

**Storia del diritto medievale e moderno**  
**2012/2013**  
**parte I- Il medioevo**  
**prof.ssa Chiara Valsecchi**

Il passaggio dall'età tardo-antica al medioevo. Cenni.....	3
Il <i>Corpus Iuris Civilis</i> : composizione e struttura; suo impatto in Occidente .....	6
Cristianesimo, Chiesa e diritto.....	7
Chiesa e Impero .....	9
Il monachesimo benedettino e irlandese (i penitenziali) .....	10
La 'rottura' delle invasioni barbariche .....	11
Visigoti .....	12
Franchi .....	13
Longobardi.....	13
L'impero carolingio e il sistema feudale .....	15
Il feudo.....	16
La svolta dell'anno Mille.....	17
Lo studio del diritto: le scuole ecclesiastiche e quelle di arti liberali.....	20
Lo studio autonomo del diritto: .....	22
a) scuole prebolognesi. Pavia e l' <i>Expositio ad librum papiensem</i> b) Pepo c) Irnerio .....	22
a) La scuola di Pavia e l' <i>Expositio ad librum papiensem</i> .....	22
b) la misteriosa figura di Pepo .....	23
c).Irnerio e la fondazione della scuola di Bologna .....	23
La scuola dei glossatori .....	27
1. L'insegnamento e la nascita dell'università .....	27
2. La cultura e la pratica giuridica: notai, giudici ed avvocati.....	32
3. Ideali e visione del mondo dei glossatori .....	33
4. Il metodo di studio dei glossatori .....	35
Il sistema delle fonti nel medioevo .....	41
1. Il diritto feudale .....	41
2. Il diritto canonico.....	44
I diritti degli ordinamenti particolari .....	48
1). I Regni territoriali.....	48
2) I Comuni.....	51
I glossatori e il pluralismo delle fonti: la teoria della <i>permissio</i> .....	55
I primi segnali di novità nelle scuole giuridiche 'minori': la scuola di Orleans .....	58
I postaccursiani .....	59
Il Commento .....	62

Gli sviluppi successivi della dottrina in merito alla <i>Potestas condendi statuta</i> .....	65
Il bartolismo.....	67
I <i>Consilia pro veritate</i> e la giurisprudenza consulente .....	68
La <i>communis opinio</i> .....	70
L'Umanesimo giuridico.....	71
La diffusione del diritto comune in Europa.....	77
Cenni sulla <i>Common Law</i> .....	86
APPENDICE : TESTI .....	91
1.La Glossa magna di Accursio .....	91
2.Gli altri strumenti di lavoro dei glossatori .....	95
Brocarda.....	95
Quaestiones.....	95
Summa.....	96
3.Il Commento .....	97
4 Le dottrine sulla potestà normativa dei Comuni cittadini commentando la <i>lex Omnes populi</i> .....	99
D 1. 1. 9 1. <i>Omnes populi</i> .....	99
Bartolo da Sassoferrato: <i>iurisdictio</i> .....	99
Baldo degli Ubaldi: <i>regimen</i> .....	100
5.i <i>consilia</i> : evoluzione nel tempo .....	100
a) Oldrado da Ponte circa 1330 .....	100
b. Giasone del Maino, <i>Consilia sive responsa</i> , Lugduni 1544.....	101
c.Jacopo Menochio, <i>Consiliorum sive Responsorum liber XI</i> , Venetiis 1609.....	103

## Il passaggio dall'età tardo-antica al medioevo. Cenni

Le istituzioni pubbliche dell'Impero romano degli ultimi secoli sono per molti aspetti nuove rispetto a quelle precedenti; in particolare in seguito alle grandi riforme di Diocleziano (284-305) e di Costantino (306-337).

È Diocleziano a ideare il sistema della tetrarchia che regolava la successione al trono per evitare i cruenti scontri avvenuti spesso alla morte dell'Imperatore: l'impero viene diviso in due parti, Impero d'Oriente e d'Occidente e a capo delle due parti sono posti due Augusti, affiancati per cooptazione da due Cesari, destinati a prendere il posto del rispettivo Augusto, in caso di sua morte. Tale sistema funzionò in maniera irregolare e intermittente, con l'effetto di condurre a una progressiva separazione politica e amministrativa fra Oriente e Occidente, separazione che divenne irreversibile alla fine del IV secolo, dopo la morte di Teodosio I nel 395.

Un altro punto importante fu la separazione del comando militare dall'amministrazione civile, sia al centro sia nelle province, superando il tradizionale principio dell'indivisibilità dell'*imperium*, per evitare che l'esercito controllasse di fatto lo Stato, come era accaduto di frequente nel III secolo. Entrambe le gerarchie facevano capo all'imperatore, ma seguivano verso il basso scale distinte e non comunicanti. Una terza gerarchia ulteriormente separata gestiva il sistema fiscale.

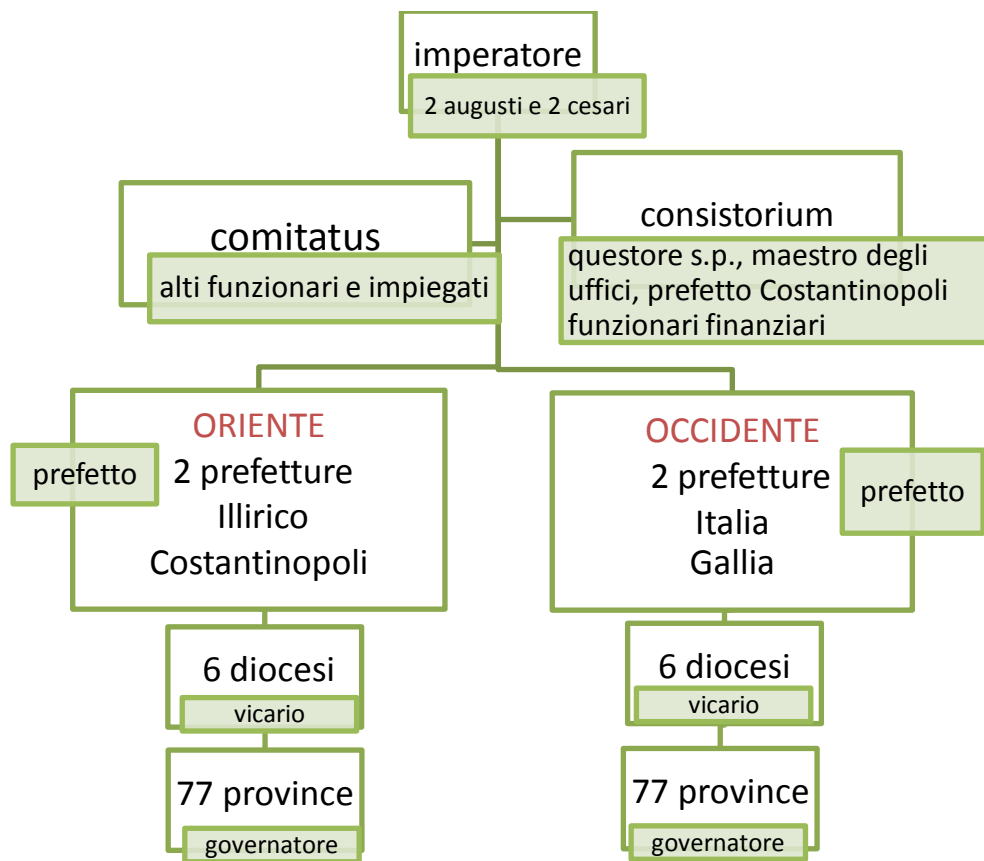
In particolare era complessa la struttura dell'amministrazione civile, costruita su ben cinque livelli: vi erano 114 province, metà in Oriente e metà in Occidente, rette da Governatori di nomina imperiale.

All'interno delle province, le città erano poi governate da oligarchie locali, alle quali però, gradualmente, si sostituiscono funzionari di nomina imperiale.

Le province erano state poi raggruppate da Diocleziano in 12 diocesi, metà in Occidente e metà in Oriente, rette da Vicarii, superiori di grado e giudici d'appello rispetto ai governatori. Dalla fine del IV secolo, le diocesi a loro volta formavano 4 prefetture (Italia e Gallia in Occidente, Costantinopoli e Illirico in Oriente), rette da prefetti del Pretorio, superiori di grado rispetto ai vicari.

Era sempre possibile ricorrere direttamente dai governatori ai prefetti, saltando i vicari, ovvero dai vicari alla corte imperiale, saltando i prefetti. Ciò per evitare la concentrazione dei poteri nelle mani dei vicari e soprattutto dei prefetti.

Al vertice, gli imperatori erano affiancati da un *comitatus*, composto da alti funzionari e da impiegati minori, e dal *consistorium*, un consiglio dotato di molteplici funzioni (tra cui la competenza di ultimo grado sulle controversie provenienti da tutto l'impero), composto dal Questore del Sacro Palazzo (responsabile delle costituzioni imperiale e delle questioni legali), dal Maestro degli Uffici (capo della cancelleria dell'impero), dal Prefetto di Costantinopoli e dai due funzionari finanziari più elevati e pochi altri.



Dal punto di vista delle fonti del diritto, occorre tenere presente che, dall'inizio del III secolo, si assiste al silenzio della giurisprudenza che, attraverso i *responsa* e gli scritti dei grandi giuristi, era stata la fonte capitale del diritto romano. Fu invece la legislazione imperiale ad assumere il ruolo dominante nell'evoluzione del diritto, specie a partire da Diocleziano.

Ci sono giunte migliaia di costituzioni imperiali, spesso in forma abbreviata e parziale, attraverso due grandi compilazioni: il *Codex theodosianus* (codice teodosiano) del 438 d. C. è il primo vasto insieme di costituzioni, ripartite ordinatamente in libri e titoli, e ordinate cronologicamente all'interno di ciascun titolo, comprensive di tutto l'ordinamento giuridico. Sarà poi sostituito dal *Codex giustiniano* del 529. Giustiniano infatti, come vedremo, abrogò il codice teodosiano, ma l'influenza di quest'ultimo si mantenne a lungo in Occidente.

All'articolata tipologia normativa dell'alto impero si sostituisce una semplice distinzione tra due categorie fondamentali di costituzioni:

1. le *leges generales* o *edicta*: leggi di validità generale, dirette circolarmente a tutti gli abitanti delle province (*Ad provinciales*) o a tutto il popolo (*Ad populum*), elaborate dall'ufficio centrale della cancelleria imperiale (*scrinium ab epistulis*) sotto il controllo del Questore del sacro palazzo.

2. i *rescripta*, elaborati da un apposito ufficio (lo *scrinium a libellis*) e consistenti in pronunce relative a casi concreti, prospettati sia da funzionari incerti sulla decisione da prendere (procedimento *per relationem*) sia da privati che si rivolgevano con suppliche (*preces*) direttamente alla sede imperiale. Proprio per il loro carattere particolare, i rescritti potevano contenere disposizioni e soluzioni giuridiche anche diverse e contrastanti rispetto a quanto stabilito con leggi generali, alle quali facevano così eccezioni o deroghe.

Da un certo momento però si comincia ad applicare i rescritti anche ad altri casi analoghi e sfuma nella percezione degli stessi operatori del diritto la differenza tra i due tipi di norme.

Il codice teodosiano infatti raccoglie gli *edicta* (e solo questi) da Costantino a Teodosio II (312-438), mentre i più importanti del periodo successivo sono nel codice di Giustiniano. In esso ci sono però anche costituzioni del periodo precedente a Costantino, che appartengono alla categoria dei rescritti, anche se in un secondo tempo hanno assunto portata generale.

Il moltiplicarsi dei rescritti non di rado in conflitto con leggi generali, provocò molti problemi, specialmente nel momento in cui si affermò la tendenza ad applicare il rescritto al di fuori del caso specifico per il quale era stato emanato. Per questo Costantino sancì la nullità dei rescritti *contra ius*, cioè appunto contrastanti con norme preesistenti; in Occidente, nel 426 intervenne Valentiniano III vietando ai giudici di estendere surrettiziamente la portata dei rescritti.

Da tutta questa amplissima produzione legislativa emergono varie tendenze:

- \* vi era la necessità di risolvere questioni che sorgevano nell'applicazione del diritto romano ai provinciali (nel 212 la *constitutio antoniniana* di Caracalla aveva esteso a tutto l'impero la cittadinanza romana);

- \* vi era l'esigenza di adattare la disciplina degli istituti alle consuetudini, ai nuovi valori religiosi, alle esigenze della burocrazia;

- \* vi era la necessità di semplificare.

Nel complesso la produzione legislativa postclassica si caratterizza per il linguaggio raffinato e preciso in cui trapela spesso l'educazione retorica, oltre che giuridica, dei funzionari degli uffici imperiali che redigono i testi normativi.

Dopo la morte di Teodosio I, nel 395, l'impero è definitivamente diviso in due parti, anche sotto il profilo della legislazione: due erano le cancellerie e diverse erano le esigenze e le soluzioni legislative.

Nonostante il distacco ormai incolmabile, le codificazioni tardo-antiche, tutte di origine orientale, vennero estese anche all'Occidente, come s'è detto per il codice teodosiano. Elaborato a Costantinopoli, fu infatti esteso subito anche alla parte occidentale da Valentiniano III, genero di Teodosio, "per affezione filiale".

Quasi nulla invece passò da Occidente in Oriente. È significativo, ad esempio, che il codice giustiniano non abbia accolto alcun testo occidentale posteriore al 432, mentre include con larghezza la legislazione degli imperatori d'Oriente dell'ultimo secolo.

In quest'epoca il divario culturale tra le due parti dell'impero diventa in effetti sempre più profondo. In Occidente sopravvive a Roma una scuola di diritto ed un'altra esisteva in Gallia (ad Autun), ma il loro livello culturale, comparato con quello delle età precedenti e con quello dei centri orientali è molto modesto.

Modeste sono le opere redatte in occidente, per lo più epitomi (riassunti) di testi classici e opere esegetiche, preziose però per noi per comprendere il diritto vivo nel IV e V secolo. Queste fonti (e i pochi documenti superstiti di questo periodo circa i contratti e i processi) attestano il fenomeno della cosiddetta volgarizzazione del diritto, cioè delle alterazioni subite da molti istituti per effetto di una prassi fattasi più semplice, in un contesto sociale e istituzionale ben diverso dai secoli precedenti.

La sopravvivenza del diritto romano nei primi secoli del medioevo è legata appunto alla prassi del diritto volgare. Tra l'altro, nonostante la crisi della scienza giuridica dell'occidente, molti uomini di rilievo di questa età provenivano dalle professioni legali o dall'altra burocrazia.

In Oriente la cultura e la tecnica del diritto si mantennero invece elevati. Ne sono prova la costante e qualificata produzione legislativa e la riforma attuata nelle professioni legali. Dal IV secolo per l'esercizio dell'avvocatura era richiesta una specifica preparazione giuridica che si conseguiva nelle scuole di Berito (oggi Beirut) e di Costantinopoli (l'attuale Istanbul), con un corso di studi dalla durata quinquennale. È

proprio dalle scuole di Berito e di Costantinopoli che provengono alcuni tra gli autori delle codificazioni di Teodosio e di Giustiniano.

### **Il *Corpus Iuris Civilis*: composizione e struttura; suo impatto in Occidente**

Giustiniano diviene imperatore d'Oriente nel 527 d.C.. Immediatamente dopo l'ascesa al trono, inaugurò una politica volta al consolidamento dei territori imperiali, fuori e dentro i confini, conducendo numerose campagne militari e occupandosi persino di questioni delicatissime in ambito religioso (tenta in particolare di intervenire nella controversia che dilaniava il cristianesimo a causa dell'eresia cosiddetta "monofisita").

L'aspetto per noi più importante del suo regno è però la sua attività normativa. Giustiniano si propose di creare un sistema legislativo uniforme per tutto l'impero e incaricò una commissione, presieduta dal giurista Triboniano, di raccogliere e organizzare il diritto romano.

Il lavoro di compilazione e ricerca di tutte le leggi durò oltre un decennio e diede luogo a 4 importantissime compilazioni:

- 1) dapprima uscì il Codice (*Novus Iustinianus Codex*), in una prima versione nel 529 e in una riedizione aggiornata (*Codex repetitae praelectionis*), nel 534, che come abbiamo visto raccoglie costituzioni imperiali, di entrambe le tipologie (editti e rescritti) ormai però tra loro indistinguibili.
- 2) Preparato con un lavoro di tre anni, nel 533 entra in vigore il Digesto (*Digesta seu Pandectae*), opera monumentale con la quale la commissione diretta da Triboniano raccoglie in 50 libri divisi in titoli in base alla materia trattata il contenuto delle grandi opere della giurisprudenza romana. Le opere dei grandi maestri del diritto sono smembrate in tanti frammenti, a loro volta modificati ed 'aggiornati', e soprattutto 'trasformati' da testi dottrinali in norme di legge, vigenti per la promulgazione ufficiale fattane dall'imperatore.
- 3) le Istituzioni (*Institutiones Iustiniani sive Elementa*) sono poi un vero e proprio manuale di diritto a disposizione degli studenti delle scuole.

Un *secondo periodo* dell'attività legislativa di Giustiniano (dal 535 al 541-42 circa), è caratterizzato da un'intensa legislazione "corrente", attuata per mezzo di *Novellae constitutiones*, che continuamente la cancelleria imperiale promulga per le più diverse questioni.

Vi è infine un *terzo periodo*, dal 543 al 565 (anno della morte di Giustiniano), in cui, anche per la minore, o diversa, qualità dei collaboratori, l'attività legislativa (sempre per mezzo di *Novellae*) si fa sempre più scarsa e scadente.

Le novelle vennero a questo punto raccolte in una compilazione ufficiale chiamata *Authenticum*, in numero di 134.

Il *Corpus Iuris Civilis*, dunque, era formato da tali opere. Un aspetto importante distingue però il primo periodo dai seguenti. Codice, Digesto ed Istituzioni furono, infatti, scritte in latino, lingua ufficiale dell'Impero ma scarsamente conosciuto dai cittadini delle provincie orientali (anche se lo stesso Giustiniano era di lingua, cultura e mentalità latine e parlava con difficoltà il greco). Il latino infatti era sostanzialmente la lingua dell'Amministrazione, della Giustizia e dell'Esercito, mentre la lingua d'uso nella parte orientale dell'Impero era il greco (e, in minor misura, il copto, l'aramaico e l'armeno rispettivamente in Egitto, Siria ed alcune regioni dell'Asia Minore). Se il dominio romano (repubblicano prima ed imperiale dopo) era riuscito ad imporre con successo il proprio Diritto e le proprie Istituzioni Politiche e Militari, il sostrato culturale delle provincie orientali dell'Impero continuò ad essere improntato in larga misura a forme e moduli di tipo tardo-ellenistico. Per ovviare a ciò, le opere successive (dalle *Novellae* in poi) vennero redatte pragmaticamente in greco, lingua più utilizzata dal popolo e dalla pratica amministrativa quotidiana, anche sempre e comunque col nome, il simbolo ed il faro culturale della Romanità.

Benchè fosse stato redatto solo per la parte orientale dell'impero, la vigenza del *corpus iuris civilis* venne ufficialmente estesa anche all'Italia (non a tutto il territorio dell'ex impero d'occidente) quando, a conclusione della lunga guerra cosiddetta greco-gotica, con cui Giustiniano pareva essere riuscito, sconfiggendo il re barbaro Teodorico, a riconquistare il territorio del cosiddetto Esarcato a Ravenna e dell'Italia tutta. Formalmente, la richiesta di dare anche alla penisola italiana la sua splendida legislazione venne fatta a Giustiniano da papa Vigilio I nel 554, ed ecco perché l'atto ufficiale con cui Digesto, Codice e Istituzioni venivano dichiarati vigenti in Italia, promulgato appunto nel 554 è noto come *Pragmatica sanctio pro petitione Vigili*.

In realtà, se è probabile che con essa una copia ufficiale del testo venisse trasmessa almeno alla curia romana, non fu possibile una reale divulgazione e men che meno applicazione del testo legislativo nei territori occidentali. Non ve ne fu neppure il tempo dato che pochissimi anni dopo, già nel 568, l'arrivo dei Longobardi che dal Friuli invadevano l'Italia sotto la guida di re Alboino, spezzò definitivamente ogni legame con l'impero e segnò una definitiva cesura storica.

Del *Corpus Iuris* si perse quasi ogni conoscenza in occidente: poche norme del Codice e delle Novelle vennero ancora qua e là menzionate, e circolava ancora qualche manoscritto contenente non il testo completo e originale, ma il riassunto di queste raccolte.

Del Digesto invece si perse per secoli ogni minima traccia.

### **Cristianesimo, Chiesa e diritto**

Il cristianesimo, fin dal suo sorgere, pone il problema del suo rapporto con le istituzioni pubbliche. L'autonomia dei cristiani rispetto al potere nasceva dalla convinzione che la salvezza spirituale di ogni uomo nascesse dalla sua fede in Cristo, rifiutando ad ogni altra autorità un culto che si doveva solo a Dio. In questo senso il cristianesimo fu visto come un pericolo ed era combattuto dagli imperatori dei primi secoli. La nuova religione comunque si espandeva, nonostante le persecuzioni, e nascevano comunità praticanti al loro interno i precetti evangelici della carità e della condivisione dei beni, comunità divenute numerose fin dal I secolo.

In un primo tempo, all'interno della comunità cristiana, si attuarono divisioni informali che vedevano emergere compiti diversi di tipo religioso o assistenziale e le decisioni principali si assumevano collegialmente.

Il principio della successione apostolica, espresso per la prima volta alla fine del I secolo (in una epistola di Clemente romano), conferiva unità spirituale alla Chiesa, mettendola in grado di resistere alle persecuzioni religiose ed agli influssi devianti esercitati da certe culture.

A partire dall'età tardo-antica, poi, la Chiesa cominciò ad esercitare influenza anche sul terreno delle istituzioni secolari e dell'ordinamento giuridico.

Anche la scelta dei testi antichi, giunti a noi per il tramite di sconosciuti scrittori medievali, fu operata in massima parte da chierici e da monaci nelle comunità cristiane e i compiti e i ruoli dei ministri di culto assunsero identità specifica a partire dal II secolo.

Il vescovo venne considerato il titolare del mandato ecclesiastico nella Chiesa locale e, in gerarchia discendente, vi erano presbiteri, diaconi e, in seguito, ordini minori.

La sede vescovile era la città, mentre nei centri minori e nelle campagne i fedeli venivano assistiti da curatori di anime.

La crisi gravissima dei poteri pubblici e la grande autorità morale di cui godeva il vescovo, lo portarono sempre più spesso ad esercitare funzioni civili e pubbliche accanto ai suoi compiti pastorali. Il vescovo era di regola scelto dal clero della Chiesa locale, con la partecipazione del popolo che per lo più si limitava alla sua conferma (a volte, peraltro, lo sceglieva direttamente, come nel celebre caso di Ambrogio che, addirittura neppure battezzato, venne designato dai fedeli mentre, in qualità di governatore provinciale, stava assicurando lo svolgimento ordinato dell'elezione del vescovo).

Si era poi affermata la consuetudine (in Oriente e in Africa già nel II e nel III secolo, nel IV ovunque) di convocare Concili (che riunivano i vescovi di una o più province ecclesiastiche) per la decisione di questioni dottrinali e disciplinari.

Concili generali vennero convocati anche da imperatori che tentarono di influenzarne gli esiti. Il primo, e uno dei più importanti, fu convocato nel 325 a Nicea da Costantino. Vi furono affermati alcuni principi teologici fondamentali, gettando le basi del credo cattolico, ad esempio definendo il Figlio “della stessa sostanza del Padre”, contro le tesi del vescovo Ario, che si era diffusa sia in Occidente che in Oriente, e che da quel momento venne definita eretica.

Le decisioni conciliari diventavano poi punti fermi per la Chiesa, nella persuasione che i vescovi riuniti in concilio fossero assistiti dallo Spirito Santo. I testi dei canoni di Nicea e degli altri concili d'Oriente (scritti in greco) vennero tradotti e diffusi in Occidente: si formava così un primo deposito di regole dottrinali e disciplinari su sacramento, clero, patrimonio ecclesiastico, penitenza, liturgia, scomunica etc.

Questo complesso di norme, di diversa portata ed autorità, si qualifica come diritto della Chiesa, in quanto composto di norme scritte e consuetudini dotate di sanzione (la scomunica era la più grave).

Con la formazione delle province ecclesiastiche presiedute da un Metropolita, l'ordinamento della Chiesa assume abbastanza presto una struttura gerarchica: nelle deliberazioni conciliari e all'interno di ogni diocesi erano uguali il ruolo e la dignità di ogni vescovo, ma era diverso il loro grado, corrispondente all'importanza della sede e all'autorità della Chiesa locale.

In particolare venne gradualmente ad assumere un ruolo particolare il vescovo di Roma.

Nell'affermazione del primato papale furono momenti significativi, tra il IV e il V secolo: ad esempio Innocenzo I (402-417), ricorrendo allo strumento delle decretali, cioè lettere con valore normativo, indirizzate per lo più ad altri vescovi per risolvere questioni difficili o particolarmente delicate, affermò la preminenza della consuetudine romana in materia liturgica; rivendicò il ruolo del vescovo di Roma nelle cause maggiori e in appello; intervenne in questioni della Chiesa africana e d'Oriente etc.

Decisivo fu poi papa Leone magno (440-461). Egli affermò che il compito universale del vescovo di Roma discende dal fatto che il ruolo affidato da Gesù Cristo a Pietro (distinto da quello degli altri apostoli) si trasmette a ciascuno dei successori di Pietro. Questa tesi ottenne in occidente un vasto riconoscimento, anche per l'autorità di cui Leone godeva dopo essere riuscito a fermare Attila e aver contrastato i Vandali che, guidati dal sanguinario Genserico avevano devastato e saccheggiato Roma per ben 14 giorni nel 455. In Oriente però, va ricordato il Concilio di Calcedonia che, proprio negli stessi anni, equiparava a quello di Roma il vescovo di Costantinopoli, attribuendogli gli stessi privilegi.

Oriente ed Occidente rimasero da allora su posizioni distanti: mentre in Oriente il diritto della Chiesa si sviluppò essenzialmente sulla base delle deliberazioni conciliari, in Occidente le raccolte delle norme canoniche accolsero in misura crescente, accanto ai Concili, le decretali dei Pontefici.

Il diritto canonico accolse anche principi e termini del diritto romano (per esempio gli stessi termini come ‘diocesi’ vennero tratti dal linguaggio amministrativo dell'impero).

D'altro canto le idee e la tecnica della cultura cristiana hanno a loro volta esercitato un'influenza profonda nel mondo del diritto.

In particolare si farà strada il principio, estraneo alla tradizione giuridica greca e romana, per il quale il giudice deve applicare la legge scritta e la legge è contenuta in un solo libro, esente da contraddizioni. Se queste sembrano esserci, spetta al sapiente dimostrare che sono apparenti. La fondamentale rilevanza del testo scritto, derivata dalla tradizione ebraica antica (che riconduceva l'individuazione delle regole di condotta al libro della Legge), entra nella tradizione patristica (che doveva tra l'altro coordinare



l'Antico e il Nuovo Testamento, non sempre pienamente coincidenti) e diventa poi elemento fondamentale della tradizione giuridica europea.

### Chiesa e Impero

Questi mutamenti vengono facilitati da una graduale evoluzione dei rapporti tra Chiesa ed impero, favorita in Occidente dal riconoscimento avvenuto all'inizio del IV secolo per opera di Galerio, di Licinio e soprattutto di Costantino. Ciò ebbe grande effetto anche sulla legislazione imperiale. Importanti diritti e privilegi vennero infatti attribuiti alla Chiesa. Ad esempio:

- a) il clero fu dichiarato esente da prestazioni civiche e fiscali imposta agli altri sudditi
- b) ai vescovi furono riconosciute funzioni giudiziarie nell'ambito del processo civile
- c) ai vescovi fu assicurata la giurisdizione esclusiva in materia ecclesiastica.

Si tratta di privilegi che riguardavano solo la religione cristiana: già Costantino aveva stabilito che i privilegi non dovevano valere nei confronti di eretici e scismatici. Costanzo II (356) e Teodosio I (391) colpirono con pene anche gravi il culto pagano. Nel 380 infatti Teodosio emanò un editto con cui la religione cattolica (cioè la professione di fede trinitaria dei vescovi di Roma e di Alessandria) era la sola religione ufficialmente riconosciuta dall'Impero (quindi la Chiesa divenne, da perseguitata, dapprima tollerata, poi riconosciuta, poi privilegiata e infine dichiarata esclusiva).

Tutto ciò favorì la penetrazione del cristianesimo nelle diverse parti dell'Impero e provocò, specie in Oriente, un intreccio tra Stato e Chiesa. In particolare, a Costantinopoli, si affermò una vera e propria forma di cesaropapismo, cioè di ingerenza e controllo dell'autorità imperiale e statale sulla materia religiosa e sulla gerarchia ecclesiastica, con conseguenze storiche di lunga durata.

In Occidente, in verità, i pericoli di una subordinazione allo Stato furono avvertiti precocemente: a metà del IV secolo, il Vescovo Osio di Cordova scrive a Costanzo di non intromettersi in questioni ecclesiastiche e soprattutto Ambrogio, vescovo di Milano, nel 390, esclude dalla comunione l'imperatore Teodosio che aveva ordinato una rappresaglia nei confronti degli abitanti di Tessalonica ove un funzionario imperiale era stato ucciso. Solo dopo aver pubblicamente riconosciuto il suo errore e aver chiesto perdono, l'imperatore venne riammesso in Chiesa.

La fisionomia caratteristica che andava assumendo in Occidente il rapporto tra Stato e Chiesa venne enunciato in un principio un secolo dopo: papa Gelasio I, in una lettera indirizzata nel 494 all'imperatore Anastasio ed in un trattato di poco successivo, definì impero e papato *dignitates distinctae*, rispettivamente intese alla tutela dell'ordine temporale e al conseguimento della vita eterna.

I due poteri, entrambi voluti da Dio, erano reciprocamente indipendenti, nel senso che ciascuno doveva agire, nella sua sfera, senza interferenze da parte dell'altro; nel 'secolo' è il sacerdote a seguire le leggi dell'imperatore, ma nelle cose della religione è l'imperatore a dover obbedire al sacerdote; più tardi il principio verrà usato anche per sottolineare l'importanza che i due poteri si armonizzino e si tengano uniti, proprio come l'unione di corpo e anima è condizione necessaria alla vita.

L'idea che l'ordine civile e quello religioso costituissero due gerarchie distinte, pur ispirate a valori coincidenti (idea che trovava un aggancio importante nel Nuovo Testamento nel "rendete a Cesare quel che è di Cesare e a Dio quel che è di Dio") caratterizza la tradizione giuridica europea rispetto a quella di altre civiltà (quali l'ebraica, l'islamica, la cinese) ove tale distinzione non esisteva.

Il legame tra le due istituzioni è comunque molto stretto.

Non è un caso perciò, in questo quadro, che i pontefici usassero sovente per risolvere anche le questioni interne alla chiesa il diritto romano. Proprio ad un altro papa,

Gregorio magno, vissuto un secolo dopo Gelasio, (Gregorio è papa dal 590 al 614) si deve così l'ultima traccia del Digesto prima che questo testo scomparisse dalla vita giuridica dell'occidente per più di quattro secoli. In un'istruzione data al suo incaricato mandato in Iberia nel 603 a dirimere una controversia papa Gregorio indica tra le norme da usare per risolvere il caso appunto alcuni passi del codice e uno del digesto, citato e trascritto con precisione a riprova del fatto che la curia romana probabilmente ne custodiva una copia integrale. Da questo momento il Digesto, come detto, scompare.

A sua volta, specie dal IV secolo in poi, la legislazione imperiale recepì comunque principi ed istituti nuovi, in parte derivati dalla tradizione greco-ellenistica e in parte ispirati ai valori del cristianesimo. Alcuni storici hanno definito 'diritto romano cristiano' il filone legislativo postclassico ispirato a principi di umanità; altri ritengono invece che molte disposizioni di carattere umanitario possano derivare da apporti culturali di altro segno, ad esempio di origine stoica.

Si tratta comunque di novità importanti come una attenuazione del regime aspro della *patria potestas*, cioè degli amplissimi poteri che il diritto romano attribuiva al padre di famiglia, limitando ad esempio il diritto, in precedenza estesissimo, di vendita ed esposizione dei figli, punendo gli abusi del padre e tutelando la successione restringendo a casi estremi la diseredazione. Sono tutelati anche gli schiavi vietando di dividere le famiglie, vendendo uno dei coniugi, favorendo l'acquisto da parte degli schiavi stessi della loro libertà, sia per concessione del padrone sia riscattandola con i propri guadagni (varie forme nuove vennero introdotte per le 'manomissioni' e le 'affrancazioni'). Nel matrimonio si limitano le cause di scioglimento unilaterale (anche se non si arrivò mai, nonostante le insistenze della Chiesa, a negare l'idea romana che il matrimonio nasce con il consenso e viene meno al venir meno del consenso stesso). Si migliora anche la condizione della donna, meglio tutelata nella successione e negli altri suoi diritti economici.

Anche l'amministrazione della giustizia subisce importanti trasformazioni, con ampliamento dei poteri del giudice. Il processo civile si trasforma gradualmente in un complesso di atti scritti in cui le prove non sono più lasciate alla libera valutazione del giudice; si stabilisce invece una graduazione di attendibilità della testimonianza in base alla regola sul numero dei testi, in base alla condizione personale del teste etc. In particolare, da una tradizione di origine ebraica, Costantino afferma il principio per cui una testimonianza di un solo teste è invalida ai fini della prova.

### Il monachesimo benedettino e irlandese (i penitenziali)

In questi secoli storia religiosa e civile, come si è accennato, sono talmente legate che è impossibile prescindere dalle istituzioni ed influenze della Chiesa.

Grande importanza in questo senso ha anche il fenomeno monastico, un pilastro della civiltà medievale. Nato in Egitto nel III secolo, si diffuse assai presto in Occidente.

Una delle prime e più importanti comunità fu fondata a Cassino da S. Benedetto da Norcia nel 529. Intorno a lui nacque un vasto gruppo cui lo stesso Benedetto diede poi la celebre *Regola*, che accostava momenti di lavoro, materiale (nei campi) ed intellettuale (specialmente nella lettura e trascrizione dei manoscritti) a momenti di preghiera (il notissimo motto era infatti *Ora et labora*, Prega e lavora).

Proprio all'ordine benedettino apparteneva Gregorio magno, che abbiamo ricordato per la sua cultura giuridica. Prima di entrare in monastero, Gregorio era stato funzionario dell'impero nelle ultime tracce di questo rimaste in Italia, era cioè prefetto della città di Roma. Fattosi monaco, viene poi chiamato al soglio pontificio nel 590. Il suo papato è particolarmente rilevante anche per la storia del diritto, proprio per la metodologia da lui usata per risolvere le questioni che sempre più spesso gli vengono sottoposte dagli altri vescovi. Nelle sue lettere, infatti, Gregorio indica sempre come la soluzione dei casi si possa trovare facendo riferimento ad un testo di legge scritto, autoritativo, che talora è la sacra scrittura, talora una decisione di un concilio, talora, anche, come abbiamo visto, un

passo della legge romana. Si tratta però di un metodo e un principio per nulla scontato all'epoca e destinato a enormi sviluppi per il diritto occidentale.

\*\*\*

Diversa ma non meno importante l'esperienza di vita monastica diffusa in tutta Europa a partire dall'Irlanda.

La cristianizzazione dell'Irlanda è tradizionalmente collegata alla figura di Patrizio che, dice una celebre leggenda, spinto da una visione vi si reca a predicare il Vangelo, e ad "addentrarsi persino nelle regioni dove non abita alcun uomo, e dove mai nessuno era giunto a battezzare, a ordinare il clero, a cresimare". Installatasi in una società suddivisa in clan, in un territorio ove mancava il raccordo funzionale dei centri urbani, la Chiesa irlandese sviluppò sue proprie consuetudini e sue proprie regole monastiche, particolarmente severe.

In ambiente irlandese furono infatti elaborati i penitenziali, minuziosi elenchi di peccati e di trasgressioni con la corrispettiva penitenza, che ne costituiva l'appropriato rimedio. La penitenza privata, basata sul presupposto che "non c'è crimine che non possa essere espiato con la penitenza", costituiva una nuova pratica di correzione spirituale e si sostituiva alla penitenza pubblica delle prime tradizioni cristiane, che prevedeva l'esclusione dai sacramenti e la separazione del penitente dal resto della comunità.

Un altro punto di peculiarità delle tradizioni irlandesi era costituito dalla mancanza di incardinamento monastico presso una precisa sede fisica, e anzi, in esatta opposizione, l'esaltazione della *peregrinatio* monastica come via attraverso la quale raggiungere la perfezione. Fu così che il monaco Colombano si recò con numerosi viaggi alle corti dei re Franchi, Goti e Longobardi: in Italia il re longobardo Agilulfo gli concesse una terra a Bobbio ove fondare un proprio monastero.

In questo modo la pratica della penitenza privata si diffuse in tutta Europa anche perché il modo con cui i penitenziali erano articolati rispondeva molto bene alla mentalità germanica, che anche in ambito giuridico prevedeva un sistema 'tariffario' per graduare le sanzioni corrispondenti agli illeciti penali.

Da un altro punto di vista, inoltre la prassi cristiana dei penitenziali influì direttamente in ambito giuridico. Nello stabilire la gravità della colpa e la conseguente penitenza, infatti, vi si teneva conto di quello che con linguaggio giuridico attuale chiameremmo l'elemento soggettivo, cioè l'intenzione di chi agisce: chi aveva dunque commesso una colpa con chiara volontarietà era punito più severamente. Ebbene, il diritto romano non conosceva affatto la distinzione tra reato colposo e doloso, che comparve invece nel diritto medievale proprio per il tramite dei penitenziali.

### **La 'rottura' delle invasioni barbariche**

Ancor prima di varcarne i confini, i vari popoli germanici avevano avuto notevoli contatti con l'impero romano; lo conferma il fatto che più volte i loro re, una volta insediati in Occidente, presero il titolo di 'generale' o 'patrizio' dell'impero stesso, rimanendo re solo nei confronti del proprio popolo (così Odoacre, Teodorico ed altri) e vennero recepiti molti istituti di stampo imperiale.

Molti caratteri originari della civiltà dei Germani rimasero comunque a lungo (soprattutto tra i meno vicini a Roma come Franchi, Angli e Longobardi):

- sono popoli essenzialmente dediti alla guerra: il coraggio è il massimo segno di valore e la vestizione delle armi segna l'acquisto della maggiore età e della capacità politica;
- le decisioni importanti sono prese dall'assemblea degli uomini armati (si decidono per esempio le pene per i crimini più gravi come tradimento e viltà);
- in generale i crimini sono concepiti ancora come illeciti privati e puniti perciò con la vendetta o con un sistema di composizioni pecuniarie;

- i vincoli familiari sono molto forti; il legame matrimoniale è rinsaldato anche con un negozio patrimoniale;
- il testamento è ignoto;
- l'agricoltura è ormai praticata, ma con mutazione annuale dei campi, distribuiti in base all'autorità sociale ed è comunque meno prestigiosa del mestiere delle armi.

La società era divisa in ceti nettamente separati: vi era la nobiltà (ed è tra i nobili che si sceglieva il re); i capi militari, poi i liberi, raggruppati per famiglie, ed i servi.

La fase di insediamento dei Germani nel territorio dell'impero ha inizio alla fine del secolo IV e si conclude dopo la metà del VI secolo. In questo periodo nascono vari regni con caratteristiche diverse. È un periodo di straordinaria mobilità. In precedenza le stirpi germaniche si reggevano con consuetudini non scritte, ma la profonda innovazione data dal loro radicamento stabile su un territorio costringe al mutamento di questo patrimonio di consuetudini.

Un popolo nomade, che si sposta da una terra ad un'altra con carri ed animali, che vive di caccia e di prede di guerra, che vive aggregato e compatto in piccoli spazi ove i gruppi familiari sono distinti ma contigui, che non conosce la proprietà individuale della terra né l'agricoltura intensiva, un popolo così non può mantenere intatto il proprio patrimonio di consuetudini giuridiche quando, viceversa, sia divenuto minoranza dominatrice distribuita entro il vasto territorio di un regno abitato da una popolazione ben più numerosa anche se soggetta. Per quanto forti fossero l'orgoglio di stirpe e il senso della tradizione, questi elementi non potevano non alterarsi e modificarsi in base alle nuove esigenze nate dagli stanziamenti in occidente.

Il maggior problema fu il rapporto con la popolazione romana, che, per lo più, fu risolto mediante un sistema di ripartizione delle terre (non però in tutti i regni; ciò non avvenne ad esempio nel regno Franco né in quello Longobardo) e soprattutto, come avvenne in Italia sotto il dominio longobardo, mediante il criterio definito della 'personalità della legge'.

Il sistema prevede cioè che, entro un medesimo ordinamento giuridico, fossero riconosciuti come validi più diritti, ciascuno con riferimento ad una stirpe: i popoli germanici applicavano a sé le proprie consuetudini, mentre la popolazione romana poteva continuare a regolare i propri rapporti giuridici sulla base del diritto romano, sia pure nella forma semplificata e modificata caratteristica del cosiddetto diritto romano volgare. Anche i gruppi minori (ad esempio, nell'Italia del regno longobardo, gli Ostrogoti, già qui residenti e sopravvissuti alla conquista) potevano mantenere il loro diritto di stirpe.

Il sistema poté funzionare per un lungo periodo perché per molto tempo i rapporti giuridici tra nuclei etnicamente distinti furono sporadici e pertanto i problemi di 'conflitto di leggi' non sorsero molto di frequente.

Naturalmente il principio non operava rispetto a quegli istituti di diritto pubblico (per esempio sui poteri dell'autorità di governo civili, militari e giudiziarie) che creavano la struttura portante dei vari regni.

Dopo un certo tempo il regime puramente consuetudinario non poté più essere sufficiente e nacquero le prime leggi scritte, che hanno in parte caratteristiche simili, ma anche aspetti differenti nei diversi regni.

Le leggi dei popoli germanici sono infatti testi assai diversi tra loro e con varie contaminazioni e influenze esterne: alcune (specie le leggi visigotiche e burgunde) sono fortemente impregnate di diritto romano volgare, altre (specie quelle Franche e Longobarde) sono assai più fedeli allo spirito originario delle consuetudini dei rispettivi popoli, ma è molto significativo che, ciò nonostante, come si è notato, esse siano state tutte scritte nella lingua dei vinti, il latino, la più adatta a formulare ed esprimere concetti giuridici.

#### Visigoti

Il primo popolo di origine germanica che si preoccupò di dare al proprio regno una legge scritta fu quello Visigoto (stanziatosi dapprima nella Francia del sud e poi

spostatosi, sotto la pressione dei Franchi, nell'attuale Spagna), le cui leggi si differenziano tra l'altro da quelle di altre popolazioni per un punto molto importante: fin dai primi testi, risalenti al V-VI secolo d. C., i contenuti di queste leggi sono largamente ispirati al diritto romano. Il più antico è il codice Euriciano, promulgato da re Eurico intorno al 476 d. C., seguito dalla cosiddetta *Lex Romana Visigothorum* o Breviario alariciano, emanata da re Alarico II nel 507 d. C. Quest'ultimo testo è addirittura composto esclusivamente da leggi romane, tratte dal Codice Teodosiano e da altre opere, modificate ed adattate dalla prassi di quello che abbiamo chiamato "diritto romano volgare". Essa ha una grande diffusione e influenze durature nei territori della Francia meridionale e della penisola iberica, contribuendo, quasi paradossalmente, a tenere viva la tradizione romana pre-giustiniana nell'Europa occidentale.

In un secondo tempo anche i Visigoti emanarono leggi più originali. Alla fine del VI secolo, re Leovigildo rielaborò il codice euriciano, introducendovi maggiori elementi della tradizione germanica; fu poi re Reccesvindo, a metà del VII secolo (654) a emanare un testo completo di leggi, diviso in 12 ordinati libri, il cosiddetto *Liber Iudiciorum*, che sostituiva tutta la legislazione precedente nel regno, superando definitivamente anche il principio della personalità del diritto, applicandosi quindi a tutta la popolazione, a prescindere dalla stirpe di origine. Questo testo contiene comunque ancora molte nozioni, istituti e concetti di origine romanistica.

Il dato curioso e importante è che questo *Liber Iudiciorum* continuò ad essere applicato in Spagna anche dopo la fine del Regno visigoto, avvenuta nel 711 a seguito dell'invasione degli Arabi. Lo utilizzava infatti la popolazione non musulmana, cui i dominatori concessero di continuare a seguire le proprie consuetudini.

#### Franchi

Anche i Burgundi, che si erano stanziati nella Francia meridionale, si erano dati leggi scritte (*Lex Burgundionum*, 501-515), e lo stesso fecero i Franchi, che sconfissero i Visigoti, costringendoli a spostarsi oltre i Pirenei (nel 507 d. C) e conquistarono anche il regno Burgundo (nel 534), instaurando una delle più vaste e durature dominazioni di quest'epoca.

Il re Franco autore di queste importanti conquiste territoriali, Clodoveo, fu anche il primo a emanare una legge scritta per il suo popolo, il *Pactus Legis Salicae* (anni 507-511).

Il contenuto di questa raccolta normativa è in realtà quasi tutto più antico, formato da consuetudini risalenti al tempo precedente la stessa fondazione del regno: lo dimostrano molte norme di questa legge, che mirano a superare la ancor più antica pratica della faida, cioè della vendetta, cui la vittima o il suo clan aveva diritto, introducendo per la repressione dei fatti illeciti il sistema della cosiddetta composizione pecuniaria: l'autore di un omicidio, un furto, un incendio o altro è cioè obbligato al versamento, alla persona offesa o alla sua famiglia, di una prefissata somma di denaro. Proprio il valore attribuito dalla legge ai diversi beni rivela l'arcaicità di queste norme: non vi è nessuna norma che tutela ad esempio la proprietà immobiliare, terriera (segno di un'epoca in cui i Franchi erano ancora nomadi e dunque non davano al possesso della terra grande importanza), mentre tra gli animali domestici i più pregiati sono i suini (quelli più facili da allevare nelle foreste dell'Europa orientale, da dove i Franchi provenivano...).

La famiglia è ancora pensata come un gruppo compatto, in cui il patrimonio si trasmette automaticamente dai padri ai figli, escludendo espressamente le donne dall'eredità sulla "terra salica" (una norma che secoli dopo sarà 'ripescata' dai giuristi della corte regia di Francia, per escludere le donne dalla successione al trono).

Nella *Legge salica* si trovano anche usi e consuetudini ancora intrise di elementi magici e di rituali pagani, risalenti a prima della conversione al Cattolicesimo, avvenuta proprio nel regno di Clodoveo.

#### Longobardi

Molto dopo gli altri popoli, giungono a darsi leggi scritte anche i Longobardi.

Scesi in Italia, come si è accennato, nell'anno 568 d. C., guidati da re Alboino, i Longobardi, popolo di origine scandinava che aveva in precedenza attraversato anche i territori dell'attuale Ungheria (l'antica Pannonia), dopo un lungo assedio, sconfiggono gli Ostrogoti e il loro re Teodorico ed instaurano un ampio regno che copre quasi tutta l'Italia settentrionale con larghi territori anche nel centro- sud. Fissano a Pavia la loro capitale.

Il regno longobardo è diviso in trenta Ducati, guidati appunto da Duchi, titolari di vasti poteri militari, civili e amministrativi. In un primo tempo dunque, il ruolo del re è soprattutto quello di un comandante militare, rispetto al quale i duchi hanno ampia autonomia.

Dal punto di vista del diritto, i Longobardi continuano ancora per decenni dopo la conquista dell'Italia a regolarsi con consuetudini tramandate oralmente all'interno dei compatti e bellicosi gruppi familiari.

Solo a metà del VII secolo il re Rotari prende l'iniziativa di far redigere in forma scritta queste antiche consuetudini. Nell'anno 643 d. C viene così emanata la prima legge longobarda, l' Editto di Rotari, scritta come tutte le precedenti in latino, e divisa in 388 capitoli, su tutti i diversi aspetti del diritto.

Vi sono riportate ad esempio le consuetudini sulla disciplina della famiglia e del matrimonio, ancora strutturato come 'compravendita' della donna tra il padre e il marito, che versa appunto al suocero una somma di denaro (*meta*).

La donna longobarda è infatti priva di soggettività giuridica e sempre sottoposta all'autorità di un membro maschio della famiglia, il cosiddetto *mundio*.

La maggiore età e la piena capacità giuridica (per i maschi) si acquista nel momento in cui si è qualificati 'atti alle armi', all'età di 12 anni.

Le successioni sono ancora pensate solo come automatica trasmissione del patrimonio, senza che il titolare possa disporre diversamente (non esiste il testamento) etc.

Il processo è a sua volta molto arcaico, incentrato sulla risoluzione della controversia tramite due soli 'mezzi di prova', cioè il giuramento e il duello.

Come nella legge salica, una grande parte è occupata dalla puntualizzazione delle composizioni pecuniarie da versare a risarcimento dei reati, graduate in base alla gravità del danno. Un elemento di sicura novità, voluto dal re che sta cercando di affermare sempre più il ruolo centrale della corona, è il fatto che metà di queste somme va versata alla famiglia offesa, ma metà va appunto al re, cioè allo Stato. Questo di fatto è anche un segnale della graduale emersione di un'idea 'pubblicistica' del reato, prima concepito solo come pura questione 'tra privati'.

Accanto a molte norme consuetudinarie, come queste sulle composizioni o, sono presenti nell'editto di Rotari anche disposizioni nuove, a tutela appunto della persona del re e del potere monarchico (ad esempio è punito con la morte l'attentato al re, mentre è esente da pena che commetta omicidio per ordine del re; sono vietate le migrazioni interne al regno senza il permesso della corona etc.).

Nonostante queste caratteristiche arcaiche e forse più 'primitive' di quelle romane, vi sono però nell'editto anche elementi di grande modernità; ad esempio vi si prevedono pene ben distinte per il semplice tentativo di reato, rispetto al reato compiuto, distinzione oggi per noi fondamentale ma sconosciuta allo stesso diritto romano.

In applicazione rigorosa del principio della personalità del diritto, l'Editto di Rotari si applicava comunque ai soli Longobardi, mentre alla popolazione di origine latina era concesso di continuare a seguire le proprie diverse consuetudini.

Da Rotari in poi, la produzione legislativa continua, per arrivare ad una svolta importante nella prima metà dell' VIII secolo, con le leggi del re Liutprando (anni 712-744 d. C.).

Convertitosi dall'arianesimo al cattolicesimo, coinvolgendo in questa conversione l'intero popolo, Liutprando inserisce nei suoi editti molti principi e concetti della cultura cristiana, per esempio rendendo meno dura la condizione dei servi: è loro concesso di

ottenere la libertà con una nuova modalità che si svolge in chiesa (la manomissione davanti all'altare), sono puniti i più violenti comportamenti del padrone (ad esempio la serva che venga violentata, acquista automaticamente la libertà, insieme al marito) ed è riconosciuto come giuridicamente valido il matrimonio dei servi (con il conseguente divieto al padrone di vendere uno degli sposi, separando la famiglia) etc.

Si introduce anche la prima forma di testamento, consentendo tramite lasciti o donazioni di lasciare in eredità a una chiesa o monastero una parte dei propri beni.

Si comincia infine a ripensare al modo di risolvere le controversie, valorizzando mezzi di prova come la testimonianza o i documenti scritti e manifestando dubbi sull'attendibilità del duello (peraltro Liutprando 'confessa' che avrebbe voluto abolirlo, ma non può farlo perché è una antica consuetudine troppo radicata nel popolo longobardo).

Un ultimo aspetto di novità della legislazione di Liutprando sta nella decisione di indirizzare gli editti non ai soli longobardi ma a tutta la popolazione del regno: con una norma apposita si consente ai sudditi di abbandonare la propria legge di origine e scegliere di regolare i propri contratti con un'altra (cosiddette 'professioni di legge'). I rapporti personali e giuridici tra le diverse popolazioni sono ormai molto più frequenti.

Non molto dopo Liutprando, nel 774 d. C. anche il regno longobardo viene sconfitto e conquistato da un importante re dei Franchi di cui si dovrà ancora molto parlare: Carlo magno, che unisce anche l'Italia settentrionale al proprio vastissimo regno.

### **L'impero carolingio e il sistema feudale**

A metà dell'VIII secolo, dopo la dinastia di Clodoveo e dei Merovingi, a guidare i Franchi era subentrata una nuova dinastia.

Decisivo era stato in questo passaggio quanto avvenuto nella località di Poitiers, sui Pirenei, nell'anno 732: sotto la guida di Carlo Martello, le truppe franche, quasi in nome delle popolazioni stanziate nel continente europeo (le cronache del tempo usano per definirli il termine *Europeenses*) avevano sconfitto gli arabi fermandone l'avanzata e impedendo appunto l'invasione dell'Europa. Con Pipino il Breve (salito al trono nel 751) e soprattutto con il figlio Carlo, che sale al trono nel 768, il regno franco si espande diventando il più importante d'Europa.

Carlo, dopo aver inglobato anche il regno Longobardo, estende i confini ad est fino al fiume Elba. Per poter governare e gestire un così vasto territorio, mette poi in atto una vasta riforma amministrativa.

Il regno viene diviso in 400 Contee, affidate appunto a dei Conti, nominati a vita dal re e dotati di un ampio potere di governo militare e civile, detto *banno*. A loro spetta anche l'amministrazione della giustizia e la riscossione dei tributi. Emergono però molto presto disfunzioni e problemi, a causa della gestione a dir poco scorretta e degli abusi di potere spesso perpetrati dai conti; per ovviare a questi problemi, Carlo ricorre allora alla nomina di altri ufficiali di sua fiducia, i *missi dominici* (cioè inviati del sovrano), mandati in tutto il territorio a controllare l'operato dei conti, spesso sostituendosi a questi nella risoluzione delle controversie.

Per imporre a tutti le sue decisioni, il potente sovrano ricorre ampiamente alla legislazione scritta, attraverso i cosiddetti capitolari, leggi generali valide per l'intera popolazione del regno, che si occupano delle più diverse materie, dalla giustizia, alla punizione degli illeciti, etc. Rimasero però in vigore anche tutte le precedenti leggi di stirpe (legge salica, editti longobardi etc.).

Il vasto e potente regno di Carlo cambia però decisamente la sua fisionomia dal punto di vista politico e giuridico, allorché, nella notte di Natale dell'anno 800, questi riceve da papa Leone III la corona di imperatore. Dopo più di tre secoli dalla caduta dell'impero d'Occidente, rinasceva in Europa un impero, che prendeva il nome di *Sacro Romano impero*, ricordando così da una parte l'ideale continuità appunto con l'impero di Roma (si parla perciò espressamente di *renovatio romani imperi*) e dall'altra il legame

fortissimo e inscindibile con la Chiesa. A questo punto il ruolo di Carlo magno non è più quello di semplice re dei Franchi ma il suo è un rango superiore a quello degli altri re: il potere imperiale ha, almeno in via di principio, un valore universale in tutto l'occidente cristiano poiché si ritiene conferito direttamente da Dio, sia pure per tramite della Chiesa (l'incoronazione fatta dal papa). Vedremo poi quali problemi e conseguenze avrà questa impostazione anche nei secoli successivi.

In questo stesso periodo, l'età definita appunto carolingia, accanto alla legislazione sovrana attuata tramite i capitolari o mantenuta in vita (come nel caso degli editti Longobardi, per la parte del *Regnum* d'Italia), il diritto è tuttavia rappresentato soprattutto da consuetudini.

Accanto a quelle di carattere 'personale', tipiche, come abbiamo visto, del sistema dei popoli germanici, cominciano via via a nascere e svilupparsi anche consuetudini territoriali, cioè caratteristiche di un certo luogo, villaggio, comunità rurale etc. In queste consuetudini vi è da una parte quindi un differenziarsi e specificarsi del diritto a seconda delle diverse località e zone, ma vi sono pure elementi di somiglianza e vicinanza, che segnalano il permanere comunque una cultura comune a livello europeo

In queste consuetudini, ad esempio, si mescolano e si adattano alle nuove esigenze anche le tracce rimaste di tradizione romana, in particolare, come si diceva, il diritto teodosiano (non invece quello giustiniano rimasto sostanzialmente estraneo all'Occidente).

L'uso di formule, concetti, termini del diritto romano ripetuto semplicemente per inveterata consuetudine è confermato dalle scarse documentazioni di atti negoziali sopravvissute per i secoli VII – IX/X e dai formulari usati da coloro che predisponavano tali atti. Ci attestano che i "notari" o "scriptores", che praticano il diritto senza avere fatto al riguardo studi specifici, ma semplicemente ripetendo un 'mestiere' e una pratica trasmessa di padre in figlio, non intendono il senso dei termini legali che pure adoperano. Spesso addirittura affastellano in un unico contesto espressioni contraddittorie: il trasferimento di un oggetto è indicato come donazione, vendita, affitto, nello stesso atto e nello stesso documento; altrettanto spesso i termini del diritto romano sono addirittura storpiati e le forme classiche di origine latina sono trasformate (la "conventio" diventa "convenientia", lo stare ad un patto "stantia" etc.). Sono tenui fili che legano la prassi negoziale al diritto romano.

Sono anche evidenti le tracce degli editti e capitolari longobardi e franchi e frequenti i richiami ad essi anche se pure per loro la genericità delle formule fa pensare più al richiamo di una norma rivissuta consuetudinariamente che alla diretta e piena conoscenza di una originale norma legislativa.

### Il feudo

È proprio da un insieme di consuetudini che si viene a creare e a sviluppare anche un nuovo assetto dei rapporti personali ed economici tra il re e i potenti del regno e una serie di legami anche tra i vari potenti e i loro 'seguaci'. Si tratta dell'istituto che prende il nome di *feudo*.

A costituire questa realtà politica e giuridica del tutto nuova, tipica proprio dell'alto medioevo, ma destinata a durare nell'ambito del diritto per secoli, pur con molte modifiche, concorrono due diversi elementi, uno di carattere 'personale', l'altro di natura 'reale', cioè economica, patrimoniale.

Il primo elemento prende il nome di vassallaggio. È costituito da un legame personale tramite il quale un uomo di rango superiore (prima di tutti il re ma non solo) si lega ad un altro, di condizione inferiore, tramite un fortissimo legame: il superiore assicura all'inferiore protezione, quanto mai necessaria in quel mondo privo di ogni forte autorità capace di assicurare l'ordine, mentre l'inferiore promette, tramite una solenne cerimonia ed un altrettanto solenne giuramento, assoluta fedeltà al superiore,



impegnandosi per tutta la vita innanzi tutto a non allearsi con i suoi nemici e a non danneggiarlo in alcun modo (obblighi ‘negativi’, cioè di ‘non fare’), ma soprattutto si mette a sua disposizione per prestare ogni volta che serva il suo servizio militare (cosiddetto *auxilium*) o ad assisterlo nelle decisioni che il signore dovrà prendere, anche nella sua eventuale veste di giudice (*consilium*). Come detto la fedeltà è un legame fortissimo: supera anche quelli di parentela e di sangue e non può essere spezzato senza commettere un reato gravissimo (detto *fellonia*), punito con la morte.

Ad un primo livello di legame, quello tra il re e i suoi uomini, detti vassalli, si aggiunge via via una rete di rapporti minori, dal momento che a loro volta i vassalli instaurano rapporti con altri soggetti di ceto più basso, detti valvassori, che a loro volta hanno a loro ‘disposizione’ dei valvassini... così che di fatto quasi tutti gli uomini liberi, nell’Europa continentale, sono legati a qualcuno. Ciò ha non poche conseguenze quanto alla gestione del potere ed al controllo del re sul territorio, dal momento che il giuramento di fedeltà è personale e vige il principio per cui “il vassallo del mio vassallo non è mio vassallo” (per ovviare a questo complesso stato di cose, Carlo magno per 3 volte nel corso del suo regno imporrà a tutti i sudditi maschi maggiori di 12 anni un giuramento di fedeltà direttamente al re, a chiarire che i legami feudali non potevano limitare il potere regio e imperiale).

Si verranno così a elaborare anche forme particolari di feudi come il cosiddetto feudo ligio, nel quale si pone una fedeltà prevalente su ogni altro rapporto eventualmente instaurato dal vassallo.

Con il passare del tempo, a questo rapporto di tipo personale, si accosta inoltre anche un elemento economico: il signore concede infatti al suo vassallo, in ricompensa della fedeltà e per assicurargli una fonte di reddito che gli consenta di meglio mantenere efficiente anche il suo equipaggiamento militare, un beneficio, cioè un fattore di reddito, per lo più costituito da una concessione di terre (anche se può trattarsi anche di una carica pubblica o di una somma di denaro).

Anche per questa seconda componente si prevede una solenne cerimonia, chiamata investitura.

Le terre naturalmente non sono ‘donate’ al vassallo ma solo concesse in godimento, in uso; egli può coltivarle e farle fruttare, traendone un guadagno, ma non diventano di sua proprietà. Si deve inoltre tenere presente che, originariamente, anche il beneficio, come il vassallaggio, ha comunque carattere personale e cessa quindi alla morte del vassallo. Le terre tornano allora nella piena disponibilità del signore che può assegnarle a qualcun altro.

Con il passare dei secoli, tuttavia, si diffonde la prassi di far subentrare il figlio del vassallo nella posizione del proprio padre. I vassalli naturalmente desiderano poter trasmettere il feudo ai propri figli, ed ai signori pare comunque conveniente per assicurarsi ancor meglio la fedeltà dei loro vassalli. Si crea quindi l’uso per cui alla morte del vassallo il suo erede giura nuovamente fedeltà al signore e ne ottiene con una nuova investitura il beneficio. Alla fine questa diffusa pratica sarà ufficialmente riconosciuta da una legge dell’imperatore Corrado II che nel 1038 dichiarerà tutti i feudi ereditari, cioè trasmissibili dal vassallo ai suoi eredi (ciò comporterà peraltro una serie di ulteriori problemi giuridici circa l’individuazione dell’erede designato: si affermano così i principi di primogenitura, mascolinità etc. che regoleranno ancora per secoli i destini dei patrimoni nobiliari in Europa).

### **La svolta dell’anno Mille**

L’assetto fin qui delineato della vita giuridica e delle fonti normative non cambia, come abbiamo visto neppure dopo che, con l’ascesa al potere del re dei Franchi Carlo e la sua guerra vittoriosa contro i Longobardi che lo porta ad ampliare enormemente il suo regno nel 774, e con l’importante intervento di papa Leone III, nella notte di Natale dell’anno 800 sembra nascere nuovamente in Occidente un Impero.

Il papa, probabilmente, avrebbe voluto trasferire con quel gesto a Roma l' 'intero' impero d'Oriente, sottraendolo a Costantinopoli (l'occasione formale era data dal fatto che in quel momento l'impero d'Oriente era vacante). Alcuni anni dopo però Carlo giunse ad un compromesso con i Bizantini, rinunciando al titolo di imperatore romano e al nome di impero per il suo dominio, che tra l'altro non sopravvive intero alla sua morte e viene subito diviso tra i suoi figli ed eredi.

La Chiesa, tuttavia, continuò a propugnare la romanità dell'impero carolingio e della sua 'sacralità' non solo perché si riteneva che ogni potere venisse da Dio e per questo il papa imprimeva tale sacralità con la cerimonia religiosa dell'unzione con il sacro crisma (ciò infatti valeva anche per gli altri re), ma soprattutto per il suo carattere di universalità che lo metteva appunto in speciale rapporto con la Chiesa come era stato per l'impero romano.

La vera svolta, per quanto concerne le norme giuridiche e l'assetto giurpolitico dell'Europa si verifica però a cavallo del nuovo millennio. È un momento di grande rinascita sociale, economica, istituzionale...

Vi sono soprattutto, per la prospettiva che a noi interessa, vari segnali di rinnovato interesse per il diritto romano:

a. La *renovatio imperii* ottoniana: alla morte di Carlo magno, il suo impero era stato diviso tra i suoi eredi, in particolare separando l'area della Francia dai territori della Germania e del Regno d'Italia. Mentre il regno di Francia si avvia ben presto a diventare un regno del tutto autonomo, in quest'ultima parte di territorio (l'area tedesca unita all'italiana), si era cercato di conservare le strutture e le istituzioni imperiali. In particolare questa rivitalizzazione dell'impero viene attuata, circa 150 anni dopo Carlo, da una nuova dinastia, quella degli Ottoni. Se Ottone I (962) è ancora un imperatore totalmente germanico, è però interessato all'alleanza con i Bizantini che ottiene tramite il matrimonio del figlio, Ottone II associato al trono nel 967, con una principessa greca. Il figlio di questi, Ottone III, educato dalla madre a conoscere la cultura bizantina, risiede a Roma e comincia nuovamente ad usare il titolo di *imperator romanorum* lasciato da Carlo Magno. Dal suo regno in poi si attua una politica graduale di ricostruzione del potere imperiale: in questo contesto avviene la ricomparsa dei *Tres Libri* cioè gli ultimi tre del Codice giustiniano, utili per la politica di tipo fiscale e di recupero delle cosiddette 'regalie', cioè le prerogative di governo spettanti all'imperatore (che comprendono tutti i poteri necessari a reggere lo stato: fare leggi generali, riscuotere le imposte, comandare l'esercito e condurre campagne militari, amministrare la giustizia etc.). In quei libri del codice erano infatti raccolte proprio costituzioni che trattavano queste materie relative ai poteri pubblici e all'amministrazione dello Stato. Dalla metà dell'XI secolo soprattutto, gli imperatori mirano al restauro di tutti quei diritti sovrani che, dopo il crollo dell'impero carolingio si erano persi: feudi, nomina di ufficiali e magistrati, moneta, mercati, imposte... La politica di restaurazione dei poteri imperiali finisce però con lo scontrarsi con la Chiesa da una parte, e, come vedremo, anche con i desideri autonomistici delle città.

b. La riforma 'gregoriana' della Chiesa: anche in seno alla Chiesa, giunta ormai al suo primo millennio di esistenza, si era verificato un grave periodo di crisi e decadenza; si erano diffuse soprattutto due gravi piaghe morali: la simonia, vale a dire la compravendita delle cariche ecclesiastiche, cui spesso si ambiva non per vocazione spirituale ma per gli ampi poteri ed esse collegati, ed il cosiddetto nicolaismo, vale a dire l'abitudine dei sacerdoti, per i quali si era ormai affermata la regola del celibato, ad avere concubine, con le ulteriori problematiche conseguenze riguardo ai figli nati da queste unioni, che erano illegittimi e che, in mancanza di altra tutela, spesso venivano posti a loro volta in uffici ecclesiastici. In questo quadro, la corruzione aveva coinvolto inevitabilmente anche il papato: ben 4 papi erano stati nominati direttamente dall'imperatore Enrico II a metà dell'XI secolo, e molti erano stati scelti tra pochi esponenti delle più importanti famiglie romane, persino in un caso

succedendosi nella carica padre e figlio). In reazione a questi mali sempre più diffusi, si mette in moto tuttavia anche un profondo fermento di riforma. A partire, già nel X secolo, dalla nascita di nuovi importanti monasteri ed ordini religiosi come quello di Cluny in Francia nel 910, e dagli interventi di prestigiosi vescovi, le scelte riformatrici ‘contagiano’ infine anche i più alti vertici della gerarchia. A metà dell’ XI secolo, papa Niccolò II con un proprio atto legislativo, modifica le procedure di elezione dello stesso pontefice, proprio per evitare che questa figura finisse nelle mani del potere laico o fosse di fatto gestita, come era accaduto, dalle più potenti famiglie romane. Da quel momento il papa dovrà essere eletto dai vescovi cardinali, con l’approvazione del clero romano e infine la simbolica acclamazione del popolo. Anche grazie a tale nuovo sistema di scelta, che sottrae almeno in parte il pontefice ai giochi di potere laici, viene eletto al soglio pontificio, alcuni anni dopo, Ildebrando di Soana, un monaco appartenente proprio al movimento che lottava contro la dilagante corruzione. Egli prende il nome di Gregorio VII e diviene così la figura simbolo di questa attività di radicale riforma. Nel quadro del rinnovamento da lui promosso, papa Gregorio enuncia nel 1075 le sue idee in un celeberrimo sintetico programma, contenuto in un foglio, detto *Dictatus Papae*: vi si afferma – quanto all’assetto interno della Chiesa e della gerarchia ecclesiastica – che tutte le norme canoniche debbono essere approvate dal papa, che a lui compete la giurisdizione nelle cause maggiori; che non si può impedire a nessuno di appellarsi al papa, che egli è al di sopra dei concili che spetta a lui convocare e le cui decisioni sono sottoposte alla sua ratifica. Quanto ai rapporti con l’impero, le sue posizioni sono ancora più nette: tutti i principi della terra baciavano il piede al papa (così scrive apertamente), non si può avere nessun contatto con gli scomunicati dal pontefice, che può sciogliere i sudditi dal giuramento ai re e deporre questi ultimi. Ne deriverà un fortissimo scontro proprio tra Gregorio VII e l’imperatore in carica in quegli anni, Enrico IV, che viene scomunicato e costretto in un primo momento a chiedere perdono per ottenere la revoca della scomunica (il famoso episodio di Canossa...), ma che poi, nuovamente scomunicato, scende in armi in Italia costringendo alla fuga il papa, che morirà esule senza aver visto realizzate le sue aspettative (il conflitto troverà una soluzione di compromesso solo anni dopo, con il cosiddetto Concordato di Worms, stipulato nel 1122).

Le nuove concezioni legate alla riforma della Chiesa si affermano anche in alcune raccolte di norme ecclesiastiche che si diffondono in quel tempo. In particolare spicca quella predisposta dal vescovo Anselmo di Lucca, amico e seguace fedelissimo del papa, che raccoglie una serie di norme, ecclesiastiche e in parte laiche, rilevanti per la Chiesa e sottolinea il primato papale; contiene poche fonti laiche ma in particolare 2 Novelle greche nella versione dell’*Authenticum*, sparita da 400 anni.

Analogamente la cosiddetta *Collectio Britannica*: (così chiamata perché il manoscritto che la riporta è custodito al British Museum) scritta a Roma verso la fine del 1000, nel periodo di papato di Urbano II (1088-1099) contiene ben 93 frammenti del Digesto con l’esatta indicazione di libro e titolo.

Vi sono poi le opere di del vescovo Ivo di Chartres (in carica tra il 1090 e il 1116 circa): negli ultimi anni del primo secolo dopo il mille, egli compone ben tre testi importanti intitolate *Decretum*, *Tripartita*, *Panormia*, che ebbero notevole diffusione ed influenzarono anche molte raccolte successive. Il prologo del testo chiamato *Decretum* ha a sua volta un significativo titolo: *De consonantia canonum* (cioè sulla consonanza, armonia, dei canoni, vale a dire delle norme giuridiche della Chiesa) nel quale Ivo propone una serie di criteri scientifici con i quali si possono superare i contrasti e le contraddizioni esistenti tra i canoni, che saranno ampiamente utilizzati anche in seguito (ad esempio distinguere tra norme di diritto ‘divino’ cioè intoccabili e immutabili, e di diritto umano, che sono derogabili; oppure tra norma generale e eccezione alla regola, tra norma valida ovunque o specifica di un certo territorio etc.). Nell’opera di Ivo, il diritto romano fa comparse più consistenti, in particolare con citazioni di passi del Digesto.

c- Se la riforma gregoriana è certamente una delle forze storiche che hanno contribuito al ritorno in onore dei testi giustinanei genuini, e soprattutto del Digesto, ci sono anche altre tracce. La prima, in ordine cronologico, ci giunge anzi da un'altra fonte: i 'placiti' (documenti che attestano lo svolgimento di un processo e spesso riportano il contenuto della sentenza emessa dai giudici). Ve ne sono alcuni, datati tra la metà del 1000 e i primi del 1100, che contengono interessanti richiami al diritto romano.

L'atto più importante e significativo è quello che riferisce di un processo svoltosi nella località di Marturi, l'odierna Poggibonsi nel senese, nel 1076.

Il monastero di S. Michele aveva ricevuto anni addietro (circa 80) in dono dal marchese Ugo di Toscana alcuni terreni che in seguito tuttavia gli erano stati sottratti dal malvagio marchese Bonifacio che aveva spogliato il monastero per dare le terre a suoi vassalli. Invano il monastero aveva chiesto giustizia cercando di far valere il suo diritto ma l'autorità politico-giudiziaria, appunto i conti/marchesi di Toscana, aveva finto di non sentire.

Intanto era dunque trascorso il tempo della 'prescrizione acquisitiva' prevista dal diritto romano (l'istituto prevede grosso modo che chi conserva ininterrottamente per un lungo periodo – 40 anni – un terreno, senza che sia disturbato nel suo possesso e senza che il legittimo proprietario faccia valere i suoi diritti, diventa a tutti gli effetti appunto lui stesso proprietario del terreno) e i possessori dei beni si sentivano quindi ormai inattaccabili.

Quando sale al potere la contessa Beatrice di Canossa, rimasta vedova (madre della celebre contessa Matilde, figura della quale ripareremo, e che a sua volta conserva forti legami con la Chiesa - Gregorio VII era suo ospite nel momento dello scontro con Enrico IV), sapendola molto più ben disposta verso conventi e monasteri, il monastero ritenta l'azione di rivendica (cioè il tipo di azione concessa dal diritto romano al proprietario cui sia stato tolto ingiustamente il possesso di un suo bene).

Durante il processo, i possessori propongono l'eccezione di intervenuta prescrizione ma gli esperti chiamati a giudicare la superano e pronunciano sentenza a favore del monastero invocando un frammento del Digesto (D 4.6.26.4, per la precisione un passo di Ulpiano che riportava a sua volta un editto del pretore romano) in cui si concedeva la *restitutio in integrum* (letteralmente 'restituzione nell'integrità dei propri diritti', cioè la possibilità di agire in giudizio per difendere i propri diritti anche dopo la scadenza teorica del termine, proprio perchè il termine, in presenza di un minorenni, è tenuto sospeso) prevista per i minorenni, anche ai maggiorenni per assenza prolungata nell'esercizio di un ufficio pubblico e mancanza di giudici cui ricorrere. La denegata giustizia subita dal monastero rientrava proprio in questa ipotesi. Tra i decidenti che usano il passo si indica la presenza di un certo "Pepo *legis doctor*", 'dottore di legge' (con questo termine si indicheranno in seguito i professori di diritto romano e quindi colpisce che sia usato già in quest'epoca...).

### **Lo studio del diritto: le scuole ecclesiastiche e quelle di arti liberali.**

Si è visto come, nell'XI secolo, si possono percepire i primi segnali di un risveglio culturale che coinvolge anche il diritto attraverso a. le ideologie della *renovatio imperii* e la politica di recupero dei diritti e poteri imperiali (in quest'ottica si erano 'ripescate' le norme fiscali contenute negli ultimi 3 libri del *Codex*); b. gli studi e le opere canoniche collegate alla Riforma gregoriana della Chiesa. In particolare il *Panormia* di Ivo di Chartres e la *collectio Britannica*; c. la prassi giudiziaria testimoniata dai placiti, come quello di Marturi (1076).

La vera e propria svolta si realizza quando cambia anche il modo di studiare il diritto che, per la prima volta da secoli, comincia ad essere visto e studiato come una scienza specifica, con un suo preciso ruolo e spazio.

Nei secoli dal VI all'XI, infatti, l'insegnamento del diritto avveniva o all'interno di scuole ecclesiastiche collegate ai monasteri (p.es. Casamari, Bobbio, Nonantola, Montecassino) o ai vescovadi, oppure nelle scuole di arti liberali. Secondo l'impostazione 'enciclopedica' della cultura di questo periodo però il diritto non rappresenta una materia autonoma ma appare inserito, mescolato, all'interno dello studio filosofico-teologico, da un lato, e delle cosiddette arti liberali dall'altro.

Si spiega infatti che il diritto è parte dell'etica e quindi si identifica con l'etica come una parte con il tutto. In particolare poi il diritto "civile" (nel senso di *ius civitatis romanorum*) è sottoposto all'etica in quanto è norma di vita e alla logica in quanto consta di parole che devono essere comprese e interpretate.

È questo il punto di connessione anche con il metodo che da secoli si seguiva nelle scuole di arti liberali. Con il termine logica si intendono infatti 3 di queste "artes", costituenti in qualche modo un insieme unitario e che, secondo una concezione appunto 'enciclopedica' del sapere, esauriscono tutti i campi della *sapientia*. Le arti liberali venivano infatti articolate nel numero di 7 secondo una classificazione che risale probabilmente alla tarda età romana.

La caratteristica comune delle 7 arti era la loro rilevanza pratica: anche se esse descrivevano principi teorici, lo facevano perché li si poteva riferire a tecniche applicabili alla attività quotidiana dell'uomo. Erano dunque suddivise in due gruppi: il *quadrivium* comprendeva le arti cosiddette *reales* (geometria, aritmetica, astronomia o astrologia e armonia o musica). Erano qualificate come 'reali' perché riguardavano fenomeni obiettivi, fondati sul numero e sulla quantità e non il funzionamento dell'intelletto. Il *trivium* invece comprendeva le tre arti dette *sermocinales* perché riguardavano i metodi della corretta e ornata espressione del pensiero e del discorso: grammatica, dialettica e retorica.

È qui che trova posto anche lo studio del diritto in quanto indagine sulle parole, sulle loro proprietà e significato (quindi nella grammatica), sui nessi che possono costituirsi all'interno di un ragionamento che le riguarda (dialettica), sulle strutture e sulle forme che il discorso può assumere (retorica). La retorica era la parte in cui l'aspetto giuridico era più evidente in quanto arte del persuadere, particolarmente cara agli avvocati. Per il suo insegnamento si usavano, non a caso, i testi di Cicerone.

Ancora nell'XI secolo dunque, il contesto di studio del diritto era essenzialmente questo: nell'ambito dell'etica (ove il diritto mira a cogliere gli aspetti etici e di contenuto delle norme) e allo stesso tempo nell'ambito del *trivium* come indagine sulle parole, sulla loro proprietà e significato (grammatica), sui nessi che possono costruirsi all'interno di un ragionamento che le riguarda (dialettica), sulle strutture e sulle forme che il discorso può assumere (retorica).

Ci arrivano però proprio in quest'epoca le prime testimonianze di un interesse e di un modo di approccio diversi.

Sparsi in varie biblioteche d'Europa si sono ritrovati dei manoscritti che documentano una specifica, anche se molto semplice e a volte perfino rozza, attività di studio dei testi giuridici romani. In particolare un insieme di glosse, cioè di annotazioni di commento, apposte alle Istituzioni, emerge in diversi esempi: un manoscritto si trova a Colonia ed è per questo noto come Glossa Coloniensis; fu elaborato forse in Lombardia o forse nel sud della Francia; è una importante testimonianza anche perché mostra un rinnovato interesse proprio per le Istituzioni che non interessavano ai pratici, ma che ora invece appaiono utili proprio perché si va elaborando un approccio di studio più sistematico al diritto romano. Sempre le Istituzioni sono studiate anche in altre opere di questo periodo come la cosiddetta Glossa torinese o la Glossa di Bamberga o ancora quella di Casamari che è legata alla zona di Roma. In tutti questi testi ci sono anche radi e generici richiami alla prima parte del Digesto.

Anche se gli indizi, come visto, sono pochi, gli studiosi ritengono di poterne dedurre con una buona probabilità che ad un certo momento dovessero essere nate scuole ove si

studiavano più specificamente e scientificamente i testi giuridici. Se per lo più non abbiamo prove certe, ci sono però arrivate anche alcune testimonianze più documentate.

### **Lo studio autonomo del diritto:**

#### **a) scuole prebolognesi. Pavia e l'*Expositio ad librum papiensem* b) Pepo c) Irnerio**

##### a) La scuola di Pavia e l'*Expositio ad librum papiensem*

Una vera e propria scuola di diritto è sicuramente fiorita nella città di Pavia nell'XI secolo. Le testimonianze che ci sono arrivate non sono molto numerose e non tutte sono certe. Lo sono però quelle che vengono da un'opera che è forse il frutto più significativo di quella scuola, la cosiddetta *Expositio ad librum papiensem*. L'ambiente in cui la scuola nasce è probabilmente quello del cosiddetto *Palatium* del sovrano, nato fin dai tempi del regno longobardo (che a Pavia aveva posto appunto la sua capitale), non tanto come edificio (gli abitanti della città li avevano tra l'altro raso al suolo durante una rivolta nel 1024) quanto piuttosto come insieme di uffici di amministrazione del regno. Nell'ambito di questo apparato amministrativo operava anche un gruppo di giudici regi, un gruppo compatto e autorevole, professionalmente qualificato e che si formava proprio in un'apposita scuola (è proprio la stessa *Expositio* a confermarlo quando, nell'elaborare una formula in tema di prova esprime l'auspicio che serva ai giudici ancora inesperti...).

Con queste premesse non deve sorprendere che nella scuola di Pavia oggetto di studio fosse il diritto longobardo-franco e in particolare quella raccolta di editti e capitolari esposti in ordine cronologico detta appunto *Liber papiensis*, semplicemente 'Libro di Pavia' (in seguito – metà XII secolo – se ne fece una suddivisione invece più razionalmente per materia, la cosiddetta *Lombarda*, della quale parleremo nuovamente).

Studiando il diritto longobardo e franco, il primo approccio doveva essere stato puramente pratico: a questa scuola si devono probabilmente, infatti, dapprima dei *Formularii*, più evoluti di quelli altomedievali, in cui le formule sono disposte in ordine logico, articolandole sulle ipotetiche domande dell'attore e risposte del convenuto secondo la sequenza di un astratto giudizio e soprattutto accompagnate da opportune citazioni delle norme adatte e con alcune spiegazioni anche di natura teorica.

Forse a questo ambiente si lega anche un importante *Cartularium* (l'unico redatto in Italia, mentre ve ne erano parecchi in Francia), che offre ai notai schemi per la redazione di atti privati.

Il capolavoro della scuola di Pavia, come detto, è l' *Expositio ad librum papiensem* che risale all'incirca al 1070. È un commento analitico di tutta la raccolta aggiornata fino al 1019 e alle leggi di Enrico II con cui il *Liber* si chiude. È un'opera importante per tre diversi ordini di ragioni: 1). ci testimonia l'esistenza stessa di una vera e propria scuola perché spiega che ci sono già state varie generazioni di maestri - alcuni sono detti *antiquissimi*, altri *antiqui*, altri *moderni* - e che nel corso di questo pluriennale insegnamento le opinioni sono anche mutate e si sono evolute; ci dice addirittura i nomi di questi maestri (il più antico è Bonfiglio, che compare come giudice in placiti già nel 1014). 2). il modo scientifico di studiare il diritto interpretando e ponendo in rapporto le diverse norme attraverso criteri e meccanismi tecnici come il concetto di legge generale e speciale, di successione di leggi nel tempo, etc. 3). il modo di guardare al diritto romano: lo citano spesso come diritto sussidiario per trarne criteri di interpretazione delle leggi germaniche e persino per riempire le lacune; l'autore spiega questa scelta con un'affermazione importante secondo cui il diritto romano è *Lex generalis omnium*. Non è una frase del tutto nuova, ma assume ora un valore nuovo nel diverso contesto dell'impero medievale.

## b) la misteriosa figura di Pepo

Comincia dunque a comparire qualche indicazione più certa di uno studio scientifico del diritto e comincia a emergere dall'ombra qualche nome. Prima di arrivare alla vera e propria origine della scienza e dell'università ne va ricordato almeno uno, anche se molto misterioso, quello di un certo Pepo o Pepone.

Un giurista bolognese vissuto circa a metà del Duecento e che raccoglie e riferisce molti racconti sull'origine dell'università e della scuola della glossa, Odofredo Denari, dice che Pepo fu il primo a insegnare il diritto romano ma che, non avendo lasciato opere scritte, non ebbe fama alcuna. In realtà questo nome compare in vari documenti, scoperti nel corso del Novecento. Un certo Pepo "legis doctor" compare, come abbiamo annotato, anche nel placito di Marturi, benché non sia affatto certo che si tratti sempre della stessa persona.

Alcuni testi ritrovati nel corso del Novecento citano comunque sue interpretazioni o riferiscono di sue partecipazioni in cause come avvocato. Un episodio, in particolare, è significativo: Pepo interviene in un placito tenuto alla presenza dell'Imperatore Enrico IV in Lombardia, nel quale viene 'cassata' una sentenza emanata in base al diritto germanico: applicando la legge longobardo-franca, infatti, i giudici avevano condannato l'omicida di uno schiavo al semplice pagamento di una somma di denaro. Contro la decisione si era opposto appunto Pepo, sostenendo che andava invece applicato il diritto romano, che prevedeva la pena di morte, in quanto ciò appariva più conforme alla legge divina e al diritto naturale, agli occhi del quale anche lo schiavo è un uomo.

Questo tipo di idee che esaltano il diritto naturale sarà poi sviluppato soprattutto in ambiente canonico, creando un filone di insegnamento del diritto romano diverso ed autonomo rispetto a quello 'principale' che, come vedremo, si sviluppa a Bologna. Anche per questo vi è chi ha formulato l'ipotesi che Pepo appartenesse appunto all'ambiente ecclesiastico.

In un'opera in particolare si sente poi l'eco del pensiero di Pepo: le *Exceptiones Legum Romanarum* dette anche *Exceptiones Petri*. Il tempo della prima redazione e la patria d'origine sono incerti, ma si pensa che debbano porsi nell'Italia centro-settentrionale o ancor più probabilmente nella Francia meridionale, tra la fine dell'XI secolo e la prima metà del XII. Non è certa neppure l'identità di quel "Petrus" cui appunto l'opera viene attribuita. Ve ne sono molte copie e versioni con data e provenienza diversa, che hanno fatto nascere varie ipotesi tutte plausibili. Alcuni (pochi) dati sono comunque certi: circolano tra Italia e Francia; sono un testo giuridico nel quale si esprimono specifici punti di vista giuridici e sono il frutto di una conoscenza del diritto romano e delle sue *figurae* teoriche collegata con una certa capacità di intenderne i significati e le funzioni all'interno di un processo logico-giuridico in via di profondo rinnovamento. Nel proemio, in particolare, si sostiene proprio il principio canonistico difeso da Pepo, secondo cui il diritto naturale prevale sul diritto civile e quindi l'*equitas* prevale sulla legge scritta; per questo il non meglio conosciuto Pietro che compile l'opera avverte che, se troverà nelle leggi qualcosa di contrario all'equità, non esiterà a metterlo da parte. È un principio e un ragionamento che sarà fondamentale nel modo di concepire il diritto per tutto il medioevo. Le *exceptiones* non sono le uniche opere di questo filone, anche se sono le più importanti; accanto ad esse vi sono varie altre raccolte minori.

## c).Irnerio e la fondazione della scuola di Bologna

Se Pepo rimane dunque poco più di un nome, celeberrimo è invece il personaggio considerato vero capostipite e fondatore della rinnovata scienza giuridica medievale: Irnerio.

Pur avendo acquisito una fama immensa, in realtà, anche Irnerio, che pure è indubbiamente un personaggio ben identificato storicamente, rimane abbastanza misterioso. Si è discusso a lungo addirittura sulle sue origini. Una versione del suo nome

che spesso si trova nei testi è infatti *Wernerius*, ed è così che egli stesso si firma in alcuni documenti. Il nome è certamente germanico e ciò ha fatto pensare ad una sua origine tedesca, anche perché una tradizione tramandata da qualche manoscritto vi aggiunge la qualifica di *theutonicus*. D'altra parte va però detto che egli stesso si definisce sempre *iudex bononiensis*. Resta quindi aperta l'ipotesi che egli avesse semplicemente origini tedesche, e questo potrebbe spiegare anche la fiducia datagli dall'imperatore Enrico V, che appunto preferiva collaboratori suoi connazionali e che nel 1116 aveva nominato in effetti Irnerio giudice imperiale, affidandogli mansioni politiche importanti (una tesi peraltro ipotizza che il soprannome *theutonicus* fosse proprio conseguenza di questi suoi legami con l'impero).

Resta il fatto che non si ha assoluta certezza delle sue origini. Un altro dato complica ulteriormente l'intreccio delle notizie: le prime apparizioni sulla scena giuridico-politica di Irnerio avvengono, infatti, non accanto all'imperatore ma proprio – e non pare un caso – in collegamento con lo stesso ambiente in cui aveva operato a quanto pare anche il suo misterioso predecessore Pepo, cioè quello della contessa Matilde di Canossa che, almeno una volta, Irnerio aveva sicuramente incontrato, perché i due risultano presenti insieme in un placito avvenuto nel 1113. La prima comparsa di Irnerio in un documento risaliva all'anno prima, sempre nell'ambito di una controversia, nella quale egli figurava come causidico. Ai suoi rapporti con Matilde si lega anche uno dei racconti in parte veri e in parte leggendari che lo riguardano: secondo una cronaca scritta a metà del '200 da un monaco, Burcardo, abate del monastero di Ursperg, Matilde avrebbe chiesto a Irnerio di "renovare" i libri delle leggi. Sul senso di questa frase sibillina si sono costruite molte tesi anche azzardate; si è arrivati a pensare che vi fosse una sorta di comando ufficiale in base al quale Irnerio avrebbe fondato una scuola destinata a grandi sviluppi proprio perché nata sotto questa autorevole spinta etc.

Molto più semplicemente Matilde aveva probabilmente chiesto ad Irnerio di fare una sorta di 'edizione critica', di verificare cioè il testo delle leggi giustinianee e di ricostruirlo in base ai diversi manoscritti esistenti che, come detto, erano per lo più riassunti e frammentari.

In effetti il nostro Irnerio doveva avere una certa preparazione filologica perché proveniva molto probabilmente dagli studi grammaticali che si svolgevano nelle scuole di arti liberali. Questa notizia ci viene dai racconti del giurista bolognese duecentesco Odofredo Denari, già ricordato per le parole su Pepo. Odofredo racconta infatti ai suoi studenti che Irnerio era appunto un maestro di arti liberali a Bologna, che viene in possesso, non si sa bene come, dei "libri legales" (cioè i libri delle leggi per eccellenza, quelli di Giustiniano) e comincia, per sua iniziativa e curiosità, a leggere quei libri e ad insegnare quello che sta studiando.

Questo insegnamento lo renderà così famoso che i suoi studenti lo soprannomineranno "lucerna iuris" perché era riuscito a rischiarare il testo oscuro della legge. Vedremo in seguito in che modo egli spiegava il testo; per ora basti dire che di questi suoi interventi, in forma di glosse, abbiamo molte testimonianze perché esse ci sono pervenute abbastanza numerose.

Le caratteristiche dell'insegnamento di Irnerio appaiono diverse da quelle delle scuole e dei personaggi fin qui visti proprio perché con lui comincia a realizzarsi un certo distacco tra la scienza e il Foro, tra la cerchia dei dotti e quella dei pratici.

Fino a questo momento abbiamo visto un interesse, anche approfondito, anche scientifico (come ad esempio a Pavia) per lo studio del diritto, ma sempre con immediate finalità pratiche: gli studiosi del diritto sono *causidici* e *iudices*. Anche Irnerio è *causidico* e *iudex* (con questo termine compare anche nell'ultimo documento che ci dà sue notizie, del 1125) però ha anche un certo interesse teorico, filologico; una certa attenzione a ricostruire il testo più genuino, anche se certo in collegamento sempre anche con la pratica.

I due aspetti del suo modo di operare si vedono bene in una sua scelta a proposito del ruolo da assegnare, nell'ambito della compilazione giustiniana, alle Novelle.



Quando Irnerio si trova per la prima volta a leggere l'*Authenticum*, egli trova una collezione così caotica, una sequenza di leggi prolisse, di argomento disparato e scritte con uno stile così diverso da quello del *Codex*, che dubita della sua autenticità, o meglio forse dubita della redazione che ha in mano, perché difficilmente poteva mettere in discussione la validità, la vigenza di questi testi, consolidata da un uso secolare ininterrotto. Riteneva allora che non sia opportuno inserire l'*Authenticum* nei *libri legales* ma, poiché non può privare il codice delle innovazioni e delle deroghe che quelle leggi successive vi avevano apportato, sceglie dei brevi estratti di quelle novelle e li aggiunge in calce alle costituzioni del codice che ne erano state modificate. Queste aggiunte si chiamarono *authenticae* e rimasero sempre inserite in tutte le successive edizioni del testo, sempre comunque ben distinte dal testo del codice.

Questo modo di procedere di Irnerio fa ben vedere la sua attenzione sia all'autenticità del testo, sia a proporre un testo senza lacune normative, proprio perché destinato ad essere anche usato nella pratica.

Irnerio si interessa anche della prassi notarile: forse è autore di un formulario (lo dice Odofredo), forse solo di alcune formule specifiche come quella dell'enfiteusi. Certo egli continua sempre ad occuparsi di arbitrati e giudizi e perfino di questioni 'politiche', dato che nel 1118 si trova coinvolto in un drammatico scontro tra papa Callisto II e l'antipapa Gregorio VIII, eletto con l'appoggio dell'imperatore Enrico V. È proprio l'imperatore a mandare Irnerio a Roma a difendere la posizione dell'antipapa. La conseguenza è che anche Irnerio, come alcuni prelati e feudatari tedeschi, incorre nella scomunica.

La straordinaria fama deriva comunque ad Irnerio soprattutto dall'aver fondato una scuola che si occupasse scientificamente dello studio dei testi giustinianeî. Il merito indiscutibile che egli ha senz'altro avuto è proprio quello di aver assunto questa decisione riconoscendo la straordinaria validità teorica e anche pratica di questi testi, presi nella loro integrità.

Vedremo quale idea di fondo, quale 'visione del mondo' abbia ispirato Irnerio e i suoi discepoli nella loro opera di costruzione di un sistema giuridico nuovo e completo.

Certo è che essi sono consapevoli che quei testi del diritto romano offrono un mezzo particolarmente efficace per risolvere un problema che si faceva sempre più scottante, quello cioè di avere a disposizione un diritto certo, completo, affidabile.

Proprio nel corso dell'XI secolo, Digesto, Codice, Novelle, riacquistano così un significato che era andato perduto.

Prima di Irnerio sembra che se ne fosse interessato un po' più attentamente proprio Pepo: alcune indicazioni sembrano provare che egli aveva in mano un testo intero del Codice, ma non era intervenuto su quei testi, che forse si era messo a studiare, con gli intenti profondamente innovatori di Irnerio: Irnerio vuole raccogliere tutti i testi di Giustiniano, riordinarli, ritoccare le parole che risultano illeggibili o comunque incomprensibili; ridare valore centrale soprattutto al Digesto.

È quest'ultimo aspetto soprattutto a dare importanza alla figura di Irnerio: egli intuisce che i testi raffinati e complessi della giurisprudenza romana, insieme alla parte centrale del *Codex*, possono portare l'uomo della città medievale a immaginare correttamente, anche per la ragionevolezza e l'autorità della norma imperiale, un modo nuovo, più semplice, più definito, di avere rapporti con una cosa, in proprietà, in usufrutto, in possesso, in garanzia, oppure con un altro soggetto in un rapporto obbligatorio etc.

Il ritrovamento di tutte le parti del Digesto operato proprio da Irnerio è anch'esso avvolto nella leggenda.

Sembrerebbe che Irnerio le abbia ricomposte in momenti successivi. In un primo tempo avrebbe avuto a disposizione solo un manoscritto, con un primo gruppo di libri, dal n. 1 al n. 24, titolo II; poi un testo con gli ultimi 12 libri, dal 39 al 50. Per questo la prima parte si sarebbe chiamata *Digestum vetus* (cioè Digesto 'Vecchio') e la seconda *Digestum novum*. Per un certo tempo sarebbe mancata la parte centrale, contenente i libri dal 24.3 a 38. Irnerio, dopo anni di ricerche appassionate, li avrebbe poi trovati e, in

quell'occasione, avrebbe esclamato “*ius nostrum infortiatum est*” (cioè ‘il nostro diritto si è rinforzato’) e, per questa ragione, quella parte del Digesto per secoli si sarebbe chiamata *Infortiatum* (ma non mancano altre ipotesi sul senso di questo vocabolo che secondo alcuni è riferito al contenuto di questi libri che, trattando materie come le successioni e i testamenti, sarebbe la parte più delicata e complessa del diritto, o altre spiegazioni ancora...).

La compilazione giustiniana quindi, così come riorganizzata nel medioevo, risulta diversa dall'origine. Non più le 4 diverse opere ma un unico insieme diviso in 5 *volumina* (volumi): 3 *volumina* contenenti il Digesto diviso nelle tre parti ricordate, un volume costituito dal *Codex*, ma solo nei suoi primi 9 libri, ed il 5° *volumen*, detto anche *volumen parvum* (piccolo) o semplicemente *volumen*, in cui erano riunite le Istituzioni per intero, gli ultimi 3 libri del Codice (detti appunto *tres libri*) e le Novelle, secondo la stesura dell'*Authenticum* e non più nella versione riassunta della cosiddetta *Epitome Iuliani* con cui circolavano nei secoli precedenti in Occidente, distribuite in 9 *collationes* (raccolte). Ad inserirle saranno però solo i discepoli di Irnerio, perchè il maestro, come detto, aveva a lungo dubitato della validità dei testi a sua disposizione.

In quest'ultimo volume poi, nel corso del tempo, sarebbero state inserite alcune altre norme e raccolte più recenti, di cui riparleremo: i *Libri feudales*, in particolare, diventeranno la 10° *collatio* e la *Lombarda* ne costituirà l'11°. Inoltre vi saranno inserite, come vedremo, alcune costituzioni imperiali degli imperatori medievali.

## La scuola dei glossatori

### 1. L'insegnamento e la nascita dell'università

Irnerio, dunque, partendo dall'esperienza acquisita probabilmente nelle scuole di arti liberali, fonda una sua scuola di insegnamento del diritto e in particolare di quel diritto romano che egli stesso aveva ricostruito nella sua intelligenza, nella nuova struttura che conserverà poi per tutti i secoli successivi.

Abbiamo accennato all'attenzione scientifica e in un certo senso 'filologica' con cui Irnerio si era accostato a quei testi; una precisazione però si impone: poiché il recupero delle leggi antiche NON avviene per esigenze di conoscenza storica o per amore del passato o semplicemente per ammirazione della grandezza di Roma (per esempio si è notato come nella stessa epoca non vi sia alcun interesse per la letteratura antica), ma per fortissime esigenze pratiche, ad Irnerio non importa ad esempio ricostruire l'esatta collocazione storica dei testi o le vicende della storia romana. Noteremo anzi la totale ignoranza di esse da parte anche dei più grandi giuristi del Duecento.

Chi a Bologna si accosta allo studio del diritto sa che il suo compito non è di ricostruire il passato di Roma ma di imparare a maneggiare leggi e dottrine e a disputare con l'uso degli strumenti della logica ... per guadagnare denaro e potere.

È un punto importante per spiegare il successo straordinario subito avuto dall'iniziativa di Irnerio: la *iurisprudentia* si presenta come "scientia lucrativa" (cioè che consente di arricchirsi, che procura guadagni ingenti), seguita dalla medicina e dalle altre scienze fisiche. Proprio giurisprudenza e medicina attraggono quindi inesorabilmente la maggioranza degli studenti: in Italia, a Salerno si studia medicina, a Bologna il diritto. Accanto al successo economico, lo studio del diritto comincia ad offrire anche un certo potere, perché i giuristi stanno acquisendo uno spazio sempre crescente nelle strutture di governo del Comune cittadino, così come alla corte imperiale e papale.

Per queste ragioni i giuristi, come i medici, sono oggetto anche di polemiche e di satira feroce [per esempio circola la favola dell'asino Brunello – che ha "sensus haebes, cervix praedura" (intelletto ebete e testa durissima) e che dapprima sogna il successo come medico e si reca presso la più celebre scuola di medicina del tempo, nella città di Salerno. Dopo essersi perso la coda striminzita nel tentativo di farla crescere con cure mediche miracolose, decide di andare a Bologna a studiare il diritto, fantasticando sul potere che avrà quando potrà fare le leggi della città...].

Va però detto che, al suo interno, la scienza giuridica era vista e presentata anche in un modo più nobile, come 'arte del bene e dell'equo' ("ars boni et aequi"), che non può essere corrotta dal denaro e grazie alla quale si può distinguere il giusto dall'ingiusto.

I due elementi sono naturalmente entrambi presenti.

Certo è che, come dicevamo, il flusso di studenti alla scuola di Irnerio aumenta sempre più e i suoi allievi poi proseguiranno in questa attività: dopo il fondatore sono celebri soprattutto quattro suoi discepoli, Martino, Bulgaro, Ugo e Jacopo (li troveremo al cospetto dell'imperatore durante la celebre Dieta di Roncaglia nel 1158). Quest'ultimo è il vero e proprio erede e continuatore del maestro, se si può prestar fede ad una cronaca secondo cui il compito gli sarebbe stato affidato da Irnerio stesso sul letto di morte.

Gli altri fondano loro scuole; soprattutto Martino e Bulgaro hanno grande successo; le loro scuole si differenziano anche per un diverso modo di studiare e di valutare il ruolo dell'equità nell'interpretazione delle leggi, tanto che le controversie fra i due maestri diventeranno leggendarie.

Tra la seconda metà del 1100 e il primo 1200 le scuole cominciano a diventare numerose (già all'inizio del 200 gli studenti a Bologna superavano il migliaio) ed emergono i nomi di vari importanti maestri.

Tra questi spiccano anche alcuni personaggi che non sono originari di Bologna: è il segnale che nella città cominciano ad affluire anche studenti da fuori, che poi si fermano qui per la loro successiva carriera: ad esempio il Piacentino († 1192) che era ovviamente

di Piacenza, Pillio da Medicina († post 1207) che proveniva da questa cittadina ora in provincia di Modena, Giovanni Bassiano († 1197) che era di Cremona.

Il flusso migratorio degli studenti diventa via via sempre più consistente anche da città più lontane e diviene così rilevante, anche sul piano sociale, da generare problemi di gestione della vita urbana e perfino di ordine pubblico.

C'è una letteratura fiorente che descrive in toni drammatici o polemici e di condanna la situazione che si crea allorché questi giovani abbandonano la casa paterna, magari in un tranquillo paesino di campagna, e piombano nelle farraginose città dove rischiano ad ogni passo di cadere in qualche pericolo per la loro incolumità fisica o spirituale: la città è in questo fonte di timore ma anche di attrazione.

Se si considerano le difficoltà che i viaggi comportavano è vistosa e sorprendente la grande mobilità territoriale del XII secolo (che ovviamente non riguarda solo gli studenti ma anche mercanti, cavalieri, pellegrini, schiavi fuggitivi: 'l'aria della città rende liberi').

Il viaggio è una vera e propria avventura. I più attrezzati, che posseggono un cavallo, si è calcolato potessero percorrere circa 30/40 chilometri al giorno; chi parte sa che starà lontano da casa come minimo settimane o mesi e la strada è tutt'altro che sicura perché la legge, le istituzioni, non sono affatto in grado di proteggere il viandante.

Vi sono documenti emblematici: proprio uno studente che dal centro Europa si recava a Bologna a metà del 1100 scrive al padre raccontandogli disperato che, mentre varcava le Alpi, è stato aggredito dai ladroni che lo hanno derubato di tutto e picchiato. Si è salvato per miracolo riuscendo a raggiungere un monastero dove lo hanno accolto e da dove ora scrive al padre per consiglio.

Non è un caso isolato; un altro giovane è dovuto tornare a casa perché spogliato di tutto.

La situazione spinge addirittura l'imperatore ad un intervento legislativo proprio a difesa di coloro che "sono diventati esuli per amore della scienza". Si tratta di un testo famosissimo, emanato da Federico I Barbarossa nel 1155 o nel 1158 e volto proprio a favore degli studenti che si recano a Bologna per studiare diritto: è la costituzione *Habita*, della quale si dovrà riparlarne perché è una tappa importante nella vita dell'Università di Bologna.

Giunto sano e salvo in città, come detto lo studente deve inserirsi nel nuovo ambiente, trovare casa e compagni di studio (e/o di divertimenti: nasce la goliardia). Si crea una rete di contratti e attività economiche molto lucrose anche per la città stessa, ma al contempo nascono anche tensioni, malcontenti, controversie: ancora una volta per esempio è l'intervento legislativo dell'Imperatore nella *Habita* e poi lo stesso Comune di Bologna a risolvere un problema che nasceva da una consuetudine, presente appunto a Bologna, di origine altomedievale e forse germanica, che consentiva a un creditore di far valere i crediti insoddisfatti nei confronti di qualsiasi concittadino del debitore, per una sorta di responsabilità collettiva o di rappresaglia 'tribale'. Questo sistema viene vietato dai legislatori.

C'è comunque nel complesso una convergenza di interessi tra studenti e professori e il ceto produttivo e mercantile urbano.

Entriamo a questo punto nell'aula scolastica. Per lo più, in questa prima fase, aprire una scuola è un'iniziativa del tutto privata, che può avviare chiunque abbia abbastanza mezzi da procurarsi una copia dei preziosissimi libri giuridici e un locale in cui fare lezione.

Un problema che sembra a un certo punto pressante è quello di proteggere l'aula stessa dal chiasso cittadino. Le fonti raccontano anche su questo punto molti episodi curiosi e trucchi escogitati per rimediare ai problemi (ad esempio cospargere un ampio strato di paglia nella strada sotto le finestre, per attutire il battito di zoccoli di cavalli e ruote di carretti...).

Come detto, stiamo ancora parlando di scuole assolutamente private, frutto della personale iniziativa di un maestro e anche in concorrenza tra loro (è celebre al riguardo la rivalità che sarebbe esistita tra Bulgaro e Martino).

Spesso l'aula stessa è nella casa di un maestro e non di rado qui sono alloggiati gli studenti stessi che quindi versano al maestro non solo il costo delle lezioni, ma anche dell'affitto. Con il professore, infatti, gli studenti stipulano un vero e proprio contratto, singolarmente o in gruppo, con il quale si impegnano a pagare un onorario annuale detto *collecta* (appunto 'colletta', raccolta) e il professore si obbliga a insegnare. Poi appunto le collette diventeranno varie: per l'insegnamento vero e proprio (*pro doctrina*), per la scuola, l'aula e le attrezzature, per la pulizia e per gli altri servizi al bidello.

La pulizia e la gestione pratica sono infatti affidate ai servi del maestro stesso. Tra questi uno diventa via via più specializzato e verrà appunto denominato bidello, assumendo un ruolo tutt'altro che secondario nell'organizzazione della scuola.

Inizialmente il gruppo degli studenti è molto ristretto anche perché essi non posseggono quasi mai i libri personalmente ma seguono la lettura e le spiegazioni su quelli del maestro che quindi siede in mezzo a loro.

Solo quando i rapporti tra allievi e docenti si modificheranno, circa negli ultimi 20 anni del secolo XII, la cattedra arretrerà, si addosserà ad una delle pareti e sarà alzata su una pedana.

Alle origini non vi sono obblighi di frequenza: allo studente conviene semplicemente farsi dare quello che ha pagato ... e non ci sono esami perché il profitto è controllato giornalmente e, fino a tutto il XII secolo, non c'è una durata ben precisa per il corso di studi.

Solo alla fine, con una cerimonia che si svolge in cattedrale, lo studente sostiene un esame.

Man mano che passano gli anni si sviluppa una più completa organizzazione. Da una parte, gli studenti formano tra loro dei *consortia* e fra il gruppo degli studenti ed il professore si forma una *comitiva* o *societas*, che è comunità di lavoro ma anche di vita che spesso è davvero comune; la comitiva è per questo chiamata spesso anche *familia*. È qualcosa di analogo a quanto accade anche nelle botteghe degli artigiani dove apprendisti e maestri spesso lavorano e vivono insieme.

È intorno al 1180 che questa prima organizzazione va cambiando, sia nel rapporto dei *consortia* studenteschi con la città, sia al loro interno.

Una prima spaccatura si crea tra studenti locali e studenti stranieri, anche perché questi ultimi hanno problemi concretamente più complessi di alloggio, tutela giuridica, denaro. Per questo di fatto tendono a chiudersi corporativamente e questo aumenta una certa ostilità da parte di alcuni ceti cittadini.

Ci sono anche motivi di contrasto fra studenti e professori: gli studenti sono ormai troppo numerosi per seguire le lezioni sul libro del professore e reclamano altre copie o chiedono almeno *compendia*, *summae*, che aiutino e favoriscano lo studio.

Il problema dei libri è quindi molto sentito e fa nascere, intorno alle scuole di diritto, una vera e propria fiorente "industria". Inizialmente infatti i libri sono molto pochi e ancora fino agli inizi del '200 ben poche sono le copie in possesso dei privati e anche questo è di per sé una sorta di monopolio che consente appunto a quei pochi di insegnare. La dimensione del problema appare evidente se si considera che, a cominciare circa dalla metà del XIII secolo gli statuti, sia quelli del Comune, sia quelli che si danno alle scuole stesse – come vedremo – si occupano dei libri, di chi li crea e li commercia, per facilitarne la produzione all'interno della città ma anche per frenarne l'esportazione verso centri urbani concorrenti.

Per avere un'idea delle dimensioni del problema basta qualche esempio: nella seconda metà del '200, il prezzo di un codice manoscritto corrisponde mediamente alla retribuzione ANNUA di un professore e a quanto uno studente forestiero spende appunto per il vitto e l'alloggio di un anno.

Se la pergamena è più fine o ci sono fregi e miniature il prezzo sale ancora.

Ecco allora svilupparsi un'attività volta ad aumentare le copie disponibili. Il grosso problema è quello della garanzia di autenticità sia dell'originale di partenza sia delle copie.

Nascono delle botteghe, dette *stationes* (*stationarii* sono gli artigiani che vi lavorano), che appunto sono depositi e luoghi di riproduzione dei libri. Già a metà del '200 sono ben organizzati e regolati dagli statuti: vi sono quelli che conservano e gestiscono gli *exempla* o *exemplaria* e quelli che commerciano, nonché quelli più affidabili che hanno giurato obbedienza ai rettori delle università e sono appunto detti *stationarii universitatis* ('stazionari dell'Università'). I più importanti sono coloro che detengono gli originali: sono gli stessi autori e professori ad affidarli a loro perché danno garanzia di autenticità. A loro si rivolgono tutti coloro che vogliano copiarli (a caro prezzo!!). Siccome fare un nuovo libro richiede un anno o più, il volume viene 'squinternato' o 'squadernato' in vari fascicoli, appunto quaderni o quinterni detti 'pecia' (in genere sono formati da quattro fogli, con 16 facciate).

In questo quadro in rapido cambiamento, diminuisce la compattezza delle singole comitive e si aprono invece nuovi modi di organizzazione: nascono le *NATIONES*, che appunto riuniscono gli studenti per origini: quelle degli stranieri sono 13, e comprendono spagnoli, francesi, catalani, provenzali, ma anche inglesi, tedeschi, normanni, polacchi. Per l'Italia le *nationes* sono 4, e raccolgono campani, romani, toscani e lombardi (anche su queste aggregazioni si sviluppa una letteratura ironica e comica che stigmatizza e mette alla berlina i difetti 'nazionali', con stereotipi che sembrano in parte sopravvivere ancora oggi!).

Si forma poi un ulteriore raggruppamento tra tutti gli studenti riuniti in *nationes*, esclusi quindi solo quelli di Bologna e i professori: per designare questa organizzazione che tutela interessi comuni, anche attraverso scontri e discussioni, si adotta il termine *UNIVERSITAS*, a sua volta, a Bologna, divisa in due rami, quella dei *CITRAMONTANI* e quella degli *ULTRAMONTANI*. Ciascuna delle due è diretta da un *rector*, che ha compiti importanti nel trattare ad esempio con le autorità del Comune cittadino, che cerca di intervenire per regolare e controllare questa variegata massa di persone, che è ad un tempo preziosa fonte di ricchezza, ma pericolosa fonte di ribellioni e di disordini.

Il rettore – dato importante – è uno studente, non dei primi anni, ma già esperto, ed è eletto dagli studenti che fanno parte di quella *universitas*.

I professori ora non sono più in alcun modo visti come rappresentanti degli studenti, come nella costituzione *Habita*.

All'inizio del XIII secolo si hanno a Bologna vere e proprie rivolte studentesche; mentre la situazione è più tranquilla nelle piccole sedi minori che nel frattempo sono sorte (ad esempio Modena); a Bologna invece, nei primi trent'anni del '200, si scatenano molte tensioni con veri e propri scontri e migrazioni in massa di studenti che abbandonano la città per trasferirsi altrove, magari al seguito di qualche maestro.

Il Comune di Bologna ondeggia tra una politica di controllo e una di tutela proprio per cercare di 'governare' l'università senza però rischiare di perdere questa importante presenza.

La potenza e l'influenza raggiunte dagli studenti sono ormai enormi: basti dire che, su loro richiesta, il 27 maggio 1217 interviene con una lettera in difesa della libertà degli studenti addirittura il papa Onorio III. E ne seguiranno altre in cui, pur cercando una mediazione, il papa difenderà le pretese studentesche.

Una seconda fase di scontri si verifica tra il 1224 e il 1226 perché nel 1224 a Napoli, Federico II aveva fondato uno *Studium* e aveva conseguentemente vietato ai giovani del suo Regno di trasferirsi a studiare all'estero; anzi invitava a Napoli anche gli studenti bolognesi. Il Comune di Bologna reagisce; gli studenti vorrebbero trasferirsi a Napoli, ma molti maestri si rifiutano. Alla fine l'esodo non si verifica, ma il Comune deve fare delle concessioni: a partire dalla metà del '200, si lascia un sempre maggiore spazio, nella legislazione del Comune agli Statuti universitari che le università stesse si sono date e che ne regolano il funzionamento, ma che si allargano anche a molti altri aspetti della vita degli studenti.

Una vicenda simile si verifica anche in altri luoghi in cui nel frattempo sono sorte delle università. Un gruppo di studenti bolognesi, in particolare, proprio in occasione degli scontri con il Comune, si era trasferito a Padova nel 1222.

Gli argomenti degli scontri sono tutti legati, come si è più volte detto, alle questioni della vita quotidiana, dall'alloggio, al vitto, al denaro a prestito, alla tutela civile e penale. Quest'ultima, per gli studenti stranieri in particolare, era una questione molto grave, perché per molti aspetti essi erano privi di adeguati diritti.

Nel 1158, la costituzione *Habita*, proprio per garantirli meglio, come abbiamo visto, non solo aveva vietato la rappresaglia, ma aveva concesso agli studenti una facoltà importante: poter ottenere, se necessario, che il processo si svolgesse o davanti al suo professore, o davanti al vescovo della città a sua scelta. Alla fine del XII secolo le cose cambiano e la giurisdizione è passata nelle mani del Comune, ma gli studenti in quanto tali devono essere considerati a tutti gli effetti cittadini.

I maggiori successi, nel rapporto con il Comune, sono ottenuti nella seconda metà del '200 quando ormai l'università si è data una sua stabile struttura organizzativa, con propri statuti e vari uffici: l'iscrizione viene raccolta da un rappresentante eletto da ciascuna *natio* e approvata dal rettore che, ricevuto il nome, lo annota in un registro generale detto *matricula*. A quel punto lo studente deve presentarsi al *massarius* per il pagamento della tassa. Per questo pagamento riceve un'apposita attestazione dal *notarius*; con questa torna dal rettore e giura obbedienza e rispetto degli statuti universitari. La procedura si ripete ogni anno.

### Lezioni e piani di studio

Gli statuti universitari regolano accuratamente, oltre alle cariche elettive e alle immatricolazioni e tasse, anche calendario, svolgimento delle lezioni e piano di studi: l'anno accademico comincia in ottobre; ben presto la data si fissa sul 18, giorno della festa di S. Luca, e si chiude tra la metà di agosto e il 7 settembre. Molti sono poi i giorni festivi (si contano almeno 85 feste religiose) e, durante la settimana, non si tengono lezioni il giovedì pomeriggio.

Le lezioni sono distribuite tra mattina e pomeriggio: la prima e più importante lezione va dalle 7 (ora prima) alle 9; la seconda dalle 9 (ora terza) alle 11. Si riprende alle 3 del pomeriggio (ora nona) e si finisce alle 5. Nel pomeriggio comunque le normali lezioni possono essere sostituite anche da *repetitiones* o dispute. Le dispute avvengono anche fuori orario, ad esempio il giovedì pomeriggio o nei giorni festivi.

Nei giorni di digiuno l'orario è ridotto dalle 9 alle 3 pomeridiane. È la campana della Cattedrale a scandire le ore.

I programmi si concentrano, per il diritto civile, sui testi del *Corpus Iuris*, per i quali però si fissa una gerarchia: sono testi principali il *DIGESTUM VETUS* e il *CODEX* (di cui si consideravano solo i primi nove libri). Questi sono detti ordinari, sono affidati ai professori più quotati e meglio retribuiti e le letture di essi, appunto letture ordinarie, si fanno tutte di mattina. Il programma di un anno comprendeva in genere metà di ciascuno dei testi (libri I-XII o XIII-XXIV del digesto, o I-IV, V-IX del codice). Più tardi, nel '400, alcune sedi come Padova nominano sulle cattedre ordinarie due professori in 'concorrenza' tra loro (in genere un padovano ed un forestiero) per stimolarne l'impegno e rendere più attraente quell'ateneo per gli studenti.

Nel pomeriggio si studiano i testi considerati di minor peso, chiamati straordinari, cioè il *DIGESTUM INFORTIATUM* e *NOVUM*. Raramente sono spiegate le altre parti del *Corpus Iuris*, salvo qualche peculiare iniziativa di qualche docente.

Allo stesso modo NON si fa nessun corso universitario sulle norme locali, sugli statuti comunali e neppure, dove ci sono, come a Napoli, sulle leggi regie.

L'intero percorso di studi, che, come si diceva, verte tutto sul *corpus iuris civilis*, conduce lo studente alla laurea: diventare *doctor iuris* è una meta ambitissima perché il titolo assicura uno status sociale via via sempre più importante; come detto, almeno fino a

metà del '200, non sembra che fosse predeterminata la durata degli studi; mano a mano però vengono fissati dei parametri e una sorta di grado di difficoltà crescente: ancora a metà del XIII secolo seguono le lezioni insieme i nuovi arrivati e gli studenti più esperti, e i primi fanno ovviamente una grandissima fatica. Sarà però proprio parte del metodo didattico quello di far ascoltare e seguire ai meno esperti la più attiva partecipazione cui possono arrivare gli studenti degli ultimi anni.

I maestri però ad un certo punto cominciano a svolgere contemporaneamente sia i corsi sul Digesto sia sul Codice, così che gli studenti, un anno dopo l'altro, possono seguirli tutti. I volumi della compilazione poi, dalla metà del '200, vengono divisi in due parti e poi suddivisi a loro volta in *puncta*, individuando cioè le norme più importanti su cui il professore si soffermerà di volta in volta.

Nello stesso periodo vengono definite le modalità dell'esame finale: lo studente chiede ad un professore l'autorizzazione a sostenere le prove finali; saggiatane la preparazione in un colloquio, il professore, se ritiene lo studente pronto, lo ammette alla prima parte della prova ("ad privatam admissus"), che si svolge a porte chiuse davanti al Collegio dei dottori giuristi e sotto la presidenza dell'Arcidiacono della Cattedrale, cui, a partire da un provvedimento di papa Onorio III del 1219 è attribuito il potere di conferire la *LICENTIA*. L'esame ("tremendum et rigorosum") consiste nel discutere a lungo uno specifico testo del *Corpus* ("punctum") estratto a sorte poche ore prima della prova. Se vi è il voto favorevole della maggioranza il candidato è "licentiatus in iure" ma non ha ancora del tutto completato il suo percorso. Si deve infatti sostenere anche un esame pubblico ("conventus") che si svolge nella Cattedrale. Meno difficile, perché ripete quanto avvenuto in privato, questa prova è in compenso costosissima: panni e vestiti pregiati donati ai professori, pranzi, corteo a cavallo etc. Da ultimo vi è la festosa proclamazione del titolo di "doctor iuris" e l'attribuzione della "venia legendi" o "licentia docendi", che abilitava a insegnare nelle università.

Questo è essenziale: al termine degli studi si diventa professori, abilitati a insegnare quanto si è appreso.

Per questo motivo la frequenza alle lezioni e la durata del corso a un certo punto diventa obbligatoria (a controllare la frequenza è in parte il bidello, che riscuote la *collecta*), ma per lo più ci si fida del giuramento che lo studente fa prima di accedere all'esame finale.

Circa nella seconda metà del '200 si fissa un piano di studi: il diritto civile richiede sette anni, quello canonico cinque. Solo a cominciare dal sesto anno, lo studente è sottoposto ad alcune prove che mostrino le capacità acquisite, tiene così alcune lezioni e discute alcune dispute pubbliche.

Le ricerche compiute sull'estrazione sociale dei giuristi che escono dalle università italiane ed europee confermano come la preparazione giuridica fosse uno straordinario strumento di affermazione sociale: se certo la maggioranza è composta di esponenti di famiglie borghesi e nobili, non di rado vi sono anche giovani di famiglie modeste, che faticano a mantenersi agli studi (e lo stesso vale anche per i professori) ma che poi, se dotati, riescono a fare molta strada come avvocati, giudici, esperti al servizio di un comune o di un principe e persino come docenti.

## 2. La cultura e la pratica giuridica: notai, giudici ed avvocati

Nello stesso periodo in cui si comincia a studiare scientificamente e ad insegnare il diritto, le esigenze stesse della rinnovata vita sociale portano ad un'altra importante innovazione: mentre nell'alto medioevo a dare valore probatorio ad un atto redatto da un notaio erano le dichiarazioni dei testimoni, dalla metà del XII secolo acquista valore l'atto in sé; il fatto si affermò nella prassi e fu avvalorato dai giuristi che, poco dopo dichiareranno senza incertezze che l'atto del notaio fa piena fede, cioè piena prova di ciò che le parti hanno compiuto e dichiarato davanti al notaio stesso. La novità è importantissima perché la certezza dei rapporti giuridici trova un punto di riferimento



essenziale. In questa età di transizione non sappiamo bene quale fosse la formazione culturale dei notai; i primi formulari che videro la luce all'inizio del Duecento mostrano però che ormai i notai hanno una preparazione notevole e sanno ben coordinare diritto romano e consuetudini locali, norme del diritto canonico e regole feudali, conoscono gli statuti etc. Anche se molti di loro avevano anche seguito studi universitari, si sa però che, almeno a Bologna, esiste una autonoma scuola di notariato, ben distinta dall'università. Dai professori di quella scuola ci sono pervenute opere importanti come la celeberrima *Summa totius artis notariae*, scritta nel 1255 da Rolandino dei Passeggeri, che avrà per secoli enorme successo.

Il ruolo dei notai diviene presto indispensabile anche nella attività giudiziaria dei comuni, perché le sentenze fanno piena prova solo se autenticate dai notai.

Quanto agli altri esperti di diritto, va ricordato che la struttura corporativa, come vedremo, era comune a tutte le forme di lavoro, dai mestieri appunto alle professioni intellettuali. Fino alla fine del Settecento, quindi, anche le professioni legali manterranno una struttura associativa simile nelle varie città: in quasi tutti i comuni esiste un Collegio dei giudici (diverso e non di rado contrapposto a quello dei dottori), che regola l'accesso alle professioni legali dettando i requisiti: i giurisperiti non necessariamente hanno una 'laurea', anche se ben presto i comuni impongono la frequenza di uno studio universitario per un certo numero di anni. Tra i requisiti primari vi è poi quello della cittadinanza, controllata in modo via via nel tempo sempre più restrittivo, così come gradualmente si vengono ad escludere coloro che vengono da famiglie di basso ceto. Ciò si spiega tenendo presente le ampie e lucrose competenze che spettano ai membri del collegio.

Ad un rango inferiore appartengono poi i 'causidici' e procuratori legali, non di rado riuniti in un loro collegio.

### 3. Ideali e visione del mondo dei glossatori

Con quale atteggiamento di fondo Irnerio e i suoi discepoli accostano i testi del *Corpus Iuris Civilis* di Giustiniano ?

Il primo dato emerso è proprio il loro modo di considerare i testi romani del VI secolo come diritto vigente, senza alcuna incertezza e senza che osti a ciò il fatto che si tratta di testi scritti circa 500 anni prima, e perfino dimenticati per secoli.

La loro convinzione nasce dal riferimento ideale che viene dalla nozione di impero.

Il diritto giustiniano è considerato *lex communis* che sovrasta tutti i diritti particolari dei vari popoli, proprio perché è legittimata nella sua vigenza dall'essere legge dell'impero.

Abbiamo già visto come questa affermazione fosse già affiorata anche in precedenza, per esempio nell'*expositio ad librum papiensem*; essa rispondeva infatti a un'esigenza di unità e di certezza molto sentita anche nei secoli dell'alto medioevo.

Era stata espressa perfino nell'età carolingia da un illustre vescovo di Lione, Agobardo, vissuto nella prima metà del IX secolo ai tempi del re Ludovico il Pio. In una sua lettera proprio all'imperatore scritta probabilmente tra l'817 e l'822 egli lamenta che, se si riuniscono 5 persone, si troveranno a regolarsi con 5 leggi diverse e che ciò a suo parere finisce con l'incrinare quell'unità che la Chiesa esige, retta com'è dall'unica legge di Cristo. Agobardo chiedeva proprio all'imperatore di imporre a tutti la sua legge, che allora era quella franca.

In quel momento un'operazione del genere non era attuabile, ma il problema era sentito e ora, a distanza di secoli, trova una soluzione ed una sistemazione proprio nelle scuole giuridiche bolognesi.

Qui l'idea culturale di Roma e dell'Impero vengono riprese e sviluppate per costruire una teoria del diritto completa e solida. Il presupposto è molto semplice: l'impero è uno solo; è un ordinamento superiore a ogni altro ed universale. Logico corollario di questa sua unicità e universalità è anche l'unicità e universalità del suo diritto, che è appunto quello voluto ed emanato dall'imperatore, Giustiniano in primo luogo, ma non solo, come

abbiamo visto nel guardare al modo in cui le *leges* sono raccolte. Il diritto imperiale è anche l'unico diritto universalmente valido nella *respublica christiana*.

Si è osservato, a questo proposito, che in realtà non è la forza politica dell'impero a far emergere e a dare autorevolezza al diritto, ma che, in un certo senso, è il contrario: sono proprio i giuristi bolognesi con le loro teorie a delineare le caratteristiche dell'impero universale e di un imperatore definito *lex animata in terris, dominus mundi*. Ben presto tra l'altro alla forza di questa idea che rimane enorme sul piano ideale, non corrisponde più una reale potenza politica.

Queste teorie dei glossatori si ritrovano esposte con grande chiarezza in una interessante opera scritta proprio da un esponente della scuola. Si intitola *Quaestiones de iuris subtilitatibus* (Questioni sulle sottigliezze del diritto).

La paternità esatta di questo raffinato trattatello non è mai stata accertata (si era pensato al glossatore Piacentino, ma oggi anche questa ipotesi sembra poco affidabile).

Il trattato si apre con un proemio in chiave allegorica, secondo un gusto molto diffuso nel medioevo:

si descrive il 'tempio della giustizia' costruito in cima a un monte, vicino a un verde boschetto, con aria pura, non inquinata dalle meschinità del mondo.

Entrando, il visitatore si trova di fronte una parete di vetro su cui è scritto in lettere d'oro tutto il contenuto dei *libri legales*.

Su quella parete, come in uno specchio, si riflette lo splendido volto della **giustizia** che appare sovrastata, quasi come da un'aureola, dalla **ratio** (ragione, criterio) ispiratrice; tiene in braccio l'**equità** con volto dolce e benevolo, ed è circondata dalle sue sei figlie che rappresentano le virtù che devono appartenere alla Giustizia (*religio, pietas, gratia, vindicatio, observantia, veritas*).

C'è poi un gruppo di personaggi di aspetto onorevole che si impegna a CANCELLARE dal testo scritto sulla parete di vetro le parole contrastanti con l'equità. In un luogo apposito, vicino alla parete, un venerabile personaggio risponde alle domande di una piccola folla riunita davanti a lui: le prime questioni riguardano il modo misterioso in cui si intrecciano il diritto naturale, il diritto delle genti, lo *ius civile*. Poi però il tema si fa più scottante e diventa anche una vivace polemica politica: si attacca duramente il comportamento di quei sovrani transalpini che nei secoli precedenti hanno invaso l'Italia pretendendo di imporre il loro diritto; il diritto delle genti avrebbe autorizzato la resistenza, ma di fatto i vinti hanno dovuto soccombere. Il passare del tempo ha visto sparire questi regni e le popolazioni mescolarsi, eppure, dice l'autore per bocca del suo personaggio, c'è ancora chi discute del valore di quelle norme e vorrebbe chiamarle addirittura *leges*. Allo stesso modo si sono comportati tutti i vari dominatori con il grave risultato che si è finito con l'avere tante leggi quante sono le case!

L'attenzione si rivolge allora all'imperatore: quella qualifica gli impone l'obbligo di difendere l'ordinamento giuridico imperiale, di seguire l'esempio dei grandi Augusti di cui è successore. È la logica stessa a porre una alternativa secca: o l'impero è uno, e allora deve essere retto da una sola legge, o si ammette l'esistenza di più leggi, e allora vuol dire riconoscere una pluralità di regni.

Il bersaglio dell'autore sono quindi i re longobardi e franchi ed i loro successori. I toni sono anche violenti e passionali; si guarda al passato con giudizi molto critici come ad un periodo di dilagante ignoranza, in cui mancavano adeguati studi per cui i libri legali, che pure non c'erano, neppure sarebbero stati letti e capiti se fossero capitati nelle mani di quei re ignoranti.

Ben si capisce allora come la ricomparsa dei testi giustinianeî genuini e il loro studio non siano stati avvenimenti di valenza solo scientifica, ma anche politica, subito posti al servizio della restaurazione dell'impero.

La compilazione non è per questi giuristi solo un libro da studiare, ma un diritto vigente, che contiene l'ordinamento giuridico del massimo ordinamento politico, dal quale i testi ricevono una straordinaria *auctoritas*.

Per questo, inizialmente il diritto romano non si presenta semplicemente come diritto comune, ma addirittura, almeno tendenzialmente, come diritto unico; ha preteso il monopolio normativo e lo si è usato per sradicare e sostituire gli ordinamenti germanici vigenti. Si spiega così anche perché esso è l'oggetto esclusivo dello studio universitario.

L'evoluzione porterà poi su strade diverse; in realtà gli stessi glossatori sono ben consapevoli dell'esistenza di altri ordinamenti politici della cui reale potestà non si può discutere; puntano però tutta la loro attenzione sull'impero perché esso risponde perfettamente alla loro visione unitaria. Il volere di Dio ha creato un sistema armonico e unitario che riunisce i fedeli in un'unica Chiesa e i 'cittadini', i sudditi, in un unico impero.

Resta il fatto che vi è in concreto una pluralità di ordinamenti e una pluralità di fonti giuridiche. Dovremo perciò vedere come il problema è affrontato e risolto (diversamente nell'evolversi della scuola e della società) dai giuristi bolognesi e italiani in genere.

#### 4. Il metodo di studio dei glossatori

L'esigenza di un testo autorevole al quale fare riferimento, per il mondo giuridico era stata soddisfatta grazie alla riscoperta delle opere giustinianee; era un'esigenza comune a tutto il sapere medievale, imperniato tutto sul principio di autorità che deve guidare la ricerca del vero. Nella ricerca del vero il libro e la sua *LECTURA* diventano quindi il momento centrale e unificante; proprio per la sua rarità e preziosità, ma anche per la diffusa ignoranza, il libro ha quasi una forza 'magica' una attrattiva tutta particolare, quasi circondato da un'atmosfera di sacralità. Ecco allora appunto che LEGGERE diventa sinonimo di insegnare e studiare.

Il professore quindi legge il passo della compilazione e comincia ad analizzarlo, sia per spiegarne i significati sostanziali, sia per dar conto di termini tecnici che non sono di immediata comprensione.

Questo primo procedimento prende spunto dall'uso, già in qualche modo avviato in precedenza, di accompagnare il testo con questo tipo di annotazione dette appunto GLOSSE.

Probabilmente i testi che arrivano nelle mani dei giuristi bolognesi ne contenevano già qualcuna, molto semplice, che magari era soltanto una citazione di altre norme della compilazione giustiniana che erano in qualche modo attinenti o perché analoghe o perché anzi contrarie. Queste glosse preesistenti si possono individuare ancora perché nei manoscritti più antichi usati anche dai glossatori bolognesi sono scritte con la stessa grafia con cui è scritto il testo della legge e quindi si distinguono da quelle aggiunte dopo.

Da Irnerio in poi, infatti, i maestri aggiungono annotazioni nuove, originali, alle quali appongono proprio per questo una loro firma o sigla.

Poiché, come abbiamo visto, per quasi tutto il XII secolo gli studenti non posseggono libri propri, ma vi è solo l'esemplare che è nelle mani del professore, le varie glosse si vanno ad aggiungere a quelle già redatte dagli autori precedenti, allungandole e completandole con ulteriori precisazioni o inserendosi negli spazi lasciati liberi, sempre poi completate dalla sigla del maestro che l'ha espressa o con la precisazione che si tratta del suo pensiero se a scriverla è un discepolo ("secundum Y", o "B" o "M").

La sigla comunque, fino al 1300, non è sempre rappresentativa anche perché non vi è senso della paternità dell'opera, ma del risultato di un lavoro collettivo (l'immagine che indica la mentalità di quest'epoca si coglie nella costruzione delle grandi cattedrali).

• A seconda della posizione in cui sono poste e del loro contenuto le glosse si possono variamente classificare.

In base al contenuto si distinguono in:

- a) glosse grammaticali
- b) glosse interpretative

- a) le prime sono più brevi e semplici e si limitano a spiegare il significato di una parola oscura o a proporre un sinonimo ritenuto più leggibile o ad offrire analoghi brevi chiarimenti sul vocabolo.
- b) Le seconde sono invece assai più complesse e spiegano non solo il singolo termine, ma l'intera norma nei suoi vari elementi. Alcune di queste possono essere apposte anche alla rubrica di un intero titolo, per esporre la materia in esso disciplinata. Contengono i cosiddetti "passi paralleli" che creano una rete logica tra le varie parti del testo.

In base alla collocazione, invece, le glosse consuetamente si distinguono in:

- 1) marginali
- 2) interlineari

- 1) le prime sono scritte sui margini del testo: in genere le carte o le pergamene contengono il testo scritto al centro su due colonne che non occupano tutto il foglio. Nel margine intorno, che in genere è abbastanza ampio, vengono scritte le glosse. In questa parte marginale si pongono, come è logico, proprio le glosse più lunghe e complesse che si estendono per parecchie righe e che, quindi, quanto al contenuto, in genere sono interpretative.
- 2) Le glosse interlineari invece, come è intuitivo, sono scritte addirittura tra una riga e l'altra del testo; perciò non possono che essere soltanto brevi puntualizzazioni, per lo più di tipo grammaticale.

Questa distinzione 'di massima' deve però poi fare i conti con il passare del tempo e delle varie generazioni di maestri: già intorno alla metà del XII secolo gli spazi marginali, specie in corrispondenza delle leggi di più difficile e tormentata interpretazione, vanno riempiendosi di fittissime scritture. Ad un certo punto, quindi, anche perché ormai usurati, i codici più antichi vengono ricopiati.

Può accadere, se la pergamena è in buono stato, che si raschino le scritture ritenute inutili e si riutilizzi la stessa pergamena (si ha così il cosiddetto 'palinsesto', che tra l'altro è oggi una fonte preziosissima per gli studiosi ...); più spesso però si sceglie più semplicemente di accantonare i libri più vecchi ritrascrivendo il testo su nuove pergamene. Nel far questo si opera anche una scelta – cosa molto importante – ritrascrivendo anche le glosse del testo precedente, o almeno quelle ritenute 'meritevoli'.

Nel fare questa operazione peraltro si 'livella' tutto quello che sul testo è stato scritto in precedenza perché la nuova versione è tutta scritta con la stessa grafia e spesso, nel copiare, vengono omesse le sigle o le indicazioni che erano rimaste intercluse tra le note originali e le aggiunte successive. Si creano così degli STRATI.

In questi passaggi 'casuali', in queste stesure semplicemente successive nel tempo, quindi, le glosse si accumulano abbastanza disordinatamente.

Altre volte però c'è un più preciso intervento organizzativo di un maestro che opera sulla moltitudine di glosse di un testo e ne sceglie una parte, le riordina e le sfoltisce, ne aggiunge di nuove, decide insomma un certo insieme e una certa combinazione di glosse a cui poi i suoi studenti e discepoli faranno riferimento riconoscendogli una certa autorevolezza perché appunto l'intervento del maestro dà garanzia di affidabilità e autenticità. Questo insieme definito, canonizzato, di glosse prende il nome di *APPARATUS*; esso è individuabile e riproducibile come un'opera autonoma e personale del professore che ha compiuto la scelta.

L'opera più grandiosa di questo tipo, che raccoglie i frutti di quasi 100 anni di scuola, è quella realizzata a metà del duecento dal glossatore ACCURSIO, che per questo suo lavoro passerà alla storia. Egli raccoglie e riordina un numero sterminato di glosse di molti maestri delle generazioni precedenti (se ne erano ormai succedute ben cinque), oltre che sue. Se ne sono contate circa 96.000, tutte disposte ad accompagnare l'intero *Corpus*

*Iuris Civilis* (una fonte racconta che l'opera fu fatta in concorrenza con Odofredo che aveva avuto la stessa idea: Accursio si sarebbe addirittura dato malato per battere il rivale sul tempo ...). L'opera è quindi immensa e il merito di Accursio fu proprio l'aver saputo dominare un materiale così ampio e vario costruendo un organico apparato per tutte le parti del *Corpus Iuris Civilis*, passato alla storia con il nome di MAGNA GLOSSA. I suoi contenuti non sono nuovi e non è sempre possibile individuare il contributo personale di Accursio. Essa da questo momento accompagnerà però sempre inseparabilmente il testo della legge giustiniana, diventandone quasi parte integrante. [VEDI esempi tra i testi in appendice, n. 1]

Nello stesso periodo, intorno a metà del XIII secolo, non sorprende quindi che alcuni professori durante le lezioni comincino a 'leggere' anche le glosse che accompagnano il testo di legge. I primi a farlo sono Odofredo e suo figlio Alberto che usa proprio gli scritti ben ordinati dal padre e soprattutto, come è logico, Francesco d'Accursio che utilizza e fa utilizzare il monumentale apparato per cui era già celebre suo padre.

Questa prassi porta a due conseguenze:

1). I meno abili o più svogliati professori possono finire con il dare più spazio alle glosse trascurando il testo e soprattutto saltando i passi che ancora non sono stati glossati: intervengono su questo gli statuti universitari prevedendo un divieto per i professori di saltare capitoli o leggi o paragrafi; anche se si aggiunge allo stesso tempo che la lettura delle glosse insieme al testo è diventata obbligatoria.

2). La speranza di far circolare come testi meritevoli di studio e lettura i propri apparati induce alcuni professori ad intensificare l'attività di elaborazione scientifica al di là di quanto si spiega nella scuola. Questo arricchisce la produzione scientifica ma provoca un rischio di abusi e illecite manipolazioni.

Su questo interverrà lo stesso Comune di Bologna vietando agli *stationarii* di fare accordi con un professore per sopprimere qualche antico apparato e sostituire ad esso uno nuovo.

Solo gli *stationarii* che hanno giurato obbedienza ai rettori, appunto gli *stationarii universitatis* possono pubblicare qualsiasi opera; gli altri devono attenersi agli incarichi predeterminati dalle università stesse.

• Le glosse non sono comunque l'unico strumento di cui si servono i maestri bolognesi nel loro accuratissimo studio del testo, ve ne sono anzi numerosi altri:

- a. l'analisi del testo è fin dall'inizio compiuta attraverso la ***DISTINCTIO***: già sui margini delle pergamene più antiche troviamo annotazioni fatte secondo uno schema ramificato che pone un primo punto e poi lo divide e quindi lo suddivide in elementi successivi quasi in una progressione geometrica, perché si è convinti che dividendo e suddividendo si riesca meglio a penetrare il senso delle cose (era una teoria logica e filosofica elaborata da filosofi e teologi come Ugo da S. Vittore, che affermava appunto "in dividendo investigat") e si favorisca e si aiuti la memoria; si afferma anche che con questo metodo si riesce a costruire o ricostruire un ordine che è insito nelle cose e va portato alla luce della conoscenza.
- b. In questa stessa logica volta a ricostruire un ordine logico e una compiuta omogeneità nel *Corpus* si pone anche l'attenzione particolare alla presenza di antinomie e contrasti esistenti tra le diverse parti e norme giustiniane. Il presupposto del loro approccio era – ovviamente – quello che le contraddizioni fossero solo apparenti e che una corretta lettura e comprensione avrebbe consentito di trovare una conciliazione. A questo scopo i giuristi si dedicano alla ricerca di passi contrastanti e redigono ampi elenchi di tali leggi contrarie, spesso commentandole poi per spiegare questa apparente contrarietà e ridurla a *solutio*. Queste raccolte prendono il nome di ***BROCARDA*** o ***GENERALIA***. Con esse si realizza un obiettivo che non è solo conoscitivo; si vuole anche, attraverso la *solutio*, svelare quella coerenza e unità del sistema che a prima lettura non appare e allo stesso tempo fornisce un criterio generale di giudizio che è frutto di una ricerca nuova, originale, non contenuta esplicitamente nel testo romano. L'autore di *brocarda* vuole salvare da contraddizioni

la *lex* e allo stesso tempo enucleare criteri di giudizio nuovi (continuità con il mondo antico e a un tempo distinzione da esso).

- c. Simile al *brocardum* e solo in parte diverso da esso è il genere, anch'esso usatissimo e di straordinario successo, della **REGULA IURIS**. La ricerca di regole e principi generali era una esigenza molto antica tanto che lo stesso imperatore Giustiniano aveva inserito in chiusura del Digesto un titolo "de diversis regulis iuris antiquis" (D 50.17). I glossatori portano però questo metodo a livelli molto superiori impegnando tutte le loro conoscenze della dialettica per chiarire un concetto giuridico per arrivare a darne un'accurata definizione [ci furono anche discussioni di principio molto sottili come quella, divenuta celebre, tra il Piacentino e Giovanni Bassiano sul problema teorico se l'eccezione sia inclusa logicamente nella regola o vi si contrapponga]. Ecco allora che vengono preparate raccolte anche di queste *regulae*, andando a ricostruire, da una parte, su quelle già antiche, il ragionamento e il processo attraverso cui si sono formate (*traditio regulae*) che serve per chiarire meglio il senso e il contenuto di queste regole e dall'altra fissare un principio che rappresenti un punto fermo per ulteriori interpretazioni e ragionamenti giuridici.

La differenza tra *brocarda* e *regulae iuris* sta soprattutto nell'accentuazione dell'aspetto dialettico (*pro-contra*) dei *brocarda* rispetto alle *regulae* che evidenziano invece soprattutto la ricerca di criteri generali di giudizio anche se questa differenza spesso sfuma quando, per esempio, ad un elenco di *regulae iuris* si accostano le relative *exceptiones*.

- d. sempre volti a facilitare la comprensione di una norma, della sua estensione e concreta applicazione si elaborano i **CASUS**. In origine erano semplicemente esemplificazioni di fattispecie concrete, appunto volte a rendere più intellegibile il testo. In seguito diventano occasione di veri e propri commenti interpretativi.
- e. Il termine **LECTURA**, indica la trascrizione e il consolidamento degli appunti presi durante la lezione; è un'intelaiatura che lega le singole glosse sotto la forma di una più organica interpretazione.
- f. La vivace dialettica presente nella scuola è testimoniata anche dalle raccolte di **DISSENSIONES DOMINORUM**. Si riunivano cioè le esposizioni delle opinioni – discordanti tra loro – espresse dai maestri su varie e importanti questioni giuridiche. Sono famose quelle che oppongono Martino e Bulgaro.
- g. Se erano abilissimi nell'analisi accurata del testo, i glossatori sono però anche capaci di raggiungere altissimi livelli nella sintesi. Ne è prova il fiorire di un altro importantissimo genere letterario: la **SUMMA**. Essa consiste in una trattazione unitaria, sistematica (N.B. sintesi non significa comunque abbreviazione o riassunto: il modello è, in campo filosofico, la *Summa theologiae* di S. Tommaso d'Aquino che è un'opera vastissima!) e completa, dove tutte le possibili nozioni sopra l'argomento trattato confluiscono e trovano il loro posto. Oggetto di *summae* possono essere quindi non le singole leggi ma intere parti del *Corpus Iuris*. Ne vengono redatte alcune celeberrime – e studiatissime dalle generazioni successive – soprattutto sul *Codex*. La più antica risale alla prima metà del XII secolo, tanto che in passato la si era attribuita allo stesso Irnerio. È detta *Summa Trecensis*. Ne fece poi una il glossatore Rogerio, scolaro di Bulgaro, vissuto a metà del 1100, che in parte riprende quella precedente. Piacentino fece una *Summa* sia per il Codice sia per le Istituzioni e vari altri autori ne scrissero. Le più vaste e compiute, tanto da diventare una pietra miliare quasi accanto alla stessa Magna Glossa di Accursio sono opera del suo maestro AZZONE, che si mise all'opera poiché non era soddisfatto di quella di Piacentino, da lui criticata. Nella *Summa Codicis* di Azzone, scritta all'inizio del '200, soprattutto si nota una tendenza, ormai arrivata ad altissimi livelli, all'unità e alla collocazione delle leggi giustinianee in un assetto architettonico di vastissimo respiro costruito con l'uso di schemi già propri del diritto romano, in particolare di quello gaiano, ma anche delle categorie filosofiche aristoteliche, sempre più diffuse. Nell'opera di Azione si colgono già alcuni segnali di un superamento del metodo

della glossa, che cominciava a sembrare insufficiente e anche un poco ripetitivo (cfr. Azione, *Summa codicis, Proemio*, § 3).

- h. La massima espressione dell'uso del metodo dialettico, sia come schema dottrinale sia come sistema dialettico, e delle potenzialità interpretative in tal modo raggiunte dai giuristi medievali si ritrovano in un ultimo genere letterario: la **QUAESTIO**. Qualche chiarimento va dato, preliminarmente, sul termine. Esso viene infatti usato dall'inizio delle scuole – e non solo di quelle giuridiche – medievali, in varie occasioni, anche molto diverse, ma quella che diventa di uso frequentissimo per gli studenti di diritto è la cosiddetta **QUAESTIO IURIS**, quando cioè ad essere in dubbio non sono i fatti, ma la loro qualificazione giuridica.

Ebbene, secondo l'ottica dei giuristi medioevali, se un caso è già previsto e regolato dalle leggi romane o canoniche non è possibile alcuna disputa; si sottrae alla mutevolezza di opinioni e argomentazioni contrastanti. Se più leggi sembrano concorrere si hanno al massimo le cosiddette **QUAESTIONES LEGITIMAE**. Esse hanno per oggetto una contraddizione tra due leggi e quindi, all'opposto delle precedenti, nascono proprio rigorosamente entro la sfera dello *ius commune*; il metodo espositivo è simile poiché segue le regole della dialettica, ma appunto è molto diverso l'oggetto e anche lo scopo che è qui quello di una comprensione organica e sistematizzante delle leggi romane.

Quando invece c'è un fatto non previsto dalla legge o anche previsto e regolato da norme diverse da quelle del diritto giustiniano, ma ad esempio da una norma locale, si apre il campo alla disputa: la norma locale viene vagliata proprio alla luce dell'autorità rappresentata dal diritto romano (*quaestiones statutorum* o *feudorum*). Lo spazio della disputa dunque, secondo il modo di argomentare dei giuristi medievali, è quello definito del **PROBABILE**, in contrapposizione all'ambito del **CERTO**. Questa disputa può essere originata nell'ambito di una controversia realmente esistente, in un processo o comunque una lite ma anche, appunto, creata come esercizio scolastico: se lo fa il maestro nel corso della lettura può essere solo appena abbozzata, dando rapidamente la soluzione ma può avere invece anche un suo spazio autonomo, con uno svolgimento ampio che coinvolge, insieme al maestro, gli stessi studenti degli ultimi anni. Per queste ultime si parla di questioni **DISPUTATAE**. Per loro si riservavano appositi giorni e tempi: di solito nel pomeriggio. Il professore pone formalmente la *quaestio* e la rende nota alcuni giorni prima (almeno otto) della data fissata per il dibattito pubblico. Questo può avvenire anche in luoghi aperti al pubblico, non necessariamente l'aula scolastica di un singolo professore; anzi talvolta vi partecipano maestri e allievi di varie scuole. È considerato un momento così importante della vita universitaria che verso la metà del duecento diventa non più una semplice consuetudine, ma un obbligo regolato espressamente dagli statuti universitari: tutti i maestri sono tenuti a una pubblica disputa almeno una volta all'anno, in un periodo che va dall'inizio della quaresima alla pentecoste. Il testo della questione viene scritto su una pergamena e consegnato al bidello che lo diffonde in tutte le scuole e tiene il testo a disposizione di voglia copiarlo. Nel giorno del dibattito si riuniscono gli studenti (che nel '200 sono, come detto, a volte quelli di tutte le scuole della città, compresi i rettori delle università). È il professore a introdurre e guidare la discussione nella quale intervengono *doctores* e studenti, secondo un ordine, anch'esso ben presto regolato dagli statuti. Ognuno degli astanti può proporre un solo *argumentum* a favore di una soluzione (*pro*) o di quella opposta (*contra*). Prima parlano i sostenitori del *pro* e poi gli oppositori. In questa fase il professore comunque tace e ascolta tutti gli argomenti: questi **ARGUMENTA** di cui si parla sono tutti incentrati necessariamente sulle norme del diritto romano, plasmate con l'armamentario della logica o della retorica scolastica. Gli interventi sono molto numerosi (si può talvolta arrivare fino a 40 o 50). Al termine il maestro ha il delicato compito di decidere se dare ragione al primo o al secondo orientamento offrendo la

propria *SOLUTIO* (che peraltro potrebbe proporre anche una terza via che segue un percorso diverso) e talvolta replicando anche agli argomenti rifiutati.

Alla rappresentazione orale si accompagna o segue, soprattutto da un certo periodo in avanti, una stesura scritta. Si hanno così le *QUAESTIONES REPORTATAE*, che si raccolgono anche in archivi cui i maestri delle generazioni successive possono attingere; il testo e la soluzione delle più interessanti questioni vengono quindi poi usati anche come illustrazione del testo della legge all'interno della *lectura*. Anche un genere letterario che si svilupperà soprattutto in seguito (fine '200) come il *TRACTATUS* che coordina problemi intorno a un nucleo centrale di interessi o a una materia prende spunto da un insieme di questioni.



## Il sistema delle fonti nel medioevo

### 1. Il diritto feudale

L'analisi del genere letterario della *quaestio* ha già offerto qualche dato per comprendere l'evoluzione del modo di ragionare e l'ampliamento dello sguardo dei giuristi nel costruire un sistema di fonti che si amplia rispetto al solo diritto giustiniano.

La *quaestio* è infatti un utilissimo strumento per affrontare e trattare anche di fonti giuridiche diverse dal diritto romano e quindi in qualche modo per assimilare queste fonti in un sistema organico.

In particolare sono coinvolti in questo discorso il diritto canonico, quello degli statuti e quello feudale.

Prima di esaminare più da vicino questi diversi diritti va fatta però un'ultima osservazione. I giuristi bolognesi arrivarono ad occuparsi di essi abbastanza tardi proprio perché le loro convinzioni teoriche li portavano, come si è visto, a concentrare lo sguardo soprattutto sul diritto romano.

Più aperti e forse più liberi sono inizialmente i maestri operanti nelle scuole minori fondate nelle altre città dell'Italia settentrionale e della Francia meridionale (e in particolare della Provenza).

In queste scuole precocemente i giuristi cominciano a dedicare studi a temi come quello del processo, al diritto longobardo e a quello feudale, agli statuti.

- Solo un breve cenno si può dedicare al diritto feudale: esso era contenuto essenzialmente nei cosiddetti *libri feudorum*, che erano stati elaborati gradualmente in ambiente longobardistico. La prima base era stata un provvedimento dell'imperatore Corrado II, il cosiddetto *edictum de beneficiis* del 1037, con il quale si concedeva la trasmissione ereditaria e la alienazione dei feudi; via via poi ad esso si erano aggiunte molte altre norme di emanazione imperiale, ma anche di origine consuetudinaria, raccolte e redatte in varie versioni: la più antica è attribuita ad un giudice imperiale milanese, vissuto a metà del 1100, Oberto dall'Orto, la cui origine è abbastanza curiosa: egli, che nella sua attività pratica certo spesso applicava quelle norme, dichiara che si accinge a metterle per iscritto per rispondere alle richieste di suo figlio Anselmo, che era studente di diritto a Bologna e che gli aveva scritto una lettera raccontandogli stupito che nella sua scuola una materia così importante nella pratica giudiziaria, come appunto il diritto feudale, era del tutto ignorata !

La raccolta ci è così giunta nella redazione di Oberto sotto forma di due lettere appunto indirizzate al figlio negli anni Cinquanta del 1100; per questo è conosciuta con il nome di Obertina.

Dopo la Dieta di Roncaglia del 1158 si aggiunsero alcune costituzioni di Federico I promulgate in quell'occasione e anche questo fu forse decisivo per le sorti del libro perché lo fece assurgere, da semplice raccolta di consuetudini a diritto in qualche modo imperiale.

Su questa base intervennero poi altri giuristi e verso la fine del secolo venne preparata una seconda stesura che fu chiamata Ardizzoneiana per riferimento al giurista bolognese Jacopo d'Ardizzone che, a metà del duecento, compose un'importante summa di diritto feudale a partire da questa più ampia versione del testo e si pensò quindi che fosse stato il primo ad usarla. Infine se ne occupò Accursio, che sistemò i libri nell'ambito della sua Magna Glossa.

Nel frattempo questi testi avevano fatto un vero 'salto di qualità' perché si era deciso di inserirli nell'insieme dei *libri legales*, facendoli diventare la X *collatio* del *Volumen*. Secondo la narrazione leggendaria circolata per secoli a partire dai testi di Odofredo, l'operazione sarebbe stata compiuta dal glossatore Ugolino dei Presbiteri (allievo di Giovanni Bassiano), ma avrebbe avuto anche l'autorevolissimo avallo dell'imperatore Federico II, che avrebbe quindi tolto ogni dubbio sull'autorità di questi testi.

In realtà l'attenzione al diritto feudale aveva contraddistinto fin dalla loro origine alcune scuole 'minori' nate ad opera di alcuni maestri glossatori in città italiane ed anche francesi. È provato ad esempio un lungo soggiorno di Piacentino a Montpellier, dove vi era sicuramente già dagli anni '60 del XII secolo una scuola abbastanza fiorente (ed altre ve ne erano certamente in Provenza, luogo di produzione di diverse interessanti opere giuridiche). Un centro di studi importante si ebbe poi ad esempio a Mantova, dove accanto al diritto romano si studiava il longobardo.

Questa è infatti una caratteristica tipica di queste scuole minori, che appaiono meno vincolate di Bologna allo studio esclusivo dei testi giustiniane. Questa apertura agli altri diritti, ed in specie appunto a quello longobardo e feudale, è documentata anche per Modena, dove è docente il glossatore Pillio da Medicina e soprattutto, come è logico, è diffusa in quelle zone d'Italia dove il diritto longobardo continuava ad essere usato ampiamente.

Il maggior contributo innovativo che proprio Modena e Pillio diedero alla storia medievale del diritto concerne infatti il diritto feudale. In primo luogo si deve a Pillio l'inserimento dei *libri feudorum* tra le materie di insegnamento della scuola romanistica. Pillio si era già interessato di un'altra parte del *corpus iuris* piuttosto trascurata a Bologna, i Tres libri e fu poi il primo a dedicare una *glossa* e una *summa* ai *Libri feudorum*.

Proprio nell'ambito dei suoi studi feudistici e longobardistici, Pillio elabora una teoria in materia di diritti reali che avrebbe dominato per secoli fino alla rivoluzione francese e che introduceva un regime della proprietà molto diverso dalla concezione romanistica, segno della grande creatività di cui furono capaci i glossatori: Pillio qualifica cioè *DOMINIUM UTILE* l'insieme dei diritti spettanti al vassallo per distinguerli da quelli spettanti invece al signore e qualificati come *DOMINIUM DIRECTUM*. È questa la teoria detta del dominio diviso, proprio perché spacca la proprietà in due sottospecie, una appunto spettante a chi ha la titolarità astratta del bene, ossia al nudo proprietario, l'altra, appunto il *dominium utile*, spettante a chi ne ha il godimento concreto; qualcosa di più simile a quelli che oggi chiameremmo diritti reali su cosa altrui, ma di intensità speciale, poiché non ha nessuno di quei limiti che vengono a caratterizzare usufrutto o superficie etc. La conseguenza non era da poco perché significava allargare le norme sulla proprietà a una serie di situazioni che a rigore non lo erano. Pillio dunque prende spunto dalle consuetudini feudali e soprattutto dal già ricordato *Edictum de beneficiis* che, assicurando l'assoluta stabilità del feudo e la sua trasmissibilità favoriva appunto l'idea di concepirlo come qualcosa di simile alla proprietà. I glossatori però, come abbiamo già visto, ragionano comunque sempre sulla base delle fonti giustiniane e quindi ecco che Pillio prende in considerazione le norme che attribuivano un' *actio in rem* al titolare del diritto di superficie, al conduttore a lungo termine, all'enfiteuta, e spiega quindi che per analogia la stessa azione si può attribuire al feudatario. Poiché queste azioni erano qualificate *utiles* nel diritto romano ecco che sul piano sostanziale anche il diritto che si fa valere con esse è detto appunto dominio utile.

Si trattava di una tesi così nuova e rivoluzionaria che per molto tempo tra i giuristi suscitò polemiche e rifiuto. Ancora nel secolo successivo qualcuno la negava, ma era talmente aderente alla realtà delle cose che finì con il prevalere perdurando poi fino al Settecento.

È questo il modo con cui i giuristi medievali riescono a far evolvere il diritto pur rimanendo sempre ancorati alle fonti giustiniane.

Un percorso simile a quello delle consuetudini feudali riguarda il diritto di origine longobarda e franca, raccolto nel testo chiamato *Lombarda* (il cui contenuto è lo stesso già inserito nel *Liber papiensis*, ma riordinato in base alla materia trattata e non semplicemente in ordine cronologico), che era diritto ancora largamente utilizzato specialmente in alcune zone d'Italia.

Non è un caso, essendo il ducato di Benevento uno dei più duraturi domini longobardi, che si debba al beneventano Carlo di Tocco, divenuto maestro a Bologna, la prima glossa

alla *Lombarda* che così, a metà duecento, entra a sua volta nei libri legali quale XI *collatio* del quinto volume. L'importanza della glossa di Carlo infatti quella di avere incasellato il diritto longobardo entro gli schemi romanistici.

## 2. Il diritto canonico

Accanto al diritto civile, l'altro grande pilastro del sistema giuridico medievale è rappresentato dal diritto canonico. Anch'esso, tra l'altro, è oggetto di uno studio scientifico che avrà grandi sviluppi.

Il diritto canonico era già stato in grande fermento fin dalla seconda metà dell'XI secolo allorché, nell'ambito della riforma gregoriana della Chiesa, ci si era posti il problema anche di una raccolta e identificazione più chiara delle norme della Chiesa stessa.

C'era stato perciò un fiorire di opere dottrinali ed anche di collezioni normative.

Proprio perché così numerose, tuttavia, queste raccolte ponevano un problema di certezza del diritto, anche perché nessuna di esse era mai stata oggetto di una qualche sanzione ufficiale da parte del pontefice, che le conferisse un'autorità in grado di prevalere sulle altre (cosa che peraltro, come vedremo, avverrà solo a metà del '200).

In questo momento va inoltre tenuto presente che non esisteva ancora una distinzione concettuale tra diritto canonico e teologia, il primo anzi faceva sostanzialmente parte della seconda. E' quindi dappprincipio nell'ambito degli studi teologici che si risveglia anche l'interesse per una sistemazione più scientifica delle norme.

Un punto di riferimento essenziale, anche dal punto di vista metodologico, è l'opera del teologo Pietro Abelardo (1079-1142). Studiando i testi sacri, infatti, egli per la prima volta assume un atteggiamento critico; attraverso il metodo dialettico mette in luce anche le contraddizioni esistenti nella scrittura sacra e le confronta tra loro. La sua è una posizione davvero rivoluzionaria e per i tempi persino scandalosa, che suscita moltissime polemiche.

Di lì a poco, questo metodo di studio, enunciato ed applicato ai testi biblici da Abelardo nella celebre opera *Sic et non*, probabilmente influenza un altro personaggio, cui si deve infatti la vera e propria fondazione del diritto canonico come scienza compiutamente autonoma: **GRAZIANO**.

Graziano era nato, probabilmente tra Orvieto e Chiusi, sul finire dell'XI secolo ed era divenuto monaco camaldolese. Tra il 1130 e il 1140 egli si trova in un monastero a Bologna.

Singolare coincidenza dunque fece sì che lo studio del diritto civile e di quello canonico cominciassero nello stesso luogo e nello stesso momento quasi in parallelo.

A Bologna, infatti, tra il 1140 e il 1142, Graziano compone un'opera immensa di raccolta di fonti e di norme canoniche (quasi 4.000), intitolandola *CONCORDIA DISCORDANTIUM CANONUM* (concordanza dei canoni discordanti) e divenuta poi per secoli celeberrima con il nome di **DECRETUM** (proprio per sottolineare che essa sostituisce tutte quelle precedenti con lo stesso nome e rappresentava il diritto della Chiesa per eccellenza). Prima di esaminarne il contenuto occorre una considerazione sull'ambiente in cui si trovava ad operare Graziano.

Un importante documento ci testimonia infatti un episodio della sua vita dal quale possiamo comprendere che egli non è un intellettuale isolato che ha una geniale intuizione, ma che attorno a lui c'è un gruppo di giuristi che opera sì a Bologna, ma con interessi diversi da quelli dei glossatori: nell'agosto del 1143, Graziano viene chiamato a Venezia da un cardinale legato di papa Innocenzo II che doveva emanare una importante sentenza in tema di decime ecclesiastiche e che voleva il consiglio di autorevoli esperti di diritto. Insieme a Graziano vi sono altri importanti personaggi (in particolare l'esperto Mosè, che sarebbe poi divenuto arcivescovo di Ravenna) dei quali altre fonti documentano la preparazione e la partecipazione alla vita giuridica bolognese (si ritrovano infatti a prendere parte ad altre dispute giuridiche).

Dunque Graziano è inserito in un ambiente di cultori del diritto che non si interessano solo di Giustiniano, come proprio in quegli anni stavano facendo Irnerio e i suoi discepoli.

Nel momento in cui decide di raccogliere le variegate fonti canoniche, il nostro monaco ha a disposizione le numerose collezioni già emerse negli anni precedenti, tra le quali egli privilegia soprattutto alcune (sfrutta molto le opere di Ivo di Chartres).

Nell'accostare tra loro le fonti che ha raccolto, Graziano avverte la loro eterogeneità e le contraddizioni presenti tra i diversi testi, che erano diversissimi anche per origine e impostazione: vi sono le sacre Scritture, altri libri ufficiali della Chiesa come i libri liturgici, canoni emersi nell'ambito dei Concili – diversi però a seconda che si trattasse di Concili locali o ecumenici –, lettere dei Papi e opere dei Padri della Chiesa e di altri scrittori ecclesiastici e perfino fonti laiche, sia di diritto romano che germanico (soprattutto la *lex romana Wisigothorum* e i capitolari carolingi).

Sulla scia, come detto, di Abelardo anche Graziano utilizza il metodo dialettico ponendo a confronto le norme. Il suo scopo – dichiarato fin dal titolo dell'opera – è però quello di appianare le contraddizioni presenti. Per far ciò, Graziano adotta vari criteri o *rationes*. Spiega ad esempio che alcune contraddizioni, se si coglie l'esatto significato delle norme, sono solo apparenti, oppure utilizza il principio per cui la legge successiva abroga la precedente; oppure richiama la *ratio loci* secondo cui la legge particolare di un luogo può derogare a quella più generale propria di un più vasto ambito territoriale; o ancora usa una nozione che sarà sempre una pietra miliare del diritto canonico, quella di dispensa, per cui, in presenza di determinate circostanze o cause si possono prevedere eccezioni alla regola generale etc.

Il contributo personale che l'autore aggiunge all'insieme dei testi raccolti e che egli qualifica come *auctoritates* è rappresentato da una serie di *dicta* intercalati ai brani della collezione per spiegare problemi, fornire principi di teoria generale, richiamare altri testi inerenti; talvolta citare concetti di diritto romano per metterlo a confronto con quello della Chiesa.

Non sempre il lavoro di Graziano è di altissimo livello e qualche volta si coglie ancora qualche incertezza nel distinguere le nozioni giuridiche da quelle teologiche, eppure il successo della sua opera fu subito straordinario, tanto da surclassare e sostituire in breve tempo nelle scuole – e non solo – tutte le opere precedenti.

In effetti Graziano stesso aveva probabilmente concepito il suo lavoro di raccolta non tanto per destinarlo alla prassi, ma proprio come un manuale per la didattica. Fu proprio in quest'uso che il suo testo fu subito accolto nella scuola da lui stesso fondata e da quella diffuso poi ad ampio raggio.

Nell'ambito della scuola, lo stesso Graziano e alcuni suoi allievi e successori apportarono al *Decretum* integrazioni (forse più di 150 aggiunte) e modifiche: esso venne diviso in tre parti, la prima e la terza divise a loro volta in *distinctiones*, mentre la seconda divisa in *causae*, a loro volta divise in *quaestiones*. Di queste sezioni, parte della seconda e tutta la terza sono tra l'altro quasi interamente aggiunte successive alla struttura originaria. Soprattutto, sono molto numerose le aggiunte di fonti romane: Graziano ne aveva inserite abbastanza poche, mentre nella stesura definitiva sono numerose. I maggiori interventi sono dovuti ad un allievo di Graziano, un misterioso personaggio di nome Paucapalea.

Se anche, come si è detto, qualche volta Graziano sembra rimanere sul confine tra diritto e teologia, la sua opera rappresenta però nel complesso un vero e proprio spartiacque.

Egli svolge, infatti, pur con prudenza, un ragionamento fondamentale: osserva che, indubbiamente, ogni azione e ogni pensiero dell'uomo possono salvare o perdere la sua anima; essere segno di virtù o di peccato, portarlo al Paradiso o all'Inferno. Al confessore quindi, il penitente dovrà rivelare tutto, anche il pensiero, poiché Dio tutto vede e tutto giudica.

Ma – si chiede Graziano – davanti al giudice terreno? Come far valere dinnanzi a lui pensieri non tramutati in azione o almeno in un inizio di azione? Come darne la prova? E soprattutto perché cercare di darne la prova, se il pensiero non espresso non ha recato

danni né alle persone, né alle cose, né ha turbato la convivenza civile, ma ha solo offeso l'ordine impresso da Dio nella coscienza dell'uomo?

La portata rivoluzionaria di questa concezione, che fa coincidere i confini del diritto umano, civile ma anche canonico, con la possibilità di valutazione e di giudizio dei soli comportamenti e non più dei pensieri, sta proprio nel sottrarre al potere dell'uomo di Chiesa in quanto tale il controllo di tutto l'operato umano in vista di fini pratici (la restaurazione dell'ordine sociale violato) e di lasciargli solamente il controllo della fede e dell'anima, affidando piuttosto a giudici terreni (civili come ecclesiastici) il controllo delle azioni terrene rilevanti sul piano sociale.

È una svolta culturale fondamentale. Per questo, 150 anni dopo, Dante porrà con tutti gli onori Graziano nel suo Paradiso tra gli spiriti sapienti (X, 105-106: di lui dice che «l'uno e l'altro foro aiutò, sì che piacque in Paradiso»), attribuendogli il merito di avere distinto «l'uno e l'altro foro», cioè il 'foro interno', della coscienza, da quello 'esterno' delle azioni.

- A partire dall'opera di Graziano si ha un vero e proprio fiorire di studi canonistici: Paucapalea fa una *Summa* al *Decretum* e lo stesso fanno altri successori e discepoli. La più celebre è poi quella redatta, negli anni '60 del 1100, da Stefano, vescovo di Tournai, attraverso la quale la conoscenza del *Decretum* si diffonde anche in Francia.

Qualche anno dopo lavora in Italia Uguccione da Pisa, al quale si deve la scelta di aprire massicciamente all'uso del diritto romano anche in ambito canonistico: dopo di lui, infatti, anche scolasticamente si comincia a pretendere che i canonisti abbiano comunque anche una preparazione civilistica e questo aprirà la strada alla futura fusione delle due scienze in un unico sistema che sarà chiamato *UTRUMQUE IUS*. È proprio dai canonisti che viene questa iniziativa.

Oltre alla dottrina canonistica, all'epoca di Graziano e dopo di lui, si arricchisce anche l'attività legislativa della Chiesa, attraverso alcuni importanti Concili ecumenici (soprattutto il Lateranense I, del 1123, il III, del 1179, ed il IV nel 1215) nei quali grandi papi legislatori divulgano le loro norme, ma soprattutto con le lettere che i pontefici scambiavano con vescovi, abati, Chiese, monasteri, principi e signori locali in tutta Europa.

Queste lettere, dette **DECRETALI**, avevano valore normativo; dapprima molte vennero aggiunte al *Decretum* di Graziano, poi se ne fecero autonome raccolte. Queste decretali venivano definite *EXTRAVAGANTES*, proprio perché «extra *Decretum* vagabantur». In particolare cinque raccolte ebbero una notevole diffusione e furono dette *Quinque compilationes antiquae*. Alcune di esse erano, come lo stesso *Decretum*, opera di giuristi privati mentre altre videro la novità di un intervento diretto del pontefice. In particolare papa Innocenzo III, che emanò moltissime decretali, le fece riunire in una collezione tra il 1209 e il 1210 e ad essa diede valore ufficiale. Altrettanto fece più tardi papa Onorio III nel 1226.

È singolare invece che sia rimasta privata quella scritta tra il 1216 e il 1217 dal canonista Giovanni Teutonico, subito dopo l'importantissimo Concilio ecumenico Laterano IV, del 1215, dato che questa raccolta conteneva quasi tutti i canoni di tale Concilio.

Il nome di Giovanni Teutonico porta a segnalare un altro aspetto: egli è infatti autore della Glossa completa al *Decretum*, che diverrà l'equivalente canonistico di quella di Accursio. Tutte queste compilazioni, infatti, essendo studiate nelle scuole, vennero glossate esattamente come quelle civilistiche.

Tutte le cinque compilazioni 'antiche' e le altre varie raccolte seguite al *Decretum* vengono comunque nettamente messe da parte quando, nel 1234, papa Gregorio IX fa preparare una nuova grande collezione di Decretali, che riordi e sostituisca tutte le precedenti.

L'opera comporta quattro anni di intenso lavoro da parte di esperti canonisti tra i quali spicca la figura dello spagnolo Raimondo da Peñafort. Si vuole infatti fare una

cernita accurata dei materiali e organizzarli in modo armonioso, anche apportando modifiche ai testi, espressamente autorizzate dal papa.

Nel lavoro è recuperata anche una piccola parte di materiale antico trascurato da Graziano.

Alla fine si ottiene un'ampia raccolta, suddivisa rigorosamente in cinque libri in base alla materia trattata: il primo descrive gli apparati giudiziari della Chiesa; il secondo la disciplina del processo cosiddetto romano-canonico proprio perché costruito su un abile intreccio di elementi romanistica e principi canonici, un processo che avrebbe dato le basi anche a quelli dei tribunali laici; il terzo libro disciplina la condizione dei chierici; il quarto l'importantissima materia matrimoniale ed il quinto il diritto penale canonico. Per aiutare la memoria degli studenti, questa suddivisione, che rimane sempre presente anche nelle successive raccolte, viene indicata, quasi in cantilena, con l'elenco *iudex, iudicium, clerus, connubia, crimen*.

Il testo è promulgato da papa Gregorio IX il 5 settembre 1234 con il nome di *Decretales Gregorii IX*, ma viene comunemente chiamato *Liber Extravagantium* o ancor più semplicemente **LIBER EXTRA**. La bolla papale che lo promulga contiene una importante precisazione, volta proprio a fare ordine e chiarezza nel diritto della Chiesa: vieta la consultazione e redazione di altre raccolte non autorizzate ufficialmente.

Come già il *Decretum* di Graziano (che continua comunque a restare un'opera privata, anche se apertamente studiata in tutte le università) anche il *Liber Extra* ha subito un grande successo ed è oggetto di apposito studio. Su di esso si fanno vari apparati di glosse, uno dei quali, opera di Bernardo da Parma (1256), diviene la sua Glossa ordinaria, quella cioè che accompagna il testo in tutte le successive stesure.

Vi sono poi ampie *Lecturae* o Commentari che diventano i pilastri della dottrina canonistica dei secoli successivi, come quella di Enrico da Susa, detto l'Ostiense, perché era cardinale e vescovo di quella località, che fa anche una apprezzatissima *Summa*, o di Sinibaldo dei Fieschi, divenuto papa con il nome di Innocenzo IV, che, cosa singolare, scrive il suo apparato proprio durante il pontificato. Forse anche per questo la sua opera ha un'autorevolezza straordinaria.

Al cardinale Ostiense si devono ulteriori passi avanti lungo il percorso, cui si è già accennato, che porta ad un legame sempre più stretto tra diritto civile e diritto canonico nel binomio dell'*utrumque ius*, i due diritti che, anche per suo merito, vennero ad unirsi in un unico sistema.

Egli è anche sostenitore della preminenza del papato rispetto all'impero; formula una dottrina cosiddetta ierocratica, che sarà ulteriormente ripresa e accentuata nel '300 allorché lo scontro ideologico del papato con l'impero e con i regni secolari diventerà fortissimo.

Proprio in un contesto politico molto teso soprattutto per lo scontro in atto tra il papato e il re di Francia Filippo IV detto 'il bello' vede la luce un'altra raccolta ufficiale di decretali voluta da papa Bonifacio VIII nel 1298. Venne chiamata **LIBER SEXTUS** perché seguiva ai 5 delle Decretali gregoriane, anche se in realtà è a sua volta strutturato con la medesima suddivisione in 5 libri, per materia. Vi sono raccolte ovviamente le decretali del periodo 1235-1298 e ancora una volta si precisa che tutte quelle non comprese vanno ritenute abrogate. In fondo all'opera, a somiglianza del Digesto, papa Bonifacio fa aggiungere un titolo «de regulis iuris» incaricando di questo, pare, un famoso civilista, Dino del Mugello.

La terza ed ultima raccolta ufficiale del diritto della Chiesa è ordinata pochi anni dopo in un contesto però assai mutato: il papato si è infatti trasferito ad Avignone dove subisce inevitabilmente l'influsso del re di Francia.

La decisione di una nuova raccolta è di papa Clemente V per cui, anche se essa viene in realtà promulgata dopo la sua morte dal successore, nel 1317, porta comunque il nome di **CLEMENTINE**. Alcune di queste decretali, non numerose, furono però fondamentali, come quella, cosiddetta *Saepe* (dalla prima parola, come consuetudine in quell'epoca per

tutti i testi, civili e canonici) che introduce le regole del processo sommario che avrebbe avuto larghissimo utilizzo anche fuori dall'ambito canonico.

Dopo quella di Clemente non vi sono altre raccolte ufficiali di decretali anche se molte ne sono emanate, ed in parte confluiscono in due altre collezioni cui però non è mai data sanzione ufficiale.

Una raccolta si ha pochi anni dopo e riunisce una ventina di testi del successore di Clemente, Giovanni XXII (appunto chiamate **EXTRAVAGANTES JOHANNI XXII**) ed un'ultima, di molto successiva, che, sul finire del 1400, riunisce varie altre decretali sparse. Sono le cosiddette **EXTRAVAGANTES COMMUNES**.

L'insieme di queste sei opere, dal *Decretum* alle *Extravagantes communes*, viene pubblicato come un corpo unitario nel 1500 da Jean Chappuis con il nome di **CORPUS IURIS CANONICI**, a imitazione di quello giustiniano. Da questo momento non muta più anche se ovviamente i papi emanano altre norme conservate nel *Bullarium pontificium*; il *Corpus* rimane in vigore come diritto della Chiesa fino all'emanazione del primo Codice di diritto canonico nel 1918.

Come dunque interagivano il diritto civile e quello canonico? Si è detto che proprio per merito dei canonisti si costruì un sistema unitario in cui i due diritti erano inscindibilmente connessi, appunto l'*utrumque ius*. Lo spunto era stato dato loro da un testo contenuto nel *Decretum* di Graziano che ammetteva la possibilità di un uso sussidiario del diritto romano pur restando preminente quello canonico. La teoria era poi stata sviluppata soprattutto da Uguccione da Pisa che esplicitamente ammetteva la possibilità che in determinati casi la Chiesa potesse preferire norme romane alle proprie per ragioni di «*pietas*», di equità o altro (fondamentale soprattutto il criterio dell'equità!). La Chiesa certo resta libera di scegliere, ma intanto l'interazione tra i due diritti si era affermata e proprio il criterio dell'equità costituirà, anche per i civilisti quello attraverso cui regolare di volta in volta i rapporti tra i due ordinamenti, insieme ad altri come quello della materia (e della *ratio peccati*) ed altri.

Il collegamento logico tra i due ordinamenti giuridici universali è dato dal fatto che essi hanno un unico scopo da raggiungere: la felicità ultraterrena.

Dal punto di vista oggettivo, delle norme, essi sono separati e indipendenti ma hanno in comune l'aspetto soggettivo, dei destinatari (anche se essi fanno parte dei due ordinamenti secondo posizioni giuridiche diverse, come fedeli o come cittadini). Vi sono quindi molte ragioni di interferenza (Odofredo dice un po' polemicamente che «papa ratione peccati intromittit se de omnibus»). Si elaborano vari criteri per regolare i rapporti: Accursio distingue le norme civilistiche che regolano i negozi temporali dalle canonistiche che regolano i negozi spirituali. In caso di contrasto però prevarrebbe il diritto canonico, considerato espressione più fedele della volontà divina. Questa impostazione semplice dei glossatori sarà mutata dal '300 in poi attraverso una elaborazione più complessa.

Il più grande giurista dell'epoca successiva, di cui ripareremo, Bartolo da Sassoferrato, spiega che in materia spirituale la competenza pontificia è assoluta. Parlando invece di negozi temporali occorre distinguere tra le terre sottoposte al potere temporale della Chiesa – dove il papa può legiferare con pieno potere anche in campo temporale – e le terre dell'impero dove si deve fare un'ulteriore distinzione: se applicare le leggi dell'imperatore comporta un peccato, allora prevarrebbe comunque la norma canonica, altrimenti no.

## **I diritti degli ordinamenti particolari**

### 1). I Regni territoriali

Oltre ai comuni, di cui vedremo poi, in Europa ed anche in Italia, si affermano dopo il 1000 vari regni territoriali da cui poi sarebbero scaturiti gli Stati dell'epoca moderna. Il progredire di queste monarchie va di pari passo con il regredire dell'Impero come ordinamento universale sovraordinato nonostante che l'ideale universale sia strenuamente



difeso dalla dottrina giuridica bolognese e anche dalla stessa Chiesa che vede l'autorità temporale dell'imperatore come il riflesso di quella spirituale del pontefice.

Proprio in ambito ecclesiastico, peraltro, si cerca una 'mediazione' per riuscire a salvare la universalità del diritto giustiniano che in alcune parti d'Europa, specialmente Francia ed Inghilterra, si voleva respingere dal momento che i re che vi avevano ormai consolidato il loro dominio politico rivendicavano una sovranità piena ed esclusiva: alla fine del XII secolo, ad esempio, è il canonista Uguccione da Pisa a sostenere che se i regni di Francia e di Inghilterra rifiutano di riconoscersi dipendenti dall'impero, non per questo possono rifiutare l'uso del diritto romano perché le leggi giustiniane sono volute dalla Chiesa alla quale tutti comunque devono obbedire.

Gradualmente, peraltro, si deve prendere atto che se *de iure* tutti sono sottoposti alle norme romane, *de facto* alcuni popoli non le applicano (così scrive in una sua famosa glossa<sup>1</sup> –un altro canonista, Bernardo da Parma, autore della glossa ordinaria alle decretali gregoriane)

I monarchi, nella loro politica di affermazione della propria sovranità e di accentramento del potere, si servono ovviamente anche dello strumento della legge.

- Ciò è particolarmente evidente nel Regno di Sicilia; esso era stato fondato dai Normanni a metà dell'XI secolo, allorché il conte Roberto, detto il Guiscardo (cioè l'astuto) riuscì a tramutare il suo titolo in un'investitura feudale facendosi investire nel 1059 da papa Niccolò II *dei gratia et santi petri dux Apulie et Calabriae* (Duca di Puglia e Calabria per grazia di Dio e di San Pietro). Avuto l'avallo di uno dei due poteri universali, la sua autorità non poteva più essere contestata, anche se lasciò sempre gravare sul regno un'autorità feudale della Santa Sede, che non di rado anche secoli dopo usò di questo diritto per concedere il trono a signorie straniere di sua fiducia e gradimento.

Nel 1072 poi Ruggero I aggiunge la conquista della Sicilia, strappata agli arabi, e il figlio, Ruggero II, è incoronato re nel 1130, ottenendo dal papa anche la Legazia Apostolica che legittima l'esercizio dei poteri che di fatto i re esercitano anche sulle chiese.

I normanni reggono il regno per oltre 100 anni. Nell'ambito del *Regnum* anche il ceto dei giuristi occupa inevitabilmente, almeno fino ai tempi di Federico II (che all'estinzione della famiglia d'Altavilla eredita il Regno per via della madre Costanza ed è incoronato nel 1198 a soli 4 anni) una posizione subordinata a questa politica di accentramento. La stessa Università, come si è ricordato, nasce da una decisione sovrana, in essa anche l'insegnamento del diritto romano è necessariamente condizionato dalla realtà locale e deve tener conto del diritto del *Regnum*.

Le norme giuridiche proprie del regno di Sicilia si distinguono in:

- a) norme regie e
- b) norme locali.

L'elaborazione ed emanazione di leggi comincia già pochi anni dopo la fondazione del regno: nel 1140 re Ruggero II convoca ad Ariano di Puglia un'assemblea di rappresentanti delle città e dell'ordine feudale e, alla loro presenza, promulga una serie di norme regie da imporre a tutti. Sono dette «Assise» appunto dall'assemblea che di esse prende atto ufficialmente e formalmente. Il re permette anche l'uso di consuetudini locali purché però non contrastino «manifestissime» con le Assise regie.

Non vi è ancora, nelle leggi di Ruggero, un ordine di precedenza che fissi una gerarchia tra le diverse norme. Varie sporadiche leggi sono emanate anche da alcuni successori, ma è soprattutto con **Federico II** che si raggiunge un diverso livello di elaborazione.

---

<sup>1</sup> gl. Non utuntur apposta a X.5.33.28, che riporta la decretale di Onorio III che vieta a Parigi l'insegnamento del diritto romano: Bernardo spiega che l'inosservanza delle *leges* si riscontra *de facto* in quelle zone ma afferma che *de iure* tutti dovrebbero osservarle

Nel 1231 egli fa svolgere a Melfi un 'parlamento' in cui ancora una volta sono convocati i rappresentanti di città e feudi per la promulgazione di un testo legislativo regio.

Questa volta è un vero corpo di leggi organiche, ampio, diviso in 3 libri, detto *LIBER AUGUSTALIS* o *LIBER CONSTITUTIONUM*; raccoglie costituzioni dei predecessori di Federico e di Federico stesso, rinnovandone la validità solo nella versione qui contenuta, talvolta con correzioni e modifiche.

La volontà di accentramento del diritto, già dei suoi predecessori, viene accentuata da Federico II; riprenderanno la disposizione inserita da Ruggero II nelle Assise di Ariano, Federico stabilisce che in primo luogo i giudici del regno dovranno applicare le leggi regie; solo se non troveranno in esse la norma confacente al caso da risolvere potranno ricorrere alle consuetudini locali ma a due condizioni: che queste consuetudini non contrastino con il diritto regio e che il re stesso ne abbia constatato la conformità per mezzo di un suo espresso giudizio di approvazione. Dice infatti che, per essere applicate, le consuetudini devono essere «bonae et approbatae». Infine, in mancanza anche di norme locali, si stabilisce che siano applicate le norme del diritto comune. Dunque, nel *regnum*, già nel '200 il diritto comune è solo un diritto sussidiario, da applicare in ultimo grado e in concorrenza con altri diritti. Tra l'altro pare che per diritto comune nel meridione si intendesse non solo il diritto romano ma anche quello longobardo, almeno secondo quanto si legge in una aggiunta fatta al testo verso la fine del '200.

- Una storia tutta particolare ha avuto anche la Sardegna.

Qui le tradizioni locali avevano radici bizantine. L'antico iudex che la governava, a partire dalla fine del X secolo, aveva suddiviso il suo ufficio in quattro parti, per cui l'isola, intorno al 1000, si presentava divisa in quattro Giudicati o Rennos: Cagliari a sud, Arborea a ovest, Torres o Logudoro a nord, Gallura ad est. Le famiglie che li reggevano venivano tutte da un ceppo comune.

Il pericolo maggiore per l'autonomia dell'isola veniva dagli Arabi da un lato, che comandavano in Spagna e nelle Baleari, e quindi i sardi chiesero aiuto alle due repubbliche marinare di Pisa e Genova. Il risultato fu che, respinto l'Islam, pisani e genovesi non solo instaurarono con la Sardegna proficue relazioni commerciali, ma finiscono anche per conquistare il controllo dell'isola: a metà del '200 i giudici saranno formalmente subordinati alle due repubbliche con rapporti di vassallaggio.

I contenuti del diritto sardo restano però sempre caratterizzati da alcune peculiarità originali; per esempio l'esistenza, oltre alla proprietà individuale, di un diritto di uso collettivo dei territori comuni oppure l'istituto della comunione dei beni tra coniugi, diverso modo di regolare il matrimonio rispetto alla tradizione romana della dote.

Un passaggio ulteriore nella storia giuridica e politica sarda si ebbe alla fine del XIII secolo: già da tempo era stata elaborata in ambito canonico la teoria secondo cui le isole, essendo di «diritto regio», cioè imperiale, erano state ricomprese nella cosiddetta Donazione di Costantino, con la quale si presumeva che l'imperatore avesse donato al Papa i territori dello Stato della Chiesa. Anche la Sardegna si riteneva dunque appartenente alla Santa Sede: nel 1297 papa Bonifacio VIII la infeuda a re Giacomo d'Aragona.

Da quel momento comincia una lunga battaglia che porterà, dopo oltre 100 anni di tensioni, alla piena presa di possesso dell'isola da parte degli Aragonesi.

Un ultimo sprazzo di autonomia si manifestò nel 1390/91 e per il diritto è un atto molto importante. Nel Giudicato di Arborea venne emanata la *CARTA DE LOGU*, un importante complesso normativo, scritto in lingua sarda (è uno dei primi documenti mai scritti in quella lingua), promulgato dalla celebre Giudicessa Eleonora; era per la verità un aggiornamento di una raccolta che già 16 anni prima aveva emanato suo padre, il Giudice Mariano IV. La Carta de Logu mescola elementi locali ed elementi provenienti dall'influsso soprattutto della legislazione pisana, oltre a norme nuove inserite dalla stessa Eleonora.

- Un ordinamento monarchico era anche lo Stato della Chiesa. Nel suo territorio, come è logico, non si accetta la vigenza del diritto romano in nome del suo carattere imperiale («ratione imperii») poiché, fin dai tempi di Gregorio VII, il papa negava ogni propria subordinazione all'impero. Normalmente tuttavia se ne giustifica l'uso «ratione pontificis», cioè affermando che il papa ha in mano le redini dei due poteri, spirituale e temporale, sulle sue terre ed ha tacitamente recepito il diritto giustiniano con funzione sussidiaria.

Da un certo punto comunque si vuole anche distinguere l'applicazione del diritto canonico della Chiesa universale dall'ordine civile della istituzione territoriale dello Stato della Chiesa.

A metà del '300, durante il periodo in cui il papa aveva spostato la sua sede ad Avignone, il compito di un riordino delle strutture statali è affidato soprattutto ad un legato del papa, il cardinale Egidio d'Albornoz, che tra il 1358 e il 1367 svolge varie spedizioni militari, costruisce fortificazioni e cerca in tutti i modi di ristabilire l'autorità del pontefice.

In questo quadro si inserisce anche l'emanazione di vari complessi legislativi di portata provinciale o regionale. Il più importante testo è emanato nel 1357 in un Parlamento tenuto a Fano: sono le cosiddette *Constitutiones Sanctae Matris Ecclesiae*, dette anche *Constitutiones Marchiae Anconitanae* o **Costituzioni egidiane**. Si tratta di una considerevole raccolta normativa.

## 2) I Comuni

Si è visto come per tutto l'alto medioevo la maggior parte delle situazioni giuridiche fosse regolata da usi e consuetudini fiorite nella prassi locale. Il rinnovamento culturale, sociale ed economico dell'XI secolo, con le sue esigenze di un diritto più elaborato certo ed efficace portò alla riscoperta del diritto comune ed anche all'emanazione, da parte dei pontefici e dei sovrani delle nascenti monarchie, di testi legislativi più complessi ed organici.

Nel frattempo, nelle città dell'Italia centro-settentrionale e di alcune aree della Francia meridionale e della Germania, le città, rifiorite e ripopolate o di nuova fondazione, non sono semplicemente ricchi centri di commercio ed attività economica, sociale e culturale. Al loro interno, cominciano a sorgere associazioni di cittadini che, attraverso un giuramento, si promettono aiuto ed appoggio reciproco. Inizialmente si tratta di gruppi relativamente ristretti, accomunati da legami anche di parentela e professionali, ma talora coinvolgono larga parte della cittadinanza e cominciano a muoversi nella direzione una maggiore autonomia politica, istituzionale e anche giuridica.

Proprio le città, con la loro vivacità economica e sociale, sono in particolare il luogo di elaborazione di un'altra importante tipologia di norme giuridiche destinate ad avere un ruolo essenziale nel sistema giuridico anche dei secoli successivi: gli **STATUTI**.

Il processo che porta alla stesura di queste norme risale proprio alle consuetudini locali dei diversi territori.

L'esigenza di acquisire una maggiore certezza della loro formulazione e del loro contenuto fa sorgere, tra il XII e XIII secolo, l'iniziativa di mettere per iscritto queste norme, tramandate fino a quel momento oralmente attraverso il riferimento autorevole dato dagli anziani del luogo, o dai cosiddetti *boni homines* (intesi come saggi, autorevoli persone della comunità, o, in senso lato, 'esperti').

In qualche caso, alla redazione scritta di queste consuetudini, laddove, come a Bologna, era già in corso la riscoperta dei testi giuridici, parteciperanno attivamente anche gli stessi *doctores* di scuola, che si affiancano ai pratici, esperti di esse per averle applicate e usate nei tribunali. Ai *doctores* si chiede soprattutto il contributo della loro tecnica giuridica, con la quale si possono formulare le norme con un linguaggio più raffinato e preciso.

Che a sollecitare questa stesura siano state le esigenze della pratica prima ancora che le decisioni autoritative dell'autorità comunale è comprovato dal fatto che in un primo tempo, per tutto il XII secolo, circolano semplicemente raccolte informali delle norme vigenti nella città; opere che non divengono però un vero e proprio testo legislativo.

Emblematico di questa collaborazione informale tra privati e gruppo organizzativo del Comune in via di formazione, fra gruppi organizzati all'interno della città e l'intera società cittadina è ad esempio il caso della redazione delle consuetudini di Bologna: questa redazione avvenne infatti «in curia Bulgari», cioè nella casa in cui il glossatore svolgeva la sua scuola e aveva il suo studio professionale e dove probabilmente svolgeva anche la funzione di giudice.

Quello di mettere per iscritto la consuetudine è comunque un primo passo importante che caratterizza la vita cittadina rispetto a quanto avviene nei domini signorili delle campagne dove ancora per lungo tempo i saggi e gli anziani locali saranno l'unica 'memoria' a cui affidarsi per conoscere le norme da applicare.

Quando poi i gruppi associati che si stanno organizzando nelle città daranno vita ad un vero e proprio ordinamento giuridico nuovo, ecco che l'iniziativa della redazione delle consuetudini verrà assunta non più da privati ma dalla stessa autorità pubblica.

Contemporaneamente alla redazione delle consuetudini, sempre nel corso del XII secolo, il Comune, cioè l'associazione o gruppo dirigente che ha preso potere in città e nominato le prime magistrature di 'autogoverno' cittadino, i Consoli, ha cominciato anche a darsi qualche norma per reggersi, organizzarsi, risolvere gravi problemi di comportamento di qualche membro dell'associazione, dato che la coesione stessa di questo gruppo organizzato si basa sulla fiducia reciproca e sulla stabilità di un solenne giuramento.

Nel momento in cui assumono un incarico o iniziano un'attività i consoli e magistrati comunali formulano un programma di comportamenti essenziali e lo presentano all'assemblea dei membri del comune; questo insieme di regole viene letto e si giura sul Vangelo di rispettarle. Lo fa il magistrato stesso e poi lo fa in risposta l'assemblea.

Il rito del giuramento viene ripetuto tutte le volte che si insedia un nuovo magistrato; può allora accadere che quelle norme vengano modificate, ma più spesso restano sostanzialmente e formalmente immutate; in questo modo tendono a consolidarsi e a far passare in secondo piano l'idea della durata temporanea, facendo al contrario emergere la convinzione che esse siano perpetue e come tali debbano essere accolte finché non vengono espressamente abolite o modificate.

Poiché sono rese comunque vincolanti, all'origine, con il giuramento, detto 'breve', queste norme prendono il nome di **BREVIA**.

Per il tipo di scopi che si prefiggono, sul piano dei contenuti queste norme sono più che altro di diritto pubblico, costituzionale e amministrativo.

Nell'assemblea del Comune, che tende a divenire sempre più ampia man mano che il gruppo che formava l'associazione giurata si estende a coinvolgere tutta la città, sono però affrontate e decise anche altre questioni di varia importanza.

Il Consiglio (organo che affianca i consoli nelle decisioni principali e che ben presto finirà con il sostituire l'assemblea plenaria della popolazione cittadina) o i Rettori, Consoli o magistrati di governo del Comune presentano all'assemblea varie deliberazioni che vengono esposte oralmente, discusse, anche se in misura minima, e approvate, per acclamazione o al grido di «fiat! fiat! (si faccia, si faccia)».

Solo con il passare del tempo e con l'aumentare delle dimensioni della città la *concio* o *arengo* che riunisce tutto il popolo non può più essere convocata e viene sostituita da un'assemblea di rappresentanti (appunto il Consiglio Maggiore): a questo punto occorre predisporre molto più precise regole di formazione e di funzionamento (numero legale, maggioranza, modalità di voto etc.) e adeguati strumenti per rendere note a tutta la cittadinanza le deliberazioni prese. È ancora una volta necessaria la scrittura.

Da questo insieme abbastanza vario di elementi si formerà quindi lo statuto comunale. Le strade seguite sono da una parte quelle delle redazioni di consuetudini (A), dall'altra

la registrazione del testo dei vari *brevia* giurati (B) e delle norme emanate nell'assemblea. All'inizio sono queste ultime soltanto a qualificarsi in senso tecnico come *STATUTA* (appunto decise, stabilite) (C).

I primi libri del Comune sono molto rozzi: le norme sono semplicemente trascritte una dopo l'altra e se su una materia già disciplinata si promulga una norma nuova ci si limita a cancellare con un tratto di penna la vecchia, magari trascrivendo la nuova a margine; o si corregge la vecchia tra le righe etc.

Questo però, come ben si comprende, espone al pericolo di confusione e di falsificazione.

Per ovviare a questi inconvenienti si cominciano a fare più copie del libro tenendone una sotto chiave, con più chiavi affidate a più persone, mentre un'altra copia viene 'incatenata' in un luogo pubblico perché tutti possano prenderne visione. Altre copie ancora sono affidate in custodia a chiese e monasteri. In caso di dubbio o controversia si possano fare confronti e correggere gli errori o scoprire i falsi.

Lo statuto del Comune è dunque formato per lo più dal confluire in un unico testo di consuetudini, *brevia* e decisioni dell'assemblea.

Tra le prime città a mettere per iscritto consuetudini e leggi vi è **PISA**, dove, intorno alla metà del 1100 i consoli incaricano una commissione di *SAPIENTES* della redazione delle consuetudini ancora allo stadio orale e applicate da giudici, eletti annualmente, che risolvevano i vari casi in base all'equità.

Come Pisa, va detto che furono molto precoci nel mettere per iscritto usi e deliberazioni anche le altre città marinare; ben lo si comprende tenendo conto delle esigenze del commercio. Dalle consuetudini elaborate ad Amalfi, ad esempio, si sviluppò la disciplina di alcune nuove e singolari figure contrattuali usatissime poi in tutto il mediterraneo per secoli<sup>2</sup>.

Venezia ha un ordinamento del tutto particolare.

A Trani si fa, anche qui prestissimo, forse già nel 1063, una raccolta di *ORDINAMENTA ET CONSUETUDO MARIS*.

È interessante al proposito osservare come vi sia poi una graduale tendenza all'accostamento e all'assimilazione di queste consuetudini marittime, proprio per l'esigenza di regole comuni in tutto il mediterraneo. Nel periodo successivo, tra 3 e 400, l'influenza aragonese e spagnola porta al prevalere dell'autorità del tribunale dei Consoli del mare di Barcellona. Gli usi di Barcellona sono redatti nel Libro del Consolato del mare, che viene poi stampato e tradotto in varie lingue e rimane in uso quasi come un «diritto comune marittimo» fino al 1700.

Anche in tutti gli altri Comuni italiani, comunque, si giunge più o meno rapidamente, alla redazione di statuti, per lo più unendo appunto in un unico testo delibere cittadine e consuetudini.

Oltre alle ragioni della certezza del diritto e della giustizia, a spingere in questa direzione vi sono anche, come è logico, ragioni politiche, di tensioni tra i gruppi che detengono il potere nella città e che vogliono rafforzare l'ordinamento che hanno creato.

Dalla fase 'consolare' si esce proprio a causa degli scontri tra famiglie potenti per la nomina dei consoli stessi. Quasi tutte le città nel corso del Duecento sostituiscono i consoli con un podestà forestiero, scelto proprio perché estraneo alla vita cittadina, che rimane in carica per un breve periodo (in genere un anno), giura fedeltà allo statuto e, allo scadere della carica (non rinnovabile di seguito) è soggetto al sindacato giudiziario. Nonostante gli accorgimenti, anche il regime podestarile vede grandi tensioni e spesso scontri tra fazioni in seno alla città, talora 'polarizzate' nelle due più ampie appartenenze dei cosiddetti Guefi, favorevoli ad una prevalenza del potere pontificio anche in campo temporale, e Ghibellini, sostenitori invece di un ruolo primario per l'imperatore.

---

<sup>2</sup> Per esempio la COLONIA: prevedeva un rapporto societario tra il capitalista – o il proprietario delle merci trasportate – l'armatore e i marinai, con la ripartizione degli utili in quote di volta in volta stabilite; l'ACCOMANDA, oggi COMMENDA, che era un prestito di capitali da impiegare in operazioni di commercio e da restituire alla scadenza con l'aggiunta di una parte dei lucri.

L'incertezza dei poteri di governo rende ancora più importante il testo delle leggi, degli statuti vigenti in ogni Comune.

In questo esercizio del potere legislativo abbiamo visto come il Comune si serva dell'opera dei giuristi esperti. Proprio la loro competenza diventa una garanzia anche da questo secondo punto di vista poiché la loro presenza nelle commissioni degli *statutarii* costituisce il modo con cui si cerca di evitare che sullo statuto in via di formazioni abbiano troppo peso gli interessi troppo corporativi o particolari.

Lo stesso vale quando si tratta di rivedere periodicamente ed aggiornare il testo statutario. Si formano anche per questo scopo apposite commissioni dette dei *reformatores*, che cancellano le norme abrogate, apportano aggiunte e modifiche: nei periodi più tumultuosi, specialmente nell'età podestarile e ancor più ultima fase di evoluzione del Comune, quella del Comune del Popolo (che vede le Corporazioni delle arti e dei mestieri prendere il controllo della vita cittadina, in aperto contrasto con le nobiliari Società delle armi) le modifiche sono addirittura frenetiche, facendo nascere a livello popolare persino modi di dire e scherzi come quello per cui «legge fiorentina, fatta la sera è guasta la mattina» oppure «legge di Verona dura da terza a nona» e così via.

In quest'ambito si vede dunque come i *legum periti* siano ben inseriti nel Comune pur mantenendo in qualche modo una posizione di distacco, tenendosi riuniti per conto loro in una corporazione, come del resto fanno tutti i professionisti, artigiani e mercanti.

Questo ci porta ad introdurre un altro elemento che rende ancor più complesso il panorama delle diverse fonti normative che, come si è detto, coesistono in una pluralità di ordinamenti giuridici.

Almeno un cenno infatti meritano le corporazioni di arti e mestieri, poiché anche queste organizzazioni, così importanti nella vita comunale, sono creatrici di norme giuridiche tutt'altro che di secondo piano.

In ogni città l'esercizio di qualunque professione o mestiere viene ad essere regolato dalle corporazioni: a nessuno è lecito svolgere un'attività produttiva di beni o servizi se prima non è stato accolto nella corporazione abilitata a gestire tale attività. L'ingresso nella corporazione è deciso dai membri stessi, riuniti in assemblea, che, dopo il prescritto apprendistato presso una bottega e l'esame (che per le arti 'materiali' implica la creazione di un oggetto di prova, il "capolavoro"), accolgono o meno l'aspirante che, se accettato, viene immatricolato.

La corporazione controlla perciò il mercato dal lato dell'offerta; è ovviamente la domanda poi a decidere il successo dell'artigiano.

Il controllo poi non si limita all'accesso, ma fissa anche le regole tecniche di esercizio della professione: l'arte fissa con decisioni collegiali vincolanti le norme da seguire, che presto vengono tradotte in forma scritta appunto negli *statuti* della corporazione.

Risulta così che una parte importante della normativa economico-giuridica vigente in città è elaborata all'interno dei singoli mestieri, pur concernendo tutta la collettività.

Tra i compiti importanti delle corporazioni vi sono anche quelli assistenziali e previdenziali; al suo interno essa è organizzata in piena autonomia e si dà proprie magistrature. Il dato importante è che i giudici corporativi non decidono solo le controversie tra i soci per questioni attinenti all'arte, ma si reputano competenti anche quando un membro è in lite con un qualsiasi cittadino.

Questa giurisdizione autonoma delle arti è particolarmente importante nella più potente tra le corporazioni, quella dei mercanti. È all'interno di questa, infatti che si formano delle consuetudini, assai simili tra le diverse città, proprio per le comuni esigenze del commercio, e che, a loro volta integrate dalle leggi deliberate appunto dalla corporazione stessa e dalle decisioni delle corti mercantili, contribuiscono all'affermazione e alla nascita di un diritto commerciale (lo *IUS MERCATORUM* appunto) distinto dal diritto civile e con istituti nuovi, ignoti alla tradizione antica (la cambiale, l'assicurazione, la società in accomandita etc.).

## I glossatori e il pluralismo delle fonti: la teoria della *permissio*

Abbiamo più volte ripetuto come i giuristi fossero ampiamente coinvolti nella vita comunale e attivi nella redazione e correzione degli statuti. Dal ceto più ampio degli esperti, notai, *iudices*, *legum periti*, dobbiamo però sempre tenere distinto quel gruppo, fortemente coeso e con un forte senso corporativo, che, pur partecipando alla vita del Comune è più restio a farsi pienamente integrare in esso e preferisce mantenere una posizione di maggior distacco e quasi, in un certo senso, di internazionalità.

È proprio il gruppo dei *doctores* in diritto civile e canonico delle università.

Per tutto il secolo XII i maestri delle scuole di diritto non hanno in realtà ragioni di scontro né con il comune in via di formazione né con gli altri, a vario titolo esperti di diritto; per lo più anzi collaboravano attivamente.

Tra la fine del 1100 e i primi decenni del 1200, però, la spaccatura si accentua, in concomitanza con i contrasti che, anche sul piano politico, contrappongono le città autonome all'impero.

Il Comune vuole esercitare un potere normativo sempre più ampio e, soprattutto, vuole veder riconosciuto uno stato di fatto ormai evidente, vale a dire appunto la piena autonomia con la quale la città sceglie e organizza le proprie strutture di governo.

Nel frattempo, al trono imperiale, è asceso, dopo un lungo periodo di debolezza, un personaggio dotato di forte carattere e intenzionato a ripristinare l'effettivo potere imperiale, quanto meno nei territori italiani e tedeschi; si tratta – ovviamente – di Federico I, il Barbarossa.

Abbiamo già avuto modo di parlare dei legami di stretta collaborazione instaurati dall'imperatore stesso con la scuola giuridica fondata da Irnerio allorché si è ricordata la *constitutio Habita*, concessa appunto a tutela delle prerogative dell'università e della condizione giuridica degli studenti, ed abbiamo pure ricordato come tale provvedimento venga in realtà come conseguenza di un grande 'favore' che l'imperatore stesso ha ricevuto dai quattro *doctores*. Durante la celebre Dieta di Roncaglia, nel 1153 convocata appunto dall'imperatore in quella località per riaffermare le proprie posizioni, il Barbarossa aveva chiamato Bulgaro, Martino, Ugo e Jacopo ad una importantissima consulenza: appoggiandosi ovviamente proprio ai testi giustinianeî, essi avevano enunciato, su richiesta dell'imperatore (quasi a farne memoria agli uomini del loro tempo) quali sono le 'regalie', cioè i diritti, le prerogative spettanti appunto per diritto all'imperatore stesso. Si tratta principalmente proprio del potere di fare le leggi, di imporre tasse, di condurre guerre e imporre la leva militare, di amministrare la giustizia e così via.

Proprio questi poteri che in linea di principio, in forza del riscoperto diritto romano, nessuno poteva mettere in dubbio, risultavano però fortemente indeboliti e vanificati nel concreto, a causa del sorgere e dell'affermarsi di realtà politico- istituzionali che si proponevano come autonome, quali appunto i comuni cittadini.

Alcune città, invero, avevano ottenuto una certa autonomia proprio grazie a 'privilegi' e concessioni dei signori locali o dello stesso imperatore. È ben noto però come molte altre, specie nell'Italia settentrionale, si trovino a scontrarsi anche molto duramente con gli eserciti imperiali. Milano, che si era ribellata, viene rasa al suolo nel 1162 e, dopo questa dura repressione, si allea con altre città ribelli costituendo una Lega antiimperiale (la famosa Lega Lombarda) che fa valere le proprie posizioni in un vero e proprio scontro armato con l'impero, sconfiggendo le truppe imperiali nella altrettanto celebre battaglia svoltasi a Legnano nel 1176.

Dopo tale scontro, l'imperatore deve in effetti scendere a patti con i Comuni, concedendo loro di scegliere le proprie magistrature di governo, di regolarsi finanziariamente, ed anche di darsi delle regole. Tali accordi sono messi per iscritto in un trattato, noto come PACE DI COSTANZA, perché stipulato appunto in quella città tedesca nel 1183.

Un punto essenziale va però chiarito al riguardo: neppure in questa fase turbolenta, vi è – né potrebbe esserci – da parte dei comuni stessi, l'intenzione di negare l'esistenza ed il ruolo dell'ordinamento imperiale, con tutta la sua universale potestà e la sua carica anche ideale che, sul piano teorico, non si può assolutamente disconoscere.

Le tensioni sono comunque molto forti e toccano da vicino il problema delle norme giuridiche.

Lo scontro ideologico si riproduce quindi, sul piano delle fonti del diritto, tra gli statutari del comune e i maestri di diritto romano: il Comune afferma la piena e prioritaria vigenza del proprio statuto, mentre i *doctores* continuano a difendere il diritto romano che non solo costituisce una normativa più complessa e vasta e più raffinata ma è dotato di un universalismo che lo collega alle due massime potestà universali, l'Impero e il Papato.

Quando lo statuto compare sulla scena in modo organico ed è imposto come diritto generale della città vi è ormai una lunga tradizione scolastica sviluppatasi a partire da Irnerio; i maestri da troppo tempo ripetono nelle scuole che il potere legislativo spetta soltanto all'imperatore e al papa.

Il primo atteggiamento dei dottori nei confronti del diritto statutario, sul piano ideologico, è quindi di rifiuto e talvolta perfino di disprezzo. Alcuni di essi gli negano drasticamente ogni validità anche in pieno XIII secolo e oltre e, se proprio ne devono constatare l'esistenza, lo dileggiano come opera di asini, come fa ad esempio Odofredo.

A cominciare però proprio dal Duecento, i giuristi di scuola più aperti e lucidi, si impegnano con l'aiuto della dialettica e degli strumenti del ragionamento giuridico a loro disposizione a inglobare il diritto statutario in un sistema in cui al diritto romano viene assegnata la funzione di *ius commune*, nel nuovo senso di diritto coordinatore e unificatore, e al diritto statutario la funzione di *ius proprium*.

Un problema interpretativo serio si era già posto, del resto, quando si era trattato di collocare nel giusto modo il rapporto tra legge e consuetudine, sul quale sembravano esserci nel *Corpus Iuris civilis* norme contrastanti<sup>3</sup>.

I primi tra i glossatori che si sforzarono di trovare un modo per ammettere la validità delle consuetudini lo fecero accostandola ai *pacta* e fondandone quindi l'obbligatorietà su ragioni di tipo privatistico. Benché non fosse un'operazione del tutto semplice e lineare, alcuni autori tentarono così di applicare il medesimo ragionamento anche agli statuti dei comuni. L'accostamento ai *pacta* è tentato ad esempio da Pillio anche per gli statuti. Non erano però soluzioni soddisfacenti.

Alcuni civilisti, con l'aprirsi del nuovo secolo, cominciano così a guardare in modo nuovo al problema della giustificazione teorica del potere normativo dei Comuni, così come dei Regni, che vedono ormai inequivocabilmente in atto (e il problema è ancora più difficile da risolvere se si pensa, per esempio, alle norme emanate dalle corporazioni ...).

Un punto di riferimento normativo che non si poteva trascurare e che, del resto, sembrava suggerire la necessità di far convivere diversi diritti era presente anche nelle stesse norme giustinianee: ignorarlo era dunque impossibile, anche perché si trattava di un passo centrale e celeberrimo, contenuto addirittura all'inizio del Digesto (D.1.1.9).

Si tratta di un frammento, tratto dalle Istituzioni di Gaio, chiamato, dalle sue prime parole, legge *Omnes populi*, in cui si dice appunto che i popoli «partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur» (cioè si servono in parte di un diritto comune a tutti gli uomini, e in parte di un diritto proprio).

Vediamo con quali percorsi e ragionamenti si arriva a spiegare questa norma che sembra in contrasto appunto col principio dell'unico legislatore imperiale.

Per dare un fondamento teorico a questo potere i dottori prendono spunto da alcuni paragrafi proprio del trattato della Pace di Costanza, concluso nel 1183 tra Federico Barbarossa e i Comuni della Lega Lombarda: essi tornano così a valorizzare in chiave



imperiale un episodio che in realtà aveva visto l'imperatore costretto a venire a patti con i Comuni.

Dal punto di vista della forma, va detto, la Pace di Costanza era concepita come un Privilegio elargito dal monarca. Per queste ragioni essa veniva interpretata molto diversamente da parte imperiale e da quella dei Comuni: l'impero riteneva che il testo della Pace non fosse una norma astratta, ma una legge speciale che vigeva solo nei confronti delle città espressamente nominate, dato che appunto le concessioni in essa previste andavano elargite volta per volta con privilegi specifici. Pretendeva inoltre che la sua efficacia fosse condizionata dal rispetto della fedeltà al monarca: ogni atto di *infidelitas* avrebbe reso 'ribelle' la città con la conseguenza che tutti i privilegi imperiali in suo favore sarebbero decaduti. Per di più la Pace, proprio essendo un privilegio, era di principio revocabile. Così ritiene ad esempio Federico II che, nella nuova fase di crisi con i comuni, la revoca effettivamente nel 1226.

L'ambiente comunale, dal canto suo, invece, non segue certo questa interpretazione riduttiva, ma attribuisce alla Pace una valenza generale, tanto da ottenere che venga inserita nel *Corpus Iuris*, atto che ha certo un notevole significato politico.

Quanto al problema del potere specificamente normativo attribuito ai Comuni, le clausole della Pace al riguardo non erano di per sé molto ampie.

L'imperatore aveva riconosciuto ai Comuni l'esercizio di alcuni poteri fiscali, di fatto rientranti in una consuetudine antica e costante. Si trattava delle imposte sui mercati, sui boschi, sui ponti etc., imposte sulle quali l'imperatore non riusciva più ad avere un controllo perché le magistrature provinciali dell'impero ormai da tempo si erano inglobate nelle strutture feudali. Perciò l'imperatore aveva dovuto ammettere che nei giudizi d'appello i suoi delegati giudicassero «secundum leges et mores» (cioè secondo le leggi, ma anche i costumi, gli usi locali).

Secondo una lettura rigorosa, in questi passi del trattato si poteva vedere al più un limitato riconoscimento della validità di alcune consuetudini, sia che queste fossero già sfuggite al controllo imperiale, sia che venissero collocate su posizioni di subordinazione rispetto alle *leges* e ritenute valide solo nei limiti in cui il delegato imperiale – e non le magistrature comunali – avrebbe avuto la possibilità di applicarle.

Eppure, come si è visto, i comuni avevano voluto leggere in questo testo un pieno riconoscimento della loro autonomia, anche normativa, e su questo filone si posero alcuni giuristi che riuscirono così a sviluppare una teoria che dà giustificazione teorica non solo ad un piccolo gruppo di consuetudini già operanti, ma a un generale potere normativo dell'ordinamento comunale.

La teoria risente ancora pienamente della visione e del modo di pensare dei glossatori: si parte cioè dal presupposto che l'imperatore è sempre e comunque la suprema autorità terrena e che quindi a lui spetta la titolarità della potestà di far norme. Ma – si dice – come l'imperatore stesso delega ai suoi singoli funzionari l'esercizio di alcuni poteri, principalmente quelli giurisdizionali, così permette ai comuni di dar leggi a se stessi. Il titolo che rende legittimo il potere locale e valide le norme statutarie è quindi la **PERMISSIO** imperiale.

Questa teoria ben si concilia con la costruzione teorica del diritto romano e dell'impero elaborata dai glossatori. Il problema che subito però emerge è che essa non rispecchia la realtà perché è ormai evidente che il potere legislativo dei comuni esiste in modo del tutto autonomo.

Dalla metà del '200, i punti di vista contrastanti si vanno chiarendo: i Comuni elaborano una loro strategia per difendere ed affermare i loro statuti, per esempio ingaggiando abili e prestigiosi giuristi pratici come il celebre **Alberto da Gandino** († post 1307) che, raccogliendo in volume numerose *Quaestiones statutorum*, risolve nettamente in modo affermativo il problema teorico se i Comuni possano fare leggi.

D'altra parte il vento sta cambiando anche all'interno dell'università e delle scuole di diritto. Con lo sviluppo della situazione politico – istituzionale e l'evolversi degli studi

giuridici, vedremo come anche i professori giuristi sapranno costruire nuove e più efficaci teorie per spiegare l'esistenza e giustificare la validità del diritto comunale.

### **I primi segnali di novità nelle scuole giuridiche 'minori': la scuola di Orleans**

Analizzando le prime teorie elaborate dai maestri per spiegare e giustificare l'attività legislativa dei comuni, dei regni e degli altri ordinamenti particolari, si sono già visti comunque i segnali di una evoluzione di contenuti e di metodi da parte della dottrina civilistica.

I primi segnali di un più ampio rinnovamento del pensiero giuridico si colgono già a metà del XIII secolo dopo che, con la redazione della Glossa Magna di Accursio, la metodologia dei glossatori aveva raggiunto una completezza e una perfezione ormai ineguagliabile e tendeva quindi a diventare più ripetitiva e poco creativa.

A rinnovare profondamente la metodologia giuridica aveva contribuito non poco la conoscenza più ampia e approfondita dei testi aristotelici.

Fino al XII secolo, infatti, si era conosciuta e utilizzata solo una piccola parte del suo pensiero, benché la sua 'riscoperta' fosse stata esaltata e avesse suscitato subito grande entusiasmo.

Per lo studio del diritto il contributo maggiore venne dalla logica e dalla dialettica che vengono certo conosciute anche dai glossatori bolognesi, ma che sono conosciute e studiate in modo più completo e raffinato in luoghi diversi dalle università principali dell'Italia settentrionale, in altri centri più periferici dove i maestri, forse meno preoccupati delle situazioni locali, centrano il discorso sul diritto romano in un modo più ampio e originale.

Sono in particolare alcuni giuristi francesi, attivi nella seconda metà del XIII secolo ad Orleans, ad attuare per primi questo cambiamento.

Le due figure principali del nuovo orientamento sono **Jacques de Revigny** († 1296) e **Pierre de Belleperche** († 1308). Essi appunto applicano in modo originale il metodo dialettico alla interpretazione delle leggi romane riuscendo quindi a darne un quadro più omogeneo e completo di quanto non consentisse l'esegesi compiuta attraverso la glossa.

In comune con i glossatori questi giuristi hanno la venerazione per il *Corpus Iuris* e la convinzione che in esso non vi siano lacune, che vi si possano trovare tutte le possibili soluzioni normative che, se anche non sempre esplicite, si possono però ricavare attraverso appunto l'uso attento della dialettica. Essi riescono così ad attuare ancor più dei glossatori la concreta applicazione del principio per cui «omnia in corpore iuris inveniuntur» ('Nel *Corpus Iuris* tutto si trova'), 'creando' norme che pure non esistono come norme espressamente formulate nel testo, partendo dal presupposto che esse vi siano comunque implicite e vadano enucleate attraverso un opportuno ragionamento.

Ad esempio: nelle norme di Giustiniano manca una norma esplicita che impone al marito di mantenere e alimentare la moglie se non ha ricevuto una dote o se la dote è insufficiente.

Per poter prevedere però un obbligo generale del marito, vincolante in ogni caso, i glossatori avevano dovuto cercare varie ragioni. Per esempio Ugolino dei Presbiteri aveva sostenuto che il marito è obbligato e che la moglie ha diritto a mantenimento, alimenti, medicine perché è al servizio del marito (per analogia cita quindi un frammento del Digesto relativo alle opere dei liberti). Ugolino fa quindi un semplice raccordo tra varie norme del *Corpus Iuris*, attraverso l'analogia.

Un altro argomento individuato dai maestri bolognesi si basava sul richiamo al fatto che dare gli alimenti è un obbligo di carattere religioso/morale oltre che giuridico e citando quindi le norme ecclesiastiche che condannavano alla scomunica gli inadempienti.

Jacques de Revigny, invece, 'costruisce' compiutamente la norma mancante con un *ARGUMENTUM A FORTIORI* (all'incirca: argomento 'a maggior ragione') un modo di argomentare tipico della dialettica e che i giuristi utilizzeranno moltissimo per tutti i

secoli del diritto comune. In questo caso il ragionamento del Revigny osserva che, se manca la dote e la moglie muore, si trova nel diritto giustiniano una norma specifica che obbliga il marito a sostenere le spese per il funerale e la sepoltura. Ora, prosegue Jacques, è pacifico che il marito ha con la moglie un vincolo, un legame ed un obbligo maggiore finché lei è viva che non dopo che è morta. Se dunque deve seppellirla a sue spese quando è morta, A MAGGIOR RAGIONE la deve alimentare a sue spese finché è viva.

Facendo perno su una norma esistente e sviluppando su questo appiglio un ragionamento dialettico, si ampliano quindi le possibilità di applicazione delle leggi giustiniane.

Questo modo di estendere le norme romane offre un potere enorme e lauti guadagni a chi è in grado di comprenderle, dando al giurista/interprete un ruolo molto attivo.

È ai giuristi che si affida in questo modo la 'gestione' del diritto romano-comune al quale si possono estendere al massimo gli spazi.

Le nuove metodologie si diffondono dunque dapprima in Francia, anche per i contatti della scuola giuridica di Orleans con la facoltà teologica di Parigi.

La scuola di Orleans era destinata infatti alla formazione del clero: tutti gli studenti erano chierici e la scuola era governata da un ecclesiastico nominato dal vescovo.

Allo studio del diritto in questa scuola si poteva accedere inoltre soltanto dopo essere divenuti «magistri artium»; vi è quindi ancora uno stretto legame con lo stile e la mentalità delle arti liberali. Questo si coglie, tra l'altro, nella preferenza per alcuni generi letterari rispetto ad altri: questi autori, che hanno una formazione in cui appunto hanno molto spazio la logica e la dialettica, usano molto le *distinctiones* perché attraverso di esse possono cogliere l'architettura armonica delle fonti giustiniane.

Jacques de Revigny, poi, è autore di un celebre *Dictionarium iuris*. Questo tipo di opera è legato in modo evidente a un'idea di cultura di carattere enciclopedico come era appunto quella delle scuole di arti liberali. La novità qui sta nel fatto che l'opera di Jacques de Revigny raccoglie solo voci giuridiche, ma il modello seguito è quello tradizionale.

Accanto ai fattori culturali, le peculiarità della scuola di Orleans sono dovute anche a motivi politici.

In Francia si sta affermando sempre di più uno stato monarchico forte, che cerca di svincolarsi completamente dall'impero. Qui il diritto romano, che pure si applicava, specie nelle zone meridionali, non era vigente in forza della stessa autorità imperiale, secondo la costruzione teorica fatta dai giuristi della scuola dei glossatori a Bologna.

Il diritto romano però, abilmente utilizzato dai giuristi che si pongono al servizio dello Stato, fornisce i lineamenti teorici di quell'ordinamento politico/giuridico.

Ecco che allora è fondamentale il contributo che i giuristi danno alla monarchia francese nella costruzione tecnica dell'ordinamento, partecipando attivamente alla vita pubblica come giudici, funzionari etc. Molti di questi funzionari escono proprio dalle file della scuola di Orleans poiché i suoi esponenti sono esperti conoscitori del diritto romano ma, dato che esso, come detto, non è vigente qui con quell'autorità assoluta che gli viene dall'imperatore, si sentono anche più liberi nell'esame dei testi, autorizzati a farne un'elaborazione razionale, secondo logica. Essi lo vedono cioè come un razionale punto di partenza per costruire qualcosa di nuovo.

La scuola di Orleans quindi è sì, per certi versi un fatto nuovo, che però si alimenta di aspetti tradizionali e rimane anche fedele a uno stile originario, risalente addirittura a prima del XII secolo, mentre ormai anche a Bologna, dopo Azzone e Accursio, la scuola sta cambiando.

### **I postaccursiani**

In effetti, i cinquant'anni che vanno dal 1250 al 1300 rappresentano, in un certo senso, un periodo di transizione in cui permane ancora per molti aspetti lo stile e il

metodo del periodo precedente, ma si avvertono segnali di cambiamento che porteranno, con il XIV secolo, al nascere di una nuova scuola.

Per questo, tale arco di tempo è stato definito età dei **postaccursiani**.

Su tutta la scienza giuridica bolognese, infatti, ormai domina la presenza della Glossa accursiana. Su di essa, come si è accennato, si sviluppa un vero e proprio filone di studio. Studiando non più il testo romano ma la glossa, se ne fanno annotazioni e *addictiones*: è però una tendenza abbastanza sterile e che non può avere grandi sviluppi.

Un altro filone invece si indirizza ad uno studio meno teorico. Molti giuristi di questo gruppo, detto dei postaccursiani, si accostano alla prassi e ai settori del diritto più legati ad aspetti pratici.

Un fattore che influì fortemente su questa tendenza fu anche il mutare dell'assetto politico e istituzionale dell'Europa.

In molte aree sono già presenti forti ordinamenti statali, regni ormai autonomi rispetto all'impero, come si è visto appunto nel caso della Francia e dei giuristi di Orleans.

Anche in Italia, i Comuni sono in crisi e si stanno affermando le Signorie.

L'interesse dei giuristi per temi più pratici si spiega quindi anche con il fatto che comincia a disgregarsi l'assetto dell'impero medievale. Con il declino di esso e la crisi dei comuni, vengono meno i presupposti politici su cui i glossatori avevano poggiato le loro costruzioni intellettuali. Nella fase di transizione verso nuove strutture politiche si ha anche il faticoso rinnovamento delle teorie giuridiche. Ecco quindi una delle ragioni che giustificano la discesa del livello intellettuale della scienza postaccursiana e il suo maggiore aderire alla pratica.

L'attenzione si rivolge quindi a settori del diritto prima trascurati. Ad esempio si indagano molto più a fondo i rapporti tra il diritto comune e il diritto statutario. Questo problema – come si è visto – aveva messo in crisi i glossatori perché essi non erano riusciti a superare in modo soddisfacente la contraddizione esistente tra la vita degli statuti e il dogma dell'imperatore come unico legittimo legislatore.

Ad approfondire il problema furono i postaccursiani e in particolare Alberto da Gandino, autore come già accennato di un'importante raccolta di *Quaestiones statutorum*, ove egli seleziona tutte le più difficili e frequenti questioni che sorgono nell'interpretazione e applicazione degli statuti.

In quest'opera Alberto da Gandino si pronuncia anche in modo preciso sul valore e sull'ambito di applicazione degli statuti, nonché sui criteri interpretativi che i giudici devono seguire.

Un legame tra la prassi statutaria e la scienza particolarmente forte si realizza poi attraverso lo studio soprattutto del diritto penale che ora per la prima volta è oggetto di autonoma considerazione. È proprio in questa materia, tra l'altro, che lo stesso Alberto da Gandino elabora il suo capolavoro, il *Tractatus de maleficiis* (1299). Questo è ricordato come il primo trattato organico di diritto penale: gli intenti con i quali Alberto lo scrive sono essenzialmente pratici. Il diritto penale è in quel momento tema di scottante attualità: il tramonto delle correnti ghibelline dopo la morte di Federico II; il frantumarsi dei Guelfi in fazioni opposte tra loro con le conseguenti violente lotte intestine nelle città accrescono il disordine e quindi il ricorso a strumenti penalistici, fanno sorgere e incrementare l'uso del procedimento inquisitorio e di istituti come il bando etc.

Il diritto romano, del resto, su questo aspetto non eccelleva e la maggior parte delle norme si ritrova negli statuti. Ecco allora l'utilità di questi trattati che offrono una risposta ai quesiti più scottanti della vita quotidiana.

Il genere letterario nuovo che si diffonde in questo periodo è appunto soprattutto il *TRACTATUS* che originariamente è concepito come un insieme di questioni accomunate dalla materia trattata, ma che diviene poi una più organica composizione dedicata da un singolo autore ad un tema specifico.

Un altro tema che in effetti interessa particolarmente i postaccursiani è quello dell'arte notarile.

Il più illustre autore che se ne occupa, come si è già ricordato, è Rolandino de' Passeggeri, bolognese, molto legato alla politica della città in cui ricopre varie cariche pubbliche. La sua opera principale è la *Summa artis notariae*, del 1255, nata – come dichiara egli stesso nel prologo – dal bisogno di adeguare i formulari dei notai alle nuove condizioni della vita economica, sociale e giuridica. È divisa in tre parti: contratti – testamenti – giudizi, tutti temi trattati con chiarezza, concretezza, semplicità e con molti esempi pratici di atti. Sarà molto apprezzata anche nei secoli successivi tanto che se ne faranno ben 18 edizioni.

Per le stesse ragioni infine si presta grande attenzione anche alla materia processuale. Moltissimi sono gli scritti in questo campo, ma su tutti spicca il lavoro di Guglielmo Durante. Vescovo, canonista e liturgista francese, vissuto nella seconda metà del '200, egli scrive lo *Speculum iudiciale* (il termine *Speculum* era spesso usato per indicare opere dottrinali o raccolte legislative).

Lo scopo che egli si prefigge e che in effetti è perfettamente raggiunto, è quello di offrire – per la prima volta – una compiuta sistemazione della materia processuale, abbastanza trascurata dai glossatori, e di portare a un alto grado di perfezione la *practica iuris*, così come secondo lui avevano saputo fare Innocenzo IV e l'Ostiense per la *theorica iuris*.

Per ottenere quel risultato, naturalmente, anche la pratica doveva essere arricchita dalla dottrina; la sua opera così acquista un alto livello scientifico: è divisa in 4 parti 1) soggetti del processo 2) *ordo iudiciorum* nelle cause civili 3) procedimento criminale 4) vari tipi di atti per ogni specie di processo, un vero e proprio formulario.

Pur attingendo da varie opere preesistenti (per esempio da Rolandino de' Passeggeri), Guglielmo Durante dà comunque al suo *Speculum* un grande apporto personale che ne decreta lo straordinario successo. L'opera è studiata e pubblicata per secoli, ed è più nota, tra l'altro, nei giuristi successivi, non tanto come *Speculum iudiciale*, ma come *Speculum iuris*, proprio perché attraverso lo studio del processo si ritiene possibile conoscere tutto il diritto.

La svolta compiuta dalla scienza duecentesca e il riavvicinamento da essa compiuto tra teorico e pratico porta anche a riunificare il ceto dei giuristi. Un momento significativo di questo processo si coglie nella crescente partecipazione del professore dotto alla vita forense e alla vita giuridico-politica della città.

Inizialmente questa partecipazione avviene, sul piano legislativo, come si è già accennato, attraverso l'attività di redazione e revisione degli statuti cittadini e, sul piano del processo, attraverso l'emissione di *CONSILIA SAPIENTIS*.

Successivamente l'impegno dei *doctores* nella pratica diventerà ancora maggiore allorché l'attività di consulenza comincerà ad essere largamente rivolta anche a clienti privati.

I consigli di questo secondo tipo, di cui dovremo lungamente parlare, sono però ancora abbastanza rari nel XIII secolo. Si è invece ben affermato, proprio nel 1200, il primo tipo, il cosiddetto *consilium sapientis iudiciale*.

Si è avuto modo di accennare al fatto che il coinvolgimento del *doctor* nell'ambito dei processi si attua in modo sistematico proprio nell'ambito delle magistrature comunali e in specie quando il giudice è il podestà. Questi non conosce il diritto, né quello romano, né quello statutario, ma è chiamato a giudicare e risponde ai *sindacatores* della correttezza delle proprie decisioni. Per emanare la sentenza egli perciò si rivolge a un *sapiens*, a un *doctor* (talvolta è obbligato a farlo da una disposizione statutaria) al quale espone il caso per poi basare la sentenza sul *consilium* elaborato dal professore. Proprio perché richiesto dall'autorità giudicante e trasfuso poi nella sentenza questo tipo di parere prende appunto il nome di *consilium sapientis iudiciale*.

L'uso di dare consigli si afferma sempre di più proprio nel periodo che stiamo esaminando; i *consilia* diventano anzi, insieme ai trattati, il nuovo genere letterario in massimo sviluppo.

In che senso però questi pareri, nati in occasione di casi pratici si possono definire un genere letterario? Essi lo diventano nel momento in cui il maestro, il *doctor*, ne fa un uso che va oltre il singolo processo ma, per esempio, li usa a lezione per elaborare esempi o perfino questioni, esponendoli agli studenti, oppure – e soprattutto – ne conserva il testo, li raccoglie e li fa circolare come proprie originali interpretazioni e soluzioni adatte a risolvere ALTRI casi analoghi. Queste raccolte avranno, come vedremo, un successo strepitoso.

## Il Commento

Vi sono ormai tutti gli elementi per il nascere di una nuova metodologia di studio del diritto e per il sorgere, anche in Italia, di una scuola nuova, con caratteristiche simili a quelle già più precocemente seguite ad Orleans.

Come già quella dei glossatori, anche questa scuola prende il nome dalla metodologia di studio principalmente seguita ed è quindi chiamata scuola del **COMMENTO**.

Tra le due scuole non si deve comunque vedere una frattura netta ma una evoluzione sulla linea della continuità; il commento è uno sviluppo e un arricchimento della tecnica della glossa e non è certo in contrasto con essa.

I commentatori fanno propri i risultati già raggiunti dai loro predecessori; anch'essi svolgono il loro studio partendo dall'esegesi, dall'analisi dei testi giustinianeî, anzi iniziano le loro interpretazioni proprio con le osservazioni che su ciascuna legge aveva svolto la Glossa accursiana, per poi portare questa analisi ad ulteriori sviluppi.

Questi sviluppi sono possibili soprattutto grazie all'uso sempre più sicuro della logica aristotelica e delle sue categorie filosofiche.

L'analisi del testo segue uno schema rigoroso e talvolta complesso che suddivide il procedimento da seguire in otto diverse fasi:

- 1) si pongono alcune premesse e si fanno delle osservazioni di inquadramento della norma che si vuole commentare
- 2) la legge viene scomposta in tante parti, ciascuna delle quali viene poi analizzata separatamente
- 3) il testo viene poi nuovamente ricomposto nella sua unitarietà perché ne risulti più chiaro il senso complessivo
- 4) per dar più chiarezza e concretezza alla spiegazione si espongono alcune esemplificazioni pratiche in cui la norma può trovare applicazione
- 5) alla luce di questi dati si rilegge tutto il passo nella sua integrità: possono così balzare all'occhio e rendersi evidenti aspetti non colti nella prima lettura
- 6) si enunciano le ragioni e gli scopi della norma seguendo rigorosamente lo schema delle quattro cause elaborate dalla filosofia aristotelica, cioè
  - causa efficiente: ciò che ha mosso il legislatore e lo ha indotto a legiferare
  - causa formale: la struttura esteriore
  - causa materiale: la sostanza, il contenuto
  - causa finale: gli obiettivi, gli scopi specifici che la legge vuole ottenere
- 7) si segnalano tutte le 'cose notevoli', cioè tutte le deduzioni che si possono ricavare dal testo, i passi paralleli che ad esso si legano; le *regulae iuris* che se ne possono ricavare, i principi generali che lo ispirano etc.
- 8) si formulano tesi e antitesi (*pro* e *contra*), opinioni contrarie e obiezioni per poter poi risolvere le eventuali contraddizioni emerse ed arrivare a una *solutio*.

Tutta questa sequenza di operazioni che, almeno teoricamente, segna il percorso da seguire allorché si commenta un testo legislativo, sono state elencate già dai primi commentatori e sono poi state esposte in un distico, coniato nel 1500 dal giurista Matteo Gribaldi Mofa, che lo esprime con le parole: *Praemitto, scindo, summo casumque figuro, perlego, do causas, connoto et obiicio* (letteralmente: premetto, divido, faccio la *summa*,

presento un caso, rileggo a fondo, enuncio le cause, indico le cose notevoli e formulo i *pro e contra*)

Attraverso tutte queste operazioni i commentatori mirano soprattutto ad identificare la *ratio legis*, le sue ragioni ispiratrici e il suo scopo.

È un aspetto nuovo, almeno in parte, rispetto all'ottica dei glossatori, ed è molto importante perché il diritto romano aveva un contenuto e un'impostazione soprattutto casistica e non dava enunciazione precisa di principi generali. Una volta individuata la *ratio* di ogni frammento, invece, i commentatori sono in grado di applicare questa *ratio* ad altri casi analoghi e quindi riescono ad adattare sempre meglio ai tempi e alla società il diritto giustiniano e a darne una sistemazione più razionale.

Qui sta proprio la maggiore differenza tra glossatori e commentatori. Mentre i primi avevano spesso dato al testo una interpretazione slegata dalla realtà concreta e anzi, talvolta avevano quasi forzato la realtà per adattarla a quanto leggevano nel testo, i commentatori riescono ad adattare – soprattutto con lo strumento dell'analogia – il diritto alla realtà, sollecitati come sono appunto da esigenze pratiche.

Lo si vede molto bene in particolare nel modo con cui questi giuristi affrontano il problema dei rapporti tra i vari diritti che compongono il sistema vigente.

Sono ormai mutati – lo si è detto – i presupposti politici della gerarchia fissata dai glossatori. Anzi si può dire che i ruoli si sono rovesciati: il diritto degli enti particolari acquista prevalenza sul diritto comune mentre a questo ormai è dato solo valore sussidiario. È proprio in questa prospettiva che si spiega come, anche in Italia e anche da parte dei giuristi dotti, il diritto romano cominci ad essere visto come un complesso di principi giuridici che l'intelletto umano può e deve elaborare e sviluppare per adattarli alle esigenze sorte dalle trasformazioni della vita dei vari Stati particolari. Con il metodo dialettico i commentatori si sentono in un certo senso in grado di costruire un diritto nuovo sulle pur solide basi del diritto romano.

Questa maggior 'libertà di movimento' porta i giuristi anche ad una visione unitaria ancor più completa dell' *utrumque ius*: non si distingue più il canonista dal civilista e si crea un'unica scienza giuridica più unitaria (anche perché la metodologia dei commentatori è ancor più vicina al metodo scolastico dei teologi cui, ovviamente, il diritto canonico si avvicina di più).

- Alcune figure particolarmente significative:

Il primo giurista italiano a dare impulso al rinnovamento degli studi fu **CINO DA PISTOIA** che, non a caso, aveva studiato ad Orleans ed era stato allievo di Revigny e Belleperche. La sua opera più importante è la *Lectura super Codicem*, scritta tra il 1312 e il 1314: un commentario vastissimo in cui si fondono rigore scientifico e interesse pratico. Egli esprime anche con chiarezza l'intento di raccogliere tutto il patrimonio dei giuristi da Accursio in poi; tiene quindi conto non solo del diritto romano e canonico ma anche degli *iura propria* del cui valore è pienamente consapevole.[un chiaro esempio nei testi in **appendice, n. 3**]

Enuncia anche con precisione il metodo dialettico che caratterizzerà la scuola e ne tiene ben presenti i limiti e i pericoli, perciò non si lascia 'dominare' dalle regole della dialettica a tutti i costi<sup>4</sup>, ma è consapevole che si tratta solo di uno strumento di cui servirsi ma senza lasciarsi condizionare: lo scopo resta sempre la ricerca della verità e della giustizia.

Al vertice si pone incontrastata la figura di **BARTOLO DA SASSOFERRATO** (1313/14-1357). Vive solo 43 anni ma la sua attività è ricchissima. È professore, avvocato, consulente, pubblico amministratore; scrive numerose vaste opere e in particolare i *Commentaria* a Digesto, Codice, Novelle, più una serie di trattati su temi particolari,

---

<sup>4</sup> Si pensi all'aneddoto che ben mostrava questi pericoli: si raccontava di una disputa avvenuta tra due filosofi, nella quale uno dei due aveva 'incastrato' l'altro con il seguente sillogismo: la premessa maggiore era l'affermazione secondo cui «quod ego sum tu non es», cioè il concetto ovviamente evidente, sul piano della logica, per cui «ciò che io sono, tu non lo sei». La seconda premessa, la cosiddetta premessa minore, era un'altra affermazione incontestabile: «ego sum homo», «io sono un essere umano, un uomo». Un uso distorto della dialettica conduceva alla conclusione assurda: «tu non eres homo», «tu non sei un essere umano».

varie questioni e numerosi *consilia*. Ha una perfetta conoscenza del diritto romano, canonico, statutario, feudale e una rigorosa formazione dialettica.

Le sue teorie sulla legittimità della legislazione statutaria si inquadrano nella sua più ampia visione di tutto il sistema del diritto: diritto comune e *iura propria* non si trovano sullo stesso piano, su un piano, per così dire, ‘orizzontale’, ma, come in un vero e proprio sistema solare, interagiscono: il sole è il diritto comune e gli *iura propria* sono i pianeti. Ecco perché afferma che ‘tutte le interpretazioni degli statuti devono essere fatte con l’autorità delle leggi romane’. Lo spirito che muove tutto questo universo giuridico è l’equità che fa da linfa vitale al sistema.

Una ulteriore testimonianza importante del pensiero di Bartolo è la sua celebre e fondamentale distinzione tra STATUTO PERSONALE e STATUTO REALE: il particolarismo giuridico che caratterizzava quell’epoca e che limitava la sfera legislativa nell’orbita territoriale di ciascun ordinamento non si preoccupava della sorte iniqua cui sottostava senza difesa chi, trovandosi fuori del proprio ordinamento, aveva interessi o era obbligato a compiere atti giuridici fuori dalla sua patria. La condizione giuridica dello straniero era durissima: Bartolo sconvolge questa costruzione, che la logica giuridica non riusciva a superare, forzando un testo del Codice ed elaborando sulla sua base questo fondamentale principio tuttora basilare nel diritto internazionale privato: la persona umana ha il proprio statuto, per tutto quanto tocchi il suo status giuridico e la sua capacità (statuto personale) e questo ha diritto di veder osservato dovunque essa vada, mentre obbedirà allo statuto del luogo per quel che riguarda i beni (statuto reale).

Il principale discepolo di Bartolo all’Università di Perugia è **BALDO DEGLI UBALDI** (1327-1400). È anch’egli celebre per la sua cultura vastissima sia di civilista che di canonista: scrive anch’egli Commentari su tutte le parti del *Corpus Iuris civilis* e anche una *Lectura* sul *Liber Extra*, sulla Pace di Costanza, sui *Libri Feudorum* – proprio da lui rimessi in auge dopo un periodo di disinteresse dottrinale – e lascia anche molti *consilia*.

È inoltre noto per la sua profonda preparazione filosofica e teologica.

Altri giuristi di un certo spessore del Trecento sono Riccardo Malombra, Jacopo da Belviso, Jacopo Butrigario, Oldrado da Ponte, Alberico da Rosciate e molti altri.

Tra i canonisti il più famoso è Giovanni d’Andrea, vissuto nel XIV secolo, professore a Padova e maestro di una importante scuola.

I nomi diventano ormai fondamentali in quanto il pensiero di queste autorità assume una valenza quasi legislativa, diviene fortemente ‘vincolante’ per i giuristi delle generazioni successive.

Anche per questo, oltre che per i rischi insiti nella stessa metodologia scientifica del commento con il suo rigido schematismo, nel corso del secolo successivo, la scuola si va però gradualmente inaridendo e anch’essa, come già accaduto per la glossa, perde in parte la sua vitalità e creatività.

Il nome e la personalità di Bartolo dominano al punto che si diffonde il detto «**nullus bonus iurista nisi sit bartolista**» (‘Nessuno può essere un buon giurista se non è ‘bartolista’, cioè non segue il metodo e il pensiero di Bartolo’). Il metodo del commento, spesso applicato da menti molto meno eccelse, diventa preda di una giurisprudenza arzigogolata, complicata, astratta, pedante che mostra segni sempre più forti di crisi.

Agli ultimi grandi commentatori attivi nel ‘400 passa dunque una eredità pesante, sia nel senso che è prestigiosa, sia perché gonfiata a dismisura dall’uso e abuso della dialettica e dall’invenzione di soluzioni normative non sempre necessarie e rispondenti ai bisogni della pratica.

Vi sono ancora giuristi di un certo livello come Paolo di Castro, Bartolomeo Cipolla, Angelo Gambiglioni d’Arezzo, Alessandro Tartagni, Giasone del Maino e, tra i canonisti, Niccolò dei Tedeschi (noto come *Abbas Panormitanus*), Felino Sandei o Francesco Zabarella. Tutti costoro scrivono monumentali commentari in cui si sforzano di unire in un’opera sistematica un enorme insieme di opinioni e interpretazioni. È proprio però



nell'aumento della quantità, che non riesce ad essere sempre qualità, che si coglie il segno della decadenza.

### **Gli sviluppi successivi della dottrina in merito alla *Potestas condendi statuta***

La constatazione, la presa d'atto della mutata situazione politico-istituzionale che traspare in opere come le *Quaestiones statutorum* di Alberto da Gandino verrà fatta propria anche dai giuristi delle scuole successive a quelle dei glossatori.

Anche se non abbiamo ancora visto come fu l'evoluzione del metodo di studio e dell'approccio dato a questo studio, possiamo però cogliere il senso delle nuove teorie elaborate sugli statuti, più raffinate sul piano giuridico e più aderenti alla realtà.

Quando ormai si era quasi ovunque affermata la signoria e anche i rapporti dei giuristi di scuola con il potere sono cambiati, un grandissimo giurista – di cui ripareremo – **Bartolo da Sassoferrato**, professore all'Università di Perugia, nel 1343, espone la teoria che viene chiamata della *IURISDICTIONE*. [VEDI tra i testi in appendice, n. 4]

Ormai non si discute più della legittimità del potere di statuire, data per scontata, ma solo sulle sue origini.

La nuova teoria è una soluzione meno provvisoria perché si vuole evitare al potere locale il pericolo di una revoca delle concessioni da parte dell'imperatore. Inoltre essa è più articolata e quindi riesce a dare un fondamento teorico non solo agli ordinamenti comunali, ma anche a tutti gli ordinamenti minori esistenti all'interno della città, come le corporazioni, le consorterie, le università di studenti etc., e, al di sopra delle città, serve a rafforzare l'autonomia dei regni.

Per i giuristi medievali il termine *iurisdictio* ha un significato molto ampio che arriva a indicare il complesso dei poteri che l'ordinamento giuridico esercita nella sua pienezza, ma può poi avere, proprio per questo suo ampio senso, varie forme e graduazioni con varie categorie intermedie: l'*imperium*, comprendente le potestà di maggior rilievo e la *iurisdictio* in senso stretto, o *simplex*, che indicava le facoltà giurisdizionali minori.

Il modello di riferimento continua ad essere l'imperatore, *lex animata in terris*. Teorizzando sui suoi poteri si fissano i tratti peculiari del modello per eccellenza che, una volta delineato, può essere ridotto su scala inferiore e applicato a qualsiasi altro ordinamento che di fatto riesca a funzionare.

Se i glossatori, appunto partendo dalla Pace di Costanza, attribuivano ai magistrati comunali solo la *iurisdictio simplex*, cioè una potestà legislativa minore, Bartolo ammette invece che ogni città che non riconosca alcun superiore possa esercitare anche l'*imperium*, la pienezza dei poteri.

Il concetto di «superiorem non recognoscens» (cioè di chi – regno o popolo o comunità di persone – non riconosce alcuna autorità superiore al di sopra di sé) era già stato elaborato da tempo con riferimento ai regni monarchici. Non sono chiare le origini della formula secondo cui «rex superiorem non recognoscens in regno suo est imperator» ('il re che non riconosca alcun superiore nel suo regno è imperatore, cioè ha l'*imperium*'); già dal 1200 essa circolava sia nel meridione d'Italia, sia in Francia, con grande successo. Essa infatti si basava sulla constatazione dell'indipendenza di fatto conquistata dai re e ne faceva derivare come logica conseguenza la titolarità di tutti i poteri giurisdizionale, appunto del pieno *imperium*.

Bartolo estende il ragionamento a tutti gli ordinamenti giuridici esistenti e sostiene quindi che, entro l'ambito di ciascuno di essi e relativamente ai bisogni dell'ordinamento stesso, la sua *iurisdictio* è piena e trova in se stessa il suo regolamento. La nozione così elaborata dal giurista coincide quindi con quella di autonomia. Lo statuto mediante il quale si attua quella autonomia nell'ambito dell'ordinamento cittadino e limitatamente alle necessità giuridiche del comune, in quanto combacia con l'ampiezza della *iurisdictio*, trova proprio in questa la sua giustificazione.

Con questo ragionamento, come si vede, Bartolo riesce a costruire un vero e proprio sistema in cui tutti i diversi ordinamenti giuridici trovano il loro posto: anche alle

corporazioni dei mercanti, ad esempio, si poté pienamente riconoscere un diritto di fare statuti validi e vincolanti, limitando questo diritto quanto al suo contenuto: lo statuto doveva riguardare le sole materie di spettanza dell'Arte ed essere diretto ai suoi membri. In questo stava la differenza tra questi statuti e quelli dei Comuni autonomi.

Da questa impostazione derivano anche le regole da applicare nel momento della interpretazione delle norme statutarie: il criterio di riferimento è e rimane sempre il diritto romano comune per cui, per esempio, bisogna misurare la conformità di una norma statutaria ad esso: una legge contrastante, non è più ritenuta invalida perché il comune, nelle materie di sua spettanza, esercita la sua piena *iurisdictio*, tuttavia – dicono i giuristi – non sarà assolutamente possibile un'interpretazione estensiva di questa norma che anzi andrà letta ed applicata «*stricte*», alla lettera.

Va comunque precisato che la teoria di Bartolo, che ha grande successo anche per la straordinaria autorevolezza del suo ideatore, non fa sparire subito quella più antica della *permissio*.

Per parecchio tempo anzi esse vengono sostenute alternativamente.

Ad esempio, ancora a metà del Trecento (1355) un importante giurista, professore a Padova, Ranieri Arsendi, polemizza nelle sue lezioni proprio con Bartolo, difendendo la vecchia teoria che aveva ancora una sua utilità, sia pure da una diversa prospettiva.

Si è detto, infatti, che in questo momento i Comuni stavano già cedendo il passo alle Signorie: ebbene proprio ai signori che volevano rinsaldare o legittimare il loro dominio interessava riproporre il modello medievale dell'universalismo imperiale, perché in esso avevano individuato un modo per ottenere il loro scopo, facendosi cioè conferire il titolo di vicari imperiali. L'utilizzo delle vecchie teorie non va quindi visto soltanto come espressione di un certo conservatorismo, ma anzi come segnale di una capacità di adattamento alle nuove situazioni.

L'adozione delle teorie contrapposte della *permissio* e della *iurisdictio*, sorte in origine per giustificare l'autonomia dei comuni assume quindi uno specifico significato ideologico in tempo di Signoria e implica per i giuristi un atteggiamento di sostegno o all'opposto di contestazione nei confronti dei domini e della loro preminenza, di fatto, rispetto al potere legislativo degli ordinamenti particolari.

Bartolo, infatti, partendo dal presupposto che appunto il diritto romano imperiale (rappresentato dalla legge *Omnes populi*) riconosce la prerogativa legislativa ai «populi» per cui, in virtù di questa potestà gli ordinamenti territoriali minori sono retti, oltre che dal diritto civile generale imperiale e dallo *ius gentium*, anche dal diritto «proprio», precisa però che tale potestà riguardava solo i popoli titolari di *iurisdictio* mentre quelli privi di *iurisdictio*, come le cosiddette *villae* e i castra soggetti ad una *civitas* o a un *dominus* non possono deliberare nemmeno su materie loro pertinenti senza l'approvazione del loro *superior*.

Questo ragionamento serve perciò a Bartolo per delineare i fondamenti della legittimità del potere che, se ne è privo, deve definirsi una TIRANNIDE. Su questo argomento il grande giurista marchigiano scrive infatti un'opera appunto intitolata «de tyranno» in cui attacca tutti quei signori che esercitano un potere senza titolo o perché non ne hanno alcuno, o perché sono andati oltre i limiti di quello che hanno.

Per questo Bartolo riconosce ancora all'impero una funzione di custode della pace e del diritto.

Un passo ulteriore verso la piena autonomia degli ordinamenti locali sarà infine compiuto, sul finire del XIV secolo, dal grande discepolo di Bartolo, **Baldo degli Ubaldi** [VEDI tra i testi in appendice, n. 4], che riprende le idee del suo maestro, ma le organizza con una nuova impostazione: nella sua visione la figura dell'imperatore scivola in secondo piano. I suoi poteri non sono più paradigmatici, non offrono più alcun modello da riprodurre negli ordinamenti inferiori né da essi, in forza della *permissio*, deriva il potere normativo degli ordinamenti particolari. L'attenzione di Baldo si punta invece proprio su quello che i giuristi precedenti davano per scontato, cioè il funzionamento di fatto di una società umana, l'esercizio di fatto dei suoi poteri normativi – che poi i poteri

siano dell'imperatore nell'impero, del re nelle terre del *regnum*, dei comuni o delle corporazioni nelle città non ha molta rilevanza al fine di stabilire se un ordinamento è legittimo: ciò che ha rilevanza è l'esistenza.

Baldo dice infatti che i popoli esistono per diritto delle genti e che quindi il loro «regimen», il loro assetto costituzionale, appartiene al diritto delle genti. È questa la giustificazione giuridica di tutti gli ordinamenti. Il concetto di diritto delle genti nella dottrina medievale equivale infatti a quello di diritto naturale (cioè all'incirca a quel diritto universale, preesistente rispetto ad ogni altro, che accomuna tutti gli uomini semplicemente in quanto esseri umani).

Baldo in sostanza dice quindi che l'aggregato umano, il «populus», che si è dato un'organizzazione giuridica non trae da niente e nessun altro la propria creazione; si è fatto da sé, per l'esigenza naturale che lo ha generato e che è intrinseca alla sua stessa esistenza.

Dato questo presupposto ecco il secondo passaggio logico: poiché un ordinamento è inconcepibile senza un complesso di norme che ne regolino la vita, la giustificazione di queste norme sta nel fatto stesso che l'ordinamento esista.

Il sillogismo è quindi così impostato:

I. Il popolo ha una sua propria esistenza → quindi ha per conseguenza un **REGIMEN**, un ordine nel proprio essere, così come ogni animale, ogni essere vivente ed esistente è retto dal proprio spirito e dalla propria anima

II. Un *regimen* non può sussistere senza una sua 'norma', un suo 'scheletro', un sistema regolatore → quindi ogni popolo, per il fatto stesso che esiste, si deve dare un sistema di norme giuridiche che lo sostenga in vita.

## Il bartolismo

Se, come si è visto, la metodologia scientifica del Commento aveva avuto il suo apice nel XIV secolo e in particolare si era incarnato nella personalità eccezionale di Bartolo da Sassoferrato, le medesime tecniche continuarono poi ad essere utilizzate ancora per tutto il Quattro e Cinquecento anche se attraverso genesi letterari per lo più diversi dal vero e proprio commentario.

Questo indirizzo di studio faceva dichiaratamente riferimento alla personalità di Bartolo, essa dominava al punto che si diffuse il motto «nullus bonus iurista nisi sit bartolista» e il termine **bartolismo** si usò proprio per indicare la prosecuzione dei metodi e degli schemi di ragionamento giuridico sulle fonti giustiniane elaborate dai commentatori. In realtà, proprio perché il ripetere gli stessi schemi non poteva portare a grandi novità e si finiva con l'abbandonarsi a costruzioni sempre più complesse e astratte, si scelse perlopiù da parte degli autori successivi, di utilizzare il diverso genere elettivo del *tractatus*. Attraverso queste opere monografiche risultava infatti più agevole raggiungere una elaborazione organica e sistematica di un certo settore del diritto. Spesso si tratta ancora di settori in qualche modo esterni ai testi giustiniane come il diritto penale che, come detto, era stato oggetto dei primi studi specialistici nel '200 da parte di Alberto da Gandino.

È infatti nel '500 che si avranno grandi criminalisti come Tiberio Decani, Prospero Farinacei o Giulio Claro.

Studi importanti riguardarono anche il diritto commerciale e quello marittimo o questioni possessorie come quelle studiate da Jacopo Menochio, che fece trattati importanti anche in materia di processo e di prove. Questi personaggi segnalano il tentativo di arrivare a un aggiornamento e rinnovamento della scienza giuridica pur senza uscire dagli schemi del diritto comune.

Testimonianza di questo è anche il cardinale Giovanni Battista De Luca, autore di un enorme *Theatrum veritatis et iustitiae*, in 15 volumi, ma anche del compendio in lingua volgare divenuto celeberrimo, *Il dottor volgare*, scritto nel 1673.

Non mancavano però gli elementi di crisi del metodo di studio 'italico'. Vi sono ancora giuristi di un certo livello come, nel '400, Paolo di Castro, Angelo Gambiglioni d'Arezzo, Alessandro Tartagli, Giasone del Maino e, tra i canonisti, Niccolò dei Tedeschi o Francesco Zabarella, tutti autori anche di Commentari ai testi, di mole monumentale e che mostrano l'amministrazione sforzo di unire in uno schema sistematico un enorme insieme di opinioni e interpretazioni. E' però proprio nell'aumento della quantità, che non riesce a essere sempre qualità, che si coglie il segno della decadenza. L'uso della dialettica tende a diventare eccessivo e a ridursi in qualche modo a un 'gioco' sterile. I migliori giuristi che seguivano questa tradizione ne erano consapevoli, ma le critiche maggiori vennero da un nuovo indirizzo che si sviluppò soprattutto nel '500 anche se aveva origini precedenti, l'Umanesimo giuridico.

### **I *Consilia pro veritate* e la giurisprudenza consulente**

Abbiamo visto come l'origine del cosiddetto *consilium sapientis iudiciale* si possa mettere in relazione con l'attività giudiziaria che si svolgeva nelle corti cittadine, specie podestarili, ove, inizialmente in modo del tutto spontaneo e poi in modo più esplicitamente previsto e regolato dagli statuti comunali, i giudici ricorrono ad un sapiente – spesso è proprio previsto che sia su richiesta delle parti – per chiedere il suo parere su come risolvere la controversia. Va tenuto presente sempre, comunque, che anche quando la sentenza riproduceva fedelmente il parere del dotto (anche perché secondo certi statuti il giudice vi era vincolato) i due atti, parere e sentenza, restavano formalmente e concettualmente ben distinti.

Questo tipo di consulenza richiesta e indirizzata ai giudici continuò a essere prestata anche nei secoli successivi, specie nei tribunali inferiori, ma ad essa si accostò un altro tipo di consulenza, prestata sempre per iscritto e con certe forme e solennità ma non più ai giudici, alle parti.

Le ragioni di ciò sono molto complesse e si possono individuare in

- \* una diversa organizzazione giudiziaria, per cui si formano tribunali stabili, collegiali, composti di giuristi esperti (se ne riparlerà perché ebbero un ruolo centrale)

- \* un aumento della stessa litigiosità, specie agli altri livelli di borghesia e nobiltà, per cui si aprono spesso complesse e annose contese per il possesso di ampi patrimoni etc.

- \* una crescente complessità della normativa, dovuta sia al moltiplicarsi e consolidarsi delle legislazioni particolari sia all'ampliamento avuto dallo stesso diritto comune per il fiorire di letture e interpretazioni.

Da una parte quindi il litigante è sempre più bisognoso di orientamento e dall'altra una simile attività di consulenza diventa sempre più prestigiosa e quindi 'degnata' anche dei professori, oltre che ampiamente remunerativa.

Questo tipo di *consilium* è definito *consilium pro veritate* perché, anche se diretto a un privato e quindi nasce da interessi di parte, il dotto che lo presta rimane in una posizione di almeno formale 'neutralità', ben distinto dall'avvocato e dalle difese, dette *allegationes*, che appunto l'avvocato elabora e propone in giudizio a sostegno del suo cliente.

Il consulente proprio per il suo prestigio, si suppone che abbia prima esaminato il caso e quindi abbia accettato la consulenza solo perché realmente convinto del valore 'oggettivo' della tesi, favorevole al suo committente, sostenuta nel *consilium*.

All'atto pratico certo questa assoluta imparzialità non esiste, anche perché va esclusa a priori l'ipotesi di un parere contrario a chi lo ha richiesto e poi perché accade quasi sempre che in una stessa lite entrambe le parti si muniscono di un parere a loro favorevole.

In effetti, infatti, il *consilium* finisce con l'accostarsi e spesso accompagnare proprio le difese, anzi con un peso talvolta maggiore che gli deriva proprio dall'autorevolezza del giurista da cui proviene. Esso viene presentato al giudice proprio con l'obiettivo – spesso raggiunto – di influire in tal modo sulla sua decisione.

La pratica consiliare si diffonde quindi enormemente già nel corso del 1300 e dilaga poi nel secolo successivo.

All'uso di dare pareri scritti alle parti si accosta poi un altro fatto nuovo: si afferma in modo altrettanto ampio l'uso di pubblicare, prima manoscritti e poi, dopo la metà del '400, a stampa, questi pareri, sia giudiziali che *pro veritate*, riuniti in apposite raccolte.

Questa usanza si spiega proprio con il crescente interesse per questi pareri che sono molto richiesti da pratici e avvocati per la loro complessità e ricchezza tecnica. Dovendo convincere un giudice che ormai è egli stesso un esperto di diritto, il dotto nel parere profonde il meglio delle sue conoscenze e capacità argomentative e quindi questi pareri, a differenza di quelli *iudicialia* che – soprattutto se vincolanti per il giudice – spesso erano scarnamente motivati, sono ricchi di motivazioni ed argomentazioni e sono quindi utilissimi per la soluzione di molti altri casi analoghi che possono presentarsi.

Con la circolazione di queste raccolte si realizza un passaggio di posizione essenziale sul piano qualitativo; nasce cioè la vera e propria letteratura consiliare. Ciò significa che i *consilia* acquistano un valore generale all'interno dell'ordinamento, non più limitato al caso singolo per il quale furono dati. Il successo subito avuto da queste raccolte, tra l'altro, fa sì che spesso in esse finisca, sotto il nome di *Consilia* o *Responsa*, un materiale abbastanza vario che comprende, oltre ai due tipi di *consilia* (non sempre sono oggi distinguibili) anche semplici allegazioni o questioni teoriche elaborate non sulla base di un caso reale.

#### **[esempi di consilia del 1300, di fine '400 e di fine '500 in appendice, n. 5]**

Si è detto che questo tipo di opere letterarie ebbe un successo enorme; in effetti esse finirono addirittura con il soppiantare, come fonte di opinioni dottrinali e di interpretazioni, gli stessi commentari.

Tra le opinioni espresse dal maestro «in legendo» e quelle elaborate «in consulendo» si cominciano a preferire le seconde, pur non mancando in questo senso voci polemiche, come quelle (che vedremo) degli umanisti.

Le ragioni di questa preferenza sono spiegate facendo presente che spesso, nelle lezioni, un maestro può lavorare troppo di fantasia, mentre nel prestare una consulenza egli sarà più cauto perché sa che le sue opinioni possono provocare un danno e, se false, indurlo quindi in peccato mortale; si osserva poi che questo tipo di opinione è più vicina alla realtà perché parte dai fatti etc.

Questo tipo di argomenti addotti a favore del genere letterario consiliare da parte degli stessi giuristi di diritto comune sembrerebbe puntare sull'aspetto 'conservatore', di fedeltà maggiore all'ordinamento di queste interpretazioni rispetto alla maggiore libertà che i maestri avrebbero quando a livello teorico elaborarono la loro interpretazione. C'è però un altro lato della medaglia, costituito dal carattere fortemente innovativo e per certi versi dirompente della pratica e poi anche della letteratura consiliare.

Negli ultimi anni in effetti la storiografia ha prestato sempre più attenzione ai *consilia* – anche perché essi, legati come sono alla vita concreta, offrono moltissime informazioni interessanti da tanti punti di vista – ed è giunta così a cogliere un certo carattere «paradossale» nella vicenda storica che li caratterizza<sup>5</sup>.

La pratica dei *consilia*, anche di quelli giudiziali, si affermò infatti inizialmente in un certo senso al di fuori del diritto comune e per certi versi persino contro di esso. In particolare infatti vi furono diverse pronunce di papi che si esprimono molto negativamente riguardo a questa prassi perché essa sembra togliere al giudice stesso una

---

<sup>5</sup> La definizione è di Mario Ascheri, professore a Siena, uno dei massimi studiosi di *consilia*.

parte delle sue funzioni e soprattutto perché contrasta con il fondamentale principio che il giudice deve giudicare «secundum alligata et probata».

Per questa ragione si era espresso molto negativamente su questa prassi papa Innocenzo III, con una decretale che era stata poi inserita nel *Liber Extra*.

Queste osservazioni critiche sono fatte proprie anche da Guglielmo Durante nel suo *Speculum*, che definisce un grande vizio il fatto che i giudici in qualche modo finiscono con il delegare ad altri il loro compito fondamentale di decisione.

Inoltre con questa pratica si metteva in crisi anche l'idea del primato della legge sul giudice, anch'esso fortemente riaffermato nella normativa canonica.

Eppure, nonostante queste autorevolissime pronunce di condanna, la prassi era continuata e anzi dilagata, tanto più che, come abbiamo visto, essa in ambito statuario era ben accetta ed anzi perfino imposta.

Il successo del *consilium* andava di pari passo con quello dei giuristi in una società sempre più complicata e bisognosa di 'tecnici' accreditati che chiarissero dubbi e risolvessero conflitti.

Anche se nati fuori dell'Università, tra l'altro, i *consilia* per il loro schema strutturale identico, possono facilmente essere tramutati in *quaestiones de facto emergentes* e quindi i professori potevano sfruttare il loro impegno professionale pratico per ricavare materiale didattico (di qui a volte la difficoltà di distinguere nelle raccolte). Anche grazie ai loro interventi in sede consulente quindi i giuristi potevano esaminare problemi altrimenti non considerati nell'insegnamento universitario.

Un esempio evidente è il diritto statuario o quello commerciale; attraverso questioni e *consilia* essi vengono così inquadrati entro gli schemi del diritto comune, finendo per essere, per così dire, 'normalizzati' entro le sue teorie.

Ecco appunto il paradosso: il *consilium*, un istituto estraneo al diritto comune e anzi contrario a talune sue norme se non addirittura al suo spirito, finì paradossalmente per essere un canale privilegiato di diffusione e di trionfo del diritto comune nella pratica. Ecco perché cominciarono a formarsi le prime raccolte consiliari di autori (compresi i canonisti), alcune delle quali (ad esempio quella di Oldrado da Ponte) mostrano bene come spesso i *consilia* operassero ormai anche a favore del Papato, dei re, dello stesso Imperatore.

Allo stesso tempo – ecco un altro segnale della 'ecletticità' e fortuna di questo strumento – il *consilium*, che, come detto, continuò a essere usato anche nella forma del *consilium iudiciale* presso i tribunali locali inferiori, si presentò talvolta come strumento di difesa delle autonomie locali.

### ***La communis opinio***

Il dilagare del genere consiliare e il moltiplicarsi delle raccolte di pareri pubblicate, soprattutto dopo l'invenzione della stampa, segnò inevitabilmente una certa decadenza di questo genere letterario perché alla qualità di opinioni non sempre, come è logico, corrispondeva la qualità. Proprio per il successo quasi garantito di queste opere richiestissime, moltissimi dottori o pratici anche di medio e basso livello si mettono, non solo a dare responsi ma anche a diffonderli in raccolte edite.

Nell'insieme immenso dei *consilia* dunque, accanto a quelli ricchi di argomentazioni ben costruite e articolate vi erano quelli azzardati o troppo arzigogolati.

Si poneva poi un altro problema collegato al precedente: se, come abbiamo visto, le interpretazioni e opinioni elaborate con i *consilia* erano divenute un punto di riferimento dottrinale altrettanto e forse più importante degli stessi trattati e commentari nel momento in cui in queste raccolte si possano trovare sostenute con la stessa convinzione opinioni completamente diverse, si pone un serio problema di **CERTEZZA DEL DIRITTO**. Si fatica cioè a individuare, tra tutte le varie tesi, quale sia quella da seguire, da preferire alle altre.

Si individuano allora alcuni criteri, come il numero dei giuristi e la loro autorevolezza, grazie ai quali trovare la **COMMUNIS OPINIO**, quella cioè da seguire in caso di contrasto con altre tesi minoritarie.

Un altro paradosso è comunque che la linea prevalente, secondo cui a chi chiedeva un parere *pro veritate* andava offerto ufficialmente quanto fosse implicito nella dottrina corrente, da tutti ricevuta, non fece affatto diminuire la produzione consiliare perché le esigenze della causa potevano invece portare, in concreto, a forzare al massimo l'argomentazione a favore del cliente, con risultato fortemente creativo rispetto alla *communis opinio* corrente su un punto determinato. Il massimo rispetto formale poteva voler dire la massima divergenza sostanziale.

Inoltre il rimedio stesso della *communis opinio* risultava piuttosto debole perché il vincolo che imponeva al consulente era semplicemente di origine dottrinale e quindi esso stesso discutibile. Ancora in pieno '500 si avrà comunque una grande fioritura consiliare ma si cominciano a cercare nuovi, più autorevoli, punti di riferimento.

### **L'Umanesimo giuridico**

Il metodo del commento e lo studio e l'interpretazione dei testi giustiniane in chiave esegetica continua ancora, come si è accennato, per tutto il Quattro e Cinquecento secondo uno stile ormai consolidato e soprattutto gli argomenti e le tecniche della dialettica sono sviluppati al massimo grado in particolare attraverso i trattati ed, ancor più, i *consilia* che segnano un'intera epoca della storia giuridica (detta appunto 'Età dei consiliatori' o 'Età della giurisprudenza consulente') divenendo poi, attraverso l'affermarsi della *communis opinio*, essi stessi quasi diritto vigente grazie alla prassi del rispetto dell'opinione dominante in sostanza imposto ai tribunali.

Se tutto questo, come detto, perdura pressoché invariato fino al XVII secolo pieno, dall'altra, il '500 vede anche l'affermazione di un nuovo e diverso approccio e orientamento dello studio giuridico, che subito si pone in fortissima polemica con il bartolismo. Si tratta dell'umanesimo giuridico.

L'umanesimo si era affermato come corrente letteraria e culturale in senso ampio fin dal '400, ponendo come centro dei propri interessi l'uomo, appunto, al quale si guarda con occhi in parte nuovi e, in questa prospettiva si rivalutano l'antichità classica greca e romana sotto i diversi aspetti culturali, letterari, artistici etc. Esso coinvolge poi anche il mondo del diritto.

In verità alcuni segnali di nuovi e diversi interessi culturali si erano avuti già prima, a partire del XIV sec., specialmente in alcuni ambienti che avevano visto presenti non solo letterati ma anche giuristi. Uno di questi ambienti in cui si creano gruppi di intellettuali che coltivano nuovi interessi e che per questo sono definiti PREUMANISTICI, ha sede a Padova, dove un gruppo di notai, che spesso sono anche giudici del comune e attivi nella vita politica, coltiva scambi culturali tra le facoltà di diritto e di arti aprendo così a un nuovo culto dell'antichità classica nei suoi diversi aspetti. Questo 'cenacolo culturale' allarga ulteriormente i propri orizzonti soprattutto quando si pone al centro di queste reti di conoscenze e legami la figura fondamentale di **Francesco Petrarca**.

Attorno a lui gravita infatti, già a metà del '300, un numero notevole di personaggi dagli interessi, se non proprio umanistici, comunque nuovi rispetto ai loro predecessori.

Proprio grazie al Petrarca ci è giunta una corrispondenza che ci mostra anche un certo scambio culturale che va appunto dall'università di Padova, al centro culturale della Napoli angioina alla curia papale avignonese, alla città di Firenze (in tutti questi luoghi infatti Petrarca ebbe corrispondenti ed interlocutori).

Cominciano a essere scritte opere giuridiche che mostrano interessi letterari.

Vi sono quindi, per tutto il Trecento, proficui contatti tra giuristi e cultura umanistica, accompagnati però anche da forti critiche, mosse in primo luogo proprio

dallo stesso Petrarca, contro la metodologia di studio del diritto ormai tradizionale e consolidata. Petrarca, per esempio, considera una grave lacuna della maggior parte dei giuristi del suo tempo l'ignoranza della storia e delle lettere o della lingua greca.

Con la prima metà del '400 le critiche si fanno più violente, soprattutto da parte del più grande esponente dell'umanesimo letterario, cioè **Lorenzo Valla**. Nel marzo del 1433 egli scrive una Epistola, nella quale attacca Giustiniano come distruttore dell'armonia della sapienza romana e, del medioevo, critica soprattutto l'ignoranza della lingua latina.

Lorenzo Valla, nel suo *Elegantiae latinae linguae* (1435-1444) dedica molti capitoli ai testi giuridici e in specie al Digesto, facendone notare gli errori.

I suoi scritti susciteranno molte polemiche: i problemi di natura filologica da lui posti lo mettono in opposizione con il popolo e con la Chiesa, perché egli sembra smentire Bartolo e Graziano; sembra cioè porre in discussione l'Autorità su cui poggiavano le interpretazioni medievali.

In questo egli è in effetti un precursore; la sua voce nel '400 rimane isolata; bisognerà poi aspettare il secolo successivo per trovare critiche così profonde. Peraltro anche il Valla commette alcuni errori perché ha una concezione troppo 'statica' della lingua latina e non ne vede certe sfumature tecniche o frutto di evoluzione storica; per questo sarà a sua volta corretto da giuristi/umanisti del periodo successivo.

Prosegue poi e si anima, nel XV secolo, una disputa, già iniziata nel Trecento, sul valore delle diverse arti e in particolare di medicina e diritto. Del diritto in particolare si sottolineano alcuni difetti: esso non è realmente universale, ma limitato a poche regioni; non deriva dalla natura, ma dal giudizio degli uomini e infatti è variamente interpretato. L'argomento principale è proprio quello dei limiti del diritto romano, spesso sopravanzato dalle leggi locali più adatte alle esigenze particolari. Vi è proprio la consapevolezza emergente che le leggi fondamentali alla vita sociale non sono più quelle dello *ius civile*, ma quelle nazionali.

Meno polemico e più dotato di buon senso storico è Angelo Poliziano, che spesso elogia Accursio, Bartolo e i giuristi medievali e giustifica i loro errori come dovuti alla generale ignoranza del medioevo. La sua polemica, come anche quella di altri suoi discepoli, è piuttosto verso i giuristi suoi contemporanei che non hanno più la scusa della generale barbarie del loro tempo.

La critica che questi letterati muovono alle metodologie di studio dei giuristi mostra però che questi autori hanno comunque un interesse per i testi che sono oggetto della scienza giuridica: il *corpus iuris* è studiato anche dagli umanisti, anche se da un punto di vista completamente diverso. Per loro non è infatti più un testo normativo autorevolissimo e indiscutibile, ma piuttosto un documento importante dal punto di vista storico, una testimonianza della cultura romana, che, come tale, appunto interessa molto gli umanisti per conoscere il passato e la storia antica. Qui si inserisce quindi l'aspetto creativo e 'propositivo' dell'umanesimo letterario, che si adopera, ad esempio, per riscoprire e pubblicare testi antichi trascurati dalla cultura medievale.

Esemplare, dal nostro punto di vista, la vicenda della cosiddetta *Littera pisana* o *Littera Florentina*, un manoscritto risalente al VI secolo contenente il testo del Digesto, che la tradizione ricordava consultato solo da Bartolo, anche se studi più recenti hanno mostrato che lo avevano già controllato talvolta gli stessi glossatori.

Il fatto rilevante è comunque che nel corso del XV secolo le consultazioni di tale documento da parte dei giuristi e intellettuali si fanno più numerose, nonostante le resistenze delle autorità locali che vi si oppongono e che rendono difficile ottenerla in visione. Sul finire del '400, con Lorenzo de' Medici, che è principe ormai egli stesso umanista, cambia l'atteggiamento ed ecco che, nel 1490, il Poliziano non solo può vedere la *Littera*, ma anche studiarla e cominciare a preparare, basandosi su di essa, un'edizione critica del Digesto.

La sua opera, pur rimasta incompleta per la sua morte avvenuta nel 1494, è usatissima dai giuristi successivi ed anzi, alcuni di loro, in particolare Ludovico Bolognini, la proseguono ed integrano.



Oltre al Digesto si studiano nello stesso modo le altre parti del *Corpus iuris* e soprattutto si riscoprono i testi greci, trascurati dai dottori medievali, le stesse leggi romano-germaniche e altre fonti su cui si avviano ricerche filologiche e studi di storia del diritto.

Già i letterati del '400 hanno dunque posto le basi culturali per un nuovo modo di accostarsi ai testi romani e una nuova concezione del *Corpus iuris*: si afferma l'esigenza di un ritorno ai modelli culturali dell'antichità classica, l'esaltazione della persona umana e della sua libertà, del suo valore e soprattutto dello strumento essenziale della ragione come criterio fondamentale di interpretazione e come unica vera autorità di riferimento; la convinzione che l'accostamento alla sapienza antica sia possibile attraverso un corretto recupero della originaria forma storica delle fonti, attuato grazie alla ricerca appunto storico-filologica.

Tutti questi elementi, all'aprirsi del XVI secolo, vengono fatti propri anche da alcuni giuristi che specificamente calano queste idee e questi principi nella materia e nella scienza giuridica. Nasce appunto un **umanesimo giuridico**.

Il primo aspetto che caratterizza questo movimento è ancora quello della polemica nei confronti dello studio giuridico tradizionale. Gli spunti di critica già espressi dai letterati vengono raccolti da giuristi di professione che quindi possono anche 'organizzarli' più consapevolmente in una nuova tecnica e metodologia.

Il fondatore di un vero e proprio umanesimo giuridico è considerato un giurista italiano, della zona di Milano, **ANDREA ALCIATO** (1492-1550).

Come ogni giurista, aveva compiuto gli studi secondo la consolidata metodologia dei glossatori e dei commentatori che egli quindi ben conosce e utilizza anche in alcune sue opere e nella sua professione (scrive e pubblica, ad esempio, una raccolta di *Responsa*). Egli tuttavia si discosta poi, consapevolmente, da questo indirizzo, avanzando fondate – e peraltro equilibrate – critiche ad esso.

Alciato NON è tra i più estremi ed aspri nella polemica; i suoi giudizi sui grandi maestri medievali sono in genere positivi e gli appunti riguardano soprattutto gli abusi del metodo del commento; si propone di eliminare gli errori, ma non certo di cancellare tutta la tradizione giuridica precedente. Allo stesso tempo quindi egli propone un nuovo tipo di approccio ai testi, incentrato sulla ricerca storica e filologica: già nel 1513 scrive delle annotazioni ai *Tres Libri* e dà così il via a uno studio storiografico sull'epoca dell'impero, che diventerà poi diffuso. Già in questa sua opera giovanile (aveva 21 anni!), Andrea Alciato esprime la sua idea che il diritto non possa andare separato dagli studi umanistici. Nel 1518 escono i *Paradoxa*, elenchi di errori contenuti nei testi giustiniane e nelle loro interpretazioni, con vari spunti polemici verso la metodologia medievale, in cui si correggono interpretazioni tralattate erronee e si ridà il senso esatto a parole ed espressioni usate dai giuristi romani e ancora una serie di *Praetermissa* e di *Dispunctiones*, volte alla restituzione delle parole o frasi greche contenute nelle Pandette e appunto 'pretermesse', ignorate colpevolmente dai medievali, a continuazione dell'opera del Poliziano.

Benché le critiche e le innovazioni di Alciato siano abbastanza moderate, in Italia le sue idee incontrarono un netto rifiuto, tanto che egli fu costretto a trasferirsi in Francia, presso l'università di Bourges. È qui che il nuovo indirizzo trovò il suo massimo sviluppo, tanto che prese il nome di *MOS GALLICUS*, in contrapposizione al metodo tradizionale definito *MOS ITALICUS* proprio perché nato in Italia e perché ad esso rimase sempre legata la scienza giuridica italiana anche nel '500 e nel '600.

Accanto all'Alciato è tra i primi e principali esponenti della nuova corrente di studio storico-filologico della anche **scuola culta** il francese Guillaume Budè, che riprende temi e indagini già avviati nel '400, approfondendoli: nel 1508 egli scrive infatti delle *Adnotationes* ai primi 24 libri del Digesto, nelle quali recupera la lezione originaria del testo, chiarisce espressioni e costrutti etc. ; scrive poi uno studio volto ad appurare l'esatto significato delle parole indicanti le monete e le misure per evitare altri frequenti fraintendimenti (ad esempio sulla gravità delle pene previste etc.).

Accanto ad Alciato e Budè rappresenta il terzo ‘fondatore’ dell’umanesimo giuridico un autore tedesco, Ulrich Zasius (Zasio). Anch’egli, come Alciato, muove critiche all’uso del metodo del commento ed anch’egli, come Alciato, incontra in patria non poche difficoltà perché anche in Germania il diritto romano è ormai stato recepito come diritto vigente. In realtà, proprio per queste ragioni, Zasius era stato in parte più conservatore e aveva lasciato un certo spazio e dedicato attenzione anche alla pratica, pur aprendo a un largo uso della sua ampia cultura storica, letteraria, filologica.

In Germania infatti lo stesso umanesimo prenderà poi un indirizzo parzialmente diverso da quello sviluppatosi in Francia.

Due sono in effetti i filoni di orientamento su cui si muoverà in Europa (non in Italia) l’umanesimo giuridico: da un lato, attraverso l’impiego dei criteri storici e delle tecniche di ricerca filologica, linguistica ed etimologica punterà ad una storicizzazione e quindi ad una relativizzazione dei testi giustiniane. Dall’altro però mostrerà la tendenza a costruire (con gli stessi materiali del diritto romano) un nuovo sistema, un nuovo ordine, un insieme ordinato e logico di principi, norme e istituti, tra loro coordinati secondo un metodo pienamente razionale che, muovendosi con maggiore libertà, può anche discostarsi dal modo con cui Giustiniano aveva diviso le materie e organizzato le norme, modo che era, e ormai ai culti appariva, assai discutibile e approssimativo.

Le due tendenze non sono in contrasto tra loro e anzi spesso sono entrambe presenti nell’opera di uno stesso giurista, proprio perché il lavoro di ‘ripulitura’, di ricostruzione esatta della lettera e del significato dei termini usati da Giustiniano etc. fa emergere ancora di più le discrepanze tra le varie parti della compilazione, autorizza a studiarle separatamente e quindi a ripensare al modo in cui il contenuto può essere meglio sistemato.

Per queste stesse ragioni l’indirizzo storico-filologico, coltivato soprattutto in Francia, non fa cessare gli attacchi poleмici contro le scuole giuridiche precedenti: i toni divengono anzi talvolta durissimi contro gli ultimi bartolisti, così come perfino contro i celebrati nomi del passato, da Irnerio a Bartolo. Si arriva persino all’invettiva e all’insulto (si definiscono glossatori e commentatori “plebei, barbari, *ad aratrum nati, blaterones*, oche, asini” etc.).

Tra i più duri e accaniti di questi autori va ricordato soprattutto il giurista francese **François HOTMAN**. Egli scrive un trattato nel 1567, pubblicato poi postumo nel 1603, intitolato significativamente *Antitribonianus*, nel quale critica duramente i glossatori e commentatori, ma soprattutto – come il titolo stesso mostra chiaramente – estende la sua polemica a colpire direttamente Giustiniano e il suo ministro Triboniano.

Egli, riprendendo alcuni accenni già di letterati come Lorenzo Valla, polemizza direttamente con l’imperatore e con il ministro da lui incaricato della redazione del Digesto, accusandoli di avere distrutto, mutilato, confuso e alterato il patrimonio culturale straordinario dato dal diritto romano classico, elaborando un testo caotico, irrazionale, pasticciato e farraginoso, su cui poi gli ignoranti giuristi medievali avevano a loro volta lavorato peggiorando così ancor più lo stato delle fonti classiche tanto maltrattate.

L’opera di storicizzazione attuata dall’Hotman lo porta perciò in primo luogo a criticare il metodo seguito dallo stesso imperatore romano per predisporre le sue compilazioni normative. Il suo rifiuto però non riguarda solo il metodo ma anche buona parte del contenuto di quei testi e in particolare tutto il diritto pubblico che egli giudica assolutamente inadatto ai tempi moderni.

L’interesse del pensiero di Hotman però è dato dal fatto che egli non si limita a questa durissima critica ai testi del diritto comune ma contiene anche una proposta concreta di riforma, di redazione e creazione di un diritto nuovo, più consona alle mutate esigenze della società.

Poiché infatti a suo parere il diritto giustiniano non è più utilizzabile, egli si chiede come sostituirlo e propone che intervenga il Sovrano, incaricando una apposita commissione di esperti di riesaminare il miglior diritto romano, quello cioè dell’età classica, dal quale trarre – secondo lui, esso infatti ha ancora molti elementi validi – i

principi e gli istituti ancora attuali per costruire su questa base un diritto nuovo basato, oltre che su questi principi romanistici anche su altre fonti essenziali: in primo luogo le consuetudini, le *coutumes* francesi, vera e genuina espressione della tradizione giuridica nazionale, e inoltre i principi di quella che egli chiama 'legge mosaica', vale a dire la tradizione ebraico-cristiana, per lui importantissima (Hotman è calvinista convinto). Con questi materiali gli esperti dovevano redigere un testo normativo semplice, sintetico, chiaro; quantitativamente ben più consono all'enorme massa del diritto giustiniano (per Hotman sono sufficienti 1 o 2 volumi) e comprensibile da tutti in quanto scritto non più in latino, ma in **FRANCESE**.

Hotman sta dunque già – precocemente – pensando a qualcosa di simile a un codice, cioè un testo che raccolga in poche semplici norme tutto il diritto francese, pubblico e privato. È da segnalare proprio l'insistenza sul valore di questa proposta tendente alla creazione di un diritto nazionale francese perché ci fa capire che la polemica antibartolista, contro il *mos italicus*, e il dichiarato disprezzo per i testi giustiniani non nasce soltanto per ragioni culturali ma si lega a una presa d'atto della situazione politico-giuridica del presente. Non è un caso che una tesi come quella di Hotman sia stata elaborata in Francia. Le tesi dell'autore ben si prestano alla realizzazione del disegno di costruzione di uno Stato moderno che la monarchia francese andava realizzando, benché egli stesso non ne fosse perfettamente consapevole dato che in realtà le sue posizioni erano antiassolutistiche ed egli voleva soprattutto ottenere un diritto più semplice e adatto alle concezioni e alla vita dei francesi, come traspare da un'altra sua opera, intitolata *Francogallia*, del 1573.

Sul finire del XVI secolo la Francia è già uno Stato fortemente unitario sul piano politico mentre non lo è ancora sul piano giuridico e la monarchia sta proprio svolgendo una politica di uniformazione e unificazione del diritto.

Le posizioni di Hotman quindi si collocano in questo contesto culturale; la sua opera ha subito un grande successo in Francia e diviene il punto di riferimento di un'intera corrente culturale che si pone in contrapposizione e in polemica con il *mos italicus* e che prenderà proprio il nome di *Antitribonianesimo*.

Per le stesse ragioni è ben comprensibile che invece le idee di Hotman non abbiano avuto alcuna presa tra i giuristi italiani; non solo l'Italia era la culla del metodo di studio tradizionale che vi era ancora ampiamente coltivato, ma nel territorio italiano, politicamente frammentato, non vi erano neppure le condizioni culturali e istituzionali per poter pensare ad un superamento del sistema di diritto comune (e continueranno a non esservi ancora per molto tempo). Lo stesso vale, in parte, per la Germania.

Dall'Italia giungerà anzi qualche voce a difesa del metodo di studio consolidato e dei generi letterari del *mos italicus*.

Bersaglio delle più aspre critiche già da parte di Andrea Alciato era stata soprattutto la giurisprudenza consulente, poiché proprio nelle diffusissime raccolte di *consilia* si sommavano in qualche modo le caratteristiche tipiche delle tecniche argomentative della dialettica e ne emergevano perciò ormai anche gli eccessi, i difetti e le aberrazioni.

Alle critiche mosse da Alciato, in specie ai consulenti, risponde il giurista udinese **Tiberio Deciani**, grande penalista e rinomato consulente, che difende i meriti della parte migliore di questa letteratura. Con molto equilibrio egli, nella sua *Apologia pro iuris prudentibus* ('Apologia, perorazione a difesa dei giurisperiti') del 1579, sostiene che un vero giurista, anche nel prestare consulenze, non può non mantenere un assoluto rispetto dell'equità e della giustizia; egli sa bene che abusi e deviazioni ci sono, ma è convinto che ai consulenti si debba riconoscere il merito di 'far funzionare il sistema', di assicurare la concreta risoluzione dei problemi e delle controversie. Fa presente quindi che il pratico ha da gestire tutto un eterogeneo insieme di fonti e che egli solo è quindi, con la sua professionalità e conoscenza del diritto, in grado di far funzionare il sistema appunto concretamente nel quotidiano.

Alle accuse dei culti risponde poi anche un altro giurista italiano, Alberico Gentili, che peraltro costituisce in qualche modo una voce 'fuori dal coro', poiché egli è di

religione protestante e insegna ad Oxford. Nel 1582 pubblica sei Dialoghi *De iuris interpretibus* (sugli interpreti del diritto) nei quali, con obiettività ed equilibrio, riconosce la correttezza di molte delle accuse dei Culti, perché ammette che i bartolisti hanno spesso mostrato ignoranza e commesso errori, egli però ribadisce anche la convinzione che, nella sua parte migliore, il *mos italicus* sia ancora valido.

Alberico Gentili spiega cioè che è senz'altro necessaria una revisione e correzione filologica dei testi e deve essere migliorata la preparazione culturale dei giuristi ma che il metodo di studio e di argomentazione può rimanere quello tradizionale, altrimenti – fa presente – il rischio è che la ricerca filologica rimanga fine a se stessa, sia espressione di un'erudizione elegante ma priva di rilevanza pratica. Essa deve essere invece un elemento di arricchimento, di corredo della preparazione del giurista la cui attività è comunque sempre finalizzata a far funzionare le norme romane nella pratica della vita quotidiana.

Nei tribunali – osserva con buon senso – quello che serve non è l'erudizione ma la capacità di interpretare e capire le norme nella loro applicazione pratica. Un merito del *mos italicus* è proprio, per il Gentili, quello di aver mantenuto una visione d'insieme che tendesse a togliere o sfumare le lacune e contraddizioni e non a evidenziarle per non trovarsi in una pericolosa situazione di incertezza. Forse sono proprio queste ragioni acutamente messe in luce dal Gentili a far sì che in nessun Paese d'Europa, neppure nella stessa Francia, il *mos gallicus* abbia soppiantato completamente il metodo tradizionale.

Si è accennato all'esistenza di un secondo filone di indirizzo dell'umanesimo giuridico, denominato 'sistematico'. Questo filone prende piede soprattutto in Germania, ad opera dello Zasius e dei suoi discepoli, ed in parte in Francia, con altri autori tra cui soprattutto **Ugo Donello**, autore di un vastissimo Commentario di diritto civile, diviso in ben 28 libri.

La sua opera è proprio l'attuazione dei principi e delle idee di questo filone. Si cerca cioè di costruire un nuovo, più organico, sistema giuridico secondo schemi più razionali rispetto all'impostazione giustiniana che era ancora tutta basata sull'analisi casistica. Si fa ricorso, in questa ricerca, anche ai frutti degli studi artistici e letterari usando, per esempio, il concetto di «proporzione», di «armonia» etc.

Proprio perché ormai liberi dal vincolo dell'assoluto rispetto del testo, questi autori riescono a disporre le materie giuridiche in un ordine diverso da quello antico. Proprio i commentari del Donello lo dimostrano. L'ispirazione viene peraltro data, anche in questi nuovi lavori, dalle fonti romane poiché il modello di riferimento per lo più è rappresentato dalle Istituzioni dello stesso Giustiniano e di Gaio (*personae, res, actiones*).

Questo consente di compiere anche qualche valutazione complessiva sugli elementi di novità ma allo stesso tempo di continuità dell'umanesimo giuridico rispetto alle scuole dell'età medievale.

La grande novità è data dallo studio storico, che porta questi autori a vedere anche il diritto romano come storicamente collocato e inquadrato e quindi a pensare di poterlo e doverlo anche, almeno in parte, superare per creare un diritto nuovo più adatto ai tempi.

Al di là delle polemiche del tempo si deve però tener conto che in realtà, come abbiamo ampiamente visto, il diritto non era rimasto fermo neppure nel medioevo, ma aveva continuato a evolversi perché, pur con metodi diversi, anche glossatori e commentatori facevano diritto nuovo. In un certo senso si può dire perciò che glossatori, bartolisti e culti sono tre fasi dello svolgimento di una stessa scienza giuridica. La diversità è data, più che dalle tecniche interpretative, dall'atteggiamento spirituale di cui le tecniche sono poi una conseguenza.

Lo scopo ultimo dei *culti* era quello di verificare la validità del diritto romano nell'ambito delle nascenti società nazionali; la filologia serviva quindi, in ultima istanza, alla politica, come si è visto, in parte, parlando di Hotman. L'elemento unificante di tutti i motivi etici, culturali, religiosi che animavano il moto di rinnovamento era proprio il passaggio dall'universalismo politico medievale al particolarismo statale moderno.

Non è pienamente esatto, quindi, dire che quello umanistico sia stato solo un movimento culturale privo di conseguenze pratiche; fu così in Italia, ma altrove esso sfociò in un concreto moto di rinnovamento del diritto in senso razionalistico.

Una corrente umanistica si sviluppa, con proprie peculiarità, anche in Olanda, proprio cercando di conciliare l'indirizzo pratico di tipo bartolistico con le tendenze storicistiche erudite, giunte a un alto grado di raffinatezza, tanto che questa metodologia è definita GIURISPRUDENZA ELEGANTE. Essa prende il sopravvento nel corso del XVII secolo in tutte le principali università olandesi e si diffonde anche in Germania, continuando quindi a coltivare lo studio del diritto romano tradizionale, ma facendone anche una coltissima ricostruzione tanto da elaborare un sistema giuridico con molti aspetti di diversità e novità che viene definito 'diritto romano-olandese'. Riescono insomma a conciliare prassi e teoria. Su questa linea si svilupperanno anche le teorie del giusnaturalismo.

### **La diffusione del diritto comune in Europa**

Il diritto comune, così come elaborato e concepito dai glossatori e commentatori sulla base dei testi giustinianeî si diffonde, in tempi e modi diversi e con diversa 'intensità' in quasi tutto il continente europeo.

Si tratta, complessivamente, di un fenomeno davvero significativo e singolare, per la forza con cui si realizza, soprattutto tenendo presente che, per lo più, questa diffusione avviene in modo spontaneo attraverso l'accoglimento di questo diritto da parte delle diverse popolazioni che lo assimilano e integrano nel loro sistema giuridico e nelle loro tradizioni.

Le caratteristiche che il fenomeno viene ad assumere sono quindi indicate dagli storici del diritto con i due termini di «europeizzazione» e allo stesso tempo «nazionalizzazione», ad indicare proprio il fatto che, da una parte il diritto comune diviene davvero diritto europeo, capace di creare una base giuridica uniforme in tutto il continente proprio in nome di una superiore unità ma che, dall'altra parte, il diverso modo in cui esso fu accolto, recepito, interpretato e applicato portò anche a una differenziazione, portò a trasformare nei diversi luoghi questo diritto in un diritto nazionale, integrato con gli usi e le tradizioni dei diversi paesi e in parte quindi diverso da quello praticato in altri.

Questi due aspetti, all'apparenza contraddittori, poterono invece lungamente coesistere. Il diritto comune infatti ha una così vasta diffusione perché si presenta subito come un sistema giuridico ampio, ricco, completo, mentre nei diversi paesi europei manca ancora – nel momento in cui esso viene elaborato – un diritto nazionale organico ed evoluto. Questo spiega anche perché, nei luoghi in cui invece un sistema giuridico efficace esisteva già nel medioevo, il diritto comune non riesce ad affermarsi. È il caso, come vedremo, dell'Inghilterra. Questa stessa situazione storica spiega poi perché il diritto comune assuma, nelle diverse regioni, una specifica impronta nazionale, proprio perché va a porsi come normativa di base, completa e sistematica dei vari ordinamenti giuridici.

Con queste premesse appare abbastanza chiaro un altro elemento da tenere comunque presente: quello che si diffonde dall'Italia nei diversi paesi europei non è semplicemente il diritto romano, ma è il diritto giustiniano così come elaborato, ricostruito e interpretato dai glossatori. Il testo normativo circola e viene recepito e utilizzato sempre con l'inseparabile corredo della glossa accursiana e, più in generale, della dottrina bolognese e italiana con tutti i suoi sviluppi. È quindi in sostanza, come abbiamo già visto, un diritto sostanzialmente NUOVO, di natura essenzialmente GIURISPRUDENZIALE, rispetto a quello emanato da Giustiniano, costruito e adattato ai nuovi tempi e alle nuove realtà dell'Europa medievale. Anche per questo avrà tanto successo.

Due sono, un po' ovunque, i principali canali di diffusione della conoscenza e quindi dell'utilizzazione di questo diritto:

- a) le università
- b) il diritto canonico e i tribunali ecclesiastici
- a) Studiando le origini e lo sviluppo degli studi universitari, abbiamo visto come a Bologna, fin dalle prime generazioni, l'interesse per gli studi giuridici così come impostati da Irnerio e dai suoi discepoli si fosse diffuso oltre le mura cittadine, coinvolgendo via via studenti provenienti da altre città italiane ed europee, tanto che l'università stessa nasce divisa per *nationes* e per suddivisione tra gli studenti italiani e ultramontani. Ebbene, è ovvio che l'interesse che spinge questi giovani di tutta Europa ad allontanarsi per anni dalla patria per studiare il diritto non è solo passione per la cultura (anzi si è parlato di come la giurisprudenza fosse *scientia lucrativa*). Ciò significa che, tornati nei loro luoghi di origine, gli studenti laureati a Bologna o nelle altre università italiane portavano con sé una competenza e una preparazione che mettevano a frutto nello svolgimento delle varie professioni forensi o anche, con caratteristiche peculiari di alcune regioni come la Germania, ricoprendo cariche pubbliche e amministrative. Insieme alla loro cultura giuridica personale, gli ex studenti portavano poi con sé, materialmente, i testi legislativi e dottrinali sui quali avevano studiato, allargando così ulteriormente il raggio di diffusione del *Corpus iuris civilis* giustiniano. Col passare del tempo anche fuori d'Italia nacquero importanti centri di Studio e Università nelle quali molto spesso vennero chiamati ad insegnare illustri professori bolognesi (si pensi al già visto caso del Piacentino a Montpellier e altri) e dove, man mano, si svilupparono scuole dottrinali anche dotate di una certa originalità di metodi e di contenuti (Orleans) che portavano anche a filoni di studio del diritto romano diversi da quelli di Bologna. Ecco in atto la 'nazionalizzazione' cui si accennava all'inizio.
- b) L'altro fondamentale veicolo di diffusione del diritto romano è il diritto canonico. Si è visto come la legislazione della Chiesa fin dall'inizio avesse utilizzato e assimilato molti principi e istituti romanistici. Poiché lo stesso diritto canonico, proprio per la sua universalità, aveva una diffusione assai ampia sul continente, esso fu quindi inevitabilmente occasione di conoscenza del diritto romano che conteneva. Vi è poi un ulteriore aspetto da considerare. Il sistema processuale elaborato nell'ambito dei tribunali ecclesiastici, dotato di un alto livello di razionalità e organicità, venne ben presto recepito nella prassi anche dai tribunali secolari. La Chiesa era stata la prima a elaborare un apparato giudiziario efficiente, composto di giudici preparati ed esperti di diritto; questo apparato, tra l'altro, è capillarmente distribuito in tutto il continente dato che i tribunali vescovili sono istituiti in tutte le diocesi. La procedura efficiente, scritta, razionale che si segue in essi è quindi un modello di riferimento essenziale anche per i vari ordinamenti civili che si vanno a costituire. Inoltre, abbiamo visto come i canonisti fossero stati i primi a favorire un avvicinamento tra i due diritti, romano e canonico, nel sistema dell'*utrumque ius*. Anche sul piano sostanziale quindi, nei tribunali ecclesiastici si comincia ben presto ad usare istituti del diritto romano e, per questa via, a farlo 'circolare' in Europa. Primario fu il ruolo della Chiesa soprattutto nei paesi poco o nulla romanizzati (lo si vedrà per la Germania in particolare), laddove l'interesse per gli studi giuridici e quindi la migrazione degli studenti verso Bologna fu minore o più tardo.

Alcune indicazioni sulla diffusione nei diversi paesi europei:

#### La Francia

Nei territori della Francia vi erano alcune zone il cui passato era stato caratterizzato da una profonda romanizzazione risalente al tempo in cui la Gallia era una provincia romana strettamente unita all'impero.

Questa tradizione aveva resistito molto a lungo poiché non era stata cancellata neppure dall'arrivo delle prime popolazioni germaniche.

Come abbiamo visto, infatti, nel sud della Francia si erano stanziati infatti i Visigoti e i Burgundi, popolazioni che avevano subito molto l'influsso della civiltà romana e, anche sul piano giuridico, ne avevano recepito molti principi e istituti, come documentano le loro compilazioni legislative più importanti, la *Lex romana Wisigothorum* (506 d. C.) e la *Lex romana Burgundionum* (post 517 d. C.).

Uno stacco ben più netto si era avuto con l'arrivo dei Franchi. Nel regno franco, dove prevalgono le consuetudini germaniche, il diritto romano sopravvive solo come legge personale delle popolazioni occupate secondo appunto il principio della personalità del diritto. È qui importante il ruolo della Chiesa nella conservazione della tradizione latina.

Dopo il breve periodo dell'impero carolingio, dopo la morte di Carlo e la suddivisione dell'impero tra i suoi eredi, il venir meno delle strutture istituzionali dello Stato e il prevalere del feudo fanno dilagare il moltiplicarsi di consuetudini particolari dei singoli territori, che portano a superare la personalità del diritto e all'elaborazione di usi locali validi per tutte le popolazioni viventi in un certo territorio.

In queste consuetudini locali tradizione romano-cristiana e germanica si mescolano e le varie comunità e popolazioni elaborano delle proprie **COUTUMES**, diverse proprio in base ai diversi influssi presenti nei vari territori e che mostrano quindi, di volta in volta, il prevalere del diritto romano o di quello germanico anche se entrambi di fatto sono profondamente modificati.

Si viene dunque a creare una graduale differenziazione del diritto applicato in Francia nei vari territori. In particolare, mentre nelle regioni settentrionali, dove non c'era un sostrato consistente di diritto romano, le consuetudini hanno un'impronta molto più fortemente germanica, portata dal dominio dei Franchi, nel sud del Paese, nelle aree che erano state della provincia di Gallia prima e dei regni visigoto e burgundo poi, le consuetudini tengono in vita ed elaborano la tradizione giuridica romana.

Le due diverse zone rimarranno per secoli caratterizzate da questa frattura: le regioni del nord verranno chiamate *pays de droit coutumier* (paesi di diritto consuetudinario) quelle del sud prenderanno il nome di *pays de droit écrit*, paesi di diritto scritto, proprio perché il 'diritto scritto' per eccellenza è il diritto romano, mentre consuetudine 'nazionale', sentita come autoctona, è più quella germanizzata del nord.

È una distinzione più che terminologica perché significa che nel sud anche le consuetudini che si sviluppano si muovono a partire dalla volgarizzazione di **testi** giuridici (tutti rigorosamente **pregiustiniani**), mentre le consuetudini del nord non fanno originariamente riferimento ad alcun testo, ma a puri costumi.

Questi sono dunque i presupposti, le condizioni di partenza in cui si trova la Francia allorché, a partire dal XII secolo, comincia a diffondersi la conoscenza del *corpus iuris* e dello studio che ne fanno i glossatori. Questo studio avrà, come si è visto, uno straordinario successo, ma soprattutto in quel sud che già conosceva la precedente tradizione romanistica. Ecco che allora nei paesi di diritto scritto il diritto giustiniano potrà essere considerato *ius commune* rispetto agli *iura propria* rappresentati dalle varie consuetudini, mentre nel nord, benché anche qui la cultura dei giuristi diventi necessariamente romanistica, al *corpus iuris* non verrà mai riconosciuta una autorità ufficiale di diritto positivo e quindi di diritto comune. In queste zone esso sarà visto semplicemente come *ratio scripta*, cioè come un insieme di principi giuridici di alto livello e di profonda razionalità. Per comprendere questo scarso riconoscimento dato all'autorità del diritto romano nel nord della Francia non basta però il richiamo alle origini germaniche delle *coutumes*.

Occorre infatti tener presente anche un altro importante fattore. I re di Francia hanno avviato, a partire dal X secolo con Ugo Capeto e poi in modo sempre più netto e coerente dal XIII secolo, una politica di accentramento e consolidamento del potere statale nelle mani del monarca.

In questo disegno politico rientra ovviamente anche l'obiettivo di un accentramento del potere legislativo e giudiziario, anzi più esattamente del complesso di poteri della piena *iurisdictio*, dell'*imperium*. Per far ciò il re di Francia aveva ampiamente utilizzato proprio la celebre regola per cui «rex superiorem non recognoscens in regno suo est imperator» e aveva accuratamente evitato ogni gesto o comportamento che potesse in qualunque modo portare a dedurre una sua subordinazione rispetto all'impero.

Ecco allora la preoccupazione, appunto essenzialmente politica, che accettare come vincolante il diritto comune – che nella costruzione ideale elaborata dai glossatori e che sempre lo accompagna, è appunto tale (comune) in quanto deriva dall'autorità dell'imperatore – potesse significare accettazione di una superiorità dell'imperatore stesso.

Il dato significativo è che comunque, non a caso, anche tutta la costruzione teorica e le nozioni usate per fondare l'idea della loro piena sovranità, i re di Francia non avevano potuto trarle da altro che dal diritto romano.

La posizione assunta dai re di Francia nei confronti del diritto romano è perciò ambigua: vi sono ripetuti interventi a partire dal 1200 volti a limitare la sua autorità nei *pays de droit écrit* e a escluderla in quelli di *droit coutumier*. Si può ricordare una decretale di papa Onorio III nel 1219 che, probabilmente su richiesta del re Filippo Augusto, vieta l'insegnamento del diritto romano nell'Università di Parigi.

Ancora più importante è un'ordinanza di Filippo il Bello del 1312: in essa si mette a punto con precisione una gerarchia delle fonti del diritto secondo la quale nel regno di Francia vige principalmente un diritto consuetudinario e non quello 'scritto'. Il fatto che nel sud i sudditi lo osservano significa semplicemente che qui il diritto romano ha vigore perché il re lo permette a titolo di consuetudine locale e non in base all'autorità del testo scritto. Il diritto romano non è quindi vigente in quanto tale, ma solo come consuetudine tollerata dal re.

Per questo – precisa ancora l'ordinanza – è possibile (tranne che a Parigi) lo studio universitario ma solo perché utile per apprendere principi razionali di giustizia e regole tecniche che servono a meglio comprendere le consuetudini.

### La Spagna

Cacciati dai Franchi, in Spagna si erano stanziati i Visigoti che, come si è visto, erano tra le popolazioni germaniche quella più vicina e rispettosa delle tradizioni romane. La loro legislazione è fin dall'inizio profondamente intrisa di norme e istituti romani, dal più antico testo emanato da re Eurico intorno al 475-476, il cosiddetto *Codex Euricianus*, alla *Lex romana Wisigothorum*, all'ultimo e più importante testo normativo visigoto, il *Liber Iudiciorum*, promulgato da re Reccesvindo nel 654, il cui contenuto è una miscela di diritto germanico e romano, applicato senza distinzioni di stirpe per tutta la popolazione.

L'importanza di questo testo è particolare perché, come detto, esso sopravvive anche dopo la caduta del regno visigoto. Nel 711 infatti dall'Africa invadono la penisola iberica gli Arabi che sconfiggono i Visigoti e ne conquistano il territorio. Solo piccolissime zone settentrionali della Spagna restano escluse dal dominio arabo. Da qui poi partirà intorno al 1100-1200 la cosiddetta *Reconquista* che gradualmente riporterà i territori sotto l'influenza cristiana.

Per le ragioni già ricordate legate alle peculiarità del diritto islamico, anche nei territori in cui l'influenza araba è fortissima, tanto che la popolazione ne segue moltissimi costumi (sono i cosiddetti *mozárabes*: «los que viven como árabes»), il diritto che si applica è quello precedente, cioè il *Liber Iudiciorum* che si conserva nella prassi come un testo consuetudinario. Pur subendo anche degli influssi arabizzanti, esso consente di mantenere, anche in quest'epoca un legame con la tradizione giuridica latina. Nel territorio rimasto cristiano delle Asturie y Leon esso resta addirittura ufficialmente legge vigente.

A partire dal 1000 anche in Spagna cominciano poi a fiorire numerose consuetudini, chiamate *fueros*, cioè redazioni scritte della prassi e della consuetudine seguita nelle



diverse località e approvata dall'autorità regia. Proprio questo riconoscimento ufficiale dava a queste raccolte di usi e tradizioni di origine anche molto varia una posizione di importanza notevole nel sistema delle fonti del diritto. I *fueros* sono numerosi e presentano una grandissima varietà di ampiezza, organicità, forma e contenuti. Vi si colgono svariate influenze, da quella germanica a quella araba a quella romana. Questa diversità di tradizioni giuridiche locali era e rimarrà sempre una caratteristica del diritto spagnolo, anche quando i re dei vari regni cominciano una politica di unificazione e di uniformazione degli stessi *fueros* (vi furono *fueros* cittadini e regionali), oltre all'emanazione di leggi di provenienza regia. In particolare va ricordato per la Castiglia il *Fuero Real*, *fuero* generale del regno fatto compilare intorno alla metà del '200.

Con queste premesse è possibile anche per la Spagna valutare quale fu l'impatto che ebbe il diritto comune dove esso cominciò a farsi conoscere molto presto, fin dal XII secolo.

Anche in Spagna, come altrove, il diritto giustiniano, accompagnato dalla sua interpretazione bolognese, giunse soprattutto attraverso gli studenti che tornavano, laureati *in utroque iure*, dalle Università italiane e poi da quelle del sud della Francia. Gli studenti spagnoli a Bologna sono una presenza molto rilevante fino dal XII secolo; costituiscono una loro *natio*, la *natio hispana*, e si dotano di importanti strutture come il Collegio, tutt'ora esistente e dotato di una ricchissima biblioteca.

Come detto, quindi, gli ex studenti riportano in patria la loro preparazione e, materialmente, i testi. Proprio grazie alle competenze acquisite e giuristi vanno ad occupare posizioni di grande importanza nei tribunali e nella pubblica amministrazione. In questo modo si ha una penetrazione e diffusione notevole della conoscenza e dell'uso del diritto comune, anche se non si tratta di una recezione di esso come normativa vigente in via ufficiale.

Nel settore processuale, che anche in Spagna è uno di quelli in cui il diritto comune è subito recepito più favorevolmente, ha anche qui un ruolo chiave la Chiesa con i suoi tribunali che rappresentano un modello anche per quelli laici.

Nascono poi anche in Spagna le prime università; già ai primi del '200 in Castiglia è fondata quella di Palencia e poi Salamanca, in Leon, destinata a un prestigio e un successo enorme e tuttora viva, Valladolid, Lérida e poi Barcellona, Saragozza etc.

Un dato da tenere comunque presente è sempre il particolarismo spiccato: non si può parlare, per quest'epoca, di Spagna *tout court*, ma occorre distinguere i diversi regni, anche perché in effetti l'accoglienza e lo spazio riservato al diritto comune furono assai diversi.

Di una recezione vera e propria si può parlare soltanto per la Catalogna e l'isola di Maiorca: essendo territori intensamente legati dal commercio al resto del Mediterraneo, si usò ben presto in modo intenso il diritto comune nella prassi e nella giurisprudenza fino ad arrivare, nel 1409, alla recezione ufficiale del diritto comune come diritto sussidiario.

Del tutto opposto l'atteggiamento tenuto nel regno d'Aragona, dove si ebbe una fortissima opposizione; l'Aragona era il territorio più chiuso e con una tradizione di *fueros* molto forte e radicata. Il diritto generale del regno era raccolto nel *Fuero de Aragón*, nel quale NON si prevede il diritto comune neppure in via sussidiaria, preferendo risolvere i casi non previsti usando l'equità.

Non poche resistenze si ebbero in Navarra, dove il diritto comune entrò in qualche modo solo in via indiretta, ad esempio, il diritto canonico o per l'influsso della cultura francese.

Un percorso particolare fu seguito in Castiglia: qui il potere regio si afferma e riesce ad imporre la sua politica di centralizzazione e uniformazione del diritto nel corso del 1200. I *fueros* locali perdono quindi gradualmente di importanza rispetto alla legislazione del sovrano o ai testi che sotto la sua autorità avevano riordinato e raccolto le consuetudini, come il già citato *Fuero Real*.

L'impatto con il diritto comune e la dottrina bolognese creò anche al re di Castiglia, come a quello francese, essenzialmente un problema politico al quale però il re diede una

soluzione originale, diversa da quella francese: il re Alfonso X, detto 'el Sabio', nel 1265 fece redigere un testo legislativo chiamato *Ley de las siete partidas* (Legge delle sette parti): scritti in castigliano, furono tradotti e inseriti in questa raccolta moltissimi testi della compilazione giustiniana e della dottrina che su di essa era fiorita ad opera dei glossatori, nonché delle Decretali pontificie. Vi erano poi anche norme castigliane e scritti di giuristi locali.

Questo testo doveva costituire l'insieme del diritto nazionale castigliano; in questo modo Alfonso X riusciva ad accogliere i frutti migliori dello studio del diritto romano riscoperto, pur proclamandosi del tutto indipendente rispetto ad ogni subordinazione all'impero. Il diritto romano è così applicato ma senza una diretta recezione; è 'nazionalizzato' e 'trasformato' in diritto comune castigliano promulgato dal re e vigente per sua sola autorità.

In realtà Alfonso X non riuscì subito ad attuare il suo complessivo disegno di riforma per le resistenze delle forze più tradizionaliste. La sua *Ley* entrò in vigore soltanto con Alfonso XI nel 1348. Questi promulgò il cosiddetto *Ordenamiento de Alcalá*, con il quale fissava una precisa gerarchia delle fonti: al vertice il diritto regio, poi i *fueros* se non contrastavano con le leggi del sovrano o con la ragione e infine, nella veste di diritto comune sussidiario, la legge delle sette parti.

### La Germania

La vicenda dei rapporti tra la Germania e il diritto comune si presenta con aspetti veramente paradossali. Da una assoluta estraneità si passò – con estremo ritardo rispetto a tutti gli altri territori europei – a una recezione totale e completa.

Nel periodo medievale in Germania le tracce della tradizione latina sono scarsissime e quasi inesistenti, rispetto alla forza delle consuetudini e degli usi di impronta fortemente germanizzata.

Eppure questo si presenta come un dato singolare se si tiene conto del fatto che, almeno dal '900, cioè dal periodo della cosiddetta *renovatio imperii ottoniana*, al re di Germania spetta il titolo anche di 're dei Romani' e di imperatore del Sacro Romano Impero.

Parrebbe logica conseguenza che vi si applicasse il diritto imperiale per eccellenza, appunto il diritto romano; invece l'area tedesca rimase la più chiusa e ostile rispetto alla tradizione romanistica. L'idea della *translatio imperii* per lungo tempo non ebbe alcuna influenza sull'evoluzione giuridica.

Ecco quindi il primo paradosso della Germania: nell'unico paese in cui l'idea imperiale poteva portare all'applicazione quasi ovvia e automatica del diritto comune, la sua diffusione fu quasi assente o comunque assai più lenta e difficile che in altri territori europei. Mentre a Bologna fiorivano gli studi sul *Corpus Iuris*, nella Germania del XII-XIII secolo vigevano numerose consuetudini locali e sparse leggi emanate dagli imperatori germanici. Nei tribunali non esistevano veri giudici ma semplici scabini, cioè uomini del luogo che, per la loro posizione o perché anziani e stimati, sono considerati conoscitori delle consuetudini e quindi capaci di formulare sulla base di esse la sentenza che poi spesso sarà formalmente pronunciata dal signore feudale del luogo che presiede il tribunale nel suo territorio. Proprio per questa loro capacità di individuare la norma giusta in una incerta tradizione vengono spesso definiti 'trovatori di sentenze'.

La molteplicità delle tradizioni giuridiche in Germania si lega anche all'assetto sociale e istituzionale particolare qui formatosi. Dopo la morte di Federico II nel 1250 e la fine della dinastia Sveva la posizione dell'imperatore si era molto indebolita, tanto che egli veniva scelto per elezione da parte dei feudatari principali, i cosiddetti sette Principi elettori (tre di essi erano ecclesiastici: i vescovi di Colonia, Treviri e Magonza, e quattro laici: il Conte Palatino del Reno, il duca di Sassonia, il principe del Brandeburgo e il re di Boemia), a maggioranza.

Vi erano poi, oltre a questi grandi principati che erano quasi dei regni autonomi, moltissimi altri più o meno vasti principati e altrettante città che si erano date un proprio ordinamento e che si qualificavano appunto non a caso come città libere.

La società stessa era rigidamente divisa in classi in base al ceto; i cosiddetti Stati, *Stände*: nobiltà, borghesia urbana, contadini, tra cui in particolare nobili e contadini erano particolarmente conservatori, molto attaccati alle loro consuetudini.

In questo fortissimo particolarismo giuridico, sia di tipo territoriale sia di tipo personale il diritto comune fatica a trovare un suo spazio.

Ad un certo punto, comunque, vi sono occasioni di contatto che portano, nel corso del 1200-1300, a quella che gli studiosi hanno definito come 'precezione'; cioè un periodo nel quale si prepara gradualmente un terreno favorevole alla recezione vera e propria.

Ancora una volta il merito della prima diffusione si deve alla cultura ecclesiastica: tra la fine del 1100 e l'inizio del 1200 comincia questa diffusione. Nel caso della Germania l'importanza del diritto canonico è forse maggiore addirittura che altrove, proprio per l'arretratezza del sistema giuridico vigente.

Gli ecclesiastici si fecero portatori quindi della tradizione romanistica soprattutto con i tribunali, poiché il processo romano-canonico ebbe, proprio in Germania, un successo subito straordinario proprio perché appariva un progresso enorme rispetto a quello ancora basato sull'ordalia e sugli scabini. I giudici ecclesiastici che erano ben organizzati con capillari e precise strutture su tutto il territorio, divennero dei punti di riferimento essenziali; ci si rivolgeva loro anche al di fuori della loro specifica competenza, spesso quindi anche in veste di arbitri, per la risoluzione di qualunque tipo di controversia. In questa loro attività giudiziaria i giudici ecclesiastici applicavano in primo luogo il diritto canonico ma poi anche il romano, anche perché i due diritti sono ormai legati nel sistema dell'*utrumque ius*.

Una seconda strada attraverso cui, sempre negli ambienti ecclesiastici, si ebbe una certa penetrazione del diritto romano fu la prassi notarile: nella redazione dei documenti – che era essenzialmente affidata alle curie ecclesiastiche – si seguono schemi e formule romanistiche e quindi si vanno affermando anche le nozioni romane di contratto, obbligazione etc.

Sempre in questa fase di precezione, ma in un momento successivo, più tardo anche rispetto agli altri Stati europei, a partire dalla fine del '200 cominciano anche ad arrivare nelle Università italiane gli studenti tedeschi che, all'inizio, oltretutto studiano prevalentemente il diritto canonico e sono essi stessi ecclesiastici.

Sarà soltanto un secolo dopo, alla fine del XIV secolo, che i laureati nelle università italiane vengono inseriti nella amministrazione specialmente delle città tedesche.

Proprio questo ritardo tuttavia, che nasce dal fatto che la Germania non ha una classe autoctona di giuristi né un proprio diritto uniforme spiega anche un altro, opposto, 'paradosso' rispetto a quello dell'irrelevanza della presenza imperiale; spiega cioè perché, sia pure con estremo ritardo, il diritto comune fu poi recepito in maniera completa; assai più di quanto avvenuto nelle altre nazioni del continente.

Dal '300 in poi gli studenti tedeschi giunsero in Italia in gran numero e si cominciarono a fondere le prime università in Germania (anche se fino al '400 in esse continuò a prevalere lo studio del diritto canonico e anche se fino a tutto il '500 si continuò a reputare superiore il titolo italiano). Una peculiarità tedesca riguarda poi lo sbocco degli studi giuridici.

I giuristi dotti formati romanisticamente (anzi il termine *Jurist* indicava propriamente solo questi) assumono un ruolo chiave nella società tedesca. Dal punto di vista del ceto sociale essi provenivano per lo più della borghesia commerciale cittadina, economicamente forte e quindi anche in grado di sostenere gli ingenti costi degli studi all'estero per i propri figli. Questi costi erano poi ampiamente compensati perché il titolo accademico equiparava il *doctor* a un nobile; egli diventava cioè cavaliere e si vedeva aprire tutte le possibili carriere.

In particolare quindi in Germania i giuristi non si limitano a svolgere le professioni della pratica forense ma vanno a occupare cariche pubbliche e funzioni amministrative nella burocrazia imperiale o locale, ai più alti livelli, godendo di un prestigio straordinario.

Quindi, almeno inizialmente, i *doctores* non vennero chiamati dai vari centri di potere propriamente in quanto conoscitori del diritto comune, ma come funzionari e consiglieri in campi come quello politico, diplomatico e in genere amministrativo. Essi però, naturalmente, operano in questi campi usando la logica giuridica che hanno appreso nei loro studi e diffondono questa cultura. In un secondo momento essi vanno poi, come è logico, ad inserirsi anche nei tribunali, dove quindi introducono il processo romano-canonico con i suoi schemi razionali ed efficaci.

Si attua così quel fenomeno che è stato qualificato come processo di RECEZIONE PRATICA che culmina, alla fine del XV secolo, con un intervento ufficiale da parte del sovrano.

Il periodo lungo della cosiddetta prerecezione aveva ormai portato ad una larga diffusione e a una piena affermazione dello *ius commune* come un diritto uniforme rispetto ai diversi diritti locali tedeschi.

Decisiva fu dunque nel 1495 un'ordinanza con cui, nel corso della Dieta di Worms, l'imperatore Massimiliano I riordinava il vecchio tribunale dell'impero, da tempo non più funzionante, istituendo un Supremo Tribunale Camerale che aveva sede a Francoforte sul Meno proprio per distinguerlo dal tribunale regio, legato alla corte asburgica e con sede a Vienna. Il tribunale camerale era infatti tribunale supremo dell'impero, corte centrale permanente e quindi in qualche modo svincolata dalle influenze personali del sovrano. Per questo la sua competenza era vastissima, estesa praticamente a tutte le questioni privatistiche in grado d'appello.

Ebbene, nell'istituire questo tribunale, l'imperatore stabilì espressamente che almeno otto dei suoi sedici componenti dovessero essere specialisti romanisti e gli altri otto, nobili. In seguito si richiese addirittura che tutti lo conoscessero e che, se non coperti, anche i posti dei nobili fossero dati a giuristi.

Questa competenza appariva necessaria perché si stabiliva altrettanto esplicitamente nell'ordinanza che quel tribunale doveva giudicare secondo il diritto comune e i diritti locali solo se richiesti dalle parti che, peraltro, dovevano anche provarne l'esistenza (cosa non facile, perché molte di queste consuetudini, ancora in pieno '500, non avevano forma scritta).

In questo modo dunque, sia pure solo a fine '400, il diritto comune veniva recepito in blocco, così come interpretato ed elaborato da Glossatori e commentatori e accompagnato da tutto questo patrimonio dottrinale, diventando ufficialmente e per secoli il diritto vigente in Germania.

A questa recezione pratica si accompagnò poi – ma solo a posteriori – anche una RECEZIONE TEORICA. Si recuperò cioè l'insieme delle dottrine risalenti all'idea della *translatio imperii*, che facevano coincidere il diritto romano con il diritto dell'imperatore, per giustificare in modo logico e razionale l'avvenuta recezione.

L'idea di Roma e il mito della romanità dell'impero germanico non ebbero l'effetto di far entrare nei territori tedeschi il diritto comune; una volta però che questa recezione si attuò. Quelle dottrine servirono a legittimare quanto era accaduto e a rendere pacifica e comunemente accolta l'idea che il diritto comune tedesco non potesse essere altro che quello dell'imperatore romano-germanico.

### I Paesi Bassi (Belgio e Olanda)

Fino alla fine del '500 queste due regioni ebbero una storia unitaria dal punto di vista politico e quindi anche giuridico; sotto il nome di Paesi Bassi restarono uniti fino al 1579 allorché le sette province del Nord si proclamarono indipendenti nei confronti degli Asburgo spagnoli che detenevano il dominio e cominciarono una guerra che avrebbe poi portato all'autonomia dell'Olanda.

Anche in queste regioni fino al XII secolo vive una molteplicità di arcaiche consuetudini germaniche, trasmesse allo stadio orale; la giustizia è affidata a corti feudali con, anche qui, la presenza di semplici scabini ad affiancare il signore.

Nel 1100 cominciano i primi segnali di novità con la nascita, nelle città, di tribunali vescovili e le prime partenze di studenti per l'Italia; nel '200 diventeranno numerosi, specialmente quelli provenienti dalle Fiandre. Sempre nelle città si organizzano le prime corporazioni di notai che mostrano, nella stesura degli atti, conoscenze di diritto romano.

Questi elementi si intensificano ancora nel corso del '300, quando la presenza dei *doctores* è attestata a tutti i livelli amministrativi, politici e giudiziari. Importante evento fu il passaggio delle principali province sotto i Duchi di Borgogna nel 1363: la loro politica si basava infatti su un programma di unificazione e integrazione politica dei vari territori e, per questo, essi si mostrano aperti nei confronti del diritto romano e dei giuristi, dotati degli strumenti tecnici e culturali adatti per questa organizzazione.

Nel '400 si realizza un sistema giudiziario centralizzato e viene creato il Gran Consiglio di Malines (1474) come tribunale supremo.

Nascono le prime università tra cui spicca Lovanio (1425) le cui facoltà giuridiche diventano un grande centro di diffusione del diritto comune.

Dopo la separazione del Belgio dall'Olanda sarà soprattutto in quest'ultima che lo studio e l'utilizzo del diritto comune proseguirà secondo uno stile e un metodo molto originale.

### Cenni sulla *Common Law*

Il diritto inglese è un diritto sostanzialmente autonomo rispetto al resto della tradizione europea ed ebbe rapporti molto limitati con il diritto comune. Le due diverse tradizioni anzi sono piuttosto diverse sotto molteplici aspetti.

Le origini del diritto inglese risalgono alle prime organizzazioni amministrative e giudiziarie date al regno dai Normanni dopo la conquista, culminata nella celeberrima battaglia di Hastings nel 1066, vinta da Guglielmo il Conquistatore.

In precedenza, dopo che varie popolazioni germaniche avevano invaso l'isola a partire dalla seconda metà del V secolo, si era cancellata quasi ogni traccia della cultura latina portata dai romani con la colonizzazione e si erano instaurati vari regni germanici.

I primi sovrani che tentarono di dare un assetto più organico furono dunque i conquistatori normanni: il territorio si era già diviso in contee e centene nelle quali funzionavano dei tribunali di tradizione popolare dove la giustizia veniva amministrata in base alle consuetudini locali e che andava a porsi in concorrenza con quella signorile dei vari feudatari e signori locali.

Guglielmo apportò poi importanti novità: pur mantenendo formalmente le strutture preesistenti egli gradualmente sostituì la vecchia aristocrazia terriera con nuovi vassalli normanni e con personale di sua fiducia. Con grandi doti organizzative riuscì a tenere sotto controllo tutto il territorio con provvedimenti di grande lungimiranza, come l'istituzione del primo capillare censimento delle proprietà terriere avvenuto nel 1086 che realizzò un vero e proprio catasto, funzionale alla riscossione dei tributi.

Fondamentale fu la riorganizzazione dell'amministrazione giudiziaria su basi accentrate; è con questo atto che in effetti nasce la *common law*. Si tratta di un processo che si attuò per tappe successive nel corso di circa duecento anni:

- a) venne creato a Westminster un gruppo di corti centrali regie, in grado di tenere sotto controllo tutta l'attività giudiziaria del regno.
- b) Si istituirono organi capaci di controllare anche l'attività giudiziaria svolta a livello locale nelle contee e centene rendendo anche questa giurisdizione una giurisdizione regia.
- c) Si adottò un meccanismo per ottenere l'intervento regio anche nello svolgimento dell'attività giurisdizionale feudale.

a) la più antica istituzione del regno era la *curia regis*. Essa rappresenta il centro di tutte le funzioni e gli uffici di governo e delle varie attività connesse con l'amministrazione del regno. La curia, o *King's Council*, proprio perché riuniva tutti i feudatari e i più alti funzionari, chiamati ad assistere il monarca nelle sue decisioni, svolgeva anche attività giudiziaria vera e propria. Idealmente era il re stesso a detenere la giustizia e a esserne il garante; in questa concezione entrava anche l'idea germanica che qualunque atto lesivo della pace pubblica turbava la PACE DEL RE e quindi lo coinvolgeva direttamente. Come vertice del sistema feudale egli era poi l'unico in grado di pronunciarsi sulle liti insorte tra i suoi vassalli etc. Originariamente quindi la curia si riuniva in assemblea plenaria appunto presieduta dal re per qualunque deliberazione o giudizio su una vertenza di particolare importanza, mentre l'ordinaria amministrazione era affidata a gruppi minori di funzionari che gradualmente si vanno specializzando. Emerge quindi un gruppo ristretto che lavora in modo permanente al disbrigo dei vari affari (il cosiddetto *Permanent Council*) da cui poi si creano tre grandi corti giudiziarie:

1. la prima ad essere istituita, nella prima metà del XII secolo, è l' *Exchequer* o Scacchiere. Si trattava di un organo preposto alla revisione dei conti e al controllo della contabilità statale. Originariamente aveva quindi una competenza limitata alle controversie fiscali, ma questa competenza fu poi estesa a ricomprendere molte controversie tra privati. Tale risultato fu ottenuto ricorrendo ad una finzione giuridica: un soggetto debitore del fisco e convocato davanti alla corte dichiarava di non aver potuto pagare perché a sua volta creditore di una terza persona. A quel punto la corte diveniva competente anche a risolvere la lite tra i due privati cittadini.

2. Nel 1178 re Enrico II istituì un secondo organo, la *Court of Common Pleas* (corte delle udienze comuni). Inizialmente si trattava di una commissione di cinque giudici (due ecclesiastici e tre laici) destinata a seguire il re nei suoi viaggi nei quali il sovrano amministrava la giustizia; in seguito anch'essa venne insediata a Westminster in base alla *Magna Charta* del 1215. Essa aveva una competenza generale nelle controversie tra privati una giurisdizione ordinaria a largo raggio.
3. Il terzo organo creato fu la *Court of King's Bench*. Questa corte era la più strettamente legata alla persona stessa del sovrano poiché si presumeva che le deliberazioni avvenissero sempre in sua presenza (ciò accadde realmente, anche se certo non per tutte le cause!). Al *King's Bench* spettavano infatti tutte le cause più importanti, civili e penali, non devolute alle altre due corti o i casi più complessi che venivano sottratti agli altri tribunali. In particolare spettava a questa corte la decisione di tutti quei danni e atti illeciti che presupponevano una violenza perché appunto si teneva che essi turbassero la pace del re.

Attraverso queste tre corti si attuò quindi un sistema giudiziario ben funzionante e centralizzato, in grado anche di svolgere un indiretto ma importante controllo sull'operato dei giudici locali.

Per avviare un processo davanti a queste corti occorreva infatti uno specifico ordine regio, chiamato **WRIT** (dal latino *breve*), redatto dalla cancelleria centrale del regno secondo formule fisse che corrispondevano a specifici tipi di azioni. Il presupposto per l'emanazione di un *writ* era che il processo, avviato presso una corte signorile o locale, non potesse essere utilmente proseguito.

Il *writ* infatti era formalmente indirizzato proprio a chi presiedeva la corte di contea o baronale e ingiungeva a questo tribunale di rendere giustizia al richiedente, riguardo a una lite in corso in quella corte. Il privato cittadino, quindi, se riteneva di aver subito un'ingiustizia dalla corte locale o se il processo lì iniziato non riusciva a giungere a compimento, pagando una cospicua tassa poteva ottenere dalla cancelleria l'emissione del *writ*. Il passaggio al tribunale locale era sempre necessario per il principio feudale secondo cui ciascuno doveva essere giudicato da persone della sua terra e di pari condizione sociale. Il presupposto del *writ* era quindi che la lite portata di fronte alle autorità locali non avesse dato soddisfazione. Quindi il *writ* ordinava di rendere giustizia con l'alternativa di una convocazione dei litiganti di fronte a una delle corti di Westminster. Con questo meccanismo si trasferiva la causa alla giurisdizione regia. Come si è detto, il *writ* aveva una formulazione fissa, secondo uno schema prestabilito che corrispondeva a un dato tipo di azione. Era fondamentale, per non rischiare di perdere la causa, scegliere quello giusto.

Inizialmente i primi *writs* erano concepiti come una concessione speciale, come una forma eccezionale di intervento regio, rilasciati caso per caso e con un costo altissimo; riguardavano soprattutto controversie relative alla titolarità di possessi fondiari. A partire da Enrico II l'emanazione divenne una prassi più costante e ordinaria nel quadro della politica antibaronale perseguita da questo sovrano. Fu così costruito il primo e più antico tipo di *writ*, il *Writ of right* (*breve de recto*) con il quale si puntava a risolvere un tipico problema feudale: un soggetto A pretendeva il possesso di un fondo concessogli dal barone B e che però era occupato da un terzo soggetto C. Il *writ* ingiungeva quindi al signore (B) di attivarsi presso la corte locale per accogliere il reclamo di A, altrimenti la controversia sarebbe stata risolta dalla corte regia. Da questo primo tipo si svilupparono poi varie altre tipologie di *writ*; le prime si riferiscono quasi tutte a controversie possessorie; per esempio il *writ Precipe quod reddat* originariamente riferito a controversie tra vassallo maggiori, ma poi esteso: ordinava allo sceriffo (giudice di contea, da *shire-reeve*, come vedremo, da un certo punto in avanti, nominato dal re stesso) di ingiungere al convenuto la restituzione di un fondo conteso, in difetto al convenuto stesso era ordinato di comparire davanti alla *Court of Common Pleas* a Westminster.

Un altro tra i più antichi *writ* è poi il *Writ of debt* che ingiungeva l'immediato pagamento di un debito costituito da una somma di denaro definita. Esso divenne la vera e propria forma di citazione giudiziaria del convenuto.

Infine molto importante era il *Writ of Covenant*, che mirava a ottenere l'adempimento di un obbligo assunto con un accordo non formale riguardante una somma incerta di denaro. Con il passare del tempo i *writs* si tipizzarono e generalizzarono portando la giurisdizione regia a estendersi largamente.

b) Un'altra strada seguita dai re normanni per imporre il loro controllo giurisdizionale su tutto il territorio fu quella di istituire appunto varie figure di funzionari regi operanti a livello locale. Il primo fu l'ufficiale di contea (*King's reeve*) nominato appunto dal re con compiti amministrativi, finanziari, militari, giudiziari, tra cui quello appunto di presiedere la *shire court*, la corte di contea. Alle dipendenze di questo ufficiale, che prende appunto il nome di *shire-reeve* (sceriffo appunto), erano posti altri funzionari come lo *hundredman* di ciascuna centena e altri ufficiali subordinati detti *coroners*. In realtà la sapienza dei re normanni fu quella di non abolire le figure preesistenti - queste infatti erano già attive da prima - ma di inserirle nel loro sistema sottraendo questi funzionari alla rete dei rapporti feudali e rendendoli direttamente dipendenti dalla corona.

c) Vi fu poi anche un'istituzione completamente nuova, capace di creare un fortissimo legame tra centro e periferia: i giudici itineranti, cioè magistrati provenienti dalla Curia regia e mandati in giro per il territorio del regno con una corte di giustizia viaggiante che in quanto corte regia, aveva una vasta competenza e un'autorità preminente rispetto alle varie corti locali, feudali e di contea. Questo meccanismo entrò in uso già a metà del 1100 e ottenne il risultato di porre in posizione subordinata tutte le corti locali. Nel 1176, nell'ambito di una Assise tenutasi a Northampton, si fissò a 18 il numero dei giudici itineranti, si divise il regno in sei circuiti, ciascuno dei quali vedeva quindi operare una corte di tre giudici.

Questo processo di accentramento dei giudizi nelle mani dei magistrati regi si poté ottenere anche perché ebbe il sostegno generalizzato della popolazione che aveva una grande fiducia nella corona, anche perché in effetti la procedura davanti ai giudici regi era assai più rapida e rigorosa e dava molto migliore affidamento e garanzia. In particolare si era molto evoluto rispetto ai tribunali signorili il sistema delle prove. La sentenza si poteva fondare sulla base della testimonianza giurata di un gruppo di persone del vicinato appositamente convocate, mentre prima di questa riforma, voluta da re Enrico II nel 1179, l'unica via per chi si vedeva contestare il suo libero possesso di una terra restava il duello.

Enrico II dunque stabilì che il convenuto poteva rifiutare la prova ordalica e chiedere che sulla lite effettuasse una *recognitio* e si pronunciasse un consenso di 12 probi abitanti del luogo, chiamato Magna Assisa del re. Questi 12 *recognitores* avrebbero dichiarato sotto giuramento quale dei due contendenti avesse realmente pieno titolo al possesso. Questa loro dichiarazione era intesa come prova, cioè come testimonianza della corrente opinione locale sulla questione e quindi su di essa si sarebbe basata la sentenza.

È questo uno dei germi di un istituto che sarebbe diventato fondamentale nel processo di *common law*, cioè la **GIURIA**. Analoghi meccanismi si prevedero infatti anche in materia penale: in questo ambito si crearono già nel XII secolo due diversi organi: un Gran Giurì, composto di 24 persone per contea che aveva il compito di presentare ai giudici centrali periodicamente la lista degli indiziati di grave reato. In sostanza il Gran Giurì promuove l'azione penale e fa una prima scrematura dei casi. Un *Petty Jury*, di 12 probi abitanti del luogo emette poi il verdetto nelle cause criminali già in ruolo. La deposizione emessa, il *vere dictum* era appunto considerata come prova. Non è quindi ancora la giuria vera e propria che si sviluppò in seguito. Nel '300 questi giurati divennero non più semplici «dichiaratori di una verità-prova» ma veri e propri giudici, chiamati a pronunciarsi al termine dell'intero dibattimento sulla questione di fatto formulata dalle parti e dalla quale dipendeva l'esito della causa.



Su queste basi si delinea il sistema giuridico inglese che si sviluppa poi attraverso le decisioni vincolanti delle tre corti di Westminster e quello che si va organizzando come «sistema dei precedenti», attraverso la documentazione dello svolgimento dei processi e delle sentenze, dapprima negli appunti degli studenti (*Year books*), poi in più ampi e dettagliati *Reports*.

Dal 1300 in poi, a seguito del divieto di emanazione di *writ*s nuovi, il diritto inglese viene arricchendosi e integrandosi attraverso l'attività svolta dal Cancelliere, un ecclesiastico (almeno fino alla rottura con la Chiesa attuata da Enrico VIII), confessore del re e da lui incaricato di esaminare le moltissime petizioni mandate al sovrano da coloro che non riuscivano ad ottenere giustizia tramite le tre corti di Westminster. Gradualmente venne costituendosi un vero e proprio tribunale, la *Court of Chancery* (corte di Cancelleria), che opera attraverso il criterio dell'*Equity* (sul modello dell'equità canonica e con procedure assai simili al processo romano – canonico dell'Europa continentale) intervenendo con rimedi specifici a colmare le lacune della *Common law*.

Si può quindi comprendere, anche da questi pochi cenni, per quali ragioni questo sistema rimase sostanzialmente estraneo alla tradizione di diritto comune diffusasi invece sul continente europeo in quasi tutte le regioni.

Un elemento che impedì questo influsso è stato infatti individuato semplicemente in quello che gli storici hanno definito «fattore tempo». Significa semplicemente che, nel momento in cui le teorie scientifiche elaborate dai glossatori cominciano a diffondersi in Europa, in Inghilterra i monarchi hanno già avviato da alcune decine di anni la loro opera di ristrutturazione del sistema giudiziario e le corti di Westminster stanno già operando a pieno ritmo con il loro collaudato sistema dei writs che ha già creato una sorta di diritto comune all'interno di tutto il territorio inglese.

Le corti e il diritto inglese furono istituiti e avviati quando ancora il diritto comune non era una reale possibile alternativa sul piano pratico e quindi, anche quando poi esso si diffuse ed ebbe il suo massimo splendore, la *common law* resistette e sopravvisse autonoma.

Questo non significa peraltro che in Inghilterra non si sia avuta una qualche conoscenza romanistica. Probabilmente gli stessi Normanni portarono con sé molte di queste conoscenze. Al seguito di Guglielmo il Conquistatore vi era infatti un celebre maestro della scuola longobardistica di Pavia, Lanfranco, un ecclesiastico che divenne poi arcivescovo di Canterbury e cancelliere, competente proprio per l'attività legislativa del re. Nel diritto importato dai Normanni dunque c'erano sicuramente influssi romanistici.

Un vero studio scientifico del diritto giustiniano si poté avere però solo nel 1139, allorché arrivò in Inghilterra un altro italiano, il mantovano Vacario, un glossatore civilista di alto livello, formatosi proprio a Bologna. Egli fondò un centro di studi giuridici a Oxford, scuola che ebbe subito un grande successo. Dieci anni dopo, divenuto popolarissimo, Vacario pubblica un compendio in nove libri del contenuto di Codice e Digesto, accompagnato da glosse: lo chiama *Liber pauperum*, perché con esso vuole rendere accessibile lo studio del diritto anche a chi ha pochi mezzi (essendo più ridotto infatti costa molto meno del *corpus iuris* in versione integrale). È subito un vero successo, ma questo suscita l'ostilità del potere regio. Così nel 1151 re Stefano I fa chiudere la scuola e al celebre glossatore viene vietato di insegnare.

I divieti di insegnare il diritto romano furono ripetuti più volte ma del resto, nel frattempo, il sistema inglese aveva raggiunto un suo livello di completezza e non era più un pericolo.

Tracce di istituti e concetti romani si ritrovano comunque anche nell'opera di giuristi successivi come nel *Tractatus* scritto nel 1187 dal Glanvill, che è la prima trattazione teorica del diritto inglese o, ancor più, in quello scritto a metà duecento da Henry Bracton, col quale arriva proprio al culmine l'influsso scientifico romanistico.

Fu questo in effetti in Inghilterra il ruolo del diritto romano, quello di offrire schemi logici di inquadramento e di razionalizzazione. In questo infatti la scienza romanistica restava insuperabile.

## APPENDICE : TESTI

### 1. La Glossa magna di Accursio

(N. B. le immagini degli originali sono disponibili tra i materiali didattici in allegato separato: qui si propone la traduzione di alcuni stralci per aiutare a visualizzare e comprendere la struttura dei testi)

		D 1. 1. 1 Proemio	
	<p>g. glossa alla parola <i>Crimina.</i> (crimini) infatti il gioco è vietato etc.</p> <p>i. glossa <i>Prius animas.</i> (prima le anime) cioè il senso naturale del fare il bene ed evitare il male</p>	<p>..... Emaniamo in conclusione quello che è stato ritenuto necessario perché, né in questa splendidissima città, né nella bellissima città di Berito [oggi Beirut], nessuno, tra coloro<sup>f</sup> che svolgono studi legali, osi esercitare giochi e perpetrare altri crimini<sup>g</sup> pessimi, anzi, di più, servili e tali che il loro effetto è un' ingiuria, o contro i professori stessi, o contro i loro 'soci' [gli allievi] e soprattutto contro coloro<sup>h</sup> che, 'rudes' [cioè semplici, ignoranti] pervengono a recitare le leggi. Chi infatti potrebbe chiamare giochi, quei comportamenti da cui originano crimini? Non sopportiamo infatti che ciò si faccia in alcun modo, ma consegniamo in ottimo ordine questa zona nei nostri tempi e la trasmettiamo a tutto il prossimo secolo: poiché è necessario che prima le anime<sup>i</sup> e poi le lingue siano erudite<sup>k</sup>. E quell'uomo eccelso che è il prefetto di questa nobile città [il 'praefectus urbis'] curerà che tutte queste cose siano osservate in questa fiorentissima città e curerà pure di punire i delitti ed esigerà la 'qualità' tanto dei giovani che degli scrittori. A Berito se ne occuperanno tanto l'illustrissimo 'praeses' [presidente, autorità di governo della regione] della Fenicia Marittima, quanto il santissimo vescovo di quella città e i professori<sup>l</sup> di legge....</p>	<p>f. glossa alle parole <i>Ex iis.</i> (a coloro): cioè agli 'scholares' (gli studenti della 'Scuola') o ai 'doctores' (i professori)</p> <p>h. glossa <i>In eos.</i> (contro coloro) cioè i novizi, che sempre credono di essere presi in giro e fatti oggetto di ingiurie. Accursio.</p> <p>k. glossa <i>Eruditas.</i> (erudite) cioè 'nel parlare'</p>
		<p>l. glossa <i>Professores</i> (professori) si fa così notare che gli</p>	

	<p>‘scholares’ hanno tre giudici: il podestà, il vescovo e il ‘doctor’ e possono scegliere quello che vogliono, come (si legge) nel Codex, titolo. <i>Nec filius pro patre</i>. Legge finale, e nell’authentica ‘Habita’ che è dell’imperatore Federico; e poiché secondo questa legge (gli studenti) sono demandati specialmente ai ‘doctores legum’ (i professori di diritto), che sono più importanti degli altri insegnanti, non pare che possano delegare ad altri, come si legge in detta legge finale. Ma oggi sembra che questo compito spetti per diritto di ‘magistrato’ (cioè per il fatto di essere Maestro), dato che la stessa facoltà viene concessa a qualunque Maestro, per cui, in materia civile, si può delegare, come si legge infra, nel titolo de officiis eius cui mandata est iurisdictio, legge 1, §. 1</p>	
--	---	--

<p>C 8.52 (53).2</p>	<p>i. glossa alla parola <i>momento</i> (cioè all' incirca fino al punto) si dice qui 'momentum' per intendere quel tempo con il quale una consuetudine viene rafforzata, cioè 10 anni, o un altro tempo più breve, così come l'espressione 'per quel punto' è uguale a 'per quel giorno'; vedi sopra, al titolo <i>de feriis</i>, legge. <i>omnes iudices</i>.</p>	<p>k. glossa <i>Aut legem</i>. cioè una legge ragionevole; o 'ragione' nel senso di mente ed equità delle legge scritta e 'legge' nel senso di legge scritta in senso stretto, come appare nell'opera di Macedonio, .....</p>
<p>g. glossa alle parole <i>consuetudinis ususque</i> (della consuetudine e dell'uso): considerali la stessa cosa; così anche dove si dice 'e per legge' e come se si dicesse lo stesso</p> <p>h. glossa alla parola <i>longaevi</i>. (di lunga data) cioè del quale non rimane memoria</p>	<p><b>Imperatore Costantino a Proculo</b></p> <p>L'autorità della consuetudine<sup>g</sup> e dell'uso di lunga data<sup>h</sup> non è vile, ma non ha valore fino al punto<sup>i</sup> da sopravanzare la ragione o la legge<sup>k</sup>.</p>	<p>.... Ma sembra che la parte finale di questa legge sia contraria alla parte iniziale. Infatti, se l'autorità non è vile, perciò prevale sulla legge, ma nella parte finale si dice il contrario.</p> <p>A tal proposito, alcuni, come B[ulgare], dicono che nella prima parte si parla in genere, mentre nella seconda la negazione riguarda la specie, così che l'affermazione precedente è derogata in parte, non abrogata in toto (cfr. Digesto, titolo <i>De verborum significazione</i>, legge. <i>derogare</i>); perciò, all'inverso, si può dire che il genere indicato nella prima parte viene conservato dalla specie nella successiva.</p>

Altri intendono il principio della norma come riferito a quella consuetudine che è secondo la legge e il resto come riferito a quella che è contro.

Tu di, secondo l'opinione di G[iovanni Bassiano], che la consuetudine vince la legge, se è generale, in generale, se è speciale, in modo speciale; in tal modo è effettivamente di autorità non vile, ma una consuetudine speciale non prevale su una legge generale; ecco perché la norma ha precisato "non fino al punto da".

Ma sembra che la consuetudine possa indistintamente abolire una legge, come risulta da un passo del Digesto, nella legge *De quibus* [D, 1, 3, 32], che è in contrasto con questa.

Risolvi il problema secondo P[iacentino, che dice che] quella legge parla secondo i suoi tempi, secondo i quali la consuetudine era fatta dal popolo, ed anche la legge era fatta dal popolo, per cui una poteva abolire l'altra. Ma oggi fare la legge è compito del Principe e quindi la consuetudine del popolo non deve abolirla.

Oppure secondo M[artino, che dice che] lì [cioè nell'altra norma] si parla di un' altra consuetudine scritta, cioè del diritto municipale, che può essere abrogato da una consuetudine susseguente; non invece delle legge scritta nel *Corpus Iuris*, che non viene abolita da una consuetudine, come è detto qui [in questa norma].

Un terzo indirizzo dice che, o la legge è tale che ad essa si può derogare attraverso un patto, come è previsto nel senatoconsulto Velleiano (cfr. Digesto, titolo *Ad Velleianum*, legge finale §. penultimo) e allora la consuetudine deroga ad essa, oppure no, come avviene per il patto commissorio e per altri che si sono notati sopra, nel titolo *De pactis*, legge *si quis in conscribendo*, e allora non si può. E giustamente la consuetudine è parificata al patto perché essa stessa è un consenso tacito, come si dice nella legge *contraria*, in fine e nello stesso titolo, legge *de quibus*. Ma ciò non piace, cioè che la consuetudine sia parificata a un patto, poiché, secondo questo ragionamento, non si potrebbe opporre la consuetudine ai 'furiosi' [i malati di mente] e simili, che non possono consentire nè espressamente nè tacitamente (cfr. Digesto, titolo. *loc.*, legge *qui ad certum*), il che è falso. Ma si potrebbe rispondere che la si po' invece opporre ugualmente perché vi ha consentito la maggior parte dell' 'universitas' [la comunità, la società civile] e quindi è come se vi avessero consentito tutti (cfr. Digesto, titolo *ad municipia*, legge. *quod maior*). Ma Giov[anni Bassiano] dice che quella regola ha luogo nelle elezioni e in quegli atti che provvedono per l'utilità dei singoli, ed ha lo scopo di far sì che l' 'universitas' possa essere convenuta in giudizio, nel caso in cui la maggioranza abbia stipulato un contratto o

un'obbligazione. Quella regola invece non ha luogo allo scopo di far sì che una persona che ignora [l'esistenza dell'accordo] possa essere convenuta singolarmente. Ma questa consuetudine diminuisce il patrimonio dei singoli e obbliga qualcuno, cosa che la maggioranza non può fare: infatti, se anche la maggioranza desse per mille volte il suo consenso a che io sia tenuto a qualcosa a favore di qualcuno, non per questo io sarò tenuto.

Un quarto gruppo dice che...

## 2.Gli altri strumenti di lavoro dei glossatori

### Brocarda

Raccolta di brocardi del glossatore Azo (Azzone)

Si evidenziano nella pagina due principi giuridici opposti, entrambi rinvenibili o deducibili da passi del corpus iuris civilis. Qui i due principi sono:

a) L'IGNORANZA DELLA LEGGE SCUSA

Segue elenco dei passi del corpus iuris in cui si può trovare applicato il principio a) (C. indica un passo del Codice, ff (cioè  $\Pi$ = Pandette) indica un passo del Digesto)

b) L'IGNORANZA DELLA LEGGE NUOCE, O NON SCUSA

Segue analogo elenco di passi in cui si può trovare affermato o applicato il principio b)

Segue spiegazione del glossatore sul reale significato delle norme richiamate e su come l'apparente contraddizione possa risolversi con una corretta interpretazione

### Quaestiones

PILLIO DA MEDICINA, *Quaestiones aureae*, Roma 1560

#### Questione 142

[sommario ]Se colui che si è obbligato a consegnare una somma di denaro a Bologna per uno studente, se, venuto via di là, la consegnò perchè fosse consegnata ad un altro, sia liberato.

[esposizione del caso ipotizzato, con il relativo quesito giuridico]

Gaio Seio inviò, attraverso un 'nuncio', una somma di denaro per suo figlio, che credeva si trovasse a Bologna a causa degli studi, dando mandato al 'nuncio' che portasse la somma a suo figlio a Bologna. Costui, ricevuta la somma, la portò a Bologna, ma poichè quello splendido studente che è il figlio di questo Gaio se ne era andato a Salerno per imparare le scienze naturali, questo nuncio trovò una persona di Salerno disposta a trasportare [il denaro] da Bologna e le consegnò il denaro da versare al predetto figlio di Gaio. Mentre questa persona lo trasportava, incappò nei briganti e, spogliata, perse il denaro. Ora Gaio Seio intende agire attraverso l' 'actio mandati' contro il nuncio cui il denaro era stato consegnato per essere portato a Bologna. Si chiede quale è la soluzione giuridica.

[ipotesi di soluzione a]

CHE SIA TENUTO EFFICACEMENTE

che sia tenuto efficacemente in primo luogo è provato per questa ragione, poichè fu in colpa eccedendo i limiti del mandato, come previsto dal Digesto, titolo *mandat. legge. diligenter*. In secondo luogo poichè si comportò negligenemente nel gestire il denaro da

inviare (stessa norma). In terzo luogo perchè doveva e poteva prevedere ciò che sarebbe potuto succedere, argomento dedotto dal Digesto, titolo *loca. l. si quis domum*. In quarto luogo poichè fece portare [il denaro] più lontano di quanto gli fosse stato ordinato, perciò sembra aver agito dolosamente (cfr. Digesto, titolo *commo. legge in rebus*). In quinto luogo poichè agì contro la volontà del mandante; infatti per il fatto stesso che aveva ricevuto il denaro per portarlo a Bologna, risulta che gli era proibito di affidarlo ad altri, argomento dedotto da Digesto, titolo *comod. legge 5, §. interdum*.

[ipotesi di soluzione b]  
AL CONTRARIO

Sembra però persuadere in senso contrario in primis la buona fede del nuncio, che portava il denaro affinché il figlio di Gaio non morisse di fame. In secondo luogo poichè aveva ritenuto fidata e diligente la persona tramite la quale aveva mandato il denaro, come dalla norma del Digesto, titolo *comod. l. argentum*. Terzo perchè intervenne un caso fortuito, argomento dedotto da Digesto, titolo *de pign. act. legge quae fortuitis*. Quarto poichè è sufficiente che il negozio sia utilmente iniziato, anche se ne è seguito un diverso esito. argomento tratto da Digesto, titolo *de neg. gest. legge sed an ultro*. Quinto perchè la causa principale dell'obbligo di portare il denaro era il figlio, non Bologna; perciò poteva essere lecitamente portato anche altrove, dove il figlio si trovasse (argomento dalla stessa norma). Sesto perchè risulta svolgere il trasporto anche chi lo fa tramite un altro (*idem*). Settimo poichè il denaro sarebbe andato perso comunque anche se l'avesse trasportato egli stesso (*idem*).

[soluzione corretta proposta dal maestro]  
SOLUZIONE

Perciò, senza escludere che possa esserci una migliore opinione, a me pare che questo nuncio, se avesse agito in altro modo, non si doveva costringere a portare il denaro oltre Bologna; se dunque ha affidato il denaro ad un'altra persona fedele e diligente perchè lo portasse al figlio del mandante, affermo che va assolto perchè lo fece in attuazione della volontà dello stesso mittente.

Summa

AZZONE, Summa Codicis, ed. Pavia, 1506

[Inizio dell'opera]

Poichè, dopo la scoperta della scienza, è sopravvenuta pienezza di grazia e l'ingegno è stato ulteriormente dotato di successivi benefici della natura, non è sorprendente se la condizione umana riceve incremento dal continuo esercizio, per cui anche la legge dice che "ogni artificio [cioè frutto delle arti umane] è suscettibile di continuo incremento", come si legge nel Digesto, titolo *de legatis III, legge. legatis §. ornatricibus.....*

.....omissis.....

So bene che domino Piacentino, illustrissimo e famoso giurisperito presso Montpellier, ha composto una lodevole *Summa* sul Codice e sulle Istituzioni, ai detti della quale non mi sono proposto di derogare. Infatti, anche se in alcuni aspetti è meno completa, in alcuni altri ha un ordine irregolare ed in alcuni [l'autore] sembra procedere senza osservare il tramite del diritto e perciò in modo confuso, non deve tuttavia essere incolpato da nessuno poichè avere memoria di tutto e non peccare in nulla è proprio della divinità più che dell'umanità (cfr. la legge II del titolo *de verit. iuris enunc.* del *Codex*). Ora dunque io Azzone, residente in Bologna, ho accondisceso umilmente alle preghiere



degli onorevoli colleghi dell'ordine dei giurisperiti, che risplendono per commendevole vita e onestà di costumi, per grandezza di scienza, per numero di persone e per nobiltà di stirpe; cosicchè, viste le loro amichevoli suppliche, mi impegnerò a trattare con lucidità le *Summe* del Codice e delle Istituzioni, sperando che i richiedenti, tanto provetti che principianti, possano facilmente trovare [quello che cercano], poichè spesso consuetamente accade che la notizia del testo venga oscurata dalle glosse.....

.....omissis.....

Incomincia la materia [dedicata] al Codice

Questo libro è detto Codice del signore Giustiniano; ed è un nome generale o, come è chiamato antonomasticamente, un nome proprio; così come si usano anche le parole 'Urbe', 'poeta' 'apostolo' (cfr; il testo di Istituzioni, titolo *de iure naturali* §. I). E perciò è evidente che è chiamato 'Codice' dal verbo 'cogere' [costringere, obbligare]; il costringere o imperare è infatti proprio dell'Imperatore, ecco perchè il suo nome indica di chi è questo libro. E questa è una virtù precipua della legge (cfr. Digesto, *titolo de le. legge. legis*). Oppure si dice così dal verbo 'costringendo', cioè 'componendo' o 'raccolgendo', come si dice 'raccolgere i frutti' (cfr. Digesto, titolo *de pe. legge. si a patre*; §. ultimo); ed è detto di Giustiniano per distinguerlo dai tre più vecchi codici, ermogeniano, gregoriano e teodosiano.

Perciò dobbiamo vedere quale sia la materia di questo libro, quale sia il suo intento, quale l'utilità o lo scopo e da quale origine filosofica lo si suppone. Si può individuare una triplice materia: generale, comune e propria; così come gli si assegna un'intenzione generale, comune e propria. Perciò le materie generali di tutti i libri del Codice sono: diritto, giustizia, poi negozi, poi due vizi, errore e contumacia.....

### 3. Il Commento

Cino da Pistoia

comm. ad C, 4, 36, 1 1. *Si servus extero*

Questa legge è stata commentata *nella Summa* di Azzone in modo breve e carente; questa legge è ritenuta infatti molto difficile e vi sono su di essa glosse simili. Nella lettura di questa procederò così: in primo luogo dividerò la legge. In secondo luogo porrò un casus [un caso pratico esemplificativo]. In terzo luogo raccolgierò le cose notevoli. In quarto luogo evidenzierò le considerazioni contrarie. In quinto luogo formulerò delle questioni circa questa legge e circa la materia di essa.

Vengo al primo punto. Questa legge si divide in quattro parti. Nella prima parte parla del contratto di questo speciale mandato e si chiede se valga dall'inizio. In un secondo passaggio parla di questo mandato, e si chiede se possa essere convalidato ex post. In terzo luogo parla della liberazione del compratore. In un quarto ed ultimo punto parla delle azioni che possono essere intentate dal venditore contro il compratore.

Il casus si ponga così: il tuo schiavo voleva andar via dalla tua casa, forse perchè era trattato crudelmente, perciò si recò da un suo amico e gli disse: 'vi chiedo che facciate per me una grande "curialità" [un atto possibile ad un cittadino romano], su una cosa della quale a voi non consta nulla [che non tocca il vostro patrimonio]'. L'amico dice: 'va bene: dimmi che cosa'. Dice lo schiavo: 'che voi mi comperiate dal mio padrone, e io stesso vi fornirò il denaro per l'acquisto'. L'amico accetta sicuramente e dice che lo farà volentieri, perciò fu stipulato il contratto di mandato. Ci si chiede ora se fu validamente contratto fin dall'inizio. L'imperatore dice di no, che anzi è invalido dall'inizio poichè

non può reggersi nè da parte della persona dello schiavo nè da parte della persona del padrone. Da parte della persona dello schiavo è invalido perché lo schiavo non deve avere poteri maggiori di un uomo libero. Ma se un uomo libero desse mandato di essere comprato, il mandato non varrebbe. Allo stesso modo, da parte della persona del padrone il mandato non sta in piedi perché se il padrone desse mandato circa la stessa cosa di cui diede mandato lo schiavo, il mandato non varrebbe perché il mandato di comprare una cosa già propria è invalido ipso iure e ciò dice la prima parte [della legge].

Ma supponi che l' amico fedele lo abbia comprato e si sia fatto consegnare lo schiavo: potrebbe così il mandato essere convalidato? L'Imperatore dice di sì e lo dice per un'ottima ragione. La seconda parte della norma parla della convalida del mandato. Ora, come ho detto sopra, questo amico ha fatto un favore allo schiavo su una cosa che non lo ha 'toccato' in nulla; infatti ha ricevuto il prezzo dallo schiavo stesso, il quale lo ha tratto dal suo peculio. Il denaro di questo peculio venne consegnato al padrone dall'amico. Ora ci si chiede se pagando tale somma di denaro sia liberato [dall'obbligazione]. L'Imperatore risponde di no perché il compratore è tenuto a pagare una somma al venditore. Ma questo amico ha consegnato una somma che era di proprietà del ricevente e quindi non è liberato, come dice la 3a parte della legge, che parla appunto della liberazione di colui che paga. Ma in ultima analisi: si è detto sopra che, avvenuta la vendita, il mandato si è convalidato; si chiede perciò se il padrone, cioè il venditore, possa agire con due tipi di *actio*, cioè *l'actio mandati*, affinché lo schiavo venduto gli sia restituito, e *l'actio* derivante dalla vendita per avere il pagamento del prezzo; o addirittura se possa agire in ambedue le direzioni contemporaneamente. L'Imperatore dice di no perché le due azioni sono tra loro contrarie e perciò deve scegliere una delle due. Questo dice la 4a ed ultima parte, che parla dell'effetto del mandato.

Risulta perciò che questa legge tratta prima della forza di questo mandato speciale dall'inizio. Secondo tratta della convalida di tale mandato; terzo tratta della liberazione del mandatario che esegue il mandato; quarto tratta dell'effetto del mandato.

Esposta in modo letterale secondo una comprensione veritiera, si nota da questa legge che allo schiavo non deve essere lecito ciò che non lo è per il liberto. Secondo si nota che il mandato si può convalidare *ex post* [una volta eseguito]. Terzo si nota quell'indicazione fatta dai Maestri: non deve essere ascoltato chi faccia allegazioni in senso contrario. Alcuni però dicono un'altra cosa, cioè che è impedita la nascita di *actiones* contrarie.

Abbiamo completato i primi tre passaggi. Ora veniamo al quarto. Opposizioni a questa legge: si dice qui che il mandato di comprare una cosa propria è invalido. Al contrario, poiché si dice nella legge che se il creditore vende una cosa del debitore che ha pignorato, il debitore può dare mandato a qualcuno di comperare la propria cosa e questo si considera fin dall'inizio un vero mandato, come risulta da Digesto, titolo *mandati*, legge *si mandaverit tibi §. si hi quorum*.....

omissis

Veniamo al quinto punto e su questo state attenti perché formulerò delle questioni su qualsiasi parte di questa legge. Prima di tutto sulla prima parte, perché la nostra legge dice "si servus extero". Chiedo chi debba essere chiamato "exterus". Rispondo dicendo che lo può essere chiunque tranne il padrone, come dice la glossa. In secondo luogo chiedo: Poni che lo schiavo abbia dato mandato di comprare se stesso al padrone stesso: che cosa prevede il diritto? la Glossa dice che è lo stesso e così interpreta anche Iacopo Baldovini quanto all'efficacia del mandato dappprincipio: ma quanto alla convalida del mandato non è la stessa cosa. Secondo lui infatti se il padrone compra su mandato dello schiavo non avviene la convalida del mandato. Terzo ci si chiede: qui si parla dell'efficacia del mandato dall'inizio: chiedo e metto in dubbio: per quale ragione il mandato è [in]valido dall'inizio? A ciò questa legge risponde, ma in modo oscuro: il mandato è invalido per la ragione che se fosse valido, o dovrebbe valere avuto riguardo alla persona dello schiavo in quanto mandante o alla persona dello schiavo in se stessa. Ma....

#### 4 Le dottrine sulla potestà normativa dei Comuni cittadini commentando la lex Omnes populi

##### D 1. 1. 9 1. Omnes populi

Gaius, *Libro primo Institutionum*

Omnes populi qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur. Nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium civitatis est vocaturque ius civile, quasi ius proprium ipsius civitatis: quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur

Gaio, dal primo libro delle Istituzioni

Tutti i popoli che si reggono con leggi (*leges*) e consuetudini (*mores*), in parte usano un diritto loro proprio, in parte un diritto comune a tutti gli uomini. Infatti ciò che ciascun popolo, da se stesso, costituì come diritto per sé è proprio di quella stessa cittadinanza (*civitas*) e si chiama ius civile, quasi sia diritto proprio (*ius proprium*) di quella città; ciò che invece la ragione naturale ha costituito [diritto] tra tutti gli uomini, è custodito in modo assai equo presso tutti ed è chiamato diritto delle genti (*ius gentium*), quasi che tutte le genti usino quel diritto.

##### Bartolo da Sassoferrato: iurisdictio

##### Comm ad D 1. 1. 9 1. *Omnes populi*

Ad ogni popolo che abbia giurisdizione è permesso statuire uno *ius proprium*, che è chiamato *ius civile*; mentre quello che è custodito egualmente da ogni gente è definito *ius gentium*.....

(n.3) Risolti i casi diversi, poichè questa legge tratta del diritto proprio che la città stessa si costituisce, cioè degli statuti, tocchiamo la materia degli statuti attraverso alcune questioni principali ed alcune accessorie.

In primo luogo chiedo chi possa fare statuti

In secondo luogo (chiedo) in che modo

In terzo luogo (chiedo) su quali materie

In quarto luogo (chiedo) chi vincola lo statuto una volta fatto

In quinto luogo (chiedo) a partire da che momento vincola

In sesto luogo (chiedo) se gli statuti ammettano interpretazione

In settimo luogo (chiedo) in che modo gli statuti siano dedotti (citati) in giudizio.

In primo luogo pertanto chiedo chi possa fare statuti e, innanzi tutto, se ogni popolo possa fare statuti per se stesso e senza l'autorità di un superiore.

Sembra che la autorità del superiore sia richiesta secondo quanto si legge nel Codex etc...perciò di così: o il quesito si riferisce (lett. chiedi riguardo a) ad un popolo che non ha alcuna giurisdizione, come sono le *villae* e i *castra* che semplicemente soggiacciono ad una città o a un signore; o (il quesito si riferisce) ad un popolo che ha tutta la

giurisdizione concessa dal principe o prescritta .....; o il quesito si riferisce ad un popolo che ha una giurisdizione limitata, come solo nelle cause civili o criminali lievi, come sono molti *castra* nella Marca.....

(n.4) Nel secondo caso, quando il popolo ha tutta la giurisdizione, può fare statuti senza aspettare l'autorità del superiore.....

### Baldo degli Ubaldi: regimen

Comm ad D 1. 1. 9 1. *Omnes populi*

Tutti i popoli possono farsi degli statuti, ed ove cessa lo statuto si applica lo *ius civile* ....ma, poichè le città hanno propri statuti e leggi con i quali si reggono, ciò significa che questa legge tratta di loro. Dunque i popoli o vivono con le leggi comuni o con propri statuti, come qui detto, o con proprie consuetudini. Mi chiedo se tutti i popoli per ogni cosa vivano (si regolino) con il diritto comune. Si risponde che non tutti; infatti in parte i popoli vivono secondo il diritto comune, in parte secondo i propri statuti. Dove vige la sua autorità, il diritto comune è chiamato *ius civile*, ma dove non vige, allora è chiamato *ius commune*, cioè *ius communissimum*, cioè *ius gentium*; mentre lo *ius proprium* è detto *propriissimum* cioè il proprio statuto che ogni popolo si costituisce.

(n.3) Nota perciò che i popoli possono farsi degli statuti.....

(n.4) Ora resta da vedere se per caso in tale statuto è richiesta l'autorità del superiore. Sembra di no, poichè i popoli vivono secondo il diritto delle genti e perciò anche il *regimen* (il governo, ciò che permette di reggersi) dei popoli è secondo il diritto delle genti..ma il *regimen* non può esservi senza leggi e statuti, perciò, per il fatto stesso che il popolo esiste (lett. ha un suo 'essere'), per conseguenza ha anche un *regimen* (un governo, un meccanismo di funzionamento) nel suo esistere, così come ogni essere vivente si regge per suo proprio spirito ed anima, e, se si regge bene, il superiore non può impedirglielo poichè le leggi proibitorie non sono fatte per coloro che vivono bene, ma per gli erranti; infatti, se fanno spontaneamente (lett. naturalmente) le cose previste dalla legge, essi sono legge per se stessi, ed al sano non serve la medicina; se dunque gli statuti sono buoni secondo le esigenze e per la pubblica conservazione di quel luogo, non occorre un altro direttore perchè sono confermate dalla propria giustizia naturale.

## **5.i consilia: evoluzione nel tempo**

### a) Oldrado da Ponte circa 1330

cons. 35

[descrizione del caso]

Il fatto è tale. Un certo Giovanni, laico della diocesi di Utrecht, aspirando alle nozze con una certa Margherita, benché sapesse che essa non voleva contrarre matrimonio con lui, presi con se alcuni compagni la rapì con violenza e, senza che lei volesse e anzi essendo lei renitente, con violenza e minacce di morte la costrinse, in presenza di alcuni testimoni, a contrarre matrimonio “per verba de praesenti” [cioè con parole di impegno per il presente] con lui e poi, sempre contro la volontà di lei, la tenne rinchiusa ed ebbe con lei rapporti sessuali, sempre mantenendola anche dopo l’avvenuto rapporto fisico nel medesimo stato di timore, e per 12 giorni all’incirca la tenne rinchiusa

nella sua casa con la violenza e sempre perdurando la renitenza di lei che, infatti, appena le si presentò la possibilità, fuggì da lui e subito protestò pubblicamente che lei non aveva mai dato il suo consenso ad alcun atto attinente con il matrimonio.

[formulazione del quesito giuridico all'esperto]

Si chiede se fu contratto matrimonio tra loro.

[parere vero e proprio da parte del doctor]

E brevemente si deve dire che, sussistendo come vere le premesse, il matrimonio celebrato tra loro è nullo, il che è provato così: il matrimonio infatti si contrae per il legittimo consenso di un uomo e di una donna {citazione di norme che confermano il principio affermato}. Benché per la Chiesa siano necessarie parole (verba) che esprimono un consenso “de praesenti”, come dicono le norme citate, e benché in questo contratto vi fosse la forma di un contratto coniugale cioè le parole e la successiva copula carnale, dalle quale deriva la sostanza del contratto coniugale, mancò il consenso della detta Margherita e quindi le parole pronunciate e la copula carnale non poterono perfezionare tra loro il patto nuziale.

[replica alle possibili obiezioni che potrebbero sembrare suffragate da altre norme]

Non osta se si dicesse che ella esprime parole atte a contrarre matrimonio e fu poi carnalmente conosciuta dal detto Giovanni con il quale rimase reclusa 12 giorni o all'incirca e perciò sembra avesse tacitamente consentito {citazione del *Liber Extra*, titolo *De sponsalibus*, c. *Ad id quod*} poiché la donna cui si fa riferimento nella legge papale ricordata aveva convissuto per un anno e mezzo con il marito e avrebbe potuto fuggire e non lo aveva fatto mentre Margherita fu tenuta rinchiusa e appena poté fuggì come detto sopra e pertanto, come si dice in un'altra norma {citazione} chi fugge appena può, non si può ritenere che abbia acconsentito. Inoltre la donna di cui si parla nella norma papale ricordata permise il rapporto sessuale e avrebbe potuto allontanarsi dal marito e non volle, ma questa Margherita appena poté fuggì e perciò il matrimonio tra loro è espressamente nullo secondo il diritto canonico. Infatti nel contratto matrimoniale il consenso deve essere libero {citazione} mentre qui il matrimonio fu contratto con la forza e sotto il timore costante di un pericolo in cui ella poteva cadere.

#### b. Giasone del Maino, *Consilia sive responsa*, Lugduni 1544

##### *Thema del consilium X*

Dal caso e tema a me trasmessi, si possono sollevare diversi dubbi. Il primo, se il termine di due mesi assegnati alle parti dalla sentenza arbitrale per presentare il caso sottoponendolo alla consulenza dei *doctores* pavesi, si deve intendere di diritto scaduto o no. Il secondo, se Battista e Ludovico possono ‘purgare’ la mora da loro commessa, non adempiendo a certi capitoli contenuti nella sentenza arbitrale, giurati e omologati dalla parti stesse. In terzo luogo si dubita, poiché nella sentenza arbitrale le parti erano state condannate a rendere noti l'una all'altra i fondi urbani e rurali etc., e a rendere noti e a consegnare l'una all'altra tutti i beni mobili etc., entro i due mesi successivi, sotto pena

etc., ci si chiede se sia sufficiente ad evitare la pena che la pubblicazione e la consegna siano fatte agli arbitri stessi. In quarto luogo si dubita se si debba credere a quanto detto dagli stessi arbitri, cioè che l'esibizione dei libri fu fatta dalla parti a loro entro otto giorni, secondo il tenore della sentenza arbitrale. In quinto e ultimo luogo, si dubita su quale rimedio si debba usare contro gli arbitri affinché pubblicino i suddetti libri con le altre scritture a loro esibite e presentate.

#### *Consilium X*

[l'invocazione iniziale è una sorta di formula fissa. Ciascun autore ha la sua e indica anche l'impegno molto serio di correttezza assunto con la consulenza: non si invoca Dio se si è in mala fede]

Invocati i nomi e l'ausilio del nostro Redentore e della sua gloriosissima genitrice, la Vergine Maria.

Circa il primo dubbio, se il termine di due mesi assegnato alle parti dalla sentenza arbitrale per presentare il caso in questione alla consulenza del doctores di Pavia, si debba per diritto intendere scaduto o no. Ometto di dire qualcosa a proposito di quello che a me è stato scritto, poiché in base alle parole della predetta sentenza, mi sono reso conto che non è previsto nessun termine di questo tipo, ma è piuttosto assegnato un termine di due mesi per interpretare e dichiarare se è emerso qualche dubbio dalla sentenza....

Omissa dunque questa strada, intraprendo piuttosto la via più utile e che reputo, per diritto, più conforme alla verità, e dico che questo termine di due mesi per presentare il caso e chiedere un *consilium* non è trascorso in favore del signor Antonio de Ferraris e dei suoi *consortes*, ed anzi non ha neppure cominciato a decorrere. E per dimostrarlo premetto qualcosa in fatto e poi aggiungo argomenti in iure. Si premette dunque in fatto che da parte degli arbitri nella loro sentenza arbitrale si è assegnato un termine di due mesi entro il quale le parti devono presentare il caso nei termini nei quali lo hanno portato davanti agli arbitri, e mandarlo ai dottori di Pavia per una consulenza. E allo stesso modo si premette in fatto che dal signor Antonio fu fatta questa presentazione del caso nei termini e fu deposta la somma necessaria per le spese di richiesta del *consilium*. Inoltre dallo stesso signor Antonio furono citati gli arbitri davanti al signor vicario, perché costringessero l'altra parte a presentare il proprio caso, ed allo stesso modo che da parte degli stessi arbitri fu fatto precetto all'altra parte, che sempre rimase contumace, di presentare il caso. Allo stesso modo si premette che da parte dello stesso signor Antonio furono fatte ripetute richieste a proposito di questo....

Presupposti questi elementi di fatto, faccio ora un'osservazione fondamentale di diritto, che estirpa alla radice qualunque incertezza vi sia sul primo dubbio.

Ogni qualvolta è stabilito o prefisso dal giudice o da un magistrato un qualche termine, e la parte avversa è tenuta a render pubblico un qualche documento o atti difensivi, o scritture, o qualcosa d'altro, finché non avviene tale pubblicazione il termine non decorre per l'avversario. Ed è ciò che precisamente avviene nel caso nostro, come sopra in fatto dimostrato.....[citazione a sostegno di Baldo e dello Speculum di Guglielmo Durante]...

Circa il secondo dubbio principale, cioè se Battista e Ludovico possono purgare la mora da loro commessa non adempiendo ad alcuni capitoli contenuti nella sentenza arbitrale, giurati e omologati dalle parti stesse. Ometto le allegazioni che potrebbero essere fatte da entrambe le parti e procedo alla vera conclusione che non possono purgare la mora per la presenza del giuramento delle parti aggiunto alla sentenza arbitrale, poiché il giuramento per diritto civile impedisce di purgare la mora. Così per molte ragioni pensano e concludono Bartolo, Angelo degli Ubaldi ed il Saliceto, e lo stesso afferma il

mio padre e precettore autorevolissimo, il dominus Alessandro Tartagni di Imola, e comunemente pensano i moderni.....

Circa il terzo quesito principale, poiché nella sentenza arbitrale le parti sono state condannate a mostrare e consegnare l'una all'altra tutti i beni mobili ed immobili etc., entro due mesi etc., se sia sufficiente per evitare la pena che tale messa in mostra e consegna sia fatta agli arbitri stessi entro detto termine, posto che non fu fatta alla parte. Sembrerebbe che vi sia un dubbio, poiché le parole della sentenza arbitrale comandano che questa manifestazione e consegna sia fatta 'in vicem' [cioè l'una all'altra] e non parlano degli arbitri.

In senso contrario però penso che anzi sia sufficiente che tale manifestazione e consegna sia fatta davanti agli arbitri, come basterebbe se fosse fatta davanti al giudice, che giudicherebbe allo stesso modo. Muovo dalla regola assolutamente comune ('vulgatam') poiché il fatto del giudice e della parte sono del tutto equiparati... [citazioni di Bartolo, Baldo ed altri]...

Circa il quarto quesito principale ... non c'è dubbio che sì, si deve stare a quanto detto dagli arbitri, e ciò è pienamente provato dalla glossa, da Bartolo [vari altri autori citati]

...

Circa il quinto quesito principale ... non insisto molto poiché è chiaro che si può agire con un'*actio ad exhibendum*, ai termini della legge finale del titolo *Ad exhibendum* del *Codex* e come dicono Bartolo ed altri...

Sugli altri due dubbi a me trasmessi non mi sono curato di scrivere poiché ho visto che non hanno nessun rilievo. Tuttavia, per non omettere nulla e soddisfare pienamente il desiderio del richiedente, dico che....

Lode a Dio ed alla gloriosissima vergine sua genitrice, ed inoltre a San Luca, la cui festa celebriamo domani.

Giorno diciassettesimo di ottobre 1475

c.Jacopo Menochio, Consiliorum sive Responsorum liber XI, Venetiis 1609

*Consilium* 1078

Per diritto divino ed umano, la mia opinione è che **l'Eccellentissimo Senato** che rappresenta a Milano la persona del Re cattolico potentissimo e giustissimo in tutto, debba dare sollecita opera e provvedere affinché la prestantissima **signora Luisa Stanga**, vedova di Francesco Filodono, ottenga una dote per potersi sposare una seconda volta, perché non accada, dato che è molto giovane e bella, che abbia dei giovani ricchi – dei quali si vede una gran quantità in questa città – quali insidiatori della sua pudicizia.

Crederei che l'Eccellentissimo Senato possa provvedere e fornire rimedio a questo male con uno di questi tre modi.

E il primo è che la dote di 12000 aurei data e consegnata a nome della stessa signora Luisa dal padre di lei, signor Massimiliano al predetto signor Francesco Filodono, marito della stessa signora Luisa, sia restituita [traendola] dai beni immobili sottoposti a fedecommesso dall'illustre signor Danesio Filodono, zio paterno del suddetto signor Francesco.

È infatti vera e recepita opinione degli interpreti che i beni del fedecommesso possano essere alienati per la restituzione della dote e per la sua stessa costituzione, come affermano [**molti autori ... elenco**], autori che ho già citato nel *consilium* 33 del libro 1 e nel mio trattato *De praesumptionibus*, dove con molti diritti e argomenti ho dimostrato essere vera e più diffusa questa opinione. Né i citati interpreti vedono una differenza nel caso in cui il fedecommesso sia stato lasciato e ordinato dal padre e ascendente del ricevente la dote o da un collaterale, dato che le costituzioni di Giustiniano sull'obbligo di

restituire la dote sono fondate non sulla volontà presunta del testatore fidecommittente ma sulla presunta ignoranza della donna, che non sa se le cose e i beni di colui che sposa sono sottoposti a fedecommissio, ed anche perché la pubblica utilità – perché le donne possano sposarsi – si preferisce all'utilità privata di colui al quale devono essere restituiti i beni del fedecommissio. E così ho addotto queste ragioni, dopo i predetti dottori, nel citato passo del mio trattato *De praesumptionibus*, dove ho risposto al terzo argomento addotto a favore dell'opinione contraria, secondo la quale la costituzione giustiniana contenuta nell'autentica... che parla di obbligo di restituzione della dote sarebbe fondata sulla volontà presunta del testatore e di quella parlerebbero i dottori allegati nel detto terzo argomento. Invece le costituzioni sull'obbligo di restituzione della dote non ne parlano affatto, ma si basano sull'ignoranza della donna e sulla pubblica utilità.

Una seconda provvisione e rimedio sembra che si possa approntare, e cioè che, dato che, come l'eccellentissimo Senato ha già capito abbastanza, il predetto defunto marito signor Francesco Filodono, ha consumato interamente la dote di Luisa senza alcuna colpa di lei, il signor Massimiliano suo padre sia obbligato a dotarla una seconda volta, come scrivono **[molti autori ... elenco]**. Così diciamo che il padre è tenuto a costituire e lasciare di nuovo la legittima al figlio quando quella già data e assegnata venga consumata senza colpa del figlio stesso **[così Baldo ed altri autori ... elenco]**. Ma d'altro canto questa provvisione e rimedio ha una certa durezza e rigore, ed anzi un pericolo, che il futuro marito di Luisa possa sentire in futuro un qualche detrimento; infatti, poiché lo stesso signor Massimiliano, a causa dei debiti e della numerosa prole, secondo diritto può chiamarsi povero, anche se avesse nuovamente 'numerato' 12000 aurei al secondo marito della signora Luisa, potrebbe poi accadere che tale dote fosse del tutto tolta o diminuita, come dicono Baldo e altri **[molti autori ... elenco]**, che la dote costituita da un padre gravato di debiti può essere revocata e annullata per soddisfare i creditori, in pregiudizio dei quali non poteva istituirla.

C'è poi una terza provvisione e rimedio che l'eccellentissimo Senato può proporre, e cioè che dai ricchi redditi del figlio della signora Luisa sia costituita la dote della madre, se è infatti più diffusa e vera l'opinione di coloro che dissero che il figlio è tenuto a costituire la dote alla madre povera che debba risposarsi, così come, dopo i più antichi, scrissero questi 29 interpreti **[elenco puntuale degli autori]**.

E alla loro opinione **sembrano opporsi** un responso di Gaio e uno di Ulpiano che risposero che un tutore può prestare gli alimenti alla madre del pupillo se ella è povera e priva di mezzi, ma non potrebbe darle un compenso.

Ma dotare la madre è donare, dato che nessuna legge impone l'obbligo che il figlio sia tenuto a costituire la dote alla madre. E anche se prestasse gli alimenti alla madre povera, ciò sarebbe piuttosto per causa di *pietas*, che perché sia tenuto ad alimentarla, come scrivono i dottori. Inoltre questa tradizione di questi interpreti è provata da un responso di Diocleziano e Massimiano dove si dice che una madre che dà in dote al patrigno i beni del figlio non lo pregiudica.

E aggiungi una duplice ragione, delle quali l'una è che se il figlio dotasse la madre che si risposasse offenderebbe l'anima del padre, che si dice sarebbe contristato quando la moglie passa a nuove nozze [...] e la seconda ragione è che, poiché al figlio si arreca ingiuria dalla madre che passa a seconde nozze, non è conforme al diritto e all'equità che egli dia la dote alla madre che gli arreca offesa.

**Ma nel nostro caso si deve dire che** questo figlio è tenuto a costituire una dote alla signora Luisa sua madre, affinché possa sposare un secondo marito, perché è l'opinione comune degli interpreti, munita di somma ragione ed equità, che un figlio sia tenuto a dotare la madre giovane, bella e priva di dote e così povera. Così scrivono **[elenco degli interpreti: Baldo, Ripa, Tiraqueu etc.]** che precisano che devono concorrere tutte e tre le condizioni che nel nostro caso concorrono, la povertà, la giovinezza e la bellezza. Lo stesso scrivono **[elenco...]**.

E la tradizione di questi è rafforzata da una prima ragione, che, come la madre deve e suole provvedere ai figli quando vi è una giusta causa **[come prevede la]** legge *Mater*,



del *Codex*, titolo *De iure dotium*, così anche il figlio deve provvedere alla madre, cui deve di più, secondo quanto ho scritto nel commentario *De praesumptionibus*, libro 3, *praesumptio* 29 numero 19 e 20; allora, basandomi sull'opinione di Platone e Cicerone, ho detto che il figlio così deve tutto ai genitori, al punto che deve volere anche la morte per proteggere e difendere suo padre, per questa ragione Ulpiano risponde che la pietà del figlio verso la madre deve essere la stessa che ha la madre verso il figlio. Perciò se il figlio vede la madre povera, giovane e bella trovarsi in imminente pericolo per la sua pudicizia se non si sposa, deve costituirle una dote affinché si sposi.

Inoltre aggiungi che colui che è tenuto a soccorrere la vita, come un figlio verso i genitori, come ho detto, deve anche compiere quell'opera verso l'onore e la buona fama, perché non vengano meno, dato che l'onore è equiparato alla vita stessa [citazione di norme], anzi, l'onore è anteposto alla vita [citazione].

Inoltre, e in terzo luogo, tra due mali si deve scegliere il minore. Dunque, poiché due mali incombono su una donna giovane, bella e povera, cioè l'uno, che se sposa un secondo marito offende l'anima del primo, che si dice sia contristata per le seconde nozze stesse, come dice Giustiniano, e faccia ingiuria al figlio stesso; l'altro secondo male è che sulla madre giovane bella e povera incombe un imminente pericolo per la pudicizia, il quale male è di gran lunga più grave dell'altro male ricordato. Poiché la pudicizia è la precipua dote di una donna, tale che una volta persa non può essere riparata da nessuna arte, come cantò il poeta Ovidio in questo *carmen*: «laesa pudicitia deperit illa semel». E conviene ricordare quanto scrive san Girolamo nella sua Epistola alla Vergine: «per quanta virtù profondi, a qualunque opera tu ponga mano, se ti manca il laccio della castità trascinerai tutto per terra».

A quanto predetto non ripugna ciò che scrive Giovanni Corazio, allorché dissenziando dalla predetta comune tradizione dice che anche in questo caso si arreca ingiuria al figlio perché sarebbe iniquo se lo si costringesse a conferire la dote dal momento che così il figlio offenderebbe l'anima del padre che, come detto, sarebbe contristata per le seconde nozze della moglie.

Tale obiezione cessa in base alla legge già ricordata secondo cui tra due mali va preferito il minore.

Tra i predetti tre rimedi proposti, il più utile e il più conforme all'equità che l'Eccellentissimo Senato suole seguire, e da scegliere, se non erro, è quest'ultimo e cioè che la dote ricevuta da detto signor Francesco sia restituita dal suo figlio infante traendola dai frutti e redditi dei beni del fedecommesso. Infatti in questo modo si conserverà il fedecommesso stesso, non sarà gravato il padre signor Massimiliano, e infine il figlio, anche se non è erede del padre, tuttavia esonera la sua anima dall'onere della restituzione della dote ricevuta abbastanza lievemente e comodamente, dopo che egli stesso fanciullo abbia trattato una modica spesa per la propria alimentazione ed educazione.

E così per questa via si potrà soddisfare a tutto e abbracciare tutto [citazioni di autori].

Non occorre che io scriva molte altre cose in questa materia, poiché ho già trattato abbastanza gravemente questo affare davanti ad uomini sapientissimi e prudentissimi.