

**“PRAMMATIZZAZIONE” DEL DIRITTO,**  
**COMMUNIS OPINIO E DOTTRINA ITALIANA TRA CINQUE E SEICENTO**

Cominciamo dando i numeri:

- **96.000 glosse** nell’opera di Accursio (**magna glossa**, appunto);
- **4.000 canoni** giustapposti nel **Decretum gratiani** (più i *dicta* dello stesso Graziano);
- **10 volumi in folio** (= 100 libri odierni) di Bartolo;
- **7 volumi in folio** dei commentari e letture di Baldo
- circa **3.000 consilia** di Baldo ...

...e sono **solo alcune delle opere di alcuni giuristi che avete incontrato finora**

Questa produzione dottrinale rappresenta però:

- **qualitativamente**, la punta di diamante della cultura giuridica medievale
- **quantitativamente**, la punta dell’iceberg della **iurisprudencia**,
  - ovvero della produzione giuridica **dei doctores**

**Il grosso** della “produzione” dei giuristi

- che **con i glossatori** aveva conosciuto un **notevole carattere speculativo e teorico**
- e con i **commentatori costruzioni teoriche sopraffine**

**nel XV secolo...comincia ad assumere connotati più pratici,**

- **legati soprattutto alla prassi giudiziaria.**

**Questo fenomeno** prende il nome **di “prammatizzazione del diritto”.**

**In età rinascimentale**, una particolare **attività** dei giuristi **si diffonde in misura massiccia e a livello capillare:**

**la prassi dei consilia:** il rendere pareri

In quest’epoca, alla tipologia del **consilium sapientis iudiciale**, **già praticata dai giuristi**

- si aggiunge quella del **consilium pro veritate**.

**Il consilium sapientis iudiciale**

- **era quello reso al giudice** da un *giusperito*, in genere appartenente al collegio dei giuristi cittadino
  - **è una forma di consiglio molto precoce.**
  - **il giudice** delle magistrature comunali era infatti **PERSONALMENTE RESPONSABILE, civilmente e penalmente,** in caso di *sentenza errata*

- in procedendo e in iudicando
- sia per dolo che per colpa (imperizia)

Quindi si comprende facilmente perché ricorresse ad un esperto:

- appoggiandosi ad un consulente, il giudice, che giurista non era, confidava di stornare la responsabilità.

Spesso gli stessi statuti imponevano il *consilium* se una delle parti lo avesse chiesto...

- e questo, per lo più, serviva a garantire alle parti l'imparzialità e la perizia.

Diverse sono le dinamiche che interessano il *consilium pro veritate*.

- Sin dal primo '400 ai giuristi-professori, erano stati richiesti "pareri" da personaggi illustri (papi, imperatori, principi).
  - Si trattava di committenti che non badavano a spese
  - e quindi le retribuzioni erano cospicue
    - e lo erano al punto di diventare la primaria fonte di guadagno di questi giuristi-professori
- Successivamente il fenomeno si estende.
- ed il *consilium* identifica in parere richiesto ad un *doctor iuris* da chi voleva allegarlo in una causa, per convincere il giudice, giusta l'autorevolezza del consiliatore, a dargli ragione.
- Naturalmente, anche la controparte si premurava di allegare un parere, ad essa favorevole, di un *doctor iuris*,
  - con una conseguente moltiplicazione dell'attività dei *consiliatores* e del frutto di quella attività: i *consilia*.

Con l'invenzione della stampa (Gutenberg, metà del XV secolo)

- la diffusione dei *consilia* cresce esponenzialmente
- e le raccolte di questi pareri assumono proporzioni di difficile gestione.
- ...e difficile è soprattutto orientarsi nella varietà di opinioni che i *consilia* esprimono su uguali questioni.

Oltre al *consilium*, anche il *tractatus*,

- ovvero il genere letterario utilizzato dai Commentatori e diffusosi su scala europea,
  - contribuiva ad ampliare enormemente in numero di interpretazioni dottrinali sui diversi ambiti del diritto.

Peraltro, le tecniche interpretative della scuola del commento, sin dalla prima metà del '400 cominciano a mostrare segni di crisi

- .... perché la creatività si era gradualmente spenta
- ...e la stessa qualità dei commentari era scesa.

Insomma, la tecnica si fossilizzò

- e diventò una pedante ripetizione, oppure una costruzione artificiosa
- Ai tardi epigoni dei primi commentatori si dette l'appellativo di "bartolisti".

In effetti le loro opere mancano di originalità

- e sono segnate dall' accettazione pedissequa dell'autorità di Bartolo e Baldo.

Per giunta, il '400 è un momento storico di crisi per le istituzioni

- si formano le Signorie e gli stati territoriali a vocazione assolutista,
- e questi nuovi organismi vanno creando strutture
  - in cui si sarebbe trasferito il centro dell'elaborazione giuridica,
  - OSSIA I C.D. GRANDI TRIBUNALI.

Parte della dottrina, cerca quindi di affrancarsi dagli schemi del commento,

- e si dedica a scrivere monografie specialistiche, sistematiche ed organiche
  - dedicate ad un settore del diritto e della prassi ad esso relativa.
  - Spesso estraneo allo *ius civile* di matrice giustiniana

Sarà soprattutto nel '500 che grandi giuristi studieranno il diritto con taglio monografico e pragmatico

- il diritto penale (Tiberio Deciani, *Tractatus criminalis*, pubblicato postumo nel 1593).
- il diritto commerciale (Benvenuto Stracca, *Tractatus de mercatura*, 1575).
  - Sigismondo Scaccia, *De commerciis et cambio* (1619)
- la materia successoria (Francesco Mantica, *De coniecturis ultimarum voluntatum*, 1579).
- Il diritto matrimoniale e familiare (Giovanni Nevizzano, *De sylva nuptialis* (1521)

- Il **diritto processuale civile** (Roberto **Maranta**, *Speculum aureum et lumen advocatorum*, 1540).

Tra il 1584 ed i 1586, l'editore veneziano Francesco Ziletti, pubblica il **Tractatus Universis Iuris**: una grande raccolta di trattati giuridici.

- In 18 tomi, per 25 volumi in folio
- Comprende più di 754 monografie che coprono l'intero arco del diritto pubblico, penale, processuale, civile, commerciale
- Sono le opere di 362 autori italiani e stranieri dei sec. 12°-16°, dai primi glossatori ai contemporanei

Grande fortuna ebbero anche le pratiche criminali di:

- **Egidio Bossi**
- **Giulio Claro**
- **Prospero Farinacci**

Lo *speculum aureum* del Maranta è tra le opere più frequentemente.

- Maranta è epigono di un genere letterario fiorito ampiamente secoli prima,
- ma bisognoso di costante aggiornamento
- in consonanza con le riforme del processo introdotte dalle legislazioni locali e discusse dalla dottrina e dai trattati.
- Il suo trattato è compulsato dai pratici e fronte e fronte con lo *stylus* delle varie corti, **contributi a definire le forme del processo civile moderno.**

Largamente utilizzato fu poi il vasto trattato del romano **Prospero Farinaccio**,

- vera enciclopedia di diritto e procedura penale
- che raccoglieva ed esaminava sistematicamente le tesi di centinaia di autori sull'intera materia
- e che costituì dunque per gli avvocati un inesauribile repertorio di argomentazioni.

Autorevolissimo fu poi il trattato di **Giulio Claro (1525-1575)**,

- giudice del Senato milanese,
- pretore a Cremona
- membro a Madrid del Consiglio d'Italia,
  - l'alto organo consultivo istituito dalla monarchia spagnola per le più delicate questioni politiche e giuridiche.

Il libro quinto conteneva una concisa trattazione di diritto e di procedura penale, in cui per ciascun reato l'autore

- delineava le nozioni essenziali e le tesi della dottrina
- integrandole con una scelta di massime tratte dalla giurisprudenza del supremo tribunale lombardo, il Senato.

Alla base della grande diffusione dell'opera stanno:

- concisione e chiarezza,

- impianto concreto della trattazione
  - che sottolineava il peso decisivo assunto dalla prassi giudiziaria,
    - spesso lontana non solo dalle posizioni della dottrina ma dal dettato delle stesse fonti normative.

Carattere differente ebbe l'opera di **Tiberio Deciani**,  
Grande avvocato, giudice, poi professore a Padova.

- Il suo *Tractatus criminalis*,
- anticipa la moderna impostazione che prepone alla trattazione dei reati e delle pene una «parte generale».
- Vi trovavano spazio anche notizie e analisi di normative del passato prossimo e remoto – compresi l'Egitto, la Grecia antica e la Roma repubblicana –
  - evidentemente influenzate dal metodo umanistico e culto
  - che si integra però con un'impostazione logico-sistematica derivata dalle categorie aristoteliche che restavano in auge nell'insegnamento tardo-scolastico padovano del Cinquecento.

**Torniamo al quadro generale.**

**Il moltiplicarsi delle interpretazioni comportò una grave incertezza del diritto.**

- **E per non perdersi in quel labirinto di pareri, argomentazioni ed *opiniones*, si andò affermando, nella seconda metà del XV, secolo una soluzione pratica:**
  - **individuare per ciascun argomento una “*communis opinio*”,**
    - **una “opinione comune”, condivisa dai “maggiori” giuristi.**
    - “Maggiori” in senso “quantitativo” (la maggioranza)
    - e al tempo stesso “qualitativo” (i più autorevoli);

Cosa fosse l'**opinio communis** ce lo dice **Alessandro Tartagni**, un celebre giurista Quattrocentesco.

Si tratta dell'opinione condivisa **«dai *doctores* che per peso, numero e misura sono maggiori»**

**Naturalmente non era facile fare una graduatoria dei giuristi per “*peso*”.**

**Con riferimento a quest'epoca è opportuno evidenziare anche un altro dato:**

il **crescente prestigio** assunto **dai *doctores in utroque iure*** rispetto ai **causidici o *advocati***

- rispetto, cioè a quei giuristi che, pur dotati di preparazione giuridica, erano, per così dire, di rango meno elevato:
  - patrocinavano presso le corti inferiori e spesso erano essi stessi, senza impulso dei propri clienti, **a richiedere al *doctor* il *consilium pro veritate* sul quale poggiare il patrocinio in causa.**

Questo determinò la nascita **di due categorie di giuristi.**

Questa articolazione interna al ceto togato si manterrà a lungo e si rifletterà nella partizione Avvocati / Procuratori

- solo con Legge 24 febbraio 1997, n. 127 in Italia è stato soppresso l'albo dei procuratori legali e la figura è stata unificata in quella dell'avvocato

La *communis opinio* era dunque una soluzione al problema dell'incertezza del diritto di tipo endogiurisprudenziale,

- ovvero interna alla *iurisprudencia* del sistema di diritto comune,
- senza intaccarne le dinamiche
- e mantenendo fiducia nel sistema da cui essa scaturiva

Nel XVIII secolo – lo vedrete - il problema della incertezza del diritto sarà affrontato in modo molto diverso:

- mediante una reazione *antigiurisprudenziale*
  - che porterà alla “codificazione”.

In una prima fase, però, la soluzione della *communis opinio* sembrò offrire un efficace orientamento nella selva di *opiniones*.

- Lo stesso Baldo, dall'alto della sua autorevolezza, sentenziò che per un giudice è temerario scostarsi dalla *communis opinio* («*temerarium est recedere ab opinione communi*»), la quale diventa in effetti vincolante per la decisione.
  - Molti statuti sanzionavano il giudice che lo facesse...

Esprimendoci in termini odierni, possiamo dire che:

- la *communis opinio*, oltre a fungere da “fonte di cognizione” dello *ius commune*
  - in essa, nelle raccolte che se ne stampano, si trovano formulati i principî e le *regulae iuris* del diritto comune
- assume in un certo senso anche la funzione di “fonte di produzione”.

In effetti si afferma ben presto in tutto il territorio europeo il principio in forza del quale:

- in giudizio
  - la *regula iuris* risultante dalla *communis opinio*
    - doveva essere considerata, e osservata, come legge
      - nei casi in cui vi fosse una lacuna normativa.

Tale principio vigeva “in tutto il territorio europeo”.

- la **communis opinio ebbe, in effetti, una larga diffusione su scala europea.**
- Ciò si verificò:
  - in virtù della omogeneità metodologica dei *doctores* che la alimentavano,
  - della lingua latina,
  - del comune tessuto giuridico vigente (lo *ius commune* appunto)
  - e della materiale forza propulsiva dell'invenzione di Gutenberg.
- **I medesimi fattori che parimenti assicurarono una circolazione su scala europea alla trattatistica.**

Vi furono quindi anche opere di consolidazione delle *communes opinioniones* come quella, celebre, del siciliano **PAOLO FRANCESCO PERREMUTO**.

- *Conflictus iure consultorum inter sese discrepantium, 1662*

L'espediente della *communis opinio*, concepito per offrire al giudice locale un punto di riferimento per la decisione della causa

- travalicò di gran lunga questa dimensione circoscritta.
- esso costituì, infatti, un importante fattore di diffusione del sistema di diritto comune in Europa
- diffondendovi le questioni, le argomentazioni, le *auctoritates* e le soluzioni nei più diversi settori del diritto,
- intessendone un ordito giurisprudenziale (sempre da intendere nel senso della scienza giuridica) comune.

Ma si trattava per l'appunto di un espediente.

Con il tempo, inevitabilmente, sulle medesime questioni si formano più *communes opinioniones* contrastanti,

- e si va allora alla ricerca di una *opinio magis communis*,
  - di una opinione più comune delle altre.
- non bastando poi il superlativo relativo si giunge anche a quello assoluto: *l'opinio communissima*.

L'obiettivo della certezza del diritto, condotta cavalcando la *communis opinio*, non centrò quindi il bersaglio.

- Anzi, fu destinata:
  - da un lato ad una ulteriore complicazione delle fonti giuridiche
  - dall'altro, ad alimentare una crescente insofferenza culturale verso questa prammaticizzazione della scienza giuridica.

Sotto il primo profilo,

- si spiega la **promulgazione**, in diversi regni e principati europei, **delle “leggi delle citazioni”**
  - che a livello locale cominciano a comprimere lo spazio di manovra delle allegazioni di *auctoritates* nei giudizi.

### Esempi di “leggi delle citazioni”

– 1427: Giovanni II di Castiglia proibisce la citazione di giuristi successivi a Bartolo per lo ius civile e a Giovanni d’Andrea per lo *ius canonicum*

– 1499: i Re Cattolici di Spagna ammettono l’opinione soltanto di Bartolo e Baldo per lo ius civile e di Giovanni d’Andrea e Niccolò de’ Tedeschi per lo *ius canonicum*

– 1505: Le Leyes de Toro prescrivono il diretto ricorso al sovrano in caso di dubbio, vietando l’allegazione di *auctoritates*

– 1613: nel Ducato di Urbino Francesco Maria II della Rovere emana una legge con l’elenco specifico dei *doctores* di cui è ammessa l’opinione in giudizio

– 1729: Vittorio Amedeo II, re di Sardegna, vieta di citare «veruno de’ dottori nelle materie legali»

Tali disposizioni **si richiamano alla celebre costituzione di Valentiniano del 426**, riportata nel *Codex Theodosianus*,

- con cui si **permetteva di citare in giudizio soltanto cinque giureconsulti**
  - Gaio, Ulpiano, Modestino, Paolo e Papiniano.

**Il fatto che ancora nel XVII e nel XVIII fosse necessario ricorrere allo strumento legislativo** per arginare la marea delle *communes opiniones* **rende l’idea di quanto tale prassi fosse radicata e diffusa.**

Con **le leggi delle citazioni, peraltro**, i sovrani perseguivano un **duplice scopo.**

- Da un lato, miravano a **mettere ordine nelle allegazioni di *opiniones* davanti ai Tribunali.**
- Dall’altro, con un intento meno dichiarato, ma più strategico:
  - **rendevano indipendenti i Tribunali del regno, soprattutto quelli superiori, dall’eccessiva influenza della dottrina.**
  - **I tribunali centrali del nascente Stato moderno, infatti, non potevano mostrare di piegarsi alle argomentazioni di giuristi estranei ad essi.**

Tuttavia, **non si trattava di una estraneità metodologico-professionale**

- perché, come vedremo, in quei “Grandi Tribunali”, nati e sviluppatasi dalla corte sovrana, **verranno progressivamente arruolati i *doctores* usciti dalle Università,**
  - **i quali prenderanno il posto dei giudici non professionali di estrazione nobiliare.**

Ma vi era anche un **altro fronte** che manifestava **forte insofferenza nei confronti della *communis opinio***,

- **un fronte interno alla stessa cultura giuridica.**

**Consilia** e **trattati** certamente **contribuivano all'accrescimento della scienza giuridica.**

- Soprattutto **tra i secondi troviamo pietre miliari della dottrina giuridica nei diversi ambiti del diritto.**

Tuttavia, essi (soprattutto i *consilia*) **spostavano il baricentro della *iurisprudencia* verso una direzione più pratica.**

Ciò:

- sia nel senso che **rispondevano allo scopo di risolvere le più varie questioni che concretamente si presentavano nei contenziosi**
- sia nel senso **che l'attività consiliare era profumatamente retribuita,**
  - **e molti giuristi preferivano concentrarsi più su di essa che sulle questioni accademiche.**

In effetti, **i consilia crearono una sterminata casistica**

...ed **il loro carattere strumentale** facilitava contraddizioni o **interpretazioni poco coerenti e molto forzate.**

Spesso in questi pareri, i **giuristi facevano sfoggio della propria erudizione,**

- citando moltissime opere
- ...e spezzettando così il ragionamento.

**Ne conseguì un livello scientifico generalmente piuttosto scadente.**

**L'insofferenza nei confronti di tale assetto è espresso nelle critiche** vigorose,

- **che agli inizi del XVI secolo provengono dagli esponenti dell'Umanesimo giuridico**

L'umanista **Andrea Alciato** (1492-1550), in particolare

- imputò ai consulenti il **carattere contorto, cavilloso e spesso inconsistente delle deduzioni,**
- **l'infedeltà alle fonti delle loro allegazioni;**
- **in generale, la scarsa obiettività e serietà dettata dalla sete di lucro.**

**Tiberio Deciani**, cercò di difendere la giurisprudenza consulente, mettendo in rilievo la difficoltà con cui i pratici si dovevano muovere in una congerie di fonti concorrenti e talora contrastanti.

- Era insomma attraverso il quotidiano lavoro di questi consulenti e la soluzione degli infiniti casi concreti ad essi prospettati che l'ordinamento giuridico viveva e funzionava

Venendo al '600, età nella quale prende piede (ma non in Italia) la riflessione Giustnaturalista

Nella penisola si registra:

- Minore interesse per il diritto pubblico rispetto ai giuristi che operano nel nord Europa
- Un approccio sempre meno teorico

Il giurista italiano più importante del 600, l'età Barocca, fu Giovanni Battista De Luca (1613-1683)

Nativo di Venosa, in Basilicata, si laurea a Napoli – il centro più vivo della cultura giuridica italiana del tempo

- Per la maggior parte della vita fu avvocato a Roma
- a sessant'anni si fa sacerdote ed è nominato cardinale

La sua fama è legata al suo *Theatrum veritatis et iustitiae*.

- Una vasta opera che raccoglie in 15 volumi le allegazioni svolte dal De Luca nella pratica di molti decenni
- un complesso di migliaia di «casi», prevalentemente vertenti su questioni legate ai contratti, alle usure, ai feudi, alle regalie, ai testamenti e ai fedecommessi, alle decime: cioè a temi frequenti nella prassi giuridica dello Stato pontificio.
- Colpisce la limpidezza delle argomentazioni,
  - che erano state pensate e scritte per singole cause giudiziarie
  - sia in veste di avvocato che in veste di consulente.

Il De Luca non assumere acriticamente una massima legale, per quanto autorevolmente sostenuta dalla dottrina, ma valutare l'applicabilità dell'una o dell'altra opinione presente nella dottrina alla luce della specificità del caso singolo.

- Aniché accumulare citazioni dottrinali,
  - il De Luca ancorava il suo ragionamento alla solidità intrinseca delle motivazioni in diritto,
    - non senza richiamare, quando lo ritenesse opportuno, anche dottrine di autori lontani dalla pratica dei tribunali, quali i teologi della Scuola di Salamanca.

Pur conoscendo le teorie e le dottrine, egli disprezzava lo sfoggio di citazioni che era frequente nei pratici del suo tempo (il *vulgus pragmaticorum*) e privilegiava invece nelle argomentazioni la linea diretta che mostra la vera natura di un rapporto giuridico in discussione.

Criticava “i praticoni”, secondo i quali il segreto della professione non stava nella seria preparazione, ma nelle capacità mnemoniche e nella disponibilità di grandi raccolte di Consilia e Decisiones.

Sosteneva che il problema oggettivo costituito dalla pluralità di norme e di opinioni non si risolvesse compilando e contrapponendo liste *pro e contra*; e che compito del giurista fosse piuttosto quello di isolare la soluzione migliore basandosi sull’intelligenza e la cultura di cui disponeva.

Molto importante fu poi la sua iniziativa di pubblicare una redazione abbreviata in lingua italiana dell’opera principale, nell’intento di rendere familiare il linguaggio e il contenuto del diritto – in una sintesi di diritto comune, dottrina, diritto locale – anche al di fuori dell’ambiente forense, al servizio di chi non fosse giurista professionale.

Si tratta de **“Il dottor volgare”**.

La considerazione obiettiva del sistema in cui operava, spinge De Luca a immaginarne alcune linee di riforma:

- La preminenza della legge del sovrano sulle altre fonti è funzionale a un progetto di unificazione normativa che freni il pluralismo fuorviante delle opinioni, superi l’inattualità e insufficienza del diritto romano, dia conto dell’emergere di nuove materie.
- l’esigenza di azioni volte a favorire una semplificazione del diritto, una selezione e raccolta delle norme effettivamente vigenti.
- l’attenzione alla chiarezza del dettato normativo.

Argomenti fondamentali, che anticipano quelli che saranno fatti proprio dal riformismo moderato Settecentesco italiano, il cui principale esponente sarà Ludovico Antonio Muratori.