

***Dispensa di Storia
della Codificazione***

Diritti dei popoli barbari

476 a.C. caduta dell'impero romano a causa delle invasioni dei barbari.

Le invasioni barbariche sono ad ondate successive, contrastate da schiere romane collocate lungo le frontiere in funzione di cuscinetto; stando a contatto ravvicinato, i barbari sviluppano una certa ammirazione verso la cultura latina, portandoli a "romanizzarsi", non da ultimo anche attraverso la conversione al cristianesimo. Sono gli anni di strutturazione interna della chiesa e della messa a punto dei principali dogmi: i barbari si convertono alla corrente cristiana dell'arianesimo poiché influenzati dai seguaci del vescovo Ario.

I Visigoti

Si stanziavano nella Francia del Sud e istituirono la loro capitale a **Tolosa**; ciò rappresenta un punto di svolta nella storia delle popolazioni barbariche fino ad allora nomadi.

Una volta stanziatisi creano un Regno, nel senso che riconoscono un Re, un soggetto che ha delle attribuzioni superiori a quelle degli altri capo-clan.

I barbari si trovano così a governare vastissimi territori senza avere alcuna esperienza della dominazione stanzialistica di un territorio, essi hanno un diritto consuetudinario che portano con sé ovunque si spostino, il diritto ad applicazione soggettiva è diverso dal diritto romano che è ad applicazione territoriale.

Con l'avvento dei barbari cambia la concezione del diritto, gli abitanti dell'impero continuano ad utilizzare il proprio diritto in quanto non appartenenti alle culture barbariche, il diritto romano continua ad essere applicato ed utilizzato senza mai essere rinnovato, rimane in veste consuetudinaria. Con i secoli i due diritti si contaminano e si commistionano vicendevolmente.

Continuano a vivere secondo le loro **consuetudini orali**, finché temendo che queste consuetudini finiscano col perdersi e con l'essere sopraffatte dalla tradizione romanistica, decidono di metterle per iscritto, ma poiché non hanno una lingua scritta, utilizzano la **lingua latina**, ritenuta per antonomasia la lingua del diritto.

Nel VII secolo, sotto la spinta dei Franchi, travalicano i **Pirenei** e si spostano in **Spagna**, stabilendo la loro capitale a **Toledo**: in questo periodo vengono redatte altre leggi, l'ultima delle quali, a metà del VII sec, è il **Liber Iudiciorum**, un testo di leggi visigote (sia antiche consuetudini visigote sia contaminazioni romane), **ad applicazione territoriale**, ossia diretto a tutta la popolazione stanziata entro i confini del Regno e rimasto in vigore anche sotto il dominio arabo.

In **Spagna** il diritto visigoto continua ad applicarsi a tutti coloro che non si convertono all'Islam (ciascuno segue il diritto della propria stirpe) e sopravvive fino al 1200, ebbe quindi una vita più lunga del Regno che l'aveva prodotto.

In **Europa** cominciano a convivere diversi diritti, spesso, come nel caso dei visigoti, sopravvivendo a chi li aveva istituiti e resi vigenti.

Il diritto dei Franchi

I Franchi, della stirpe dei Sali, si stanziavano nella Francia centro-settentrionale per poi estendersi **anche a sud**.

Vivono anch'essi secondo le loro consuetudini orali, finché il re Clodoveo approva ufficialmente (inizio VI sec.) il **Pactus Legis Salicae**, un testo di leggi che contiene le consuetudini dei Franchi Sali, scritto in latino e ad applicazione personale.

La **Legge Salica** vieta la legge del taglione, vieta che ad offesa segua vendetta privata: attribuisce infatti un valore economico a ciascuna persona e a ciascun bene e stabilisce che chi arreca un'offesa deve risarcire il danno, pagando alla persona offesa o alla sua famiglia una **composizione pecuniaria**. In origine la composizione era in termini di capi di bestiame, ma la Legge salica parla già di denaro, segno del passaggio da popolo nomade a popolo stanziato. Inoltre stabilisce che sarà punito colui che si vendicherà, pur avendo ricevuto la composizione pecuniaria.

Il fatto che la composizione pecuniaria vada tutta all'offeso (soltanto per alcuni reati che offendono la persona del Re c'è l'obbligo di versare una parte al fisco), è espressione di una concezione schiettamente privatistica del diritto penale, in opposizione alla moderna concezione pubblicistica, in cui la funzione penale è in capo ai privati e non allo Stato, non va infatti dimenticato che il Medioevo è un'epoca senza Stato.

La Legge Salica rimane in vigore per molti secoli: col fatto che le leggi successive non abrogavano le leggi precedenti, ma si applicavano soltanto di preferenza, la Legge Salica, pur seguita dall'emanazione di altri testi, rimane comunque in vigore.

I sovrani barbari si influenzano vicendevolmente, sono regni non chiusi, anzi aperti alle innovazioni e ai confronti.

Il diritto dei Longobardi

Secondo la tradizione, il lunedì di pasqua del 568 i Longobardi arrivano in Italia, due secoli dopo l'arrivo in Europa dei Visigoti, sotto la guida del **re Alborico**. Entrano dal Friuli, scendono nella pianura padana e si stanziavano nell'Italia centro-settentrionale.

In Italia c'era stato in precedenza solo un regno barbarico, quello dei Goti sotto Teodorico, annientato da **Giustiniano** nel V secolo al termine della guerra greco-gotica.

Essi erano organizzati in clan e non erano abituati a gestire grandi territori collaborando tra loro. Solo in periodi di guerra i vari capi clan si riuniscono eleggendo una sorta di sovrano cui affidarsi fino al termine del conflitto. Solo dopo circa trent'anni i Longobardi smettono di combattersi fra loro, riconoscono un re e istituiscono a **Pavia** la capitale del loro Regno. In questo periodo sono le autorità ecclesiastiche - i vescovi, ciascuno a capo di un comparto territoriale (diocesi) - a supplire alla mancanza di autorità amministrative secolari; al termine della guerra civile i Longobardi decidono di continuare ad espandersi e dunque riconoscono un sovrano-guida.

All'inizio Longobardi e Romani utilizzavano ciascuno le proprie leggi: gli uni, il loro diritto consuetudinario orale, gli altri il diritto romano, o meglio il diritto romano volgare (la Compilazione giustiniana non era entrata in vigore in Occidente; il diritto romano originario mancava dei soggetti e delle strutture che sotto l'impero aveva permesso di amministrarlo).

Nel **643 d.C.** il **re Rotari** emana l'**Editto di Rotari** per evitare che le consuetudini barbare si perdano e per sancire la coesione sociale in vista dell'invasione longobarda in Liguria.

Rotari, essendo incapace di leggere e scrivere, deve avvalersi di qualcuno in grado di redigere testi di legge in latino, che in quel momento storico sono solamente i chierici. Il loro compito è quello di venire a conoscenza delle consuetudini e per fare ciò devono apprendere oralmente in lingua barbara e poi tradurle in latino per poterle mettere per iscritto. Questi notai attingono poi a diverse fonti, non da ultime le **Novelle giustiniane** fruibili nelle biblioteche dei monasteri: ne trascrivono gli incipit sull'Editto apportando delle modifiche.

Si parla di "**sovrano della Stirpe**" poiché si sottintende l'applicazione dell'Editto ai soli longobardi per nascita.

All'inizio del testo, che richiama le Novelle, si ritrova anche la descrizione dell'occaso legis, premessa fondamentalmente astratta, dunque di fine aspirazione romana, poiché il diritto longobardo non conosce e non arriva alla raffinatezza concettuale che dal testo traspare.

L'editto si compone di **400 capitoletti**: una parte di **diritto penale**, una di **diritto pubblico** e una di "**diritto privato**", o meglio di regolazione degli affari di famiglia; infatti non conoscono la proprietà privata (solo la successione legittima), danno valore alla materialità, al possesso delle cose, mentre l'essere titolari di un diritto di proprietà è un concetto estraneo alla cultura dei barbari.

Rotari, Re della stirpe dei longobardi: non è il Re del territorio, ma il Re dei soli Longobardi, quindi l'editto ha valore personale.

Già in epoca romana la tradizione della legge del taglione era stata sostituita dal risarcimento in denaro (o bestiame) e **Rotari** fa mettere per iscritto questa consuetudine stabilendo il divieto di vendicarsi se si è ricevuta la composizione pecuniaria.

L'entità della composizione pecuniaria veniva stabilita in base alla persona, infatti ogni persona aveva un valore pecuniario (**Guidrigildo**), ed erano divise in tre categorie:

- **Uomini liberi capaci di portare le armi:** valore massimo
- **Uomini semi-liberi, gli Aldi:** valore intermedio
- **Servi:** valore ultimo. Tra i servi, i servi ministeriali, cioè quelli che lavorano nella casa del padrone, valgono di più dei servi rustici, quelli che lavoravano in campagna.

Inoltre ogni offesa ha un valore differente: l'editto di Rotari risulta quindi una sorta di tariffario. Dal testo dell'Editto si evince che la società era organizzata e basata su valori quali la forza e la potenza fisica.

I bambini, pur non avendo un guidrigildo, sono tutelati come futuri uomini liberi.

Le donne non hanno un guidrigildo ma vengono comunque tutelate in veste di "madri dell'uomo libero" tutela per mezzo della maternità.

La donna è anche presente nell'Editto in veste di colei che prepara i veleni: **reato del Veneficio**, la cui stessa premeditazione è punita con il pagamento di 20 soldi. Poiché poi a proposito del **veneficio**, si distingue, attraverso una tripla pena, la tripartizione classica penale in:

- **Atto preparatorio**
- **Delitto tentato**
- **Delitto consumato**

L'Editto di Rotari è legge personale dei Longobardi.

Le norme dell'editto Rotari mancano degli ordinari caratteri di generalità ed astrattezza, sono particolari e concrete, scendono molto nel dettaglio.

I diritti qui citati esistono senza che esista lo Stato modernamente inteso: il Re non viene inteso come Stato ma semplicemente come capo dei Longobardi che solo sporadicamente fa sentire la sua voce, giustizia privata.

Affinché un'azione sia oggetto di diritto penale è necessaria la sussistenza di un **Elemento soggettivo**, oggi considerata indispensabile componente di un reato; nell'**Editto di Rotari** invece manca qualsiasi riferimento all'animus dell'agente, si guarda solo all'aspetto materiale dell'azione.

Nella tradizione longobarda le controversie venivano abitualmente risolte con le **ordalie**: la più praticata era il **duello**: ciascuna parte sceglieva un campione, i campioni duellavano, chi vinceva, vinceva anche il diritto, perché significava che fosse ben visto dalla divinità (accezione mistico-religiosa); sono presenti anche tracce di **giuramenti**: vinceva colui che aveva dalla sua la maggioranza dei giuranti. Si riteneva appunto che Dio si manifestasse o nell'animo di colui che vinceva il duello o attraverso la bocca della maggioranza dei giuranti.

I Longobardi distinguono tra **delitto tentato e delitto consumato**, in particolare, in relazione al reato di veneficio, distinguono tra atti preparatori, tentativo e reato perfetto.

Nell'individuazione e nella stesura per iscritto delle consuetudini, Rotari è affiancato da molti collaboratori (scrivani, notai, per lo più persone provenienti dall'ambiente ecclesiastico, infatti gli uomini di chiesa continuavano a leggere, scrivere e studiare il latino).

Meno di un secolo più tardi, all'inizio del sec. VIII, il re **Liutprando** si converte dall'arianesimo al cattolicesimo, avvicinando la popolazione alla Chiesa, che all'epoca era la custode del sapere tramandato da Roma; i suoi editti cominciarono a contemplare riferimenti all'animus.

Emana editti che risentono dell'influenza della Chiesa: la donna, ad esempio, non è più considerata una cosa, che con il vincolo matrimoniale viene trasferita dal potere del padre a quello del marito, ma il vincolo matrimoniale viene spiritualizzato, s'introduce l'atto dello scambio degli anelli, anche alla donna viene riconosciuta una parte attiva, consapevole.

Questi editti risentono dell'influenza più diretta del diritto romano e sono destinati a tutti i suoi sudditi.

Liutprando cerca senza riuscirci di eliminare le risoluzioni ordaliche, cui il popolo era tradizionalmente attaccato, ma riesce ad introdurre l'istituto dell'appello al re come step apicale del procedimento di risoluzione delle controversie.

La vicinanza con il territorio bizantino, dove si applicava il diritto giustiniano finisce inevitabilmente per influenzare la cultura giuridica longobarda, tanto che Liutprando emana talvolta editti destinati a chiunque; ritorno alla territorialità del diritto, per quanto in non molte occasioni.

Nell'**Alto medioevo** scompare la figura del giurista, gli unici che continuano a "maneggiare" il diritto sono **scrivani (notai)** che si occupano di redigere gli atti garantendo la possibilità di mettere per iscritto accordi giuridici, leggi ecc.

Essi imparano a leggere e scrivere presso gli ecclesiastici (non esistevano più scuole laiche) e si tramandavano i formulari che circolavano tra Italia settentrionale e sud della Francia.

Chi erano i clienti dei notai? O i barbari o le popolazioni latine che conservavano lasciti del diritto romano, diventavano notai i mediatori tra gli esponenti delle due culture. Liutprando fa redigere un Editto rivolto ai notai affinché possano accettare la rinuncia di uno dei due contraenti ad utilizzare il proprio diritto nella gestione del rapporto giuridico in favore dell'applicazione della cultura giuridica opposta.

Alla fine del **700 Carlo Magno** sconfigge il **Re Desiderio**, il Regno longobardo finisce, ma i ducati centromeridionali sopravvivono alla caduta e continuano ad applicare il diritto longobardo (il Regno comprendeva l'Italia settentrionale, parte dell'Italia centrale, il ducato di Spoleto e il ducato di Benevento; nel ducato di Benevento, poi Regno di Sicilia, Federico II di Svevia riconosce il diritto longobardo come diritto usato da tutte le popolazioni del suo Regno).

Nel **1231 Federico II di Svevia**, emanando le **Costituzioni menfiane**, stabilisce di utilizzare il diritto longobardo per colmare le lacune lasciate dal diritto vigente. Dopo l'anno Mille, qualcuno cominciò ad interessarsi alla raccolta e classificazione del diritto vigente.

Rapporto tra potere laico e potere ecclesiastico

Anni 90 del 400, fine V secolo: un pontefice romano, **Gelasio**, desidera sancire il primato papale, scrive all'imperatore bizantino una lettera in cui sostiene la assoluta parità tra le due cariche.

Alla fine dell'VIII secolo poi in Europa continentale si ricostruisce il Sacro Romano impero sotto Carlo Magno, ma l'autorità papale resta sempre preminente, la Chiesa si rende indispensabile e colma tutti i buchi europei dovuti all'assenza di un Impero.

Solo Napoleone nel 1806, dopo aver sconfitto gli Austriaci, decreta la fine definitiva del Sacro Romano impero.

Diritti nell'alto medioevo

La **legge salica** è uno dei primi esempi di legge romano-barbarica emanata da **Clodoveo; Carlo Magno**, soprattutto come re dei Franchi, utilizza la legislazione per governare la popolazione attraverso lo strumento dei **Capitolari**, tanto territoriali quanto universali, proclamati oralmente prima dell'inizio delle campagne militari che avevano avvio con la Pentecoste.

La stesura per iscritto avviene in un secondo momento.

Il **diritto franco** applicato in Italia dopo la caduta dei Longobardi è proprio quello contenuto nei capitolari.

La fonte del diritto più diffuso resta comunque la **consuetudine**, non solo quella dei popoli barbari, ma anche quelle che progressivamente nascono e si radicano in ogni porzione territoriale, soprattutto perché l'economia era stanziale e di sussistenza: per gestire le risorse a disposizione degli abitanti di una stessa zona si sviluppano consuetudini locali, ritorno alla territorialità del diritto.

L'idea della proprietà privata come la intendiamo noi ex art. 833 c.c. non esisteva nell'Alto Medioevo poiché su un unico bene insistevano una **molteplicità di diritti**: diritti diversi sulla stessa

cosa; l'esempio più lampante è il **feudo**, concesso dal sovrano ai feudatari, i quali hanno spesso vassalli a loro inferiori (**situazioni reali**).

La proprietà come la intendevano i Romani non esiste più, esistono tanti diritti assimilabili alla proprietà che fanno capo a una molteplicità di soggetti.

Il feudo diventa elemento caratterizzante della tradizione medievale a partire dal X-XI secolo e sul continente resiste fino al XIX (primi 800 legge borbonica eversiva del feudalesimo).

La società feudale è scomposta da tre categorie di persone:

- **quelli che pregano**
- **quelli che combattono**
- **quelli che lavorano**

anche tutta la società moderna mantiene questa divisione

Età del diritto comune: XII-XVIII

(età classica del diritto comune = basso medioevo: 1000-1492)

Dopo l'anno 1000

Fino all'anno 1000 l'uomo vive intorno a monasteri e secondo le consuetudini locali, riconosce l'autorità di Imperatore e Papa, il sentimento religioso pervade tutto, anche le strutture temporali (l'imperatore è sacro romano imperatore).

L'epoca che si apre dopo l'anno 1000 è un'epoca di grande progresso e rinnovamento: le condizioni agricole e produttive migliorano, il commercio si sviluppa, l'economia progredisce e si ritorna progressivamente a un'economia di scambio, la popolazione aumenta, le città tornano a popolarsi, la Chiesa si rinnova, sia a seguito della lotta per le investiture sia per una serie di riforme effettuate al suo interno, nella direzione della purezza evangelica (divieto delle pratiche simoniache e di concubinato ecclesiastico).

A livello politico l'imperatore deve fare i conti con due nuove realtà:

- il costituirsi delle città in liberi comuni dentro l'impero;
- il sorgere di Regni intorno all'impero (Regni di Francia, Inghilterra e Sicilia).

In questo contesto di generale rinnovamento, anche nel mondo del diritto qualcosa cambia: nel momento in cui le consuetudini alto-medievali non sono più sufficienti a rispondere alle nuove esigenze dell'epoca, ricompaiono i testi della compilazione giustiniana arrivata in occidente, ma rimasta archiviata per cinque secoli.

Tutto questo significa che la società, diventando più complessa, comincia ad avvertire l'esigenza di avere ed utilizzare un diritto più funzionale alle nuove esigenze.

I giuristi sono stati capaci di recuperare testi antichi estremamente tecnici ed approfonditi nei quali si ritrovano le norme di cui ora si ha bisogno.

I giudici feudali applicano il diritto romano senza avere alcuna conoscenza.

Una novità del secondo millennio è la rinascita della figura del giurista di professione, legate sia alla riscoperta di testi romani (primo fra tutti il **corpus giustiniano**) sia alla nascita di un nuovo metodo di studio scientifico praticato nelle **università**.

Il diritto che si studia è quello romano, che ritornerà diritto vigente in tutta l'Europa, sempre correlato dalle opere dei giuristi (i giuristi "legano" i loro nomi allo studio di opere insigni).

La prima scuola di questo tipo è quella di Bologna.

Quando la scienza giuridica rinasce, da un lato riprende tutti i corpora romani, dall'altro introduce novità nel metodo di studio, prima fra tutte l'interpretazione, assorbendole dagli ambienti culturali preminenti dell'epoca: i giuristi prendono in prestito il metodo di studio dai teologi e dai filosofi che si formavano studiando i testi sacri grazie all'attività di conservazione e archiviazione operata dai monasteri.

Placito (= processo, tribunale e sentenza): processo celebrato dinanzi al feudatario che era il custode della giustizia nel suo territorio, ed anche la sentenza pronunciata dal tribunale. Le sentenze venivano conservate negli archivi dalle parti in causa e la maggior parte erano gli unici a contenere archivi.

- **Primo caso: Placito di Marturi** processo celebrato nella marca di Canossa, 1076. La marchesa **Beatrice** viene interpellata per la risoluzione di una controversia tra un monastero e un signore fiorentino sulla proprietà di alcune zone territoriali. Il processo non è ordalico, ma i giudici decidono sulla base di un passo della Compilazione. Il monastero è rappresentato, tra gli altri, da un certo **Peppone** che si autodefinisce “dottore in legge” che consegna di persona al giudice un passo del Digesto giustiniano chiedendone l’applicazione. Il tribunale applica la norma del Digesto che prevede la restitutio in integrum dei beni oggetto della controversia al monastero. Questa scelta dimostra non solo che qualcuno ha ripescato la compilazione giustiniana, ma anche che c’è qualcun altro disposto ad applicarlo; entrambi elementi di grandissima novità. Citazioni di testi di legge e l’impiego di argomentazioni dotte non costituiscono uno sfoggio di dottrina, al contrario, sono direttamente funzionali all’ottenimento di una vittoria in giudizio poiché costituiscono un vantaggio decisivo sull’avversario.
- **Secondo Caso: 1098, marca di Canossa, Matilde** figlia di Beatrice presiede un tribunale feudale durante una controversia tra un monastero e degli “uomini delle valli”. Gli avvocati del monastero chiedono l’applicazione di un passo della compilazione giustiniana, ma Matilde lo rifiuta e stabilisce la risoluzione della controversia secondo la consuetudine medievale, cioè con il **duello**. Durante il duello però, il campione degli uomini delle valli non rispetta le regole consuetudinarie, cioè schiaffeggia il suo avversario con un guanto, dando origine a una rissa tra le due fazioni: Matilde dichiara la controversia non risolta. Questo episodio dimostra che l’applicazione del diritto romano non è ancora scontata.

La scuola dei glossatori 1088-1250

Tradizionalmente i manoscritti erano redatti dagli amanuensi nei monasteri ed erano scarni nella grafia poiché destinati all’uso pratico.

Odofredo Denari, professore di diritto nell’università di Bologna nel XIII secolo, spiegava ai suoi studenti la nascita dell’ateneo: un certo dominus Pepo aveva iniziato a leggere dei testi legislativi, senza però lasciare traccia di sé, invece il dominus **Irnerio**, quando era arrivato a Bologna, aveva iniziato a leggerlo e ad insegnarlo ai suoi studenti (tra il 1112 e il 1125); egli infatti era un professore di arti liberali:

- Arti del trivio
- Arti del quadrivio

Le arti liberali non comprendono il diritto poiché non esistendo ancora i giuristi non si riteneva neanche il diritto una scienza.

Probabilmente **Irnerio** aveva una formazione da notaio e rese subito insegnamento il suo studio (legame tra ricerca e didattica) intendendo l’insegnamento come momento di scambio con gli studenti che partecipano attivamente.

Perché il corpus arriva a Bologna e non altrove?

Si suppone che da **Costantinopoli** i testi erano arrivati a **Ravenna**, avamposto bizantino in Italia, e da Ravenna poi a Roma.

Irnerio non recupera il testo intero ma solo pergamene sciolte e quindi risulta compito suo e dei giuristi rimettere in ordine il testo e ricercarne il significato: i punti oscuri venivano affiancati da **glosse** e da qui il nome di **Glossatori**. Il testo inevitabilmente non viene ricostruito esattamente com’era in origine.

La prima parte ritrovata fu il **Digesto**, senza dubbio la parte più complessa poiché era una sorta di collage di opere di giuristi romani.

La prima parte che Irnerio ritrova sono i primi 24 libri del Digesto, cioè il **Vetus**, poi gli ultimi, cioè il **Novum** e infine la parte centrale, l'**Inforziatum**, perché a quel punto si disse che il diritto si era rinforzato, che andrà a costruire il secondo volume della Compilazione medievale.

I primi 9 libri del Codice poi entreranno a far parte del **Codex**, quarto volume della compilazione medievale; gli ultimi 3 libri del Codice invece finiscono nel 5° volume, il **volumen**, dove viene inserito tutto il resto che non si sa dove collocare.

Dunque la compilazione medievale stravolge l'ordine iniziale del Corpus dividendolo in **5 libri**:

- 1) **Digestum Vetus (1-24)**
- 2) **Digestum Infortiatum**
- 3) **Digestum Novum**
- 4) **Codex libri 1-9**
- 5) **Volumen parvum (Codex libri 10-12 del Codice, le Novellae, le Institutiones, Libri feudorum, Trattato di pace di Costanza (1183), Lombarda (diritto longobardo))**

Le **novellae** avevano una caratteristica ostica, erano scritte in greco, lingua sconosciuta e dunque rimasta non tradotta.

Irnerio e i suoi 4 allievi studiavano tutti dallo stesso manoscritto ritenendo che ciò che fosse scritto in essi fosse maxima lex, perfetta e priva di contraddizioni, si riteneva perfino avessero natura divina ("sono piovuti a Bologna dal cielo"), in realtà i glossatori sapevano troppo poco di storia romana per poter individuare errori o sviste nel testo.

Rapporto di continuo interscambio e cooperazione tra maestro e allievi.

Le glosse venivano firmate apponendovi accanto l'iniziale dell'autore: ma i manoscritti erano pochi e materialmente limitati, per cui quando lo spazio finiva si raschiavano vecchie glosse e vi si scriveva sopra.

Strumenti che venivano utilizzati dai glossatori per studiare e insegnare la Compilazione giustiniana :

- **Glossa:** annotazione firmata che chiariva il significato del testo proponendo sinonimi o perifrasi, poneva il passo in relazione con altri passi paralleli, talora ne discuteva l'applicabilità a fattispecie simili.
- **Distinctio:** di fronte a due norme contrastanti, i giudici distinguevano due diverse fattispecie, sicché ciascuna delle due norme era valida, perché applicabile a fattispecie differenti e così la Compilazione nel suo complesso preservava la sua presunta assoluta coerenza.
- **Casus:** enunciazione, in forma di esempio concreto, del principio giuridico affermato nella norma.
- **Brocarda:** frasi sintetiche ed incisive che racchiudono principi e regole fondamentali.
- **Quaestio:** (applicazione del sillogismo aristotelico), questioni dubbie, concernenti fattispecie alle quali il testo non dava direttamente una risposta. Il maestro proponeva la quesito a lezione, ne illustrava le eventuali alternative e ne offriva dalla cattedra la solutio. Dalla fine del XII sec., si instaurò la prassi didattica di affidare agli allievi stessi l'esame di questioni proposte dal maestro e suscettibili di diverse soluzioni.
- **Dissessiones dominorum (dibattiti dei professori):** attività seminariali in cui i professori dibattevano in pubblico l'interpretazione di alcuni passi.
- **Summae:** sintesi fatte dai giuristi di un titolo, di un libro o di un argomento della Compilazione (il codice si prestava ad essere sintetizzato, mentre bessybi riuscì mai a fare una summa del digesto). Le summae rappresentano un primo distacco dal testo, che tuttavia rimane presente, perché è il testo che conferisce autorità.
- **Apparati di glosse:** poiché col tempo i manoscritti si riempirono di strati successivi di glosse, queste iniziarono ad essere selezionate e poi ordinatamente affiancate al testo originario.

Tra i **glossatori** si usa distinguere **quattro generazioni**:

- 1) **I 4 dottori Martino, Bulgaro, Iacopo e Ugo:** i quattro dottori a cui l'imperatore Federico I Barbarossa chiede la conferma dei suoi diritti di giurisdizione sulle città. Barbarossa restò estraneo all'idea, proposta dai quattro dottori, del diritto romano come diritto vigente in tutto l'Impero medievale.
- 2) **Pillio da Medicina e il Piacentino:** Pillio insegna a Modena, il **Piacentino** è il primo che si spinge in territorio britannico, infatti insegna anche a Montpellier, dove le scuole di diritto sul modello bolognese trovarono terreno fertile per nascere e svilupparsi.
- 3) **Vacario:** va ad Oxford verso il 1140, ma il metodo dell'università bolognese non attecchisce, da dopo il 1066 (Guglielmo il Conquistatore) si era diffuso e affermato il sistema di common law.
- 4) **Accursio e il maestro Azzone:** Azzone è autore della Summa Codicis, opera che sintetizza l'intero Corpus iuris, seguendo lo schema del codice giustiniano. Accursio, autore nel **1250** della **Magna Glossa**, una raccolta di oltre 20.000 glosse apposte sui manoscritti della compilazione medievale in oltre due secoli di studio. Il testo giustiniano e la sua interpretazione "glossata" è quello che viene applicato in tutta Europa, dunque testo normativo e interpretazione giuridica.

Un glossatore senza testo romano non sapeva cosa dire poiché la sua attività è di interpretazione: **Azzone** fu il primo a cercare di avviare una seconda tipologia di attività che prescinde dal testo romano: attività di **Summa**, sintesi dei pensieri elaborati fino ad allora (contesto giuridico nuovo, ma il genere esisteva già). I glossatori della quarta generazione furono i primi a compiere operazioni di correlazione tra le varie componenti della Compilazione.

L'università e i comuni

I glossatori non solo inventano un metodo giuridico, ma istituiscono la prima università: dalla vita urbana in epoca medievale nasce questo nuovo insegnamento, poiché la realtà è molto più dinamica rispetto a quella delle campagne dei feudi, c'è bisogno di un rinnovamento del diritto per poter disciplinare i nuovi rapporti, in particolare commerciali, che sorgono e i glossatori propongono di rivitalizzare il diritto giustiniano spiegandolo ed interpretandolo opportunamente.

Università: Ricerca + didattica, binomio inscindibile alla base della istituzione universitaria da parte dei glossatori. Nel latino medievale il termine **universitas** denotava un insieme di persone che condividono la stessa attività: l'università quindi nasce come un'**organizzazione di studenti**.

A Bologna Irnerio comincia con 4 studenti e poi il numero man mano si amplia poiché lo studio giuridico apriva importanti attività lavorative, culturali e lucrative.

Lo scopo condiviso alla base della nascita dei comuni è quello di associarsi per sopravvivere al meglio; le città rinascono nelle terre imperiali (prima unificate sotto Carlo Magno, poi divise) del Nord Italia (Regnum Italiae) rispondenti all'imperatore tedesco.

Lo stesso imperatore **Federico Barbarossa**, nella seconda metà del XII secolo, decise di scendere in Italia per riaffermare i propri poteri sui comuni che li avevano usurpati.

I comuni erano riuniti in due leghe che sfidarono in battaglia l'imperatore che in un primo momento vinse: **Trattato di Roncaglia:** Barbarossa vincitore fa mettere per iscritto i suoi diritti sui comuni sconfitti e per questo convoca i 4 allievi di Irnerio. Si sancisce così il ruolo del giurista di professione, che si è formato all'università e ha studiato nei testi romani. I giuristi elaborano per prima cosa gli **Iura Regalia**, ovvero le **spettanze del sovrano**, anzitutto il diritto a riscuotere tasse, il diritto di esercitare la giustizia (immagine biblica del dio-giudice), il diritto di legiferare.

Il **giurista** diventa colui che offre consulenza e consiglio al sovrano.

Bologna presto comincia a riempirsi di studenti attratti dalle opportunità apparentemente enormi offerte dallo studio e dalla preparazione giuridica: arrivano studenti italiani, francesi, spagnoli e spontaneamente nascono comitati e associazioni studentesche volte alla interazione con i docenti riguardo la didattica e la remunerazione.

A Bologna col tempo si definiscono due **università di studenti**, quella **citramontana (italiani)** e quella **ultramontana (europei)**, guidate ciascuna da un **rettore** e basate sulla provenienza territoriale degli studenti che le compongono.

All'interno di ogni **universitas** ci sono differenti sottogruppi chiamati **nationes**, ciascuno dei quali si occupa di accogliere ogni nuovo arrivato inserendolo nella sua natio di spettanza e iscrivendolo in un registro delle matricole + **giuramento** = simbolo di accettazione all'interno della comunità universitaria.

Gli studenti, prima di giungere a Bologna, si mettevano in contatto con i docenti di cui volessero seguire i corsi per mezzo di epistole; seguiva poi l'arrivo a Bologna e l'accoglimento nella propria natio. Una lezione universitaria consisteva prettamente nella lettura di un testo giuridico generalmente sconosciuto ai più di cui neanche in principio si aveva totale conoscenza, dal momento che si aveva pochissima cognizione della storia romana e dell'evoluzione del diritto. Poiché d'altronde si riteneva che nel testo giustiniano non esistessero contraddizioni, ogniqualvolta durante una lettura si incontravano due norme in contrasto, si procedeva all'esame normativo frammentando ciascuna parte di testo per poter arrivare a definire le norme in questione "**diverse ma non avverse**": lo scopo è arrivare ad una conoscenza globale del Digesto che consenta di comprenderlo appieno: non esiste un piano di studi o una suddivisione annuale, ma si permane a Bologna finché non si arriva ad una conoscenza piena ed incondizionata di Digesto e Codice; il tempo necessario era tra i **quattro e i sei anni**, no materie né esami di profitto, l'iter universitario era organizzato in semplici lectiones diurne poiché chiaramente bisognava sfruttare la luce del sole. Ogni studente poteva decidere se e quando fare un esame conclusivo del corso di studi che conferiva la **licentia docendi**, ovvero l'**abilitazione all'insegnamento universitario**, tuttavia non tutti arrivavano ad avere le competenze necessarie al superamento dell'esame: questi tornavano a casa portando con sé le conoscenze percepite e diffondendole a propria volta.

Gli studenti più anziani ed attivi intanto collaboravano con i docenti (i moderni **assistenti**) e, in prossimità del termine del proprio percorso, si facevano aiutare nella preparazione dell'esame. L'esame era articolato in **due parti**:

- **Parte privata**: l'intero collegio docenti si riunisce per giudicare lo studente, lo studente estrae a sorte dei **puncta**, passi del Digesto che studia che studia per conto suo e il giorno dopo torna in commissione a discuterli e interpretarli applicando le regole apprese durante il corso di studi. Se i docenti lo ritengono adeguatamente preparato gli concedono la promozione (**laureato**).
- **Parte pubblica**: si svolge nella cattedrale e comporta un notevole dispendio economico dal momento che a carico dello studente si ritrovano i doni per i docenti, per il vescovo e le spese per il banchetto. Chi non può permettersi queste spese lavorano qualche anno come assistenti ufficiali al fine di guadagnare denaro sufficiente e finanziare la parte pubblica dell'esame; a questo punto lo studente riceve i simboli della sua nuova dignità: l'**anello e il tocco**. Il laureato, oltre ad essere dottore in giurisprudenza (**doctor peritus**), diventava anche **professore (licentia docendi)**. Mentre lo studente che non faceva la parte pubblica non era professore, ma solo **uomo dotto**.

Uno dei compiti spettanti ai rettori era quello di tenere sotto controllo gli studenti e mantenerli in disciplina; erano inoltre i rettori a concordare con i docenti il loro stipendio.

Le lezioni si tenevano nelle abitazioni dei professori, nasce la figura del **bidello**, collaboratore che si occupa di tenere in ordine e pulito il luogo di lezione e di raccogliere la colletta studentesca.

Col tempo ci si rende conto che le lezioni circoscritte alla mattina erano insufficienti per giungere ad una conoscenza ottimale dei testi, e gli studenti, basandosi sullo schema del **sillogismo aristotelico (tesi + antitesi + sintesi)**, cominciano ad utilizzare il sistema della **quaestio**, ovvero la simulazione di un caso con la tripartizione **attore (1° metà gruppo), convenuto (2° metà gruppo), giudice (docente)**. Queste esercitazioni avevano luogo il **mercoledì** e il **sabato** (questiones sabbatinae) con la partecipazione di tutta la comunità studentesca che si era preparata basandosi sui "volantini" diffusi per la città la settimana precedente, ove si delineavano i casi (prima di fantasia, poi realistici) che si sarebbe andati a discutere in sede di quesito.

Metodo giuridico volto all'apprendimento.

I docenti inoltre si occupavano della stesura di **summae** e si diffusero anche i **brocarda**, termine che rimanda a qualcuno con i denti sporgenti, quindi predisposto alla discussione, massima brevi volte a far rimanere impresso il principio base di una norma e che divennero oggetto di sfide mnemoniche tra studenti. Gli studenti non usavano manoscritti (eccessivamente costosi), ma sorta di fascicoletti (pece) redatti nelle botteghe degli stazionari.

N.B. A differenza di Bologna, la Federico II di Napoli viene fondata dall'imperatore omonimo, quella parigina da un'associazione di professori (non studenti). Il primo distaccamento di Bologna (a Modena) nasce a causa della fuga del docente Rio da Medina e alcuni suoi studenti per evitare i vincoli che il comune voleva imporre all'insegnamento.

Governo nei liberi comuni

I giuristi della scuola di bologna avevano un'altissima concezione del proprio ruolo in quanto interprete di regole considerate il "precipitato" della giustizia sulla terra. Sulla terra infatti l'imperatore rappresenta Dio e le sue leggi risultano contenere una scintilla divina: il testo romano viene guardato alla stregua di un testo sacro. La suddetta scintilla trova espressione nella equità utilizzata per sviluppare il ragionamento giuridico.

La rinascita della città è dovuta al rifiorire dei commerci e della espansione del ceto mercantile: le città medievali tanto sono antichi centri romani rifioriti a città di nuova fondazione -Italia centro-settentrionale, Francia, sponde del Reno, Germania settentrionale.

La città rinasce nella forma del **libero comune** nel momento in cui i cittadini si riuniscono e giurano di vivere pacificamente in comunità, l'uomo medievale vive celato in una grande collettività i cui estranei (ad esempio gli eretici) non sono destinati a sopravvivere.

Poiché i cittadini falliscono ad autogestirsi, hanno bisogno di uno o più **capi**, di carica elettiva, noti come **consoli (retaggi romani)**. Il numero di consoli varia da 2 a 20 e resta sempre una **carica collegiale**, hanno durata massima di due anni e sono coadiuvati dall'**Assemblea dei cittadini**.

I **consoli** erano scelti tra i membri delle famiglie più in vista della città: la potenza di ciascuna famiglia era commisurata in termini di disponibilità economica. "Familia id est substantia".

Erano quindi inevitabili antagonismi che spesso sfociavano in episodi di violenza e conflitto sociale. Nel momento in cui ci si rende conto che i consoli non sono più in grado di sedare le sedizioni, si decide di chiamare un **forestiero** con il preciso scopo di rimettere ordine: il **podestà**, una sorta di professionista del governo della città, scelto dai cittadini e vincolato da giuramento al rispetto delle leggi comunali. Anche questa carica può durare massimo due anni.

Si istituisce anche un **sindacato comunale** per raccogliere le istanze destinate al podestà che quindi ne andava a giudicare l'operato. Per le due settimane successive alla scadenza del mandato venivano ascoltati gli esposti dei cittadini da parte di un gruppo di **notai**: se al termine il podestà viene ritenuto colpevole di malgoverno, viene privato della sua remunerazione.

XIII secolo: la corporazione mercantile inizia ad avanzare pretese di governo sulla città, o al fianco o in sostituzione del podestà col nome di Capitano del popolo: la "degenerazione parentelare" della capitaneria del popolo sfocia nell'avvento della **signoria**. Per ritornare ad un barlume di partecipazione popolare al governo bisognerà aspettare la **Rivoluzione francese**.

I **liberi comuni** si autogovernano e si danno degli **organo istituzionali**: a chi governa sono affidate mansioni giudiziarie, si elaborano sistemi tributari per non lasciare mai vuote le casse del Comune, il Comune legifera nella forma degli **Statuti** secondo consuetudini di antica origine condivise e praticate dalla collettività, che dal **1100** vengono messe per iscritto andando a formare un primo abbozzo di patrimonio giuridico del comune. Tanto i **consoli** quanto il **podestà**, prima di insediarsi, giurano di osservare le regole scritte nel testo che viene loro sottoposto (questo tipo di giuramento si chiama breve al singolare o brevis al plurale). A partire dalla **fine del 1100** tutte le città riordinano e trascrivono consuetudini, giuramenti, decisioni assembleari che nel loro complesso rappresentano

gli **statuta del Comune**, considerati la legge peculiare della città ed ivi vigente (fu tale l'emulazione che anche tutte le comunità cittadine si dotarono di statuti).

Interessante è la **parte penale degli Statuti**: come nell'**Editto di Rotari**, che voleva sostituire la vendetta privata con il pagamento di pene pecuniarie, negli statuti più antichi si ritrova questo stesso principio, percepito come antico retaggio delle consuetudini longobarde. Col tempo, alla pena pecuniaria vediamo sostituirsi la pena corporale, tuttavia il perdono della vittima comporta l'esenzione dalla sanzione penale.

Resta traccia di una sorta di giustizia privata anche se il potere pubblico evoca a sé la risoluzione delle controversie penali.

Un'altra pena, che colpiva i reati più gravi, era il **Bandum**, che mirava ad espellere l'individuo pericoloso dalla comunità per non minarne ulteriormente la pace. Il **bandum** viene utilizzato anche come **sanzione processuale civile** per la contumacia. Dunque il bandum è una sanzione sia penale, sia civile, poiché perdere la dimensione collettiva in una società medievale era una grave pena.

Nella **parte civile** degli Statuti c'erano delle norme che regolavano tanto lo svolgimento dei **processi** quanto la gestione delle strutture deputate all'**amministrazione cittadina**. Negli statuti mancava però qualsiasi disciplina di diritto privato: in materia di obbligazioni e contratti si applicavano le norme tratte dai testi romani. Il diritto cittadino e quello romano vanno comunque considerati come due sfere totalmente separate: non si legiferava in materia di diritto privato semplicemente perché nessuno aveva le competenze per farlo e così si diffuse in materia privatistica il diritto romano unicamente come sussidiario e tappabuchi del diritto statuario. La legge romana non è particolare, né locale, è comune e sempre deputata a colmare le lacune lasciate dal diritto comunale, ovvero le materie più tecniche come famiglia, contratti, successioni. Problema: una novella di Giustiniano stabiliva la uguale partecipazione di ciascun figlio al patrimonio del de cuius, allora come si poteva implementare il patrimonio se ogni generazione la **suddivideva** ulteriormente? la legislazione comunale risolve elaborando una serie di norme locali derogatorie della legge privatistica romana. Inoltre si scrive negli statuti la **exclusio propter dotem**, cioè l'esclusione della figlia dotata dalla suddivisione della legittima; inoltre comincia a manifestarsi il primo barlume di trattamento preferenziale nei confronti del primogenito. In ogni caso il diritto romano non sarà l'unico comune data la convivenza con il diritto canonico.

Sistemi di diritto comune

Con il tempo le città iniziano a darsi leggi sempre più elaborate e particolareggiate, come ad esempio una serie di norme che indicano cosa fare per cambiare nome.

Novara, 1271: il podestà che entra in carica deve esercitare la giurisdizione secondo le leggi statuarie, qualora vi siano e solo in loro mancanza tornavano gli iura.

Benevento: ducato longobardo a lungo sopravvissuto, nel **1252** si dota di uno **Statuto**. Quindici persone devono esercitare funzioni secondo consuetudini approvate e leggi longobarde, e se mancano, secondo legge romana.

Brocardo: Ubi cessat statutum, habeat loco ius civile (= diritto romano). Poca considerazione da parte dei giuristi dotti per gli statuti: svaniscono come ombra e svaniscono anche al volere dei legislatori che in regime comunale cambiano continuamente e in regime podestariale costituivano apparati aggiunti, comunque effimeri, di breve durata e di scarsa organicità.

Ma essi, nelle versioni ultime, prima di perdere indipendenza, rimangono diritto vigente quando diverranno parte di Statuti: sopravvivenza a chi li ha prodotti.

Esistono molte **corporazioni** tra cittadini, che si associano in gruppi divisi per arti e mestieri, queste corporazioni hanno propria organizzazione (statuti per coloro che sono iscritti nel libro delle matricole della corporazione speculari a quello del comune) e propri capi (**abati** per i **mercanti**, **rettori** per gli **studenti**).

Se pensiamo alle dotazioni del mercante tipo, le prime da citare sono il **bancone** e il **libro contabile** organizzato con il sistema della **partita doppia**: egli non solo si occupa di distribuire il prodotto finito ma ne organizza anche la **produzione** (simile all'imprenditore).

I mercanti più ricchi sono i **banchieri**, che gestiscono grandi capitali e si occupano di operazioni di prestito e finanziamento.

I mercanti dimostrano l'esigenza di disporre di strumenti giuridici per la propria professione.

Non esistono tipi di società nel diritto romano, sono messe a punto nella prassi mercantile con il fine di poter adattare e applicare istituti giuridici alla loro attività.

ES: Compravendita del diritto romano, si vuole tutelare di solito il trasferimento di immobile e la proprietà per garantire che il bene sia libero da vincoli (cfr evitones). Il mercante non compra terreni per accumulare ricchezza ma per rivendere, necessità di un diverso contratto di vendita maggiormente focalizzato sulla circolazione delle merci. Si arriva a scrivere qualcosa di diverso dalla scuola dei glossatori, si snellisce il sistema di garanzie poiché si ritiene che il mercante di mestiere sia furbo dunque in grado di tutelarsi da solo.

Lavorare da solo si rivela complicato, il mercante vuole essere "**imprenditore**": nascono imprese in cui i mercanti lavorano insieme: **Famiglia**.

Il mercante lavora con loro per fiducia, semplicità, manda i figli ad aprire banchi alle fiere - la più famosa era quella **de la Champagne**, poi quella di **Lione**. Tutti gli italiani iniziano ad aprire banconi nelle fiere anche al di fuori dei confini.

Nascono i **giudici delle fiere** (forniti dalle città) che giudicano controversie ma rapidamente poiché il mercante deve tornare a casa propria.

Se la controversia è inerente all'esercizio di un'attività tra i membri della stessa corporazione, occorre rivolgersi al **giudice della corporazione**: nascono le **Curie Mercantili**, solitamente composte da **abati**; vi saranno poi giudici deputati a risolvere le controversie tra corporazioni diverse.

Processo: per celerità occorre rinunciare al tempo, che è ovviamente una forte garanzia, poiché termini lunghi permettono di preparare una migliore difesa.

Il mercante tuttavia sa anche di potersi difendere da solo e preferisce rapidità: per fare affari non si può essere bloccati da pendenze giudiziarie.

E' una grande soluzione quella di farsi propri giudici. (N.B. I mercanti dovevano fare affari, non potevano essere bloccati da pendenze giudiziarie. Per questo avevano creato giudici propri e le curie mercantili ospitavano solo processi tra mercanti, chi non era mercante non poteva essere chiamato in tribunali mercantili).

- In teoria solo per gli iscritti alle corporazioni.
- Se la controversia è tra mercante e cittadino si va dal giudice del convenuto: se non si è mercante, non si può chiedere alla cura mercantile, ma può accadere che essa giudichi ugualmente.

Oggi in alcuni paesi come la **Francia** esistono ancora corti mercantili separate, mentre nel medioevo i giuristi dotti di diritto commerciale erano solo i mercanti, non esistevano giuristi dotti di diritto romano.

Un figlio stipula un contratto all'estero, vincolando così tutta la famiglia.

A Roma nelle **societas** ciascun socio vincolava solo se stesso, per i mercanti invece questi rapporti giuridici non vanno bene, vogliono tipologie di contratto e società cosicché si possa spendere meno a famiglia, vincolando tutti: **Compagnia** che si afferma prima nella prassi e poi negli statuti come nuovo contratto di società (**cum + pania** poiché i compagni mangiano il pane allo stesso tavolo).

Caratteri: I compagni si riconoscono sotto lo stesso nome, di solito della famiglia, la spendita? del nome è una garanzia se la famiglia è affidabile.

Il mercato funziona quando c'è **fiducia**, poiché i mercanti riescono a contrarre e ottenere moneta a prestito da far circolare spendendo il nome della compagnia, un qualsiasi contratto vincola tutte le persone della compagnia.

E' l'odierna **società di persone a nome collettivo** (S.n.c. così chiamato per questa origine).

Il diritto ha vocazione sovranazionale, i tipi di contratti nati nella prassi hanno un modello: *ius mercatorius* poi *lex mercatoria*. Ha applicazione personale, solo per alcune categorie di persone (come il diritto barbarico), appunto i mercanti, ed è per questo più veloce, più snello e meno garantistico.

Nell'area **mediterranea** esistevano contratti che prevedevano che un soggetto confluiva del capitale ed un altro ne curasse la gestione. La chiesa aveva tra i suoi precetti il divieto di praticare **l'usura**. Era vietata qualsiasi forma di remunerazione del capitale, qualsiasi interesse era considerato usurario ed era vietato. I mercanti medievali invece avevano bisogno di denaro a prestito: si cominciò quindi ad utilizzare un nuovo contratto, **Commenda/Accomandita**.

I mercanti si rivolgevano a chi aveva ingenti disponibilità e formavano una specie di società, che mascherava un vero prestito ad interesse. Questo soggetto conferiva del capitale (**il socio capitalista**) e il mercante ne curava la gestione. Alla fine il capitale veniva restituito e gli utili/interessi dell'operazione venivano ripartiti. Se l'operazione falliva, il mercante rispondeva con l'intero patrimonio, mentre l'altro perdeva solo il capitale (odierna società in accomandita), la chiamavano società per non incorrere nell'usura, ma in realtà sotto i contratti di commenda? si nascondevano prestiti a interesse. Solo successivamente si ebbe una progressiva laicizzazione del diritto commerciale, processo nel corso del quale fondamentale fu il ruolo svolto dagli ordini mendicanti? interni alla Chiesa (**i dominicani**) - il mercante aveva bisogno di far circolare il denaro. Una delle principali attività dei mercanti era quella di **cambiatori di denaro (contratto di cambio)**.

Avevano filiali sparse in tutta **Europa** e anticipavano contante che poi veniva loro restituito anche in un'altra valuta: attività utile anche per gli studenti universitari che venivano da fuori.

Capitava che il banco non riuscisse a pagare il suo creditore, a Genova esisteva la **magistratura dei Rotti, cioè dei falliti**.

Il mercante in questo caso tradiva la fiducia degli altri mercanti e li portava in discredito: innescava un problema non solo economico, ma anche etico-sociale. Il mercante quindi, ordinariamente, scappava, per paura non solo dei creditori ma anche degli altri mercanti della corporazione. Se un mercante scappava, ci si soddisfaceva su ciò che lasciava attraverso un **concorso di creditori**, ovvero una **spartizione dell'attivo rimasto**. Non esisteva nel diritto romano, venne istituito perché ora si cercava contemporaneamente di soddisfare il maggior numero di creditori possibili e di rimettere in moto gli affari per tutti per far ripartire l'economia.

Poteva succedere che per evitare il fallimento il mercante si mettesse d'accordo con il suo creditore per salvare l'attività (**Concordati e Moratorie**).

Oggi il fallimento è disciplinato da una legge speciale del 1942: essa prevede che se il passivo supera l'attivo, il giudice può dichiarare in giudizio il fallimento accertando l'insolvenza.

Nel Medioevo invece l'insolvenza non veniva accertata e le procedure fallimentari semplicemente iniziavano con la fuga.

Molti istituti del nostro diritto commerciale derivano dalla prassi mercantile medievale, il **diritto dei mercanti (ius mercatorium, poi lex mercatoria)** circolava in tutta Europa e l'uomo medievale - mercante, studente, pellegrino, tendenzialmente viaggiava.

In **Francia** si parlavano diverse lingue: nel nord la **lingua d'Oil** e nel sud la **lingua d'Oc**; nel sud la romanizzazione era stata più forte e nel sud-est si erano anche insediati i visigoti che conoscevano la tradizione romana.

Inoltre nel sud vennero aperte scuole in cui si insegnava diritto romano, esattamente come avveniva nelle città italiane.

Nacquero centri di studio del diritto romano e si diffusero **summae** al Codice scritte in lingua provenzale (in Italia erano scritte in latino). Questo voleva dire che gli studenti francesi potevano restare in Francia a studiare diritto invece che andare a Bologna.

Si diffuse il diritto romano che iniziò ad essere utilizzato nei tribunali per colmare le lacune del diritto locale francese formato per lo più da consuetudini locali.

Nel nord invece esistevano meno città e la diffusione del diritto romano fu lenta e meno incisiva: si continuavano ad utilizzare consuetudini tramandate oralmente che solo successivamente vennero messe per iscritto.

1312: Filippo il Bello, temendo che nel sud si utilizzasse il diritto romano considerato pertinenza dell'imperatore, promulgò un'ordinanza in cui si affermava che il diritto del regno era quello consuetudinario, tuttavia alle popolazioni del sud era concesso l'utilizzo del diritto romano come consuetudine locale.

Quindi al nord **diritto consuetudinario**, al sud **diritto scritto**.

Bisogna ricordare che la Francia fu il primo Paese europeo a diventare regno e a contrapporsi al potere imperiale.

Dimensione comune e universale dei diritti

In **Spagna** si erano insediati i **Visigoti**, successivamente sconfitti dagli Arabi che erano risaliti in Europa dal Nord Africa: chi però decideva di non convertirsi all'islam continuava a praticare il diritto dei visigoti prettamente consuetudinario, forte attaccamento alle tradizioni e alle lingue locali. Ancora oggi in Spagna le lingue ufficiali parlate sono quattro e ogni regione spinge per una propria autonomia.

Le consuetudini giuridiche sviluppatasi nell'Alto medioevo e diffuse nel Basso si chiamano **Fueros**.

Intorno l'**anno 1000** ricominciò la riconquista della penisola ad opera dei sovrani cristiani mossi da un forte desiderio di affermare la propria personalità di regnanti. Molti studenti spagnoli andavano a studiare a Bologna e ritornavano in patria portando il diritto romano appreso nel corso degli studi universitari: già i glossatori avevano immaginato che il diritto romano imperiale diventasse diritto vigente dell'impero cristiano. Paradossalmente il diritto romano si diffuse in quelle regioni dove i romani cercavano di affrancare il proprio potere da quello imperiale (**Francia del Sud, penisola iberica**). In un **brocardo** si legge che il re che non riconosca nessuno al di sopra di sé nel proprio regno può comportarsi alla stregua di un imperatore, massima autorità regnante, **Dottrina della sovranità**

Per questi re era dunque un problema l'utilizzo da parte del popolo del diritto romano. Nella metà del 200 il sovrano di Castiglia, ben consapevole della larga pratica di diritto romano, ordinò una raccolta e classificazione ordinata anzitutto dei **Fueros** (le **consuetudini locali**) che poi emanò come sua legge e successivamente anche del diritto visigoti ancora praticato.

Il saper legiferare denotava una grande capacità di governo e comprensione delle istanze del popolo: dopo aver sistemato diritto consuetudinario e diritto visigoto, ordinò la compilazione in lingua castigliana di un compendio che raccogliesse il meglio degli studi della scuola dei glossatori. Questo compendio ordinato prese il nome di **legge delle sette parti**. Tuttavia la nobiltà castigliana si oppose all'entrata in vigore di una compilazione regia di diritto locale poiché molto attaccata ai **Fueros** custodi impliciti dei loro privilegi.

Fu necessario aspettare circa un secolo (**metà XIV secolo**) affinché le **Partidas** entrassero in vigore come sistema giuridico sussidiario per le lacune lasciate dagli altri due sistemi.

Ora, essendo le **Partidas** un compendio ben fatto di tutto il diritto romano, ebbe grandissimo successo come manuale universitario al punto di essere tradotto in molte lingue europee tra cui il latino.

Il bacino del Mediterraneo era il cuore degli scambi commerciali tra europei, asiatici e africani.

A **Barcellona** funzionava un tribunale (**tribunale del consolato del mare**) deputato a risolvere le controversie sorte nel mentre di scambi marittimi. Il consolato raccoglie (per iscritto) nel tempo le consuetudini che era solito applicare in sede di giudizio. Tutto ciò che era scritto nel **Libro del consolato del mare** diventò il diritto consuetudinario marittimo vigente in tutto il Mediterraneo e fu tradotto in tutte le lingue parlate dai popoli che praticava commerci via mare.

Il **Liber Iudiciorum** era stato tradotto in **Castigliano** per ordine del sovrano **Ferdinando III** e poi emanato come sua legge (esattamente come era avvenuto per i fueros).

Diritto canonico

Oggi in Italia abbiamo il matrimonio canonico regolato secondo i sistemi della Chiesa e il matrimonio civile rispondente all'ordinamento statale.

Matrimonio concordatario: con un'unica celebrazione si risulta coniugati tanto nell'ordinamento italiano, quanto in quello canonico (risultato dei Patti Lateranensi del 1929).

Il parroco funge anche da **Ufficiale di Stato civile** e la celebrazione termina con la lettura degli articoli del Codice Civile.

Dopo la caduta dell'impero romano la chiesa si pone come istituzione a vocazione universale sullo stesso piano dell'impero, il Pontefice si ritiene equiparato all'Imperatore.

L'unica istituzione che resta nelle città dopo il **476** è proprio la **diocesi** col suo vescovo che non solo "aveva in cura le anime" della comunità, non solo promulgava ancora la cultura, ma esercitava anche la giustizia tra i cittadini.

Episcopalis audientia: i vescovi fanno i giudici nelle città, anche i processi civili per fornire un'alternativa alla risoluzione ordalica ordinaria.

I **tribunali vescovili** funzionano in qualsiasi città ci sia una **diocesi**: si avvia quindi un nuovo tipo di procedimento molto articolato e preciso, processo romano (trae molti spunti dal processo per formulas)-canonico (disciplinato da chi pratica il diritto canonico).

Momento cruciale in questi processi era la famigerata **Litis contestatio**, e prova principale era la **prova scritta**: netta contrapposizione con i tribunali che soprassedevano alle ordalie.

Anche con l'avvento dei Comuni i tribunali ecclesiastici permangono anche perché sembravano dare forti garanzie e le regole processuali messe a punto negli statuti cittadini ricalcavano i processi romano-canonici, che ancora ad oggetto non avevano solo controversie di matrice ecclesiastica.

Il termine **Canone** (greco) sta ad indicare una **statuizione**, non una regola.

A partire da **Costantino** l'intera istituzione Chiesa inizia a darsi delle regole spargendole in una infinità di fonti.

Decretum di Graziano: (1140) nel XII secolo il **monaco Graziano** decise di redigere una compilazione ordinata, divisa per macro-argomenti, di tutte le regole alla base del funzionamento della chiesa accumulate per secoli. Fu il primo a scindere e dare importanza alle regole formalmente giuridiche che rientravano tra queste lasciando da parte le regole di natura etico-morale. Il titolo completo dell'opera era **La Concordia dei canoni discordanti**, comunemente dette **Decretuti**: il suo metodo di lavoro era quello di raccogliere e soprattutto del **distinguere** (tecnica utilizzata dai teologi di Parigi). La sua compilazione fu spontanea e prese avvio dalla raccolta delle norme processuali. Il giurista bolognese, pur studiando il diritto romano, si rendeva perfettamente conto che nella realtà circostante si praticava e applicava un altro diritto e soprattutto a livello processuale quello canonico. Il Decreto di Graziano si diffuse immediatamente negli insegnamenti universitari insieme a quelli civilistici e capitava che gli studenti che desideravano avere una preparazione completa si laureassero in entrambi i diritti (**utrumque ius**).

Decretisti: studiosi del decreto di Graziano.

Decretalisti: studiosi delle decretali, norme di diritto canonico provenienti dalla curia romana, dello *ius novum* costituito dalle decretali.

Come grazie al metodo scientifico e didattico usato dai Glossatori sulla Compilazione di Giustiniano, era nata una scienza del diritto romano, così grazie allo stesso metodo scientifico e didattico usato dai Decretisti e dai Decretalisti, nacque una scienza del diritto canonico. Diritto civile e diritto canonico sono complessi normativi universali e comuni, perché costituiti da regole e norme superiori e generali rispetto a quelle dei tanti diritti inferiori e particolari.

Con **Graziano** cominciò a emergere il **diritto canonico** che all'epoca disciplinava due istituti preclusi al diritto civile, ovvero:

- **Il processo**

- **Il matrimonio e i rapporti correlati:** per sposarsi si poteva andare solo dall'autorità ecclesiastica: il **matrimonio civile** arriva in Europa solo nel **XVII secolo**. La disciplina del matrimonio era esclusiva competenza dell'autorità ecclesiastica.

Ius novum: rappresentato dalle **decretali dei pontefici**, molti dei quali, eletti tra il XIII secolo e il XIV secolo, erano anzitutto **giuristi**. Già i vescovi esercitavano la giustizia: a **Roma** affluiscono una serie di ricorsi, appelli ed istanze affinché il Papa dirimesse in ultima analisi determinate controversie di diritto canonico, relative a:

- **ordini clericali**
- **regole processuali**
- **gestione del patrimonio della chiesa ("i benefici")**
- **matrimonio**
- **alcuni reati considerati tali solo nell'ordinamento canonico (eresia)**

Su tutte queste materie la competenza era dei **tribunali ecclesiastici**: ci si rivolgeva al Pontefice per lo scioglimento di controversie sia "in primo grado" sia nei successivi.

Il Papa si fa ovviamente coadiuvare sia da un articolato ufficio di cancelleria sia da dotti di diritto canonico, che nel 1300 arrivano a formare un collegio permanente a cui il Papa demanda la risoluzione dei casi a lui presentati. Nasce così la **Sacra Rota**.

Il Pontefice scrive in risposta ad una domanda una **lettera decretale**, che invia al tribunale del luogo da cui proviene la richiesta affinché il giudice risolva la controversia applicandovi le indicazioni papali. La cancelleria papale si occupa di raccogliere le decretali dividendole per argomento e col tempo esse assumono la veste di documenti normativi di valenza generale; nel mondo romano tardo-imperiale i rescritti? avevano iniziato ad essere considerati normative generali.

1234: il Papa commissiona ad un giurista catalano, Raimondo di Penafor, una raccolta chiamata "**il libro delle decretali extravaganti**", detta **Liber Extra**, cioè tutto ciò che non c'è nel Decretum, è diviso in **5 libri (ognuno su ogni materia)**; il più importante è quello sul **processo** poiché i pontefici ne avevano perfezionato lo svolgimento. Il Liber Extra si rivela più vicino alla realtà del decretum e inizia ad essere studiato nelle università.

Fine del 1200: Bonifacio VIII incarica la raccolta e classificazione di tutti i decretali successivi al liber extra, volta alla formazione del **Liber sextus**, poiché andava idealmente a completare i **5 libri del Liber Extra**.

Decretum + Liber Extra + Liber Sextus = Corpus Iuris Canonici

Lo studio sui testi canonici avveniva esattamente come quello dei civili.

I canonisti hanno inoltre la tendenza ad occuparsi di temi non rientranti nel diritto canonico e lo fanno in modo più scaltro poiché non attaccati alla lettera della legge.

I **canonisti** tendenzialmente si occupano di tutti quei rapporti giuridici che potrebbero minare la salvezza dell'anima individuale: nonostante l'astrattezza del concetto della solus? animarum?, i canonisti riuscivano a trattare argomenti estremamente pratici, quali ad esempio i contratti. Per loro non esiste differenza tra patti e contratti, poiché ogni accordo davanti a Dio ha eguale valore.

Come distinguere però patto e contratto nel concreto? Da qui nasce il concetto (attuale) di **Causa**: nel mondo romano la **Nuda Pactio** non dava **Actio**, ma nel momento in cui ai patti viene dato "qualcosa in più" (**Vestimentia Pactorum**) essi possono generare **actiones**: i "vestiti" diventano la causa del contratto.

Principio di Gelasio: diritto comune e diritto canonico sono entrambi diritti sovrani ed universali, l'uno regola la sfera dei rapporti secolari e temporali, l'altro la sfera spirituale. Tuttavia, in caso di contrasto, la legge vivile doveva essere derogata, qualora la sua inosservanza inducesse in peccato mettendo a repentaglio la salvezza dell'anima.

La scuola del commento: 1300

Tra il 1250 e il 1300 si esaurisce il **metodo della glossa (1250 Magna Glossa di Accursio)** in favore del **Metodo del Commento**

I **giuristi municipali**, ignoranti di diritto, nella risoluzione di controversie si facevano aiutare dai giuristi di professione.

I **giuristi medievali** avviano dunque attività di consulenza (i 4 bolognesi si erano recati addirittura a Roncaglia dal Barbarossa) che prosegue per tutto il 1300, o perlomeno finché anche i giudici non diventano dotti di diritto: le consulenze giuridiche diventano poi norme statuarie come passaggio obbligatorio dell'iter processuale. Il parere scritto del giurista dotto diventa direttamente la **sentenza** con l'apposizione del sigillo dell'autorità giudicante. Tutte queste operazioni erano fondamentali per il podestà il cui operato era sottoposto al giudizio dei cittadini.

Dunque per il **1200-1300** i giuristi dotti sono parte integrante dell'autorità giudicante cittadina, ruolo per il quale non vengono preparati all'università, dove si studia solo diritto romano e canonico ignorando le consuetudini locali: gli studenti studiavano per conto loro, con simulazioni di quaestiones disputatae, l'applicazione del diritto nella prassi. Il problema si poneva dunque nel momento in cui bisognava risolvere un caso concreto senza averne studiato le regole ed era dunque necessario risalire alla **ratio** (loro la chiamavano **Causa**) della norma che applicavano.

I glossatori capiscono di aver esaurito il loro ruolo quando esigenza principe del giurista medievale è quella di arrivare alla **Ratio**, andare oltre ai testi scritti. Col **metodo della glossa** non si riesce a far emergere la **ratio**: sarà possibile solo con il **metodo del commento**.

Nella seconda metà del 1200 la diffusione del diritto comune è inarrestabile e favorisce il profilarsi di nuove esigenze, fra cui quella di avere dei testi cui fare riferimento.

Vengono redatte nuove opere non mirate all'insegnamento universitario, ma all'applicazione pratica, in particolare su argomenti poco trattati in sede universitaria.

- **Guglielmo Durante**: anni 60-70 redige un trattato di diritto processuale, chiamato **Speculum Iudicale**, che verrà considerato testo di riferimento per tutti i secoli successivi e circola velocemente. Il titolo "**Specchio del diritto**" deriva dalla credenza secondo cui il diritto passa attraverso il processo, anche lo speculum è un'opera **extrascolastica**.
- **Rolandino de Passeggeri**: considerato **padre del notariato latino**, aveva la sua scuola a **Bologna** dove accoglieva gli studenti che non andavano all'università. Ai suoi studenti Rolandino cominciò ad insegnare qualcosa di più delle scarse formule, ovvero anche estratti di diritto romano. Scrisse nella seconda metà del 1200 la **Summa Artis Notariae**, rimasta in giro fino al 1700, ovvero quando il diritto comune era ancora in vigore.
- **Alberto da Gandino**: giudice comunale con una certa preparazione giuridica, negli stessi anni scrisse un trattato di diritto penale, il **Tractatum de Maleficiis**. Lui aveva cominciato la sua attività con l'intenzione, poi messa in atto, di mettere per iscritto tutti i casi penali che aveva fronteggiato e risolto applicando le norme statuarie (quelle penali c'erano): ne emerge la violenza della società e il desiderio delle autorità di placarla. Il trattato di Gandino è quindi una raccolta dei singoli casi che il giudice ha dovuto affrontare: casistica poiché la base era giurisprudenziale, essendo il diritto consuetudinario. Neanche l'opera di Gandino appare destinata unicamente agli studenti universitari; commistione tra diritto consuetudinario e romano.

Jacques de Revigny era un maestro importante, noto per l'acume delle sue dottrine, grazie anche ad una vasta circolazione culturale. Il figlio di Accursio si era recato ad Orleans e aveva cercato di testare le sue abilità in una sorta di competizione, ma era stato malamente sconfitto. La competizione consisteva nella scelta di un passo della Compilazione e nella sua spiegazione: sostanzialmente chi spiegava meglio vinceva. Jacques aveva una maggiore e più approfondita capacità argomentativa dovuta ai contatti con un convento di domenicani.

I giuristi medievali amavano sfidarsi sulla conoscenza e interpretazione dei passi del Codice.

Scuola di Orleans

L'esperienza di **Orleans** fa da cerniera tra la scuola della Glossa e quella del Commento: strumenti logici aristotelico-tomistici per interpretare il diritto.

Tra i domenicani, **San Tommaso** si occupa di rivedere la morale cristiana alla luce della filosofia aristotelica, conosciuta in maniera incompleta e "traversa" poiché fruibile solo in traduzione (i principali traduttori erano gli arabi della scuola di Averice); si ritiene che i giuristi della scuola di Orleans fossero in contatto con i domenicani e dunque avessero accesso a "nuove" tecniche di dialettica, lettura ed interpretazione, e per questo Jacques de Revigny prevale nella competizione con Francesco D'Accursio.

Nel 1300, con l'indizione del Primo Giubileo da parte di Bonifacio VIII, moltissimi pellegrini si muovono in tutta Europa verso Roma: gli studenti bolognesi, sapendo che il giurista francese **Pierre de Belleperche** sarebbe passato da Bologna nell'andare a Roma, lo invitano a tenere una *repetitio* in università. Tra gli auditori, c'è Cino da Pistoia, autore del dolce stil novo ma soprattutto iniziatore del metodo giuridico del commento. Cino si rende conto che Bologna non è il luogo ideale per innovare il metodo poiché la scuola della glossa è troppo radicata: dopo la laurea si trasferisce dunque a Perugia.

Il metodo del commento innova la tecnica di argomentazione ma non l'oggetto di studio: i manoscritti con le glosse di Accursio continuano ad essere utilizzati ma come BASE di partenza per poi andare oltre. La glossa infatti spiega il testo ma non ci "entra", invece un commentario non comprende il testo di riferimento preferendo concentrarsi sul commento stesso (è presente solamente l'incipit del testo normativo). I commentatori seguono comunque l'ordine della compilazione giustiniana. Cino riporta ogni legge del Codice in successione scrivendone solo le prime parole - es "si servus estero" una legge che si riferisce al caso di un servo che vada da un altro servo dicendo di dire al suo padrone di farsi comprare e poi liberare. Nel commento a questa legge Cino elenca anche gli steps che seguirà nel suo lavoro:

1. dividerò la legge
2. spiegherò la fattispecie di riferimento
3. metterò in luce le cose importanti (notabilia)
4. opponam - troverò delle obiezioni
5. metterò alla prova quello che ho capito inventando dei casi pratici da risolvere applicando la norma (quaestio)

L'abitudine dei glossatori di esaminare la casistica viene mutata? dai commentatori che però la inglobano in un procedimento più ampio e complesso. Nel caso della spiegazione di questa legge, Cino utilizza termini molto colloquiali. Nella prima parte (avendo suddiviso le fattispecie) siamo di fronte ad un contratto di mandato.

Problema: è valido se il mandante è un servo? Si parla poi di compravendita.

Le lezioni universitarie a Perugia si articolano tutte su questi 5 passaggi, il più importanti dei quali era la **quaestio** poiché si metteva alla prova l'interpretazione.

Spesso il giurista medievale col suo commento arriverà a dire cose non contenute nel testo giustiniano senza mai però fregiarsi? di essere fonte del diritto: interpretazione molto creativa, variabile a seconda di come si interpretano le norme alla luce del caso.

Nel XIV secolo la realtà politica italiana è diversa da quella dell'epoca dei glossatori, ma le università restano ancora autonome e in stretto contatto con i signori: alcuni addirittura le fondano come il caso dei Visconti a Pavia. Cino era un ghibellino ed era sempre forte il rischio che al potere salissero persone di fazione opposta: in generale certa mobilità dei docenti universitari.

Tra gli alunni di Cino a Perugia c'è colui che viene considerato il più grande giurista di tutti i tempi: Bartolo da Sassoferrato (1313-1357), marchigiano, allievo di molti maestri ma infine adepto della scuola di Perugia, rendendolo il centro europeo degli studi giuridici più avanzati. Bartolo non solo

commenta tutto il Digesto, ma mette per iscritto tutti i pareri a lui richiesti (consilia) riunendoli in varie raccolte.

Il giurista del XIV secolo inoltre si rende conto che è impossibile continuare ad ignorare l'esistenza degli statuti, utilizzati come fonte di diritto vigente mentre il "loro" diritto romano svolge un'unica funzione sussidiaria: i giuristi ora attaccano gli statuti, ovvero cominciano ad esaminarli e a pretendere di insegnarne il corretto utilizzo, che deve essere restrittivo mentre il diritto romano comune va interpretato in maniera estensiva. Siamo in un'epoca (XIV sec) in cui non esistono più liberi comuni ma signorie; i signori non abrogano gli statuti ma li riscrivono o li modificano per assecondare le nuove realtà cittadine e in questo si avvalgono della collaborazione dei giuristi dotti (es: Alberico da Vercelli scrive lo statuto di Bergamo).

E' con l'avvento del commento che il diritto romano comune smette di conoscere limiti alla sua applicazione: è questa la situazione che permarrà fino all'avvento delle codificazioni.

Bartolo, sulla scia di Gaudino, scrive anche una serie di trattati, uno dei più importanti è il Trattato sulla Tirannide intendendo come Tiranni tutti i piccoli signori che avevano usurpato la libertà dei Comuni - Bartolo era filo imperiale anche lui.

Allievo di Bartolo è Baldo degli Ubaldi (anni 20 del 1300-1400), figlio di medico?, giurista che ha svolto prevalentemente attività di consulenza: tra i suoi scritti, moltissimi sono consilia, ma anche una serie di commenti al LE e al LS, era doto in tutti i campi, il più filosofo dei commentatori. I suoi scritti erano così autorevoli che i Visconti lo chiamarono a Pavia dietro l'offerta di un'ingente somma di denaro.

Il metodo del commento, da Perugia, si diffonde in tutta Europa soppiantando quello della Glossa: "Bartolismo", Bologna perde un po' del suo smalto duecentesco.

Il metodo del commento assume valore nel momento in cui i vari passaggi sono compiuti da un docente brillante, altrimenti il rischio è quello di travalicare in una ripetizione meccanica. In un distico del '400 Matteo Gribaldi Rofa elenca tutte le fasi swl commento: scomposizione, analisi, ricomposizione, quesito per mettere alla prova l'interpretazione - palese rischio di vuota ripetizione. Anche tra i canonisti? si passa dalla Glossa al commento, in particolare delle decretali. Giovanni d'Andrea, esimio canonista, chiamava novellae le sue letture in onore della figlia che talvolta lo sostituiva addirittura nella docenza (primo esempio di donna in ambiente universitario).

Dal medioevo all'età moderna - XV secolo

Nel XV secolo, nell'Università di Perugia la didattica viene mantenuta sui livelli alti. Tra gli studenti c'è **Paolo di Castro**, esperto di entrambi i diritti come tutti i giuristi. Anche a Pavia la didattica resta alta. Emerge in questi anni anche l'università di Padova, fondata nel '200. Altrove però il metodo veniva ormai insegnato in maniera ripetitiva e acritica.

Se nel Medioevo chi andava all'università lo faceva per accedere alla docenza, nel '400 coloro che avevano conseguito la licentia docendo avevano anche la possibilità di intraprendere un'attività di consulenza legale.

Molte università, per le ragioni più disparate, non riuscivano ad avere un senato? accademico illustre nella sua globalità, e contemporaneamente gli studenti, una volta epicentro dell'organizzazione, perdono gradualmente tra '300 e '400 le loro funzioni di controllo e gestione, anche perché già alla fine del '200 i comuni avevano cercato di interferire con le attività universitarie, la Signoria infine riesce ad ingerirsi totalmente nell'organizzazione guadagnando terreno a scapito degli studenti: es i Visconti fondano loro stessi l'università a Pavia, passaggio da "università degli studenti" a "università degli studi".

Nel '400 all'università si insegnano la compilazione giustiniana e il diritto canonico, con un metodo internazionalizzato, ovvero comune a tutti: tutti studiano le stesse cose, nello stesso modo e nella stessa lingua: "Res publica della cultura giuridica". Dal momento che il diritto romano riscoperto era diventato ius commune in tutta Europa, ed era sensato e necessario insegnarle in maniera omogenea.

I professori intanto non sono più docenti a tempo pieno, ma affiancano a questa un'attività di consulenza che in alcuni casi porteranno a trascurare l'insegnamento contribuendo ad un certo decadimento della didattica.

Il XV secolo è contrassegnato da una serie di cambiamenti, di cui quello universitario è solo uno dei tanti. Il Medioevo era stato caratterizzato dal concetto di universalità: Chiesa, Impero, diritto romano. L'età moderna è l'epoca invece in cui tutti i riferimenti dell'uomo medievale si spezzano. La prima entità a spaccarsi è la Chiesa con la Riforma letteraria?. Contemporaneamente emergono tutti quei regni in cui già l'impero era frazionato - regno delle due Sicilie sotto i Normanni, regno di Francia, che diventeranno poi gli Stati nazionali dell'800. L'Italia diventerà il luogo delle Signorie regionali: complessità ordinamenti giuridici: si conserva l'eredità dal Medioevo (consuetudini, statuti, diritto romano e canonico) aggiungendovi nuove fonti del diritto. Con la Riforma il diritto canonico inizia ad indietreggiare (tranne nel campo processuale) anche perché i sovrani moderni vogliono rendere laici i loro stati: i Sovrani iniziano a legiferare. La figura del legislatore era sparita nel Medioevo poiché come legge si utilizzava il diritto romano, ora invece i sovrani cominciano a normare materie di loro interesse anche se in maniera disomogenea e lacunosa: la legge del sovrano viene dichiarata fonte primitiva e i giuristi dotti individuano il diritto romano comune mutuato dal Medioevo come il "serbatoio" cui attingere nel momento in cui è assente una normazione regia di una materia specifica. Questa situazione rimarrà tale fino alle codificazioni dell'800.

La dottrina giuridica continua ad essere insegnata col metodo del commento, ma sorgono e sviluppano correnti dissidenti? tra cui l'**UMANESIMO GIURIDICO** diffusosi nella zona delle Fiandre, ed anche dottrine totalmente diverse come il **GIUSNATURALISMO**.

Nell'età moderna inoltre si assiste ad una professionalizzazione della figura del giudice che parte dal livello più alto della scala giurisdizionale. Tutti i principi e i sovrani presiederanno un tribunale centrale col compito di amministrare la giustizia: non c'entra l'organizzazione amministrativa, introdotta nel tardo '700: nel XV secolo sono i **TRIBUNALI** la struttura portante dell'apparato statale: **1748 Montesquieu** pubblica l'**Esprit de Loi** suddividendo i poteri, cosa che nella sua epoca non era effettiva.

I sistemi giuridici dell'età moderna sono complessi. Il giurista doto aveva cominciato molto presto a svolgere attività di consulenza, cioè erogando, fornendo il **CONSILIUM SAPIENTIS IUDICALE** al podestà che rendeva il parere del giurista la **SENTENZA** del processo che è chiamato a presiedere. Non esisteva allora il principio **IURA NOVI CURIA**; nel momento in cui la figura del giudice si professionalizza, il consilium sapientis iudicale perde progressivamente importanza senz'altro mai scomparire del tutto (nello statuto di Pavia il ricorso al consilium era istituzionalizzato).

Il tipo di **CONSILIUM SAPIENTIS** che invece conosce un boom è quello **PRO VERITATE**, ovvero pareri che i giuristi dotti danno ai privati illustrando i termini pro e contro la controversia in cui si trovano coinvolti. Il giurista si fa pagare per i suoi pareri: la parte, dal canto suo, dovrebbe guadagnare una visione più chiara della propria situazione giuridica soggettiva, in un sistema giuridico in cui chiarezza e semplicità non sono immediate. Ottenuto il consilium, la parte decide se adire l'autorità giudiziaria: il processo civile seguirà poi le regole del processo romano-canonico. Nel corso del processo le parti sono supportate da chi per loro compie la difesa, che non è un giurista doto. I difensori hanno semplicemente la rappresentanza in giudizio del privato cittadino, per questo si chiamano **PROCURATORI**; nulla comunque osta a che ciascuna parte alleggi ai propri atti i pareri del giurista doto, che poi saranno valutati dal giudice spesso in consonanza con essi: si dice che i giuristi dotti siano il vero motore del sistema processuale, poiché i giudici si persuadono dell'opinione dei giuristi, anche se non sono del tutto oggettive ma favorevoli alla parte che ha chiesto consulenza. Il funzionamento del sistema giuridico risulta posto nelle mani di chi riesce ad orientare la prassi: i giuristi capiscono che il loro fine ultimo è persuadere il giudice e per suffragare le proprie tesi iniziano a citare altri giuristi di periodi precedenti, come a dire "questa è l'opinione comune". Nella prassi si impone la regola che il giudice non possa distaccarsi dalla **COMMUNIS OPINIO DOCTORUM** a meno che non abbia validissimi motivi.

La distinzione tra **avvocato(sollicitor)** e **procuratore(barristor)** sussiste ancora oggi, ad esempio, in Gran Bretagna.

Con la diffusione della stampa a caratteri mobili, i giuristi manifestano l'esigenza di avere il supporto dei testi scritti per la loro attività e in più cominciano a raccogliere i loro pareri per poterli riutilizzare in casi analoghi. Alcuni addirittura, dopo averli raccolti, li portano a stampa: LETTERATURA CONSILIARE = opere antiche autorevoli + molteplicità di raccolte di Consilia. Decadimento? Si mettono insieme tante opinioni che valgono poco a discapito della certezza.

I giuristi si occupano quasi esclusivamente di fornire pareri su controversie riguardo i patrimoni familiari poiché è da lì che passano denaro e ricchezza.

La scuola culta o Umanesimo giuridico: 1500

Ma non è questo un sistema a fonte giurisprudenziale? Si ma la giurisprudenza è rappresentata dalle opinioni dei dottori. Il giurista aveva un ruolo quasi di CREATORE del diritto, pur non ammettendolo mai poiché le opinioni dei giuristi derivano loro dall'interpretazione della compilazione giustiniana. Per il giurista moderno non esistono confini né temporali né geografici alla sua possibilità di attingere alle fonti più variegata.

Nel '500 i giuristi continuano a consultare le opere scritte e compilate nel corso dei secoli precedenti, orizzonte temporale "appiattito" sull'uso del diritto romano comune.

In tutta Europa i giuristi ragionavano nello stesso modo perché le università europee praticavano la stessa metodologia d'insegnamento: la dottrina giuridica circolava, aveva respiro europeo. La lingua giuridica utilizzata era ovunque il latino. Fino al '500 l'insegnamento del diritto rimane comune in tutta Europa, finché non si fa strada l'idea di poter introdurre un nuovo metodo di studio. Come? Diffusione dell'umanesimo, riscoperta della cultura classica: nascita di studi filologici (tralaltro dopo la caduta di Costantinopoli nel 1453 molti intellettuali greci arrivano in Italia).

Lorenzo Valla, filologo intuisce ne "**L'eleganza della lingua latina**", che il Digesto altro non è che l'unione delle opere di svariati giuristi romani, ne paragona la struttura alle lettere di Cicerone.

In più attacca esplicitamente il modo in cui i giuristi del 400 studiano la compilazione giustiniana: essi disdegnavano l'eloquenza, trattavano il manuale come se "fosse caduto dal cielo" quando avrebbero dovuto prendere sia dimestichezza con quello che il Digesto realmente era, sia ampliare il proprio ventaglio culturale dal punto di vista storico e linguistico.

Angelo Poliziano, filologo alla corte di Lorenzo il Magnifico, fu il primo a interrogarsi sull'autenticità e sulla veridicità del testo su cui i primi glossatori avevano sperato, secondo lui, il manoscritto bolognese ("Littera bolognese") non corrispondeva completamente al Codice giustiniano, mentre in Toscana era stato ritrovato un altro manoscritto ("Littera pisana o fiorentina") databile precedentemente alla L.B. ed anche più completo. Ai giuristi i discorsi filologici non interessavano poiché loro interesse era semplicemente ragionare sulle norme romane;

Andrea Alciato (Pavia) fu il primo giurista, però ad insegnare ai suoi studenti qualcosa di più sulla storia romana e sulla lingua poiché li riteneva importanti per comprendere meglio il senso delle norme inserendole in un contesto più concreto. Tuttavia non ricevette consensi dagli studenti pavesi che ritenevano inutile studiare il diritto romano in modo diverso. Dopo una serie di cambiamenti di atenei, finalmente a Bourges, in Francia, Alciato riuscì a stabilirsi e insegnare come avrebbe voluto fare fin da Pavia - le sue lezioni raccolsero un immenso successo, sempre incentrate sulla compilazione ma con un approccio totalmente differente. Il Corpus andava considerato come un vero e proprio prodotto della storia, formatosi trasversalmente nel tempo e perciò inevitabilmente pieno di contraddizioni e discrepanze: il giurista umanista vuole recuperare il testo e reinserirlo nel suo contesto spazio-temporale perché solo così sarebbe apparsa una raccolta di norme nazionale e coerente. Era comunque questa un'idea presente già nella Francia di Filippo il Bello, quando la si usava come diritto sussidiario per "impero della ragione" i transalpini? accolsero l'idea di Alciato proprio perché già formati con questa predisposizione.

Il re di Francia, nel '500, istituì una commissione regia che mettesse per iscritto le consuetudini di ogni località francese: fu allora che il diritto romano venne utilizzato come collante UNIFICATORE E RAZIONALIZZATORE delle consuetudini.

L'**umanesimo giuridico** comunque non è fatto solo da Alciato, ma anche da una serie di giuristi che abbracciavano le sue idee di base: essi a loro volta non seguivano un'unica corrente omogenea, ma erano suddivisibili in due grandi "filoni": **storico-filologico e sistematico**.

- **Storico-filologico:** iniziatore ne fu Alciato (anche se i tedeschi sostengono fosse Zasio). L'U.G. trova molti fautori? e seguaci negli ambienti protestanti: il modo di approcciarsi ai testi è sostanzialmente lo stesso che aveva spinto Lutero a tradurre la Bibbia in tedesco, ovvero il desiderio di avvicinare il più possibile i fruitori al testo, per renderlo comprensibile alla collettività. Uno dei più grandi giuristi del '500 francese fu **Cuiacio (CUJAS)**, il quale intese il Digesto come un collage di frammenti di opere giuridiche operato da Triboniano. Gli umanisti rimproveravano a Triboniano l'aver agito in maniera non corretta dal punto di vista filologico, poiché aveva stravolto l'ordine temporale interpolandolo? personalmente in caso di lacune: Cuiacio cercò di eliminare tutte le interpolazioni di Triboniano per riportare il Digesto alla sua coerenza originaria.
- **Corrente sistematica:** a metà tra i due filoni si collocava Francesco Hotman, anti-triboniano: anti-triboniano si chiamava anche un suo ? della fine del 500 in cui gettava fango contro i giuristi a lui contemporanei, su commentatori e glossatori, andando indietro nel tempo fino a triboniano che aveva stravolto la purezza delle opere romane classiche rimescolandole a suo piacimento. La finalità di Hotman è quella di recuperare il diritto romano pregiustiniano, successivamente propone la raccolta, in lingua francese, di tutte le leggi vigenti in Francia e di riorganizzarle secondo i principi del diritto romano: idea primaria di codice. **Donello** propone la scrittura di un commento al Digesto riorganizzandolo con un metodo più semplice, al fine di facilitarne l'insegnamento. Già Gaio aveva ripartito tutti gli istituti giuridici in relativi a RES-PERSONAE-ACTIONES. Gli umanisti conoscevano questa tripartizione per il tramite delle Institutiones di Giustiniano e le mutuarono reinterprestandole in maniera ANTROPOCENTRICA: Uomo al centro, con i rapporti con le cose (RES) e con le altre persone (PERSONAE). Le actiones sono quelle con cui l'individuo gestisce i suoi beni, mentre per Gaio le actiones erano solo quelle processuali. Gli umanisti a partire da Donello vogliono riorganizzare lo studio e l'insegnamento del diritto romano sulla base della tripartizione gaiana. Donello riesce a redigere un commentario al Digesto in 28 libri (che non piaceva a Cuiacio). La corrente dell'umanesimo giuridico non ebbe successo quando si sviluppò, ma diede i suoi frutti più grandi nel momento in cui i sistemi giuridici andavano rivoluzionati con la codicistica.

Due metodi di insegnamento:

- **mos italicus** = commento
- **mos gallicus** = scuola culta, da cui germineranno ulteriori metodi di approccio al diritto.

Mos italicus vs mos gallicus

Alberico Gentili italiano, protestante costretto ad emigrare a causa della sua fede, "condannato" dalla controriforma cattolica del Concilio di Trento: va allora ad insegnare ad Oxford dove già 3 secoli prima era giunto il glossatore VACARIO portando i testi della compilazione giustiniana. Proprio nel '500 furono messe a disposizione in Inghilterra una serie di cattedre regie destinate ai CIVILIANS, affinché insegnassero il diritto romano per rendere più completa la preparazione giuridica. Alberico fu uno dei primi ad occuparsi di una nuova disciplina, il DIRITTO INTERNAZIONALE (pubblico), oggetto di attenzione poiché bisognava considerare dal punto di vista giuridico la liceità delle guerre di conquista portate avanti dagli europei, soprattutto nel continente americano. Dunque il diritto internazionale è considerato prevalentemente come **diritto della guerra**, problema fino ad allora appannaggio dei teologi e delle loro disquisizioni sulle guerre di religione.

Alberico, guardando l'Italia da lontana, sostiene di vedere un conflitto tra UMANISTI giuristi e BARTOLISTI: dei primi però disapprova l'aggiungere "orpelli" allo studio giuridico che deve invece badare alla substantia.

Nasce nel '500 il genere del TRATTATO: attraverso l'attività di consulenza infatti i giuristi avevano modo di interagire con discipline le cui fonti principali non erano quelle romane ma quelle consuetudinarie locali. ESEMPIO: diritto penale: il diritto penale reperibile nei "libri temibili" del Digesto non era quello applicato, poiché applicato era quello locale e il potere centrale (sovrano ecc.) legiferava primariamente in materia di regolazione? di ordine pubblico, dunque di diritto penale. Il primo trattato fu proprio quello di diritto penale di Alberto da Gaudino (metà del '200), il diritto penale insegnato all'università era "inutile", bisognava impararlo da autodidatti attraverso lo studio delle leggi locali e principesche e della prassi dei tribunali. Per favorire la preparazione giuridica (con particolare proiezione all'attività di consulenza) cominciarono a comporsi trattazioni monografiche in materia penale: '500 SECOLO D'ORO DELLA CRIMINALISTICA, con l'Italia come culla, ma importanti trattati vengono redatti anche da tedeschi e fiamminghi.

Tra gli italiani ricordiamo le opere dell'udinese TIBERIO DE' CIANI, che si distingue perché comincia ad ASTRARRE, cioè individuare le generalità del diritto penale, come il concetto di reato elemento soggettivo, nesso di causalità ecc. In ogni caso il penalista del '500 conserva la formazione di Gandino, cioè parte della prassi, non esiste distinzione tra diritto processuale e sostanziale: la trattazione penalistica parte dai casi concreti, lo stesso De Ciani segue questo iter ma per primo enuclea concetti più generalissimi: tutta questa metodologia è funzionale al genere del trattato.

Alciato e De Ciani discutono in modo molto acceso sul ruolo del giurista, poiché Alciato criticava i consulenti che scrivevano pareri non pro veritate ma favorevoli ai clienti che più li pagavano con conseguente umiliazione e decadenza della professione del giurista; De Ciani risponde difendendo la "parte buona" della giurisprudenza, in grado di far funzionare con i suoi studi l'intero sistema giuridico, nonostante l'esistenza dei consulenti che si svendevano.

Altro giurista è GIULIO CLARO, alessandrino ma giudice al Senato di Milano, autore di un trattato chiamato "Libro della sentenza" in cui l'autore riesce a spiegare in modo chiarissimo quali fossero le tematiche dominanti in campo penale. Nel suo trattato non esiste una "parte generale", ma esamina e si occupa di tutti i reati classificandoli IN ORDINE ALFABETICO - oggi i reati sono classificati in base al bene che viene offeso.

Diritto commerciale

Anche il ceto mercantile è fruitore del metodo della stampa: si diffonde nel '500 una letteratura sull'arte della professione, una sorta di manualistica interna incentrata sull'insegnamento dell'ars mercatoria - in generale tendenza diffusa, basti pensare a "il principe" o "il Cortigiano" che insegnano rispettivamente come essere un buon principe e un buon cortigiano.

Nella parte orientale del mondo, i mercati erano gestiti dagli arabi che nel '500 videro arrivare gli europei, i quali inevitabilmente influenzarono il modus vivendi delle regioni dove giungevano: con l'espansione del commercio si affinarono.

Tutti gli strumenti giuridici per consentire un più proficuo guadagno a fronte dei rischi maggiori: nuovi contratti, creazioni di società ecc. I giuristi dotti cominciarono quindi ad occuparsi di diritto commerciale, che non studiavano nell'università: esplosione della Lex mercatoria. Il primo ad occuparsene fu BENVENUTO STRACCA di Ancona; esisteva già comunque una tradizione di consulenza commerciale fornita dai giuristi soprattutto negli snodi economici come Genova, per cui Stracca non fu un pioniere della materia, fu il primo a SCRIVERE UN TRATTATO a riguardo. Fu pubblicato a Venezia nel 1553, con l'intento dell'autore di rendere fruibile la materia a chiunque ne avesse a che fare con la consapevolezza esplicita però di concentrarsi solo su alcune branche - contratti, figura del mercante, commercio marittimo, diritti e obblighi del mercante, inadempienza di un mercante debitore (fallimento). Straccia si occupò anche del tipico processo delle Corti

mercantili, perfezionatosi rispetto al Medioevo e improntato alla celerità e alla rapida risoluzione di controversie.

Il trattato ebbe un enorme successo poiché era il primo in materia, ma non era né particolarmente approfondito né aggiornato poiché non teneva conto delle prassi sviluppatesi FUORI dal bacino del Mediterraneo, dove si erano spostati i commerci. L'opera rappresentò inoltre una novità per essere stata composta da un giurista **laico**, dal momento che fino ad allora la materia commerciale era stata trattata o dai moralisti o dagli ecclesiastici (esistono numerose decretali papali che vietano il prestito ad interesse).

Oggetto di grande attenzione fu il contratto di ASSICURAZIONE che copriva i traffici marittimi, particolarmente rischiosi quanto potenzialmente estremamente remunerativi. Straccia non se ne occupò poiché in quegli stessi anni il portoghese PIETRO SANTERNA aveva redatto un "tractatus de assecurationibus et sponsionibus".

CONTRATTO DI CAMBIO, nato nel Medioevo: si chiedeva del denaro ai CAMBIATORI con moltissime varianti e rappresenta la base dell'odierna CAMBIALE. Inaugurò la MOBILITÀ DEL CREDITO. Nel '600 l'avvocato romano SIGISMONDO SCACCIA compose una trattatistica in materia di cambio con approccio casistica.

Nel '600 l'Olanda diventa la patria dei nuovi commerci.

Diritto pubblico

Nel '500 JEAN BODIN scrisse un trattato di diritto pubblico chiamato "La repubblica". Figura chiave del panorama politologico dell'epoca fu Carlo V, che aveva ereditato non solo il diritto ad ascendere al trono imperiale del Sacro Romano Impero, ma anche la penisola iberica con le sue colonie americane e i Regni Borgognoni.

Carlo V era nato nelle Fiandre, all'epoca pertinenza della Borgogna: riuscì ad essere eletto imperatore proprio grazie ai finanziamenti dei banchieri fiamminghi, unitamente all'essere erede della Casata d'Asburgo. Nel 1517, a 17 anni, partecipò alla ? di principi tedeschi che giudicò Lutero. A metà del '500 l'imperatore decise di ritirarsi dalla vita politica lasciando i domini tedeschi e la corona imperiale al fratello e al figlio Filippo II la penisola iberica, le Fiandre e i possedimenti spagnoli in Italia, cioè il ducato di Milano e il regno di Napoli - la situazione rimarrà tale fino all'inizio del '700. La casa regnante venne denominata? gli Asburgo di Spagna, mentre gli Asburgo d'Austria conservano il controllo del Sacro Romano Impero. Realtà ' era il Regno di Francia, guidata da grandi personalità ma non in grado di competere con le autorità imperiali. Completavano il quadro gli Stati pontefici e piccoli ducati dalla scarsa rilevanza politica.

Nel '500 si sviluppano due indirizzi di studio giuridico: il primo ha la sua "sede" principale nell'UNIVERSITÀ DI SALAMANCA, in Spagna. Un gruppo di TEOLOGI studia il diritto romano in un modo particolare; essi appartengono ai domenicani o ai gesuiti. Hanno la peculiarità di affiancare la conoscenza teologica allo studio dell'ATTUALITÀ, considerando come punto di partenza per le loro riflessioni la Summa Theologica di San Tommaso d'Aquino (filosofia scolastica medievale) per cui la scuola di Salamanca è nota anche come la SECONDA SCOLASTICA SPAGNOLA. Un tema che appassiona moltissimo i teologi di Salamanca è il problema della conquista delle Indie ad opera della Corona spagnola da valutare nei suoi profili giuridici. Cioè: ha la Spagna il diritto di invadere terre abitate da altri e imporre il proprio dominio? Chiaramente i discorsi erano meramente teorici, ben lungi dall'influenzare la politica estera spagnola. FRANCISCO VITORIA, domenicano, sostiene la giustezza della guerra di conquista giusta per due motivi:

- 1) gli indios avevano rifiutato le offerte commerciali spagnole
- 2) gli indios non avevano accolto la predicazione cristiana

Tuttavia gli indios non vanno considerati come schiavi, ma come minori sotto TUTELA.

Il domenicano BARTOLOMEE DE LAS CASAS invece si batte per la libertà degli indios.

Tutto l'ordinamento giuridico va considerato giusto solo se conforme a principi superiori che si rifanno alla rivelazione cristiana (precetto chiave della scuola di Salamanca).

I giuristi spagnoli si occupano comunque anche di altre materie, in particolare di diritto privato (proprietà e contratti). LUIS DE MOLINA scrive il Trattato "De iustitia et iure" in cui affronta temi di diritto pubblico e privato. FRANCISCO SUAREZ, parametrando l'ordinamento giuridico a principi superiori, si riferisce ad essi come indici di RAZIONALITÀ'.

Scuola culta

REALTÀ' DELLE FIANDRE Territorio ricco e culturalmente raffinato, centro dell'arte fiamminga e di diffusione della dottrina calvinista. Già nel '500 le province del Nord si ribellano all'autorità spagnola dichiarandosi indipendente, predisponendo così il terreno alla nascita dell'enorme potenza commerciale che sarebbe diventata. Il mercato più ricco si sarebbe rivelato quello delle spezie fino ad allora monopolio arabo.

Nel 1570 viene fondata nelle Province Unite d'Olanda l'UNIVERSALITÀ DI LEIDA che nel 1575 diventa anche centro di studi giuridici sotto la guida di UGO DONELLO, già esponente del filone sistematico dell'umanesimo giuridico. A Leida però piace di più il filone storico-filologico di Cujacio; si sviluppò così una scuola giuridica olandese improntata alla tradizione culta?, nota anche come SCUOLA DELLA GIURISPRUDENZA ELEGANTE OLANDESE. Gli studiosi coniugano le disquisizioni teoriche sulla compilazione giustiniana con una conoscenza approfondita delle consuetudini locali.

Le consuetudini riguardavano anzitutto la regolazione delle acque, inoltre gli allevamenti e soprattutto il commercio e i traffici marittimi. I professori insegnano a "sistemare" il diritto locale olandese sulla razionalità dei principi espressi nella compilazione giustiniana studiata col metodo filologico: ROMAN-DUTCH LAW, commissione originalissima di consuetudini locali e diritto comune, che resta vigente fino all'epoca della codificazione non solo nelle Province Unite di Olanda ma anche in TUTTE le sue COLONIE, permanendo perfino dopo la conquista dell'Indipendenza.

UGO GROZIO fondatore del giusnaturalismo, nasce in Olanda e studia a Leida? diventando esperto e cultore della giurisprudenza elegante olandese. C'è sempre stata nella cultura occidentale l'idea che tutti gli uomini fossero sottoposti a leggi "naturali di ordine superiore", indipendenti dal diritto positivo: già nel Medioevo, poiché i giuristi leggevano nella compilazione riferimenti a "ius natura e" o "ius gentium", identificavano quest'ordine superiore con l'ordine divino. Grozio è considerato il padre del giusnaturalismo poiché fu il primo a dire che "possiamo affermare che le regole superiori esistono anche se ammettiamo che Dio non esiste, poiché stanno nella natura razionale dell'essere umano": regole superiori ricondotte alla razionalità umana, novità assoluta.

Il diritto naturale resta particolarmente citato in situazioni di insoddisfazione dell'ordinamento positivo: anche Grozio si riconosceva in questa tendenza poiché aderiva ad una corrente calvinista minoritaria, al punto di essere costretto a fuggire da Leida? e rifugiarsi in Francia. In Francia, nel 1625, pubblicò il suo famigerato trattato "DE IURE BELLI AC PACIS", dove delineava le grandi tendenze di fondo del giusnaturalismo e del giusrazionalismo moderno. La riflessione di Grozio spaziava dal diritto internazionale al pubblico al privato, supportata dalla fiducia nella costruzione di un sistema giuridico razionale improntato ai principi del diritto naturale, anzitutto l'eguaglianza tra gli uomini, concetto assolutamente fuori luogo e fuori tempo nel XVII secolo.

Grozio si considera dunque il primo propositore dell'idea che tutti gli uomini siano giuridicamente uguali; esistono principi autoevidenti perché RAZIONALI, tra cui:

- 1) "pacta sunt servanda" principio di dover tenere fede ai patti, ancora oggi alla base del diritto internazionale pubblico dei trattati;
- 2) astenersi dall'appropriarsi di beni altrui - principio reperibile già nei Dieci Comandamenti ("non rubare") ma rivisitato in chiave razionalistica;
- 3) riparare i danni che le nostre azioni hanno procurato

Da questi tre principi, per via razionale, l'uomo può dedurre tutte le regole alla base del vivere sociale.

Grozio concepisce una sorta di "stato di natura" in cui gli uomini vivevano prima di associarsi, seguendo i principi naturali che garantivano una convivenza pacifica fin quando gli uomini non hanno stipulato un PACTUM SOCIETATIS col quale eleggevano un sovrano il cui compito era realizzare nella società l'applicazione del diritto di natura.

Consideriamo la dottrina giusnaturalista diffusasi in Inghilterra e Germania preparatoria delle codificazioni ottocentesche.

Elementi di fondo del giusnaturalismo:

- importanza della ragione umana
- concezione laica dell'uomo e del diritto
- importanza dei diritti dell'individuo, inalienabili
- contratto sociale
- visione a temporale del diritto
- distinzione tra diritto naturale e positivo

Autori della seconda scolastica

Operano negli anni cruciali del passaggio tra Medioevo ed età moderna ed erano tutti chierici, per cui assommavano l'essere dottori in diritto all'esserlo in teologia.

"Scolastica" poiché tutti si dichiarano prosecutori dell'opera di San Tommaso, e "Seconda" poiché erano consapevoli che il mondo in cui si muovevano era radicalmente diverso da quello in cui aveva operato San Tommaso.

I più giovani allievi della scuola (fine del '500) si interessarono soprattutto al ramo del diritto commerciale, scrivendo trattati tutti chiamati "De iustitia et de iure" incentrati molto di più sul diritto commerciale che su disquisizioni filosofico-teleologiche.

Essi cercano di fare in modo che il diritto progredisca insieme all'economia, con particolare attenzione alla tendenza dei mercanti di aggregarsi e lavorare in compagnia; cominciano a teorizzare l'importanza di adottare ad personam gli usi contrattuali, senza attenersi a semplici consuetudini cristallizzate.

Il pensiero della seconda scolastica si trasmette in tutta Europa grazie alla rete universitaria. Personaggio fondamentale che insegnò anche in Belgio fu LEONARD LEXIUS, avendo come allievo GROZIO, successivamente avvocato e consigliere della Compagnia delle Indie, ponte tra la Seconda Scolastica e le dottrine commerciali inglesi e olandesi. Inserisce una parte di diritto commerciale anche nel suo trattato di diritto internazionale.

Il pensiero della seconda scolastica viene accolto poiché libera l'uomo dalle "gabbie" del pensiero medievale a favore della valorizzazione del vantaggio personale. La forma associativa in cui vengono compiuti gli scambi transoceanici ribalta completamente il concetto di società conosciuto nel Medioevo. Perché la compagnia?

- 1) La società permetteva l'unione delle forze soprattutto sul fronte costi. Nessuno possedeva le quantità di denaro necessaria a finanziare una compagnia commerciale individuale.
- 2) La società permetteva la spartizione del RISCHIO, elevatissimo nelle transazioni commerciali al di fuori del Mare Nostrum. Convergono nelle società mercanti, che mettono a disposizione lavoro, industria e competenze, e NON MERCANTI, che conferivano finanziamenti attingendoli dai propri patrimoni sperando di ottenere surplus. Si affaccia quindi sul mercato la figura del SOCIO CAPITALISTA, inesistente nel Medioevo quando tutte le società mercantili erano omogenee, essendo ricalcate sul valore del denaro si attribuiva all'epoca. Lo stesso San Tommaso sosteneva che il denaro, sterile, senza essere accompagnato dall'apporto personale dell'uomo (=lavoro) non aveva valore né poteva produrre ricchezza; l'usura viene condannata proprio perché consisteva nella disposizione di denaro senza addurvi del proprio. Come applichiamo il concetto di usura al SOCIUS STANS, che si limita a conferire il suo denaro

senza adoperarsi per farlo fruttare? Si attiva una vera e propria operazione di salvataggio della figura del socio capitalista: si comincia a dire che, in determinate situazioni, il denaro PUO' produrre ricchezza: si attribuisce al lucro cessante e al rischio il valore di **titolo di interesse**, possono essere remunerati. La messa a disposizione dei propri soldi, di cui i soci capitalisti si privano, deve essere remunerata: INCENTIVO ALL'INVESTIMENTO. Una seconda motivazione addotta nel "salvataggio" della figura del socius stana? risiede nell'identificazione dell'usura come reato solo all'interno del negozio del MUTUO. **Società** è diversa dal **mutuo**, quindi non può esserci reato. Nel mutuo infatti la proprietà del denaro passa dal mutuante al mutuatario, mentre il socius stana resta proprietario del denaro conferito, quindi si espone integralmente e in prima persona alla perdita del capitale: il rischio di perdita integrale del capitale deve essere remunerato. Si configura per la prima volta il capitale come elemento chiave ed essenziale della società, caratterizzata anche dal fine lucrativo e dall'afferito societatis, elementi distintivi delle società ancora oggi. I dottori delle SS iniziano a dare importanza anche alle manifestazioni esterne della società, intesa come soggetto autonomo di imputazione di diritti e doveri poiché dotato di un patrimonio proprio. Centralità del principio dell'intuitus personae nella società di persone medievali, con la conseguenza che la società sopravvive finché restano uniti i soci, nella società di capitali è importante invece che sopravviva innanzitutto il capitale.

- 3) Avvento del concetto della RESPONSABILITÀ LIMITATA, poiché si attribuisce capacità giuridica al capitale (attualmente).

USURA = USUS AERE, "uso dell'aria" = uso del niente

Nello studio della seconda scolastica della società possiamo ravvisare due linee di tendenza, ma DEPERSONALIZZANTE (simile al moderno) e una PERSONALIZZANTE ancora attaccata all'intuitus personae e al concetto medievale di società; sul filone depersonalizzante Grozio costruisce le sue teorie commerciali, ? da considerazioni teologiche ed esclusivamente funzionali al raggiungimento del vantaggio personale.

E' vero che il diritto della seconda scolastica è improntato a valori etici, ma presenta comunque strutture perfettamente logiche e razionali; col fine ultimo di assicurare una ? giustizia sostanziale.

Avvento della società dovuto a:

- unione delle forze sul fronte costi in particolare
- spartizione del rischio (divisioni tra categorie di soci)
- responsabilità limitata

Formazione dello stato moderno

In epoca medievale le massime autorità sulla terra erano PAPA e IMPERATORE, sulla cui attribuzione di poteri i giuristi si erano a lungo soffermati, arrivando alla conclusione che essi traevano entrambi legittimazione da Dio. Tra i poteri fondamentali di chi detiene la massima carica rientra quello di GIUDICARE, attributo fondamentale della sovranità; ancora più significativo e pregnante del potere di legiferare.

Nel '700 Montesquieu teorizza la separazione dei tre poteri, che non possono essere riuniti nella stessa persona poiché fluiscono per privare il cittadino della propria libertà: conclusione cui arriva osservando la realtà intorno a lui. Quello che Montesquieu osserva nella sua Europa contemporanea rimonta al XVI secolo: i sovrani, di qualsiasi rango, reclamano per sé tutti i poteri che nell'epoca precedente si attribuivano all'imperatore. Tant'è che anche i giuristi se ne erano occupati.

MARINO DE CARAMANICO sosteneva il brocardo "rex superiorem non recognoscit in regno suo imperator" dottrina mutuata anche in età moderna: il Re è il sovrano che detiene nella sua persona tutti i poteri che servono per governare, ovvero quelli che la scienza giuridica medievale aveva enucleati? come spettanza dell'imperatore. I sovrani dell'età moderna, quello di Francia in

primis, dimostrano che il potere più importante era quello di dispensare giustizia, ancora più del potere di battere moneta e riscuotere le tasse. La giustizia del giudice è “superiore” a quella dei giudici ordinari poiché superiormente a sé non ha nulla: “la giustizia emana dal re” idea che si ritrova anche nello Statuto albertino. I sovrani moderni ereditano dal Medioevo sistemi giuridici in cui il diritto vigente è ricalcato su consuetudini locali e il diritto romano ha funzione sussidiaria: solo nel ‘700 i sovrani scoprono la LEGIFICAZIONE come mezzo di governo.

Ancora nella prima età moderna i giudici non sono giuristi: a Milano c’erano i cosiddetti giudici “del gallo” o “del cavallo”, delle icone con cui veniva indicato il loro ufficio poiché la gente non sapeva leggere. Quando poi arrivano gli spagnoli AGGIUNGONO altri giudici a quelli già esistenti, costruendo una sorta di piramide giudiziaria, la cui base è costituita dai giudici di più antica origine e il cui vertice è “occupato” da tribunali centrali istituiti direttamente dal sovrano. Tra il Medioevo e l’età moderna in Francia, in ANTICIPO rispetto al resto d’Europa, al Re si AFFIANCA un Consiglio con funzioni giudiziarie che gradualmente acquista sempre più indipendenza dal sovrano: il **Parlamento di Parigi** che inizia a funzionare già alla fine del XIII secolo, è un tribunale centrale che fa rientrare nella sua giurisdizione 2/3 del territorio francese. Anche senza la presenza fisica del re la Corte sovrana funziona ugualmente.

A partire dalla seconda metà del ‘400 vengono fondate alte corti sovrane (PARLAMENTI PROVINCIALI) nei territori che il Re pian piano attira sotto il suo controllo.

Il Re è un giudice particolare poiché ha poteri vastissimi che non divide e la Corte Sovrana che lo affianca ne mutua i poteri: essa non risulta sottoposta alla legge, ma si ritiene sciolta, senza nulla al di sopra di sé.

Il sovrano stesso è sciolto dalla legge che è la sua stessa **volontà: ASSOLUTISMO**, connota tanto il re quanto le corti sovrane che partecipano dei suoi poteri, arrivando, in qualche modo a fare anche i legislatori e i governanti. Il Parlamento di Parigi gode del potere di **INTERINAZIONE**, ovvero controllare la legittimità e il merito? degli atti del sovrano: il Re che voglia promulgare un’ordinanza ne redige il testo e lo invia al Parlamento, che dopo averlo esaminato vi appone la **formula esecutiva**, senza la quale l’ordinanza non può entrare in vigore. Tutti gli atti regi necessitano della conclusione: l’assolutismo regio non è mai puro, è sempre fronteggiato da contrappesi più o meno influenti a seconda del momento storico, infatti in Francia le corti diventano potentissime fino ad arrivare alla opposizione al Re, come nel caso di Luigi XV che alla vigilia della Rivoluzione si vide rifiutare l’apposizione della formula esecutiva ad alcune ordinanze di riforma.

I giudici del Parlamento non temevano di opporsi al sovrano poiché non potevano essere destituiti: infatti il Re, che soprattutto nel ‘500 aveva bisogno di continui afflussi di denaro, aveva iniziato a **VENDERE** le cariche parlamentari: **VENALITÀ’ DEGLI UFFICI**.

Le cariche potevano essere comprate da una persona che fosse contemporaneamente ricchissima e giurista dotto - **CHIUSURA PATRIZIA DELLA SOCIETÀ’**.

Gli appartenenti al **patriziato** monopolizzano le cariche istituzionali

- **nobiltà di spada**
- **nobiltà di toga**: ereditarietà dello studio giuridico in una stessa famiglia

Si crea così una **società di diseguali**, in cui il possesso delle cariche istituzionali veniva trasmesso per via successoria (sempre al figlio che avesse studiato legge) e in momenti di difficoltà economica si poteva anche vendere.

I poteri di giudizio delle **corti sovrane** (non si parla del Parlamento di Parigi) erano amplissimi in termini di giudizio ed equità, poiché giudicavano in base alla loro **coscienza**, inoltre non erano vincolati dalle regole processuali che stringevano i procedimenti di rango inferiore, cioè quelle del processo romano-canonico di stampo inquisitorio, nato con l’idea di tutelare l’imputato ma tramutatosi infine nell’esatto contrario. Il principio base doveva essere la condanna dell’imputato solo in presenza di due prove definite **PIENE** dalla legge:

- 1) Confessione
- 2) Due testimoni “abili a testimoniare”, concordi

La regola del sistema delle prove legali dice che il giudice può condannare solo in caso di 1 o 2. Data la difficoltà dell'adempimento ad uno dei due requisiti, il reo veniva sottoposto a **tortura**, intesa non come pena, ma come mezzo per ottenere la confessione. Cesare Beccaria sostiene l'inutilità della tortura poiché un vero colpevole non confessa mai preferendo resistere. In ogni caso il sistema della tortura era di difficile pratica, per cui i giudici inventarono l'espedito di sommare gli indizi a carico del reo pur di condannarlo, anche se la pena sarebbe stata arbitraria e più mite poiché non suffragata da una prova legale.

Il **sistema arbitrario degli indizi** si diffonde rapidamente in tutta Europa; spesso c'erano però infrazioni del sistema poiché i giudici sommavano e valutavano gli indizi usque ad mortem? comportamento adottato dalle corti sovrane che sfruttavano il non avere alcuna istanza giudiziaria al di sopra di sé.

Tribunali moderni

In tutta Europa nell'età moderna qualsiasi comparto territoriale si dota di una corte centrale, apice della piramide giudiziaria locale.

I tribunali supremi non fanno solo i giudici ma hanno anche altre prerogative poiché sono pariordinati al re (cfr diritto di INTERINAZIONE, che contravviene il principio della separazione dei poteri).

Il Ducato di Piemonte e Savoia ha due tribunali sovrani, il Senato di Torino e quello di Chautery, con potere di interinazione che però non si traduce mai in contrasto con i duchi.

Il Ducato di Milano passato dai Visconti agli Sforza alla conquista di Carlo V e la dominazione spagnola, aveva come tribunale supremo il SENATO DI MILANO, composto da patrizi locali, con potere di interinazione. A Milano non c'è il Duca ma un governatore spagnolo, ai cui atti il Senato poteva opporre il veto di interinazione - strumento di poca importanza, utilizzato per la maggior parte delle volte nei casi di grazia concessa dai sovrani. Il Senato aveva sede a Palazzo reale.

Venezia conta due corti centrali: Quarantia civile e Quarantia criminale. La situazione giuridica di Venezia è peculiare poiché i sistemi giuridici si differenziano in base al comparto territoriale a cui si attagliano:

- **Laguna e città di Venezia:** statuti cittadini, forma di fonti già decisa nel Medioevo a discapito del sistema binario vigente in tutta Europa: fonti sono gli Statuti, in caso di lacuna interpretazione per via analogica, ulteriormente giudizio secondo equità, esclusione esplicita del diritto romano, poiché si assumeva che il mare non fosse di nessuno.
- **Terraferma veneta:** sistema analogo agli altri, consuetudini e diritto romano comune.
- **Domini marittimi**

I giuristi si riferiscono a questo fenomeno come **REGIME DI SEPARATEZZA GIURIDICA** tra la terraferma e la città di Venezia.

Tutti i ducati del centro-nord italiano avevano una corte centrale più o meno grande.

Negli stati vaticani il tribunale supremo era la SACRA ROTA, sia tribunale supremo dell'ordinamento canonico, sia tribunale civile degli Stati vaticani. "Rota" erano anche molti tribunali istituiti nelle città più importanti, ognuno organizzato in maniera diversa ma accomunati dalla durata non vitalizia delle cariche dei giudici, che spesso erano forestieri, affinché fosse garantita più imparzialità nel giudizio.

Il Regno di Napoli, anch'esso passato sotto la dominazione spagnola, aveva come tribunale supremo il SACRO REGIO CONSIGLIO DI NAPOLI.

Grandi tribunali in tutta Europa: Spagna, Fiandre, Olanda.

I vari staterelli di cui si componeva l'attuale Germania (unificazione 1870) erano vassalli dell'imperatore, ma i principi tedeschi spingevano alla dotazione di un tribunale indipendente, che comincia a funzionare nel 1495 con un pool di giudici che, in ? dello statuto costitutivo, dovevano essere **GIURISTI DOTTI: TRIBUNALE CAMERALE**.

La giustizia a livello locale era praticata nei **TRIBUNALI DEGLI SCABINI**, istituiti da Carlo Magno e custodi delle consuetudini, si stabilisce invece che il tribunale camerale giudichi secondo il diritto romano comune, a meno che le parti non chiedano di essere giudicate secondo le proprie consuetudini, di cui devono però provare l'esistenza. Il risultato è un'applicazione minima del diritto consuetudinario da parte del tribunale.

Intanto nelle università si inserisce il corso di **DIRITTO ODIERNO**, incentrato sul modo in cui il diritto romano viene applicato dal tribunale camerale: unione fra teoria e pratica, tipico delle università tedesche, insegnato dai giuristi appartenenti alla corrente dell'**USUS MODERNUS PANDECTARUM**. Attenzione all'aspetto giurisprudenziale: le sentenze dei tribunali centrali hanno una forza simili a quella della legge, ma da nessuna parte è scritto che le sentenze della corte centrale abbiano valore diverso, semplicemente nella prassi i giudici inferiori cominciano a seguire la consuetudo iudicandi della Corte, a sua volta priva di vincoli: i giudici giudicano in **ULTIMA ISTANZA** e **NON MOTIVANO**, poiché il loro giudizio è assimilato a quello imperiale dunque a quello divino. Chiunque voglia intraprendere la professione di giurista deve assolutamente impraticarsi della giurisprudenza della Corte centrale.

SUM UP: Nel 500 quando le corti centrali non sono ancora affermate, i motori del sistema giuridico sono i consulenti, giuristi dotti che con i loro pareri influenzano la decisione del giudice ignorante di diritto; dalla fine del 500 motori del sistema sono sempre i giuristi dotti ma in veste di giudici delle corti centrali.

Le scelte dei giudici finiscono per diventare diritto vigente in via di **PRASSI**.

Esempio: nel Ducato di Milano la pena prevista per il furto era la morte, ma i giudici nella pratica condannavano alla ? per conto della Repubblica di Venezia - il diritto che va considerato vigente è quello che prevede le ? come pena pure derivando unicamente dalle scelte "arbitrarie" dei giudici. Potendo quindi i giudici liberamente non attenersi a consuetudini/diritto romano/statuti e quant'altro, si dice che i giudici decidono **SECONDO COSCIENZA**.

Dalla fine del '500 invale? la prassi di raccogliere e pubblicare **RESOCONTI** delle vicende giuridiche - le sentenze venivano pubblicate solo dalla Rota romana - attività compiuta da tantissimi giuristi apud i tribunali cui afferivano.

Il problema era che la parte di sentenza pubblicata era solo il **dispositivo**, poiché i giudici si limitavano a discutere le motivazioni senza redigerle - l'utilità dov'è?

I giuristi che si occupano delle raccolte allora si premurano di riportare il "corollario orale" da cui la sentenza scaturisce.

Un famoso ? francese fu **Guy Pape** nel Parlamento del Definato, che nelle sue raccolte inseriva anche delle riflessioni personali. a proposito delle decisioni secondo coscienza, riprende una dottrina sviluppatasi già nel Medioevo (Barolo ma anche Jacques de Revigny) secondo cui il giudice di ultima istanza deve attendere alla verità dei fatti piuttosto che alle sottigliezze del diritto, il che significava giudicare secondo le proprie convinzioni ed esperienze, a differenza dei giudici inferiori? che "facere non possunt". L'idea che ne emerge è che i giudici, di fatto, potevano disapplicare le leggi e svincolarsi dalle regole processuali.

Matteo degli Afflitti: è giudice del Sacro Romano Consiglio (nonché raccoglitore) nella seconda metà del 1400 e forza le regole espresse dal brocardo "nuda patio obligationem non parit", stabilendo che anche un patto può generare obbligazioni alla stregua di un contratto. Risultato: siamo dinanzi a giudici imprevedibili, col conseguente rischio di incertezza della pronuncia. Non esisteva neanche il principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

Storia della magistratura italiana

Nell'età liberale si afferma la supremazia dell'ordinamento istituzionale della Savoia poiché viene adottato nel nuovo stato unitario, nella magistratura invece assistiamo più che altro ad una **compenetrazione** tra la componente subalpina e una componente proveniente dal Regno delle due Sicilie. Il nuovo stato? opera una scelta sui membri della sua classe giudiziaria, mentre i giudici

piemontesi passano tutti autonomamente senza censure. Si parla di processo di osmosi, non abbiamo una separazione netta (in termini di uomini) tra giustizia e politica.

Michele Pironti: campano, classe 1814, partecipa alle insurrezioni nella setta di Silvio Spaventa. Trascorre “volontariamente” dieci anni a Procida e appena esce viene nominato, nel 1860, Consigliere della Corte di Cassazione di Napoli. Teorizza per primo la epurazione, cioè l’allontanamento dalla classe dei giudici di quelli non convinti della necessità dell’unità nazionale.

Paolo Onorato Vigliani: torinese, entra in magistratura nel 1841 a 27 anni, e nel 1876 viene nominato presidente della I sez. della Corte di Cassazione di Firenze, rivestendo nel frattempo ruoli di grande rilevanza politica.

Nel 1866 la maggior parte dei presidenti di Corti di Appello e Cassazione sono presenti in Parlamento; sono tutti molto giovani e hanno un passato nelle rivolte risorgimentali, rimangono in carica per molto tempo proprio in virtù della loro giovane età, il che porterà all’ingresso tardo in magistratura delle generazioni successive.

Al Regno d’Italia era stata estesa la Costituzione del Regno di Sardegna, cioè lo **Statuto Albertino** che non menzionava il potere giudiziario ma parlava di un organo: art. 68 “la giustizia è esercitata dal re per mezzo di giudici da lui nominati”, non si parla di autonomia. Tuttavia l’art. 69 garantisce la loro **inamovibilità**. Dopo tre anni dalla nomina i magistrati non potevano essere mossi senza il loro previo consenso; la garanzia non valeva per i **pubblici ministeri**, che dipendevano direttamente dall’Esecutivo. Un’altra norma dello Statuto vietava l’istituzione di giudici speciali.

La vita e la carriera dei magistrati era regolata dal **Regio Decreto n. 2626 del 1865**, che prevedeva la distinzione tra carriera requirente e carriera giudicante e l’affidamento totale della gestione della carriera giudiziaria al Ministro della Giustizia. La strada di ingresso principale alla magistratura era il concorso, ma fino al 1890 si poteva anche essere direttamente nominati dal Guardiasigilli.

Nel corpo giudiziario vigeva una separazione tra Alta (decide l’andamento della politica giudiziaria insieme al “partner” esecutivo) e Bassa magistratura (gruppo dei pretori che in realtà costituiscono l’ossatura del nuovo ordine giudiziario).

Con gli anni degli scandali (ad es. Banca Romana) i magistrati entrano nel proscenio? nazionale, acquistando visibilità agli occhi dell’opinione pubblica; contemporaneamente Zanardelli (1890) emana nuove norme volte a sottrarre l’ordine giudiziario al controllo della sfera politica - ad esempio lascia solo il concorso come via di ingresso alla magistratura. Nel **1908 Vittorio Emanuele Orlando** conduce all’approvazione di due leggi fondamentali, istitutive:

- 1) una del Consiglio Superiore della Magistratura con funzione consultiva
- 2) l’altra della Suprema Corte Disciplinare, organo che decide sugli illeciti disciplinari che possono compiere i magistrati nel corso della loro carriera, in osservanza delle norme del codice di procedura penale. Nei primi anni del ‘900 le cause (tipizzate) sono per la maggior parte inerenti alla condotta morale e politica dei singoli magistrati; naturalmente il comportamento della SCD è tendenzialmente paternalistico, arrivando a sospendere effettivamente i magistrati solo in caso di recidività.

Nel **1909** nasce l’Associazione Nazionale dei magistrati d’Italia - siamo in epoca giolittiana, si stanno formando i sindacati e gli accorpamenti con una progressiva complessizzazione della realtà (e quindi del diritto). Il giudice deve ora astrarsi dalla realtà per incentrarsi su aspetti maggiormente tecnici.

Il Fascismo si pone in contrapposizione a questa magistratura che vuole scindersi dalla realtà socio-politica: si arriva così, tra le leggi fascistissime, all’istituzione del **tribunale speciale della difesa dello Stato**, vero e proprio ? dello Statuto Albertino poiché il tribunale è precisamente un tribunale speciale mirato a punire reati “politici” (es. attentato alla persona del Re e del Duce) sottraendoli alla magistratura ordinaria e corredandoli? di pena di morte. Nel 1923 viene creato un nuovo ordinamento giudiziario che modifica (elimina) le componenti maggiormente democratiche del vecchio CSM elettivo. Non abbiamo comunque mai cambiamenti repentini, ma un susseguirsi di prassi.

Nel 1923 la Corte di Cassazione viene unificata sotto la presidenza (della Corte) di **Mariano d'Amelio** a discapito di Ludovico Mortara, fino al 1941.

Mariano d'Amelio svolse l'attività di magistrato in colonia e fu capo di gabinetto di tre ministri, tra cui Vittorio Emanuele Orlando e Vittorio Scialoja, nonché stretto collaboratore di Alfredo Rocco.

L'Alta Magistratura riesce a trovare un equilibrio col nuovo apparato governativo come fosse un sacerdote, cioè una figura distante.

Caduta del regime: Costituzione: da nuove norme sull'organizzazione del sistema giudiziario stabilendone l'autonomia definitiva del potere politico, definendo anche un nuovo CSM al vertice della piramide organizzativa.

Negli anni 50 si delinea un contrasto molto forte tra la magistratura maggiormente conservatrice e a nuova "fazione" indipendente e rivitalizzata anche dal miracolo economico.

Dante Troisi: giudice laziale, che scrive "Diario di un giudice" che descrive lo squallore della vita di un giudice di provincia degli anni '50, viene per questo sospeso dall'esercizio della professione sperimentando contestualmente la discesa dal podio della tradizionale immagine del giudice.

Adolfo Beria D'Argentine: democratizzare la giurisprudenza, rendendola più conforme ai nuovi valori costituzionali di respiro democratico.

Il '600 in Italia

Personaggio emblematico è **Giovanni Battista De Luca**, che patrocina nella sacra rota e si occupa di tutti i diritti vigenti. Intorno ai 60 anni si fa nominare sacerdote e in pochissimo tempo diventa cardinale: in queste vesti decide di avviare raccolte di tutti i suoi scritti (atti, pareri, ecc.) dividendoli per argomento: l'opera si chiamava *Theatrum veritatis ac iustitiae*. E' il giurista stesso che ordina la casistica per categorie; un'ulteriore novità sta nel suo superamento del luogo comune per cui è il latino la lingua ufficiale del diritto. Decide perciò di fare una sintesi dei quindici volumi del *theatrum* redicendola in lingua volgare, assegnandole il nome di "il dottore volgare", praticamente un compendio di tutta la legge. In letteratura il volgare era già stato sdoganato ai tempi di Dante, ma il diritto era in ritardo per una serie di motivi, tra cui la comodità di utilizzare una lingua franca. L'iniziativa di De Luca infatti non ha seguito e i giuristi continuano a scrivere in latino - non era così nel resto d'Europa, in Francia già dalla metà del '500 si usava il francese. Il diritto risulta essere quindi un'**entità bilinguista**, con il latino e il volgare di ciascuna nazione.

Dal sottotitolo del compendio si deduce che esista una molteplicità di diritti vigenti, che in ogni ordinamento conservano fenomeni di **particolarismo giuridico** (pluralità di fonti del diritto).

Per De Luca il diritto vigente è lo **ius commune** romano, che in ciascuno Stato europeo viene "nazionalizzato" e accettato dai sovrani in quanto non risulta di loro competenza. Il diritto romano ha sempre bisogno di un giurista che lo applichi e soprattutto lo interpreti.

E' vigente il **diritto canonico** anche se in tutta l'Europa post-riforma - i principi europei del '600 si presentano come principi laici che tentano di allontanare le interferenze della Chiesa, o limitando i privilegi da sempre spettanti alla Chiesa o legiferando in materia di diritto canonico o ovviando politiche di **GIURISDIZIONALISMO** (considerare la Chiesa un organo dello Stato, es Giuseppe II in Austria). Comunque il diritto canonico continua a sopravvivere nonostante i principi tentino di ridurre il campo e la portata.

Temi su cui spesso Stato e Chiesa si scontrano sono:

- 1) privilegi "secolari" accordati ai chierici (agevolazioni fiscali ecc.)
- 2) il problema dei criminali che si rifugiano nelle chiese per evitare di essere perseguiti. E' ovvio che la laicizzazione prende avvio nel momento in cui il sovrano prende consapevolezza della sua figura e del suo potere.

I feudi persistono in Europa come elementi caratterizzanti dell'ordinamento fino all'800 seppur con prerogative ridotte rispetto all'epoca medievale (ad es. regno di Napoli) ma mantenendone alcune che "facevano gola" ai sovrani, ad esempio il potere giurisdizionale sui reati minori compiuti nel

territorio del feudo. Terreno di conflitto tra sovrano (che si riteneva depositario della giustizia) e feudatario sono ragioni peculiarmente pragmatiche, come ad esempio la destinazione degli introiti derivanti dalle pene pecuniarie inflitte e delle confische di beni: anche il diritto feudale moderno non è un prodotto della politica del sovrano ma un retaggio di consuetudini medievali.

Diritto municipale: le città continuano a mantenere vigenti i loro statuti, tanti e diversi tra loro, col risultato che all'interno dello stesso stato ciascun diritto cittadino era a sé stante e diverso dagli altri in base al grado di **integrazione del diritto romano** (sussidiario rispetto allo statuto).

Tra i quattro diritti esplicitati da De Luca non c'è il diritto "del principe", semplicemente perché nel 500-600 i principi non hanno ancora cominciato sul serio a fare i legislatori, salvo in materie e situazioni specifiche, specialmente i **malefici** (diritto penale) e il **sistema fiscale** che all'epoca non prevedeva trattamenti formalmente uguali quanto piuttosto una ripartizione a livello locale? del carico fiscale. Le spese fiscali erano destinate specialmente a finanziare le guerre, che dilanano il panorama europeo almeno fino al 1648 (fine della Guerra dei Trent'anni, pace di Westfalia).

Novità: Il principe comincia a legiferare in materia processuale, anche perché così facendo sottrae terreno al diritto canonico.

Non bisogna dimenticare che in età moderna è vigente anche il **diritto commerciale** ad applicazione soggettiva. L'applicazione soggettiva è comunque un fenomeno che tange tutti i diritti, riservando trattamenti differenziati in base alla appartenenza di ceto (cfr privilegi fiscali dell'aristocrazia).

Ad esempio, con riguardo alla pena di morte i nobili vengono decapitati, i "poveri" impiccati. A Milano i nobili venivano decapitati alle Colonne del Verziere, i plebei impiccati alla Vetra. La società stessa era pensata ed attuata in termini differenziati.

Un altro privilegio, stavolta in campo fiscale, riguarda la immunità accordata alle famiglie numerose (immunità dei 12 figli) che avevano il diritto di farsi restituire i tributi già pagati e non il diritto di non pagare tributi. Gli immuni per i 12 figli, nobili e plebei, si associano in potentissime lobby per far valere i propri diritti.

Società:

- formata da diseguali
- caratterizzata da gruppi, associazioni, in generale corpi intermedi.

Il motivo per cui l'opera di De Luca ha successo è proprio perché mette ordine nel guazzabuglio che era l'organizzazione societaria dell'epoca. Nei fatti l'ordine viene imposto dai giudici delle Corti Supreme deputati ad applicare il diritto.

Giusnaturalismo tedesco

Tra gli autori del periodo, vanno menzionati due giusnaturalisti tedeschi:

- **Pufendore (1632-1694)** laureato all'università di Jena?, grande estimatore di Grozio, applica la sua formazione filosofica e matematica allo studio del diritto. Teorizza l'esistenza di una sorta di ordinamento naturale di diritto a cui "appartengono" tutti gli uomini e che va studiato con un metodo scientifico. La sua idea base è che solo alcuni comportamenti siano rilevanti ai fini del diritto, mentre il mondo vede moltissima commistione tra diritto e morale: c'è poca libertà di coscienza e pensiero nell'uomo, bisogna invece scindere i due piani della legalità e della moralità. Dato caratterizzante della sua dottrina è la fiducia verso i sovrani che spera legiferino in omaggio ai precetti del diritto naturale. Pufendorf scrive ed insegna, diventando ad Heidenberg, il primo professore di diritto naturale delle genti (nella facoltà di filosofia), antesignano degli odierni corsi di filosofia del diritto.

Allievo di Pufendorf è Thomasius, considerato insieme a Pufendorf precursore dell'illuminismo. Egli inizia ad insegnare a Lipsia in tedesco; riconduce tutte le azioni dell'uomo:

- 1) alla sfera dell'**honestum**
- 2) alla sfera del **decorum**

3) alla sfera del **iustum**, l'unica che comprende i comportamenti GIURIDICAMENTE rilevanti, ovvero quelli che minano la convivenza pacifica tra gli uomini.

Tutti gli altri comportamenti e rapporti rientrano nelle altre due sfere e si configurano come libertà di coscienza: risultato: la maggior parte delle regole giuridiche a lui contemporanee sono INGERENZE in cose che giuridiche non sono.

Scrisse inoltre un trattato sulla tortura giudiziaria, criticata poiché già di per sé una pena.

Domat: identifica il diritto naturale con il diritto romano, ritenuto un deposito confuso di norme naturali che lui ritiene di avere il compito di crivellare e rimettere in ordine la sua opera della fine del '600 diventa punto di riferimento per i giuristi francesi a lui contemporanei e successivi.

Con riferimento in particolare al diritto privato, sostiene che le norme motivate dal diritto romano, avendo origine "naturale" devono essere applicate ugualmente e indefinitamente a tutti i cittadini, concetto innovativo nella Francia dove il sistema giuridico era incardinato sulla differenza di status. La novità della codicistica ottocentesca, secondo Giovanni Torrello, sta nell'aver un **destinatario unico:** per introdurre questo argomento Domat suddivide le qualità degli uomini tra **naturali** (sesso, età, ecc) e **artificiali** (derivano dall'inserimento in una società). Il diritto privato deve prescindere dalle qualità artificiali, rilevanti solo a fini pubblicistici, dovendosi basare esclusivamente sulle qualità naturali; si pensi infatti a rapporti all'interno della famiglia nei quali non rilevino il sesso e l'età dei componenti.

L'idea di Domat di un diritto privato universale non trova accoglienza nel suo periodo, sarà assimilata alla fine del secolo successivo.

XVIII secolo rilevante dal punto di vista giuridico: a causa del sovraffollamento di fonti gli ordinamenti europei entrano in crisi non potendo più garantire la certezza del diritto e in più cominciano ad essere incamerate le dottrine giusfilosofiche elaborate a partire dal secolo precedente.

In **Francia** agli inizi del '700, Luigi XV vuole continuare l'opera di legislazione iniziata ai tempi di Luigi XIV Colbert, avvalendosi in particolar modo del suo cancelliere/ministro della giustizia **D'Aguessau**. Egli aveva cominciato la sua carriera come **avvocato del re**, ovvero facente parte di quella cerchia di persone incaricate di difendere gli interessi del re nel processo (simili agli attuali p.m. italiani). Luigi XV avrebbe voluto redigere una grande ordinanza sul diritto privato, all'epoca disciplinato in larga parte dal diritto comune, ma D'Aguessau riteneva quest'operazione impossibile a causa della vastità e complessità della materia. E' curioso che l'operazione in realtà sia stata compiuta circa 70 anni dopo: **Code Napoleon:** gli storici attribuiscono la sua stesura al fatto che D'Aguessau a Napoleon si sia verificata la rivoluzione francese.

D'Aguessau propone comunque al Re di procedere per gradi e redige così tre ordinanze su tre argomenti di diritto privato:

- **successioni/testamenti**
- **donazioni**
- **fedecommessi** : istituti giuridici volti a conservare l'integrità del patrimonio familiare. L'erede del fedecommesso non può usare i beni ricevuti ma deve limitarsi a proteggerli, conservarli e tramandarli, con la conseguenza di proprietari di patrimoni immensi incapaci di mantenersi quotidianamente non potendo intaccare tutti i loro beni che erano vincolati: fedecommessi istituti cruciali, per questo D'Aguessau se ne occupa.

Le ordinanze si presentano più che altro come indicazioni ai giudici sul modo di risolvere controversie riguardo questi tre argomenti, in modo che i cittadini recuperino fiducia nei confronti dell'ordinamento, il diritto sostanziale non viene praticamente toccato.

Accanto a D'Aguessau bisogna ricordare **Pothier**, giurista d'epoca illuminista ma non illuministico di dottrina: egli viene individuato dal Cancelliere come una persona potenzialmente in grado di innovare l'ordinamento giuridico.

Nel **1679** Luigi XIV aveva istituito una cattedra regia di diritto francese, che avrebbe dovuto avere ad oggetto proprio le ordinanze regie: Pothier viene chiamato per primo a ricevere la cattedra e

allora si pone il dubbio di cosa insegnare. Alla fine si concentra sulle varie consuetudini e miscellanea di diritti positivi vigenti in Francia cercando di delineare tratti accomunanti, affinché agli studenti sia data un'idea unitaria del diritto francese; le consuetudini francesi erano comunque state tutte messe per iscritto nel XVI secolo, ma Pothier non esamina le singole consuetudini locali nella loro individualità, preferendo partire dal singolo istituto di diritto privato e commentarne le differenti discipline in ogni consuetudine locale. La sua attività di insegnamento si accompagna quindi alla stesura di trattati monografici sui singoli istituti giuridici disciplinati secondo ogni consuetudine: da qui mette in luce la non-padronanza degli istituti da parte dei soggetti che ne fanno uso. Inoltre Pothier recupera la **dottrina del dominio diviso** dal Medioevo, secondo cui su un unico bene insistono più pretese da parte di più soggetti di cui in realtà nessuno o quasi è proprietario: si distingue tra chi ha la titolarità del bene e chi invece ne ha l'uso diretto e utile. Egli sostiene che proprietario di un bene sia da considerare chi ne ha il dominio utile. Un "inceppo" si pone con la Rivoluzione Francese, quando i beni dei nobili vengono espropriati e messi all'asta: il contadino che ha coltivato per anni un terreno se ne vede privato, pur potendo partecipare all'asta se fornito dei mezzi adeguati. La Rivoluzione francese è una Rivoluzione della proprietà, a cui Pothier aveva in un certo senso preparato il campo iniziando a chiamare "proprietario" l'utilista. Scrive il trattato "Trattato del diritto del dominio di proprietà".

Nel '700 si estingue la casata d'Asburgo di Spagna: Milano passa sotto gli austriaci e a Napoli sale al trono **Carlo III di Borbone**.

Nel **1714** nasce il regno di Sardegna (Piemonte + Sardegna) sotto il re Vittorio Amedeo di Savoia che per prima cosa interviene sul sistema giuridico vigente avvalendosi dei giuristi più insigni in circolazione. Il suo segretario di guerra propone anzitutto di emanare ordinanze in tema di diritto processuale: nel giro di pochi anni vengono emanate delle **Regiae Constitutiones** la cui prima edizione risale al 1723, intendendo costituzioni semplicemente come leggi (seconda edizione: 1726, terza edizione: 1770). Si occupano principalmente di diritto processuale, di diritto sostanziale penale, di materia fiscale e feudale e disciplinano anche la sfera religiosa con un occhio particolare agli ebrei. Tutti gli atti sono bilingua, francese e italiano; essi sanciscono il sistema pluralistico delle fonti, comprendendovi esplicitamente le sentenze dei tribunali supremi, cioè i Senati di Torino e Savoia. Il Re di Sardegna dà una sua gerarchia delle fonti, tra le quali rientrano **fonti giurisprudenziali**.

Illuminismo giuridico

In Italia nel 1742 viene pubblicato il saggio "Dei difetti della giurisprudenza" ad opera di **Lodovico Antonio da Muratori**; egli mira ad evidenziare i difetti del sistema giuridico a lui contemporaneo al fine di risolverli o limitarli - alcuni sono immodificabili, a causa della natura litigiosa dell'uomo e della individualità di ciascun giudice. L'opera del Muratori ottiene un enorme successo di pubblico grazie anche al tono discorsivo e brillante: l'opinione pubblica inizia a prendere coscienza dei problemi socio-giuridici, infatti eguale successo avrà l'opera del 1764 "Dei delitti e delle pene" di Cesare Beccaria.

Muratori, "Pre-illuminista" non propone una riforma del sistema, ma una sistemazione.

Voltaire suggerisce, in ottica illuminista, di bruciare le proprie leggi e riformarle, come era successo con l'incendio di Londra del XVII secolo.

La **cultura dei Lumi** nasce in Francia ma di fatto si sviluppa fuori dalla Francia, precursore ne è considerato **Montesquieu** che nel 1748 pubblica "**Lo spirito delle leggi**" una sorta di vademecum rivolto ai sovrani, accolto tuttavia dai sovrani orientali piuttosto che da quelli francesi (Luigi XV e Luigi XVI). La stessa dicitura "cultura dei lumi" deriva dalla credenza che il lume della ragione possa aiutare l'uomo ad affinare il proprio *modus vivendi*, scacciando le tenebre dell'ignoranza. Secondo **Kant** l'illuminismo è l'uscita dell'uomo da uno stato di minorità imputabile a sè stesso: **sapere aude** ciò che accomuna gli illuministi è la loro fiducia nella RAGIONE e nell'ESPERIENZA, tralasciando dogmi e dottrine.

Montesquieu non studia solo sui libri, ma viaggia e osserva le forme di governo degli stati allora conosciuti, in particolare l'Inghilterra che diventa più o meno il modello dell'illuminismo francese. Nell'ambito del diritto penale inglese, Montesquieu resta particolarmente colpito dal fatto che a giudicare (sul fatto) sia una giuria popolare: essa si paventa allora come soluzione ai problemi degli ordinamenti continentali.

L'illuminismo è una "cultura da salotto" non nasce riferita peculiarmente all'ambito giuridico ma finirà per tangerlo, lo stesso Montesquieu se ne era comunque interessato, mettendo in luce la rilevanza del diritto penale, teorizzando la separazione dei poteri (in particolare quello giudiziario), definendo tre tipi di governo (dispotico, monarchico, autoritario). La legge, espressione di ragione, viene posta su un piedistallo con il giudice automa alla base, il cui compito è semplicemente dare voce alla legge ("giudice bocca della legge"), inoltre la legge necessita di essere **buona**, intesa come tale prettamente dal punto di vista filosofico. Sempre nell'Esprit de Loi Montesquieu definisce le leggi come "i rapporti generali che derivano dalla natura delle cose, da cui deriva che ogni essere ha le sue leggi": dunque le leggi non sono espressione solo della volontà dei sovrani ma anche di una serie di altre variabili. Esse devono comunque essere razionali e devono essere poste al di sopra di tutto.

A differenza di Montesquieu, **Voltaire** per lunghissimo tempo non si era interessato di diritto pur avendolo studiato, anche a causa del suo continuo vagare tra le corti europee; la sua attenzione al mondo giuridico viene risvegliata da quella ondata di crescente interesse dell'opinione pubblica verso le problematiche dell'ordinamento giuridico. In particolare in quegli anni suscita attenzione l'**Affaire Calas** di Tolosa: era stato giustiziato un uomo solo sulla base di indizi, e per cercare di salvare almeno la memoria la famiglia si rivolge a Voltaire, il quale si documenta approfonditamente sul processo arrivando poi a scrivere il "Trattato della tolleranza", incentrato soprattutto sulla tolleranza **religiosa** (cfr. affaire Calas).

Inizia così ad interessarsi alla problematica giuridica, smuovendo e **spingendo** verso riflessioni ulteriori senza però fare proposte alternative concrete, si limita a criticare lasciando ai suoi destinatari la libertà di scegliere come intervenire. La sua missione politica consiste nel combattere **fanatismo, superstizione e intolleranza**.

Nell'area tedesca - impero Asburgico - si leggono le opere del giusnaturalismo sei/settecentesco e la cultura dei lumi diventa la guida del governo, a differenza della Francia dove l'Illuminismo resta una cultura **astratta**, di mera critica.

Perché? Nei primi del '700 la Prussia inizia a propugnare una foto politica espansionistica conquistando man mano sempre più potere e territorio, divenendo in breve lo Stato più forte dell'area tedesca sotto la guida di Federico Guglielmo prima e di Federico II dopo: quest'ultimo capisce che se vuole conservare la stabilità del potere deve ispirarsi a nuovi criteri di governo e precisamente quelli precettati dai philosophis illuministi. La cultura illuminista trova dunque in Prussia terreno fertile, aprendo una stagione di riforme: fuori dalla Francia, l'Illuminismo diventa **riformismo**.

L'area dell'Europa centrale "rivale" della Prussia è l'Impero asburgico, la cui capitale, Vienna, si è ripresa ed è rinata dall'assedio turco della fine del XVII secolo.

Maria Teresa d'Austria è l'imperatrice che si dedica a riformare l'impero per meglio governare: il percorso iniziato da Maria Teresa condurrà alla compilazione del **Codice Asburgico del 1811**. Nonostante l'impronta illuminista dei loro regni, comunque, tanto Maria Teresa quanto Federico II non rinunciano al loro potere in toto, restano in ogni caso sovrani assoluti.

Diversamente la pensava **Rousseau**, che scrive "**il contratto sociale**" nel **1762**: la tesi sostenuta è che l'uomo, pur nascendo libero, di fatto vive incatenato a causa del contratto sociale stretto tra gli uomini per dare origine alle odierne società (cfr. teoria giusnaturalista di Grozio). Quando gli uomini scrivono il patto sociale, mettono a disposizione tutti i loro beni, tutti i loro diritti e anche doveri aspettandosi ricompense simmetriche. La gestione di questo paniere comune deve essere di tutti, indistintamente e direttamente, per mezzo di meccanismi di rappresentanza diretta. Dire in Francia che è il popolo ad essere sovrano è praticamente impossibile anche a causa della natura socio-politica del paese: Rousseau infatti veniva da **Ginevra**, che a causa delle sue ridotte

dimensioni poteva tranquillamente praticare la rappresentanza diretta, assolutamente impensabile e impraticabile in uno Stato come la Francia. Rousseau non pensa assolutamente ad una rivoluzione, muore vent'anni prima della RF, eppure il contratto sociale viene praticamente ? dai giacobini: il suo intento è semplicemente spiegare che, a suo parere, se si vuole che l'ordinamento funzioni bisogna attribuire la sovranità al popolo.

Molti esponenti della cultura dei lumi credono nell'esistenza di un diritto naturale razionale: tornare a questo significa dare un'impronta razionale all'ordinamento per mezzo dello strumento della legge.

In Italia i maggiori centri della cultura illuministica sono Milano (cerchia dei fratelli Verri?) e Napoli. Nel salotto dei Verri si riunisce l'**Accademia dei Pugni** dove si discute delle correnti circolanti all'epoca in Europa; cominciano in seguito a pubblicare la rivista *Il Caffè*. All'epoca Milano rientrava sotto il Governo degli Asburgo d'Austria, casata "illuminata" con cui però spesso i milanesi si troveranno in disaccordo.

A Napoli contemporaneamente arriva **Carlo di Borbone** animato da spirito riformatore, ma la sua politica non ottiene successi a causa della resistenza della classe magistratuale - Bernardo Tobucci, ministro, propone che i giudici motivino le sentenze, ma nessuno applica questo dispositivo.

Tra gli intellettuali attivi a **Napoli** spiccano **Mario Pagano e Gaetano Filangeri**, che per primo dopo aver letto Montesquieu propone l'introduzione di una giuria penale.

La Toscana dei Lorena? è un esempio di riformismo: Pietro Leopoldo, figlio di Maria Teresa, abolisce tortura e pena di morte (1786). Sono della Toscana i maggiori penalisti dell'800 italiano. Sostanzialmente la cultura dei lumi è una cultura di opposizione al potere; in Francia l'autorità, salvo gli interventi di D'Aguessau, non recepirà le istanze provenienti dagli Illuministi. In Prussia invece si pone in essere un piano di riforme dell'intero ordinamento, a partire da Federico Guglielmo, ma soprattutto sotto Federico II: si trattava di creare un'architettura istituzionale nuova per uno stato che era nuovo in quanto risultante da continue espansioni territoriali. Era necessario ridimensionare il potere arbitrale dei giudici e il complesso e pluralistico sistema delle fonti: punto di partenza: **riforma dei tribunali e delle procedure**. **Federico II** idealizza la figura del "buon giudice" sottoposto solamente alla legge. I giudici vengono scelti sulla base di un concorso (meritocrazia) e non dalla loro posizione personale. Riformata l'amministrazione della giustizia, si passa alle norme procedurali e infine al diritto sostanziale, in particolare il diritto privato, fino ad allora appannaggio del *ius commune* e della dottrina che vi si era sviluppata.

Il re sostiene che un buon sovrano deve stabilire leggi favorevoli tese alla **pubblica felicità** dei sudditi; devono essere chiare e poche, quelle penali devono essere benevole. Federico si rivolge ai suoi funzionari affinché concretizzino quanto da lui teorizzato, in particolare fa affidamento a un vecchio consigliere del padre, **Cocceio**, a cui chiede una compilazione completa di diritto che sostituisca in toto il diritto romano comune, che sia chiara, semplice e poco prolissa. La compilazione richiesta a Cocceio è ? al concetto ottocentesco di codificazione, ma presenta la problematica di essere una novità, quindi deve collegarsi ad un punto di partenza da individuare visto che il *ius commune* andava messo da parte.

Cocceio, partendo dalle idee di Pufendorf, scrive intorno al **1750-51** il **Codice Federico** che però viene rigettato dal sovrano poiché gli sembrava una semplice rivisitazione del diritto romano, mentre lui si aspettava un testo normativo ispirato alle tradizioni giuridiche consuetudinarie attagliate al territorio. Vigeva intanto una separazione tra ceti (contadini-cittadini-nobili) che comportava chiaramente e inevitabilmente disuguaglianze di diritto privato che Federico vuole mantenere poiché tipico della civiltà prussiana e trascurato invece da Cocceio, che aveva ipotizzato norme uguali per tutti. Sostanzialmente il progetto viene archiviato ma il testo viene comunque tradotto in francese e diffuso in Europa con valenza meramente conoscitiva. Intanto i progetti avviati da Federico culminano con la redazione dell'**ALR (1794)**, considerato da molti il primo dei codici moderni, in vigore fino al 1900. Anzitutto esso conserva il particolarismo giuridico soggettivo basato sulla divisione per ceti; non tratta solo di diritto privato, ma anche di diritto penale e fiscale, inoltre inoltre si pone non come unitaria fonte del diritto ma come sostitutivo del diritto romano comune, comportando quindi il mantenimento del pluralismo di fonti seppur

semplificate e ridimensionate. Allora perché considerarlo il primo codice? Poiché per la prima volta si pensa di riformare il sistema dandovi una disciplina completa e chiara.

Austria

In Austria la stagione delle riforme è molto lunga: inizia con **Maria Teresa** intorno al **1740 (regna tra il 1740 e il 1780)** e finisce con **Leopoldo nel 1792 (regna tra il 1790 e il 1792)**. Ed è inoltre osteggiata dal ceto dei patrizi, i quali erano per lo più giureconsulti e titolari delle magistrature più importanti.

Maria Teresa d'Austria governa l'impero variegato e plurale venuto fuori dal drammatico assedio turco di Vienna: la capitale ora sta rinascendo e la Corona è consapevole di fronteggiare una popolazione variegata per etnia e religione, cosa di cui tiene invariabilmente conto anche in fase di redazione codicistica. Maria Teresa parte anch'ella dalla riforma dei tribunali e delle procedure e in seguito passa alla normativa, con la differenza rispetto a Federico di "testare" il riformismo prima nei territori tedeschi e poi di trasporlo tramite i funzionari in tutti i territori dell'impero, inoltre una seconda differenza è quella di separare i vari settori del diritto, progettando un codice civile e uno penale.

Con particolare riferimento al mondo giuridico, in Austria si procede secondo lo stesso ordine che si stava seguendo in Prussia: si cerca di formare un ceto di funzionari fedeli al Re, si riformano i tribunali, si riformano tempi e procedure dei processi (si promulga una sorta di codice di procedura civile e penale, proprio negli stessi anni in cui in Prussia viene promulgata la norma sul processo civile). Il tutto per arrivare a metter mano al diritto sostanziale. Però non come in Prussia, dove l'ALR disciplinava insieme diritto privato, feudale e penale. Ma l'Austria accoglie l'idea giusnaturalista, poi illuminista, di separare i diversi settori del diritto, di qui l'inedito progetto di fare un codice civile e un codice penale.

Quanto ai progetti di codificazione occorre distinguere tra i vari settori del diritto:

- **1781** regolamento **giudiziario civile**
- **1788** regolamento del **processo penale** (in sostanza due codici, l'uno di procedura civile, l'altro di diritto penale). Per il diritto penale nel **1787** entra in vigore il codice penale di Giuseppe II. La codificazione del diritto civile è la parte più difficile, pertanto è molto lunga e procede per tappe intermedie: Teresiano del 1766, Giuseppe II e il Codice giuseppino del 1786, Leopoldo II e il Progetto Martini del 1794, infine l'ABGB del 1811.

Nel **1753** Maria Teresa installa in Moravia una commissione incaricata di scrivere un testo unitario di diritto civile che si sostituisca alle vigenti fonti del diritto e che tenga conto dei **diritti territoriali**, del **diritto romano comune** e inoltre anche del **diritto di ragione**.

Questa commissione lavora prima in Repubblica Ceca e poi si trasferisce a Vienna, lavorando molto lentamente perché non sapevano da dove cominciare.

Nel **1765** Maria Teresa associa al trono il figlio Giuseppe II.

Presentano comunque all'imperatrice nel 1766, a tredici anni dall'installazione della commissione, il progetto **Teresiano**, composto da migliaia di articoli divisi in otto volumi, che rappresenta una tappa fondamentale nella storia della codificazione asburgica:

- è scritto in tedesco, non in latino;
- raccoglie tutta la normativa vigente di diritto privato;
- vuole dare al diritto privato una disciplina esclusiva ed unitaria.

Questo testo viene duramente criticato:

- dal punto di vista della **forma**, perché troppo esteso, prolisso ed oscuro;
- dal punto di vista della **sostanza**, perché non innovativo e pieno di rinvii a fonti esterne.

Tuttavia, pur non entrando mai in vigore - definitivamente respinto nel 1771 - rappresenta un momento importante: d'ora in poi chi s'accinge a scrivere un codice civile e vuole sapere quali materie sono da includere e quali no, quindi quali materie sono di diritto privato e quali no, fa riferimento al **Teresiano**.

Nel 1772 Maria Teresa istituisce una seconda commissione e la incarica di scrivere un testo fondato su principi e regole di diritto naturale e che sia coinciso, chiaro ed immediato.

Si sceglie quindi la tripartizione gajana per suddividere le norme di diritto privato, di cui tralaltro ora si cerca di delineare e definire i confini. Ad esempio la tutela, fino ad allora a metà tra pubblico e privato, viene assegnata definitivamente al diritto privato.

Il **Codex Theresianus** consisteva di tre parti:

- Diritto delle persone;
- Diritto alle cose e ai beni reali;
- Obbligazioni.

La peculiarità di questo codice è quella di individuare il diritto privato così come lo intendiamo noi, inoltre a differenza del Codice Federico prevede trattamenti uguali per tutti poiché il sovrano che concede il codice mira alla semplificazione della gestione dell'apparato amministrativo. Negli anni del Theresianus Maria Teresa associa al trono il figlio Giuseppe II che governa da solo nel decennio giuseppino (1780-1790).

Nel 1787 Giuseppe II mette in vigore un codice penale, **La Giuseppina**, che accoglie i principi fondamentali del diritto penale moderno, pertanto considerato il **primo codice penale moderno**:

- Principio di legalità del reato e della pena;
- Principio dell'irretroattività della legge penale;
- Riduce le fattispecie criminose punite con la pena di morte;
- Subordinazione del giudice alla legge.

In materia privatistica lascia lavorare la commissione istituita dalla madre, ma nel mentre interviene con degli editti relativi alle materie che riteneva dovessero essere urgentemente riformate.

Tra il 1781 e il 1789 emana 5 editti:

- **1781 Editto di tolleranza:** nonostante il cattolicesimo rimanga il culto dominante, vengono elencati gli altri culti ugualmente ammessi.
- **1783 Editto sul matrimonio:** viene esteso anche alla Lombardia austriaca, sancisce la natura contrattuale del matrimonio (è il matrimonio civile, che non esisteva più dai tempi dei romani prima del cattolicesimo).
- **1786 Editto in materia successoria**
- **1786 Editto sulla libertà commerciale**
- **1789 Editto sui riscatti fondiari:** per favorire la compravendita e quindi la circolazione dei beni immobiliari rigidamente vincolati ai rapporti feudali.

Nel 1786 egli fa pubblicare il **Codice civile giuseppino** che:

- non è un codice completo, ma solo il primo libro (cittadinanza, matrimonio, filiazione, patria potestà, tutela, curatela) del progetto di codice messo a punto dalla commissione seconda nominata da sua madre;
- entra in vigore solo in alcuni stati orientali della monarchia asburgica e a titolo di prova:

Giuseppe II muore nel **1790**, quindi non riesce a portare a termine il progetto di codificazione del diritto civile, mancavano secondo e terzo libro.

Il progetto viene ripreso dal fratello Leopoldo II e in particolare dal fido collaboratore Martini, giurista, esponente di primo piano della cultura giusnaturalista tedesca-austriaca, professore a Vienna di diritto naturale e soprattutto precettore di Leopoldo quand'era ragazzo. Marini rielabora il progetto di Giuseppe II e questa rielaborazione prende il nome di Progetto Martini, è del 1794, entra in vigore nel 1797 solo nella regione della Galizia e a titolo sperimentale. In seguito diventa il Codice civile galiziano (codice moderno: abroga il diritto romano comune, disciplina in materia unitaria ed uniforme il solo diritto privato, si conforma di dettami del diritto di natura), il quale è l'immediato precedente del Codice civile asburgico del 1811 (che dopo la caduta di Napoleone entra e rimane in vigore per un cinquantennio anche nel Regno lombardo-veneto).

Il **reformismo asburgico** si manifesta secondo gli stessi criteri e principi anche nei territori sottoposti al dominio austriaco agli inizi del 1700.

Nella **Lombardia austriaca**, governata dagli spagnoli fino alla guerra di successione spagnola agli inizi del '700, Maria Teresa e il primo ministro **Kaunitz** cercano di attuare riforme dell'amministrazione pubblica, della burocrazia e dei tribunali, in virtù di quei principi di buon governo che stanno applicando in Austria. Con l'espressione **scienza cameralistica** si indica la cultura nuova di quei funzionari che, avendo studiato diritto naturale all'università e condividendo le idee degli illuministi, predicavano riforme dell'amministrazione, del sistema fiscale e dei tribunali, ed è esattamente quello che Maria Teresa cerca di fare in Lombardia.

Attua un'importante riforma del catasto, che cambia radicalmente il sistema di tassazione: cerca di fare innanzitutto un censimento della ricchezza fondiaria e applica un tributo proporzionale alla ricchezza di ogni singolo immobile. Prima per soddisfare le continue esigenze di liquidità del Re di Spagna, i governatori spagnoli erano soliti appaltare l'esazione delle tasse ai nobili, i quali appunto diventando appaltatori dello Stato, anticipavano al Sovrano i tributi per poi rivalersi essi stessi direttamente sui cittadini. Quindi il sistema previdente non era di certo improntato sull'uguaglianza dell'imposizione fiscale, ma piuttosto si caratterizzava per i privilegi proprio dei più ricchi e potenti. Cerca di fare una riforma in materia di fedecommissi al fine di liberalizzare la terra. Cerca di abolire la tortura anche a Milano, come aveva già fatto in Austria, ma non ci riesce perché il Senato si oppone affermando di non poter efficacemente amministrare la giustizia senza il ricorso alla tortura.

Maria Teresa perseguiva una politica di attento equilibrio tra le tendenze riformistiche e le antiche tradizioni radicate nel vastissimo e disomogeneo territorio che si trovava a governare. Al contrario Giuseppe II intervenne in maniera molto più incisiva e radicale sia in Austria che in Lombardia, tanto che addirittura dall'oggi al domani arriva a far chiudere il Senato milanese che non voleva uniformarsi a quel riformismo illuminato.

Giuseppe II è il tipico esponente del giurisdizionalismo: attua una politica ecclesiastica volta ad estendere la giurisdizione e il controllo dello Stato sulla vita e sull'organizzazione della Chiesa. Tende a considerare anche la Chiesa un'opera dello Stato. Estende i progetti di riforma e razionalizzazione anche a materie fino ad allora di competenza esclusiva della Chiesa, come ad esempio il matrimonio e la formazione del clero.

Nell'editto sul matrimonio dice che il matrimonio è un contratto civile e nonostante sia celebrato dal sacerdote secondo il rito confessionale, vale come contratto civile perché il Sovrano dà al sacerdote celebrante la funzione di pubblico ufficiale. Fa chiudere monasteri e conventi, fa chiudere il seminario che c'era e ne istituisce uno statale.

Questa politica di riforme si rivolge anche all'**Università di Pavia**, dove si formava la classe dirigente lombarda. Da tempo si era affermata la prassi per cui la laurea in giurisprudenza era conferita dal Collegio dei nobili giureconsulti di Milano (che inoltre da secoli monopolizzava l'accesso alle cariche giuridiche: per diventare Senatori, bisognava esservi iscritti, quindi accolti dal Collegio.) **Maria Teresa e Giuseppe II** cercano di porre fine a questa prassi, ma al solo, principale scopo di sottrarre potere ai patrizi, a quei patrizi che si opponevano alle riforme.

Gli **illuministi lombardi** (i fratelli Verri e Beccaria) s'inseriscono in modo un po' anomalo in questo contesto: sono tutti esponenti del ceto patrizio, concordano con lo spirito riformistico di Maria Teresa e Giuseppe II, ma poi spesso nella prassi si smentiscono.

Beccaria scrive contro i fideicommissi, per l'uguaglianza dei figli, però poi litiga per vent'anni con i fratelli per i diritti di primogenitura sul patrimonio paterno.

Pietro Verri è un economista e condivide le riforme finanziarie ed economiche prospettate dal Supremo consiglio di economia appositamente istituito a Milano, ma poi nel momento in cui sono in gioco i suoi interessi personali e patrimoniali, sfoggia un atteggiamento non più così propenso al riformismo.

Quando Giuseppe II parla di introdurre il codice penale del 1787 anche in Lombardia, gli Illuministi lombardi si oppongono, si schierano con la classe patrizia, con gli ex-Senatori e in particolare criticano la disumanità delle pene e certe categorie di reati.

Nel **1796** Napoleone arriva nella Lombardia austriaca a capo dell'armata d'Italia e porta la rivoluzione francese.

La **Toscana** è un'altra regione che viene investita dalle riforme degli Asburgo. Estinta la dinastia dei Medici, Francesco Stefano di Lorena viene messo sul trono di Toscana, questo poi sposa Maria Teresa d'Austria, diventa imperatore, ma comunque continua a governare il Gran Ducato di Toscana.

Dopo di lui diventa Gran Duca, alla giovane età di 18 anni, **Leopoldo II**, noto come **Pietro Leopoldo di Toscana** e nel 1790 diventa imperatore d'Austria.

Attua delle riforme soprattutto nel campo del processo e del diritto penale.

Nel **1786** emana la **Leopoldina**: testo di procedura e diritto penale insieme, che riforma il diritto penale toscano; non è un codice penale moderno, ma è molto importante perché è il primo in Europa ad abolire la tortura e la pena di morte (Maria Teresa aveva abolito la tortura in Austria, ma non c'era riuscita in Lombardia, il codice penale promulgato durante la rivoluzione francese mantiene la pena di morte).

Nonostante dopo poco il successore di Leopoldo reintroduca la pena di morte (ne momento in cui viene incoronato imperatore d'Austria e lascia la Toscana, scoppiano dei tumulti che mettono in pericolo il dominio asburgico sul territorio), quella toscana rimane comunque la tradizione più antica contro la pena di morte.

La Rivoluzione francese

Il Re è costretto a convocare gli Stati Generali per farsi approvare riforme di natura finanziaria: la convocazione era una prassi fino alla monarchia del Re Sole che aveva deciso di governare da solo.

Nell'**agosto del 1789** l'**Assemblea nazionale** promulga la **Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino**, prima di un qualsiasi testo costituzionale, che si inserisce sulla stessa linea del Bill of Rights e delle carte susseguite all'indipendenza americana.

Con la **Rivoluzione americana** i diritti naturali dell'uomo per la prima volta venivano messi per iscritto in una Carta fondamentale. Uno dei coredattori, **Thomas Jefferson**, aveva letto opere di Locke e conosceva dunque le dottrine del giusnaturalismo maturo del continente; inoltre Jefferson era stato in Francia per molti anni. Si desume che la Dichiarazione dell'89 abbia tratto ispirazione proprio dalla carta americana: circolarità delle idee dall'Europa agli Stati Uniti e poi di nuovo in Europa.

I diritti "semplici e incontestabili" devono essere messi per iscritto al fine di mantenerli presenti, essi sono:

- **Libertà;**
- **Proprietà;**
- **Sicurezza;**
- **Resistenza all'Oppressione.**

La proprietà e la resistenza all'oppressione li ritroviamo già in Locke. Art. 6 "Legge espressione della volontà generale" già teorizzato da Rousseau.

Dalla dichiarazione i deputati agiscono e legiferano in fede ai principi in essa espressi.

Nel decennio 89-99 è fortissimo il sentimento anti-giurisprudenziale, ovvero un'avversione ai giuristi e al mondo della giustizia così come si presentava all'epoca; secondo **Robespierre** "un giurista deve aspirare a diventare inutile", poiché intento della Rivoluzione è riformare il sistema rendendolo così chiaro e semplice da rendere superflua la presenza dei giuristi.

Il periodo dal 1789 al 1794 è considerato la fase ascendente della Rivoluzione, culminante con la dittatura del Comitato di Salute Pubblica; nell'estate del 1794 Robespierre viene fatto cadere e viene processato per aver tradito lo spirito rivoluzionario.

Si apre quindi la seconda fase, detta del liberalismo moderato, in cui il governo è esercitato da un Direttorio con tendenze più moderate ma attaccate ad alcune conquiste, figlie della Rivoluzione.

Questa fase si conclude nell'autunno del 1799 con il colpo di stato di Napoleone.

Durante il decennio, le Assemblee, organizzate in Comitati, promulgano migliaia di leggi; molti membri dei suddetti comitati sono giuristi che così contribuiscono notevolmente con la loro scienza alla legiferazione.

Nel 1790 viene emanato il Decreto sull'organizzazione della giustizia: i giudici, nell'interpretazione normativa, devono attenersi alla lettera alla legge e in caso di non adeguatezza possono solamente rivolgersi direttamente all'organo legislativo: **Referé Legislatif**.

Tuttavia il sistema non ingrana, poiché dovendosi sistematicamente interrompere il processo per risolvere dubbi interpretativi, i tempi si dilungano sconsideratamente. Inoltre il sistema del *separé* compromette la separazione dei poteri, poiché di fatto si chiede al legislatore di interpretare una norma.

Nel 1789, accorsa? il Luglio la Rivoluzione, l'anno giudiziario non ricomincia (come abitualmente succedeva il giorno di San Martino) e al contempo le cariche giudiziarie vengono private della venalità, i processi diventano pubblici e gratuiti, sorge l'obbligo di motivare la sentenza.

Nasce il Tribunale di Cassazione, al fine di custodire e conservare la legge (giudizi di legittimità): la sua nascita è sancita nel suddetto Decreto del 1790.

La terza e più dirimpente novità a cui il Decreto del 1790 dà vita è l'introduzione della **giuria popolare**. **Robespierre e Dupont** la volevano sia nel civile sia nel penale, ma alla fine viene introdotta solo nel penale col compito di giudicare sul fatto; fino ad allora le regole dell'ordinamento penale seguivano quelle istituite ai tempi di Luigi XIV, ora si comincia a riformare l'intero processo penale culminando con l'emanazione di un **Codice di Procedura Penale nel 1795**.

Queste riforme non bastano: si avverte necessaria la redazione di codici.

Si legge già nella Costituzione del 1791 l'intenzione esplicita di redigere un codice civile ed uno penale, quest'ultimo emanato anch'esso nel 1791, mentre in campo di diritto privato si assiste ad una serie di interventi legislativi mirati, seppur slegati l'uno dall'altro.

Un campo di intervento importante è quello del diritto di famiglia relativamente agli immensi (all'epoca) poteri del *pater familiaa*, fino all'abolizione della patria potestà.

Vengono inoltre equiparati i figli legittimi e naturali nelle successioni *mortis causa*.

Si svuota il significato del testamento poiché visto come maggior strumenti di discriminazione all'interno delle famiglie.

Vengono abolite le corporazioni di arti e mestieri, ogni cittadino è lasciato libero di svolgere la professione di suo gradimento.

Tra il '90 e il '91 il matrimonio, fino ad allora esclusivamente religioso, diventa anche civile contemplante la scindibilità, viene dunque introdotto anche il divorzio (dovuto anche a incompatibilità caratteriale).

Tutto il diritto a metà tra Rivoluzione e Napoleone viene chiamato **diritto intermediario**.

Viene nominata una commissione con lo scopo di redigere un codice civile. Tra i suoi membri spicca **Cambaceres, "Il camaleonte"**, deputato del centro, cioè della fazione della Palude, scelto per la sua brillantezza e conoscenza giuridica nel 1793. Non è comunque molto chiaro ciò che si vuole lui componga, anche se sicuramente punto di partenza deve essere l'uniformità d'applicazione del diritto contenuto nel testo. Egli conosce il Federico e il Theresianus, tuttavia deve fronteggiare non un monarca illuminato ma un governo rivoluzionario.

Riesce perciò nel 1793 a presentare al Comitato un progetto di circa 700 articoli che riassumono il diritto intermediario fino ad allora promulgato e orchestrato sullo scheletro del diritto romano comune.

Il primo progetto di Combaceres si divide in tre libri secondo la tripartizione gajana: esso viene rifiutato perché troppo lungo, ciò che serve è una sorta di tavola di principi che rappresenti la chiave di lettura per tutta la legislazione post-rivoluzionaria.

1794 Secondo Progetto di Combaceres: presentato appena dopo la caduta di Robespierre, quindi non risponde agli ideali e ai principi perseguiti dai membri del Direttorio, ora al Governo. E' un testo breve, meno di duecento articoli, denso di norme di principio.

1796 Terzo Progetto di Combaceres: in un clima politico ormai totalmente diverso. Gli anni del terrore avevano suffragato la teoria hobbesiana? dell'uomo homini lupus, dunque risulta necessario sedarlo in certi campi.

Lettura di **Bentham**: nel T.P. di C. si legge in molte norme la consapevolezza della ? natura dell'uomo: necessità di moderazione, ritorna quindi la patria potestà limitata nei poteri e nel tempo poiché termina con la maggior età del figlio (**funzione pedagogica della legge**).

Tuttavia **Combaceres**, temendo che anche questo progetto resti stagnante, lo ritira, e stavolta bisognerà aspettare l'avvento di Napoleone.

Saint-Just "le rivoluzioni sono più un fatto delle leggi che un fatto delle armi".

Alcuni giuristi elaborano progetti privati di codice, il più significativo è quello di Target, avvocato che aveva rifiutato il ruolo di difensore del Re dopo la fuga di ?.

Codice civile asburgico

1753: Maria Teresa nomina una prima commissione.

1756: Maria Teresa nomina una seconda commissione.

1771: bocciatura del Theresianus perché troppo legato alle tradizioni giuridiche passate e prolisso.

1772: i lavori riprendono ma non decollano almeno fino al 1780, quando Giuseppe II succede alla madre. Per riformare il diritto civile procede su un doppio binario: procede con la codificazione e interviene con editti in determinati settori, di matrice giusnaturalista.

1781 Editto di Tolleranza: religione cattolica dominante ma pari diritti alle altre.

1783 Editto Matrimoniale: il diritto matrimoniale diventa attribuzione del diritto statale (**giurisdizionalismo**).

1786 Editto Successorio: uniforma la disciplina successoria secondo il modello della famiglia borghese.

1786 Editto Commerciale: toglie il monopolio alle corporazioni.

1789 Editto sui Riscatti Fondiari

Contemporaneamente incalza la commissione nominata dalla madre.

1786 Codice Giuseppino in Austria e Galizia, dedicato al diritto delle persone e della famiglia; le norme contengono postulati giusnaturalisti e illuministi.

Tuttavia succede il fratello **Leopoldo**, già **Granduca di Toscana**. Egli affida i lavori a **Carlo Antonio Martini**, precettore dei figli di Maria Teresa e professore di diritto naturale a Vienna. Egli in quattro anni realizza un progetto completo di Codice che procede nel solco dei predecessori; disciplina solo il diritto privato e inoltre lascia spazio sia alle consuetudini regionali, sia all'interpretazione giurisprudenziale. Non realizza completamente l'obiettivo del destinatario unico della norma. Martini prevede che in caso di lacune l'interprete possa far riferimento ai principi generali della legge che costituiscono la chiave di apertura del progetto, a sua volta tripartito in:

- 1) **Persone;**
- 2) **Cose;**
- 3) **Contratti.**

Può sembrare che i principi generali incipitari traggano ispirazione dalla Dichiarazione francese contemporanea.

Il progetto non entrerà in vigore ma una sua rielaborazione entra in vigore nel 1797 in Galizia.

In realtà quando il progetto di Martini è pronto, al trono è già salito Francesco I (1792), figlio di Leopoldo, che non aveva perso di vista l'obiettivo di un codice civile: nel 1801 nomina una Commissione con il compito di revisionare il progetto di Martini presieduta dal Conte di ? ma di fatto guidata da Von Zahler, seguace di Martini e dell'individualismo Kantiano (prevede anche un commento al codice).

Il 1 Gennaio 1812 l'ABGB entra in vigore.

Non si erano mai perse le tendenze giusnaturaliste e illuministe, nella patente di promulgazione dell'abgb si legge l'abrogazione esplicita di tutte le fonti precedenti (diritto comune, Giuseppino, Codice Goliziano e Consuetudini).

Dopo l'ammissione del Lombardo-Veneto, il codice viene tradotto e promulgato anche in questi territori nel 1816.

Nel I libro vi è una parte dedicata a principi generali e una al diritto delle persone, il II libro è dedicato ai diritti sulle cose, il III riguarda le disposizioni comuni al diritto delle persone e delle cose (es: prescrizione).

I principi generali sono di matrice giusnaturalista: cfr sez 7: i postulati del diritto naturale sono considerati pienamente applicabili, ed è stato questo un ottimo strumento per "ammodernare" di volta in volta il codice. Si può quindi dire che l'AGBG è aperto, è **eterointegrabile**, cioè integrabile di fonti contenute nel testo stesso, diverso il codice francese del 1804 che è chiuso, basato su una presunzione di completezza totale.

Il primo libro è dedicato al diritto delle persone, da cui ancora emergono principi giusnaturalistici e illuministi; si vede comunque che rappresenta una società fortemente cattolica, poiché per alcuni istituti, come il matrimonio, recepisce istanze canoniste quali l'assenza di divorzio e l'inscindibilità del vincolo matrimoniale.

La patria potestà è meno soverchiante e si incentra molto sull'educazione dei figli; l'art. 141 indica con precisione i principali compiti di ciascuno dei genitori.

La donna, che gode di maggiore considerazione rispetto al codice francese, non è soggetta all'autorizzazione maritale.

L'ABGB però non abolisce il retaggio feudale dei fedemmessi: si evince la mescolanza di istituti innovativi e del passato. Gli aspetti legati alla tradizione si ritrovano anche nel II libro.

La proprietà è ancora disciplinata nella forma del dominio diviso (art. 357). Un ulteriore retaggio si ritrae nella vendita, art. 426 la proprietà passa di mano? solo con la traditio (superate nel codice francese).

Nella vendita di beni immobili si adotta il sistema tavolare su base reale (diverso francese, sistema tavolare su base personale).

L'ABGB rimane in vigore in Lombardia fino alla 2° guerra d'indipendenza.

1856: in Veneto e in Friuli fino al 1866, in Trentino e in Venezia Giulia fino alla Prima Guerra Mondiale.

Il legislatore generalmente ha un tono paternalistico, infatti si può parlare di norme - principio, diverse dalle norme-comando del codice francese.

Code civil

Già durante la rivoluzione francese si afferma e viene portata avanti dal 1793 l'idea di mettere per iscritto un codice - cfr i tre progetti di Combaceres, l'ultimo dei quali si vuole che disciplini il diritto privato in maniera uniforme, uguale per tutta la Francia e per tutti i cittadini, ? dal concetto e valore di uguaglianza dalla Rivoluzione. Si cerca una mediazione tra tradizione (nei primi anni post 89 totalmente abbandonata) e acquisizioni rivoluzionarie.

Tra il 1796 e il 1799 ci sono dei progetti privati di codice civile (es Target nel 1798).

Nel 1799 Napoleone arriva al potere con il primario obiettivo di porre fine formalmente alla Rivoluzione e testine l'eredità, usufruendo del supporto di giuristi che lo aiutino a dare un'architettura giuridico-legale al nuovo assetto francese. Bisogna ricordare che nel decennio

precedente la figura del giurista era stata declassata ad inutile, l'ordine degli avvocati era stato abolito, in nome della semplicità dirompente della legge.

Napoleone rivitalizza l'intero ceto dei giuristi con una "offensiva di charme" offre loro prestigio e notorietà in cambio del supporto al suo indirizzo politico, che comprendeva anche la stesura di un codice.

I giuristi di alta classe che lui ricerca appartengono alla schiera dei liberal -moderati ostili agli eccessi rivoluzionari e nel 1800 ne sceglie quattro con il **decreto consolare 24 termidoro anno VIII del 12 Agosto 1800**: che incarica una commissione di redigere il progetto del code civil, il quale deve essere poi discusso in sede di Consiglio di Stato, organo presieduto da Napoleone e deputato a cariche di amministrazione e controllo dell'apparato statale; deve poi infine passare dal tribunato e dal Corpo Legislativo (Due Camere) prima di entrare in vigore: iter preciso previsto in Costituzione per l'approvazione dei progetti di legge. I quattro scelti dal decreto passano alla storia come i **quattro artigiani** del Code Civil; presidente della Commissione è **Tronchet**, già presidente della Corte di Cassazione nonché avvocato presso il Parlamento di Parigi prima della Rivoluzione. Napoleone sceglie dunque una persona la cui ampia esperienza ha iniziato a formarsi prima della rivoluzione, conosce dunque le due realtà nonché il mondo giudiziario contemporaneo.

Altri due sono Bigot e Maleville, entrambi giudici di Cassazione ed esperti di diritto romano. Il più importante risulta comunque **Portalis**, provenzale, conoscitore del giusnaturalismo, esiliato durante il terrore e già autore de "L'uso e abuso dello spirito filosofico nel XVIII secolo".

Napoleone dà alla Commissione un limite di tempo di quattro mesi in cui riescono a rientrare perché attingono a tutti i modelli redatti nel decennio rivoluzionario, e attingono alla loro esperienza e preparazione ante-rivoluzionaria Domat, Pothier.

Napoleone vuole il Codice Civile perché si rende conto che la rivoluzione deve essere terminata e contemporaneamente la società francese "appianata" che consenta allo Stato di rafforzarsi e centralizzarsi.

Il Codice è la massa di granito sulla quale edificare il nuovo stato francese, cosa che il sovrano assoluto non era mai riuscito a fare.

In gennaio il testo è stampato e diffuso nei tribunali supremi e viene calendarizzato l'ordine delle sedute di discussione in Consiglio di Stato, a cui Napoleone cerca di presenziare il più possibile (più della metà di 102 sedute).

Napoleone non è giurista per cui egli stesso pretende estrema chiarezza e comprensibilità delle disposizioni e in più stronca discussioni estremamente complesse per far procedere i lavori.

Portalis presenta il progetto e lo accompagna ad un **discorso preliminare** in cui spiega al Cds come la Commissione ha lavorato e su quali principi e tradizioni giuridiche, definendo anche il rapporto interprete-codice.

Il progetto era formato da:

- **Libro Preliminare**: principi generali di origine giusnaturalista;
- **Libro Primo**: persone;
- **Libro Secondo**: beni e proprietà;
- **Libro Terzo**: modi di acquisto della proprietà

Subisce numerose modifiche: viene abolito il libro preliminare sostituito da 7 articoli incipitari (**Titolo Preliminare**) e nell'esame di molti articoli si entra nel merito stesso della norma.

Napoleone impone una scelta di speditezza: discutere volta per volta un titolo del progetto da considerare una legge a se stante, piuttosto che articolo per articolo. Il Code Civil entra in vigore titolo per articolo nell'arco di due anni, seguito dalla legge 21 marzo 1804 che contiene la riunione delle leggi civili emanate negli ultimi due anni in un unico corpo di leggi e le elenca.

Entrato in vigore il codice civile, ci si pone il problema di "cosa fare" con gli altri diritti: i più sostengono la necessità di mantenerli, soprattutto i consuetudinari, nonostante la branca civile ormai unificata. Più problematica si presenta piuttosto la decisione sul ius commune che Combacere suggerisce di mantenere come fonte sussidiaria delle lacune, ma Vigot propende per la sua

abrogazione in nome della semplificazione e della interpretazione univoca da parte dei giudici: art. 7 legge 21 marzo 1804. Termina così definitivamente la tradizione giuridica medievale.

Napoleone esporta ovunque il suo codice e tutti i testi correlati vengono tradotti nelle lingue parlate nei territori in questione.

Dal discorso preliminare si evince che la commissione è permeata da radicate dottrine giusnaturaliste, nonché dalla lettura di Montesquieu. “Oggi la Francia respira”

La Rivoluzione è passata e solo in questo momento di stabilità politica si può pensare di compilare un codice.

Col codice si è voluto dare assetto ad una società civile stabile e ordinata “conservando ciò che non si può distruggere”: formula compromissoria che salva gli elementi della tradizione unitamente ai nuovi principi di libertà e uguaglianza, Portalis non ha la pretesa di regolare tutto ma fa affidamento al ruolo dei giudici affinché integrino e applichino la materia.

Esempi di contemperamento tra tradizione e novità:

- 1) **Patria potestà:** ritorna (eliminata dalla Rivoluzione) ma cessa al compimento della maggiore età dei figli. Ha il potere di far arrestare il figlio che gli disobbedisca, si evince l'idea che Napoleone ha di famiglia, diverso dall'ABGB
- 2) **Proprietà:** l'ossatura della nozione era costituita da piccoli proprietari che avevano acquistato all'asta i beni espropriati alla nobiltà e al clero. La proprietà è intesa come diritto naturale, ma anche in un modo che tutela l'attuale distribuzione; fine del dominio diviso. Il nostro art. 832 è ricalcato su quello francese. La proprietà è ora un diritto artificiale.
- 3) **Vendita:** incentrato sul principio consensualistico, diverso dalla tradizione romanista, si dà valore alla volontà individuale. Anche il principio del possesso vale titolo viene codificato nel code rifacendosi a consuetudini di stampo germanico.

Ruolo del giurista davanti a questo testo: il giurista è abituato a ragionare su altre fonti del diritto corredate da un ampio potere di interpretazione delle norme, la legge 21 Marzo 1804 abroga tutte le altre fonti.

La denegata giustizia viene considerata un reato: il giudice deve sempre giudicare. Il legislatore voleva che fosse chiaro ai giudici che non fossero abilitati ad astenersi dal giudicare o fare affidamento al *referé legislatif*; i magistrati ora devono “cavarsela da soli” e trovare la norma più adeguata da applicare superando e facendo fronte alle lacune, senza chiaramente andare a guardare fonti aliene al codice. I giudici si attengono all'interpretazione letterale e quando essa non è sufficiente ricorrono all'interpretazione estensiva- analogica per trovare le soluzioni dei casi non previsti. Portalis voleva scrivere che il giudice, in caso di lacuna, dovesse essere ministro di equità, ma l'ipotesi fu bocciata dal Consiglio di Stato che vi sostituì l'attuale disposizione (art. 4).

Napoleone avvia una riforma delle scuole giuridiche per rendere gli studenti già impraticati del Codice; alcuni dicenti arrivarono a ritenere il diritto contenuto nel codice l'unico vigente o esistente (Bugner). Questa idea strettamente giuspositivista deriva dai giuristi post-napoleonici, infatti i giudici della prima parte dell'800 non erano affatto di questo avviso.

Scuola dell'esegesi: le norme si trovano nel codice e bisogna relazionarle con interpretazione analogica. Risalire alla mentalità del legislatore è facilitato dalla pubblicazione dei verbali dei lavori preparatori del Code, se poi neanche questo procedimento portava a risultati obbligati, si sarebbe dovuto risalire alla volontà presunta del legislatore: recupero di discrezionalità da parte del magistrato, dovuto all'obbligo di giudicare.

Cominciano nel frattempo ad essere pubblicati commentari al Codice: il primo viene scritto da Malville ? che spiega il diritto del codice seguendo l'ordine dell'articolato e facendo riferimento sia ai lavori preparatori e alla giurisprudenza della Corte di Cassazione e alla dottrina (anche su questi ultimi che iniziano a venire aggiunti più avanti).

Commentari venivano scritti anche all'ABGB.

Cominciano a scrivere raccolte della giurisprudenza di Corti d'Appello e Cassazione.

Cambia lo strumentario a disposizione dei giuristi.
Tuttavia il giurista ha il limite di doversi attenere al codice.

Napoleone decide di continuare l'opera di Codificazione:

- **1806: Codice di Procedura Civile**, debitore dell'Ordinanza civile per l'ordine della giustizia sotto Luigi XIV e Colbert
- **1807 Codice del Commercio** che parte dal presupposto rivoluzionario per cui la legge è uguale per tutti e dunque non si applica solo ai mercanti ma a tutti i cittadini. I redattori di questo codice redigono anche una serie di atti di commercio che ricalcano le azioni compiute dai mercanti sulle quali si applica il diritto commerciale. Da ciò deriva l'idea che il Codice di Commercio sia in realtà un codice residuale. In esso viene per la prima volta disciplinata la società di capitali, chiamata in questa sede Società Anonima, poiché non si voleva che il nome del congruente comparisse nella ragione sociale della società pregiudicandone l'attività.
- 1808 Codice di procedura penale
- 1810 Codice Penale con autore Target: il codice è autoritario e violento, non è liberale. No pene fisse, il giudice decide tra un minimo e un massimo prefissati.
- Gli ultimi due si sostituiscono ai codici rivoluzionari.

Politica napoleonica in Italia

Nel **1796** l'armata francese scende in Italia contro gli austriaci, guidata da Napoleone che conquista l'Italia: ovunque arriva porta gli ideali rivoluzionari fondando le Repubbliche giacobine d'Italia tra il '96 e il '99. Dopo il '99, tutta la fascia occidentale della penisola, divisa in dipartimenti, viene annessa alla Francia. In questi territori (francesi) chiaramente entrano in vigore i codici.

Nel 1801-1802 tutte le repubbliche nord-orientali vengono riunite nella repubblica italiana con presidente napoleone e vice-presidente Melzi d'Era; quando poi Napoleone diventa imperatore trasforma la Repubblica in Regno, con capitale a Milano e viceré il principe Eugenio.

I giuristi del regno hanno preparazione romanistica e Napoleone li invita a comporre codici per farli entrare in vigore sul territorio se ritenuti buoni.

Il giurista de Simoni propone un progetto di codice che fa ricorso al ius commune in caso di lacune: non va bene, in generale i lavori non procedono adeguatamente e tutti i progetti decadono, salvo per un codice di procedura penale, di Romagnosi, pronto nel 1807 (quindi prima del corrispondente francese) e Napoleone acconsente che entri in vigore nel Regno anche perché non contemplava la giuria. Per il resto, tutti i codici francesi vengono tradotti e posti in vigore nel regno.

La prima traduzione del Codice è datata 1806, a Milano, ed è bilingue: italiano e latino.

Tuttavia i giuristi italiani premono affinché alcune norme siano adattate al sub-strato socio-culturale italiano soprattutto nel campo del diritto di famiglia, ma il code non viene mai modificato ed entra in vigore con tutti i suoi istituti, come il divorzio e la comunione dei beni. Vengono inoltre tradotti i commentari al codice ed altri vengono pubblicati dagli italiani stessi.

Nel Regno di Napoli, prima è re Giuseppe Bonaparte, poi Gioacchino Murat, ed anche qui viene messo in vigore il codice: tutta l'Italia sperimenta la codificazione allo stesso modo nello stesso momento con riscontri positivi sulla collettività, poiché è chiaro e semplice, anche se stona con alcune tradizioni localistiche.

L'influenza napoleonica arriva ovunque eccezion fatta per i territori austriaci dove era vigente l'ABGB.

Il Code Napoleon ispira anche le codificazioni africane e sud americane della seconda metà del XIX secolo, nonché in Canada e Luisiana (regione francofone). Diffusissimo è anche il riferimento alla giurisprudenza della Corte di Cassazione francese; centri neurologici di questo irradiazione in Italia sono Milano e Napoli.

Punti di forza del Codice:

- è ben scritto

- semplifica le fonti del diritto
- recepisce principi di libertà e uguaglianza
- è a soggetto unico
- ruota attorno ai principi di autonomia privata e diritto alla proprietà.

Germania

Convivono ALR, ABGB e Code Civil, nonché i retaggi dell'antico diritto comune.

Ad Midelberg insegna Thibaut nel momento in cui nella sua zona entra in vigore il Code Civil e finita l'epoca di Napoleone (1814) pubblica un saggio "la necessità di un diritto civile ? per la Germania". **Thibaut** era cosciente che che la Germania, contrariamente alla Francia, non avesse una unitarietà territoriale e istituzionale, perciò auspicava che una legge semplice, chiara e uguale per tutti fosse il presupposto per una successiva unificazione politica.

Il codice dovrebbe essere scritto prendendo a modello quello francese, viene questo promulgato nel 1896 e messo in vigore nel 1900.

Perché questo salto temporale? Entra in polemica con Thibaut Savigny, che risponde con un pamphlet allo scritto di Thibaut "La vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza": contiene il programma alternativo rispetto all'idea di codificazione del diritto. Fornisce una lucida lettura delle riforme giuridiche occorse in Europa negli ultimi anni, culminate con i codici prussiano, francese e austriaco, accomunati e parificati dall'intento di dare caratteristiche comuni (?), pur consapevole delle differenze intertestuali. Savigny si inserisce in opposizione alla dottrina giusnaturalistica che sosteneva l'esistenza di un diritto naturale razionale e uguale per tutti gli uomini in tutti i tempi e compito del legislatore è positivizzarlo: secondo Savigny il diritto naturale non esiste e dal momento che le codificazioni sono basate su questa teoria, propone un'alternativa alla codificazione. Savigny attinge a quella corrente illuminista che non abbraccia l'idea che il diritto sia uguale per tutti, esso è parte della storia di ciascun popolo senza dipendere affatto da matrici giusnaturaliste. Savigny teorizza "fasi evolutive" da cui passa ciascun popolo, e man mano che si va avanti la società diventa più complessa; solo allora interviene il vero creatore del diritto, cioè il giurista, che deve anzitutto conoscere la storia del popolo cui afferisce per poi elaborare dei principi generali: passaggio che dà carattere scientifico al lavoro del giurista. Non è ora il tempo per i legislatori, devono essere i giuristi a sistemare il diritto individuando le "intime relazioni" tra concetti e principi generali. Savigny è consapevole che i codici abbiano semplificato i sistemi, ma secondo lui non sono le soluzioni ottimali, che invece vede i giuristi al lavoro per semplificare i sistemi vigenti.

Tra gli allievi di Savigny, fautori dello spirito germanico difeso da queste, c'erano i fratelli Grimm. Savigny è considerato il fondatore della scuola storica del diritto, ricerca approfonditamente tra i manoscritti fin dall'epoca dei Glossatori, e tra il 1815 e il 1831 pubblica "La storia del diritto romano nel Medioevo" tuttavia una volta compresa l'evoluzione del diritto romano in Germania abbandona le ricerche erudite e si concentra sui materiali reperiti al fine di trarne appunto quei principi generali su cui basare la sua ricostruzione del sistema.

Tra il **1840 e il 1851** Savigny scrive **Il sistema del diritto romano attuale**: come un giurista istruito della storia costruisce istituti, categorie e principi. Tuttavia alcuni allievi si discostano dal filone romanistica della **Scuola Storica** preferendo approfondire l'aspetto consuetudinario (filone germanistico) del diritto tedesco. Questi ultimi si interessano peculiarmente della storia del diritto commerciale, sempre col fine di risistemare l'ordinamento vigente.

Tra loro ricordiamo **Einert** che nel 1840 pubblica i suoi studi sulla cambiale, strumento finanziario per eccellenza nel **XIX secolo**, teorizzando per primo la caratteristica della sua **astrattezza**, riscontrabile nella prassi e perciò da considerare nel momento in cui si va a ricostruire il sistema.

Attorno agli **anni 20 del 1800**, per iniziativa della **Prussia**, era stato promosso una sorta di "mercato unico", che aveva abbattuto le barriere doganali tra gli stati tedeschi.

Negli anni 30 dell'800 la situazione economica europea cambia perché arriva la Rivoluzione industriale, ma la precedente unione doganale aveva portato gli Stati tedeschi su un terreno di

vantaggio rispetto agli altri: si adotta una legislazione commerciale comune, culminante nel 1848 con la **Legge generale di cambio** che si rifà alla dottrina di Einert.

Ricordiamo inoltre **Goldschmit**, primo professore di diritto commerciale e autore de “**La storia del diritto commerciale**”; intanto l’unione doganale si va rafforzando e ampliando la gamma dei suoi interventi, arrivando tra il 1860 e il 1861 alla redazione e promulgazione del **Codice generale di commercio tedesco (ADHGB)**, che resta in vigore fino al 1900, molto diverso dal Codice di commercio francese del 1807.

Negli ultimi anni della sua vita, **Savigny** si dedica ad una riunione **dell’ALR** che però sostanzialmente non dà frutti: diritto civile più complesso da risistemare, non sempre gli interventi in questo campo vanno a buon fine. Non tutti gli studenti di Savigny seguono in toto il suo pensiero: **Puchta** immagina una sorta di piramide dei principi giuridici ricalcata sul diritto romano, estremamente astratta e pura invenzione del giurista, sulla base della quale si va poi a ricostruire il sistema.

Il genere letterario è il **trattato**, diverso dai commentari franco-italici, il fondatore della scuola pandettistica? è Windscheid, che mette a punto il metodo scientifico per il diritto.

Dopo l’unificazione della **Germania (1870)** la dottrina ha finalmente riformulato e ricostruito il sistema e ora il legislatore è pronto per agire: incarica una commissione di pandettisti di scrivere un codice (il futuro **BGB**), guardacaso in cinque libri proprio come il trattato di Windscheid.

La peculiarità del codice è il suo aprirsi con uno spaccato sulla pandettistica, che fornisce una vera e propria spiegazione dottrinale della genesi del Codice. Il sistema e l’ordine delle materie è dato dal giurista, da tutto ciò deriva la non facile fruibilità del testo, pensato non per tutti ma per chi possiede “gli strumenti del mestiere”. Il BGB fungerà da modello per il codice della Confederazione elvetica pur rivisto e privato della parte introduttiva e quest’ultimo sarà a sua volta modello per il codice turco e il codice brasiliano: l’astrattezza del modello pandettistico ne consente l’adattamento a realtà profondamente diverse.

Il **BGB** viene tradotto in italiano prima che entri in vigore: comincia con la descrizione della capacità giuridica e della capacità di agire; ogni istituto è poi disciplinato sia nell’articolo di riferimento sia nella parte generale.

Italia post-restaurazione

Caduto **Napoleone**, finisce sia il regno d’Italia, sia il regno di Napoli, sia i vari dipartimenti; vengono abrogati i codici e i sovrani legittimi ritornano sui loro troni.

Il **Regno di Sardegna** ha ora acquisito la Liguria e il Lombardo-Veneto diventa a tutti gli effetti territorio asburgico.

Il **Ducato di Parma** passa a **Maria Luisa/ Luigia d’Austria**, moglie di Napoleone, molto amata dai sudditi.

La Sicilia viene unita al Regno di Napoli sotto Ferdinando di Borbone.

Si cerca, insieme ai sovrani, di riportare in vigore la vecchia normativa, ma gli esiti non saranno omogenei: ad esempio nel **1819** vengono emanati i **Codici per il Regno delle Due Sicilie**, emuli dei codici francesi ma integrati con la tradizione giuridica italiana.

Questi codici sono **cinque** (ognuno per uno dei codici napoleonici) riuniti in un testo unitario.

Le modifiche di stampo italiano intervengono soprattutto nel campo del diritto di famiglia: ritorna la dote, viene eliminato il divorzio.

Gli usi di Napoli tramandati da secoli vengono anch’essi inseriti nella legislazione commerciale.

Nel campo penale, le pene risultano più miti di quelle francesi.

Al Codice vengono ovviamente affiancati dei commentari e raccolte giurisprudenziali delle corti di Napoli e Palermo.

Nel **1820** Maria Luigia d’Austria promulga a Parma un codice civile che prende a modello sia quello francese che quello asburgico, servendosi anche dell’aiuto di giuristi giunti appositamente da Milano. Emanava anche i codici penale e di procedura, ma non un codice di commercio essendo

l'economia parmense prevalentemente agricola, inserendo di riverso le norme e gli istituti di diritto commerciale nel codice civile (es: società per azioni, assicurazioni).

Nel **1816** viene messo in vigore nel Lombardo Veneto il codice civile asburgico, più moderno di quello francese anche perché attribuiva alle donne capacità di agire pari a quella dell'uomo.

Il **Lombardo-veneto** viene da un'esperienza giuridica estremamente vivace, e per questo era diffusa la pubblicazione di commentari e confronti tra i vari tipi di legislazioni susseguitesi nel decennio ("turbini di modelli").

Il controllo asburgico è opprimente e non consente alla cultura giuridica locale di esprimersi appieno; l'Austria lascia comunque in vigore il codice commerciale francese perché non ne aveva uno suppletivo.

Il **codice asburgico** resta in vigore in **Lombardia** fino al **1859**, in **Veneto** fino al **1866**, cioè fintantoché questi territori appartengono **all'Austria**: il che significa che ad esempio in Veneto il codice è rimasto in vigore cinquant'anni (1816-1866), spiegando così il permanere ancora oggi di usi giuridici in quei territori animali rispetto al sistema italiano, come ad esempio il sistema tavolare per il trasferimento degli immobili.

Nel Granducato di Toscana e negli Stati pontifici si ritorna invece all'antico regime in toto: consuetudini e ius commune. Tuttavia la Toscana mantiene il codice commerciale e nel 1854 si dota di un codice penale sulla falsariga della Leopoldina settecentesca. Negli Stati pontifici abbiamo invece regolamenti commerciali e procedurali ma nessun codice.

Nel **Regno di Sardegna**, i Savoia rimettono in vigore le costituzioni regie e riaprono i tribunali, senza contemplare la codificazione. Tuttavia nel 1830, prendono avvio i lavori per il Codice Albertino, ispirato a quello napoleonico con i dovuti adattamenti, promulgato nel 1837. Seguiranno poi i codici penali, delle procedure e di commercio (1842), ricalcato anch'esso sul modello francese del 1807 che però teneva conto della Rivoluzione Industriale di inizio secolo e non aveva subito modificazioni: il codice del '42 risulta così **inadeguato** temporalmente.

E' innegabile l'influenza francese.

Nel **1848** poi, a seguito dei moti, Carlo Alberto concede lo **Statuto** costituzionale, che modifica l'assetto di governo.

Dopo l'unificazione, il Piemonte vuole estendere alla nazioni i propri codici, ma a maggioranza si decide di innovare la codificazione, soprattutto quella civile; per le altre materie i codici vengono invece estesi con le dovute modifiche.

Urbano Rattazzi nel 1859 aveva composto due codici, penale e procedura penale, anch'essi estesi alla nazione.

I progetti per il nuovo codice civile prendono avvio subito dopo la unificazione, con l'apporto dei giuristi da tutta Italia (tra cui Cassinis?): la prima scelta di impostazione dei lavori è quella del codice cui ispirarsi: no preunitari per non creare "supremazie morali" intra territoriali; no asburgico perché Austria nemico dell'Italia per tutto il Risorgimento; sì al Code Civil che tralaltro in Italia era già stato in vigore: il **Codice Pisanelli** (Ministro della Giustizia) viene terminato nel **1865**, e resta in vigore fino al 1942. E' fatto come il codice francese, con una parte introduttiva e tre libri su persone, beni, modi di acquisto della proprietà.

Il **Codice Pisanelli** sancisce che il matrimonio è civile, ma indissolubile: è possibile quindi solo la separazione. Contempla separazione dei beni e dote. La patria potestà, fino ad allora più mite di quella francese, viene perciò stesso mitigata rispetto alle previsioni del Code Civil.

Si segue il modello francese sicuramente riguardo la proprietà.

Pasquale Stanislao Mancini faceva l'avvocato e insegnava a Napoli, ma dopo il 1848 viene esiliato in Piemonte, qui inizia ad insegnare **diritto internazionale**: lectio del 1850 "il principio di nazionalità alla base del diritto delle genti". L'apporto fondamentale di Mancini al codice del 1865 è l'inserimento nel testo delle c.d. **preleggi**, che comprendono norme di diritto internazionale privato: **originalità**, a dispetto delle critiche di Savigny secondo cui la scienza giuridica italiana si limitava ormai a emulare le altre.

BOX