

# Abbecedario di storiografia sullo Stato moderno

[gasparini@giuri.unipd.it](mailto:gasparini@giuri.unipd.it)

## Guido Astuti

### Nascita dello Stato moderno, prima e seconda fase

**1- Gli ordinamenti codificati europei in realtà non lo sono più** (leggi speciali, pubblicizzazione di istituti, autorità della giurisprudenza giudicante); ipertrofia del diritto amministrativo NON codificato

**2- Stato in senso moderno** = sovrano, esclusivo, detentore di monopolio normativo, legislazione quale fonte preminente, Stato di diritto e non *legibus solutus*, solitamente gestito in regime di divisione dei poteri

**Stato di diritto** = costituzionale = provvisto di una costituzione anche formale rappresentata da un atto normativo che sancisce libertà fondamentali e poteri pubblici

**3-** Il concetto di '**Stato**' nel senso moderno comincia ad essere usato nel Rinascimento (*'Status rei publicae'*)

Ma manca ancora il concetto di 'sovranità', se non la consapevolezza che lo Stato non è una mera *universitas*

Le **funzioni di governo** vengono individuate in dottrina nel XVII sec.; risulta più difficile distinguere l'esecuzione dalla giurisdizione (e peggio che mai nel contenzioso amministrativo), mentre è più precoce la distinzione della legislazione dall'esecuzione in senso lato

Ma ancora il concetto impiegato per definire il potere del sovrano è quello di **dominium**, non di sovranità

Il concetto di **corona** come distinta dalla persona del re viene individuato prima del concetto di **demanio** come distinto dal dominio privatistico

Nonostante l'anticipazione di Bodin (1576), soltanto con l'**assolutismo illuminato** vengono poste le basi del concetto moderno di sovranità come potestà pubblica di governo

**4-** Le due **potestà supreme** dell'impero e della Chiesa nel medioevo sono esclusive solo l'una rispetto all'altra, ma non in assoluto (almeno sul piano dell'effettività): subiscono la **concorrenza** di comuni, regni, ecc.

Di conseguenza, mentre il diritto privato ha in Italia una storia abbastanza unitaria, altrettanto non può dirsi del diritto pubblico

**5-** Nello Stato assoluto la **pubblica amministrazione** esiste eccome, ma è attività **extragiuridica**; il sopravvenire delle costituzioni ha modificato il titolo dell'esercizio della p.a., non l'apparato amministrativo, l'individuazione delle funzioni e i metodi di azione, che sono rimasti gli stessi dello Stato assoluto (cfr. Tocqueville, 1856) sia in Francia che in Italia es. Stati sabaudi

**6-** La **concezione patrimoniale dello Stato** ha per conseguenza che:

a. chi è sovrano è anche proprietario (cfr. Riccardo Malombra XIV sec.)

b. chi non è proprietario men che meno è sovrano

quindi ecco che la monarchia ostentatamente concede a titolo feudale la giurisdizione ai proprietari di allodii (dietro pagamento di una tassa): altrimenti, visto che il re non è proprietario di quel fondo, potrebbe dubitarsi che ne fosse il sovrano, e il proprietario potrebbe considerarsi sovrano nel suo fondo

7- La ricostituzione di una **sovranità accentrata** in età moderna, di contro alla polverizzazione della sovranità conseguita all'età feudale, viene condotta attraverso la revoca delle concessioni patrimoniali (incameramento di feudi)

8- **Grozio** formula un concetto pubblicistico e moderno di sovranità, ma la chiama ancora *dominium*

9- Anche la **successione al trono** è regolata secondo il regime privatistico (anche testamentaria)

#### 10- Lo Ständestaat

Pluralità di formazioni sociali dotate di vari gradi di autonomia, ciascuna delle quali costituisce per la sua stessa esistenza (più che porre deliberatamente) un limite all'esercizio dei poteri regali = pluralità di corpi politici

I veri interlocutori del sovrano sono ancora i gruppi organizzati e non i sudditi: non si può parlare di democrazia finché i soggetti di diritto sono i ceti e non gli individui, nemmeno sulla base del principio '*quod omnes tangit, ab omnibus adprobare debet*', perché anche in questa fattispecie i soggetti sono '*omnes status*', non '*omnes homines*'

#### 11- I rapporti con le potestà universali

Lo sviluppo di **Stati indipendenti** ha per presupposto l'esistenza dell'impero quale fattore legittimante ed equilibratore, pur senza poteri di governo diretto

Prassi di concedere ai nuovi principi il vicariato imperiale o ecclesiastico

12- Il sistema di legittimazione regia tramite vicariato imperiale + titolo nobiliare ha la conseguenza di **eliminare la dipendenza del sovrano dal consenso popolare**, la quale sarà faticosamente reintrodotta nella dottrina soltanto dal giusnaturalismo contrattualista

#### 13- Potestates della Chiesa:

*plenitudo in spiritualibus* universale

*plenitudo in temporalibus* negli Stati della Chiesa (per cui può concedere titoli feudali)

*indirecta in temporalibus* su tutta l'Italia (in virtù della prevalenza della materia spirituale su quella temporale)

imperiale *vacante imperio*

#### 14- L'organizzazione statale

Anche se in **Italia** non si verifica la trasformazione in una grande potenza unitaria e nazionale a governo accentrato, si assiste pur sempre alla stessa lenta evoluzione verso lo Stato moderno che ha luogo es. in Francia, e che porta tendenzialmente a comuni conseguenze:

a- configurazione del **sovrano come detentore di un potere diretto**, illimitato e indifferenziato verso ciascun suddito, fatte salve eccezioni non fondate su autonomo titolo di privilegio, ma concesse a titolo di grazia sovrana

b- concezione della **legge quale atto di volontà sovrana** e quale fonte tendenzialmente esclusiva, di talché le altre fonti vigono -se mai- in virtù di rinvii recettizi o formali

c- riduzione dei **parlamenti a mero organo di pubblicazione** delle leggi sovrane

d- creazione di una **burocrazia in senso soggettivo** (distinzione tra corte e governo) in sede centrale

e- creazione di organi direttamente dipendenti dal sovrano per il **governo locale** (ripartizione territoriale in province e distretti), anche se spesso non è possibile contestualmente abolire i preesistenti organi comunali, corporativi ecc. e si verifica pertanto una duplicazione di funzioni del tutto priva di disciplina normativa

**15- Segretari di Stato:** dapprima con mandato generico, poi competenti per singole materie e a capo di separati dicasteri organizzati gerarchicamente

**16-** All'organizzazione di una **burocrazia** sotto il diretto e completo controllo del sovrano fanno ostacolo istituti legati alla concezione patrimoniale dello Stato: la venalità, la feudalità e l'ereditarietà delle cariche, che sottraggono al sovrano la scelta dei propri funzionari e parte del controllo sulle carriere

Per rifarsi, i sovrani tassano i trasferimenti della titolarità delle cariche venali (simile alla INVIM): la Paulette

**17-** Rimangono la pluralità di ordinamenti e la conseguente **pluralità di giurisdizioni**, ma il sovrano ora diventa il titolo in base al quale viene amministrata ogni giustizia ('in nome del re' anziché 'in nome della corporazione' o 'della città')

Inoltre: - creazione di corti regie per l'appello da qualunque tribunale inferiore e con competenza riservata in unico grado per alcune materie

(es. vengono abolite le vecchie corti riservate ai nobili, compensando questa restrizione con l'ambiguo privilegio di poter fare ricorso in grado unico alla corte regia senza prima dover esperire il primo grado presso le corti ordinarie)

sostituzione dei giudici espressione di ceti privilegiati con giudici funzionari

**18-** Più difficile è comprimere le competenze dei **tribunali ecclesiastici** in relazione - *alla persona* (foro riservato dei chierici)

*alla materia* (es. matrimonio)

(le sentenze sono eseguite tramite il braccio secolare ovvero il potere civile, ma senza possibilità di sindacato nel merito)

### **19- Imposte**

*Regime feudale:* imposte saltuarie richieste ai singoli ceti o luoghi, i quali poi provvedono separatamente a suddividere l'importo dovuto tra i contribuenti (imposizione per contingente)

*Comuni:*

a. imposte ordinarie basate su catasti e censimenti immobiliari e mobiliari

b. imposte a colletta = dirette (in base ad autodenuncia)

c. a gabella= indirette (facili da riscuotere anche se non perequate alla capacità contributiva)

Fino al XVIII sec. nessuna distinzione tra imposte reali e personali

**20-** Unificazione contributiva ostacolata da:

a. diritti feudali di riscossione

b. esenzioni a titolo di privilegio

c. appalti di riscossione ad imprenditori privati

Si fa fronte alle crescenti esigenze finanziarie (per spese militari, mantenimento della burocrazia, ...) moltiplicando le imposte indirette, riservando allo Stato il monopolio di alcune merci ed imponendo l'acquisto coattivo di contingenti di esse da parte dei contribuenti - es. tassa inglese sulle finestre, acquisto coattivo di contingenti di sale del monopolio, carta bollata, tasse giudiziarie e postali, lotterie

**21-** In alternativa si ricorre al **prestito pubblico**, a più riprese consolidato, i cui titoli possono acquistare efficacia analoga a quella di titoli di credito nominativi

Per pagare gli interessi sui prestiti bancari, concessioni a lungo termine su parti di territorio o colonie o concessioni di poteri pubblici

**22- Moneta:** il corso forzoso ha la conseguenza di mantenere in corso al valore nominale anche moneta scadente, e di far tesaurizzare la moneta buona; svalutazione

### **23- Difesa**

Eserciti feudali - cittadini - di ventura

> tendenziale eguaglianza dei sudditi verso gli obblighi militari

> costituzione di eserciti permanenti formati da:

milizie generali, chiamate alle armi in caso di guerra

milizie scelte professionali

milizie stanziali quali guarnigioni permanenti di fortificazioni

milizie mercenarie quali guardie del corpo

Esenzione dei feudali dietro pagamento di una tassa

polizia: prima di sicurezza, poi anche giudiziaria (satellizio)

**24-** Il concetto moderno di **libertà** in senso assoluto (e non come 'libertà di ...') si configura inizialmente come libertà di coscienza e di religione

**25-** Nei **Paesi riformati** si delinea una concezione monistica del potere civile e religioso concentrato nelle mani del sovrano (assoluto)

Nei **Paesi cattolici** permane il concetto dualistico delle due potestà separate, delle quali secondo i curialisti è prevalente quella ecclesiastica *ratione materiae* e quella temporale è condizionata dal consenso popolare, mentre i giurisdizionalisti tendono ad estendere gli *jura circa sacra*

*Jura circa sacra* spettanti al sovrano: *jus protectionis/ inspectionis/ reformandi*

*placet* agli atti anche pontifici da eseguire nello Stato/ diritto di nomina o di veto alle cariche

ecclesiastiche/ appello per abuso (anche pro fedeli) a tribunali civili contro atti ecclesiastici/

sequestri di temporalità per malversazione o di rappresaglia/ riserva del dominio eminente sui beni ecclesiastici, che quindi sono tassabili

**26-** La frattura dell'unità religiosa dell'Europa ha la conseguenza di favorire la **laicizzazione** della società e dello Stato: la religione non è più la base di tutto il vivere civile

Comunque **lo Stato giurisdizionale è ancora confessionale e non laico**: il sovrano impone la religione di Stato, e se è in vena di essere tollerante permette agli altri di emigrare

La religione è strumento di controllo politico

### **27- L'assolutismo illuminato e lo Stato di polizia**

**A-** Uno dei fattori che in Francia portano alla **rivoluzione** è la circostanza che l'assolutismo autocratico di Luigi XIV aveva minato ogni ordinamento concorrente che potesse costituire il punto di aggregazione di una formazione sociale di opposizione e consentire una dialettica di aggiustamenti progressivi: anche i Parlements, usciti perdenti dalla vicenda della Fronda nel XVII sec., non hanno strumenti per intervenire direttamente nelle vicende politiche e devono limitare la loro influenza all'ambito tecnico-giuridico

**B-** **L'assolutismo illuminato** differisce dall'assolutismo *tout-court* anzitutto per il titolo con cui si autolegittima: non più la volontà divina ma quella popolare, non più la provvidenza ma il contratto sociale, stipulato in antico e poi lasciato in eredità ai successori (legittimismo)

Il sovrano è un funzionario, chi è sovrano è lo Stato

## C- Lo Stato di polizia

Polizia = amministrazione degli affari interni

L'attenzione si sposta dall'arte della politica alla scienza della polizia, ma si tratta pur sempre di uno sviluppo dello Stato assoluto

*Polizia di sicurezza*: esterna / interna (Sonnenfels: i sudditi sono nemici interni)

*Polizia di benessere* (sudditi benestanti si possono tassare meglio)

Progressiva estensione dei fini dello Stato -> dei doveri del re > dei poteri sovrani (avocazione e estensione delle regalie imperiali)

Se i doveri morali dell'uomo sono anche doveri mediati verso lo Stato, questo ha il dovere-potere di controllarne l'adempimento oltre che di educare i sudditi al loro rispetto e i principini alla loro imposizione

Religione e istruzione come armi ideologiche

**D- Unificare** il regime giuridico e gli organi amministrativi su tutto il territorio: **semplificare** la gestione e permettere un controllo più trasparente

Tuttavia l'ordine assolutista, lungi dal rappresentare un superamento del particolarismo, ne provoca la cristallizzazione e la radicalizzazione

*Stutz*: in regime di privilegio sono più le eccezioni delle regole

Di conseguenza nei ceti dotati di maggiore autocoscienza si formula l'aspirazione ad una forma di rappresentanza unitaria di tutti i sudditi di fronte al sovrano, il quale così diventa una delle due parti in causa anziché il moderatore di una dialettica tra status

**E- Censura** dappertutto salvo: Olanda, Inghilterra dopo il 1694, Prussia (Federico II), Austria (Giuseppe II), Svezia (Gustavo III): meglio *sapere* cosa pensa la gente

**F- Controlli amministrativi**: censimenti - anagrafe - passaporti - registrazione negli alberghi - autorizzazioni amministrative per l'esercizio di svariate attività - ispezioni

## G- Principi fondamentali dello Stato di diritto

La **dottrina** elabora i lineamenti della **costituzione materiale**, pur senza che si arrivi in concreto alla formalizzazione di documenti costituzionali e nemmeno ad una omogenea attuazione dei principi teorici: governo legale, non delegabile, rispetto dei patti convenuti, atti motivati (salvo il segreto di Stato), rendiconti finanziari, indennizzo per lesioni di diritti soggettivi

Tentativo di ricondurre nell'ambito giurisdizionale almeno le violazioni di diritti soggettivi patrimoniali da parte dello Stato

Individuazione delle **norme non modificabili** da atti di volontà del sovrano (*lex de imperio*, disciplina della successione al titolo...)

## H- L'obbedienza

Nel periodo assolutista riemerge con rilevanza sempre più pregnante la vecchia quaestio medioevale relativa all'obbligatorietà dell'ordine illegittimo e/o contrario al diritto naturale. Per quanto essa venga dapprima risolta in senso favorevole all'obbligatorietà dell'ordine, e solo successivamente e per gradi trovi accoglimento il concetto elaborato da *Locke* di diritto di resistenza, il fatto stesso che essa venga posta è sintomatico della concretezza con cui il problema dell'autorità 'per diritto divino' viene sottoposto ad un riesame critico sempre più approfondito

*Thomasius, Wolff*: l'autorità sovrana è irresistibile, quindi non si può fare luogo a disobbedienza; tuttavia di fronte all'ordine illegittimo non si è tenuti all'obbedienza attiva ma solo a quella passiva, consistente nella sopportazione della pena per non aver obbedito attivamente; soltanto il funzionario può chiedere il riesame dell'ordine illegittimo

## **I- Rapporti internazionali**

Con la pace di Westfalia del 1648 si riconosce in via di fatto l'esistenza di una comunità internazionale di eguali

Rimane il principio che il territorio sia liberamente disponibile per trattato da parte del sovrano

**L-** Manca da parte dei sovrani **una legislazione in materia privatistica** a causa del minore interesse per quanto non si riferisca immediatamente all'esercizio del potere sovrano

**Pubblicizzazione di istituti**, al contrario che nella privatizzazione medioevale

*Mi convince poco*: ritengo piuttosto che l'ambito privatistico fosse implicitamente considerato intoccabile o quasi perchè i rapporti sociali, oltre che giuridici, delineati dal diritto comune costituivano i presupposti stessi dell'ordinamento. Il che è stato verificato nella rivoluzione francese, in cui appunto l'eversione dei rapporti sociali e giuridici ha provocato l'eversione della forma di governo e non viceversa

Inoltre proprio nel periodo assolutista si assiste in misura notevole all'emanazione di norme pubblicistiche relative a materie tradizionalmente privatistiche: una disciplina di carattere pubblico si affianca a quella di diritto privato per normare le stesse fattispecie, il che indica appunto un crescente interesse dei sovrani per ambiti in passato loro estranei

**M- Giurisdizione**: il sovrano interferisce con atti 'di giustizia sovrana' (grazie o internamenti) ed avocazioni anche (o soprattutto) nei confronti dei tribunali formati da suoi funzionari-giudici; soltanto in Prussia i *kabinettsorder* sono dichiarati inefficaci

Venezia (come Federico II nel caso del mugnaio prussiano) preferisce stare dalla parte del popolo contro nobiltà locale e giudici

**N- Germania**: I principi territoriali devono vedersela non soltanto con l'organizzazione interna dello Stato ma anche con i residui poteri sovrastatali, e precisamente con il *Reichstag* (dieta generale dei tre stati) le cui deliberazioni hanno efficacia di legge generale per tutto l'impero, con il *Reichshofrat* (consiglio aulico imperiale) e con il *Reichskammergericht* (tribunale camerale dell'impero), che inizialmente voluto dagli stati per sottrarsi al giudizio diretto dell'imperatore nel *Reichshofrat*, era diventato un tribunale a cui potevano fare ricorso tutti i sudditi dell'impero anche contro il loro principe.

Di conseguenza i principi territoriali chiedono e ottengono privilegi di esenzione dalla giurisdizione del *Reichskammergericht* (di non esservi chiamati in giudizio, e/o che non vi vengano impugnate le loro sentenze) o magari vietano con pene severe ai loro sudditi di ricorrervi

## **O- Amministrazione**

*Differenziazione* delle funzioni - distinzione tra atti legislativi, amministrativi e sentenze - distinzione tra i vari settori dell'attività amministrativa

Costituzione di *organi stabili* e differenziati in base al settore di attività, sotto il diretto controllo del sovrano (ministeri o dicasteri) e organizzati gerarchicamente

Il *rapporto di servizio* è un rapporto fiduciario extragiuridico verso il sovrano (regolato in via non vincolante da principi di equità tratti dalla disciplina del mandato), non un rapporto giuridico verso lo Stato

Un vero e proprio stato giuridico è riscontrabile soltanto in capo a coloro che sono titolari di cariche venali e/o ereditarie, in quanto proprietari di esse

*Norme di azione* indirizzate ai funzionari vengono emanate tramite ordini di servizio e circolari, che fondano una prassi amministrativa; ma mancano completamente norme di diritto amministrativo con efficacia vincolante che regolino i rapporti tra la p.a. e i sudditi, di modo che le violazioni degli ordini di servizio possono essere rilevate soltanto dal sovrano e non dai sudditi

In deroga al principio medioevale che lo Stato agisce in materia patrimoniale come se fosse un privato e che i singoli hanno piena tutela nei confronti del Fisco, ora vengono *fatti salvi i c.d. atti di*

*impero* tramite il principio '*solve et repete*' e vengono create giurisdizioni speciali per le liti in cui sia parte il fisco

**P- Finanze:** progressiva autonomia dell'amministrazione finanziaria - rendiconti e bilanci  
**ma** il sovrano continua a poter disporre arbitrariamente spese non motivate e ad imporre *una tantum* e prestiti forzosi

*Mercantilismo:* l'oro è il bene per eccellenza, da procurarsi in quantità privilegiando le esportazioni e scoraggiando le importazioni, in modo da avere saldi attivi nella bilancia commerciale ed evitare la circolazione forzosa di cartamoneta senza copertura

**Fisiocrazia, liberismo:** il bene per eccellenza è la produzione della terra, la moneta è un mero strumento, la produttività è favorita dalla libera circolazione delle merci e dalla libertà del lavoro: in tal modo la merce, liberata dai calmieri oltre che dai dazi, aumenta un po' di prezzo, ma non manca mai più perchè si produce quello che serve quando e dove serve, nè più nè meno

In pratica è meno difficile abolire i dazi interni che le corporazioni, in quanto non si ledono soltanto gli interessi di pochi concessionari ma di intere categorie privilegiate

### **Q- Tributi**

Progetti di riforme per creare un sistema impositivo uniforme, perequato ed efficiente:

nuovi catasti fondiari

imposizione fondiaria proporzionale al reddito diligente anzichè all'estensione o al prodotto lordo (decima)

riscossione diretta tramite funzionari e non in appalto

riduzione delle gabelle (imposte indirette)

ma restano le imposte dirette a colletta (anche per contingente) in base ad accertamenti indiziari (focatici, testatici) finché la rivoluzione francese non li sostituisce con accertamenti su basi oggettive incontestabili

eliminazione dei dazi

eliminazione dei monopoli

### **R- Recupero della gestione di tutte le funzioni pubbliche**

Revoca o ricompra delle concessioni a privati (e severo controllo dei titoli) per:

-- governo di territori coloniali da parte di compagnie, magari quale corrispettivo di prestiti bancari o dei loro interessi

-- appalti a privati per la riscossione di imposte dirette o indirette

-- esercizio di monopoli dati in concessione, magari con il potere di imporre l'acquisto coattivo di contingenti di merce

-- esercizio di pubbliche funzioni a titolo ereditario e/o venale

-- esenzioni in perpetuo da imposte e/o tasse (nobili, funzionari, clero, dottori, professionisti, corpi organizzati)

-- godimento di beni demaniali dietro canoni tenuissimi

*Eventuali nuove concessioni sono fatte in forma di allodio*

## **Massimo Brutti**

### **Costruzioni dottrinali dei diritti reali nella Germania del XIX secolo**

**1- Savigny:** non esiste il diritto soggettivo (di un individuo) ma il rapporto giuridico (tra due o più parti)

Non esiste la norma, ma l'istituto (che la norma regola a seconda delle esigenze del tempo)

**2- Il possesso** è configurato da Savigny quale concetto autonomo da quello di mero esercizio del diritto di proprietà piena (non limitato da *jura in re aliena* di terzi) in quanto esso non è soltanto il fatto (dell'esercizio) che consegue al diritto (di proprietà) ma può essere anche un mero fatto (senza titolo giuridico: anche la violenza) che però fonda un diritto (es. usucapione e interdetti possessori) quindi possesso è esercizio, ma non solo della proprietà: anche degli altri diritti reali (*in re aliena*), o anche mero fatto

**3- Savigny** (e ALR): **proprietà** = fatto del dominio = dominio utile  
*Thibaut*: proprietà = quella che dice la legge = dominio diretto

## **Adriano Cavanna**

### **Tendenze storiografiche nel Novecento**

**1- Motivi della preferenza attuale per il diritto moderno:**

- a- motivo tecnico: si presta al metodo di indagine storicizzante
- b- motivo polemico: contro il formalismo di medievisti e medievalisti
- c- motivo strategico: per collegarsi ai cultori di diritto positivo

**2- Ricuperare al giurista di oggi il perduto ruolo di tecnico della mediazione sociale**, ricollegandosi alla politica, alla sociologia, alla storia delle ideologie...

**3- Applicare il metodo antiformalistico** agli stessi antiformalisti: qual'è la loro politica?

*Berlinguer-Mazzacane*: materialismo storico (slegare il diritto dal principio di certezza) - diritto come struttura di un sistema di potere

*Ajello* invece non concorda sul fatto che il diritto sia un prodotto funzionale alla classe dominante e che l'illuminismo sia una ideologia borghese

**4- Problemi affrontati finora dall'indirizzo antiformalistico:**

- a- evoluzione del diritto comune in età moderna
- b- fonti di produzione
- c- istituzioni dello stato moderno
- d- burocratizzazione
- e- ceto giuridico
- f- giusnaturalismo e illuminismo
- g- università
- h- codificazioni
- i- diritto di famiglia (in chiave sociale) ma NO altri istituti privatistici
- l- crisi di credibilità, oltre che di certezza, del diritto comune
- m- funzione della giurisprudenza e della prassi
- n- funzione dei diritti locali e particolari (una storia documentata può essere solo locale)

**6- In età moderna lo Stato interviene sulle università** imponendo programmi improntati a sistematica e razionalismo: per poter controllare i giuristi bisogna educarli fin da piccoli

**7- Diritto penale moderno:** come coordinare tre fondamentali ideologie: retributiva, utilitaristica, umanitaria

Es.: la proporzionalità della pena si commisura al reato o alla funzione di prevenzione?



## Pietro Costa

### Formalizzazione della titolarità e dell'esercizio del potere nel medioevo

**1- All'interno di una struttura di simboli** (così è ordinato il campo fino al 1300):

*1° processo valido:* Impero

*2° processo valido:* Chiesa

**all'esterno**, ma anch'esso strutturato e legittimato (prevale dopo il 1300):

*1° processo effettivo:* Comuni

*2° processo effettivo:* Regni

**2- Potere** = probabilità che il comando sia obbedito in virtù di un rapporto stabile tra ineguali  
Potere politico = idem nell'ambito di istituzioni permanenti

**3- Jurisdictio:** immagine del potere nel medioevo, a partire dal momento in cui Irnerio dà al termine un preciso significato tecnico

**Jurisdictio** = l'alto giudica il basso (*judex* = rappresentante di un processo di potere legittimo; dopo il 1300, esso può essere anche solo effettivo e non valido)

*Imperium* = perché può comandargli

*Potestas* = cioè farsi obbedire

*Administratio* = in relazione a un oggetto o ambito concreto

(gerarchia di ampiezze dall'imperatore fino alle corporazioni)

## Paolo Grossi

### Evoluzione dottrinale del concetto di proprietà nel XIX secolo

**1-** Anche il **concetto di proprietà** è un prodotto storico nonostante l'apparente continuità del concetto sottostante alla parola dai Romani a oggi

**2-** La rivoluzione francese rovescia il **concetto** medievale e moderno di diritti reali, ma solo sul piano ideologico

*Di conseguenza il lavoro tecnico-giuridico di costruzione di un nuovo concetto tecnico adeguato all'ideologia, nel 1804 è ancora tutto da fare*

La dottrina giuridica ottocentesca (italiana: paleocivilistica, francesizzante) non ce la fa a costruire l'istituto della proprietà come diverso per natura e distinto dai diritti reali *in re aliena*; ci vorrà la neocivilistica della fine del secolo e del Novecento, ispirata più alle pandette e al BGB che alla Francia

**3-** Fino a quel momento continua a vivere nella mente dei giuristi il modello medievale della proprietà, basato sulla **funzione economica della cosa** anziché sulla libertà individuale

Il problema di riconquistare la terra dopo l'alto medioevo porta a dare un'importanza preminente alle situazioni economiche (reali) rispetto alle esigenze individuali (soggettive)

Tanti possono essere i domini (propriamente detti) quante le funzioni economiche della cosa

Valorizzazione dell'effettivo (cfr. Costa) ossia dell'*utilitas* rispetto alla *substantia*: l'*utilitas* viene costituita quale fonte autonoma di poteri

L'effettivo prevale sul formale: è *dominus* chi lavora sulla terra

**4-** Il passaggio a concetti 'moderni' avviene attorno al Trecento: appare l'individuo, distinto dai fenomeni cui partecipa

Emerge anche il concetto di *dominium* come espressione di pura **volontà** individuale e di libertà (anzitutto come *dominium sui*, poi anche come *dominium rerum*)

La proprietà viene concepita (ma da filosofi, non da giuristi) come indispensabile estrinsecazione esterna della libertà individuale: non più come fenomeno economico, ma metafisico

**5-** Per almeno quattro secoli la dottrina starà a cavallo di una contraddizione tra concetto filosofico e realtà giuridica dell'istituto

Cfr. *Zasio*, che ammette e teorizza il **dominio diviso** pur trovandosi a propendere ideologicamente per un concetto di proprietà assoluta: dominio è *potestas utendi et abutendi*; dei due domini, diretto e utile, il dominio 'vero' è quello utile; ma come fare posto a **due 'abuti'**, quello incontestato del direttario e quello ora affermato dell'utilista?

**6-** Solo con la rivoluzione francese questo nuovo concetto arriva a influenzare la realtà economica: *liberando la terra dai domini diretti (e unificando il dominio in capo all'utilista) si ricostituisce nel mondo fisico la contropartita del concetto astratto*. La tecnica giuridica invece non muta fino alla fine del XIX sec.

**7-** E' velleitaria e inesatta la retrodatazione a Pothier del concetto moderno di proprietà, operata da Scozzafava sulla base delle opere degli Esegeti francesi dell'Ottocento: Pothier non fa altro che dare sistemazione definitiva proprio al regime moderno del dominio, cioè al dominio diviso! e lo fa senza inventare niente di nuovo rispetto ad autori di molto precedenti, es. Dumoulin

**La vera rivoluzione è stata quella di eliminare il feudo**, e un tale intervento Pothier neanche se lo sognava

Inoltre anche Pothier concepisce proprietà e diritti reali limitati come ontologicamente omogenei e quindi la proprietà (piena) come coincidenza in capo ad un solo soggetto di **un fascio di facoltà omogenee** (situazione limite ed in pratica assai rara se non per gli allodii)

Di conseguenza vede anche ciascun possibile utilista come vero *dominus* al pari del direttario e viceversa, pur dando ('economicisticamente') la prevalenza alla posizione del/degli utilisti

**Pothier non fa nessuna 'teoria generale' della proprietà** perché non prescinde affatto dal fenomenico, anzi lavora proprio su quello

## **8- Paleocivilistica**

Il modello medioevale impronta di sè la concezione ottocentesca della proprietà quale **somma di facoltà** sulla cosa (perfino il 544 del Code Civil fa un elenco di poteri del proprietario!) e gli altri diritti reali vengono pertanto configurati quali modificazioni della proprietà

L'ABGB addirittura ammette espressamente la divisibilità del dominio

**9-** Gli **Esegeti** a loro volta sfruttano dovunque possibile la dottrina Ancien Régime che configurava la proprietà come **somma di jura in re**; lo smembramento che ne consegue viene conciliato con il 544 per il fatto che rientra nelle facoltà del proprietario disporre della cosa anche parzialmente. Ma la conciliazione è solo apparente perché se lo *jus in re* è una mera frazione della proprietà anziché un diritto ontologicamente diverso, finiscono per esistere più proprietà sulla stessa cosa, *quod est absurdum ex 544*

**10-** In pratica si pone un principio e poi lo si smonta e contraddice: 'la proprietà è illimitata! purché non sia limitata (quindi è **limitabile**)'

**11-** Secondo gli Esegeti, i limiti alla proprietà discendono dalle esigenze sociali: prima di tutto dai diritti altrui e poi anche dalla legge

Quando capita che per caso tutte le facoltà che compongono la proprietà si trovino in capo ad un solo soggetto, si parla di **proprietà perfetta** (ma restano pur sempre concettualmente distinte l'una dall'altra)

*Non esiste contrapposizione ontologica tra proprietà e altri diritti reali, ma una serie continua di modalità tra gli estremi della proprietà piena e di quella semipiena*

## 12- Conseguenze:

a- se i diritti reali limitati hanno la stessa natura della proprietà, allora possono essere oggetto di **rivendica**

b- la definizione del codice che configura la proprietà come diritto illimitato è soltanto un **modello ideale**

c- **I diritti reali non sono (ancora) un numero chiuso** perché l'autonomia del proprietario può inventarne di nuovi, tanti quante sono le possibilità di utilizzazione della cosa

## 13- Crisi della paleocivilistica

Sorge il dubbio che forse le **servitù** non sono una forma di dominio pur essendo una facoltà del proprietario che è stata separata e resa autonoma

Qualcuno comincia a leggere *Windscheid*: proprietà e *jura in re aliena* sono strutturalmente diversi

## 14- Neocivilistica

Si scoprono i **pandettisti**

Costruzione di una **parte generale** (magari senza cadere nella *Begriffsjurisprudenz* in cui i fatti spariscono addirittura)

Coincidenza tra dogmatica romanistica (pandettistica, quindi non poi tanto romana!) e civilistica  
Paradossalmente, è solo adesso che viene costruito un istituto veramente coincidente con le affermazioni di principio della rivoluzione francese:

-- è assoluta, indivisibile, controparte reale dell'individuo proprietario

-- i diritti reali limitati sono ontologicamente diversi dalla proprietà

Tuttavia:

--limiti di legge all'esercizio del diritto nell'interesse della società

-- diverse specie di proprietà in relazione alla cosa che ne è oggetto (mobili, immobili, miniere, acque, ecc.)

## Luigi Lombardi

### Giurisprudenzialità del diritto

#### 1- Attività dei giuristi romani:

a- *consigliare* = proporre (non imporre) il diritto alle parti/a una parte/ a un giudice/ a un magistrato; responso +/- oracolare anche immotivato

diritto = criterio di soluzione di singoli casi e non norma preesistente generale e astratta; no formulazione di regole

b- *custodire* = i magistrati sono temporanei e cambiano, ma i giuristi restano come archivi viventi

#### 2- Diritto medioevale = cupola a quattro arcate

La guglia è il diritto divino, le arcate sono il diritto canonico, romano, feudale e statutario

4- Il mondo antico è empirico e **prudenziale**, il mondo medioevale è deduttivo e **sapienziale**

5- Età della *communis opinio*: non occorre essere bravi, ma bisogna essere bene informati

## 6- Giurisprudenza medievale e moderna

a- bisogno di norme generali -> riordinare e semplificare

b- bisogno di norme individuali -> adattare e specificare

per entrambe le necessità, supplenza della giurisprudenza rispetto allo Stato, anche negli ordinamenti (più o meno apparentemente) codificati

7- La storia modifica l'ordinamento giuridico: **la storia è un illecito?** (secondo Baldo non lo è: *populi sunt de jure gentium*)

8- Ogni proposizione giuridica può essere applicata a fattispecie diverse da quella espressamente contemplata, sia per analogia sia *'a contrario'*: la scelta tra i due metodi non è possibile secondo logica, ma richiede un **giudizio di valore**

9- Ai due diversi principi di **positivizzazione del diritto** (giurisprudenziale e legislativo) corrispondono due diverse funzioni della giurisprudenza:

a- *sistema a diritto comune*: fonte primaria del diritto sono i giuristi

giurisprudenza = principio di chiusura (consolida il diritto positivo)

b- *sistemi codicistici*: fonte primaria è il testo elaborato dal legislatore statale

giurisprudenza = principio di apertura (mette in crisi il diritto positivo immettendovi diritto – giurisprudenziale-- metapositivo)

## Lanfranco Mossini

### Impiego delle citazioni

1- Comprensione del fenomeno solo attraverso la **citazione**, ossia attraverso la sua classificazione in categorie precostituite aventi valore ontologico (impossibilità di qualsiasi esperienza immediata, senza mediazioni); citare = dimostrare

cfr. Calasso: in regime di pluralità di fonti, classificare un fatto è già applicare ad esso un diritto piuttosto che un altro

2- **Leggi delle citazioni**: trasformare il conflitto in gerarchia, sostituire all'autorità dei giuristi da citare quella del sovrano che li dichiara citabili

3- **Ancien Régime**: i fenomeni della vita non sono che citazioni

Oggi: non sono che articoli di legge (non 'un furto' ma 'un 624 C.P.')

## Bruno Paradisi

### La storiografia italiana

1- Ricollegare la filologia degli istituti alla storia dell'ordinamento giuridico e la storia del diritto alle altre storie e alla filosofia, perchè anche **i concetti sono prodotti storici**

2- L'individuazione della **storia del diritto** (non più vigente) come disciplina autonoma è posteriore al Code Civil - gli umanisti sono filologi ma non storici del diritto

**3-** Prima che si affermasse il concetto di **Stato di diritto**, il diritto pubblico e la gestione della P.A. era cosa da politici e non da giuristi, e trovava disciplina nella volontà del sovrano e non in un corpo impersonale di norme

#### **4- Tendenze della storiografia giuridica italiana contemporanea:**

da medievisti (storia giuridica altomedievale) e medievalisti (diritto comune come diritto a suo tempo vigente) a modernisti

*Paradisi:* storia degli istituti

*Schupfer-Tamassia:* dualismo tra concezioni romana e germanica del diritto - quale prevale caso per caso?

*Positivismo:* il diritto non è prodotto della volontà individuale ma di forze storiche

*Patetta:* storia della letteratura giuridica e della dottrina

*Calasso:* storia del pensiero giuridico come espressione dei giuristi in tutta Europa - non più prodotto anonimo di forze storiche nè della volontà individualistica del sovrano - respiro europeo alla disciplina

*Tarello-Cavanna-Ajello-Sbriccoli-Lombardi-Mossini:* diritto come fenomeno sociale e ideologico - Ruolo del giurista

## **Mario Sbriccoli**

### **Ruolo dei giuristi**

**1- Interpretazione = operazione ideologica** = riflessione sui valori sociali per dare soluzione a problemi extragiuridici quanto all'origine, ma tradotti in linguaggio giuridico tramite il processo seguente:

- a- negazione del fenomeno e/o della sua rilevanza giuridica
- b- contestazione della legittimità del fenomeno
- c- giustificazione del fenomeno
- d- legittimazione del fenomeno

**2-** Interpretare = **scegliere** = atto di volontà e non di conoscenza

**3-** Ogni gruppo di potere emana un **ceto di intellettuali** che ne rappresenta l'autocoscienza e ne fornisce l'autogiustificazione; e viceversa sospetta degli intellettuali preesistenti, legati a un altro gruppo di potere; quindi o li elimina o li coopta

**4-** Il **potere del giurista** è in realtà il presupposto della sua azione e in apparenza la contropartita del servizio svolto

**5-** Il giurista deve motivare le sue scelte politiche con argomenti tecnici e restando sul **piano dell'interpretazione** del diritto, se no esce dal ruolo di esperto che è proprio il titolo che gli permette di fare scelte politiche

**6-** Il potere si serve di **tecnici** (deresponsabilizzati sul piano politico, ma solo in apparenza) per deresponsabilizzare le proprie azioni ed evitare critiche alle proprie scelte

**7-** La definizione di **'interpretatio'** nel medioevo non denota un concetto ma un metodo logico: il diritto non prende ad oggetto se stesso e la sua funzione

Manca una teoria generale del diritto che ne esamini espressamente i fondamenti: al massimo tautologie

8- Una scelta ideologica che raccolga **consenso** viene trasformata in conclusione logica e giuridica

9- Rovesciamento della norma in lacuna tramite **interpretazione restrittiva**

10- L'*argumentum*' porta alla probabilità e non alla dimostrazione come invece l'interpretazione

## Giovanni Tarello

### Filogenesi degli ordinamenti; tecnica e politica

1- L'assolutismo e poi la codificazione portano progressivamente alla **tecnicizzazione** della giurisprudenza (la norma diventa comando esplicito anzichè esercizio di giustizia) e alla deresponsabilizzazione politica del giurista.

Oggi le scelte le fa un legislatore non tecnico in sede di elaborazione di leggi, non più il giurista tecnico in sede di soluzione secondo giustizia di un caso concreto

La politicizzazione della legislazione (elaborata da non tecnici) unita alla deresponsabilizzazione dell'interpretazione (da parte dei tecnici) porta alla segregazione del giurista a mero applicatore di un prodotto normativo altrui

Il concetto di diritto passa ad indicare il prodotto di un accertamento di quale sia la (sola) soluzione corretta, non di una scelta, tra più alternative possibili, della soluzione più giusta

2- Con la codificazione **l'oggetto della giurisprudenza diventa esterno** alla giurisprudenza stessa, in quanto prodotto da qualcun altro (il legislatore). Ne consegue l'allontanamento tra chi fa le leggi e chi le applica, e tra chi le applica e chi le studia (legislatore - giurisprudenza - dottrina)

3- La storia concettuale può anche essere studiata come un aspetto della storia sociale, con particolare attenzione ai **rapporti sottostanti alle scelte normative**, tramite le quali l'organizzazione politica (di fatto) diventa organizzazione giuridica (di diritto)

4- La **divisione dei poteri** isola il giudice in un ambito meramente tecnico: a lui non spetta di formulare giudizi di valore perché l'ha già fatto il legislatore, e quindi si ritrova forzatamente imparziale, almeno in superficie; ogni aspetto politico nell'esercizio della giurisdizione rimane necessariamente dissimulato sotto le specie di pura tecnica

Positivismo giuridico + divisione dei poteri = giudice bocca della legge

5- Oggi si intende per '**codice**' un documento che:

contiene solo norme

è unitario

è esauriente per materia

6- codificazione **civile** in Europa, codificazione **costituzionale** in America, in relazione al rispettivo ambito in cui la normativa appariva meno adeguata ai fatti sociali

7- Con le codificazioni emergono in Europa (meglio: nel sistema romano-germanico, come lo definisce David) i confini attuali tra le materie, che sono a loro volta frutto di scelta

Le **partizioni tra materie** diventano nel secolo XIX strumento di conservazione politica (cioè delle scelte che le hanno motivate)

**8-** Il processo di **costituzionalizzazione**, caratteristico dell'età moderna, porta il rapporto tra il potere e i sottoposti a configurarsi progressivamente come giuridico, e pertanto regolato da norme stabili e conoscibili

**9-** Prima della codificazione, il **diritto penale** non conosce fattispecie astratte di reato ma comportamenti particolareggiatamente descritti e puniti non in quanto tali, ma in ragione della persona che li tiene e di quella che ne è oggetto  
Anche la proporzionalità della pena, ove esiste, è commisurata alle persone e non alla gravità del fatto

**10-** L'illuminismo introduce il concetto della **retributività della pena**, cui consegue l'elaborazione di codici in cui a figure astratte di reato corrisponde un tariffario di pene proporzionali ('chiunque... è punito...')

**11-** Schieramenti pro e contro la **riforma radicale del sistema giuridico**:

**pro** - titolari e acquirenti di beni allodiali - commercianti e industriali - minoranze a diritto speciale - dottrina

**contro** - giuristi pratici - notai e certificatori - titolari di privilegi e prerogative giurisdizionali (attive e passive)

**12-** Tentativi di **semplificazione enunciativa**:

giusnaturalismo tedesco (Pufendorf e Thomasio): norme-divieto (imperativizzazione)

razionalismo tedesco (Leibniz e Wolff): norme-proposizione (geometrizzazione)

razionalismo romanista (Domat e Pothier): norme-concetto (sistematizzazione)

**13-** La **codificazione delle procedure** si colloca quale momento finale del processo che rende la giurisdizione una funzione autonoma (realizzazione della separazione dei poteri)

**14-** La creazione di **giurisdizioni accentrate** (supreme di appello e/o con competenze esclusive) in periodo assolutista è indispensabile per assicurare la preminenza delle norme sovrane sulla giurisprudenza di diritto comune

In Francia tale accentramento può avvenire solo a favore di ciascun Parlement, e non di uno unico, perché ciascuno giudica secondo un suo diritto locale: un ulteriore accentramento postula il rinnovamento di tutto il sistema sostanziale

**15-** Solo alla fine del Settecento prende corpo il concetto di **'libertà'** in astratto, mentre prima c'erano solo singole 'libertà di ...'

Il punto di vista si rovescia: prima la libertà è l'eccezione, ora è la regola

**16- Hobbes:** secolarizzazione del titolo del potere

in penale: ciò che rende reato un atto è la norma penale (irretroattività)

il sovrano punisce per correggere o per esempio degli altri (non retributività ma utilitarismo)

**17- Pays de droit écrit: nul seigneur sans titre** (si presume **allodiale**)

**Pays de droit coutumier: nulle terre sans seigneur** (si presume **signorile**)

## Michel Vidal

### La Scuola dell'Esegesi

- 1- Giusnaturalismo: forse la **proprietà** non è un diritto naturale, in quanto è fonte di ineguaglianza ed è conseguenza di leggi positive non eque  
l'originaria proprietà comune dovrebbe spettare ora allo Stato  
*viceversa* il Code Civil fa la scelta opposta di garantire la proprietà come fondamentale diritto naturale
- 2- Tale posizione è estremizzata dalla **Scuola dell'Esegesi** (così chiamata da Bonnacase, 1924) che ne fa strumento della borghesia capitalista (viene tutelato solo chi ha beni - chi non ne ha se ne procura)
- 3- **Demolombe** invoca addirittura la volontà divina come si faceva in passato per giustificare i privilegi nobiliari e le regalie  
Il cittadino ora vuole essere sovrano assoluto della cosa sua, irresponsabile di essa davanti a chiunque altro e alla società (*jus abutendi*) e padrone unico (incompatibilità di due o più domini)  
**Cambia il titolo del potere:** non più lo *status* per nascita ma l'occupazione seguita dal lavoro
- 4- Alcuni esegeti invece ritengono naturale soltanto il **possesso** mentre la proprietà (che concettualmente prescinde dal fatto del possesso) sarebbe una creazione sociale
- 5- La proprietà è ritenuta comunque indispensabile per garantire la **pace sociale**: il possidente è (o diventa) buono, operoso, economo... e conservatore dell'ordine costituito
- 6- La **proprietà** è considerata per natura **individuale** e non delegata ai singoli dallo Stato titolare, in quanto lo Stato stesso è finalizzato a nient'altro che alla tutela dei diritti dei singoli (la C.Cass. conferma 1885)
- 7- Ancien Régime: non esiste l'individuo ma solo le formazioni sociali, vere titolari di diritti  
Code Civil: esiste solo l'individuo sovrano assoluto di sé e delle sue cose, titolare di una volontà astratta e onnipotente
- 8- **Esegeti**: se il Code Civil non dispone espressamente, vuol dire che accetta la soluzione elaborata precedentemente dalla dottrina consolidata (= Pothier)
- 9- Chi farà poi rilevare la **funzione sociale della proprietà** non è la Scuola dell'Esegesi, ma la Corte di Cassazione

## Mario Viora

### Requisiti del codice in senso contemporaneo

I **codici** si differenziano dalla **consolidazioni** per le seguenti caratteristiche:

**a-** contengono materiale **nuovo**

infatti anche quando esso proviene dalla tradizione preesistente viene rielaborato e riformulato e muta il proprio titolo di vigenza (*restatement*) anziché essere una semplice raccolta cronologica o sistematica di materiale previgente

**b-** **abrogano** ogni fonte concorrente

**c-** si rivolgono ciascuno ad **un solo ramo del diritto** e lo disciplinano in modo tendenzialmente **completo**