

# Storia del diritto medievale e moderno

Due padri della repubblica docenti della facoltà fiorentina: Giorgio La Pira e Piero Calamandrei.

Altri nomi importanti: Francesco Calasso (*Medio evo del diritto*, 1954) partecipa in maniera diretta al miglioramento dell'università; Paolo Barile (*Orientamenti per la costituente*, 1945); Giovanni Miele (*Umanesimo giuridico*, 1945).

Tradizione giuridica fiorentina, 4 docenti della nostra facoltà cariche importanti.

Ugo de Siervo, Enzo Cheli, Paolo Grossi, Silvana Sciarra.

## Storicità del diritto

*L'elemento caratteristico del diritto è la STORICITÀ' → non è immobile e definito per sempre. Studiare la storicità del diritto significa anche studiare il percorso storico dei singoli istituti giuridici. E soprattutto, capire come si organizza una comunità politica fa capire come si struttura il sistema delle fonti.*

Il diritto non si adagia su solide invarianti (salvo il suo essere strumento di ordinata convivenza sociale).

-Differenza tra norma sociale e legge fisica

-Varianti e specificità storiche non riproducibili

-il diritto è sempre storicamente situato

Per comprenderlo (comprendere che fa parte di una serie di valori che si mutano e si adeguano con il passare del tempo) occorre superare la conoscenza istantanea (del momento) e il sottile punto vigente e abbracciare l'intera linea dell'esperienza giuridica.

Per capire come il diritto si è determinato e come si sta trasformando bisogna guardare al passato, essere in grado di comprendere l'evoluzione, difatti il giurista non si deve fossilizzare e limitarsi. Si differenzia infatti dalla legge fisica.

Diritto: astratto e non appartenente al mondo sensibile, non tangibile perché è un insieme di norme, regole e comportamenti. Il diritto si manifesta sotto la dimensione dell'autorità.

-Il diritto, come scrive Grossi in "Prima lezione di diritto" assomiglia a un tegolo che cade dal tetto sulla testa del passante: è potere e comando autoritario.

-Il diritto è insieme di valori condivisi da una comunità, piccola o grande che sia.

-Il diritto è volto regolativo e struttura portante di una realtà sociale.

## Dal Punto alla Linea (Paolo Grossi)

*Michael Stolleis, storico tedesco del diritto pubblico, dice che il mondo è contraddistinto dalla "multi normatività": come nella storia del diritto antica, anche l'uomo moderno agisce contemporaneamente in una pluralità di ordinamenti giuridici. E' cittadino di più stati e come tale è in grado di circolare, gode dello status di ospite e straniero. Anche l'uomo medievale era sottoposto contemporaneamente al diritto feudale, al diritto nazionale, al diritto municipale e al diritto della chiesa. Già l'uomo medievale viveva la sua multi normatività. E' necessario studiare la multi normatività medievale per capire il diritto positivo di oggi. Attraverso la storicità del diritto si conosce il mutamento della società.*

Il punto è il **diritto vigente/diritto positivo** (insieme di norme ordinanti del vivere sociali che consentono ad una comunità politica di interagire e non sprofondare nel conflitto che vige in un determinato momento e luogo, applicato da noi cittadini e gli organi). Non ci possiamo soffermare sul punto, perché se non penseremmo che l'unico diritto vigente sia il diritto statico, bisogna avere una prospettiva di lunga durata. Questa linea non è un continuum privo di fratture, al contrario: è una successione di diverse esperienze giuridiche, una civiltà giuridica con proprie specifiche individualità. *Il diritto positivo, inoltre, non offre certezze valide per sempre perché è solo la declinazione di un punto sulla linea.*

Esperienze Giuridiche

## 4 ESPERIENZE GIURIDICHE NEL MONDO OCCIDENTALE:

Il passaggio tra esperienze giuridiche diverse non avviene per date emblematiche, ma attraverso processi secolari di transizione

- Antica: V sec. a.C.\VI sec. d.C.Ulpiano: periodo classico del diritto romano
- Medievale: V sec. d.C.\XIV sec. d.C.Bartolo di Sassoferrato: 13 secolo
- Moderna: XV sec. d.C.\XX sec. d.C
- Postmoderna: il presente Federico Carlo di Savigny; Piero Calamandrei

Due principali angoli di osservazioni per ripercorrere le esperienze:

-**organizzazione e compiti del sistema politico** (es. sovrano che tiene una spada e un pastorale → unione di 2 grandi poteri che tengono in pace una comunità politica e garantisce la pace)

-**fonti del diritto** (es. piramide)

Attraverso queste due prospettive è possibile studiare e confrontare le esperienze giuridiche passate  
Fonte(nascita) del diritto → l'atto(norma emanata dal parlamento in materia di diritto amministrativo, penale, civile ecc) o il fatto (costantemente ripetuto che va a riprodurre una regola osservata comunità) dalla che l'ordinamento giuridico abilita a produrre norme giuridiche

Art. 1 delle disposizioni sulla legge in generale del Codice Civile (delle preleggi)

**Art. 1 Preleggi al codice civile** (il codice civile regola i rapporti intersoggettivi, punto di riferimento per i rapporti di famiglia, contratti...).

Disposizioni sulla legge in generale, approvate preliminarmente al codice civile con regio decreto 16 marzo 1942. I giuristi definiscono queste disposizioni come "preleggi". Sono una serie di grandi principi fissate come pilastri dell'ordinamento e premessi al codice di maggior impiego, il codice civile.

Art.1 delle preleggi **Indicazioni delle fonti (titolo)**: stabilisce le fonti del diritto, cioè:

- 1)le leggi
- 2)i regolamenti (atti normativi emanati dalla pubblica amministrazione)
- 3)*le norme corporative* (in corsivo perché le norme che nascevano in un particolare ordinamento è stato abrogato nel 1944, quindi la norma del '42 è una norma che sembra destinata a durare in eterno ma offre una presentazione storicamente parziale, dopo la caduta del fascismo, '43. )
- 4)gli usi (fatti normativi che per il suo continuo verificarsi e ripetersi diventano regole di accadimento dei fenomeni). Gli usi e le consuetudini sono comportamenti che le persone hanno ripetutamente, proprio perché si sono verificati spesso che si denominano "regole"

primi due: atti normativi

Gli atti sono i documenti, mentre i fatti sono i comportamenti. Infatti le leggi e i regolamenti vengono emanati.

Nella realtà medievale non può esistere un elenco di fonti del diritto: non esiste lo Stato, dunque non esiste la legge e di conseguenza non possono esistere delle fonti del diritto.

I numeri sono significativi, costituiscono una "piramide", è una classificazione che sta a significare una diversa durezza. La legge è la fonte per eccellenza.

L'art. 1 delle preleggi rappresenta un tipico esempio di un "punto del vigente"(perché è un esempio di un ordinamento in un certo momento della sua storia, quello di uno stato totalitario nel pieno della seconda guerra mondiale), è una fotografia dell'ordinamento al 1942.

Nel 1942 manca:

- La **costituzione** della repubblica italiana, entrata in vigore il 1 gennaio 1948(vertice della piramide delle fonti).
- L'ordine giuridico europeo**: marzo 1957, trattato di roma, che istituisce la comunità economica europea (UE). Nel tempo si allarga sia territorialmente sia sotto il punto di vista degli obiettivi (Inizialmente: 6 "fondatori").
- L'ordinamento regionale** (erano presenti 5 regioni a statuto speciale, le quali erano già presenti nel 1942), che

dà ad ogni regione il proprio ordinamento, rendendole a statuto ordinario, definito nel 1970. Prima di questa data le regioni non avevano alcun potere ed erano prive del consiglio.

-Il **Dpcm** (decreto del presidente del consiglio dei ministri): è una fonte del diritto in via intermedia tra le leggi formali e le leggi regionali, un provvedimento emergenziale (lockdown): 9 marzo 2020. Ha un valore sottoposto a quello della legge ma incide sui diritti fondamentali (libertà, movimento..)

Quindi anche le fonti del diritto sono **storicamente** situate, vanno calibrate (stato totalitario, costituzionale, emergenziale..). Anche per le fonti del diritto dal punto dobbiamo risalire alla linea.

#### *Esperienza giuridica medievale-Cronologia e caratteri fondamentali*

V SEC D.C./XIV SEC. → La scoperta dell'america segna la fine del medioevo (scoperta del nuovo mondo): processo di trasformazione verso un'apertura già a partire dal '400.

Si articola (a causa della sua lunga durata) in:

- **ALTO MEDIOEVO**: V sec.d.c./X sec. (il periodo più remoto, 'dark ages' periodo di grande difficoltà, caduta dell'impero medievale. )
- **BASSO MEDIOEVO**: XI sec.d.c./XIV sec. (rinascita dei centri urbani, le città diventano comuni, e quindi soggetti politici)

Dal punto di vista del sistema politico:

-*Assenza dello stato*: un soggetto che governa il territorio → non esiste una sovranità che detiene il monopolio del diritto e che, con la sua sovranità, lo impone in un determinato territorio e società → non può esistere la gerarchia delle fonti come nella modernità

-*Frammentazione politico istituzionale* (molteplicità di centri politici, piccoli e circoscritti). Nel vuoto politico-istituzionale determinato dal crollo dell'Impero romano, il potere si frammenta in una miriade di piccole entità tra di loro non coordinate (borghi, castelli, monasteri, feudi....)

Entrambi determinano una sostanziale autonomia del diritto---> Un diritto indipendente dal potere politico; preesistente al potere politico; plurale

Dal punto di vista del **sistema delle fonti**

- *Preesistenza* del diritto rispetto al potere (il diritto si presenta come qualcosa che è indipendente e precedente dal potere politico, infatti manca lo stato)

- *Pluralismo Giuridico* (a causa della mancata organizzazione, è disorganizzato; (possibilità di convivenza di diversi ordinamenti giuridici prodotti da diversi gruppi sociali).

Nel Medioevo infatti:

- non esiste lo Stato nell'accezione moderna; → non può esistere un elenco di fonti del diritto; non esiste lo Stato, dunque non esiste la legge e di conseguenza non possono esistere delle fonti del diritto.

- non esistono codici;

- non esiste una costituzione scritta;

- non c'è un sistema codificato di fonti del diritto

Durante l'alto medioevo (NB. parte più antica) → la fonte del diritto prevalente, date tutte queste caratteristiche è la **consuetudine!** → non un atto, ma un fatto naturale che si svolge nel tempo (il diritto nasce dunque dalla fattualità e dai comportamenti ripetuti senza l'intervento di una sovranità dominante); ripetizione di un comportamento nella consapevolezza del suo valore ordinante. E' un fatto normativo che per una forza propria viene osservato come qualcosa di vincolante. Paragonato all'immagine del sentiero come infinità di passi ripetuti nel tempo. La consuetudine presenta due caratteri:

1. Nasce dal basso, dalla terra da cui non si separa

2. nasce dal particolare, anche se in seguito può estendersi; nasce in una comunità e la esprime e quando si proietta su una terra tende ad immedesimarsi. Ogni terra ha la sua consuetudine.

Quindi mancano le leggi (norme valide e astratte) e i regolamenti (norme applicative delle leggi).

Norberto Bobbio, *La Consuetudine come fatto normativo* (1942, stesso anno della promulgazione del codice civile):

*Il filosofo riflette sulla natura della consuetudine come binomio tra fatto e norma. La consuetudine giuridica è un fatto costitutivo di norme generali. Dunque, la consuetudine che costituisce la norma è detta fatto normativo, la legge che costituisce la norma è detta atto. La produzione della regola avviene infatti in due modi: uno incosciente e involontario che coincide con la tradizione o consuetudine e che, costantemente ripetuto, crea un ordine giuridico (fatto) e uno invece cosciente e volontario che porta alla formazione di una volontà dominante (norma). Sono questi processi diversi e inconfondibili.*

*"Due sono i modi tipici di formazione di un'autorità sociale; un modo incosciente e involontario e un modo cosciente e volontario. Il primo coincide col formarsi di una tradizione, il secondo col formarsi di una volontà dominante".*

*"La tradizione si svolge nel tempo, la sua forza è origine memorabile, la volontà dominante è un atto puntuale. La forza della volontà dominante la sua potestà di comando".*

La consuetudine come fatto normativo e come regola nasce in una società arretrata, caratterizzata da un'economia primitiva e agraria, dove non ci sono commerci e non c'è moneta. La consuetudine in questo contesto è fondamentale come valore ordinante del vivere sociale.

Non ha una cronologia, una data di inizio, si esprime con il tempo

Nella sostanziale indifferenza del potere, il diritto riacquista il suo naturale carattere di specchio delle esigenze circolanti nella società. Comincia a serpeggiare la percezione fondamentale che il diritto è un insieme di valori sottoposti ai superficiali rapporti sociali ed economici, un ordine riposto che funge da salvataggio della comunità.

1. Questo diritto ha un carattere assai più ordinativo che potestativo. La contrapposizione fra i due aggettivi non è figurativo. **ordinativo** → che segnala una genesi dal basso e si connota per una rispettosa considerazione della realtà oggettiva, senza la quale non sarebbe effettivo ordinamento ma violenza e artificio; **potestativo** → sottolinea l'espressione di una volontà superiore, che piove dall'alto e può anche essere violenza sulla realtà oggettiva, arbitrio e artificio. Il diritto è l'espressione della pluralità di forze presenti in un certo assetto sociale.

2. Il secondo punto fondamentale e strettamente conseguente al primo → pur immerso nella storia il diritto acquisisce una sua autonomia. Si tratta dell'ordinamento della società, la quale, in autonomia rispetto ai detentori del potere, è alla ricerca di innovazioni giuridiche che le garantiscono la salvezza.

Il principe medievale si occupa di ciò che gli serve al mantenimento del saldo potere, ma non è il grande burattinaio che pretende di tenere e manovrare tutti i fili dei rapporti sociali e economici.

## ESPERIENZA MEDIEVALE

Assenza del legislatore, di un pensiero giuridico, di una vera scienza giuridica. L'esperienza giuridica medievale si apre con un grande **vuoto normativo** generato dal crollo dell'edificio politico romano.

*"la storia spezzata"*: la consapevolezza classica a causa di crolli arresta il percorso di modernizzazione. Le invasioni barbariche spazzano via la civiltà antica (i primi secoli del nascente Medioevo sono contrassegnati da quel fatto incisivo costituito dall'inserimento nella civiltà mediterranea di stirpi nordiche. Ostrogoti, Visigoti, Vandali, Svevi, Longobardi vi si inseriscono stabilmente creando stabili strutture politico-sociali; e ovviamente, vi portano un proprio costume politico, che è tanto tipico quanto profondamente diverso.)

Un nuovo modo di concepire il diritto → nell'alto medioevo, in una situazione di profondo primitivismo giuridico, l'autonomia del diritto assume i tratti tipici di una estesa fattualità del diritto.

Il crollo dell'apparato pubblico romano lascia principalmente due vuoti:

-uno **colmato** dal potere politico (incompiuto)

-l'altro **culturale** (non servono eleganze, nel periodo che prende avvio dalla fine del VI secolo in poi ma strumenti che corrispondono alle esigenze della vita quotidiana. Non c'è più spazio per le invenzioni di uomini di scienza:

bastano invenzioni pratiche ispirate a un realistico buonsenso).

E' in questo momento che il diritto si distingue per la sua **fattualità** (termine inconsueto, derivazione da fatto). E' riscopre i fatti, vi si adagia e si lascia modellare da essi. I fatti sono intesi come elementi e accadimenti materiali, fenomeni naturali (fisici, geologici, climatici) ed economico sociali.

A una civiltà antropocentrica ottimistica fondata sulla fiducia nella capacità dell'uomo di sottomettere le cose, si va sostituendo un atteggiamento pessimistico, sfiduciato in quelle capacità e tutto incentrato sul primato del reale. All'antropocentrismo della civiltà classica si va sostituendo un reciso **reicentrismo** (=centralità della "res", della cosa, del complesso di cose che è il cosmo). Si avverte l'insufficienza del soggetto singolo, in una realtà sociale confusa e convulsa l'individuo non ha esistenza facile. L'incompiutezza del potere genera due conseguenze strettamente connesse:

1. il **proliferare di società intermedie**, cioè di assetti comunitari che si pongono quali forme di supplenza in un luogo di un'assenza generale forza superiore e pertanto capace di mantenere la quiete sociale.
2. il proporsi di queste società intermedie come **nicchie** che consentono al soggetto singolo di sopravvivere e di godere di un minimo di presenza sociale. Il singolo, se sopravvive, sopravvive *utis socius* e non *utis singulus*, ossia come membro di una comunità e non come individuo solitario: si va da nuclei pluri-familiari ad aggregati gentilizi. A questa convinzione perenne della imperfezione del singolo contribuiva la Chiesa Romana, dominata dall'idea di fondo di una comunità salvante, una salvezza eterna difficilmente raggiungibile dal fedele isolato. Al transito fra Medioevo e modernità si sostituirà la provvidenzialità di un colloquio diretto del singolo con la divinità.

Il medioevo trova la sua ispirazione di fondo in un sentito **naturalismo** tanto spinto da trasfigurarsi in *primitivismo*. L'uomo subisce la forza primordiale della natura limitandosi a registrare le regole che crede di leggere in essa scritte. I fatti hanno in sé una carica giuridica che attende di manifestarsi. Tra essi tre appaiono determinanti per il disegno del nuovo ordine giuridico: la terra, il sangue, il tempo.

La **terra**: è materna perchè cosa produttiva; significa per l'uomo medievale la fucina per ovviare alla fame grazie alla coltivazione e alla produzione, ma quest'ultime non si affidano al singolo ma al gruppo, perchè solo il gruppo può avere successo nel tentativo di imporsi a una realtà misteriosa.

Il **sangue**: opera un legame fra soggetti e dispensa un patrimonio di virtù non comunicabili all'esterno, prezioso segno di identità, unisce coloro che sono partecipi dello stesso ceppo (anche sotto il profilo giuridico). Il diritto si pone come pertinenza di una stirpe → principio di "*personalità del diritto*", ne sono un es. le professioni di legge, ovvero le affermazioni solenni fatte davanti ad un giudice.

Il **tempo**: crea, estingue, modifica. Inteso come durata, in quanto tale può esprimersi solo nella continuità delle generazioni; tempo che trova nella collettività la sua nicchia conveniente. Terra, sangue e durata sottolineano l'imperfezione dell'individuo rispetto alla perfezione della comunità. Per comprendere meglio il significato di fattualità bisogna insistere sul fatto che sono fatti immediatamente produttivi di diritto.

#### FATTUALITÀ' DEL DIRITTO

Le relazioni internazionali sono tutt'ora scandite da consuetudini, la definizione di Bobbio è generale e non circoscritta nel medioevo.

Questa esperienza medievale si precisa per la sua individualità, è diritto intermedio poiché si pone tra l'esperienza giuridica classica e quella moderna.

*Nell'Alto Medioevo*, scompaiono (salvo limitate eccezioni):

- Le fonti scritte
- Le fonti dottrinali

Tacciano legislatore e sapientes; Eclisse della cultura giuridica

Solo il notaio e il giudice, operatori giuridici pratici (risolvono problemi specifici):

- danno voce, nei loro atti, ai fatti normativi
- interpretano e applicano la norma consuetudinaria

*Un voto caratterizzato da mancanza di scuole di diritto, da un'assenza della riflessione dottrinale e teorica del diritto. Non circola il diritto romano, non ci sono sapientes del diritto e i giudici applicano la consuetudine; il*

*notaio dà voce alla attualità, stipula contratti agrari, senza applicare un testo normativo. Il rapporto tra primitivismo giuridico e diritto romano si esplica con il CORPUS IURIS CIVILIS.*

Il **principe** si esalta come giudice. La virtù max che gli si chiede è di essere equo (“aequus”); il loro potere sarà per tutto il medioevo “iurisdictio”= potestà giudiziale, “dire il diritto”, manifestare ai suoi sudditi. “Leges” ed “edicta” prendono forma da un ampio universo di “mores”. Il monarca si limita a manifestare con la sua lex scripta quanto è contenuto nella lex non scripta osservata dalla comunità.

Le soluzioni giuridiche della vita quotidiana di una società agraria→ la civiltà romana è sempre stata fondata sulla proprietà privata individuale. Ci possono essere altri contatti con la cosa di un soggetto che non è proprietario, ma essi non avranno rilievo giuridico né offuscheranno i poteri del proprietario. Nasce l’opposizione tra “dominium” e “detentatio”, fra proprietà e detenzione. Nella cultura reicentrica del medioevo, certi fatti economici (uso, godimento, esercizio) pretendono una loro incidenza a livello di diritto. Se il diritto romano è soprattutto diritto civile, imperniato su un soggetto, che è il civis = cittadino. Il diritto protomedievale è prevalentemente agrario. In conclusione, l’ordine giuridico valorizza le situazioni di effettività sulla terra, soprattutto se connesse all’esercizio della impresa agraria; appare inutilizzabile l’opposizione concettuale romana fra proprietà e detenzione.

LA FATTUALITÀ’ DEL DIRITTO ASSORBE ANCHE LE POCHE MANIFESTAZIONI LEGISLATIVE→ in particolare l’editto di rotari.

*Regno Longobardo:*

**Editto di Rotari** (643 d.C.) – prima raccolta scritta delle leggi dei Longobardi; in un latino poco corretto. Da popolo nomade si convertono al cristianesimo e si stabiliscono in Lombardia. Per il suo contenuto, sebbene possa essere considerato un atto, si identifica come consuetudine. E’ molto difficile classificarlo, non è una legge o la scelta di un re di stabilire regole fondate, è una sorta di inventario delle tradizioni germaniche. Si apre con una brevissima storia sul popolo longobardo, ha una funzione descrittiva e di sedimentazione della storia di questo popolo. Non è frutto di potestà dominante ma è un diritto che nasce dalla trascrizione di una traduzione.

→ primitivismo istituzionale;

→ consolidazione di consuetudini germaniche

→ dall’oralità si passa alla scrittura: la consuetudine si cristallizza in un testo scritto

**IMPERO CAROLINGIO** (768-814 d.c.):

*Capitolari franchi* (atti orali redatti per iscritto solo successivamente che definiscono le relazioni tra ordine carolingio ed ordine ecclesiastico; la discesa dei franchi determina la sconfitta dei longobardi.)

- Scarsa incidenza sul diritto sostanziale (salvo penale, fiscale...)
- Atti orali (solo successivamente redatti per iscritto) che definiscono le relazioni tra autorità pontificia e impero, tra i diversi potentes presenti sul territorio
- L’esperienza si connota per un esteso naturalismo giuridico: forma elementare di regole che nascono dai fatti, e che sui fatti si modellano
- Lo stesso diritto romano perde il suo rigoroso formalismo (sopravvive come consuetudine delle genti di origine latina, ormai conviventi nella penisola con stirpi germaniche)

*I capitolari non hanno l’obiettivo di sostituirsi alla consuetudine. Vediamo a Occidente un legislatore appartato dal diritto, mentre a Oriente il legislatore si interessa di redigere un codice, anche se ci sono zone in cui la consuetudine spadroneggia rispetto alla voce dell’imperatore. La Appartatezza sta a significare la mancanza di un progetto dominativo, perché il potere politico non intende poter decidere in maniera significativa sul diritto. Non significa assenza dello stato, ma assenza di un potere politico compiuto.*

Sparisce ogni gerarchia delle fonti in un indistinto pluralismo giuridico (*nell’Alto Medioevo intendendo il diritto non come un fenomeno unitario ma costituito come una grande pluralità di consuetudini*)

La distanza dall'art.1 delle Preleggi è abissale → La realtà altomedievale non è definibile con l'art. 1 delle preleggi, troviamo gli usi al primo posto, sono loro che nella loro fattualità rappresentano la fonte per eccellenza del pluralismo giuridico! Il diritto sempre di più si afferma come patrimonio consuetudinario strettamente connesso alla vita storica di una stirpe.

#### BASSO MEDIOEVO

Potere politico e diritto. La appartatezza del legislatore → IL medioevo è visto come un'esperienza che la modernità ha identificato come età di mezzo; dura un millennio. Il principe = giudice supremo della comunità. Adotta la giustizia fondata sulla natura stessa delle cose. Giovanni Salisbury, prelado inglese lo ritrae come "imago aequitatis". Tommaso d'Aquino invece, lo identifica secondo come "custos iusti" = custode di ciò che è giusto. Il principe è attento a leggere la natura dove sono scritti i canoni del giusto. La coscienza collettiva non riconosce il principe come legislatore e nemmeno esso stesso si sente questa facoltà; si limita a produrre norme per disciplinare il campo ristretto ma connesso all'esercizio del pubblico potere. ES: Italia centro-settentrionale esuberanze cittadina nei comuni. Gli statuti sono espressione della loro autonomia ma sono disorganici. Italia meridionale: Federico II di Svevia fa redigere per il suo regno di Sicilia la "Liber constitutionum regni Siciliae" = "Liber Augustalis" (testo ambiguo)

Permangono i caratteri fondamentali che conosciamo: Assenza dello stato; Frammentazione politica istituzionale; Preesistenza del diritto rispetto al potere; Pluralismo giuridico

Si notano fin da subito due percorsi diversi e distinti tra alto e basso medioevo:

Alto Medioevo → statico; agrario; autoconsumo (permuta)

Il Basso Medioevo segna novità giuridiche significative, creando un confine interno all'esperienza giuridica medievale.

- incremento demografico → città e urbanizzazione
- nuove tecniche agrarie (la società è ancora agraria ma si iniziano a scoprire nuove tecniche, come l'aratro pesante, che consente produzioni significative, migliorando la produzione di beni di prima necessità e migliorando la stessa circolazione dei beni)
- commercio a lunga distanza (il commercio si sposta, non più solo il Mediterraneo ma anche verso il mondo orientale, il che diffonde prodotti a lunga distanza)
- nascita di città e aggregati urbani (la città diventa polo di attrazione importante e nascono i primi comuni e organizzazioni collettive.)
- università (prima fra tutte fu quella di Bologna)
- riforma della Chiesa (riforma gregoriana). La Chiesa romana, con l'estensione della sua capillare organizzazione fino nelle più appartate campagne non poteva che vedere di malocchio un potere politico forte e invadente.

Novità del XI secolo:

- Inizia una inedita circolazione culturale che riguarda anche la cultura giuridica → in particolare, riguarda un antico testo giuridico romano praticamente sconosciuto nell'Alto Medioevo → I DIGESTA... Per capirlo occorre risalire al VI secolo d.c. "Consolidazione Giustiniana" (conservare e raccogliere il passato)

#### CORPUS IURIS CIVILIS

Il rapporto tra primitivismo giuridico e diritto romano si esplica con il CORPUS IURIS CIVILIS.

Nel 476 d.C. con la caduta dell'impero romano d'Occidente non si pone fine all'esperienza romana perché l'impero continua anche in oriente fino al 1453 con la conquista di Costantinopoli da parte dei turchi. Non si assiste ad un radicale passaggio dall'esperienza romana a quella medievale perché ci sono ancora scuole di diritto che applicano il diritto.

La frattura si nota tra oriente e occidente: a occidente il diritto romano si imparenta con le tradizioni germaniche che vengono a popolare la penisola e nessun potere politico si interessa a ricostruire l'opera dei giuristi classici; si forma un nuovo diritto che pullula dal basso, dalla consuetudine, appunto.

A oriente invece si continua ad applicare il vecchio diritto romano anche se vi è un periodo di grande crisi e non

ci sono strumenti attraverso i quali tramandare il vecchio diritto. Continuano ad esistere scuole di giuristi che cercano di ricostruire l'opera dei giuristi romani. L'imperatore bizantino Giustiniano I volle creare una sorta di antologia per garantire la conoscibilità e la consolidazione del diritto romano.

Incaricò infatti il giurista Triboniano di fare un lavoro di sedimentazione del diritto romano in funzione conoscitiva e di diffusione dello stesso.

Il CORPUS IURIS CIVILIS si compone di 4 parti:

1. **Codex**: raccolta di leges, cioè di costituzioni imperiali e in particolare di provvedimenti normativi del principe. Non un codice in senso moderno, ma come raccolta dei provvedimenti normativi dell'imperatore.
2. **Digesto\Pandette** (=le cose raccolte): raccolta di iura, cioè frammenti di opere di giuristi che contengono il grande pensiero giuridico classico. Sono circa 10.000 frammenti di una quarantina di giuristi diviso in 50 libri. Aldo Schiavone nella sua opera "Ius" afferma che i digesta sono insieme sia un codice sia un'antologia.
3. **Istituzioni**: manuale elementare di nozioni fondamentali di diritto modellato sulle istituzioni di Gaio, un giurista del II sec.
4. **Novellae constitutiones**: leges giustinianee successive al 529 d.C.: sono le riforme fatte da Giustiniano durante il suo impero.

Quindi: dopo l'esperienza romana, Giustiniano, insieme ai suoi ministri, decide di creare una vasta codificazione di tutte quelle leggi e testi dei giuristi che si erano avvicinati durante l'impero romano; in una costituzione dice che questa raccolta costituisce un "duraturo venerabile tempio". Si tratta infatti del diritto di 1400 anni che comprende tutta la storia di Roma e "sarà restituito nella sua purezza e difeso come un baluardo", come continua a dire Giustiniano nella costituzione. Il corpus iuris civilis non circola in Occidente perché non interpreta le condizioni primitive di quella comunità.

Giustiniano: un modello emblematico per il Medioevo Il modello del principe cristiano; ordina e conserva il sapere giuridico. Assicura la giustizia.

*Cesare fui e son Iustiniano, Che, per voler del primo amor ch'io sento, d'entro le leggi trassi il troppo e 'l vano.*  
Dante, Paradiso, VI, 10-12

1076: Placito di Marturi → segno documentario nella scoperta del digesto; fino a questo momento non si hanno documenti che fanno riferimento al digesto, ma c'è solo il primato della consuetudine. Placito: decisione di una controversia giurisdizionale che oppone un attore (agisce in giudizio contro un altro che sembra aver violato i suoi diritti) al convenuto (colui che viene chiamato in giudizio per difendersi dall'accusa di aver violato il diritto altrui).

E' un provvedimento giurisdizionale che si svolge a Marturi e si tratta di una contesa tra il monastero di San Michele e Sigizio. Il monastero (**attore**) ha molte proprietà terriere nella zona di Marturi, occupate poi da Sigizio (**convenuto**) che con uno spoglio si è impossessato e si afferma come proprietario.

Il monastero si affida a un importante giurista (chiedendo che questa sottrazione sia garantita da una restituzione, rivendica la proprietà di beni che gli sono stati sottratti), Pepo, il quale dimostra la qualità di saper leggere il digesto e applicarlo al caso concreto con una ratio legalis.

**eccezione di prescrizione acquisitiva** → proposizione della difesa da parte del convenuto, sono le sue ragioni. Sigizio fa valere una prescrizione acquisitiva per cui, essendo decorso del tempo, egli dovrebbe trarne benefici economici.

L'eccezione di prescrizione acquisitiva di Sigizio viene considerata nulla perché con l'applicazione del digesto però, poiché non c'era una autorità giudiziaria di fronte alla quale far valere la pretesa, era come se il tempo non fosse decorso. "Considerato quanto dispone la lex contenuta nei libri del digesto in base alla quale in caso di denegata giustizia (ossia la mancata presenza di un giudice di fronte al quale esercitare un'azione di tutela), il pretore accorda una restituzione in integrum, ripristina la chiesa e il monastero nella situazione precedente." Sono mutate le condizioni materiali: non basta più la consuetudine ma c'è la necessità di una lex. Il Placito di Marturi rappresenta una svolta storica del potere giuridico medievale con la conseguente capacità di riallacciare

il dialogo con il passato. Dal Placito di Marturi si inizia a diffondere il testo romano attraverso una nuova riappropriazione del testo perché circola in una ripartizione interna e tipica del Medioevo.

Placito di Marturi (1076):

- E' solo un primo segno di una rinnovata circolazione culturale
- La riscoperta dei Libri Legales non è spinta o imposta dal potere politico → avviene in maniera spontanea
- Autonomia del diritto
- L'ordine giuridico, che si fonda sul testo romano riscoperto, è ordine sapienziale
- Non è ordine legislativo → non è riconosciuti formalmente, è un ordine sapienziale/culturale

Rinascita della SCIENTIA IURIS (scuola del diritto, insegnamento complesso)

Alla fine dell'XI secolo:

- La circolazione del testo romano si diffonde; esce dal caso particolare.
- Nuovo modo di insegnare il diritto
- Scopo pratico e scopo teorico convivono
- Rinasce una vera e propria scienza giuridica, che presto diventa di dimensione europea

La ritrovata complessità della società occidentale esige rinnovati strumenti → la consuetudine si dimostra inidonea ad ordinare la società medievale, nel momento in cui si emerge l'esigenza di schemi generali, il fattuale consuetudinario non è in grado di fornirli. Differentemente, le fonti giuridiche idonee a perseguire questo scopo sono: **la legge e la scienza** → nel medioevo sapienziale la scienza giuridica ha un ruolo di primazia; è la sola fonte che, in assenza di un potere politico compiuto, può raccogliere un enorme materiale fattuale sparso, conferendogli carattere ordinativo; armonizza le diversità cercando di non sopprimerle ma riconducendole nell'alveo delle grandi linee direttrici.

Il giurista, maestro del diritto, "sapiens" è più di ogni altro operatore terreno in stretto rapporto con dio = sapienza somma. E' un personaggio illuminato = mediatore tra cielo e terra. I sapienti sono spesso grandi speculativi, maestri nelle università, attenti alla realtà politica e sociale. La scienza giuridica e gli scienziati non operano all'interno di un potere politico. L'autorevolezza di questi maestri trova risposta solo nel loro prestigio intellettuale e spirituale.

RINASCIMENTO GIURIDICO MEDIEVALE ; I GLOSSATORI E LA RISCOPERTA DEI *LIBRI LEGALES*

Il placito di Marturi (1076) è solo una prima testimonianza del rinnovato colloquio con le fonti classiche. Alla fine del XI secolo il testo romano si diffonde, circola in una nuova tradizione manoscritta

Si parla infatti di LIBRI LEGALES, testi giustinianeî riscoperti in occidente nel XI sec. e la riorganizzazione del corpus iuris civilis compiuta secondo la tradizione da Irnerio.

1. DIGESTUM VETUS (digesto vecchio)
2. DIGESTUM INFORTIATUM (digesto rinforzato)
3. DIGESTUM NOVUM (digesto nuovo)
4. CODEX (codice)
5. VOLUMEN PARVUM (volume piccolo) → raccoglie le institutiones, tre libri (gli ultimi tre del codex), le novellae in nove collationes; la decima collatio contiene la pace di Costanza del 1183, le costituzioni imperiali e i libri feudorum).

Il testo romano circola in una forma diversa da quella antica come segno della riappropriazione medievale del testo; anche se vi è l'assenza del potere politico vi è una riscoperta sapienziale del testo, in quanto scoperto da un gruppo di giuristi.

RINASCIMENTO GIURIDICO MEDIEVALE (XI-XII sec): ripresa del dialogo col mondo giuridico classico.

- Carattere non programmato della riscoperta dei libri legales
- Non c'è una data che segna una scelta politico legislativa ma solo un fatto giuridico che segna la riscoperta del testo. E' un processo spontaneo di diffusione progressiva del testo.
- Presenza di una scientia iuris

Si diffondono infatti le scuole di diritto che sono il punto focale delle nascenti università → Bologna ne è il centro: un nuovo modo di insegnare il diritto; nasce l'università; scopo pratico e teorico convivono; dopo l'assenza alto medievale una vera e propria scienza giuridica spesso acquista dimensione europea.

- Ordine giuridico sapienziale e non legislativo

Non c'è un legislatore che limita le funzioni interpretative del giudice e che porta il testo giuridico al centro dell'attenzione; questa riscoperta è operata dai sapientes che sono giudici. Non c'è il legislatore a progettare un nuovo ordine giuridico.

- Si tratta di **ius inventum** (diritto trovato, non ha alle spalle una volontà legislativa) e non di **ius positum** (diritto posto da una autorità sovrana) – il diritto preesiste ancora al potere.

Si tratta di un diritto trovato dai giudici e non posto dal legislatore senza il progetto di creare un nuovo ordine giuridico. Anche quando Giustiniano aveva fatto una antologia raccogliendo le opere dei giuristi dotti si trattava di uno **ius inventum** e non **positum**.

→ si recupera il testo antico e l'AUCTORITAS dello stesso: una autorità del testo che non esprime l'autorità del potere politico perché questo è assente, ma esprime l'autorità dello **ius inventum**, di un diritto già esistente; allo stesso tempo esprime l'autorità della ricerca da parte del giudice.

IL DIRITTO PREESISTE AL POTERE: → alto medioevo: la fattualità diventa regola per la ripetizione spontanea dei **fatti**; basso medioevo: la fattualità diventa regola per la riscoperta del **testo classico**.

Nel Basso medioevo la riscoperta del testo romano significa interpretazione dello stesso: si tratta infatti di una edizione glossata del testo romano che assume una impaginazione importante dal punto di vista visivo con lo sviluppo della stampa. Si è visto una edizione glossata del *digestum vetus* del '500 dove al centro vi era una parte del testo romano scritta in caratteri più grandi e intorno vi era il commento di quello spezzone di testo. La posizione del testo romano al centro della pagina dimostra l'*authoritas* del testo stesso.

Il testo romano ha bisogno di una interpretazione e di un commento perché appartiene ad una età molto lontana da quella medievale; per questo non può circolare da solo, deve essere interpretato e conciliato con il presente.

Affinché il testo antico diventi diritto vigente deve essere interpretato e applicato in forza del commento.

L'antico testo romano deve diventare regola del presente e per questo è indispensabile la capacità del giurista di leggere il testo classico e applicarlo al presente. Il giurista è dunque anche un glossatore ed interprete (mediatore tra antico e presente). Praticamente non c'è più il testo romano ma il commentatore segue i libri *legales*.

Il commento è più ampio e complesso e l'impostazione grafica è diversa quindi non si vede più il testo romano al centro, ma l'inizio del testo che si vuole commentare è posto in grassetto e in caratteri più grandi. Il commentatore è più libero del glossatore e commenta di più.

Solo con l'umanesimo inizieranno a circolare le prime edizioni non glossate.

Analogia: il giurista lavora su criteri ordinanti

Differenza: i criteri ordinanti non può farli da solo ma parte da un testo molto lontano dal suo presente con l'interpretazione dello stesso.

Il glossatore attua un equilibrio tra testo e interpretazione; il commentatore attua una più concreta incisività e libertà nel commento.

**Disposizioni sulla legge in generale, approvate preliminari ambiente al codice civile con regio decreto, 1942**

Capo II dell'applicazione della legge in generale

Articolo 12; interpretazione della legge

*Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dall'intenzione del legislatore*

*Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello stato.*

Norma tutt'ora in vigore.

- Interpretazione letterale: non può esserci altra interpretazione se non quella letterale. Il giurista non può applicare il significato della norma. La norma va interpretata nella sua literalità. Il legislatore dunque salvaguarda l'imperatività della regola che ha imposto.
- Interpretazione logica: se la legge non è immediatamente comprensibile, si può fare riferimento all'intenzione o allo scopo che il legislatore aveva emanando quella disposizione.
- Se c'è una lacuna legis, ossia un vuoto normativo, questa deve essere colmata dal giudice che non può rifiutarsi di risolvere un caso pratico adducendo la mancanza di norme, "guardando a disposizioni che regolano casi simili o analoghi" (questa è detta analogia legis)
- "Se il caso rimane ancora dubbio si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato".

### **Decreto sulla legge in generale, approvate preliminarmente al codice civile con regio decreto 1942**

Capo II Dell'applicazione della legge in generale

Articolo 14: applicazione delle leggi penali ed eccezionali

*Le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati*

Non vi può essere spazio nel medioevo per l'interpretazione letterale o per la ricerca dell'integrazione del legislatore → del tutto estranee alla realtà medievale:

- sia la blindatura codici sta delle fonti
- sia il rigido legalismo che limita i poteri dell'interprete

Il lavoro della scienza giuridica medievale sta tutto nell'interpretazione; anche nel nostro diritto positivo, all'art 12 delle preleggi si disciplina l'interpretazione della legge e gli elementi che specificano una direttiva generale del giurista. Qui il legislatore compone attraverso la legge l'ordine giuridico, non solo impone la legge e le regole, ma anche il modo in cui il giurista deve leggere la legge; lì il legislatore era assente.

Auctoritas del testo romano: non può essere lo stato in quanto inesistente, è quindi una autorità diversa da quella del comando, che si basa sulla validità del sapere giuridico (il testo ha forza di sapienza come il potere del giurista)

Nel Medioevo l'interpretazione era necessaria per il giurista: non si poteva far riferimento alla lettera perché tra il periodo del testo romano e il medioevo passava una enorme distanza temporale che si interponeva tra il testo antico e l'interpretazione del giudice.

Si è detto che nel Medioevo nascono scuole molto importanti, una di glossatori e una di commentatori.

- Scuola dei glossatori a Bologna → 1112 - 1230, da Irnerio ad Accursio.

Di Irnerio si conoscono molte poche notizie ed alcuni lo identificano con Pepo, giudice che risolse la vicenda di Marturi, operante tra il 1112 e il 1125.

Prima metà del XII sec, operano gli allievi di Irnerio: Bulgaro, Martin, Jacopo, Ugo.

Fine XII \ Inizio XIII sec, opera Azzone, autore della "Summa Codicis".

Accursio scrisse la "Glossa Ordinaria" o "Magna Glossa" intorno al 1230 ed è un'opera di filtro delle opere dei vari glossatori. Le opere inoltre sono tutte in latino e le prime opere giuridiche in volgare compaiono nel '600.

QUINDI:

**GLOSSATORI E COMMENTATORI** Due prime grandi scuole medievali, del basso medioevo, si ha la presenza di una scienza giuridica che il primitivismo alto medievale non aveva permesso di svilupparsi dal primo medioevo fino all'anno mille. I glossatori sono la prima scuola dal 12 secolo al 1230 fino alla grossa magna di Accursio. La scuola dei commentatori arriva fino agli esponenti del 1300 Baldo degli Ubaldi ( punto di arrivo massimo della scuola) e Basso da Sassoferato. La scienza giuridica nasce con la svolta del 11 secolo che ha le basi in una condizione democratica tra città e campagna e della nascita dell'università. I glossatori sono dei giuristi che fanno annotazioni marginali al testo, con il testo romano al centro e il commento intorno nella pagina. Entrambi sono costruttori di apparati di commenti al testo romano e elaborano i testi legales. I glossatori si sono avvicinati al testo romano e si limitano a far riferimento al luogo normativo del testo romano commentato, ma attraverso un'elaborazione più libera, complessa e spostata nel presente in cui il giurista vive e più sistematica.

- Distinzione cronologica
- Collocazione basso medioevale
- Tecnica diversa di approccio al testo
- Entrambi lavorano con la costruzione del commento, i glossatori lavorano i libri legas e si concludono con la glossa magna di Accursio da cui si aprono le stagioni del commento dei commentatori

Prima metà del '200

- diffusione del modello bolognese
- nuove università e scuole Francia: scuola di Orléans (in italia: fino da pistoia)
- scuola di commentatori: Bartolo di sassoferrato; baldo degli Ubaldo → non sono in conflitto tra loro ma in successione

→ PLURALISMO GIURIDICO

- alto medioevo: pluralità della consuetudine
- basso medioevo: diritti a proiezione universale: ius civile; ius canonicum

IUS CIVILE:

- corpus iuris civilis
- libri legales, cioè l'interpretazione dei giuristi

IUS CANONICUM

- corpus iuris canonici: diritto della chiesa che non ha le fonti nel corpus iuris civilis
- decretum Gratiani
- raccolte di decretali

Diritti a proiezione particolare: diritto statutario; diritto feudale; ius mercatorum

Medioevo: problema del confine di civiltà tra credenti e non credenti; vi è una assoluta rilevanza dell'identità

religiosa: la chiesa registra nascite e matrimoni perché non ci sono ancora registri anagrafici ma registri parrocchiali la cui funzione è amministrata dai diritti della chiesa. Il cittadino è in primo luogo un fidelis.

Il diritto canonico, a differenza del diritto civile, non si basa su testi antichi. La chiesa, accanto alla dimensione liturgica e teologica, redige un corpus iuris perché si considera come un corpo unitario, è uno strumento essenziale perché per il cristiano, la vita religiosa si conquista nella vita terrena.

Comunità romano-cattolica = unica confessione religiosa che pretende di costituire un ordinamento giuridico originario, risalente al Cristo come divino legislatore; perché pretende di produrre un diritto suo proprio e peculiare. La dimensione giuridica della chiesa diventa sempre più un ammasso confuso di regole, molte delle quali si contraddicevano. La chiesa accumula precetti di sedimentazione e il punto di riferimento sono le **scritture** (ius divinum; livello alto del diritto divino, perpetuo ed universale, composto di poche regole essenziali) e il **diritto umano** (ius humanum) creato attraverso i concili e l'attività della chiesa.

Il compito del giurista economista è mettere in ordine i precetti cattolici che si sono sedimentati nel lungo percorso storico e che non sempre sono coerenti tra loro. Lo ius canonicum nasce per la salus animarum e si configura per questo come uno ius humanum.

DIFFERENZE IUS CIVILE E IUS CANONICUM:

- lo ius canonicum accompagna la vita della chiesa dall'inizio, mentre il diritto romano trova nel medioevo un momento di cristallizzazione giustiniana.
- il diritto romano è già sedimentato, il diritto della chiesa no. La chiesa offre, con il decretum gratiani attraverso l'epistola decretale, soluzioni giuridiche a valenza universale, perché emanate dal pontefice.
- la chiesa crea e continua a creare diritto: nel medioevo si raccoglie il diritto della chiesa che è accumulato da tempo. Ivo (vescovo di Chartres) raccoglie questo diritto delle scuole di canonisti. Egli distingue tra ius divinum e ius canonicum (ha la sua fonte nei giuristi, nelle consuetudini). Dicotomia tra diritto umano e divino e tutt'oggi valida
- civilisti e canonisti lavorano separatamente. Il lavoro di Ivo o di Gregorio VII è un lavoro privato, non commissionato dal pontefice. Riforma Gregoriana (basso medioevo): primo tentativo di dare ordine al diritto. Il pluralismo giuridico cambia di segno e non è più quello delle molteplici consuetudini ma si tratta di una pluralità

di ordinamenti giuridici distinti: *ius civile* e *ius canonicum*. Il diritto canonico è presente già nell'alto medioevo; ma nell'XI sec si assiste ad un consolidamento dello stesso.

**DECRETUM GRATIANI:** opera sapienziale di messa in ordine dei vari frammenti della storia della Chiesa. La novità sta nel fatto che la Chiesa è un potere universale e produce diritto senza guardare al passato. Nel periodo successivo al *decretum Gratiani* si raccolgono delle epistole decretali, che sono delle lettere decisorie o di risposta del Papa circa un dubbio proposto alla sede cattolica. Una decisione del caso singolo proprio perché assunta dal pontefice, diventa universale.

Il precetto religioso si può tradurre in precetto giuridico e si imprime anche nella civiltà quotidiana. Si noti l'invasività del diritto canonico, che non è chiuso nella dimensione spirituale ma si apre al mondo civile.

Emblematico in questo senso è dato dalla necessità per il mercante di capitale per finanziare la mercatura a lunga distanza; un precetto evangelico afferma così: "date a mutuo senza nulla sperare".

Abbiamo quindi da una parte i commentatori e gli scienziati che studiano e ordinano il diritto civile, dall'altra gli studiosi e gli interpreti che ordinano il diritto canonico. Nel 1140 a Bologna abbiamo il *Decretum Gratiani* nel quale tale Graziano (forse un vescovo) cerca di armonizzare le regole canoniche discordanti, dando vita alla consolidazione del diritto canonico classico.

È con l'epistola *decretales* che comincia il commento al testo canonico.

- *Corpus iuris civilis* à Libri legales interpretati dai giuristi à *Jus Civile*
- *Corpus iuris canonici* à *Decretum Gratiani*, Raccolte di *Decretali* (1234 - 1317) à *Ius Canonicum*.

**IUS COMMUNE:** abbraccia l'intera comunità cristiana. È l'insieme dei due ordini giuridici distinti → è un diritto prodotto dai giuristi, giudici, notai, avvocati, maestri e scienziati. Diritto che nasce dal dialogo tra fatti presenti e regole dei testi antichi. Gli interpreti, per esempio, sul tema della proprietà costruiscono due proprietà sulla stessa cosa: teoria del dominio diviso. Per il diritto comune quello romano è fonte di autorevolezza, elemento di confronto, modello; diritto comune a tutte le genti. Diritto corale → voce di una comunità di giuristi

#### CORPUS IURIS CANONICI

*Decretum Gratiani*; Epistole decretali  
- Papa Gregorio e Papa Bonifacio VIII

All'inizio i giuristi si distinguono tra canonisti e civilisti, poi nel corso del Trecento questi due mondi conoscono un significato convergente, e si inizia a parlare di **IUS COMMUNE** per cui lo *ius civile* inizia ad incontrare la parte "spirituale" dello *ius canonicum*. Sono due ordinamenti che non riguardano una singola dimensione, ma si proiettano entrambi su tutto il mondo occidentale. Lo *ius canonicum* ha dunque una validità universale, non intendendo l'estensione a tutto il mondo allora conosciuto, ma occupa solo lo spazio, del mondo occidentale, che si riconosce in quella religione. La chiesa diventa dunque l'elemento di consolidamento di quella religione ma rimane un confine verso l'Oriente o verso il mondo arabo.

**Diritto canonico classico** → A metà del 1100 Graziano tenta un'opera di diritto canonico "*Concordia discordantium canonum*" = armonizzazione delle diversità nell'unità. La fonte prevalente con cui il diritto canonico si manifesta è la decretale = aggettivo che significa "decisorio", presupponendo il sostantivo "lettera" ("*epistolae decretales*"); sono risposte che il papa dà a richieste a casi dubbi emersi nell'applicazione quotidiana.

Lettere decisorie → il diritto canonico appare sotto questa forma fino al 1917.

Il pontefice = "*vicarius Christi*" = guida suprema che ha in mano ogni potere nella Chiesa quale successore diretto di Pietro.

Lo *ius civile* ha invece una proiezione universale intendendo invece il valore sapienziale dei testi che sono contenitori di tutti gli ordinamenti e soprattutto per il messaggio dei giuristi che è il segno di una dimensione giuridica reale. Il giurista si dice "*utroque iure*" cioè è un giurista che lavora nell'uno e nell'altro diritto, è sia civilista che canonista.

Il **PLURALISMO** è inteso ora come pluralità di ordinamenti a proiezione universale e di ordinamenti a proiezione particolare. Sono più ordinamenti che si integrano. Frutto della storicità, non di un ordinamento

politico (soggetto che distribuisce le parti), è una convivenza naturale. Ciascuno ha la propria individualità. Il diritto comune è visto come diritto scientifico. Ogni giurista che lo utilizzava vi trovava strumenti idonei per il proprio lavoro creativo. Nato a Bologna = "alma mater" degli studi giuridici era poi dilagato in tutta Europa. Anche Federico II di Svevia lo assume presso le scuole napoletane come materia di studio. Il re di Castiglia, Alfonso il Saggio, fa del monumento lgs "Las siete partidas" come un testo di diritto comune nella lingua nazionale. In Francia invece c'è una frammentazione tra diritto comune e diritto consuetudinario. Come corrispondente frammentazione del diritto universale e locale. Gli statuti generalmente preferiscono la legge locale a quella universale. Nonostante all'interno della stessa entità politica ci sono diversi produttori di diritto. Non esiste solo lo statuto = legge comunale; esiste il diritto canonico prodotto dalla chiesa, il diritto mercatorio dalla comunità di mercanti e quello feudale dal ceto feudale. Ciascuno con oggetti e destinatari specifici. Mentre il diritto è a capo di una società e la ordina, lo statuto si limita a precisare che se su un certo problema v'è una norma comunale espressa, questa viene applicata dal giudice, ma, se vi sia una lacuna, il diritto comune è chiamato dal giudice a colmare il vuoto normativo locale. Ius commune e iura propria costituiscono una giuridicità unitaria.

1520 → fiamme sulla cattedrale di Wittenberg. Rogo di libri ordinato dal Martin Lutero, voleva ridurre in cenere il loro contenuto. Brucia il "corpus iuris canonici" → intende condannare l'avvicinamento della chiesa al diritto, tradimento e prova della "prigionia babilonese". La chiesa si era lasciata catturare dalle lusinghe temporali e aveva dimenticato le legge insegnata dal Cristo. SUMMA ANGELICA = manuale per i confessori, chierici chiamati ad amministrare il sacramento della confessione auricolare, compilato a fine '400 da un frate francescano piemontese, Angelo Carletti (da cui il nome "angelica"). Bruciandolo Lutero condannava il sacramento di origine medievale che si presentava come strumento di controllo poiché metteva nelle mani dei chierici l'assoluzione dei peccati. Oltre al declino del diritto canonico la riforma si rese ostile anche nei confronti del diritto e dei giuristi = possessori di tecniche astruse e misteriose validissime per turlupinare il cittadino sprovvisto. Nell'animo di Lutero era determinante il bisogno di purificazione di un apparato ecclesiastico corrotto, la cui finalità era liberare la nuova chiesa dall'abbraccio soffocante della temporalità.

Parallelamente a ordinamenti a proiezione universale (ius commune, cioè ius civile e ius canonicum) convivono anche diritti a **proiezione particolare**, che rappresentano il segno del rigoglio comunale e cittadino:

IURA PROPRIA

→ statuto cittadino (diritto a proiezione particolare territoriale: riguarda città e contado, ovvero la zona di campagna circostante; è una dinamica convivenza, in assenza di norme formali di conflitto)

→ ius mercatorum (diritto a proiezione soggettiva particolare: riguarda i mercanti nel loro esercizio di mercatura)

→ diritto feudale (diritto a proiezione particolare soggettiva: riguarda le relazioni tra soggetti che possono essere investiti dal potere feudale)

Nel basso medioevo, inoltre, si sviluppano i comuni:

→ comune **consolare**: dalla fine dell'XI sec alla pace di Costanza (1183); i consoli sono gli artefici di questa nuova e primitiva forma comunale. Si parla infatti di una "civitas sibi princeps": organizzazioni cittadine che nascono dal basso e non derivano dal potere imperiale ma intendono imporre la loro sovranità: la città si autodisciplina.

→ comune **podestarile**: dal 1183 alla morte di Federico II di Svevia (1250) è un momento di forte istituzionalizzazione con la promulgazione di statuti cittadini più importanti e il comune espande la sua influenza dalle mura urbane alla campagna e in questo periodo si assiste alla costruzione di palazzi comunali.

→ comune di **popolo**: dal 1250 al 1300

• Passaggio dalla consuetudine alla lex municipalis;

- **Diritto statutario:** è il diritto territoriale per l'organizzazione della città all'interno delle mura ed il diritto degli statuti cittadini. Lo statuto può applicarsi anche nei rapporti tra città e campagna ed è il segno di un ordinamento interno della città: è infatti uno "ius proprium ipsius civitatis", cioè una "costituzione" organizzativa e progettuale di un soggetto autonomo che esprime il particolarismo di natura territoriale. E' inoltre "ius novum", che nasce come forma primitiva a partire dal comune consolare.

Lo statuto è aperto sia al diritto civile sia al diritto canonico, ma nasce per stabilire delle regole interne alla città, in una dimensione amministrativa e di convivenza sociale. Lo statuto ha infatti contenuto normativo di tipo amministrativo, funzionale all'equilibrio interno della città. Non si pone però l'obiettivo di stabilire la complessità giuridica dei rapporti tra i cittadini: pertanto non si occupa di diritto privato. Gli statuti, inoltre, sono oggetto di frequenti riforme perché seguendo il percorso della città non possono valere per sempre.

Gli statuti nel corso del Trecento vengono scritti in volgare per creare una versione più comprensibile e vicina ai cittadini. Vi è un esteso particolarismo giuridico perché in uno spazio territoriale ristretto vi è la convivenza di più iura propria civitatum, perché ogni città redige un suo statuto, ognuno con la propria autonomia.

- **Ius mercatorum:** è il diritto dei mercanti per l'organizzazione dell'impresa, si noti il fatto che la mercatura non si chiude nella società economica ma produce un ordinamento giuridico che nasce, appunto, nel Medioevo; è un diritto che si applica esclusivamente ai mercanti. Il mercante è una figura rilevante dal punto di vista economico, sociale e istituzionale della città. E' un diritto diverso da quello statutario che individuava un territorio, quello del contado, e ne stabiliva l'organizzazione. Qui infatti si stabiliscono nuove tecniche di scambio anche con altri mercanti. Si tratta di un ius creato da mercanti per altri mercanti, che sono l'asse portante della civiltà comunale perché portano commercio e ricchezze. L'imprenditore si unisce con altri mercanti per esercitare in comune l'attività commerciale al fine di rilevare gli utili, cioè l'attività di guadagno.

Questo diritto riguarda soggetti determinati che fanno vendita a scopo di rivendita. Qui lo ius proprium sta nel fatto che riguarda soggetti che professionalmente esercitano l'attività della mercatura; è ius proprium a base corporativa e non a base cittadina, perché isola una corporazione che esercita la mercatura e soprattutto il commercio. Con l'introduzione dello ius mercatorum si creano nuovi istituti, come i registri contabili, su cui l'imprenditore registra entrate e uscite; nasce la partita doppia (l'organizzazione della contabilità, sconosciuta prima d'allora). Nascono le prime società commerciali, i titoli di credito e i contratti commerciali. Si viene anche a consolidare il fallimento come conseguenza della prassi mercantile.

Si parla di ius proprium anche in riferimento all'introduzione di nuovi organi giuridici del tutto diversi da quelli dello ius civile. Lo ius mercatorum non è però solo speciale e particolare, ma anche universale intendendo il fatto che vengono collegate anche piazze lontane tra loro come conseguenza del commercio a lunga distanza → specialità e universalità della lex mercatoria.

- **Diritto feudale** → Alla civiltà medievale si accompagna una qualificazione feudale; impotenza del potere centrale influenza di poteri altri (economico); no distinzione tra privato e pubblico; società infittita dai rapporti gerarchici. Sul piano giuridico questa struttura gerarchica si scandiva da una promessa di protezione dall'alto e di fedeltà dal basso, con una mescolanza di vincoli personali. Essere feudatario (o vassallo) significa essere uomo di un altro uomo. *Feudalesimo* = complesso reticolato di uomini collegati da vincoli scambievoli di protezione e fedeltà. Il carattere feudale fu assorbito dalle terre. Questa ragnatela di uomini e beni diede vita a un insieme sempre più fitto di consuetudini che prese l'aspetto di un ordinamento giuridico autonomo = diritto feudale. A metà del XII secolo, il complesso di consuetudini e decisioni giudiziali ebbe una prima sistemazione in una raccolta di un giudice milanese "Libri feudorum" (collocata in appendice allo stesso "corpus iuris civilis"). Dottore del diritto comune e feudista Baldo degli Ubaldi, commentatore del 1300.

"**diritto commerciale**" → complesso di regole e istituti all'insegna della specialità, funzionali agli esercenti la speciale professione della mercatura. Elabora la disciplina dei traffici commerciali e gli usi che il ceto dei mercanti compie. Usi che cominciano ad essere redatti per iscritto e divengono veri statuti mercantili. Una conquista di grosso rilievo è l'istituzione di tribunali speciali che avevano ampia competenza per quello che riguarda i soggetti commercianti o gli atti di commercio.

Nel caso di contrasto fra norma di statuto e norma normale, dato che non vi è un legislatore, l'unica fonte che può farlo sono i giuristi, chiamati a dare una risposta al problema, stabilire quale sia il diritto applicabile; sceglierà il diritto da applicare in base ad un'ordinanza sapienziale.

"*ubi cessat statutum habet locum ius civile*" (citazione di Baldo degli Ubaldi, seconda metà del XIV secolo) → regola di conflitto che stabilisce la sequenza applicativa che il giurista deve compiere in base alla questione che deve risolvere: dove termina l'ambito di applicazione dello statuto inizia l'ambito di applicazione del diritto civile: non sono due ordinamenti in contrasto ma hanno entrambi una funzione di coordinamento strettamente legati insieme. → **IUS COMMUNE SUSSIDIARIO**.

- è lo statuto ad applicarsi per primo ad indicare la forza della civiltà cittadina.

Capacità del giurista di dare soluzioni → *interpretazione creativa* (*creativa* perché aggiunge nuovi elementi) tra il diritto comune a tutte le genti e il diritto del popolo romano.

#### SCHEDA

Un testo di Gaio, giurista romano del II secolo d.c. appare ai giuristi medievali un punto di riferimento importante su cui poggiare la propria argomentazione:

GAIO → *Tutti i popoli che si governano con leggi e consuetudini utilizzano, in parte, un diritto loro proprio, in parte un diritto comune a tutti gli uomini. Quel diritto che ogni popolo costituisce per sé è il diritto proprio a quel popolo e si definisce 'diritto civile'. Il diritto che la ragione naturale costituisce presso tutti gli uomini e che presso tutti è ugualmente osservato si definisce 'diritto delle genti'.*

BALDO DEGLI UBALDI → *Tutti i popoli possono promulgare degli statuti e laddove cessa l'ambito di applicazione dello statuto inizia l'ambito di validità del 'diritto civile'... Rimane soltanto da vedere se per la promulgazione dello statuto è richiesta l'autorità di un potere superiore. Si risolve che tale autorità non è richiesta. Perché i popoli esistono per diritto delle genti; dunque, l'ordinamento del popolo appartiene al diritto delle genti; ma l'ordinamento non può esistere senza le leggi e gli statuti; quindi, per ciò stesso che il popolo ha una propria esistenza, ha per conseguenza un ordinamento nel proprio essere e, come ogni animale, è retto dal proprio spirito e dalla propria costituzione vitale.*

Si mette a confronto l'opera di Gaio, giurista romano del II sec e autore del manuale di istituzioni, contenuta nel [digesto 1,1,9 (libro 1, titolo 1, frammento 9)] e il commento del perugino Baldo degli Ubaldi osservatore e filosofo delle problematiche giuridiche del tempo e giurista che si occupa di diritto canonico e diritto feudale, operante nel XIV sec. Egli copre la complessità del pluralismo giuridico medievale e offre la raffigurazione più completa e problematica della realtà statutaria caratteristica del basso Medioevo.

La riflessione che fa **Baldo** spiega il rapporto tra diritto statutario e diritto civile, in generale tra *ius proprium* e *ius commune* e la soluzione che offre è quella che tutti i popoli sono liberi nel promulgare gli statuti, ma quando cessa la regola statutaria viene applicato il diritto civile: prima si guarda il contenuto dello statuto e se non vi è applicazione si guarda al diritto civile. Vi è una successione sequenziale tra diritto cittadino e diritto civile: si guarda prima allo statuto e poi al diritto civile. Sono ordinamenti indipendenti che non si escludono ma si **coordinano**. La sua interpretazione è necessaria e fondamentale per dare soluzione concreta e operativa al presente; rappresenta il punto di arrivo tra esperienza giuridica particolare ed esperienza giuridica universale.

**Gaio** invece fa un confronto con i popoli diversi da quello romano che vivono nel bacino del Mediterraneo. Parla infatti di *ius gentium*, cioè il diritto di tutti i popoli, e *ius romanorum*, cioè il diritto civile. Il diritto civile è il diritto di quel popolo che si identifica nella stessa lingua latina, dunque il diritto dei romani. E' propriamente uno *ius civile romanorum*, cioè il diritto di una comunità non urbana o rurale ma di un popolo con la stessa lingua.

Accanto al diritto romano, fissato con regole precise, c'è il diritto in cui tanti popoli riconoscono precetti di carattere generale; questo è lo *ius gentium* nel quale convivono regole condivise in base alla ragione naturale che presso tutti sono ugualmente e generalmente osservati e condivisi.

IUS CIVILE → diritto del popolo romano

IUS GENTIUM → diritto delle genti condiviso e applicato presso tutti i popoli.

Baldo, parlando di "omnes populi" intende tutti i popoli di ogni città che sono poi diventate comuni: ci sono infatti tanti popoli quante sono le civiltà comunali. In Gaio c'era invece solo il *populus romano* rispetto a tante altre genti che vivevano nel mediterraneo; non si trova ancora una dimensione cittadina e di conseguenza neanche il diritto statutario, perché questo appartiene a un'epoca successiva a quella di Gaio.

La riflessione di Baldo è dunque più attinente al presente perché se il comune ha l'autorità di creare uno statuto si deve stabilire in che rapporto questo si pone con lo *ius civile*, proprio della tradizione classica ma riscoperto poi dai giuristi medievali. Se non c'è un legislatore che stabilisce la regola da seguire, questo compito spetta al giurista: per tutto il Medioevo infatti è centrale la potestà giudiziale. Inoltre, per promulgare lo statuto non serve un'autorità superiore, perché l'autonomia di questi ordinamenti è istituita in quanto i popoli hanno dentro di loro la capacità di stabilire un proprio ordinamento. Il popolo esiste, infatti, per diritto delle genti e l'ordinamento appartiene al diritto delle genti. Non ha bisogno di un legislatore per produrre i suoi effetti perché se il popolo ha una sua esistenza nello *ius gentium* allora ha anche un ordinamento nel proprio essere.

PERIODO DI TRANSIZIONE TRA MEDIOEVO E ETÀ MODERNA

1492 → cristoforo colombo scopre l'america; esempio di modernità

SECONDO '300 - INIZIO '400 → si mettono in discussione i caratteri dell'esperienza giuridica medievale:

- assenza dello stato
- concentrazione del potere: si estende il dominio ad altre civiltà comunali; questo continua fino al 1406 quando tutte le autonomie originarie sono assoggettate sotto un unico potere. Non c'è più una frammentazione marcata come nel Medioevo. Una città dominante estende il suo dominio sulle città comunali e dunque vi è anche il primato di uno statuto sugli altri (diversamente dal basso medioevo, dove ognuno conserva autonomia e indipendenza). Non è una singola vicenda a istituire il passaggio, ma un percorso secolare

XIV/XV SECOLO: Nuova antropologia giuridica, rottura universalismo medievale, appare un soggetto di qualità nuova → un vertice sovrano

Il trecento agli occhi dello storico del diritto: **sconvolgimenti socio-economici e crisi di valori**; scompiglio di fondo; guerre rovinose, carestie ed epidemie = peste (1347-1351), abbandono delle terre, eclissi delle colture agrarie, sterile urbanizzazione = tempo di transizione dove vecchio e nuovo si mescolano. Nessuno meglio di Petrarca esprime l'atteggiamento di chi è consapevole di trovarsi su un crinale. Il poeta confessa di vivere in un'età di confine che lo stimola a guardare indietro e avanti. La coscienza collettiva mette in dubbio i pilastri del vecchio ordinamento medievale fino a riconoscerne degli pseudo-valori.

DAL PUNTO DI VISTA POLITICO

Istituzione della chiesa → fragilità; l'impero perde potere

Si va delineando un'epoca caratterizzata dalla messa in discussione di tutti gli elementi tipici del Medioevo: assenza dello stato, frammentazione, preesistenza del diritto rispetto al potere, pluralismo giuridico. Si delinea una organizzazione politico- istituzionale centrale a cui si inizia a dare il nome di Stato che presuppone dunque un vertice sovrano il quale assume una forte autonomia politica garantita dalla rottura dell'universalismo medievale. E' un centro che tende a governare un territorio vasto. Diversamente dal medioevo vi è un protagonismo statario, un apparato istituzionale di governo del territorio.

Thomas Hobbes, *Leviatano*, 1651 → soggetto enorme che tiene un pastorale, simbolo del potere religioso e una spada che governa il territorio, assicura l'unità e felicità. Senso figurato del termine "vertice sovrano".

Si forma così quello che viene definito **vertice sovrano**: un principe in Francia, una città dominante in Italia, come Firenze o Venezia; vi è la costruzione di un centro politico e amministrativo. Ci si avvia, inoltre, verso un processo di concentrazione del potere e verso un governo del territorio e un processo di formazione dello Stato

moderno.

Necessità di rinnovazione del vecchio assetto politico giuridico puntando su valori nuovi. Processo di liberazione della natura bruta, dai lacci sociali, da un ordine sociale che protegge il soggetto singolo e lo vincola, dalle stesse cose che avevano deluso nella loro pretesa virtù salvifica. Il soggetto medievale che Tommaso d'Aquino interpreta è un soggetto intelligente, identificato nella sua dimensione razionale, munito soprattutto della conoscenza, che lo proietta al di fuori di sé verso il reale circostante. L'uomo nuovo è un soggetto che ama e vuole, più autonomo. Ritrovata libertà = autodeterminazione della volontà concepita come "**dominium**" il quale può essere "rerum" = legata alle cose del mondo esterno, o "sui" = proprietà che ciascuno ha sulle proprie membra e sui propri talenti; volontà come carattere del soggetto e garanzia della sua libertà. Esperienza giuridica = modo tipico di vivere il diritto. È un fatto di civiltà. La crisi del 1300 avvia un rinnovamento della coscienza collettiva = da reicentrica a antropocentrica. La ricerca di un nuovo ordine giuridico dura secoli ma è in progressiva crescita.

Un processo liberatorio: micro e macro individuo quali nuovi protagonisti. Alle **origini dello Stato moderno**. → Prendono forma delle entità politiche individuali che non sono ancora stati ma embrioni di stato.

Avventura liberatoria nuova, inizia nel '300 => scopo : liberazione di ogni individualità prima compressa.

Società = impedimento per il micro- soggetto privato e per il macro-soggetto pubblico. L'individuo fisico conquisterà capisaldi sul piano culturale, religioso, economico e giuridico. La dimensione economica gioca un ruolo rilevante. Protagonista = ambiente. Sacra romana chiesa grosse pretese , forza dal monopolio sacro.

Tra queste entità politiche che affermano la propria individualità spicca il regno di Francia: un laboratorio politico- giuridico della modernità. Dal regno di Filippo Augusto in poi vige un orientamento volto verso l'indipendenza territoriale, i giuristi affermano la supremazia del monarca nelle cose temporali. Il papa Bonifacio VIII proclamava il suo primato spirituale e temporale ( Bolla "Unam sanctam" – 1302). Nel frattempo Filippo convoca un'assemblea di baroni, prelati e deputati che approvano la sua sovranità. L'anno seguente Bonifacio morì e con il suo successore, Clemente V, il re ebbe la meglio. Il potere del re si eleva, è un potere sempre più compiuto → produzione del diritto fra le sue prerogative, le "Ordonnances" si moltiplicano. Il sovrano francese del 1300 nonostante si occupa del diritto agisce con massima prudenza. Da Filippo il Bello in poi il principio dell'equità passa in secondo piano poiché sostituito dalla necessità di "fare leggi o costituzioni tutte nuove tra i suoi soggetti". Filippo il Bello riorganizza gli studi giuridici all'Università di Orléans e ha cura di precisare che il "corpus" romano godeva di autorità entro il regno unicamente perché lo si poteva considerare una consuetudine vigente grazie al beneplacito regio. Per quanto riguarda le "costume" invece si progettava una redazione per iscritto dell'enorme materiale orale, operazione che prende avvio con la disposizione di Carlo VII.

Francesco I invece, tramite l'ordinanza di "Villers-Cotterets" imponeva che tutti gli atti giuridico ufficiali fossero redatti in francese. Comincia a disegnarsi un **diritto francese** => *immagine di indipendenza e unità statale*.

I due secoli successivi al 300 ci mostrano una liberazione già conquistata.

A) Visione umanistica del rapporto uomo, società, natura. L'umanesimo è piena fiducia verso l'individuo che è in grado di piegare ai propri progetti il mondo che lo circonda. Valutazione ottimistica delle capacità del soggetto.

Psicologia di orgogliosa autosufficienza. Umanesimo = interpretazione novissima del mondo, operata da una civiltà squisitamente antropocentrica.

B) Umanesimo **religioso** → esigenza di liberare il singolo dal soffocamento delle strutture gerarchiche della società sacra, ritenendolo così capace di un colloquio diretto con la divinità. Capace di leggere da solo la Bibbia.

C) Piano **economico**: si presenta sommovimenti radicali dopo la scoperta dell'America. Enorme masse di metalli preziosi, traffici terrestri e marittimi. Si profila un "homo oeconomicus" => rinnovato nel profondo. Fase pre capitalista. Il nuovo operatore economico si dedica con serenità d'animo all'accumulazione della ricchezza vs. medioevo dove il commerciante aveva l'incubo di giocarsi la vita eterna con l'accumulo di denaro.

D) **Scienze naturali** → ricerca della verità scritta nella complessità del cosmo e decifrabile dall'intelligenza umana. Modello = Galileo che intende decifrare l'universo. Cartesio invece, guida le esplorazioni filosofiche nell'animo umano. Pascal scrive imponenti opere di matematica e è un moralista. Si matura la rivoluzione

culturale; scienze giuridiche soppiantate da quelle matematiche e naturali. La riflessione giuridica appare compromessa e non affidabile a differenza delle esplorazioni di matematici e astronomi.

#### GENESI DELLO STATO

La formazione dello stato come processo di lunga gestazione.

E' un processo e un avvenimento, una realtà istituzionale europea intimamente plurale (grandi monarchie nazionali, stati regionali, città, confederazioni); arretramento dell'impero nella dimensione romano-germanica

#### ESEMPIO DELLA VICENDA FIORENTINA

Si assiste ad un processo di concentrazione urbana, con la creazione di un sistema territoriale di governo; nel corso del 300 firenze espande la propria egemonia a danno di tutte le città circostanti, e il processo si conclude con la caduta di Pisa. Nella fine 300 vi è pluralità, ognuno ha il proprio statuto, magistratura, sistema urbano.

Firenze poi avvia un processo di "conquista" giocando la carta di essere una grande piazza mercantile e attraverso un meccanismo quasi corruttivo ad ottenere la capitolazione delle città indipendente da firenze.

Nell'arco di un secolo Firenze da semplice città diventa il centro di un assetto territoriale che comprende quasi tutta la toscana settentrionale. Avvio di un nuovo processo, differente da quello medievale, una città che si erge sulle altre. **Sparisce la frammentazione per la prima volta.** Un nuovo diritto territoriale si sta formando. Teso:

statuto di firenze, anno 1415 "Statorum populis et communis florentiae tractatus I. libri quinti De Legibus":

*"Ordiniamo che la nostra Città di Firenze con tutto il suo territorio sia retta e governata dalle nostre leggi, eccetto ed in quanto luoghi del nostro territorio si servissero di proprie leggi, diritti e statuti, che siano stati tuttavia promulgati o confermati dalla nostra autorità. Decretiamo che il territorio predetto e i suoi luoghi sia costituito dalle città, terre, fortezze, castelli, comunità rurali, mare, porti, isole... e da qualsiasi altro luogo che è da noi in ogni modo e in nostro nome governato e posseduto e che in futuro sarà acquistato con il favore dell'Altissimo, ed ordiniamo che tutti i soggetti e coloro che saranno soggetti in futuro alla nostra giurisdizione, potestà e dominio siano uniti e vincolati dalle nostre leggi. Salvi sempre gli speciali statuti e diritti dei luoghi particolari del nostro territorio che furono promulgati o confermati dalla nostra autorità ... e salve le consuetudini di ognuno dei predetti luoghi"*

C'è da sottolineare che l'assenza dello stato non viene colmata improvvisamente, ma attraverso tre grandi tipologie statuali:

- Stato **giurisdizionale** XIV-XVIII sec: antico regime → è lo stato più vicino alla realtà medievale; è una primissima forma di stato che prende vita tra dimensione universale e città urbane:

- contenitore di soggetti minori

- debole centralizzazione

- il governo opera tramite la giurisdizione, tramite magistrature

- interesse per il diritto ma preesistente pluralismo giuridico.

Lo stato giurisdizionale ha avuto una **costituzione di tipo cetuale**, la quale si fondava sul ruolo svolto dai signori territoriali, e con le stesse monarchie, che non era solo di opposizione o di resistenza, di difesa degli antichi privilegi e dei diritti particolari, ma anche di collaborazione e di partecipazione al governo, attraverso le nascenti assemblee rappresentative, mediante la definizione sempre più frequente di regole scritte condivise. La costituzione cetuale, che ha dominato la scena europea fino alla rivoluzione, rappresentava un ordinamento complessivo capace di organizzare il processo di governo e le relazioni tra i diversi poteri e soggetti agenti sul territorio. Gli elementi della costituzione cetuale sono:

- il **popolo**→ che si trova alla base. Esso non rappresentava un insieme di individui sottoposti all'autorità di una medesima legge, e sulla base di questa titolari dei medesimi diritti; è piuttosto una concreta realtà storico-costituzionale entro cui si consociano, all'interno di un dato territorio, una molteplicità di soggetti collettivi, di ordini, di città, di comunità, di corporazioni, attraverso una serie di patti e di contratti, che puntano a conservare l'identità distinta, anche in senso giuridico, dei singoli soggetti, ma nello stesso tempo riconoscendo l'esistenza dell'intero, del popolo stesso.

- il **Re o signore territoriale**→ titolare di vasti poteri d'imperium, ma che per quanto forte e potente sia è

destinato ad arrestarsi di fronte all'esistenza di un popolo concretamente portatore di una serie di diritti e ordinamenti tra loro concatenati, che alla fine danno come risultato la legge fondamentale di un certo territorio, che quel signore non certo arbitrariamente mutare a proprio piacimento

• Stato di **diritto** XVIII-XIX sec: dalla rivoluzione francese alla prima guerra mondiale.

Essa sarà dotata di una costituzione liberale, che provvedere a equilibrare i poteri, in particolare tra monarchie e parlamenti, e a riservare alla legge la normazione sui diritti, sempre più sottratta al decreto regio, all'atto dell'esecutivo. La stessa legge assumerà inoltre la forma, sistematica, stabile e ordinata, del Codice, nel campo civile e penale e nella disciplina dei processi. Nello stesso tempo, nella medesima fase storica delle codificazioni, si formerà il diritto amministrativo, un diritto proprio e specifico dell'amministrazione pubblica, espressione di autorità, e in qualche modo di superiorità sui privati, ma anche destinato a normare in modo crescente l'azione dei pubblici poteri, e anche, in ultima analisi, ad accrescere la possibilità degli stessi privati di ricorrere contro gli atti dell'amministrazione di ottenere una più ampia sottoposizione dell'azione amministrativa al sindacato del giudice. Tuttavia nel complesso panorama europeo tra XIX e XX secolo, lo Stato di diritto, si rivelò incapace di affrontare alcune grandi sfide del Novecento.

• Stato **sociale** XX sec: è il periodo delle grandi costituzioni di Germania, Austria, Italia, Francia.

UN ESEMPIO DI STATO GIURISDIZIONALE

Emblema dello Stato giurisdizionale è la Francia dei Valois: è infatti la Francia che compie più rapidamente questo processo di formazione dello stato moderno. Vi è dunque una rappresentazione diversa dello spazio cittadino: della capitale si esercita il potere e si inizia a esercitare la dialettica tra centro e periferia anche se si tratta di un territorio che è articolato in più autonomie. Si compie infatti in Francia, per prima, una forte istituzionalizzazione del potere centrale. Francia dei Valois: Etat Royal da Luigi XI (1461) a Enrico IV (1593).

COM'È COMPOSTO:

AL CENTRO → il **consiglio del re**: esercizio del potere (l'organo attraverso cui si esplica l'esercizio del potere. E' un consiglio unitario che si inizia a dividere in vari consigli che corrispondono alle varie sfere e materie di esercizio del potere)

- ❖ consiglio degli affari (il re esercita la politica interna)
- ❖ consiglio privato
- ❖ consiglio delle finanze
- ❖ consiglio dei dispacci (il re esercita la politica estera)

Non c'è comunque nessun testo costituzionale o disposizione che divide le varie sfere di competenza.

Sostanzialmente, il consiglio del re è unitario e lo articola il re al suo interno.

→ la **corte**: rappresentazione della monarchia (dove si svolgono i rapporti tra il re e i nobili del regno)

→ gli **Stati Generali**: assemblea cetuale (composti da clero, nobiltà e terzo stato; rappresenta le grandi organizzazioni cetuali del regno).

Si innesca un rapporto dialettico tra il centro e la periferia del potere, che può essere tale solo se c'è un rapporto tra potere centrale e periferico. Viene infatti creata una rete di soggetti che esercita una funzione di amministrazione pubblica unitaria e allo stesso tempo ramificata sul territorio attraverso uffici giurisdizionali e finanziari. Il vuoto medievale viene dunque gradualmente colmato dalla presenza di questo stato che governa e una periferia che esercita l'amministrazione sul territorio attraverso una fitta rete di uffici: i poteri sul territorio sono infatti esercitati per delegazione permanente. Questo apparato è affidato in proprietà di ceto: vi è infatti la venalità delle cariche. Il potere del governo che cambia strumenti e passa dal potere feudale o cittadino a potere statale.

SUL TERRITORIO → rete di **uffici finanziari**

- ❖ camera dei conti
- ❖ corte degli aiuti
- ❖ uffici di finanza

→ rete di **uffici giurisdizionali** (Parlamento, seggi presidenziali)

→ **Stati provinciali**: assemblee cetuali provinciali

Con lo stato giurisdizionale, in Francia in particolare, ci si inizia a interessarsi al fenomeno giuridico; sono infatti presenti due realtà:

→ paesi di diritto **scritto**, con i libri legales, ad esempio nei paesi meridionali; il testo romano non ha attecchito ma questo circola nella sua interpretazione.

→ paesi di diritto **consuetudinario**, con fatti normativi non scritti, ad esempio nei paesi settentrionali; le consuetudini regolano i rapporti privati.

- forte medievalità della Francia.

Dal '400 il potere politico (Corte, Consiglio) elabora un'ordinanza per intervenire sulle consuetudini → ordinanza di **Montils-Les-Tour di Carlo VII** (1454). Si tratta di un atto normativo a contenuto generale del principe. Non è un ius inventum ma è ius positum e introdotto all'interno del consiglio del re. Il principe non vuole intervenire ma vuole mettere ordine introducendo conferma delle regole di validità.

Primo segno di un'inversione di tendenza: il potere politico interviene sul sistema delle fonti che già esistono, non in funzione sostitutiva ma razionalizzatrice delle fonti giuridiche esistenti. Nuovo interesse del potere politico, che inizia a controllare il diritto esistente.

Il contenuto normativo dell'ordinanza è la messa per iscritto delle consuetudini nei paesi di diritto consuetudinario. E' un lavoro da fare "in loco", provincia per provincia con l'intervento degli stati provinciali e con la collaborazione del commissario regio i quali devono individuare le vecchie fonti di diritto consuetudinario e fissare queste in un testo scritto per darne certezza e efficacia. Se la norma consuetudinaria non filtra attraverso una norma scritta non può avere valenza ed è irrilevante. Il fatto normativo incontra l'atto normativo, senza creare però diritto perché si mettono al sicuro, per iscritto, le consuetudini. Non si realizza un testo uniforme, un unico apparato di norme; è un lavoro molto difficile perché se la consuetudine era espressione di un grande e articolato pluralismo: vi erano 60 consuetudini generali e 300 particolari. Le consuetudini fino a questo momento sono ancora indipendenti dal potere politico, ma con questa ordinanza vi è l'intervento del potere sulle vecchie fonti. Novità e continuità fuse insieme, senza tagliare la storia a fette, per riprendere Le Goff. Il potere regio opera un filtro di validità della tradizione consuetudinaria, solo la consuetudine redatta per iscritto può essere allegata in giudizio.

Dopo qualche decennio dall'ordinanza di Montils-les-Tours viene emanata un'altra ordinanza: ordinanza sulla giustizia di villers-cotterets (1539) di Francesco I. Ordina a impiegare la lingua francese per tutti gli atti giuridici ufficiali; ci si avvia verso la costruzione di un diritto nazionale francese. Questa ordinanza segna un elemento di identità e appartenenza allo stato e si configura come ordinamento giuridico particolare ma di crescente nazionalità. Viene messo da parte il latino e questo è un elemento di discontinuità con il medioevo.

**ORDINANZA SULLA GIUSTIZIA DI VILLERS-COTTERETS** → art.111: *A causa degli inconvenienti che si sono spesso verificati nella comprensione delle parole latine contenuti negli editti e nelle decisioni, ni vogliamo d'ora in avanti che in tutte le sentenze, tutte e altre procedure, sia delle nostre corti sovrane, sia delle altre corti subalterne e inferiori, registrazioni, contratti, commissioni, testamenti, così come qualunque altro atto di giustizia o alla giustizia correlato, siano pronunciati, rogati e comunicati alle parti nella lingua patria francese.* → Ordinanza che stabilisce le regole processuali che devono essere adottate dai giudici del regno, la lingua della giurisdizione (anche atti privati) da qui in avanti è in francese, non più in latino!

## UMANESIMO GIURIDICO

La scienza giuridica prima era caratterizzata da un commento sempre più creativo e autonomo rispetto al testo romano, ora la scienza giuridica vive un intenso momento di trasformazione → diverso approccio al diritto romano: la vena storicistica del giurista umanista è molto diversa dal giurista medievale perché il giurista umanista sa ricostruire la grossolanità di alcune interpretazioni del testo antico da parte dei giuristi medievali.

Molti umanisti notarono che il Digesto era pieno di errori e che era opportuno correggerlo ricorrendo al manoscritto più antico dell'epoca: La littera Pisana o fiorentina a seguito della conquista di Pisa da parte di Firenze.

L'umanesimo giuridico è tesaurizzazione di determinate premesse umanistiche, frattura verso le certezze medievali, il diritto romano doveva essere recuperato per quel che era stato → storicizzazione = il diritto romano espressione e specchio del suo tempo, è concepito come un prodotto storico. Restituire il diritto romano ai romani e coglierlo come prodotto storico è la premessa per due risultati:

1. Differenziare il passato dal presente
2. Mettere in luce la specificità del presente

Razionalismo e storicismo → indagine storico-filologica; costruzione del sistema. Viene fatta una critica alla semplificazione giustiniana.

Gli umanisti sono tutti presi da un ideale **pansofico** = riferimento a una scienza totale, applicabile alla loro visione del sapere come unità coordinata delle conoscenze e dello scienziato che non può non limitarsi ad arare soltanto il proprio ristretto campicello. Il sapere è un tutto connesso, è pansofia. **Filologia** = strumento decisivo, "doctrina orbicularis" = scienza multiforme ed esperta che consente di carpire il segreto di una intera civiltà storica. Esigenza = restituire il diritto romano ai romani. Seguirne fedelmente le mutazioni prodotte nella civiltà giuridico romana durante il millennio.

Indirizzo metodologico → nuovo approccio con glossatori e commentatori; nel voler scoprire il vero volto storico dell'esperienza giuridico romana si segnalano due anime differenziate che valorizzano atteggiamenti diversi. Anima razionalista da una parte, dall'altra storicista.

I principi portanti della scuola culta erano in primis la ricostruzione filologica del testo del Digesto, la contestualizzazione e storicizzazione dello stesso. La scuola culta è formata da giuristi che sanno di matematica, filosofia, letteratura e uno dei più grandi esponenti è Andrea Alciato e Francois Hotman, la cui opera più celebre è

l'Antitribonian (1576) → consiste in una critica al diritto romano e in particolare alla parte del digesto nel corpus iuris civilis redatta da Triboniano. Secondo Homan, Triboniano ha antologizzato e tagliato delle fonti importanti del testo romano per la compilazione dell'edizione Giustiniana: il giurista umanista, invece, si pone indipendentemente al testo giustiniano in stretto dialogo però con la classicità. Hotman, giurista immerso nel nuovo clima culturale, scrive dei libelli polemici colmi di proposte al governo regio. Si afferma l'inutilità del diritto, studio del diritto pubblico romano. Fa leva sulle antiche istituzioni dei franchi.

• Giustiniano ha malamente utilizzato i frammenti del sapere scientifico classico devitalizzandoli con manipolazioni. I giuristi classici attingono ai grandi logici greci, da cui ne ricavano un edificio sistematico che ricostruiscono. Si valorizza la logica perfetta (perfetta perché fondata sulla natura dell'uomo => "recta ratio" = retta ragione). Il diritto romano appare come ratio scripta (manifestazione scritta di una razionalità pura). In questo orientamento può essere messa a frutto la cultura pansofica => "De Architectura" del romano Vitruvio e il "de re aedificatoria" di Leon Battista Alberti. Il diritto accentua il tessuto di ordinatore della realtà grazie alle basi logiche.

Gli umanisti storici si danno da fare per costruire un diritto nazionale francese insistendo sulla necessità dell'utilizzo delle "coutumes" => fonti rozze che esprimono bene l'unità spirituale francese. Oltre al diritto romano viene posta attenzione anche sul diritto **nazionale**, utilizzando le consuetudini regionali; ogni diritto è un prodotto storico e meritevole di essere valorizzato quale segno del suo tempo.

Charles DU MOULIN (1539), giurista francese → commento alla consuetudine di parigi; operazione sulla concordanza o l'unione delle consuetudini francesi; il patrimonio consuetudinario (estremamente articolato)

MOS ITALICUS E MOS GALLICUS (stile francese e stile italiano di studiare il diritto antico)

Nel caso italiano c'è meno discontinuità, la tradizione del commentario hanno una forza di continuità maggiore. Non perché in Italia non ci sia l'umanesimo ma perché lo spazio di sviluppo sarà la Francia (che già ospita una prospettiva di sedimentazione di una monarchia che inizia ad interessarsi del fenomeno giuridico). Lo stile

italiano è più legato ai testi del 300, pur conoscendo lo stile francese se ne tiene alla larga.

**ASSOLUTISMO POLITICO - XVII\XVIII** → è la tendenza della monarchia ad eliminare sempre più le diverse forme di condivisione del potere che si erano stratificate nel tempo

I due grandi protagonisti sono Luigi XIII (cardinale Richelieu) e Luigi XIV (Colbert)

Il 600 segna la capacità di esercitare le proprie funzioni di governo nel territorio. La società è ancora divisa in organi (stato, nobiltà, terzo stato), vi è una forte resistenza nobiliare che pretende di condizionare la politica del sovrano. Cosa succede?

-non viviamo un passaggio statale, la tipologia rimane ancora lo stato giurisdizionale in cui la giurisdizione si mantiene come un contenitore di una certa complessità

-si rafforza la centralizzazione (si rafforza il ruolo di governo del centro politico amministrativo)

-territorio articolato e plurale, società cetuale

-cresce il potere legislativo del principe (si approfondiscono quei solchi dello stato giurisdizionale, diventa manifestazione di un programma politico, capace di introdurre la legge del principe all'interno del sistema delle fonti)

in Francia In questo periodo lo stato giurisdizionale si fa più incisivo:

**AL CENTRO**

→ **governo personale del re** (Nella Francia del '600 si riconosce un più concreto esercizio del governo, anche se al centro le cose sostanzialmente non cambiano fino al 1789 e il centro del potere ruota intorno al servizio personale del re. Non ci sono grandi formazioni, il re si affida a persone capaci di affrontare lo stato. Luigi XIV decide di governare senza un primo ministro, affidandosi solamente al consiglio del re che presiede personalmente)

→ **primato del consiglio delle finanze** (La corte e il Consiglio del re rimangono degli organi immutati dal 1500 al 1789, però si può notare un progressivo primato del Consiglio delle Finanze. Il re ha una sua composizione articolata, come oggi il ministero dell'economia è il cuore del governo. Il consiglio delle finanze ci fa vedere come sta mutando il ruolo di questo centro politico amministrativo, si inizia a far leva sulla capacità di promozioni)

→ **marginalizzazione degli Stati Generali** (Dal 1614 al 1789 non vengono convocati gli Stati Generali, a dimostrazione della GRANDE FORZA DELLA MONARCHIA, che può fare a meno degli stati generali e può governare senza una grande assemblea cetuale. In Inghilterra, invece, nello stesso periodo con la guerra civile inglese e la cacciata degli Stuart si afferma la FORZA DEL PARLAMENTO. Affinché questo avvenga anche in Francia bisogna aspettare circa duecento anni. Il modello inglese stabilisce la sua forza nella codecisione con il Parlamento di questioni relative al regno, mentre la Francia rimane senza rappresentanza cetuale per due secoli) Elemento di forte diversità rispetto al medioevo → espansione dei poteri del centro politico amministrativo La monarchia nel corso del Seicento si trova di fronte un territorio sconfitto e difficile da governare. Quindi al centro progressivamente i consigli vengono distaccati dalla corte e ci sono in consiglio dei professionisti della politica.

**SUL TERRITORIO:** sdoppiamento degli apparati:

→ **Governo per magistrature \ governo per commissari** (mentre nel '500 erano state distribuite fitte reti di uffici controllati dal sovrano, nel Seicento le funzioni sono affidate a magistrati che appartengono a quel territorio e alla società per corpi e dunque in conflitto con il re → è per la Francia un periodo di grande guerra e conflitti, infatti partecipa alla guerra dei Trent'Anni (1618-1648) che coinvolge tutta l'Europa centrale, si tratta del primo vero conflitto tra società statuali. La Francia ha bisogno di finanziare una guerra ultradecennale ma si trova in una grave situazione di crisi economica e le strutture tradizionali non riescono a seguire questa presa di dominio sul territorio; anche le magistrature si rivelano uno strumento inadeguato quindi la macchina di governo deve essere modernizzata, in modo da velocizzare il prelievo fiscale e il controllo dello stesso e massimizzare le entrate del principe. Alla vecchia rete di uffici sul territorio viene sostituito un governo per commissari a cui si affianca un personale di fiducia del re che abbia le competenze maturate all'interno del consiglio del re)

→ **Intendente:** nuovo servitore del re

FONTI DEL DIRITTO: crescente intervento legislativo del Principe

Tocqueville, L'Antico Regime e la Rivoluzione (1859)

Tocqueville è un uomo dell'800, nasce dopo la Rivoluzione e riflette su di essa soprattutto dopo un viaggio che compie in America per studiare l'amministrazione penitenziaria. Da qui cova un'opera di confronto tra le vicende della monarchia francese e le vicende di un paese nuovo e repubblicano che sperimenta aspetti istituzionali del tutto nuovi. La sua opera "L'antico regime e la rivoluzione" è prettamente storiografica e definisce sostanzialmente il rapporto tra antico regime e rivoluzione. La rivoluzione è continuità o frattura? Tocqueville analizza gli elementi di novità e continuità e riconosce l'individualità dei percorsi istituzionali, definendo in particolare l'intendente che è la figura principale di questi elementi di novità. Il governatore è un nobile che abita nella corte, l'intendente non è di nascita nobile ed è estraneo alla provincia, perché proviene dal centro. Non ha la stessa legittimazione degli altri membri delle istituzioni francesi. Non è eletto, non ha diritto di nascita o acquisto di carica. E' infatti *scelto dal governo e può essere revocato dallo stesso*: gerarchicamente dipende dal governo e questo modello di radiazione dello stato dall'interno sul territorio è evidente ed efficace attraverso questo apparato istituzionale. E' un apparato scelto dal potere centrale, gerarchicamente dipendente dal potere centrale e direttamente revocabile dallo stesso. Egli rappresenta il potere del corpo centrale sul territorio ed è detto *"commissario distaccato"*, perché ha iniziato la sua carriera politico-istituzionale all'interno del consiglio del re, ma non fa più parte di quel consiglio sul territorio (anche se porta su di esso quasi tutti i poteri del Consiglio). E' allo stesso tempo amministratore e giudice. Sta nascendo un nuovo volto amministrativo statale, adeguato ed efficace che rende più incisiva la struttura di governo anche sul territorio della periferia.

*"l'intendente non è di nascita nobile, è sempre estraneo alla provincia, è un giovane che ha la sua strada da fare. Non esercita i suoi poteri per nomina elettiva, né per diritto di nascita, né per acquisto della carica; è scelto dal governo fra i membri inferiori del Consiglio di Stato, ed è sempre revocabile. Avulso da quel corpo, egli lo rappresenta tuttavia, ed è perciò che, nel linguaggio amministrativo del tempo, è detto 'commissario distaccato' (commissaire departi). Accentra nelle sue mani quasi tutti i poteri del Consiglio, e li esercita tutti in primo grado. Come il Consiglio, egli è allo stesso tempo amministratore e giudice. L'intendente corrisponde con tutti i ministri; è l'agente esclusivo, nella provincia, di ogni volere del governo"*

Crescente intervento legislativo del principe

-Opere che non sono commenti di altre opere, ma trattati: è una letteratura moderna che si mette a confronto con la realtà del presente. Non si parte dal commento del testo per adattarlo alla realtà del presente come avveniva nel Medioevo. Questa letteratura è caratterizzata dalla delineazione dello stato come presenza attiva nella disciplina dei rapporti sociali.

• **Bodin, "I sei libri dello Stato" (1576)**

In quest'opera Bodin descrive il rapporto di dominio che si viene a creare tra lo stato e la sovranità e le altre realtà su cui lo stato la esercita. Nella dedica iniziale a Du Faur spiega le ragioni per il quale scrive l'opera in volgare: la lingua latina è ormai esaurita e in questo modo può essere compreso meglio da tutti; il volgare, dunque, è un canale di comunicazione necessario della realtà statale. Bodin opera nel periodo delle guerre di religione e per questo vi è una forte ricerca della statualità che ponga fine alle guerre. Riflette sulla costituzione cetuale.

1 - definisce lo Stato come un "governo giusto" e la giustizia si esercita con il potere di un sovrano che pretende di iniziare a porre dominio sulle fonti del diritto e sulle famiglie e su tutto ciò che esse hanno in comune fra loro.

1,2 - qui Bodin fa una similitudine tra lo Stato e la nave: la nave è composta da legno informe e se si toglie lo schienale che ne sostiene i fianchi, la prua, la poppa, il timone, questo legno può solo galleggiare e non navigare; così lo Stato non può essere tale senza un potere sovrano che ne tiene unite le membra e tutte le parti, cioè tutte le diverse famiglie che danno vita un corpo unitario. Lo stato riunisce in un unico corpo tutte le diverse realtà che provengono dall'esperienza medievale. Con la Stato resta comunque il pluralismo, ma il pluralismo è unificato e tenuto insieme, identificando diverse realtà in un'unica lingua. Elementi di progressività con il passato: non si

vuole eliminare o sostituire completamente il pluralismo giuridico, ma solo riunificarlo sotto un corpo.

1,8 – Bodin definisce la sovranità come potere assoluto dello stato, ma non illimitato e non derivato da altri poteri. La sovranità infatti secondo Bodin incontra limiti nelle leggi di Dio, della natura e delle genti, a cui Gaio dava il nome di *ius gentium*. La sovranità identifica una condizione di unità del corpo politico e con essa vi è la rottura degli universalismi medievali → lo stato sovrano è infatti un elemento di novità rispetto al medioevo perché essa si esercita come centro dominante sul territorio da parte dello Stato. La sovranità è intesa da Bodin come centro di “potere assoluto e perpetuo”, intendendo un potere originario e non derivato, cioè non conferito da altro potere, irrevocabile, esclusivo e indeterminato. Il potere si interessa al diritto, però Bodin sottolinea la differenza tra diritto e legge: il diritto registra infatti l’equità, la legge è comando di un principe sovrano che esercita il potere.

*“c’è molta differenza tra il diritto e la legge: il primo registra fedelmente l’equità; la legge, invece, è soltanto il comando di un sovrano che esercita il suo potere”.*

#### **-Giovanni Botero: Dalla ragion di stato**

“stato è dominio fermo sopra popoli e ragion di stato è notizia di mezzi atti a fondare, conservare e ampliare un dominio così fatto” 1589.

Per Giovanni Botero la ragion di stato è una scienza, un sapere scientifico che accompagna coloro che hanno il comando territoriale e si esprime in una serie di saperi che i consiglieri devono avere per assistere il sovrano nel comando del territorio. Questo passo ci fa vedere come accanto all’individuazione di un nuovo oggetto di studio e una nuova raffigurazione ci sia anche la necessità di elaborare quelle scienze ( economia, diplomazia) che aiutano il governo del territorio e ne sono la sostanza.

Dominio fermo ☐ lo stato porta questa declinazione di fermezza e stabilità di assetto istituzionale duraturo che trascende la figura fisica del principe, lo stato è una macchina istituzionale. La sovranità è un potere assoluto e perpetuo, lo stato non si riduce al carattere caduco e mortale della figura fisica che ne regge le sorti.

• **Machiavelli “Il Principe” (1513)** La nuova presenza dello Stato non passa inosservata nemmeno a personaggi come Machiavelli, con il quale nasce la scienza giuridica; egli separa la scienza giuridica da dimensioni religiose, etiche e morali; schiude due profili, quello politico del potere, che diventa oggetto del suo studio, e quello religioso ed etico. La sua più celebre opera, *Il Principe*, è preceduta da una lettera a Francesco Vettori al quale spiega la sua opera e ragiona sull’esercizio del potere. Gli spiega di aver scritto l’opera per definire cosa sia il principato, quali sono le varie specie, come si acquisiscono, come si mantengono e perché si perdono. Machiavelli si può dire che sia uno scienziato della politica e della macchina del potere. Infatti egli inizia a identificare lo Stato come modello di dominio.

Cap 1 – Machiavelli spiega che ci sono delle realtà repubblicane, come Venezia o Firenze e dei principati, come il Piemonte o la Lombardia, e queste realtà sono unite dallo Stato, il quale esercita la sua sovranità. E inoltre dice che tutti questi stati, che hanno dominio sopra agli uomini, sono stati e sono repubbliche o principati.

Quindi → Machiavelli è tra i pochissimi che offre un’espressione dedicata al principato, per la prima volta inizia a dare una definizione del fenomeno di costruzione della statualità in corso da decenni ma che attende una raffigurazione giuridico politica. Gli stati “i domini” che hanno un imperio sopra l’uomo, le strutture di comando del territorio sono il risultato del processo di concentrazione del potere e che nello stato erigono il punto di riferimento del comando del principe. Machiavelli rappresenta un trampolino di lancio della riflessione di Bodin. Le realtà istituzionali, la centralizzazione del comando che caratterizza la formazione dello Stato richiede lo sforzo della nomenclatura ( dare un nome alla realtà ) che prima non esistevano. Si inizia ad avere la necessità di definire la struttura che si pone come dominio. Lo stato è il dominio fermo ( è un apparato e un assetto istituzionale) il principe interpreta una forma di dominio e il tema della sovranità e dei suoi limiti.

Nel Seicento francese si riscontra un sempre crescente intervento legislativo del principe e un crescente interessamento alle fonti del diritto limitatamente alla tutela dei fatti normativi senza un apparato legislativo da parte del principe. Il secondo Seicento ospita invece una forte proiezione regolativa del consiglio del re e delle

finanze, con l'emanazione quattro importanti ordinanze da parte di Luigi XIV e Jean Baptiste Colbert, due in materia civile o penale e due sul commercio:

- **Ordinanza sulla giustizia civile** (ordonnance civile pour la reformation de la justice) – 1667
- **Ordinanza sulla giustizia criminale** (ordonnance criminelle) – 1670
- **Ordinanza sul commercio** (ordonnance du commerce) – 1673
- **Ordinanza sulla marina** (ordonnance de la marine) – 1681

Queste ordinanze sono testi con poteri materialmente legislativi → testi di carattere generale con l'obiettivo di creare diritto; testi normativi complessi perché progettati ed elaborati con l'ausilio di esperti. Hanno l'obiettivo di abrogare le disposizioni contrarie o diverse alle stesse. Si tratta della prima vera manifestazione di una legislazione moderna a sottolineare la sovranità legislativa del principe. E' questo infatti *ius positum* e non *ius inventum* perché il principe individua settori in cui è necessaria una disciplina generale e uniforme per il regno. Queste ordinanze rappresentano un momento significativo di svolta: un vero e proprio intervento legislativo che mancava da secoli. Sono ordinanze divise in titoli e articoli, come i provvedimenti normativi moderni, hanno delle epigrafi e dei commi. Novità: progetto normativo del principe: diritto costruito dall'istituzione statutale e intervento del legislatore sulle fonti del diritto. La presenza del legislatore non investe tutti i campi, ma solo quello di ordine processuale e mercantile. Manca infatti il diritto sostanziale privato. Sono provvedimenti che hanno scarsa incidenza sul diritto sostanziale e molto lontani dalla Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino: infatti l'ordinanza sulla giustizia criminale, ad esempio, disciplina la tortura. Ma allo stesso tempo l'ordinanza sulla giustizia civile è una base solida per Napoleone che nel 1806 emana il codice di procedura civile.

- Luigi XIV  
– Ordinanza sulla *giustizia civile*

Nel prologo il principe sintetizza il contenuto normativo del provvedimento e spiega perché il consiglio del re ha scelto di intervenire sul sistema delle fonti con questo provvedimento. Spiega dunque motivi e contenuti. Rappresenta un intervento più massiccio rispetto all'ordinanza sulla giustizia di Villers-Cotterets; intervento legislativo sulla giustizia che è la funzione pubblica per eccellenza. E' infatti "il più solido fondamento degli stati e assicura la pace delle famiglie e il bene dei popoli". Si tratta del pilastro istituzionale più importante della monarchia. Motivi dell'ordinanza: → Ristabilire l'autorità della legge → Stabilire uno stile uniforme a tutte le corti (cancelleria) → rendere gli affari pronti, facili e sicuri. La chiusa del prologo è una formula di cancelleria, e si nota che il re non si pronuncia mai da solo ma ad avviso del consiglio.

*"Dal momento che la giustizia è il più solido fondamento della durata degli Stati, assicurando la pace delle famiglie ed il bene dei popoli, abbiamo impiegato tutte le nostre cure per ristabilire l'autorità della legge all'interno del nostro Regno, dopo avergli donato la pace con la forza delle nostre armi. Proprio per questo, abbiamo verificato che le ordinanze saggiamente stabilite dai Re nostri predecessori per rendere più rapidi i processi non sono state osservate o lo sono state in modo difforme da Corte a Corte, e che è dunque necessario provvedere per rendere la spedizione degli affari più pronta, più facile e più sicura, con l'abolizione di molti termini e di molti atti processuali inutili e stabilire uno stile uniforme in tutte le nostre Corti. Per questi motivi, d'avviso del nostro Consiglio e di nostra certa scienza, piena potestà ed autorità reale, abbiamo detto, dichiarato e ordinato, diciamo, dichiariamo e ordiniamo e ci piace ciò che segue".*

- Ordinanza sulla *giustizia criminale*: si stabilizzano le pratiche di repressione e il reato diventa di interesse pubblico.

*"I grandi vantaggi che i nostri sudditi hanno ricevuto dalle cure che abbiamo impiegato per riformare la procedura civile ci hanno spinto a dare analoga applicazione all'istruzione criminale che è tanto più importante, dal momento che non solo conserva i soggetti particolari nel pacifico possesso dei loro beni, come la procedura civile, ma assicura anche l'ordine pubblico e trattiene, per il timore del castigo, coloro che non sono trattenuti dalla considerazione dei loro doveri"*

- Ordinanza sul *commercio* → alleanza stato-capitale, un nuovo volto per il diritto dei mercanti, rilevanza pubblicistica della mercatura; lo stato si fa carico dell'affidabilità degli scambi.

Dal punto di vista della disciplina non rinnova del tutto lo *ius mercatorum*, ma è importante base solida per la formulazione del codice di commercio del 1807. Non vengono disciplinati importanti istituti come ad esempio la società di capitali e quindi questa ordinanza si riferisce all'esercizio da parte del re di attività connesse alla finanza. L'elemento di novità dell'ordinanza sta nel fatto che lo *ius mercatorum* era il diritto di una società corporativa; qui, invece, si nota una manifestazione di sovranità uniforme e generale che abbraccia il mondo del commercio. C'è una statalizzazione del diritto mercantile nato prima per regolare gli scambi tra i mercanti e posto da mercanti stessi e non da un sovrano. Ora l'ordinanza si estende per un più ampio raggio per l'apertura al nuovo mondo coloniale, con la nascita di una più fitta rete di traffici anche verso rotte atlantiche. L'ordinanza di commercio è una chiara manifestazione di intervento a largo raggio della sovranità che esce dai confini dello stato. Il commercio è ormai globalizzato e lo *ius mercatorum* appare inadeguato. Si crea una alleanza tra stato e mercanti, lo stato ha bisogno dei mercanti → sono fonte di capitale, portano la ricchezza; e i mercanti hanno bisogno dell'appoggio dello Stato per essere difesi nel percorso delle rotte atlantiche e della concorrenza internazionale → Si crea un nuovo equilibrio tra il potere sovrano e la mercatura con una alleanza tra lo stato e la mercatura: Colbert e Savary.

*"Poiché il commercio è la fonte dell'abbondanza pubblica e della ricchezza dei privati, noi abbiamo impiegato per più anni i nostri sforzi per renderlo fiorente nel nostro regno. E' questo obiettivo che ci ha portato in primo luogo a fondare tra i nostri sudditi diverse compagnie, per mezzo delle quali si importa oggi dai paesi più lontani ciò che prima avevamo soltanto per mezzo delle altre nazioni. Ed è questo stesso obiettivo che ci ha spinto in seguito a costruire ed armare un gran numero di vascelli per il progresso della navigazione e ad impiegare la forza delle nostri armi per mare e per terra, per garantire la sicurezza. Avendo queste realizzazioni tutto il successo che noi attendiamo, abbiamo creduto di esser tenuti a provvedere alla loro durata per mezzo di regolamenti in grado di assicurare presso i mercanti la buona fede contro la frode e di prevenire gli ostacoli che li deviano dalla loro attività per la lunghezza dei processi, consumando in spese i loro profitti". (prologo)*

Nel prologo dell'ordinanza di Luigi XIV si spiega il motivo per cui il principe interviene con una ordinanza su questa materia:

- Il commercio è fonte di abbondanza pubblica
- Rendere il commercio fiorente nel regno
- Istituire delle monarchie per importare dai più lontani paese e non solo tra nazioni vicine
- La legge è come un vascello per assicurare il progresso del commercio, la sua sicurezza e il suo successo

I motivi sostanzialmente, dunque, fanno capo all'abbondanza pubblica, alla massimizzazione dei commerci e alla ricchezza dei privati. Con questa ordinanza si delinea la prima politica economica interventista, come la conquista di metalli preziosi, l'istituzione di compagnie coloniali, ad esempio le indie orientali, una grande flotta commerciale.

Il code Savary o codice di commercio è una normativa che entra nel sistema esistente delle fonti, lo modifica e lo corregge senza sostituirlo mai completamente.

**CONTENUTO NORMATIVO:** disciplina vari istituti e attività; si tratta di una disciplina già contenuta nello *ius mercatorum*, ma qui è più forte il controllo del potere regio in ambito ad alcuni istituti, che non sono nuovi ma già nati dalle corporazioni mercantili. Con questa ordinanza, i vecchi istituti trovano nella forza della sovranità effettività. Viene dal passato, ma è rivestito con la forza della legge. Viene messa a punto la disciplina di vecchi istituti come:

- libri contabili: strumenti essenziali con cui si verifica la forza delle singole imprese o di una società oppure la capacità di fare utili nella mercatura professionale.
- società commerciali
- titoli di credito

- fallimento, differenziandosi dalla bancarotta.
- si crea, così, una vera e propria giurisdizione mercantile.

Il regno di Francia nei secoli XVII e XVIII e la costruzione di un “**droit français**” → alla fine del ‘500 lo stesso teorico dell’assolutismo regio = Jean Bodin constata che in Francia sussistono due ordinamenti giuridico che disciplinano zone differenti “loi” = legge immedesima nella volontà potestativa del re e “le droit” = consuetudine, diritto di origine consuetudinario.

Allo scoppio della Rivoluzione, anche se nel corso del ‘600 e del ‘700, assistiamo a riusciti tentativi di riappropriazione di larghi spazi dell’ordine giuridico da parte della legislazione regia. Il più cospicuo è compiuto da Luigi XVI e da Colbert con le 4 ordonnances → le prime due chiamate “code Louis” e la terza “code Savary”. Il termine “code” ha una pluralità di significati e di usi differenziati. Sulla base del latino “codex”, che all’origine indica il sostrato materiale, legno o carta, in cui viene scritto un testo, è passato a indicare una raccolta che organizza e sistema delle norme sparse. Il “codice” presuppone: la grande rivoluzione culturale del giusnaturalismo e illuminismo. Un legislatore onnipotente e presuntuoso che pretende di disciplinare con sue leggi tutto l’ordine giuridico. Le mitologie legalistiche e legoiatriche dell’illuminismo continentale.

Le prime due, che concernono la riorganizzazione della procedura civile e penale, mirano a una riforma della giustizia con uno scopo preciso ridimensionare il ruolo dei Parlamenti, che, da organismi giudiziari quali erano all’origine, avevano eroso lentamente la sovranità regia e si erano arrogati interpreti delle “leggi fondamentali” del regno; ribadire la soggezione di ogni giudice alla legge, previa identificazione della legge nella sola volontà dell’unico sovrano. La terza delle grandi ordinanze invece, ha un carattere diverso poiché è tesa a un disciplinamento unitario del diritto commerciale. La quarta segna una Francia che è già grande potenza coloniale al centro di traffici economici a proiezione mondiale. Ordinanza è frutto di pratici e trova il proprio demiurgo in Savary, esprime bene le necessità della borghesia mercantile. Grazie alla congiunta operosità dei giuristi eredi dell’umanesimo storicista, si stanno tracciando le linee di un diritto nazionale, autentico “droit français”. Sono queste delle ordinanze più tecniche e specifiche rispetto a quelle di Colbert.

A fine Seicento il diritto privato si conferma ancora extralegislativo.

Il quadro rimane sostanzialmente immutato sino al 1789 con la sola eccezione delle ordinanze di: Luigi XV e del Cancelliere Daguesseau:

- Ordinanza sulle **donazioni** (1731)
- Ordinanza sui **testamenti** (1735)
- Ordinanza sui **fedecommessi** (1747) → Art.692 c.civ: Ciascuno dei genitori o degli altri ascendenti in linea retta o il coniuge dell’interdetto possono istituire rispettivamente il figlio il discendente, o il coniuge con l’obbligo di conservare e restituire alla sua morte i beni anche costituenti la legittima, a favore della persona o degli enti che, sotto la vigilanza del tutore, hanno avuto cura dell’interdetto medesimo». Tale ordinanza è una disposizione testamentaria di morte. Questo era un istituto impiegato dalla nobiltà perché consentiva di istituire qualche erede e anche di devolvere il patrimonio a qualcuno anche dopo la morte dell’erede ed è scelto dal de cuius.

- Prologo sull’ordinanza delle donazioni:

Si può notare che, siccome l’incertezza insidia l’ordine giuridico, il legislatore deve stabilire che la legge non subisca variazioni secondo criteri di tempo e luogo, ma fissi criteri di condotta validi per tutto il regno e per una durata di tempo abbastanza estesa. Questa ordinanza rappresenta una conseguenza alla forte critica al sistema delle fonti del diritto esistente:

- anticipa il tema della riflessione illuministica sulla giurisdizione designando il rapporto tra giudice e legge.
- critica che spinge Daguesseau a intervenire con caratteri chiari sul patrimonio giuridico esistente.

A tal proposito guess è autore di due opere che iniziano ad ipotizzare un intervento legislativo che progressivamente abbracci i diversi istituti del diritto civile e scrive “*memoriale sui punti di vista generali che si possono avere sulla riforma della giustizia*” (1727) e un “*memoriale per giungere a conciliare la difformità della giurisprudenza*” (1728). La Cassazione, nata con la rivoluzione, garantisce l’uniformità della giurisprudenza. Se

c'è un conflitto all'interno della Cassazione, il presidente ha il compito di unire le sezioni per superare questo conflitto → questo è il sistema moderno; nell'antico regime, invece, non c'erano questi istituti e non c'erano meccanismi di nomofilachia per garantire l'uniformità dell'interpretazione e della giurisprudenza: nell'ordinanza si ribadisce la necessità di una giustizia uniforme nei suoi giudizi, perché fino a questo momento non era stata tale. Vi è la necessità di un diritto certo e uniforme sul territorio nazionale: questa necessità impatta il diritto esistente delle fonti, che è lontano dall'uniformità, perché nascente dall'aggregazione di particolarismi.

*"la giustizia dovrà essere tanto uniforme nei suoi giudizi quanto la legge lo è nelle sue disposizioni. La legge non può dipendere dalle esigenze di tempo e di luogo così come essa si fa gloria di ignorare e di non tener conto delle differenze delle persone. Non c'è legge che non affermi il desiderio di perpetuità e di uniformità. Il suo obiettivo principale è sempre di quello di prevenire i processi...."*

- Muratori, *"Dei difetti della giurisprudenza"*

Muratori è un ecclesiastico, bibliotecario del duca di Modena, storico delle fonti del diritto medievale ma estraneo alla filosofia politica del giusnaturalismo. La sua opera è sostanzialmente di demolizione e critica dell'ordine giuridico esistente e si lega strettamente all'obiettivo di uniformità della legge con le disposizioni affermato da Daguessau nell'ordinanza sulle donazioni. Sconfessa il sistema che ha retto l'ordine giuridico esistente, cioè la tradizione del testo romano affiancato dall'interpretatio del giurista, la tradizione stessa del rinascimento giuridico. E' come se mettesse in ridicolo la tradizione.

Muratori critica la tradizione per intervenire e correggerla. Il punto più importante della sua critica riguarda il rapporto tra diritto e legge. Il "diluvio" dei libri legales e lo sterminato numero di volumi non ha portato nessun giovamento alla giurisprudenza, anzi l'ha resa più difficile, imbrogliata, spinosa, più incerti e dubbiosi i giudizi di chi deve amministrare la giustizia, perché in tutti quei libri le sentenze sono contraddittorie tra loro. I giudici devono spaziare tra tante decisioni non uniformi ma contraddittorie, venendo quindi meno ai doveri di imparzialità, perché l'incertezza del diritto produce imparzialità del giudice. Muratori fa solo una analisi corrosiva del diritto esistente, senza dare al giudice direttive giuste e sicure da applicare al caso singolo. Il diritto deve essere certo, univoco, uniforme, generale.

*(cap.IV: «Dei difetti esterni delle leggi e della giudicatura»): ...Ma da che in Bologna nel secolo XI e, senza paragone più, nel secolo XII si cominciò lo studio delle leggi eccoti saltar fuori Irnerio e poscia altri legisti, che si diedero a far chiose alle leggi: ecco letture pubbliche di tal professione e poscia lettori veramente di gran grido, perché di gran sapere, formare commenti alle leggi. E, dappoiché la stampa rende facili le copie dei libri, eccoli i consulenti uscir fuori con un nuvolo di allegazioni e consigli; e finalmente eccoti una sterminata abbondanza di trattati di particolari argomenti e di decisioni emanate da varie Rote e Senati. Sicché ormai i libri legali formano una prodigiosa libreria... Chiedete ora qual sia il frutto di tanti libri, qual giovamento si sterminata mole di volumi abbia recato alla giurisprudenza. Sarà pur divenuta facile l'intelligenza delle leggi, spianato il cammino a giudicar rettamente».*

*«Tutto l'opposto. Ad altro non ha servito, né serve, questo diluvio di opere legali, se vi si farà ben mente, che a rendere la giurisprudenza più difficile, imbrogliata e spinosa, e più incerti e dubbiosi i giudizi di chi deve amministrare la giustizia. Volgete e rivolgete questi libri, troverete un'infinità di sentenze e conclusioni tutte in guerra tra loro, cioè contrarie o contraddittorie. Allorché avete osservato in dieci autori come s'ha a stabilire una massima, a decidere una controversia, passate innanzi e venti o trenta altri ne incontrerete, che spacciano e assodano con ragioni diverse, un differente parere. ... E però s'è in tal guisa riempita la scuola della giurisprudenza di incertezza e, invece di renderla atta a terminar le vecchie liti, s'è venduta un seminario di liti nuove e più propria per assicurare, che per illustrare le menti dei giudici, qualora essi si trovano colti in mezzo a tante diverse e contrarie opinioni. Il peggio è che con ciò si è aperto un bel campo ai giudici, qualora ne venga loro talento, e l'amicizia o l'odio o altre passioni vogliano essere esaudite, di decidere le cause in favore di chi è più loro in grado».*

Contro la «tanta farragine di libri di legge» c'è un solo rimedio: l'intervento del legislatore

Si avvia una riflessione binaria che abbraccia contemporaneamente:

- Il sistema delle fonti del diritto e la sua imprescindibile razionalizzazione legislativa
- La riorganizzazione del potere giudiziario.

Quindi → Muratori prende in giro la tradizione da Armadio ai glossatori e commentatori per far capire come il frutto di questo percorso sia stato una produzione che ha avuto l'effetto di rendere più dubbiosi e meno trasparente l'esercizio della funzione giudiziaria. La tradizione precedente appare una forma organizzativa dell'ordine giuridico che reclama chiarezza e certezza della regola. Muratori è necessario per la "chi legge" iniziale di CESARE BECCARIA in cui egli riprende la critica della tradizione, ma ci serve per capire come mai la rivoluzione ha messo al primo posto la codificazione del sistema. Un testo importante perché prendendo spunto da quanto avveniva nella Francia del tempo Muratori inizia a mettere in luce i difetti della giurisprudenza il titolo nel 1742 del libro segna una versione di tendenza, ma sulla strada del radicale riforme degli assetti antichi affidando al legislatore di sancire le norme alla base dell'ordinamento.

La riflessione anglo americana si basa sul pensiero di Locke, una celebrazione del nesso tra libertà e proprietà nella dimensione del common law la tradizione giurisprudenziale non viene mai messa in discussione e la certezza che il giudice assicura con la regola del precedente ci si affida per ottenere gli stessi obiettivi che nell'occidente si demanda al legislatore da qui la distinzione tra common law e civil law.

GIUSNATURALISMO → Nei secoli XVII e XVIII = civiltà giuridica che si impenna sulla nozione "diritto naturale" quale fondamento e matrice che serba al proprio interno la dialettica fra vari diritti storici positivi prodotti dalle varie entità politiche e un diritto superiore che fa a capo di esse in una realtà superiore = "natura". Carattere del diritto naturale = affrancatorio e liberatorio.

Nel seicento europeo si basa una dialettica sulla contrapposizione tra diritto naturale e positivo. Il contenuto nuovo era quello di diritto naturale. Le radici del giusnaturalismo e della nozione di diritto naturale si trovano nel '300 maturatosi nel '500. Nel '600 le scienze matematiche e naturali offrono presidio metodologico al quale il giurista si affida con dedizione totale. L'assillo del giusnaturalismo è liberarsi delle artificiose sedimentazioni storiche e pervenire a una perfetta registrazione di quello che fu il primitivo stato di natura.

Regola assoluta = istinto di autoconservazione. Il giurista olandese Huig van Groot (Grozio): per primo riuscì a esporre un progetto compiuto della nuova antropologia giuridico in una grossa opera "De iure belli ac pacis" (1625). Uno dei più lucidi incunaboli del diritto moderno. Nelle ampie premesse "*Prolegomena*" => egli fissa i cardini del rinnovamento metodologico. L'EVIDENZA = cerniera che permette di chiudere verso l'alto. Ciò che è evidente non necessita di interventi celesti, ma trova in sé la propria giustificazione.

Il nuovo giusnaturalismo è laico. Grozio è un ammiratore di Galileo e quindi assume come modello le scienze matematiche riconoscendo il loro primato. Vi è una riduzione della complessità del diritto in un'armonia di figure geometriche, "mos geometricus" = diritto che è l'opposto del disordine ordine giuridico medievale, semplificato in linee essenziali come i teoremi e postulati dei matematici. Nella seconda fase groziana si rinnega la fattualità del diritto, si opta per un sapere virtuale. Stato di natura = laboratorio dove si esercita la fantasia del giurista.

Il giusnaturalismo seicentesco ha una valenza complessa e ambigua. Puntare sull'uomo allo stato puro e sul primitivo stato di natura ha il significato di disegnare un territorio riservato dove il soggetto non può essere molestato nelle sue libertà dagli arbitri del potere. Si inizia a radicare il **costituzionalismo moderno** = carte dei diritti. Lo stato di natura groziano è retto da una regola fondamentale = rispetto del "proprium" di ognuno (sfera individuale indipendente dove si trovano congiunti diritti di libertà e proprietà). Vedi Locke => "Due trattati sul governo", progetta lo stato di natura come uno stato di perfetta libertà + Property = ruolo di garanzia della libertà individuale. Ambivalenza del giusnaturalismo = 1. Ricerca di regole oggettive 2. disegnare un nuovo ordine sociale e giuridico. Il nuovo individuo è soggetto libero e liberato grazie al suo essere "dominus" = proprietario dei beni e di se stesso. Naturalità della proprietà dei beni perché emanazione di quella proprietà di me stesso, frutto dell'istinto di autoconservazione, strumento di autotutela voluto a mio favore della divinità e indiscutibilmente naturale. Il soggetto che riceve attenzioni è il proprietario. Civiltà borghese in ascesa, preso

dallo scopo del profitto e dell' accumulo del patrimonio. Si eleva l' avere a un piano superiore. La proprietà individuale è sacra => lo proclamerà la " Dichiarazione dei diritti" francese del 1789.

Due punti da approfondire = astrattezza e potere politico.

**Astrattezza**= caratteristica del giusnaturalismo che accompagna anche la classe borghese→ efficace foglia di fico dietro cui celare l'assetto concreto di una società percorsa da non poche iniquità. Essa giova all'abbiente in ragione della sua virtualità ma lascia intatta la fragilità economica e sociale del contraente debole. Il **potere** compare in un secondo momento. Per comune consenso si dà avvio a una società politica. Gli individui proprietari generano il potere, e il potere è chiamato a proteggerli.

**Dichiarazione dei diritti del 26 agosto 1789**→ elementi liberati dalla dissoluzione della costituzione attuale: la sovranità come anche i diritti individuali. I due elementi si legano, all'interno del nuovo modello instaurato dalla rivoluzione, secondo i criteri e i principi della nuova costituzione:

-**il principio della presunzione di libertà**, secondo cui gli individui si presumono liberi a meno che non intervenga una legge che vieta, impedisce, costringe o ordina, come recita il celebre art. 5 della Dichiarazione: «*Tutto ciò che non è vietato dalla non può essere impedito, e nessuno può essere costretto a fare ciò che essa non ordina*».

(principio di sovranità)

-**il criterio della riserva di legge**, secondo cui solo la legge può disciplinare e limitare l'esercizio dei diritti degli individui, art. 4 della Dichiarazione stabilisce che «*l'esercizio dei diritti naturali di ciascun uomo ha come limiti solo quelli che assicurano agli altri membri della società il godimento di questi stessi diritti*», e che tali limiti, proprio nella linea della riserva di legge, possono «*essere determinati solo dalla legge*»;

-il principio della costituzione come atto che **garantisce i diritti e separa i poteri**, secondo quanto contenuto nel celebre art. 16 della Dichiarazione: «*Ogni società, in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri determinata, non ha costituzione*». Ciò che equivale a dire che la 'costituzione' deve appunto compiere almeno queste due fondamentali operazioni: garantire i diritti e separare i poteri. È sulla base di questo principio che le costituzioni che seguiranno la rivoluzione si preoccuperanno di perseguire queste due fondamentali finalità, da una parte sottraendo sempre più al decreto regio, e all'atto degli esecutivi in genere, la disciplina dei diritti, e prevedendo quindi nelle costituzioni, in funzione di garanzia dei diritti, riserve di legge più o meno ampie e determinate, e dall'altra costruendo forme di governo non assolutistiche, in cui i poteri tendano a equilibrarsi, a non esorbitare, come anche nel caso delle monarchie costituzionali e parlamentari del XIX secolo.

#### ILLUMINISMO GIURIDICO

Illuminismo = giusnaturalismo che assume caratteri e volto più specifici. Illuministi del 1700 = portatori di una vera politica del diritto, aggredendo quel nodo di rapporti fra soggetto e individuo, stato di natura, potere politico, presenti nel progetto del secolo XVII ma non risolto sul piano giuridico. Movimento illuministico = ampia comunità di intellettuali affrancati grazie alla rivoluzione culturale umanistica e giusnaturalistica. Convinta di essere in possesso di quei lumi idonei ad adeguare la realtà storica alle individuate regole naturali. Vi fanno parte anche sovrani e uomini politici come Maria Teresa d'Austria( Impero austriaco), Federico II (Prussia), Giuseppe I ( Portogallo). Illuminismo giuridico = vera politica del diritto. Diritto = oggetto privilegiato nella riflessione intellettuale. Con l'illuminismo giuridico le posizioni politologiche precedenti divengono proposta di riforma. Protagonisti = filosofi, politologi, giuristi ed economisti. Processo duplice = critica dell'assetto tradizionale delle fonti; proposta costruttiva. Nel '700 l'Europa si trascina la sistemazione medievale del diritto: l'ammasso di consuetudini, opinioni dottrinali, sentenze dei giudici sono ancora vigenti ma con il trascorrere dei secoli diventano una realtà caotica, incerta. Gli intellettuali illuministi (perché disprezzano le consuetudini e i giuristi)e i sovrani (perché il potere era poco controllabile)condannano questo sistema. Montesquieu e Beccaria sono due corifei dell'illuminismo→ disprezzo per il volgo, opinioni circolanti in basso. Vecchi giuristi = troppo tecnici e poco filosofi. Il processo di rinnovamento giuridico doveva cominciare con un **rifiuto drastico del passato**, colmando il vuoto tramite l'assestare le pretese delle nuove insularità politiche statuali => **sovrani sempre più come legislatori**.

Nel '700 sintonia tra "homines novi" della cultura giuridica e potere politico + ingrandimento del potere del principe. Il principe è un modello di uomo = campione di virtù. Unico a cui può essere affidato un ruolo di

governo e di polizia ma altresì di legiferazione. Il vecchio monopolio della chiesa romana nelle mani del principe. Vero diritto = volontà del principe espressa tramite le leggi. I fisiocratici = primi disegnatori di un'analisi economica, considerano questa società come "dispotismo legale" il principe legge l'evidenza e la traduce in norme generali. Muratori e Beccaria assegnano al principe una posizione assolutistica. Muratori nel suo libello "Dei difetti della giurisprudenza" (1742) afferma che "allorché i principi formano le leggi, d'ordinario non istà loro davanti agli occhi, se non la pubblica utilità". Per Beccaria il sovrano = depositario della volontà di tutti. Il principe non è universale ma: pluralità di sovrani, ciascuno dei quali deve proteggere delle zone territoriali specifiche. Il passaggio dall'universalismo giusnaturalistico al particolarismo statalistico = antinomia che sta alla base della modernità politica e giuridica. La legge si proietta in modo autoritario sui sudditi poiché espressione della volontà del principe; espressione della ragione umana o della volontà generale per cui non è vista in modo odioso come può essere un comando. L'obbedienza che si deve alla legge non lede la libertà del cittadino. Servire la legge = opposto che servire l'uomo. (Rousseau lo evolve) si è liberi anche se si è sottomessi alle leggi. Obbedendo alle leggi si obbedisce alla volontà pubblica. Kant sottolinea nella "Risposta alla domanda : che cos'è l'illuminismo", il vincolo coercitivo tra legge e dovere di obbedienza. Al pluralismo giuridico si sostituisce un monismo giuridico dimensione giuridico vincolata all'apparato di potere dello stato e tende ad immedesimarsi in una dimensione legislativa.. Legge = oggetto di culto indipendentemente dai contenuti. La civiltà del liberalismo economico si è rivestita della corazza ferrea dell'assolutismo giuridico.

L'ETÀ DELL'INDIVIDUALISMO PROPRIETARIO → Liberalismo economico e assolutismo giuridico (sembrano opposti solo all'apparenza). Inizi della modernità = assetto pre-capitalistico delle organizzazioni economiche = Ascesa del ceto borghese = Sostanza nuova viene conferita al patrimonio che non è più un'appendice significativa ricchezza e benessere ma qualcosa di più = la proprietà non riguarda più solo le cose ma si incunea all'interno dell'individuo fondendosi e confondendosi con la sua libertà. Il proprietario è al centro delle attenzioni poiché soggetto virtuoso, quieto e disciplinato, su cui potrà fondarsi la conservazione dell'assetto politico = centro di effusione tra ceto borghese e cultura nuova, nuove intenzioni giuridiche dell'astrattezza e generalità sembrano fatte apposta per il borghese = idea di uno stato forte, unitario, compatto, con un pesante controllo della produzione del diritto; punta alla conquista del potere politico.

L'ETÀ DEL COSTITUZIONALISMO → Costituzionalismo moderno: protezione dell'individuo; rafforzamento delle situazioni soggettive (diritti fondamentali che riteniamo tuttora un Patrimonio etico - politico). Le prime espressioni del costituzionalismo sono tra le "carte dei diritti". Di cui si suole vederne una prima testimonianza nel "Bill of Rights" inglese del 1689 = fissazione dei limiti precisi all'azione del potere regio e di alcune situazioni dei sudditi violate in un recente passato e che il nuovo monarca dovrà rispettare. L'aspetto costituzionale è fortemente scoperto nei "Bills" e nelle costituzioni dei primi stati nel nord America che si affrancano dalla madrepatria inglese e nelle "Déclarations" del sessennio rivoluzionario francese. Quelle americane e francesi del maturo '700 raccolgono appieno il messaggio giusnaturalistico intendono essere lettura della natura delle cose, dei principi e delle leggi supreme in essa scritti, e intendono constatare e dichiarare situazioni giuridiche fondamentali godute dal soggetto nello stato di natura. Vengono confermati l'orientamento individualistico e l'impostazione borghese riducendosi a un catalogo di diritti fondamentali. Queste dichiarazioni tuttavia, sono anche in parte insufficienti poiché grava su di esse lo stesso peccato originale del giusnaturalismo = voler fondare su una meta/storia, su uno stato di natura che discende da una raffigurazione statica contro la vita che è consegnata alla dinamica delle forze in lotta. Nel "Bill" della Virginia (primo degli stati americani ad adottarlo) il catalogo dei diritti galleggia al di sopra di una sgradevole realtà sociale, anche perché accanto alla loro declamazione, non si accompagna quella elencazione dei "doveri" che avrebbe contribuito a immergere le situazioni sogg. previste dalle "carte" ben all'interno della società. Il termine "COSTITUZIONE" è polisemico e intende indicare unicamente quel patrimonio di costumanze e consuetudini secolari che, una comunità politica consolida nel suo seno. = nel '900: insieme di regole fondamentali e supreme che un potere costituente desume dai valori portanti di un popolo in un determinato momento storico le carte dei diritti sono testimonianze di un clima costituzionalistico, embrioni di costituzione.

In particolare, del **regno d'Inghilterra**: alle origini del "common law". L'Inghilterra è un'isola separata dal continente europeo; 1066 sconfitta nella battaglia di Hastings dell'ultimo monarca sassone da parte del normanno Guglielmo il Conquistatore, evento storico che viene identificato nella "Conquest" che dà una "nuova vita" alla società inglese. Si istituiscono delle corti regie centralizzate con sede a Londra che centralizzano sia il potere politico che quello giuridico. **Common law** (è diverso dal diritto comune) è il diritto comune a tutti gli uomini liberi del regno e che tale può essere perché proviene da un forte potere regio, manifestato tramite le corti giudiziarie. Il common law è lo "**writ**" = comando che il re rivolgeva al presidente della corte locale e in cui si ingiungeva il soddisfacimento di qualche pretesa.; diritto dall'impronta casistica; gli esperti sono solo coloro che sono investiti del potere politico. Prende così forma un ceto di giuristi dall'adeguata preparazione tecnica; uomini di prassi che hanno studiato negli "**Inns**" di Londra (corporazioni professionali); mediatori tra potere regio e cittadini.

Assistiamo ad una presa di potere del Parlamento composto da due Camere, una che rappresenta i baroni, l'altra le contee e i comuni. Il potere regio perde attrattività → "magna charta" 1215 è uno di questi cedimenti (si passa dalla monarchia limitata alla monarchia mista, dove i protagonisti sono il re, i lords, i comuni). Il potere giudiziario non è più nelle mani del re. Tre corti di common law si staccano dal governo regio. Quando il common law si affranca dal re prende avvio il "**rule of law**" = autonomia del diritto con conseguente sottomissione dello stato ad esso.

Common law infine, significa un diritto prodotto prevalentemente da giuristi = empirici, uomini di prassi. La storia del common law corre continuamente fino a noi. Il diritto romano è respinto.

Il regno di Inghilterra: turbolenze e mutamenti costituzionali al di sopra della stabile continuità del "common law". Infine si arriva alla monarchia parlamentare, nella quale il governo dipende dal controllo politico del Parlamento e la sua direzione è affidata alla persona capace di ottenere la fiducia della Camera dei Comuni, con le nuove figure giuridiche del Gabinetto e del Premier. Il potere regio si impone pienamente solo durante il momento aureo dei Tudor (Enrico VIII ed Elisabetta). La storia costituzionale e politica è molto tormentata dalla perenne rissa tra monarchia e Parlamento. Il Parlamento è soggetto di due trasformazioni: da organo giudiziario a legislativo. Con Enrico VIII si ha un tentativo di esautoramento in favore del "civil law" portatore, nelle sue remote fondazioni romane, di un'immagine di principe sciolto da vincoli e limiti. A Enrico dava fastidio la carica che era stata data al common law in età medievale. Il common law si affranca sempre di più dalla potestà regia e si trasforma in una consuetudine generale del regno, quasi un deposito delle antiche costumanze e delle libertà conquistate. Rapporto tra common law e legislazione = da un punto di vista legislativo il primato è dalla legge, anche se gli interventi del legislatore sono sporadici. Gli atti legislativi presuppongono l'esistenza del common law proponendosi come integrativi di essi. A differenza del medioevo, dove lo ius commune è il tessuto in continua evoluzione ma ordinante della società; per la società inglese, il tessuto ordinante lo costruisce giorno dopo giorno, il titolare del potere legislativo, intimidito e appartato da una piattaforma giuridica che si fonde con la storia stessa di un popolo e che ha contribuito a dargli tipicità. Questa piattaforma ha una persistente continuità, le cui tappe sono il contributo del magistrato Coke che sostiene: ⇒ le sovranità delle corti del common law ⇒ inamovibilità e indipendenze del potere giudiziario ⇒ lievitazione della figura del giurista, avvenuta in pieno '700, grazie a Mansfield a cui si deve il disegno di un nuovo ruolo per il common lawyer, non più semplice tecnico ma anche scienziato sociale e portatore di una sua politica di diritto. Equità giurisdizione che si accompagna a quella di common law. Un numero sempre maggiore di contendenti, delusi dai formalismi delle corti di common law, si rivolge al cancelliere del re, il quale è normalmente un ecclesiastico e decide il caso secondo i principi del diritto canonico = equità = tipica valvola di sicurezza del diritto canonico. Con Enrico VIII e il suo distacco dalla chiesa, il cancelliere regio non è più un ecclesiastico. Il diritto canonico viene cancellato come fonte di diritto e oggetto di insegnamento nelle università. Mentalità equitativa = resta il lievito della cancelleria e funge da cifra tipica delle decisioni grazie all'opera di cancellieri laici.

## INSULARITÀ' INGLESE

Ha un suo percorso storico ma al tempo stesso vive all'interno di una comune tradizione europea, ma con proprie cronologie e con specifici sentieri evolutivi. Itinerario storico segnato da una marcata continuità del sistema giuridico (capacità di muoversi senza grandi fratture: superato momento di crisi del 1600 approda da una società elitaria a di massa senza rivoluzioni politiche inserendo nel vecchio sistema costituzionale nuovi movimenti anche in contrasto con il passato, come il movimento laburista: la storia costituzionale non ha fratture politiche, ma un progressivo mutamento/adattamento)

Una comune tradizione europea, ma con proprie cronologie e con specifici sentieri evolutivi itinerari storici segnati da una marcata continuità della tradizione giuridica .

La recezione del diritto romano e canonico, nel basso medioevo, si concentra al livello universitario dell'insegnamento (Oxford – Vacarius, Liber pauperum; XII sec.). Non è così tanto importante la penetrazione del diritto romano. Precoce sviluppo (sin dal XII sec.) di un sistema centralizzato di Corti giudiziarie (giurisdizione ancora molto variata, con pluralità, ma le corti del re hanno un ruolo trainante perché la giurisdizione del re appare ai sudditi come un metodo più sicuro per assicurare la giustizia) .

La vera frattura si ha nel medioevo: in inghilterra non abbiamo una fortissima penetrazione del diritto romano; e non è importante come lo stato in italia e francia dove diventa essenziale per il sistema universitario.

Sistema dei Writs (ordini del Re indirizzati alle Corti perché rendano giustizia su di una vertenza in corso: i sudditi chiedono al re egli ordini che rendono giustizia→ domanda di giustizia rivolta direttamente al re ) e ruolo della Royal Chancery .

Si sviluppa così una common law of the land: common non in quanto universale, ma perché superiore alle giurisdizioni locali, municipali, feudali, tendenzialmente in grado di abbracciare l'intero regno(è il diritto del re, non nel senso che lo promulga tramite un atto ma emanando ordini chiesti dai sudditi che poi vengono applicati dalle corti) → centralità delle procedural rules→ un diritto di produzione giurisprudenziale, casistico, fatto di remedies (azioni processuali), affidato a giudici ed esperti di diritto. Processo e diritto sostanziale sono tra loro incrociati→ remedies and rights sono intrecciati (diversamente dall'italia: prima si stabiliscono i diritti e poi ci si sposta al caso processuale). La regola del diritto nasce dal processo/dal caso specifico:bisogna lavorare sul caso concreto e dagli ordini che la cancelleria rilascia alle corti per risolvere singoli contenziosi

**Due process** (processo giusto): processo che è perno del sistema giuridico inglese→ sistema giurisprudenziale: il giudice con l'atto di amministrazione affina il principio di diritto rendendolo esercitabile (il legislatore conta poco); **Equity Courts; Statutes** (il potere legislativo del principe/atto normativo del principe) → il comando del principe non interviene nelle regole di diritto comune del paese, ma è il giudice e il custode per eccellenza del diritto e della sua interpretazione-applicazione (critica antigisprudenziale non si radica→ UK non sceglie una strada di codificazione di un codice né una costituzione scritta, si basano sulla tradizione, il rispetto del principio che fa il diritto costituzionale).

La **formazione del giurista** (the art of pleading and procedure) è prevalentemente extra universitaria, di tipo professionale; **Inns of Courts - Moots** → sviluppo della giuria sia in materia penale sia civile: accertamento delle circostanze di fatto da parte della giuria (cittadini) e poi decide il giudice, essendo però vincolato all'accertamento della giuria (due process)

L'inghilterra è uno dei **tipici esempi di stato giurisdizionale**, il diritto è indipendente dal potere politico ma deve passare attraverso il due process:

- Autonomia del diritto
- Diffidenza verso la legge (statute)
- Assoluta refrattarietà verso la codificazione (sia civile che costituzionale)

Le esigenze di certezza verranno soddisfatte con l'imporsi (tra '600 e '700) del principio dello stare decisis, del vincolo al precedente giudiziario, raccolto negli Year Books e nei Reports → il giudice può discostarsi dal

precedente ma deve spiegare perchè (es. over-ruining: il giudice si stacca dal precedente perché reputa che in quel caso sia necessaria una modernizzazione)

**Unitary State**, ma forte rilevanza effettuale del Local Government ; Diffidenza verso gli apparati commissariali – le esigenze 'fiscal-militari' seguono altre strategie (l'imposizione sui commerci).

Un precoce sviluppo del costituzionalismo → Già all'inizio del '600, l'assolutismo fa i conti con una forte resistenza parlamentare. La monarchia è costretta a condividere l'esercizio del potere con la Camera dei Lords e la Camera dei Comuni. Questo fa dell'Inghilterra un punto di sviluppo delle dottrine costituzionali. L'Inghilterra è anche la realtà che per prima elabora una serie di principi costituzionali.

All'interno di un comune percorso verso la modernità → La tradizione inglese resta per tanti aspetti diversa da quella continentale, lontana dalla dicotomia pubblico-privato, dalla distinzione tra giustizia e amministrazione, tra diritto sostanziale e processuale, diffidente per le teorizzazioni e le sistematizzazioni, pragmatica, fondata sul prestigio dei grandi operatori professionali (giudici ed avvocati).

Già Montesquieu (Lo spirito delle leggi – 1748 - libro XI, cap.6) riconoscerà la specificità della costituzione inglese L'Inghilterra è "una monarchia che ha per fine la libertà. Ha già iniziato un proprio percorso verso la costituzione moderna

**Alle origini dell' individualismo giuridico: il giusnaturalismo moderno** → Inghilterra del 1600 Hobbes e Locke Stato di diritto e codice civile presuppongono il superamento della società cetuale, si basano sull'unicità del soggetto di diritto. L'ordine giuridico dello Stato di diritto sarà un ordine individuale del diritto. La società ottocentesca sarà una società di classi, non una società di corpi

Art.1 Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino (approvata dall'assemblea Costituente il 26 agosto 1789): *"Gli uomini nascono e rimangono liberi ed uguali nei diritti"* → Questa norma ci dà il senso della distanza e c'è tra la società cetuale (dove la monarchia non poteva arrivare a questo, divisa in corpi distinti che rappresentavano diversi diritti e doveri, non ci sono uguaglianze tra i diversi corpi, ma sono divisi nettamente) e quella della rivoluzione (interesse dei soggetti individuali uguali tra loro). 1789:

→ dallo Stato giurisdizionale allo Stato di diritto

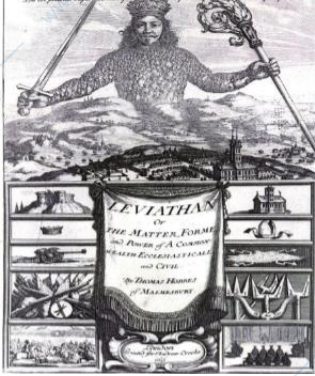
→ dalla pluralità degli status al soggetto giuridico unico

= Nuova società fondata sugli interessi individuali.

Uguaglianza giuridica ma disuguaglianza economica. Fortissima matrice individualistica alla base dell'ordine giuridico moderno; ma la Rivoluzione francese agisce solo da catalizzatore, non inventa dal nulla. Le origini di questa rivoluzione copernicana nei concetti fondamentali della politica e del diritto risalgono allo stesso Seicento e sono prevalentemente inglesi. Realtà al momento più avanzata. L'Inghilterra funge da battistrada del mondo occidentale anticipando alcuni traguardi che nel resto del mondo arriveranno un secolo più tardi.

**GIUSNATURALISMO INDIVIDUALISTA**

Le origini del costituzionalismo moderno; Thomas Hobbes, Leviatano (1651) e John Locke, Trattato sul governo (1690) → Due filosofi politici a cui spetta singolarmente il merito di aver fissato questi nuovi aspetti giuridici che considerano l'individualismo giuridico

**Thomas Hobbes** → L'UOMO COME SOGGETTO DI DIRITTI, NUOVA PIETRA FONDANTE DELL'ORDINE POLITICO.

È l'individuo che costruisce l'ordine politico (contratto sociale). La necessità della pace era un elemento tipico anche dell'esperienza medievale, con la ricerca del buon governo e di continuità. Diversamente dal medioevo però il potere politico ha una valenza non più locale ma nazionale, con un unico sovrano che governa tutto il territorio.

Sotto la spada nel manifesto si hanno dei simboli attraverso i quali si esprime la forza militare del re, mentre dall'altra parte si hanno i simboli religiosi, che devono garantire il rispetto all'interno del territorio della pace religiosa. L'esercizio della giurisdizione tipicamente moderna viene espressa dal potere militare (politica di potenza). Anche il tema della religione viene a pesare all'interno dei singoli spazi nazionali, rompendo l'universalità del potere pontificio. Si ha qui di una declinazione del potere religioso medievale che ora si va a costruire nella realtà nazionale. Il principe non ha più l'aspetto del vecchio, ma si ha un giovane principe coronato, il cui corpo è costituito da una miriade di soggetti individuali.

- Il sovrano è funzionale all'ordine individuale per garantire una serie di diritti (diritto alla vita) a tutti i soggetti individuali che ne compongono il corpo politico.

- La sovranità deve essere legittimata dal consenso

- Radicale semplificazione dei soggetti politici (stato/cittadino)

**John Locke** → 1690: due trattati sul governo. L'individualismo ha esiti prettamente costituzionali

J.LOCKE, Secondo trattato sul governo civile [1690] (cap.II, "Dello stato di natura"):

*"per ben comprendere che cosa sia il potere politico e ricostruirne la genesi, occorre considerare quale sia lo stato in cui tutti gli uomini per natura si trovano: uno stato di perfetta libertà di regolare le proprie azioni e disporre dei propri beni e persone come meglio credono, entro i limiti della legge naturale, senza chiedere l'altrui benessere o obbedire alla volontà d'altri. E' questo anche uno stato di eguaglianza, in cui potere e autorità sono reciproci poiché nessuno ne ha più degli altri. Nulla invero è più evidente del fatto che creature della stessa specie e grado, indifferenziatamente nate per godere degli stessi doni della natura e usare le stesse facoltà, debbano essere fra loro eguali, senza alcuna subordinazione e soggezione".*

Lo stato di natura è un'ipotesi di grado zero alla base del potere politico, uno stato precedente alla comunità politica che permette di comprendere la genesi del potere politico in cui potere e autorità sono reciproci (nessuno ne ha più degli altri). Non c'è un potere politico, c'è solo la legge della natura, tutti sono uguali.

Dopo che l'ultimo Stewart viene dimesso e il parlamento chiama sul trono Guglielmo D'Orange, Locke scrive questo nuovo trattato, che spiega in forma generalissima i temi del governo civile. Quale è l'ipotesi dello stato di natura? Il filosofo fa questa ipotesi per definire una sorta di grado zero nella costruzione della società, con una matrice individualistica che è espressa nel corpo del leviatano. Per spiegare che esiste un soggetto investito di potere politico, parte dalle origini di esso, decompone e spiegando la sua genesi, come si costruisce a partire dal soggetto individuale, cosa è, e perché ci comanda.

Il potere non è un qualcosa di pre-esistente, ma viene a crearsi a partire dal singolo individuo come espressione di quel territorio. Locke parte dalla condizione originaria in cui ha bisogno di essere costruito dal singolo individuo (Stato di Natura), e insieme ai giusnaturalisti ipotizzano uno stato pre-politico dove il potere politico

non si è ancora formato. Per Hobbes questo sarà uno stato di caos autodistruzione (Homo Homini Lupus), mentre per Locke è uno stato di confusione interna, l'uomo non sa come comportarsi senza un'autorità centrale che fa rispettare la legge naturale, e secondo l'uomo questo è uno stato di uguaglianza in cui ogni uomo ha lo stesso potere e gli stessi diritti.

ID, Secondo trattato (cap.VIII, "Dell'origine delle società politiche"):

*"Poiché gli uomini sono tutti per natura liberi, eguali e indipendenti, nessuno può essere tolto da questa condizione e assoggettato all'altrui potere politico senza suo consenso. Un uomo si spoglia della sua libertà naturale e accetta i vincoli della società civile solo quando decide insieme con altri uomini di associarsi e unirsi in una comunità per vivere bene, nella tranquillità e nella pace reciproca, assicurandosi il godimento delle loro proprietà e una maggiore protezione contro coloro che a quelle società non appartengono"*

Se non si ha un governatore nessuno può uscire da questa condizione senza una manifestazione di consenso (per diventare sovrano si ha la necessità del consenso degli individui). Serve un governatore che vada a tutelare i diritti del singolo. Per avere un potere politico deve decidere assieme gli altri uomini di unirti a loro per assicurarti il godimento e la sicurezza della società.

**L'individuo** = costruttore dell'ordine politico basato sui diritti fondamentali dell'uomo; attraverso una scelta si rinuncia a una parte della propria libertà e si decide di unirsi agli altri uomini per assicurarsi la libertà, la vita, la protezione e l'uguaglianza → si costruisce il sovrano, il quale deve garantire all'uomo questi diritti e la sua protezione. Nasce il nuovo ordine basato sulla figura individuale.

ID., Secondo trattato (cap.IX: "Dei fini della società politica e del governo"): *"Se l'uomo nello stato di natura è così libero come s'è detto, s'egli è signore assoluto della propria persona e dei propri possessi, eguale al maggiore e soggetto a nessuno, perché vuole disfarsi della propria libertà? Perché vuol rinunciare a questo impero e assoggettarsi al dominio e al controllo di un altro potere? Al che è ovvio rispondere che sebbene allo stato di natura egli abbia tale diritto, tuttavia il godimento di esso è molto incerto e continuamente esposto alla violazione da parte di altri, perché essendo tutti re al pari di lui, ed ognuno eguale a lui, e non essendo, i più, stretti osservanti dell'equità e della giustizia, il godimento della proprietà che egli ha è in questa condizione molto incerto e malsicuro. Il che lo rende desideroso di abbandonare una condizione che, per quanto libera, è piena di timori e di continui pericoli... Perciò il fine maggiore e principale del fatto che gli uomini si uniscono in società politiche e si sottopongono a un governo è la conservazione della loro proprietà, al qual fine nello stato di natura mancano molte cose. In primo luogo manca una legge stabilita, fissa, conosciuta.... In secondo luogo, nello stato di natura, manca un giudice conosciuto ed imparziale... In terzo luogo, nello stato di natura, manca un potere che appoggi e sostenga la sentenza allorché sia giusta e le dia la dovuta esecuzione."*

Quali sono i fini e gli obiettivi della società moderna e perché l'uomo deve abbandonare, lo stato per sottostare ad un potere politico → Abbiamo un sovrano modellabile; manca la garanzia dei diritti naturali perciò il fatto che gli uomini entrino in una comunità politica è la tutela della garanzia dei diritti naturali stessi. L'autorità politica si conferma affinché sia funzionale alla tutela dei diritti → Nello stato il naturale mancano quelle cose che devono esserci nello stesso stato civile: un giudice e una legge positiva (→ stabilità, fissa e conosciuta), ci sono solo dei principi che hanno margini di osservanza. Locke → un criterio innovativo, della divisione dei poteri, non si limita come Hobbes a dire che manca l'autorità politica.

In questo passo Locke si chiede cosa **manca nello stato di natura** → Una legge fissa, stabilita; Un giudice conosciuto e imparziale; Potere che appoggi la sentenza e le dia la dovuta esecuzione; Autorità politica; Potere legislativo

ID., Secondo trattato (cap.XI: "Dell'estensione del potere legislativo"): *"Né un potere assoluto e arbitrario, né un governo privo di leggi fisse e stabilite, possono conciliarsi con i fini della società e del governo, e gli uomini non avrebbero rinunciato alla libertà dello stato di natura, né si sarebbero sottoposti al governo, se non era per conservare la propria vita, libertà e fortuna, e garantire la propria pace e tranquillità con norme dichiarate sul diritto e la proprietà"*

Si interroga sull'estensione del potere legislativo → è il potere in cui si incarna la sovranità dato che si corregge il diritto esistente con ciò che dice il principe, si interroga sull'esistenza di limiti al potere legislativo. Ci dice che non può essere un potere qualsiasi.

Cogliamo la distanza tra Hobbes e Locke:

Hobbes→ nell'immagine iniziale potere religioso e civile sono poteri illimitati

Locke→ fine del '600, potere religioso limitato, si costruisce tramite il contratto; deve essere un potere che ha leggi fisse e stabilite; non va più bene il cacroantropos, il potere si deve conciliare con i fini della società e del governo→ il governo coerente si deve presentare intersecante limitato; conferma il modello individualistico e giusnaturalistico.

RIVOLUZIONE AMERICANA→ si trovano le prime applicazioni del modello individualistico proprio del giusnaturalismo:

4 luglio 1776 - Dichiarazione di indipendenza e Dichiarazioni dei diritti delle 13 colonie

25 maggio 1787 - Apertura Convenzione di Filadelfia

17 settembre 1787 - Costituzione federale

1791 - I primi Dieci Emendamenti alla Costituzione Federale

I suoi caratteri:

Rivoluzione costituzionale

Manca un antico regime da abbattere

Ci si limita a recidere il vincolo con la madrepatria

Rigidità costituzionale e potere costituente

Governo 'male necessario'

Testo della dichiarazione di indipendenza americana (4 luglio 1776) → *Noi riteniamo che le seguenti verità siano di per se stesse evidenti; che tutti gli uomini sono stati creati uguali, che essi sono dotati dal loro Creatore di alcuni Diritti inalienabili, che fra questi sono la Vita, la Libertà e la ricerca delle Felicità; che allo scopo di garantire questi diritti, sono creati fra gli uomini i Governi, i quali derivano i loro giusti poteri dal consenso dei governati; che ogni qual volta una qualsiasi forma di Governo, tende a negare tali fini, è Diritto del Popolo modificarlo o distruggerlo, e creare un nuovo governo, che ponga le sue fondamenta su tali principi e organizzi i suoi poteri nella forma che al popolo sembri meglio adatta a procurare la sua Sicurezza e Felicità.* → erano stanchi di essere sfruttati (gli inglesi sfruttano le colonie e c'è una perdita per le colonie nel profitto), gli è negata la possibilità della rappresentanza politica nella madrepatria, nel parlamento di westminster; si parla di **verità evidenti** (violata dalla madrepatria) ovvero che tutti gli uomini sono stati creati uguali e con alcuni **diritti inalienabili/fondamentali** (vita, libertà, ricerca della felicità).

Testo originale conservato negli archivi di Washington—> Nasce una comunità politica e le colonie che sono contro l'Inghilterra usano immagini e linguaggio che Locke ha definito nel secondo tratta del governo.

-I tredici stati richiedono l'indipendenza e lo fanno con un testo settecentesco ed usa il giurisdizionalismo, attraverso linguaggio filosofico di quell'epoca.

-Inghilterra inflessione perché sta costruendo il suo impero.

-Giudicano il governo tramite Locke.

-Creo autorità politica che mi garantisca diritti dove gli americani saranno sempre fedeli, il potere politico deve servire a rendere possibile l'integrazione

Dichiarazione dei diritti della Virginia (1776) Sez.1 *"Tutti gli uomini sono da natura egualmente liberi e indipendenti, e hanno alcuni diritti innati di cui entrando nello stato di società, non possono, mediante convenzione, privare o spogliare la loro posterità: cioè il godimento della vita, della libertà, mediante l'acquisto ed il possesso della proprietà e il perseguire e ottenere felicità e sicurezza"*. La Virginia, quando va a fissare i principi prende alla lettera il motivo del giusnaturalismo, traducendolo in un testo normativo.

Ci fa capire come le nostre colonie si siano indirizzate verso il modello giusnaturalismo. Si riconoscono gli elementi fondamentali. Unisce autonomie degli stati. —>In Virginia nel momento della fissazione dei principi fondamentali prendono alla lettera il modello giusnaturalistico in modo semplice e sotto forma di testo normativo.

La vicenda americana può essere descritta in termini di rivoluzione costituzionale (in Francia non c'è, molto complessa e opposta; Francia classi sociali, feudalesimo etc.. in America no→Francia rivoluzione sociale; Americana rivoluzione politica in vesti costituzionali )

- I coloni americano hanno rappresentato il conflitto come una guerra di difesa, resistenza etc.. c'è rigidità costituzionale e potere costituente.

L'Inghilterra che non intende riconoscere i coloni come cittadini e rappresentarli politicamente in parlamento, trattandole appunto da colonie e non come regno di Inghilterra. Circoscrive il raggio di applicazione della propria costituzione, non estendendola alle colonie→ le colonie che quindi protestano per violazione del principio del necessario consenso di legittimazione del governo.

**Rivoluzione Americana** -1791—>appaiono i primi 10 emendamenti, la costituzione federale è ancora vigente negli stati uniti e non l'hanno mai rinnovato è rimasto uguale a quello del testo costituzionale del 1787.

- Presenta solo alcuni articoli nuovi. Sono rimasti conservatori.
- I protagonisti sono 13 stati che occupano la costa atlantica degli stati uniti mancano quelle popolosi (California, Florida e Texas).
- Nel 1790 la popolazione era inferiore a 4 milioni di abitanti (La Francia invece 30 milioni) → Adesso negli stati uniti sono 320 milioni con 50 stati.
- Le colonie hanno diverse collocazioni, abitanti etc.

**Costituzione federale** (1787)

-ha una caratteristica: c'è scritto 'we the people' in grande in un corpo diverso dal resto che ci fa vedere il momento di istallazione di un nuovo ordine costituzionale. Il testo dice '*noi popolo degli stati uniti per stabilire giustizia, garantire la tranquillità interna, provvedere per la difesa ed assicurare la benedizione della libertà a noi stessi e alla podestà, ordiniamo e stabiliamo questa costituzione per gli stati uniti d'America*'.

- è una costituzione breve, basata sulla forma di governo e sulla organizzazione dei poteri ma è una costituzione che per la prima volta si presenta come esito di potere costituente.
- L'esito è diverso da quello inglese (non esercitare potere costituente e non affidare le regole fondamentali alla costituzione scritta) Inghilterra- Bill of rights (1689)

-Nel caso inglese non approda ad un testo costituzione sulla base di quella americana ma si limita ad aggiornare una tradizione costituzionale già scritta nel proprio diritto.

-Il testo è una rappresentanza dove troviamo i Lords spirituali e temporali e i comuni (quindi camera dei Lords e camera dei comuni) —> Dichiarano per rivendicare e asserire i loro antichi diritti e libertà (poi troviamo un lungo elenco) —> Nel primo afferma che '*il presto potere dell'autorità reale di sospendere le leggi o l'esecuzione delle leggi, senza il consenso del parlamento...è illegale.*' —>Elenco di divieti che si pone sul trono di Inghilterra chiamando Guglielmo d'orange e guidare la sorte inglese —> Il parlamento richiama una lunga tradizione effettiva.

-si richiede che il monarca sia un organo vincolato alla rappresentanza politica parlamentare avendo compiti esecutivi.

-modello inglese unitario dove il potere in equilibrio tra monarchia e parlamento negli stati uniti il monarca non esiste. Dalla dichiarazione di indipendenza alla costituzione federale

-gli stati lavorano su un piano di parità

-**Virginia plan:** istituire una federazione forte e incisiva con forte potere di direzione degli stati.

-**New Jersey plan:** meno aggiornamento degli articoli. Sono due posizioni diversi per Philadelphia, ci sono due opzioni inconciliabili. Gli autori dei 'Federalist Papers': Alexander Hamilton, James Madison, John Jay I federalist papers sono una serie di articoli di giornale raccolti successivamente. Questi tre uomini sono gli inventori della formula della repubblica federale in un grande stato territoriale. I coloni americani si muovono in una realtà completamente diversa da quella europea, manca l'istituzione monarchica. Nella realtà di metà '700 in europa esistono delle forme di governo repubblicane come Genova, Venezia, Ginevra e Lucca. La repubblica è quindi una forma di regime costituzionale che in Europa riguarda stati territorialmente circoscritti. I costituzionalisti

americani seguono un percorso decisamente originale scegliendo la forma Repubblicana e la federazione, la tradizione europea viene modellata alla realtà americana. I tre personaggi sopracitati hanno una formazione importante dal punto di vista accademico e culturale. L'idea che risulta vincente è che se si procede all'allargamento dell'orbita politica, se si esce dalla dimensione intera agli stati, molti conflitti che hanno una loro origine all'intero delle singole realtà territoriali stesse, possono essere risolti (a Philadelphia si riuniscono tutti stati in conflitto tra loro). Occorre una soluzione, un compromesso che va sotto il nome di '**Compromesso del Connecticut**' → ha come tema principale la modalità di organizzazione del sistema rappresentativo poiché è questo che crea le maggiori divisioni e che presenta le maggiori difficoltà nel trovare una soluzione. Il compromesso media le soluzioni più radicali di Madison nel Virginia Plan e la posizione confederata del New Jersey Plan: si crea un parlamento federale, un congresso che si articola nella camera dei rappresentanti e il Senato

-camera dei rappresentanti eletta sulla base della popolazione  
 -senato composto da 2 rappresentanti per ogni stato indipendentemente dalla popolazione (es. California e Rhode Island ne hanno due a testa nonostante le grosse differenze territoriali). Si tratta di un compromesso decisamente delicato sul quale gli USA non hanno più rimesso le mani. We the people: potere costituente; ci conferma la strada del potere costituente, una strada che ha bisogno della codificazione costituzionale e che necessita di affidare ad un testo scritto le regole dell'ordinamento. Abbiamo un potere costituente che formalizza il congresso, il presidente degli Usa e il potere giudiziario con la Corte suprema. La federazione si trova di fronte ad una serie di compiti di assoluto interesse generale: politica estera, difesa generale, moneta ecc. mentre un'altra serie di compiti sono affidati allo Stato, c'è un forte pluralismo. L'allargamento dell'orbita politica si limita a definire alcune materie di interesse comune. Il testo attuale della Costituzione va integrato con degli emendamenti. Uno dei punti irrisolti della vicenda Americana è il fatto che questa Costituzione è un testo pensato per uomini liberi e quindi solo per i coloni (tutti bianchi ed europei) → gli indiani sono esclusi da questo intervento, non hanno accesso ai poteri politici. La popolazione di colore compare all'interno della Costituzione ma solo per fissare un certo criterio di composizione per stabilire quanti seggi doveva avere un determinato stato. La schiavitù rimane un tema di grande opposizione che sfocia poi nella Guerra civile Americana (1861-1865), la coabitazione all'interno della federazione non era semplice. Alla fine di questa sanguinosa guerra troviamo due emendamenti importanti (dopo quasi un secolo dalla Costituzione):

-la schiavitù nel 1865 viene abolita XV - (1870)

Sec. 1 - Il diritto di voto dei cittadini degli Stati Uniti non potrà essere negato o limitato dagli Stati Uniti o da qualsiasi Stato in ragione della razza, del colore o della precedente condizione di schiavitù.

Sec. 2 - Il Congresso avrà il potere di dare esecuzione a questo articolo con la legislazione appropriata. L'effettività di questa regola avrà difficoltà ad essere messa in applicazione. Per avere il voto femminile bisognerà aspettare un emendamento del 1920 : XIX (1920)

**Illuminismo giuridico** → da Montesquieu a Diderot

1748: opera di Montesquieu, "*Lo spirito delle leggi*"; opera di successo internazionale

La pubblica dopo un particolare percorso di avvicinamento a questa grande sintesi dei regimi politici.

Montesquieu appartiene alla nobiltà di Bordeaux, dove riveste la carica di **presidente del parlamento di Bordeaux**

Lo spirito delle leggi è un atlante comparativo delle diverse specie di governo: repubblicano, monarchico, dispotico.

Il regime politico diventa il filtro essenziale per la comprensione della natura delle leggi e dell'ordine giuridico.

Diverso da Hobbes e Locke, è un personaggio che lavora sull'esistente (ovvero i regimi politici).

E' un libro ricco, pieno di considerazioni.

La *Francia* → è un governo monarchico che ha per fine l'onore. Lo sguardo di Montesquieu è oggettivo, per far capire come funziona.

Una descrizione *millimetrica* dello stato giurisdizionale e dell'equilibrio tra potere monarchico e società cetuale.

E' un governo moderato dove il potere del principe è tenuto a freno dai poteri intermedi dell'assetto delle magistrature, per evitare il passaggio a un governo dispotico.

Il tagliente sguardo comparativo di Montesquieu consente però di scoprire anche un altro e diverso esperimento politico: quello **inglese**. Un governo moderato che ha per fine la libertà e nel quale, a metà '700, individualismo giuridico e costituzionalismo moderno si sono già imposti, superando l'assetto cetuale.

Per Montesquieu il modello inglese è ancora un esperimento e una sfida

Lo spirito delle leggi, libro XI, cap.V: "*Benché tutti gli Stati abbiano in generale un medesimo fine, che è quello di conservarsi, ogni Stato possiede tuttavia un fine dominante ... la potenza ... la guerra ... la religione ... la gloria. "Vi è anche una nazione al mondo (l'Inghilterra) che ha per fine diretto della propria costituzione la libertà politica". Noi esamineremo i principii sui quali si fonda*". → spiega i caratteri fondamentali nel VI capitolo

Lo stato da Machiavelli in poi ha lo scopo principale di conservarsi, però Montesquieu afferma che non sono tutti uguali → non vi è un solo modello politico e ogni stato può avere degli elementi che ne caratterizzano l'inclinazione e la funzione di esercizio della sovranità. L'Inghilterra ha una caratteristica particolare, è l'unica nazione che ha come fine la **libertà politica**.

La Rivoluzione nel 1748 è lontanissima, neppure ipotizzabile. Montesquieu però già prefigura, per una opinione pubblica che anche in Francia inizia a formarsi in merito ai «pubblici affari», un possibile sentiero di riforma e di superamento dell'antico regime.

La recezione del modello inglese tramite Montesquieu avvia anche in Francia il passaggio:

- dalla costituzione cetuale-assolutistica alla costituzione liberale
- dalla costituzione antica alla costituzione nuova
- dalla costituzione fondata sulla pluralità degli status alla costituzione fondata sul soggetto giuridico unico e sull'uguaglianza formale

La **libertà** diventa il parametro principale di valutazione di ogni governo: Montesquieu accompagna questo passaggio **dal suddito al cittadino**

L'approdo sarà l'art.16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 26 agosto 1789 "*Ogni società, nella quale la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri determinata, non ha costituzione*"

(Libro XI, cap.VI: "Della costituzione dell'Inghilterra": "*Esistono in ogni Stato tre sorte di poteri, il potere legislativo, il potere esecutivo delle cose che dipendono dal diritto delle genti, ed il potere esecutivo di quelle che dipendono dal diritto civile. ....Si definirà quest'ultimo come potere giudiziario, l'altro semplicemente come potere esecutivo*". Descrive quindi quali sono i poteri che esistono: sono 3, legislativo, esecutivo e giudiziario.

*"Quando nello stessa persona o nella stessa magistratura il potere legislativo è unito al potere esecutivo non ci sarà libertà. ... Ci sarà ancor meno libertà se il potere giudiziario non sarà separato dal potere legislativo e dal potere esecutivo"*.

Distingue le funzioni, distingue la legge, l'esecuzione della legge e il potere giudiziario e una distinzione dei poteri. La separazione non è solo descrittiva, ma è anche cooperativa → ci deve essere equilibrio e distribuzione dei poteri, non può esistere un solo sovrano (ci sarebbe l'assolutismo se no).

**illuminismo giuridico** → Cesare Beccaria, 1764 *dei delitti e delle pene*.

Riepilogo: ci siamo interrogati sull'origine del principio presente nella dichiarazione dei diritti e dell'uomo.

Art.16 della dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino de 26 agosto 1789 → "*ogni società, nella quale la garanzia dei diritti non è assicurata né la separazione dei poteri determinata, non ha costituzione*" → segna l'inizio del moderno costituzionalismo, con l'obiettivo di creare un ordine giuridico fondato sui diritti dell'uomo e un assetto istituzionale basato sulla divisione dei poteri e la legittimazione del potere pubblico.

La dichiarazione dei diritti aveva un'incubazione profonda che risaliva al sesto capitolo del libro 11 dello spirito delle leggi in cui si individuava il **proprium** della Costituzione inglese nella divisione dei poteri. La rivoluzione

ha estratto dallo spirito delle leggi solo le pagine dedicate all'Inghilterra come unico modello costituzionale possibile.

**L'enciclopedia di Diderot (1751)** → rappresenta una realizzazione diversa da quella del passato, si proponeva di avvicinare un *pubblico molto più vasto* rispetto a quello precedente.

L'uso dei modelli enciclopedici (pensiamo all'enciclopedia Treccani) erano tentativi di sistemazione del sapere attraverso parole chiave, facilmente ricercabili in ordine alfabetico, ricostruendo un tessuto di conoscenza e saperi specifici che venivano resi consultabili anche da coloro che non erano conoscitori della materia.

Si tratta di un piano operativo intrecciato con le *scienze le arti* al fine di progettare un nuovo ordine politico. Ideata Diderot e d'Alembert e poi affidata a tutti i grandi personaggi della cultura francese del 1700 per le materie specifiche (Rousseau, Voltaire, ecc). *La collettività "agisce in qualità di soggetto politico"*.

L'enciclopedia → nuovo strumento straordinario per la diffusione del sapere, un nuovo canale comunicativo della che utilizza la stampa e che sarà destinato ad un successo editoriale straordinario.

Questa opera è una prima aperta contestazione dell'*assolutismo monarchico*.

Nel primo volume nella voce "*autorità politica*" in maniera sintetica e con una grande efficacia comunicativa si diffondeva l'idea fondamentale che l'autorità politica dovesse derivare necessariamente ed esclusivamente dal consenso di una collettività politica. Le voci dell'enciclopedia sono sintetiche e fissano i pilastri fondativi di un determinato tema.

Un inedito, straordinario, strumento di diffusione del sapere; è una prima, aperta, contestazione dell'ordine politico francese. In poche pagine ma con grande efficacia si descrive il nuovo ordinamento Politico giusnaturalista, l'autorità politica doveva nascere dal consenso.

Voce "Autorità politica" I volume Enciclopedia "*La corona, il governo e l'autorità pubblica sono beni dei quali il corpo della nazione è proprietario*" "*Il principe non può dunque disporre del suo potere e dei suoi sudditi senza il consenso della nazione e indipendentemente dalla scelta iscritta nel contratto di sottomissione*"

Il pensiero di Diderot fu fortemente contrastante con l'indirizzo della monarchia assoluta di Luigi XIII. Diderot si fa portavoce del pensiero giusnaturalista sviluppatosi in Inghilterra con Locke e Hobbes. Egli infatti riprendendo il filone di riflessione giusnaturalista secentesco inglese, ne coglie il punto centrale, ovvero la necessità di un contratto nel quale si stabilisse la legittimazione per consenso. Ciò figurava tuttavia un modello contrapposto al modello presente in Francia nel 1751 e una posizione di aperto contrasto con la realtà del tempo. Presupponeva un adattamento del modello attuale e dell'ordinamento giuridico-politico.

L'enciclopedia sarà censurata, ma ritornerà al centro della cultura europea.

Con l'Enciclopedia si introduce un nuovo modo di rapportarsi all'intellettualità avviando una trasformazione dell'ordine giuridico e politico dell'esistente, delinea una serie di pilastri che verranno fissati dalla rivoluzione e che si tradurranno in nuovi assetti organizzativi.

Tale avvio si scontrerà con il *rifiuto degli ordini privilegiati di attuare un adeguamento del modello esistente che porterà alla rivoluzione del 1789* (al contrario dell'Inghilterra che ha un adeguamento progressivo)

I due settori sui quali si dedica particolarmente l'enciclopedia, in cui la riflessione francese gioca un ruolo rilevante particolarmente sono:

1. leggi **politiche** → sentiero istituzionale che porta alla Dichiarazione dell'uomo e del cittadino e alla divisione dei poteri come strumento di legittimazione.

2. leggi **penali** → settore in cui si ha maggiormente la necessità di una scrittura concreta dei sistemi penali indispensabile e urgente.

-Anche in Europa sono alla ricerca di un radicale cambio di paradigma. Tali campi troveranno in Italia un punto fondamentale di riferimento.

L'illuminismo avvia una **progettazione istituzionale operativa**, un'agenda di riforme e interventi, critica l'esistente, pretende una sua razionalizzazione e una trasformazione del presente in particolare nelle funzioni pubbliche.

Dopo l'enciclopedia l'idea di progettare in concreto e riformare l'esistente diventa elemento caratteristico di gran parte dei governi illuminati europei.

I governi illuminati chiamano nei gabinetti dei principi i partecipanti della cultura illuminista che avviano un cantiere di riforme che cerca di avvicinare il presente agli obiettivi dell'illuminismo e del modello giusnaturalista (come legittimazione divisione dei poteri). Ricorda l'ordinanza di Colbert tortura come mezzo istruttorio di ricerca della verità.

In questo ambito del penale la riforma doveva rappresentarsi nel modo più antitetico rispetto alla garanzia dei diritti che il nuovo ordine avrebbe dovuto assicurare.

#### **Centralità della questione penale :**

La dichiarazione dei diritti dell'uomo dedica 17 articoli al penale, sintetizzando e fissando all'interno di norme formulate il disegno penalistico maturato nel corso del 700.

L'art 8 della dichiarazione dichiara: *"la legge deve stabilire soltanto pene strettamente ed evidentemente necessarie e nessuno può essere punito se non in virtù di una legge stabilita e promulgata anteriormente al delitto, e legalmente applicata"*.

Folgorante nel garantismo penale sintetizza la necessità di utilizzare con parsimonia la sanzione penale perché essa va a colpire i diritti fondamentali dell'uomo per questo la sanzione deve essere investita delle massime garanzie possibili.

Le leggi penali non devono essere retroattive e deve essere assicurato che la sanzione sia applicata secondo le norme di un giusto processo. Tale articolo scalza le prassi illegali dell'antico regime e l'inesistenza di un garantismo penale nell'antico regime. È la sintesi di una riflessione e di valutazioni sul tema del penale.

In questo campo il contributo più significativo anche per il modo operativo in cui si disegnava in materia stringata i nuovi pilastri dell'ordine penale lo si deve a **Cesare Beccaria** nella sua opera dei Delitti e delle pene del 1758. Anche in questo caso il sentiero è stato tracciato da tempo:

L'opera fu pubblicata a Livorno perché il tema trattato era particolarmente delicato contrassegnato da una forte politicità. Pubblicarla a Livorno era un modo di insediarsi in una realtà territoriale che rappresentava un unicum dovuta alla dimensione portuale e una circolazione di mercanti francesi e olandesi, dal mediterraneo che rendeva l'area più libera anche per la circolazione culturale.

Tale opera avrà un successo enorme e rappresenterà per la sua sinteticità e per il suo essere il manifesto dell'illuminismo una fonte privilegiata di articoli penalistici.

L'opera nasce a Milano dalle riflessioni comuni di un gruppo che si era autodeterminato Accademia dei Pugni, l'espressione si riferiva alla bellicosità delle loro idee.

**RAFFIGURAZIONE** dell'accademia dei Pugni del pittore milanese Perego (cesare beccaria panciotto arancione)

I personaggi sono tutti appartenenti al patriziato, nobili, giovani patrizi ma tutti in conflitto con le proprie casate e famiglie, anche dal punto di vista delle frequentazioni letterarie. Evidente la vicenda del conflitto di Beccaria con la famiglia causa del matrimonio con Giulia Maria Anna dalla quale si avvicinerà ai fratelli verri. L'accademia dei pugni pubblica la rivista il "caffè"

**Dei delitti e delle pene** → Nasce come sintesi delle riflessioni dell'accademia del pugni. Vuole creare un nuovo modello di sistema penale. L'opera fu poi ripresa in un volume in cui si articolano le opere di Cesare Beccaria scritta da Gianni Francioni per l'edizione nazionale delle opere pubblicata a Milano.

Un'ulteriore edizione significativa è a cura di Piero Calamandrei (1899-1956) ci fa vedere in quale contesto si torna ristampare l'opera nel 1945, dopo la liberazione di Firenze nell'agosto del 1944.

Calamandrei lavora all'opera nell'inverno del 1943, (Pilastro di una società giuridica che doveva essere rifondata) è un professore di procedura civile ha scritto l'opera sulla cassazione civile, estraneo al regime e oppositore al regime tuttavia lavorerà con il regime poiché verrà chiamato insieme ai redenti a stendere il progetto di quello che sarà il codice civile del 1941. Calamandrei sarà un membro della **commissione dei 75** e stenderà la parte della magistratura, sarà uno dei firmatari del **manifesto croce**.

Dopo la notte del gran consiglio calamandrei viene eletto rettore dell'università di firenze, sarà costretto a fuggire si rifugia nell'appennino umbro dove si nasconderà nell'inverno del 1793, sarà poi il figlio partecipe della resistenza. Proprio in questo inverno Calamandrei ripubblica l'opera di Beccaria *Dei delitti e delle pene*, l'opera rappresenta un segno di ricerca di radice profonde positive nella storia d'Italia che stavo vivendo il suo periodo più buio.

#### TESTO DI BECCARIA- DEI DELITTI E DELLE PENE

Pagine importanti in cui verifichiamo la *diffusione della progettazione illuminista e di un nuovo ordine giuridico*.

L'inizio mostra una profonda continuità di linguaggio e di stile di forma stessa dello scrivere con l'opera che risale a 22 anni ,ovvero i difetti della giurisprudenza di Muratori.

Testo di premessa "a chi legge" . Mostra come la riflessione del 700 fosse concatenata ,fatta di colloqui con le riflessioni contestuali, alimentata dalla circolazione delle idee e come siano bastati poco più di 20 anni per cambiare progettualità e temi di riflessione avvicinandosi ad esiti normativi rivoluzionari.

#### Elementi di continuità con Muratori:

- stesso stile di Muratori, linguaggio denigratorio, ironico e pesantemente demolitivo della tradizione precedente.
- posizione che prende le distanze dalla tradizione precedente (ridicolizza la tradizione e l'esperienza classica e il successivo rinascimento giuridico e la costruzione dell'apparato di commento)

*«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 Carpzovio, 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 più 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 dalle 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.....»*

il popolo conquistatore è il popolo romano e gli avanzi di leggi sono i resti del diritto romano, i codex i frammenti antologizzati all'interno del digesto, il principe è Giustiniano.

I giuristi medievali avevano introdotto nel V volume dei libri legales anche una serie di testi medievali.

Le fonti erano passate alla costruzione di complessi apparati di commenti ( glossatori e commentatori) che non erano investiti di funzioni pubbliche o legittimati dal corpo della popolazione ma si esprimevano nella loro forza dottrinale, Beccaria considera la tradizione passata come un ingombro, un qualcosa da archiviare e da modernizzare completamente ( pensiero che accomuna l'accademia dei pugni).

I personaggi che Beccaria cita sono dei penalisti del 1500, giuristi che nel corso del 16esimo secolo hanno iniziato a fondare la prima trattatistica penale (trattati a cui si riferiva anche Muratori)ma con la continuità della tradizione precedente.

La scelta di Beccaria è tematica, si riferisce alla questione penale che ha bisogno di una fondazione radicale . La tradizione è lo scolo dei popoli più barbari ed il linguaggio è prettamente denigratorio.

Il settore penale lo si affronta per riscriverne i pilastri che daranno vita ad una nuova codificazione penale.

Beccaria vuole riprogettare il sistema penale, il quale impatta maggiormente la garanzia dei diritti e per questo deve essere oggetto primario della sfera politica.

I sovrani illuminati si avviano a queste riforme. Questo appello fatto da Beccaria nella "chi legge" la premessa al testo è un appello ai governanti. Un appello che nella toscana leopoldina verrà di lì a poco fatto proprio da Pietro Leopoldo che promulga un' importante riforma nel 1786 " la Leopoldina" primo testo normativo italiano e del mondo che abolisce la pena di morte. Il caso toscano è celebrativo, il granducato di toscana sarà il centro della

riforma penale. Anche in Lombardia si opera un tentativo di messa al passo dei nuovi principi dell'illuminismo e in questo senso l'accademia del pugno avrà un ruolo fondamentale.

Dei delitti e delle pene [1764] (I, "Origine delle pene"): *"Le leggi sono le condizioni, colle quali gli uomini si unirono in società, stanchi di vivere in un continuo stato di guerra e di godere una libertà resa inutile dall'incertezza di conservarla. Essi ne sacrificarono una parte per goderne il restante con sicurezza e tranquillità. La somma di tutte queste porzioni di libertà sacrificate al bene di ciascheduno forma la sovranità di una nazione..."*.

Una delle opere più celebri di Beccaria → si interroga su quali siano le origini delle pene e cosa possa legittimare il potere pubblico a sacrificare i diritti del cittadino. È una rielaborazione sintetica e didascalica del modello giusnaturalistico. Le leggi sono le condizioni con le quali gli uomini si riuniscono in società perché stanchi di vivere in guerra; scelta razionale dell'uomo di sottoporsi al comando di un'autorità politica in modo funzionale alla garanzia dei diritti naturali. Si chiede cosa sia la **sovranità nazionale**: è la somma di tutte le porzioni di libertà che ciascuno ha sacrificato.

Dei delitti e delle pene [1764] (II, "Diritto di punire"): *"Ogni pena che non derivi dall'assoluta necessità, dice il grande Montesquieu, è tirannica; proposizione che si può rendere più generale così: ogni atto di autorità di uomo ad uomo che non derivi dall'assoluta necessità è tirannico. Ecco dunque sopra di che è fondato il diritto di punire: sulla necessità di difendere il deposito della salute pubblica dalle usurpazioni particolari; e tanto più giuste sono le pene, quanto più sacra ed inviolabile è la sicurezza, e maggiore la libertà che il sovrano conserva ai sudditi". "Per giustizia io non intendo altro che il vincolo necessario per tenere uniti gli interessi particolari, che senz'esso si scioglierebbono nell'antico stato d'insociabilità; tutte le pene che oltrepassano la necessità di conservare questo vincolo sono ingiuste di loro natura"*.

Compare **Montesquieu** → il personaggio che in parti fondamentali della sua opera ha richiamato l'attenzione alla centralità delle leggi penali e che ha avviato la *riflessione penale*, mettendo in connessione regime politico e le leggi penali. Beccaria non si muove con originalità ma segue il percorso già avviato da Montesquieu e ne sintetizza gli argomenti, selezionando ciò che ritiene più adeguato. Il problema che si pone Beccaria è capire e definire cosa significa la **necessità della pena** → va usata con cautela, la sanzione penale proprio perché va a colpire i diritti fondamentali del soggetto, ha bisogno del suo fondamento, non è un potere limitato e arbitrario, deve essere funzionalizzata a difendere il deposito della salute pubblica. La pena è necessaria per i soggetti che sacrificano i diritti dei propri concittadini, è uno strumento di difesa del vincolo sociale, delle corrette regole di convivenza. Deve essere fondato e funzionale al vincolo sociale. Presenta argomentazioni che vanno direttamente al cuore del problema. La pena è giustificata se non oltrepassa la necessità di conservare il vincolo, ovvero mantenere unita la comunità politica che altrimenti si scioglierebbe, la potestà punitiva ha bisogno di un fondamento. La pena non può essere affidata ad un esercizio autoritario e ha bisogno di motivazioni, è definita come *extrema ratio*. Tanto più giuste sono le pene, maggiore è la libertà che il sovrano lascia ai sudditi. La potestà punitiva non può essere valida sempre, ma solo quando viene compiuto l'atto, e deve essere sempre calibrata alla necessità di salvaguardare il vincolo sociale.

Dei delitti e delle pene [1764] (III, "Conseguenze"): *"La prima conseguenza di questi principii è che le sole leggi possono decretare le pene su i delitti, e quest'autorità non può risiedere che presso il legislatore che rappresenta tutta la società unita per un contratto sociale". "Il sovrano che rappresenta la società medesima, non può formare che leggi generali che obblighino tutti i membri, ma non già giudicare che uno abbia violato il contratto sociale... Ecco la necessità di un magistrato, le di cui sentenze sieno inappellabili e consistano in mere asserzioni o negative di fatti particolari". "La terza conseguenza è che quando si provasse che l'atrocità delle pene ... fosse solamente inutile, anche in questo caso essa sarebbe non solo contraria a quelle virtù benefiche che sono l'effetto d'una ragione illuminata ..., ma lo sarebbe alla giustizia e ad alla natura del contratto sociale medesimo"*.

Discussione penale che ne mette in questione il fondamento. Elemento caratteristico del saggio di Beccaria di ricavare immediatamente da principi fondativi una serie di **conseguenze** (definizione degli elementi costitutivi del sistema penale). Non ci si limita ad affermare principi filosofici ma si disegna un sistema costituzionale giudiziario coerente con questi principi. Conseguenza: i principi richiedono una certa architettura costituzionale

del sistema punitivo che deve essere configurato in modo da garantire il massimo del "giusto processo". Prima conseguenza → La pena può essere fissata solo con un intervento del legislatore che rappresenta tutta la società, non può essere fissata dall'autorità giudiziaria o amministrativa.

Seconda conseguenza → non basta la legge, serve un magistrato le cui sentenze siano inappellabili.

Terza conseguenza → incide direttamente sul sistema delle pene; L'atrocità della pena non fermerà le persone dal compiere delitti, ma la certezza che se compi un delitto c'è una pena. L'atrocità delle pene è inutile, inaugura un **corrente abolizionista** che lo trova come protagonista e iniziatore della corrente e che poi troverà all'atto pratico difficoltà di applicazione.

Beccaria è all'origine di un percorso che verrà recepito normativamente in Italia con il **codice Zanardelli** 1889 uno dei primi grandi codici ad abolire la pena di morte, la Francia non seguirà il sentiero abolizionista.

Nel 1865 si raggiunge l'unificazione amministrativa dell'Italia con il trasferimento della capitale da Torino a Firenze e verranno approvati i grandi codici e le leggi amministrative del regno, la classe dirigente liberale si scontra sul penale e sull'abolizione della morte (la tradizione piemontese e della Sardegna prevedevano la pena di morte mentre il ducato di Toscana abolì la pena di morte con il codice leopoldino del 1700) il tema del penale sarà rinviato e ci sarà un codice unitario solo nel 1989 con Crispi dove si promulgherà il primo codice penale unitario che ha l'attuazione del garantismo penale e che rifiuta la pena di morte.

Quale argomento utilizza Beccaria nella pena di morte?

Il Criterio umanitario di evidente contrarietà delle pene corporali e capitale nella sua irreversibilità, è un argomento fondato sulla morale e sul rispetto della persona umana, dell'intangibilità della vita umana in tutte le circostanze, BECCARIA NON UTILIZZA IL CARATTERE UMANITARIO → opera in un contesto fortemente contrario all'abolizione della pena di morte, l'argomentazione della dolcezza delle pene si trova nella dimostrazione CHE UNA PENA ATROCE NON COSTITUISCE UN ELEMENTO DI FRENO ALLA COMMISSIONE DEL DELITTO, non è la crudeltà, il rigore eccessivo ma l'INFALLIBILITÀ DELLA PENA vale a dire una volta individuata È RIGOROSAMENTE APPLICATA, l'impunità spinge al delitto, l'infallibilità la **certezza delle repressione** è l'unica che può fermare il reo. Beccaria arriva a negare l'illegittimità della pena capitale. Egli considerava che la pena di morte dovesse essere relegata a circostanze speciali. Recentemente con legge cost 2 ottobre 2007 l'Italia ha definitivamente cancellato ogni possibilità di pena di morte, prima concessa nei casi previsti dalla legge militare di guerra, oggi si è completamente esclusa. La legge 2 ottobre 2007 è una delle pochissime leggi costituzionali introdotte nella prima parte della Costituzione mentre sono comuni i interventi di modifica a partire dal titolo V nel 2001 della seconda parte della costituzione.

Dei delitti e delle pene [1764] (IV, "Interpretazione delle leggi"): "*Quarta conseguenza. Nemmeno l'autorità d'interpretare le leggi può risiedere presso i giudici criminali per la stessa ragione che non sono legislatori. In ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto; la maggiore deve essere la legge generale, la minore l'azione conforme o no alla legge, la conseguenza la libertà o la pena. Non v'è cosa più pericolosa di quell'assioma comune che bisogna consultare lo spirito della legge.*"

Dei delitti e delle pene [1764] (XXVII, "Dolcezza delle pene"): "*Uno dei più gran freni dei delitti non è la crudeltà delle pene, ma l'infallibilità di esse ... La certezza di un castigo, benché moderato, farà sempre una maggiore impressione che non il timore di un altro più terribile, unito colla speranza dell'impunità*"

Beccaria ci avvicina alle prime manifestazioni della rivoluzione, art 18 e 8 della Dichiarazione. La Francia stenta a realizzare il progetto illuministico, la offre una situazione di maggiore istanza, un conflitto tra il progetto illuministico e una classe politica bloccata. La Francia non riesce ad anticipare attraverso riforme (come invece fa la toscana) la modernizzazione del sistema antico, ma arriverà nel 1789 affidando al progetto rivoluzionario il compito della modernizzazione.

Il penale sarà sin dall'inizio uno dei temi emergenziali e dei primi grandi provvedimenti che sono stabiliti nel decreto sull'organizzazione giudiziaria

16-24 agosto 1790, Francia, DECRETO SULL'ORGANIZZAZIONE GIUDIZIARIA: Titolo II. Dei giudici in generale.

Art.21. "*Il codice penale sarà riformato senza indugio, in modo che le pene siano proporzionate ai delitti,*"

*osservando che siano moderate e che non perdano mai di vista la massima della dichiarazione dei diritti dell'uomo che 'la legge non può stabilire che pene strettamente ed evidentemente necessarie'.*

All'indomani dello scoppio della rivoluzione il rinnovamento del sistema penale è centrale occorre una riforma tempestiva. L'uso della ghigliottina renderà ancora più difficile l'attuazione dell'abolizione della pena.

### **Beccaria e gli esiti della rivoluzione**

L'opera di Beccaria è una delle dimostrazioni più evidenti di come esiti della rivoluzione francese vengono prefigurati con decenni di anticipo, egli progetta un nuovo ordine del diritto permeato sul complessivo assetto delle giurisdizioni e del penale. La rivoluzione ha un raggio estremamente ampio rispetto alla precedente esperienza americana che seguì un sentiero costituzionale. Il testo di Beccaria è un testo di riflessione politica che fonda nel 1700 e porterà ad un dispiegamento dei passaggi costituzionali.

Questo modello di Beccaria trova anche nella stessa vicenda del 700 italiano una serie di riforme come il codice Leopoldino che mette in atto alcuni dei principi di Beccaria. Tra i quali:

**-Legalità della pena→** il legislatore stabilisce le pene e delitti e occorre una separazione tra colui che identifica le pene e i reati e colui che giudica l'effettiva concretizzazione e qualificazione della condotta criminosa che entra nella fattispecie criminale. (Indipendenza del giudice )

**-La dolcezza delle pene→** le pene debbano necessariamente schivare i supplizi e l'accanimento sui corpi che caratterizzava l'antico regime, la pena deve essere coerente con i principi dell'umanità.

**-Interpretazione delle leggi→** la considerazione che Beccaria affronta risale a Montesquieu. Mentre nello "spirito delle legge" comparivano una serie di modelli costituzionali diversi, nel testo di Beccaria appare spendibile solo un progetto di istituzionalizzazione e di progettazione del sistema criminale che può essere coerente con la tenuta del vincolo sociale.

Gran parte del sistema antico si era sviluppato a partire da apparati di commento alle prese con testi provenienti dall'antichità e che dovevano essere attualizzati. L'interpretazione inizia a calamitare una serie di problematiche per la difficoltà di reperimento della regola (Muratori afferma che l'individuazione delle regole del diritto si traducesse nell'atto un arbitrio giurisdizionale, muratori aveva già evidenziato l'incertezza del diritto.) Beccaria con maggiore efficacia affronta questo tema dedicando la 4 conseguenza, mettendo sul piatto del rinnovamento penale il vincolo del giudice.

*Dei delitti e delle pene [1764] (IV, "Interpretazione delle leggi"): "Quarta conseguenza. Nemmeno l'autorità d'interpretare le leggi può risiedere presso i giudici criminali per la stessa ragione che non sono legislatori". "In ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto; la maggiore deve essere la legge generale, la minore l'azione conforme o no alla legge, la conseguenza la libertà o la pena". "Non v'è cosa più pericolosa di quell'assioma comune che bisogna consultare lo spirito della legge".*

Il tema dell'interpretazione letta con gli occhi di un giurista che vive un momento di trapasso tra il sistema multi normativo e non codificato antico e il nuovo, guarda all'antico, critica lo spazio interpretativo in cui vive e opera e propone una soluzione diversa che porti il giudice ad un vigoroso vincolo del rispetto della legge. Beccaria **ha l'obiettivo di delimitare fortemente il ruolo interpretativo del giudice** il giudice è semplicemente chiamato a un'interpretazione rigorosa del dettato normativo, deve utilizzare la fattispecie criminale applicarla al caso concreto e solo se corrisponde si avrà la sanzione della pena, ma se non trova applicazione nella fattispecie concreta il giudice deve assolvere e non dar luogo alla condanna del reo.

Beccaria fa riferimento al sillogismo aristotelico: il giudice deve comportarsi con stesso rigore tra una premessa maggiore (ovvero la legge) e una minore (condotta , caso concreto) che porta alla soluzione del sillogismo, il giudice deve comportarsi come colui che segue le regole della logica, deve seguire un sillogismo perfetto e deve limitarsi ad applicare la norma di legge e una verifica della corrispondenza della fattispecie criminale nel fatto concreto

Nell'ultima frase Beccaria prende le distanze dall'opera di Montesquieu cercando di selezionare all'interno dell'eredità delle soluzioni le più coerenti con la potestà punitiva, l'evidente necessità della pena sta nel richiamo dell'applicazione logica della fattispecie criminale che solo se corrisponde al caso concreto può portare all'erogazione della pena. Impedisce quindi che sia il giudice titolare della potestà punitiva, la quale è affidata

solo al legislatore. Il giudice indipendente è vincolato strettamente alla legge. Segna una precisa scelta all'interno del catalogo che "lo spirito delle leggi" presentava c'è solo un modello possibile dove il giudice sia indipendente, applica la legge e non si sostituisce al legislatore.

Prefigura il modello legalistico che la rivoluzione applicherà nel penale e nel diritto privato del codice civile. L'idea legalista di un diritto che confluisce interamente nella legge è un disegno che ha origine in Montesquieu ma che in Beccaria trova una conferma essenziale.

La rivoluzione impiegherà uno sforzo importante per i confini tra legge e interpretazione della legge.

Questa è un'altra dimostrazione di come il testo di Beccaria offra le tesi che la rivoluzione francese metterà in pratica con il suo progetto istituzionale.

### **RIVOLUZIONE FRANCESE**

Tappe storiche fondamentali: il sentiero tortuoso con il quale si avvia la rivoluzione francese

7 agosto 1788 Convocazione Stati Generali ; 5 maggio 1789 Apertura Stati Generali

17 giugno il Terzo Stato si proclama Assemblea nazionale ; 20 giugno Giuramento della Pallacorda

14 luglio Bastiglia ; 4 agosto abbattimento antico regime ; 20-26 agosto Dichiarazione dei diritti

La rivoluzione francese sbocca in un'abbattimento dell'ordine antico e in una rapida progettazione dell'ordine nuovo con pilastri totalmente diversi da quelli precedenti. Fino all'apertura degli Stati generali l'ipotesi della rivoluzione era improbabile, l'inesco si colloca il 7 agosto del 1788 con l'ordine del re di convocare gli Stati generali, tuttavia nel 17esimo e 18esimo secolo non erano mai stati convocati, nella stagione dell'assolutismo politico e dei primi grandi provvedimenti normative (ordinanze di Dagesseau e Colbert) aveva concentrato nel Consiglio del Re tutta la forza motrice del regno.

Si ripristina la convocazione degli Stati generali perché la Francia sta vivendo una stagione di grande difficoltà finanziaria ed è necessario un **controllo della spesa pubblica** per evitare la bancarotta finanziaria. La convocazione degli Stati generali avrebbe dovuto instaurare l'antica collaborazione e l'individuazione delle scelte nel governo del territorio, ma la società cetuale riconferma la propria forza e non vuol cedere sui privilegi, la soluzione che la forza della lotta politica spinge ad adottare è un ritorno al passato e la convocazione degli Stati generali.

La rivoluzione si avvia su una pretesa dei conti privilegiati di svolgere il ruolo di co-decisione verso il ritorno agli stati generali. Il Re convoca tutta la società cetuale francese e il 5 maggio si ha l'apertura agli Stati generali: i nobili insistono sul voto per ordine che consente alla nobiltà e al clero la maggioranza, il terzo stato insistevano sul voto per testa, decide quindi di trasformare radicalmente la loro posizione all'interno degli stati generali.

Prendono le distanze dagli ordini privilegiati si considerano gli unici legittimati come rappresentanti dell'interesse della nazione e di quel patto sociale che ha nel modello giusnaturalista il suo punto di riferimento, il terzo stato si proclama **Assemblea nazionale** legittimato direttamente dal consenso dei consociati. Il 20 giugno il terzo stato **giura** di non dividersi e di non separarsi fino alla nuova costituzione, viene scritto un nuovo ordine politico distinto da quello antico e di fronte alla resistenza del sovrano si avrà la presa della Bastiglia che segnerà la discesa in campo delle forze popolari e l'abbattimento dei ruoli simbolo dell'assolutismo politico. Gli stati generali sono sostituiti dall'assemblea generale in cui si vota per testa e si riscrivono le regole fondanti dell'ordine politico sulla base dell'illuminismo.

Il 4 Agosto si deciderà l'abolizione dell'antico regime e una progettazione nuova che si concretizzerà nei 27 articoli della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*.

La vicenda francese è fortemente diversa dalla vicenda inglese e americana (si muove sulla traiettoria di una semplice cesura del vincolo di dipendenza dalla madrepatria, un contrasto alla pretesa della madrepatria di considerare come sudditi e non come cittadini i paesi atlantici americani). Ciò che le converge sono i valori dell'illuminismo su cui si fondano le prime carte costituzionali. In Francia la rivoluzione sarà un grande conflitto politico-sociale. Segna il passaggio tra lo stato giurisdizionale e lo stato di diritto che si fonda sulla dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino.

**Il messaggio giuridico della rivoluzione francese** → la rivoluzione taglia alle radici la vecchia società francese, attuando quel risultato che Luigi XIV aveva ritenuto rifiutandosi di accogliere il progetto del suo ministro Colbert. Sessennio rivoluzionario (1789-1795). Segni di rottura con il passato :

◆ Francia diventa a struttura semplice e compatta, pertanto unitaria, indicibilmente unitaria. Spicca la falce dell'uguaglianza. Soggetti e beni sono sottoposti a un'operazione assoluta di semplicizzazione : esiste un solo soggetto uguale a tutti gli altri. Allo stesso modo esiste un solo oggetto di diritti, uguale a ogni altro oggetto. Paesaggio giuridico nuovo => compattezza e semplicità. L'uguaglianza giuridico dei soggetti = popolo composto di soggetti uguali sul piano dei diritti ma diversificati per il fatto di essere uomini e donne. Il popolo si identifica nella nazione ciò che Le Chapelier (la legge) chiama "anéantissement" = annichilimento o cancellazione di ogni assetto corporativo. Il popolo era senza volto poiché nemmeno i suoi componenti ne avevano uno. Solo i rappresentanti erano identificabili.

- rappresentanza politica = delega ad esprimere una volontà che la massa popolare non è in grado di elaborare e non è nemmeno chiamata a farlo. La rigida uguaglianza appiattiva la funzione elettorale, faceva giganteggiare il corpo degli eletti, dava vita a un centralismo politico-giuridico provocando una articolazione elitaria nella configurazione del nuovo stato. La struttura democratica nel periodo giacobino, è degenerata in un sostanziale dispotismo = "dispotismo della libertà" (Robespierre). In Francia niente può attenuare la compattezza della nazione poiché non ci sono formazioni sociali apparte la famiglia naturale.

◆ Il nuovo diritto è fatto di principi = grandi orientamenti pensati ed espressi dalla entità sovrana. Essi si manifesteranno come "leggi". La rivoluzione riduce il diritto a un complesso di leggi. La legge è l'unica fonte del diritto che, in grazia della sua astrattezza generalità rigidità, può garantire l'unità giuridico dello Stato. La rivoluzione proclama "la legge è espressione della volontà generale" che "la conservazione della libertà dipende dalla sottomissione alla legge". La legge non può ordinare ciò che è giusto o no alla società prende avvio il legalismo e la legolatria = la legge è meritevole di rispetto in quanto tale e non per i suoi contenuti. Legge = atto che proviene dal titolare del potere supremo. Il messaggio universalistico della rivoluzione si riduce a messaggio fondativo di una immagine di stato. Al cuore del legalismo rivoluzionario sta un impegno = fare un codice di leggi civili comuni a tutto il regno. Tutto l'ordine giuridico dovrà trasformarsi in ordine legale. La rivoluzione è borghese ossia fatta dal terzo stato; intende occuparsi direttamente di ciò che le sta particolarmente a cuore, di proprietà e contatti. Dopo la regolamentazione del commercio avvenuta nel 1673 si avviava ora il progetto di regolamentare il nucleo del diritto autenticamente privato.

L'età del Codice → la rivoluzione mira a un codice di diritto civile. Codice = raccolte e sistemazioni di materiale normativo fatte su iniziativa di privati giuristi o monarchi. Secondo uno storico italiano, queste raccolte dovrebbero essere chiamate consolidazioni al posto di codice per distinguerle dal progetto di codice post-illuministico. Il codice nasce come idea di unificazione e progetto di soluzione del diritto, del problema delle fonti del diritto. Il codice di cui si parla, presuppone due rivoluzioni => culturale del giusnaturalismo / illuminismo + fattuale del sessennio 1789-1798. Segnala due novità = nuovo rapporto tra potere politico e diritto, nuovo modo di concepire e concretizzare la produzione del diritto. La produzione del diritto, per tutto il medioevo, aveva tre caratteri:

◆ Alluvionale: le fonti si stratificano le une sopra le altre ◆ Pluralistica: proveniva da fonti diverse

◆ Extra-statuale

Dopo che il giusnaturalismo e illuminismo hanno:

◆ Generato orrore per la vecchia alluvionalità identificando nella storicità una complessità disordinata

◆ Dopo che il programma innovatore è consistito nella riscoperta dello stato di natura e dell'uomo genuino così com'era prima che l'uomo ne alterasse la statura.

◆ Dopo che il legislatore ha potuto far diventare chiare e certe le leggi del passato, governate dal caos

Il risultato di tutto ciò = statualità del diritto, potere politico supremo quale unica fonte del diritto, rigoroso

monismo giuridico che si sostituiva al vecchio pluralismo vincolante assolutismo giuridico. Espressione di esso è

il codice di cui si parla. Modo nuovo di effettuare la produzione del diritto i cui scopi : 1. Essere unitaria, specchio e cemento dell'unità compatta dello stato 2. Essere fonte completa, per garantire l'auspicata unità 3. Essere fonte esclusiva, sempre nel miraggio di conseguire il medesimo fine. Novità delle matrici giusnaturalistiche= storicità ammasso di scorie fattuali soffocanti la genuina naturalità = soggetti e rapporti sono astratti = codice realtà virtuale popolata di modelli di uomo più che di uomini in carne ed ossa. = a livello di contenuti esiste solo un individuo che è il soggetto agente nello stato di natura, sogg. unitario. Gli strumenti messi a sua disposizione sono il contratto e la proprietà. Proprietà che ha ritrovato la sua unitarietà e contratto che esprime solo il libero consenso di liberi operatori. Napoleone è il primo codificatore, salvo un esperimento austriaco di Giuseppe II, del 1787, ma ristretto solo al campo penale. Vedi anche "Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten" => pubblicato nel 1794 dall'impulso di Federico II. Aveva subito una lunga gestazione durata più di 50 anni. Infine è arrivata ad essere un enorme ammasso di norme che tradivano gli ideali illuministici (chiarezza e semplicità) della permanenza immobiliare del ceto quale protagonista sociale. Il landrecht non è un codice perché non è una norma esclusiva ma sussidiaria rispetto ad esse.

**La Rivoluzione francese:** il nuovo impianto delle funzioni pubbliche. Non c'è:

-Nessuna possibilità in Francia di una rivoluzione costituzionale sul modello americano

-Nessuna possibilità di innestare il costituzionalismo moderno sul tronco del costituzionalismo antico come nel modello inglese, investe una trasformazione dell'ordine politico

La rivoluzione è una profonda frattura politica e sociale. (The gigantic broom, Marx, La guerra civile in Francia)

→ *Gigantic broom* una grande falce, un sconvolgimento che travolge l'antico regime e solo su questo inizia a progettare il nuovo ordine individuale del diritto.

Art.3 Dichiarazione dei diritti(26 agosto 1789)

*"La sovranità risiede essenzialmente nella Nazione. Nessun corpo, nessun individuo può esercitare un'autorità che da essa non emani espressamente"* → Ci fa capire il motore di quest'opera di restauro. Sovranità come elemento che accompagna la modernità sino dal 1500, dall'opera di Jean Bodin. Con questa Rivoluzione assume un valore diverso, di più alto valore. Nazione sovrana che si pone come motore nel processo di cambiamento, che si avvale di un potere decisionale, proiettato verso una capacità espositiva dell'ordine sociale, mai verificata prima nella storia. Sovranità che pertiene alla nazione, soggetto astratto e costituente, che da voce alla società.

La sovranità fa un balzo avanti:

### 1) piano costituzionale

L'ordine individuale del diritto deve essere creato abbattendo l'antico regime ed istituendo al posto della struttura per corpi un'unica classe di cittadini.

→ Dalla sovranità del Re si passa alla sovranità della Nazione

→ Il re di Francia diventa re dei francesi (semplice organo costituzionale)

2) **Sulla struttura della stessa tipologia statale.** La Francia apre il percorso verso il codice, in cui confluisce tutto il diritto presente, in UK e in USA il sistema di common law si tiene saldo e dove l'esigenza del diritto viene affidate alla certezza del precedente.

→ Divisione *geometrica* del territorio (Emmanuel-Joseph SIEYÈS/ Jacques-Guillaume THOURET)

→ Divisione dei *poteri*

- Un nuovo rapporto tra giustizia e amministrazione

- Codificazione del diritto

Per capire questa peculiarità francese del percorso rivoluzionario comparativamente caratterizzata da un percorso specifico e autonomo, facciamo riferimento al Proemio della Costituzione del 3 settembre del 1791:

*"L'Assemblea Nazionale abolisce irrevocabilmente le istituzioni che ferivano la libertà e l'uguaglianza dei diritti. Non vi è né nobiltà, né patria, né distinzioni ereditarie, né distinzioni di ordini, né regime feudale, né giustizie patrimoniali ... Non vi è più né venalità, né ereditarietà di alcun ufficio pubblico. Non vi è più, per nessuna parte della Nazione, né per nessuno individuo alcun privilegio o eccezione al diritto comune di tutti i francesi. Non vi sono più né giurande, né corporazioni di professionisti arti e mestieri. La legge non riconosce più né voti religiosi, né alcun altro legame che sia contrario ai diritti naturali, o alla Costituzione".*

Testo emblematico francese, che non si può ritrovare nel percorso americano.

Il 4 agosto del 1789 l'assemblea costituzionale adotta una serie di provvedimenti che archiviano le istituzioni dell'**antico regime**; questi provvedimenti vengono sintetizzati in questo articolo della costituzione prima di procedere alla dichiarazione dei diritti.

Vengono fissati i principi di libertà e uguaglianza dei diritti abolendo però l'elemento di negazione di quest'ultimi dell'antico regime, testo che ci fotografa la peculiarità del processo francese.

Abbatte la nobiltà, le distinzioni ereditarie a differenza dell'antico regime. L'Assemblea cancella soprattutto la distinzione tra gli ordini (soppressione ordine corporativo e cetuale); le decisioni scavano in profondità andando a definire le basi di ogni punto che andranno a trattare nella sintesi espressa nell'articolo.

La nazione ha il compito di recuperare l'interesse delle funzioni pubbliche

Viene anche cancellata un'altra istituzione importante: l'**ufficio pubblico**, estremamente importante per la Francia. L'ufficio pubblico diventa una funzione che può essere esercitata per meriti del soggetto o per via elettiva.

Il 'non' e il "né" ci fanno vedere 'la creazione 0' su cui la rivoluzione inizierà a progettare

Si vogliono escludere i diritti speciali dei nobili e dei signori feudali; le leggi diventano generali e astratte.

Abbatte l'ordine esistente e costituisce un nuovo ordine

Abolisce con la legge del 1791 ogni organizzazione di interesse economico

Divisione del territorio

→ 22 dicembre 1789: **Decreto** relativo all'istituzione delle assemblee primarie e delle assemblee amministrative

Art.1. *"Sarà fatta una nuova divisione del Regno in dipartimenti tanto per l'esercizio della rappresentanza che per l'amministrazione. Il numero dei dipartimenti sarà tra 75 e 85.*

Art.2. *"Ogni dipartimento sarà diviso in distretti ...".* Art.3. *"Ogni distretto sarà diviso in cantoni di circa 4 leghe quadrate".* → Divisione dei poteri.

Art.10. *"I tribunali non potranno prendere, direttamente o indirettamente, alcuna parte all'esercizio del potere legislativo ...".*

Art.13. *"Le funzioni giudiziarie sono distinte e rimarranno sempre separate dalle funzioni amministrative..."*

### **Il progetto di codificazione**

16-24 agosto 1790, DECRETO SULL'ORGANIZZAZIONE GIUDIZIARIA: Titolo II. Dei giudici in generale.

Art.19. *"Le leggi civili saranno riviste e riformate dalle legislature e sarà fatto un codice di leggi semplici, chiare e appropriate alla costituzione".* Art.20. *"Il codice di procedura civile sarà riformato senza indugio, in modo che questa sia resa più semplice, più rapida e meno costosa".*

Art.21. *"Il codice penale sarà riformato senza indugio, in modo che le pene siano proporzionate ai delitti, osservando che siano moderate e che non perdano mai di vista la massima della dichiarazione dei diritti dell'uomo che 'la legge non può stabilire che pene strettamente ed evidentemente necessarie"*

### **TEMA DEL NUOVO POTERE GIUDIZIARIO**

Un altro settore strategico in cui la rivoluzione interviene con un percorso che non ha significati parallelismi con le vicende inglesi e americane è il potere giudiziario. La Francia riprogetta completamente, dà nuove basi dell'organizzazione del potere giudiziario. Nelle decisioni del 4 agosto 1789 si era abolita la venalità delle cariche che pone l'urgenza di sostituire il sistema giudiziario.

L'antico regime intervenne sulla disciplina del processo, della struttura commissariale (ordinanze di Colbert) ma non intervenne mai sull'organizzazione del sistema giudiziario, limitandosi alla presenza di un commissario. La scelta radicale della rivoluzione di abolire la venalità e di collegare ad una legittimazione diversa obbliga i rivoluzionari a riprogettare completamente l'organizzazione del potere giudiziario. Lo dimostra un celebre rapporto del *comitato di costituzione* fa all'assemblea nell'agosto del 1789

*N.BERGASSE, Rapporto in nome del Comitato di costituzione sull'organizzazione del potere giudiziario, Assemblea Nazionale, Seduta del 17 agosto 1789: "Il potere giudiziario sarà mal organizzato se dipende, nella sua organizzazione, da una volontà diversa da quella della Nazione". ... Il potere giudiziario sarà mal organizzato se il popolo non potrà influire in nessun modo sulla scelta dei giudici".*

Solleva il carattere strategico dell'intervento giudiziario. Pagina progettuale importante che segna l'indirizzo della rivoluzione nei primi passi di riorganizzazione del potere giudiziario.

Abbiamo visto come sia in Montesquieu che in Muratori che in Beccaria il tema della giurisdizione è al centro del sistema seicentesco e la rivoluzione trovi all'interno di questo pensiero la nuova scrittura del potere giudiziario esistente.

- La venalità nelle funzioni pubbliche è lasciata all'antico regime.
- Ci offre un'ulteriore dimostrazione dell'ampio rango del costituzionalismo.
- La scelta iniziale segue un modello di stretta elettività cercando di mescolare la competenza e il consenso della nazione sovrana.

L'anno dopo troviamo uno dei testi normativi più importanti il "decreto sull'organizzazione giudiziaria" in cui troviamo una serie di criteri organizzativi.

16-24 agosto 1790, DECRETO SULL'ORGANIZZAZIONE GIUDIZIARIA: Titolo II. Dei giudici in generale. *Art.3. "I giudici saranno eletti dai giustiziabili". Art.8. "Gli Ufficiali incaricati delle funzioni di Pubblico Ministero saranno nominati a vita dal Re ..."*

È un decreto che traccia il sentiero della riscrittura delle regole organizzative del sistema giudiziario e il sistema delle fonti, troviamo il primo progetto di rielaborazione del sistema del diritto.

In questo decreto troviamo:

1. la progettazione di un nuovo modo di organizzare la giurisdizione
2. un nuovo programma di codificazione del diritto e delle fonti

Due temi che caratterizzano il sistema francese, che modifica alla radice lo Stato giurisdizionale.

**Art 2** *"La venalità degli uffici di giustizia è abolita per sempre; i giudici renderanno gratuitamente giustizia e saranno stipendiati dallo Stato"* è un passaggio significativo, nel sistema precedente vi era la delega permanente dei magistrati, la venalità viene abolita nel 4 agosto del 1789 e a partire dal 1790 si riscrive il sistema giudiziario verso un modello di completa statualizzazione della funzione pubblica. La prima fase sarà un sistema elettivo per collegare l'esercizio delle funzioni pubbliche ai cittadini attivi, verrà poi abbandonata per la farraginosità e sostituita da un processo concorsuale.

**L'art 9** *"Nessuno potrà essere eletto giudice o supplente o incaricato delle funzioni di Pubblico Ministero, se non ha compiuto 30 anni e se non è stato, per un periodo di 5 anni, giudice od uomo di legge esercente pubblicamente presso un tribunale"*. Nell'antico regime nell'esercizio delle funzioni venali non erano previste competenze giurisdizionali specifiche, attraverso questo articolo si introduce la specificità dei giudici e la loro competenza in materie giudiziale. Il giudice deve essere una cinghia di trasmissione tra fattispecie astratta e fattispecie concreta. Questo modello influenza tutt'oggi il nostro modo di organizzare la giurisdizione. Si ha la necessità di separare completamente l'apparato giurisdizionale da quello legislativo e amministrativo.

Divisione dei poteri. 16-24 agosto 1790, DECRETO SULL'ORGANIZZAZIONE GIUDIZIARIA (Titolo II. Dei giudici in generale). *Art.10. "I tribunali non potranno prendere, direttamente o indirettamente, alcuna parte all'esercizio del potere legislativo ..."*. *Art.13. "Le funzioni giudiziarie sono distinte e rimarranno sempre separate dalle funzioni amministrative..."* In base al principio ordinante della divisione dei poteri il decreto sull'organizzazione giudiziario ha anche il compito di riorganizzare il giudiziario attraverso una chiara divisione dei poteri.

A questo si deve l'impianto amministrativo della giurisdizione istituendo un tribunale in ogni distretto a cui si contrappone un organo centrale e unitario - il TRIBUNALE DI CASSAZIONE - CORTE DI CASSAZIONE - con il codice napoleonico, con la funzione di verifica sulla corretta applicazione della legge dei giudici inferiori.

Traccia un disegno che verrà affinato ma che lascia un'impronta irreversibile sull'organizzazione giudiziaria della FRANCIA e dell'Italia, a questa legge fa riferimento anche l'organizzazione sul territorio e un unico sistema giudiziario e centrale, una nuova architettura presente tutt'oggi.

Terzo elemento fondamentale di questo provvedimento è il progetto di codificazione. Sin dall'inizio il tema della giustizia sia stato collegato al tema delle fonti del diritto. Già nel passo di Muratori, nella premessa di Beccaria

nella "chi legge" il tema della riorganizzazione delle fonti è collegato ad una nuova scrittura del sistema giudiziario. Il decreto sull'organizzazione giudiziaria lo dimostra in maniera evidente: nello stesso decreto che ridisegna il sistema giudiziario troviamo il progetto di codificazione del sistema delle fonti e di cancellare insieme alle venalità delle cariche il sistema antico delle fonti del diritto.

*In sintesi:* il decreto del 1790 ci presenta un progetto rivoluzionario, di come la rivoluzione intervenga all'interno del sistema di organizzazione delle funzioni pubbliche, riscrive il sistema giudiziario, abolisca la venalità pubblica valuta il merito e la competenza del giudice, fissa che i giudici siano pubblici dipendenti collegati alla podestà la cui legittimazione deriva dalla manifestazione attiva dei cittadini, e infine progetti un piano di codificazione del diritto. Il sentiero che si avvia nel 1790 che si concretizzerà con la codificazione napoleonica ha caratteri specifici:

**Ampiezza di codificazione** ( riguarda sia la disciplina dei rapporti giuridici intersoggettivi privati segnando una marcata discontinuità con l'antico regime).

IL PROGETTO DI CODIFICAZIONE 16-24 agosto 1790, DECRETO SULL'ORGANIZZAZIONE GIUDIZIARIA: Titolo II. Dei giudici in generale. L'obiettivo della rivoluzione è dichiarato fin dall'inizio la progettazione del nuovo sistema giudiziario che deve essere costruito attraverso un lungo lavoro parlamentare. Il tema del codice che ha un riferimento nelle pagine di Beccaria e trova una sua radice nell'intenzione di Muratori trova solo in questo momento dei primi grandi indirizzi costituenti la definizione compiuta del suo progetto. Il codice è un obiettivo primario, deve essere il modello che integra anche il diritto penale e civile, anche il diritto privato che era lasciato alle consuetudini o il diritto scritto, il testo romano scritto e interpretato tra *ius commune* e *ius civile*.

La Francia deve essere UNA e INDIVISIBILE

Nell'art 19 "le leggi civile" espressione generica civile inteso come i rapporti intersoggettivi privati, l'intervento del legislatore deve produrre un codice, un testo normativo unitario di regole semplici, generali, chiare che non diano adito a problemi di interpretazioni, deve essere coerente con i principi della costituzione in particolare il principio dell'uguaglianza.

La rivoluzione vuole ARCHIVIARE il sistema giudiziario antico. Questo titolo secondo del decreto sull'organizzazione giudiziaria ci fa vedere la prospettiva della codificazione, nel 1800 la codificazione napoleonica ci offrirà 5 codici. L'obiettivo di arrivare a scrivere dei codici dei grandi settori dell'ordinamento. Il decreto del 1790 traccia per primo il programma dell'intervento e l'obiettivo di arrivare ad un codice anche nell'ambito privato che fino ad ora aveva dimostrato maggior resistenza del potere legislativo.

**Art 19** *"Le leggi civili saranno riviste e riformate dalle legislature e sarà fatto un codice di leggi semplici, chiare e appropriate alla costituzione"* diritto sostanziale, progetto di un codice civile, sostanziale privato

**Art 20** *"Il codice di procedura civile sarà riformato senza indugio, in modo che questa sia resa più semplice, più rapida e meno costosa"* riguarda le regole procedurali, stabiliscono i modi e gli interventi del giudice fino alla motivazione della sentenza e il codice processuale.

**Art 21** *"Il codice penale sarà riformato senza indugio, in modo che le pene siano proporzionate ai delitti, osservando che siano moderate e che non perdano mai di vista la massima della dichiarazione dei diritti dell'uomo che la legge non può stabilire che pene strettamente ed evidentemente necessarie"*. diritto penale, ha una sua grande incubazione, il tema penale già presente nello "spirito delle leggi" aveva avuto una sua centralità. La frattura tra l'antico e il nuovo sistema è più ampia. Si deve intervenire con rapidità per realizzare il progetto tratteggiato in sintesi da Beccaria nei "delitti e delle bene"

Calibratura della pena

Il codice penale sarà realizzato dall'assemblea nazionale in tempi brevi, nel 1791 e un secondo nel 1795 e infine nel 1812 il codice penale napoleonico che rappresenta un capostipite della codificazione del 1800

Sarà più difficile portare a compimento il progetto di codice civile.

**IL PROGETTO DI PORTALIS**

JEAN-MARIE-ETIENNE PORTALIS, Discorso preliminare al primo progetto di codice civile (24 termidoro anno VIII - 12 luglio 1800).

Il discorso di Portalis doveva accennare alle modalità in cui si sarebbe dovuto formare il codice civile, era difficile secondo lui unire lo spirito rivoluzionario e radicale dei francesi ai rapporti interpersonali che il codice civile doveva disciplinare. Entra in vigore la possibilità del divorzio di comune accordo, ma ci vorranno due secoli dalla rivoluzione. E' previsto il principio di uguaglianza, tra moglie e marito e tra figli legittimi e illegittimi. Dice che con la rivoluzione del 1789 si mettono in discussione tutte le istituzioni e tutti i poteri.

*“Tutto ad un tratto scoppia una grande rivoluzione. Si attaccano tutti gli abusi; si mettono in questione tutte le istituzioni. Alla semplice voce di un oratore, gli istituti, in apparenza i più incrollabili, crollano, privi di ogni radice nell'opinione e nei costumi. Questi successi incoraggiano; e ben presto la prudenza che tollera tutto lascia il posto al desiderio di tutto distruggere. Si ricorre alle idee di uniformità nella legislazione perché si intravede la possibilità di realizzarle. Ma un buon codice civile poteva nascere nel mezzo della crisi politiche che agitavano la Francia? Ogni rivoluzione è una conquista. Si fanno delle leggi nel passaggio dall'antico governo al nuovo? Per la sola forza delle cose queste leggi sono necessariamente ostili, partigiane, eversive. Si è trascinati dal bisogno di rompere tutte le abitudini, di indebolire tutti i legami, di fugare tutti i malcontenti. Non ci si occupa più delle relazioni private degli uomini tra di loro; non si vede che l'obiettivo politico e generale di cancellare la tradizione e programmare un nuovo ordine del diritto”*

Jean marie etienne portalis scrive un discorso preliminare che avrebbe avuto il compito di presentare il progetto del codice e spiega come solo in questo momento l'ordinamento napoleonico sia divenuto finalmente possibile. Nel luglio del 1800 il testo si rifà allo scoppio della rivoluzione Rappresenta uno dei grandi frutti della rivoluzione a cui si ispirerà Pisanelli. E' la raffigurazione della violenza della rivoluzione, ha abbattuto il sistema antico facendosi prendere dal desiderio di “tutto distruggere”. La rivoluzione ha agito con una radicalità nelle istituzioni sostituendo un nuovo impianto delle funzioni pubbliche.

Riconoscimento che il radicalismo non era riuscito a portare a termine il progetto del codice civile divenuto effettivamente possibile solo durante il periodo napoleonico. L'ambito civilistico ha bisogno di un decennio e mezzo per vedere la luce e al lavoro dei giuristi in primo luogo a Portalis di aver raggiunto l'obiettivo.

*“Noi definiamo spirito rivoluzionario il desiderio esaltato di sacrificare violentemente tutti i diritti ad uno scopo politico, non ammettendo altra considerazione che quella di un misterioso e variabile interesse dello Stato. ....*

*Oggi la Francia respira e la costituzione che garantisce il suo riposo, le permette di pensare alla sua prosperità”.*

*“Noi abbiamo troppo amato, nei nostri tempi moderni, i cambiamenti e le riforme; se in materia di istituzioni e di leggi, i secoli dell'ignoranza sono il teatro degli abusi, i secoli della filosofia e dei lumi molto spesso non sono altro che il teatro degli eccessi”. “Al cittadino appartiene la proprietà, e al sovrano l'imperò. Questa è la massima di tutti i tempi e di tutti i luoghi”.*

Compito del codice civile è di stabilire l'ordinamento giuridico e i rapporti intersoggettivi privati mentre il progetto di affidare il tutto alla forza dello spirito rivoluzionario deve essere accantonata.

IL CODICE CIVILE → Il progetto di codificazione era previsto sin dal 1690, nell'ambito del diritto civile, la codificazione passa attraverso una serie di progetti.

30 ventoso anno XII (21 marzo 1804): LEGGE CONTENENTE LA RIUNIONE DELLE LEGGI CIVILI IN UN SOL CORPO DI LEGGI SOTTO IL TITOLO DI CODICE CIVILE DEI FRANCESI.

Art.7. *“Dal momento in cui queste leggi saranno esecutorie, le leggi romane, le ordinanze, le consuetudini generali o locali, gli statuti, i regolamenti, cesseranno di aver forza di legge generale o particolare nelle materie che sono l'oggetto delle dette leggi che compongono il presente codice”.*

Le normative potevano correggere il diritto che vigeva prima ma il sovrano non aveva mai abolito il diritto che esisteva prima, non aveva mai eliminato le consuetudini; l'art.7 riprende tutta la forza e radicalismo dello spirito rivoluzionario.

Il codice civile napoleonico del 1804 è importante perché non si presenta come un elemento che si integra nel sistema antico delle fonti, ma sono in assoluta contraddizione: se c'è il codice non c'è il sistema delle fonti precedenti → cambiamento drastico, antico regime da cancellare, ovvero questo sistema delle fonti, che viene drasticamente archiviato.

L'art.7 è una norma cerniera, si colloca in una fase di passaggio, è un primo pilastro di questa costituzione nuova che assume una decisione rivoluzionaria, cancellando l'antico regime dei diritti e sostituisce un regime codificato; è il momento in cui il codice prende la sua forza normativa rispetto all'antico, modificando radicalmente il quadro normativo esistente. CANCELLA IL PLURALISMO GIURIDICO PREESISTENTE. fa riferimento al momento in cui le leggi entrano in vigore → succede che tutto ciò che viene elencato: il legislatore cancella tutte le leggi del passato. Cessano di essere norme, diritto vigente. Per trovare le regole da applicare lo si può fare soltanto ricercando una norma all'interno del codice.

(parte libro) La codificazione francese, ai primi del secolo XIX il secolo XIX → è l'età del codice nella sua più piena manifestazione ed espressione. È un secolo che comincia con due grandi codificazioni, la francese e l'austriaca (1804 e 1811). Un'altra di pari rilievo è quella germanica (1899-1900). I codici francese e austriaco, si aprono entrambi con disposizioni relative alle leggi in generale, segno del particolare significato che i due legislatori hanno attribuito alle nuove sistemazioni civilistiche. Un'altra circostanza accomunante è che sia l'uno, sia l'altro codice, malgrado la loro nascita remota, sono ancora vigenti nella Repubblica francese e nella Repubblica federale austriaca, ovviamente rinnovati in molte loro parti. Il codice civile francese viene promulgato nel 1804 ed è conosciuto come "Code Napoleon". È figlio legittimo dell'illuminismo giuridico e della rivoluzione: costituisce un modo nuovo di produzione del diritto. È legge chiara, semplice, astratta prefigurata dal riduzionismo illuministico. Vivono nel codice il soggetto e i beni dello stato di natura, liberati da ogni sovrastruttura storica, riscoperti nella loro pretesa originaria età primitiva. Per quello che riguarda il soggetto, l'uguaglianza non tollera le diversificazioni che potrebbero derivare dall'appartenenza a una fede religiosa, né quelle provocate dall'inserimento in una delle vecchie imperversanti società intermedie. Napoleone intensifica l'idea rivoluzionaria del diritto come imprescindibile controllo del sociale e cemento necessario del potere. È composto in 2281 artt., tutti i rapporti pensabili fra privati erano irretiti in una disciplina minuziosa fatta di principi, definizioni, previsioni, comandi.... Fra i giuristi redattori (Jean- Étienne- Marie Portalis) v'era consapevolezza che un'assoluta completezza era irraggiungibile, tuttavia l'impegno fu di costruire un sistema normativo il più possibile completo. La compattezza è rinsaldata dalla totale devitalizzazione di consuetudini, giurisprudenza pratica, scienza giuridica. È diviso in tre libri, il primo dedicato alle persone, secondo alla proprietà, terzo agli strumenti che consentono la circolazione della proprietà. La proprietà privata è la sua colonna portante. La proprietà è unitaria e collegata alla libertà del soggetto individuo. Significativa è anche la disciplina contrattuale: si contemplano i vari contratti che hanno finalità specifiche nella vita quotidiana e nella pratica degli affari. Prima di essi sta il contratto = espressione del libero consenso, che, proprio perché espressione della libertà dell'individuo, è di per sé meritevole di tutela e produttivo di conseguenze giuridicamente rilevanti. Contratto → inteso come legge tra parti contraenti, è il regno della libertà del cittadino francese, ma particolarmente dell'uomo d'affari. La solida alleanza tra potere politico e potere economico viene pienamente confermata. ○

Il codice civile entra in vigore dopo aver azzerato le fonti antiche e si candida a diventare l'unica fonte di riferimento per le materie civili. Il codice si presenta come sostitutivo delle fonti precedenti, l'art 7 è un'elencazione volutamente analitica. Il codice entra in vigore come unica fonte di riferimento, l'intervento è rivoluzionario, si determina un passaggio tra il pluralismo antico e il monismo del codice determinante nell'archiviare l'esperienza della multi normatività del sistema antico.

Il passaggio della legge 30 ventoso è un passaggio che chiude il lungo persistere del ruolo svolto dal testo romano e al suo posto si erge il legislatore come artefice del nuovo ordine dei rapporti privati. Nelle sentenze vengono meno le citazioni romanistiche e il riferimento viene fatto solo sulle normative del codice, da questo momento nel momento 1800 si differenzia sensibilmente dai paesi del common law e dagli ordini che si basano sul precedente.

## LA STRUTTURA DEL CODICE

3 Libri. 2281 articoli

1° Libro: dedicato alle persone → *Delle persone*

2° Libro: dedicato alle proprietà → *Della proprietà*

3° Libro: dedicato ai modi di trasferimento della proprietà → *Dei modi di trasferimento della proprietà*

E' il più complesso, elaborato, tecnicamente difficile da comprendere → ha richiesto impegno e tempi straordinari. E' un testo normativo importante che viene poi articolato su soli 3 libri.

L'intitolazione è significativa, fa capire l'istituto cardine del codice civile. Il codice è calibrato sulla proprietà (centralità).

Art.17 Dichiarazione dei diritti 1789 *"La proprietà essendo un diritto inviolabile e sacro..." (radice e origine del codice)*

### **IL RAPPORTO TRA IL GIUDICE E LA LEGGE**

Nell'adozione finale del codice a cui risalgono l'artt 4-5 si viene a delineare un rapporto servente del giudice alla legge. Questa progressiva crescente ostilità del pensiero illuminista nei confronti dell'interpretazione del togato (pensiamo a Muratori e Beccaria assoluto negalismo e centralità della disposizione normativa: l'interpretazione era costretta nella logica giuridica e doveva operare in maniera quasi meccanica l'operazione della qualificazione giuridica attraverso cui ricavare dalla norma i criteri ordinanti).

Il codice nella sua relegazione finale del 1804 accentua il ruolo servente del giudice nei confronti della legge, inizia a prospettare un'idea di completezza del codice che era estranea sia alla posizione illuminista sia alle tecniche escogitate dalla rivoluzione nel rapporto tra il giudice e la legge.

Attraverso l'art 4 il codice va oltre la posizione di Portalis (uomo legato alla filosofia dei lumi secondo cui il codice non poteva essere completo, ci potevano essere vuoti normativi che il giudice avrebbe dovuto ricoprire facendo riferimento al ruolo del diritto non scritto). La centralità della legge era tipica del pensiero illuminista, il codice francese impone al giudice di colmare le lacune normative all'interno dello stesso codice, disposizione assente nel progetto di Portalis e che compare nella redazione finale per mostrare la forza di tradurre tutto il diritto civile nella legge del codice, la corazzata del codice elimina tutte le precedenti e contiene esclusivamente al proprio interno tutte le normative dei rapporti civili.

Art.4. "Il giudice che rifiuterà di giudicare, sotto il pretesto del silenzio, dell'oscurità o dell'insufficienza della legge, potrà essere perseguito come colpevole di denegata giustizia".

*Spiegazione art 4:* la norma prevede un'ipotesi di un illecito giudiziario di denegata giustizia che compirebbe quel giudice che non riesca a trovare la norma all'interno del codice, utilizzando anche l'analogia da applicare al caso concreto. Il giudice non può nascondersi dietro il fatto che la legge può risultare assente, oppure la norma esiste ma è oscura e non è in grado di coprire per intero il caso concreto. Nel diritto penale, secondo Beccaria se manca la norma incriminatrice quella condotta non può essere considerata criminosa. Nell'ambito civile la regola che il legislatore fissa nell'art 4 afferma che il giudice non può addurre l'esistenza di un'incertezza o di una lacuna legis.

Nel caso in nasca un contenzioso, la casistica non trova immediata corrispondenza nella norma di legge, il giudice ai sensi dell'art 4 deve comunque sciogliere il contenzioso attraverso un lavoro interpretativo strettamente legato ai confini del codice. Tuttavia se il giudice non trovasse immediatamente la fattispecie astratta al caso concreto deve ricercarla nel codice attraverso l'analogia. Il giudice è sottomesso alla legge, è la cinghia del comando normativo, se la norma non copre per intero la fattispecie il giudice deve rimanere all'interno del codice trovando in rapporto giuridici disciplinati dal codice la regola da applicare al caso concreto.

Il giudice è inserito in una stretta dipendenza alla regola di legge, non può trovare una soluzione che sia collocata al di fuori del codice, è tutto sottoposto al diritto vigente e al codice che si presenta come completo e il giudice ai sensi dell'art 5 può emanare regolamenti di carattere normativo.

Art.5. "E' fatto divieto ai giudici di pronunciarsi per via di disposizione generale o regolamentare sulle cause che sono sottoposte alla loro cognizione".

Al giudice è fatto divieto di pronunciarsi in via generale e regolamentare, deve rimanere vincolato alla struttura del codice, cessa l'arbitrio del giudice. L'art 5 ci fa vedere un'altra prassi che diventa illegittima delle grandi magistrature antiche, dei parlamenti dei tribunali che emanavano decisioni regolative avente carattere normativo regolamentare e generale relativo a tutte le fattispecie di quel caso anche in futuro. L'art 5 sancisce che spetta solo al legislatore disciplinare in via generale. Tutte le regole sostanziali e processuali sono fissate all'interno del codice non spetta al giudice il compito regolamentare. Il comando del giudice vale solo per le parti del giudizio non ha carattere di generalità.

Codice civile austriaco 1811

L'Austria è uno dei luoghi in cui l'illuminismo giuridico vive le sue esperienze migliori, lo stesso *dei delitti e delle pene* di Beccaria era un testo pensato per sottoporre all'illuminato governo dell'Austria.

Il percorso austriaco non vedrà rivoluzione, ma sarà caratterizzato da un percorso graduale di riforme.

All'interno di questo percorso Austria e Prussia fanno parte delle coalizioni anti napoleoniche e nel 1811 il codice avrà applicazione anche in Italia dopo la restaurazione.

Il codice ha un'anima più 700 centesca il suo autore è un personaggio che risulta particolarmente legato ai modelli illuministici.

Anche il codice austriaco introduce e fa proprio la forma codice, vincola il giudice alla legge, il giudice è la cinghia di trasmissione del comando normativo.

L'ipotesi in cui il codice non offra una disposizione normativa chiara su cui fondarsi

Il rapporto tra giudice e legge. La diversa soluzione del codice austriaco

Austria - Codice civile generale (ABGB) - 1811 Art.7. "Qualora una causa non si possa decidere né dalle parole, né dal senso naturale della legge, si avrà riguardo ai casi consimili precisamente dalle leggi decise ed ai fondamenti di altre leggi analoghe. Rimanendo nondimeno il caso dubbioso, dovrà decidersi secondo i principi del diritto naturale, avuto riguardo a tutte le circostanze del caso maturamente ponderate".

analogia con il codice francese: la prima disposizione sancisce che il giudice ricorre al criterio dell'analogia all'interno del codice e ad altre disposizioni di legge, si ricerca nel genus più vicino.

Dicotomia con il codice francese: il codice austriaco nell'art 7 dice che in caso di ipotesi di una lacuna normativa (lacuna legis) che deve essere riformato il giudice deve ricorrere ad un'analogia in un rapporto che presenti elementi di vicinanza nel caso concreto. Nel caso in cui il rapporto analogico non funzioni (cosa non prevista nel codice francese il giudice doveva trovare la regola all'interno del codice, che viene considerato completo, la regola da applicare, nel caso in cui il giudice non la trovasse compiere un illecito di denegata giustizia).

Il codice austriaco ci presenta una soluzione può ampia e non problema il principio della completezza e di eterointegrazione (divieto di eterointegrazione presente nell'art 4 del codice civile francese, ma non nell'art 7 del codice austriaco). Se l'impiego dell'analogia avesse lasciato una lacuna normativa il giudice aveva la possibilità di reintegrare il codice, idea alla base del giusnaturalismo. Il codice austriaco è ancora legato alla tradizione seicentesca.

Se l'art 4 del codice napoleonico fissa un rigido principio di completezza e divieto di eterointegrazione, rappresenta il modello più rigido di assolutismo giuridico, il codice austriaco stabilisce un criterio diverso non c'è principio di completezza e divieto di eterointegrazione, il giudice può farsi interprete di un diritto naturale per integrare le lacune del codice.

Il codice francese rappresenta l'assolutismo giuridico

Art 5444 è l'articolo del codice civile sulla proprietà e corrisponde all'art 436 del codice civile italiano del 1865.

Art.544. "La proprietà è il diritto di godere e disporre delle cose nella maniera più assoluta, purchè non se ne faccia un uso vietato dalle leggi o dai regolamenti" (corrisp.ad art.436 Cod.civ.it.1865).

Il codice civile francese è un modello codicistico importantissimo è un modello fondamentale di riferimento per il modello giuridico continentale, e anche nella vicenda italiana rappresenta un punto di riferimento fondamentale indiscutibile tanto che alcune delle disposizioni chiare che stiamo guardando trova una puntuale corrispondenza nel codice civile del 1865.

Riferimento rispetto all'art 42 della costituzione italiana:

- Non c'è riferimento al ruolo sociale della proprietà;
- Non ci sono limiti alla proprietà;
- Il diritto è assoluto nel codice

Il contratto Art.1134, c.1. "Le convenzioni legalmente formate hanno forza di legge tra coloro che le hanno stipulate" (corrisp.ad art.1123, c.1 Cod.civ.it.1865: "I contratti legalmente formati hanno forza di legge per coloro che li hanno fatti"). → contratto funzionale.

Il codice civile ruota intorno al contratto e proprietà.

La chiusura verso la dimensione sociale Art.1708. "Ci sono due tipi di contratto di locazione: Quello di cose, E quello di opere"(corrisp.ad art.1568 Cod.civ.it.1865).

L'interesse di questa disposizione non è una innovazione, come invece abbiamo visto negli articoli precedenti, qui recupera e si limita a registrare una distinzione corrente del diritto romano, è in NEGATIVO perchè è l'unica norma all'interno del codice civile che indirettamente fa riferimento ai rapporti di lavoro, di prestazione di opere e energie lavorative.

Si fa la distinzione tra contratto di locazioni di cose(es.immobili o beni produttivi) e opere(concessione in godimento di energie lavorative), come nel diritto romano.

Qui il codice si limita a stabilire che la concessione in godimento può riguardare beni giuridici diversi, ma non è un'innovazione in quanto si limita a registrare una distinzione che risale al diritto romano.

Tra l'800 e 900 la questione sociale porterà al centro dell'attenzione il mondo del lavoro e delle garanzie tra datore di lavoro e operaio, a causa di condizione di sicurezza inesistenti, orari di lavoro lunghissimi e salari molto ridotti.

Il codice fa molta attenzione al contratto e alla proprietà, coerente con la situazione borghese prevalente, ma è prevalentemente cieco di fronte al problema della situazione sociale, non si ha una regolazione dei rapporti di lavoro, senza nessuna considerazione riguardo alla posizione sociale e l'impiego quotidiano del lavoratore. Non c'è una rilevanza del diritto del lavoro, c'è anzi una chiusura rigida nei confronti dell'ambito sociale. Non si pone attenzione alla dimensione sociale nel suo insieme.

#### LO STATO DI DIRITTO

Rechtsstaat, Etat de droit, Estado del derecho, (Rule of Law→ unici ad usare una terminologia diversa, non fa riferimento allo stato)

LA FORMA MATURA DELLO STATO MODERNO EUROPEO XIX SECOLO (dalla Rivoluzione francese alla prima guerra mondiale)

E' LO STATO DELL'ORDINE INDIVIDUALE DEL DIRITTO E DELLA COSTITUZIONE LIBERALE:

- principio di uguaglianza, garanzia dei diritti individuali e divisione dei poteri
- presunzione di libertà, principio di legalità, primato della proprietà individuale
- la sovranità dello Stato incanalata nei limiti del diritto e resa coerente con i diritti individuali (libertà-proprietà)

Massimo Severo Giannini→ uno dei giuristi più importanti (1915-2000): gli si deve la formulazione dell'art.3 comma 2 della costituzione (*È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona*

*umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese")*

Lo stato di diritto è uno stato monoclasse → non vuol dire che manca l'articolazione delle classi, ma la partecipazione alla rappresentazione politica, parlamentare è riservata per tutto l'800. E' il proprietario il cittadino completo.

Terminata la Rivoluzione e compresa la libertà-partecipazione, si impongono:

- il suffragio ristretto • la cittadinanza proprietaria
  - la chiusura verso la questione sociale
  - l'uguaglianza per tutto l'Ottocento sarà uguaglianza dei diritti civili, non dei diritti politici o dei diritti sociali
- La costituzione rimane una realtà (Francia, Inghilterra) o un obiettivo (Austria, Germania, Italia...), ma questa è avvertita in primo luogo come disciplina dei rapporti tra i poteri pubblici, è rivolta allo Stato più che ai cittadini. Ove si è imposta la codificazione, la costituzione civile si identifica con lo stesso codice civile, baluardo della proprietà e del contratto

Nella sua declinazione continentale è anche:

STATO LEGISLATIVO: stato della centralità della legge, del codice, della codificazione del diritto, dell'identificazione del diritto con la legge

STATO AMMINISTRATIVO: stato della centralità dell'amministrazione, del governo amministrativo del territorio, dell'accentramento amministrativo esercitato tramite moduli commissariali su di una superficie tutta uguale, ma anche del diritto e della giustizia amministrativa

Lo stato giurisdizionale è stato abbandonato.

A partire dalla seconda metà del XIX, con la crescita esponenziale dei compiti pubblici, lo Stato di diritto diventa in tutto l'Occidente un :

Leviatano 2.0 «Le nuove tecnologie nei trasporti, nelle comunicazioni, resero possibile una decisa intensificazione delle ambizioni dello Stato e del potere espresso dai governi»

Hobbes lo utilizzò come espressione della sovranità. 2 copertine diverse per l'edizione italiana e americana (totalitarismo)

LO STATO DEL PRESENTE (il frutto del travagliato percorso novecentesco)



STATO COSTITUZIONALE → Lo Stato della costituzione democratica, dei diritti fondamentali, dei diritti sociali -Stato pluriclasse - Uguaglianza è anche uguaglianza politica dei soggetti L'individualismo temperato dal solidarismo (uno Stato che affronta la questione sociale e che si pone il problema dell'uguaglianza sostanziale) Supremazia della costituzione (una sovranità interamente disciplinata dalla costituzione e vincolata al rispetto di un catalogo ampio di diritti fondamentali ed inviolabili)

Peculiarità dell'itinerario tedesco. La Germania all'inizio del 1800 non è ancora unificata, ma arriverà con la sconfitta di Sedan. La Germania all'inizio del 1800 è una costellazione di realtà diverse, composita. In Germania c'è una realtà che sventa nel panorama territoriale del primo 1800, la Prussia. La particolarità tedesca proprio per il giurista Savini è quella di allontanare la soluzione del codice del 1804. La codificazione entra in agenda anche nella Prussia posta sul tavolo delle riforme. Tugot sostiene che anche la Prussia deve adattare un codice,

il

il legislatore deve interrompere la tradizione e stabilire le norme essenziali. Tugot propone il codice savini nel 1814 dice che il diritto è plasmato dalla storia, deve essere la tradizione a continuare il progressivo adeguamento.

L'itinerario tedesco verso il codice inizialmente prussiano poi riguarderà tutta la Germania. La scienza giuridica continua a svolgere un ruolo fondamentale. La pandettistica è questa grande scienza del diritto essenzialmente del diritto privato, che nasce in Germania, ma vengono assunti anche dagli studiosi di diritto pubblico, la pandettistica continua a lavorare sul materiale antico e le fonti del diritto romano. Da Savini in poi fino a Bernard Vincent sarà la pandettistica a sviluppare l'ordito sistematico che il legislatore del 1900 farà proprio e promulgherà nel codice civile del 1900.

Il primo libro di questo codice sarà dedicato ad una parte generale del diritto e si prendono i frutti più lineari della pandettistica.

"il codice civile generale" => identificato nella sigla ABGB, che nel 1811 promulga per i suoi stati ereditari tedeschi Francesco I, l'ultimo cesare del Sacro Romano Impero e primo imperatore d'Austria. A Vienna, persiste un apparato centrale di governo, in cui circolano gli stimoli illuministici e una struttura socioeconomica di

impronta cetuale e feudale. Qui passato e presente convivono antinomicamente, e il nuovo codice ne è la figura speculare. ABGB è la testimonianza di quel modo nuovo di concepire la produzione del diritto nel quale si incarna un codice. Si abolisce il diritto comune e si cancella l'autonomia di consuetudini e statuti locali. È fonte nuova anche perché assume a suo protagonista il sogg. unitario di diritto naturale con tutto il suo patrimonio in abdicabile di diritti innati. Visione individualistica del diritto propria. La certezza e la chiarezza si ottengono usando un linguaggio discorsivo piano e semplice alieno da eccessivi tecnicismi. Il codice è composto di 1502 paragrafi, è un complesso normativo più sobrio di quello francese. Essenziale è la sua architettura : si divide in 3 parti: 1. Diritto delle persone, 2. Diritti sulle cose, 3. Disposizioni comuni ai diritti delle persone e ai diritti sulle cose. Per quanto riguarda il problema delle lacune, se non bastano le interpretazioni letterale e logica, si può ricorrere ai casi simili. se il caso dovesse rimanere ancora dubbioso il caso, dovrà decidersi secondo principi del diritto naturale, avuto riguardo alle circostanze raccolte con diligenza e maturamente ponderate. espressioni che mostrano le influenze del giusnaturalismo e del diritto comune. Sul piano dei diritto reali, invece, il vecchiume continua ad esserci. La proprietà non è affatto la nuova proprietà unitaria. ABGB da ospitalità a istituti che erano condannati senza appello dalla rivoluzione; poiché relitti del passato e pertanto inaccettabili

**Europa dei Codici** alla borghesia dell'800 il codice apparve come una grande conquista giuridico, quasi una tappa ultima dell'umano progresso. Era una legge generale semplice, chiara e certa. Il diritto era fissato nella sua totalità all'interno di un testo, che il cittadino era in grado di possedere leggere comprendere; era tutto legalizzato, e cioè controllato dal potere politico. Il codice era il cardine dell'ordine giuridico borghese, era la sua rassicurante Costituzione scritta, immune dalle pericolose devianze di incontrollabili affioramenti consuetudinario, di fantasie di bizzarri scienziati, di giudici scalmanati. Dopo il code Napoleon, si susseguono i codici di procedura civile, di commercio, di procedura penale, penale. Un modello che s'impone in parecchi staterelli italiani e non solo. E' napoleonico il modello di cc dei Paesi Bassi (1838), quello portoghese (1867), quello spagnolo (1889). Si impone sulla prima codificazione unitaria del regno d'Italia del 1865, dove molti artt. sono la semplice traduzione di artt dei codici francesi. Il codice spagnolo del 1889 presenta un problema "question civil foral" si mescola l'esigenza di rispettare i diritti "forales" . "foral" = è un aggettivo che deriva dal sostantivo "fuero" sost. Che indica una tradizione giuridico locale di origine consuetudinaria che assurge a segno della peculiarità storica di un certo paese. Da questo problema il risultato è che il cc promulgato nel 1889, pur ispirandosi a quello francese e italiano, si pone come diritto comune del regno ma con carattere suppletivo rispetto ai "derechos civiles forales" = una redazione dei quali è prevista una redazione in "appendices". I giuristi pensano di aver trovato nel codice un rimedio a tutti i mali che aveva infestato il diritto. Persuasione che si legava alla certezza di aver edificato una società stabile fondata su valori durevoli perché condivisi. Il codice è il breviario di quei valori.

Ottimismo ingenuo che non faceva conto con due fattori: 1. Lo sviluppo economico e tecnico 2. Il mutamento sociale. Il cc rappresenta le aspirazioni della borghesia alla proprietà della terra. La terra era stata liberata dal soffocamento di vincoli cetuali. E ora poteva essere disciplinata la sua libera appropriazione. Dopo la codificazione, l'economia francese, felicemente sposandosi a un progresso tecnico notevole, si fa più dinamica. Un nuovo tipo di ricchezza dominava i traffici economi. Pellegrino Rossi, durante un discorso presso l'Accademia delle Scienze morali di Parigi, rimarca l'arretratezza della coscienza economica dei codificatori napoleonici e la inadeguatezza del codice a corrispondere le nuove esigenze. Il codice era fondato su un ordine sociale non omogeneo. Con le lotte della borghesia, infatti, quello che doveva essere il tutore degli ideali del terzo stato diventa impotente poiché generale ed astratto. Nella seconda metà del secolo, nel codice accanto alla legge madre si aggiungono altri atti di legislazione che non lo smentiscono ma integrano con provvedimenti tesi a prendere atto delle profonde modificazioni sociali, economiche e tecniche. Si cerca di legiferare però solo quando lo impone l'urgenza, cercando così di ridurre al minimo le leggi. ESEGESI => vocabolo che viene dagli studi delle Sacre Scritture, nei quali risiede allo studioso un atteggiamento passivo di fronte a un testo ritenuto di provenienza divina e una attività puramente esplicativa della volontà in quello contenuta. Il vocabolo vuole esaltare la volontà del legislatore e ridurre la operosità dell'interprete alla pura conoscenza. Si parla di letteratura esegetica per indicare la sua intrinsecità nel clima legoiatrico e che soffre di una psicologia servile che la colloca all'ombra della legge. I giuristi sono orgogliosi di proporsi come "servi

legum”, poiché dominati dalla maestà indiscutibile di quel prodotto del progresso umano che è il Codice. Nel contrasto tra vecchio e nuovo, i giudici più sensibili troveranno un ruolo mediatico e si comporteranno in modo non dissimile dagli interpreti medievali con gli antichi testi romani.

Legge, scienza giuridico, prassi giuridico nell'area germanica durante la prima metà moderna.

Nell'età medievale fino al secolo XIII l'area germanica si caratterizza a livello politico per un frammentatissimo assetto di tipo feudale a livello giuridico per il predominio di risalenti regole consuetudinarie che rispecchia coerentemente la coscienza collettiva locale. Questo materiale trova i suoi interpreti efficaci in giudici privi di qualsiasi capacità teorizzatrice perché privi di una dimensione culturale, però esperti nella prassi tradizionale e muniti di grosso prestigio sociale. Nel tardo medioevo la società semplice invece acquisisce una sua dinamicità, differenziandosi sia sul piano economico che sociale. Prende avvio un processo che segna la futura esperienza giuridico in Germania e che viene identificato con il termine “Rezeption” = “rezezione”. Nella Germania dal '200 al '500, la società subisce profonde mutazioni e sta divenendo più complessa. Abbisogna di una nuova cultura giuridico che sia portatrice di precetti e concetti; c'è una sete di scienza giuridico e di scientificizzazione del diritto. Il diritto comune, viene visto come eminentemente scientifico ( opera di maestri che insegnano nelle già nate università italiane, francesi e spagnole) è l'ordito di quell'ordine nuovo di cui il diritto tedesco ha necessità. Ben presto si formerà un flusso che fa della Germania tardo- medievale un autentico crocevia: studenti tedeschi che affollano le università italiane per poi riportare in patria il nuovo verbo scientifico, mentre nelle università fondate in Germania nel corso del secolo XIV si insegna prima diritto canonico e poi diritto comune. Si inizia a contribuire alla formazione di una comunità di giuristi nuovi per educazione e sapere scientifico.

Questa conquista portò personaggi nuovi nell'ambiente culturale e universitario e penetrò anche nella corte imperiale, nelle amministrazioni cittadine e in ogni strato della burocrazia e dell'amministrazione giudiziaria. Ci fu una trasformazione del diritto tedesco, reso più disponibile, grazie agli strumenti concettuali e tecnici provenienti dal sud. Tutto ciò fino a quando nella Dieta di Worms del 1495, un'assemblea di nobili e prelati ottenne dall'imperatore Massimiliano un'ordinanza con la quale veniva a rifondarsi il supremo organismo giudiziario dell'Impero con la creazione di una Corte suprema. Questo fastigio giudiziale era composto da 16 assessori di cui otto dovevano essere competenti nel diritto comune ed era chiamato a decidere secondo il diritto comune quale vero sistema normativo comune a tutto l'Impero, e secondo i diritti territoriali unicamente se invocati dalle parti dalle parti in causa. Lo “ius commune” rappresentava la riaffermata unità giuridico di un Sacro Impero politicamente frammentatissimo. Tutto questo processo trasformativo segnò profondamente la storia giuridico dell'area germanica nella prima età moderna: in Germania protagonisti continuarono ad essere i giuristi, teorici e pratici, maestri universitari e giudici. Dal '500 all'800 abbiamo in Germania quella fioritura giuridico che siamo soliti chiamare “usus modernus Pandectarum”, rivisitazione moderna del vecchio “Corpus iuris” giustiniano. Talora si parla di “mores hodierni”, di “nova practica”, odierne costumanze, nuova prassi → è una scienza ben immersa nella prassi giuridico quotidiana, tanto immersa da impastarsi con le costumanze giuridico locali e con gli stili giudiziari locali. Scienza e prassi si combinano armoniosamente e si dà vita a una scienza giuridico che può chiamarsi correttamente tedesca perché ha la consapevolezza e l'aspirazione di esprimere una coscienza giuridico collettiva circolante nel Reich tedesco. I professori adeguano i testi romani alla prassi dell'esperienza contemporanea, nella quale i giovani studenti sarebbero stati chiamati a esercitare le professioni giudiziari, notarili, forensi.

20. Legge, scienza giuridico, prassi giuridico nell'area germanica durante l'Ottocento. Scuola storica del diritto e Pandettistica. L'edificazione del sistema giuridico.

La “scuola storica del diritto” attinge le sue fondazioni metodologiche e i suoi tratti atipici dalle proposte innovatrici del grande romanticismo tedesco. Romanticismo => scetticismo di progresso; ripugnanza per la società in schemi;rispetto del passato e ossequio per la tradizione;rivalutazione della storia nelle sue

dimensioni irrazionali fatte di religione, credenze, costumanze, pratiche inconse.

In questa visione la max espressione giuridica è la consuetudine. La grande verità riscoperta è la storicità del diritto, fortificata da un'analogia fra diritto e linguaggio, realtà ordinarie della dimensione sociale del soggetto a condizione che non abdichino mai al carattere della duttilità, ossia alla capacità di seguire armonicamente la vita del sottostante organismo sociale. In questo quadro, il primo problema che emerge sul piano del diritto è quello delle fonti; di una sua possibile soluzione adeguata ai tempi e ai bisogni della società tedesca. La questione erompe quando un professore di diritto civile all'Università di Heidelberg, Anton Friedrich Giuridicus Thibaut, vi incentra un suo libello e un altro professore di diritto romano nella neo fondata Università di Berlino, Savigny, risponde polemicamente con altro libello. Si instaura una forte contrapposizione dialettica.

Nel 1814 Thibaut intitola le sue pagine " Sulla necessità di un diritto civile generale per la Germania" tesi : convinto della validità del codice, lo propone come soluzione per la complicata situazione politica tedesca. Auspicava un codice tedesco redatto dai migliori giuristi tedeschi valorizzando il meglio della tradizione comune germanica. Il testo rivela l'ascendente illuministico => diffidenza verso il diritto romano, entusiasmo per una legge generale e astratta unificatrice. Savigny scrive invece il livello "Della vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza" (vocazione = "beruf"). Savigny è un addetto della scuola storica e lo attesta il suo libello = manifesti della scuola stessa, legato al circolo del romanticismo tedesco , ai rapporti di magistero con i fratelli Grimm, spirito religioso, aristocratico, anti-rivoluzionario e anti-napoleonico; serba un sentimento della storicità delle cose umane con il rispetto verso il passato; è ostile verso l'individualismo borghese e valorizza la dimensione collettiva , comunitaria , fucina di quelle consuetudini che costituiscono la genesi spontanea della giuridicità. L'origine del diritto è, al pari della lingua, nella "comune convinzione del popolo", perché "il diritto vive nella coscienza del popolo". La fonte originaria del diritto è la consuetudine, dove si esprime la comunità e dove la storicità può essere continuamente mantenuta. Conclusione = il codice va evitato alla nazione tedesca. È normale un processo di raffinazione nell'ambito del diritto com'è normale che l'ordinamento dei grezzi spontanei fatti consuetudinari sia assunto da un ceto di esperti, i giuristi, i quali sono rappresentanti qualificati del popolo. In questa luce, il diritto romano deve essere considerato alla stessa stregua di un diritto consuetudinario. Il vincitore di questa disputa fu Savigny, esso parlava con un linguaggio caro al nazionalismo germanico. Perché si abbia un codice civile in Germania occorrerà attendere il 1896; per tutto il secolo la vera dominatrice sarà la scienza giuridico.

Al primo Savigny, storicista, sembra contrapporsi un secondo, e di segno diverso. È il giurista che inizia a redigere nel 1840 "Sistema del diritto romano attuale" = ampia trattazione che arriva soltanto a disegnare una teoria generale del diritto civile. È un sistema, ossia un tentativo di ricondurre ad unità organica la estrema frammentazione delle manifestazioni giuridico particolari, tentativo che può riuscire solo all'interno di un edificio pensato come dal particolare al generale e all'astratto. Il sistema di Savigny è un'ammirevole fabbrica di concetti. Si nota inoltre, una valutazione dello Stato e della legge accanto al ruolo centrale della scienza giuridico. Siamo in presenza di un giurista che ha vissuto con attenzione il 25ennio che separa il Beruf dal System.

La società tedesca nel frattempo si è fatta più complessa con la decadenza dei vecchi ceti dominanti e la prima ascesa di quella borghesia imprenditoriale che sarà protagonista dell'espansione economica nazionale + rafforzamento dello stato prussiano + vicenda personale di Savigny, chiamato dalla fiducia dei monarchi prussiani a incarichi politici prestigiosi e poi, alla funzione di ministro per le legislazione. Rispetto al programma del beruf c'è una decisa attualizzazione. Alla base sta la scelta della fondazione romanistica: il diritto romano, quale autentico "diritto consuetudinario moderno" penetrato ormai nelle trame della stessa coscienza popolare tedesca.

Savigny afferma la storicità del suo sistema che si struttura in una piramide ascensionale fatta da una moltitudine di rapporti giuridico da cui ha origine una prima unificazione, "l'istituto giuridico" è dal complesso degli istituti che ha origine il sistema. Savigny accentua elementi che erano già presenti nel "Beruf" Per una rivalutazione dello stato è necessario uno spostamento dell'ordine socio-politico all'apparato statale. Il

legislatore è il vero rappresentante dello spirito popolare. Lo storicismo del beruf diventa promotore del movimento anti-codificatorio con lo scopo di spostare in avanti nel tempo la realizzazione di un codice civile tedesco. Non v'è dubbio che la tarda opera savignyana attui un ribaltamento di valori: prevalenza netta del sistema sulla storia il quale è un enorme forziere di concetti, di categorie.

Come tale, il secondo Savigny può considerarsi come guida di quella corrente del pensiero giuridico tedesco dominante nella seconda metà dell'800 che siamo soliti chiamare convenzionalmente Pandettistica.

Un discepolo di Savigny = Puchta, il diritto diviene un'architettura formale.

Si parla di "costruzione giuridico", purezza di principi e schemi ordinanti, fianco di "dogmatica" = insieme di verità immobili perché insuscettibili all'usura del tempo. Tra questi giuristi l'esponente più prestigioso è Windscheid, sono nemici giurati del giusnaturalismo e delle sue mitologie, non si accorgevano che riproducevano in pieno la riflessione giusnaturalistica.

Pandettistica = identificazione del diritto in un ordine formale. Con i pandettisti si perviene al coerente modello moderno di proprietà: sintesi di poteri, proprietà specchio della persona e della sua libertà. Un esempio della impostazione individualistica dei pandettisti è offerto dalla loro concezione del "negozio giuridico" strumento con cui i privati regolamentano autonomamente i propri interessi.

E' esemplare la definizione del Windscheid → "il negozio giuridico è l'attuazione della forza creatrice competente nel campo giuridico alla volontà privata. Il soggetto comanda, e il diritto si appropria del suo comando.

## 21. Fondazioni germaniche di un'autonoma scienza di diritto pubblico.

Ha al centro una parola, cioè vocazione = vocazione del secolo appena iniziato per la legislazione e la giurisprudenza secondo Savigny quel secolo sarà un tempo "giuridico". Quello di Savigny è un appello alla scienza, il terreno dove essa veniva chiamata a lavorare era la società civile, e l'oggetto era il diritto privato. Il diritto pubblico invece è ancora una realtà extra-giuridica di cui si occupavano politologi e sociologi. Il secolo XIX offrì l'esempio di una comunità di giuristi impegnati nell'architettura di un diritto privato capace di ordinare adeguatamente la società germanica.

Novità sono riscontrabili nello scrittore del System, dimostrando che il tempo non è passato invano: accanto a consuetudini e scienza compare con un ruolo sempre più forte la legge e un'attenzione nuova per lo Stato. Il messaggio del System civilistico diventerà un autentico progetto culturale in Carl Friedrich von Gerber → dà prova delle sue capacità in una trattazione sistematica del diritto privato tedesco; contempla nel suo tempo "i caratteri di un'epoca di transizione".. Lo scienziato privatista è aderente alla diagnosi di Savigny e al suo appello, ritiene che è giunto il momento di deporre la sufficienza sprezzante verso la dimensione del "pubblico" e che a questo debba estendersi con urgenza l'opera edificatrice della scienza. Infatti si dimostra anche dal punto di vista sociale un'esigenza di cambiamenti.

Il romanista Rudolf von Jhering, con cui Gerber fonda una rivista dedicata alla dogmatica dell'attuale diritto privato romano e germanico, avuta notizia dei proponimenti gerberiani, non ha esitazione nel prendere la penna e scrivergli una lettera. Gerber si accinge in un'opera con la quale non solo ordina giuridicamente il "pubblico" ma utilizza i concetti giuridico formali della dogmatica privatistica per edificare una dogmatica pubblicistica. Con Gerber il popolo "Volk" viene assorbito entro la struttura unitaria dello Stato contribuendo a fornirgli una valenza etica ed acquisendo esso stesso una eticità di grado maggiore. La più corposa conquista dogmatica gerberiana è il trapianto della nozione di persona dal singolo allo Stato, ottenendo la perfetta unità dello Stato, dove ha rilievo solo il collettivo, i singoli scompaiono entro la società. Lo stato di Gerber è senza dubbio stato di diritto, nel senso che caratterizza nel produrre diritto, e nel diritto trova il suo limite. Il diritto = legge, ossia la manifestazione della propria volontà. Le sue limitazioni consistono in auto-limitazioni.

Paul Laband, con il suo "Diritto state dell'Impero tedesco" dimostra come la scienza giuridico è ben radicata all'interno dell'apparato di potere.

## 22. Pandettistica e germanistica verso il "Burgerliches Gesetzbuch" dell'Impero tedesco. Un codice speculare

alla scienza: il BGB del 1896-1900.

Nel 1881 prese avvio in Germania l'itinerario verso la codificazione civile. Si cominciavano i lavori tramite una commissione che nel 1887 fu in grado di presentare un primo progetto. Windscheid, il principe dei pandettisti tedeschi, fece dei paragrafi del Progetto la consolidazione lgs. delle impostazioni della Pandettistica. Il progetto provocò il levarsi di voci polemiche, le prima di carattere culturale, la seconda caratterizzata sul piano ideologico.

Otto von Gierke era un germanista e coltivava con prestigio il filone del diritto indigeno consuetudinario. Egli muove il suo attacco frontale in un libello che è tutto un contrappunto fra le astrazioni artificiali del verbo pandettistico e la solida concretezza del "deutsche Recht".

Diversamente Menger, un solidarista osteggia il Progetto. Nel 1895: promulgazione del codice che entra in vigore nel 1900. Il "BURGERLICHES GESETZBUCH" indicato con la sigla BGB è un codice nel rigoroso significato storico-giuridico. Pretende alla esclusività, riafferma l'impeto della legalità positiva e impone al giudice l'osservanza della legge. Suo destinatario resta il giudice, stile teorico. Il culto pandettistico dell'astrattezza si sviluppa nella "Parte generale". Nel primo libro viene premessa al codice una vera e propria teoria generale del diritto civile con larghi squarci di una ancora più ampia teoria generale del diritto. ES: teoria generale del negozio giuridico = atto di autonomia con cui il singolo privato regola i propri interessi nei rapporti con gli altri. Tratto tipico di questa codificazione = ricorso alla "clausola generale" = una direttiva che il legislatore fa al giudice autorizzandolo a ricorrere a nozioni e dati di esperienza al di fuori della legge positiva. Il giudice si responsabilizza e si garantisce una maggiore adattabilità della regola generale senza smentire il principio della esclusività. Il BGB presenta una posizione individualistica. Anche a livello di organizzazione economica => modello di riferimento il singolo individuo imprenditore.

### 23. Una codificazione singolare: il Codice civile svizzero del 1907

XIX secolo, parecchi cantoni svizzeri si erano forniti di codificazioni particolari, preminente quella del Cantone di Zurigo, il cui "Privaterchtliches Gesetzbuch" è opera di Bluntschli. Tuttavia la confederazione riesce nel 1848 a darsi una Costituzione federale unitaria, dovrà attendere il 1907 per avere l'unificazione del d.privato. anche qui il parto del codice non è rapido. Tutto però è reso più semplice da due circostanze rilevanti: alle spalle dei codificatori c'è una democrazia diretta ormai consolidata nella sua forma di Stato; il codificatore è uno solo. L'autore è Eugen Huber, professore a Berna, giurista europeo. Egli è un germanista; le sue proposte riscuotono consensi: il destinatario è il cittadino, e il suo linguaggio è piano, intellegibile a tutti con un costante riferirsi alla vita quotidiana, come dimostra l'uso di locuzioni proverbiali. È sorretto da un solidarismo di fondo. Spazio alle formazioni collettive e alle clausole generali. Fa del giudice il protagonista della vita giuridico poiché immerso nel particolare.

### 24. Pesantezze legalistiche in Francia. Il potere "pretorio" della giurisprudenza pratica. Insofferenze e proposte: Raymond Saleilles e François Géný

Nel 1904 si celebra a Parigi il centenario del Code Napoléon => la grandezza di quel codice consiste nella genericità di molte sue prescrizioni. Il trascorre, dopo il 1804, aveva mostrato l'insufficienza delle previsioni lgs e aveva reclamato l'urgenza di quell'opera. Non si trattava solo di carenze nelle idee economiche ma di inadeguatezza nell'ordinare la vita giuridico di una pace in rapidissima crescita. Visione di queste carenze la esprimerà bene, ai primi del '900 il Cruet, un giurista pratico francese, intitolando un suo libro "La vita del diritto e l'impotenza delle leggi". In quel titolo era segnato il dramma dell'Ottocento francese lacerato dal divario sempre più profondo fra testo codificato ed esperienza. Si elogia in particolare lo stile pretorio dei giudici francesi e soprattutto del consiglio di stato. Problemi = il codice lasciava insoluti, ignorava, o trattava secondo schemi di una tradizione decrepita e respingibile (abuso del diritto, possibilità di cessione del debito, creditore e debitore, incidenti sul lavoro, responsabilità civile). Mentore indiscusso del gruppo è Raymond Saleilles che affronta il problema delle fonti del diritto nella Francia di fine secolo. Agli esercizi logici sui testi si contrappone l'immersione necessaria del testo normativo nella storia, nell'economia, nella politica, la sua

indilazionabile verifica con il mutamento sociale. Saleilles, che è cattolico fervente ma che è adepto convinto delle correnti moderniste, è "modernista". Egli propugna un'ampia libertà dell'interprete, con la possibilità di gettare il suo sguardo "al di sopra e al di là dei testi", utilizzando un "metodo di adattamento storica" e instaurando un "regime più duttile ed elastico" tanto da pervenire al risultato => elasticizzazione di un testo assurdamente concepito come rigido e immobile. Il giudice può elasticizzare il testo, ma soltanto entro la "cornice" offerta dal testo. A noi interessa piuttosto la sua figura come testimonianze del disagio e la ricerca di nuove strade per ridare forza ad altre fonti più capaci del legislatore di esprimere il diritto. Il diritto è vita ed è esperienza mobilissima. Verso fine '800 Saleilles si avvicina alla comparazione giuridico, è a lui che si deve la realizzazione del primo Congresso internazionale di diritto comparato del 1900.

François Gény affronta con coraggio il problema basilare delle fonti e quello connesso della interpretazione. Nel 1899 pubblica l'opera intitolandola "Metodo di interpretazione e fonti nel diritto privato positivo". Secondo lui "le legge non è che la rivelazione imperfetta" della infinità ricchezza del diritto, è cioè una fonte insufficiente a ordinare da sola l'universo giuridico. La soluzione di Gény tende ad assumere la legge come un comando, espressione di una volontà specifica nel suo prescrivere qualcosa. Il codice è un sistema incompleto.

#### 25. La ventata giusliberalistica: un modernismo giuridico

Saleilles e Gény sono le vistose punte emergenti di un diffuso latente disagio di cui le motivazioni sono codice invecchiato come quello austriaco o progetti di codificazione improntati all'astrattezza più marcata come in Germania + concettualismo della Pandettistica. Jhering da una visione del diritto contrassegnata da astrattezza e purezza, è passato a una piena valorizzazione delle forze e degli interessi. Il disagio aveva una comune radicazione: il distacco che separa il diritto dei legislatori degli scienziati da quello vivente + comune finalità da raggiungere: una effettiva storicità del diritto. Nel primo decennio del Novecento: giusliberismo = traduce le indicazioni tedesche di movimento di diritto libero o dottrina del libero diritto. Non è una scuola ma un movimento. Si tratta di scienziati, pratici, giudici e avvocati uniti dalla volontà di rinnovamento. Manifesti = scritti di ERNST FUCHS e EUGEN EHRLICH protagonista di una scienza nuova = sociologia del diritto. La cifra essenziale del movimento può essere colta se si pone attenzione all'insegna programmatica sotto la quale si raccolgono in Francia, Germania e in Italia gli accesi cantori del nuovo verbo = modernismo giuridico.

Ripensamento giusliberistico = sopravvalutazione della legge come fonte esclusiva del diritto. Questa legolatria suscitava le ire dei giusliberisti, convinti che, si era in tal modo contratto il diritto entro un soffocante apparecchio ortopedico immobilizzata una realtà per sua natura mobile. Risibile era anche la credenza che i problemi si fossero risolti con il codice. Secondo le pagine iconastiche di Kantorowicz il codice era un sistema organico completo. Codice = lacuna per i suoi vuoti ma anche per le sue imprecisioni e genericismi, approssimazioni. La legge è e non può essere insufficiente e quindi non può essere lasciata sola. Deve essere affiancata dalla libera interpretazione di scienziati della libera applicazione di giudici. Viene rivalutato il giudice come garante della storicità del diritto e come modello = giudice inglese. Al fondo del giusliberismo c'è il recupero della dimensione valutativa dell'interpretazione, il recupero della dimensione fattuale e il recupero del primato dell'individuale.

#### 26. Solidarismo giuridico di fine Ottocento: le cosiddette "leggi sociali"

Seconda metà dell'800 = trionfo del capitalismo e diffusione della macro-impresa (organo tendente alla maggior quantità di prodotto e di profitto strumentalizzando per raggiungere i fini = mezzi tecnici e forza-lavoro). Circostanze che realizza = primato della macchina sul soggetto lavoratore; convivenza quotidiana di una massa di lavoratori. La prima circostanza fa emergere in modo macroscopico ciò che in una piccola impresa poteva restare come fenomeno ridotto = infortunio sul lavoro, fragilità del soggetto umano e sicurezza sul luogo di lavoro. La seconda rappresenta per molti sfruttati l'occasione di comunicare fra loro, di parteciparsi le proprie sofferenze e insofferenze, cominciare a progettare lotte comuni.

Grande impresa = luogo di elezione per l'avvio di un movimento rivendicativo del 4° stato. Fuori dall'orizzonte borghese avanzano i movimenti socialisti. In questo momento hanno scarso interesse. Diversi sono i fermenti che portano in esso rinnovamenti di qualche rilievo: fermenti solidaristici. L'individualismo borghese accetta tracce di solidarietà verso la classe più bisognosa di aiuti intervento dello stato sul piano economico e sociale

al fine di mitigare situazioni di troppo palese disagio. Tutto ciò si tradusse anche sullo schema delle fonti del diritto = introduzione di leggi speciali con il compito di non smentire l'ossatura codicistica ma di integrarla e specificare. Lo strumento della legge speciale non era nuovo ma li si voleva dare un ruolo ulteriore = supplire alle deficienze della legge madre modificando alcune sue disp. Solidarismo => fioritura di leggi speciali che sono chiamate "leggi sociali" norme che esprimevano le istanze solidaristiche più urgenti; istanze fatte proprie o da un parlamentare sensibile o da un membro del Governo. Emblematico è l'es della Germania bismarckiana che avvia interventi sulla assicurazione per le malattie degli operai.... Si direbbe che la legge sociale è parte integrante dell'assolutismo illuminato = strumento di conservazione, affermazione della sua forza. Dal 1791 la legge Le Chapelier fa tabula rasa di ogni formazione sociale e si parla quindi solo di individui solitari, premiando l'abbiente. Trionfo dell'io individuale, cancellazione dell'io collettivo. La dimensione collettiva avrebbe costituito l'unico salvataggio per l'uomo del 4° stato. Nel 1884 in Francia le associazioni professionali possono formarsi anche liberamente senza autorizzazioni amministrative.

27. Solidarismo giuridico di fine Ottocento: il cosiddetto "socialismo giuridico"

legislazione sociale = leggi di stati con intenti solidaristici. I termini "socialismo" e "socialista" sono spesso usati, talora con disinvoltura, talora con un sottofondo di scherno, generando non pochi equivoci. In Germania fu fondata un'associazione per la politica sociale, punto d'incontro di un gruppo di professori universitari di economia, qualificati come esponenti di un socialismo di cattedra. I primi che usarono questa definizione (socialismo) furono ENGELS e KAUTSKY propagatori del verbo marxiano. Menger invece è un esponente del falso socialismo di cui si facevano paladini alcuni giuristi che non potevano distorcere e falsare il messaggio liberatorio proveniente dalle pagine di Marx. In un saggio di Menger è presente una polemica al BGB, totalmente ispirato agli ideali pandettistici di purezza e astrattezza della scienza giuridico e del futuro codice. Proposte mengeriane all'interno dell'edificio borghese (premessa = edificio pieno di difetti ma che questi possono essere eliminati). Se deve essere cancellato, è il diritto generale e astratto che diventa un diritto di classe. Diritto privato reso più sociale. Marx e i socialisti parlano di "socialismo involgarito". Treves, publicista e deputato al Parlamento nazionale. Il cosiddetto "socialismo giuridico" appare a Treves come un atteggiamento sentimentale serpeggiante nel salotto buono dei giuristi - non fu socialismo. Merito del movimento = riscoperto dell'io collettivo Si trasforma in oggetto di riflessione scientifica e si constata "l'affermazione del diritto collettivo".

28. Alle origini della comparazione giuridica → l'ottocento è secolo di stati, di leggi, di codici. L'Europa continentale ci appare un arcipelago in cui ciascuna isola è aggrappata alla propria insularità. Ottocento non è l'ambiente adatto per la crescita della comparazione giuridica. Il codice ha assunto il significato di legge positiva nazionale, impegnando tutte le forze della cultura giuridico nazionale nell'esegesi = cartaceità del diritto. Fino al momento in cui permane il culto rigoroso della legge e nel giurista l'atteggiamento esegetico, non ci possono essere grandi spazi per la comparazione, la quale è esigenza avvertita da singoli personaggi culturalmente curiosi e viventi in aree a diritto non codificato come l'Inghilterra e la Germania.

1869 => Parigi fondata la "Société de législation comparée". Comparazione = necessità culturale del giurista, parte del bagaglio normale del giurista scienziato. Giovani giuristi insofferenti nei confronti dello statalismo e legalismo; il pluralismo culturale diventa esigenza di misurarsi con esperienze diverse.

Prima di arrivare alla presenza piena dovrà passare molto tempo perché il POSITIVISMO giuridico ha messo il paraocchi ai giuristi operanti nell'Europa dei codici, limitando la loro attenzione alla norma vigente all'interno di precise frontiere politiche. Saleilles pensa che la comparazione sia congeniale = necessità irrinunciabile. Lo attrae il pianeta del common law ma soprattutto il trapasso del diritto del REICH germanico da giurisprudenziale a codificato. È attratto dalla circostanza singolare di un'alta riflessione scientifica tedesca che si trasforma in un codice e partecipa il complicato processo ai giuristi francesi in un complesso imponente di opere dove un diritto straniero viene posto in frizione dialettica con quello di casa propria. Saleilles organizza a Parigi il primo congresso internazionale di diritto comparato dove tiene una relazione dedicata alla scienza del diritto comparato. Al novello diritto comparato Saleilles continuerà a contribuire con entusiasmo. La sua ultima

grossa opera furono 25 lezioni di introduzione a un corso di diritto civile comparato sulle pax giuridico. Ernst Rabel fornirà un duplice basamento nel 1916 presso l'Università di Monaco, un Istituto di diritto comparato, redigendo un breviario metodologico dove le intuizioni di Saleilles diventano un organico progetto scientifico. Edouard Lambert sarà su incarico di Saleilles, "rapporteur général" al congresso di Parigi del 1900, dedicandosi poi a edificare una scienza comparatistica francese con molti contributi scientifici. Si deve a lui la creazione presso l'Università di Lione di un istituto di diritto comparato, il secondo dopo quello monacense di Rabel.

29. Alle origini del diritto del lavoro → le origini del diritto del lavoro sono recenti, si ha un diritto del lavoro fino quando il fatto lavoro viene considerato in una sua specificità etica, sociale e giuridica; il che avviene solo alla fine del secolo XIX. Il codice Napoleone, seguito da tutti i codici successivi, risolve il problema del lavoro subordinato ed autonomo grazie allo schema tecnico -giuridico della locazione. Il contratto di locazione presenta due specie = cose e opere.

Il primo è il contratto con cui il proprietario di un fondo, il locatore, lo offre in godimento a un altro soggetto (conduttore) contro la prestazione di un canone. Il secondo è il contratto con cui il proprietario della propria forza-lavoro la offre in godimento a un altro contro la prestazione di una mercede. La differenza è che nel secondo il locatore è il contraente debole, il lavoratore, ma sono unici il contratto e lo schema tecnico-giuridico. Visione materialistica del lavoro, mercificazione, separazione fra lavoro e personalità del lavoratore. Nei codici borghesi non si parla di contratto di lavoro. Se il lavoro è solo una cosa, dovrà occuparsene il generico e onnicomprensivo diritto civile dove si aveva la beffa suprema di nobilitare il lavoratore a proprietario. Era impensabile un diritto del lavoro come noi oggi lo intendiamo, con una sostanziale autonomia. La prospettiva non cambia nemmeno nell'ultimo codice cioè il germanico BGB.

Non si parla di locazione di opera ma di contratto di servizio, ma la sostanza non muta. sul modello della locazione resta immutata la svalutazione borghese della realtà lavorativa. Vi è un cambio di atteggiamento nelle ultime decadi dell'800 quando si tagliano due circostanze nuove: i moti del quarto stato e le prime capitolazioni del potere borghese concretizzate nei crescenti atti di legislazione sociale; una rinnovata coscienza in parecchi giovani giuristi, portatori di una visione solidaristica.

Il diritto nasce fuori dalle genericità dei codici civili, nasce nelle leggi estorte alla borghesia imperante, nella prassi quotidiana delle coalizioni di lavoratori. Il diritto di lavoro ha un matrice extra legislativa. Due erano gli apporti del solidarismo giuridico:

1. Inidoneità della romana "locazione d'opere": a esprimere la complessità del rapporto di lavoro.
2. La configurazione dell'io collettivo come protagonista di un ordine complesso.

È di rilievo il processo demolitorio della locazione d'opere, modello mortificatore della dimensione lavoro. Il lavoro avrebbe potuto recuperare tutta la pluralità dei suoi lavori e superare il processo di mortificazione a cui lo si era costretto. Ludovico barassi in una sua grossa indagine su "I contratto di lavoro" continua a identificarlo con un rapporto locativo e a ritenere soddisfacente per il mondo sociale dell'inuente secolo ventesimo le categorie del diritto romano. Un passo avanti si fa con P.Lotmar, un convinto solidarista che, dopo essersi formato quale romanista in diverse università germaniche, pubblica un'indagine sul contratto di lavoro e nota un atteggiamento complesso che mira a un difficile risultato: diversità nella continuità valorizzare alle fonti tradizionali, disposizioni di contratti collettivi, ordinanze sindacali e decisioni di collegi arbitrali formati da giudici non togati, indagini di ispettori del lavoro, inchieste tra lavoratori.

Il risultato è quello di un corpo che si sta liberando di una vecchia pelle ma che non ci riesce pienamente: il contratto di lavoro è visto ancora come profondamente inserito nel diritto privato come contratto di scambio. Deve essere segnalato l'emergere di almeno due punti fermi:

1. Il contratto di lavoro non può essere astratto dalle effettive situazioni socio economiche in cui è chiamato ad operare; anzi, deve essere sempre esaminato e interpretato al centro di quella che Lotmar chiama l'ambiente fattuale.
2. Il contratto di lavoro non è una relazione contrattuale. Il lavoro è la stessa persona in azione, è la parte essenziale di quel soggetto in carne ed ossa che è il lavoratore. È qui che si riscontra la sua tipicità. La lotta si

occupa dei contratti di tariffa = embrioni di contratto collettivo già molto frequenti nella prassi sindacale tedesca; se ne occupa in un'ottica privatistica, riducendoli a contratti di scambio e inserendoli nella categoria privatistica della rappresentanza. Il solidarista prevale sul romanista. Sinzheimer nella sua opera proiettata verso il futuro, presenta una metodologia dello scienziato che muta. Richiama alla nozione erlichiana di diritto vivente come diritto espresso immediatamente dalle forze sociali al di là degli apparati potestativi statuali, ma che non possiede una minore giuridicità nelle norme provenienti da quegli apparati. Il contratto collettivo è produttivo di norme e deve essere ricondotto nello schema dirompente di un'AUTO-normazione mentre il diritto del lavoro è uguale al diritto sociale nascente dai gruppi autonomi in cui una società si articola. Il contratto collettivo si trasforma nel contratto corporativo normativo di lavoro o in un accordo fra un'associazione professionale di lavoratori e datore di lavoro con norme destinate a disciplinare il contenuto di futuri contratti. Il contratto collettivo come contratto normativo diventa norma autoritaria. Sinzheimer non fa che registrare il vento nuovo e squassare vecchi edifici.

Il diritto del lavoro nasce tardi solo all'indomani del sviluppo industriale. dal nascere delle relazioni industriali conflittuali occorre trovare una combinazione giuridica una rilevanza all'autonomia laburista. il secolo dello sviluppo industriale pone alla ribalta la questione sociale e obbliga a inventare un segmento del diritto privato, il diritto del lavoro che ha sue peculiarità e richiede il rispetto dei diritti fondamentali. Locman inizia a costruire il diritto del lavoro, Zimmer legge la contrattazione dei gruppi non sono più due singoli, ma i gruppi associati, i sindacati dei lavoratori e il sindacato dei datori di lavoro, da qui il contratto collettivo, normativo stipulato tra associazioni collettive a disciplinare i contratti individuali che sulla loro base si creano, in genere per settori. Entrambi fanno nascere il diritto del lavoro.

### 30. Il diritto commerciale tra legislazione, scienza e prassi

L'800 è secolo dei codici, codici civili e di commercio. Il numero di questi esperimenti si infittisce. Il codice di commercio è collegato agli interessi di un ceto professionale immerso nei fatti economici. Il code de commerce del 1807 è opera legislativa di non poco rilievo. La realtà mercantile vi è considerata come facente parte della sfera privata del soggetto operatore, anche se è lo stato ad occuparsene con lo strumento del codice che è redatto da una commissione di pratici. Gli atti del codice di commercio sono caratterizzati da una realtà oggettiva e il commercio è visto come vitale dimensione economica dell'Impero francese che il codice intende tutelare e promuovere. Il codice è varato in un momento anteriore allo sviluppo industriale francese, e rispecchia una società largamente incentrata sulla proprietà terriera e su un capitalismo commerciale. Il cdc costituì un modello per quello italiano del 1865, anche se si trattò di un modello provvisorio. Furono due le circostanze che ne provocarono l'inevitabile e precoce invecchiamento: il già accennato sviluppo economico e tecnico, nonché la massiccia industrializzazione che pervase l'Europa degli anni 40. Le innovazioni della vita economica pretendevano nuove invenzioni ordinarie. In queste numerose leggi speciali si verifica l'esigenza del diritto commerciale di misurarsi sui fatti economici sensibilissimi agli sviluppi strutturali più che agli artificiosi progetti di un sovrano. Un codice che si stacca su tutti gli altri è ADHGB, il codice generale commerciale tedesco del 1861. Specialità = atti di commercio. In assenza di un codice civile, ADHGB comprende istituti prettamente civilistici del campo dei contratti e delle obbligazioni ed è una codificazione commerciale operante in un terreno vasto. Si appropria di parecchi dei suoi risultati affermandosi come il codice di commercio teoricamente e tecnicamente più robusto. La nozione oggettiva di atti di commercio amplia il contenuto disciplinando anche istituti che erano utilizzati anche in attività non commerciali. Il diritto commerciale è la configurazione di presidio avanzato sia nella legislazione sia nella scienza. C'è però da rilevare in questi codici di fine secolo la consapevolezza che con essi si attua la lettura di un ordine obiettivo, atteggiamento che esprime bene il legislatore spagnolo nella relazione introduttiva al "Codigo de comercio" del 1885, contempla lo stadio ultimo di un processo evolutivo che ha permesso al diritto commerciale di convertirsi. Momento essenziale di questo stadio è anche una riflessione scientifica che si afferma come scienza di pari dignità e prestigio. Due protagonisti => Levin Goldschmidt e Cesare Vivante, portatori di un medesimo

atteggiamento metodologico. La storicità del diritto poco avvertita dal civilista di stampo pandettistico è molto avvertita dal commercialista.

### 31. La prima codificazione del diritto canonico nel 1917

La chiesa romana fin dall'inizio della sua vicenda storica ha preteso di costituirsi in ordinamento giuridico primario non derivante da nessuna terrena potestà ma dal Cristo quale divino legislatore, e di edificare il diritto canonico. Nel corso dell'età moderna, le fonti del diritto canonico hanno mantenuto un carattere plurale e il tessuto del diritto canonico umano ha conservato quella elasticità che si conviene a un ordinamento dall'indole squisitamente pastorale: il principio della *aequitas canonica* domina incontrastato, trattandosi di un principio legato al fine superiore della salvezza delle anime; e continua il ruolo rilevante dei giudici e dei maestri operatori di equità all'ombra del pontefice come *vicarius christi*. Dalle istanze di rinnovamento si ebbero nel 1870, in occasione del concilio ecumenico vaticano primo, permettere ai prelati della chiesa universale di riunirsi e di portare collettivamente alla curia romana i messaggi provenienti dalle terre più remote. Cominciò qui a serpeggiare l'istanza di un diritto più certo e più chiaro, certezza e chiarezza sono invocate in nome della pastorale del diritto canonico. Cominciarono anni di discussioni anche accese; vi furono voci ostili. Nel 1904 il pontefice Pio X ruppe gli indugi e avviò i lavori per la codificazione, nei quali ebbe un ruolo protagonista Pietro Gasparri, giurista e docente di diritto canonico, che sarà noto come segretario di Stato di Benedetto XV e di Pio XI e primattore nelle difficili trattative di conciliazione con il regno d'Italia concluse, nel 1929, con i cosiddetti Patti lateranensi.

1917 costituzione apostolica = *Providentissima mater ecclesia*. Benedetto XV promulgò il primo *codex iuris canonici* esprimendo la soddisfazione per il diritto della chiesa di produrre norme sue proprie, un diritto non concesso da potestà temporali, bensì nativo, originario. Un testo chiaro e certo si ebbe ma in diritto canonico ne uscì irrigidito, il testo appare rigoroso sotto il profilo tecnico-giuridico. Codificazione della chiesa = atto normativo che vive a suo modo in assoluta tipicità, l'aspetto essenziale di ogni codice moderno, e cioè la esclusività, il proporsi come norma esclusiva.

La chiesa codifica in perfetta continuità con la sua storia quasi bimillennaria. In particolare si valorizza espressamente il patrimonio giuridico del passato: grosso valore interpretativo. Le eventuali lacune del sistema positivo = rimedio dell'analogia, ricorso alle norme aventi oggetto identico o simile e contenute nel codice stesso. Due postille necessarie: la chiesa ha diffidenza verso i principi generali che possono non tenere abbastanza conto della realtà particolare, delle circostanze particolari in cui un atto si è consumato. La scienza permane fonte preziosa, e si perpetua in questo codice novecentesco l'antica eredità del diritto comune medievale.

### ITINERARI CONTEMPORANEI VECCHI E NUOVI MODELLI A CONFRONTO

#### 1. Novecento giuridico: crisi dello stato e riscoperta della complessità

Nell'università di Pisa, un giovane e brillante cultore italiano del diritto pubblico, Santi Romano, lo in titulava senza mezzi termini "Lo stato moderno e la sua crisi". Il giovane giurista era da parecchi anni, l'osservatore attento di un processo avanzante che gli appariva nitidamente quale eclissi dello stato. Il castello del diritto borghese è una costruzione ammirabile ma artificiosa; era ridotto lo scenario a due protagonisti ed erano ridotte le fonti a due soltanto. Era ridotta la società a una massa anonima di cittadini formalmente tutti uguali che subiva inerte e passiva i comandi di un potere centrale. La denuncia di Romano era contro un processo riduzionistico, che aveva elaborato un edificio armonico e semplice completamente antistorico. Nell'Europa continentale il passaggio sociale si era parecchio rinnovato, c'era un generale rigoglio di associazioni. La crisi consisteva nella perdita della completezza, nella emersione di un io collettivo del cittadino che il potere borghese aveva da sempre ignorato riconoscendo in esso la minaccia più pericolosa. Si incrinavano due colonne portanti dell'edificio: la separazione del diritto pubblico e quella del diritto privato e la separazione fra il mondo dei fatti e quello del diritto. Il pubblico è nelle mani dello stato e il privato per i rapporti fra individui. Vi è la presenza di una terza dimensione, quella di un collettivo diverso dallo stato. La seconda colonna portante è incrinata da un proliferare di fatti economici e sociali che corrispondono a esigenze nuove e che trovano osservanza da parte dei cittadini. Il risultato è la perdita autorevolezza dello stato, lo sfaldarsi del suo

monopolio, il formarsi di due livelli di giuridicità, quello legale e quello della esperienza quotidiana, quello del diritto formale e quello del diritto vivente. Si assiste a una genesi extralegislativa del diritto che ci propone due livelli di formazione, l'uno in conflitto con l'altro, con l'effetto finale della complicazione delle linee armoniche del vecchio paesaggio, con la perdita dell'artificiosa semplicità, con il recupero della complessità. La società aveva la sua rivincita sullo stato. Il codice legge omni-valente è sempre più lontano dal divenire sociale. Ci sono sempre più numerose leggi speciali che integrano il codice e lo devitalizzano e lo esiliano, fonti nuove. La consapevolezza nuova del nuovo giurista: il diritto esprime la società prima che lo stato. Se durante la modernità si è ridotto il diritto statalizzandolo, è giunta l'ora del recupero all'ampio ventre materno della società. Contro il stringente monismo giuridico dell'età dei codici occorre recuperare quel pluralismo giuridico.

## 2. Corporativismi europei

Corporativismo = termine pieno di equivoci. Accezione generica = atteggiamento di insoddisfazione per lo statalismo e l'individualismo moderni. È un recupero di tutta la complessità dell'ordine sociale e giuridico. È un disegno che esalta il ruolo di ogni tipo di associazione o corporazione le quali tolgono astrattezza al soggetto singolo che diviene una cellula protettiva, necessario soprattutto per il soggetto socialmente ed economicamente debole. La seconda metà dell'ottocento fu tempo di rigurgiti corporativi e progetti culturali. Si dà vita a un fenomeno che combinava e differenziava agli anonimi soggetti uguali della cittadinanza borghese. Nella vita pubblica si assumevano aspetti varissimi: strumenti di lotta e emancipazione, conservazione di privilegi, assistenza e promozione, di culto religioso. A metà dell'800 Georg von Beseler maestro di Gierke scrive il programma definitivo germanistico nel suo libro famoso "Diritto popolare e diritto dei giuristi". La contrapposizione è fra una tradizione romana sordamente individualistica e una tradizione germanica che si pretende dominata dal fenomeno associativo e dove protagonista è il raggruppamento sociale. Gerber e La Band avevano assunto a modello il soggetto di diritto privato della tradizione romana, cancellando la natura comunitaria e complessa dello stato. Hugo Preuss progettista dello stato weimariano tenterà il disegno di uno stato dalla struttura corporativa.

Sempre in Germania, al di là dei giuristi, Albert Schaffle, un sociologo immerso nel culto delle scienze biologiche, disegna la società come organismo complesso dove rilevante è l'individuo sociale che forma le strutture portanti, dove è impossibile separare il soggetto dal gruppo. In Francia, il sociologo Emile Durkheim ne raccoglieva il messaggio basilare: valorizzare dei gruppi sociali quali essenziali strumenti di mediazione tra massa e potere. Altri terreni fertili di sviluppo: solidarismo sociale di matrice religiosa. Il vescovo di Magonza Wilhelm Emmanuel von Ketteler aveva affrontato il problema dei rapporti fra "questione operaia" e cristianesimo puntando su un assetto corporativo depurato da antistoriche nostalgie e misurato sulle esigenze della società industriale di metà ottocento. L'idea della mediazione corporativa avrà un'accoglienza calorosa all'interno del pensiero cattolico, sia al livello del magistero papale con la enciclica "Rerum novarum" di Leone XIII. Toniolo non esita a identificare nella corporazione la soluzione del conflitto sociale, con il risultato positivo di evitare due rischi opposti e cioè l'onnipotenza dello stato e l'anarchia. Il corporativismo si dimostra come un vaso vuoto colmabile dai contenuti diversi. Nel terzo e quarto decennio del secolo XX diventerà l'ossatura di alcuni stati totalitari dell'Europa continentale. Intendiamo alludere al partito politico per il protagonismo che assumerà durante il secolo XX. I partiti politici aumentano di consistenza col trascorrere del tempo, lasciando il livello dei notabili di una società per trasformarsi a fine secolo in autentiche manifestazioni di massa. Lo scenario si fa molteplice non ci sono più solo le individualità solitarie dello stato e del soggetto singolo ma anche il gruppo, tante collettività che permettono accanto all'io individuale la presenza di un io collettivo. La complessità sociale e giuridica veniva recuperata. Ci riferiamo all'impresa di cui si comincia a parlare nella Germania industriale dei primi anni del novecento alla ricerca di nuovi moduli organizzativi della vita economica. L'impresa è infatti una organizzazione unitaria di persone, beni e servizi vincolanti al raggiungimento di scopi rilevanti sul piano socio-economico, una organizzazione entro la quale si attenuano le individualità del datore di lavoro e del prestatore di lavoro, dove la stessa proprietà è obbligata a servire un fine soprastante. Per la prima volta si parla di ORGANIZZAZIONE a livello di diritto.

### 3. La prima guerra mondiale e la sua incidenza nell'ordine giuridico europeo

Evento bellico = prima guerra mondiale che investe l'intero ordine giuridico scuotendolo violentemente.

Costringe gli stati ad allentare il controllo conservativo del vecchio ordine giuridico e a permettere l'emersione a livello ufficiale, cioè legislativo, dei fermenti già serpeggianti nella prassi quotidiana. L'eccezionalità = serie di massicci legislativi. Francesco Ferrara commentatore acuto delle leggi italiane di guerra si domanda se rappresentano "anomalie dettate dalle necessità ed opportunità del momento, o invece germi di un diritto nuovo". Inoltre risponde che "nelle grandi crisi nuovi elementi si elaborano e fermentano nel conflitto, preparando una trasfigurazione ed una rigenerazione. Il potere esecutivo diventa il normale produttore di disposizioni aventi carattere legislativo e si espropria il ruolo intoccabile dei Parlamenti. Si costituiscono commissioni arbitrali quali organi di decisione rapida ed efficace e si prevedono criteri equitativi rimessi al prudente apprezzamento del giudice. Si arriva a potenziare il ruolo giuridico della donna tramite un pesante intervento dello stato nel cuore stesso del diritto civile. Proprietà = subisce limitazioni e si esonerano i debitori dall'adempimento della prestazione quando essa sia divenuta difficile; si attua la protezione del contraente economicamente debole. Principio nuovo = risarcimento dei danni di guerra.

### 4. Il comunitarismo weimeriano

Weimer = capitale del vecchio granducato di Sassonia -Weimar. Si adunò nel 1919 l'Assemblea costituente chiamata a dare vita a un nuovo REICH repubblicano dopo il crollo rovinoso dell'Impero guglielmino.

Comunitarismo = nuova struttura statale. Alle spalle di quell'anno c'è una immane tragedia bellica: malessere sociale unito a una crisi economica = rivolte sovversive.

Assemblea costituente => molto eterogenea e frammentata ideologicamente riuscì faticosamente ad approdare a una soluzione : evitare la riesumazione di uno stato di diritto secondo lo stampo liberale. Il comunitarismo fu il risultato di compromesso tra le varie fazioni. Ruolo decisivo => Otto von Gierke, Sinzheimer e Preuss. Stato = comunità di comunità, lo stato più come stato popolare che come stato di diritto di conio liberale dove Volk si identifica come una amplissima comunità di uomini socializzati. Lo stato non come un'associazione di individui uniti da un comune destino, ma come una associazione di individui già uniti in gruppi. La democrazia weimariana = democrazia collettiva. Stato = organismo chiamato a intervenire. Il reich inaugurato a Weimar è il tentativo di superare il netto dualismo tra governanti e governati. Le basi giusnaturalistiche appaiono rimosse : il contrappunto e quasi la contrapposizione fra stato di natura e storia si risolve interamente in storia. Dalle accese discussioni in seno all'Assemblea costituzionale rimangono in eredità delle vecchie ipoteche: accanto ai nuovi diritti del cittadino si sono affermati i vecchi diritti individuali della tradizione liberale. Per esempio, in tema di proprietà si ribadisce la proprietà privata anche dei mezzi di produzione ma la si inserisce in un reticolato di doveri che ne fanno una realtà lontana dal modello giusnaturalistico lockiano. Nella costituzione campeggia un'idea di libertà trasformata perché modellata dal vento nuovo che soffia nel primo novecento. Libertà sociale nel suo stretto rapporto con gli altri in seno alle comunità particolari e alla comunità generale. Campeggia un pernio tutto nuovo della società: non più la proprietà e il soggetto proprietario, ma il lavoro e il soggetto lavoratore. Campeggia, dopo la famiglia, il sindacato , strumento di razionalizzazione. Il disegno utopico weimariano doveva fare i conti con le contraddizioni conseguenti alla propria ambiguità al conclamato diritto al lavoro non corrispondono indicazioni ferme per garantire l'effettività : il sindacato si riduce ad essere una semplice comunità. La costituzione weimariana del 1919 inaugura una fase nuova nella storia del costituzionalismo, proponendosi non più come carte dei diritti ma come autentica costituzione , norma giuridica rispecchiante e disciplinante la complessità di una società nazionale. A WEIMER si poté realizzare perché si trattò della prima compiuta realizzazione di uno stato pluriclasse al posto del vecchio stato monoclasse incapace. È per questa contemplazione aperta che il soggetto ha perduto la sua astrattezza.

### 5. Unione sovietica e la costruzione di un diritto socialista

La Russia = influssi bizantini, assume un'identità sua propria che la fede cristiana ortodossa, intimamente compenetra con la struttura statale e contribuisce a separare dalla koinè occidentale europea. Presenza di

correnti illuministiche durante il regno di Caterina II, autocrazia di stampo orientale fino alla rivoluzione del 1917. In questo momento estremo, l'ordine giuridico si presenta a 2 strati: un diritto popolare di formazione consuetudinaria e un diritto legislativo ufficiale consolidato nel corpo delle leggi. Consolidazione: Michail Michajlovic Speranskij, ministro degli zar Alessandro I e Nicola I puntualizza l'originalità endo-russa che la legislazione ha trovato in se stessa. Seconda Rivoluzione Bolscevica ottobre 1917 → ci furono lotte e movimenti nelle piazze che traevano forza straordinaria da una filosofia che si era fatta ideologia e si era introdotta in un progetto di civile convivenza. Lenin elabora il saggio "stato e rivoluzione" = breviario per la costruzione della nuova macchina statale in sostituzione dell'inservibile rottame dell'edificio politico zarista. Finalità → dittatura del proletariato, lo stato proletario è necessariamente democratico. Centro del progetto = partito unico, partito comunista inteso da Lenin come la forma politica della coscienza di classe del proletariato creare uno stato a sua immagine. Il partito non si identifica totalmente nello stato che però è lo strumento insostituibile nelle sue mani. Palingenesi sovietica della società russa: partito unico di massa, ideologia unitaria mirante a una trasformazione della società, sotto pozione dello stato al partito. Comunismo di guerra = le decisioni del partito rivoluzionario prendono la forma di decreti di organi statali o di deliberazioni degli organi supremi del partito stesso. NEP = NUOVA ECONOMIA POLITICA esigenza nel 1923 di sospendere l'irruenta marcia rivoluzionaria ricercando un compromesso fra l'iniziativa economica e dello stato e quella dei privati. Si hanno diverse codificazioni nelle diverse repubbliche dell'unione. Gli anni della dittatura staliniana costruzione di un compatto diritto statale, con il diritto ha una concezione normativistica e unitaria. Il giurista che coadiuvò il dittatore fu Andreij Vysinskij, conosciuto dal grande pubblico come futuro ministro degli affari esteri dell'URSS. Diritto = primato della volontà politica, volontà espressa dal partito originalità del diritto sovietico. Dopo la fine della seconda guerra mondiale il modello giuridico sovietico fu esportato.

6. Il diritto nei regimi totalitari italiano e tedesco.

'900 = tempo dei totalitarismi: imposizione di un'ideologia unitaria → esistenza di un partito unico di massa: ruolo determinante del capo, politicizzazione integrale dei rapporti sociali, controllo dei comportamenti sociali dei singoli individui.

Il fascismo → creazione di uno stato unitario, procede tenendo ben fissa sul proprio volto la maschera del rispetto formale dei procedimenti della tradizione. Piano formale alveo del vecchio stato di diritto. Sul piano sostanziale si creano istituzioni di fatto lesive dei diritti fondamentali del cittadino come il tribunale speciale per la difesa dello stato. In Italia la novità radicale è il partito unico = partito nazionale fascista che forma la futura classe dirigente e consente allo stato di essere l'incarnazione della nazione. 1928 costituzionalizzazione del gran consiglio del fascismo: coincidenza tra le funzioni del capo del partito e capo del governo; 1939: si istituisce la camera dei fasci e delle corporazioni cancellando ogni residuo del vecchio regime parlamentare. Sul piano del diritto vige il principio di stretta legalità anche se talora le leggi assumono dei contenuti aberranti. Il regime si gloria di farsi legislatore per la bonifica integrale e la codificazione a largo raggio. Il codice civile entrato in vigore nel 1942 rappresenta la traduzione in disciplina legislativa delle più rilevanti acquisizioni scientifiche del 900 giuridico. Libro V = del lavoro che appare dominato da un'attenzione nuova verso la dimensione del lavoro e dell'impresa. 1940: convegno destinato a discutere il proposito del ministro fascista della giustizia di portare all'approvazione del Gran consiglio del fascismo un complesso di principi generali dell'ordinamento giuridico fascista. Fascismo → assetto corporativistico della società e dell'economia faceva perno sulle collettività organizzate e sugli interessi di cui queste erano portatrici, sugli individui così come si esprime all'interno dei vari raggruppamenti. Sul piano socio politico, il corporativismo doveva servire al superamento del dualismo fra società e stato; sul piano economico serviva a una cooperazione fra le diverse categorie produttive. Il programma fascista doveva combattere due nemici: liberalismo individualista e il bolscevismo collettivista. La legge introduttiva del 1926 pretendeva il riconoscimento legale delle associazioni dei lavoratori e dei lavoratori e dei datori di lavoro + dichiarava illecito lo sciopero e la serrata, istituiva una magistratura speciale per dirimere le controversie di lavoro. L'ambiguo corporativismo italiano degli anni venti e trenta permise a una scienza giuridica curiosa e lungimirante osservazioni e intuizioni che sarebbero state preziose per un futuro sviluppo del diritto nel dopo fascismo.

-Il totalitarismo nazionale socialista in Germania diventa rinnovazione della società e dello stato tedeschi con l'assunzione al cancellierato, il 30 gennaio del 1933, di Adolf Hitler. Trova le sue motivazioni di fondo nella conflittualità sociale e politica e nella crisi economica del reich weimariano. La sovversione dei valori democratici fu immediata: sospensione dei diritti fondamentali, potestà al governo di emanare leggi ordinarie e costituzionali, eliminazione della pluralità dei partiti; cancellazione della autonomia dei lander = delle regioni in cui il reich si articolava istituzione di un tribunale speciale per i diritti politici scelta essenzialmente razzista. Hitler scrisse il *mein Kampf*: la storia come conflitto tra razze superiori e inferiori, ebraismo come conflitto tra razze superiori e inferiori, ebraismo come piovra parassitaria, identità di un popolo concepita quale identità razziale.

Volk = nozione distante da quella invocata dai romantici e dagli storicisti sette/ottocenteschi. Nuovo volk che assume la sua identità e unità dal suo necessario substrato biologico. Il volk è un popolo che ha un sangue omogeneo e che soltanto grazie a questa omogeneità può diventare una comunità spiritualmente e socialmente unitaria; questo nuovo volk è disinfestato dalle formazioni storiche. Funzione vitale del partito: essere l'interprete del volk = il suo specchio concreto. Il partito assume il ruolo di fondare lo stato, fare dello stato un apparato di potere congeniale alla vocazione popolare. Stati e partiti non sono pensabili come entità distinte le quali trovano un pernio saldissimo della loro unità organica in un capo unitario, capo dello stato e del partito, il fuhrer = capo di entrambi perché è l'unico in grado di esprimerla totalità del popolo, la sua volontà più esprimere la totalità del popolo, la sua volontà più profonda. Il fuhrer è la personificazione del popolo. Lo stato nazista è pertanto in perfetta antitesi al modello della tradizione liberale, stato totale. Il diritto si immedesima nei valori di cui è portatore il volk e il giudice assume un ruolo protagonista => egli è l'interprete naturale di quei valori.

Nel 1933 fu creato a Monaco la "Akademie für deutsches recht", sotto la presidenza di Hans Frank si cominciò la elaborazione delle nuove costruzioni giuridico accanto al servilismo verso il potere di molti giuristi. Il vecchio BGB non era più ritenuto confacente a ordinare la nuova società germanica e gli si oppose il progetto di un codice popolare. Non vi è la continuazione della democrazia collettiva weimariana.

7. Dopo il 1945. Nuove costituzioni e vecchi codici. L'avvio del processo di unificazione europea.

Dal 1939 al 1945 Europa e il mondo intero vivono il massacro di una lunga guerra devastante. Vengono cancellati in Italia e Germania i regimi totalitari fascisti e nazista. Nell'unione sovietica persiste la fedeltà alla ideologia marxista-leninista. Vengono imposti regimi politici e giuridico esemplari sul modello sovietico; e l'area politica prende i connotati di un'automata area giuridica dove si consolida quello che i comparatisti chiamano "diritti dei paesi socialisti". Con la sola eccezione della federazione jugoslava che tenta una scelta autonoma nella costruzione del socialismo, nella Repubblica democratica tedesca (DDR) in Polonia, Cecoslovacchia, Ungheria, Romania, Bulgaria e Albania si afferma la dittatura del proletariato, il partito comunista come partito unico. Il rinnovamento costituzionale in Germania e in Italia e la continuata vigenza delle vecchie codificazioni. La Francia si dà nel 1946 una nuova costituzione impostata sul ruolo centrale del parlamento, ma è nel solco di una continuità democratico-parlamentare che non ha sofferto cesure. L'avvio costituzionale tedesco è singolare per l'occupazione militare delle potenze vincitrici della seconda guerra mondiale. Fu nel 1948 che i governatori militari provvidero a stimolare i governi dei già ricostituiti lander affinché attivassero un processo costituente. Soluzione provvisoria => semplice consiglio parlamentare con il compito di redigere non una costituzione ma una più modesta "legge fondamentale". Il consiglio parlamentare dopo aver fissato i tradizionali diritti individuali di libertà come regole giuridico immediatamente valide, volle difendere la democratica legge fondamentale precisando che "chi abusa della libertà di espressione del pensiero, in particolare della libertà di stampa, della libertà di insegnamento, della libertà di riunione, per combattere le basi dell'ordinamento democratico e liberale, perde questi diritti" e definisce come incostituzionali i partiti politici che si prefiggono di "danneggiare o eliminare l'ordinamento democratico liberale".

In Italia, dopo il referendum popolare abrogativo della istituzione monarchica, un'assemblea costituzionale provvede alla elaborazione di una carta costituyente nella quale era chiaro il contributo congiunto delle forze cattoliche, liberali e marxista. Essa concerne l'ordinamento della repubblica ma esordisce fissando i principi fondamentali e riservando a una prima parte l'analisi dettagliata dei diritti e doveri dei cittadini. Nei primi articoli si afferma la sovranità popolare, si riconoscono i diritti inviolabili dell'uomo e il ruolo delle formazioni sociali, si scrive l'impegno verso una uguaglianza non più munificamente formale, si stabilisce l'unità della repubblica articolata in autonomia locali.

Code Napoleon e BGB = due modelli di codificazione italiana, la quale è stata interamente progettata e redatta durante il ventennio fascista.

L'opera legislativa = lavoro di giuristi prevalentemente scienziati ma anche giudici. Il regime autoritario si fa sentire più pesante nei codici penali del 1930-1931. Nell'immediato dopoguerra ci fu in Italia un certo dibattito sul da farsi. Risulta maggioritaria la proposta conservativa, programmando una non difficile operazione di disinfezione. Vi è quindi un processo verso l'unità europea politica e giuridico= faticoso. Il trattato di Parigi del 1951 è istitutivo di un primo embrione unitario → CECA, il Trattato di Roma del 1957 (CEE) e della CEEA ; il trattato di Maastricht del 1992 dà vita all'UE come realtà complessa concernente anche la politica estera e sicurezza comune, giustizia e affari interni. Recentemente si è arrivati a coniare una carta dei diritti fondamentali dell'Ue, comunemente chiamata Carta di Nizza approvata nel 2000.

8. Qualche considerazione finale tra un millennio e l'altro.

Oggi il diritto e il giurista (cioè colui che al diritto dedica la sua vita di operatore o di scienziato) vivono un momento di grossa incertezza, in quanto percorso da un mutamento rapido e intenso.

I due pianeti di civil law e common law hanno visto recentemente attenuarsi le nette confinazioni del passato e l'Ue è diventata l'officina per una sempre maggiore fusione. Sul continente, lo stato, indiscusso protagonista giuridico della modernità, si dimostra sempre più incapace di ordinare giuridicamente la società. Siamo ormai vivendo l'esperienza di poteri diversi da quello politico impegnati nel coniare nuovi e più congeniali istituti giuridici. Accanto ai diritti ufficiali concorrono diritti promananti da altre e molteplici fonti, ed è spesso la prassi il laboratorio dove il nuovo diritto prende forma. Se fino a ieri il criterio determinante era quello della validità (corrispondente a un modello generale autorevole) oggi sembra vincente quello della effettività (capacità che ha una regola o un istituto di essere concretamente osservato, applicato).