

# Rechtsgeschichte Legal History

[www.rg.mpg.de](http://www.rg.mpg.de)

<http://rg.rg.mpg.de/Rg20>

Rg **20** 2012 439-442

**Roy Garré**

## Ottocento svizzero tra giurisdizione federale e cantonale

---

Dieser Beitrag steht unter einer  
Creative Commons cc-by-nc-nd 3.0



sondern zur besseren Standortbestimmung des von ihm untersuchten Partizipationsmodells. Die Selbstverwaltungsebenen Kommune und Kreis werden von ihm berücksichtigt, nicht allerdings verfahrensrechtliche Beteiligungsformen, die auch in Baden bei bestimmten Verwaltungsprojekten vorgeschrieben waren.<sup>5</sup> Dass dies kaum geschehen ist, mag auch daran liegen, dass der Autor zwar die moderne verwaltungswissenschaftliche Literatur aufmerksam wahrgenommen und auch deren methodische Anregungen verarbeitet hat, weniger jedoch Untersuchungen mit verwaltungsrechtshistorischem Bezug, wozu z. B. die Arbeiten von Cancik, Fisahn oder Wegener<sup>6</sup> zählen. Zwar be-

schäftigen sich diese Arbeiten vor allem mit Preußen, aber die dort gestellten Fragen auch im badischen Kontext zu stellen, wäre nicht ohne Reiz gewesen. Auch eine Auseinandersetzung mit den für dieses Thema durchaus einschlägigen historischen Konturierungen des Staat-Bürger-Verhältnisses bei Baer<sup>7</sup> wäre sicher lohnenswert gewesen. An dem Fazit, dass das Buch nicht nur eine Forschungslücke schließt, sondern auch eine innovative Art von Verwaltungsgeschichtsforschung darstellt, vermag dieser Befund freilich nichts zu ändern.



**Roy Garré**

## Ottocento svizzero tra giurisdizione federale e cantonale\*

Il 12 marzo 2000 popolo e cantoni della Confederazione svizzera hanno accolto a larghissima maggioranza una incisiva riforma della giustizia (art. 191a della Costituzione federale) che ha portato nel giro di pochi anni all'entrata in funzione di nuovi tribunali della Confederazione in ambito penale (2004), amministrativo (2007) ed infine anche nel campo dei brevetti (2012). Accanto al Tribunale federale, in quanto Corte suprema della Confederazione (v. adesso l'agile presentazione di A. WURZBURGER, *Le Tribunal fédéral*, Ginevra 2011), sono dunque sorti dei nuovi tribunali di prima istanza con giurisdizione federale che hanno arricchito il panorama giudiziario svizzero in termini certo inimmaginabili nel periodo studiato da

Goran Seferovic e da Mirko Lenarcic in queste due interessanti tesi di laurea, la prima dell'Università di Zurigo (relatore Andreas Kley, succeduto alla tristemente scomparsa Marie Theres Fögen), la seconda dell'Università di San Gallo (relatore Lukas Gschwend). A quell'epoca il *paradigma cantonale* era infatti di gran lunga predominante a livello giurisdizionale, per cui al Tribunale federale creato per la prima volta con la Costituzione del 1848 spettavano compiti decisamente contenuti, difficilmente paragonabili alla fascia di competenze che ricadono ora nella giurisdizione federale. Eppure è proprio in quell'epoca che vengono poste le basi per una ripartizione delle competenze fra Confederazione e cantoni, i cui criteri essenziali

- 5 Beispiel: die öffentliche Auslegung von Straßenfluchtplänen und die Anhörung der Betroffenen nach Art. 2 Ziffer 2 Gesetz, die Anlage der Ortsstraßen und die Feststellung der Baufluchten (...) betreffend, vom 20. Februar 1868 (Großherzoglich Badisches Regierungs-Blatt S. 286).
- 6 P. CANKIK, *Verwaltung und Öffentlichkeit in Preußen*, Tübingen 2007; A. FISAHN, *Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung*, Tübingen 2002;

- B. W. WEGENER, *Der geheime Staat. Arkantradition und Informationsfreiheitsrecht*, Göttingen 2006.
- 7 S. BAER, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht. Subjektkonstruktionen durch Leitbilder vom Staat, Tübingen 2006.

- \* GORAN SEFEROVIC, *Das Schweizerische Bundesgericht 1848–1874. Die Bundesgerichtsbarkeit im frühen Bundesstaat*, Zürich u. a.: Schulthess 2010, 366 S., ISBN 978-3-7255-5981-7
- MIRKO LENARCIC, *Das Strafrecht des Kantons Aargau von 1803 bis 1868 mit Schwerpunkt auf dem Kanton-Aargauischen Gesetzbuch über Kriminal-Verbrechen vom 19. Christmonat 1804*, Zürich u. a.: Dike 2011, 401 S., ISBN 978-3-03751-329-3

sono ancora validi oggi, seppur in termini *quantitativi* completamente rinnovati. La concezione di fondo è infatti molto simile ed è in stretta relazione con la filosofia del federalismo svizzero, così come si è sedimentato a partire dalla Costituzione del 1848, attraverso la riforma totale del 1874 ed infine con quella del 1999. Una concezione istituzionale che rifiuta qualsiasi centralismo anche solo lontanamente imparentato a quello della cosiddetta Repubblica elvetica «una ed indivisibile» del convulso periodo 1798–1803, ma che comunque ammette l'importanza della coesistenza di giurisdizioni cantonali e federali. Da subito la nuova Confederazione svizzera, sorta dalla guerra civile del Sonderbund (1847), riconosce la necessità di avere organismi federali non soltanto in ambito legislativo, esecutivo ed amministrativo, ma anche giudiziario. In questo senso è chiara la volontà di rompere con la secolare esperienza della *Dieta federale*, poco importa se quella della vecchia Confederazione prerivoluzionaria, quella del periodo della Mediazione napoleonica (1804–1814) o quella successiva. Piuttosto, se si vuole cercare una genealogia immediata, è forse nell'originale quanto sfortunato «Progetto Rossi», che questa va cercata. Tale progetto costituzionale prende il nome dal relatore che lo presentò alla dieta nel 1833, Pellegrino Rossi (1787–1848), il grande uomo politico e studioso di origine carrarina, che proprio in quegli anni era uno dei maggiori protagonisti della politica svizzera (v. L. LACCHÈ, *Per la patria comune*, Manduria/Bari/Roma 1997). Quale novità più importante il progetto in esame prevedeva la transizione da una Confederazione di Stati ad uno Stato federale, retto da organi costituzionali autonomi e non più da una dieta vincolata alle istruzioni dei governi cantonali. Esso prevedeva la separazione dei poteri, la creazione di un organo legislativo di 44 membri (due per cantone), di un Consiglio federale di cinque membri presieduto da un Landamano quale organo esecutivo e, per l'appunto, di un Tribunale federale di nove membri quale organo giudiziario. Il progetto fu certo destinato a naufragare, ma ciò non toglie che l'idea di una giurisdizione federale autonoma e solida venne comunque ripescata nella Costituzione del 1848 e che da lì via non venne più seriamente messa in discussione. In questo senso intravediamo da subito una volontà della Confederazione di prendere in mano direttamente determinate tematiche giurisdizionali, in primis in ambito penale, che coinvolgono direttamente gli interessi

del nuovo Stato federale appena sorto dalle ceneri della guerra civile del Sonderbund. È a questo tema che è dedicata la valida e ben documentata dissertazione di Goran Seferovic, dal titolo *Das Schweizerische Bundesgericht 1848–1874. Die Bundesgerichtsbarkeit im frühen Bundesstaat*. L'autore presenta questa nuova istituzione giudiziaria federale nelle sue più variegata sfaccettature. Dapprima illustrando le sue basi costituzionali e legislative (13–34), ma poi soprattutto entrando nel merito di una perspicua casistica (43–263) che denota subito quali fossero gli interessi in gioco. Così ad esempio, anche se la gran parte dei reati rimasero di competenza cantonale, emerse subito un nucleo di fattispecie, che costituiscono ancora oggi il nocciolo duro della giurisdizione penale federale (v. art. 23 cpv. 1 del Codice di diritto processuale penale svizzero del 5 ottobre 2007), che il nuovo Stato federale non volle lasciare alle autorità di perseguimento penale cantonali, ma che, comprensibilmente, decise di avocare a sé, sia sotto il profilo investigativo-accusatorio (226–227) che giudiziario in senso stretto (21–22). Giudicati direttamente da un'autorità giudiziaria federale erano in particolare i casi in cui un'autorità federale rimandava al giudizio penale i propri impiegati, i casi di alto tradimento contro la Confederazione, di rivolta o di violenza contro le autorità federali, i delitti contro il diritto delle genti, nonché i delitti politici che fossero cagione e conseguenza di turbolenze tali da rendere necessario l'intervento federale armato (v. art. 104 della Costituzione federale del 1848 nonché il Codice penale federale della Confederazione Svizzera del 4 febbraio 1853). Certo non è soltanto in ambito penale che si manifesta l'esigenza di una giurisdizione federale, ma è indubitabile la centralità dello *ius puniendi* in quanto forte espressione della statualità, per cui è comprensibile che i costituenti del 1848 non volessero fare compromessi di sorta in questo campo, anche se poi, alla prova dei fatti, furono solo 22 gli incarti penali iscritti nel ruolo della cancelleria delle Assise federali (composte da tre giudici federali togati e dodici giurati, 228) nel periodo in esame (21–22, 285–286), a cui vanno aggiunti un numero equivalente di ricorsi per cassazione, comprendenti però anche determinati ricorsi contro sentenze cantonali in materia di diritto penale amministrativo (22, 217–226). La parte del leone, fra i 1100 casi sottoposti al Tribunale federale (35–36), la fecero comunque i gravami contro le commissioni di stima, i quali rappre-

sentavano un buon 70% dei contenziosi (36, 109–125). L'analisi dell'autore non è tuttavia meramente quantitativa ma anche, e soprattutto, qualitativa. Sulla base di prezioso materiale d'archivio, egli si china su diversi casi esemplari in ambito civile (43–76), amministrativo (77–180), costituzionale (181–215) e penale (217–263). Casi trattati da un tribunale ancora privo di sede stabile (l'attuale sede di Losanna fu scelta soltanto dopo l'adozione della Costituzione federale del 1874 mediante decreto federale del 26 giugno di quello stesso anno, finalmente integrato nell'art. 14 cpv. 1 della legge sull'organizzazione giudiziaria federale del 22 marzo 1893), composto all'inizio da 11 giudici, di alta estrazione politica e non di rado anche membri dell'Assemblea federale, i quali venivano convocati soltanto quando necessario (a Berna per le riunioni plenarie ordinarie, altrimenti nel luogo ritenuto adatto dal Presidente, rispettivamente per i processi penali nel distretto di commissione del reato), richiamando in questo (ma solo in questo) i tribunali arbitrali della vecchia Confederazione incaricati di regolare i contenziosi fra i cantoni (v. MARCEL SENN, *Arbitrato*, in *Dizionario storico della Svizzera*, vol. 1, Locarno/Basilea 2001, pag. 440 e seg.; in una più ampia prospettiva v. K.-H. LINGENS, *Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und Jus Publicum Europaeum, 1648–1794*, Berlino 1988). Per il resto nella gran parte delle questioni giuridiche i cantoni restavano sovrani ed autonomi. È quanto bene osserviamo nella dissertazione di Mirko Lenarcic dedicata al primo Codice penale promulgato da un cantone svizzero dopo il fallimento della Repubblica elvetica e la conseguente abrogazione del Codice penale del 1799: il *Kanton-Aargauisches Gesetzbuch über Kriminal-Verbrechen vom 19. Christmonat 1804*. L'autore sottolinea giustamente l'importanza per il neonato Canton Argovia, artificialmente composto come era da quattro territori geograficamente e storicamente eterogenei (3–7; 45–51), di marcare subito presenza nell'ambito penale, prima ancora che per contrastare la criminalità in quanto tale, per combattere le tendenze politiche destabilizzanti ereditate dal precedente regime. In questo la scelta argoviese, se si eccettua la grande rapidità di azione, non si distingue molto da quella adottata nella gran parte dei cantoni, sia di vecchia che di nuova origine. Ma è soprattutto in questi ultimi che si faceva pressante all'inizio dell'Ottocento la necessità di codificare al più presto il diritto penale (ancora prima che quello civile) in quanto classica

manifestazione della sovranità statale. A differenza dei cantoni della vecchia Confederazione essi dovevano infatti partire letteralmente *da zero* nel costruire lo Stato, per cui era quasi inevitabile che fra i tanti cantieri aperti vi fosse subito quello del penale. Non sorprende così che un altro cantone di recente formazione come il Canton Ticino abbia osservato con attenzione quanto succedeva ad Argovia e che i codificatori ticinesi del 1816 abbiano preso in considerazione anche il Codice argoviese come fonte di ispirazione per il proprio lavoro, poco importa se in maniera risultata poi marginale. Si tratta purtroppo di un aspetto affrontato soltanto di transenna dall'autore, sia nei suoi risvolti giuspolitici che tecnici, come traspare dalla superficialità dell'accenno, a pagina 278, al Codice penale della Repubblica e Cantone del Ticino del 1816, dove viene ignorata completamente la letteratura, anche recentissima, esistente in merito (v. in particolare *Il codice sgradito. Atti del Convegno del 17 novembre 2006 sul Codice penale ticinese (1816)*, in *Archivio storico ticinese* 142/2007 nonché G. RONCORONI, *La legislazione penale ticinese dal 1816 al 1873 con particolare riguardo al Codice del 25 gennaio 1873*, tesi di laurea bernese, Pisa 1975). In questo senso all'autore è senz'altro riuscita una valida opera di ricostruzione dei lavori legislativi che hanno portato all'emanazione sia del Codice del 1804 che delle susseguenti riforme (compresa la *Peinliche Strafgesetz für den Kanton vom 11. Hornung 1857*, v. 292–299), anche in ambito organizzativo e processuale (299–309), fino al 1868, ed è rimarchevole la ricchezza di informazioni contenute nel lavoro. Per contro egli ha ommesso di inserire nel suo osservatorio importanti aspetti, sia di storia politica sovracantonale che di storia sociale argoviese, che avrebbero senz'altro permesso di consolidare il suo discorso. Accenni sono certo presenti, come si nota ad esempio dall'annesso con la stampa anastatica della statistica criminale dal 1807 al 1856 (377–401), ma purtroppo nel complesso l'analisi non decolla limitandosi ad aspetti descrittivi non certo equiparabili alla profondità e serietà con cui l'autore ha invece scavato nella «Entstehungsgeschichte» della legislazione penale argoviese (v. in part. 119–176). Pochi anche i riferimenti agli studi usciti su altre codificazioni cantonali, si pensi a E. PETRIG SCHULER (*Der Weg zum Strafrecht des Kantons Schwyz im 19. Jahrhundert*, tesi di laurea, Zurigo 2001) o a P. GILLIÉRON (*Le Code pénale vaudois de 1843 (partie générale) ou l'éclectisme comme expression de la pensée pénale libérale*, tesi di

laurea, Losanna 2005), che avrebbero forse permesso di inserire il discorso in un contesto intercantonale più ampio, di cui erano già del resto consapevoli importanti osservatori dell'epoca come JOHANNES SCHNELL (v. in particolare il suo studio, per altro citato dallo stesso M. Lenarcic, *Die neuen Strafgesetzentwürfe von Neuenburg, Bern, Solothurn, Aargau, Zug, Glarus, Zürich und St. Gallen*, in *Rivista di diritto svizzero* 5/1856, pag. 39–84). Questo non allo scopo di cercare altre genealogie, oltre a quelle, soprattutto austriache (più che la *Josephina* del 1787, in vigore nella Fricktal per un breve periodo anche dopo la separazione dall'Austria, v. 83–99, soprattutto la *Franciscana* del 1803, a proposito della quale l'autore ha però mancato di consultare l'importante raccolta di studi curata da S. VINCIGUERRA nel 2001) convincentemente evidenziate dall'autore (165–176), ma per meglio inserire la codificazione argoviana nella *rete di cantieri cantonali* che portò in ultima analisi alla lenta maturazione di un discorso scientifico nazionale, sfociato nella petizione presentata il 27 settembre 1887 dalla Società svizzera dei giuristi (SSG) a favore del superamento della frammentazione giuspenalistica cantonale (v. C. Strooss, *Die schweizerischen Strafgesetzbücher zur Vergleichung zusammengestellt und im Auftrage des Bundesrathes*

*herausgegeben*, Basilea/Ginevra 1890, pag. IX). Quella petizione, formulata a Bellinzona in occasione della prima riunione della SSG tenutasi a sud delle Alpi, non fu infatti un fulmine a ciel sereno, ma fu il prodotto di una decennale sedimentazione di un discorso giuridico *intercantonale* formatosi parallelamente al rigoglioso proliferare nei singoli cantoni di sempre nuove codificazioni. Lo stesso Canton Argovia era del resto all'avanguardia nella promozione di iniziative volte ad una maggiore concentrazione di competenze a livello federale, come dimostrato dall'esito delle varie votazioni popolari in merito (v. H. STAEHELIN, *Argovia*, in *Dizionario storico della Svizzera*, vol. 1, Locarno / Basilea 2002, pag. 490). Impossibile pensare che questa tradizionale apertura mentale della popolazione argoviana non trovasse riscontro in una parallela attenzione scientifico-giuridica a quanto accadeva negli altri cantoni. Nel complesso si trattava di avvenimenti che, se non portarono ad un rovesciamento del paradigma giurisdizionale cantonale, contribuirono comunque ad una sua lenta erosione, seppur con effetti che si manifesteranno in maniera tangibile soltanto nel corso del Novecento. ■

**Michael Stolleis**

## Selbstvergewisserung\*

Die Wissenschaftsgeschichte des öffentlichen Rechts, ein noch schwaches Pflänzchen im Garten der Rechtsgeschichte, kann erfreuliche Zuwächse verzeichnen, und zwar aus der Schweiz. Zum einen sind in Band 130 (2011) der Zeitschrift für Schweizerisches Recht zwei große, fast Buchformat erreichende Aufsätze erschienen, von Anne-Christine Favre, *Cent ans de droit administratif: de la gestion des biens de police à celle des risques environnementaux*, 227–330 sowie von Benjamin Schindler, *100 Jahre Verwaltungsrecht in der*

*Schweiz*, S. 331–437.<sup>1</sup> Zum anderen gibt es das hier zu würdigende Werk von Andreas Kley, der in Zürich Öffentliches Recht, Verfassungsgeschichte sowie Staats- und Rechtsphilosophie lehrt. Nimmt man diese drei Arbeiten zusammen und fügt noch die Verfassungsgeschichte der Schweiz des unvergessenen Alfred Kölz (1944–2003) hinzu, dann kann geradezu von einem Quantensprung gesprochen werden.

Kley legt seine Darstellung als großes Kompendium an, er erörtert alle denkbaren Themen des

\* ANDREAS KLEY, *Geschichte des öffentlichen Rechts der Schweiz*, Zürich, St. Gallen: Dike 2011, XVI, 550 S., ISBN 978-3-03751-352-1

1 Hierzu meine Besprechung in: *Die Öffentliche Verwaltung* Heft 23 (2011) 936 f.