

Dispensa di Storia del diritto modulo 2

A cura di Sara Carrino,
con revisione di James Robert Dosio

Dalle lezioni del Prof. Emilio Caroli
dell'anno 2024-25

Law is reason,
free from passion.
- Aristotle

Pain is temporary.
Law degree is forever.

LAW

JUSTICE JUNKIE
LEGAL EAGLE
DON'T JUDGE ME
NEVER LOSE APPEAL
ABOVE THE LAW



Study now
Be proud later

Storia del Diritto Modulo 2

Lezione introduttiva	6
Età storiche	6
Penisola Italiana:	9
Rapporti tra le fonti del diritto in Italia tra Tardo Medioevo e Età Moderna	9
Germania	11
Francia	11
Inghilterra	12
Enrico II (seconda metà del XII secolo) e le due giurisdizioni regie	12
Lo sviluppo della equity e la contrapposizione tra writs and equity nel sistema del common law	13
Cosa resta del diritto romano e del diritto canonico in Inghilterra?	14
Caratteri del processo romano-canonico	14
L'inquisizione	17
Il processo nel common law	17
Uguaglianza delle parti nel processo (civile) romano-canonico	17
Principio formale di uguaglianza	17
Il caso di Simonino di Trento	17
I consilia dei giuristi	18
Fortuna dei <i>consilia</i>	19
Perizie, consilia e cosa giudicata	19
Diritto Comune e Diritto Internazionale Privato (premessa e rinvio)	20
Le funzioni del diritto romano-canonico e del diritto comune	20
Diritto dei dottori e incertezza del diritto	21
I quattro criteri per il superamento dell'incertezza	21
Spagna (XV/XVI secolo)	22
Portogallo (XVI/XVII secolo)	23
Penisola italiana	23
Assemblee pre-parlamentari e il problema della rappresentanza	24
Il Parlamentarismo inglese	24
Tassazione e rappresentanza nella Magna Charta	25
Rapporto giuridico e rapporto costituzionale	26
Il "Model Parliament" (1295)	26
Il caso francese. Gli Stati Generali	27
Divieto di mandato imperativo	27
La rappresentanza in Spagna e nella penisola italiana	28
Il particolarismo giuridico (cenni e rinvio)	28
Mos italicus- mos gallicus	29

Poggio Bracciolini e il particolarismo	30
Diritto comune, locale e cittadinanza	30
Particolarismo tra repubbliche e principati	31
Pandette Fiorentine e Lorenzo Valla	31
Resistenze all'umanesimo: Giason del Maino	32
Ancora resistenze all'umanesimo: il caso di Tommaso Diplovatazio e le censure alle sue opere	32
Mos italicus e Mos gallicus	33
Francesco Guicciardini (1483-1540) e la disputa sul metodo di insegnamento del diritto	33
<i>Il superamento del primato ecclesiastico</i>	34
Istanze di riforma della Chiesa	34
Tentativi di riforma	35
Conciliaristi e Assolutisti	35
L'affermazione del Conciliarismo (primo '400).....	35
Decreto Haec Sancta (Costanza, 1415)	35
Decreto Frequens (Costanza, 1417)	36
Affermazione dell'Assolutismo papale.....	36
La Bolla Inter Coetera.....	37
Lutero e la Riforma	40
Il dibattito sulle questioni religiose.....	40
Tommaso Moro.....	41
Erasmus da Rotterdam	41
Martin Lutero e Filippo Melantone.....	41
Centralità dell'Uomo e Individualismo	42
La Seconda Scolastica o Scuola di Salamanca	42
Nuovi movimenti religiosi: i Sociniani	43
Diffusione del Calvinismo.....	43
Nuovi movimenti religiosi: gli Anabattisti	43
La situazione nei territori tedeschi	44
Lutero, il diritto romano e il diritto comune	44
Caratteri generali del protestantesimo	45
Il caso della Chiesa Anglicana	45
Il Diritto Anglicano	46
Il Concilio di Trento (1545)	46
Reazioni della Chiesa alle Riforme	46
Repressione	46
Educazione	46
Costruzione di un apparato statale	47
Alcuni esiti del Concilio di Trento (1545)	48
Istituzione del registro di battesimo e registro di matrimonio	48
<i>L'Inquisizione Romana.....</i>	48
Caratteri del processo dell'Inquisizione.....	49
Verso chi era rivolta l'Inquisizione?	49
Inquisizione e gli emergenti Stati nazionali.....	50

La Spagna: un modello di Stato cristiano	50
Rapporto privilegiato tra la Spagna e la Chiesa	50
Persecuzioni in Spagna e oltreoceano	50
Interventi a favore degli abitanti del Nuovo Mondo	51
Bolla Papale <i>Veritas Ipsa</i> (2 giugno 1537, Papa Paolo III)	51
Estratto dalla Bolla <i>Veritas Ipsa</i>	51
Dalla Confessione Augustana del 1530 alla Pace di Augusta del 1555	51
Francia e Province Unite (Paesi Bassi)	52
<i>L'evoluzione dello Stato in età moderna.....</i>	53
Stati nazionali e legislazione (criminale)	55
<i>Il Seicento: elementi di continuità e novità.....</i>	56
Dal Principe allo Stato	56
Paradosso della spersonalizzazione del potere del principe.	58
Teorizzazione dello stato moderno	Error! Bookmark not defined.
La Penisola italiana nel '600	59
La situazione in Spagna	60
Applicazione del diritto locale.....	61
Struttura costituzionale dei domini spagnoli.....	61
Il caso della Lombardia	61
Territori pontifici	63
Stati sabaudi	63
Dibattiti tra giuristi ed intellettuali	64
Francia	64
Paesi Bassi e Belgio.....	65
Inghilterra	66
<i>Domat e Pothier: il diritto civile</i>	67
La nascita del diritto commerciale	69
Riorganizzazione del diritto romano e primi tentativi di codificazione	70
Dispotismo illuminato e riforme del sistema penale	71
<i>Uguaglianza e contratto sociale</i>	72
Montesquieu e Rousseau, due autori che ci portano all'età contemporanea.....	74
<i>Dall'Antico Regime al nuovo ordinamento</i>	75
Introduzione dell'elemento di rappresentatività.	76
Elementi di contrapposizione tra antico regime e età contemporanea.	77
L'esperienza di codificazione nel diritto canonico.....	77
<i>LA RIVOLUZIONE AMERICANA</i>	79
Le conseguenze dal punto di vista giuridico.....	79
Virginia 1776	81
DICHIARAZIONE DI INDIPENDENZA	82

COSTITUZIONE DEGLI STATI UNITI D'AMERICA - 15 SETTEMBRE 1787.....	83
<i>La rivoluzione Francese e le costituzioni repubblicane.....</i>	84
La convocazione degli stati generali - 1789.....	85
La presa della Bastiglia.....	86
La fine della monarchia	86
Regime amministrativo del regno.Error! Bookmark not defined.	
La dichiarazione dei diritti del 1789	87
La Costituzione del 1791	87
Principio di uguaglianza	89
<i>Era napoleonica e codificazioni</i>	89
Caratteristiche che differenziano le consolidazioni dalle codificazioni.....	90
Il primo progetto di Codice civile.....	90
Il secondo progetto di Codice civile - 1794	90
Il terzo progetto di Codice civile - 1796.....	91
Il codice napoleonico (1804)	91
Struttura.....	92
Evoluzioni del procedimento codificatorio.	93
Codificazione del diritto commerciale.....	93
Codice di procedura penale e codice penale.	93
Thibault e Von Savigny.....	95
L'esperienza palermitana.....	96
<i>PROPRIETÀ E MODERNITÀ GIURIDICA</i>	101
Proprietà e diritto naturale per Locke	102
Proprietario e ricchezza: Max Weber	102
Proprietà privata nella Francia Rivoluzionaria	103
Proprietà in altri stati.....	104
La consacrazione della teoria del modello individualistico	104
La scuola del diritto pubblico	104
Proprietà e cittadinanza nell'800.....	105
Il curioso caso del V emendamento.....	106
Allgeyer v. Louisiana (1897).....	106
L'industrializzazione e il diritto.....	106
La questione sociale e il Codice civile	107
<i>Alle origini dello stato sociale</i>	107
L'esperienza made in USA	108
La società di massa e la crisi dello stato moderno	108

LA PRIMA GUERRA MONDIALE E IL DIRITTO	108
Giuristi che evidenziano questa crisi	109
Le due risposte alla crisi della modernità	109
LA RISPOSTA SOCIALDEMOCRATICA: LA COSTITUZIONE DI WEIMAR (1919)	109
LA RISPOSTA FASCISTA: L'AVVENTO DEL FASCISMO E LA CRISI DELLO STATO LIBERALE (1919-1925) ..	110
L'ascesa del fascismo	110
La Legge Acerbo (1923)	111
Il delitto Matteotti e la crisi del regime	111
Il discorso del 3 gennaio 1925	111
LE LEGGI FASCISTISSIME (1925-1926): DALLA CRISI DEL PARLAMENTARISMO AL TOTALITARISMO	111
Trasformazioni costituzionali: fine dello Stato liberale	111
Il controllo del consenso e del dissenso nel regime fascista	112
Costruzione ideologica e culturale dell'"ordine nuovo" fascista	113
LA PROPRIETÀ FASCISTA	114

Lezione introduttiva

Il diritto è un fenomeno storicamente fondato, che non può prescindere dalla storia e dal contesto storico e sociale dal quale si produce. Per comprendere il nostro ordinamento, anche quello attuale in cui viviamo, non possiamo prescindere da alcune considerazioni che riguardano la storia e la provenienza.

Il **diritto** è chiamato a **adeguarsi** a quelle che sono le istanze sociali. Non possiamo comprendere, ad esempio, perché il legislatore ha sentito il bisogno di avere un nuovo diritto di famiglia nel 1975 senza comprendere i mutamenti che stavano avvenendo nella storia e nelle famiglie. Sappiamo che vari istituti sono stati mantenuti e si sono evoluti, ad esempio tramite l'introduzione del divorzio nel nostro ordinamento. L'istituto del divorzio non è mai stato messo in discussione durante l'epoca del diritto romano, ma è intervenuto il diritto della Chiesa che ha imposto il divieto, rimasto valido fino al Novecento – anche se nel periodo romano il divorzio era consentito. Ricordiamo che in passato i cittadini cristiani avevano l'obbligo di seguire il diritto canonico.

PRIMA LEZIONE DI DIRITTO - Paolo Grossi

L'inscindibilità tra il diritto e la storia: il diritto come prodotto ineliminabile della storia.

"Il diritto non è mai una nuvola che galleggia sopra un paesaggio storico, è esso stesso paesaggio e sua componente fondamentale".

L'interpretazione delle norme non può che avvenire attraverso un'interpretazione di contesto. Secondo *Walter Benjamin*, noi non siamo interessati ai fatti di per sé, ma lo siamo se questi assumono un loro significato a seconda dell'uso che ne facciamo. Non importa sapere, ad esempio, cosa ha fatto o quando è nato Giustiniano, ma attualizzare ciò che ha fatto, capire in che modo può servire nella storia che stiamo vivendo.

Età storiche

Gli storici hanno individuato quattro età storiche:

- **Età antica;**
- **Medioevo;**

- **Età moderna:** XV - XVIII secolo;
- **Età contemporanea:** XVIII secolo - oggi;

La tradizionale classificazione del periodo del Medioevo utilizza come riferimento iniziale il 476 d.C. e come finale il XV secolo con la scoperta dell'America (1492).

Perché consideriamo medievale qualcosa che ancora oggi è moderno e contemporaneo? Come mai il termine “medioevale” è utilizzato in maniera dispregiativa?

La qualificazione del Medioevo è arrivata tardi, tra il XIV e il XV secolo, in cui molti autori hanno iniziato a parlare in *un'età di mezzo* rispetto alla loro contemporaneità e l'antichità, proprio perché stava rinascendo un interesse per gli studi dell'antichità (rinascimento- studi romani e greci). Si voleva creare un ponte tra l'antichità e la contemporaneità del tempo.

Il primo autore che parla di una “*media tempestas*” è Giovanni Andrea Mussi (bibliotecario della biblioteca vaticana), il quale introdusse il concetto di medioevo. Per arrivare ai nostri manuali, bisogna aspettare Christoff Keller, che scrisse un'opera divisa in tre volumi nel 1702 in cui il Medioevo era inquadrato in maniera compatibile con l'attuale divisione delle epoche.

Il passaggio tra l'età moderna e l'età contemporanea è rappresentato tipicamente dalla *Rivoluzione Francese*. Le periodizzazioni individuate dagli storici sono arbitrarie, poiché è difficile individuare in un singolo evento il passaggio tra due epoche storiche - per esempio la **Presa della Bastiglia del 1789**. Per capire al meglio il concetto di cambiamento tra epoche è meglio considerare una serie di eventi che secondo diversi storici hanno segnalato la fine del medioevo e il passaggio all'età moderna:

- Morte di Lorenzo il Magnifico (1449- 8.4.1492);
- “Scoperta” dell'America 12.10.1492 (data tradizionalmente accettata dalla storiografia);
- Arrivo di Carlo III in Italia nel 1494;
- Caduta di Costantinopoli – 29.5.1453: secondo alcuni rappresenta addirittura il passaggio dall'antichità all'età moderna.

Nota: Terza Roma Il concetto di Impero Romano e continuità con Augusto è uno particolarmente ambito da vari sovrani in Europa nel corso dei secoli. Mentre fino al 1453 l'Impero romano d'Oriente affermava questo vanto, nel periodo successivo alla sua caduta fu la dinastia regnante russa ad affermare ciò. Mosca, fino alla rivoluzione di ottobre nel 1917, si considerava la terza Roma. L'ultimo imperatore di Costantinopoli si chiamava Costantino XI (come il fondatore della città Costantinopoli, Costantino magno). Ivan III è stato il primo sovrano di tutta la Russia, e tramite il suo matrimonio a Sophia, discendente dell'imperatore di Costantinopoli, iniziò la tradizionale denominazione di Mosca come terza Roma come erede dell'Impero.

È opportuno fare un'importante considerazione riguardo alla **scoperta dell'America**. Parliamo di *scoperta*, ma senza tener conto delle popolazioni che in quelle terre già abitavano, per cui dal loro punto di vista non si tratta di scoperta: la scoperta è stata per gli europei, i quali hanno attribuito il nome America.

Tardo Medioevo

Tardo medioevo o **basso medioevo**: è la denominazione che indica il periodo **dall'anno 1000 al XV secolo** (1492). Considerazioni sul Tardo Medioevo:

- Il diritto comune (**ius commune**) e l'Europa: *Compilazione Giustiniana, ius proprium e Diritto Canonico*;
- **Ius proprium**: *Diritto peculiare di ciascun ordinamento*;
- il caso del **Liber Augustalis** (costituzioni di Melfi) di Federico II (1231): *Esempio di convivenza di diritto romano e diritto canonico*.

L'anno 1000 era l'anno in cui sarebbe dovuto finire il mondo. Da un punto di vista di strutture giuridiche, gli anni dal 1000 al 1500 ci sono state la **fondazione delle prime università in Europa**, la nascita dei comuni, la nascita del diritto mercantile, i guelfi e i ghibellini (ambito delle lotte interne). Tutto ciò ci fa intuire che ancora non esiste lo Stato, che è un prodotto dell'età moderna - nel senso che saranno i filosofi e i giuristi dell'età moderna a riflettere sull'esistenza di un'entità sovraordinata degli individui.

Per quanto riguarda gli ordinamenti giuridici, è stato riscoperto il **corpus iuris civilis** e formato il **corpus iuris canonici**: l'unione dei due porta allo **ius commune**, che si compone dell'esperienza giuridica romana e l'esperienza giuridica della Chiesa. Il diritto canonico nel medioevo assume rilevanza a livello europeo (i giuristi che si occupano di diritto canonico sono i giuristi canonisti, non i giuristi canonici): essendo espressione della volontà del sommo pontefice, ed essendo tutti gli abitanti dei cristiani, sono *tutti sottoposti all'autorità del papa*.

La denominazione *Corpus Iuris Civilis* (formato da Digesto, Codex, Institutiones, Novellae) è opera di studiosi dell'era moderna: l'espressione nasce nel 1583 per contrasto con il *Corpus Iuris Canonici* pubblicato nel 1582 (da Gregorio XIII). L'**Europa** inizia a essere denominata *Res Publica* cristiana o *Cristianitas*.

Accanto al diritto canonico si pone lo **ius proprium**, una forma che assume l'ordinamento a livello locale. È una rielaborazione di principi che provengono dallo stesso diritto romano o dal diritto canonico, un adeguamento alle esigenze specifiche di una realtà territoriale. Quindi, non è in piena contrapposizione, ma è parte integrante dello **ius commune europeum**, che è formato, quindi, da tre diritti: ius civile, ius canonico e ius proprium.

Il Basso Medioevo in Italia

In Italia settentrionale ci sono realtà comunali: le singole città hanno un ruolo di primaria rilevanza. Il sud Italia ci sono tentativi di creare le prime forme di regni, realtà territoriali un po' più estese. *Federico II di Svevia* riesce a riunire un certo numero di territori e prova a emanare una legislazione unitaria. Siamo nel 1231, abbiamo l'emanazione da parte di Federico II del *Liber Augustalis*, che raccoglie alcune costituzioni imperiali. Il *Liber Augustalis* non si pone in contrapposizione, ma convive insieme alle altre branche del diritto romano.

Nel regno che si va formando emergono delle esigenze diverse rispetto ad altri territori, e le costituzioni servono ad integrare quanto previsto dal diritto romano a livello territoriale. Nel momento in cui si legifera a livello territoriale, non bisogna porsi in contraddizione con l'ordinamento generale.

L'Europa è caratterizzata da un ordinamento giuridico comune: una situazione diversa da quella di oggi. All'inizio degli anni 2000 ci fu un tentativo di introdurre una costituzione europea (con la Carta di Nizza), che fu poi

bocciata da referendum nazionali a causa di punti controversi, tra cui il riconoscimento delle radici cristiane dell'Europa.

Il Basso Medioevo in Europa

Regno di Castiglia:

- **1265** – Alfonso X il Saggio emana le *Siete Partidas*, con i quali si intendeva superare il sistema dei “fueros”, cioè i diritti consuetudinari locali a favore di una legislazione comune per tutto il Regno di Castiglia;
- **1348** – *Ordenamiento de Alcalá* richiama le *Siete Partidas*.

Regno di Castiglia, penisola iberica. Una parte dell'ordinamento è locale, e questi usi e costumi a livello locale sono chiamati **fueros**. L'operazione che fa Alfonso X è quella non solo di tentare una unione dei vari territori, ma anche di costruire un ordinamento giuridico unitario, omogeneo: raccogliendo tutti i *fueros* cerca di unirli e tentare una codificazione unitaria. Questa operazione di **codificazione** avrà successo, verrà confermata nel 1348 dall'*Ordenamiento de Alcalá*.

I progetti di Giustiniano sono *un'unificazione occidentale* e *l'unificazione della Chiesa* (risolvere i problemi dottrinali riguardo alla natura di Cristo). Giustiniano comprese che era importantissimo mantenere la Chiesa unita. Con la compilazione giustiniana abbiamo una prima vera codificazione unitaria.

Penisola Italiana:

- **1088** – Fondazione dell'Università di Bologna;
- **1224** -Fondazione dell'Università Federico II di Napoli.

Università di diritto romano, diritto canonico, notai e loro formulari.

- Sviluppo del diritto comune romano – canonico;
- Sopravvivenza di diritti locali (comuni al nord, Regno di Sicilia al sud).

C'è una tendenza al fenomeno che viene definito **campanilismo**: le città assumono una certa importanza per gli individui, i quali si identificano in esse. L'Italia è rimasta così territorialmente frammentata a scapito della creazione di un'unità nazionale, a cui si arriva solo nel XIX secolo con la creazione del Regno di Italia. Avvengono già nel basso medioevo dei fenomeni che non si verificano così presto nel resto d'Europa, tra cui università che nascono come associazioni di studenti che pagano i loro docenti. Infatti, molti studenti sono attratti dalle università italiane e si spostano dall'Europa all'Italia, soprattutto a Bologna. Altro fenomeno che troviamo in Italia è quello relativo alla professione notarile (che si mantiene anche oggi come soggetto di notevole importanza).

Rapporti tra le fonti del diritto in Italia tra Tardo Medioevo e Età Moderna

Corpus Iuris Civilis (denominazione del XVI secolo):

- *Codex* (529-534)
- *Digesta seu Pandectae* (533)
- *Institutiones* (533)
- *Novellae Constitutiones* (dal 534 in poi)

Nel XV secolo avviene una rivoluzione definita da alcuni come **la rivoluzione silenziosa**: inizia a svilupparsi in area germanica una nuova tecnica, la stampa.

Corpus Iuris Canonici (1580, bolla di Papa Gregorio XIII “Cum pro munere”);

- *Decretum Gratiani* (1140)
- *Liber Extra o Decretales di Gregorio IX* (1234)
- *Liber Sextus di Bonifacio VIII* (1289)
- *Clementinae di Clemente V e promulgate da Giovanni XII* (1317)
- *Extravagantes Johannis XXII* (1325)
- *Extravagantes communes, raccolta di Giovanni di Chappuis* (fine XV secolo)

Gregorio XIII ordina di raccogliere una pluralità di opere redatte nel corso dei secoli, la prima è il decretum di Graziano (*Decretum Gratiani*). Questa compilazione unitaria porta alla creazione di un complesso normativo comparabile al *corpus iuris civilis*.

La stregoneria

Questo fenomeno viene comunemente associato ad un periodo di decadenza culturale economica e sociale e viene relegato all'età medievale. Ma non esisteva solo nel medioevo: la concezione che delle donne potessero influire sulla realtà attraverso la loro attività era diffusa già a partire dall'antichità. Proprio nel Decreto di Graziano si respinge questa idea (siamo nel 1140): si dice di fare attenzione perché queste solo credenze sbagliate.

Decretum Gratiani (1140 circa) – Canone Episcopi: Causa 26, quaestio 5, canon 12)

I vescovi (...) se trovano uomini o donne che indulgono a tal genere di crimini devono bandirli dalle loro parrocchie, perché è gente ignobile e malfamata (...) moltissimi, infatti, si sono lasciati illudere da questi inganni e credono che tutto già sia vero, e in tal modo si allontanano dalla vera fede e cadono nell'errore dei pagani (...) i preti devono predicare con grande diligenza al popolo di Dio affinché si sappia che queste cose sono completamente false e che tali fantasie sono evocate nella mente dei fedeli non dallo spirito divino ma dallo spirito malvagio (...) che durante le ore del sonno inganna la mente che tiene prigioniera (...) e benché la donna infedele esprima tutto ciò solo nello spirito, ella crede che avvenga non nella mente ma nel corpo. A chi, infatti, non è accaduto nel sonno o in visioni notturne di essere tratto fuori da sé stesso e di vedere, dormendo, molte cose che, sveglio non ha mai visto? Ma chi può esser così stupido e ottuso da credere che tutte queste cose che accadono solo nello spirito, avvengano anche nel corpo?

Voli notturni: Si pensava che durante il sonno le donne potessero uscire dal loro corpo, recarsi in luoghi isolati come i boschi ed evocare il diavolo attraverso dei riti (*saba*): la sola credenza che una donna potesse fare una cosa del genere portò alla caccia alle streghe.

L'atteggiamento di Graziano è netto: non c'è spazio per credenze secondo cui le donne possano lasciare il loro corpo di notte. Il diritto canonico deve disinteressarsi rispetto a queste credenze.

Riferimento: Carlo Ginzburg, “*storia notturna*”.

1234 – Liber Extra o Decretales di Gregorio IX: distinzione tra eresia e magia.

Eresia → collegio di Inquisitori;

Magia → tribunali ordinari.

Nel Liber Extra troviamo una distinzione netta tra eresia e magia. Gli inquisitori in questa fase si occupano esclusivamente dell'eresia: individuare tutte le dottrine in contrasto con la Chiesa cattolica.

In età moderna viene costituito il **tribunale dell'inquisizione**. Il primo tribunale viene creato nel **1478**, tra l'età medievale e quella moderna, in **Spagna**, presso la corte dei re cattolici. Per la prima volta si tratta di un tribunale stabile dedicato all'individuazione di eresie e comportamenti sospettati di portare alla stregoneria. Tutti i comportamenti sospetti inizieranno ad essere perseguiti. Nel medioevo gli inquisitori erano frati francescani investiti di questo ruolo, e si muovono in Europa in cerca di eresie.

A **Roma** il tribunale dell'inquisizione sotto il controllo del pontefice viene istituito più tardi, nel **1542**, come "*Congregazione del Santo Uffizio*". Sino a qualche tempo fa, a capo del Santo Uffizio è stato il cardinale Ratzinger. La congregazione della dottrina della fede che oggi è parte integrante della dottrina ecclesiastica deriva proprio da quella del 1542. Oggi l'**ordinamento della Chiesa** è retto da un codice, elaborato del 1917 e rielaborato nel 1983.

1250 – il caso della avvelenatrice di Pistoia (sinergie tra *ius proprium* e *ius commune*).

Un'avvelenatrice nella città di Pistoia viene demandata non al tribunale degli inquisitori ma al tribunale ordinario, perché era stata accusata di omicidio e non di eresia. La sua pena è solo pecuniaria. A quanto pare, a nessuno interessa che lei crea pozioni capaci di avvelenare le persone (non ha commesso eresia, ha solo commesso omicidio e deve essere trattata come tale). Questo ci fa capire che la stregoneria non è un fenomeno perseguito nell'età medievale, ma ciò avverrà solo tempo dopo.

Germania

Iniziale scarsa diffusione del diritto romano:

- Scarsa diffusione delle Università (Heidelberg, 1386)
- Scrittura delle consuetudini locali:
Specchio degli Svevi (Schwabenspiegel) – 1275 circa
Specchio dei Sassoni (Sachsenspiegel) – 1220/1230 circa

Cosiddetta "**Pre-Recezione**" del **diritto romano**, a partire dal XIV/XV secolo: saranno i tedeschi poi ad avere una vera e propria recezione del diritto romano, con la scuola Pandectistica. In area germanica abbiamo una scarsa iniziale diffusione del diritto romano; alcuni studenti provenienti da quell'area si recano nella scuola di Bologna. L'università di Heidelberg fondata nel 1386 porta a maggiore diffusione del diritto.

Tendenza alla scrittura: le consuetudini locali iniziano a essere raccolte in delle opere.

Nota: Ancora oggi la Cina sta studiando il diritto romano per costruire un Codice civile che si basa su di esso. Venendo in Italia, o in altri paesi di tradizione romanistica, studiano giurisprudenza e poi tornano in Cina dove portano la tradizione romanistica.

Francia

Pays de droit écrit (sud):

- Tradizione del diritto romano tramite le compilazioni romano barbariche dei Visigoti e dei Burgundi;
- Sviluppo degli Studi Universitari di Diritto Romano (*Montpellier*, 1289; *College de Paris*, 1257).

Pays de droit coutumier (nord):

- Tradizione di consuetudini locali di origine germanica, consolidate nella prassi dei *tribunali* “*scabianali*” da “*scabini*”, cioè gli esperti anziani del luogo.

Già partire dalla caduta dell’Impero Romano si verificano fenomeni che portano a tendenze unificatrici. Il regno dei franchi riuscirà ad avere una storia più importante dal punto di vista temporale, che poi porterà alla formazione della nazione. Abbiamo a sud i *paesi di diritto scritto* che basano lo studio sulla tradizione romanistica e barbarica. I Burgundi riescono a costituire un regno, poi destinato a dissolversi a favore del Regno dei franchi. Altro fenomeno importante è la costituzione delle università con il *College de Paris* (oggi Sorbona): nasce come collegio, fondato da Sorbonne, in cui si studiava la teologia (le università iniziano a specializzarsi nelle materie). A nord della Francia abbiamo i *paesi di diritto consuetudinario*: sistema della giustizia che si basa sugli scabini.

Inghilterra

- Civil Law/ Common Law
- Origini del ***Common Law nel XII Secolo*** (1066)
- XII secolo: istituzioni delle ***corti regie itineranti*** che affiancarono e sostituirono il sistema delle “*manorial courts*”, cioè delle corti di castello, inserite nel sistema feudale precedente alla conquista di Guglielmo I di Normandia.
- XII secolo: le corti regie fondarono ***un sistema di diritto comune*** (common law, da non confondersi con il sistema del ius commune diffuso nell’Europa continentale).

Guglielmo il Conquistatore capisce che deve unificare il sistema. Le “*manorial courts*” sono corti legali ai singoli signori locali. Avvia una riforma portata avanti nei decenni successivi. Nel XII secolo il sistema delle manorial courts viene sostituito dalle *corti regie itineranti*. Sarà proprio la loro giurisprudenza a creare un sistema di diritto comune, indicato con l’espressione di common law, che ha caratteristiche diverse dall’esperienza continentale.

Il sistema di Common Law in Inghilterra (XII Secolo)

- Common Law e corti regie fondate sui «***writs***», ordini provenienti dal re e rivolti ad un giudice, aventi ad oggetto la richiesta di accertamento di determinati fatti e la relativa pronuncia di un provvedimento.
- Immaginiamo il sistema dei writs e le ***forms of action*** come molto simile al sistema del processo formulare romano di età classica.
- Le formule divennero standard e vennero raccolte nel ***Register of Writs*** (nel XII secolo erano già note 75 differenti forms of action).

La giurisdizione del sovrano è esercitata dai *writ*, volti alla risoluzione dei casi concreti. Questo ci ricorda l’*actio*, del processo formulare del pretore romano. Queste formule nel diritto romano vengono raccolte nell’editto del pretore; in Inghilterra 75 formule (forms of action) vengono raccolte nel Register of Writs. Questo richiama la tradizione romanistica: molto spesso il diritto di common law si avvicina molto di più al diritto romano di quanto lo faccia il sistema di civil law, basti pensare al principio del precedente vincolante.

Enrico II (seconda metà del XII secolo) e le due giurisdizioni regie

- ***King’s Bench*** (Banco o Seggio del Re);
- ***Court of Common Pleas*** (Corte dei Processi Ordinari, plea = placito).

Le due corti avevano sede a Londra e questo consentì la formazione di una classe di giuristi con una formazione pratica omogenea che si svolgeva negli *Inns of Courts*, collegi corporativi ai quali fu affidata l'educazione delle nuove generazioni di giuristi (almeno a partire dal 1300).

Le università inglesi insegnavano il *diritto romano* e il *diritto canonico*: giuristi educati nelle università venivano chiamati «*civilians*» proprio perché si occupavano del diritto romano, e formarono **una corporazione separata** da quella dei giuristi che si formavano nelle *Inns of Courts*. La corporazione dei *Civilians* era denominata '*Doctors Commons*' (attenzione! Questa denominazione può trarre in inganno: i *Doctors Commons* erano le associazioni di giuristi che si formavano sul *civil law*, da intendersi in opposizione al *common law*): a differenza dei pratici del diritto che si formavano nelle *Inns of Courts* (*Solicitors* e *Barristers*), i *Civilians* avevano una conoscenza approfondita della tradizione di diritto romano e, più in generale, del diritto comune continentale (romano-canonico) ma mancavano di una formazione pratica relativa al *common law*, propria dei loro colleghi che si formavano direttamente negli *Inns of Courts*.

I *Civilians* operavano nelle corti ecclesiastiche ma anche nella *Admiralty Court*, dove veniva applicato ciò che oggi chiamiamo il «diritto della navigazione» utilizzando schemi di stampo romanistico (le consuetudini del mare vennero raccolte nel Libro del Consolato del Mare solo nel XV secolo a Barcellona).

- ***Inns of Courts*** → associazioni di professionisti che si formavano sul *common law* (*Solicitors* e *Barristers*). La formazione avveniva direttamente nelle *Inns of Courts*;
- ***Doctors Commons*** → associazioni di professionisti che si formavano sul *civil law* (*Civilians*). La formazione avveniva nelle Università.

I *Civilians of doctors* non possono esercitare la professione di avvocato (i loro *solicitors* e *barrister*) perché quei ruoli erano svolti dai pratici del diritto, che si formavano negli *Inns of courts*. Al momento dello Scisma Anglicano con Enrico VIII (re cattolico, definito “cattolicissimo”), decide di istituire una cattedra molto prestigiosa, quella di regio professore di *civil law* (Inghilterra 1530), che permane ancora oggi.

Lo sviluppo della equity e la contrapposizione tra writs and equity nel sistema del common law

A partire dal 1300 il sistema dei writs iniziò a presentare qualche difficoltà, legata in particolare alla macchinosità e al formalismo del sistema. Pertanto, si determinò un sistema parallelo di **equity**: le parti potevano richiedere al sovrano (o meglio, alla Cancelleria del Sovrano) di pronunciare una ingiunzione nei confronti della controparte. Tale ingiunzione sarebbe stata dettata non dal sistema dei writs ma da un giudizio di equità del sovrano stesso, essendo egli «fonte della giustizia».

Si sviluppò così una corte ulteriore: la ***Court of Chancery*** o Corte della Cancelleria, che si occupa di ricevere le istanze dalle parti e di fornire un'interpretazione che possa risolvere le controversie.

- Il *Common Law* si fondava così su due fonti: i writs che continuarono ad esistere ed operare e la equity, quale fonte integrativa dei writs, vista la crisi di questi ultimi a causa della complessità di una società in crescita. Con il sistema di **equity**: si ritiene che il detentore della giustizia sia solo il sovrano

- La legge (**statute**) ebbe sempre un carattere speciale, straordinario e integrativo rispetto ai writs e all'equity, pur nel crescere del ruolo del Parlamento: provvedimenti generali e astratti volti anch'essi a integrare i writs, assunti dal sovrano e poi anche dalle prime assemblee legislative che saranno i parlamenti inglesi.

Questo sistema si mantenne per lungo tempo, sino alla riforma della giustizia del XIX secolo che porta il nome della Regina Vittoria.

Cosa resta del diritto romano e del diritto canonico in Inghilterra?

1534: con l'**Act of Supremacy** determina **lo scisma della Chiesa Anglicana dalla Chiesa Cattolica Romana**.

Enrico VIII aveva tentato di rafforzare gli studi del diritto romano in Inghilterra, anche con l'istituzione dei Regi Professori di Civil Law (diritto romano) ma lo scisma rese impossibile il mantenimento del sistema di diritto comune europeo continentale, tanto che anche il diritto canonico subì una profonda modifica. Vani furono i tentativi della **Regina Maria** di reintrodurre il cattolicesimo in Inghilterra a causa delle conseguenze che nel frattempo si erano determinate anche sul piano economico e sociale (con brutali persecuzioni dei protestanti, portando al famoso soprannome "*Bloody Mary*").

Doctor commons: associazione di giuristi formati nelle università (civiliisti). Esercita un'attività di lobbying (pressione) su coloro che possono prendere decisioni.

Parallelismo: nell'Impero romano Costantino decide di rendere il cristianesimo "*religio licita*", religione che si può liberamente praticare. Uno dei nipoti di Costantino è un aderente alla tradizione religiosa romana, quindi non cristiano, e tenta di introdurre la vecchia religione cercando di frenare quella cristiana. In Inghilterra tra i nipoti di Enrico VIII c'è la regina Maria, che cercò di portare di nuovo il cattolicesimo in Inghilterra, ma fu uccisa. Per cui in Inghilterra ancora oggi c'è la Chiesa anglicana.

Durante gli anni '90 del Novecento l'erede al trono della corona inglese decide di divorziare dalla sua prima moglie, la principessa del Galles, Diana. Questo portò problemi perché lui era destinato a diventare il capo della Chiesa anglicana, ma il divorzio non era un istituto riconosciuto da quest'ultima. Una volta che la principessa Diana morì nel 1997, si resero possibili le seconde nozze del Principe Carlo, poi avvenute nel 2005.

Caratteri del processo romano-canonico

- Scritto;
- Si avvolge innanzi a tecnici del diritto;
- È basato su prove razionali e in particolare sulle testimonianze;
- Prevede l'abbandono di ogni forma di ordalia o di giudizio di dio;
- La sentenza è pronunciata secondo quanto emerso dal processo (*iudex secundum acta et probata iudicare debet*);
- Nel campo penale il processo diventa inquisitorio e tale resterà per molto tempo;
- Segretezza degli atti.

Con il processo romano canonico si verificano passi in avanti nel diritto, ma anche delle chiusure. Si svilupperanno una serie di istituti che tendono al sistema accusatorio; d'altra parte, continuano ad apparire

elementi inquisitoriali molto forti. Si sviluppa il processo dell'inquisizione, che dal XII secolo in poi sorge come *tribunale itinerante* gestito da alcuni frati - i tribunali dell'inquisizione si formeranno solo nell'età moderna. L'inquisizione è una risposta da parte della Chiesa alla riforma protestante, che cerca di far rimanere salda la fede.

Tra le fonti del diritto iniziano a diffondersi *i consilia*, che ci permettono di parlare dello sviluppo dottrinale del diritto comune (romano canonico).

Una delle grandi eredità che lascia **il medioevo giuridico** all'età moderna è formata dalle dottrine, dall'interpretazione, ma anche dall'**intero sistema processuale**. Possiamo considerarlo in contrapposizione rispetto ai principali modelli di età medievale; un processo che si caratterizzava per la sua *oralità* (discussione tra le parti davanti a un giudice terzo e imparziale, che si basa su prove razionali); nel medioevo i giudici non erano professionisti ma erano persone di fiducia (ciò avveniva anche nel processo romano, in cui privati cittadini erano chiamati a emettere una sentenza finale).

Una delle caratteristiche del processo medievale è la **tendenza al modello accusatorio**, con il quale si ha distinzione tra organo giudicante e il soggetto/soggetti che possono portare avanti una determinata accusa. Inoltre, un'altra caratteristica è che tra le prove principali ci sono le "*prove di dio*" (che coinvolgono direttamente la divinità): la parte ritenuta colpevole veniva sottoposta a una serie di prove e il giudizio veniva emesso direttamente dalla divinità.

Codici scritti durante il regime fascista

Nel 1989 è entrato in vigore il nuovo codice di procedura penale (che TENDE al modello accusatorio, che, come quello inquisitorio, è un modello teorico creato in età contemporanea non destinato all'applicazione).

Nel diritto penale esiste una figura centrale che è il **reato**: esistono varie teorie, quella più diffusa soprattutto a Milano è la **teoria quadripartita del reato**. Abbiamo 4 elementi contenuti all'interno della stessa descrizione: il reato è un fatto:

- **Umano**: è prima di tutto un accadimento riconducibile a un'attività dell'essere umano;
- **Antigiuridico**: l'accadimento è in contrapposizione all'intero ordinamento giuridico (ai valori da questo espressi);
- **Colpevole**: l'accadimento, umano e antiggiuridico, può essere ricondotto a un determinato soggetto;
- **Punibile**: c'è una pena per un comportamento umano contrario all'ordinamento giuridico riconducibile a un determinato soggetto.

L'esistenza di un reato significa **la soggezione alla norma penale**, e quindi l'applicazione del diritto penale. Il diritto penale ha a che fare con la sottrazione della libertà personale per cui è una branca sensibile del diritto. Questo è il diritto penale sostanziale.

È il legislatore a decidere cosa deve essere considerato reato e cosa no. Per esempio, le violazioni del codice della strada erano reati, oggi non lo sono più ma sono illeciti amministrativi e quindi punibili con una sanzione amministrativa e non penale.

Si distinguono in due categorie: **delitti e contravvenzioni** (art. 39 Codice penale). I delitti sono i reati più gravi, normalmente e solitamente la pena è più severa; le contravvenzioni sono i reati di minore gravità. Per capire se un reato è un delitto o una contravvenzione bisogna aprire il Codice penale nella sua parte speciale, individuare il reato e capire se è un delitto o una contravvenzione *in base alla pena*.

Delitti: ergastolo, reclusione e multa

Contravvenzioni: arresto, ammenda.

Nel diritto romano tra i delitti compare il crimine (punito con la reclusione).

Bisogna parlare di **procedimento penale** per indicare tutte le sue parti: il processo è una parte che va distinta nel procedimento. Il procedimento è una serie di atti che si conclude con l'emissione della sentenza finale.

Fasi del procedimento penale:

1. **Indagini preliminari:** è la prima fase del procedimento penale, che inizia con la **notitia criminis**, un'informazione arrivata a qualcuno che è stato commesso un reato, o un fatto che può essere caratterizzato come reato (quello che accade quando presentiamo una denuncia). Consiste nelle ricerche condotte per accertare se la notitia criminis sia fondata o no. Se si ritiene che la notitia sia fondata, si va nella fase successiva del procedimento.
Le indagini preliminari fanno parte di una **fase preprocessuale**. A questa partecipa l'ufficio del pubblico ministero (**PM**), cui sono addetti una serie di magistrati ai quali viene attribuito un determinato caso. Oltre a questi, opera la polizia giudiziaria (**P.G.**): la sua funzione dipende direttamente dal pubblico ministero, quindi facciamo sempre riferimento a una serie di attività della polizia sotto il controllo sempre di un magistrato (PM)-> modello inquisitorio.
L'altro protagonista di questa fase è l'**indagato**, il soggetto nei cui confronti si svolgono le indagini. Le indagini svolte non sono a danno del soggetto, ma si tratta di una ricerca di verità che può essere anche a favore di quest'ultimo. Caratteristica delle indagini preliminari è la **segretezza**: solo l'ufficio del PM è a conoscenza del fatto che ci siano indagini in corso nei confronti di un soggetto. Ci sono però degli atti che si devono svolgere con delle garanzie dell'indagato, e che devono essere per forza comunicati; quindi, viene rotto il silenzio e il soggetto sa che si stanno svolgendo delle indagini su di lui.
Il PM e l'indagato sono in contrapposizione tra loro, per cui è necessario un giudice terzo e imparziale, il **GIP** (giudice per le indagini preliminari).
2. **Udienza preliminare:** seconda fase del procedimento penale, da qui inizia la **fase processuale**. In questa fase le parti coinvolte hanno la possibilità di **confrontarsi direttamente**, ascoltati da un giudice terzo e imparziale. Se il giudice ritiene che ci siano gli elementi per sostenere l'accusa in giudizio, si dà avvio alla terza fase; Qui il soggetto (indagato) prende la denominazione di **imputato**: in questa fase c'è l'**imputazione**, si inizia il processo nei suoi confronti. Deve per forza nominare un avvocato e se non lo fa verrà nominato d'ufficio: la difesa tecnica è sempre obbligatoria. Il giudice dell'udienza preliminare si chiama **GUP**, ha lo scopo di controllare che il procedimento si sta svolgendo secondo le regole verificare che ci siano tutte le condizioni per iniziare il dibattimento.
3. **Dibattimento:** terza fase del procedimento penale. Qui le parti discutono oralmente davanti a un giudice diverso dal precedente, che non sa nulla di quello che è accaduto prima perché i fatti devono essere ricostruiti da capo. Nella fase del dibattimento troveremo un giudice diverso, il **giudice del dibattimento**. È un giudice monocratico nei casi di minore gravità, è collegiale nei casi di maggior

gravità. Nei casi più gravi, per esempio omicidio, il giudice prende il nome di **Corte d'Assise**, formata da un Presidente (magistrato di Corte d'Appello), da un "giudice a latere" (magistrato di Tribunale) e da sei giudici popolari.

4. **Sentenza:** alla fine del dibattimento abbiamo una sentenza, che può essere condanna o assoluzione.

L'inquisizione

L'Inquisizione è lo strumento che accerta i crimini e condanna per poi passare il condannato al braccio secolare dello Stato laico per l'esecuzione; il confessore finisce anch'egli per avere un ruolo di "giudice" almeno nel foro interno: egli *condanna o assolve*, determinando l'appartenenza o meno del reo alla Chiesa (solo la scomunica lo esclude formalmente dal consorzio civile, cioè dalla comunità cristiana).

Il Papa, in pratica, si affida agli **inquisitori** (solitamente si tratta di monaci francescani o domenicani) che diventano responsabili della persecuzione dell'eresia in un determinato territorio insieme ai tribunali ecclesiastici (cd. ordinari). Il vescovo, a livello locale, si serviva di un **vicario** per l'amministrazione della giustizia: il vicario era solitamente un *doctor* che aveva studiato diritto all'università e, in tal senso, si poneva in contrapposizione rispetto a quei giudici che ancora nell'alto medioevo erano laici e non per forza avevano una formazione giuridica (si ricordi la figura del *iudex privatus* in diritto romano classico).

Il processo nel common law

- Oralità
- Struttura bifasica:
 - 1) **Grand Jury** a livello locale (si confrontino le funzioni del Grand Jury con quelle svolte dal GIP nell'ordinamento italiano positivo);
 - 2) **Petty Jury** che pronunciava il giudizio (giudizio tra pari).

Uguaglianza delle parti nel processo (civile) romano-canonico

Principio formale di uguaglianza

Alcuni principi che troviamo nel processo romano canonico sono principi fondati, che è possibile trovare nelle fonti: Ulpiano (II – III sec. d.C.) in D.50.17.41: *non debet licere actori quod reo non permittitur* (non deve essere consentito all'attore ciò che non è consentito al convenuto).

Liber Extra (1234): 10.1.43 = Atti degli Apostoli: *ita magnum iudicavis ut parvum, nec erit apud te acceptio personarum*: "giudicherai il grande come il piccolo e non avrai riguardo alla diversa condizione delle persone". Questo principio è di natura religiosa e costituisce per noi anche una fonte del diritto. Rispetto alla prima fonte ci rivolgiamo direttamente al giudice, e siamo sempre nell'ambito della parità delle parti.

Difficoltà nel rispettare questo principio in particolare nel processo penale dove è ravvisabile un «interesse pubblico» alla persecuzione dei reati e delle eresie. Difficoltà riscontrate anche in riferimento ad una società caratterizzata da classi sociali definite e disuguali. Emblematico è il caso di Simonino di Trento.

Il caso di Simonino di Trento

Pasqua del 1475

- rapimento di Simonino il Giovedì Santo 23 marzo 1475
- ritrovamento del corpo il giorno di Pasqua

- accusa agli ebrei di Trento
- processo per «omicidio rituale»
- ricorso alla tortura e intervento del Vescovo Giovanni di Hinderbach
- contrarietà del Papa Sisto IV
- riconoscimento del martirio di Simonino, presente nel Martirologio Romano sino al 1965 che per il giorno 24 marzo ricordava “la passione di San Simone, fanciullo trucidato crudelmente dai giudei, autore di molti miracoli”
- Svolta di Simonino nel 1965 a seguito del Concilio vaticano II (1962-1965)

Italia centro-settentrionale del XV secolo (1475): ci troviamo a Trento, nella settimana di Pasqua, un bambino molto piccolo scompare. L'intera comunità cittadina inizia a cercarlo. Il corpo del bambino viene ritrovato martoriato: è stato ucciso ma non si sa né da chi e né quando. Partono delle indagini, e gli unici sospettati diventano coloro che nella città di Trento costituiscono una minoranza: esisteva *una comunità ebraica* composta da pochissimi membri. La comunità intera viene demandata al tribunale ordinario. A supportare le ragioni dell'accusa, è il Signore della Città, che è anche il vescovo della città. Nell'ambito del processo romano-canonico viene introdotto uno strumento particolare per giungere alla verità: la **tortura**. Viene applicata allo scopo di arrivare alla confessione del soggetto. I membri della comunità ebraica vengono sottoposti a tortura al fine di fargli confessare che hanno commesso un **omicidio rituale** (si pensava che gli ebrei uccidessero i bambini cristiani per berne il sangue).

La notizia giunge a Roma, al Papa, che interviene nel dibattito chiedendo al vescovo di Trento di interrompere le torture nei confronti della comunità ebraica. Molti muoiono già con le torture, altri confessano cose che poi si scopre non aver fatto. Il vescovo di Trento sponsorizza dei tour che avevano a che fare con questo omicidio, i parenti iniziano ad andare in giro per le città e inizia un vero e proprio culto, tanto è vero che Simonino viene riconosciuto come santo nel Martirologio Romano nel 1965. Ma in realtà questa vicenda arriva ai giorni nostri, a gennaio del 2025 è stata posta una targa nella piazza di Trento per ricordare le vittime della comunità ebraica.

I consilia dei giuristi

Il diritto romano canonico si caratterizza per la sua pluralità di fonti: (diritto romano, diritto canonico, diritti locali). A partire dall'età tardo-medievale si sviluppano nuove fonti del diritto europeo: ruolo centrale svolto dai giuristi, che insegnano alle università (insegnamento a livello teorico a cui segue un esercizio pratico delle professioni).

Si sviluppa un sistema di consilia:

- **Consilium pro-parte**: un consiglio dato ad un privato che ne avesse fatto richiesta, al fine di sostenere le proprie ragioni innanzi ad un giudice. Costituiscono dei consigli richiesti da privati cittadini e offerti dal giurista; non è vincolante - il privato cittadino non è vincolato dal parere offerto dal giurista. I giuristi iniziano a essere retribuiti dai privati cittadini, anche per la loro attività di insegnamento.
- **Consilium pro veritate** (o consilium sapientis): un consiglio richiesto ad un giurista da un giudice in casi che presentavano elementi di maggiore complessità giuridica. In questo caso il parere o consiglio fornito dal giurista era vincolante per l'emissione della sentenza.

Accadeva sempre più spesso che le singole città chiamassero dall'esterno dei giudici più prestigiosi. Nel momento in cui un giudice proviene da un'altra città, gli manca il diritto locale della città in cui è stato chiamato a svolgere la professione, per cui è necessario un *consilium* dei giuristi.

Ulteriore classificazione dei consilia:

- Consilia **processuali** e Consilia **extraprocessuali** (richiesti dai comuni o dai principi): hanno la funzione di anticipare la controversia, ed evitare la controversia stessa (ADR: Alternative Dispute Resolution).

I consilia iniziano a essere raccolti dai giuristi, iniziando a costituire una vera e propria fonte del diritto.

Diritto romano canonico-> **diritto a sviluppo dottrinale** (sarà la dottrina dei giuristi a far sviluppare il diritto); al contrario dell'Inghilterra, in cui c'è uno **sviluppo giurisprudenziale** (interpretazione dei giudici) e non dottrinale. Iniziamo ad avere una serie di giuristi che la pensano diversamente sullo stesso argomento.

Si cercò proprio in **età moderna** di trovare **delle soluzioni di interpretazione**. Ma nessuno di questi strumenti sarà di applicazione valida. In Europa, per una serie di ragioni, non si sviluppa il principio del precedente vincolante, a causa dello sviluppo delle università.

Fortuna dei consilia

- I giudici spesso non erano "dotti" e, pertanto, **necessitavano di pareri tecnico-giuridici** che potevano arrivare solo da esperti con una formazione specifica in campo giuridico e, in particolare, nell'ambito del diritto romano-canonico e del ius proprium.
- Altro motivo potrebbe essere quello per cui i giudici, spesso, venivano chiamati da altre città e **potevano non conoscere le consuetudini locali** e, pertanto, necessitavano dell'ausilio dei dotti per la conoscenza del ius proprium, del diritto locale. Capitava, infatti, che i singoli Comuni o le singole città chiamassero dei giudici da altre città, concludendo con loro dei contratti a tempo determinato abbastanza brevi (di 6 mesi o 1 anno): la cd. "condotta" per l'amministrazione della giustizia.
- Altra motivazione: si voleva dare rilievo alla corporazione dei giuristi che divenne molto potente nelle varie città e consentire loro di svolgere una attività di consulenza ai giudici, permetteva ai giuristi di rafforzare la loro posizione all'interno della città e quindi il loro potere.

Poteva anche capitare che i giudici richiedessero il consiglio di giuristi di altre città ma nei maggiori centri sicuramente si privilegiava l'ausilio della corporazione cittadina o dei grandi nomi come nel caso di Firenze dove operavano giuristi come Francesco Guicciardini (1438-1540), giurista, storico, letterato e politico fiorentino vissuto proprio a cavallo tra l'età medievale e l'età moderna.

Perizie, consilia e cosa giudicata

L'opinione di Antonio da Budrio sulla Decretale Proposuiti (Liber Extra, 1234) in materia matrimoniale.

La perizia tecnica come mezzo di prova

Secondo Antonio da Budrio le sentenze fondate su un *consilium* non possono passare in giudicato: *sententia lata de consilio sapientis non transit in rem iudicatam*.

Insieme ai consilia si sviluppano ulteriori strumenti, le *perizie*, che iniziano ad avere rilevanza processuale in età moderna. Oggi le perizie tecniche sono strumenti dei quali il giudice può avvalersi nei procedimenti che

richiedono un approfondimento tecnico, capita spesso che nel processo intervenga un professionista esperto in una determinata disciplina. Anche le parti in serie dibattimentale possono portare con sé il loro perito (che sosterrà le ragioni della parte che lo ha assunto, per esempio il medico legale). Nell'abito del processo romano canonico questo costituisce una novità.

Tra le Decretale ne troviamo una in materia matrimoniale: abbiamo una perizia tecnica riconosciuta valida dall'autorità pontificia, che riguarda lo scioglimento del matrimonio. Lo **scioglimento del matrimonio** diventa problematico perché viene sottratto all'autorità civile e viene sottoposto alla disciplina del diritto canonico: il matrimonio diventa un sacramento con validità indissolubile per il diritto della Chiesa.

Abbiamo una coppia di sposi, la moglie vuole ottenere lo scioglimento del vincolo matrimoniale sostenendo di non aver avuto rapporti sessuali con il marito, il marito sostiene il contrario, per cui non si poteva sciogliere il vincolo. Ancora oggi, qualora vengano meno i rapporti sessuali il matrimonio si può sciogliere (perché il fine è la filiazione). Per accertare la verità sono chiamate 7 donne, chiamate ad effettuare una *inspectio corporis* della donna in questione, per verificare se fosse accaduto o meno. Le donne le danno ragione.

Diritto Comune e Diritto Internazionale Privato (premessa e rinvio)

Il diritto comune romano-canonico è un diritto a sviluppo dottrinale la cui evoluzione si basò sulla *interpretatio doctorum*. Diverso è il sistema di common law che ha uno sviluppo giudiziario.

In entrambi i sistemi un ruolo importante fu comunque svolto dalla legislazione, dalla legge quale prodotto del legislatore che veniva integrato di volta in volta dalle decisioni assunte nei tribunali (sviluppo del common law) o attraverso le opere dottrinali (sviluppo del civil law).

In questo periodo si sviluppa il *diritto internazionale privato*: la branca del diritto interno (nazionale) che disciplina tutte quelle ipotesi caratterizzate da internazionalità (in cui sono coinvolti cittadini di altri paesi). Non è un caso che nasca all'inizio dell'età moderna, perché si sta determinando la nascita di quelli che diventeranno stati in senso moderno.

Le funzioni del diritto romano-canonico e del diritto comune

1. Ebbe un **valore sussidiario**; infatti, nei casi non previsti dai diritti locali, si applicava il diritto romano-canonico. Talvolta era lo stesso *ius proprium* a rinviare alle norme di diritto romano-canonico;
2. Il diritto romano-canonico divenne un **modello** dal quale attingere per la creazione di soluzioni innovative anche a livello locale;
3. **Funzione formativa**: nel senso che sul diritto romano-canonico si formavano i giuristi europei garantendo in questo modo una unitarietà in territori distanti e di composizione eterogenea;
4. Fu uno **strumento di lettura dei diritti locali**, una vera e propria lente attraverso la quale leggere il *ius proprium*;
5. Il diritto romano-canonico unitamente al *ius proprium* creò un sistema di diritto comune, il quale fu un modello di pluralità delle fonti del diritto, in considerazione della sua composizione: costituzioni imperiali, *iura*, provvedimenti papali e conciliari, consuetudini, giurisprudenza e dottrina.
6. Il diritto comune fornì gli strumenti per lo **sviluppo della scienza politica**: *quod omnes tangit ab omnibus adprobari debet*;

7. Il diritto comune consentì di dare omogeneità alle norme di varia origine vigenti e, in particolare, di inserire a sistema un diritto di origine consuetudinaria. Proprio questo porterà alla creazione di un diritto speciale di categoria: il **diritto commerciale**. Non si dimentichi, d'altra parte, la creazione di altre branche del diritto: il diritto della navigazione e il diritto internazionale privato.

Lo stato è un'entità caratterizzata da tre elementi: territorio, popolazione e sovranità. Questo comporta che questa nuova entità abbia un proprio ordinamento giuridico, portando così al superamento del diritto comune europeo.

Sviluppi in epoche successive

- La Rivoluzione francese apporterà delle novità: la più importante è la laicità dello stato contemporaneo.
- **Codificazione in ambito civile:** da qui parte il movimento della codificazione, tra cui quella tedesca. In germani diventa evidente il fatto che il diritto romano costituirà nuovamente un modello.
- Siamo in presenza di un ordinamento con un sistema di fonti sempre più complesso: fino alla II guerra mondiale il sistema delle fonti era ben organizzato gerarchicamente, oggi abbiamo fonti del diritto sovraordinate ai diritti nazionali (es. diritto dell'UE).
- *Res publica*: termine utilizzato per indicare lo stato moderno. Il primo termine impiegato dai giuristi nel XVI secolo per descrivere lo stato è *res publica*.
- Sviluppo del parlamentarismo, che si sviluppa nell'Inghilterra dell'età moderna. L'elaborazione dell'idea secondo cui le decisioni che riguardano tutti debbano essere prese e approvate da tutti.
- Le decisioni che il sovrano deve assumere sono legate alla tassazione.
- I signori locali iniziano a incontrarsi in delle riunioni in cui i protagonisti sono i sovrani e i baroni locali.

Diritto dei dottori e incertezza del diritto

- Il Diritto Comune ha uno sviluppo dottrinale, determinato dall'attività interpretativa dei giuristi;
- Carattere frammentario e non omogeneo delle soluzioni adottate dai giuristi;
- Necessità di garantire la «certezza del diritto» attraverso la creazione di un sistema di applicazione omogenea del diritto;
- Creazione di quattro espedienti per superare la frammentarietà dell'ordinamento a sviluppo dottrinale.

Diritto dei dottori: crea frammentarietà poiché una pluralità di giuristi può fornire risposte diverse agli stessi problemi. L'operazione che si intende fare per risolvere è quella di **riconducere ad unità** l'intero sistema.

Quando inizierà il movimento codificatorio, dei giuristi riterranno che il codice sia uno strumento valido che può portare alla sufficienza dell'ordinamento giuridico (racchiudere nel codice gli strumenti per risolvere ogni controversia). Ma ci si rende conto che il codice non è sufficiente, e nemmeno il diritto comune, è necessaria un'attività ulteriore: attività interpretativa dei giuristi.

In età moderna si cerca di superare il problema della molteplicità delle fonti e della loro contraddittorietà attraverso l'elaborazione di una serie di teorie. C'è stata la creazione di quattro espedienti per superare la **frammentarietà dell'ordinamento a sviluppo dottrinale**.

I quattro criteri per il superamento dell'incertezza

- 1) **Criterio della *communis opinio*:**

In caso di dubbi interpretativi, si pensa di poter fare riferimento a questa opinione comune ricavabile dall'interpretazione che hanno dato i giuristi. Consiste nel seguire l'opinione comune dei giuristi ma non secondo un criterio quantitativo, bensì qualitativo. L'opinione che si impone è quella del giurista **Bartolo da Sassoferrato** (1314-1357): la **opinio Bartoli** divenne la communis opinio da seguire (cd. «Bartolismo»).

Tuttavia, anche nell'individuazione delle risposte offerte da Bartolo da Sassoferrato, ci sono problemi:

- *Contrarietas Bartoli* (contraddizioni interne alle opere di Bartolo), ma questo è inevitabile;
- Creazione di false *opiniones* attribuite a Bartolo. Egli è considerato così importante che alcuni avvocati che iniziano a operare nei tribunali prendevano la pergamena scrivendo un parere e firmandolo con il nome di Bartolo di Sassoferrato. Un esempio è un documento riguardante l'approvazione della persecuzione delle streghe falsificato con il suo nome
- Interventi sui testi di Bartolo nelle trascrizioni delle sue opere. Sarà poi la filologia a fornire strumenti per ritenere se un'opera sia effettivamente attribuibile a un determinato autore oppure no.

Questo criterio, quindi, diventa un ulteriore elemento di comunicazione di un sistema già complesso dal punto di vista delle sue fonti.

2) Legge delle citazioni:

La legge delle citazioni fu promulgata nella parte Occidentale dell'Impero da Valentiniano III nel 426 d.C. e recepita da Teodosio II nel 438 nel Codice Teodosiano. Secondo questo provvedimento di età tardoantica i giuristi classici da utilizzare si ridussero a quattro: Papiniano, Paolo, Ulpiano e Modestino, cui si aggiunse poi anche Gaio. L'opinione di Papiniano prevaleva su tutte, in particolare quando non era possibile applicare il criterio della maggioranza delle opinioni concordanti.

Papiniano ha scritto più opere degli altri, per cui prevale sempre. Giurista importante del III secolo d.C., molto vicino al potere: era parte della corte imperiale ed era vicino a Caracalla. Quest'ultimo sale al trono sale insieme a suo fratello Geta, e a un certo punto ordina l'uccisione del fratello per essere l'unico imperatore. Dopo questo atto si riferisce al suo giurista di riferimento, Papiniano, chiedendo un testo che giustifica la morte di Geta. Papiniano non cede e dice che giustificare un omicidio è peggio che commetterlo, per cui Caracalla decide di ucciderlo. Per questo motivo il giurista Papiniano è molto importante e torna nella costituzione di Valentiniano III.

Il criterio alla base della legge delle citazioni fu adoperato anche nell'Europa moderna con differenti applicazioni e diversi esiti.

Spagna (XV/XVI secolo)

Questo criterio viene applicato nella Penisola Iberica, in cui si fa una distinzione tra giuristi di riferimento per lo *ius civile* e giuristi di riferimento per il diritto canonico: si sta sviluppando la civilistica distinta dalla canonistica. In Spagna venne applicato il criterio della legge delle citazioni, restringendo ad alcuni giuristi i riferimenti per la interpretazione e applicazione del diritto:

- in *materia civile* si vietava il ricorso a giuristi vissuti dopo la morte di **Bartolo da Sassoferrato** (1357)
- in *materia canonistica* si vietava il ricorso a giuristi vissuti dopo la morte di **Giovanni d'Andrea** (1348)

Solo successivamente si estese l'arco temporale di riferimento alla vita di altri due giuristi:

- in campo civile, si vietò il ricorso a giuristi vissuti dopo la morte di **Baldo degli Ubaldi** (1327-1400), allievo di Bartolo da Sassoferrato;
- in campo canonistico, si vietò il ricorso a giuristi vissuti dopo la morte di Niccolò de Tedeschi, detto **Abate Panormitano** (1386-1445).

Portogallo (XVI/XVII secolo)

In area portoghese si hanno, in età moderna, due raccolte:

Ordenações Manuelinas (1521), volute dal re Manuel I

Ordenações Filipinas (1603), volute dal re Felipe I

Le due raccolte rimasero in vigore sino al XIX secolo in Portogallo e vennero estese al Brasile (il Brasile fu «scoperto» nel 1500 da Cabral e colonizzato dai Portoghesi negli anni 30 del XVI secolo. Ottenne l'indipendenza dal Portogallo nel 1822).

In caso di dubbi sulla interpretazione delle norme, il giudice avrebbe dovuto riferirsi alle soluzioni adottate per casi simili da Bartolo da Sassoferrato oppure alle soluzioni offerte da Accursio (1184-1263) nella Magna Glossa.

Penisola italiana

Il criterio della legge delle citazioni non trova spazio se non in rari casi e in zone di scarsa rilevanza. I motivi della mancata applicazione di questo criterio in Italia possono essere così individuati:

- l'Italia era terra di Università, luoghi che contribuivano allo sviluppo dottrinale del diritto;
- i giuristi che si formavano nelle Università non potevano accettare di «imbalsamare» la loro attività creativa al passato, per quanto prestigioso e glorioso.

Forte frammentarietà dal punto di vista degli ordinamenti giuridici. I docenti universitari, che si occupano dell'interpretazione delle fonti tendono a non applicare il criterio, per cui non si risolve la frammentarietà di questo sistema dottrinale

3) Référé législatif

Si tratta della cd. *Riserva del legislatore*. Il potere politico poteva riservarsi il potere di interpretare la legge in caso di dubbi interpretativi. Il criterio venne applicato **in Spagna** al tempo dei Re Cattolici (Isabella I di Castiglia e Ferdinando II di Aragona) nella seconda metà del XV secolo. L'applicazione del criterio creò un «rallentamento» nell'amministrazione della giustizia e determinò un pericolo di screditamento dei giudici.

Il criterio venne applicato anche **in Francia** ma anche qui con scarso successo. In questo contesto, nel 1578 venne creato il *Conseil des Parties*, antenato della Corte di cassazione, che si diffonderà in tutta Europa come «giudice di legittimità», effettuando un controllo sulla corretta applicazione e interpretazione delle norme. Si tratta di «interpretazione autentica»: l'interpretazione è lasciata alla stessa fonte, quindi al legislatore che ha disegnato quel provvedimento. In alcuni casi potrebbero sorgere dubbi circa l'applicazione di una norma, e chi meglio di chi l'ha scritta può risolvere questi dubbi?

Il legislatore principalmente è il sovrano: iniziano ad esistere assemblee pre-parlamentari, per cui colui che deve essere chiamato a fornire un'interpretazione autentica sarebbe il sovrano stesso, il quale può farlo attraverso delle sue corti o dei suoi consiglieri. Ci si rende ben presto conto che la risoluzione delle singole controversie non può essere demandata sempre al sovrano, perché ciò determina un rallentamento dell'intero sistema.

Neppure la nascita della Corte di cassazione riesce a risolvere il problema dell'incertezza del diritto, perché giudica la legittimità esclusivamente di casi concreti. Le sentenze pronunciate dalla Corte di cassazione sono vincolanti solo per le parti che si sono rivolte alla Corte di cassazione.

4) Vincolo al precedente giurisprudenziale

Nell'Europa continentale non si affermò mai il principio dello *stare decisis* (traducibile come «rimanere su quanto deciso») che si svilupperà, invece, in Inghilterra. Fa sì che laddove si faccia riferimento alle sentenze già pronunciate dai giudici, queste abbiano una loro validità per casi simili, determinando **omogeneità**. Ma

la vincolatività delle sentenze già pronunciate dai giudici avrebbe significato una minor rilevanza dell'attività interpretativa proposta dai giuristi nelle università. Questo non accade in **Inghilterra**, in cui le università svolgono un ruolo diverso, per cui si impone con maggior facilità il vincolo del precedente giurisprudenziale.

Decodificazione: Natalino Irti-> giurista che propone di guardare ai sistemi di common law.

Assemblee pre-parlamentari e il problema della rappresentanza

- **Assemblee popolari romane**

Tra le varie fonti, tra quelle già analizzate nel diritto comune, si aggiunge la legge, che inizialmente assume varie denominazioni ed è il frutto dell'organo costituzionale cui è demandata la funzione legislativa. L'organo legislativo in una fase iniziale corrisponde allo stesso sovrano, ma iniziano a comparire anche delle assemblee, che inizialmente hanno funzioni varie. È come se fossero vere e proprie *corti di ausilio all'attività giudiziaria del sovrano*, ma finiranno per essere le corti cui è demandata l'attività legislativa e corti che rappresentano il popolo.

Le assemblee popolari romane dovevano limitarsi ad approvare o meno il testo legislativo proposto dal magistrato, senza possibilità di apportare modifiche; hanno una competenza specifica, soprattutto nell'ambito dell'amministrazione della giustizia, per cui in ambito di *processo criminale* prendevano le maggiori decisioni (il condannato poteva rivolgersi a queste assemblee per chiedere una revisione della sentenza. Non ha quindi solo funzioni legislative, ma anche giudiziarie.

In età medievale e moderna le assemblee con funzioni legislative sono molto limitate, ma ci sono corti chiamate ad amministrare la giustizia.

- **Consistorium di età tardo-antica**

Le assemblee popolari romane iniziano a perdere le loro funzioni principali; I *consilium principis* si trasformeranno in un altro organismo in età tardo antica: il *consistorum*. I suoi membri, scelti direttamente dall'imperatore, hanno varie funzioni legislative limitate, per cui non possono essere paragonate ai nostri parlamenti. Potevano approvare o meno le decisioni provenienti dall'imperatore.

- **Curiae regis di età medievale**

- **Assemblee cittadine tra XI e XII secolo**

Il Parlamentarismo inglese

- Alle origini si hanno delle convocazioni di **rappresentanze dei territori** e dei ceti sociali in differenti luoghi, con la principale finalità di **gestire il sistema di prelievo dei tributi**.

Ciò che Guglielmo il conquistatore fa è creare corti itineranti che hanno lo scopo di rappresentare il fatto che ci sia un centro di potere che si sposta verso le periferie per amministrare la giustizia. I successori di Guglielmo si rendono conto che il sostegno da parte dei signori locali è indispensabile per la creazione di un potere centrale

che non può essere imposto con la sola forza militare. Dunque, questo sistema si costruisce con il coinvolgimento dei signori locali nella gestione del potere centrale.

- Tra il 1199 e il 1216 regnò Giovanni Plantageneto (detto Giovanni Senza Terra). Il sovrano convocò nel 1213 due parlamenti: St. Albans (Hertfordshire) e Oxford (Oxfordshire).
- Nel 1215 il sovrano concesse la **Magna Charta**, fondamento del costituzionalismo inglese.
- La **Magna Charta** si presenta come una promessa, un impegno del re, ma in realtà può essere definita come un **accordo tra il sovrano e i rappresentanti dei ceti sociali**, un contratto di natura politico-giuridica. La sua permanenza nel tempo la rese un documento fondamentale del sistema costituzionale inglese.

I parlamenti hanno una funzione temporanea e hanno lo scopo di riconoscere al sovrano centrale l'autorità di raccogliere tributi. Giovanni Plantageneto cerca di fondare teologicamente il proprio potere. Sembra che questo sistema del pre-parlamentarismo possa finire proprio con Plantageneto, che cerca di assolutizzare il proprio potere; ad ogni modo i baroni si schierano contro questa tendenza.

I due parlamenti, a *St. Albans* e *Oxford*, sono costituiti allo scopo di raggiungere un accordo con i signori locali soprattutto per quanto riguarda le imposizioni fiscali. La Magna Charta viene presentata dal sovrano come un atto unilaterale di provenienza regia, ma in realtà è il frutto dei signori locali e dello stesso sovrano.

Tassazione e rappresentanza nella Magna Charta

Articolo 12 della Magna Charta

*Nessun pagamento di scutagio o auxilium sarà imposto nel Nostro Regno **se non per comune consenso**, a meno che non sia per il riscatto della Nostra persona e per la nomina a cavaliere del Nostro figlio primogenito e una sola volta per il matrimonio della Nostra figlia maggiore, per tali fini sarà imposto solo un ragionevole auxilium; lo stesso vale per gli auxilii della città di Londra.*

Articolo 14 della Magna Charta

*Per ottenere il generale consenso per l'imposizione di un auxilium, eccettuati i tre casi sopra specificati, o di uno scutagio faremo convocare con Nostre lettere gli arcivescovi, i vescovi, gli abati, i conti ed i maggiori baroni, e faremo emettere da tutti i nostri sceriffi e balivi una **convocazione generale** di coloro che possiedono terre direttamente per Nostra concessione, in un dato giorno, affinché si trovino, con preavviso di almeno quaranta giorni, in un determinato luogo; e in tutte le lettere di convocazione ne indicheremo la causa; quando sarà avvenuta la convocazione, nel giorno stabilito si procederà secondo la risoluzione di coloro che saranno presenti, anche se non tutti i convocati saranno presentati **

*Questo ultimo inciso dell'art. 14 della Magna Charta segna il **superamento del principio dell'unanimità** e vincolatività della decisione assunta dall'assemblea anche per gli assenti. Il corpo deliberante si distingue dai suoi singoli componenti.

Dall'art.14 emergono gli elementi che costituiranno la base del parlamentarismo:

- L'individuazione di un **ordine del giorno**;
- Il parlamento deve essere convocato per una **ragione precisa**;
- Vengono individuati i **soggetti** destinatari **invitati** a partecipare ai parlamenti.

Struttura inizialmente bipartita poi tripartita e poi nuovamente bipartita (come il parlamentarismo inglese di giorni nostri). Fino all'introduzione della Magna Charta le decisioni dovevano essere votate all'unanimità. Con la Magna Charta la votazione raggiunta dalla maggioranza dei presenti vincolava anche coloro che non avevano partecipato alla decisione: *sistema maggioritario*.

Articolo 61, § 7, della Magna Charta

*In tutti gli adempimenti di questi venticinque baroni, se dovesse accadere che i venticinque siano presenti e tra di loro siano in disaccordo su qualcosa o uno di loro che è stato convocato non vuole o non può venire, ciò che la maggioranza dei presenti avrà deciso o ordinato, **sarà come se avessero acconsentito tutti i venticinque**; e i suddetti venticinque giurino di osservare fedelmente tutte le cose suddette e di fare tutto ciò che è loro possibile per farle osservare **

*Il principio maggioritario viene mantenuto in riferimento alle decisioni assunte dai baroni, i quali avevano un diritto di resistenza contro le decisioni assunte dal sovrano. Il re si impegnavano a rispettare le decisioni assunte dai baroni attraverso un giuramento che, proprio per la sua vincolatività, venne nel tempo abbandonato.

Con la Magna Charta si istituzionalizzano una serie di usi e costumi in parte già noti nei parlamenti convocati fino a quel momento. Emerge l'idea che la **Carta costituisce una forma di limitazione al potere sovrano**.

Rapporto giuridico e rapporto costituzionale

- Giuridizzazione dei rapporti tra sudditi (almeno coloro compresi nell'accordo) e il sovrano;
- Si determina la creazione di un «rapporto costituzionale» tra sovrano e sudditi;
- L'esigenza di coinvolgere le rappresentanze popolari nasce dal conflitto tra il sovrano e i baroni ma finisce con il coinvolgere anche i **commoners** (uomini liberi che non erano né nobili né ecclesiastici). Verso la fine del XIII secolo anche i rappresentanti delle contee e delle città vennero coinvolti nei processi decisionali.

Il "Model Parliament" (1295)

Nobili, clero e commoners sono i tre corpi rappresentati.

- Struttura *bipartita* del parlamento in quanto, a partire dal XIV secolo, i grandi ecclesiastici si uniscono ai nobili, riuniti nella camera dei Lords; ad essi si contrappongono i commoners riuniti nella camera dei comuni (uomini liberi, non nobili né ecclesiastici).
- La struttura bipartita del parlamento inglese costituisce una **eccezione alla struttura tripartita dei parlamenti dell'Europa continentale** in questo stesso periodo storico e oltre (eg. l'Assemblea degli Stati Generali in Francia durato fino al Settecento).

Il **model parliament** prevede che il parlamento sia costituito dai componenti della società inglese del tempo.

Le competenze del Parlamento

- Un impulso allo sviluppo del parlamentarismo inglese si ebbe durante la Guerra dei 100 anni (1337-1453) che vide la contrapposizione tra il Regno di Francia e il Regno di Inghilterra per questioni dinastiche (Edoardo III d'Inghilterra rivendicava il trono francese in quanto nipote di Filippo IV).

- Il Parlamento, in questo secolo, ha specifiche attribuzioni in materia giurisdizionale e **in tema di fisco** (si pensi alla necessità di finanziare la lunga e costosa guerra).
- La funzione legislativa del parlamento viene inizialmente concepita come **espressione della funzione giudiziaria**: il parlamento, infatti, esprimeva il proprio consenso alle decisioni regie.
- Il parlamento dava i propri pareri al re sulle questioni da esso poste e dichiarava il diritto come un giudice, se mai in termini più formali.
- Il parlamento poteva promuovere i processi penali contro i ministri del Re (impeachment – denominazione ancora usata in UK per i giudizi contro i ministri e in USA contro il Presidente).
- Il Parlamento dichiara -a partire dal XIV secolo- di “rappresentare tutto il popolo del reame” e, di conseguenza, di avere il potere di deporre il Re.
- Nella successione al trono il parlamento iniziò ad avere una funzione riconoscendo il sovrano, soprattutto nei momenti di crisi dinastica che hanno portato ad un mutamento della famiglia a capo della corona.

Il caso francese. Gli Stati Generali

Dopo la fine della dinastia dei Carolingi (IX secolo) si ebbe un processo di continue annessioni al territorio che circondava Parigi (nucleo territoriale iniziale). I vari territori inglobati mantenevano la loro autonomia e la loro identità, i propri usi e costumi e talvolta anche un proprio apparato amministrativo.

Si conservarono così gli **Stati Provinciali**, cioè assemblee formate dai rappresentanti dei ceti sociali (nobiltà, clero e città). Dal XIV secolo iniziarono a riunirsi anche i cd. **Stati Generali**, una sorta di parlamento nel quale i rappresentanti dei singoli ceti avanzavano delle richieste relative al proprio gruppo sociale di appartenenza (vincolo di mandato – cfr. art. 67 Cost. italiana. Il divieto di mandato imperativo risale alla costituzione francese del 1791). La struttura tripartita delle classi sociali verrà mantenuta nel tempo.

Divieto di mandato imperativo

Art. 7 costituzione francese del 1791: «I rappresentanti eletti nei dipartimenti non saranno rappresentanti di un dipartimento particolare, ma della nazione intera, e non potrà essere conferito loro alcun mandato»

Art. 67 Cost. italiana: «Ogni membro del Parlamento rappresenta la Nazione ed esercita le sue funzioni senza vincolo di mandato»

L'art. 67 cost. prevede un divieto di vincolo di mandato, per cui non bisogna rappresentare solo gli interessi del loro elettorato, ma di tutta la nazione. Questo principio costituisce un'acquisizione propria della Rivoluzione francese, che si pone in netta contrapposizione a quanto accadeva negli Stati Generali.

La prima costituzione rivoluzionaria è quella del 1791, che per la prima volta esprime il divieto di vincolo di mandato.

Il caso francese. Gli Stati Generali

Il sovrano accettava le deliberazioni degli Stati Generali, ma solitamente solo in cambio dell'accettazione, da parte dei rappresentanti dei ceti, di nuove imposizioni tributarie - cd. «Concezione pattizia» del diritto e del potere

impositivo fiscale. Anche in questo caso, uno sviluppo significativo dell'attività degli Stati Generali si ebbe durante la guerra dei 100 anni (1337-1453).

Tra le caratteristiche degli Stati Generali che abbiamo già individuato nei parlamenti inglesi c'è questa concezione pattizia (contrattuale) del potere, un accordo vero e proprio che troviamo anche nell'ambito degli Stati Generali in Francia. Le esigenze che sorgono sono legate agli aspetti tributari, sia per mantenere lo stato centrale che le guerre che si combattono in questo periodo.

La rappresentanza in Spagna e nella penisola italiana

In Spagna si diffonde il sistema delle **Cortes**, organo rappresentativo dei ceti sociali, sul modello francese - ci richiama al concetto di corte, di tribunale. Questa è una denominazione plurale, per cui hanno una composizione plurale al loro interno, e anche qui abbiamo una struttura tripartita: nobili, ecclesiastici e cittadini.

Nella penisola italiana il principio ***quod omnes tangit ab omnibus adprobare debet*** si diffonde con alcune peculiarità:

- Il principio, di origine romanistica, ha la propria collocazione nell'ambito del diritto privato (tutela);
- Il modello del *civis* (cittadino) prevalse rispetto all'idea del rappresentante di ceto: il cittadino partecipa alle decisioni politiche in quanto tale e non in quanto appartenente ad una certa classe;
- Trova applicazione il principio maggioritario per cui la minoranza non consenziente era vincolata alle decisioni deliberate dalla maggioranza;
- La partecipazione del cittadino e la mancata suddivisione delle assemblee per classi, determinerà un primo nucleo di regole proprie del parlamentarismo contemporaneo (votazioni, maggioranze, incompatibilità etc.);
- Esclusione di alcuni soggetti (ecclesiastici e non possidenti).

Nonostante la presenza dei territori pontifici in Italia, tra coloro che sono esclusi dalle assemblee ci sono proprio gli ecclesiastici: addirittura una delle classi sociali che troviamo in Inghilterra, in Francia e in Spagna, è esclusa in Italia.

Troviamo il principio ***quod omnes tangit ab omnibus adprobare debet*** nel diritto romano: l'estrapolazione e interpretazione dei principi propri del diritto romano è attività tipica delle università. Questo riguarda il diritto privato, in particolare *l'istituto della tutela*; nel caso di pluralità di tutori, tutti i tutori devono essere d'accordo riguardo a una decisione da prendere. Tra i soggetti sottoposti a tutela ci sono soprattutto le donne: qui, più che la protezione dei diritti del singolo soggetto, si pensa alla gestione del patrimonio.

I giuristi che operano nelle università estrapolano dalla compilazione giustiniana questo principio e lo trasferiscono sul piano del diritto pubblico.

Questo meccanismo rallenterà di molto la formazione di entità unitarie in Italia. A parte alcuni casi, tra cui il regno di Napoli, l'Italia centro settentrionale continuava a essere frammentata.

Il particolarismo giuridico (cenni e rinvio)

Coesistono varie fonti del diritto su più livelli, in cui non è ancora possibile individuare una scala gerarchica.

Particolarismo giuridico (norme che trovano diversa applicazione):

- **soggettivo o personale**: una distinzione del diritto applicato ai componenti delle varie classi sociali;
- **oggettivo o territoriale**: diversa applicazione delle fonti del diritto nei vari territori.

Troviamo un sistema estremamente articolato di fonti del diritto in Italia, in cui *il diritto comune* continua ad essere un punto di riferimento, ma troviamo anche le **consuetudini**, locali e territoriali (norme non scritte seguite da lungo tempo e applicate nella convinzione della loro vincolatività). Abbiamo anche *le normative del comune*: ogni comune in Italia centro-settentrionale è caratterizzato da un documento, che prende il nome di **statuto comunale**. La normativa comunale consiste negli statuti comunali e nelle loro successive modifiche.

Attività legislativa del signore feudale: in Italia continuerà ad esistere il territorio feudale - beni immobili (terre) di larga estensione su cui una famiglia imponeva il proprio dominio.

Questo sistema funziona perché i signori feudali hanno bisogno del comune come punto di riferimento (il sistema feudale verrà meno solo con le riforme napoleoniche). Ma i signori feudali resistono al potere, e queste forme di resistenza le troviamo ancora nel XIX secolo. Alcune città iniziano ad organizzarsi come principati veri e propri (normativa ulteriore). Quindi, queste due istanze possono essere considerate in contrasto tra loro, infatti gli stati non vogliono rinunciare alla propria autonomia e indipendenza a favore del parlamento europeo.

È interessante vedere come quella che noi chiamiamo età moderna, che quindi si pone come nuova rispetto alla realtà medievale, avrà una durata breve (tre secoli), e alla fine di questo periodo verrà classificato come *Ancien regime* (antico regime).

Nella riflessione condotta da alcuni intellettuali del movimento umanista, iniziano ad essere messe in discussione alcune fonti del diritto comune. In seguito alla morte di Giustiniano sorgono difficoltà linguistiche (nella parte orientale si parlava greco e i testi erano scritti in latino). Tra questi testi abbiamo la *littera florentina*, nota anche come *littera pisana*; poi abbiamo un'altra versione, *la littera boloniensis* (versione bolognese delle pandectae): questa viene utilizzata a partire dal XI secolo nell'università di Bologna. Ma queste versioni possiedono problemi di originalità, problemi sottolineati da Lorenzo Valla, intellettuale umanista.

Mos italicus- mos gallicus

Lo stato inizia ad occuparsi sempre di più del diritto criminale e del diritto processuale penale - lo iniziamo a vedere con Guicciardini. Tra i reati compare il furto: per i romani era un delitto, e loro per delitto intendevano *illecito di diritto privato*.

- **L'umanesimo giuridico, che sorge in Italia nel XV secolo**, si sviluppa come costola dell'umanesimo, caratteristico dell'età moderna: tendenza a porre nuovamente l'essere umano al centro della riflessione intellettuale. Siamo nel XV secolo in Italia, dove questo movimento nasce e si sviluppa. Si sviluppa anche in Francia in modo autonomo come scuola dei culti. Gli umanisti iniziano ad avere dubbi rispetto alla compilazione giustiniana. L'opera portata avanti da Giustiniano è un'opera perfetta, che non contiene nessun errore o contraddizione perché è un'opera ispirata direttamente a Dio.

Metodo storico-filologico: considerare i testi in base alla provenienza storica e svolgere un'analisi linguistica degli stessi. Cercare di ricondurre alla giusta epoca storica i testi che ci sono pervenuti dall'antichità.

L'umanesimo del XV secolo:

- Critica l'approccio medievale al diritto (in particolare, i *libri legales*)

- Critica la «infallibilità e universalità» della compilazione giustiniana: attività interpretativa del diritto canonico proviene dall'attività interpretativa dei giuristi delle università.
- Indirizza aspre critiche alla scuola di Bologna tese ad una «**storicizzazione**» della compilazione giustiniana. Storicizzazione → riportare un determinato testo alla sua dimensione storica: il diritto è un fenomeno storicamente fondato.

Questa tendenza la ritroviamo di nuovo nel XIX secolo in Germania, che stabilisce che il diritto romano continua a essere un punto di riferimento, ma non è possibile applicare quelle norme, bensì bisogna crearne di nuove a partire da quelle (Thibault). Nel XIV secolo i tedeschi creano il *negozio giuridico* (matrimonio, testamento, contratto sono caratterizzati da elementi comuni che i tedeschi riescono a ricondurre al negozio giudico).

Il fatto di considerare la compilazione giustiniana come universale o guidata da Dio, significa che la sua interpretazione deve essere considerata valida nel corso dei secoli.

- riteneva che i giuristi dovessero avere una formazione anche storico-filologica: il giurista non può prescindere da una competenza di tipo storico o filologico, per cui deve conoscere non solo le norme ma deve essere in grado di interpretare la realtà storica che lo circonda.
- criticava il monopolio dei giuristi in ambito giuridico: imponendosi come nuova classe dirigente, gli stessi umanisti hanno interesse ad avvicinarsi al potere politico.
- si afferma con la formazione della «scuola dei culti».

Imponendosi come nuova classe dirigente, gli stessi umanisti hanno interesse ad avvicinarsi al potere politico.

Poggio Bracciolini e il particolarismo

Poggio Bracciolini (**1380-1459**), umanista, personaggio di spicco di Firenze, scrive in un passo della sua opera "*Secunda convivialis disceptatio*": "Fai che la repubblica fiorentina abbia un governo più ampio, raccolga le sue private (cioè, "proprie" come appunto nel *ius proprium*) leggi come hanno fatto i Romani, **le ordini in volumi** e abroghi tutte le altre, legiferi soltanto con le sue e i suoi sudditi siano tenuti a seguirle...".

Poggio Bracciolini invitava a *prescindere dal diritto comune* (fortemente criticato come "creazione dei giuristi medievali") e a creare un diritto toscano, proprio di Firenze e dei territori da essa dominati.

Questo fenomeno è legato allo sviluppo della città di Firenze, che si pone come dominante rispetto alle altre città: i fiorentini possono tranquillamente andare nelle città dominate ad acquistare direttamente beni immobili, ma i cittadini delle città dominate per acquistare un bene immobile a Firenze necessitano di un'autorizzazione dalla città di Firenze.

Ciò che fa Bracciolini è proporre la **creazione di una repubblica (*res publica*) fiorentina**, quindi un nuovo ordinamento locale che riguarda Firenze e le città sottoposte ad essa, sull'esempio dei romani. Questa proposta non è destinata a realizzarsi, ma dimostra soltanto l'approccio umanistico teso al recupero di categorie provenienti dal passato.

Diritto comune, locale e cittadinanza

Perché l'idea di Poggio Bracciolini di creare un diritto locale, proprio della *res publica* di Firenze non ebbe successo? Bracciolini guardava all'esperienza romana: nel 212 Antonino Caracalla aveva concesso la cittadinanza a tutti gli abitanti dell'impero, facendone *cives romani*, cui applicare il solo ordinamento giuridico

romano. Così, l'idea di fondo, per Poggio Bracciolini, era quella che tutti gli abitanti dei territori controllati da Firenze potessero avere la cittadinanza Fiorentina, diventare *cives florentini*.

Il particolarismo territoriale impediva una completa egemonia di Firenze, in quanto alle città «dominate» erano comunque, riconosciuti spazi di autonomia, mentre alla città «dominante» erano riconosciuti privilegi che avrebbe perduto in caso di parificazione con tutte le altre località (si pensi al fatto che gli amministratori delle città dominate erano fiorentini; che i *cives* fiorentini potevano acquistare proprietà nelle altre località ma gli abitanti delle città dominate necessitavano di una particolare autorizzazione per acquistare proprietà su suolo fiorentino).

La cittadinanza fiorentina - al contrario di quanto auspicato da Bracciolini- era concessa raramente a singoli individui per meriti particolari (come accadde allo stesso Bracciolini che era aretino) o per ingraziarsi i favori di famiglie di particolare prestigio economico-sociale. Questo consentirebbe di sviluppare un sistema unitario. Questo sistema di concessione esiste a Firenze, ma non verrà esteso anche alle città dominate perché si vuole mantenere una posizione di privilegio.

Nota: nell'**Editto di Caracalla** l'imperatore decise di attribuire la cittadinanza romana a tutti gli abitanti dell'Impero.

Particolarismo tra repubbliche e principati

È soprattutto negli stati di origine repubblicana che il fenomeno del particolarismo rimase accentuato, mentre negli stati principeschi la situazione andò facendosi, sotto questo aspetto, meno complessa. Il principe ebbe infatti interesse a **disciplinare in modo più uniforme il territorio**, anche se per legare a sé più strettamente la nobiltà e le classi emergenti delle varie città dovette anch'egli concedere talora dei privilegi sul tipo di quelli repubblicani. Secondo alcuni studiosi la principale differenziazione interna nella penisola italiana fu proprio quella tra *repubbliche* e *principati*, ben prima che si affermasse il divario nord-sud (Mario Ascheri).

Le pandette fiorentine e bolognesi sono ancora oggi considerate le versioni più risalenti dei manoscritti disponibili del Digesto. La più antica è la *littera fiorentina* (*littera pisana*). Lorenzo Valla opera una critica al testo; opera anche la critica alla donazione di Costantino: questo è un falso, un documento che l'imperatore Costantino avrebbe redatto nel momento della sua conversione al cristianesimo, con il quale attribuiva al vescovo di Roma potere su alcuni territori.

Valla, attraverso il metodo storico-filologico riesce a dimostrare che quel documento è un falso. Egli aveva studiato la storia della lingua latina e si rende conto che quel latino non poteva essere del IV secolo ma di molto dopo, per cui non si trattava di una volontà dell'imperatore ma da un falso redatto per giustificare il potere del pontefice.

Pandette Fiorentine e Lorenzo Valla

- **Littera Fiorentina** (già **Littera Pisana**) = più antico manoscritto del Digesto, almeno tra quelli noti sino ai nostri giorni, conservato, a partire dagli inizi del XV secolo, a Firenze. Il manoscritto si trovava in una teca della Chiesa di Orsanmichele (oggi si trova nella Biblioteca Medicea Laurenziana).
- **Littera Bononiensis** = manoscritto del Digesto utilizzato a Bologna per lo studio del diritto.

Lorenzo Valla (1405-1457), altro esponente dell'umanismo giuridico, contribuì alla «decostruzione» della immagine di Giustiniano e Triboniano, nella sua opera *Elegantiae linguae latinae* (1435-1444). Lo stesso Valla fu colui che mise in discussione anche la cd. Donazione di Costantino. (Valla era protetto da Alfonso il Magnanimo di Aragona che nel 1443 era entrato trionfalmente a Napoli).

Resistenze all'umanesimo: Giason del Maino

Giason del Maino (1435-1519) fu un giurista, autore di uno scritto in polemica con il tentativo di rinnovamento dei *libri feudorum* fatto a Pavia da Bartolomeo Barattieri (1380-1450 circa). Giason del Maino scriveva: "io penso che rinnovare – come ha fatto il Barattieri – questo libro [*libri feudorum*] porterebbe solo confusione nella Glossa e nella dottrina dei dottori dell'uno e dell'altro diritto". Si tratta di una espressione propria del *mos italicus*, modalità critica di intendere l'opera degli umanisti quando mettono in discussione la produzione interpretativa dei giuristi «accademici».

Con "*l'uno e l'altro diritto*" si intende diritto civile e diritto canonico. Questa è una prima forma di resistenza all'operazione svolta dagli umanisti. Si tratta di un'espressione propria del *mos italicus*: estrema difesa della tradizione precedente, che riguarda i testi nella propria originalità.

Altro esempio di critica all'opera degli umanisti: lavoro di **collatio** (cioè, di confronto) e di **adnotationes** tra la *littera Florentina* e la *Littera Bononiensis* condotto da Angelo Poliziano nel 1490. Poliziano annotò su alcuni incunaboli (prime stampe) del Digesto, gli errori e le inesattezze della *littera Bononiensis* (utilizzata nelle università) rispetto alla *littera florentina*, conservata a Firenze e ritenuta senz'altro autentica, proveniente addirittura direttamente da Bisanzio.

Dopo la morte di Angelo Poliziano si cercò di recuperare e stampare le sue *collationes* e *adnotationes* alla ricerca del testo originale del Digesto ma questi tentativi ebbero poco successo in quanto il sistema dottrinale si era basato sul testo riportato nella *littera Bononiensis*.

Agnolo (o Angelo) Poliziano era un umanista e applicò il metodo storico-filologico proprio degli umanisti: il problema furono le «resistenze» alla sua opera che non riuscì a scalfire la tradizione precedente, fortemente radicata nella cultura giuridica del tempo. Angelo Poliziano, all'interno delle prime edizioni del Digesto, individua gli errori e le contraddizioni. Dopo la sua morte si cerca di raccogliere queste annotazioni per cercare di dar conto dell'individuazione di questi errori.

Ancora resistenze all'umanesimo: il caso di Tommaso Diplovatazio e le censure alle sue opere

Tommaso Diplovatazio, nato sull'isola di Corfù, si rifugiò in Italia dopo la caduta di Costantinopoli (1453), e intraprese gli studi giuridici. Rendendosi conto dell'importanza dello "sviluppo dottrinale del diritto" iniziò a scrivere delle biografie dei giuristi che avevano operato sino a quel momento (seconda metà del XV secolo). L'opera è intitolata *De Claris Iuris Consultis* (*Dei Famosi Giuristi*).

Il Diplovatazio si occupò anche di Bartolo da Sassoferrato e leggendo i suoi Trattati e i suoi *consilia* si rese conto che molti di questi erano stati «erroneamente» attribuiti al giurista del XIV secolo. Ma come mettere in discussione Bartolo? Come poter contrastare il fenomeno del Bartolismo? Gli editori di Lione e Venezia censurarono le opere del Diplovatazio proprio nelle parti in cui mettevano in discussione l'affidabilità di Bartolo da Sassoferrato.

Mos italicus e Mos gallicus

Il metodo avviato dal Valla e portato a perfezionamento da altri giuristi (Budeo, Alciato, Zasius) si basava **sull'analisi filologica** del *Corpus Iuris Civilis* e di altri testi più risalenti nel tempo, restituendo l'originalità del dettato e la loro collocazione nella storia. Gli umanisti, pertanto, si pongono come studiosi affascinati dall'esperienza giuridica dell'antichità ma rifiutano di considerarsi continuatori della stessa esperienza.

Rilevano le contraddizioni interne alla compilazione, cui non attribuiscono valore «divino» e «infallibile», come avrebbe voluto lo stesso Giustiniano (si ricordi il contenuto delle costituzioni *Deo Auctore* del 530 e *Tanta/Dedoken* del 533). La conseguenza principale è quella di mettere in discussione il diritto comune, fondato per buona parte proprio sul diritto romano giustiniano, cui venivano attribuiti i caratteri della *universalità* e della *infallibilità*.

In ambiente della penisola italiana si diffonde il *Mos Italicum*, che tende a diffondere le tradizioni del diritto romano giustiniano. Per il *Mos Gallicus*, invece, la compilazione giustiniana non ha elementi di divinità e infallibilità, e rappresenterà il testo da cui partire per creare nuovi ordinamenti giuridici (che poi saranno lo stato in senso moderno).

Questo nuovo approccio umanistico porta ad un interesse –prima scarso- verso il diritto pubblico romano per la creazione di nuove categorie che rispondessero alle esigenze del presente.

Altra conseguenza fu la contrapposizione tra due differenti modalità di intendere e insegnare il diritto romano:

- **mos gallicus iura docendi** che si diffuse in **Francia**, dove il diritto romano era considerato *ratio scripta*, cioè ragione scritta da cui trarre un autorevole insegnamento, una guida per la nuova legislazione o per la formulazione di un nuovo diritto «nazionale», comunque fondato sulle tradizioni consuetudinarie galliche. Il diritto romano era quindi, per il *mos gallicus*, uno strumento formativo e non pratico (si noti, però, che nelle aree del sud della Francia continua ancora lo sviluppo del cd. diritto scritto di derivazione romanistica);
- **mos italicus iura docendi** in **Italia**, al contrario, il diritto romano continua ad essere guardato (almeno generalmente e in particolare negli ambienti accademici) come una fondamentale esperienza del passato, immutabile per via della sua perfezione (o almeno perfettibilità) da conservare e tramandare al futuro.

Nota: A nord - pesi di diritto consuetudinario. A sud - tradizione romanistica.

Francesco Guicciardini (1483-1540) e la disputa sul metodo di insegnamento del diritto

«Nelle cose criminali è necessario che si osservi la giustizia, pure vi si può qualche volta andare con più larghezza (discrezionalità repressiva del giudice); ma nella civile è necessario tenere una regola ferma e stretta, che le vadino nette e sincere, e che chi ha lo Stato in mano non se ne travagli; perché anche questa è una di quelle cose che appartiene alla sicurtà assai, che gli uomini intendino che per mezzo de' giudici non possa esser tolto loro che è tengono giustamente, o impedita la recuperazione di quello che fussi usurpato indebitamente da altri».

Si riporta il pensiero dello storico del diritto Mario Ascheri su questo passo: «La *ratio* di questa differenza (civile-penale) sta in motivi politico-sociali: ossia nel maggior interesse dello Stato (e della Chiesa), che si riflette nel settore penalistico, a reprimere in tutti i modi il reato, anche assegnando un più libero potere al giudice. Astrattamente l'uguaglianza delle parti non è toccata, ma di fatto? È un aspetto della nostra cultura giuridica

profondamente radicata: fare discorsi alati all'università, ma discorsi che possono rimanere puramente formali, e che cedono di fronte agli interessi dello Stato o di classe o di categoria; oppure tenere conto dei principi formalmente, rimanendone poi ben lontani però nella realtà anche durissima della prassi giudiziaria. [...] La questione penale diverrà la grande questione del '700, che erediterà tutte le contraddizioni delle dottrine cinque-seicentesche in materia».

Il superamento del primato ecclesiastico

- il diritto comune romano-canonico è stato una filiazione sia dell'eredità romanistica frutto della rielaborazione universitaria diffusasi nel corso dei secoli XI-XV in Europa, sia del nuovo diritto prodotto dalla Chiesa romana, trionfante in Europa come istituzione religiosa centralizzata e unificata dalla figura del pontefice-vescovo di Roma a partire dal secolo XII;
- il Tardo Medioevo si caratterizzò per il 'trionfo' del potere papale, con importanti conseguenze sul piano politico, culturale e giuridico (preminenza del diritto canonico ogni volta in cui il diritto laico avrebbe potuto portare al peccato e quindi alla perdita della salvezza);
- la Chiesa aveva iniziato a dettare i 'ritmi della vita quotidiana', in tutti gli ambiti del vivere anche civile, non limitandosi a regolamentare la vita del clero;

Il superamento del primato ecclesiastico

- l'unico vero Signore era Dio e anche il suo rappresentante in terra non poteva che essere *servus servorum*;
- «usura, spergiuo (giuramento falso), fornicazione, violazione dei precetti religiosi, inosservanza dei sacramenti che – dal battesimo all'estrema unzione– segnavano ogni momento della vita individuale, erano problemi che riempivano la vita di ogni cristiano che volesse vivere la propria fede e trovarsi in armonia con la comunità intera, rispettando l'autorità e le disposizioni del proprio parroco» (M. Ascheri);
- tutto questo presupponeva il rispetto di alcune regole di diritto canonico che venivano 'introiettate' sin dall'infanzia e si poterono, così, diffondere capillarmente in tutto il continente europeo;
- anche le consuetudini locali iniziarono a risentire dell'influsso del diritto canonico, tanto che in alcune realtà particolari le consuetudini dovevano essere espressamente riconosciute e 'autorizzate' dall'autorità ecclesiastica;
- anche la vita individuale e privata assumeva una rilevanza 'pubblica' come espressione di adesione ai valori comuni della società. Il parroco poteva assolvere o condannare il penitente, secondo ben precise regole raccolte nelle cd. *Summae Confessorum*, dei trattati alla cui redazione partecipavano anche i canonisti (giuristi che si occupano di diritto canonico);
- La diffusione capillare della morale cristiana e del diritto della Chiesa iniziarono a creare qualche disagio per il contrasto, sempre più evidente, tra gli ideali pauperistici (di povertà) e di solidarietà cristiana e le ricchezze accumulate dalla Chiesa e dal clero.

Istanze di riforma della Chiesa

- Le istanze di riforma della Chiesa sono una costante per tutto il Medioevo: i movimenti pauperistici si diffondono per presto in tutta Europa, anche in aperto contrasto con la Chiesa e la sua struttura gerarchica;
- Si ricordi nel 1209/1210 l'incontro tra Francesco d'Assisi e il Papa Innocenzo III che riconobbe (dopo qualche esitazione) *l'ordo fratrum minorum*. In questo caso San Francesco non si pone in contrasto con la Chiesa che

considera 'Madre' e alla quale assicura obbedienza ma sicuramente il suo movimento avrà un forte impatto nella formazione di gruppi votati alla povertà cristiana;

Tentativi di riforma

- In **Francia** i tentativi di unificazione nazionale tra la fine del '400 e gli inizi del '500 avevano portato ad un allontanamento dalla Chiesa di Roma; già qualche anno prima, con la pragmatica *Sanctio di Bourges* del 1438, la Francia aveva difeso l'autonomia della Chiesa francese dal papato romano (cd. gallicanesimo). La Chiesa di Roma aveva dovuto accettare questa separazione per evitare uno scisma vero e proprio;
- In **Germania** viveva all'inizio dell'età moderna un nuovo senso di identità e unità nazionale proprio a seguito dello scoppiare dei problemi religiosi. Nel corso del '400 l'area germanica era ancora interessata da una forte frammentazione territoriale. L'Impero costituiva solo una cornice entro la quale si collocavano autonomie locali, cittadine, feudali e principesche. Con la *Reformatio Sigismundi*, un documento fatto circolare in tutti i territori tedeschi, si richiedeva una riforma della Chiesa, anche in chiave antiromana;
- In particolare, proprio i territori tedeschi erano stati delusi dai due concili che si tennero a Costanza (1414-1418) e a Basilea (1431-1449), dove si trattarono i problemi relativi al rapporto tra Chiesa universale (cattolica), poteri temporali del papa e realtà laiche locali.
- L'Imperatore si occupava sempre più dei problemi religiosi per contrastare il pericolo di un eccessivo spazio al papato romano. Riforma che si pone al centro della struttura gerarchica della Chiesa.

Conciliaristi e Assolutisti

A cominciare da Pio II (Enea Silvio Piccolomini), papa umanista del '400, fu netta la divisione tra due differenti modi di concepire il potere all'interno della Chiesa:

- **Conciliaristi**, che attribuivano al concilio ecumenico una **autorità superiore a quella papale**: parlamento interno alla Chiesa costituito dal concilio, una riunione di tutti i vescovi cattolici, provenienti da tutto il mondo. L'ultimo grande concilio ecumenico della Chiesa si è svolto negli anni '50 (Concilio Vaticano II che ha portato a una riforma in atto ancora ora).
- **Assolutisti**, che attribuivano al papa il più vasto potere decisionale in ordine alla gestione della Chiesa e non solo della Chiesa, la cd. *plenitudo potestatis* già affermata da alcuni potenti papi medievali quali Innocenzo IV (Sinibaldo Fieschi dei conti Lavagna, papa dal 1243 al 1254) e Bonifacio VIII (Benedetto Caetani, papa dal 1294 al 1303).

L'affermazione del Conciliarismo (primo '400)

Il conciliarismo rappresenta una tendenza assembleare, parlamentare potremmo dire, in seno alla Chiesa. Tale tendenza voleva attribuire maggiore rilevanza ai concili ecumenici nei processi decisionali che riguardavano la Chiesa, la sua struttura, ma anche gli aspetti relativi alla fede e alla vita dei cristiani. Un concilio ecumenico (o generale) è una riunione di tutti i vescovi cristiani [*ecumene* = mondo intero]. Questa tendenza avrebbe finito per riconoscere nel vescovo di Roma uno dei tanti vescovi posti a capo delle varie diocesi sparse per l'Europa e, pur riconoscendone l'alto valore simbolico, non ne avrebbe riconosciuto la supremazia rispetto agli altri vescovi.

Decreto Haec Sancta (Costanza, 1415)

Il Concilio "*rappresenta la Chiesa cattolica e riceve direttamente da Cristo il potere cui ciascuno, di qualunque stato o condizione, anche chi è elevato alla dignità papale, deve obbedire in materia di fede e per tutto quanto riguarda l'estirpazione dello scisma e la riforma di detta Chiesa nel suo capo e nei suoi membri ... chiunque ...*

anche se elevato alla dignità papale ostinatamente disdegni di obbedire ai suoi ordini ... venga sottoposto a giusta penitenza e sia debitamente punito ...».

Anche il papa deve obbedire in materia di fede. Si fa riferimento anche a coloro che, elevati all'autorità papale, mettono in discussione anche quanto sancito dal Concilio stesso (= il papa deve obbedire al Concilio).

Decreto Frequens (Costanza, 1417)

«La riunione frequente dei concili generali è il mezzo principale per coltivare i campi del Signore, perché estirpa i rovi, le spine e i cardì delle eresie, degli errori e degli scismi, corregge gli eccessi ... perciò stabiliamo, decretiamo e ordiniamo con editto perpetuo che da ora i concili generali siano tenuti in modo che il prossimo segua a 5 anni precisi dalla fine di questo, il secondo a 7 dal precedente e i seguenti concili a distanza di 10 anni, nei luoghi che verranno indicati un mese prima della scadenza di ogni concilio».

Questo testo ricorda l'art 61 della Magna Charta in cui si ha la necessità di convocare, ad intervalli di tempo regolari, i parlamenti. Per cui questa è quasi un'esperienza parlamentare all'interno della Chiesa (per prendere decisioni), che sembra avere successo per tutta la prima parte del '400.

Nella prima metà del '400 i conciliaristi prevalsero sugli assolutisti, ma solo temporaneamente, perché a metà secolo la situazione si rovesciò a favore del papato, che riuscì nella sua prospettiva perché seppe conquistarsi imperatore e principi, stringendo con essi degli accordi, chiamati **Concordati**: questi sono accordi tra Santa Sede e potere politico e riconoscono al potere politico poteri più o meno vasti nella sfera ecclesiastica, come ad esempio:

- Le nomine vescovili da parte del potere temporale;
- La gestione dei beni ecclesiastici;
- La gestione della sede vacante tra la morte di un vescovo e la nomina di quello successivo.

La Chiesa di Roma, quindi, per tentare di imporsi quale centro della cristianità, aprì al potere temporale, riconoscendo alcune prerogative ai signori locali attinenti alla sfera religiosa.

Affermazione dell'Assolutismo papale

Il Decreto segna l'inizio di una nuova epoca, con la Chiesa intesa come monarchia assoluta, democratica: il potere è fondato sull'idea di un intervento diretto del vescovo e capo della Chiesa universale (il vescovo di Roma è anche il pontefice massimo).

La tendenza che si sviluppa a partire dal XV secolo è destinata a trovare applicazione fino alla metà di questo secolo, quando una serie di personalità iniziano ad imporsi sulla gestione del potere politico e spirituale della Chiesa. In particolare, **papa Pio II**: è un umanista, ha una particolare sensibilità verso questo nuovo movimento culturale.

Nel 1448 il Papa raggiunse l'accordo con l'imperatore con il Concordato di Vienna (viene sancito il ritorno dei territori germanici all'obbedienza romana e il riconoscimento dell'autorità papale romana rispetto a tutti i movimenti scismatici), e pochi anni dopo, con la **Bolla Execrabilis del 1459**, Pio II condannò chiunque osasse appellarsi ad un concilio per contestare una decisione papale.

Quindi, questo è un documento che si pone in assoluto contrasto con quanto era emerso dai Concili di Costanza e di Basilea all'inizio del secolo, per cui rappresenta un cambio di rotta.

Una situazione simile si verificò in Francia: nel 1516 il Concordato di Bologna segnò il superamento della *Prammatica Sanzione di Bourges* (con la quale la Francia proclamava l'autonomia della Chiesa francese dalla Chiesa Romana) e il papa, in cambio, rinunciava ad alcuni territori (Parma e Piacenza). Il potere papale sembrava quindi destinato ad affermarsi in via definitiva, grazie alla nuova solidità dei rapporti «internazionali». Ma fu proprio questo nuovo equilibrio a preoccupare ancor di più i riformatori. Erano le premesse per la riforma luterana.

Dunque, negli anni '50 del 1400 la Bolla *Execrabilis* segna un nuovo inizio. Questo nuovo inizio non segna solo la seconda metà del XV secolo ma l'intera storia della Chiesa, e quindi la stessa struttura del diritto canonico: a partire da quel momento, in maniera definitiva, la Chiesa si pone come monarchia assoluta in cui tutti i poteri sono riconducibili ad un unico soggetto, che è il capo della Chiesa (il vescovo di Roma, che è il pontefice massimo).

La Bolla *Inter Coetera*

Il papa Borgia- papa Alessandro VI - è papa proprio negli anni della scoperta dell'America. Interviene direttamente nel dibattito sulla spartizione del mondo, soprattutto tra Spagna e Portogallo. Con questo documento Alessandro VI pone il suo potere non solo come spirituale, ma anche temporale basato sull'esercizio di una **plena potestas**.

Proprio dalla Spagna arriverà una scuola teologica e giuridica, la *Seconda Scolastica*: rielabora il concetto del potere riconosciuto al pontefice, per cui si inizierà a parlare di **potestas indirecta** (non solo un diritto, ma un dovere del pontefice di indirizzare i nuovi sovrani a capo dei nuovi regni- sovrani cattolici).

I re cattolici per eccellenza saranno i nuovi sovrani spagnoli, finanziando viaggi di scoperte: ricordiamo il 12 ottobre 1492, data in cui Cristoforo Colombo arriva su un'isola che lui battezza San Salvador; il 4 maggio del 1493 c'è l'intervento diretto di Alessandro VI.

Nella Bolla, emanata nel 1493, il Pontefice Alessandro VI (1492-1503) intese chiaramente riaffermare il proprio potere di carattere universale nel mondo. Si ritenne -come ai tempi di Bonifacio VIII (1235-1303, salito al trono pontificio nel 1294) - il *dominus mundi*.

La Bolla, diretta ai Re Cattolici Ferdinando ed Isabella, esprime la forma più compiuta dell'assolutismo papale. L'occasione era quella delle scoperte di nuove terre e voleva contribuire alla risoluzione della controversia che sarebbe potuta sorgere tra Spagnoli e Portoghesi in merito alla gestione delle nuove terre in America e in Africa.

4 maggio 1493

ALESSANDRO, VESCOVO, SERVO DEI SERVI DI DIO, AGLI ILLUSTRI SOVRANI, IL NOSTRO DILETTO FIGLIO IN CRISTO FERDINANDO, RE, E LA NOSTRA DILETTA FIGLIA IN CRISTO, ISABELLA, REGINA DI CASTIGLIA, LEÓN, ARAGONA, SICILIA E GRANADA, SALUTE E BENEDIZIONE APOSTOLICA.

Tra le altre opere gradite alla Divina Maestà e dilette al nostro cuore, questa con certezza è la più elevata, che nei nostri tempi specialmente la fede cattolica e la religione cristiana siano esaltate e dovunque vengano aumentate

e diffuse, che si abbia a cuore la salvezza delle anime, e che le nazioni barbariche siano rovesciate e condotte alla stessa fede. Poiché, in virtù della clemenza divina, noi, nonostante i nostri meriti insufficienti, siamo stati chiamati a questa Santa Sede di Pietro, riconoscendo che, come veri re e principi cattolici quali abbiamo sempre saputo che voi siete, e come dimostrano le vostre illustri azioni note già a quasi tutto il mondo, voi non soltanto ardentemente desiderate, ma con ogni sforzo, zelo e diligenza, senza riguardo alle difficoltà, alle spese, ai pericoli, persino a costo dello spargimento del vostro sangue, siete impegnati in questo fine; riconoscendo inoltre che da molto tempo avete consacrato a questo scopo la vostra anima e tutti i vostri sforzi, come testimoniato in questi tempi dalla riconquista del regno di Granada dal giogo dei saraceni, a gloria del Nome Divino; noi dunque siamo a ragione condotti, e lo riteniamo anzi nostro dovere, ad assicurarvi il nostro accordo e, a vostro favore, quelle cose che, con fatica ogni giorno, vi rendano possibile, per l'onore di Dio stesso e la diffusione della regola cristiana, conseguire il vostro santo e lodevole proposito così gradito al Dio immortale."

Abbiamo anche appreso che voi, che per lungo tempo avete inteso cercare e scoprire alcune isole e terre remote e sconosciute e non ancora scoperte da altri fino a quel momento al punto da poter guadagnare al culto del nostro Redentore e alla professione della fede cattolica i loro residenti ed abitanti, essendo stati fino al momento presente impegnati intensamente nell'assedio e nella restaurazione del regno stesso di Granada, siete stati impossibilitati a realizzare questo santo e lodevole proposito; ma essendo stato il suddetto regno da tempo riacquistato, come è piaciuto al Signore, voi, col voto di realizzare il vostro desiderio, avete scelto il nostro amato figlio, Cristoforo Colombo, un uomo di certo valore e delle più alte credenziali e dotato per una impresa così imponente, e lo avete fornito di navi e uomini equipaggiati per questi disegni, non senza le più ardue difficoltà, pericoli, e spese, per fare una ricerca accurata di queste remote e sconosciute lande ed isole per mare, dove finora nessuno ha navigato; ed essi con l'aiuto divino e con la massima diligenza navigando per l'oceano hanno scoperto certe isole molto remote ed anche continenti che finora non erano stati scoperti da altri; lì dimorano moltissimi popoli che vivono in pace e, come è stato riferito, che vanno in giro nudi e non mangiano carne. Inoltre, come ritengono i vostri suddetti inviati, questi popoli che vivono nelle dette isole e paesi credono in un unico Dio, creatore nei cieli, e sembrano sufficientemente disposti ad abbracciare la fede cattolica e ad essere educati nella buona morale. E si spera che, una volta istruiti, il nome del Salvatore, nostro Signore Gesù Cristo, possa facilmente essere introdotto nelle dette terre e isole. Inoltre, su una delle isole maggiori il suddetto Cristoforo Colombo è già riuscito a mettere insieme e costruire una fortezza ben equipaggiata, dove ha posto come guarnigione alcuni cristiani, suoi compagni, che hanno il compito di cercare altre isole e continenti remoti e sconosciuti. Nelle isole e terre già scoperte sono stati trovati oro, spezie, molte altre cose preziose di diverso tipo e qualità. Per tutto ciò, com'è proprio di re e principi cattolici, dopo serissima considerazione di tutti gli argomenti, specialmente del sorgere e della diffusione della fede cattolica, e come è stato uso dei vostri antenati, re di rinomata memoria, voi vi siete posti il fine, con il favore della divina clemenza, di mettere sotto la vostra influenza i suddetti continenti e isole con i loro residenti e abitanti e di condurli alla fede cattolica. Perciò, affidando di cuore al Signore questo vostro obiettivo santo e lodevole, e nel desiderio che esso sia doverosamente realizzato, e che il nome del nostro salvatore sia portato in quelle regioni, vi esortiamo molto seriamente e vi ingiungiamo, nel Signore e in virtù del vostro santo battesimo, con il quale siete vincolati ai nostri comandi apostolici, e grazie alla misericordia di nostro Signore Gesù Cristo, a che, con lo stesso grande zelo per la vera fede con cui progettate di equipaggiare e inviare questa spedizione, vi proponiate anche, conformemente al vostro dovere, di condurre le popolazioni che risiedono in quelle isole e terre ad abbracciare la religione cristiana; ed in ogni momento non lasciate che i pericoli e le difficoltà vi scorraggino, con ferma speranza e fiducia nei vostri cuori che Dio onnipotente vi accompagnerà nelle vostre imprese.

E, affinché voi possiate intraprendere un'impresa così grande con maggiore prontezza ed entusiasmo, con il beneficio del nostro favore apostolico, noi, di nostra volontà, non su vostra richiesta né su richiesta di nessun altro a vostro riguardo, ma per nostra sola generosità e conoscenza e in virtù della pienezza del nostro potere apostolico, grazie all'autorità di Dio onnipotente conferitaci in san Pietro e della vicaria di Gesù Cristo che noi deteniamo sulla terra, noi vi facciamo questi doni; se alcuna di queste isole dovesse essere trovata dai vostri inviati e capitani, questo dà, assicura e assegna a voi e ai vostri eredi e successori re di Castiglia e di León, per sempre - insieme con tutti i loro domini, città, campagne, luoghi e villaggi, e tutti i diritti, giurisdizioni e annessi - tutte le isole e i continenti trovati e ancora da trovare, scoperti e ancora da scoprire, verso l'ovest e il sud, tracciando una linea dal polo Artico, cioè dal nord, verso il polo antartico, cioè verso il sud, senza badare se le suddette isole o continenti siano stati trovati o si troveranno nella direzione dell'India o verso altre direzioni, la detta linea dovendo essere distante 100 leghe verso ovest e sud dalle isole comunemente conosciute come Azzorre e Capo Verde. Con la clausola, tuttavia, che nessuna delle isole e dei continenti, da trovare o già trovati, da scoprire o già scoperti oltre la detta linea verso ovest e sud, sia possesso di re o principe cristiano fino al passato compleanno di nostro Signore Gesù Cristo con il quale comincia l'anno corrente 1493.

E noi nominiamo e deleghiamo voi, e i vostri suddetti eredi e successori, signori di essi con pieno e libero potere, autorità e giurisdizione, di ogni tipo; con la clausola che con questo nostro dono, premio e assegnamento nessun diritto acquisito da nessun principe cristiano che possa essere in attuale possesso delle dette isole e continenti da prima del detto compleanno di nostro Signore Gesù Cristo, dev'essere inteso come ritirato o annullato. Inoltre, vi ordiniamo, in virtù della santa obbedienza, che, impiegando la dovuta diligenza nelle premesse, anche voi promettiate - né qui noi mettiamo in dubbio la vostra compiacenza in accordo con la vostra fedeltà e con la regale grandezza di spirito - di nominare nei suddetti continenti e isole uomini valorosi, timorosi di Dio, colti, abili e esperti, allo scopo di istruire i suddetti abitanti e residenti nella fede cattolica e di educarli nella buona morale. Inoltre, sotto pena di scomunica latae sententiae che verrebbe emanata ipso facto per chiunque contravvenisse, vietiamo assolutamente a tutte le persone di qualsivoglia rango, persino imperiale o regio, o di qualunque stato, grado, condizione, ordine, di osare, senza il vostro permesso speciale o quello dei vostri suddetti eredi e successori, di recarsi per scopi commerciali o per altre ragioni nelle suddette isole e continenti, trovati o da trovare, scoperti o da scoprire, verso ovest e verso sud, tracciando e stabilendo una linea dal polo Artico al polo Antartico, senza badare se le isole e i continenti si trovano in direzione dell'India o verso altre terre, dovendo essere la detta linea distante 100 leghe verso ovest e sud come già detto, dalle isole comunemente conosciute come Azzorre e Capo Verde; nonostante costituzioni apostoliche e ordinanze e altri decreti che dicessero il contrario.

Noi confidiamo in Lui, da cui procedono imperi e governi e ogni cosa buona, e nel vostro intraprendere, con la guida del Signore, questa impresa santa e lodevole, in breve tempo le vostre difficoltà e sfide raggiungeranno l'esito più felice, per la felicità e la gloria di tutta la cristianità. Ma poiché sarebbe difficile inviare queste lettere a tutti i luoghi che si vorrebbero, desideriamo, e con simile accordo e conoscenza decretiamo che copie di esse, firmate dalla mano di un pubblico notaio a questo incaricato, e sigillate con il sigillo di un ufficiale ecclesiastico o della corte ecclesiastica, venga osservato nella corte e fuori lo stesso rispetto che dovrebbe essere attribuito altrove a queste lettere se venissero mostrate o esibite. Perciò non consentite ad alcuno di infrangere o contravvenire con grave baldanza questa nostra raccomandazione, esortazione, richiesta, dono, premio, assegnazione, costituzione, delega, decreto, mandato, proibizione e volontà. Se qualcuno presumesse di attentarvi, sia noto a costui che incorrerà nella maledizione di Dio onnipotente e dei santi apostoli Pietro e Paolo.
Dato a Roma, San Pietro, nell'anno dell'incarnazione di nostro Signore, 1493, il quattro di maggio, primo anno

del nostro pontificato.

Appare chiaro il fatto che la Chiesa opera diverse conversioni delle nuove popolazioni, non direttamente ma tramite i sovrani cattolici. L'obbedienza dovuta dai re cattolici al pontefice deriva direttamente dal *battesimo* – in virtù del battesimo si crea un legame di obbedienza nei confronti del pontefice. Tutto questo viene concepito come un regalo da parte di Alessandro VI nei confronti dei sovrani cattolici, dando loro tutto ciò che si trova oltre quella linea immaginaria tracciata dal polo artico al polo antartico.

Il papa interviene direttamente esercitando il proprio potere temporale, provvedendo a una spartizione della terra:

- Tutto ciò che è al di là, è degli spagnoli;
- Tutto ciò che è al di qua -ma questo non viene detto- è dei portoghesi.

Lutero e la Riforma

Lutero, dopo aver affisso le sue tesi sulla porta della cattedrale di Wittenberg nel 1517, passò anche al Rogo delle Decretali, i testi legislativi che più rappresentavano il potere pontificio – a differenza del decreto di Graziano che raccoglieva, amalgamandole, una eterogeneità di fonti tradizionali anteriori, a partire dalla Bibbia, e quindi rappresentative un po' delle varie componenti della tradizione culturale e normativa della Chiesa (e che in particolare tramandava opinioni di S. Agostino, cui Lutero si sentiva molto vicino).

Se i sovrani cattolici sembrano così disposti a recepire le indicazioni che provengono dai nuovi indirizzi della Chiesa – propensione verso l'assolutismo – in altri luoghi qualche critica inizia ad essere avanzata, come in area **germanica**. Questa volta abbiamo delle istanze di riforma in chiave antiromana, ad opera di Martin Lutero, che aderisce pienamente al cattolicesimo riconoscendo la struttura gerarchica della Chiesa.

Il dibattito sulle questioni religiose

Il dibattito sulle questioni religiose assume in età moderna una importanza mai avuta in passato. Dal '500 alla Rivoluzione Francese si discussero tutte le **grandi questioni di fede e di coscienza**, nonché gli infiniti problemi relativi alla struttura ecclesiastica e all'organizzazione della Chiesa nei suoi rapporti con lo Stato. È bene ricordare che al tempo non c'era l'idea della tolleranza religiosa e che alla libertà di culto si è arrivati solo lentamente e molto di recente.

Fino alla fine del '700 in molti paesi europei si combatterono le altre religioni.

Il '500 vide il trionfo della supremazia papale e la sconfitta del conciliarismo. La riforma appariva necessaria per il perdurare di molti problemi, tra i quali i benefici riconosciuti ai vescovi e il sistema delle indulgenze, creato per portare sempre maggiore denaro a Roma.

Grandi nomi del tempo parteciparono al dibattito in merito alle riforme della Chiesa, come, per esempio: Tommaso Moro (Thomas More, 1478- 1535); Erasmo da Rotterdam (1466 ca. – 1536); Filippo Melantone (Philipp Schwarzerd – 1497-1560). Figura centrale nel dibattito sull'universalismo della Chiesa Cattolica romana fu senz'altro **Martin Lutero** (1483-1546) che diede avvio ad uno scisma con le sue 95 tesi e l'opera di traduzione della Bibbia in tedesco (1522-1534).

Siamo in un ambito nel quale non esiste ancora un concetto che sia equiparabile alla **tolleranza/pluralità religiosa**, e proprio per questo motivo si evince il carattere contraddittorio rispetto alla tendenza di quel momento. C'è, però, qualcosa visto in modo ancora più sospetto rispetto all'opposizione alla *cristianitas*: l'**ateismo**. Ad un certo punto le maggiori critiche rivolte alla Chiesa riguardano la gestione del denaro che dalle periferie dell'Europa continentale arrivava verso la città di Roma. Altri comportamenti messi in discussione sono i benefici riconosciuti a livello territoriale nei confronti degli ecclesiastici, ai capi delle diocesi e ai vescovi.

L'altro grande fenomeno riguarda la **vendita delle indulgenze: scambio di denaro con la promessa che ci sia uno sconto di pena per quanto riguarda l'aldilà** – in particolar modo il periodo da trascorrere in purgatorio. Questo atteggiamento di sospetto si fa più forte in area germanica perché gli stessi principi tedeschi cercano in qualche modo di controllare l'esercizio del potere temporale e intervenire nel controllo del potere spirituale; Lutero continuerà la sua opera riformatrice – invece che esser messo al rogo come succedeva agli intellettuali – perché poteva contare sul duca di Sassonia e su alcuni intellettuali tedeschi.

Tommaso Moro

Autore di **Utopia** (da «eu-topos» = buon luogo la contrazione «u-topos» = nessun luogo) nel 1516. Descrive il viaggio di Raphael Hythlodæus (colui che racconta bugie) in un'isola-repubblica in cui vive una società ideale. Tommaso Moro fu consigliere di Enrico VIII ma decise di restare fedele alla Chiesa romana e, per questo motivo, venne giustiziato. La Chiesa cattolica lo proclamerà beato e quindi santo nel 1935.

Lo stesso romanzo *Utopia* del 1516 **Tommaso Moro** può esser considerato un antecedente dello Stato in senso moderno, in cui il cittadino è posto al centro di esso. Il titolo fa riferimento ad un termine inventato da Moro stesso e può essere inteso come:

- Frutto dell'immaginazione dello stesso autore
- Luogo ideale

Tommaso Moro viene coinvolto direttamente nella scissione della Chiesa inglese dalla Chiesa romana, schierandosi a favore di quest'ultima, e viene processato.

Erasmus da Rotterdam

Altro intellettuale di questo periodo è **Erasmus da Rotterdam**, che ha una sua importanza per quanto riguarda la critica testuale alle fonti al testo utilizzato per lo studio delle sacre scritture, cioè la *Vulgata*, la versione della Bibbia da lui operata. Umanista, si rese conto che la Bibbia, nella versione di San Gerolamo (traduzione in latino dal Greco e dall'Ebraico) non era corretta, ed espresse l'esigenza di **tornare allo studio delle lingue antiche** per meglio comprendere il contenuto delle fonti originarie e ricostruire il testo biblico (metodo storico-filologico).

Critica alla *Traditio* cioè alle consuetudini interpretative delle *sacre scritture*.

Critica al mos italicus e critica alle fonti in ambito religioso. Erasmus decise, comunque, di obbedire alla Chiesa per evitare la grave accusa di eresia.

Martin Lutero e Filippo Melantone

Martin Lutero (1483-1546) rispose a quelle esigenze di riforma che provenivano dal popolo esponendo le sue tesi, contestando apertamente le decretali pontificie e traducendo la Bibbia in lingua tedesca. Lutero, dopo aver affisso le sue tesi sulla porta della cattedrale di Wittenberg nel 1517, passò anche al *Rogo delle Decretali*, i testi legislativi che più rappresentavano il potere pontificio – a differenza del decreto di Graziano che raccoglieva, amalgamandole, una eterogeneità di fonti tradizionali anteriori, a partire dalla Bibbia, e quindi rappresentative

un po' delle varie componenti della tradizione culturale e normativa della Chiesa (e che in particolare tramandava opinioni di S. Agostino, cui Lutero si sentiva molto vicino).

Filippo Melantone (1497-1560) teorizzò le idee di Martin Lutero, del quale fu collaboratore. Scrisse un'opera divenuta un classico del protestantesimo luterano: *Loci Communes Rerum Theologicarum*. Fu definito il *Praeceptor Germaniae* e contribuì, insieme a Lutero, alla formazione di una coscienza nazionale tedesca.

Ciò che viene in particolar modo contestato da Lutero non è tanto il testo in sé sul quale la tradizione si è formata, quanto la tradizione stessa, ovvero quell'insieme di dottrine che ha contribuito alla formazione della struttura ecclesiastica dal III-IV secolo in poi. È in qualche modo una **forma di contestazione della *traditio*** intesa come opera di commento dei testi sacri ad opera dei padri della Chiesa. Quest'opera di decostruzione del pensiero che faceva riferimento alla Chiesa è svolta da **Filippo Melantone**, considerato il teorico del luteranesimo; è il *praeceptor germaniae*, che ha delle conseguenze anche dal punto di vista della formazione nazionale tedesca. In quell'area geografica dove continua a permanere la tradizione del sacro romano impero ma con una forte frammentazione al suo interno, si crea l'idea di una **comune cultura nazionale**, un'idea nazionale di Germania.

Centralità dell'uomo e Individualismo

La critica è rivolta alla intermediazione del clero nel rapporto con la divinità: il rapporto tra uomo e Dio doveva essere vissuto intimamente da ciascun individuo. Nasce il cd. **Individualismo**. L'individualismo aprì ad una maggiore sensibilità nel mondo protestante per il riconoscimento di quelli che oggi chiamiamo "diritti della persona", rispetto al mondo cattolico che restava più restio a riconoscere la centralità dell'individuo e dei suoi valori.

Il mondo nuovo imponeva nuovi approcci e bisognava in qualche modo superare l'idea secondo cui il mondo era dato una volta per tutte, come aveva ben dimostrato la scoperta di un nuovo continente. L'idea è che ogni individuo dovrebbe avere la possibilità di accedere ai testi Sacri per mettersi direttamente in contatto con la divinità senza necessità di intermediazione da parte delle gerarchie ecclesiastiche.

Lutero decide di abbandonare il suo ordine religioso pur rimanendo legato al pensiero di Sant'Agostino, tanto che dopo aver affisso le sue tesi, procede a delle *Decretali*. L'individualismo è malvisto dalle gerarchie ecclesiastiche; tuttavia, questo avrebbe consentito, secondo alcuni teorici come **Max Weber**, la possibilità di adoperare una scissione tra le opere imprenditoriali svolte dall'individuo e la morale cristiana. Nel momento in cui le Chiese riformate consentono questa separazione, ciò comporta la possibilità di venir meno del **divieto del prestito d'interesse**; in questo modo vengono ad esistenza i mercati regolamentati. Anche questa critica finisce per avere conseguenze anche nell'ambito dell'applicazione del diritto.

La Seconda Scolastica o Scuola di Salamanca

In ambito accademico si sviluppò la *Seconda Scolastica* o *Scolastica di Salamanca* o *Scolastica Spagnola* con il proprio centro nella città di Salamanca dove si trovava e si trova una prestigiosa università. Questo movimento accademico intendeva aggiornare i principi del Tomismo (atteggiamento positivo verso l'uso della ragione per illustrare e sostenere le verità della fede). La seconda scolastica di Salamanca si rivolse direttamente alle fonti per lo studio della teologia e realizzò una apertura al mondo moderno con un atteggiamento di ascolto e dialogo con i problemi religiosi, etici, politici che erano emersi con la scoperta del nuovo mondo. Tra i suoi maggiori esponenti troviamo Francisco de Vitoria, Molina, Suarez, Soto.

La *potestas indirecta*

Potestas indirecta del Papa: il papa aveva il potere-dovere di guidare ed ammonire i sovrani; un potere che avrebbe sostituito quella *plenitudo potestatis* propria dell'età medievale che portava ad una definizione del pontefice quale *dominus mundi* (si ricordi la Bolla di Alessandro VI rivolta ai Re Cattolici Ferdinando e Isabella di Spagna).

Nuovi movimenti religiosi: i Sociniani

Altri movimenti di riforma si svilupperanno in Europa, destinati ad avere meno successo, come il **movimento dei Sociniani**, basato sul **rifiuto della trinità** – che è un'idea che nasce nei primi Concili e che formano ancora oggi il credo cristiano cattolico, contenente tutti gli elementi teologici elaborati nel corso del tempo che trovano origine nel **concilio di Nicea e Concilio di Costantinopoli**.

Questo tipo di teologia avrebbe portato a una netta contrapposizione rispetto al credo cattolico romano, che poi sfocerà in una persecuzione. Gli stessi Sociniani, poi, riusciranno a raggiungere il nuovo continente e si trovano tutt'uno negli Stati Uniti. L'esistenza di questi movimenti che suscitano una persecuzione da parte della Chiesa, contribuiranno allo sviluppo di **tolleranza religiosa**.

Sociniani: movimento antitrinitario fondato da Lelio e Fausto Soncini, figlio e nipote del giurista Mariano Soncini, professore nell'Università di Bologna a metà del '500. I Sociniani furono condannati sia dai Cattolici che dai Protestanti e trovarono rifugio in Polonia. Fondarono la Chiesa Unitaria che ancora oggi ha dei seguaci negli Stati Uniti. I Sociniani mettevano in discussione la natura divina di Cristo, negando la trinità (Dio Padre-Figlio-Spirito Santo) come già facevano dei movimenti interni alla Chiesa sin dal II secolo d.C. (il movimento ebbe la sua acme tra il IV e l'VIII secolo con gli Ariani, seguaci del monaco Ario).

Diffusione del Calvinismo

Altro riformatore del periodo è **Calvino**; anche i calvinisti riescono a diffondersi in Svizzera e a penetrare in Francia, dove saranno oggetto di una feroce persecuzione – gli Ugonotti. Il Calvinismo si diffuse nei **Paesi Bassi**, dove il nuovo atteggiamento verso il lavoro e il guadagno contribuirono alla nascita dei mercati regolamentati, le Borse. Il termine Borsa nasce proprio nei Paesi Bassi: a Bruges (oggi nelle Fiandre Occidentali, in Belgio) si trovava il Palazzo Ter Buerse, costruito dalla famiglia Van de Bourse. Ad Amsterdam l'istituzione della Borsa Valori nel 1561.

In **Francia**, la diffusione dei calvinisti (chiamati Ugonotti, forse dal tedesco «Eidgenoss», cioè Confederato o Congiurato) portò ad una sanguinosa guerra civile che trovò il suo culmine nella Notte di San Bartolomeo del 1572 (23/24 agosto), durante la quale furono uccisi migliaia di calvinisti.

Si può affermare che nel momento in cui viene meno il diritto canonico, si assiste alla distruzione del sistema di diritto comune europeo (XVI secolo), in favore dell'attività normativa dello Stato in senso moderno.

Nuovi movimenti religiosi: gli Anabattisti

Gli Anabattisti auspicavano un ritorno al cristianesimo primitivo, senza Chiesa, senza gerarchie. L'esperienza anabattista animò una Repubblica comunistica di carattere religioso nel nord, a Munster, ispirata dalla comunione delle proprietà e delle donne. Ne vennero fuori eccessi di ogni genere che facilitarono la dura

repressione. L'esperienza storicamente molto interessante fallì in breve tempo e diede il destro alla Chiesa per propagandare gli eccessi protestanti e la necessità della repressione di ogni eresia.

La situazione nei territori tedeschi

Lutero non fu trattato al pari di tanti eretici, che in età moderna diffondevano le loro idee in chiave antiromana, perché poté contare sull'appoggio del **Duca di Sassonia** e su un diffuso supporto popolare. Lutero condusse una polemica contro il monachesimo e gli ordini religiosi (proprio lui che fu monaco agostiniano) ed esaltò il matrimonio cristianamente vissuto (Lutero sposò Katharina von Bora, ex monaca e che contribuì notevolmente a definire i nuovi modelli del protestantesimo tedesco).

La protesta di Lutero portò alla **soppressione degli ordini religiosi** nei territori che accoglievano il luteranesimo e alla nazionalizzazione degli ingenti patrimoni dei monasteri. I signori locali avocarono a sé i beni ecclesiastici utilizzando i patrimoni per la costruzione di scuole pubbliche e per alimentare il mercato nazionale.

La riforma investì tutti i ceti sociali: negli anni 20 del '500 iniziò a circolare un documento scritto da un autore ignoto, intitolato «**I dodici articoli dei contadini tedeschi**» che, tra i suoi punti salienti rivendicava:

- l'elezione dei parroci delle singole comunità ad opera degli stessi fedeli: Il parroco assume una funzione nuova, diversa da quella a eravamo abituati fino a questo momento storico.
L'idea è quella di uno svincolo rispetto all'intermediazione tra l'umano e il divino: è il singolo fedele che può avere accesso ai testi, al divino, senza la necessità dell'intermediazione del parroco.
- la limitazione delle decime al solo mantenimento dei parroci: ci si riferisce a forme di tassazione che venivano pretese dalla Chiesa nei vari territori al fine del mantenimento delle varie diocesi, e parte di questo denaro veniva inviato direttamente a Roma.
- la soppressione della servitù della gleba: l'idea che ogni soggetto che lavori la terra sia legato alla terra stessa.
- la libertà di uccellagione, di caccia e pesca;
- il mantenimento dei boschi in possesso delle comunità medesime.

Questi concetti sono legati a un concetto di autogestione, che mettono in evidenza la volontà di separarsi dalla Chiesa.

La polemica riguardò anche il **diritto romano**, considerato un mezzo di oppressione voluto dalle classi sociali più abbienti e si auspicava un ritorno alle «antiche consuetudini locali, agli usi civici, ai beni comuni» che il concetto di «piena proprietà» del diritto romano (*dominium*) avrebbe cancellato. Notiamo una certa tendenza a privilegiare la creazione di un diritto, che può iniziare ad essere definito **diritto nazionale**.

Lutero, il diritto romano e il diritto comune

La protesta dei contadini contro il diritto romano portò Lutero ad analizzare attentamente la questione del diritto comune, da poco recepito in Germania. Dopo un suo iniziale orientamento verso un ritorno ad un diritto biblico, di cui ebbe peraltro occasione con la rivolta dei contadini di assaporare le amare conseguenze, appoggiò le tesi che sostenevano la necessità di **accogliere il diritto romano purificato** dalla analisi filologica auspicata dagli umanisti. Così come si auspicava nella lettura della Bibbia, preferendo il *mos gallicus* su consiglio dell'Umanista Melantone, successivamente ritornò sulle sue posizioni appoggiando il *mos italicus* perché, al contrario dei due altri orientamenti, non conduceva all'anarchia la società.

Caratteri generali del protestantesimo

- Formazione di **chiese locali** come luoghi di riunione e di culto;
- Pastori eletti dalle comunità di fedeli per la gestione della Chiesa;
- **Pastori erano fedeli come tutti gli altri** (potevano sposarsi e avere una famiglia. Il celibato fu riconosciuto come fenomeno storico, nato in un certo momento della storia della Chiesa e non sempre esistito);
- Le chiese luterane si limitarono a gestire la materia spirituale, **senza ingerirsi nella vita politica**;
- Il successo del protestantesimo era legato anche all'appoggio dei signori locali/principi che potevano avere un ruolo in ambiti fino ad allora riservati alla competenza esclusiva della Chiesa cattolica romana;
- Lo Stato moderno si fonderà anche su questo progressivo esautoramento della Chiesa romana.

Nel luteranesimo è possibile individuare un **momento decostruttivo**, ma a questo momento decostruttivo non segue un momento costruttivo: i luterani non costruiscono una Chiesa organizzata in modo gerarchico, piramidale, come la Chiesa cattolica. Ne segue che le chiese sono **comunità locali**, luoghi di riunione e di culto, privi dell'elemento di controllo territoriale; i pastori sono individuati all'interno delle medesime comunità (non gerarchizzati), e c'è separazione tra la sfera spirituale e la sfera temporale.

La **protezione da parte dei principi** è un elemento fondamentale che ci condurrà alla formazione di una tipologia di stato moderno con caratteristiche che si differenziano dalle altre tipologie statuali.

Nel 1478 viene istituita l'**inquisizione spagnola**, che opererà anche in Sicilia e Sardegna. L'inquisizione spagnola è gestita direttamente dallo stato spagnolo e non dalla Chiesa romana, e questo è uno dei motivi per cui la Spagna diventa un esempio di stato cattolico. In Germania questo fenomeno non si verifica: **esautoramento** della Chiesa romana.

Il caso della Chiesa Anglicana

Enrico VIII ottenne il titolo di *Re Cattolicissimo e Difensore della Fede* dal Papa Leone X per aver difeso la Chiesa Cattolica contro gli attacchi provenienti da Martin Lutero e si fece promotore dell'introduzione degli studi di diritto comune in Inghilterra, con particolare attenzione al diritto romano, istituendo le prestigiose cattedre dei «Regi Professori di Diritto Civile», cioè di Diritto Romano.

Un evento personale determinò una **rottura dei rapporti con la Chiesa di Roma**: il sovrano voleva divorziare da sua moglie Caterina d'Aragona, per poter sposare Anna Bolena ma il Papa negò il suo permesso (matrimonio = sacramento regolamentato dal diritto canonico).

Enrico VIII emana nel 1534 il *Supremacy Act*, un atto solenne adottato con il consenso del Parlamento, con il quale il Sovrano si dichiarava capo della Chiesa Anglicana: non si considerava eretico ma, al contrario, il vero continuatore della tradizione Cattolica. Il Parlamento per la prima volta era intervenuto in materia religiosa e questa costituirà una delle caratteristiche principali del protestantesimo negli stati moderni, cioè la competenza laica in materia religiosa.

Tommaso Moro prende le posizioni della Chiesa, decide di non sostenere le ragioni del suo sovrano e oggi è considerato un difensore della fede per la sua opera.

Il Re Enrico VIII si proclamerà capo della Chiesa Anglicana, considerando sé stesso come il **vero capo della Chiesa universale** (non riconoscendo la figura del pontefice).

Il Diritto Anglicano

1534 Act of Supremacy

- Tentativi di **ripristinare la religione cattolica** (Queen Mary) e fallimento (Queen Elizabeth I): l'affermazione definitiva di un corpus normativo autonomo (la cd. Dottrina Anglicana o Diritto Canonico Anglicano).
- **Chiusura dei monasteri e degli ordini religiosi** e nuovo impulso all'economia interna dell'Inghilterra.
- **Formazione di una nuova nobiltà locale** (*gentry*) che aveva favorito il risparmio e l'accumulazione di capitali, ponendo le basi della rivoluzione industriale di fine '600.

In che modo la Chiesa cattolica reagisce alle riforme, ai tentativi di separazione di quella che era stata fino a quel momento un'unità di tipo religioso?

Il Concilio di Trento (1545)

Viene convocato un concilio a Trento nel **1545**, che si concluderà nel **1563**, da cui emergeranno una serie di documenti, una nuova configurazione della Chiesa per molti versi più severa riguardo alla sua organizzazione interna, con un'evidente propensione all'assolutismo (centralità del pontefice romano).

La controriforma è anche il risultato di ciò che emergerà da questo Concilio di Trento; la storiografia ha iniziato a parlare di riforma e non di controriforma - termine che fa riferimento a una reazione ai movimenti riformatori, per cui senza di essi la Chiesa non avrebbe avuto la necessità di riformarsi- poiché anche all'interno della Chiesa nel XVI secolo era necessario avere una *riforma interna autonoma*: i tempi erano cambiati, il mondo era diventato più grande, per cui qualcosa sarebbe comunque dovuto cambiare.

Reazioni della Chiesa alle Riforme

Repressione

- Istituzione della Inquisizione e rafforzamento delle strutture già esistenti sin dal XII secolo;
- Clima di sospetto che colpiva anche le gerarchie ecclesiastiche (si ricordi il caso del Cardinal Giovanni Gerolamo Morone);
- Istituzione dell'*Index Librorum Proibitorum* – 1559 e istituzione della Congregazione dell'Indice;
- Istituzione della Congregazione del Concilio con compiti di interpretazione autentica dei decreti conciliari e abbandono del «Diritto dei Dottori», considerato troppo rischioso perché difficile da controllare.

Educazione

- Istituzione dell'Ordine dei Gesuiti – 1540 – che pronunciava 4 voti invece dei 3 tradizionali. Si aggiunge, infatti, il voto della speciale obbedienza al Papa.
- Formazione delle nuove generazioni, in particolare educazione delle classi dirigenti.

L'inquisizione esisteva già a partire dal XII-XIII secolo sotto forma di **corti itineranti** che giravano alla ricerca di eresie, ma a partire da questo momento abbiamo l'istituzione di tribunali stabili, che iniziano ad interessarsi anche di altre questioni relative a tutti i comportamenti sospetti rispetto alla morale comune, con delle

conseguenze che riguarderanno sia la Spagna sia l'Europa sottoposta al controllo dell'inquisizione romana rispetto alle minoranze religiose.

Nella Penisola Iberica le comunità mussulmane vengono allontanate verso l'Africa settentrionale. Nell'Europa continentale le comunità ebraiche sono parte delle città, ma non integrate all'interno di essa, per cui sono sottoposte a un controllo da parte delle autorità cittadine.

Fu un concilio lateranense del 1215 che elaborò un documento con il quale si prevedeva che le comunità ebraiche dovessero essere sempre riconoscibili all'esterno, e portare sui propri abiti un segno distintivo. Nascono i *monti di pietà*, che possono garantire un'attività minima di prestito ad interesse. Quando inizia ad esser gestito dall'ordine francescano, la comunità ebraica perderà il privilegio di svolgere questa attività.

Si assiste anche alla creazione di altre minoranze: anche qui ci sarà una forma di controllo su possibili conversioni nei territori controllati dalla Chiesa (inquisizione romana). I re cattolici, volendo aderire alle direttive del pontefice romano, vogliono cacciare dalla Penisola Iberica tutte le comunità minoritarie ma alcune comunità mussulmane resistono alle pressioni dei Re spagnoli che decidono di mandar via anche loro.

C'erano persone che fingevano di aderire al cattolicesimo pur di restare sulla Penisola Iberica e non essere attenzionate dal tribunale dell'inquisizione spagnola. Tutte le attività erano a conoscenza di questo e ciò rappresenta un pericolo per nuove conversioni dal cattolicesimo alle religioni ebraica e musulmana.

Ci sono due termini per indicare questi soggetti che si convertono falsamente:

- **marranos**: dal cattolicesimo all'ebraismo;
- **moriscos**: dal cattolicesimo al musulmanesimo.

Lo scopo principale del tribunale dell'inquisizione va oltre la vita terrena: è la salvezza delle anime; è un sistema parallelo rispetto al sistema della giustizia laica. L'attenzione verso ogni tipo di comportamento sospetto non riguarda solo le classi meno abbienti, ma le stesse gerarchie ecclesiastiche.

Il cardinale Giovanni Gerolamo Morone svolge le funzioni tipiche di un ambasciatore per la Chiesa e cerca, ad un certo punto, di stabilire dei contatti con la corona inglese per comprendere se sia possibile far rientrare lo scisma anglicano. Viene sottoposto a processo, anche a torture per capire se volesse avvicinarsi alla Chiesa Anglicana e raggiungere un accordo in chiave antiromana. Riesce a salvarsi e viene riabilitato nelle gerarchie ecclesiastiche, ma la sua vita rimane segnata dall'inquisizione romana. Questo ci fa capire che nessuno era al riparo da questi controlli così forti e invasivi dell'epoca.

Costruzione di un apparato statale

Il momento fondamentale della creazione di un apparato statale a seguito della Riforma luterana è stata la costituzione di una serie di *congregazioni*. Sono esistite fino al 2022, anno in cui sono state abolite da papa Francesco e sono state sostituite dai *dicasteri* (un organismo attraverso il quale il pontefice nell'assolutezza dei suoi poteri li esercita).

Una congregazione viene creata durante il Concilio di Trento nel 1559, la *congregazione dell'Indice*: lo scopo è quello di effettuare un controllo sulla cultura del tempo. La Chiesa agisce tramite la censura e un controllo

culturale dell'epoca. Inizialmente si diffondono versioni della Bibbia tradotte in lingua volgare e altre che non corrispondono alla *vulgata* (versione di Girolamo).

Tra il 1555 e il 1563 vengono prodotti dal concilio una serie di *decreti* che costituiscono fonte del diritto. Questi documenti ufficiali erano *oggetto di interpretazione*. L'interpretazione autentica era affidata all'organo che ha emanato il documento o a un organo vicino. I decreti emanati dal concilio stesso non vengono interpretati dai giuristi nelle università, per cui si interrompe l'attività interpretativa. La creazione delle congregazioni costituirà un modello anche per lo stato laico.

Alcuni esiti del Concilio di Trento (1545)

- Rinnovò la disciplina del clero, imponendo **obblighi precisi a Vescovi, Abati, Parroci**;
- Crebbe l'importanza del Parroco, strumento principale di diffusione capillare del cattolicesimo;
- Fu imposta la tenuta di Registri di battesimo e Registri di matrimonio;
- Viene ribadita la **sacramentalità e consensualità del matrimonio**;
- Venne disciplinato il matrimonio clandestino (cioè, il matrimonio contratto dagli sposi senza il consenso delle rispettive famiglie, così da rafforzare ulteriormente l'elemento consensuale del vincolo ed evitare il fenomeno dei 'matrimoni combinati');
- Vennero creati i Seminari con l'intento di garantire una formazione omogenea al clero: garantiscono dal livello centrale a livello periferico un'educazione omogenea di tutti sacerdoti.

La struttura della Chiesa è una struttura gerarchica con al vertice il pontefice e alla base il parroco che esercita la funzione di confessore.

Istituzione del registro di battesimo e registro di matrimonio

Anche queste sono forme di controllo, perché il matrimonio **diventa un istituto centrale della Chiesa**, uno strumento attraverso il quale si può operare un controllo nella società. Tra i soggetti attenzionati all'interno dell'inquisizione ci sono i concubini (uomo e donna che convivono ma non sposati). Questo era un problema poiché nonostante la prostituzione fosse regolamentata, la donna che decideva di condividere la sua vita con un uomo senza il matrimonio poteva essere accusata di meretricio non autorizzato. Altro elemento che riguarda il matrimonio è ribadire la sua **indissolubilità e sacramentalità**; il matrimonio può essere validamente concluso solo laddove si accerti la volontà delle parti; laddove il consenso manchi non è validamente concluso. Ciò perché la Chiesa vuole porre fine ai matrimoni combinati.

Con il concilio di Trento viene regolamentato il matrimonio segreto. Questo è ancora disciplinato dal codice di diritto canonico (nei canoni 1130 e seguenti).

L'Inquisizione Romana

L'Inquisizione romana è stata creata nel 1542 da Paolo III come **Sacra Congregazione della Romana e Universale Inquisizione**, come evoluzione storica, in senso marcatamente repressivo, della Inquisizione già esistente nel medioevo. Era presente una disciplina dettagliata da un punto di vista giuridico delle procedure da seguire: il materiale e le prassi accumulate in questo periodo confluiranno in importanti opere, come Eliseo Masini, *Sacro Arsenale dell'Inquisizione* (fine '600).

Inquisizione Romana: 1542 Bolla *Licet ab initio* di Papa Paolo III – istituzione della Sacra Congregazione della Romana e Universale Inquisizione

Inquisizione Spagnola: 1478 Bolla *Exigit Sincerae Devotionis Affectus* di Papa Sisto IV.

Caratteri del processo dell'Inquisizione

- Segretezza assoluta degli atti processo;
- Processo scritto;
- Mancanza di un diritto alla difesa (non si voleva permettere all'accusato di "inquinare" la verità);
- Grande rilevanza del "pentitismo";
- Procedura premiale (premi per chi accusava o denunciava: in genere venivano attribuiti al denunciante ¼ dei beni dell'accusato);
- Largo ricorso alla tortura giudiziaria (con lo scopo di ottenere la confessione).

Segretezza degli atti: la ritroviamo nel codice di procedura penale. Non è una segretezza assoluta, ci sono ipotesi in cui viene meno. Per cui la persona sottoposta a indagini preliminari può venire informata del fatto che si stanno conducendo indagini sul suo conto.

La scrittura: elemento tipico del modello teorico inquisitorio. La scrittura si contrappone all'oralità. Qui possiamo fare una *contrapposizione con il nostro procedimento penale*: nel dibattimento (contrapposizione orale) si forma la prova.

Mancanza di diritto alla difesa: nel momento in cui la finalità è quella di arrivare ad una costruzione di una verità che ha conseguenze ultraterrene. Persona che è sottoposta al tribunale dell'inquisizione e si rivolge ad un avvocato, che non vuole immischiarsi in una situazione in cui è in gioco un qualcosa di incontrollabile, per cui anche il difensore stesso potrebbe essere accusato di quello che pensa colui che è sottoposto all'inquisizione. Notiamo che a svantaggio dell'accusato abbiamo la presunzione della colpevolezza (inversione dell'onere della prova).

Pentitismo: fenomeno che troviamo in Italia a partire dagli anni '60 e '70. Movimenti politici estremisti che vedono coinvolti una serie di soggetti pentiti: hanno partecipato alla realizzazione di un disegno criminoso e che decidono di allontanarsi da quello stesso disegno. Questi soggetti diventano utili per la realizzazione di scopi di giustizia, poiché sono in grado di *dare notizie utili ai fini della ricostruzione delle attività*. Al pentitismo si associa un **sistema premiale**: se tu ti penti, io Stato ti offro premi in denaro, o ti assicuro una ricostruzione. È un sistema particolarmente pericoloso laddove manchi un bilanciamento degli interessi in gioco.

Verso chi era rivolta l'Inquisizione?

In linea generale:

- Coloro che possedevano e diffondevano libri pericolosi, inseriti nell'*Index*;
- Coloro che si convertivano al protestantesimo o sostenevano le idee protestanti.

In Spagna, dove esisteva una autonoma Inquisizione Spagnola:

- Saraceni convertiti (moriscos) quando c'era il sospetto di una "falsa conversione": accadeva, infatti, che i saraceni dichiarassero la loro conversione al cattolicesimo al solo scopo di evitare l'espulsione dalla Spagna, disposta dai Re Cattolici;
- Ebrei falsamente convertiti (marranos) e che potevano diffondere segretamente idee anticattoliche;

Gli Ebrei erano ovunque «tollerati» purché confinati nei ghetti e dietro pagamento di speciali tasse per il soggiorno in città (erano considerati comunque degli ospiti) e per l'esercizio di attività economiche (esclusivamente quelle consentite, tra le quali, il prestito ad interesse). Il divieto ai cittadini cattolici di offrire prestiti con interesse è superato con i cd "Monti di Pietà" gestiti dai francescani in cui si facevano piccoli prestiti a cambio di somme a titolo di gestione (questo chiaramente ha un impatto negativo sulle comunità ebraiche).

Inquisizione e gli emergenti Stati nazionali

L'Inquisizione romana, comunque, non ebbe sempre la collaborazione degli Stati cattolici, che iniziarono a rivendicare la loro competenza esclusiva e punire quanto avveniva nel loro territorio e diffidavano di un potere diretto da uno Stato esterno al proprio. Per esempio, era forte l'avversità del Regno di Napoli per l'Inquisizione Romana e in genere il clero e le pretese ecclesiastiche, tanto che per Napoli (così come per Venezia) si parla di un precoce **giurisdizionalismo**, ossia della tendenza a sottoporre a controlli e limitazioni l'attività della Chiesa locale.

La Spagna: un modello di Stato cristiano

Rapporto privilegiato tra la Spagna e la Chiesa

1478. Bolla Exigit Sincerae Devotionis Affectus con la quale il Papa Sisto IV (1471-1484) riconosceva ai sovrani spagnoli il potere di direzione dell'Inquisizione: i sovrani potevano nominare gli inquisitori (tra di essi, si ricorda Tomas de Torquemada, grande difensore dell'autorità assoluta del papa).

Concordati che consentivano ai sovrani spagnoli un controllo sulle nomine papali (*placet*).

Periodo dell'Alleanza del Trono e dell'Altare.

Exequatur: i provvedimenti per avere validità anche in Spagna dovevano avere il consenso dei sovrani (ad esempio per i libri proibiti).

Persecuzioni in Spagna e oltreoceano

In Spagna le persecuzioni erano dirette soprattutto contro ebrei, mussulmani, atei. L'Inquisizione spagnola fu particolarmente attiva nel perseguire il fenomeno del cd. **nicodemismo**, cioè il fenomeno delle «false conversioni» al cattolicesimo per evitare le espulsioni dal Regno, i processi, o per godere dei privilegi riconosciuti ai cristiani.

Nel Nuovo Continente le persecuzioni o comunque le sottomissioni riguardavano i cd. *Indios*, con la nascita del fenomeno degli *encomendados*, cioè, coloro che in condizioni servili lavoravano per gli europei conquistatori che si erano divisi le terre e i loro abitanti (gli Indios, per l'appunto).

Encomendados: fenomeno per cui i conquistadores che arrivano nelle nuove terre occupano non solo le terre ma anche i soggetti che le abitano, riducendoli in uno stato di totale subordinazione.

Carlo V stabilisce una commissione per stabilire se gli Indios abbiano o meno un'anima.

Interventi a favore degli abitanti del Nuovo Mondo

Bolla Papale *Veritas Ipsa* (2 giugno 1537, Papa Paolo III)

- Si prendeva atto della condizione in cui gli abitanti delle nuove terre erano stati ridotti (schiavitù o, comunque, forte soggezione rispetto agli europei conquistatori).
- Si condannò come eretica (con le relative conseguenze) l'idea che gli abitanti delle nuove terre fossero privi di ragione (e, quindi, impossibilitati a convertirsi al cristianesimo e, in particolare, al cattolicesimo).
- Si condannò apertamente chiunque riducesse in schiavitù gli abitanti delle nuove terre.

La posizione della Chiesa sulla schiavitù è netta: non è concepibile. Sulle conversioni, la bolla di Alessandro VI riguarda l'attribuzione di questo compito prima ai sovrani spagnoli e poi alla Chiesa stessa.

Estratto dalla Bolla *Veritas Ipsa*

«Noi, sebbene indegni,... consideriamo tuttavia che gli stessi indios, in quanto uomini veri quali sono, non solo sono capaci di ricevere la fede cristiana, ma, come ci hanno informato, anelano sommamente la stessa; e, desiderando di rimediare a questi mali con metodi opportuni, facendo ricorso all'autorità apostolica determiniamo e dichiariamo con la presente lettera che detti indios e tutte le genti che in futuro giungeranno alla conoscenza dei cristiani, anche se vivono al di fuori della fede cristiana, possono usare in modo libero e lecito della propria libertà e del dominio delle proprie proprietà; che non devono essere ridotti in servitù e che tutto quello che si è fatto e detto in senso contrario è senza valore; che i detti indios ed altre genti debbono essere invitati ad abbracciare la fede in Cristo a mezzo della predicazione della parola di Dio e con l'esempio di una vita edificante, senza che alcunché possa essere di ostacolo».

Anche Alessandro VI diceva qualcosa di simile sostenendo che già il fatto che le persone credevano in una divinità costituiva un vantaggio per una radicale e decisiva conversione. Il pontefice affidava ai sovrani (cattolici di Spagna) il compito di costituire delle missioni per le conversioni delle nuove popolazioni – la Chiesa interveniva non direttamente ma attraverso la *indirecta potestas*.

Gli organi che provengono da Roma sono quelli che partono dallo stesso esempio presentato dai missionari – **esempio di vita** quale unico strumento con il quale convertire le nuove popolazioni.

Il giurista milanese Alciato nella prima metà del '500 si occupa del fenomeno della stregoneria. Dopo la riforma e controriforma si crea un grande clima di sospetto anche ai vertici della Chiesa, concretizzato nel fenomeno della stregoneria. L'umanista Alciato richiama il *Corpus Iuris Canonici*, ricordando che nella normativa del diritto canonico questi fenomeni non sono trattati come competenza ecclesiastica. Altri giuristi fabbricano documenti falsi per giustificare il fenomeno (pseudo-Bartolo).

L'Europa riformata

Dalla Confessione Augustana del 1530 alla Pace di Augusta del 1555

Mentre la Chiesa si occupa delle questioni che riguardano il nuovo mondo (capire come portare nuove anime alla salvezza), in Europa si sta disgregando l'unità religiosa con conseguente disgregazione degli organi giuridici. In particolare, in area Germanica il nuovo pensiero luterano inventa il nuovo *incipit* per la formazione di una

nazione, di un popolo tedesco; tuttavia, accade che non tutti in quelle aree finiscono per convertirsi al luteranesimo.

Si crea, quindi, un primo dissidio all'interno di quei territori tra i principi cattolici e i principi tedeschi, portando a una rottura di quella che fino a quel momento era stata considerata un'unità religiosa, rendendo impossibile la creazione di uno Stato unitario tedesco.

Il sacro romano impero è proprio espressione dei due principali indirizzi:

- Da una parte l'esperienza storica dell'impero romano;
- Dall'altra l'associazione della nuova religione cristiana.

Il venire meno dell'unità religiosa porta inevitabilmente a un pericolo per questi nuovi territori. Ci sono tentativi di superare questa nuova crisi che porterà all'idea per cui ciascuno deve aderire alla confessione religiosa del proprio sovrano di riferimento.

La **Confessione Augustana** (cioè, di Augusta) del 1530 è un complesso di principi scritti da Melantone, teorico del luteranesimo approvati dai sovrani luterani tedeschi in occasione della Dieta di Augusta, conferenza indetta da Carlo V per dare un po' di pace all'impero già dilaniato dalle guerre religiose.

È seguita nel 1555 dalla **Pace di Augusta** che **afferma il principio cuius regio, eius religio** [di chi è il regno, di lui sia la religione = i sudditi seguano la religione del loro sovrano] formula con la quale si intende indicare la necessità di seguire la confessione religiosa del luogo in cui ci si trova.

Essa spezzò l'unità religiosa caratteristica del Medioevo. Si afferma un **primo principio di libertà religiosa** associata a un **primo principio di tolleranza religiosa** nell'ambito di un unico contesto territoriale: ognuno ha la libertà di scegliere la propria confessione religiosa.

La Pace di Augusta prendeva in considerazione solo due confessioni religiose: la luterana e la cattolica. Tutti gli altri (calvinisti, sociniani, anabattisti etc.) erano costretti ad abbandonare i Länder tedeschi, dando vita ad un fenomeno di emigrazione di massa soprattutto verso l'Olanda, la Francia e la Svizzera.

Francia e Province Unite (Paesi Bassi)

In Francia rimane salda la religione cattolica con il fenomeno del **gallicanesimo**, ovvero una tendenza a creare una Chiesa con identità nazionale. Emerse, tuttavia, un movimento composto da intellettuali che si oppone all'assolutismo, è recepito come il tentativo da parte del sovrano di inserirsi anche nelle questioni spirituali dei suoi sudditi: questo è il movimento dei **monarcomachi** (dal greco = "combattere contro i monarchi").

Questo movimento richiama un'altra tendenza: l'art 61 della Magna Carta fa riferimento a un diritto di ribellione dei baroni nei confronti del sovrano: si tratta di **contrattualismo**, visto anche come **base del parlamentarismo**. È una sorta di accordo tra il sovrano e i sudditi e nel momento in cui questo patto viene rotto, i sudditi sono autorizzati a ribellarsi contro il sovrano. Allo stesso modo, nel momento in cui il sovrano dovesse inserirsi nelle questioni religiose, i sudditi potevano ribellarsi allo stesso. In alcune fasce popolari questa tendenza prende particolarmente piede, come si evince dall'omicidio di Enrico IV da parte di un cattolico). Venne riconosciuta la

libertà di professione religiosa agli ugonotti in limitate aree in territorio francese ed entro limiti stringenti (Enrico IV, lo stesso di «Parigi val bene una messa»).

Nelle Province Unite (Paesi Bassi) del Nord si rifugiarono molti calvinisti, contribuendo allo sviluppo economico e sociale (si ricordi, la nascita della Borsa). Nel Sud si rifugiarono aderenti ad altre confessioni religiose, determinando un clima di generalizzato «tolleranza religiosa». Gli Stati Generali delle Province Unite emisero una **Dichiarazione Ufficiale di Tolleranza nel 1614** (elaborata da Grozio, secondo cui lo stato può occuparsi di questioni anche religiose quando si tratta di condannare intolleranza).

L'evoluzione dello Stato in età moderna

In piena età moderna ci sono giuristi che sostengono questa posizione, ma d'altra parte abbiamo dei tentativi di giustificare la persecuzione della stregoneria direttamente dai tribunali ecclesiastici, con il conseguente venir meno della distinzione tra eresie e stregoneria/magia attraverso l'**elaborazione di falsi** attribuiti a grandi nomi del passato, tra cui **Bartolo da Sassoferrato**.

ANDREA ALCIATO (1492 - 1550)

"Appena tornato a casa dopo il dottorato mi fu proposta di studiare la seguente causa, la prima cui dovevo 'consigliare' da giurista. Nelle valli subalpine era arrivato un inquisitore dell'eretica pravità (così viene chiamata) per indagare su donne eretiche denominate dagli antichi *lamie*, quelle che noi chiamiamo 'streghe'. Lui ne aveva già arse molte, oltre cento, e ogni giorno ne offriva altre a Vulcano come nuovi olocausti, anche se non poche di quelle avrebbero meritato di essere curate più con l'elaboro (erba curativa) che con il fuoco; alla fine i contadini, prese le armi, posero fine alla sua violenza e portarono la questione al giudizio del vescovo. Il quale, trasmessi a me gli atti, mi ha richiesto di un *consilium* sulla questione.

Ebbene, non era di un solo genere quel gruppo di donne. Alcune avevano orinato sulla croce, rinnegato Cristo Dio, e in piena coscienza avevano ucciso dei bambini con stregonerie e con formule magiche (*veneficis atque devotionibus*). Risposi che nei loro confronti il giudice doveva adempiere al proprio dovere. Altre donne, dopo aver minacciato delle madri di giorno, di notte erano arrivate sino ai loro figli e li avevano stregati - per quanto fossero fermati e ben chiusi battenti di porte e finestre. Costava che i piccoli fossero morti di una malattia improvvisa e sconosciuta ai medici.

Risposi che per loro si poteva dire quanto già detto. Anche se non erano entrate nelle case di persona, tuttavia potevano essersi servite di loro spettri a quel fine. Anche in questo caso la colpa non fu commessa in sogno.

Altre ancora erano accusate di niente altro se non di aver danzato sotto un albero in Valtellina e di aver partecipato al sabbat. Io testimoniavo alcune compagne, ma esse lo negavano. Il giudice disse che queste ultime dovevano essere poste alla tortura, perché quando si tratta della difesa della fede è ammessa anche la deposizione di complici e di persone infami. Risposi che ciò era vero per le complici che le avessero viste da sveglie, ma non certo mentre dormivano e sognavano.

Infatti, la questione centrale verteva proprio su questo: se andavano di persona al sabbat, o se in realtà pensavano come certo quanto avevano visto solo in sogno, e quindi con una falsa convinzione.

I teologi più recenti sembrano sostenere con grande fermezza che le streghe vadano al sabbat di persona grazie al diavolo che ve le trasporta. Certo, anche nel Vangelo si legge che il suo potere è tale da porre Cristo stesso sul pinnacolo del tempio. Perciò,

per quanto alcuni mariti uomini di sicura fede sostenessero che proprio nel lasso di tempo in cui queste donne erano accusate di esser state al sabbat, essi avevano controllato ed erano piuttosto a letto con loro, si obiettava tuttavia che non erano le mogli ma un *caco-daemon* piuttosto, che - assunto l'aspetto della moglie - aveva ingannato il marito.

Allora, io replicavo: ma perché non presumi piuttosto che il cacademone se ne stesse con i suoi diavoli, mentre quella se ne stava col marito? Perché devi immaginare che un corpo reale si presenti a un irreale sabbat e un fantastico sia in un letto reale?

Perché v'è qui bisogno di aumentare fino a tal segno i miracoli, di comportarsi non tanto da teologo quanto da narratore di prodigi e di scegliere, nel dare le pene, il procedimento più crudele? Risultava da quegli atti che una volta in quel sabbat una femmina chiamata il nome di Gesù: tutto quell'apparato, tutte le danzatrici con i loro amanti improvvisamente svanirono. Come ciò sarebbe potuto avvenire, se i corpi fossero stati veri, e non fantasmi e giardini di Tantalò?

(...) Quanto a me, senza dubbi io starei più dalla parte del diritto canonico e della comune interpretazione dei nostri dottori in una simile questione che dalla parte di questi nuovi teologi e soprattutto sulla questione decisa dal concilio di Ancira (c. *Epi-scopi*), ove è scritto che tali allucinazioni sono provocate nella mente da uno spirito maligno, e si aggiunge: infedele è colui che ritiene possano accadere non in spirito ma realmente. Infatti, chi è in sé nei sogni e nelle visioni notturne?"

"La donna strega di cui si parla, detta in latino *lamia*, deve essere condannata a morte e bruciata con il fuoco. Essa, infatti, confessa di aver rinunciato a Cristo e al battesimo; perciò deve morire secondo le parole di nostro Signor Gesù Cristo 'Se uno non rimane con me, venga gettato via come i tralci che diventano secchi, saranno raccolti e gettati nel fuoco per bruciare' (Vang. Giovanni, c. 15). E la legge evangelica

prevalse su tutte le altre leggi e va osservata anche in sede contenziosa trattandosi di legge divina, secondo quanto dice il *Codex* giustiniano.

Inoltre la suddetta strega o *lamia* confessa di aver delineato una croce con le paglie e di averla poi calpestata; tale croce dice di averla fatto di volontà proprio per poi calpestarla. Quindi, anche per questo solo fatto dovrebbe essere punita con la morte, in base al *Codex* e alla glossa al *Sextus*.

Ancora, essa confessa di aver adorato il diavolo, inginocchiandosi a lui, e perciò deve essere condannata a morte, come è stabilito dalla *lex Cornelia* di cui si parla nel Digesto.

Essa confessa inoltre di aver stregato e ammaliato toccandoli dei bambini in modo che morissero, e del fatto non si hanno dubbi, e inoltre le madri ne hanno avanzato accusa; perciò questa strega deve morire in quanto omicida, di nuovo in base a Digesto e Codice. Ho anche sentito dire da dei sacri teologi che queste donne, chiamate *lamie* o streghe, hanno il potere di danneggiare anche a morte col solo tatto o lo sguardo e di ammaliare adulti, bambini e animali, perché hanno le anime malate, consacrate come sono al diavolo. Lo dice persino la terza *Egloga* di Virgilio: 'Non so qual malocchio ammalò i miei teneri agnelli', che ricordo perché è lecito citare i poeti secondo il Digesto. Quanto a quest'ultimo punto, comunque, ossia se le streghe o *lamie* possano nuocere con il solo tatto o sguardo addirittura tanto da portare alla morte, devo rimettermi alla Santa Madre Chiesa e ai sacri teologi e su questo punto non devo pronunciarmi per ora, dato che le altre colpe sono di per sé sufficienti a condannare a morte la stessa strega e a farne confiscare i beni e a incamerarli a favore del fisco del Signor Giovanni Ploti, vescovo di Novara, signore nelle faccende spirituali e temporali dei castelli di Orta e Riparia, luogo da cui proviene questa strega, secondo quanto si dice nelle Decretali, dove si dispone che per il crimine di eresia vengano confiscati i beni, trattandosi di un crimine di lesa maestà divina, esattamente come sono confiscati per il crimine di lesa maestà temporale anche se i figli della stessa eretica fossero (buoni) cattolici.

Qualora, tuttavia, questa strega si ravvedesse con la penitenza e ritornasse alla fede cattolica pronta ad rinnegare il proprio errore pubblicamente, le saranno evitate ad 'arbitrio' del vescovo di Novara Giovanni Ploti le pene temporali e la morte terrena, ma solo nel caso che senza por tempo, dopo che ha scoperto il proprio errore, sia ritornata alla fede e abbia dato segni manifesti del proprio pentimento: allora bisognerà risparmiarla senza alcun dubbio in base alle Decretali. Ma se il ravvedimento verrà dopo un certo tempo, penso che si debba lasciare all'arbitrio del giudice di ritrovare in lei i segni di un vero pentimento, e quindi di eventualmente risparmiarle la vita, posto che si sarà pentita per timore della pena. Questo punto lo rimetto però alla decisione del vescovo Ploti e dell'inquisitore. Se invece risultasse che essa fosse stata omicida, non sfuggirebbe per il solo fatto del pentimento alla pena di morte in base al Digesto. Comunque io mi rimetto alla Santa Chiesa.

Io Bartolo da Sassoferrato".

La posizione di Alciato è molto avanti, pur basandosi su fonti antiche. Sostiene di lasciar perdere questi nuovi orientamenti che i teorici di età moderna vogliono così tanto, limitandosi a trattare solo l'eresia. Proprio in età

moderna si diffonde questo clima di generali controlli nei confronti delle persone; non è un caso che in età moderna e nello stesso arco temporale del concilio di Trento sorge un nuovo istituto: **penitenzieria apostolica**.

È un altro istituto, non è un tribunale vero e proprio; si consideri che in questo clima teso in cui **chiunque poteva essere accusato di stregoneria** può rivolgersi alla Chiesa per chiedere una pulizia dei propri peccati, chiedendo un perdono preventivo, purché si sia in presenza di alcuni comportamenti la cui gravità non può essere alleviata dal vescovo ma non è allo stesso tanto grave da essere sottoposto al tribunale dell'inquisizione - siamo di fronte a un istituto intermedio tra un tribunale ecclesiastico e un'inquisizione.

Innanzitutto, lo Stato di quel periodo è definibile "**Stato confessionale**", cioè che adotta una determinata religione ufficiale con all'interno uno spazio riservato i privilegi - questo non avvenne, per esempio, con la Costituzione repubblicana italiana dal 1948, ma avveniva con la Costituzione dello Statuto Albertino. Nella seconda metà del XVI secolo parlare di Stato confessionale è come parlare del **braccio armato della Chiesa**, con un apparato laico che si fa carico anche degli aspetti religiosi e spirituali degli individui; ma ciò significa anche che all'interno di una medesima compagine territoriale vengono esercitati i poteri dello stato laico cui si sommano i poteri religiosi e spirituali, pur sempre esercitati dallo Stato.

Lo Stato nasce nella prassi; c'è prima la formazione pratica dello stato e solo in un momento successivo la sua *teorizzazione*. Si afferma, inoltre, il monopolio statale nella repressione criminale (tolleranza, in varie zone d'Europa, secondo diverse gradazioni, della Inquisizione).

Prende forma, inoltre, la **legislazione di polizia** soprattutto in Francia e in Germania, secondo cui il cittadino deve essere il «buon cristiano» (sia esso cattolico o protestante).

Tra i reati punibili:

- bestemmia (cfr. art. 724 c.p.);
- prostituzione non autorizzata;

I comportamenti contrari alla morale dominante con conseguente applicazione di pene esemplari (funzione general-preventiva e propositiva del diritto penale):

- **General preventiva**: punire la commissione di reati attraverso l'intimidazione derivante dalla sanzione e dall'esempio che essa rappresenta. La pena si pone come una sorta di monito che ciascun individuo deve seguire (*segua la norma anche per paura dell'applicazione della pena*);
- **Propositiva**: orientare culturalmente i membri della società promuovendo valori e norme di convivenza civile.

Diversa è la funzione cui tende il diritto penale positivo: si veda l'art. 27 Cost. La funzione del diritto penale è **oggi** una **funzione rieducativa** e di reinserimento sociale: rieducare il condannato e favorire il suo reinserimento nella società (si veda **Sentenza 313/1990 della Corte costituzionale** che ha affermato la «funzione polivalente» della pena nel nostro ordinamento». Si veda, inoltre, il dibattito sul cd. «ergastolo ostativo»).

Il principe o il sovrano, per affermare la propria autorità, fanno largo ricorso allo strumento della "**grazia**" (si veda art. 87 Cost.). Questo può essere uno strumento unificatore intorno alla figura del principe: in uno stigma penalistico che prevede delle pene particolarmente severe, per ottenere giustizia rispetto all'applicazione di

queste, ci si può rivolgere al principe/sovrano per chiedere la grazia e questo potere grazioso non fa altro che rafforzare la figura di colui che è posto al vertice dell'entità dello Stato – il sovrano stesso.

L'avocazione è un altro strumento per l'affermazione-in ambito giudiziario- dell'autorità del principe/sovrano e consiste nel potere di "chiamare a sé, innanzi al proprio Tribunale" alcune controversie, aggirando, in questo modo, il principio del "giudice naturale", cioè del "giudice pre-costituito per legge" (si veda, l'art. 25 co. 1 della Costituzione e l'Art. 6 della CEDU. La Corte costituzionale, con sentenza n. 50 del 27 aprile 1963 ha esteso la portata dell'art. 25, co. 1, stabilendo che il principio trovi applicazione in ogni stato e grado del procedimento).

Stati nazionali e legislazione (criminale)

I comuni in Italia

All'interno dei comuni abbiamo una *prima attività legislativa*, che si affianca a supporto del sistema complessivo di diritto comune. La legislazione dei **Comuni** (specie, in Italia) è molto frenetica e mutevole (famoso il detto «La legge fiorentina fatta la sera e guasta la mattina») per cui non è destinata a costituire un *corpus* duraturo per regolare i rapporti.

Diverso il caso della legislazione proveniente dai sovrani negli Stati nazionali che si stanno formando;

- **Francia.** Il sovrano emette dei provvedimenti di carattere generale detti *Ordonnances*. Importanti le *Ordonnances* relative alla riorganizzazione della procedura penale:

- 1) imposizione dell'utilizzo della lingua francese in tutto il Regno;
- 2) creazione di una procedura penale omogenea in tutto il Regno;
- 3) superamento (o tentativi di superamento) delle procedure locali elaborate direttamente dai giuristi o tramite i cd. *stylus iudicandi* (insieme delle pratiche elaborate in un dato Tribunale e applicate costantemente nel tempo).

- **Germania.** Importante la Costituzione Carolina del 1532, emanata da Carlo V come rielaborazione del diritto comune volta alla creazione di una procedura penale omogenea nei diversi territori dell'impero, anche al fine di superare la fortissima frammentazione territoriale che continuava a caratterizzare l'area germanica. La Costituzione Carolina, tuttavia, si poneva come «legge quadro» alla quale i principi (elettori) potevano riferirsi, pur nell'ambito di una libertà di ricezione.

- **Nuove Costituzioni del Dominio di Milano** (1541/1542) elaborate già da Ludovico Sforza e riprese da Francesco II Sforza ma emanate da Carlo V: l'intento dell'imperatore era di conservare, rispettare e osservare le tradizioni e i costumi delle nazioni che costituivano il suo dominio, unite in realtà solo dal vincolo di fedeltà al sovrano.

La nuova fonte del diritto avrà la funzione di costituire uno strumento di supporto rispetto al complesso sistema di fonti. Legislazione dello stato ha a che fare sia con il **diritto penale** che con il **diritto processuale penale**: attraverso la norma penale lo stato è in grado di operare un'ulteriore forma di controllo rispetto all'andamento della società. Troviamo una nuova concezione della sovranità in età moderna: il **sovrano legislatore** (prima era inteso come sovrano giudice).

Nella legislazione dei sovrani abbiamo una maggiore durata. In Francia abbiamo l'esempio più importante perché abbiamo una *formazione pratica dello stato*, e alla formazione di questa nuova entità seguirà a partire dal 1576 una teorizzazione degli schemi di formazione dello stato. Siamo di fronte non solo ad un tentativo di superamento, dato che nello stesso periodo attraverso l'introduzione della lingua volgare si disgrega anche

l'unità linguistica all'interno della *cristianitas*. Creazione della procedura penale su tutto il regno: ogni tribunale operava autonomamente. I processi si svolgono in maniera diversa: **stylus judicandi**.

In **Germania** abbiamo una **forte frammentazione territoriale**: l'impero funzione unificatrice simbolica. Qui troviamo la *costituzione carolina*: non trova diretta applicazione nei territori germanici, indicazione generale fornita ai singoli principi che saranno liberi di applicare o no le indicazioni provenienti dall'imperatore. Anche la costituzione carolina è un tentativo di legislazione proveniente dal sovrano che non trova diretta applicazione ma costituisce punto di riferimento per i signori.

Con le **Nuove Costituzioni del dominio di Milano** lo scopo è quello di *preservare le particolarità territoriali*: questo sembra essere in contrasto con una legislazione omogenea, ma non è così. L'ordinamento non può essere rivoluzionato da un momento all'altro. Valorizzare il particolarismo territoriale costituisce un elemento ulteriore di mantenimento e rafforzamento del potere.

Il Seicento: teorizzazione dello stato

Nel Seicento possiamo individuare alcuni elementi di continuità rispetto al passato ma anche dei cambiamenti importanti verso una definitiva affermazione dello Stato come **entità distinta rispetto all'autorità religiosa**. Continuano le guerre di religione e si instaura un nuovo ordine mondiale. La Spagna e l'Inghilterra si impongono come «grandi potenze internazionali»

In particolare, la Spagna, per «**unione personale**» controlla varie zone, tra le quali: la Lombardia, la Sardegna, la Sicilia e il Napoletano. Sono legati alla Spagna anche il Ducato di Savoia (Emanuele Filiberto, detto Testa di Ferro, era già un comandante dell'esercito spagnolo); la Repubblica di Genova (legata alla Spagna da scambi commerciali); la Toscana dei Medici legata a rapporti con i sovrani spagnoli; lo Stato pontificio con papi spagnoli (Alessandro VI) o filospagnoli. Anche la Francia si afferma come potenza monarchica di tipo assolutistico, riuscendo a superare i localismi dell'età precedente.

Dal Principe allo Stato

La concezione pubblicistica moderna non considerava più il principe come il vertice di un sistema di vassallaggio, vincolato da regole scritte e consuetudinarie tramandatesi nel corso dei secoli: lo vedeva titolare di un potere sovrano diretto, illimitato su tutti i sudditi, libero da ogni intermediazione di raggruppamenti, ceti o istituzioni. Si sviluppa il concetto di *LEX TERRAE*, cioè di LEGGE DEL PAESE o LAW OF THE LAND, per indicare il *corpus* di norme relative ad una determinata area geografica, corrispondente a quello che sarà definitivamente lo Stato moderno, un concetto nuovo, pertanto, che supera l'idea del diritto comune romano-canonico in favore di un ordinamento giuridico territorialmente definito.

Ancora nel corso del '600 si può assistere all'esercizio di una sovranità limitata: assicurare ai sudditi **ordine interno ed esterno** (funzione negativa) ma con una propensione ad una estensione delle funzioni del principe/Stato (funzione positiva).

La pena, nell'ambito di questa nuova legislazione è percepita come funzione educativa per l'intera collettività perché ha una funzione di dissuasione: si vuole ottenere che la punizione di un fatto impedisca che gli altri consociati lo compiano. Questo è possibile utilizzando pene particolarmente severe ottenendo un effetto dissuasivo rispetto a quel comportamento. In età contemporanea le pene particolarmente severe non hanno

quasi mai effetto dissuasivo (es. pena di morte negli Stati Uniti che dovrebbe avere un effetto dissuasivo ma continuano ad essere compiuti).

Art. 87 Cost.: Il Presidente della Repubblica può concedere la grazia. Perché, visto che il nostro sistema è già molto garantista?

Avocazione: il sovrano avoca a sé tutte le controversie con la conseguenza che non è sempre possibile garantire terzietà e imparzialità del giudice. Rafforza il potere sovrano centrale (il sovrano punto di riferimento per un'intera popolazione), ma pone un problema rispetto all'ordinamento: art. 25 (principio del giudice naturale) -> in contraddizione con il principio dell'avocazione.

Fenomeno del banditismo: si differenzierà rispetto allo stesso fenomeno che troveremo nel corso dell'800. In questo periodo storico intendiamo attività condotte da bande popolari ribelli che operano autonomamente, spesso capitanate da un nobile e associate al contrabbando e al mercato nero. Un altro aspetto dello stato in età moderna è **l'imposizione fiscale**. Spesso si ha una reazione alla volontà unificatrice dei Savoia, perché si voleva preservare i Borbone a sud e il pontefice a Roma.

Francia, Spagna, e Inghilterra diventano le nuove potenze internazionali. Lo stato è formato da Sovranità, territorio e popolo. In Italia centro settentrionale continuano a permanere i comuni, continua a esistere il sistema feudale. La forte frammentazione territoriale porta a conseguenze che consistono nella difficoltà della creazione di un'unità accentratrice. La Penisola italiana è influenzata da potenze straniere. Anche l'Italia meridionale sarà controllata dalla corona spagnola. I territori pontifici mantengono la loro indipendenza ma esprimono una vicinanza al regno di Spagna.

Nel 1576, in 6 libri della *Repubblica* che fanno riferimento all'esperienza storica ed empirica della Francia, Jean Bodin inizia a riflettere sull'elemento della sovranità, potere che viene esercitato da parte del sovrano, teorizzazione dello stato assoluto.

Nuovi elementi dello Stato moderno:

- Legislazione centralizzata: il principe diviene fonte del diritto come già avveniva nella Roma imperiale (princeps legibus solutus);
- Creazione di una burocrazia diffusa a livello locale, in rappresentanza del potere regio (sovranità);
- Potenziamento della rete amministrativa con funzionari fedeli al sovrano e incaricati di esercitare il controllo in nome del sovrano;
- Ordine pubblico e giustizia come compiti principali del sovrano/Stato;
- Legislazione / Amministrazione / Giustizia sono funzioni preordinate al mantenimento dell'ordine pubblico e volte alla pacificazione interna nonché al controllo di pericoli provenienti dall'esterno;
- Si creano, pertanto, quelle che possiamo definire «funzioni positive» dello Stato che non si limita più solo ad una protezione e quindi a garantire «l'assenza di eventi che pongono in essere la pace e la stabilità» ma si attiva per fornire «benessere» ai sudditi.

Definiamo lo stato moderno:

- **Stato confessionale:**

- **Stato patrimoniale:** potere assoluto (absolutus – sciolto da qualsiasi influenza) del principe, che considera il territorio sul quale esercita sul proprio potere come un dominio personale; si supera la concezione contrattualistica, e appunto il popolo diventa composto da soggetti posti in una posizione subordinata rispetto a quella del sovrano.

Una delle conseguenze delle attività garantite / “offerte” dallo Stato moderno, è l’aumento delle spese pubbliche e la conseguente crescita della imposizione sui sudditi.

Altra conseguenza della creazione di un complesso apparato burocratico a livello centrale e periferico è la “spersonalizzazione” dei rapporti tra principe/sovrano/Stato e sudditi/contribuenti: la direzione è quella di un superamento del feudalesimo medievale (in Europa, nel ‘600, vivono circa 112 milioni di persone, un numero considerevole e in continua crescita rispetto ai secoli precedenti*).

*certamente di molto inferiore agli attuali circa 750 milioni di abitanti dell’Europa (il riferimento è sempre all’Europa come continente, quindi comprensivo anche dell’area asiatica).

Paradosso della spersonalizzazione del potere del principe.

Viene meno una considerazione di legame (feudale) alla persona del principe: il principe **incarna lo stato nella realizzazione della sua funzione**. Per cui, diventa una **funzione**, non si tratta più di un legame alla persona fisica del principe. Questo è evidenziato nella costruzione dell’apparato burocratico. Il sovrano finirà per coincidere con lo Stato, il suddito è il contribuente (partecipa alle spese dello stato).

Due funzioni che lo stato inizia a garantire ai sudditi:

- **Funzione negativa:** “impedire che” venga messa in pericolo la vita stessa del popolo. È una funzione di protezione si avverso l’interno che verso l’esterno.
- **Funzione positiva:** azioni che lo stato garantirà per il perseguimento di obiettivi ulteriori. Le azioni positive necessitano di un apparato burocratico, un sistema di imposizione fiscale ecc.

Sistema di giustizia: il re diventa re legislatore. Il sovrano esercita attività giurisdizionale, ma inizia a svilupparsi un modello di giustizia su più livelli. Il sovrano e le sue corti agiscono al livello più alto, ma poi ci sono le corti a livello locale. Il sovrano nella prima età moderna non si inserisce nelle corporazioni e associazioni (che avevano importanza, tra cui quelle di studenti, giuristi e mercanti): insieme ai sistemi di giustizia ordinari, vengono tutelati anche i sistemi di giustizia particolari all’interno delle corporazioni.

Ne consegue un sistema dei diritti che si occupa delle controversie che riguardano i mercanti nelle loro stesse associazioni – *corporazione dei mercanti*. La giurisdizione statale non può essere ancora definita come esclusiva. Diventa esclusiva (con il venir meno di tutti i sistemi di giustizia paralleli) con la Rivoluzione francese. Il sistema di tassazione generale e permanente e riscossione è affidato a privati, è un sistema rischioso ma necessario. **Introduzione di una tassazione che riguarda i processi:** era volta alla retribuzione degli stessi giudici; nel momento in cui si intenta la causa si deve pagare un’imposta (sportula). Questo sistema può mettere in dubbio la terzietà e l’imparzialità dei giudici, perché hanno interesse economico.

Il Seicento: evoluzione storica

Le stesse strutture che hanno iniziato a formarsi nel corso del ‘400/500 si assestano definitivamente. Precedentemente abbiamo dato delle qualificazioni allo Stato; particolarmente lo stato che si forma nel

‘400/500 è uno **stato assoluto**: i poteri hanno la tendenza a concentrarsi in varie strutture, che fanno capo al sovrano. Abbiamo parlato anche di **stato confessionale**: si pone come braccio armato di strutture parallele all’esistenza dello stato e a quella della Chiesa cattolica. Un’altra qualificazione è quella di **stato patrimoniale**: territori sottoposti al potere del sovrano appartengono al sovrano stesso. Giustifica la successione ereditaria nell’ambito di singole dinastie.

Nel corso del ‘600 la famiglia olandese degli Orange si pone come regnante. Alla fine del secolo, si affermerà una sorta di equilibrio tra le potenze europee che si stanno affermando; quella fondamentale era la Spagna, che ha importanza anche per la storia della penisola italiana poiché, direttamente e indirettamente, riesce a controllare dei territori.

Le guerre continuano, quella più importante è la **guerra dei Trent’anni**: forte conflittualità all’interno della compagine europea, dal quale emergerà un nuovo ordinamento costituzionale europeo, che culmina con la pace di Westphalia, la quale sancisce il principio di sovranità degli stati: ciascuno stato all’interno del sacro romano impero ha una propria autonomia, non ha bisogno di passare per l’approvazione dell’imperatore. La Francia emerge come una delle principali potenze europee. La Guerra dei Trent’anni coinvolge quasi tutta la prima metà del XVII secolo, e scaturlisce da una particolare conflittualità che oppone cattolici e protestanti. Alla base di questo conflitto troviamo le divisioni religiose tra protestanti e cattolici, inoltre emergono nuove ambizioni di tipo politico e territoriale (le potenze europee cercano di espandere la loro influenza sui territori europei). Emergono anche tensioni interne al sacro romano impero: con la Pace di Augusta si elabora il principio per cui ognuno deve seguire la religione del proprio principe.

La guerra del Trent’anni ha portato 8 milioni di morti e il cambiamento dell’organizzazione politica. Quindi, trasforma il panorama politico e religioso dell’Europa, stabilendo un nuovo ordine europeo basato sul riconoscimento dei singoli stati.

Nuova forma statuale: monarchia parlamentare, con limitazioni particolarmente forti per il sovrano nell’esercizio dei suoi poteri. Altro elemento che caratterizzano il ‘600 europeo sono **amministrazione e burocrazia**: lo stato si regge su un apparato burocratico forte e raffinato, con una struttura più stabile e duratura. Tramite questi apparati, il sovrano potrà esercitare la propria sovranità.

In sintesi nel XVII secolo abbiamo:

- Consolidamento dei poteri dello stato (consolidamento dei poteri del principe -> spersonalizzazione dei rapporti).
- Stabilizzazione dei modelli politici in Europa (monarchia assoluta, monarchia parlamentare, repubblica).
- Lo stato diventa un’entità autonoma e organizzata all’interno attraverso un apparato organizzativo.

La Penisola italiana nel ‘600 e lo stato pontificio

La situazione nella penisola italiana continua ad essere frammentata e complessa con una pluralità di realtà locali e territoriali che non trovano ancora una loro sistematizzazione e unificazione territoriale. Possiamo però iniziare a distinguere alcune aree geografiche di riferimento:

- Domini Spagnoli (in particolare: Sardegna, Sicilia, Lombardia, Napoletano)
- Stati Sabaudi
- Territori pontifici

La prima entità statale che ci consente di individuare alcuni elementi, che poi verranno presi a modello anche da altre entità statali, è lo **stato pontificio**, che adotta una struttura organizzativa e burocratica adottata successivamente anche dagli stati laici. Il **Concilio di Trento** (1545-1563) porta ad una trasformazione radicale della Chiesa al suo stesso interno.

Poco prima del concilio di Trento viene istituito l'*ordine della compagnia di Gesù*: i gesuiti hanno un quarto voto, la fedeltà al pontefice - che torna utile in una visione di accentramento dell'autorità pontificia. Dopo il concilio di Trento abbiamo l'affermarsi **dell'assolutismo pontificio** (pontefice come punto di riferimento); istituzione di alcuni registri (battesimo, matrimonio, sepolture) che verranno adottati anche dagli stati laici (ancora oggi registri di stato civile).

Nel 1564 abbiamo l'istituzione della **Congregazione dell'Indice**, col compito di conservare l'indice dei libri proibiti.

Vengono istituiti dei **ministeri** veri e propri, che prendono il nome di congregazioni (15): costituiscono il primo esempio di una struttura interna ad un'entità statale organizzata per settori di competenza, che finiranno per essere i ministeri all'interno degli stati laici. Nel 1564 è stata istituita la **congregazione dell'indice**, col compito di conservare l'indice dei libri proibiti.

Oggi abbiamo 16 **dicasteri**, che hanno la stessa funzione delle congregazioni: occuparsi di una certa materia che riguarda la Chiesa.

La **struttura costituzionale** della Chiesa diventa un modello, punto di riferimento per gli stati laici.

La situazione in Spagna

La **Spagna**, grazie al suo potere, riesce a controllare una serie di territori lontani dalla penisola iberica: succede non solo nella penisola italiana ma anche nell'Europa centrale. Nel '500 è la principale potenza europea, nel 1571 aveva contribuito a fermare l'avanzata dell'Impero Ottomano. Sarà la Spagna a guidare la **Lega Santa** per fermare l'avanzata ottomana verso l'occidente: la Spagna si pone quindi in una posizione di prestigio.

Nel 1571 la battaglia di Lepanto segna la vittoria delle forze armate europee che si richiamano direttamente al cattolicesimo. La Lega Santa riesce a sconfiggere l'esercito ottomano bloccando per sempre la sua espansione verso i territori occidentali.

La Spagna, anche se ha perso il suo primato di navigazione, mantiene comunque il potere in alcuni territori europei. Nel 1559 la pace di Cateau Cambresis pone fine alla guerra tra francesi e spagnoli nella penisola italiana.

Domini Spagnoli

- Domini Spagnoli (in particolare: Sardegna, Sicilia, Lombardia, area del Napoletano).
- Esempio di «unione personale», cioè di legame di questi territori direttamente al sovrano spagnolo e privi di dirette interconnessioni tra di loro.
- A Madrid operava il Supremo Consiglio d'Italia (Real y Gran Consejo de Italia) che si occupava di Sicilia, Napoli e Lombardia.
- La Sardegna era sotto il controllo del Regno di Aragona anche dopo l'unione nel 1469 dei Regni di Aragona e Castiglia e dopo che la Spagna verrà considerata unitariamente a partire dal 1516).

Al centro abbiamo una **corona centrale**, che è quella **spagnola**, e i territori di Sardegna, Sicilia, Lombardia e l'area del napoletano fanno capo direttamente alla corona spagnola, non hanno rapporti tra di loro. Sono entità autonome, ma non si supera il particolarismo. La Spagna ha rapporti diretti, anche con altre entità della Penisola Italiana.

Il *Ducato di Savoia* viene costruito a seguito della pace di Cateau Cambresis. Era un ducato molto antico esistente al confine tra la Francia e l'Italia settentrionale; era stato occupato dai Francesi. **Emanuele Filiberto**, che si pose al servizio degli Spagnoli, riuscì ad essere disposto a capo del Ducato di Savoia. Oltre a riorganizzare il territorio dal punto di vista politico e militare, organizzò un intero territorio unitariamente intorno ad una capitale, che si sposta verso la penisola Italia a Torino, diventando la nuova capitale del Ducato di Savoia. L'individuazione della capitale è un elemento ulteriore di centralizzazione del potere dello stato. Anche il Ducato di Savoia, che non è un dominio spagnolo, inizia a gravitare intorno alla corona spagnola. L'Aragona è sempre stata connessa all'amministrazione e al controllo della Sardegna.

Applicazione del diritto locale

- Applicazione delle *constitutiones dominii mediolanensis* del 1541 in Lombardia;
- Applicazione delle *constitutiones melfinatanae* di Federico II del 1231 (raccolte liber Augustalis) nel Napoletano;
- Applicazione della *Carta de Logu* in Sardegna, redatta dal Giudice Mariano IV e perfezionata dalla Giudicessa Eleonora nella seconda metà del XIV secolo (in vigore sino al 1807).

Carta de Logu: promulgata nel 1392. Si tratta di uno dei primi testi costituzionali (applicato in Sardegna). Era scritto in lingua volgare, in sardo, e subisce forti influenze da parte del diritto romano e di quello bizantino. Contiene diverse tutele nei confronti delle donne, poste in una posizione di uguaglianza rispetto agli uomini, e c'è anche una tutela specifica delle donne nel diritto penale riguardante lo stupro. C'è anche un riferimento al principio della proporzionalità della pena.

Struttura costituzionale dei domini spagnoli

I domini spagnoli erano retti da un Viceré, tranne Milano che essendo un ducato e non un regno, era retta da un Governatore, un militare che aveva specifiche competenze in ambito militare proprio per i pericoli maggiori cui era sottoposto il ducato.

I Viceré e i Governatori erano inviati regi, restavano in carica di solito per 3 anni, avevano poteri illimitati nei territori da loro governati e rispondevano direttamente al Gran Consiglio d'Italia, tranne i Viceré di Sardegna che rispondevano direttamente al Gran Consiglio d'Aragona: si facevano assistere da Consigli locali composti da personalità locali ma anche da spagnoli che vivevano nei territori italiani; questi consigli locali avevano funzioni consultive, e a Napoli anche funzioni deliberative.

Il caso della Lombardia

Organi specifici di ausilio alle attività del Governatore:

- **Consiglio Segreto**, organo consultivo del Governatore spagnolo;
- **Senato di Milano** (1499 – 1786): si tratta di una corte sovrana, cioè del Supremo Tribunale della Lombardia, con compiti giudiziari, a cui si aggiungevano ulteriori competenze in materia legislativa o amministrativa, dato che all'epoca non era netta la separazione dei poteri. Pochi membri (circa 20) con una quota di spagnoli; importante funzione di interpretazione.

È un'istituzione che si pone in linea con le istituzioni miste, che non si limita a svolgere funzioni giudiziarie ma anche amministrative e governative. Attraverso le decisioni del senato di Milano si cerca di superare il particolarismo giuridico, e creare un ordinamento giuridico che possa essere considerato ordinario.

Per quanto concerne la strutturazione dello Stato, abbiamo un governatore inviato dalla Spagna, che risponde direttamente al gran consiglio d'Italia (che ha sede a Madrid). Essendo spagnolo e non conoscendo le esigenze italiane e lombarde, sorge la necessità di essere coadiuvato da un consiglio locale. Il Senato di Milano viene creato dai Francesi. È costituito da una corte Sovrana (tribunale supremo della Lombardia) con compiti giudiziali; circa i 2/3 dei componenti del tribunale di Milano erano giuristi. Al senato era affidata l'amministrazione della giustizia penale, oltre ai giudizi civili di primo e secondo grado. Con le sue pronunce, contribuisce all'unificazione giuridica dei territori lombardi.

Il governatore risiedeva nel Castello sforzesco, perché così era protetto rispetto a possibili attacchi esterni, e solitamente egli ha anche una preparazione militare. Gli attacchi esterni erano più probabili in Lombardia che al Sud Italia, poiché nel Mediterraneo la Spagna aveva una forte potenza marittima.

PRINCIPALI AUTORI E LINEE DI PENSIERO DI ETÀ TARDOMEDIEVALE E MODERNA

Si propone un elenco dei principali giuristi e intellettuali di età medievale e moderna, in ordine cronologico e con l'indicazione delle principali opere e dei movimenti culturali di riferimento, quale ausilio allo studio degli argomenti trattati in aula.

ETÀ TARDO- MEDIEVALE (ca. 1250 – 1450/1500):

- Giovanni d'Andrea 1270-1348 *Apparatus*, commentari al *Decretum* di Graziano Canonisti / Glossatori;
- Bartolo da Sassoferrato 1313-1357 *Consilia, questiones et tractatus* Postglossatori (commentatori);
- Baldo degli Ubaldi 1327-1400 *Commentari, Tractatus* Postglossatori / Diritto comune;
- Nicolò Tedeschi (Panormitano) 1386-1445 *Lecturae, Consilia* Canonista / Tardo commentatore;

ETÀ MODERNA (1492-1789)

- Andrea Alciato 1492-1550 *Commentarii, Emblemata* Scuola culta / umanesimo giuridico;
- Benvenuto Stracca 1509-1578 *De mercatura seu mercatore* Diritto commerciale / prassi mercantile;
- Hugo Donellus (Hugues Doneu) 1527-1591 *Commentarii de iure civili* Scuola culta / metodo sistematico;
- François Hotman 1524-1590 *Franco-Gallia*, Antitriboniano monarchomachi / diritto pubblico;
- Jean Bodin 1530-1596 *Les Six Livres de la République* Filosofia politica / assolutismo giuridico;
- Thomas Hobbes (1588-1679), *De Cive, Leviatano* Precursore del Giuspositivismo / riferimenti al Giusnaturalismo;
- Jean Domat 1625-1696 *Lois civiles dans leur ordre naturel* Giusnaturalismo morale / razionalismo cristiano;
- Samuel Pufendorf 1632-1694 *De jure naturae et gentium* Giusrazionalismo / diritto internazionale;
- John Locke 1632-1704 *Due trattati sul governo, Lettera sulla tolleranza*, Liberalismo / Anticipatore dell'illuminismo;
- Gottfried Wilhelm Leibniz 1646-1716 *Nova Methodus Discendae Docendaeque Jurisprudentiae* Giusrazionalismo;
- Christian Thomasius 1655-1728 *Institutiones iurisprudentiae divinae* Riformismo giuridico / illuminismo tedesco;
- Christian Wolff 1679-1754 *Jus Naturae* Giusnaturalismo razionalista sistematico;
- Robert-Joseph Pothier 1699-1772 *Traité des obligations* Diritto civile / sistematizzazione pre-codice;

Territori pontifici

Le finalità della Chiesa riguardano l'intera *cristianitas* (popolo di Dio, che non è concentrato in un unico territorio). Le famiglie di prestigio sono legate alla figura del pontefice; una volta eletto papa, il nuovo pontefice aveva la possibilità di affidare ai membri della propria famiglia cariche particolarmente alte (cardinalato) o amministrazione di vari territori all'interno dello stato pontificio: grande nepotismo.

Anche a livello centrale abbiamo un'amministrazione volta al controllo di quei territori tramite due congregazioni:

- La congregazione del buon governo: ha il compito di gestire i territori dello Stato Pontificio dal punto di vista amministrativo;
- Congregazione della consulta.

Nel 1692 viene abolito il gran nepotismo; le famiglie dei vari territori rimangono famiglie privilegiate, ma viene istituito il piccolo nepotismo, che consiste nella possibilità del pontefice di nominare tra i propri familiari un cardinale (cardinal nipote). A questo cardinale veniva affidata l'amministrazione della Città di Roma.

Curiosità: La figura del cardinal nipote è arrivata fino alla contemporaneità, l'ultimo è stato nominato nel 1879, con Leone XIII, che nomina cardinal nipote suo fratello.

I territori pontifici erano caratterizzati dalla presenza di una monarchia elettiva, assoluta (dopo l'affermazione definitiva dell'assolutismo papale e ancor più dopo il Concilio di Trento) di tipo sacerdotale.

Riorganizzazione successiva alle crisi conciliari e al Concilio di Trento:

- Affermazione di grandi casate cui appartenevano i Papi (Borgi, Medici, Della Rovere, Farnese) e creazione di grandi latifondi controllati direttamente dalle singole famiglie;
- 1588 *Immensa Aeterni Dei* di Papa Sisto V → 15 Congregazioni Cardinalizie («ministeri» di recente riformati da Papa Francesco, hanno assunto a partire dal 2022 la denominazione di «Dicasteri»).

Una forma di particolarismo continua ad esistere all'interno delle province dello stato pontificio. Ogni provincia era retta da un rettore/governatore. Ci sono quattro province che godono di una speciale posizione: *Bologna, Ferrara la Romagna e le Marche*. Hanno a loro capo un "cardinal legato", e assumono il nome di "legazie".

La Chiesa ha una struttura centralizzata per quanto riguarda l'amministrazione della giustizia. I tribunali ecclesiastici, già esistenti, operano a livello locale; vengono istituiti presso ciascuna diocesi (ancora oggi è così). Nel corso del '600 i tribunali vengono organizzati in maniera centralizzata, tra cui il tribunale della Sacra Rota (per nullità matrimoniale principalmente), il tribunale della segnatura apostolica (amministrativo e corte d'Appello).

Stati sabaudi

Già nel 1559 Emanuele Filiberto (Testa di Ferro, 1528-1580) ottiene il pieno controllo sulla Savoia e sui territori della Valle d'Aosta e del Piemonte sino a Nizza. Il territorio viene riorganizzato in modo accentrato con **capitale Torino** nel 1563. L'epoca è segnata anche da rafforzamento dell'esercito e del sistema tributario e superamento del «contrattualismo» medievale.

Organizzazione interna:

- 3 Segretari (Esteri, Interni, Esercito);
- Consiglio di Stato;
- Tribunali locali con Prefetti nominati direttamente dal duca;
- 2 Corti sovrane dette «Senati» sul modello milanese, cui si aggiunse un terzo Senato per il Nizzardo;

- Emanazione degli Ordini Nuovi che tentano di superare il diritto comune pur considerato la base del nuovo ordinamento giuridico e utilizzo della lingua volgare;
- Rafforzamento degli studi giuridici e potenziamento dell'Università di Torino;
- Le basi per la creazione di un regno (Trattato di Londra del 1718).

L'evoluzione degli stati sabaudi porterà alla nascita del regno di Sardegna e successivamente dell'Italia.

Ciò avviene in modi diversi:

- **Genova** ha rapporti commerciali con la Spagna, quindi la corona spagnola ha possibilità di influire sull'andamento dell'economia genovese;

Il ducato di Savoia aveva rapporti stretti con la Spagna, ma ad un certo punto viene inglobato dalla Francia. A seguito della pace di Cateau Cambresis 1559, gli Spagnoli vincono la guerra.

Emanuele Filiberto, militare e uno dei comandanti delle truppe spagnole. Aveva aiutato gli Spagnoli a vincere le guerre contro i Francesi. A seguito della pace riesce a ricostituire il Ducato di Savoia. Egli ha alcune intuizioni che si riveleranno felici nella nuova unità statale: per costruire uno stato forte è necessario individuare una città che sia il centro di quel potere. Per cui, sposta la capitale nella penisola italiana a Torino, città che consente anche un controllo del passaggio verso la costa. Inoltre, capisce l'importanza di avere un esercito stabile, istituisce un sistema tributario e opera una nuova organizzazione interna.

Gli stati sabaudi avranno una loro vicenda storica legata alla famiglia dei Savoia. Nel corso del XVIII secolo i Savoia riusciranno ad ottenere la Sardegna, che era un regno, motivo per cui la capitale del regno di Sardegna rimarrà a Torino e non verrà trasferita sull'isola.

Dibattiti tra giuristi ed intellettuali

- Lotta per le investiture
- Contrasti tra autorità locali e autorità centrali
- Il ruolo delle signorie
- Posizione e i ruoli del principe
- Autonomia della fede religiosa personale
- Imposizione di una data religione in un dato territorio
- Guerra e conquista di nuovi territori

Iniziano a circolare, in forma scritta, le opere dei giuristi e dei filosofi, nonché i *consilia* dei giuristi, sino a quel momento diffusi con i manoscritti o oralmente in quanto insegnati nelle università.

Francia

L'Europa del '600 è segnata dalle guerre, guerre di religione, che vedono la contrapposizione tra protestanti e cattolici. La religione predominante in Francia è il *cattolicesimo*, i calvinisti e i protestanti provenienti dall'area germanica iniziano a spostarsi verso la Francia, ma non vengono accolti (soprattutto i calvinisti, che prendono la denominazione di Ugonotti).

In apertura del XVII secolo abbiamo ***l'Editto di Nantes*** (1598) che sancisce la tolleranza religiosa verso gli Ugonotti. Enrico IV viene assassinato nel 1610 a causa dell'apertura di quest'ultimo verso la religione calvinista. Sale sul trono Luigi XIII, molto giovane, quindi la reggenza viene assunta da sua madre Maria de Medici.

Indebolimento della nobiltà a favore della corona francese centrale, viene ridotta l'autonomia dei protestanti, viene rafforzato lo stato centrale. Luigi XIV, salito sul trono nel 1643, dice "lo Stato sono io": questa identificazione del principe con lo stato va progressivamente scemando, perché ci è un'articolata burocrazia che si interpone in questo rapporto.

Il sovrano si allontana dalla città e viene costruita la reggia di Versailles. Questo è un evento molto importante nella costruzione dello stato assoluto, perché questa reggia diventa un simbolo. Inoltre, nel 1789, con la Rivoluzione francese, la crisi economica e finanziaria dello stato è talmente forte che si decide di *riconvocare gli stati generali nella reggia di Versailles per prevedere nuove spese pubbliche*. Per cui, la reggia tornerà come simbolo dello stato assoluto che deve essere assolutamente combattuto. Nel 1685, con il regno di Luigi XIV, viene revocato l'editto di Nantes (1598); viene sostituito con **l'editto di Fontainebleau**. Il regno conosce un periodo di ulteriore unità (cattolica, perché i protestanti vengono perseguitati), che passa anche attraverso la cultura.

Germania

Altra realtà territoriale di questo periodo è la **Germania**, Sacro Romano impero in declino. I territori tedeschi sono coinvolti da conflitti, in particolare dalla Guerra dei Trent'anni, una guerra di religione che contrappone i protestanti ai cattolici. Si arriverà a una conclusione della guerra con la pace di Westphalia, nel 1648. Si ridisegna la mappa politica e religiosa della Germania, si riconosce l'autonomia dei singoli principi tedeschi che possono scegliere l'autonomia del proprio stato.

Ci sono 300 piccoli stati che compongono questa entità, piccoli principati che esercitano la loro attività autonomamente; la Germania rimane debole e frammentata per almeno altri due secoli - al contrario di altre potenze che si sono formate in questo periodo storico. Nel '600 si disgrega da un punto di vista politico, perde centralità nel contesto politico e istituzionale europeo pur mantenendo un certo ruolo culturale e scientifico (Leibniz e Keplero).

Il principio *cuius regio eius religio* si impone già con la pace di Augusta (che pone fine alle guerre di religione tra cattolici e luterani). Con la pace di Westphalia, il principio viene confermato, ma con una differenza: ora le opzioni non sono più solo due (o cattolici o luterani), ma anche i calvinisti possono vivere nei territori tedeschi ma con delle limitazioni, perché a poter scegliere la religione non sono i singoli ma i principi. Viene anche riconosciuta piena autonomia e sovranità ai principi, che non hanno più bisogno di passare per l'imperatore.

Paesi Bassi e Belgio

Altra potenza del '600, che conoscerà nel corso del XVII secolo il suo periodo d'oro, sono i **Paesi Bassi**, che in questo periodo sono una repubblica. Area sotto il dominio della Spagna cattolica, ma in molti territori a nord troviamo i protestanti. Ad un certo punto i protestanti iniziano a volere forme di autonomia sempre più forti fino a quando si oppongono alla Spagna: così abbiamo la **guerra degli Ottant'anni**, che inizia con una rivolta dei nobili olandesi contro Filippo II, il sovrano cattolico della Spagna.

La repubblica prevede che le singole province abbiano una propria autonomia, ma è prevista anche un'autorità sovraordinata: lo Stadhouder, carica che verrà ricoperta dalla famiglia Orange (lo è ancora oggi ma come sovrani). Questo perché ad un certo punto la repubblica si trasformerà in monarchia: nel 1815 abbiamo la creazione del regno dei Paesi Bassi.

Nel 1581 le province unite del nord dichiarano la rottura con la Spagna e nasce la **Repubblica delle sette province unite**. I Paesi Bassi del sud restano fedeli alla corona spagnola cattolica, che si trasformeranno nel Belgio.

Secolo d'oro per i Paesi Bassi, sorge la città di **Amsterdam** che diventa il **cuore finanziario dell'Europa**, viene creata la compagnia delle Indie orientali, e troviamo la nascita dei primi mercati regolamentati (borse).

Quindi: repubblica indipendente, protestante e mercantile; a sud troviamo le province cattoliche sotto il dominio spagnolo.

Inghilterra

(Un'altra esperienza repubblicana la troviamo anche in Inghilterra, per 10/15 anni.)

Nel XVII secolo l'Inghilterra vede l'istituirsi di una monarchia parlamentare, che incontra una limitazione dei poteri del sovrano che proviene dall'assemblea parlamentare.

Carlo I (1625-1649): fine della monarchia e instaurazione di una forma repubblicana, la Commonwealth of England. Carlo I vuole istituire in Inghilterra una monarchia assoluta. Queste tendenze assolutiste iniziano a preoccupare, sino a che nel 1628, dopo tre anni dalla salita al trono, il parlamento approva un primo documento, la Petition of Rights che si pone in continuità con il documento del 1215, la Magna Charta.

Petition of Rights riprende principi già espressi dalla Magna Charta, ma che creerà qualche problema. Rafforza il principio secondo cui il sovrano non poteva imporre tasse senza il consenso del parlamento, ma ciò si pone in contrasto con la politica seguita da Carlo I, che non voleva tener conto dell'approvazione parlamentare per le imposizioni fiscali.

Inoltre, si ribadisce il divieto di detenzione senza giusta causa (art. 39 della Magna Charta), per porre un freno alla pratica seguita da Carlo I di incarcerare individui senza processo, basandosi su una prerogativa reale.

-Divieto di imposizione della legge marziale.

-Divieto di requisizione forzata dei beni: faceva riferimento a una prerogativa reale che glie lo consentiva.

-Divieto di alloggio forzato dei soldati da parte dei privati cittadini.

Questo documento pone le basi per la costruzione della **monarchia parlamentare**. Carlo I, quindi, cerca di governare senza il parlamento non rispettando la Petition of Rights nonostante l'abbia sottoscritta, fino a che con una **Great Rebellion** si pone fine al regno di Carlo I che viene deposto e giustiziato accusato di tradimento. Questo segna la fine della monarchia e l'instaurazione della *Commonwealth of England*, sotto Oliver Cromwell, che si pone come il protettore delle istanze e prerogative del parlamento. Quest'esperienza durerà circa 10/15 anni, ma con esiti abbastanza tragici. Egli stesso finirà per assumere un potere molto vicino a quello di un sovrano assoluto. Abolisce la camera dei Lord, destinata ai nobili e agli ecclesiastici. Viene riconosciuto il pieno potere del parlamento, ridotto nella sua composizione interna perché Cromwell capisce che per esercitare il proprio potere deve eliminare i suoi oppositori.

Nel 1653 Cromwell decide di sciogliere il parlamento e di farsi nominare **lord protettore**. Nasce una nuova costituzione di stampo repubblicano (*instrumento of government*); il governo, di tipo rappresentativo, viene diviso formalmente tra un consiglio di Stato che supporta Cromwell nelle sue decisioni, e un parlamento unicamerale, che verrà periodicamente sciolto da Cromwell affinché tutti i poteri potessero concentrarsi in capo a sé (1649).

Alla morte di Cromwell l'intero sistema repubblicano del Commonwealth of England crolla, e di tutte le riforme di questo decennio non rimarrà nulla; la monarchia viene restaurata.

Giacomo II (deposto nel 1688) durante la gloriosa Rivoluzione.

La monarchia prosegue, con un parlamento che ne esce rafforzato. Giacomo II si converte al cattolicesimo, questo allerta il parlamento e il sovrano viene allontanato e viene chiamato ad assumere la corona il marito della figlia di Giacomo II, Maria II, che è Guglielmo III d'Orange, uno degli statolder dei Paesi Bassi. Diventerà sovrano dopo aver accettato il Bill of Rights.

Ci sono due documenti che si pongono in continuità con la Magna Charta principale:

- **Habeas corpus act (1679)**: tutela la libertà personale contro le detenzioni arbitrarie. Garantisce che chiunque venga imprigionato abbia il diritto di conoscere il motivo della detenzione. La persona trattenuta in arresto può fare richiesta al giudice, che valuta il proprio caso. Inoltre, le autorità devono rispondere tempestivamente alle richieste che provengono dal soggetto che si trova in detenzione.
- **Bill of Rights (1689)**: emanato dal parlamento in occasione della chiamata del nuovo sovrano. Si vogliono mettere paletti forti all'esercizio del potere da parte del sovrano. Il re non può sospendere le leggi senza il consenso del parlamento, non possono essere imposte tasse senza il consenso del parlamento, libertà di parola ad ogni parlamentare, divieto di pene crudeli, diritto dei cittadini di presentare petizioni direttamente al sovrano e nessun cattolico può salire al trono inglese (è ancora così), per evitare che un sovrano possa tentare di riportare il cattolicesimo in Inghilterra.

Domat e Pothier: il diritto civile

Cosa succede dal punto di vista della creazione del nuovo diritto privato, formato da una mole di fonti in cui il diritto comune svolge ancora un ruolo chiave? Lo vedremo in Pothier, che vede una codificazione, del tutto originale, portando a concetti molto simili a quelli di oggi.

Domat è un autore francese che insegnava diritto romano in Francia con il metodo del *mos gallicus*, quindi sempre ispirazione divina. Secondo Jean Domat il diritto romano aveva ancora un ruolo fondamentale, ma poneva delle problematiche nell'applicazione pratica. Manca una classificazione pratica, in particolare separazione tra persone, res e azioni. Il Digesto è formato da 50 libri ma non ha un filo conduttore.

L'opera più importante di Jean Domat è "*Lois civiles dans leur ordre naturel*", da cui vediamo già nel titolo che Domat crede nel diritto naturale, che infatti per lui è la base del diritto positivo. Le leggi naturali sono immutabili e eterne, mentre il diritto positivo dipende dal potere dell'autorità sovraordinata, sempre con le limitazioni del diritto naturale.

Norme generali individuate includono:

- Il dovere di rispettare gli accordi;
- Il dovere di rispettare il prossimo;
- Attribuire a ciascuno il suo proprio diritto.

Queste classificazioni ricorda in qualche modo qualcosa già studiato nel diritto romano? Lo vediamo sul Tribunale di Milano: "*Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere / alterum non laedere, suum cuique tribuere*".

Questi principi sono all'inizio del Digesto, tratte da Ulpiano. Già nell'apertura del Digesto troviamo principi immutabili e generali, quasi diritto naturale, riprese poi da Domat. Qual è lo scopo che si pone Domat? L'individuazione dello spirito del diritto romano, la *ratio* che caratterizzerebbe la materia al di là della mancanza

di categorizzazione. Un altro elemento che Domat mira a superare con la propria opera sono illogicità, contraddizioni e incertezze del diritto.

Si tratta di un lavoro di riordino secondo la razionalità umana. Nell'ambito della sistematizzazione del diritto civile viene ripreso il metodo non tanto del Digesto ma delle Istituzioni: norme generali, diritto delle persone, le cose e le obbligazioni. Si aggiunge una scissione rispetto alla procedura civile che nel diritto romano era incluso in ogni categoria. Domat parte da una definizione, costruisce principi e da questi passa alla elaborazione di norme generali ed astratte.

Questo sistema è ripreso dai nostri codici: definizione, principi e norme generale e astratte per casi concreti (ad esempio nel contratto in generale del nostro Codice civile ex articolo 1321 e ss.). Questo sistema permette di creare un sistema originale (con concetti storici elaborati in maniera contemporanea) e mirato alla risoluzione di controversie. Quest'ultimo principio fu elaborato anche da Ugo Donello, uno dei giuristi Calvinisti costretti a fuggire dalla Francia verso Heidelberg nel Palatinato del Reno (con principe calvinista già poco dopo la Pace di Augusta, un caso di diversificazione religiosa nel Sacro Romano Impero).

Le leggi sulla famiglia sono trattati in particolare in quest'opera, con netta separazione tra individui e socialità (intesa come famiglia). Questo interesse di Domat per il matrimonio porterà ad una progressiva separazione tra matrimonio civile e religioso. Il matrimonio civile assumerà nelle prime fasi la forma di un contratto, con i relativi aspetti patrimoniali. Questo è perché fino al Novecento non sarà sviluppato il concetto di negozio giuridico nella Germania unificata, a cui verrà ricondotto il matrimonio. Viene considerata da Domat la versione personale e privata del matrimonio come contratto nato da libera scelta delle parti, sempre senza scissione dagli aspetti morali che regolano il rapporto (stabilità del matrimonio considerata essenziale per la società). La potestà parentale si considera un dovere naturale dei genitori, riguardante protezione dei figli, ma anche un diritto dei genitori. La potestà non è assoluta, ma sempre subordinata all'interesse della crescita e felicità del figlio (e della moglie). Il tema della comunione dei beni si considera un principio di diritto naturale, elemento imperativo (anche se rimangono beni dei singoli per permettere a ciascuno di mantenere il controllo sui beni di propria pertinenza).

Per il Digesto il matrimonio aveva caratteri sia patrimoniali che religiosi, con finalità volta alla tutela patrimoniale dei coniugi (meno tutela ad altre vicende, anche se esisteva già un *divortium*). Il matrimonio successivamente entrando nella sfera del diritto canonico verrà disciplinato solo da quest'ultimo, fino all'avvento di giuristi proprio come Domat.

Nell'opera di Domat nel diritto delle persone si considera la condizione individuale e il rapporto con lo stato, mentre nel diritto delle res si considera la proprietà (sempre tra divisione tra proprietà e possesso e diritti reali minori).

Entriamo nel secolo del 1700, caratterizzato da una decostruzione definitiva del diritto comune a favore del diritto codificato. L'obiettivo è di identificare delle categorie che possano agevolare l'applicazione del diritto e rendere più semplice il sistema romano-giustiniano, amplificato nel tempo.

La novità insieme a Domat è che in Pothier troviamo una piena centralità del soggetto del diritto, rivelatosi anche in altri autori dell'Illuminismo francese.

Nella costruzione di questo nuovo sistema l'individuo deve essere posto al centro. Per l'organizzazione interna del sistema questo comporta che Pothier riorganizza il materiale del Digesto in tre parti:

- una prima parte ai **soggetti del diritto** e l'individuazione di una serie di diritti della persona sia in quanto tale che come parte della comunità (in particolare la famiglia, prima comunità, già esaminato con particolare attenzione dai romani, e differenziato rispetto al diritto canonico);
- la seconda parte è riguardante i **diritti reali**, sempre incentrata sull'individuo;
- la terza parte riguarda infine **successioni e obbligazioni**.

Cosa manca? Le *actiones* che invece erano presenti nel Digesto. Questo perché il diritto processuale inizia ad essere separato rispetto al diritto sostanziale (che rivedremo nei codici dove procedura e diritto sostanziale saranno branche del tutto separate). Il diritto romano parte dalla creazione di azioni, e partendo da queste si ritorna al diritto soggettivo → abbiamo il capovolgimento di questa teoria.

Altro elemento che poi troviamo, nonostante le tendenze di separazione tra diritto civile (sempre più diritto dello stato) e canonico, sono numerosi riferimenti in Pothier alla **morale cristiana**, i cui principi ispirano la creazione del sistema di diritto civile. Nell'ambito del diritto penale, la tortura inizia ad essere messa in discussione (arriveremo poi con Beccaria a critiche non solo alla tortura ma perfino alla pena di morte).

Il contenuto del Pothier possiamo inserirlo all'interno del giusnaturalismo, con tendenze verso il razionalismo (con riferimento ancora ad una legge naturale con principi preesistenti, ancora collegati alla morale cristiana).

La nascita del diritto commerciale

Ci sono anche ambiti del diritto che vengono in rilievo in questo periodo: la nascita di una nuova branca del diritto, il **diritto commerciale**. Il nostro punto di partenza è l'opera di un giurista della prima metà del Cinquecento, che avrà particolare successo in secoli successivi: **Benvenuto Stracca**, il padre fondatore del diritto commerciale contemporaneo.

Scrisse un'opera nel 1553, *De mercatura seu mercatore tractatus*, nel quale individua una serie di principi e norme che troveranno applicazione nei confronti dei mercanti che si occupano del commercio. Il diritto commerciale nasce da un punto di vista teorico come diritto applicabile solo ad una determinata categoria di soggetti.

La categoria del mercante si trasformerà nel tempo fino ad arrivare oggi alla definizione di imprenditore nel nostro Codice Civile (2082). Si individuano una serie di principi generali e classificazioni su imprese e commercio e poi troviamo una serie di norme generali e astratte volte a disciplinare le singole fattispecie.

Quest'opera dello Stracca ebbe particolare successo in Europa dato che riprende una serie di norme già esistenti nel sistema separato del diritto associazionistico che vigeva per i mercanti. Fino a questo momento il diritto mercantile è un fenomeno del tutto consuetudinario, nato dalle strutture giurisdizionali delle associazioni, un sistema di giustizia del tutto parallelo rispetto al diritto civile. Questi organi giurisdizionali speciali applicavano un diritto piuttosto disomogeneo e mai raccolte in maniera chiara e sistematica.

Mentre i codici conosciuti fino a questo momento sono raccolti di norme già esistenti, vedremo che in epoca napoleonica faremo un passo avanti con norme appositamente ideate dal legislatore. Napoleone manterrà la separazione tra Codice civile e di commercio (ricordiamo che oggi in Italia sono confluiti nel libro V).

L'opera dello Stracca è suddivisa in otto parti, che ci permettono di renderci conto di una direzione mantenuta tuttora nel diritto commerciale.

1. **commercio in generale**: definizione del concetto di mercante, distinzione tra mercatura ed artigianato;
2. **i doveri dei mercanti**: normativa statutaria, tenuta dei libri commerciali;
3. **capacità necessarie per esercitare la mercatura**: limitazioni generali e speciali alla capacità di agire, che incidono al momento dell'iscrizione alla *matricula mercatorum*;
4. **cose che possono formare oggetto di mercatura**: l'identificazione di esse avviene in *negativis* (mediante esclusione delle *res extra commercium*);
5. **contratti mercantili**: mandato, ipoteca, scommesse (queste ultime comprendono le assicurazioni o *sponsiones*);
6. **commercio marittimo**: questa parte, molto consistente, tratta del diritto marittimo (responsabilità del capitano, noleggio, libertà di navigazione, ecc.);
7. **cessazione dell'attività mercatoria**: per morte, per volontà del mercante, per sua interdizione penale, per fallimento;
8. **procedure dei tribunali mercantili**.

Qual è la differenza tra età moderna e diritto romano? Il diritto romano non conosce una branca autonoma, solo una serie di contratti applicati dai mercanti. La dottrina contemporanea ha cercato di identificare un diritto commerciale romano, ma questa è solo una operazione svolta da studiosi contemporanei per confrontare il diritto romano con quello contemporaneo. Certamente gli stessi romani non consideravano questa materia in alcun modo separata.

Con l'opera dello Stracca si collegano le categorie contrattuali a figure commerciali. Abbiamo visto l'evoluzione del diritto marittimo, con nascita di un'altra branca del diritto specializzato (rimasto ancora oggi come diritto della navigazione).

Quest'opera, destinata ad avere grande successo in particolare nel Settecento, porterà direttamente alle codificazioni e le nostre norme contemporanee. Sappiamo che il Codice civile italiano dopo l'unificazione era separato rispetto al codice del commercio, una distinzione rimossa dopo il 1942. Come mai questa decisione? Con accentramento del potere sotto il fascismo, l'economia era funzionale alla realizzazione degli obiettivi dello stato, per cui tutte le attività cercano di essere ricondotte all'unità. Nonostante l'unificazione il diritto commerciale comincia ad essere considerata come materia specializzata se non separata (anche negli studi).

Per Stracca conta la qualifica, si è mercanti se si appartiene alla corporazione, l'associazione, la categoria sociale, disciplinata da usi e consuetudini. Nella definizione del 2082 è più importante l'attività svolta, non la categoria personale. Imprenditore commerciale e agricolo sono la distinzione principale del 1942, che assumeva particolare rilievo nell'epoca di stesura del codice (in particolare rispetto ad oggi).

Riorganizzazione del diritto romano e primi tentativi di codificazione

Giovanni Battista De Luca è un altro giurista che cerca di ricondurre all'unità il sistema del diritto comune, forse con meno successo data la stesura di 15 volumi. Il fatto notevole della sua attività è una delle prime trattazioni a scopo divulgativo nell'ambito giuridico, in volgare (non latino), destinata non solo a giuristi e accademici.

Ci stiamo dirigendo verso il Settecento, ancora caratterizzato dalla vigenza del diritto comune in Europa, a cui si associa sempre di più la legislazione statale, con funzione sempre più di supporto al diritto comune (ancora

punto di riferimento). Il sistema giuridico moderno è un sistema ancora caratterizzato da complessità e articolato gruppo di norme che abbiamo già avuto modo di trattare.

Ci sono tuttavia delle particolarità del Settecento, come il concetto di sistema giuridico nazionale e il concetto di codice, diversa rispetto al passato (nelle idee di autori come Ludovico Antonio Muratori). Il codice è strumento di cambiamento e riorganizzazione dell'ordinamento.

Ludovico Antonio Muratori individua le oscurità del sistema così complesso creatosi prima della sua era. Scrive nel 1742 l'opera "*Dei difetti della giurisprudenza*", scritta sotto forma di lettera per sollecitare riforme. Emerge all'interno dell'opera l'idea di codice come idea per superare i problemi e indirizzarsi verso un diritto nazionale. Nell'età tardo moderna troviamo dei tentativi pratici di superamento, che in qualche modo ricalcano i criteri per il superamento del diritto a sviluppo romano del medioevo (referé legislatif). Emergono quindi varie tendenze:

1. *Comunis opinio*, con riferimento a criteri qualitativi e non quantitativi (il nome di Bartolo è considerato ancora di prestigio). Troviamo anche riferimenti alla vincolatività dei precedenti, con particolare attenzione alle supreme corti (ad esempio in Lombardia).
2. *Illuminismo giuridico*, in particolare la concezione che anche l'ordinamento sia dotato di razionalità interna, separabile totalmente dall'ambito religioso. Si cerca di identificare la *ratio* delle norme del diritto comune.
3. *Legislazione*, per il Settecento ha funzione ausiliaria rispetto al diritto comune, ma lentamente soppianderà lo stesso diritto comune tramite i codici (sul finire del Settecento e apice sotto Napoleone).

Le prime istanze di codificazione provengono da Muratori e Beccaria, ma con delineazioni diverse. Per Muratori sono un metodo per sintetizzare il diritto già esistente, mentre per Beccaria come espresso in "*Dei diritti e delle pene*" la codificazione è concepita semplicemente come elemento o tassello di una più ampia riforma della società che porti al superamento di strumenti come la tortura e la pena di morte.

Nel Settecento si assiste a qualche novità, nel senso che inizia il fenomeno di dibattito tra intellettuali, spesso formati tramite studi giuridici, all'interno di associazioni e circoli privati. Abbiamo come esempio il Salotto di Pietro Verri, che fondò anche una propria accademia, e riviste come "*Il Caffè*", volte ad ampliare la diffusione di queste idee.

Questo fenomeno lo ritroveremo nel corso dell'Ottocento con oggetto diverso: si parlerà di unità d'Italia. Spesso le ospiti di questi salotti erano delle nobildonne, in particolare a Milano e Napoli.

Dispotismo illuminato e riforme del sistema penale

Il periodo di riferimento sarà dal 1750-1800, in cui alcuni principi illuminati ascoltano i ragionamenti degli intellettuali e iniziano con le prime riforme, ad esempio nel Granducato di Toscana con abolizione della pena di morte e divieto della tortura in base agli scritti del Beccaria. Dispotismo illuminato è legato ad una nuova concezione, lo **stato di polizia**, espressione che non ha niente a che fare con stato di polizia che consideriamo con riferimenti al Novecento. L'espressione fa riferimento alle azioni positive che si associano alle concezioni negative del Novecento: lo stato si limita a proteggere i sudditi anche rispetto ad attacchi esterni. Le funzioni positive si aggiungeranno con il passare del tempo, con obiettivo di garantire il benessere dei cittadini.

Cosa intendiamo quindi per stato di polizia: stato che si impegna per raggiungere il benessere dei cittadini (polizia dal greco *politeia*, che significa solo amministrazione o governo della *polis* o città). Non ha connotazione né positiva né negativa, il significato negativo è giunto alla fine dell'Ottocento con riferimento agli organi di polizia

indicando uno stato autoritario e repressivo. Con l'assolutismo illuminato abbiamo principi che ampliano i principi dell'Illuminismo che portano alla nascita di codici e diritto nazionale.

Parleremo del passaggio dall'antico regime a quello moderno, privilegio e uguaglianza formale sono visti come principi contrapposti (uno del medioevo e l'altro tipico dell'era contemporanea), dei codici (a partire da Napoleone), la riforma a codificazione del diritto canonico (tardi, nell'era dell'unità d'Italia, tramite il Concilio vaticano I, e l'emanazione nel 1917).

Avremo l'esempio del **primo stato nazionale** basato su costituzione negli Stati Uniti, a conclusione della rivoluzione americana con pace con il Regno Unito ad una conferenza a Parigi nel 1783. Poco tempo dopo, proprio nella città di Parigi, la popolazione della città decidono di ribellarsi, con la **presa della Bastiglia nel 1789**. A proposito di Illuminismo, ricordiamo che gli elementi essenziali sono la ragione umana come motore del progresso e di ogni attività umana (infatti ritroveremo i concetti anche nell'illuminismo giuridico), libertà di pensiero, critica dell'assolutismo e fiducia nel progresso. Ovviamente l'illuminismo giuridico non è nient'altro che la declinazione dei principi dell'illuminismo culturale nell'ambito giuridico, in particolare con la critica forte del sistema giuridico del tempo, definito come Antico (contrapposto alle esigenze della modernità).

Ancora, sempre in ambito giuridico, viene posta in evidenza l'esigenza della centralità della scrittura delle norme come garanzia della giustizia, chiarezza e pubblicità dell'ordinamento. Nasce l'idea di stato di diritto, in cui il sovrano è soggetto alla legge (opposto della realtà del tempo, con i sovrani assoluti in Francia posti al di sopra della legge). Vengono criticati i privilegi di determinate classi sociali, in particolare nobiltà e clero, con indirizzo verso l'**uguaglianza formale** davanti allo stato.

Si colloca in questo contesto l'opera di Beccaria del 1764, "*Dei delitti e delle pene*". Le idee chiave di questa opera sono la presa di posizione contro la pena di morte, considerata inutile e crudele, con le prime riflessioni sulla **funzione della pena** (repressiva, rieducativa generale o speciale). Altri punti che troviamo nell'opera sono:

- **la critica alla tortura**, che aveva come finalità principale l'ottenimento della confessione (che scaricava la responsabilità di giudice e stato);
- **principi di legalità e proporzionalità della pena** (contenuti ancora oggi nel Codice penale). Il principio di legalità afferma che ogni pena deve essere prevista dalla legge (qualificati dal legislatore), mentre la proporzionalità della pena stabilisce che la pena deve essere proporzionata al fatto commesso (contrario quindi alle pene esemplari, che mirano a pene sproporzionate per educare la collettività).
- **Pena come strumento di prevenzione dei reati**. Che cosa comporta abolizione della pena di morte e tortura? Porta a porre l'essere umano al centro del sistema: le pene sono sempre sproporzionate.
- **Rieducazione del soggetto condannato**. Lo scopo della pena è di recuperare e correggere il reo, e non la realizzazione della vendetta dello stato.
- **Uguaglianza davanti alla legge**.

Uguaglianza e contratto sociale

Per **Antico Régime** si intenderà, soprattutto a partire dalla Rivoluzione francese, tutto ciò che viene prima. Quell'età, che veniva individuata come età innovativa rispetto a quella medievale, inizierà a essere considerata come Antico Regime, che vedrà come protagonista un personaggio che condiziona la storia moderna da quel momento in poi: Napoleone.

Al principio del **privilegio** si contrapporrà quello di **uguaglianza formale**. Uguaglianza formale e sostanziale:

Art.3 Cost.: *Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.*

È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.

Il primo comma fa riferimento all'uguaglianza formale: tutti i cittadini sono uguali davanti alla legge; il secondo comma si riferisce all'uguaglianza sostanziale.

Samuel Pufendorf è considerato un post-Hobbesiano poiché riprende le sue idee e le articola in maniera diversa. Insegna all'università di Heidelberg, riprende le idee del giusnaturalismo ma trasforma le premesse alla base della teoria di Hobbes. Pone a fondamento dello stato un'idea di **diritto naturale**: gli esseri umani vivono naturalmente in una condizione di "*socievolezza*" (*socialitas*). Questa socialità non è pacifica, non esiste sin dal primo momento; serve una struttura sovraordinata, dotata di alcuni poteri, per garantire ordine e sicurezza. Individua una tendenza agli esseri umani alla *socialitas*, tuttavia questo atteggiamento non è innato: si decide di aderire al principio della *socialitas* per garantire una convivenza civile.

Troviamo un punto di vista a metà tra Hobbes e Lock. Quindi lo **Stato**, nella visione di Pufendorf, è visto come un'entità caratterizzata da **razionalità e moralità**, che corrisponde alla morale cristiana.

Rifiuto dell'idea dello stato come entità dotata di potere assoluto: la razionalità umana si pone come prima e grande limitazione all'assolutismo.

Nella sua opera troviamo riferimenti diretti al pensiero di Hobbes, poiché troviamo la descrizione della società come un branco di lupi che combattono fino alla morte. La sua principale opera è il "**De iure naturae et gentium**". Per Pufendorf lo stato detiene la sovranità, che è indivisibile e centralizzata. Manca l'elemento dell'assolutezza del potere perché il limite all'assolutezza dello stato proviene dalla legge.

La **morale** ha un suo ruolo nella costituzione di questo principio, poiché dobbiamo tenere conto del contesto storico in cui Pufendorf opera: siamo durante la guerra dei Trent'anni, che rendeva la quotidianità delle persone caratterizzata da conflittualità.

La concezione secondo cui l'uomo non possa sopravvivere senza i suoi simili la troviamo già nella filosofia greca, con Aristotele che definisce l'uomo come un animale sociale. Aristotele diceva che lo era per natura, invece Pufendorf dice che è un animale sociale *per necessità*, per evitare la conflittualità.

La socialità viene realizzata attraverso **l'adesione ad un contratto sociale**, e questo può essere un parallelismo con la **morale cristiana**: l'individuo nasce affetto dal peccato originale che si supera attraverso il battesimo, sacramento che immette l'individuo nella comunità ecclesiastica.

- Quindi possiamo affermare che Pufendorf adotta l'idea di un *contratto sociale*, accetta l'idea di una *sovranità dello stato*, che si pone come necessario per la piena realizzazione della *socialitas* e quindi dei principi alla base del cristianesimo, ma non condivide il concetto di assolutismo di Hobbes (al contrario del pensiero di Locke secondo cui ci sono dei diritti che precedono l'ordinamento giuridico) e

l'accettazione dell'idea di tolleranza religiosa, con l'idea di piena autonomia dello stato come entità laica.

Socialitas: possiamo descriverla come una tendenza naturale dell'essere umano a vivere in società. È una necessità dettata dalla razionalità, per evitare contrapposizioni con gli altri individui. Per cui, più che dire che l'uomo è un animale sociale, dovremmo dire che l'uomo deve essere un animale sociale, dovere fondamentale alla base della costruzione dello Stato. Introdurre questo concetto nell'ambito delle teorizzazioni dello stato è importante per riconoscere la necessità di esigenze altrui.

Per cui, l'essere umano ha bisogno di autolimitarsi e ha la necessità di imparare a convivere. Moralità che si avvia verso una moralità laica, e che giustifica l'esistenza stessa dello stato.

Montesquieu e Rousseau, due autori che ci portano all'età contemporanea.

Montesquieu, autore dello "Spirito Delle Leggi" nel 1748, in cui viene sviluppata una teoria che pone al centro la libertà politica, come assenza di arbitrio da parte dello stato, e il diritto diventa uno strumento di bilanciamento tra i poteri. Nello Spirito delle Leggi viene individuato un primo principio secondo cui *le leggi rispondono allo spirito del tempo*, per cui rispondono al contesto storico, culturale e geografico di un popolo. L'individuazione di questo principio comporta una critica all'idea che possano esistere principi sovraordinati validi sempre e ovunque, i principi di diritto naturale.

In che modo si garantisce la *libertà* all'interno dello stato? Attraverso un meccanismo particolare, che è la *separazione dei poteri*, con il superamento delle idee di Hobbes che concepiva lo stato come sovrano. In questa separazione dei poteri, il diritto ha il compito di garantire l'equilibrio tra i poteri e all'interno della società. Affinché possa esperire questa funzione, il diritto deve essere adattato di volta in volta alle esigenze della società. Conseguenza ultima, ***non esiste un diritto naturale unico e immutabile che possa essere sempre applicato nel tempo, ma il diritto deve adattarsi***; per cui in questo caso la legge è definita giusta.

Troviamo limitazioni rispetto al potere sovrano dello stato, ma sono interne all'ordinamento giuridico stesso (non principi divini o diritto naturale).

Rousseau, la cui opera più nota è il "Contratto Sociale" (1762). Il diritto diventa espressione della volontà collettiva del popolo sovrano. Abbiamo un'idea, rivoluzionaria per quel periodo: il potere dello stato si sposta dal suo apice, il sovrano, al popolo. Quest'idea arriva fino ai giorni nostri (art.1 Cost).

Troviamo l'idea secondo cui ***l'uomo nasce libero***, ma anche secondo quest'idea l'uomo viene presto corrotto dalla società. Per evitare questa corruzione serve un contratto sociale che ricostituisca la libertà dei singoli all'interno della società. In Rousseau questo contratto non è una cessione di spazi di libertà, ma anzi all'interno del contratto si realizza la piena libertà del cittadino. Si introduce l'idea di cittadinanza come piena appartenenza alla società e partecipazione alla comunità politica sovrana, idea contrapposta al suddito sottomesso alla sovranità dello stato.

La legge è giusta soltanto quando sia una partecipazione diretta degli individui: il diritto rappresenta una forma di volontà collettiva e la legge è espressione della libertà comune che caratterizza ogni individuo.

Dall'Antico Regime al nuovo ordinamento

Circa due secoli fa alcuni cambiamenti di particolare rilievo hanno determinato una trasformazione dei sistemi giuridici europei che già avevano visto, nei tre secoli dell'età moderna, l'affermazione dello Stato quale entità con una propria conformazione (di tipo assolutista) e una propria connotazione anche teorica.

Verso la fine del '700 i sommovimenti popolari portarono in tutto il continente -anche se il caso più significativo fu certamente quello della Rivoluzione francese che ebbe il suo apice nel 1789- ad alcune importanti novità in campo sociale, economico e quindi anche giuridico.

Per quel che ci riguarda, l'età contemporanea si apre, da un punto di vista delle fonti del diritto, con **l'elaborazione di costituzioni scritte** che vengono poste alla base dell'organizzazione statale, e **l'elaborazione di codici** contenenti norme generali ed astratte volte alla regolamentazione di determinati settori del diritto (in particolare, delle due branche del diritto civile e del diritto penale).

Dal punto di vista sostanziale, invece, l'età contemporanea conosce l'affermazione di alcuni importanti principi che certamente avevano trovato una loro dimensione già a partire dall'illuminismo e quindi già in età moderna:

- riconoscimento di "diritti innati";
- garanzie per i diritti individuali, cioè del singolo in quanto tale;
- rappresentanza politica;
- uguaglianza dinanzi alla legge;
- precisa divisione dei poteri pubblici;
- nuova organizzazione delle fonti del diritto;
- supremazia della legge come fonte che promana dallo Stato.

Nel 1821 Alessandro Manzoni scrive il *Cinque Maggio*, poiché un paio di giorni prima (a luglio) era arrivata a Milano la notizia della morte di Napoleone. Sono passati sei anni dalla celebrazione del Congresso di Vienna nel 1815, in cui si cerca di restaurare il vecchio ordine, l'Ancien regime.

Nel passaggio **tra il '700 e l'800** c'è una trasformazione radicale nel diritto europeo tra l'Ancien regime e l'età contemporanea.

Le caratteristiche da un punto di vista giuridico dell'Antico Regime come categoria da opporre all'età contemporanea:

- L'Ancien regime è un'espressione che dà l'idea di qualcosa di superato;
- Da un punto di vista sociale, con la convocazione degli Stati Generali, la società dell'Ancien regime è una *società stratificata al suo interno*, caratterizzata da gerarchie sociali ben definite; abbiamo nobiltà e clero che si differenziano dal terzo stato che rappresenta coloro che non appartengono né alla nobiltà e né al clero e hanno un ruolo inferiore.
- Privilegi rispetto alla struttura gerarchica, riconosciuti alle diverse classi sociali.
- L'economia dell'antico regime è ancora caratterizzata da una certa rilevanza *dell'economia agraria*. Le trasformazioni economiche sono direttamente connesse alle trasformazioni costituzionali.
- Il diritto moderno nell'ambito dell'antico regime conosce un'evoluzione che riguarda la tendenza alla *centralizzazione del potere*, con conseguente teorizzazione dello stesso (lo stato ha una sua formazione empirica, prima si formano le strutture nella prassi e poi vengono teorizzate).

- Il diritto, che continua ad essere diritto comune, è un diritto che va verso una certa razionalizzazione soprattutto dal punto di vista della *teorizzazione*, è un diritto non ancora codificato (nel senso contemporaneo del termine).
- Assume maggiore rilevanza, rispetto alle consuetudini locali, *il diritto scritto*. Ma nonostante le consuetudini iniziano ad essere redatte per iscritto, è un diritto poco innovativo e si pone solo come interpretazione del diritto romano canonico.
- Il sistema economico continua ad essere caratterizzato da una presenza di *professioni distinte*, per esempio il mercante è individuato dalle caratteristiche appartenenti alla categoria di riferimento e non all'attività svolta effettivamente.

È un **sistema non egualitario**, che non prevede l'uguaglianza degli individui. Inizia ad essere concepito come proprio di ciascuna entità statale.

La rottura avviene con la Rivoluzione francese, con le costituzioni che segneranno un definitivo superamento delle caratteristiche fino a quel momento, dei privilegi garantiti alle singole classi sociali.

Trasferimento della sovranità *dal sovrano al popolo*. La costruzione degli ordinamenti giuridici di età contemporanea trova realizzazione con il **codice**, che porta a un diritto pienamente nazionale con differenziazioni all'interno dei singoli ordinamenti giuridici degli Stati Europei.

La codificazione napoleonica finirà per influenzare gli ordinamenti raggiungendo territori molto distanti, che avranno come esempio proprio il diritto romano codificato in età napoleonica (diritto giapponese e cinese).

Nella seconda metà del '900 alcune scuole giuridiche hanno intravisto un percorso di crisi del sistema codificato. Un autore italiano, Nicolino Irti, ha parlato di **"decodificazione del diritto"**. Significa descrivere il fenomeno che ha una certa tendenza ad *attribuire maggior ruolo alla giurisprudenza* (sentenze dei giudici), ma senza arrivare ad un sistema di common law, si è notato che anche nei sistemi di civil law si è data molta più autorevolezza alle sentenze pronunciate dalle corti superiori.

Charles-Louis de Montesquieu: **Lo spirito delle leggi**

"Vi sono in ogni Stato tre specie di poteri: il potere legislativo, il potere esecutivo delle cose che dipendono dal diritto delle genti, ed il potere esecutivo delle cose che dipendono dal diritto civile"

Questi autori sono molto cauti nel proporre uno schema di superamento dell'antico regime, poiché ci troviamo in un momento storico in cui c'è un sovrano assoluto, e andargli contro sarebbe stato pericoloso. Infatti, Montesquieu faceva riferimento a esperienze estere.

Introduzione dell'elemento di rappresentatività.

Ciascun potere attribuito ad un diverso organismo; la partecipazione verso un sistema che può iniziare ad essere definito democratico fa sorgere la necessità di una rappresentanza, e quindi di un parlamento costituito da rappresentanti del popolo (e non delle classi sociali).

Con **"Il patto sociale"** di Rousseau abbiamo l'introduzione del concetto del "buon selvaggio", secondo cui nello stato di natura ogni individuo è un individuo buono, e diventa corrotto quando viene inserito nel contesto sociale. Le libertà degli individui non vengono attribuite ad un'entità superiore ma alla comunità intera. Alle funzioni negative sono associate le funzioni positive dello stato.

Rousseau riesce ad introdurre questi concetti, come quello secondo cui *la sovranità appartiene al popolo*, poiché dalla pubblicazione del “patto sociale” a qualche anno sarebbe scoppiata la Rivoluzione francese. *“Spesso c’è una gran differenza fra la volontà di tutti e la volontà generale; questa guarda soltanto all’interesse comune, quella all’interesse privato e non è che una somma di volontà particolari; ma eliminate da queste medesime volontà il più e il meno che si elidono e come somma delle differenze resta la volontà generale.”*

Siamo nell’ambito della creazione di teorie, non nella loro applicazione pratica. Infatti, in questa fase rimangono solo principi enunciati sulla carta, senza trovare applicazione. Questi autori contribuiscono ad una nuova idea di stato; ma siamo in uno stato che tende all’assolutismo, e tutte queste idee e teorie verranno recuperate lontano dall’Europa, dove non c’erano i problemi che avrebbero impedito l’applicazione dei principi. Solo dopo l’applicazione dei principi nel continente americano, torneranno in Europa.

Elementi di contrapposizione tra antico regime e età contemporanea.

Antico regime:

- Potere concentrato in capo al sovrano;
- società suddivisa per ceti (nobiltà, clero, terzo stato);
- società caratterizzata dalla presenza di privilegi;
- caratterizzata dal pluralismo delle fonti del diritto e da un’economia agraria, che sta iniziando ad aprirsi al commercio.

Passaggio:

- abolizione dei privilegi riconosciuti alle singole categorie;
- venir meno della società suddivisa in ceti perché si afferma l’uguaglianza dei cittadini;
- emergere definitivo di una nuova fonte del diritto, la legge: strumento attraverso il quale si attuerà il processo di codificazione, tipico dell’età contemporanea, laddove il codice elabora un ordinamento giuridico che avrebbe dovuto costituire lo strumento nel quale racchiudere l’intero ordinamento.

L’esperienza di codificazione nel diritto canonico.

La Chiesa, che arriverà tardi alla codificazione, creerà un codice nel quale viene elaborato il concetto di società giuridicamente perfetta. Nell’ultima età contemporanea (seconda metà del 900) alcuni studiosi hanno rilevato che anche nei sistemi di civil law si dia molta importanza alla giurisprudenza, che ha portato ad una cosiddetta *crisi della codificazione*.

La Chiesa ha continuato a servirsi per tutta l’età moderna e per la prima parte dell’età contemporanea della stessa fonte: *corpus iuris canonici*.

La codificazione napoleonica: la prima commissione che viene istituita per la redazione di un codice verrà formata nel 1804, affidata a Gasparri, che avrebbe portato all’emanazione del primo codice di diritto canonico (1917).

Il **codex del 1917** si compone di 2400 canoni distribuiti in 5 libri:

1. “fonti del diritto e computo del tempo”
2. “sulle persone” (diviso in clerici, religiosi, laici)
3. “de rebus” (sulle res, cose)
4. “de processibus”
5. “dei delitti e delle pene”

Abbiamo ancora una volta una distinzione tra *personae*, *res* e *actiones*. Il libro IV “*de processibus*”: entra a far parte del linguaggio tecnico giuridico il termine “processo” (termine tipico della terminologia medievale e non romana), che indica l’idea del susseguirsi di una serie di atti. Il codice del 1917 è noto come “codice Pio Benedettino”, per Pio X e Benedetto XV. Determina un superamento di quella che era la fonte del diritto canonico. L’idea di codificazione nasce con la contrapposizione del nuovo regno d’Italia e del pontefice.

Concilio vaticano I, non avrà particolare successo perché è complesso per i vescovi di tutto il mondo raggiungere la città di Roma. Si arriva alla Breccia di Porta Pia, ma i problemi verranno risolti durante il fascismo, fin che non nasce lo stato del Vaticano. Quindi è una codificazione tarda, che non sarà l’ultima da parte della Chiesa.

Il Codice Pio-Benedettino si fondava sulla triade: “**clero - strutture ecclesiastiche - potestà**” e non risultava più adatto alle “aperture” al mondo contemporaneo successive alla II Guerra mondiale e portate avanti dal papa Giovanni XXIII a partire dal 1959 e che condurranno alla convocazione del Concilio Vaticano II. I lavori di revisione del codice Pio-Benedettino iniziano nel 1965 con la nomina di una commissione di 40 cardinali.

I tempi furono particolarmente lunghi, tanto che si arrivò ad un testo definitivo solo nel 1981. Il papa da poco eletto (Giovanni Paolo II, 1979), volle però attuare un ulteriore controllo e il codice venne promulgato nel 1983 con la costituzione *Sacrae Disciplinae Legis*.

Il codice pone l’accento sulla dimensione strutturale interna della Chiesa. La storia ha un’evoluzione veloce e drammatica nella prima metà del 900 con due guerre mondiali, che stravolgono dal punto di vista sociale e culturale l’Europa e il mondo, per cui la Chiesa sente la necessità di rispondere. Nel 1958 viene convocato un nuovo Concilio vaticano da Giovanni XXIII. Ne risulteranno documenti che rivoluzioneranno la Chiesa. Il concilio verrà chiuso da Paolo VI, che avvia i viaggi volti all’evangelizzazione diretta da parte del pontefice.

Apertura verso una dimensione collegiale: le decisioni relative alla Chiesa non devono provenire solo dall’autorità pontificia. Lo stato vaticano continuerà ad essere uno stato assoluto, di tipo elettivo. Altra visione importante che tornerà all’interno del codice è quella delle **missioni di evangelizzazione**. Si arriva ad una prima bozza di codice tra il 1978 e il 1979, anni delicati per la Chiesa per il succedersi di 3 pontefici (muore Paolo VI, viene nominato Giovanni Paolo I, ma poi muore e viene nominato Giovanni Paolo II, un papa polacco). Viene enfatizzata la dimensione propria della Chiesa, in quanto i destinatari del codice cambiano: il codice è destinato al “popolo di dio”.

All’interno del codice troviamo un maggior coinvolgimento del popolo di Dio nei processi decisionali, viene enfatizzato il ruolo dei laici. Adesso, una serie di documenti emanati da papa Francesco coinvolge i laici anche in ruoli apicali, anche con la partecipazione delle donne che sono state escluse dalla gestione della Chiesa.

Struttura del Codice del 1983, 1752 canoni:

- Libro I: Norme generali
- Libro II: Il popolo di Dio
- Libro III: La funzione di insegnare della Chiesa
- Libro IV: La funzione di santificare della Chiesa
- Libro V: I beni temporali della Chiesa
- Libro VI: Le sanzioni nella Chiesa

- Libro VII: I processi

Si può ancora intravedere la sistematica Gaiana-giustiniana (struttura del codice Pio Benedettino). Il libro III riguarda le funzioni proprie della Chiesa: funzione di insegnare la fede, di annunciare il vangelo, di sviluppare il catechismo della Chiesa cattolica con la predicazione nei vari territori in cui la Chiesa opera (a livello universale), la formazione della dottrina e la gestione delle missioni. Gestione dei mezzi di comunicazione sociale.

Il libro IV si riferisce alla funzione di santificare, che riguarda l'amministrazione dei sacramenti, che vengono disciplinati dettagliatamente nel diritto canonico. Se il matrimonio fino a quel momento era stato disciplinato dal diritto canonico, con la Rivoluzione francese si opera una separazione tra matrimonio civile e matrimonio canonico. Questa scissione comporta che fino al 1929, chi volesse contrarre un matrimonio di tipo religioso ma anche di tipo civile, doveva eseguire due cerimonie differenti: una davanti all'ufficiale dello stato civile e un'altra davanti all'ufficiale della Chiesa cattolica.

È stata introdotta la possibilità di **matrimonio concordatario**: la cerimonia avviene secondo le modalità previste dal diritto canonico, ma che ha effetti anche dal punto di vista civile. Negli anni 70' è stato introdotto l'istituto del divorzio: vengono meno gli effetti civili del matrimonio per lo stato, anche se contratto sotto forma di matrimonio concordatario. Ma per quanto riguarda gli effetti del diritto canonico, rimangono inalterati poiché non c'è possibilità di scioglimento (è possibile solo se non c'è possibilità di procreare). Nel 1984 gli accordi di Villa Madama confermano il contenuto dell'accordo del 1929.

Altra funzione della Chiesa è quella legata alla gestione territoriale (dello stato del Vaticano). Diritto costituzionale dello stato del Vaticano: monarchia assoluta sacerdotale elettiva. È composta da sacerdoti, il pontefice viene eletto.

Le 3 missioni della Chiesa: **insegnare, santificare, governare.**

- La gerarchia ecclesiastica trova riconoscimento ed è disciplinata dal Codice ma non è più da considerarsi come entità esterna o superiore rispetto ai fedeli ma come una «guida interna», in uno spirito di servizio rispetto alla Chiesa, identificata con il «popolo di Dio», secondo la concezione biblica della comunità cristiana.

LA RIVOLUZIONE AMERICANA

Le conseguenze dal punto di vista giuridico.

Le prime dichiarazioni dei diritti e la prima Carta costituzionale di età moderna/contemporanea sono approvate sul finire del XVIII secolo nel nuovo continente. La Costituzione americana presenta principi che fanno diretto riferimento all'illuminismo europeo e contribuiranno ad ispirare la Rivoluzione francese.

Cosa ci fanno gli inglesi nel continente americano? Arrivano sulle coste settentrionali fondando alcune colonie. La prima viene fondata sull'attuale territorio del Canada. Sono fondate da coloro che stanno fuggendo dalle persecuzioni religiose in Europa, da compagnie provate che si occupano di commerciare con il nuovo continente, da soggetti che si allontanano dalla madrepatria per cercare fortuna nel nuovo continente.

La prima vera colonia è quella di **Jamestown**, che darà avvio alla Virginia, dedicata alla regina vergine Elisabetta I. Colonia destinata ad avere un ruolo centrale, qui verrà elaborata la prima dichiarazione dei diritti. Nel 1585 viene fondata la prima colonia, quella di **Roanoke**. Questa colonia sarebbe scomparsa nel nulla. Si pensa che i coloni si siano uniti alle popolazioni indigene che abitavano quelle aree.

Organizzazione delle colonie che si creano a nord del continente americano.

Esse sono governate da un governatore che risponde alla corona britannica. Le prime 13 colonie possono essere divise in 3 gruppi:

- Colonie del nord (new England): fondate dai puritani che si sono spostati agli inizi del '600, caratterizzate da una forte impronta religiosa.
- Colonie centrali: colonie miste, abbiamo una pluralità di religioni. Esistono culture diverse, sono colonie inglesi alle quali si aggiungono persone provenienti da altri stati europei, come i cattolici che fuggono dal continente europeo.
- Colonie del sud, tra cui la Virginia: si sviluppano le grandi piantagioni di tabacco, di riso, di cotone, per cui si sviluppa la schiavitù (fenomeno che riguarda anche le altre colonie).

Nella costituzione americana abbiamo delle norme che fanno riferimento alla schiavitù, ma senza riferimenti chiari e decisi.

Il periodo che prendiamo in considerazione in questo contesto va dal 1765 al 1783. L'Inghilterra decide di risolvere le proprie questioni finanziarie imponendo nuove tassazioni ai coloni che si trovano sul suolo americano, che riguardano l'importazione e l'esportazione dei prodotti. Questo comporta le prime discussioni all'interno delle colonie, che iniziano a riunirsi per cercare una soluzione. La situazione precipita quando il sovrano britannico decide di porre fine al fenomeno delle colonie inviando sul territorio un esercito, ma le colonie si ribellano.

Abbiamo prima la Dichiarazione dei diritti del Buon Popolo della Virginia (12.6.1776) e poi una dichiarazione di indipendenza (4.7.1776). Prima costituzione scritta ancora in vigore, costituzione brevissima (nucleo centrale composto da 7 articoli ai quali si aggiungono 27 emendamenti).

Abbiamo anche una serie di provvedimenti imposti dalla corona inglese, "no taxation without representation". *Sugar act*, provvedimento destinato a durare poco tempo, perché viene sostituito.

Nel 1765 ci sarà un provvedimento di carattere generale che impone la tassazione sulle colonie: tassa che deve essere pagata sulle pubblicazioni. Nel 1770 a Boston ci saranno i primi scontri fisici (*Boston massacre*), che porteranno all'uccisione di alcuni civili - i soldati britannici uccidono i civili a Boston, finché non si arriva al Tea Act del 1763. La corona britannica voleva proteggere il commercio portato avanti da una delle compagnie istituite nella madrepatria. La compagnia britannica delle indie orientali si trovò in difficoltà economica, poiché si ritrovò con una grande quantità di tè che non poteva più vendere a causa dell'ingestibile concorrenza da parte degli Stati Uniti. Come segno di protesta molte casse di tè vengono gettate in mare.

Si ha così la chiusura del porto di Boston e l'abolizione di alcune libertà a livello individuale. Si inizia ad avere un'organizzazione interna delle colonie (che si organizzano anche tra di loro). Primo complesso intercoloniale, ma non si parla ancora di indipendenza.

1775: secondo congresso continentale intercoloniale, caratterizzato dalla presenza di alcuni scontri diretti. Inizia la guerra di indipendenza. Si forma un esercito continentale intercoloniale, guidato da Washington. Abbiamo anche l'istituzione di un organismo congressuale, che inizia ad agire come governo autonomo delle colonie, che formerà il primo nucleo del parlamento statunitense.

Si crea anche un dibattito pubblico nell'ambito delle colonie, Common Sense, 1776: si contesta apertamente per la prima volta la politica della corona inglese e la gestione delle colonie in territorio inglese.

Virginia 1776

Dichiarazione dei diritti del Buon Popolo della Virginia

Sec. 1 – *Tutti gli uomini sono da natura egualmente liberi e indipendenti, e hanno alcuni diritti innati, di cui, entrando nello stato di società, non possono, mediante convenzione, privare o spogliare la loro posterità; cioè, il godimento della vita, della libertà, mediante l'acquisto ed il possesso della proprietà, e il perseguire e ottenere felicità e sicurezza.*

Abbiamo l'uscita dallo stato di natura, l'idea di un'uguaglianza naturale, l'individuazione di diritti naturali (la vita, la libertà e la proprietà). Questo è possibile laddove non ci sia una monarchia che opera in senso assoluto.

Il fenomeno della schiavitù si diffonde velocemente in quei territori: la prima testimonianza risale al 1619, pochi anni dopo la fondazione di Jamestown. Sono lavoratori provenienti dal continente africano, in una fase iniziale si tratta di servitori a contratto. Inizialmente anche persone provenienti dal continente europeo rientrano in questo fenomeno.

Ben presto, nella stessa colonia della Virginia il fenomeno si trasforma: si passa da sfruttamento dei lavoratori a una schiavitù vera e propria basata non solo su una discriminazione fatta dal punto di vista economico, ma iniziano ad esserci discriminazioni sulla razza e sullo status ereditario.

Lo status di schiavo inizia a tramandarsi per via ereditaria, fino a trovare una collocazione giuridica nella seconda metà del '600 e definitivamente nel '700 con la Dichiarazione dei Diritti del buon popolo della Virginia.

1662: prima regolamentazione secondo cui lo status di schiavo si trasmette per via materna: chi è figlio di una schiava è schiavo fin dalla nascita. Anche nel diritto romano sussisteva questo principio (*mater semper certa est*).

La schiavitù diviene un fenomeno che riguarda l'intera vita del soggetto; iniziano ad essere vietati i matrimoni misti, la alfabetizzazione di coloro che ormai sono schiavi (considerati oggetti di diritto). La questione si consolida ulteriormente, e gli schiavi vengono considerati naturalmente inferiori agli uomini liberi. La schiavitù è il motore dell'economia delle colonie, soprattutto del sud, ma viene messa da parte in attesa che ci sia un superamento.

Sec. 2 – *Tutto il potere è nel popolo, e in conseguenza da lui è derivato; i magistrati sono i suoi fiduciari e servitori, e in ogni tempo responsabili verso di esso.*

Idea innovativa: la sovranità, inizialmente attribuita all'apice della piramide gerarchica, ora viene attribuita alla base, cioè al popolo. Diritto di rovesciare il potere, di sostituirlo con una nuova struttura che possa garantire felicità e sicurezza. Superamento del principio del privilegio in favore del principio di uguaglianza (formale). Applicazione del principio della separazione dei poteri di Montesquieu.

Sec. 8 – *In tutti i processi capitali o criminali, ciascuno ha diritto di chiedere la causa e la natura dell'accusa, di essere messo in confronto con gli accusatori e testimoni, di chiedere prove in suo favore, ed un rapido giudizio da parte di una giuria imparziale di dodici uomini della vicinanza, senza il cui consenso unanime egli non può essere dichiarato colpevole; né può egli essere costretto a dare prove contro sé stesso.*

Parimenti nessuno può essere privato della sua libertà, eccetto che secondo la legge del paese o dopo giudizio dei suoi pari.

Abbiamo l'anticipazione di qualcosa che arriverà in maniera definitiva solo nella seconda metà del 900: il giusto processo, che oggi incontriamo nelle nostre costituzioni nazionali e a livello sovranazionale (art. 6 CEDU).

Nel diritto romano non abbiamo una legislazione volta alla realizzazione del giusto processo, ma una serie di input che vengono seguiti nei tribunali.

Sec. 13 – *Una ben tenuta milizia, composta dal corpo stesso del popolo, abituato alle armi, è la vera, naturale e sicura difesa di uno Stato libero. Gli eserciti permanenti, in tempo di pace, dovrebbero essere soppressi, come pericolosi alla libertà. In tutti i casi l'esercito dovrebbe essere tenuto sotto stretta subordinazione al potere civile e governato da questo.*

Emerge uno degli elementi letti in Rousseau: necessità di organizzare una difesa comune, un esercito da mantenere in tempo di guerra e smantellare in tempo di pace.

Sec. 15 – *Nessun libero governo, o i benefici della libertà, possono essere conservati per un popolo, senza una ferma adesione alla giustizia, alla moderazione, alla temperanza, alla frugalità e alla virtù, senza frequente ricorso ai fondamentali principi.*

Riferimento alla divinità e ad una serie di principi morali, più che giuridici (molto spesso persone che fuggono per motivi religiosi e si rifugiano nel continente europeo). La differenza tra principio morale e giuridico è che la norma giuridica è sanzionabile e sanzionata dall'ordinamento giuridico; quella morale può avere delle sanzioni ma che trascendono dall'ordinamento.

Sec. 16 – *La religione, o il nostro dovere verso il Creatore, e la maniera di assolverlo, può essere guidato solamente dalla ragione e dalla convinzione, non dalla forza o dalla violenza. Quindi, tutti gli uomini hanno uguale diritto al libero esercizio della religione, secondo i dettami della coscienza. È dovere mutuo di tutti praticare la tolleranza cristiana, l'amore e la carità verso gli altri.*

Esprimono una generale adesione ai principi generali del cristianesimo. È difficile, addirittura impossibile, individuare una sanzione per questi principi che hanno indirizzo cristiano.

DICHIARAZIONE DI INDIPENDENZA

4 luglio 1776, data simbolica per gli americani poiché si dichiarano indipendenti rispetto alla madrepatria, e sorge questa nuova entità, cioè **gli Stati Uniti d'America**.

Dichiarazione unanime degli Stati Uniti che riguarda tutte le colonie, non più una dichiarazione che riguarda un unico stato. Venuto meno il contratto sociale, è possibile distaccarsi dalla madrepatria. Riferimento alle leggi di natura che non sono laiche, ma prescindono direttamente dall'autorità divina.

Tutti gli uomini sono creati uguali, dotati di diritti inalienabili tra cui la vita, la libertà e il perseguimento della felicità.

→ Sostituzione della forma del governo.

Questa dichiarazione di indipendenza risponde all'esigenza di giustificare le ragioni che inducono i coloni a separarsi dalla madrepatria, ragioni ritenute serie e gravi.

La Gran Bretagna, con il sovrano Giorgio III, non accetterà subito questa dichiarazione di indipendenza, per cui il conflitto va avanti fino agli anni 80 del '700. Repubblica federale: le singole colonie si organizzano in stati autonomi e indipendenti per cui gli Stati Uniti potranno darsi una loro costituzione (1787) composta da 7 articoli.

Corpus normativo principale di riferimento restano questi 7 articoli della costituzione che disegnano una repubblica federale così come la conosciamo oggi (presidente a cui è affidato il potere esecutivo, un parlamento bicamerale a cui è affidato il potere legislativo). Si prende in considerazione la schiavitù ma non la si menziona direttamente nella costituzione.

COSTITUZIONE DEGLI STATI UNITI D'AMERICA - 15 SETTEMBRE 1787

Emerge dalla prima clausola che si calcolano gli uomini liberi e poi ci sono una serie di persone che si calcolano in maniera diversa: ci sono persone che valgono i 3/5 di un uomo libero (ma non viene fatto riferimento esplicito, si parla di "tutti gli altri", che per esclusione sono gli schiavi).

Negli Stati in cui la schiavitù è particolarmente diffusa il numero dei rappresentanti che siedono al parlamento è più elevato, poiché gli schiavi vengono calcolati nonostante non partecipino alla votazione.

Art. IV, sec. 2, par. 3: *nessuna persona, tenuta ad un servizio o un lavoro in uno Stato secondo le leggi locali, rifugiandosi in un altro Stato e per effetto di qualsiasi legge o regola colà vigente potrà essere esentata da tale servizio o lavoro, ma dovrà esser riconsegnata su richiesta della parte a cui tale servizio o lavoro sia dovuto (disposizione riferita essenzialmente agli schiavi fuggitivi: si ritiene abrogata dal XIII emendamento).*

Non c'è menzione esplicita del lavoro servile, ma si fa riferimento a qualcuno che è fuggito e si è collocato altrove. Questa clausola verrà inasprita laddove si prevederanno norme rafforzative a questa previsione quando si costringerà con la forza lo stesso schiavo a tornare dal luogo da cui è venuto.

XIII – (1865) Sec. 1 – *Né la schiavitù né il servizio non volontario eccetto che, come punizione per un crimine per cui la parte sarà stata riconosciuta colpevole nelle forme dovute, potranno esistere negli Stati Uniti o in qualsiasi luogo sottoposto alla loro giurisdizione.*

XV – (1870) Sec. 1 – *Il diritto di voto dei cittadini degli Stati Uniti non potrà essere negato o limitato dagli Stati Uniti o da qualsiasi Stato in ragione della razza, del colore o della precedente condizione di schiavitù.*

Sec. 2 – *Il Congresso avrà il potere di dare esecuzione a questo articolo con la legislazione appropriata.*

La separazione tra una popolazione bianca e una popolazione nera di origine servile ha portato a delle conseguenze dal punto di vista giuridico.

Disegno costituzionale complessivo, le colonie si organizzano come una **repubblica federale** (composta da pluralità di stati), gli organi costituzionali principali sono il presidente (eletto ogni 4 anni), un **parlamento bicamerale** (camera dei rappresentanti -il cui numero varia a seconda della popolazione dei singoli stati federati, eletti ogni due anni) e il **Senato**. Solo più tardi il senato diventerà una camera elettiva.

Viene introdotta una **corte suprema**, che si compone di nove membri eletti a vita dal presidente, con una successiva conferma della nomina presidenziale da parte del Senato. Organo volto a controllare la corrispondenza tra la legislazione e l'aderenza al dettato costituzionale.

La caratteristica di questa corte suprema è che i giudici vengono individuati dal presidente e la loro carica è vitalizia, ma ciò potrebbe portare a conseguenze pericolose per gli equilibri interni dei vari poteri (un giudice eletto molto giovane è destinato a rimanere giudice per anche 50 anni, causando un blocco dell'interpretazione evolutiva della costituzione rispetto alla legislazione nazionale). Infatti, i giudici non sono caratterizzati da una totale terzietà e imparzialità.

La rivoluzione Francese e le costituzioni repubblicane

COSTITUZIONI FRANCESI 1791 - 1793 - 1795 - 1799

	1791	1793	1795	1799
Dichiarazione diritti	Creata nel 1789 ed allegata. Valida solo per i cittadini francesi e non per le colonie	Non più separata dalla costituzione. Universale: vale anche per le colonie. Sono inseriti come universali anche i diritti all'istruzione, all'assistenza e al lavoro	Compresa nella costituzione. Oltre ai diritti, troviamo anche i doveri: assistenza e difesa della società, sottomettere alle leggi	Non è presente una dichiarazione dei diritti. Il regime è autoritario e i diritti sono subordinati all'autorità del potere esecutivo
Carattere	Giusnaturalista DIRITTI: • Libertà (finché non si lede quella altrui) di stampa, espressione, spostamento, culto, riunione • Uguaglianza alla nascita, davanti alla legge, accesso alle cariche pubbliche, nelle pene • Proprietà inviolabile e sacra, può essere espropriata per pubblica necessità con indennizzo	Giusnaturalista DIRITTI: • Libertà (finché non si lede quella altrui) di stampa, espressione, culto, riunione • Uguaglianza alla nascita, davanti alla legge, accesso alle cariche pubbliche, nelle pene. Abolita la domesticità e istituzione suffragio universale maschile • Proprietà sacra e inviolabile, può essere sottratta solo per pubblica necessità	Giuspositivista DIRITTI: Siamo in una fase di transizione, quindi troviamo sempre i diritti del giusnaturalismo (libertà, uguaglianza, proprietà), ma posti dallo stato. Non esiste il diritto di resistenza all'oppressione, perché non ci sono più i diritti naturali (infatti la dichiarazione non si riferisce più all'uomo e al cittadino, ma solo al cittadino).	Autoritario. DIRITTI: Nessun riferimento ai diritti naturali. Potere esecutivo molto forte, affidato al Primo Console (Napoleone). Parlamento debole. Libertà e uguaglianza sono limitate dalle esigenze dello Stato.
Stampo	Liberale / Rigida (elaborata da un'assemblea costituente non elettiva, ma autoproclamata) / Laica / Liberale	Democratica / Rigida (elaborata da un'assemblea costituente elettiva) / Repubblicana / Elaborata dai giacobini + Paudé	Liberale / Rigida (elaborata da un'assemblea costituente eletta a suffragio censitario) / Repubblicana / Applicata anche alle colonie	Autoritaria / Flessibile / Potere concentrato in un Consolato / Costituzione imposta dall'alto
Sovranità	Appartiene alla nazione e la esercita attraverso i rappresentanti	Appartiene al popolo	Appartiene al popolo	Appartiene formalmente al popolo, ma è esercitata dal Primo Console con forte accentramento

Siamo nel 1796, nel continente Africano, in un territorio in cui il colonialismo francese ha lasciato il segno, anche in riferimento alla storia passata della Francia.

Nel 1799 veniva pronunciato un proclama di proposta di una nuova rivoluzione: **Napoleone Bonaparte**, che riesce ad imporsi sulla politica nazionale e a fare un colpo di stato. Farà in modo di trasformare la costituzione a suo favore, e nel 1804 si fa nominare imperatore.

L'immagine di Napoleone imperatore in Europa è molto forte, infatti nel 1976 **Bokassa**, un militare che istituisce un regime dittatoriale in Africa, si fa incoronare imperatore sul modello di Napoleone. Il risultato è disastroso per

la stessa popolazione centro africana, e anche da un punto di vista delle immagini l'impatto è molto forte: Bokassa decide di prendere il cerimoniale utilizzato da Napoleone nel 1804 e riproporlo per farsi incoronare imperatore.

Napoleone fa un'operazione che possiamo equiparare ad un'operazione che ha fatto Augusto (che si presenta come difensore dei valori repubblicani): si pone come **difensore dei valori rivoluzionari**, ora che la rivoluzione è finita.

Nel 1783 la pace di Parigi aveva suscitato entusiasmo in Francia. La Francia era colpita da una crisi finanziaria che la corona non riusciva a risolvere autonomamente; in questo periodo è una monarchia assoluta, e la forma parlamentare non veniva più consultata.

La convocazione degli stati generali - 1789

Il sovrano è Luigi XVI, un sovrano assoluto. Prende una decisione nel 1788/89, quella di **riconvocare gli Stati generali per risolvere la crisi finanziaria**; questo non accadeva da almeno 175 anni. Si mise in evidenza la notevole differenza tra la vita dei soggetti vicini alla corona rispetto alle condizioni particolarmente gravi dell'intera popolazione.

I rappresentanti del terzo stato non erano rappresentanti di tutte le classi lavoratrici, ma erano soprattutto appartenenti alle professioni, la maggior parte di loro avvocati. La differenziazione delle classi sociali passa anche attraverso l'utilizzo dell'abbigliamento.

Vi partecipano:

- Il **PRIMO STATO**: lo stato del clero (291 deputati), le elezioni avvengono a livello parrocchiale. Ciò significa che verranno privilegiati coloro che sono a diretto contatto con le persone che frequentano la parrocchia (i 2/3 erano parroci, 46 i vescovi). La vicinanza agli stati popolari consentirà ai parroci di contribuire alle istanze del terzo stato.
- Il **SECONDO STATO** è quello dei nobili (270 deputati):
Piccoli nobili (di campagna, lontani dalla vista di corte): sono la parte più conservatrice, vogliono mantenere la formulazione della monarchia assoluta.
Nobili vicini alla famiglia reale, vicini alla corte, più liberali (circa 90). Essi parteciperanno agli interessi del terzo stato fondando la prima assemblea nazionale.
- Il **TERZO STATO**: (578 deputati), ben 200 sono gli avvocati. Rappresentavano la maggioranza della popolazione francese, ma non vi era rappresentanza della classe contadina né artigiana.

Gli Stati Generali si avviano a **Versailles** il 5 maggio 1789. Prima della convocazione erano stati avviati valori preparatori. Si decise di chiedere parere alle persone, inviando dei quaderni sui quali esprimere le loro posizioni rispetto alla politica, i **Cahiers de Doléance**, nei quali venivano riassunte le istanze provenienti dai tre stati: dai cahiers emergeva un diffuso malcontento sia a livello generale per l'andamento dell'economia e alla gestione della cosa pubblica ma anche in riferimento a questioni specifiche e, per quanto più ci riguarda, in riferimento all'amministrazione della giustizia, la pressione fiscale, il perdurare del sistema del privilegio, la mancanza di libertà, la richiesta di una costituzione scritta.

Ci sono alcuni elementi che mettono in cattiva luce il sovrano, primo tra tutti quello di unirsi alla corona austriaca con il matrimonio. Sorge un primo problema: quale sistema di votazione adottare all'interno degli stati generali? Due alternative: *votare per ceto*, ma ciò finirebbe per privilegiare il primo e il secondo stato, oppure *voto per*

capita (ogni deputato esprime un voto a prescindere dal ceto di appartenenza). Questa questione rimane aperta, il terzo stato propone il voto per capita, non ottiene risultati e decide di allontanarsi dagli stati generali riunendosi in un'assemblea autonoma.

Il 17 giugno 1789: primo e secondo stato si riuniscono in un'**Assemblea Nazionale**; è un primo nucleo di parlamento rappresentativo che sostituirà il sistema degli stati generali.

Il 20 giugno 1789 le sale di Versailles che erano occupate dal terzo stato vengono chiuse, per cui decidono di riunirsi nella stanza della pallacorda e fanno un giuramento, il **giuramento della Pallacorda**, con cui il terzo stato giura di rimanere fedele e unito fino a che non si avrà una nuova costituzione.

Ciò che si contesta non è tanto il sistema monarchico, ma si vogliono porre dei limiti costituzionali ai poteri assoluti del sovrano.

Il 9 luglio 1789 il Re è costretto a riconoscere l'Assemblea Nazionale e designa una **Assemblea costituente**. Probabilmente il Re pensava già di organizzare una reazione armata per riportare il Terzo Stato all'obbedienza ma nel frattempo, forse in modo del tutto inaspettato, una sollevazione popolare nella città di Parigi portò alla «presa della Bastiglia» il 14 luglio 1789.

La presa della Bastiglia

L'assalto alla Bastiglia del 14 luglio 1789 consentì di salvare l'Assemblea Nazionale Costituente e rappresentò simbolicamente l'ultimo attacco all'Ancien Régime e all'assolutismo monarchico. Il 4 agosto l'Assemblea dichiarò la fine del sistema del privilegio e l'abolizione del sistema feudale.

La fine della monarchia

Nato nel 1781, Louis Joseph morì per cause naturali il 4 giugno 1789, poco dopo l'apertura dei lavori degli Stati Generali. Il titolo di Delfino passò al fratello Louis Charles. Louis, chiamato Luigi XVII dai monarchici nel 1793, venne imprigionato -ancora bambino- dai repubblicani. Morì all'età di dieci anni a causa delle dure condizioni detentive. Per cui il successore di Luigi XVI sarà Luigi XVIII.

Il 9 luglio l'Assemblea Nazionale assumerà la denominazione di **Assemblea Nazionale Costituente**. Il sovrano, costretto a riconoscerne l'esistenza, sembra voler aprire rispetto alla possibilità di una costituzione, di emanare carta ottriata (**octroyee**), cioè, concessa dal sovrano.

Il sovrano aveva deciso di organizzarsi militarmente, ma interviene una sommossa popolare da parte dei cittadini abitanti di Parigi, che decisero di scendere in strada e marciare contro la Bastiglia (sia perché costituiva un simbolo del potere assoluto e sia perché conteneva materiale necessario per organizzarsi per un intervento armato). La Bastiglia era un edificio utilizzato per detenere (in teoria) i prigionieri politici. Lo stesso Luigi XVI voleva abbattere la Bastiglia e edificare una piazza.

Il 4 agosto l'Assemblea costituente decide di abolire il sistema feudale: superamento del principio di privilegio, sostituito con il principio dell'uguaglianza formale. Il sistema dell'Ancien regime viene superato.

La dichiarazione dei diritti del 1789

Sin dal 6 luglio l'Assemblea Nazionale aveva costituito un Comitato di 30 membri per preparare il testo della nuova costituzione e il 14 luglio (casualmente lo stesso giorno della presa della Bastiglia) l'Assemblea aveva deciso che la costituzione sarebbe stata preceduta da una **dichiarazione di diritti**, per la quale Lafayette, un generale che aveva combattuto accanto ai coloni americani, aveva presentato una proposta di testo.

Il dibattito si accese: non tutti erano d'accordo sull'idea di far precedere la costituzione da una dichiarazione di diritti; altri sottolineavano come i doveri dovessero sempre essere accompagnati da una dichiarazione di diritti. Agli occhi dell'Assemblea la Dichiarazione doveva servire per mettere alcuni punti fermi rispetto ai risultati raggiunti sino a quel momento per poter poi procedere alla redazione di una Carta costituzionale vera e propria.

Il 26 agosto 1789 la dichiarazione fu approvata: si trattava di un testo di ampio respiro che riprendeva già diversi punti della costituzione americana ma che presentava un taglio più filosofico. Diventò un modello universale, un punto di riferimento che superò la stessa costituzione americana. La costituzione fu approvata solo due anni dopo e dopo numerosi rimaneggiamenti. La Dichiarazione contiene l'enucleazione di principi che devono ispirare una Carta costituzionale: un modello da seguire per l'elaborazione della successiva carta.

Riforme amministrative tra il 1789 e 1791

Già nel 1789 l'assemblea votò una legge che riordinava l'organizzazione periferica del regno:

- 83 dipartimenti, suddivisi in Distretti, con amministratori locali propri, con la scomparsa di ogni privilegio anteriore;
- 1790: riconoscimento della Guardia Nazionale a garanzia dell'ordine pubblico interno (circoscrizione obbligatoria per i cittadini attivi);
- 1790 l'Assemblea Nazionale anticipa il progetto di creare un Codice civile;
- 1791 Legge Le Chapelier: abolizione delle corporazioni e dei limiti alla libertà economica e professionale, eliminando anche in questo campo vincoli secolari.

Possiamo parlare di una **nascita del diritto amministrativo** (rapporto tra i singoli cittadini e gli apparati dello stato).

La Costituzione del 1791

3 settembre 1791: costituzione di 210 articoli con, in premessa, la dichiarazione del 1789.

- Monarchia limitata a cui è affidato il potere esecutivo;
- Il potere legislativo attribuito all'Assemblea Nazionale Legislativa
- Il Re sceglie i suoi ministri (ma non tra i membri dell'Assemblea)
- Il re ha diritto di veto sospensivo per evitare l'applicazione di una legge votata dall'Assemblea
- Il Re assume la nuova denominazione di "Re dei Francesi" (in luogo della tradizionale denominazione di "Re di Francia")
- Organizzazione dello Stato Civile che sostituiva o affiancava i registri della Chiesa cattolica introdotti dopo il Concilio di Trento
- Matrimonio come contratto e sua dissolubilità con il divorzio, segnando una ulteriore lontananza rispetto alla Chiesa cattolica.

La Francia rivoluzionaria intraprenderà delle guerre, soprattutto nei confronti degli austriaci.

Assemblea nazionale legislativa: caduta della monarchia e istituzione della Prima Repubblica; sospensione delle funzioni del sovrano nel 1792.

Convenzione nazionale, che proclama la repubblica e approva una costituzione, che presenta molte aperture democratiche, ma non verrà mai applicata : parliamo della **costituzione del 1793**, di ispirazione giusnaturalista (dichiarazione dei diritti che precede la costituzione, diritti naturali riconosciuti all'individuo, la possiamo definire una costituzione democratica; prevede il suffragio universale maschile (apice del movimento rivoluzionario), non troverà applicazione perché avrebbe dovuto seguire la fine di tutte le ostilità (sia esterne che interne alla Francia).

Prevedeva anche apertura verso uno stato sociale, che prevede azioni ulteriori che riguardano aspetti come l'educazione, la sanità pubblica, il lavoro (e questo potrebbe essere un ulteriore motivo per non applicarla).

Questi conflitti proseguono nel corso del tempo e si arriva ad una **terza costituzione nel 1795**.

A differenza dalla costituzione americana, nella costituzione del 1791 non c'è riferimento alla divinità cristiana, ma c'è riferimento ad un'entità superiore.

- **Regime del terrore**: Robespierre, legato ad una delle associazioni di questo periodo, che. Anticipano la nascita dei partiti politici. Abbiamo un primo nucleo dei partiti politici: si prevedeva la partecipazione del popolo nelle decisioni che riguardano l'andamento dello stato. Queste associazioni prendono il nome di Club.

Il regime del terrore caratterizza gli anni della convenzione nazionale, connotato da un tentativo di concentrazione del potere nelle mani di poche persone. Questi tentativi vengono superati, anche grazie all'intervento di movimenti popolari. La convenzione nazionale verrà sostituita dal direttorio, che intende evitare la concentrazione di potere in mano a pochi soggetti.

I diritti non sono più considerati innati, si apre la strada al **giuspositivismo**: è lo stato a concedere (e creare) questi diritti ai cittadini. Il direttorio avrebbe avuto tra le sue finalità quella di superare la concentrazione dei poteri ma non riesce.

L'incarico dei singoli partecipanti al direttorio è breve (un anno).

Potere legislativo: mutamento rispetto alle costituzioni precedenti che prevedevano un parlamento unicamerale. In questo caso vengono previste **due camere**, con l'obiettivo di garantire un maggiore sistema di controllo.

- Consiglio dei 500: ha la funzione di proporre il testo normativo.
- Consiglio degli anziani: ha il potere di approvare o respingere le leggi.

Il voto è limitato ai soli cittadini attivi, si abbandona l'idea di suffragio universale maschile.

- Fine del direttorio, il 9 novembre del 1799, il giorno in cui Napoleone pone il colpo di stato. Vengono sciolti i due consigli, viene istituito il consolato (riferimento all'esperienza repubblicana romana). Napoleone assume il potere, pur in presenza di un sistema che deve prevedere tre consoli.

Costituzione che ha carattere autoritario, la sovranità resta formalmente al popolo ma il potere è esercitato dal primo console (Napoleone). Viene meno la rappresentanza popolare; l'interesse dello stato prevale sugli interessi degli individui. Inizia una nuova fase politica, e si apre la strada all'impero.

1815: inizio della Restaurazione con il congresso di Vienna.

Napoleone si presenta come figlio della rivoluzione, e come colui che stabilizzerà le conquiste rivoluzionarie, ma ciò non avverrà. Il nuovo ordinamento viene presentato come “**stabilizzazione della Francia**”; i rivoluzionari non si oppongono più solo ai monarchici, ma anche tra di loro. La costituzione del '99 aderisce ai principi repubblicani, ma comporta l'instaurazione di un regime autoritario.

Viene portato un certo ordine da parte di Napoleone.

Il **principio di uguaglianza** formale viene mantenuto, seppur solo enunciato e non applicato nelle prime fasi, è importante perché viene riconosciuto come principio che scaturisce dalla rivoluzione. Altro punto conservato da Napoleone come principio rivoluzionario è l'idea di stato sociale: lo stato che inizia ad occuparsi dell'educazione (di cui prima si occupavano i gesuiti).

Quando viene abolita la monarchia nel '92, si instaura un sistema che prevede maggiore coinvolgimento del popolo; si decide di cambiare il calendario. Il **calendario rivoluzionario** viene adattato alla natura e ai cicli di agricoltura. Si iniziano ad indicare gli anni non solo a partire dalla nascita di Cristo (*annus domini*) ma vengono indicati con una numerazione progressiva **a partire dall'istituzione della repubblica** -> l'idea è che deve essere superato tutto, anche il computo del tempo. Ciò accade anche dal 1922, per cui il calendario prevedeva oltre l'annus domini, l'anno a partire dall'istituzione del governo fascista.

1795: **direttorio**. Potere attribuito a 5 persone individuate per un periodo breve di tempo, elette a rotazione, per evitare che il potere possa concentrarsi nelle mani di singoli partiti o di singole persone.

La costituzione del 1795 è preceduta da una serie di diritti, accanto ai quali troviamo anche un'enunciazione di doveri.

Vediamo come il movimento rivoluzionario sta iniziando a perdere la sua forza, sino ad arrivare ad un colpo di stato del 1799 che vede coinvolto Napoleone, il quale instaura un nuovo ordinamento.

Costituzione del 1799, ultima del periodo rivoluzionario: Napoleone prevede un **consolato**, un organo a cui è affidato il potere composto da tre consoli, ma il potere può essere esercitato dal primo console (figura che coinciderà con Napoleone Bonaparte). Ciò porterà alla proclamazione dell'impero del 1804.

Principio di uguaglianza

I rivoluzionari sono così legati al principio di uguaglianza che decidono che le pene di morte devono essere uguali per tutti. Viene introdotta la **ghigliottina**, uno strumento che consente di eseguire la pena di morte con minor sofferenza per il condannato. Verrà utilizzato fino al 1977 in Francia. La pena di morte in Francia viene abolita nel 1981.

Era napoleonica e codificazioni

Il periodo napoleonico è importante per il fenomeno della **codificazione**. Già nel XV/XVI secolo emersero *istanze di superamento* del complesso sistema di diritto comune, che si presentava come un intricato sistema di norme caratterizzato da una pluralità di fonti eterogenee. Ma il cambiamento degli ordinamenti giuridici in Europa è destinato ad arrivare solo più tardi, attraverso la codificazione.

Nel 1967 Mario Viora scrive “*Consolidazioni e Codificazioni*”, un'opera che parla del confronto tra le esperienze codificatorie del passato fino all'età moderna e la codificazione napoleonica. Si parla di **codificazione** dal 1804 in poi; tutto quello che c'è stato prima è definito **consolidazione**, termine che si riferisce a norme giuridiche in corpi organici.

Le esperienze codificatorie procedono in età moderna: il sistema diventa particolarmente complesso, al sistema di diritto comune si affianca l'attività legislativa.

Il termine "codex" fa riferimento alla sistemazione di norme già esistenti. Il codice ha carattere di *onnicomprendività*: deve costituire la fonte unica ed esclusiva dell'ordinamento, non ha necessità di integrazioni che provengono dall'esterno -> **non è eterointegrabile**.

Già alla fine del 1700 abbiamo diverse normative a livello locale, abbiamo il primo **Codice penale Giuseppino** (da Giuseppe II, il figlio di Maria Teresa d'Austria).

Caratteristiche che differenziano le consolidazioni dalle codificazioni.

Nelle consolidazioni non c'è organizzazione sistematica interna, non viene operata la distinzione tra diritto sostanziale e processuale.

Solo a partire dal contesto storico della Francia post-napoleonica, viene introdotto uno dei principi che si affermano durante il periodo rivoluzionario, il **principio di uguaglianza formale dei cittadini per l'ordinamento giuridico**. Il codice riesce a garantire questo principio perché è un testo scritto accessibile a tutti.

Si crea una distinzione tra la presenza di *costituzioni scritte* (che nell'800 assumeranno caratteristiche diverse, saranno costituzioni concesse dal sovrano, ottriate) e il *codice*, uno strumento scritto che contiene la disciplina dei rapporti tra i privati cittadini.

Il primo progetto di Codice civile

L'idea di un codice quale strumento che potesse definitivamente superare il diritto romano canonico, il privilegio e il particolarismo emerge già nella Rivoluzione francese, nel 1790. Tra il 1789 e il 1791, nonostante la rivoluzione, la Francia continuava ad essere caratterizzata da una distinzione interna degli ordinamenti giuridici.

Viene incaricata una commissione presieduta da Cambacérès, il cui incarico è quello di predisporre un primo progetto di codice.

Caratteristiche del primo progetto del 1793: divisione in tre libri, il primo dedicato al diritto delle persone, il secondo dedicato al diritto delle cose, il terzo dedicato alle obbligazioni.

I contenuti: trasposizione dei principi generali già inseriti nella dichiarazione dei diritti dell'89 e poi nella costituzione del '91; il principio di uguaglianza formale.

Questo codice, la cui presentazione avviene nell'agosto 1793, prevede l'abolizione della patria potestà e l'attenuazione della potestà maritale; prevede la comunione dei beni all'interno del gruppo familiare. Introduce l'istituto del divorzio, disciplinato a partire dal 1792. Da lì a poco inizierà un altro periodo della Rivoluzione francese caratterizzato dall'emergere dei partiti. Il codice si considera troppo complesso e tracce legate ancora all'Ancien Regime, quindi non viene approvato.

Il secondo progetto di Codice civile - 1794

La commissione è sempre presieduta da Cambacérès. È anch'esso diviso in tre libri; si segue sempre la sistematica Gaiana. Le norme vengono elaborate come comandi più coincisi, evitando tecnicismi giuridici

(accessibile a tutti i cittadini per garantire uguaglianza formale). Anche questo progetto fallirà (troppo generico), tanto che lo stesso Cambacérès si distacca da questo progetto.

Il terzo progetto di Codice civile - 1796

Il progetto è inserito in un nuovo contesto costituzionale (introduzione del direttorio nella costituzione del 1795 dopo il periodo del Terrore). Recupero del diritto romano e delle consuetudini locali, le norme sono semplici, caratterizzate da chiarezza. Istituto centrale in questo terzo progetto è quello del matrimonio. Il divorzio viene mantenuto, ma si recupera la patria potestà, anche se vengono mantenuti alcuni caratteri rivoluzionari, tra cui il dovere di educazione e protezione della prole. Anche questo progetto non appare adeguato.

Questi tre progetti costituiscono un passo fondamentale per arrivare al codice napoleonico.

Il codice napoleonico (1804)

Il Codice Civile del 1804 viene pubblicato a “puntate” nel corso dei mesi.

Napoleone decide di recuperare almeno in parte i progetti di Cambacérès. Istituisce una nuova commissione formata da Portalis (il presidente), Tronchet, Bigot-Prémeneau e Maleville, a cui da sei mesi di tempo per portare a termine i lavori. La commissione impiega due mesi in più, e si arriva al 1801 con un lavoro già definito.

La legge diventa lo strumento attraverso il quale i corpi legislativi operano creando una legislazione originale per superare il sistema di diritto comune. Abbiamo 36 leggi che si susseguono, fino ad arrivare ad una legge complessiva il 21 marzo 1804. Le ordinanze, le consuetudini generali o locali, gli statuti, i regolamenti, cessano di avere forza di legge nelle materie che formano oggetto delle leggi contenute nel codice (articolo 7). Quindi, il codice elimina le fonti che avevano caratterizzato l'ordinamento francese fino a quel momento e diventa così l'unica fonte.

Il testo viene preso e inviato ai singoli tribunali sparsi in Francia, passa al Consiglio di Stato (uno degli organi costituzionali previsti dalla costituzione del '99) e viene poi sottoposto all'approvazione parlamentare. Abbiamo una definitiva affermazione del diritto civile come branca del diritto che si occupa dei rapporti tra privati cittadini (distinto dal diritto penale e amministrativo). Questo codice assume la denominazione e di **Codice civile dei francesi**.

I **codici napoleonici** sono cinque:

1. **Codice civile del 1804**, denominato *Codice civile dei francesi* e noto in Europa come codice napoleonico, contenente norme di diritto sostanziale.
2. **Codice di procedura civile del 1806**, serve ad applicare le norme di diritto sostanziale laddove non vi sia un'adesione diretta a quelle norme da parte dei privati cittadini -> funzione ausiliaria di concretizzazione. Quindi abbiamo una separazione tra diritto sostanziale e diritto processuale.
3. **Codice di “istruzione penale” del 1808**, che è il codice di procedura penale.
4. **Codice penale del 1810**, viene demandato al potere dello stato l'esercizio della giurisdizione in materia criminale; si supera il particolarismo con una normativa valida su tutto il territorio nazionale.
5. **Codice di commercio del 1807**, separato dal Codice civile. Si continua a riconoscere la specificità dell'attività commerciale. Le norme si applicano a chi esercita l'attività commerciale, per cui si ha il superamento del particolarismo soggettivo, poiché non conta la qualità del soggetto ai fini dell'applicazione, ma conta solo l'attività svolta.

Struttura del codice napoleonico.

È formato da tre libri (viene mantenuta la struttura di Cambacérès).

- **Primo libro:** riguarda il diritto delle persone e di famiglia, si recupera la categoria delle persone del diritto romano.

Presenta diverse innovazioni, tra cui l'istituzione dei registri di stato civile (che registrano le nascite e le morti, furono introdotti nell'ordinamento giuridico della Chiesa cattolica dopo il Concilio di Trento); il matrimonio civile disciplinato separatamente definitivamente rispetto al matrimonio canonico; viene conservato l'istituto del divorzio. Inoltre, nell'ambito dei rapporti di filiazione (tra genitori e figli) si arriva ad una equiparazione della posizione delle figlie di sesso femminile a quella dei figli di sesso maschile.

La patria potestà viene conservata, esercitata dal padre nei confronti dei figli fino al compimento della maggior età (stabilita al compimento dei 21 anni). Quest'idea viene recuperata anche nel Codice civile italiano (fino agli anni '70 la maggiore età era fissata a 21 anni).

- **Secondo libro:** riguarda la proprietà. L'art. 544 contiene una definizione del diritto di proprietà definendolo la possibilità di disporre delle cose nel modo più assoluto, salvo i limiti imposti dalla legge. Questo principio è ripreso nell'attuale codice del 1942 all'articolo 832: *Il proprietario ha diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico.*
- **Terzo libro:** riguarda i modi di acquisto della proprietà, le differenti maniere attraverso le quali si acquista il diritto di proprietà. Già quando viene redatto incontra qualche resistenza, poiché è una sorta di libro residuale in cui troviamo anche parte della disciplina propria dei diritti delle obbligazioni, dei contratti e della successione. Questo accorpamento ha fatto molto discutere, poiché ciò fa pensare che queste discipline rispondano tutte allo stesso bisogno, ovvero il trasferimento della proprietà.

Vediamo come il diritto di proprietà diventa elemento principale, strumento di realizzazione degli obiettivi dello stato stesso; infatti, il codice è definito *codice borghese*.

È formato da **2281 articoli**, riconosce piena autonomia all'individuo. A poco serviranno i tentativi di restaurazione che caratterizzeranno l'Europa a partire dal 1815.

Con questo codice si ha il superamento del diritto romano canonico e del particolarismo. Caratterizzato da originalità, contribuisce all'affermazione definitiva dello stato in senso contemporaneo. Ci si chiede, a questo punto, che funzione hanno i giudici, poiché si ha l'idea che un'attività interpretativa non solo non era necessaria ma poteva essere pericolosa, poiché l'idea iniziale è che il codice contenga tutto ciò che serve per la risoluzione delle controversie tra i privati.

Ovviamente l'attività interpretativa non può essere messa da parte poiché la realtà è molto più complessa: le cattedre di diritto civile, che si occupavano di applicazione diretta delle norme di diritto romano, vengono sostituite con le **cattedre di Codice civile**, dedicate all'interpretazione e applicazione del codice civile francese del 1804.

Il diritto romano non sarà più diritto applicato, ma sarà necessario per l'interpretazione.

Evoluzioni del procedimento codificatorio.

Il Codice civile francese del 1804 e il BGB del 1900 diventeranno i modelli che verranno seguiti non solo in Europa ma in tutti gli ordinamenti in formazione in tutto il mondo (ordinamenti di civil law).

Il processo codificatorio procede con un Codice di procedura civile, che costituisce un elemento che ci consente di recuperare la “sistematica romana classica”. Se nelle istituzioni romane avevamo tre parti (Istitutiones, res, actiones), con la codificazione napoleonica abbiamo una separazione tra diritto sostanziale, con il 2281 articoli contenuti nel Codice civile, e d'altra parte una disciplina processualistica contenuta all'interno di un Codice di procedura civile, pubblicato nel 1806.

Nei primi anni dell'800 avviene un'inversione del rapporto tra diritto sostanziale e diritto processuale. Abbiamo prima un'individuazione delle situazioni giuridiche ritenute meritevoli di tutela, e poi norme ancillari funzionali alla realizzazione del diritto sostanziale.

Codificazione del diritto commerciale

Con la codificazione del diritto commerciale del 1807 si ha una conservazione del passato, si riconosce la specialità di una disciplina commerciale, ma d'altra parte si vuole generalizzare questa stessa disciplina, per cui si passa ad un'applicazione basata su un criterio oggettivo (tenendo in considerazione le attività svolte) e non più su un criterio soggettivo.

Il codice di commercio del 1807 è diviso in 4 libri.

1. Atti di commercio: individuazione degli atti riconducibili all'attività commerciale;
2. Diritto marittimo;
3. Diritto fallimentare;
4. Tribunali commerciali, che si occupano di controversie aventi ad oggetto gli atti di commercio. Il fatto che la disciplina dei tribunali commerciali sia divisa da quella dei tribunali ordinari ci porta a comprendere la specificità della disciplina commerciale.

Codice di procedura penale e codice penale.

Gli altri due codici riguardano la procedura penale (1808) e il diritto penale (1810).

Branca del diritto particolarmente importante soprattutto per la costituzione dello stato, poiché con il diritto penale si supera il particolarismo dei sistemi criminali che c'era fino a quel momento con conseguente statalizzazione del diritto penale. Ogni tribunale aveva delle proprie procedure, il suo *stylus iudicandi*.

La conseguenza dell'introduzione di questi due codici è il fatto di aver definitivamente organizzato il sistema giurisdizionale in maniera piramidale: tribunali di prima istanza diffusi su tutto il territorio, corti d'appello, e la Corte di cassazione cui viene affidato il controllo di legittimità sulle sentenze pronunciate in primo e secondo grado.

Già nel **Codice di procedura penale del 1808** iniziamo a trovare delle garanzie, nel senso di direzione verso il giusto processo; sono il frutto della riflessione rivoluzionaria.

- Pubblicità degli atti successiva all'istruzione del processo (dopo la fase segreta del giudice istruttore per l'indagine preliminare).

- Il dibattimento nel processo penale è la fase in cui le parti attraverso la discussione orale provvedono alla creazione della prova.
- Motivazione della sentenza.
- Controllo generalizzato affidato alla Corte di cassazione, garanzia di omogeneità nell'applicazione delle norme su tutto il territorio nazionale.
- Divieto di essere distolto dal proprio giudice naturale (tribunale a cui rivolgersi quando sorge una controversia – art. 25 cost.). Questo porta al divieto di istituzione di tribunali speciali.

Codice penale – 1810:

- Il principio di legalità (art. 1 c.p.): *Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite.*

Questo codice prevede una classificazione dei reati in 3 categorie:

- Crimini, reati di maggiore gravità. Oggi questo termine non ha una sua specificità tecnica.
- Delitti
- Contravvenzioni

La distinzione tra delitti e contravvenzioni la troviamo *all'art. 17 del c.p.* Questa distinzione si basa sulla pena: i delitti sono puniti con sanzioni pecuniarie, le contravvenzioni sono punite con l'arresto o con l'ammenda. Anche questo codice ha una sua divisione interna in 4 libri:

1. Pene, continua ad esserci la pena di morte.
2. Responsabilità: possibilità di ricondurre un determinato fatto ad un determinato autore,
3. Specifici reati e specifiche sanzioni.
4. Contravvenzioni.

Ad un certo punto Napoleone inizia una serie di campagne militari che lo porteranno ad espandere la propria influenza in tutta Europa. In Spagna viene inviato Giuseppe Bonaparte, e a Napoli viene mandato Gioacchino Murà, che avrà delle conseguenze per la storia giuridica dei territori.

Vengono redatte due costituzioni, ma che verranno applicate per breve tempo soltanto limitatamente. La *Costituzione di Cadice* e la *Costituzione siciliana*, entrambe del 1812 (emulano il parlamentarismo inglese). Sono le prime costituzioni di compromesso tra le istanze rivoluzionarie e le tendenze a voler riportare in Europa l'Antico Regime (tentativo che si ebbe con il Congresso di Vienna nel 1814).

Il primo movimento di unificazione italiana nasce proprio in questo periodo.

La codificazione napoleonica è destinata avere successo in tutta Europa, anche se saranno opposte resistenze, ad esempio dal congresso di Vienna. Anche i vecchi sovrani, una volta restaurati nei loro troni, si trovano obbligati a concedere costituzioni (ottriate): si pensi ai moti rivoluzionari del 1820/21 che segneranno un rifiuto di qualsiasi tentativo di tornare all'antico regime. I moti del 1848 saranno invece quelli decisivi.

Questi sovrani decideranno di adottare il modello codificatorio ma scevro di riferimenti a Napoleone: per esempio nel napoletano viene adottato un codice unico che si basa però sulla riposizione della codificazione napoleonica.

Si inseriscono discussioni degli intellettuali dell'epoca che riguardano varie aree geografiche, in particolare la Germania. Qui il diritto romano era concepito come corpo estraneo rispetto al diritto tedesco. Ma sarà proprio in Germania che si svilupperà un dibattito volto alla necessità di una codificazione e una riflessione sulla storicità del diritto: se il diritto romano potesse essere ancora applicato come vigente o se fosse necessario instaurare un nuovo diritto.

Thibaut e Von Savigny

Gli autori interessati sono Thibaut e Von Savigny, precursore della pandettistica, contribuirà alla creazione della categoria del negozio giuridico. Queste nuove categorie sono destinate ad avere successo attraverso il nuovo codice, il BGB del 1900.

Thibaut è favorevole alla codificazione anche in area tedesca, autore di varie opere incentrate sulla necessità di un diritto civile della Germania. Gli argomenti principali utilizzati sono il codice come elemento di unificazione; infatti, avrebbe eliminato la frammentazione normativa. È presente l'idea che con lo strumento codice, attraverso le sue norme generali ed astratte caratterizzate da chiarezza e brevità che illustravano un comando ed una sanzione, deve essere costruito su basi razionali. Inoltre, ha l'esigenza di modernizzazione dell'ordinamento giuridico: adattarlo al XIX secolo. Si crea una coscienza nazionale in Germania, sorge l'idea di uno stato unitario e si arriverà ad un'unificazione nazionale nel 1871.

Un processo codificatorio che riguardasse l'intera area germanica non era ancora sentito come necessario secondo Von Savigny. Fondatore della scuola storica del diritto, sostiene che il diritto non è altro che espressione del cosiddetto "spirito del popolo" - *volksgeist*: il diritto si sviluppa in modo organico e non può essere creato dall'alto. Il diritto è percepito inizialmente come un'imposizione, invece l'ordinamento giuridico dovrebbe avere una determinazione progressiva.

Von Savigny opera una difesa del diritto romano: riteneva che il diritto romano giustiniano sarebbe stata la base da adottare per un sistema giuridico nazionale, recuperando l'idea di diritto comune. Inoltre, secondo lui, il progresso dell'intero ordinamento giuridico dovrebbe avvenire attraverso la dottrina giuridica e non attraverso le imposizioni del legislatore. Questa posizione di mantenimento dello status quo finisce per prevalere ma soltanto nel breve termine, ritardando la codificazione.

Le idee di Thibaut non scompaiono e la sua idea di creazione di un sistema giuridico unitario fondato su un codice scritto permane, fino alla creazione del BGB.

La differenza tra il modello offerto dai francesi e quello offerto dai tedeschi è che nel BGB troviamo l'introduzione di categorie astratte tra cui quella del negozio giuridico, fondamentale per la costruzione degli ordinamenti di civil law e che finirà per influenzare i successivi codici, tra cui quello italiano del 1942. Nella categoria del negozio giuridico sono comprese tutte le dichiarazioni di volontà volte ad iniziare, proseguire o estinguere un rapporto giuridico.

Dopo la codificazione francese si hanno conseguenze anche nelle università. Si opera una distinzione tra gli aspetti storici del diritto e quello che è il diritto applicato, cioè il diritto civile, che disciplina i rapporti tra i privati. L'insegnamento di diritto civile viene sostituito dalla cattedra di Codice civile.

Prima esperienza codificatoria in Cile, con giuristi che hanno una formazione europea, come Bello nel 1875. Altra esperienza codificatoria nel 1871 in Argentina, il giurista di riferimento era Sarsfield. E poi in Brasile, nel 1916.

Napoleone viene considerato da molti come punto di riferimento, anche simbolico, aveva contribuito al superamento dell'Ancient regime e delle monarchie assolute. Ma accanto a chi dimostra maggiore entusiasmo per i movimenti liberali, c'è chi è ancora fedele alle monarchie assolute.

La prima costituzione antinapoleonica fa riferimento ad una monarchia ereditaria a cui è affidato il potere esecutivo; al sovrano vengono riconosciuti spazi anche negli altri ambiti.

Anche in questo caso viene individuata una soluzione di compromesso: l'art. 4 apre verso il riconoscimento ad alcuni diritti. Altro elemento che si recupera dal passato è quello del riconoscimento di una religione di stato (quella cattolica, art. 12).

Abbiamo il parlamento, un organo legislativo unicamerale composto dalle cortes. Con la costituzione di Cadice si vuole evitare che si crei un potere sotto il pieno controllo del sovrano. Esiste un supremo tribunale, previsto da questa costituzione, con un duplice compito. Ha le funzioni di una Corte costituzionale ed effettua un controllo di legittimità.

L'esperienza palermitana.

Altra esperienza costituzionale antinapoleonica è quella di Palermo. I vecchi sovrani da Napoli si spostano in Sicilia e sono costretti ad accettare il testo costituzionale. Qui abbiamo un organo legislativo composto da due camere, una camera dei comuni e una camera dei pari. Non c'è una dichiarazione dei diritti che introduce il testo costituzionale. Nessun potere di veto del sovrano sulle leggi emanate dal parlamento. Dopo la morte di Murat, il sovrano torna a Napoli e in qualche modo si dimentica della Sicilia.

Luigi XVIII viene restaurato come re, ma già nel 1814 si procede ad un sistema monarchico costituzionale: il potere del sovrano è limitato. Si prevede un parlamento bicamerale e si ha il recupero di una sovranità nazionale. Troviamo alcuni principi rivoluzionari, tra cui l'uguaglianza dei cittadini davanti alla legge, il riferimento alla proprietà privata.

Durante gli anni successivi al congresso di Vienna viene recuperata anche l'esperienza codificatoria napoleonica, che continua ad influenzare la legislazione francese. In Spagna abbiamo un tentativo quasi realizzato della restaurazione della monarchia borbonica, con Ferdinando VII. Così torna ad un sistema di monarchia assoluta con la repressione di aspirazioni che richiamano ai principi della rivoluzione.

Lo Statuto Albertino

Lo Statuto Albertino è il primo testo costituzionale italiano. A partire dalla costituzione concessa al regno di Sardegna, essa si estende poi su tutto il territorio dal 1861 fino al 1948, data di entrata in vigore della costituzione repubblicana. Ha attraversato decenni particolarmente importanti e diversi, nel 1848 la denominazione che viene attribuita a questa Carta costituzionale è "statuto", indicando una differenza rispetto ai modelli principali, le costituzioni francesi.

Le caratteristiche più importanti della costituzione francese del 1830

Essa viene pubblicata a seguito di un sommovimento popolare nei confronti del sovrano Carlo X, che aveva tendenze assolutistiche. A seguito della rimozione di Carlo X verrà chiamato a governare Luigi Filippo D'Orleans. Si diffonde un principio, caratteristico delle costituzioni più mature, secondo cui il sovrano "regna ma non governa" (tipico delle monarchie del '900); questo tipo di potere può essere equiparato al ruolo del Presidente della Repubblica nel nostro ordinamento.

- Questa costituzione presenta l'idea di sovranità popolare.
- È inoltre previsto, nella prospettiva di una limitazione dei poteri del sovrano, un forte ruolo del parlamento, laddove il potere legislativo è ancora diviso tra il sovrano e le camere del parlamento.
- I ministri sono responsabili davanti alle camere (che ritroveremo nello Statuto Albertino) e non davanti al sovrano, che pure ha la possibilità di scegliere i propri ministri.
- Riconoscimento di alcune libertà civili: se le costituzioni ottriate abbandonano l'idea di una carta dei diritti fondamentali, contengono comunque al loro interno una serie di diritti fondamentali (nello Statuto Albertino solo 9 articoli dedicati a questo tema e scomparirà qualsiasi menzione ai diritti innati).
- Fine del diritto divino, nonostante nello Statuto Albertino ci saranno continui riferimenti a Dio, vista la vicinanza dei Savoia alla religione.

Dunque, la costituzione francese del 1830 avrà un grande impatto sullo Statuto Albertino.

I Savoia sono molto cauti a possibili aperture, soprattutto di fronte alla possibilità di votare un testo costituzionale poiché ciò avrebbe significato togliere potere al sovrano. Siccome il clima politico generale è quello di una forte richiesta, il sovrano è costretto ad assumere una serie di provvedimenti di carattere generale. Una delle richieste più forti, specie in ambito intellettuale, era quella della libertà di stampa e il venir meno della censura.

Viene creata una **corte di revisione**, con funzioni corrispondenti alla Corte di cassazione francese. Viene creato anche un **Consiglio di Stato**, composto da soggetti scelti dallo stesso sovrano per svolgere funzioni di consulenza. La novità che riguarda quest'organo è la presenza di soggetti che vengono eletti a livello territoriale. Pochi mesi prima della concessione dello Statuto Albertino, nel 1847, si era determinata nel regno di Sardegna la cosiddetta **fusione perfetta**: lo stato sabaudo accentra il potere nelle mani dei sovrani. Nel 1848 alcuni moti investono i territori dello Stato Sabaudo: continuano richieste di maggiori spazi di libertà e di una Carta costituzionale, specie a Torino e Genova.

Il sovrano si rende conto che l'alternativa ad una Carta costituzionale sarebbe una perdita totale dei suoi poteri, come stava accadendo in Francia, dove nel 1848 cade la monarchia e verrà instaurata una seconda repubblica (seguita dal II impero e da una II repubblica).

La paura di Carlo Alberto era che in Italia potesse accadere la stessa cosa. Viene così emanata la promessa di una Carta costituzionale, al fine di interrompere i moti.

Proclama del giorno 8 febbraio 1848:

- Atteggiamento paternalistico del sovrano nei confronti dei sudditi
- Riferimento alla religione
- Principio di tolleranza

L'art. 1 verrà poi riportato nello Statuto Albertino "*la religione Cattolica, Apostolica e Romana è l'unica Religione dello Stato. Gli altri culti ora esistenti sono tollerati conformemente alle leggi*".

Viene introdotto un principio di tolleranza, ma la religione cattolica diventa la religione ufficiale dello stato. Nonostante i rapporti tra la santa sede e il regno d'Italia/regno di Sardegna saranno tesi (il papa si considera

prigioniero in Vaticano). Si inserisce in questo contesto il *non expedit* di Pio IX, e sarà sostenuto dal suo successore Leone XIII. Esistevano delle leggi speciali che offrivano forme di tutela minima (valdesi e ebrei).

Art. 2: *“La persona del Re è sacra e inviolabile. I suoi Ministri sono responsabili”*. Troviamo il principio della sacralità che coinvolge la persona del sovrano. Questo principio è stato inserito all’interno dello Statuto Albertino, oggi è ripreso all’art. 276 del Codice penale.

Previsione di una responsabilità dei ministri, che però non viene specificata.

Il fatto che queste norme siano molto generiche è uno degli elementi che ha consentito la flessibilità e la durata dello statuto.

Art. 3: *“Al Re solo appartiene il potere esecutivo. Egli è il Capo Supremo dello Stato. Egli comanda tutte le forze di terra e di mare: Dichiarare la guerra: fa i trattati di pace, d'alleanza e di commercio: nomina a tutti gli impieghi e dà tutti gli ordini necessari per l'esecuzione delle leggi, senza sospenderne o dispensarne l'osservanza”*.

Questo principio è poi ripreso dall’articolo 5 dello statuto. Anche qui abbiamo un potere del sovrano limitato, ma comunque forte. Attribuisce validità costituzionale alle leggi e le comunica.

L’art. 6 è riferito al potere legislativo del sovrano. Si preannuncia un sistema bicamerale (poi formato da senato e Camera dei deputati). Solo la Camera dei deputati sarà elettiva.

Art. 11: *“La stampa sarà libera, ma soggetta a leggi repressive”*. Enucleazione di alcuni diritti minimi, ma in maniera molto generale.

Il modello che verrà seguito nella promulgazione della costituzione, pubblicata il 4 marzo 1848, riprende le basi del proclama stesso senza particolari mutamenti. Documento perpetuo, irrevocabile, è una costituzione chiaramente concessa dal sovrano.

Lo Statuto Albertino si apre con la descrizione della figura del sovrano, per sottolineare che essa rimane la figura apicale e che la costituzione è stata concessa dal sovrano. Non è preceduta da una dichiarazione dei diritti e doveri ma essi ricompaiono compattati in 9 articoli, dall’articolo 24 all’articolo 32.

Art. 24: *“Tutti i regnicoli, qualunque sia il loro titolo o grado, sono eguali dinanzi alla legge. Tutti godono egualmente i diritti civili e politici, e sono ammissibili alle cariche civili, e militari, salve le eccezioni determinate dalle Leggi.”*

Per “tutti” in realtà si intende solamente metà del ceto, poiché il genere femminile era escluso. Anche qui emerge una particolare attenzione del sovrano alla religione.

Art. 32: *“È riconosciuto il diritto di adunarsi pacificamente e senz'armi, uniformandosi alle leggi che possono regolarne l'esercizio nell'interesse della cosa pubblica. Questa disposizione non è applicabile alle adunanze in luoghi pubblici, od aperti al pubblico, i quali rimangono intieramente soggetti alle leggi di polizia.”*

Il senato è composto da membri nominati dal re, si tratta di una carica vitalizia.

C’è una clausola di apertura, rappresentata dal punto 20, secondo cui possono essere sveltiti dal sovrano anche *coloro che con servizi o meriti eminenti avranno illustrata la Patria*.

A partire dall’art. 33 abbiamo la strutturazione costituzionale:

- Il senato è costituito da membri nominati dal re con carica vitalizia: segue un elenco di possibili soggetti che possono essere nominati dal sovrano e una clausola di apertura, la quale prevede che tutti coloro che avranno illustrato la patria potranno essere senatori;
- I deputati rappresentano la nazione, divieto di mandati imperativi;

- Il sovrano nomina i suoi ministri.

Si ha un totale di 83 articoli.

Il sovrano continua a detenere la direzione politica e amministrativa del Regno, con una serie di declinazioni rispetto all'esercizio di questo potere: nomina e revoca ministri che rispondono direttamente al sovrano. Non esiste un Consiglio dei ministri, ma nel corso del tempo, con l'emergere di personalità come Cavour, si tenderà ad attribuire sempre maggiore rilevanza alla figura del presidente del Consiglio dei ministri.

Sarà poi Mussolini con le leggi fascistissime a delineare i poteri del presidente del Consiglio dei ministri.

Il re è il capo delle forze militari, nomina i vari capi e comandanti; svolge la funzione diplomatica, ha il potere di veto sospensivo rispetto alle leggi emanate dal parlamento, potere di sciogliere la Camera dei deputati, possibilità di emanare regolamenti, decreti, nomina dei funzionari pubblici. La tendenza, tuttavia, sarà quella di garantire sempre maggior spazio al governo.

Luigi Rossi, 1939, elaboro la concezione dell'elasticità dello Statuto Albertino.

Si tratta di una Costituzione **flessibile**: da un punto di vista formale può essere equiparata ad una legge ordinaria dello stato; ciò significa che non c'era bisogno di un procedimento aggravato per la modifica.

Inoltre, è definita una costituzione **elastica**: a prescindere dal testo delle norme contenute al suo interno, l'interpretazione consente di adeguare il testo costituzionale alle varie esigenze che sorgono nel tempo.

Per cui l'art.5 sarà lo stesso articolo in vigore sia negli anni di Cavour che negli anni di Mussolini, anni in cui la legge fascistissima non è considerata in contrasto con la costituzione. La figura del sovrano con il tempo perderà sempre più autorità dinanzi alla figura del presidente del consiglio.

Nel Regno di Sardegna troviamo:

- Foro ecclesiastico: esistenza di una giurisdizione ecclesiastica destinata a disciplinare i rapporti tra ecclesiastici. I membri del clero erano sottratti alla giurisdizione dei tribunali ordinari, per loro funzionava solo il tribunale ecclesiastico, anche in materia civile e penale.
- Immunità ecclesiastica: nessun controllo da parte dello stato. Le autorità civili non potevano accedere nei luoghi di proprietà della Chiesa; il clero era esente dall'obbligo di leva. Vi erano una serie di ulteriori privilegi, tra cui la possibilità di ricevere l'eredità senza l'applicazione di una tassazione.

Inoltre, l'istruzione era sottoposta al controllo della Chiesa. Il matrimonio continuava ad essere percepito come un istituto proprio del diritto canonico.

Questi privilegi portano ad una reazione contraria durante i moti popolari che durarono fino al 1848. Le prime riforme anticlericali le abbiamo a partire dal 1850, le più famose sono le Leggi Siccardi. Con questa legge si aveva l'abolizione del foro ecclesiastico e si arriverà ad una legislazione che vedrà soppressi gli organi religiosi con la conseguente confisca dei loro beni.

Con questa prima crisi il parlamento riesce ad imporsi sul sovrano e sulla camera di nomina regia. E si badi che la lettera dello statuto è sempre la stessa.

Potere affidato al sovrano:

Art. 5. - Al Re solo appartiene il potere esecutivo. Egli è il Capo Supremo dello Stato: comanda tutte le forze di terra e di mare; dichiara la guerra: fa i trattati di pace, d'alleanza, di commercio ed altri, dandone notizia alle Camere tosto che l'interesse e la sicurezza dello Stato il permettano, ed unendovi le comunicazioni opportune. I trattati che importassero un onere alle finanze, o variazione di territorio dello Stato, non avranno effetto se non dopo ottenuto l'assenso delle Camere.

Nella seconda parte dell'articolo, è stabilito che in caso di trattati di pace e accordi che prevedano oneri finanziari e mutamenti territoriali dello stato, le decisioni del sovrano devono passare per la camera. Al sovrano

vengono riconosciuti dei poteri non solo nel contesto del potere esecutivo, ma anche di quello legislativo e giudiziario,

- Il potere legislativo è esercitato insieme ad un parlamento bicamerale composto da una camera elettiva e il senato, camera di nomina regia in cui troviamo i soggetti indicati dall'art. 33 (n20) dello Statuto Albertino.
- Assieme al potere di sanzione c'è il potere di promulgare le leggi - Il potere di sanzione ha fatto ritenere la corona come una "terza camera".
- Altro potere è quello di sciogliere le camere: il sovrano può sciogliere la Camera dei deputati.

Monarchia costituzionale pura: il potere esecutivo è attribuito al sovrano che sceglie i suoi ministri, per cui possiamo parlare di un vero e proprio governo del re; la conseguenza è che il governo è subordinato al re, in particolare il presidente del consiglio, figura che sorgerà nella prassi costituzionale.

Questo governo è legato ad un rapporto di fiducia, che non dovrà più sussistere rispetto al sovrano ma rispetto al parlamento.

A partire dai governi di Cavour, i governi che si formano passano attraverso una fiducia della Camera dei deputati. Per cui si passa da una monarchia costituzionale pura, ad una monarchia parlamentare, in cui abbiamo un maggior ruolo delle assemblee rappresentative.

La figura del presidente del consiglio non è disciplinata dallo statuto, per cui nella prassi costituzionale il sovrano individua il presidente del consiglio nella figura del capo della maggioranza.

L'emergere di questa figura particolarmente forte rafforza la posizione del governo.

Per il senato non era previsto un numero fisso di membri. Il senato viene concepito come una camera di riflessione politica, almeno in linea teorica. Il senato del regno aveva sede a palazzo Madama a Torino, mentre la camera aveva sede nel palazzo Carignano.

Ad un certo punto accadono eventi che mettono in evidenza le carenze di quest'ordinamento costituzionale.

Il regno di Sardegna si contrappone agli austriaci, ci sono dei movimenti di liberazione che partono da territori della Lombardia e del Veneto. I ministri che risiedono nel regno di Sardegna riescono ad accordarsi con i francesi, contro gli austriaci. Il regno di Sardegna perde la battaglia di Novara. Il sovrano Carlo Alberto decide di abdicare in favore di suo figlio Vittorio Emanuele II, decide di andare in esilio in Portogallo (lo stesso luogo in cui andrà in esilio Umberto II, l'ultimo sovrano italiano).

Questo suscita la reazione del parlamento, in particolare della Camera dei deputati proprio sulla base dell'art. 5. A questo punto il sovrano decide di assumere una decisione drastica: sciogliere la Camera dei deputati (1849). Inoltre, cercò di convincere la parte della popolazione votante di individuare dei deputati in linea con la sua volontà; decide di entrare personalmente in politica facendo una campagna di sensibilizzazione rispetto all'esigenza di una nuova formazione della Camera dei deputati. Lo fa attraverso un **reclama**, in cui minaccia dicendo che se non si fosse votato, ci sarebbe stato in gioco lo Statuto Albertino e il conseguente ritorno all'assolutismo. Questo primo proclama non ha grande successo, a causa della scarsa affluenza alle urne.

Anzi, le nuove elezioni vedono una scarsa partecipazione proprio dei moderati, coloro sui quali il re puntava, mentre una larga partecipazione venne segnata proprio dai democratici. La conseguenza è che il sovrano si trova con una nuova Camera dei deputati molto più democratica.

Vittorio Emanuele II decide nuovamente di scioglierla, esercitando il potere di intervenire nel processo legislativo attribuitigli dallo Statuto Albertino. Massimo D'Azeglio suggerisce al sovrano di proseguire in questo modo e di proseguire con un nuovo proclama. Le elezioni si tengono il 9 dicembre 1849, il 64% degli aventi diritto

si presentò alle elezioni dando un risultato che ha portato alla ratifica del trattato di pace e alle scelte politiche del governo, superando la crisi.

In questi primi anni di vigenza dello Statuto Albertino, siamo in presenza di tentativi di riportare ad equilibri vari poteri.

Nella **crisi Calabiana del 1855** la situazione è opposta: il sovrano non riuscirà ad imporsi e la Camera dei deputati avrà la meglio con la legislazione anti-ecclesiastica. Il passaggio successivo è la costruzione di una nuova entità statale, che potrà iniziare ad essere chiamata Italia, sia dal punto di vista politico che territoriale.

Quando vengono proposte le leggi del 1855 si apre un dibattito, in cui vediamo due schieramenti: da un lato c'era il senato, che si oppone: l'arcivescovo Calabiana porta avanti il movimento di resistenza (crisi di Calabiana). Dall'altro lato un forte governo favorevole all'approvazione di queste leggi, che avrebbe anche i numeri in parlamento per poterli approvare. Ad un certo punto Cavour decide di dimettersi, il sovrano così si trova in difficoltà ed è costretto a richiamarlo al governo, e le Leggi del 1855 vengono approvate. A ciò seguirà la scomunica del Papa di tutti loro, anche se in punto di morte, inviando un sacerdote, ha riabilitato Vittorio Emanuele II.

Gli altri territori italiani non godono di un forte appoggio da parte delle grandi potenze europee, e al loro interno non erano riusciti a costruire ordinamenti costituzionali che avessero forza attrattiva.

Questo porta ad una nuova concezione: l'idea di un'unificazione italiana passerebbe attraverso l'idea che il popolo italiano voglia autodeterminarsi - concetto di autodeterminazione dei popoli che possono superare un certo ordinamento. Questo movimento non vedrà conquiste militari vere e proprie, le *debellatio*, ma viene utilizzato il **plebiscito**: i plebisciti sono dei quesiti posti alle popolazioni locali, alle quali venne chiesto di scegliere tra monarchia costituzionale o regno separato. Votano all'annessione di questa nuova entità guidata da Vittorio Emanuele II.

Alla base di questi quesiti c'è proprio il principio di autodeterminazione dei popoli, e la volontà degli stessi di unirsi e legittimare il processo di unificazione, che viene poi presentato anche all'estero come "popolarmente fondato". Lo strumento plebiscitario avrebbe evitato situazioni belliche. I sovrani che regnavano nella penisola si trovano davanti ad una popolazione stanca dei sistemi con tendenze assolute particolarmente forti; molti sovrani fuggono in altre località non riconoscendo la validità dei plebisciti. Papa Pio IX si opporrà a qualsiasi tentativo di plebiscito all'interno dello stato del Vaticano, proprio perché li vedeva come una violazione.

La Gran Bretagna non vuole intervenire militarmente ma vede con favore questo movimento di unificazione. La Russia e la Prussia sono lontane dalla politica italiana.

C'è stato un unico caso di *debellatio* nel 1870 nella città di Roma, con la **Breccia di Porta Pia**. L'esercito italiano entra nella città di Roma, che è destinata a diventare capitale del nuovo Regno di Italia. La questione romana: aperto contrasto tra Regno d'Italia e Stato del Vaticano, viene risolta solo nel 1929.

PROPRIETÀ E MODERNITÀ GIURIDICA

"La proprietà provata deve essere abolita, limitata, corretta, estesa, caso per caso, non dogmaticamente in linea di principio". In questa frase pronunciata da Giorgia Meloni, facente riferimento al manifesto di Ventotene, possiamo trovare un parallelismo con l'art. 42 della nostra Costituzione. La proprietà è uno degli elementi fondamentali attorno ai quali ruota la modernità giuridica.

Uno degli elementi fondamentali nel passaggio tra medioevo e modernità è l'emersione dell'individualismo dei diritti. Il giusnaturalismo può essere considerato un movimento filosofico e teorico, che per primo concepisce e definisce i diritti come diritti individuali.

Proprietà e diritto naturale per Locke

Grazie ai due pilastri teorici del giusnaturalismo, lo stato di natura e il contratto sociale, si riesce ad immaginare che tutti gli uomini nascano uguali, al di fuori di qualsiasi appartenenza sociale. Tutti gli individui nascono liberi e con dei diritti naturali, tra cui il diritto alla vita, ma in particolare nella teoria Lockiana è emblematico il fatto che tra questi diritti naturali c'è anche la proprietà, che si pone come fondamento dello stato di natura di Locke. Questo stato di natura è pacifico, gli uomini hanno il diritto alla vita che li porta ad essere rispettosi nei confronti altrui, percependo la vita e la proprietà altrui come un limite – al contrario dello stato di natura di Hobbes.

Nel capitolo 5 del secondo trattato sul governo Locke si impegna a dimostrare che esiste un diritto naturale alla proprietà. In natura le cose sono a disposizione di tutti, quindi come faccio a stabilire di chi sono?

Ogni uomo è proprietario di sé stesso e nessun altro ha il diritto sul suo corpo se non sé stesso e nel momento in cui si compie un "lavoro" su un altro oggetto, si esercita la proprietà, esso stesso diviene di proprietà dell'uomo. È un modo per Locke per giustificare e per attribuire alla proprietà e alla ricchezza anche una connotazione morale, perché secondo questa teoria l'uomo intraprendente è l'uomo buono, capace, che accumula ricchezza. Gli uomini, però non possono accumulare beni in tale misura da sottrarli agli altri, ma potrebbe scambiarli con beni che non periscono, utili ad accumulare ricchezza (la moneta).

La tutela di questo diritto di proprietà è, in fondo, la vera ragione che spinge gli uomini ad uscire dallo stato di natura. Per cui creiamo un governo che ha il compito di garantire i nostri diritti individuali e naturali, quindi, garantire la nostra libertà e la proprietà - Locke concepisce il potere politico come un potere che nasce dal basso. Nel momento in cui il governo viene meno a questo mandato, i sudditi hanno il diritto di opporsi al governo, che così facendo diventa tiranno (diritto di resistenza, si pensi ai coloni americani e al motto no taxation without representation").

La dichiarazione di indipendenza americana sembra proprio scritta da John Locke, poiché la centralità della proprietà è ben chiara.

Proprietario e ricchezza: Max Weber

Questo rapporto tra soggetto proprietario e ricchezza viene messo in luce con un saggio del 1905 scritto da Max Weber, "Etica protestante e spirito del capitalismo".

Weber dice che è vero che la Chiesa romana è una comunità oppressiva per quanto riguarda la libertà dell'individuo, ma era anche una realtà che garantiva delle certezze. Ma come fa il fedele a sapere che si salverà?

- Acesi mistica: preghiera;
- Acesi intramondana: si realizza nella vita quotidiana, il successo nel lavoro (dottrina della predestinazione calvinista). Questo porta il fedele protestante a voler essere intraprendente e voler accumulare ricchezza.

Questo porta allo sviluppo del capitalismo.

Proprietà privata nella Francia Rivoluzionaria

D'altra parte, c'è anche la Rivoluzione francese, nella quale la proprietà e lo sviluppo del capitalismo non hanno meno importanza. I nobili sono rappresentanti di un'economia di privilegio, che ostacola lo sviluppo della ricchezza per la borghesia.

Il fatto che ci sia un diritto molto spesso incerto, con fonti che si riferiscono a ceti e a realtà diverse - c'era difficoltà a sapere in che modo venissero regolati i rapporti dei cittadini nelle varie zone della Francia - porta alla necessità di una certezza del diritto.

Altro elemento fondamentale che ha origini in Francia e che finirà per coinvolgere tutta la realtà occidentale è il *laissez faire*: il mito vuole che esso nasca nel 1600 quando il ministro di uno dei sovrani chiede ai mercanti cosa il sovrano possa fare per loro, ed uno di loro risponde "*laissez faire, laissez passer*". -> Una volta stabilito l'ordine lo stato deve interferire il meno possibile.

Il V emendamento replica un concetto già presente nella tradizione inglese: l'idea del due process of law. Diventa lo strumento sul quale fondare la tutela del diritto proprietario nei confronti delle interferenze del governo, un diritto sempre tutelabile da parte del suo titolare. La sentenza più significativa è *Wilkinson v. Leland* (1829) in cui si dice che la proprietà privata deve essere considerata sacra.

La proprietà sacra emerge anche nella **Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino** del 1789: l'articolo 2 elenca questi diritti che sono la libertà, la proprietà e la resistenza all'oppressione. Nell'art. 17 la proprietà viene definita "*un diritto inviolabile e sacro*".

Questo articolo, così come il V emendamento che precisa che "*la proprietà privata non può essere presa per un uso pubblico senza un giusto compenso*", dice che, quando "*la necessità pubblica, legalmente constatata, lo esiga in maniera evidente, e previo un giusto e preventivo indennizzo*"

Con la Rivoluzione francese, quindi non conta più essere un'associazione (Legge Le Chapelier 1791 le abolisce), si evidenzia l'importanza assunta dall'individualismo e monismo. L'800 è definito il secolo della codificazione - i codici sono definiti la vera costituzione di quel periodo poiché contengono le regole di convivenza degli individui.

Il Code Napoleon definisce la proprietà come "*il diritto di godere e disporre delle cose nella maniera più assoluta*" (art. 544).

La proprietà ottocentesca può anche essere definita come "assolutezza". La concezione medievale della proprietà si distanzia molto da quella romanistica perché il *dominium* romano è il diritto del *cives*, del soggetto, alla proprietà assoluta; mentre nel medioevo cambia il rapporto tra soggetti e cose. Centrale nel medioevo è il rapporto produttivo che il soggetto ha con il bene, il quale ha bisogno di una tutela giuridica. Il soggetto che intrattiene il rapporto con il bene non è il *dominus*, il proprietario: dunque l'esigenza del giurista medievale è trovare una tutela giuridica anche per chi ha rapporto diretto con la terra.

Il bene viene scisso in due parti:

- una *substantia iuris*: la *substantia* è di proprietà di un soggetto, solitamente il signore, l'intestatario formale di un bene;
- l'*utilitas*: è un *dominium utilis*, una proprietà utile in capo a chi lavora la terra, ma non si tratta di una comproprietà.

Il nemico della codificazione francese è il dominio diviso, poiché l'obiettivo era quello di creare un concetto unitario di proprietà.

Proprietà in altri stati

Nella concezione tedesca, la proprietà è elastica: può comprimersi, ad esempio con il diritto reale di godimento, ma quando quest'ultimo viene meno la proprietà rimane la stessa – concezione diversa da quella francese. Il codice ABGB austriaco del 1811 è molto più conservatore di quello francese, definisce il diritto di proprietà esattamente come il dominio diviso: ci può essere un proprietario utile e un proprietario diretto, due soggetti che esercitano il diritto di proprietà. Inoltre, stabilisce che si può essere proprietari sia di *res corporales* che *res non corporales*.

Il Codice civile del regno d'Italia (1865) è originale. L'art. 436 riprende l'art 544 del codice francese. È modellato sull'esempio francese, ma al suo interno presenta anche delle differenze.

La consacrazione della teoria del modello individualistico

La pandettistica: scuola giuridica tedesca che esalta il ruolo della scienza giuridica, dei giuristi, e da qui il richiamo al diritto romano come il diritto di produzione eminentemente teorico-scientifica. La volontà comune è quella di costruire un sistema giuridico fatto di concetti. Obiettivo della pandettistica è creare disposizione astratte e generali applicabili ad ogni contesto, non caratterizzate da concretezza, un diritto che possa essere applicabile nel tempo.

Anche in Germania si arriva alla consapevolezza di una necessità di una codificazione, per cui i pandettisti si prestano all'elaborazione di un codice, che avrebbe dovuto essere un'opera contenente strumenti giuridici quanto più formali e astratti. Infatti, i primi progetti di codici non vanno a buon fine per l'eccessiva astrattezza, ma alla fine si arriva al BGB, che risente molto della pandettistica: include concetti ancora presenti nella civilistica contemporanea, tra cui il negozio giuridico e le obbligazioni.

Il BGB risente anche delle critiche rivolte ai progetti non andati a buon fine: da un lato una critica germanista mossa da Otto Von Gierke, con la quale si contesta l'eccessiva astrattezza del BGB; egli contesta che nel codice debba emergere la rilevanza delle persone giuridiche, delle comunità, che verranno poi disciplinate dal codice tedesco. C'è anche un altro versante di critica all'astrattezza del codice, la critica socialista di Anton Menger, un giurista non rivoluzionario ma attento alle questioni sociali di fine 800, che critica l'eccessiva astrattezza del codice, e che porta al riconoscimento di alcune modifiche definite da alcuni storici come "gocce di olio sociale colate all'interno dell'astratto modello della pandettistica". Quindi il codice risente molto dell'influenza della scienza giuridica, ma risente anche delle prime critiche al modello individualistico ottocentesco.

La pandettistica serve anche a comprendere la definizione di proprietà come sintesi di potere. C'è una forte critica dei pandettisti alla concezione francese di proprietà: non è una concezione pienamente moderna, che si collega ad una concezione medievale di proprietà che si compone di più facoltà. Ma la proprietà piena ed assoluta è una sintesi di poteri che non può essere scomposta in più facoltà. La proprietà può essere compressa, ma tale operazione non muta la natura della proprietà.

La scuola del diritto pubblico

La scienza giuridica tedesca ha un forte impatto anche sull'altra metà dell'ordinamento moderno. Si vuole arrivare alla formulazione di un diritto pubblico che sia davvero giuridico, poiché fino a questo momento è definito come un diritto politico, condizionato dai fatti.

Si tenta un approccio diverso, di importare al diritto pubblico le stesse categorie e lo stesso strumentari utilizzato per il diritto civile: si cerca di costruire un diritto pubblico astratto. Si inizia ad utilizzare la terminologia privatistica anche nel diritto pubblico, e questo tentativo viene avanzato dalla “Scuola del diritto pubblico”, fondata da Friedrich von Gerber, fondata anche in Italia da Vittorio Emanuele Orlando – uno dei più grandi teorici del diritto pubblico, protagonista anche del regime fascista.

Egli inaugura la storia del diritto italiano con una prolusione nel 1898, un discorso inaugurale che si teneva all’inizio dell’anno accademico, in cui in professore trattava un tema a sua scelta: egli parla dei *criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*.

Formula una teoria del diritto pubblico e della statualità riassumibile in tre punti principali:

1. **Rifiuto del contrattualismo** -> rifiuto di quella concezione che vuole lo stato come frutto dell’accordo dei consociati. La concezione dello stato liberale italo-tedesca sostiene che uno stato frutto della volontà dei cittadini è uno stato debole; dunque, è pericoloso concepire lo stato in questo modo poiché così come i cittadini hanno potuto volerlo, così possono distruggerlo.

Quindi, qual è l’origine dello Stato? Orlando risponde affermando che lo stato trova il proprio fondamento nella storia; dunque, è il frutto di un processo storico progrediente ed è inscalfibile da parte degli individui.

Gli individui, per sentirsi realizzati, necessitano di un contratto sociale e quindi di un potere volto alla loro garanzia.

Per cui, se sparisce il contrattualismo, qual è il fondamento dei diritti nella visione di Orlando? I diritti trovano un fondamento giuspositivistico, sono frutto della mera autolimitazione dello stato: tutti i diritti spettano allo stato il quale decide autonomamente di autolimitarsi e concedere ai cittadini specifici diritti e libertà.

Quale garanzia hanno i cittadini di fronte ad un possibile arbitrio dello Stato? Orlando risponde che c’è una forte garanzia dei diritti, perché gli stessi diritti sono il risultato di un processo storico che ha portato lo stato a riconoscere libertà in capo agli individui, e che una volta sanciti non possono più essere proibiti, lo stato non può tornare indietro.

2. **Storicismo: storia come fondamento dello stato e garanzia dei diritti**
3. **Teoria dell’autolimitazione dello Stato.**

Proprietà e cittadinanza nell’800

Nell’800 la proprietà costituisce anche elemento fondamentale di cittadinanza: si può osi concludere che nell’800 “sono cittadini solamente coloro che sono proprietari”, in particolare riferimento alla rappresentanza politica: bisogna essere cittadini proprietari per poter partecipare all’elettorato attivo e passivo.

Già nello stato del 1848 si poteva perché pure ciò, in quando l’unico riferimento che c’è è il fatto che la carica di senatore e deputato può essere svolta solo da chi possiede.

Orlando, nel 1895 dice: “l’elezione politica non è, dunque, altra cosa che una designazione di capacità”. Il soggetto sceglie in base a chi ritiene più capace a guidare lo Stato.

“L’esclusione dal diritto di voto presuppone sempre una ragione di incapacità, sia generale (minori, interdetti ecc.) sia speciale, cioè relativa a quel diritto (donne, analfabeti, e nel paese a suffragio ristretto, i non abbienti”.

Il discorso della capacità si ribalta anche sull’esclusione da certe categorie di coloro che non hanno un censo minimo, e di categorie che sono per loro natura incapaci: interdetti, inabilitati e le donne. Questa incapacità non è una contraddizione sancita dal modello individualistico di uguaglianza, ma è un elemento perfettamente coerente con quella concezione del diritto.

Il curioso caso del V emendamento

L'esempio più eclatante di questa volontà, anche della corte suprema, del riconoscimento della cittadinanza sulla base della proprietà deriva da un caso del 1856, *Dred Scott v. Sandford*, con cui sancisce il concetto del due process: uno schiavo richiedeva il riconoscimento della propria libertà in quanto era stato trasportato in giro per gli Stati Uniti dal proprio padrone ed aveva risieduto in stati in cui la schiavitù era vietata.

Missouri compromise, 1819: ammesso come nuovo stato federale, ma schiavista, rompendo la distinzione tra stato schiavisti e free states. Inoltre, sancisce la creazione del Maine, uno stato che nasce dal Massachusetts, che è free.

La corte decide che *Dred Scott* non avrebbe nemmeno potuto essere considerato un cittadino degli Stati Uniti, non aveva diritto "to stand in a court" (riconosciuto solo ai cittadini). Gli schiavi non sono cittadini poiché ogni riferimento alla schiavitù, seppur nascosto, afferma che ogni afro-discendente non poteva essere considerato cittadino, per cui la corte si sarebbe potuta fermare lì. Ma la corte va oltre: il divieto di schiavitù in alcuni stati è incostituzionale in ragione del V emendamento; il governo federale non può interferire con la proprietà, dunque impedire ai cittadini di detenere la proprietà degli schiavi.

Construction emendaments: il XIII emendamenti che sanciscono l'abolizione della schiavitù (XIII); il XIV è quello più importante perché fa esplicita menzione all'uguaglianza per la prima volta. Inoltre ripropone il V emendamento: "*nor shall any State deprive any person of life, liberty or property, without the due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws*".

Il XIV emendamento viene ben presto interpretato dalla corte suprema in maniera distorsiva, portando così ad un ribaltamento che ci porta a legare la tutela degli ordinamenti liberali nei confronti unicamente dei diritti proprietari. Per cui, viene utilizzato dalla corte per tutelare solo la "liberty of contract", riprendendo il principio "laissez faire", per affermare in maniera estrema il principio della non interferenza dei pubblici poteri con l'attività economica.

Allgeyer v. Louisiana (1897)

«we think the statute is a violation of the Fourteenth Amendment of the federal Constitution in that it deprives the defendants of their liberty without due process of law. The statute which forbids such act does not become due process of law, because it is inconsistent with the provisions of the Constitution of the Union. The "liberty" mentioned in that amendment means not only the right of the citizen to be free from the mere physical restraint of his person, as by incarceration, but the term is deemed to embrace the right of the citizen to be free in the enjoyment of all his faculties, to be free to use them in all lawful ways, to live and work where he will, to earn his livelihood by any lawful calling, to pursue any livelihood or avocation, and for that purpose to enter into all contracts which may be proper, necessary, and essential to his carrying out to a successful conclusion the purposes above mentioned»

Non tutela la cittadinanza dal punto di vista dell'uguaglianza sostanziale - anzi *Plessy v. Ferguson* nel 1896 aveva appena sancito il principio "separate but equals" - ma tutela la "liberty of contract", portando nuovamente ad una cittadinanza proprietaria.

Il principio *separate but equal* riguarda le differenze naturali tra le due razze che il legislatore non può cambiare, per cui non si tratterebbe di discriminazione ma di offrire servizi diversi.

L'industrializzazione e il diritto

Ci sono degli elementi che cominciano ad incrinare il modello individualista ottocentesco, tra questi l'industrializzazione, che impatta fortemente sulla visione socioeconomica della società e sulla concezione dell'ordinamento giuridico assieme alla concezione di stato monoclasse.

L'industrializzazione porta degli elementi pluralistici; trasforma la realtà socioeconomica anche per la cultura giuridica che sottostà all'idea di proprietà individualistica. Con l'urbanizzazione iniziano ad esserci discrepanze tra il principio in base al quale i soggetti lavoratori lavorano a contatto, e sono indeboliti, per cui si uniscono per trovare

una rilevanza anche giuridica oltre che politica. Iniziano ad emergere forme aggregate, associazioni, che risultano strane all'ordinamento ma con cui quest'ultimo deve fare i conti.

In Italia, il primo esempio si ha con le associazioni di mutuo soccorso, con cui i lavoratori decisero di destinare una parte del proprio stipendio ai membri dell'associazione che ne avesse bisogno. Queste aggregazioni collettive sono pericolose per l'ordinamento, prime fra tutte le organizzazioni sindacali, che aggregano individui lavoratori attorno a tematiche delicate.

Sono tutti sintomi di una reazione della società di massa, che introduce nell'ordinamento una dimensione collettiva, organizzata e conflittuale. Lo sviluppo industriale è anche uno sviluppo giuridico, scientifico e filosofico. Il diritto deve essere il risultato dell'osservazione dei dati sociali.

La questione sociale e il Codice civile

Si iniziano a muovere critiche al Codice civile, in particolare alla disciplina del lavoro del codice del 1865, sicuramente non pensata per una realtà industriale. Il codice del 1865 riconduce il lavoro ad un contratto di locazione di opere (artt. 1627, 1628), per cui non esiste un contratto tipico di lavoro. Questa visione del lavoratore conduttore che affitta la propria forza lavoro ad un locatore (datore di lavoro) che la acquista in cambio di un canone (salario) è una concezione che non funziona in una realtà industriale, in cui non c'è nessuna qualità particolare richiesta al lavoratore, che di conseguenza non è in grado di imporre la sua forza contrattuale.

Nella realtà industriale la forza lavoro non può essere considerata una merce che si scambia. Art. 1628: *“Nessuno può obbligare la propria opera all'altrui servizio che a tempo, o per una determinata impresa”*, vuole impedire il ripresentarsi di forme di schiavitù e servitù della gleba. Con l'industrializzazione questa norma diventa un grosso limite, poiché impedisce la formulazione di quelli che oggi chiamiamo contratti di lavoro a tempo indeterminato; legittima al contempo il recesso dal contratto di locazione d'opera.

Inizia una riflessione da parte dei giuristi, che porta alla nozione di “abuso del diritto”: origina intorno al problema sollevato da quest'articolo, e si riferisce all'abuso di un diritto riconosciuto dall'ordinamento -in questo caso il diritto di recesso- che va a ledere alcuni interessi ugualmente meritevoli di tutela. Si iniziano ad elaborare soluzioni per contrastare l'abuso del diritto: c'è un obbligo di preavviso da dare in caso di recesso o un'indennità.

La questione sociale che l'industrializzazione porta alla luce riguarda anche lo stato, che deve fare i conti con la società di massa conflittuale e con alcuni versanti dell'ordinamento problematici, primo fra tutti gli infortuni sul lavoro, che vengono cambiati qualitativamente e quantitativamente.

Lo stato è costretto a venir meno al principio della non interferenza, per cui inizia ad interessarsi di lacune attività economiche. In Germania viene introdotto il modello assicurativo sulla volontà di Otto Bismark, che impone ai lavoratori di sottoscrivere assicurazioni a vario fine. Questo si differenzia dal modello universalistico. Gli infortuni sul lavoro sono un problema tecnico-giuridico, in quanto c'è il problema dell'imputabilità della colpa, del soggetto a cui spetta l'onere della prova e così via. Questo porterà allo sviluppo del concetto della responsabilità oggettiva.

Alle origini dello stato sociale

La legislazione sociale ottocentesca ha delle caratteristiche peculiari che fanno sì che possa essere considerata la prima tappa nella creazione dello stato sociale. È un'incrinatura del *laissez-faire* e della non interferenza tra pubblico e privato, ma:

- È una legislazione eccezionale e rimediatale: non ha pretesa di risolvere il problema in maniera organica, pone un freno ad alcuni problemi;
- È una legislazione conservatrice: serve a mitigare la povertà e il conflitto sociale anche e soprattutto per scongiurare così il rischio di rivoluzioni.

La legislazione ottocentesca serve a porre a scongiurare il più pericoloso rischio di rivoluzione e ribaltamento dell'ordine. Può essere considerata la base per gli stati sociali, impone un'accelerazione nell'organizzazione della burocrazia dello stato.

L'esperienza made in USA

Quanto già visto in relazione al XIV emendamento si verifica anche in merito alla legislazione sociale degli Stati Uniti. Nella seconda metà dell'800 si assiste alla crescita di movimenti populistici e progressisti e una resistenza delle corti vs. la legislazione sia statale che federale motivata 'in punta di diritto'.

Forte conflitto tra governo/legislatore e le corti, che si oppongono spesso alla legislazione sociale e al principio dell'*economic due process* e della *liberty of contracts*.

La sentenza di riferimento in questo conflitto è *Lochner v. New York* (1905), che fa da contenitore di una stagione della corte suprema che si oppone a interventi del legislatore in campo sociale (*Lochner* era prima degli anni 30). Questa sentenza riguarda una legge dello stato di New York che imponeva un limite massimo di ore lavorative (10 ore) nel settore dei forni. Era una norma che voleva tutelare i lavoratori e per capire la polemica occorre dire che gli stati avevano un proprio potere da esercitare, un *police power* (potere di polizia) che riguardava tre settori: *public health*, *public safety*, *morals*.

Questa legge era esercizio del *police power* da parte dello stato di New York? O non rientrava in esso? La corte afferma che in questo caso non c'è nessuna ragione evidente per interferire nel potere dello stato, poiché lavorare in questo settore tante ore non era ritenuto pericoloso. Inoltre, la corte dice apertamente che è impossibile chiudere gli occhi davanti al fatto che molte di queste leggi sono emanate per perseguire scopi di redistribuzione della ricchezza e uguaglianza sostanziale che né lo stato né la costituzione condividono.

La dissenting opinion di Holmes diventa il manifesto per la polemica progressivistica americana: egli accusa i colleghi giudici di *despotism*. Essi si stanno sostituendo alla maggioranza, in quanto le leggi sono espressioni della maggioranza popolare.

La costituzione non ha fini politici, e ritiene che con questa sentenza si stia imponendo alla costituzione il fine politico del *laissez-faire*.

La società di massa e la crisi dello stato moderno

Tutte queste incrinature che l'industrializzazione pone all'ordinamento, si ripercuotono anche sulla statualità moderna. Questa dimensione di crisi viene posta in luce da alcuni giuristi, a partire da Santi Romano, allievo di Emanuele Orlando, che afferma che il principale difetto della statualità è che fino alla Rivoluzione francese si è voluto concepire lo stato in maniera troppo semplice; nel momento in cui la società pluralistica riemerge essa va in crisi. Il principale difetto dello Stato è che si è pensato di poter trascurare la società. Questo è percepito da Santi Romano nel 1909, in un periodo più all'avanguardia.

Orlando un anno dopo (1910) parlerà di "Stato assediato": le organizzazioni sociali frutto della società di massa sono distruttive per la società moderna.

LA PRIMA GUERRA MONDIALE E IL DIRITTO

La Prima Guerra Mondiale non fu soltanto un evento militare e politico, ma rappresentò anche una svolta profonda nel campo giuridico, in particolare nel rapporto tra Stato e diritto privato. Due provvedimenti legislativi italiani fondamentali segnano l'inizio di questa trasformazione:

- **Legge 21 marzo 1915, n. 273:** "Provvedimenti per la difesa economica e militare dello Stato"
- **Legge 22 maggio 1915, n. 671:** conferisce al Governo (cioè al Re, secondo lo Statuto Albertino) **poteri straordinari** in caso di guerra.

Queste leggi attribuiscono al Governo ampi poteri normativi, legittimando un **massiccio intervento dello Stato in ambito economico** e privato, che fino ad allora era stato dominio dell'autonomia individuale. Inizia così una nuova fase in cui la legislazione bellica **affianca e in parte sostituisce il Codice Civile**, mettendo in crisi il principio di **esclusività e di non eterointegrabilità del codice stesso**.

Giuristi che evidenziano questa crisi

1. Filippo Vassalli - "Dalla legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato" (1918)

- Uno dei redattori del Codice Civile del 1942.
- Già nel 1918 riconosce che la mole normativa prodotta per esigenze belliche ha **profondamente trasformato il diritto privato**.
- Parla di una "grande rivoluzione silenziosa": lo Stato entra in modo inedito nei rapporti patrimoniali e contrattuali, **superando l'individualismo ottocentesco**.

2. Francesco Ferrara - "Influenza giuridica della guerra nei rapporti civili" (1915) e "Diritto di guerra e diritto di pace" (1918)

- La guerra rappresenta un **fatto giuridico grandioso**, soprattutto per il **diritto patrimoniale**.
- Il contratto, caposaldo dell'autonomia privata, entra in crisi: sebbene i contratti restino formalmente vincolanti, vengono emanate **norme eccezionali** che ne sospendono gli effetti.
- **Esempi pratici:**
 - **Sospensione degli sfratti**
 - **Proroga ex lege dei contratti di locazione**
 - **Obbligo di coltivare la terra** (limitazione alla proprietà privata)
 - **Prezzi massimi** per beni di prima necessità (es. zucchero)
 - **Obbligo di denuncia** del possesso di cereali e altri prodotti agricoli

Nel 1918, Ferrara afferma che non si può tornare indietro: **la legislazione bellica ha smentito molte verità ritenute assiomatiche** nel diritto civile, e alcuni suoi principi devono ispirare la ricostruzione post-bellica.

Effetti sociali e giuridici della guerra:

- **Protezione dei deboli:** la legislazione bellica segna l'inizio di un **diritto più attento alle disuguaglianze** e ai soggetti vulnerabili.
- **Ruolo delle donne:**
 - **Legge 17 luglio 1919:** *Abolizione dell'autorizzazione maritale* per gli atti di ordinaria amministrazione. Segna un passo decisivo verso **l'emancipazione giuridica femminile**.
 - La guerra, costringendo le donne a prendere il posto degli uomini al fronte, **anticipa il riconoscimento di diritti civili**, pur senza ancora riconoscere il diritto di voto.
- **Suffragio universale maschile:**
 - **Legge 15 agosto 1919, n. 1401:** *Modifica della legge elettorale politica*, introducendo per la prima volta il **suffragio universale maschile**.

Le due risposte alla crisi della modernità

All'inizio del XX secolo, la crisi del modello liberal-borghese classico — basato sull'individualismo, sul libero mercato e sulla limitazione del potere statale — porta a due principali reazioni giuridico-politiche:

1. **Risposta socialdemocratica**
2. **Risposte totalitarie**

LA RISPOSTA SOCIALDEMOCRATICA: LA COSTITUZIONE DI WEIMAR (1919)

La **Costituzione di Weimar** rappresenta il **primo esperimento europeo di democrazia costituzionale e sociale**. Nasce in Germania nel 1919, al termine della Prima guerra mondiale e del crollo dell'Impero tedesco. Questo testo costituzionale segna un punto di svolta perché:

- **Supera l'individualismo liberale classico:** non si limita a garantire i soli diritti civili e politici (diritti negativi), ma introduce anche **diritti sociali**, che richiedono un **intervento attivo dello Stato** per essere effettivi (es. diritto all'istruzione, al lavoro, alla protezione sociale).
- **Struttura interna coerente con la nuova visione:** i titoli dei capi della Costituzione esprimono già l'orientamento collettivistico (es. **Capo II – La vita collettiva**).

Principi fondamentali introdotti:

- **Diritti sociali:** tra i primi nella storia costituzionale a essere esplicitamente previsti.
 - Un intero capo è dedicato all'**educazione e istruzione** (Capo III): lo Stato ha il dovere di garantire condizioni di accesso universali.
- **Economia sotto indirizzo pubblico:** il **Capo V** regola la **vita economica**, introducendo l'idea di **indirizzo costituzionale dell'economia**, cioè non più totalmente affidata al mercato.

Il concetto di proprietà nella Costituzione di Weimar

Paragrafo 153: *“La proprietà è garantita dalla Costituzione. Il contenuto e i limiti sono determinati dalla legge.”*

Questa formulazione, di per sé, potrebbe sembrare coerente con le costituzioni liberali ottocentesche. Tuttavia, è l'**ultima parte** del comma a segnare una **frattura rivoluzionaria** nella concezione della proprietà: *“La proprietà obbliga. Il suo uso deve servire anche al bene comune.”*

Significato giuridico e politico:

- Il proprietario **non è più solo titolare di un diritto esclusivo**, ma **soggetto a doveri sociali**.
- Viene **negata l'assolutezza del diritto di proprietà**.
- La proprietà **non è più solo un diritto individuale ma anche una funzione sociale**.

Questo principio sarà ripreso, molti anni dopo, dall'**articolo 42 della Costituzione italiana** del 1948:

“La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti.”

La **Costituzione di Weimar** segna la nascita del **costituzionalismo sociale**. Si tratta di una risposta equilibrata e progressista alla crisi della modernità:

- Riconosce il valore dei diritti individuali, ma li **colloca in una rete di doveri e responsabilità collettive**.
- Apre la strada ai moderni **Stati sociali di diritto**.
- Anticipa temi centrali del diritto contemporaneo: **intervento pubblico nell'economia, funzione sociale della proprietà, giustizia redistributiva**.

Il modello di Weimar sarà, purtroppo, **travolto dalla risposta totalitaria** negli anni successivi, ma i suoi principi influenzeranno profondamente le **costituzioni democratiche del secondo dopoguerra**.

LA RISPOSTA FASCISTA: L'AVVENTO DEL FASCISMO E LA CRISI DELLO STATO LIBERALE (1919-1925)

Il primo dopoguerra italiano è segnato da una grave crisi economica, inflazione, disoccupazione e tensioni sociali. Il cosiddetto **biennio rosso** (1919–1920) è caratterizzato da **scioperi, occupazioni di fabbriche e terre**, agitazioni promosse da **partiti e sindacati socialisti**. La **debolezza dello Stato liberale** emerge con forza: non riesce a gestire la società di massa né a garantire stabilità politica.

Crisi del sistema parlamentare:

- L'estensione del **suffragio universale maschile (1919)** porta alla nascita di **partiti di massa** (Partito Socialista, Partito Popolare, ecc.), con una frammentazione estrema in Parlamento.
- Difficoltà a formare governi stabili: **tra il 1919 e il 1922 si succedono circa 10 governi**.
- Il Parlamento è paralizzato da una crescente conflittualità ideologica. Il **principale problema è l'ingovernabilità del sistema**.

L'ascesa del fascismo

Il fascismo nasce nel 1919 come movimento paramilitare e antiparlamentare (i Fasci di combattimento). Si presenta come **forza d'ordine**, sfruttando la paura della “rivoluzione bolscevica” e del disordine sociale. Nonostante il **modesto risultato elettorale nel 1921**, Mussolini riesce ad aggregare attorno a sé **forze liberali, monarchiche e nazionaliste**, presentandosi come un “argine” alla sinistra. La **marcia su Roma** (28 ottobre 1922) è un evento dimostrativo, ma spinge il **re Vittorio Emanuele III a conferire a Mussolini l'incarico di**

formare un governo. La scelta del re e del Parlamento di sostenere Mussolini nasce dalla **sottovalutazione del fascismo**: molti pensano di “normalizzarlo” e usarlo per restaurare l’ordine. I liberali, convinti che Mussolini possa salvaguardare lo **Statuto Albertino** e contenere le derive socialiste, lo appoggiano.

La Legge Acerbo (1923)

- **Ideata da Giacomo Acerbo**, ministro fascista della giustizia.
- Modifica il sistema elettorale proporzionale introducendo un **premio di maggioranza estremo**: la lista che ottiene almeno il **25% dei voti** riceve automaticamente **i 2/3 dei seggi in Parlamento**.
- La legge viene approvata **da un Parlamento non ancora a maggioranza fascista**, perché molti credono ancora di “guidare” il fascismo dall’interno.

Il delitto Matteotti e la crisi del regime

Giacomo Matteotti, deputato socialista, denuncia brogli elettorali, violenze squadristiche e **scandali finanziari** che coinvolgono il governo. Il **10 giugno 1924**, Matteotti viene **rapito e assassinato** da membri della polizia segreta fascista. L’omicidio scatena **un’ondata di indignazione pubblica**, e l’opposizione si ritira simbolicamente dal Parlamento (“**secessione dell’Aventino**”).

Il discorso del 3 gennaio 1925

Dopo mesi di silenzio, **Mussolini si presenta alla Camera**. Non nega la responsabilità politica del regime per il clima in cui è maturato il delitto Matteotti, ma **rilancia il potere personale**, annunciando la **svolta autoritaria**. Da quel momento inizia la **distruzione dello Stato liberale** e la **costruzione dello Stato totalitario fascista**.

LE LEGGI FASCISTISSIME (1925–1926): DALLA CRISI DEL PARLAMENTARISMO AL TOTALITARISMO

Le cosiddette *leggi fascistissime* rappresentano il **punto di svolta definitivo** nella transizione dallo Stato liberale allo **Stato totalitario fascista**. Esse intervengono in tre ambiti principali:

1. **Trasformazione costituzionale della forma di governo**
2. **Controllo del consenso e repressione del dissenso politico**
3. **Costruzione ideologica e culturale dell’“ordine nuovo” fascista**

Trasformazioni costituzionali: fine dello Stato liberale

Legge 26 dicembre 1925, n. 2263 – Attribuzioni del Capo del Governo

- Il **Presidente del Consiglio** assume il nuovo titolo di **Capo del Governo, Primo Ministro, Segretario di Stato**, non più responsabile dinanzi al Parlamento ma **soltanto al Re**.
- Al Capo del Governo viene riconosciuto un potere **preponderante sul calendario parlamentare, sui ministri e sulla direzione politica dello Stato**.
- Il Consiglio dei Ministri perde la collegialità: i ministri sono subordinati al Capo del Governo.
- Inizia lo spostamento dell’asse istituzionale **dal Parlamento all’Esecutivo**.

Legge 31 gennaio 1926, n. 100 – Facoltà del Governo di emanare norme giuridiche

- Si attribuisce al **Governo** la facoltà di emanare **norme giuridiche primarie** con forza di legge (decreti-legge), anche **senza preventiva autorizzazione parlamentare**.
- Questo **elimina l’esclusività della funzione legislativa del Parlamento**, stravolgendo il principio cardine dello Stato liberale ottocentesco.

Alfredo Rocco, Ministro della Giustizia, teorizza apertamente che il Parlamento è ormai un organo superato e che **la sovranità risiede nel potere esecutivo**.

Legge elettorale del 1928

- Il **Gran Consiglio del Fascismo** elabora una **lista unica nazionale** di 400 deputati.
- Gli elettori possono **solo accettare o rifiutare in blocco** la lista (plebiscito).
- Il voto serve **non più a eleggere** ma a **misurare il grado di consenso**, conferendo una parvenza di legittimità popolare al regime.

Il fascismo rifiuta il parlamentarismo liberale: quest'ultimo – secondo Rocco – funziona solo in **società elitiste**, non nella **società di massa**. Il voto, nel regime fascista, non scompare: **viene svuotato del contenuto rappresentativo**, trasformandosi in **strumento di controllo plebiscitario del consenso**.

Il controllo del consenso e del dissenso nel regime fascista

Uno degli obiettivi fondamentali del fascismo fu **eliminare ogni forma di opposizione** e **plasmare ideologicamente la società**, sostituendo la cultura liberale con un'adesione totale allo Stato e al partito. Per raggiungere questo scopo, il regime mise in atto un **duplice meccanismo**:

1. **Repressione del dissenso politico**
2. **Costruzione del consenso attraverso la propaganda e il controllo della vita quotidiana**

Il fascismo istituzionalizzò strumenti repressivi per controllare e neutralizzare ogni forma di opposizione, sia reale che potenziale:

- **1923: Milizia Volontaria per la Sicurezza Nazionale (MVSN)**
Braccio armato del fascismo, i cosiddetti "*camici neri*", legalizzati come forza dello Stato.
- **1926: Tribunale Speciale per la Difesa dello Stato**
Giudicava i reati politici e antifascisti con **procedure speciali e senza garanzie di difesa**. Poteva emettere condanne durissime, comprese pene capitali.
- **1927: OVRA (Opera di Vigilanza e Repressione dell'Antifascismo)**
Una vera **polizia segreta**, incaricata della sorveglianza, infiltrazione e repressione di ogni attività sospetta. Creata da Arturo Bocchini e direttamente controllata da Mussolini.
- **1926–1931: Testi Unici di Pubblica Sicurezza (R.D. 1848/1926 e R.D. 773/1931)**
Codificano in modo sistematico i poteri della polizia. Introducono:
 - Il **confinamento di polizia** (senza processo)
 - La **schedatura politica**
 - Il **controllo sui movimenti dei cittadini**
- **1930: Codice Penale "Rocco"**
Prevede non solo **repressione** ma anche **prevenzione penale** (es. pericolosità sociale).
Principi:
 - *Legalità formale* ma fortemente punitivo
 - Centralità della **pena come strumento di disciplina collettiva**
 - Estensione della responsabilità penale oltre il singolo atto (es. reati d'opinione, appartenenza a gruppi)

Parallelamente alla repressione, il regime fascista impostò una **capillare macchina propagandistica**, con l'obiettivo di **modellare la coscienza collettiva**.

- **Legge sulla stampa periodica – Legge 31 dicembre 1925, n. 2307**
 - Sancisce la **fine della libertà di stampa**. I giornali possono esistere solo se autorizzati dal governo.
 - I direttori devono essere iscritti all'albo e **graditi al regime**.
 - Introduce **censura preventiva**.

- **Ruolo della cultura e dell'arte**

L'arte è considerata un **mezzo di educazione e controllo**: "L'artista è equiparabile al coltivatore di barbabietole" (P.S. Leicht). Deve **contribuire alla vita della nazione**, non all'autonomia intellettuale.

Il **cinema** è utilizzato come "cinematografia educativa" (G. Bottai): portato anche nei paesi più remoti per contrastare l'influenza dei modelli americani e **educare alla mentalità fascista**.

- **Dopolavoro e tempo libero**

Il **Dopolavoro (OND – Opera Nazionale Dopolavoro)** diventa uno strumento di organizzazione totalitaria del tempo libero: "Istituzione caratteristica della rivoluzione fascista" (G. Bottai)

Organizza attività culturali, ricreative, sportive, gite, spettacoli, per **disciplinare la popolazione, sorvegliare e fidelizzare** i lavoratori.

- **Sport e ideologia**

Lo sport è visto come **strumento di educazione fisica e morale**: "Settore della politica sociale del fascismo" (A. Parboni). Serve alla formazione del "nuovo italiano": sano, disciplinato, virile, pronto al sacrificio per la patria.

Costruzione ideologica e culturale dell'“ordine nuovo” fascista

La **costruzione dell'“ordine nuovo” fascista** si fonda su un progetto **giuridico, sociale e politico totalizzante** che mira a superare le strutture dello Stato liberale ottocentesco, centrato sull'individuo, sulla libertà e sull'autonomia. Il fascismo intende creare una **nuova società integrata e disciplinata**, in cui ogni parte (lavoratori, imprenditori, cultura, tempo libero) sia **funzionale alla potenza dello Stato**. Questo avviene soprattutto attraverso la **teoria e la pratica del corporativismo**.

Il termine *corporazione* richiama le antiche associazioni medievali di mestieri e arti. Nel Medioevo, però, **non esisteva uno Stato unitario**: le corporazioni avevano un ordinamento autonomo, frutto del **pluralismo giuridico**. Il fascismo, invece, **non vuole pluralismo**: ogni realtà deve essere **inserita e controllata dallo Stato**. Le corporazioni non sono entità autonome, ma **strumenti statali** per disciplinare la società.

Questo progetto si realizza in due fasi:

- **Fase sindacale:**
 - Legge 3 aprile 1926, n. 563: riconosce ufficialmente i sindacati, ma **solo quelli fascisti**. Viene eliminato ogni **pluralismo sindacale**: i sindacati socialisti, cattolici, autonomi vengono **sciolti** o dichiarati illegali.
Ai sindacati è conferito **potere contrattuale collettivo con efficacia erga omnes**: i **contratti collettivi** diventano **fonti di diritto** con **forza di legge** per tutto un settore.
Supera l'impostazione ottocentesca, dove il contratto era solo **accordo tra privati**, senza vincoli generali.
La legge **vietava espressamente lo sciopero** e la serrata (cioè, la chiusura dell'impresa da parte del datore di lavoro come forma di pressione). Lo sciopero veniva considerato un **atto sovversivo** e un **tradimento dell'interesse nazionale**.
 - **Carta del Lavoro (1927)**: approvata dal Gran Consiglio del Fascismo il 21 aprile 1927, pubblicata in G.U. il 30 aprile. Non è una legge (nel 1927 il Gran Consiglio non era un organo costituzionale), ma un documento **di indirizzo ideologico e giuridico**. Solo nel 1942 una legge dello Stato le attribuisce **valore normativo**.
Contenuti fondamentali:
 - Il lavoro è un dovere sociale e non solo un diritto.
 - La proprietà è garantita, ma deve essere funzionale al bene collettivo: emerge qui la “proprietà fascista”, non più assoluta ma vincolata all'interesse della nazione.
 - I rapporti economici sono ordinati secondo una logica gerarchica e produttiva, non conflittuale.
- **Fase corporativa**: il secondo passo è la **strutturazione istituzionale del sistema corporativo**
 - Riforma del Consiglio Nazionale delle Corporazioni (Legge 20 marzo 1930, n. 206)
Il Consiglio diventa **l'organo centrale di rappresentanza delle categorie produttive**, controllato dal regime.
 - Costituzione e funzioni delle Corporazioni (Legge 5 febbraio 1934, n. 163)
Le corporazioni rappresentano **sia i datori di lavoro che i lavoratori**. In teoria superano la lotta di classe, ma **in realtà esprimono solo la volontà dello Stato**.
Sostituiscono il Parlamento in molte funzioni economiche e sociali.

Obiettivo: **organizzare capillarmente la società** per creare un "cittadino nuovo", sano, produttivo e fedele al regime.

Come la definisce Bottai (1928): «Tutta la complessa opera del regime per il rinnovamento, la valorizzazione ed il potenziamento delle energie fisiche, della produttività economica e delle forze morali e spirituali di un popolo».

Campi di intervento:

- **Demografia e famiglia**: incentivi alla natalità, culto della maternità
- **Arte e cinema**: propaganda e formazione dell'immaginario nazionale
- **Igiene e medicina**: salute come dovere civico e nazionale

- **Turismo, sport, dopo**

Distanza dallo Stato sociale ottocentesco:

- Il welfare liberale era **riparatorio e assistenziale**.
- Il fascismo crea uno **Stato sociale attivo e ideologico**, che **plasma il cittadino**, non lo assiste soltanto.

Creazione di enti statali e parastatali per:

- Fornire servizi
- Controllare i comportamenti sociali
- Sostituire le strutture della società civile

Lo Stato ingloba la società: non c'è spazio per autonomia o conflitto.

LA PROPRIETÀ FASCISTA

La Carta del Lavoro (30 aprile 1927) all'articolo 7 sancisce la proprietà e impresa come "funzione sociale". Si **riconosce la proprietà privata e l'iniziativa economica**, ma esse **devono produrre anche benessere per lo Stato**. Si afferma che **l'impresa e la proprietà sono funzioni di interesse nazionale**.

Come osserva **Filippo Vassalli** (1932), questo articolo infligge un "**colpo mortale alla concezione liberale della proprietà**": la proprietà non è più **assoluta**, ma **funzionalizzata**.

L'evoluzione del concetto di espropriazione:

- La possibilità di espropriazione era **nota già nel diritto ottocentesco**.
- Dopo la **Prima guerra mondiale**, lo Stato assume un ruolo più interventista, anche **sui beni privati**, giustificando l'espropriazione **non solo per "pubblica utilità" ma anche per "interesse nazionale"** (come avverrà con gli articoli 834 e 838 del Codice civile del 1942).

Diverse definizioni della proprietà nel Novecento:

- Manifesto di Ventotene: la proprietà va corretta, limitata, estesa, abolita caso per caso, non dogmaticamente
- Carta del Lavoro (1927): il proprietario è responsabile dell'indirizzo della produzione di fronte allo Stato
- Costituzione italiana (1948): la proprietà è **riconosciuta e garantita**, ma deve avere **funzione sociale** (art. 42) e **non contrastare con l'utilità sociale** (art. 41).

La **Costituzione repubblicana** rompe sia col **liberalismo ottocentesco** che con il **fascismo corporativo**:

- Discontinuità con il fascismo
 - **Fine della proprietà subordinata allo Stato** e alla "potenza del regime".
 - Superamento della concezione di diritti **funzionali all'interesse statale**.
 - **Centralità della persona** (art. 2 e 3 Cost.): il diritto non è più uno strumento dello Stato, ma un mezzo per **la realizzazione della persona umana**.
- Discontinuità con il liberalismo
 - Superamento dell'**individualismo proprietario**.
 - I diritti non sono solo **negativi** (diritti da difendere dallo Stato), ma anche **positivi** (richiedono **intervento pubblico attivo**).

- Introduzione di **diritti sociali** e del principio di **uguaglianza sostanziale** (artt. 3, 4, 32–47 Cost.)

ATTENZIONE!

Questa dispensa è basata sul contenuto delle lezioni del professore (in classe 20). Pertanto, non è volta a sostituire in alcun modo lo studio sul libro di testo e la lettura delle slide fornite, ma rappresenta solo uno strumento per facilitare la comprensione e la memorizzazione degli argomenti d'esame.

CI SERVE IL TUO AIUTO!

*potrebbero esserci sfuggiti degli errori e/o imprecisioni. Se ne trovi qualcuno, segnalacelo!
Ci aiuterai a migliorare sempre di più il testo e a rendere questa dispensa sempre più efficace. Grazie!
*@iusatb e i curatori**