

**Università Carlo Cattaneo
Castellanza
Scuola di Diritto
Schemi di Storia del diritto
A.A. 2015-2016**

Parte I

Avvertenza

I presenti schemi sono riservati agli studenti che frequentano il corso di Storia del diritto medievale e moderno.

Essi hanno una funzione meramente riassuntiva degli argomenti svolti a lezione e non possono sostituire in alcun modo gli appunti raccolti in aula durante la lezione.

PARTE I: IL BASSO MEDIOEVO

SEZIONE I

Prodromi della riscoperta del diritto giustiniano (XI sec.)

Dopo il 1050, panorama europeo in profonda trasformazione
Scomparsa della fisionomia della società altomedievale

Nascita (o rinascita)

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

In part. la figura del *giurista specializzato*

Funzionale a nuova teorica
e prassi del pot. pubblico:

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

Affrancamento dalle Arti liberali

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

Quale diritto romano? Il *diritto giustiniano*

Tracce frammentarie della compilazione giustiniana nell'alto medioevo:

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

SEZIONE II

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

Bologna: centro propulsore degli studi giuridici in Europa



Fondazione: data convenzionale, 1088 (Carducci)

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

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

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

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

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

collocati in un *nuovo ordine sistematico*

5 libri

Corpus iuris civilis

{ Digestum vetus
Digestum infortiatum → signif. dell'aggettivazione
Digestum novum
Codex → 9 libri
Volumen → Tres libri/Institutiones/Novellae + Decima collatio

{ Tratt. Costanza
Costituz imperiali
romano-germaniche
Libri feudorum

Rapporto docente/studenti

→ *societas*

formano la *comitiva*

in seguito, formazione della *natio*

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

Libera associazione fra studenti

→ 2 universitates

→ Citramontani
→ Ultramontani

- Con a capo uno studente (*Rector*)

- Dalla metà del XIII secolo, dotate di *Statuti*

1155 *Costituz. imper. Habita*

→ concessa ai quattro *Doctores legum*
allievi di Irnerio da Federico I Barbarossa

{ - Esenzioni fiscali

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

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


Licentia docendi

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

Attività didattiche

A) *Lecturae* → Lettura e spiegazione del testo



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

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

B) *Repetitiones* → Approfondimenti su parti problematiche

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

C) *Quaestiones publice disputatae*

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

Conseguimento della licentia docendi (al termine degli studi)

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

SEZIONE III

La scuola dei Glossatori (XI-XIII sec.)

A) I GENERI LETTERARI DELLA SCUOLA DEI GLOSSATORI

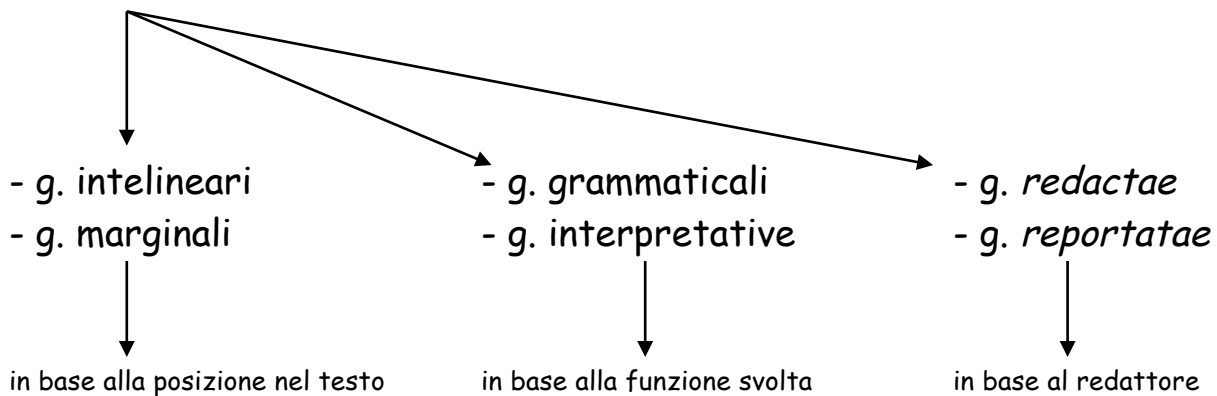
- *Oralità* della lezione ma memoria *scritta* della stessa

1) La *GLOSSA* (= lingua) \longrightarrow Forma letteraria principale

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

Forma sintetica e finalità didattica

Si distinguono:



Ulteriore distinzione fra

<ul style="list-style-type: none"> - Reticolo - Strato - Apparato 	}	di glosse
--	---	-----------

- 2) La SUMMA → Esposizione *personale, continua, stilisticamente elaborata*
- svolta su parti del C. I. (su singoli tit. = *summula*)
 - su materie specifiche (es. *summa de dote*)
- può trovarsi anche all'interno di glosse particolarmente estese

3) ALTRI GENERI LETTERARI:

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

Così si hanno raccolte di:

- Notabilia
- Brocarda
- Distinctiones
- Quaestiones etc.

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

↓
Il testo per interpretare il testo

B) I PRINCIPALI METODI INTERPRETATIVI DEI GLOSSATORI

Allegationes (paràtitla)

Contestualità del diritto

NOTABILIA

BROCARDA

Princ. Gen. + Princ. Gen.
Opposto

Rapporto con la
metodologia
generale della
distinctio

per creare figure
giuridiche nuove
(es. tentativo)

Per conciliare
principi app.
contraddittori

Solutio

Regulae iuris

Emersione delle *RATIONES*

Progressiva edificazione del sistema

QUAESTIONES

con Giovanni Bassiano (v. schema distribuito)

Importante momento evolutivo

Metodo dialettico

Quaestiones

Facti

Iuris

Legitimae

Ex facto emergentes (es. giuramento del minore)



Problema



Utilizzo di *argomenti* dialettici

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



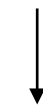
Passaggio dal *certo* al *probabile*



Valenza politica della scelta

AEQUITAS

L. Placuit ≠ L. Inter



Martino

Bulgaro



Aequitas come *ratio* della norma

{ Aequitas non scripta (*rudis*)
 { Aequitas scripta (*constituta*)

SEZIONE IV

LA SCIENZA CANONISTICA (XII-XVI sec.)

A) LE FONTI

1) Collezioni canoniche

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

TESTUALITA' del diritto è ancora più antica, legata ai Testi Sacri (Canone della Scrittura) che sono a loro volta fonte del diritto della Chiesa



(Definizione)

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

- Sacra Scrittura
- Letteratura Patristica
- Epistole Pontificie
- Canoni conciliari
- Diritto romano (v. oltre)

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



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

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

Alcune Collezioni contengono diritto giustiniano

es.

- *Collectio canonum* di Anselmo da Lucca (1085)

- Collezione del Card. Deusdedit (1087)

contengono frammenti
dell'*Authenticum*

- *Collectio Britannica* (1090)

—————> contiene 93 framm. del Digesto

Fra gli autori di collezioni canoniche

IVO DI CHARTRES

- *Decretum*, 1094-1095

- *Panormia*, 1095

sono mere raccolte
cronologiche di fonti
canonistiche

ma contengono un
trattatello

De consonantia canonum

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

CONTESTUALITÀ DEL DIRITTO —>

Testo completo e privo di
contraddizioni

Diversi sed non adversi

Alla base della tecnica interpretativa della **DISTINCTIO**

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

es.: distinguere in base alla

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

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

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




simultaneamente creatrice ed interprete della legislazione

Papi-legislatori: Alessandro III
 Innocenzo III

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

Raccolte di Decretali	} Officials	Liber Extra	Gregorio IX	1234
		Liber Sextus Clementinae	Bonifacio VIII Clemente V	1298 1314
			+	
	} Private	Extravagantes Iohannis XXII		
		(comprende decretali di Giov. XXII posteriori al 1317)		
		Extravagantes Communes		
		(Comprende decretali fino al 1484)		

+
Decretum Gratiani



Corpus Iuris Canonici 1500 Parigi (pr.)

Corpus Iuris Canonici 1582 Roma (uff.)

B) METODI E FIGURE DELL'ESPERIENZA CANONISTICA:

Due metodi interpretativi:

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

- ⇒ Divieto di matrimonio dei chierici;
- ⇒ Nudo patto.

2. Ruolo della *teologia*:

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

SEZIONE V

La scuola dei commentatori (XIV-XV sec.)

A) DALLA GLOSSA AL COMMENTO

1) I post-accursiani

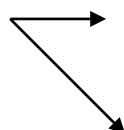
Accursio, con il suo apparato ordinario al *Corpus Iuris (Glossa Magna, G. Ordinaria, 1250 ca.)*, rappresenta il culmine e anche il termine della tradizione dei Glossatori

Dopo di lui, nel periodo 1250-1330

Post-accursiani (Post-glossatori)

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

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



- *Quaestiones statutorum*

2) La Scuola di Orléans

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

A Parigi, vietato l'insegnamento del diritto romano (1219, papa Onorio III; ragioni)

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

Influsso di glossatori non appartenenti al filone interpretativo Irnerio → Accursio (v. fotocopia)

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

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

es. obbligo di mantenimento della donna non dotata

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

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

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

B) LA SCUOLA DEI COMMENTATORI

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

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

(il metodo del COMMENTO *non* è radicalmente
diverso da quello della Glossa)

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

Cambia per:

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

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

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

Altri esponenti:

2) *Bartolo da Sassoferrato* († 1357)

Il più grande giurista del Medioevo → la nuova *Lucerna iuris*

Compone *Commentari* a tutto

il *Corpus* giustiniano e numerosi
trattati su materie varie

es. della sua creatività → Teoria sulla condizione giuridica
dello straniero dist. { - Statuto reale
- Statuto personale
↓
soluz. accolta dal legislat. it. del 1995!

Mette a punto una delineaazione coerente del sistema dello *ius commune* (v. *infra*)

3) Baldo degli Ubaldi († 1400)

Allievo di Bartolo, eguaglia il maestro per cultura giuridica e fama.

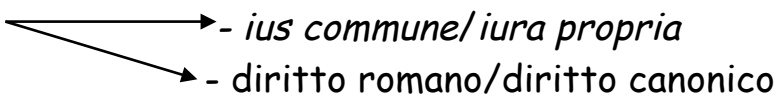
È anche il modello ideale di doctor *in utroque iure*

↙
componere Commentari sia di diritto civile
che di diritto canonico

SEZIONE VI

Il sistema del diritto comune

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

Sistema dei rapporti 

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

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

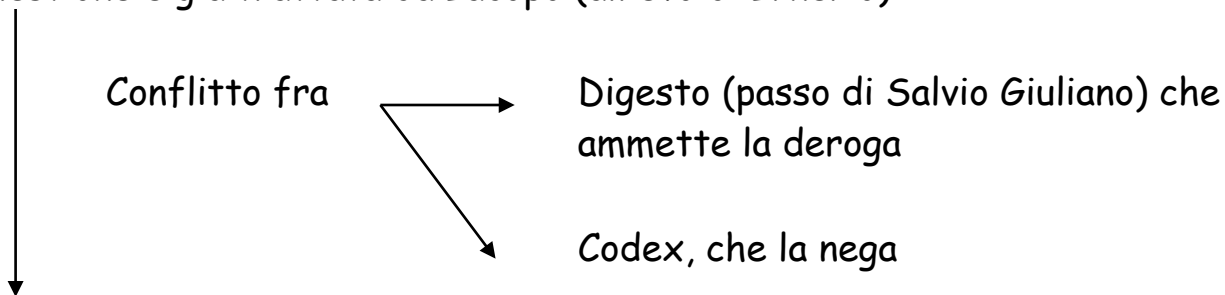
Esso tuttavia non è l'unico diritto *nell'Impero*:
deve convivere con il complesso degli *iura propria*, ovvero della normativa *statutaria* nella quale, a partire dal XII secolo, è stato trasfuso il patrimonio delle consuetudini territoriali formatesi nell'ultimo scorcio dell'alto Medioevo.

La dialettica *ius commune/iura propria*

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

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

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



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

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

La situazione cambia dopo il trattato di Costanza

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

- 1) Distinzione fra norme *derogabili* e norme *inderogabili* del diritto comune (soluzione che ha scarsa accoglienza)
- 2) Ammessa la deroga quando si tratta di una *consuetudine generale* dell'Impero

3) Ammessa *sempre* la deroga: la consuetudine locale è diritto *speciale* rispetto al diritto comune e prevale su di esso purché vi sia la consapevolezza (*certa scientia*) del contrasto con la normativa giustiniana (soluzione di maggior successo)

in origine (Piacentino, XII sec.) respinta perché in contrasto con la *Lex regia*

successivamente (Ugolino, XIII sec. v. fotocopia) ammessa perché si sostiene che la *Lex regia* non ha trasferito il potere legislativo all'imperatore ma lo ha soltanto delegato: quindi una consuetudine *contra legem* è sempre ammessa poiché dimostra la revoca della delega

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

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

Infatti:

- Anche gli Statuti sono elaborati da giuristi formati sul testo giustiniano e contengono terminologia, concetti, principi, tratti da esso.
- Inoltre, gli Statuti si interpretano secondo il diritto comune:

↓

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

↓

diritto romano come strumento di interpretazione delle norme statutarie, laddove esse presentano a loro volta delle lacune (es. omicidio)

C) I rapporti fra diritto comune e diritto canonico

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

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

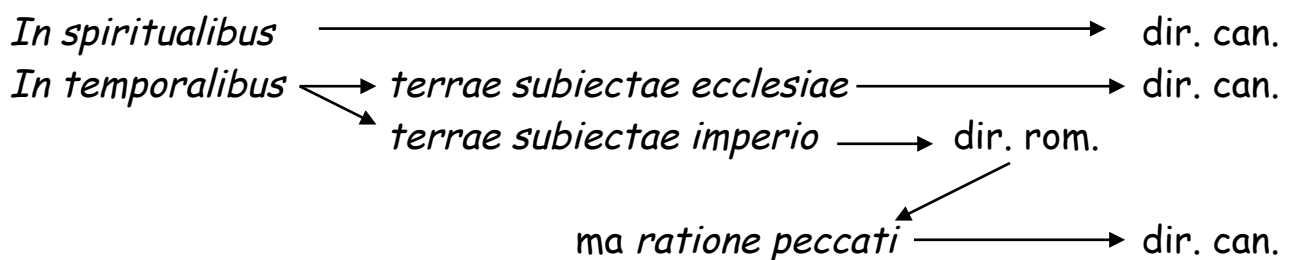
Per i canonisti la normativa canonica doveva prevalere su quella civile ogni qual volta fosse in pericolo la *'salus animae'* (*aequitas canonica*, v. *supra*)

I *Glossatori* respingono tale opinione, temendo interferenze

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

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

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



SEZIONE VII

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

A) La giurisprudenza consulente

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

Due tendenze

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

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

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

Ruolo della stampa nella diffusione dei *Consilia*


Polemica Alciato/Deciani sulla giurispr. consulente

→ *Apologia pro iuris prudentibus (1579)*

B) La *communis opinio*

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

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

Il criterio è la *communis opinio*:  -opinione del maggior numero di giuristi
- opinione dei giuristi più autorevoli

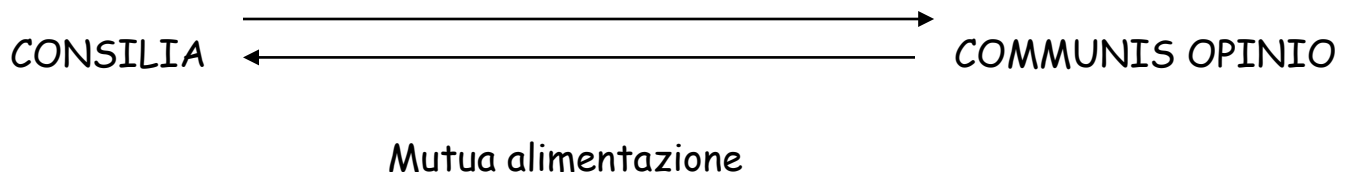
Alessandro Tartagni: "doctores qui pondere, numero ac mensura sunt maiores"

La *communis opinio* era vista con qualche perplessità all'epoca del Commento

- Bartolo: c. o. (verità *presunta*) può essere superata da un'argomentazione particolarmente convincente o quando il testo di legge è assolutamente chiaro (verità *effettiva*)


- Però Baldo qualche decennio dopo riteneva già *temerario* recedere dalla c. o.

Rapporto



La c. o. vincola tendenzialmente i giudici: vale come legge dove legge e consuetudine manchino

Conflitti fra *communes opiniones* vengono risolti evidenziando:

-  - una *opinio magis communis*
- una *opinio communissima*

PARTE II: L'ETA' MODERNA

SEZIONE I

La giurisprudenza dei grandi tribunali (XVI sec.)

Agli inizi dell'età moderna, sorgono gli STATI NAZIONALI

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

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

- es.
- Rota romana (dal 1331)
 - Rota fiorentina
 - Sacro Regno Consiglio di Napoli
 - Senato di Milano (1499-1786)
 - Tribunale Camerale dell'Impero germanico (dal 1495)
 - *Parlements* francesi (su tutti, il Parlamento di Parigi dal 1255)

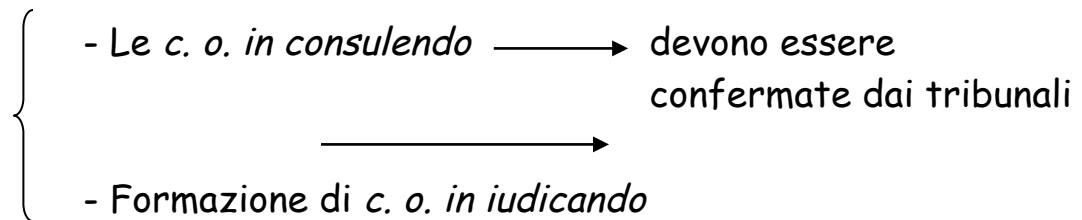
specchio della precoce formazione dello Stato francese

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

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

Prevalenza della giurisprudenzialità *giudiziale* su quella *dottrinale*

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



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

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

4) L'arbitrio equitativo

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

Comprendono:

- Diritto di *Interinazione* (approvazione e registrazione atti sovrani)
- Potere di decidere le cause *in assoluta autonomia* rispetto al dato legale (*Arbitrio equitativo*)
 - autorizzato da sovrano e limitato dall'*equità* (analogie - non identità - con *aequitas canonica*)
 - finalizzato a rendere *flessibile* il sistema giuridico

Es. Senato di Milano

- *In civilibus* → contro i princìpi
 - della domanda di parte
 - della disposizione della prova
- *In criminalibus*
 - *poena arbitraria* per sopperire alle rigidità del sistema delle prove legali

5) Aspetti problematici della giurisprudenza dei grandi tribunali

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

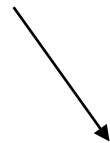
SEZIONE II

L'Umanesimo giuridico (XV-XVI sec.)

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

Firenze (ca. 1450)

riscoperta dei testi dell'antichità classica (anche giuridici)



- testi non inclusi nella compilazione giustiniana

- tentativi di un'edizione critica del Digesto
(*littera pisana vs. littera bononiensis*,
Angelo Poliziano, Ludovico Bolognini)

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

Andrea Alciato (1492-1550)

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

Con lui

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

CARATTERI ESSENZIALI DELL'UMANESIMO GIURIDICO:

1) Approccio *storicistico e filologico* al diritto

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

2) Atteggiamento nei confronti del *mos italicus*

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

- ma
- atteggiamento più conciliante di alcuni umanisti (Alciato)
 - scarsa sensibilità dei bartolisti nei confronti del nuovo metodo è determinata da esigenze di funzionalità del sistema (Gentili, *Dialogi* 1582)

3) Atteggiamento verso il *Corpus Iuris*

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

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

4) Filone sistematico

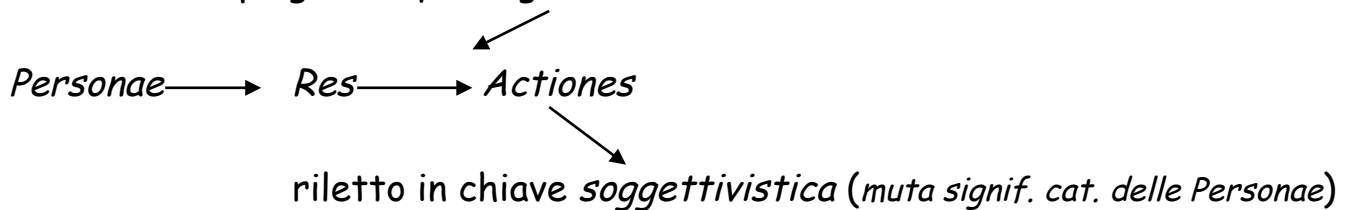
Esigenza di riorganizzare la parte migliore del diritto romano secondo un *ordine razionale*

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

Esponenti:

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

Lo schema impiegato è quello gaiano



5) Anticipazione di temi giusnaturalistici

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

6) Idea della Codificazione del diritto

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

7) Valorizzazione del diritto nazionale

Fenomeno tipicamente francese

Diritto consuetudinario è diritto comune in Francia

Avversione contro universalismo del diritto romano

1219 Divieto di insegn. a Parigi

(v. *retro*)

1312 Ordinanza di Filippo il Bello
 1454 Ordinanza di Carlo VII

dir. rom. è consuetudine approvata
 red. scritta delle consuetudini

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

SEZIONE III

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

La crisi incomincia con il sorgere degli Stati nazionali

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

Alle tradizionali forze caratterizzanti l'epoca medievale

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

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

Nazionalismo → Legge è affare del sovrano;
statualizzazione del diritto

Il sistema del diritto comune viene sottoposto a un serrato attacco

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

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

PARTICOLARISMO GIURIDICO

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

1) Sul piano oggettivo:  mancanza di unità delle fonti

- in senso qualitativo
- in senso quantitativo

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

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

2) Sul piano soggettivo: ↘

diritto e giurisdizione variabili secondo lo *status* personale dei soggetti:

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

↙
ius mercatorum

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

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

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

↓
Obbiettivizzazione con *code de commerce* napoleonico (1807)

Poli della riforma giuridica

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

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

A) Opinione pubblica

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

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

B) Ceto dei giuristi

Non costituisce un insieme omogeneo.

Si possono riscontrare 4 gruppi

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

C) Potere politico

Agisce soprattutto mediante lo strumento della *legislazione*.

Obiettivi:

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

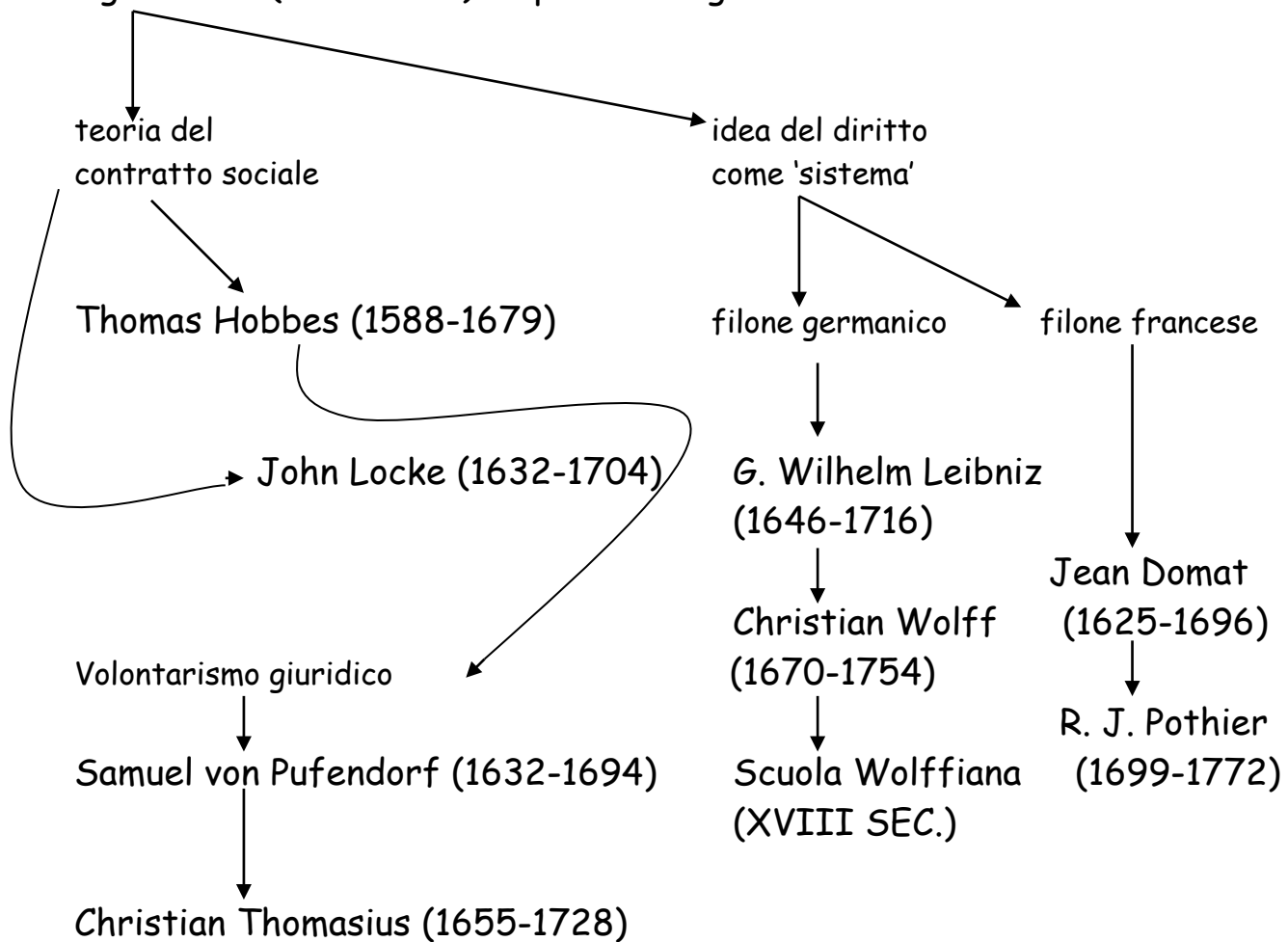
Questi scopi saranno perseguiti (ma solo a partire dalla metà del XVII secolo) attraverso il fenomeno delle **CONSOLIDAZIONI** del diritto comune (v. *infra*)

SEZIONE IV

Il giusnaturalismo moderno (XVII-XVIII sec.)(Sezione da integrare con Cavanna, Storia, I, pp. 319-369)

Schema riassuntivo degli autori e dei filoni dottrinali

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



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

- 1) *Concezione monistica, positivista* del diritto: il ruolo del dir. naturale è nullo, diritto vigente è solo quello *positivo*, concepito in
- | | | |
|--------|----------------------------|-------------------------|
| ↗
↘ | senso | statualistico |
| | legalistico e formalistico | legge stat. come |
| | } | fonte preminente |
| | | priva di lacune |
| | | interpret. dichiarativa |

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

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

Obbedienza alla norma

↗ ↘	in quanto giusta (<i>ius quia iustum</i> , giusnaturalismo)
	in quanto tale (<i>ius quia iussum</i> , positivismo)

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

Insieme

↗ ↘	idea di un superiore diritto naturale
	idea della supremazia della legge che <i>positivizza</i> i diritti naturali

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

Perché giusnaturalismo 'moderno'?

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

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

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

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

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

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

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

UGO GROZIO

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

Due fra le sue opere più importanti:

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

Introduzione alla giurisprudenza olandese (1631)

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

Apporta due contributi fondamentali alla riflessione giusnaturalistica

a) Teoria contrattualistica

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

Presupposto

Stato di natura presociale → *appetitus societatis*

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

— si garantisce la pace sociale

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

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

b) Concezione del diritto come *sistema*

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

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

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

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

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

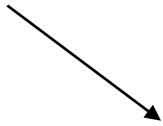
SVILUPPI DELLA SPECULAZIONE DI GROZIO NEGLI AUTORI SUCCESSIVI

A) Contrattualismo

In senso assolutistico (libertà *dello* Stato)

Th. Hobbes → *Leviathan* (1651)

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



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

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

In senso liberale (libertà *dallo* Stato)

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

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

B) Volontarismo

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

Legge come *espressione della volontà del sovrano*

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

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

idee che troveranno compimento nella codificazione:

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

Conseguenze (involontariamente) garantistiche e liberali:

nell'ambito del *dir. penale*

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

+ irretroattività

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

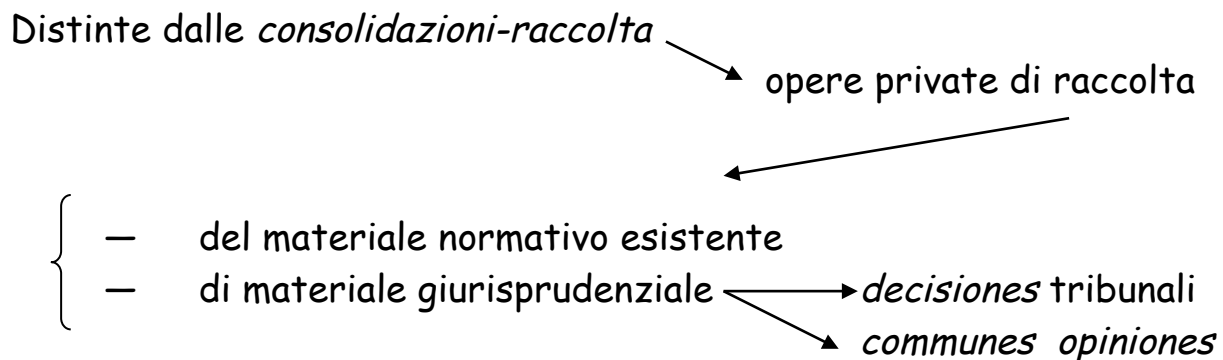
Limiti all'attività del sovrano legislatore (non imposti dal contratto ma dettati dalla ragione):

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

SEZIONE V

Le consolidazioni del diritto comune (XVII-XVIII sec.)

Provvedimenti **ufficiali** diretti ad una risistemazione razionale ed organica delle fonti esistenti



(integrare con la lettura di Cavanna, Storia, I, pp. 252-258)

Alcuni esempi di consolidazioni:

1) **Ordonnances francesi**

A) ORDONNANCES DI LUIGI XIV

Provvedimenti normativi assunti entro un'ottica *statualistica e dirigistica* e finalizzati alla diminuzione del potere dei giudici

Redatte sotto la direzione del ministro Colbert:

I) 1667 *Ordonnance civile pour la réformation de la justice*

È la più importante perché contiene, nella parte generale, alcune norme di rango 'costituzionale':

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

in più

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

II) 1670 *Ordonnance criminelle*

Razionalizzazione della procedura penale (modello inquisitorio)

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

III) 1673 *Ordonnance du commerce*

Compilata con la consulenza del commerciante Savary

Lacunosa Savary non è un tecnico del diritto

IV) *Ordonnance de la marine*

Compilata entro un'ottica *statualistica e dirigistica*
per sostenere la guerra commerciale sui mari (sopratt. contro l'Olanda)

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

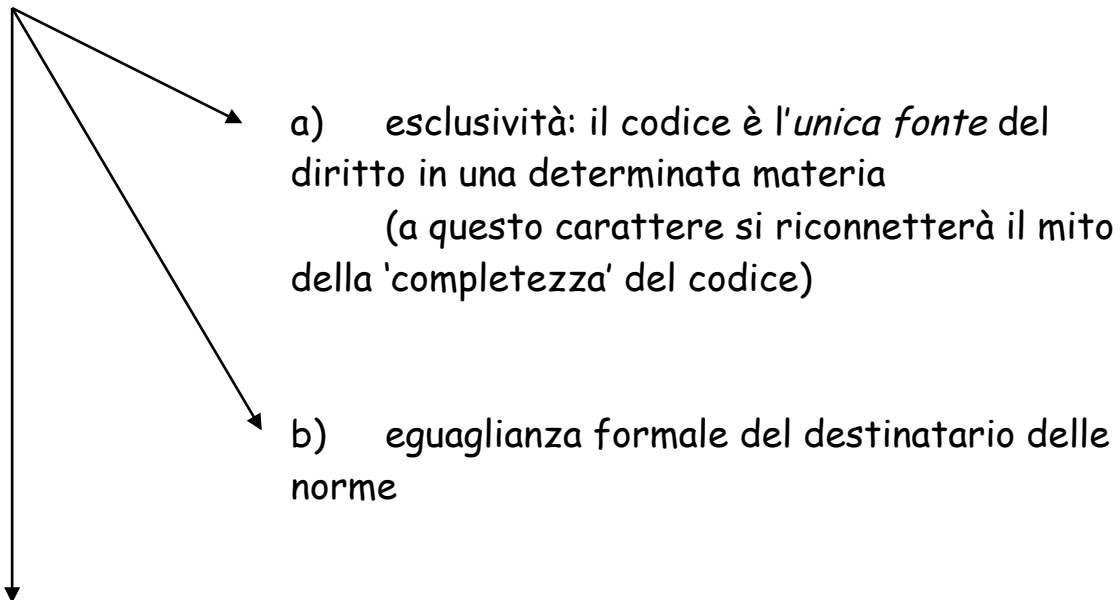
In realtà esse non possiedono ancora i caratteri di un moderno codice.
Quali sono tali caratteri?

Due opinioni storiografiche:

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

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

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



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

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

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

→ es. *Ord. du commerce*