

## DALL'UMANESIMO AL GIUSNATURALISMO.

### **Sentenze della eccellentissima Rota di Bologna, raccolte da Cesare Barzi, 1610, decisione 98.**

“Poiché dunque tutte queste sentenze hanno definito in tal modo il ruolo della consuetudine nel determinare la capacità delle donne di succedere nei beni paterni, ove non espressamente escluse, ciò fa sì che possa dirsi ormai concretizzata una consuetudine di giudizio, nella parte in cui essa può essere indotta dalle sentenze. La Glossa Magna, esponendo il testo di quella legge romana che afferma il dovere di giudicare in base alle leggi e non a partire da casi specifici precedentemente verificatisi, dichiara che ciò è vero a meno che non si sia prodotto un numero di sentenze tale da introdurre una nuova consuetudine, per cui alla fine si seguirà più questa che il dettato delle singole pronunce e questa opinione è seguita da molti giuristi, fra cui Baldo. Oggi si afferma generalmente che la consuetudine di giudizio (*consuetudo iudicandi*) si ravvisa da due sentenze conformi, deducendo ciò dalla regola romana comunemente accettata per cui basti la prima ripetizione di un fatto a creare una consuetudine qualsiasi...”

### **Il conflitto legislatore/giudici**

#### **Ordinanza civile concernente la riforma della giustizia** (*Ordonnance civile touchant la reformation de la justice, Luigi XIV, 1667*)

“Poiché la giustizia è il fondamento più solido della durata degli Stati e assicura la tranquillità delle famiglie e la fortuna dei popoli, abbiamo impiegato tutta la nostra sollecitudine per ristabilire l'autorità delle leggi all'interno del nostro Regno, dopo avergli donato la pace con la forza delle nostre armi. Per questo, avendo saputo dal rapporto fattoci da parte di persone di grande esperienza che le ordinanze saggiamente stabilite dai re nostri predecessori per dare soluzione alle dispute giudiziali sono state neglette o modificate dal decorso del tempo o dalla malizia dei mentitori; che esse vengono osservate in modo diverso in molte delle nostre corti, cosa che ha causato la rovina di molte famiglie a causa della mutevolezza delle procedure, l'inefficacia delle sanzioni e la varietà dei giudizi; e che sarebbe stato necessario provvedere a tutto ciò, e rendere la conclusione degli affari più celere, più facile e più sicura attraverso la cancellazione di troppi termini e atti inutili, e per l'instaurazione di uno stile uniforme in tutte le nostre Corti e distretti. Per questi motivi, su avviso del nostro Consiglio e di nostra propria consapevolezza, nostro pieno e assoluto potere e autorità reale, abbiamo detto, dichiarato e ordinato e diciamo, dichiariamo e ordiniamo quanto segue.

**Art. 1:** Vogliamo che la presente ordinanza, e quelle che faremo in seguito, insieme agli editti e alle dichiarazioni che potremo fare in futuro, siano osservate e custodite da tutte le nostre corti giudicanti, dal gran Consiglio, dalle camere dei Conti, dalle corti degli Aiuti e tutti gli altri tribunali, giudici, magistrati, ufficiali, tanto quelli che rispondono a noi che ai signori, e da tutti gli altri soggetti, anche se rivestiti di altro ruolo ufficiale.

**Art. 3:** Non intendiamo tuttavia impedire che, ogniquale volta per gli effetti del tempo, dell'uso e della maggiore esperienza un articolo della presente ordinanza si scontri con l'utilità o il benessere pubblico, o si trovi ad essere interpretato, dichiarato o temperato nell'uso, le nostre corti non possano in qualsiasi occasione rappresentarci ciò che esse giudicano meglio a tal proposito, senza che sotto tale pretesto ne possa essere impedita l'esecuzione.

**Art. 4:** Vogliamo che tutte le nostre ordinanze, editti, dichiarazioni e lettere patenti siano osservate, tanto nel corso del giudizio sui processi che altrimenti, senza contravvenirvi; e neanche che sotto il pretesto di usare maggiore equità, di venire meglio incontro al bene pubblico o di accelerare il corso della giustizia, o di altri motivi che le nostre corti dovessero

rappresentarci, esse o gli altri giudici possano non applicarle o temperarne le disposizioni, in qualsiasi caso e per qualsiasi motivo ciò avvenga.”

### **La ricerca di un nuovo ordine per il diritto.**

#### **François Hotman (1524-1590), *Antitribonianus* o *Dissertazione sul modo di studiare il diritto* (1567).**

“Occorre ora dire di un altro evento, che poniamo come quinto punto, e cioè delle tante controversie e delle molte concordanze che intercorrono oggi tra questi dottori eruditissimi, educati e provati nelle belle lettere, che si dichiarano professori della giurisprudenza purificata. Chi non vede quanto grande sia fra essi l'importanza della discussione sulla grammatica latina? Essi spesso si scontrano difatti a causa della difficoltà, che non è poca cosa nella pagina rude e severa dei nuovissimi giureconsulti che sanno tanto il greco quanto il latino, di stabilire se un termine debba essere inteso in uno o in un altro modo, cosa per cui traggono esempi da Cicerone, da Cesare, da Tito Livio. Una sola parola compone gran parte dei libri di questi autori, con tanta messe di citazioni concernenti la grammatica, da farli definire dai pratici con fastidio e denigrazione Umanisti o Grammatici. E' difatti chiaro come nelle nostre accademie esistano oggi due generi di giuristi, quasi due partiti opposti, di cui taluni vengono detti Bartolisti o, meglio, Barbari, altri Umanisti, Purificati e Grammatici, e fra questi annoveriamo François Connan, nella cui opera i primi sprezzantemente dicono che piuttosto che affrontare gli argomenti per quello che sono si preferisce ragionare dell'etimologia o della proprietà dei termini latini, nella cui esplicazione anche uomini talmente suscettibili e pieni di fastidio tuttavia trovano merito. A questo si lega un ulteriore fatto, che poniamo come sesto punto. Difatti dall'archetipo dei libri di Giustiniano, che Irnerio ebbe a divulgare, sono state effettuate numerosissime trascrizioni, oggi disseminate in tutte le scuole. Successivamente, appena il signore di Firenze Cosimo de' Medici permise di dare alle stampe, or sono trentacinque anni, il manoscritto autografo [...] sono immediatamente affiorate tante differenze e discrepanze tra gli esemplari in circolazione e l'autografo, tali da turbare profondamente gli uomini più dotti dei nostri tempi. Difatti sono infiniti i passi dell'autografo in cui si afferma qualcosa che, al contrario, viene negato nella *Vulgata* e non pochi i casi contrari, in cui nell'autografo si nega ciò che in questa si ammette. [...] in secondo luogo è ingente il numero dei luoghi in cui si trova riferito al convenuto ciò che nell'autografo è riferito all'attore; ciò che lì appartiene all'erede, qui è di pertinenza del legatario; ciò che lì è maschile, qui è di genere femminile ...”

### **Il giusnaturalismo contrattualista.**

#### **Thomas Hobbes (1588-1689), *Leviathan* (1651).**

“L'unico modo per ergere un tale potere comune, che sia capace di difendere gli uomini dall'invasione degli stranieri e dagli attacchi reciproci e pertanto a renderli sicuri in modo tale che essi possano sostentarsi del proprio lavoro e dei frutti della terra e vivere in pace, è quello di conferire ogni proprio potere e forza ad un solo uomo, o a un'unica assemblea di uomini, che abbia la capacità di ridurre ogni loro volere da una pluralità di voci ad una sola volontà: che è tanto quanto dire di affidare ad un uomo o a un'assemblea di uomini di dominare le loro persone; e a ciascun altro di riconoscere di essere autore di qualsivoglia cosa che colui che governa le loro persone debba fare, o determina che venga fatto, in quelle materie che concernono la comune pace e sicurezza; e di qui in avanti di sottomettere ciascuno la propria

volontà alla sua, e il proprio giudizio al suo giudizio. Ciò è più che consentire, o accordarsi, su qualcosa; esso rappresenta una vera unità di tutti loro in uno solo e la stessa persona, fatta dall'accordo di ciascun uomo con ciascun altro, in modo tale che ogni soggetto possa dire a ciascun altro: io autorizzo e cedo il mio diritto a governare me stesso a quest'uomo o a questa assemblea di uomini alla sola condizione che anche tu ceda il tuo stesso diritto a lui e autorizzi ogni sua azione nello stesso modo. Ciò fatto, la moltitudine così riunita in una sola persona è chiamata una **COMUNITÀ**, in latino una **CIVITAS**. Questa è la nascita del grande **LEVIATANO**, o, per parlare con più rispetto, del dio mortale a cui noi dobbiamo, sotto il Dio immortale, la nostra pace e la nostra difesa. Per questa autorità, data a lui da ogni singolo uomo nella comunità, egli può usare di così tanto potere e forza quale gli è stato conferito in modo tale da essere capace, anche servendosi del terrore, di formare le volontà di tutti, per conservare pace all'interno e mutuo soccorso contro i nemici esterni. E in lui stesso consiste l'essenza della Comunità; la quale, per darne una definizione, è: una persona, della cui origine si sono resi autori moltissimi soggetti, attraverso un reciproco accordo gli uni verso gli altri, che può usare la forza e i mezzi di tutti loro nel momento in cui deve trovare rimedi per la loro coesistenza pacifica e la difesa comune. E colui che incarna questa persona è chiamato sovrano, ed è detto avere il potere sovrano, e chiunque gli sia inferiore è detto suo suddito.”

## **John Locke, Secondo trattato sul governo, 1690**

### **XI. L'ambito del potere legislativo.**

134. Il grande fine in vista del quale gli uomini entrano in società e di godere dei loro beni in pace e sicurezza, e il grande strumento e mezzo di ciò sono le leggi istituite nella società. La prima e fondamentale legge positiva di tutti gli Stati è dunque l'istituzione del potere legislativo, dato che la prima e fondamentale legge di natura, che governa il legislativo stesso, è la salvaguardia della società e (per quanto è compatibile col pubblico bene) di ciascuna persona che ne fa parte. Il legislativo non solo è il supremo potere dello Stato, ma è sacro e inalterabile nelle mani in cui la comunità l'abbia riposto. Né un editto di chicchessia – qualunque sia la forma in cui è concepito o il potere da cui è sostenuto – può avere la forza e obbligatorietà d'una legge, se non riceve la sua sanzione da quel legislativo che il pubblico ha scelto e designato. Senza di ciò infatti la legge non può possedere ciò che è assolutamente necessario perché sia appunto una legge, cioè il consenso della società, sulla quale nessuno può avere il potere di legiferare se non in grazia del suo consenso e dell'autorità da essa ricevuta. (...)

135. Il potere legislativo, sia esso affidato a una o più persone, sia vigente di continuo o solo a intervalli, è sì il supremo potere in ogni Stato, ma ciò nonostante occorre considerare quanto segue.

In primo luogo, non esercita, né può assolutamente esercitare, l'arbitrio sulla vita e i beni del popolo. Non essendo infatti se non il potere congiunto di ciascun membro della società, conferito a quella persona o assemblea che appunto legiferano, non può essere nulla più di quanto quelle persone possedevano nello stato di natura prima di entrare in società e che hanno rimesso alla comunità. Nessuno infatti può trasferire ad altri più potere di quanto non ne abbia, e nessuno ha su se stesso o su altri, un assoluto arbitrario potere di togliersi la vita o strappare ad altri la vita o i beni. Un uomo, come s'è dimostrato, non può sottomettersi al potere arbitrario d'un altro. E non avendo nello stato di natura alcun potere arbitrario sulla vita, sulla libertà o sui beni altrui, se non quello che la legge di natura gli ha dato in vista della conservazione di se e del resto del genere umano, questo è tutto ciò ch'egli rimette, o può rimettere, allo Stato e, attraverso questo, al potere legislativo, onde il legislativo non può possederne più che tanto. Il suo potere, nella massima estensione, è comunque limitato dal

criterio del pubblico bene della società. È un potere che non ha altro fine che la conservazione, e non può dunque avere mai diritto di distruggere, ridurre in schiavitù o deliberatamente in miseria coloro che vi sono soggetti. (...) Le norme ch'essi danno alle azioni degli altri uomini devono essere – così come le azioni loro e altrui – conformi alla legge di natura, cioè alla volontà divina, di cui essa è una manifestazione; e, in quanto la legge naturale fondamentale è la conservazione del genere umano, nessuna umana sanzione può esser buona e valida in contrasto con essa.

136. In secondo luogo, l'autorità legislativa, o autorità suprema, non può arrogarsi il potere di governare per mezzo di estemporanei arbitrari decreti, ma è tenuta a dispensare la giustizia e stabilire i diritti dei sudditi con leggi promulgate e stabili e per mezzo di giudici abilitati e noti.

(...) Per ovviare a tali inconvenienti che nello stato di natura turbano le proprietà degli uomini, questi si associano, al fine di disporre della forza congiunta della società nel suo complesso, assicurare casi e proteggere le loro proprietà e avere stabili norme atte a definirle, in modo che ciascuno sappia che cosa è suo. È questo lo scopo in vista del quale gli uomini cedono tutto il loro potere naturale alla società della quale entrano a far parte, e la comunità pone il potere legislativo in mani che ritiene adatte, con la fiducia che sarà governata per mezzo di leggi dichiarate, in mancanza delle quali la loro pace, tranquillità e proprietà saranno ancora tanto incerte quanto erano nello stato di natura.

137. Né l'assoluto potere d'arbitrio, né un'autorità esercitata senza leggi stabili e fisse possono essere compatibili con i fini della società e del governo, che gli uomini non sceglierebbero mai a preferenza della libertà dello stato di natura, né vi si sottometterebbero, se non fosse per salvaguardare la loro vita, la loro libertà e i loro beni e assicurarsi la tranquillità e la pace con norme esplicite che regolino il diritto e la proprietà. Non è pensabile che, anche avendo il potere di farlo, essi avrebbero in animo di dare a uno o a più un assoluto potere d'arbitrio sulle loro persone e i loro beni, e porre nelle mani dei governanti una forza atta a esercitare su di loro arbitrariamente una volontà illimitata. Ciò significherebbe porsi in una condizione peggiore dello stato di natura.

Infatti, poiché l'intero potere del governo è inteso al bene della società, come non deve essere arbitrario e sregolato, così dev'essere esercitato in base a leggi stabili e promulgate; in modo che non solo il popolo possa conoscere il proprio dovere e stare sicuro e tranquillo entro i limiti della legge, ma anche i governanti siano costretti entro i confini che sono prescritti e non siano tentati dal potere di cui dispongono a usare di quel potere stesso per fini e con criteri che il popolo ignora e che, volontariamente, non accetterebbe.

138. In terzo luogo, il potere supremo non può togliere a un uomo una parte della sua proprietà senza il suo consenso. Infatti, la conservazione della proprietà essendo il fine del governo e la ragione per cui gli uomini entrano in società, è necessariamente presupposto che il popolo abbia una proprietà [...]. Ma nei regimi in cui al legislativo risiede in una sola assemblea sempre ininterrottamente in carica; o in un sol uomo, come nelle monarchie assolute, c'è sempre il pericolo che costoro ritengano di avere un interesse diverso da quello del resto della comunità, e di sentirsi dunque autorizzati ad accrescere la propria ricchezza e il proprio potere togliendo al popolo quello che vogliono. Infatti la proprietà d'un uomo non è mai sicura, anche se ci son leggi buone ed eque a garantirne i limiti rispetto a quelle dei vicini, se colui che governa ha il potere di togliere a un privato la parte di proprietà che vuole e di usarne e disporne come gli pare opportuno.

139. Quali che siano le mani cui è affidato, il governo riceve il suo mandato a questa condizione e a questo fine: che gli uomini abbiano proprietà e sicurezza dei loro beni.

141. In quarto luogo, il legislativo non può trasferire in altre mani il potere di emanare leggi. In quanto esso è un potere delegato dal popolo, coloro che lo possiedono non possono infatti trasmetterlo ad altri. Solo il popolo può stabilire la forma dello Stato e lo fa costituendo il legislativo e decidendo a chi affidarlo.

142. Questi sono i limiti che il mandato della società e la legge divina e naturale impongono al potere legislativo in ogni Stato e in ogni forma di governo.

**Primo:** il legislativo deve governare in base a leggi promulgate e determinate, non soggette a variazioni in casi particolari; deve avere una sola norma per il ricco e il povero, per il favorito di corte e per il contadino che segue l'aratro.

**Secondo:** anche tali leggi in definitiva devono essere intese soltanto al bene del popolo.

**Terzo:** il legislativo non deve imporre tasse sulla proprietà del popolo senza il consenso dato dal popolo direttamente o per mezzo di deputati. Ciò riguarda propriamente soltanto quei governi in cui il legislativo è sempre in atto, o almeno dove il popolo non abbia riservato parte del legislativo a deputati che da esso stesso di tempo in tempo debbano essere eletti.

**Quarto:** il legislativo non deve né può trasferire ad altri il potere di legiferare, né affidarlo a mani diverse da quelle cui l'ha affidato il popolo.