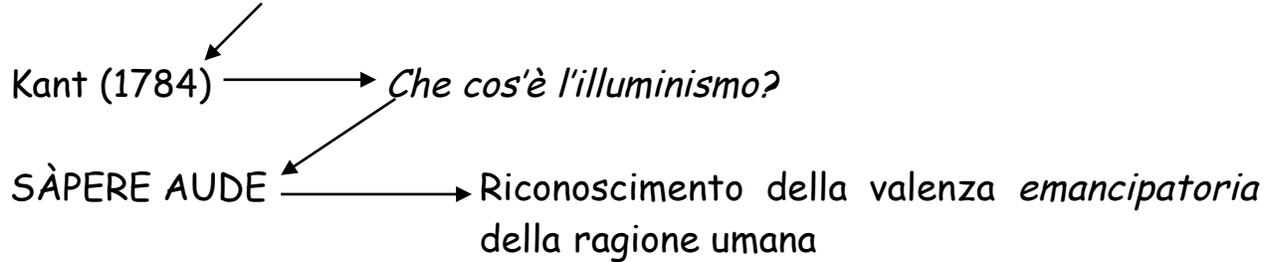


SEZIONE VI  
L'illuminismo giuridico (XVIII sec.)

I. L'illuminismo in generale

Movimento culturale sviluppatosi nella seconda metà del '700

Di difficile definizione



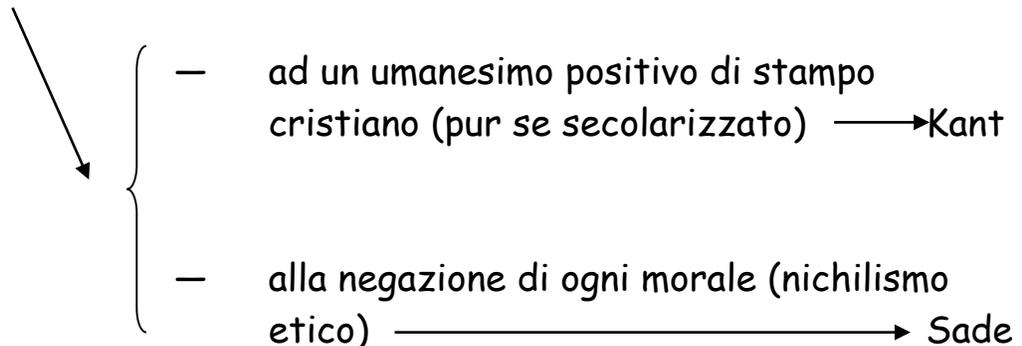
\*\*\*

Ma anche un lato oscuro (carattere *incipite* 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

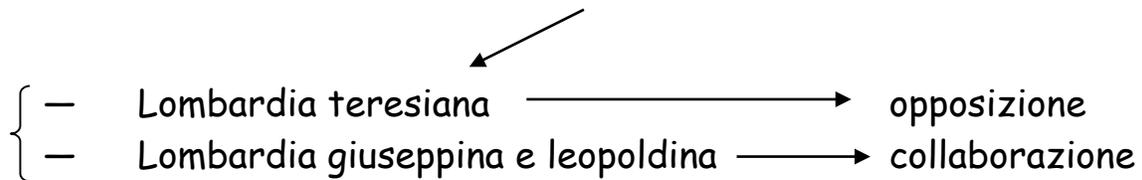
↘ carattere *utopico* di tali teorizzazioni

\*\*\*

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*)

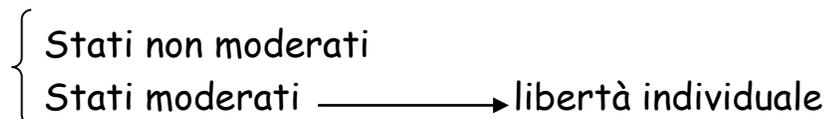
— sia le leggi *positive* → che hanno *diverso* contenuto a seconda di talune *variabili empirico-naturalistiche* (approccio *relativistico* al diritto)

↓  
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:

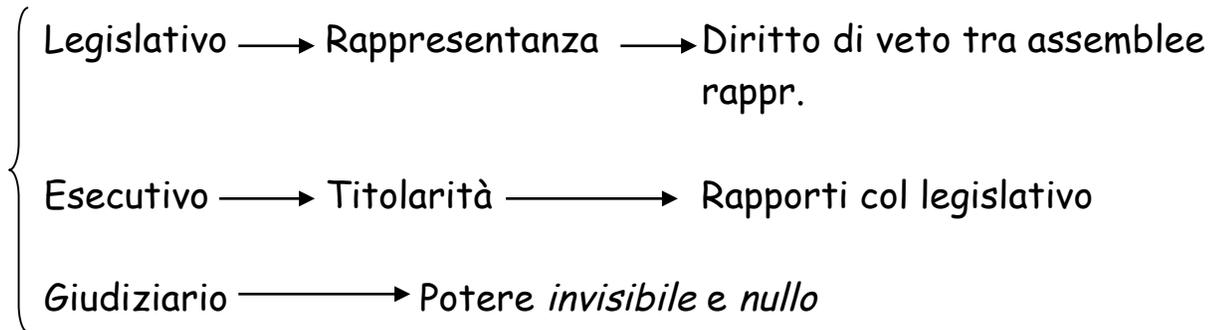


Raggiungibile attraverso

- 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 principi:

- 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,

- si annulla
- si identifica

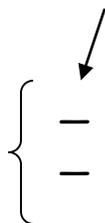
"ciascuno...mette in comune la sua persona... sotto la direzione della *volontà generale*"



'io comune', più della somma delle volontà individuali

L'espressione della volontà *generale* è la *legge*

- art. 6 Dich. 1789
- Art. 4 Cost. 1793



- Quanto all'origine
- Quanto alla desinazione

La legge è per R.

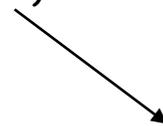
- *Garanzia di giustizia*
- *Garanzia di eguaglianza*
- *Garanzia di libertà*



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

— Esclusivi → ma *non completi*  
↙  
eventualmente da integrare con  
l'interpretazione *discrezionale*  
del giudice  
↖  
(eccezione alla teoria montesquieviana  
dell'interpretazione meccanica) → ma anche  
qui  
precauzioni  
antigiuris-  
prudenziali

— Non solo da applicare ma anche *oggetto di studio*  
↖  
{ — per ragioni di *certezza*  
— per ragioni *pedagogiche*

## Sezione VII

### Diritto e società nella Rivoluzione francese (1789-1799)

"Evento epocale a indefinita produttività nell'immaginario collettivo"  
(Cavanna)

Laboratorio politico e giuridico della modernità, di *difficile interpretazione*

Si possono però preliminarmente fissare *tre punti fermi*, in negativo:

*1) La Rivoluzione non è stata voluta né preparata dagli illuministi*

es. Montesquieu filomonarchico  
Rousseau contrario alla violenza

È vero però che gli uomini della Rivoluzione hanno utilizzato ai propri fini - talvolta distorcendolo - il pensiero illuministico e si sono appropriati delle figure più rappresentative di tale movimento culturale



(es.: 'panteonizzazione' di Voltaire e Rousseau: 1791-1794)

Vi sono però *due significativi punti di contatto* fra Lumi e Rivoluzione:

- a) culto della legge come strumento di *rigenerazione* umana
- b) concezione dell'uomo come essere *indefinitamente perfettibile* attraverso la legge

2) *La Rivoluzione non è stata provocata da forze esterne all'antico regime ma da fattori interni che volevano perpetuare i privilegi nobiliari*

es. tentativi di riforma da parte di Luigi XVI

scioglimento dei *Parlements* → (Maupeou, 1771)  
loro ripristino nel 1774

↙ sono questi che nel 1789  
costringono il re a convocare gli  
Stati Generali

3) *La Rivoluzione non è stata causata dalla borghesia né ha avuto natura di classe*

Critica dell'interpretazione marxista:

- Nel 1789 non c'è ancora una borghesia capitalistica con una precisa coscienza di classe
- Carattere eterogeneo della protoborghesia precapitalistica dell'epoca
- Assetto dei rapporti nobiltà/borghesia

Rovesciamento della formula: è la Rivoluzione che ha fatto la borghesia

\*\*\*

Carattere casuale (circostanziale) della Rivoluzione

Stati Generali (maggio-giugno 1789)

Terzo Stato: {  
— problema del raddoppio della rappresentanza  
— problema del voto 'per testa'

Numericamente consistente:

- 96% della popolazione
- quasi 100% dei ceti produttivi

- 17 giugno : il Terzo Stato (su proposta di Sieyès) si costituisce in *Assemblea Nazionale*
- 27 giugno: il re ordina agli altri due Stati di unirsi al Terzo
- 9 luglio: l' *Assemblea Nazionale* si proclama *Costituente*

## I. Aspetti giuridici della Rivoluzione (fino a Termidoro)

### A) In generale

Il principale carattere della Rivoluzione francese è senza dubbio quello *giuridico*

→ Saint-Just: "Le rivoluzioni sono più un accidente delle leggi che un accidente delle armi"

Già menzionato il *culto religioso* riservato alla legge dalla Rivoluzione

Ma due diverse concezioni della legge come strumento di rigenerazione:

- 1) l. come mezzo di reintegrazione dell'individuo nei propri diritti naturali  
(la legge deve *assecondare* la natura umana)  
cfr. art. 2 Dich. 1789:  
libertà, proprietà,  
sicurezza, resistenza  
all'oppressione (Locke)

Concezione tipica della prima fase — *liberale* — della Rivoluzione

- 2) l. come strumento di completa integrazione del cittadino all'interno dello Stato  
(la legge deve *modificare/condizionare* la natura umana per rendere *virtuoso* il cittadino dissolvendone l'individualità all'interno del corpo politico)  
cfr. art. 4 Cost. 1793:  
eguaglianza (Rousseau)

Concezione tipica della fase *radicale* della Rivoluzione (1793-1794)

Tale concezione comporterà *due conseguenze*:

- Completa sottomissione del *diritto* alle ragioni della *politica*
- Concezione della *rigenerazione* come *irregimentamento* politico degli individui

## B) Riforme giudiziarie

Le prime riforme significative della Rivoluzione sono marcate da un forte carattere *antigiurisprudenziale*

(Decreto sull'organizzazione giudiziaria 16-24 agosto 1790 - Legge istitutiva della Cassazione 27 novembre-1 dicembre 1790)

### 1) *Référé législatif*

↙ ricorso al corpo legislativo finalizzato ad impedire l'attività interpretativa del giudice

Tre ipotesi:

— equivocità della norma

— lacuna normativa

— due sentenze cassate

} r. *facoltativo*

r. *obbligatorio*

### 2) *Tribunale di Cassazione*

- antecedente d'antico regime nel Consiglio delle parti
- funzione di controllo di legittimità delle sentenze
- appartenenza all'ambito del potere legislativo (Robespierre)

### 3) *Giuria penale*

- giudici *popolari* (questione di fatto)
  - giudici *togati* (questione di diritto)
- affiancano i

Robespierre: —→ proposta (fallita per ragioni *tecniche*) di estendere la giuria popolare all'ambito del processo civile

### 4) Riforme minori

- Costruttive:*
- pubblicità dei giudizi
  - gratuità dei giudizi
  - obbligo di motivazione delle sentenze
  - istituzione del giudice di pace
  - elettività delle cariche giudiziarie (soppressa la venalità)

- Distruttive:*
- 1789: soppressi i *Parlements*
  - 1790: abolito l'Ordine degli Avvocati (fino al 1804)
  - 1793: abolito l'Ordine dei Procuratori

### C) Tentativi (pre-termidoriani) di codificazione civile

Da più parti viene chiesta la codificazione del diritto

- L. su organizzazione giudiziaria 1790: un codice di leggi semplice chiaro
- Costituzione 1791: un codice di leggi civili comuni a tutto il Regno
- Costituzione 1793: un codice di leggi civili e criminali comuni per tutta la Repubblica

L'obiettivo della codificazione verrà raggiunto solo nell'ambito del diritto e della procedura *penale* (v. appunti esercitazioni dott. Di Tomasso)

In ambito *civile*, si hanno, prima di Termidoro, due progetti di codice civile elaborati da

### ***J.-J. Régis de Cambacérès***

- A capo del Comitato di legislazione della Convenzione
- Figura emblematica della Rivoluzione e dell'età napoleonica
- Tecnico del diritto politicamente ambiguo
- Svolgerà un ruolo di primo piano nell'elaborazione del codice civile del 1804

#### 1) Agosto 1793: I progetto

- 719 articoli
  - struttura tripartita (persone/beni/contratti)
  - contenuti a metà fra *innovazione* (specie nel diritto di famiglia: v. oltre) e *tradizione* d'antico regime
    - consuetudinaria
    - romanistica
- ragioni dell'adozione dello schema gaiano (Cambacérès)
- ←

Sottoposto a revisione da parte di sei filosofi non giuristi (revisione mai attuata)

2) Settembre 1794: II progetto (elaborato con Merlin e Couthon)

- 297 articoli
- ancora schema tripartito
- distillato di principi giusnaturalistici

↓  
destinato ad essere  
*integrato* da una legislazione  
di dettaglio

- Respinto perché troppo breve ("un indice di codice civile")
- In realtà, ragioni politiche

### C) Contenuti della legislazione rivoluzionaria

I contenuti della legislazione rivoluzionaria (c.d. *droit intermédiaire*) in ambito privatistico rivelano una duplice tendenza:

- a realizzare alcuni ideali illuministici di stampo *liberale*
- ad incarnare alcuni aspetti *materialistici e riduttivi* del pensiero illuministico

#### 1) Diritto di proprietà

La legislazione rivoluzionaria prefigura alcuni caratteri della proprietà moderna

4 agosto 1789 — principio della *soppressione del regime feudale* (realizzato solo nel luglio 1793)

↓  
apre la strada alla concezione *unitaria* del diritto di proprietà accolta nel codice napoleonico (v. oltre)

- 26 agosto 1789 — articolo 17 Dichiarazione dei diritti dell'Uomo e del Cittadino definisce la proprietà un *diritto inviolabile e sacro*
- ↓
- sembrerebbe essere sancito qui il carattere naturale ed assoluto della proprietà (concezione lockiana)*
- ma
- aprile 1791 — dalla discussione alla Costituente sulla *libertà di testare* emerge l'idea della *creazione sociale* del diritto di proprietà, con la conseguente idea della possibile *limitazione o soppressione* dello stesso da parte dello Stato (*concezione rousseauiana*)

## 2) Diritto di famiglia

È l'ambito in cui emerge maggiormente il disegno *politico* del legislatore rivoluzionario

### a) Matrimonio e divorzio

La disciplina del rapporto matrimoniale è sintomatica delle due tendenze (v. sopra) della legislazione rivoluzionaria:

L'affermazione della *laicità* del vincolo matrimoniale (art. 7 Cost. 1791 definisce il matrimonio come "*contratto civile*") apre la strada all'introduzione del *divorzio*

Questa viene sancita con la legge 20-25 settembre 1792.

Sono previste *tre forme* di divorzio:

- per cause determinate dalla legge (7: es. demenza o follia; condanna a pena infamante; eccessi, sevizie, ingiurie gravi ecc.)
- per mutuo consenso
- per incompatibilità d'umore e di carattere

Alla base dell'introduzione del divorzio c'è l'affermazione del valore della *libertà* individuale:

- inammissibilità di un *vincolo 'civile' perpetuo* (ma contraddizione fra la definizione della famiglia — "società naturale" — e quella del suo atto fondativo — "contratto civile"—)
- inammissibilità della *separazione personale* (soppressa)

Successivamente, viene favorita una *liberalizzazione spinta* dell'istituto matrimoniale

- la legge dell'aprile 1794 (floreale anno II) consente di divorziare dimostrando la semplice separazione di fatto protratta per oltre sei mesi
- nell'agosto 1793 un deputato giacobino, Oudot, presenta un *Saggio sui matrimoni privati* in cui il matrimonio è addirittura definito "l'unione dell'uomo con la donna con l'intenzione di avere figli"
  - nessuna formalità
  - cessazione con la cessazione della volontà dei coniugi di mantenere in vita il legame (unione libera)

È evidente qui la volontà di andare oltre l'affermazione della libertà personale: quello che si cerca di fare è piuttosto *allentare la consistenza dei vincoli familiari*, rendere più incerti i confini della famiglia legittima (v. oltre)

#### b) Rapporti personali e patrimoniali fra coniugi

In quest'ambito *non si va oltre le affermazioni di principio circa la parità fra i sessi*

Per quanto riguarda la *potestà maritale* (potere di correzione riconosciuto al marito), il deputato Bar, presentando alla Convenzione l'esposizione dei motivi del primo progetto di codice civile di Cambacérès, la definisce un *istituto ridicolo*, ma non risultano provvedimenti concreti per la sua soppressione.

Quanto ai *rapporti patrimoniali* fra i coniugi, essi nella Francia di antico regime si atteggiavano in maniera differente a seconda delle zone:

- a Nord: comunione dei beni
- a Sud: regime dotale

In ogni caso, l'amministrazione spettava al marito

Il primo progetto Cambacérès (più ambiguo, sul punto, il secondo) prevede invece il principio dell'amministrazione congiunta, sulla base di una dichiarata parità naturale fra i coniugi

Quando però nell'agosto 1793 un gruppo di deputati capeggiati da Danton e Couthon chiede l'emanazione di una legge apposita in tal senso, la Convenzione respinge la proposta

Anche Oudot nel *Saggio sui matrimoni privati* (v. sopra) sostiene che l'affidamento della gestione patrimoniale al marito è il risultato dell'ascendente naturale che l'uomo ha sulla donna (!)

### c) Patria potestà

Nell'antico regime la patria potestà aveva durata variabile a seconda delle aree geografiche

- nei paesi di diritto consuetudinario (a Nord)
  - fino a 20 o 25 anni (a seconda delle consuetudini)
- nei paesi di diritto scritto (a Sud) —————> perpetua

Nel 1792 si comincia pensare alla sua soppressione —————> Poco dopo l'introduzione del divorzio, il deputato Cambon si scaglia contro tale potere, lamentando che in taluni casi esso può essere esercitato anche su un figlio sessantenne

Viene quindi votato il principio secondo cui la potestà paterna cessa al compimento del *21° anno* di età

Il rapporto fra genitori figli viene descritto in termini *conflittuali*

↙ Si può dire che la storia della Rivoluzione francese è la storia di un conflitto *fra generazioni* piuttosto che *fra ceti sociali*

↘ Tale *conflitto generazionale* viene sfruttato abilmente dal legislatore, che contrappone il figlio "patriota" al padre "nemico della Rivoluzione"

Tra l'altro, ai padri i figli vengono sottratti ben prima del compimento della maggiore età → (v. il Progetto di educazione nazionale di Michel Lepeletier)

#### d) Successioni

Dopo il compimento della maggiore età del figlio, al padre resta però pur sempre l'arma del *testamento*

↘ il legislatore rivoluzionario procede dunque alla ulteriore *demolizione* di questo istituto:

1791: Dibattito alla Costituente sulla libertà di testare (v. sopra):  
si cerca di limitare la facoltà di disporre dei beni per  
testamento sulla base della concezione della proprietà come  
mera creazione sociale

1791: Aboliti i privilegi successorii di *primogenitura* e di  
*mascolinità*

1792: abolito il fedecommesso

1793: abolito il testamento

possibile disporre solo donazioni  
*mortis causa* entro limiti  
ristrettissimi:

- 1/10 del patrimonio in presenza di discendenti in linea diretta
- 1/6 del patrimonio in presenza di discendenti in linea collaterale

Emerge anche in questo caso la *finalità politica* della riforma: impedire  
che l'aristocrazia incateni milioni di braccia e le sottragga alla causa della  
Rivoluzione

Philippeaux: "ci sono centomila  
cadetti che attendono l'abolizione  
del testamento per volare alle  
frontiere [a difendere la patria]"

In materia di successioni vanno poi ricordate le cosiddette *Lois de combat* (leggi di combattimento):

- 12 brumaio anno II (2 novembre 1793)

*Equipara la posizione successoria dei figli naturali a quella dei figli legittimi, con effetto retroattivo alle successioni aperte dopo il 14 luglio 1789 (già nell'agosto 1793 era stata presentata una proposta in tal senso dal giacobino Berlier)*

- 17 nevoso anno II (6 gennaio 1794)

*Estende retroattivamente il diritto successorio della Rivoluzione (compreso il divieto di testare) alle successioni aperte dopo il 14 luglio 1789*

Sono leggi che hanno una chiara e *ulteriore finalità politica* (oltre a quella di liberare i figli): *favorire il frazionamento dei patrimoni familiari*

#### e) Adozione

Allo stesso scopo vengono predisposti alcuni progetti di legge in materia di adozione

- 9 agosto 1793: Berlier presenta un progetto di legge che consente l'adozione

- a tutti i maggiorenni
- anche se non coniugati
- anche in presenza di figli
- entro limiti amplissimi (max. 12 figli)

- Stesso giorno: 1° progetto Cambacérès elimina anche il

## limite dei 12 figli

Viene meno la tradizionale funzione dell'istituto, che è quella di imitazione della natura (*adoptio naturam imitatur*)

L'intento è anche qui quello di frazionare il più possibile i patrimoni familiari

\*\*\*

Da quanto fin qui esposto, è evidente l'intento del legislatore rivoluzionario di utilizzare gli istituti del diritto di famiglia per pervenire a *finalità di natura spiccatamente politica*:

— Indebolimento complessivo dell'istituto familiare, attraverso

- l'allentamento del vincolo coniugale
- lo sfruttamento del conflitto generazionale
- l'allargamento dei confini della famiglia e il frazionamento del suo patrimonio

- tramite l'equiparazione dei figli naturali a quelli legittimi
- tramite l'istituto dall'adozione

— Conseguente *atomizzazione* del corpo sociale

↓  
*isolamento* dell'individuo  
↓  
che dia attuazione alla sua

- *perfettibilità* → intesa come *malleabilità*  
e che gli consenta di raggiungere la
- *libertà* → intesa come *docilità*  
(dissoluzione delle volontà individuali nella volontà generale)

In quest'ottica, si spiega la frase di Portalis nel 1804 che, commentando lo svolgimento del diritto privato rivoluzionario, afferma: "*tutto diventa diritto pubblico*"

#### D) Il terrore giudiziario

I nemici della Rivoluzione non sono messi fuori gioco solo con l'uso politico del diritto privato

Ben presto si incrina anche il quadro garantistico delineato nell'ambito del diritto penale dal codice del 1791:

dal 1792 → leggi speciali  
→ istituito il primo tribunale straordinario per i crimini controrivoluzionari (giudica senza appello)

nel 1793 → le leggi speciali diventano praticamente permanenti, pur non intaccando formalmente il sistema ordinario

10 marzo: istituito il tribunale rivoluzionario

10 giugno: legge sui sospetti

Fino al luglio 1794 (Termidoro) → Grande Terrore

{ circa 500.000 arrestati  
circa 40.000 giustiziati

Tutto ciò non resta senza conseguenze anche per i legislatori.

## II. Svolgimento e contenuti del diritto rivoluzionario dopo Termidoro

### A) Progetti post-termidoriani di codice civile

Anche dopo Termidoro vengono presentati alcuni progetti di codice civile, che tuttavia presentano caratteristiche e contenuti differenti rispetto a quelli precedenti

1) Giugno 1796: III progetto Cambacérès

{ — struttura più robusta 1104 artt.  
— ancora tre libri (persone/beni/contratti)  
— ritorno alle fonti della tradizione giuridica d'antico regime

→ consuetudinarie  
romanistiche

2) 1798: progetto Target

3) 1799: progetto Guillemot

4) 1799: progetto Jacqueminot

↘ il più interessante

{ — 10 titoli → (diritto di famiglia e successioni)  
— è già in anteprima il codice napoleonico  
— originale → non nei contenuti  
ma nello stile normativo

## B) I contro-obiettivi post-termidoriani

Nel periodo che va da Termidoro (luglio 1794) al colpo di Stato napoleonico di Brumaio (novembre 1799) lo sforzo dei giuristi sarà incentrato non solo nella demolizione delle strutture istituzionali del regime giacobino, ma in quello ben più gravoso di ricostruzione del tessuto sociale drammaticamente laceratosi nel biennio 1793-1794

Il punto di partenza è la *riedificazione* del nucleo minimale della società: la *famiglia*

A tale scopo vengono identificati alcuni *contro-obiettivi* che rappresentano un vero e proprio *rovesciamento dei valori* politici e giuridici perseguiti dal legislatore giacobino

### 1) *Ostilità verso il divorzio*

- considerato il principale fattore di disgregazione sociale (causa dell'abbandono dei figli)
- non si cerca di riaffermare l'indissolubilità del matrimonio, ma di rendere il ricorso al divorzio più difficile

### 2) *Ostilità verso i figli naturali*

- Bernardi: propone la reintroduzione del termine *Bastardi*
- Cambacérès: li definisce "il frutto della depravazione e della prostituzione"
- Sedillez: troppo maltrattati durante l'antico regime, troppo favoriti nel nuovo

### 3) *Rinnovato favore per il testamento*

- La famiglia viene di nuovo considerata come una struttura gerarchica con a capo il padre
- Il testamento è lo strumento che egli ha a disposizione per mantenere l'autorità sui figli
- Guillemot: "un padre senza autorità, senza considerazione nella propria casa, è uno spettacolo che offende i costumi, la ragione e la natura"

### 4) *Preminenza del marito all'interno alla famiglia*

specie per quanto riguarda l'amministrazione dei beni familiari

- Cambacérès: (dopo aver sostenuto la naturale parità fra uomo e donna: v. sopra) affidare la gestione dei beni alla moglie "avrebbe costituito un'infrazione alla legge naturale e avrebbe fatto supporre l'imbecillità del marito"

Tutti questi obiettivi sono naturalmente perseguiti nei progetti di codice civile elaborati dopo Termidoro (v. sopra)

### C) La cultura del giurista post-termidoriano

Alcuni fattori culturali caratterizzano il modo di pensare del giurista post-termidoriano:

#### 1) —————> Mutamento della concezione antropologica

Se nel 1789 il punto di riferimento era *Rousseau* (il mito del buon selvaggio e del ritorno alla natura), dopo il 1794 il modello torna ad essere *Hobbes*

↙  
es. emblematico: Guy Jean-Baptiste Target (legislatore la cui parabola personale e scientifica è stata studiata approfonditamente dal Solimano)

L'obiettivo non è più quello di rendere l'uomo virtuoso attraverso la legge, ma, più modestamente, di *impedirgli di nuocere*

#### 2) —————> Ruolo degli *Idéologues*

↙  
Soprattutto di Pierre J.-G. Cabanis

- approccio *sensistico* all'uomo (il modello è sempre Helvétius)
  - tuttavia, atteggiamento più '*scientifico*'
- ↙  
maggiore *determinismo*
- ↘  
ruolo della *fisiologia*
- fiducia nel valore dell'*abitudine* come fattore di trasformazione umana

3) —→ Influenza di J. Bentham

- padre del termine 'codificazione'
- massimo teorizzatore dell'utilitarismo
- es. uso del testamento

\*\*\*

Anche in questo periodo, dunque, si assiste ad un *atteggiamento riduttivo* nei confronti del problema della libertà umana, e per di più contrassegnato da un radicale *pessimismo antropologico*

## Sezione VIII

### La codificazione civile napoleonica (1804)

#### A) VICENDE FORMATIVE

12 agosto 1800: → nominata presso il Ministero della Giustizia la Commissione incaricata di redigere il progetto di codice civile

Ne fanno parte:

- |                             |   |   |
|-----------------------------|---|---|
| François Tronchet           | — | giurista formatosi sul <i>droit coutumier</i>                               |
|                             | — | futuro presidente della Corte di Cassazione                                 |
|                             | — | feroce avversario dei giacobini   |
|                             | — | difensore di Luigi XVI  |
|                             | — | nel 1791, difensore del testamento  |
| Félix Bigot de Préameneu    | — | giurista di formazione romanistica  |
| Jacques Maleville           | — | anch'egli romanista   |
| Jean-Marie Etienne Portalis | — | il membro forse più importante  |
|                             | — | romanista e fautore dei principi giusnaturalistici in seno alla Commissione |

Dicembre 1800: → progetto ultimato

- poi sottoposto al parere delle Corti d'Appello e della Cassazione

- discusso dalla sezione di legislazione del Consiglio di Stato
  - presidente: Napoleone (57 sedute su 102) —————> ruolo decisivo
  - vice-presidente: Cambacérès
- approvato titolo per titolo dal Tribunato e dal Corpo Legislativo (36 leggi speciali)

l'ultima: 30 ventoso anno XII (21 marzo 1804)

riunifica le leggi speciali e mette in vigore il code civil

## B) STRUTTURA

un titolo preliminare: — *Della pubblicazione, degli effetti e della applicazione delle leggi in generale*

{	tre libri	—	<i>Delle persone</i>	(persone)
		—	<i>Dei beni e delle differenti modificazioni della proprietà</i>	(beni)
		—	<i>Delle differenti maniere in cui si acquista la proprietà</i>	(contratti)

## C) CONTENUTI

Per quanto riguarda i contenuti del codice napoleonico, vorremmo sfatare qui tre luoghi comuni (tre *mitologie*) intorno a questo monumento normativo:

## 1) Mitologia del codice come frutto della volontà di un solo uomo

Il codice è stato sicuramente lo strumento per l'edificazione del potere personale dell'imperatore, ma non è uscito già pronto, come si è fatto credere a lungo, dalla testa dei giuristi ispirati dalla volontà sovrana

Esso in realtà il frutto di un'elaborazione risalente al periodo dei progetti post-termidoriani

Ecco perché il progetto definitivo

- riflette appieno l'ideologia diffusa fra i giuristi dopo il 1794
- è sostanzialmente pronto dopo soli quattro mesi  
i membri della Commissione come gli "operai dell'ultim'ora"

Il merito di Napoleone è stato quello di sfruttare ai propri fini il clima culturale dell'ultima parte della Rivoluzione

## 2) Mitologia del codice come strumento normativo completo

Equivocità del termine completezza

I. Intesa come *esclusività* → il CN è senz'altro esclusivo (unica fonte del diritto)

art. 7 tit. prel.: "A partire dal giorno in cui queste leggi entrano in vigore, le leggi romane, le ordinanze, le consuetudini generali o locali, gli statuti, i regolamenti, cessano di avere forza di legge generale o particolare nelle materie che sono oggetto delle leggi che formano il presente codice"

II. Intesa come *capacità di prevedere tutti i casi* che la realtà prospetta al giudice

due atteggiamenti diversi

derivanti da due diverse interpretazioni dell'art. 4 del tit. prel.: "Se il giudice rifiuta di giudicare sotto pretesto di silenzio, oscurità o difetto della legge, si potrà agire contro di lui come colpevole di negata giustizia" (*divieto del non liquet*)

norma che determina la soppressione del Référé (v. sopra)

- 2 ragioni di principio
- 1 ragione pratica

a) Portalis → il codice può essere considerato completo solo dal punto di vista *sistematico*; in nessun modo può esserlo dal punto di vista *normativo*

in caso di lacuna, il giudice deve

- applicare le norme in via analogica (*analogia legis*)
- rifarsi ai *principi generali* del diritto desunti dal codice (*analogia iuris*)
- infine, egli può ricorrere ai principi del *diritto naturale* (art. 11 libro preliminare)

Quando *in Consiglio di Stato* il libro preliminare viene ridotto ad un più scarso titolo preliminare, *l'articolo 11* con il riferimento al diritto naturale *viene soppresso*

passaggio da una concezione *dualistica* ad una concezione *monistica* del diritto

b) La Scuola dell'Esegesi interpreterà l'articolo 4 come disposizione che presuppone la *completezza anche normativa* del codice

Se l'*analogia legis* o l'*analogia iuris* non permettono di trovare una soluzione al caso controverso, ciò non significa che il codice presenta una lacuna, ma solo che il legislatore non ha ritenuto opportuno regolare quella fattispecie

\*\*\*

SCUOLA DELL'ESEGESI ———> è la prima che si forma intorno al codice

esponenti Demolombe, Merlin, Troplong, Laurent, Bugnet

caratteri — assoluta *fedeltà al testo*

↓  
Bugnet: "io non insegno diritto civile, io insegno il Codice Napoleone"

- *interpretazione delle norme*
  - secondo l'*ordine del codice*
  - secondo la *volontà del legislatore*

↓

Parallelo con la scuola dei Glossatori qui, anche maggiore fedeltà

↓

Ma favola di sfogo rappresentata dal concetto di *volontà presunta* del legislatore

opinioni al riguardo di { Demolombe  
Koschaker  
Saleilles

\*\*\*

### 3) Mitologia del codice come strumento di esaltazione della libertà individuale

Nel corso dell'800 il codice napoleonico sarà letto come lo statuto dell'individualismo liberale, lo scudo dei diritti individuali contro le pretese del potere statale.

È questa la prospettiva originaria del legislatore?

Analizziamo tre ambiti:

#### a) *proprietà*

È uno degli istituti-chiave del codice

In particolare l'art. 544, nel definire la proprietà, avrebbe fissato i requisiti della *unicità* e della *assolutezza* del diritto: "La proprietà è il diritto di godere e di disporre della cosa nella maniera più assoluta..."

- Sì unicità → Innovazione rispetto al § 357 cod. austriaco
- No assolutezza → *Portalis* nei lavori preparatori definisce la proprietà come "l'elemento costitutivo dello stesso essere umano... l'anima universale di tutta la legislazione" (concezione apparentemente *giusnaturalistica*)
- Ma poi si corregge e precisa che non è il diritto naturale a fondare la proprietà, bensì l'ordine sociale (concezione *rousseauiana*)

Conseguenze: lo Stato non solo attribuisce il diritto, ma può controllarlo e limitarlo

- art. 545: espropriazione per pubblica utilità (salva indennità preventiva)
- 2a parte art. 544: "... purché non se ne faccia un uso contrario alle leggi e ai regolamenti)

Napoleone: "le regole sulla proprietà sono fissate nell'interesse della società e nessun proprietario può infrangerle"

Il riferimento all'assolutezza nella norma in questione ha in origine un significato squisitamente politico

Rassicurazione degli acquirenti dei beni nazionali

*b) contratti*

La norma in questione è l'art. 1134

Essa fisserebbe il principio della *autonomia contrattuale*:

" le convenzioni legalmente formate hanno valore di legge per chi le ha posto in essere"

↙  
Elevazione della volontà individuale al rango della legge?

Questa è l'interpretazione *successiva* della norma:

- volontà come fonte esclusiva del contratto
- capacità delle parti di determinare liberamente il contenuto dei loro accordi
- legislatore semplice arbitro che fissa alcune 'regole del gioco'

↘  
requisiti essenziali del contratto (art. 1108)

In realtà, l'interpretazione *originaria* della norma era radicalmente diversa:

- necessità di *vincolare le parti* al rispetto degli accordi
- conseguente *crystallizzazione* di una volontà altrimenti ambulatoria e inaffidabile

La *fonte del contratto* non è la volontà delle parti, ma *la legge*

Il legislatore non ha affatto inteso lasciare alla libera determinazione delle parti il contenuto dei contratti → capillare disciplina delle *figure contrattuali tipiche*

Portalis: scopo della norma è "far rientrare il commercio nell'alveo dell'onestà... la norma è destinata a frapporre rigorose barriere all'idea secondo cui il contratto può tutto... senza le leggi le ingiustizie non avrebbero limiti e il più forte detterebbe legge al più debole"

Bigot: "rendere i contratti vincolanti dal momento della loro conclusione... è un mezzo per salvaguardare la buona fede"

↙  
(tracce evidenti dell'*antropologia pessimistica* post-termidoriana)

La vera *novità* in materia di contratti è rappresentata dall'art. 1138 che sancisce il *principio consensualistico* (principio dell'*efficacia reale* del contratto)

↘  
innovazione rispetto al codice austriaco che richiedeva

{ — *traditio* —————> per i beni mobili  
— *intavolazione* —————> per gli immobili

### *c) diritto di famiglia*

È forse in quest'ambito che si trovano più evidenti tracce di un atteggiamento originariamente *liberale* del legislatore napoleonico?

In effetti vi sono, in questo settore, alcuni *elementi di continuità* con la parte più autenticamente *liberale* della legislazione rivoluzionaria:

- { — concezione laica del matrimonio e mantenimento del divorzio
- principio dell'eguaglianza successoria dei figli legittimi
- divieto di diseredazione (quota necessaria a favore dei figli)

Tuttavia non mancano aspetti di un cambiamento di rotta del legislatore napoleonico, di segno *uguale e contrario* alle scelte operate nella fase più radicale della Rivoluzione:

### **Tratti di rottura con la legislazione rivoluzionaria**

1) Ripristino della *patria potestà* (tramite tra lo Stato e l'individuo)

→ + autorizzazione al matrimonio fino a 25 anni

2) Ripristino del *testamento*

concepito come strumento premiale o di punizione che consente il mantenimento di una quota disponibile assai maggiore rispetto a quella prevista dalla Rivoluzione per le donazioni *mortis causa*

— quota di riserva a favore dei figli:

—	1/2	un solo figlio
—	2/3	due figli
—	3/4	tre o più figli

3) Limitazione del *divorzio*  
due sole ipotesi:

—	cause legali	—	eccessi, sevizie, ingiurie gravi
		—	condanna a pena infamante
—	mutuo consenso	—	adulterio (trattamento più severo per la donna)

→ sottoposto a numerose condizioni e limiti

Ripristino della *separazione personale* (motivi politici)

#### 4) Riaffermazione della *superiorità maritale*

- ritorno del potere disciplinare sulla donna (*potestà maritale*).  
Portalis: l'obbedienza della moglie al marito " è un omaggio reso al potere che la protegge"
- *autorizzazione maritale* per gli atti di straordinaria amministrazione del patrimonio familiare: art. 1124 fissa la nullità dei contratti conclusi dalla moglie senza l'autorizzazione del marito

Il legislatore napoleonico, a differenza di quello rivoluzionario, punta dunque decisamente sul rafforzamento della famiglia, che viene ricostruita su basi gerarchiche a partire dalla figura del padre (sfruttamento *a contrario* del conflitto generazionale)

#### **Tratti di continuità**

Come nella fase più radicale della rivoluzione, anche qui il legislatore sembra concepire il diritto di famiglia:

come strumento normativo idoneo a raggiungere determinati *scopi politici*

(Maleville: "lo Stato deve appoggiarsi sull'autorità dei padri... [per] correggere i costumi e preparare l'obbedienza")

come fondato sul presupposto che gli individui siano mossi dalle passioni e dagli interessi (conc. *riduzionistica* della libertà umana)

In più, il riduzionismo antropologico viene qui finalizzato non a rendere virtuosi gli individui (*ottimismo* rivoluzionario) bensì, più semplicemente, ad impedir loro di nuocere (*pessimismo* post-rivoluzionario)

\*\*\*

In conclusione, il codice napoleonico non presenta *in origine* i tratti di una normativa liberale:

- Esso si presenta come lo strumento eminente dell'edificazione di uno *Stato personale* piuttosto che come lo strumento di esaltazione della libertà individuale
- Lo scopo ultimo è quello di favorire l'*accentramento del potere* nelle mani dell'autocrate, e di farlo sfruttando una concezione antropologica di stampo decisamente riduttivo

Giudizio del Cavanna: → Stato di diritto o diritto di Stato?

Significativa affermazione di Portalis:



"il codice civile è sotto la tutela delle leggi politiche...  
[quando] si tratta del diritto l'individuo è nulla, la  
società è tutto"

che conferma il fatto che il legislatore napoleonico si pone sulla stessa strada percorsa da quello rivoluzionario (strada già criticata dall'artefice del codice: tutto diventa diritto pubblico - v. sopra)

Ma come ha fatto dunque il codice napoleonico a diventare il manifesto dell'individualismo liberale?

*Eterogenesi dei fini* determinata da più ragioni:

Ragione culturale:

con la caduta del regime napoleonico, vengono meno le correnti di pensiero deterministiche che si apre la strada alla *riscoperta dell'interiorità umana*: l'uomo non è più visto come un essere passivo indefinitamente manipolabile dal legislatore

Ragione politica:

lungo il secolo XIX si creerà il *mito romantico* dell'imperatore come fondatore del moderno diritto civile e del regime napoleonico come un regime liberale e garantista *in partenza*

Ragione tecnica:

il codice napoleonico si rivelerà un testo estremamente *dinamico*. Le sue norme, redatte secondo un'esemplare concisione precettiva, si riveleranno dei contenitori cui gli interpreti, con il variare delle esigenze sociali, riusciranno a conferire significati sempre nuovi

es. proprietà

Problema del *ruolo del giurista* nella *creazione e non* nella mera *applicazione* del diritto

(che ci conduce alle considerazioni di *partenza del corso*)