

Mario Ascheri

Spunti sulla certezza del diritto nel Medioevo¹

SOMMARIO: 1. Qualche premessa doverosa – 2. Tracce alto-medievali – 3. Il tempo della transizione – 4. Comincia l'età nuova – 5. Il consolidamento del sistema – 6. La svolta del Tre-Quattrocento

1. Qualche premessa doverosa

Il mio compito è davvero enorme per cui non posso che ringraziare con qualche imbarazzo per la fiducia in me riposta, come per l'ottimismo che ha fatto pensare che potessi farvi fronte. Cercherò di indicare più che altro qualche problema di impostazione e di dare qualche *flash* anche storiografico più che affrontare propriamente l'argomento, che richiederebbe varie monografie. Pensate alle 700 pagine occupate dal valoroso Ferrari Zumbini per inseguire solo il tema della denegata giustizia e fino al periodo carolingio!

Già, perché bisognerebbe almeno distinguere il periodo pre-carolingio da quello carolingio, poi la crisi e i primordi di Bologna, l'età della dottrina e della legislazione e le loro conseguenze fino alle soglie dell'età moderna. E bisognerebbe di volta in volta distinguere a quale certezza ci si voglia riferire: una cosa com'è ovvio è quella del comando per chi ha il bastone del potere in mano e/o ha interesse alla sua conoscibilità, altra ancora quella dell'applicazione e delle aspettative di giustizia alla certezza collegate.

Per di più nel millennio che mi/ci riguarda il problema non mi pare esser stato propriamente tematizzato in modo diretto dalla riflessione giuridica, neanche – a giudicare anche soltanto dal libro di Ennio Cortese che è l'ovvio punto di riferimento – dalla grande dottrina dei glossatori a differenza di tanti altri temi ritenuti meno sfuggenti o più importanti, e certo non lo è stato, ovviamente, nei termini odierni.

È facile quindi capire come la certezza almeno per il nostro periodo sia rimasta senza trattazione anche nelle opere di prima consultazione cui tutti pensiamo per un primo orientamento – e quanto opportunamente quindi la nostra Società abbia pensato di cominciare a rimediare alla lacuna.

Non fu tematizzata la questione, dicevo, ma profili del problema dalle molte sfaccettature indubbiamente si sono presentati e avvertiti, anche per gli spunti offerti dalla grande eredità romanistica già vista nelle altre relazioni, che certamente non fu ignorata, come si può immaginare. Gli spunti antichi e soprattutto il pungolo di problemi contemporanei pressanti, sono stati comunque ben presenti ad alcuni nostri colleghi, che credo doveroso ricordare in una sede come la questa.

Sergio Mochi Onory e Ugo Nicolini in particolare mi sembrano da non dimenticare per aver cercato di affrontare temi collegati alla certezza del diritto in contemporanea con la ricerca filosofica dello sfortunato Lopez de Onate, autore nel 1942 – si badi – d'un classico in argomento che meritò subito l'attenzione di un Piero Calamandrei – come ha ricordato recentemente Guido Alpa.

I due nostri maestri ricordati ci lavorarono in quei tempi duri, mettendosi l'uno alla

¹ Sono gli appunti sulla cui base ho svolto la relazione dallo stesso titolo al convegno della Società di Storia del Diritto svoltosi presso la Facoltà di Giurisprudenza di Modena nei giorni 2-4 dicembre 2010 (atti tuttora in preparazione).

ricerca dei diritti essenziali della persona, e l'altro nel lavoro sul principio di legalità, temi in quegli anni con un significato etico-politico preciso, pesante e qualificante – proprio mentre altri personaggi destinati a un futuro più luminoso (si dovrebbe ricordare altrettanto doverosamente) si dilettavano nelle competizioni culturali sponsorizzate dal regime scolpite nel libro poco amato di Ruggero Zangrandi sul 'lungo viaggio'...

Ma non è per fare polemica che premetto questo dato, quanto per richiamare il fatto che certe sottovalutazioni all'interno della nostra storiografia hanno finito per gettare un'ombra su libri della nostra tradizione storiografica pur utili, libri senz'altro validi per certi versi, anche se le facili condanne li fecero uscire dal giro delle opere normalmente consultate. Con effetti com'è immaginabile poco commendevoli: il libro di Mochi Onory ha finito per non essere ricordato, ad esempio, da una storica che pur l'avrebbe consultato utilmente come la Susan Reynolds storica egregia delle comunità europee tra il 900 e il 1300. Ma si dirà che è una straniera e che ormai sta invalendo per la medievistica straniera il principio 'italicum est, non legitur'; in più, purtroppo, quel libro non è stato ricordato neppure, pochi anni fa, da uno storico politico valido come Renato Bordone, autore d'un libro pur bello sui rapporti tra il Regno e le città nel 1000-1100.

2. Tracce alto-medievali

Ciò premesso, veniamo a noi e alla *pars* occidentale dell'Impero o di quello che ne era rimasto o ne prese il posto, subito ricordando l'ovvietà per cui l'orizzonte dei valori diffusi nella società e quindi delle categorie anche giuridiche che li esprimevano o richiamavano era ormai relativamente consolidato. Per intenderci, quando si parlava di giustizia, di diritto e di equità o di virtù si sapeva bene di cosa si parlava e perché se ne dovesse parlare da parte di chi occupava le istituzioni del tempo o ci rifletteva sopra – e non a caso ad esempio si privilegiava la giustizia arbitrale dell'*episcopalis audientia* priva di appello – fatto che si potrà discutere fino a che punto potesse privilegiare la giustizia e la certezza del diritto, oppure assicurasse, piuttosto, rapidità della procedura per la soluzione della controversia.

Le esigenze di certezza del diritto perciò si riscontrano assai presto. Il grande modello del *Codex Theodosianus* infatti ebbe probabilmente un influsso su un testo che possiamo indicare come fondamento di un intero *genus* di compilazioni che ebbero un'importanza centrale nei secoli di cui parliamo. Mi riferisco alla collezione canonistica detta *Dionysiana* dal monaco che ne fu il curatore dopo la morte di papa Gelasio I.

La raccolta di canoni e di lettere papali di cui si compone la famosa raccolta costruisce un campo del giuridico per la Chiesa occidentale e i suoi fedeli, isolandolo dal teologico e dal liturgico in modo che rimarrà esemplare. Il testo creava così se vogliamo un campo di certezze e lo faceva con un intervento di tipo sapienziale. Era un dotto il Dionisio che tradusse anche degli originali dal greco circolanti in traduzione fino ad allora corrotta e che, soprattutto, li organizzò in modo sistematico per renderne più facile la consultazione e l'applicazione.

La Chiesa romana si mostrava così puntuale erede della tradizione laica di scritturazione delle norme giuridiche e della loro raccolta sia a beneficio interno dell'istituzione, che esterno, dei fedeli e dei poteri altri; la raccolta era anche un manifesto, che delimitava un'area che si voleva esente da interventi laici, della quale si voleva il rispetto da parte dei poteri laici.

Il Medioevo si può considerare così caratterizzato, sin dal suo inizio tradizionale, dal

dualismo gelasiano anche in campo normativo e dal tentativo – di cultura tardo-imperiale – di affermare il primato della *scritturazione* delle norme per garantire certezza dei poteri e certezza degli adempimenti. Omogeneità con questo intervento suggerirei di leggere anche nella scrittura della *Regula* benedettina, che voleva rendere certo il quadro normativo entro il quale si doveva svolgere la vita monastica offrendo anche un modello eccellente cui ci si potesse ispirare nella creazione di altre comunità; non già per bloccare il proliferare di altre esperienze analoghe, quindi, ma per offrire un distillato di sapienza organizzativa ormai ampiamente stratificato e concretamente collaudato. La redazione che conosciamo, d'età carolingia, fu consolidata ufficialmente allora per scelta precisa del potere politico: proprio per render certo l'inquadramento monastico e di conseguenza più facile il suo controllo.

Dionysiana e *Regula* sono due certezze tardo-antiche che sono da accostare, in campi normativi pur diversissimi, alle leggi cosiddette nazionali, la cui redazione scritta ha sempre da essere inquadrata in complessi e variegati contesti naturalmente – differenziati in base alle diverse circostanze dell'insediamento germanico in Occidente, della conversione al cattolicesimo ecc. – e tuttavia trattasi di redazione scritta in linea generale da intendersi come un momento di trionfo della *cultura della scrittura* e del riconoscimento-creazione e stabilizzazione della memoria di certi popoli ispirati dal nuovo ambiente culturale del loro insediamento, fortemente romanizzato.

Da questo punto di vista almeno un richiamo a Isidoro di Siviglia e all'esperienza del regno visigoto in Spagna è doveroso. Da quell'esperienza grande, finita traumaticamente, vennero fuori testi diversamente importanti ma sempre con tradizioni manoscritte complesse come la *collectio* canonistica detta *Hispana*, i deliberati dei concili toletani e, naturalmente, il grande *Liber iudiciorum* del 654.

I molti testi laici ed ecclesiastici fin qui ricordati hanno contenuti diversissimi, ma possono tendenzialmente richiamarsi in modo unitario per la loro relativa stabilità nei nuclei originari: come sarà più tardi anche delle influentissime *Decretali pseudo-Isidoriane*.

Sono testi usati anche in ambienti diversissimi – come le leggi nazionali e la *collectio Hispana* o le *Decretali pseudo-isidoriane* – che con le loro peculiarità possono aver influito sulla tradizione manoscritta, naturalmente, ma sono comunque testi non esposti certamente alla fluidità di altre raccolte alto-medievali o dell'età di transizione al secolo universitario, che cambiò tutto o molto dal nostro punto di vista.

Cioè, a quelle raccolte si possono certo contrapporre testi più volatili, come ad esempio i penitenziali, che hanno forte – di solito – l'impronta dell'ambiente che li ha prodotti e poi recepiti, come anche le raccolte di capitolari carolingi, realizzate nell'ottica peculiare dell'utilizzatore.

Ma la *Dionysio-Hadriana*, ad esempio, fu una raccolta pur non ufficiale consegnata dal papa al potere laico con cui egli s'era alleato per realizzare anche certi fini di certezza nei reciproci rapporti che si sarebbero da allora infittiti. Ugualmente le leggi nazionali, poco dopo riviste, passarono o furono confermate nella scrittura realizzandosi delle mediazioni tra le regole tradizionali riviste alla luce delle nuove esigenze maturate e i condizionamenti derivanti dalle categorie del linguaggio fortemente tecnico usato per trasferirle nella scrittura. Era ad esempio già avvenuto con l'imporsi della regalità vittoriosa di Rotari e in un contesto di forte cultura ecclesiastica: il diritto longobardo nasce e si sviluppa con frequenti dichiarazioni della volontà di dare certezza ai rapporti giuridici. Spesso Liutprando dichiara di voler risolvere dubbi giurisprudenziali con i suoi interventi, che sono perciò delle specie di periodiche messe a punto per definire un quadro certo del

diritto vigente.

La stessa esigenza al tempo delle riforme del periodo carolingio dovette essere consolidata dalle promesse regie di garantire il rispetto delle regole in giudizio.

Anche i capitolari però, dapprima con una tradizione fluida, anche perché si trattava a volte di provvedimenti amministrativi congiunturali circolanti in pergamene sciolte, tesero a confluire in raccolte consolidate: avvenne per noi con il *Capitulare italicum* e poi soprattutto definendosi il *Liber Papiensis* prima e la sistematica *Lombarda* poi.

Questo per dire che c'era un campo di testi certi – riconoscibili come tali –, come c'era il campo dei testi fluidi, e *pour cause* se pensiamo ai penitenziali a colloquio anche fortemente dialettico con una tradizione di normazione particolare per i concili ecclesiastici locali – diffusissimi nell'alto medioevo (e più censiti per Francia e Spagna che non per il nostro Paese), comunque espressione del pluralismo fortemente autonomo di cui le varie chiese allora ancora godevano. In quest'area dobbiamo poi pensare anche alle numerose collezioni canonistiche della transizione, della pre-riforma gregoriana o coinvolte dalla riforma – oggi oggetto di intenso studio da una storiografia straniera cui arrechiamo (va detto) un apporto minimo, purtroppo.

Comunque, in questo caso siamo di fronte a testi che nascono per situazioni locali con aspirazioni più ampie – come il fortunato *Decreto* di Burcardo –, oppure sono proposte fatte a tavolino selezionando dalla ricchissima tradizione testuale delle chiese, d'Oriente e d'Occidente, per mirare a un certo risultato entro la lotta innescata da Gregorio VII.

3. Il tempo della transizione

In questi casi la fluidità e mutevolezza dei testi sono connaturate alla loro genesi, alla congiuntura. Perciò la tradizione manoscritta è scarsa e con quei caratteri. Qui non era la certezza di un testo il suo valore, ma i suoi contenuti di proposta. Perciò anche la frequente modifica dei suoi contenuti, l'adattamento ritenuto più opportuno da parte dell'utilizzatore che voleva strumentalizzare ai propri fini la proposta pervenutagli. E perciò si levarono alte le proteste di un Pier Damiani, ha ricordato ancora ultimamente Emanuele Conte, il Damiani che voleva l'accertamento per così dire 'storico' delle autorità emittenti dei singoli frammenti raccolti nelle collezioni – cosa che non impedì che falsi clamorosi delle pseudo-isidoriane, e *in primis* la cosiddetta donazione di Costantino, arrivassero com'è noto al *Decretum* graziano superando ogni filtro.

Due grandi famiglie di normazione scritta, quindi, con certezze di un grado molto diverso coesistono fino all'XI secolo compreso, e a prescindere dal discusso uso dei testi romanistici, purtuttavia parzialmente circolanti – come si sa in base a un criterio prevalente di utilità – e sostenuti dal clero che peraltro vi trovava corposi privilegi.

E la consuetudine, la fonte cui si tende a ridurre la vita giuridica di questi 5/6 secoli? Non si vuol certo negare la sua presenza e larga operatività anche esplicita, ma non bisogna generalizzare nello spazio, nel tempo e nelle materie coinvolte. Ci sono differenze anche in base alla tipologia degli atti: tra un atto di diritto feudale e l'enfiteusi di un papiro ravennate ci sono ovviamente spazi ben diversi per l'operatività della consuetudine. Quei secoli presentano periodi con caratteri molto diversi, non riducibili a un comune denominatore semplificante. Comunque si sa bene che un testo diffusissimo come le *Etimologie* riconosceva alla consuetudine il rango di *lex* solo in mancanza d'una *lex* espressa, mentre testi già patristici come Cipriano avevano già reso incerta la consuetudine

sotto ponendola ad un giudizio di *veritas*, e Tertulliano, in un passo destinato a una larghissima fortuna – fu ripreso da Incmaro di Reims e poi da Ivo di Chartres e Gregorio VII – aveva ricordato che «Cristo disse ‘io sono la via, la verità, la giustizia’, non disse ‘io sono la consuetudine’».

In generale, c'è già da chiedersi come si possa unificare il primo periodo carolingio – quando ad esempio in un capitulare si ammonisce a non sopraffare la legge con la consuetudine –, quel periodo con il suo forte potere e progetto politico-culturale poi seguito dalla crisi e dall'indiscussa egemonia della cultura ecclesiastica, naturalmente scritta, con i periodi e le realtà signorili-feudali del periodo successivo, da fine IX secolo in avanti.

La scrittura dava garanzie, e si sa quante ne cercassero le chiese per proteggere i propri beni dagli arbitrii, e non solo del potere politico – dal quale si pretendevano le note *immunitates* dagli interventi pubblici. Perciò anche le diffuse falsificazioni, che per essere effettive, cioè idonee alla realizzazione del loro fine, dovevano essere credibili, e quindi presentare in modo verosimile dei testi scritti autorevoli.

Perciò l'invasione della scrittura, la sua pervasività, perché era assistita da una presunzione di verità che ci ha fatto tramandare un patrimonio quasi esclusivo di atti giuridici scritti. Non è contro l'eccesso di scrittura che sembra reagire nel *De sinodalibus causis* già Reginone di Prüm († 899)? Lui si premurava di ricordare :

tenete poi presente quel detto ‘mantenete in uso le tradizioni che vi sono state trasmesse, sia con le parole, sia anche con lo scritto’. Se l'uso della Chiesa mantiene in vigore tanti insegnamenti trasmessi in forma non scritta ed accettati per devozione e adesione mistica, ritengo non sia un'assurdità, ma piuttosto principio conforme all'insegnamento apostolico, di mantenere l'osservanza anche delle tradizioni non scritte. ‘Vi lodo – diceva infatti l'Apostolo – giacché in tutto vi ricordate di me e, come io vi tramandai i miei insegnamenti, così voi li mantenete nelle vostre tradizioni’...

Ci siamo serviti di diversi esempi, da cui risulti evidente in maniera adeguata e convincente come l'osservanza della consuetudine ecclesiastica indotta dagli antichi sia da mantenere come se si trattasse di una legge.

Non era un tentativo di arginare il culto della regola scritta? Di tutto ridurre a normazione positiva? La cultura ecclesiastica era scritta ed essenzialmente romanistica, quella che influiva fortemente ad esempio nelle *Formulae Turonenses* – tra le altre.

E la cultura della certezza scritta fu quella che resse i mondi nuovi che riorganizzarono la società nei suoi sforzi di riprendersi dalla crisi post-carolingia. Non solo dei riformatori alla Pier Damiani. Da un lato ci fu il mondo monastico riformato con il suo rapporto privilegiato con Roma, quello di Cluny naturalmente, e dall'altro il mondo urbano, con i suoi rapporti sostanzialmente contrattuali con il potere centrale che voleva essere riconosciuto. Per acquisire come interlocutori i vescovi, spesso rappresentanti formali o informali delle città tra X e XI secolo, i diplomi regi di concessione di diritti alle città definivano un campo di certezze per le comunità destinatarie, che si videro garantiti dei privilegi che nella gestione concreta tesero ad essere interpretati in modo molto largo.

Non si era mai vista una tale corsa concorrenziale, dal basso, di comunità grandi e piccole, anche di umili pescatori, volta a farsi riconoscere i diritti più diversi, anche processuali. Come quando si volle evitare che avesse applicazione la *pugna* giudiziaria, o che l'équipe sopraggiunta per l'esercizio del placito pubblico potesse trattenersi più di un tot di giorni a spese della comunità ospitante. Del resto, si concessero anche le mura pubbliche o il diritto di conio, o di approdo lungo il fiume fino alle *consuetudines de mari*

famose di Pisa, che tenderemmo a ritenere privilegi fiscali-giudiziari più che consuetudini marittime in senso oggettivo odierno.

Tutto un mondo pre-comunale che esigeva rapporti certi, attestanti corposi privilegi locali, premesse di una crescita tumultuosa, è in questi documenti e nelle prassi di autogoverno da essi garantite e stimolate: il Comune-cosa prima della parola.

Qui sì che la consuetudine operò largamente, come operò largamente allora nel mondo ecclesiastico. La mancanza di un forte potere ecclesiastico centrale unificante consentiva sviluppi locali molto differenziati, con il consolidamento di prassi quotidiane che i riformatori tenderanno a concentrare per semplificare con facili e accattivanti parole d'ordine nella simonia e nel concubinato – quando non nel matrimonio stesso degli ecclesiastici. Si trattava di privilegi strappati localmente coperti come *consuetudini* consolidate che si tentò di far considerare intoccabili.

Perché la cultura giuridica diffusa precisava che non c'era un diritto umano intoccabile, come già Isidoro aveva ben avvertito sintetizzando il suo pensiero sulle fonti del diritto. Non a caso nelle *Petri Exceptiones* si legge che il giudice doveva seguire oltre alla legge anche la *consuetudo* patria se non contraria ai 'boni mores', ma si era anche precisato che «se nelle leggi si trovasse qualcosa di inutile, contorto o contrario all'*aequitas*, mettiamolo pure sotto i nostri piedi».

Non solo la legge umana doveva rispondere a requisiti superiori precisi. Ancor prima il *libro di Tübinga* negava spazio alla «consuetudine ignara del diritto, nata nell'errore»: «abbia invece vigore in tutti i giudizi la giustizia, giacché molte volte la consuetudine ripugna alla verità», e aveva aggiunto il passo di Tertulliano anche presente nella famosa lettera di Gregorio VII passata nel *Decretum* graziano: «tutto ciò che ripugna alla giustizia e alla verità non è consuetudine, ma desuetudine».

Un riformatore grande come Ivo di Chartres non aveva dubbi nel difendere la consuetudine solo quando non contrastasse con la legge.

La riforma aveva bisogno di interventi autoritativi certi, e lo spirito del *Dictatus*, quale che fosse la sua origine e la sua funzione, non è davvero equivoco. Riprendevano ora i concili generali, questa volta in Occidente e sotto ferreo controllo papale, con prodotti normativi espressione di volontà sovrana, e li si voleva *certi* e indiscutibili, nonostante i continui dibattiti sui requisiti sostanziali della legge stimolati come non mai dalla dottrina giuridica e teologica in crescita esponenziale.

4. Comincia l'età nuova

Bisognava uscire da un periodo d'incertezza, dalle fonti d'incerta origine e da testi di dubbia esattezza. Il grande lavoro filologico che concentriamo nella figura di Irnerio fu diretto ad avere un testo certo, perché quel testo lo si voleva considerare perfetto e completo come aveva fatto Giustiniano. Tanto che Irnerio stesso dubitò della autenticità delle Novelle, perché le riteneva contraddittorie con la definitiva perfezione asserita del testo del *Codex*. Un testo certo fondava una *scientia iuris* ritenuta sovraordinabile ad ogni altra disciplina, e la sua recezione aveva successo anche pratico perché permetteva di superare il groviglio di normative di riferimento cui la pratica giudiziaria aveva contraddittoriamente riguardo – come provato esemplarmente dalle carte dell'abbazia di Farfa –, e il diritto romano richiamava a esemplari pene anche durissime contro le blande composizioni delle leggi nazionali di difficile riscossione.

Il testo certo era quello richiesto anche in ambito canonistico dove, in mancanza, per

ora, d'un testo del pontefice sempre più sovrano, e che intanto faceva i suoi esercizi precettivi con le decretali, si definì rapidamente il profilo del *Decretum* graziano con fortunate integrazioni. Questo fu il testo vincente, tra i tanti circolanti, perché giunto al posto giusto e al momento giusto, per far concorrenza ai venerati testi civilistici e quando s'erano chiusi almeno provvisoriamente i contenziosi con i poteri laici mediante la nuova pratica dei *concordati*, che a un tempo limitavano il potere papale ma anche legittimavano il suo primato sulle chiese occidentali.

Tanto fortunato fu il momento del *Decretum* che, come ha dimostrato Paolo Nardi, ebbe un'applicazione giudiziaria molto precoce. E si spiega naturalmente: gli interventi papali con le decretali rapidamente moltiplicantesi potevano aver successo se potevano presupporre un quadro di riferimento certo, anche se non ufficialmente varato dal papato, e Graziano aveva reso certo il quadro concordando le fonti contraddittorie perché di diversissima origine.

Ma l'accumularsi di decretali aggiunte casualmente ai manoscritti provocava quell'incertezza da cui nacque nel 1210 la prima collezione decretalistica ufficiale di Innocenzo III, forte assertore della *plenitudo potestatis* papale. Essa è nota come III *Compilatio antiqua* anche se in realtà cronologicamente fu la seconda. Comunque sia, importante fu che venisse trasmessa alla scuola e in sostanza così pubblicandola, ma anche garantendo con la bolla *Devotioni vestrae* che i testi erano certi, nel senso che corrispondevano a quelli dei registri papali da cui erano stati tratti.

Il problema del quadro di riferimento certo era ormai da tempo avvertito come prioritario anche a livello urbano, ove c'erano da definire sia i rapporti tra i ceti entro la città – non potendosi basare solo sulle *consuetudines* unilateralmente imposte dai *militēs* –, sia tra la città e i territori circostanti.

Così, come erano stati precoci, per avere un diritto certo, i rapporti pattizi tra città e città o città e poteri monarchici – ad esempio tra Venezia e l'Impero carolingio, oppure con la stessa lontana Bisanzio –, troviamo città precocemente impegnate a emettere normative locali: oltre le notizie risalenti al secolo X per Venezia, vien poi subito in primo piano naturalmente Pisa già per il secolo XI. La legislazione locale da applicarsi sotto giuramento da parte dei consoli interviene a modificare la tradizione ereditata dei diritti personali, com'è ben rilevabile nei testi pervenuti dalla Piacenza del primo 1100. Ma in genere il problema della certezza divenne subito evidente nel clima effervescente delle città comunali.

La Pisa dei *Constitutum* è naturalmente da segnalare per la sua straordinaria maturità romanistica. Il suo *Constitutum usus* di metà 1100, il cui manoscritto più antico, di Yale, studiato da Claudia Storti, dovrebbe tramandare una redazione dei tempi della pace di Costanza al massimo, reca un proemio che fa la storia della redazione.

La città aveva delle consuetudini non scritte, dirette a regolare i rapporti con le molte genti con cui aveva *conversatio* «per diversas mundi partes», amministrate da giudici annuali detti provveditori, incaricati di giudicare in modo equitativo. Di qui i giudicati completamente difformi, cosa che per rispetto della giustizia ed equità sempre venerate dalla città indusse a passare dalla “memoria” (così definita) alla scrittura «pro cognitione omnium eas scire volentium» separando leggi e consuetudini.

L'annualità dei giudici e delle normative statutarie, sempre riviste, favorì la scrittura, come il processo di sindacato, che la dottrina – già il Bassiano ad esempio – amò riallacciare a fonti romanistiche, come ad esempio la *Novella* 8, già indicate dal classico libro dell'Engelmann, alla base dei noti lavori di Lombardi Vallauri e di Guido Rossi.

La scritturazione, e quindi la *certificazione* accurata del diritto, fu favorita dalla pace di Costanza, ma era cominciata ben prima ed è un aspetto della recezione della pervasiva cultura romanistica ben riflessa nella documentazione notarile, in cui la recezione si accompagna alla comparsa negli atti delle *renunciationes* esplicite di garanzie e di istituti romanistici ritenuti inutili o fonti di complicazioni.

C'è addirittura notizia di consuetudini locali redatte per scritto a Bologna dal celebre Bulgaro! Si ebbe se mai un salto di qualità nell'esigenza di certezza dal momento in cui si introdusse il sistema del podestà forestiero, rapidamente imitato da un Comune all'altro negli anni intorno al 1220.

5. Il consolidamento del sistema

La città era affidata, chiavi in mano, a un forestiero che doveva gestire il suo potere garantendo il rispetto del patrimonio normativo dato. La prima cosa che faceva infatti, giunto in città, era di giurare lo statuto, che rafforzava la sua importanza ai nostri fini per la sua stessa annualità, ribadita di regola fino al primo Trecento. Le regole che il nuovo capo dell'amministrazione doveva giurare non erano solo quelle tradizionali, raccolte nei primi libri presto consolidati, ma anche quelle dei libri *extra-ordinarii*, i libri con le novità aggiunte approvate dagli statuari, che traducevano in norme il programma politico-amministrativo annuale aggiornato della città.

Le città vivevano immerse in una forte tensione per la legalità e la giustizia – come la *pace*, il valore sempre più predicato – e poco realizzato, fuori e dentro la città. Non erano valori nuovi, se si pensa che lo stesso conflitto tra le città e l'Impero al tempo del Barbarossa fu vissuto come un conflitto per l'affermazione del diritto, inteso evidentemente in senso ben diverso dalle due parti: il rilievo avutovi dalle *regalie* lo rende evidente.

E proprio nel corso del conflitto i testi certi assunsero un ruolo importante perché le leghe interurbane via via contratte prevedevano forme di composizione dei conflitti interni alla luce di normative che si volevano certe, così come il rispetto reciproco degli statuti per i cittadini delle città alleate in ipotesi precise che dettero luogo a un complesso diritto internazionale privato – che solo nel corso del Duecento fu teorizzato dai giuristi.

Così, in contemporanea con i grandi statuti urbani, finalmente a noi pervenuti con una certa larghezza, abbiamo anche le grandi prove legislative dei poteri papali e monarchici. Ma prima ancora ci sono già precoci consapevolezze della strada imboccata. E, non casualmente, non già tra i giuristi, pur sempre trattenuti dalla maestà della *lex imperiale*, ma tra i loro colleghi vicini alle professioni giuridiche, tra i cultori di retorica. Penso naturalmente a Boncompagno da Signa, il cui *Cedrus* dei primi anni del Duecento non solo attesta i crescenti problemi che l'egemonia della cultura giuridica accademica creava, ma anche la vastità del diritto statutario ancora misconosciuto dai giuristi. E non solo.

Al suo tempo era già viva la polemica contro i giuristi che, prima e oltre agli aspetti umanistici, attraversa i secoli che ci interessano fino al 'Juristen boese Christen' e le cui ricche testimonianze popolari sono state raccolte soprattutto per la Francia e la Germania.

Ma c'è di più. Boncompagno già ricorda le loro sottigliezze e contraddizioni che non consentono di arrivare alle sentenze di condanna e indica un rimedio che ci interessa molto: si facciano leggi *chiare*, in modo che tutti comprendano che non ci saranno rimedi contro di esse; scriverle in modo semplice, insomma, per contrastare la «immensa scienza dei giuristi che fanno vacillare in modo credibile non solo le questioni dubbie ma anche i

casi più sicuri e i principi stabiliti con la massima evidenza, non si lasci spazio con la chiarezza della legge all'interpretazione e il testo, si dica, si legga alla lettera, senza glossa e spiegazione alcuna, nonostante qualunque legge»...

Insomma, si usi bene nel fare la legge dell'*arbitrium* (il potere anche edittale talora riconosciuto ai podestà cittadini), quello che diverrà anche «*libitum voluntatis*» spregiativo per colpire l'abbondanza, l'inutilità e la mutevolezza della legislazione locale per i giuristi gestori del grande *corpus* legislativo-sapienziale giustiniano-universitario.

L'inizio del Duecento è quindi un periodo cruciale anche per il nostro problema, perché la maturità della dottrina teologica e giuridica e dei poteri universali, locali e associativi, complicò come mai prima il mondo del diritto. Pensiamo anche soltanto, per un'incursione in campo religioso, ai problemi introdotti dal moltiplicarsi degli ordini religiosi con i loro statuti e 'consuetudini' da coordinare con il diritto canonico generale, con problemi interpretativi che resero acuta la diffidenza per le glosse, ad esempio di un san Francesco, per tutelare, come si sa, l'integrità della propria *Regula*. Le interpretazioni avrebbero inficiato la *certezza* della volontà del messaggio...

Siamo al paradosso, quindi. Perché il valore della certezza era da un lato ricercato dai giuristi, che con le loro opere chiarivano agli operatori pratici le possibilità aperte dalle normazioni generali e locali, come pure dagli scrittori dell'arte notarile che con i loro formulari guidavano con mano gli estensori di atti in modo da produrre documenti inoppugnabili, certi. Dall'altro, però, la sofisticata dottrina e i difficili rapporti tra potere ecclesiastico e potere laico infirmavano le certezze costruite con i testi.

La prevalenza del diritto canonico sul civile in caso di contrasto, ormai in linea teorica affermata, introduceva un motivo di totale, intima insicurezza negli ordinamenti laici, sempre esposti a essere impugnati come invalidi o perché contro i principi canonistici, ad esempio in tema di usura, o perché contrari alle *libertates* ecclesiastiche, esse stesse interpretabili in modo molto elastico.

Il groviglio giurisdizionale cui si dava così luogo non era certo ideale per la certezza del diritto, reso anche più incerto dall'alea del ricorso in sede processuale al potere ecclesiastico, laddove si vantava l'operatività più larga dell'*aequitas* e di istituti processuali non operanti – come l'*appellatio extra-iudicialis* –, o operanti in modo più ristretto in sede civile – come ad esempio la *in integrum restitutio*.

La flessibilità del diritto canonico, sulla quale ha richiamato giustamente l'attenzione Antonio Padoa Schioppa, è motivo di grande fascino oggi, ma in passato essa fondava infinite possibilità, affermata la regola, di trovarne la dispensa. La stessa asserita inflessibilità dei precetti di diritto divino aveva concretamente difficoltà ad essere riconosciuta ed applicata – dando vita ad un contenzioso ortodosso e non ortodosso contro le gerarchie ecclesiastiche crescente dal primo Duecento in poi. La flessibilità era anche interpretazione in base ai valori di equità, di misericordia e così via, ma si traduceva in scarso rispetto della lettera – e non a caso allora si cominciò anche a denigrare la 'letterale' *interpretatio judaica* con il diffondersi delle discriminazioni antiebraiche ufficialmente legittimate dai decreti conciliari recenti.

Se poi si pensa da un lato alle teorizzazioni in tema di requisiti della *lex*, molti e discussi dalla sua causa alla possibilità, razionalità ecc., e dall'altro alle crescenti teorizzazioni in tema di nullità processuali, si comprenderà come le rassegnate constatazioni di Boncompagno non dovessero essere lontane dalla realtà. Del resto, anche gli istituti introdotti per abbreviare i tempi processuali erano come paralizzati dalle *subtilitates* introdotte dalle sofisticate dottrine dei giuristi.

Consilium sapientis, arbitrato e formule di guarentigia possono anche essere intesi come diretti ad abbreviare gli adempimenti contrattuali e il corso delle liti, ma le testimonianze processuali studiate anche recentemente non inducono ottimismo sui risultati conseguiti – e la trattatistica su questi istituti con tutte le sue distinzioni e articolazioni fa capire in che direzione ci si muovesse. Del resto, le stesse Glosse ordinarie ai testi possono essere viste come un rimedio – presto superato peraltro dalla massa di *additiones* dei cosiddetti post-glossatori – studiato nell'università per porre argine all'incertezza creata ormai nel corso del Duecento dalla ridda di interpretazioni diffuse ovunque in Europa per l'esplosione del fenomeno universitario e la conseguente diffusione dei testi dottrinali. È, ad esempio, molto significativo che la ricordata *Compilatio* ufficiale del 1210 fosse seguita pochi anni dopo dalla glossa presto riconosciuta ordinaria di Giovanni Teutonico (1216).

Le dottrine dei professori spaventavano gli stessi legislatori che puntassero all'obbedienza. Fu un'esigenza di certezza per far giungere il dettato normativo ai destinatari che dovette suggerire a papa Onorio l'idea di sintetizzare la celebre *constitutio* federiciana dell'incoronazione 'in basilica Beati Petri' del 1220, con i deliberati antiereticali del Lateranense IV, nella decretale *Noverit* accolta nella V *Compilatio* promulgata ufficialmente nel 1226. Paradossalmente, in questo modo il dettato della costituzione imperiale fu rispettato più che non con la dissezione cui la sottoposero i civilisti per inserirla nelle sedi doverose del *Codex* in undici 'autentiche' – e non senza modifiche e interpolazioni.

Intanto nel *Regnum* per antonomasia le *Assise* di re Ruggero avevano già segnato un passo verso una giustizia basata su misericordia e pietà annullando le *malae consuetudines* e dando un diritto comune alle variegate popolazioni soggette. Ma non era un grande traguardo di certezza aver abrogato le normative previgenti implicitamente soltanto, nella misura in cui fossero *manifestissime* contrarie alle *Assise*. Comunque, nelle dure vicende successive del Regno, di quei testi si erano persino perduti gli originali di cancelleria e si poteva avere ben poca certezza al tempo di Federico II. Con le sue *Constitutiones* melfitane avrebbe voluto un *opus completum*, che «presentes sanctiones in regno nostro tantum volumus obtinere» (proemio).

Come si sa, però, il diritto federiciano comune per il Regno non esclude le consuetudini approvate (dottrina che si sviluppò in una con quella canonistica) e i diritti comuni tradizionali tanto discussi della const. *Puritatem*. Più che la certezza, rimasta implicita, nel *Liber* federiciano i valori sono giustizia ed equità, imparzialità, uguaglianza di fronte alla legge anche per stranieri e per non cristiani, responsabilità dei giudici, gratuito patrocinio per i non abbienti e tutela delle categorie deboli seconda la tradizione antica. La complessa tradizione testuale unita alla perdita dei codici originali di cancelleria e le novelle presto adottate ci fanno però pensare che la certezza fosse più desiderata che effettiva, anche se il testo del 1231 sicuramente spicca per la sua qualità tra le pur frequenti compilazioni regie del secolo.

La successiva notissima impresa papale del '34 non può che esser vista come concorrenziale anche se ad altro livello nei contenuti e nei risultati. La bolla *Rex pacificus* però nella sua asciuttezza ha espliciti accenni alla motivazione della certezza nella sua genesi con chiari echi giustiniani. Si parla di *volumina dispersa*, di *contrarietas*, *prolixitas* ma anche di *confusio*, per cui le costituzioni e le decretali si vedevano «incertae frequenter in iudiciis». Di qui il rimedio dell'*unum volumen resecatis superfluis*, con l'aggiunta di alcuni nuovi testi per *declarare ...nonnulla dubia*. La *communis utilitas* per servire la quale aveva lavorato Raimondo di Penyafort era *maxime studentium*, e non per nulla la raccolta era stata inviata

dilectis filiis doctoribus et scholaribus universis Bononiae commorantibus in un momento in cui il concetto di *Studium generale* era ancora in formazione. Ma il codice si rivolgeva esplicitamente a tutti e indistintamente, perché in fine la *Rex pacificus* escludeva che si potesse usare altra compilazione sia nelle scuole che in giudizio, vietando anche che chiunque potesse ardire di fare un'altra *compilatio* senza speciale autorizzazione della sede apostolica. Inutile dire quindi che ci fu la consapevolezza di tendere a realizzare un risultato importante, di prestigio culturale e di rafforzamento della compagine ecclesiastica e della sua azione.

Fu un momento alto nella storia della legislazione, quindi, giustamente paragonato al *Codex*. Il che tuttavia non volle dire affatto fine dell'incertezza, presto ripresa sia per l'opera di novellazione, sulla quale sta facendo meritoriamente chiarezza Martin Bertram, sia per la crescita della componente giurisprudenziale-dottrinale.

Le parole di Boncompagno possono riferirsi anche alla giustizia ecclesiastica. L'interpretazione dottrinale pervasiva a livello giudiziario grazie all'esplosione del fenomeno consiliare proprio in quei densi decenni alimentava letture diverse, di fronte alle quali l'accentramento delle giurisdizioni, con la creazione di corti centrali più organizzate presso il papato e gli ordinamenti monarchici, non risolse il problema della certezza. Alimentò se mai la strada delle eccezioni per via delle grazie e degli interventi in deroga *ex certa scientia* sollecitati dall'ansia di affermare la propria *plenitudo potestatis* – più densa dell'ambigua *iurisdictio*.

In questa situazione – che vedeva interventi arbitrari alla Becket – c'era da chiedersi che vincoli i giuramenti al momento dell'elezione alle grandi cariche pubbliche o il diritto naturale e divino in realtà ponessero concretamente. Il sovrano viveva *sub lege*, certo, ma era anche *legibus solutus*. La trattatistica teologico-politica tipo *Specula principum* abbondava di raccomandazioni e la scolastica universitaria rafforzata dall'aristotelismo rafforzò ancora i doveri del sovrano e le discussioni sul tiranno, già così accese e diffuse nel XII secolo parlando nelle contese politiche dell'autoritarismo imperiale oppure a livelli teorici come nel Salisbury.

Di qui anche le discussioni dottrinali sui principi di diritto naturale intoccabili da parte dei legislatori, tipo quello del contraddittorio in giudizio o della terzietà del giudice, centrale per Federico II e poi su su per Roberto d'Angiò e al tempo della congiura dei Pazzi. Fino a che punto si possono ammettere regole intangibili da parte di un sovrano che si sta dimostrando capace di grandi interventi a differenza del (tutto mitico, a mio avviso) re-giudice della tradizione? Sono discussioni dotte e ora note, ricostruite soprattutto dalla scuola americana di Brian Tierney alla ricerca del *due process of law*, che ci interessano relativamente in questa sede. Perché la dottrina poteva cercare di dare certezza alle procedure, con gli *ordines iudicarii*, gli *stylus* dei tribunali o l'elaborazione di regole sulla tortura giudiziaria o con i primi *tractatus criminum*, ma questa intensa produzione si accompagnava ad esempio al diffondersi delle concessioni di *arbitrium* ai podestà o ai signori delle città e alle procedure eccezionali consentite all'*inquisitio* fosse essa laica o *hereticae pravitatis*.

In sede politica la necessità non ha legge e legittima la repressione del dissenso con bandi e confische che di fatto annullano i diritti di cittadinanza con i processi politici clamorosi a migliaia di persone di altra appartenenza politica – in cui si distinse anche la *docta Bononia*, peraltro, mentre in sede religiosa il *periculum animae* divenne metro di giudizio prevalente e assorbente, tanto che in diritto canonico ancora oggi si discute delle peculiarità con cui in esso debba essere riconosciuto operante il principio di legalità.

6. La svolta del Tre-Quattrocento

Certezza del diritto: un valore difficile, quindi, anche per le complicazioni per l'intreccio di fatti culturali e politici contraddittori cui gli ordinamenti andarono incontro. In pochi decenni intorno al 1300 si passò in alcuni ambienti dalla venerazione per i giuristi, prima accreditati cultori della giustizia, alla loro esecrazione come responsabili, nella loro qualità di avvocati e/o giudici, delle spese per le liti immortali derivanti dalla confusione che offusca la verità prevalente tra gli operatori del diritto per cui i cittadini «non possono ricevere compimento di giustizia, anzi più veramente ricevono danno». Così si disse, tentando anche la via dell'arbitrato obbligatorio nello statuto senese che doveva essere scritto «chiaramente et apertamente et legiermente» e si doveva poter vedere e trarne copia. Così si dispose nello statuto del 1309-10, il primo in volgare che sia conservato di una città, perché a causa degli operatori del diritto si sapeva che «la giustizia s'offende et la verità si cela».

Siamo negli anni danteschi, quando a Firenze si sa di un notaio che fece lievitare un debito originario di 60 fiorini con tanto di carta guarentigiata a circa duemila mettendo su una strada la vedova e i figli del debitore. In Lombardia si scriveva, ci ha ricordato Marino Berengo, che nessuna corporazione era tanto nociva quanto quella dei notai e un predicatore a Genova scriveva dei notai come negligenti e imbrogliatori dei deboli. Pensare che Rolandino aveva da poco tempo portato a una raffinatezza pressoché definitiva la professione!

Il problema della certezza del diritto era stato identificato e scolpito e l'estendersi dell'istruzione e la convenienza politica ci hanno conservato queste tracce di polemica contro l'egemonia dei giuristi. Esse sono rintracciabili negli statuti anche laddove i legislatori comunali, a mo' di novelli Giustiniano, recepirono la cautela di Boncompagno di vietare ogni interpretazione della loro normativa. La trovata era tanto colta quanto illusoria, e infatti rafforzò piuttosto la cultura giuridica che voleva combattere.

Nel senso che in quel modo gli statuti (e il diritto locale in genere) furono rafforzati nel loro profilo di diritto speciale, da sottoporre pertanto a interpretazione restrittiva rispetto al magnifico diritto sapienziale insegnato nelle università, a disposizione di tutti piuttosto per far leggere e interpretare secondo i propri criteri il diritto locale. Peraltro i giuristi stessi si resero conto di quante difficoltà si presentassero ad applicare alla lettera gli statuti, specie nelle loro parti penali, per cui le *quaestiones statutorum* e i *consilia* sono colmi di queste problematiche, collegabili anche alla mancanza del divieto dell'applicazione analogica in sede penale.

I tentativi di ovviare alla crescente giurisprudenzializzazione del sistema per la sua creazione di incertezza ci furono, ma furono ben localizzati oppure riuscirono in parte soltanto.

A parte l'inflazione legislativa, ben nota, che produsse un'enormità di riforme extrastatutarie di difficile gestione già allora, prima ancora che a maggior ragione per lo studioso di oggi, ricordiamo intanto il noto caso veneziano, della città che di fronte al crescente potere dei giuristi eresse il muro della propria proclamata estraneità – singolare davvero per una città con i suoi legami tradizionali con il mondo bizantino! – al diritto romano universitario ricorrendo all'*arbitrium* del giudice.

Ricordiamo poi il caso delle raccolte di giurisprudenza, prime tra tutte per quanto ci riguarda quelle della Rota romana di fine Trecento, sulle quali è tornata largamente la

Santangelo Cordani, poi riconosciute ufficialmente come fonte di diritto a metà Cinquecento dopo aver avuto una recezione davvero larghissima per la loro autorevolezza in dottrina e nella pratica.

Poi va segnalata in questa sede la nota teoria della *communis opinio*, ampiamente discussa da una dotta trattatistica esaminata soprattutto da Engelmann-Lombardi, con cui i dottori stessi tentarono di metter ordine nel numero crescente di *opiniones* formanti il vasto mare del *ius controversum*, oggetto esso stesso di trattati, come lo furono presto le *contrarietates Bartoli*, e *pour cause*. Pensiamo alla *opinio communis* o *communior*, dalla quale era sconsigliato discostarsi *in iudicando* onde evitare responsabilità in sede di sindacato, che cominciò a consolidarsi essenzialmente come *bartolismo* da fine Trecento.

Le opere del perugino divennero punto di riferimento indiscusso in modo da ridurre il campo dei dottori da consultare nel momento in cui la crisi di secondo Trecento metteva in circolazione molti testi rimasti a disposizione per i vuoti demografici creati dalla peste. La riproduzione di testi universitari, quanto meno nelle forme divenute tradizionali nel primo Trecento ebbe anch'essa una notevole riduzione, per cui il ricorso a un giurista privilegiato aiutò le professioni legali e il contenimento della diffusione del diritto dottrinale.

In alcuni Paesi, primo tra tutti la Spagna, comparve anche la tradizionale 'legge delle citazioni' nel primo Quattrocento per limitare la possibilità di ricorso a pochissimi civilisti e canonisti in sede giudiziaria. Anche questo può essere letto nell'ottica che ci interessa. C'è da chiedersi però perché in Italia a tutto il Quattrocento interventi del genere non trovassero spazio e nello stesso Cinquecento lo trovassero in sedi per così dire minori. Credo sia difficile escludere che fosse la corporazione universitaria troppo forte da noi ad impedire la circolazione di idee del genere.

Ma non lo fu abbastanza da impedire che fosse il potere politico a prendere iniziative per tentare di porre un argine al problema incertezza. E non solo con la legislazione, eventualmente messa in volgare. Fu con i consigli di giustizia via via sempre più presenti nei nostri ordinamenti principeschi, che – ad imitazione delle corti pontificie e di quelle regie anche più risalenti del *Regnum* – offrirono un nuovo livello di dibattito giudiziario, che lasciò più spazio in genere ad interventi equitativi, che poterono apparire risolutivi di questioni che il normale processo non assicurava. Al di sopra dell'ordinaria amministrazione giudiziaria, ormai fortemente screditata per i costi, le lungaggini, l'arbitrarietà e l'incertezza delle decisioni, si chiedeva certezza alla corte, ai professionisti del principe, supremo tutore della giustizia, anche distinguendo una sede di giustizia in senso stretto da una più propriamente di grazia, come a Modena ad esempio.

Era riconoscere i guasti del sistema e tentare un rimedio, accessibile a pochi per lo più. Ma è quello che bastava o che poteva farsi. Da queste esigenze il sistema si sviluppò com'è noto nelle due ben diverse direzioni dei senati e delle rote sul tipo fiorentino in base alla diversa storia politico-istituzionale locale.

E fu un diverso modo di atteggiarsi nel gestire il complesso sistema di diritto comune. Ma siamo ormai alle soglie dell'età moderna e quindi in campo altrui. Non si può però chiudere senza ricordare un testo che riassume i problemi ereditati dal Medioevo eppertanto forse ancora entro i limiti di questo intervento: Francesco Guicciardini, da gran tecnico che era, essendo anche un politico, poté nei suoi *Ricordi* scrivere sulle istituzioni giudiziarie del suo tempo delle verità che cercheremmo invano negli scritti dei giuristi accademici del tempo.

È un dato questo, che dice molto del cammino che avevano ormai imboccato le

università. Ma non facciamo che così confermare una certezza già acquisita.