Storia del diritto medievale e moderno.
DINI – AA 2024/2025

Il "diritto privato" (nel suo ordine "naturale") è disegnato da Domat nel modo seguente:

- *Libro prel. – Il diritto in generale.*
  - *Persone*
  - *Cose*
- *Parte I) Delle obbligazioni*
- *Parte II) Delle Successioni*
- *Libro III) Crimini e delitti*
- *Libro IV) Dell'ordine giudiziario*
  - *Istruzione dei processi civili*
  - *Istruzione dei processi penali*

Il diritto pubblico, cioè le leggi arbitrarie, si articola ne modo seguente:

- *Livre I) Del governo e della polizia generale dello stato;*
- *Livre II) Degli ufficiali e delle altre persone che svolgono pubbliche funzioni*

1) Il contributo di Domat consiste **nel dare un nuovo volto sistematico e razionale al diritto**
   - volto concreto e operativo,
   - poiché basato sull'applicazione di regole romanistiche risistemate

2) Il tentativo compiuto da Domat consiste:
   - **nel temperare il dominio della ragione nella costruzione del diritto**
     - **posto che concepisce la natura umana come autonomamente buona.**

3) Traspare dal sistema proposto da Domat **un rigore tutto giansenista**
   - ed uno **sfavore verso il mondo dei traffici**
   - il **diritto commerciale** è infatti collocato tra il **diritto arbitrario/pubblico.**

4) La proprietà, nel sistema Domatiano, è presente ***solo nella sua fase dinamica***
   - con attenzione al bene oggetto di una obbligazione ovvero di una successione.

Questo si spiega tenendo conto che **ciò che ha rilievo nella Francia del Seicento,**
- **non è tanto il rapporto astratto con la cosa,**
- quanto piuttosto la cosa in sé stessa (e quindi la distinzione di beni)
- ovvero i rapporti obbligatori e successori dei quali la cosa può essere oggetto.

5) Domat distingue tra:
- **qualità naturali della persona**
  - quelle, cioè, che ineriscono alla persona in quanto tale
    - età, padre, figlio, legittimo illegittimo;

- **e qualità arbitrarie o accidentali**,

- che dipendono da *status* sociali e professionali diversi
  - commerciante, nobile, chierico, suddito, straniero.

ed a suo avviso, SOLO LE PRIME fanno parte del diritto privato.

- ciò significa **CHE IL DIRITTO PRIVATO SI RIVOLGE AD UN SOGGETTO INDIFFERENZIATO, UNICO, NON DIPENDENTE DALLE SINGOLE CONDIZIONI.**

Quindi,

- il rapporto fra leggi immutabili e leggi arbitrarie
- e la teoria sugli *status* soggettivi:
  - **consentono di costruire in chiave privatistica la teoria dei diritti fondamentali**
  - **che sarà adottata dalla dottrina francese dell'età rivoluzionaria.**

Diffusione dell'opera

L'opera di Domat ebbe vasta diffusione in Francia,

- ma non in sede pratica.
- ciò si spiega tenendo conto del fatto che **l'influenza di Domat fu sistematica**, **non casistica.**

ROBERT JOSEPH POTHIER

Dati biografici:

- Nasce a Orleans nel 1699 in una famiglia di magistrati;
- si laurea nel 1720,
- trascorre tutta la sua vita a Orleans,
  - prima come magistrato
  - poi, dal 1749, come professore di diritto
- muore nel 1772.
  - è ricordato come il **"*pére du Code civil*"** (padre del Codice civile)

Con Pothier, il sistema *domatiano* **viene calato nella concreta prassi giuridica.**

Opere principali:

- **L*a coutume d'Orleans*,** 1740
- ***Pandectae Justinianeae in novum ordinem digestae,*** Paris, 1748-1752.
- Numerosi ***Traitè*** di diritto privato editi fra il 1761 ed il 1774 (ultimi postumi)
  - Dedicati a molti degli istituti privatistici (proprietà, società, vendita, locazione e rendita, cambio, ecc).

Il Pothier **opera sul terreno della concreta casistica del suo tempo e della sua terra**

1) Egli si indirizza al diritto privato considerando il metodo fissato da Domat;
2) ma utilizza lo schema di partizione che risaliva alle **Istituzioni di Gaio** (e di Giustiniano):
   - ✓ *Personae*
   - ✓ *Res*
   - ✓ *Actiones*

Ma l'applicazione dello schema Gaiano è solo esterna,

- in quanto **va letta secondo la valenza individualistica realizzata dal giusnaturalismo.**

Vale a dire:
a) soggetto giuridico e diritti della personalità individuale
b) diritti reali del soggetto
c) diritti successori e obbligatori del soggetto.

3) Pothier inoltre (e si tratta di un aspetto importantissimo):

- ✓ **applica il sistema di Domat e lo schema d'impronta romanistica**
- ✓ **essenzialmente al *droit coutumier*,**
  - **cioè al diritto consuetudinario francese,**
    - **non più al diritto romano.**

Egli, cioè, attraverso l'elaborazione di una ampia casistica:

- ✓ riesce ad erigere a sistema unitario
  - **un insieme di diritti distinti, caratterizzati dalla loro frammentarietà.**
- ✓ E questo sistema unitario….**è un sistema unico per tutto il Regno francese.**
  - **E' insomma un diritto francese (nazionalizzato).**

Pothier, quindi, **persegue efficacemente** "***l'ideale di un diritto unificato su base nazionale***

- Ma non con un appello a un legislatore
- e neppure attraverso l'esibizione di opinioni nuove sui diritti naturali,

- **bensì mediante una operazione compiuta all'interno della cultura, della prassi e della professione giuridica**

- **mediante l'utilizzazione di un metodo nuovo.**

4) L'esito è quello:
- **di rendere meno notevoli di quanto non fossero nella realtà**
- **le differenze tra le diverse discipline giuridiche di singoli istituti scaturenti dal diritto scritto (romano) e dal diritto consuetudinario francese.**

E come ci riesce ?

- mediante **l'uso di una terminologia unificata**
- che permette di operare una concettuale riduzione all'unità di regimi giuridici spesso differenti **bypassando le differenze** (frequentemente rilevanti).

Il luogo ove Pothier applica la sua tecnica sono **i trattati.**
- **nei quali egli elabora una vera e propria configurazione unitaria di singoli istituti.**
- Taluni di questi, come ad esempio **quello sulle obbligazioni**, **saranno trasfusi praticamente senza variazioni nel Codice Civile francese del 1804.**

Concludendo:

con Pothier (+ 1772), alle **soglie delle vicende rivoluzionarie**,

- si realizza un **impianto giuridico tecnicamente unitario del diritto privato**,
  - ed in questo modo si **conclude la preparazione dottrinale della codificazione**.

La speculazione dottrinale di lungo corso, che abbiamo visto nei vari filoni che si sono dipananti in età moderna, **ha prodotto dei cambiamenti radicali nell'esperienza giuridica:**

- ha modificato il concetto di giustizia e di giusto;
- ha modificato il concetto di legge, di norma, di diritto (divenuto un diritto soggettivo);
- ha costruito un sistema giuridico completamente nuovo;
- ha reso assoluti taluni valori, elevandoli a norme fondamentali dell'ordinamento;
- ha reso astratti i principi giuridici e le regole del diritto romano;
- ha cambiato scopi e contenuti della scienza giuridica;
- ha rimodellato i principali istituti privatistici;
- infine,
  - **ha dato una pretesa oggettività assoluta a quanto da essa elaborato.**

Tuttavia, perché le **potenzialità delle premesse** insite nelle opere che abbiamo esaminato divenissero **concretamente operanti**, occorreranno:

- **il filtro dell'illuminismo egalitarista**
- **ed passaggio allo Stato di Diritto**
  - **fenomeni in grado di trasformare le formule dei giuristi**
    - **da dottrina… in legge codificata**
    - **da ragione giuridica… in norma positiva**

Ma prima di **considerare l'illuminismo** e la **vicenda rivoluzionaria**

- dobbiamo prendere in esame
  - **la situazione del diritto nel Settecento**
  - **e le scelte operate sul terreno dell'esperienza giuridica in quel periodo.**

I fattori di **crisi del sistema di diritto comune**
…avevano progressivamente condotto ad una **riduzione** del **pluralismo del sistema medievale**

- **e determinato un particolarismo stigmatizzato come "inefficiente" ed "odioso".**

Nel Settecento questo **processo è concluso**:

- il **mondo** e la **vita** degli uomini del **XVIII° secolo**,
    - hanno assunto un ***carattere particolaristico***
        - che **si esprime su due piani**:
            - **oggettivo**: molteplicità di **fonti**
            - **soggettivo:** moltiplicazione degli **status giuridici personali**

In questo sistema, **i diritti**

- sono divenuti **in buona sostanza dei privilegi**
- cioè, dei **poteri speciali**
    - attribuiti **a singoli**
    - ovvero **a gruppi**
        - da titoli **provenienti dall'autorità che aveva il potere di elargirli.**
            - concessioni, patenti, diplomi

Questo stato di cose

- è generato (anche) dalla **perdita del fondamento morale**
    - **che aveva sorretto il sistema pluralistico medievale**

Si capisce perciò come il **problema centrale del secolo** XVIII

- avvertito in ogni strato della società,
    - **fosse quello della giustizia.**

Il particolarissimo si presenta ormai,

- come fenomeno **contrassegnato dalla forte rigidità delle barriere di gruppo**,
    - e tale stato viene avvertito come **discriminatorio** ed **oppressivo.**
- **ciò che nel medioevo**
    - era **avvertito come un vincolo gerarchico**
        - inserito in un ordine **cosmologico superiore**,
    - **nel Settecento** viene invece percepito, **come disuguaglianza.**

Osservando l'**esperienza giuridica del Settecento** ci accorgiamo di **tre cose:**

1) **al pluralismo che aveva caratterizzato il mondo medievale** non si poteva tornare.
    - in quanto **mancano i presupposti** dì **unità religiosa**, **culturale** e **politica**
2) **il diritto** (inteso come "*sistema di diritto comune*")
    - costituiva **sempre meno un *quid* unitario**
    - e **sempre più un dato legato all'esperienza giuridica di ogni Stato**.
3) Il **Sovrano** (e lo Stato) era ormai **il vero perno del sistema giuridico**,
    - in quanto era la **sua volontà** a costituirne il fondamento.
        - e si tratta di un Sovrano

- al quale **il giusnaturalismo** ha offerto il **fondamento dogmatico del proprio potere.**

Queste considerazioni ci aiutano a comprendere la **strada che si imbocca nel XVIII secolo.**

Ed è la strada di **una razionalizzazione del sistema delle fonti giuridiche**,

- **operata all'interno di ogni singolo Stato**.

Questo fenomeno di "**razionalizzazione delle fonti**"
vede **primeggiare soprattutto l'attività del Sovrano**,

Sono i Sovrani che,

- **nella prospettiva di un rafforzamento del loro proprio potere**,

  - **avviano ovunque una fase di semplificazione del diritto.**
  - e questo processo di semplificazione **avviene nel segno del primato della legge.**

In altri termini, **si assiste al tentativo,**

- attuato tramite **l'elaborazione di leggi sovrane**
  - (che regolano sempre più estesi settori del diritto)

- di **ridurre l'influenza** sulla vita civile dei sudditi, **delle altre due fonti** del sistema,

  - **diritti locali**
  - **e diritto romano "comune**".

Per capirci:

- i **diritti locali** rappresentavano il terreno **sul quale si fondavano i diritti (**ma ormai **privilegi**)
  - **dei ceti 'particolari'**
    - nobili, commercianti, comunità locali, cittadine e rurali

- il **diritto romano-comune** costituiva lo **strumento di influenza del ceto giuridico**

Attraverso la compressione di queste due fonti giuridiche

- **il Sovrano comprimeva i privilegi dei diversi ceti** (ovvero dei diversi gruppi di potere)
  - che esercitavano una **funzione centrifuga** rispetto al **Sovrano**
  - **e perciò** (con chiave di lettura contemporanea) **rispetto allo Stato**.

⇨ **Diamo ora un'occhiata concreta a questa attività razionalizzatrice:**

cominciamo dalla Francia:

- alla **fine del Seicento**
- Luigi XIV, **il Re Sole,**
- grazie alla collaborazione del ministro **Jean- Baptiste Colbert**

- **avvia un processo di revisione del diritto esistente.**

Videro perciò la luce, **tra il 1667 e il 1681**

- **quattro testi fondamentali legislativi**

- *Ordonnance civile pour la reformation de la justice* (1667)

- Ha ad oggetto la **procedura civile**
- e mira a stabilire una procedura uniforme per tutte le corti del Regno
- Ad essa si ispirerà ampiamente il *Code de procedure civil* del 1806.

- *Ordonnance criminelle* (1670)

- Avente ad oggetto la **procedura penale**
- opera una poderosa ristrutturazione della procedura penale
- e la caratterizza secondo criteri
  - di rigore,
  - di precisazione
  - e di certezza intimidatoria
  - è, probabilmente, **la più compiuta espressione del processo inquisitorio.**
  - **Diventerà il classico bersaglio dell'illuminismo umanitario francese**

- *Ordonnance du Commerce (1673*), nota anche come *Code Marchand (Codice mercantile)*

- avente ad oggetto il regolamento generale del commercio

-*Ordonnance de la marine* (1681)

- Avente ad oggetto il diritto marittimo
- Costituiva:
  - la **razionale unificazione** e **rielaborazione**
  - delle **molteplici consuetudini** e **statuti** in cui il diritto marittimo si trovava disperso.

Da quella data in avanti l'attività di revisione dei Sovrani francesi si ferma

- se si **eccettuano** alcuni interventi normativi dedicati a singoli istituti

- **attuati sotto Luigi XV ad opera del cancelliere Daguessau**

  - ricordiamo le *ordonnance*

    - **sulle donazioni (1731)**
    - **i testamenti (1735)**
    - **le sostituzioni fedecommissarie (1747)**

Passiamo **agli stati italiani.**

- **Piemonte**.

Nel 1723 Vittorio Amedeo II di Savoia pubblica le:
Leggi e costituzioni di Sua Maestà il Re di Sardegna

- **Se ne ebbero altre edizioni,** nel 1729 e 1770

- Costituiscono una vera e propria regolamentazione generale di tutto il diritto, in sei libri:

  I – culto cattolico e condizioni degli ebrei
  II - apparato giudiziario
  III - procedura civile
  IV - diritto e procedura criminale
  V - diritto civile
  VI - diritto feudale e diritti del fisco.

- **Ducato di Modena.**

  Nel 1771, il **Duca Francesco II** promulga il

  Codice di leggi e costituzioni par gli Stati di Sua Altezza Serenissima (1771),

È forse il **più avanzato tra tutti i testi legislativi prodotti dall'Assolutismo**

- se **si escludono quelli dei sovrani austriaci**.

- Esso si caratterizza:
  - **per la riserva al Sovrano dell'interpretazione**
    - (attraverso il Consiglio Supremo di Giustizia)

      - "*Vogliamo che il nostro Supremo Consiglio di Giustizia ne sia l'interprete e che le di lui dichiarazioni si diano al fine di ciascun anno alle stampe, perché passino alla notizia del Pubblico, il quale dovrà osservarle, come se fossero fatte da noi medesimi*
        (cfr. Patente di promulgazione).

      - **per la abolizione dagli Statuti e dei diritti locali in genere**

        - a differenza degli altri testi legislativi che lasciavano in vigore
          - sia i diritti locali
          - che il diritto romano-comune.
          - **Questo testo lascia in vigore solo il diritto comune.**

Tentativi di razionalizzazione furono tentati, ma non ebbero successo:

- **in Toscana** e nel **Regno di Napoli**.

Il fenomeno interessa anche Venezia.
Il governo della Serenissima cercò soprattutto di riordinare l'ingente Corpo degli Statuti.

- **Leggi criminali del Serenissimo dominio veneto – 1751**
- **Codice feudale della Serenissima Repubblica di Venezia - 1780**
- **Codice per la veneta mercantile marina - 1786**

Per fare **qualche ultimo esempio**,

- in **Baviera,** Massimiliano Giuseppe III,
  - promulga

- nel 1751 – il *codex iuris bavarici criminalis*
- nel 1753 – il *codex iuris bavarici judicialis*
- nel 1756 – il *codex maximilianeus bavaricus civilis*

In Austria si ebbero:

- Il *Codex austriacus* (dal 1704)
  - raccolta di atti normativi dal Regno di Ferdinado I in poi, **sistemati secondo l'ordine alfabetico della materia**

- E la ***Constitutio criminalis Theresiana*.**

  - **promulgata da Maria Teresa nel 1769.**

  - **È divisa in due parti**
    - **La prima** dedicata al **processo penale**
    - **La seconda** alle fattispecie di **reato ed alle loro pene**.

È caratterizzata da mentalità giuridica **d'Ancien regime al 100%…**

- **ignora il principio di legalità** (accoglie le pene arbitrarie),
- **ammette l'analogia**
- e **manca l'unicità soggettiva** (pene variabili in funzione dello *status* del soggetto).

Accanto ai **crimini d'antiquata concezione**: **bestemmia – apostasia – stregoneria - suicidio** è previsto un arsenale repressivo impressionante:

- **la pena di morte è prevista massicciamente:**
  - …e distinta nelle varianti d'esecuzione:
    - **decapitazione o forca**
    - **rogo, arruotamento, squartamento.**

Il criminale meno pericoloso può cavarsela con il **troncamento di un membro**

- con un **numero variabile di bastonate.**

La Theresiana prevede **anche carcere, lavori forzati e deportazione**.

Al centro del sistema istruttorio sta la tortura "***ad eruendam veritatem***"

- **è la regina delle prove**

…e per evitare sforzi di fantasia ai giudici, la Teresiana è **illustrata con 30 tavole** a piena pagina **che raffigurano i sistemi e gli strumenti di tortura** adottati nell'Impero

- Lo spirito della Theresiana resta quello della consolidazione parziale che Giuseppe I **promulgo nel 1708.**

- **Ancora forte è la contaminazione tra diritto e morale**