

Mario Ascheri

# Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo



SECONDA EDIZIONE RIVEDUTA - RISTAMPA AGGIORNATA



**Giappichelli**

## AVVERTENZA ALLA RISTAMPA

La proposta dell'Editore di riproporre la mia *Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo* a tanti anni dall'ultima riedizione riveduta è stata molto gradita, come si può immaginare. Ma ho dovuto considerare la delicatezza di rimettere in circolazione riflessioni di anni fa in un mondo in trasformazione, rapida ma incerta nei contorni.

C'era da intervenire sul testo per aggiornare questa o quella idea? Per essere più cauti, o/e per aggiornarsi con le ipotesi proposte dai colleghi in questi ultimi anni, operanti nella *Storia del diritto* o in settori disciplinari contermini, come la Storia delle istituzioni politiche o delle dottrine politiche, a parte le discipline romanistiche sempre essenziali per noi medievisti e modernisti? E le riflessioni degli storici del diritto costituzionale e amministrativo? Oppure del diritto privato e penale? Le sollecitazioni sono state davvero molte in questi anni, a prescindere dalle molte riviste di diritto positivo operanti in queste aree disciplinari, perché alle riviste specialistiche che già ho ricordato in chiusura del libro (oltre ad alcune da aggiungere a quella sede, come "Le carte e la storia" e il "Giornale di storia costituzionale") ne vanno ricordate altre nuove da tenere in considerazione, a partire dalle più vicine *ratione materiae* come ad esempio "Historia et ius" (Roma), "Italian Review of Legal History" (Milano), "LawArt. Rivista di Diritto, Arte, Storia" (Torino), "Iurisdictio. Storia e prospettive della giustizia" (Napoli), "Quaderno di storia del penale e della giustizia" (Macerata) e il mitteleuropeo "Forum Historiae Iuris", ai cui ricchi siti rinviamo anche per considerare i nuovi itinerari di ricerca.

Le segnalazioni di nuove pubblicazioni non mancano di certo, ma oggi la moltiplicazione continua delle sedi di pubblicazione, facilitate dalle infinite possibilità del web, rende sempre più aleatoria la ricerca dei doverosi controlli bibliografici quando si chiude un lavoro. Ci sono buoni motivi per cui le difficoltà rispetto anche solo a pochi anni fa si sono accentuate: da un lato la crescente inter-disciplinarietà della ricerca storica si è rafforzata e, dall'altro, la sua internazionalizzazione ha imposto la frequentazione di aree culturali un tempo poco o per nulla frequentate<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup>Tra i tanti esempi possibili ricordo: *Angelo Saffa*, a cura di P. Marchetti-M.A. Romani,

L'Europa della ricerca era ancora relativamente appagata dalla propria centralità<sup>2</sup>, ma la sua tradizione giuridica è andata profilandosi anno dopo anno quasi 'regionale' dopo aver goduto di una espansione mondiale straordinaria. I dubbi già serpeggiavano, ma i colossi demografici e politici rafforzatisi negli ultimi decenni da un lato, e la pluralità delle istanze presso le corti internazionali, accanto al diffondersi delle composizioni stragiudiziali, hanno accentuato i processi in atto<sup>3</sup>. Un tempo antropologi, sociologi, filosofi del diritto, internazionalisti e comparatisti erano gruppi di colleghi operanti con altri *accanto* agli storici. Ora direi che sono più che 'collegli', perché devono essere sempre più *tra* noi, o noi tra loro...

In particolare *Comparison involves history*, si diceva. Già, ma come fare comparazione senza una prospettiva storica? Ed è vero anche il contrario, come si è detto tante volte per ampliare lo spettro dei problemi affrontati dalla nostra ricerca. La centralità tardo-medievistica della scienza giuridica europea, sviluppatasi dalle nostre università dal secolo XII in poi, per tanto tempo aveva indotto e giustificato la concentrazione degli impegni di ricerca e della didattica – saldandoli con la grande tradizione romanistica – sui quattro secoli dello splendido apporto italiano agli sviluppi europei dell'età moderna.

C'era però un *impasse* invano aggirato. Quella egemonia culturale italiana pur variamente indebolita (quando non abbattuta) dalle grandi 'svolte' del giusnaturalismo e dell'illuminismo giuridico in dottrina, e dai codici e dalle costituzioni nella pratica normativa, cioè quella priorità rimasta comunque almeno come buona *visibilità* grazie alla convergenza delle tradizioni di diritto romano e di diritto comune nella loro prospettiva europea, come aveva potuto entrare in crisi così evidente nelle università? E come, soprattutto, quella grande e diffusa cultura non aveva potuto aiutare a contenere il declino degli ultimi decenni, oscurando le speranze grandi del Dopoguerra, condivise per larga parte dell'Europa?

La globalizzazione della ricerca, come centri e come tematiche oggetto di studio<sup>4</sup>, ha investito e indebolito le aree europee con strutture più deboli, dove i problemi con radici profonde hanno continuato a non essere affrontati o non con il necessario vigore.

---

Milano 2009, e C. STORTI, *Economia e politica vs. libertà: questioni di diritto sulla tratta atlantica degli schiavi nel XIX secolo*, Torino 2020.

<sup>2</sup> Emblematico il cambiamento della testata della rivista dell'Istituto Max-Planck per la storia giuridica di Francoforte, passata da "Ius Commune" al meno connotato "Rechtsgeschichte", nonostante la diffusione inter-continentale del diritto comune.

<sup>3</sup> Ricordo ad esempio N. PICARDI, *La giurisdizione all'alba del Terzo Millennio*, Milano 2007.

<sup>4</sup> Aiutati da strutture come la Biblioteca Europea on line (BEIC).

Alla luce di queste considerazioni, l'attualità e la sostenibilità di questo libro sono state considerate, e devo confessare che nel suo complesso l'impressione è stata che il libro abbia retto al tempo. C'erano dei problemi da segnalare sia pure marginalmente, ma era stato fatto sia nelle pagine introduttive – anche con i significativi richiami a passi di Gustavo Zagrebelsky e di Piero Ostellino – che in quelle conclusive.

Erano stati fatti tentativi seri di una riconsiderazione del nostro passato in vista di auspicabili interventi riformatori in quegli anni. Tra i tanti, ricordo anche soltanto cosa significò per la cultura italiana la grande *Storia d'Italia* di Einaudi, che non a caso sotto forma di “Annali” ebbe dei volumi speciali integrativi. Il numero 12 e il numero 14, curati da Luciano Violante, ci riguardarono da vicino dedicati com'erano a *La criminalità* (1997) e a *Legge Diritto Giustizia* (1998), sintomo di vivaci interessi di approfondimento ineludibili delle prassi giudiziarie largamente condivisi ormai, ma anche indicativi di una inadeguatezza complessiva della ricerca storico-giuridica corrente (e pertanto anche dei manuali di storia del diritto di fronte alle urgenze della didattica contemporanea), e non tanto per essere pur sempre prevalentemente medievistica.

Il fatto è che si vissero anni intensi con ipotesi di ‘svolte’ riformatrici in quegli anni '90 del 1900 e 2000, ma non si può dire che esse trovassero efficaci o concrete attuazioni<sup>5</sup>. Le stesse riforme del testo costituzionale, in particolare per la disciplina delle autonomie territoriali (tit. V), è ormai generalmente ammesso che non abbiano avuto esiti positivi, e non ebbe successo neppure un referendum che pure si proponeva di sbloccare il sistema politico riformando alcune ‘strozzature’ istituzionali.

Da allora non sono emerse altre proposte di intervento di un qualche respiro, neppure nel sistema elettorale, mentre l'auspicio ora emerso grazie ai nuovi sviluppi politici in corso di introdurre un sistema presidenziale non è stato per ora delineato nei suoi inevitabili dettagli con il corredo di delicate riforme costituzionali che dovrebbe altrettanto inevitabilmente accompagnarlo.

In questa situazione il manuale di *Storia del diritto medievale e moderno* può ancora ‘resistere’. Vero che non c'è oggi una disciplina di diritto positivo che non debba in qualche modo richiamare i problemi della propria storia<sup>6</sup>,

---

<sup>5</sup>Per parte mia ho contribuito a ricordarlo con *Storia del diritto tra passato e presente: la complessità*, in *Iura communia. Scritti in ricordo di Mario Montorzi*, a cura di D. Edigati e M. R. Geri, Pisa 2022, pp. 9-17; in essa si tiene conto di un seminario svoltosi in Germania sui nuovi manuali apparsi fino agli anni 1994-1995 (di M. Ascheri, M. Caravale, E. Cortese, P. Grossi, A. Padoa Schioppa); v. anche già il mio intervento su *Crisi della storia e storia della crisi*, in *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, I, Milano 1990, pp. 9-17.

<sup>6</sup>Si veda ora ad esempio *A History of International Law in Italy*, ed. Giulio Bartolini, Oxford 2022.

anche e soprattutto per il groviglio quasi inestricabile che si è creato nel Dopoguerra e che taluni giuristi (come Sabino Cassese in particolare<sup>7</sup>) si sforzano di chiarire all'opinione pubblica. Ma la storia del diritto recente, come quella delle istituzioni<sup>8</sup>, deve cercare di orientare in quel groviglio, deve offrire un primo ma indispensabile ausilio a delineare il quadro complessivo, per non far sentire impenetrabile alla comprensione l'infinità dei problemi aperti in conseguenza della loro profonda storicità.

La acquisita interdisciplinarietà<sup>9</sup> aiuta, ma non è acquisita una volta per tutte: è un valore, come lo sono altri, più generali e ben più importanti, che dobbiamo coltivare come cittadini. Ed essa impone problemi di reciproca comprensione e di intelligibilità, perché bisogna capire che gli specialismi con le loro inevitabili analisi dettagliate scoraggiano all'incontro e al confronto, quale che sia la sponda dalla quale provengano.

Il nostro diritto, solo un tempo incentrato sui codici e la ottimistica intelligibilità ad essi attribuita, è corredato di un retroterra ricchissimo di dottrine non meno di quello pre-codificatorio. Esse però hanno avuto per lo più difficoltà a tradursi in stimoli efficaci per operazioni normative capaci di giovare alla giustizia, all'equità, all'uguaglianza. Non a caso i giuristi con la loro presenza eminente, non solo socialmente, hanno eccitato storicamente non solo diffidenze popolari ma anche dissensi dal mondo della cultura<sup>10</sup>.

I giovani sono forse i primi ad avvertirlo nel loro percorso formativo e i docenti devono per quanto è di loro competenza avvertire il dovere di contribuire a dissipare le incomprensioni fondando una cultura aperta, critica, problematica, senza schermi ideologici, per quanto possibile.

Questi devono essere certamente doveri comuni a una larghissima schiera di operatori, ma per i giuristi (e gli storici tra loro) diventano anche più stringenti, perché le loro categorie 'ordinano' il diritto del passato e del presente, e con ciò anche – di fatto – l'ordito della cultura generale, in modo più o me-

---

<sup>7</sup> Per il quale è in pubblicazione un volume di studi in onore.

<sup>8</sup> Si veda ad esempio la 'chiave di lettura' di GUIDO MELIS, *La storia delle istituzioni*, Roma 2020.

<sup>9</sup> Si veda la riflessione di GIUSEPPE GALASSO, *Storia della storiografia italiana. Un profilo*, Roma-Bari 2017.

<sup>10</sup> Tra i molti esempi, ricordo quello che viene da un principe degli studi umanistici, Enea Silvio Piccolomini, papa Pio II, forse il più eminente dotto del Quattrocento europeo. Ebbene, lui, 'naturalmente' antiflorentino in quanto senese, fece un inno ai fiorentini, che nelle cancellerie non "iuris scientiam, ut pleraeque civitatis, sed oratoriam spectant et quae vocant humanitatis studia. Norunt enim recte scribendi dicendique artem, non Bartolum et Innocentium, sed Tullium Quintilianumque tradere" (AENEAE SYLVII PICCOLOMINEI *In Europam sui temporis*, cap. LIV, in *Opera*, Basileae 1571, p. 454). Nel confronto con Milano, si capì che Coluccio Salutati, il cancelliere umanista, aveva danneggiato più di mille cavalieri fiorentini (EUGENIO GARIN, *L'umanesimo italiano*, Torino 1975, p. 35 nt. 19).

no consapevole<sup>11</sup>. Non è da oggi che lo credo e l'importanza di questa osmosi era già ben avvertita al tempo dell'ultima revisione di questo manuale.

Rimasta tale quell'urgenza, devo augurarmi che la ricomparsa di questo libro sia anche considerato un contributo minimo a suscitare una consapevolezza più ampia sui temi indicati. Forse, anche soltanto l'aver messo al centro di un caloroso incontro<sup>12</sup> i lavori realizzati su vari problemi in tanti anni di attività, è un elemento che può contribuire a dare fiducia.

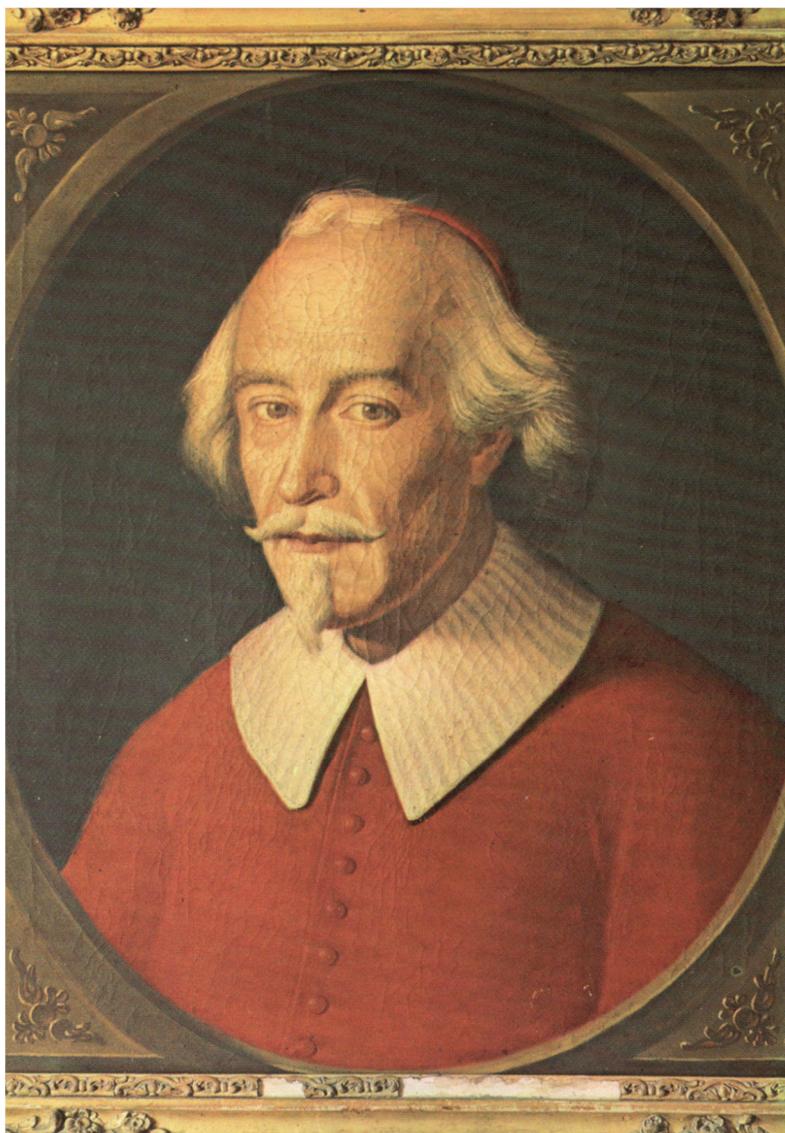
Questo importa, e molto. E non solo a me.

---

<sup>11</sup> Un primo accenno nel mio *Formalismi di giuristi e di storici: un programma di lavoro?*, in *Le carte e la storia*, VII (2001), pp. 7-18.

<sup>12</sup> L'intervista-dibattito con Diego Quaglioni organizzato da "Le carte e la storia" è consultabile a questo link: <https://www.youtube.com/watch?v=iEdddbUBsHM>, accanto a molti altri rilevanti di colleghi variamente impegnati nella ricerca e nella didattica.





Venosa, Palazzo del Comune,  
Ritratto di Giovanni Battista De Luca  
(1613-1683).



TRATTATO STORICO-TEORICO-PRATICO DI DIRITTO CIVILE  
FRANCESE ED ITALIANO

**CORSO DI DIRITTO CIVILE FRANCESE**

SECONDO IL METODO DELLO ZACHARIE

LARGAMENTE AMPLIATO E COMPLETAMENTE RIFUSO

PER OPERA DEGLI AVVOCATI

**C. AUBRY E C. RAU**

VERSIONE ITALIANA

arricchita di nozioni storico-teoriche dall'origine di Roma ai di nostri  
della giurisprudenza e della legislazione francese dell'ultimo trentennio

E COORDINATA AD UN

**TRATTATO DI DIRITTO CIVILE  
ITALIANO**

con ampio corredo della patria giurisprudenza

DELL'AVVOCATO

**LANDO LANDUCCI**

Professore ordinario di Diritto romano nella R. Università di Padova.

VOL. I.

Diritto e fonti. - Retroattività e interpretazione delle leggi. -  
Diritto internazionale privato. - Storia del diritto romano, canonico,  
intermedio e moderno.

TORINO

UNIONE TIPOGRAFICO-EDITRICE

33 - VIA CARLO ALBERTO - 33

1900

Un esempio della indispensabile elaborazione dottrinal-giurisprudenziale  
germogliata sul Codice civile.



INTRODUZIONE

LA RESPONSABILITÀ DELLA STORIA  
TRA PASSATO E PRESENTE

Questo corso prende in esame il periodo storico che va dal 1500 circa ad oggi, ovvero l'arco di tempo che copre l'Età moderna e l'Età contemporanea, e cerca per un arco di tempo così ampio di sottolineare gli elementi strutturali più rilevanti sul piano giuridico.

L'Età cosiddetta *moderna*, la prima da prendere in considerazione, suole farsi iniziare in coincidenza di avvenimenti determinati: secondo alcuni la scoperta dell'America, secondo altri la morte di Lorenzo il Magnifico, entrambe verificatesi nel 1492, secondo altri ancora con l'arrivo di Carlo VIII re di Francia in Italia nel 1494. Comunque sia, essa copre un periodo di circa tre secoli, perché si fa terminare usualmente con la Rivoluzione francese nel 1789, momento a partire dal quale si fa cominciare tradizionalmente nella nostra cultura l'*Età contemporanea*, che ci porta fino ai giorni nostri.

Queste due Età sono infatti soltanto 'categorie storiografiche', ossia concetti creati *ex-novo* dagli storici, e che rispecchiano il bisogno umano di razionalizzazione e di classificazione dei fatti secondo il nostro modo di vedere, tipicamente eurocentrico, per cui è bene avvertire che riflettono solo certi aspetti della realtà storica. Ebbene, quelli sono geograficamente molto caratterizzati, per cui hanno senso solo con riferimento agli sviluppi storici occidentali. Per uno studente orientale non significano nulla, a meno che non voglia entrare a contatto con la nostra cultura.

Ma, detto questo, bisogna anche intendersi sul loro significato assolutamente *relativo* pur entro la nostra storia. L'evoluzione storica è infatti un processo ora lento e ora accelerato, ma in ogni caso molto complesso, in cui il vecchio e il nuovo si intrecciano e si confondono; fatto di tante continuità e di discontinuità, a seconda dei livelli considerati, cui vengono riferite le caratteristiche distintive di un'epoca.

Occorre quindi in ogni caso un'attenta valutazione dei fatti, perché classificazioni troppo semplicistiche rischiano di non far capire la differenza tra ciò

che è concretamente nuovo e differenziale e ciò che si ripropone semplicemente sotto forme o denominazioni diverse.

Le *categorie storiografiche* tendono in definitiva a scandire il tempo e a spiegare la complessità dell'evoluzione storica, ma finiscono anche spesso e volentieri, inevitabilmente, per semplificarla e talora anche travisarla. Perciò anche la storia si riscrive sempre, o in altre parole il lavoro dello storico non finisce mai, perché *ogni tempo ha un suo modo di leggere il passato*, guardandolo da un angolo visuale sempre nuovo, essendo nel frattempo mutate le situazioni che avevano dato luogo a una certa sistemazione concettuale del passato.

Fare storia del passato quindi è anche ricrearlo, e modificarlo in qualche modo, perché lo si rilegge alla luce di nuove 'categorie' o categorie vecchie riempite di contenuti nuovi. Nessuno crede più che sia possibile una conoscenza 'oggettiva' del passato, come fosse una realtà distinta da noi che si tratta soltanto di portare alla luce.

Il passato per così dire è 'dentro di noi', non fuori, esterno, ormai compiuto: noi lo rifacciamo leggendolo (o meglio: tentando, in modo sempre imperfetto, di leggerlo, perché lo leggeremo inevitabilmente con le preoccupazioni, o le incoscienze, del presente), perché gli diamo una 'forma', gli diamo delle categorie per semplificarlo, per ridurlo alla nostra misura.

Naturalmente, dire che si è in certo qual modo 'sempre faziosi', non vuol dire che tutti siamo 'faziosi' allo stesso modo. Alcuni lo sono in modo programmatico, perché vogliono raggiungere certi fini leggendo il passato, per convincere ad esempio che oggi è tanto meglio o, il che come faziosità è la stessa cosa, è tanto peggio, e così via; altri invece lo sono solo per 'necessità' conoscitiva, come si diceva. Chi non cerca di 'convincere' il lettore non per questo è 'oggettivo'; dipende da quanto è condizionato dalle lenti con cui legge, che – come si diceva – sono inevitabili.

Bisogna quindi tener presente che le categorie (come 'moderno', 'contemporaneo', etc.) sono sempre *relative*, ovvero non valide in assoluto (quel che era 'moderno' nel '500 era assolutamente antico per un illuminista del '700), perché create in determinati contesti storici e in correlazione (che è spesso di contrapposizione) a determinati altri.

Così, ad esempio, la definizione di *Età moderna* coniata per il periodo in corso nel Seicento (dopo numerose anticipazioni durante il Rinascimento) corrispondeva all'esigenza fortemente sentita allora di volersi differenziare da un periodo storico, quello precedente, sentito come concluso, superato, vecchio. Si percepiva in taluni ambienti culturali e politici di essere in un'epoca nuova, di grandi trasformazioni (e certo in parte era vero, come si vedrà): ci si sentiva appunto 'moderni' e si volevano prendere le distanze da un'età alla quale si credeva di non appartenere più o cui non si voleva più appartenere,

un'età di barbarie e di arretratezza – come si riteneva appunto il 'gotico' Medioevo.

Allo stesso modo, a seguito della grande Rivoluzione francese iniziata nel 1789 si avvertì di nuovo un clima di innovazione profonda per cui ci si volle distinguere da quello che solo allora fu definito l'*Ancien régime* (ossia il periodo che oggi chiamiamo anche *Età moderna*), antico dunque rispetto alla 'modernità' del presente rivoluzionario e innovatore: la *stessa Età*, come si vede, è stata definita o 'moderna' o di Antico regime! Dipende dall'angolo visuale.

Ma l'ultima designazione di Antico regime si affacciò perché si avvertiva come insostenibile quello che poco tempo prima ancora era ritenuto 'naturale', ad esempio il *particolarismo legislativo*, il piegarsi della legge agli interessi particolaristici di contrapposti o variegati gruppi sociali, rivendicandosi al contrario la necessità e la supremazia di una legge che fosse *generale* ed *astratta*, valida per tutti.

Ma è interessante, a questo proposito, vedere come considerazioni analoghe a quelle degli illuministi sull'Antico regime possano essere fatte ad esempio, e pur a distanza di tanto tempo e in condizioni tanto mutate, sull'attuale situazione italiana.

Rilevante a questo proposito quanto ci dice un professore di diritto costituzionale già giudice della nostra Corte costituzionale, ossia Gustavo Zagrebelsky, giurista certamente non sospetto di conservatorismo. Quanto lui ha rimproverato al Parlamento con riferimento alle *lobbies* (così si chiamano i gruppi di pressione, le corporazioni, le categorie professionali, etc.) del nostro tempo, non è un po' quanto gli illuministi rimproveravano al legislatore d'*Ancien régime*? Seguiamo direttamente le sue considerazioni (tratte da *Come cambia il potere normativo*, in *Lo stato dell'Italia*, Milano 1994, pp. 464-465).

“(...) Poiché non esiste altro luogo istituzionale in cui il pluralismo possa esprimersi più pienamente che in parlamento, ogni riduzione dello spazio riconosciutogli nel processo legislativo si trasforma obiettivamente in una riduzione della democrazia pluralista.

Ma questa è soltanto una prima indicazione, che non deve far pensare alla legge come alla fonte esclusiva del diritto, quale era nell'Ottocento, nel cosiddetto Stato di diritto legislativo. Il primato della legge parlamentare è oggi insidiato in vario modo, cosicché si può dire che, rispetto a un passato in cui essa troneggiava senza rivali e senza condizionamenti nella sua funzione costitutiva dell'ordine giuridico, la legge è stata detronizzata. Nelle organizzazioni politiche attuali, il diritto non ha più un padrone esclusivo e la costruzione dell'ordinamento giuridico è divenuta un problema complesso che la legge non è più in grado di risolvere da sola. (...)

È invece una condizione strutturale di tutte le democrazie pluraliste. In Italia, le conseguenze negative poi appaiono più evidenti che altrove, perché da noi tutto è ac-

centuato da un peggior funzionamento delle istituzioni e da una ipertrofia della rappresentazione partitica che ha portato a una svalutazione inflattiva della legge, in un contesto di spirito pubblico che non aiuta il miglioramento.

Il *pluralismo sociale* esistente in Italia si trasforma spesso in *assalto corporativo particolaristico* e molto aggressivo delle risorse pubbliche e in una illegalità diffusa che pretende di essere regolarizzata a posteriori, attraverso il riconoscimento dei fatti compiuti. Questo rende particolarmente difficile il compito, proprio della legge, di regolare organicamente, preventivamente e stabilmente la vita sociale. Esiste una rete inestricabile di rapporti settoriali perennemente in movimento, refrattari a qualunque regola.

Questo significa che le leggi generali – quelle che hanno di fronte a sé i cittadini come tali e non questa o quella categoria di cittadini – e le leggi astratte – quelle dettate preventivamente in vista di assetti giuridico-sociali stabili – sono *divenute progressivamente più rare*. *La massa delle leggi prodotte in parlamento è prevalentemente composta da leggi particolari*, dettate per favorire questa o quella categoria, e da leggi concrete, dettate retrospettivamente per far fronte a ‘emergenze’ che si sono già determinate, rispetto alle quali la legge non è che un rimedio tardivo. Crescono così quelle che si denominano ‘leggi-provvedimento’, per distinguerle dalle ‘leggi-ordinamento’, che esprimevano uno stabile disegno razionale nella regolazione dei rapporti sociali. Sono espressione di questo fenomeno di impotenza regolativa le leggi personali, le *leggi eccezionali e speciali*, le *leggi di emergenza ‘a termine’*, le *leggi di sanatoria*, le *amnistie*, i *condoni*, le *proroghe*, le *deroghe*, etc.

Dal punto di vista dei contenuti legislativi, il parlamento, attraverso la legge, è diventato dispensatore diretto e concreto di provvidenze e benefici particolari, sostituendosi all’ autorità amministrativa. Si parla perciò di *‘amministrativizzazione della legge’*. *La distorsione rispetto ai sacri principi dello Stato di diritto è grave*. Il provvedimento amministrativo, per essere valido, deve corrispondere alle condizioni fissate in generale dalla legge. Ma la legge che fa quel che dovrebbe essere dell’ amministrazione non ha parametri generali sopra di sé, né vincoli di equità distributiva e può essere perciò espressione dell’ arbitrio più incontrollato. Se la legge particolare è *in malam partem* – cioè limita i diritti dei cittadini – questi hanno gli strumenti per difendersi di fronte alla Corte costituzionale, invocando l’ incostituzionalità delle leggi discriminatorie. Ma, nel caso contrario, se la legge è *in bonam partem* e si traduce in un privilegio, mancano gli strumenti per contrastare questo degrado della legge a strumento di favoritismi. Il saccheggio delle risorse pubbliche avviene spesso attraverso questo genere di leggi di privilegio, che innescano processi di rincorsa da parte di quanti erano in principio esclusi. Ma la generalizzazione del privilegio è non l’ eliminazione del privilegio, ma la sua diffusione.

Un’ altra degenerazione del potere legislativo risiede nel fatto che, in mancanza di autorevoli indirizzi politici e di fronte a corporazioni dotate di forti poteri sociali di interdizione, ogni legge di rilevante incidenza sociale deve essere contrattata con le ‘parti sociali’. La legge contrattata, che ha preso il posto della legge come espressione di un potere d’ insieme e perciò politico, ha portato a quel che si è definito la *‘privatizzazione della legge’*.

Fin qui l’ analisi molto realistica di Gustavo Zagrebelsky. Quasi dieci anni dopo, in un “Corriere della Sera” del gennaio 2003, un liberale *doc* come Piero Ostellino ha lamentato:

“La tanta decantata ‘centralità del Parlamento’ produce ieri consociativismo, continua a produrre oggi assemblearismo e corporativismo che, a loro volta, producono altri danni. La produzione legislativa è pletorica e allo stesso tempo lenta; le leggi così prodotte sono ambigue, contraddittorie, di difficile interpretazione e applicazione. L’attività dell’esecutivo è frammentata dall’esigenza di evitare i veti dell’opposizione e di soddisfare le domande delle *lobby* interne alla maggioranza. Il compito della pubblica amministrazione è viziato dall’eccesso di leggi e dalla paralisi dell’esecutivo. Di fronte alla giungla legislativa e al vuoto esecutivo, le burocrazie, non ultima quella giudiziaria, si chiudono nell’autoreferenzialità e si arrogano un improprio e illegittimo diritto di supplenza. L’iniziativa dei privati è ostacolata da lacci e laccioli amministrativi. L’intero sistema è costoso, inefficiente, poco garantista, chiunque sia al governo e quale che sia lo spirito di servizio nel pubblico impiego”.

Come si sia giunti a questa situazione, che per alcuni risultati strutturali richiamano l’Antico regime, è uno dei mille problemi cui dovrebbe dar risposta un corso come il nostro. Noi dovremo accontentarci di seguire la formazione nella storia di certi problemi soltanto e di introdurre alle categorie con cui essi sono stati interpretati dagli storici; saremo così in grado di indicare alcuni elementi di valutazione, di dare degli strumenti per capire meglio la realtà odierna, i problemi più evidenti del nostro sistema giuridico, poi studiato in particolare nei vari corsi di diritto positivo, vigente.

Purtroppo altro discorso è come si potrebbe intervenire in una situazione del genere. Il dibattito come si sa è aperto e la stessa contrapposizione attuale tra vie diverse (delle riforme costituzionali attraverso la c.d. ‘Bicamerale’ oppure attraverso l’Assemblea costituente un tempo, negli ultimi anni anche a colpi di maggioranza) mostra come a livello politico ci sia grande incertezza nel risolvere un problema – quello della riforma costituzionale e del sistema politico – che è giuridico ma con fortissimi presupposti e risvolti politici, perché da quella riforma dipende lo sviluppo della nostra futura vita politica, e con ciò della rappresentanza politica, della amministrazione della giustizia e così via; insomma dei nostri gravi problemi sociali attuali, che hanno tutti larghe motivazioni storiche.

Ma non andiamo così lontano.

A noi basterà per i propositi del nostro corso delineare i caratteri fondamentali dell’Antico regime, e con ciò le categorie storiografiche con cui inquadrare quell’età, studiare poi la sua crisi e seguire pertanto nel corso del Sette-Ottocento l’emersione delle istituzioni e delle idee che a quell’Antico regime si contrapposero.

Sarà come scoprire l’archeologia delle nostre idee attuali e vedere come le speranze (e le generose ingenuità) del Sette-Ottocento siano entrate progressivamente in crisi; e la crisi ci ha fatto scoprire tra l’altro la perenne attualità di problemi antichi che si ritenevano definitivamente superati.

Nonostante certe permanenze, però, le codificazioni, le costituzioni, lo

Stato di diritto, la separazione dei poteri, la rappresentanza democratica, l'uguaglianza politico-giuridica, i diritti e le libertà civili, sono conquiste recenti sorrette da valori imprescindibili della nostra cultura attuale, frutto di lotte lunghe, plurisecolari: non fanno parte delle nostre antiche "radici storiche"! Certe discontinuità sono rassicuranti.

Ma il tempo ci ha dimostrato che assicurare i valori sul piano normativo, nei documenti ufficiali (costituzioni, codici, dichiarazioni universali o europee, etc.), non vuol anche dire vederli garantiti nei fatti, nelle pratiche sociali quotidiane.

Al di là dei proclami scritti, è necessaria una cultura diffusa e condivisa del diritto, dell'uguaglianza e della giustizia che siamo ben lontani dal possedere ancora oggi. A partire dagli stessi operatori del diritto attivi nei settori più diversi, nelle amministrazioni pubbliche e private, nella giustizia, nelle professioni, troppo spesso acquiescenti, rassegnati alla *routine*, che non è sempre delle più edificanti – dalle corti alle carceri.

Perciò un corso di storia del diritto moderno e contemporaneo reca in sé delle responsabilità ulteriori rispetto agli altri, forse maggiori. Pur in un tempo necessariamente ristretto, esso deve fornire elementi conoscitivi di base che possono rintracciarsi anche in altri corsi, ma in più, di specifico direi, deve tentare di dare un senso al 'tutto', al sistema giuridico e alle sue sconcertanti inefficienze anche attuali. Non c'è da nutrire nessun ottimismo di facciata, ma un dubbio metodico e sconcerto per l'arretratezza, *nei fatti*, delle nostre strutture, nonostante tante conquiste importanti, politiche, dottrinali e normative.

Perciò il 'più' che si deve dare in questo corso è mettere in guardia sulla *radicale storicità* – e quindi sulla sostanziale provvisorietà – delle soluzioni via via proposte per i grandi problemi giuridici. Questi non si risolvono mai in via definitiva. I valori che si vogliono assicurare richiedono cautele e aggiustamenti continui.

Questa consapevolezza è essenziale per non cadere vittime dei miti che ogni tempo si crea per tentare di semplificare e con ciò fronteggiare più facilmente la complessità dei problemi sociali che ci sovrasta. Miti che anche gli storici tendono ad accreditare presentando talora ingenuamente certi traguardi come conquiste definitive e risolutive.

Il 'progresso' è visto troppo spesso in modo unilineare, unitario, necessario, nelle ricostruzioni che procedono per grandi opposizioni, con scontri di categorie: tra età dell'arbitrio (Antico regime) e dello 'Stato di diritto'; diritto comune *vs.* diritto codificato; incerte consuetudini pubbliche *vs.* costituzioni scritte; arbitrio legislativo *vs.* controllo di legalità costituzionale e così via.

Purtroppo, la storia non è così semplice come le parole con cui la descriviamo e semplifichiamo.

Imparare a esser cauti, prudenti, duttili nel valutare il passato e il presente è un passaggio fondamentale nella formazione dell'operatore del diritto quale che sia la sua postazione di lavoro.

Ciò presuppone appunto la liberazione dai miti, dall'ideologia; la capacità di rapportarsi criticamente ai mille messaggi, spesso interessanti, che quotidianamente ci bombardano. Liberazione non per vivere privi di ideali e di valori, ma tutto al contrario per rispettare consapevolmente e meglio tutelare i valori e gli ideali. E per meglio valutare i mezzi che ci vengono proposti da più parti, di nuovo quotidianamente e purtroppo non sempre in buona fede, per assicurare gli ideali. E per non soccombere di fronte al 'congiunturale', spesso veramente scoraggiante e con tratti preoccupanti di 'strutturale'. Vediamone casi recenti.

Del gennaio 2007 è la notizia largamente diffusa dai *media* sullo stato deplorabile in cui versa la conservazione delle carte processuali presso certi uffici giudiziari di Roma. Del febbraio successivo quella delle dimissioni da giudice della Cassazione di un suo consigliere, per aver accertato l'impossibilità di svolgere seriamente il proprio lavoro presso la corte. La Cassazione l'ha vissuta come un "sentenzificio", in cui si privilegia la quantità sulla qualità, alimentando "i contrasti di giurisprudenza inconsapevoli". La Francia ha 41 giudici che hanno dato 6.733 sentenze in un anno, mentre da noi le sei sezioni penali, con 120 giudici, nel 2004 ne hanno definito 48.817. La Cassazione spagnola, con 19 consiglieri, in un anno ha emesso solo 1.319 sentenze, perché dei 4.000 ricorsi ricevuti solo 3.400 sono stati ritenuti ammissibili ("Corriere della sera" 18 febbraio 2007).

Anche tutto questo fa parte della nostra storia, pur essendo notizia di oggi. Perché dice molto di più di tante pagine scritte dai giuristi sul diritto positivo e di tante pagine scritte dagli storici del diritto su questo o quel 'istituto' giuridico in questo o quel periodo della nostra storia: anche se processuale.

Anche questo è frutto di una certa cultura giuridica: quella che cercheremo di ricostruire nelle pagine che seguono. Una cultura profondamente radicata e che, per vicende politico-istituzionali assai complesse cui accenneremo rapidamente, si è come imbalsamata, divenendo – almeno a me così pare – impermeabile agli interventi riformatori, pur quando generosi e astrattamente idonei allo scopo.

*Nel curare la riedizione di queste lezioni spero di non aver del tutto trascurato le indicazioni di Giorgia Alessi, Paolo Alvazzi, Monica Chiantini, Antonio Grilli, Gianfranco Liberati, Sandro Notari e Ferdinando Treggiari. Li ringrazio molto per la loro attenzione ed amicizia, che non è anche, ovviamente, responsabilità per le debolezze e gli errori rintracciabili in queste pagine.*



PARTE I  
LE PREMESSE DEL TARDO MEDIOEVO



## CAPITOLO I

### IL DIRITTO COMUNE E L'EUROPA

#### 1. *IUS COMMUNE* ROMANO-CANONICO E *IUS PROPRIUM* (LOCALE)

Lo *ius commune* si diffuse grazie alle Università: fu la rinascita universitaria del 1100 a far rivivere il *Corpus iuris civilis* giustiniano (cui si aggiunsero i *Libri feudorum*, fonti del diritto feudale). Assieme ad esso veniva insegnato il *Corpus iuris canonici*. Quest'ultimo, dipendendo strettamente dal potere e dall'influenza della Chiesa, ebbe una rapida diffusione nella pratica, già nel corso del XII secolo in tutta Europa col diffondersi del primato papale, al contrario di quanto avvenne per le altre fonti giuridiche (romanistiche in particolare).

Il diritto romano fu recepito lentamente con tempi e modalità differenti da luogo a luogo, ma siccome in ogni Paese venivano studiati i medesimi testi, nella medesima lingua, il latino, e con gli stessi metodi, si finì sui tempi lunghi per avere la creazione di un sistema di diritto uniforme in Europa, basato appunto sul diritto comune romano-canonico.

Lo *ius proprium* invece, cioè letteralmente il diritto 'proprio' perché peculiare di ogni ordinamento, non costituiva oggetto di studio, un po' perché frammentario e di interesse limitato (mentre il pubblico degli studenti era internazionale, come neppure oggi nelle università europee migliori!), un po' perché lo scopo principale dell'insegnamento impartito non era tanto quello della conoscenza del diritto vigente in un luogo determinato, quanto piuttosto quello dell'acquisizione degli strumenti del linguaggio e della logica giuridica necessari per muoversi nel mondo del diritto complessivamente inteso.

Per questa ragione è errato, o comunque troppo semplicistico, parlare di una dicotomia profonda tra *ius commune* e *ius proprium*.

In realtà anche il diritto locale, che in genere come si sa nella c.d. 'gerarchia delle fonti' da esso previsto aveva una posizione prioritaria, privilegiata rispetto al diritto comune, veniva letto, interpretato ed applicato sulla base delle categorie concettuali romanistiche apprese nelle università. Queste fornivano agli studenti un bagaglio nozionistico e logico che si portavano con sé

e che applicavano più o meno consciamente svolgendo la loro professione di giuristi, ossia di avvocati, giudici, consulenti, etc.

A conferma di ciò si può rilevare il fatto che, valutando il processo di scritturazione dei testi normativi che caratterizzò il XIII secolo e che coinvolse da allora più o meno tutta l'area europea, si può notare che le opere normative cui dette vita quel processo finiscono per assomigliarsi tutte nel linguaggio usato e spesso anche negli istituti giuridici disciplinati.

Un caso importantissimo è fornito dal *Liber Augustalis*, cioè il diritto proprio emanato nel 1231 da Federico II di Svevia nella sua veste di re di Sicilia come *legge generale del Regno*. Esso si richiama fortemente agli istituti romanistici (che si sono ritrovati persino nella *Magna carta* inglese della quale parleremo presto!), per cui non lo si può certo contrapporre rigidamente al diritto comune. La sua applicazione nel *Regnum* del Sud d'Italia fu un elemento della stessa penetrazione del diritto romano come interpretato dai giuristi medievali.

Si ricordi poi la compilazione spagnola del secondo 1200 intitolata *Las Siete Partidas*, perché divisa in sette parti e redatta su ordine del re Alfonso il Saggio di Castiglia. Essa è una specie di sintesi del diritto romano ammoderato alla luce del diritto canonico e degli insegnamenti di una dottrina giuridica (soprattutto italiana) ormai più che secolare. La compilazione regia incontrò non poche difficoltà di applicazione pratica a causa della resistenza opposta dal sistema dei *fueros* (come erano detti i diritti locali particolari spagnoli) e dalle leggi e ordinanze reali raccolte in compilazioni. Ma col tempo, nel corso del Trecento, le *Partidas* finirono per imporsi nella pratica. Infatti l'*Ordinamiento de Alcalá* del 1348 fissò che le *Partidas* fossero *diritto suppletivo generale* del territorio. Ma vediamo alcune situazioni concrete, distinguendo i Paesi più importanti.

### 1.1. L'Italia

Com'è comprensibile, è il Paese che ha visto una più rapida applicazione del diritto universitario, sia perché era quello in cui il diritto romano vi era nato e vi fu più a lungo e intensamente praticato, sia per la frequenza delle strutture universitarie (concentrate però nel Centro-Nord fino alla fondazione dell'Università di Napoli da parte di Federico II, 1232), sia ancora per la presenza del Papato, divenuto nel corso del 1100 la fonte principale del diritto canonico; sia, infine, per la precoce presenza, già dal 1100, di un ceto di notai molto numeroso e formato su formulari per la redazione degli atti profondamente romanistici. Quindi i negozi giuridici (contratti, testamenti) e atti giudiziari da noi risentirono precocemente, già entro metà 1100, dell'insegnamento del diritto comune, a Bologna e altrove.

Tutto ciò non evitò però, sin dal 1100 sempre, una larga diffusione di diritti locali, sia nelle aree monarchiche (nel Regno di Sicilia: le *Assise* normanne prima e poi il *Liber Augustalis* ricordato) che in quelle dei Comuni al Centro-Nord (essenzialmente per gli statuti). Perciò l'Italia è anche il Paese che ha vissuto prima di ogni altro il problema del rapporto tra diritto comune e diritti propri nella prassi giudiziaria e ha avuto giuristi che sin dal primo Duecento hanno discusso dei problemi emergenti da quel concorso di fonti.

Ma un esempio concreto può essere utile a capire la complessità del sistema delle fonti. Prendiamo in considerazione perciò un istituto che ci servirà in seguito per altri motivi: quello della *repressionione della stregoneria*, che viene ritenuto tipicamente un problema medievale, e esclusivo del diritto canonico – *ius novum* in materia rispetto al diritto laico e su di esso prevalente.

Orbene, il *Decretum* di Graziano, primo testo di diritto canonico insegnato a Bologna (circa 1140) recava sul punto essenzialmente il canone *Episcopi* (C. 26 q. 5 c. 12), poi oggetto di infiniti esami da giuristi del tempo e da storici ai giorni nostri. Ebbene, esso trattava in modo molto blando le credenze circa le streghe e i loro voli notturni al 'Sabba' con i diavoli, ritenute sostanzialmente superstizioni di donnuciole; c'è in esso prudenza e repressione moderata d'un fenomeno che in gran parte si riteneva sfumante nell'ignoranza e nella superstizione come eredità di subculture pagane. Vi si legge infatti:

“I vescovi (...) se trovano uomini o donne che indulgono a tal genere di crimini devono bandirli dalle loro parrocchie, perché è gente ignobile e malfamata (...) moltissimi, infatti, si sono lasciati illudere da questi inganni e credono che tutto ciò sia vero, e in tal modo si allontanano dalla vera fede e cadono nell'errore dei pagani (...) i preti devono predicare con grande diligenza al popolo di Dio affinché si sappia che queste cose sono completamente false e che tali fantasie sono evocate nella mente dei fedeli non dallo spirito divino ma dallo spirito malvagio (...) che durante le ore del sonno inganna la mente che tiene prigioniera (...) e benché la donna infedele esperimenti tutto ciò solo nello spirito, ella crede che avvenga non nella mente ma nel corpo. A chi, infatti, non è accaduto nel sonno o in visioni notturne di essere tratto fuori da se stesso e di vedere, dormendo, molte cose che, sveglio, non ha mai visto? Ma chi può esser così stupido e ottuso da credere che tutte queste cose che accadono solo nello spirito, avvengano anche nel corpo?”

Nel testo canonistico successivo oggetto di insegnamento, il *Liber Extra* del 1234, si distingueva nettamente tra eresia, repressa duramente (sono i tempi delle prime vaste repressioni ereticali), e la magia che compare per vietare le *divinationes* e il ricorso alla *sors* e all'astrolabio per ritrovare cose rubate (X.5.21.1-2), nonché al sorteggio nelle procedure elettorali per giungere a designare il candidato al soglio episcopale (X.5.21.3).

Gli inquisitori, di cui parleremo presto, erano all'opera per l'eresia accanto e in luogo delle consuete corti episcopali. A metà del secolo, però, l'Inquisi-

zione deve essere stata anche troppo solerte, per cui una bolla inviata a tutti gli inquisitori da Alessandro IV ricordò che essi non dovevano occuparsi d'altro che del *negotium fidei*, cioè della *peste dell'eresia*, e lasciare ai giudici ordinari, cioè alle corti vescovili, divinazioni e sortilegi – oltre alle consuete questioni come quelle matrimoniali e di usura.

Ma il papa poneva un inciso molto importante: la competenza degli inquisitori si sarebbe accesa laddove quelle pratiche *heresim saperent manifeste*, ossia “avessero chiaramente traboccato nell'eresia”.

La decretale veniva accolta nella successiva raccolta di questi testi papali insegnati nelle università, cioè nel *Liber Sextus* del 1298 (VI.5.2.8.4), e la Glossa ad esso di Giovanni d'Andrea, pochi anni dopo, precisò alcune ipotesi, interpretando il “manifeste” nel senso che quindi *in dubbio* gli inquisitori *non* dovessero godere di alcuna giurisdizione sui casi di stregoneria. Il che fa pensare che si intendesse reprimerli in modo ordinario, e quindi blando, e comunque nelle corti ecclesiastiche.

E il ‘diritto proprio’ che diceva? A Pistoia, nel 1250, nella curia del podestà, quando si condannò una donna di servizio che *malleficiavit* il suo padrone per renderlo impotente ai rapporti con la moglie, la condanna era stata di 200 lire, senza precisazioni per il caso di insolvenza. Niente pena al rogo, quindi. Nello statuto di Siena del 1262 l'aborto con malia e il *poculum* (pozione) amatorio o mortifero o odioso erano puniti con 200 lire, applicandosi la pena prevista per l'omicidio se non si saldava.

Nel primo Trecento furono emanate costituzioni episcopali (integrative del diritto canonico generale) per le diocesi di Firenze e Fiesole e si stabilì ancora solo la scomunica per gli autori di sortilegi, *maleficia*, *incantamenta et brevia*; le coeve decretali di diritto canonico generale, le *Clementinae*, si occupavano *non* di stregoneria, ma solo di eresia, imponendo la collaborazione tra vescovi e inquisitori a questo proposito (Clem. 5.3.1), in modo tanto tradizionale da suscitare le recriminazioni di un Bernardo Gui – il celebre inquisitore francese autore d'un trattatello in materia.

Preziose informazioni per pochi anni dopo ci vengono da un *consilium* di Oldrado da Ponte (m. 1335), celebre professore universitario molto apprezzato dal Petrarca, ormai sotto la protezione del papa operante in curia ad Avignone, ove sarebbe divenuto anche giudice di Rota. Ebbene, un certo “Johannes de Partimano” era stato *captus et infatuatus amore cuiusdam mulieris* (“preso da amore per una donna”), e doveva aver preparato *pocula amatoria et ymagines* (bevande e immagini), naturalmente *ad finem libidinis exercende* (a fini di libidine). Il suo caso fu dal papa assegnato a due uditori, e dal *consilium* si capisce che la questione verteva appunto sul problema se si fosse in uno dei casi di stregoneria che *heresim sapiant manifeste* (“tendenti manifestamente all'eresia”), tali da far scattare la competenza dell'Inquisizione. Inte-

ressante notare che in presenza del dubbio, *non* fu la stessa Inquisizione a giudicare della propria competenza e, a quanto tramanda una postilla in calce al *consilium*, gli argomenti addotti da Oldrado convinsero che si trattava piuttosto di superstizione e di follia amorosa, per cui il nostro Giovanni poté andare libero.

Caso simile, di un parroco che con sortilegi si voleva assicurare i favori di una terziaria francescana, si ebbe a Pistoia nel 1330 e portò alla condanna vescovile alla prigione a tempo indeterminato. Intervento provvidenziale, quindi, quello di Oldrado, come quando poté salvare un dottore accusato di eresia. Cominciava a essere difficile parlare liberamente in difesa degli inquisiti. Ebbene, Oldrado rivela che un inquisitore lombardo accusava di eresia un dottore per aver disputato *in iure* (all'università quindi) una questione di eresia, durante la quale con i suoi studenti per divertimento si era detto *solatiemus et gaudeamus, quia nihil habet Deus de nobis facere* ("divertiamoci perché tanto Dio non si occupa certo di noi!"). Il dottore si difese appunto sostenendo che non poteva presumersi eretico, dacché aveva parlato *iocose* (per scherzo). Oldrado lo salvò sostenendo che era solo una *disputatio in iure*, un'esercitazione.

Nel primo vero trattato giuridico sull'Inquisizione, quello scritto intorno al 1330 da Zanchino Ugolini, un giurista di Rimini operante nell'*entourage* dell'inquisitore della Romagna, si ricordano magia e sortilegi, naturalmente, ma si continua a sottolineare la competenza dei vescovi. Un noto *consilium* del giurista Federico Petrucci, risalente a questo giro d'anni e relativo alla differenza tra *sortilegium* e *divinatio* per rispondere ad un quesito a lui posto, discute le questioni muovendosi soltanto sulla scia dei passi del *Decretum*.

La prassi sembra blanda, quindi, in sede laica ed ecclesiastica, e a volte fu la stessa opinione pubblica a frenare la repressione; le maliarde di città non facevano paura e le loro pratiche, largamente richieste, provocavano reazioni solo quando suscitavano invidie o provocavano danni. Un san Bernardino, predicatore appassionato e affascinante, desidererebbe una svolta nella repressione nel primo Quattrocento per evitare le giuste punizioni divine (diceva minaccioso), ma se la prassi fosse stata severa, non si spiegherebbero i suoi accorati e insistenti appelli. A Todi era a predicare nel 1426 e negli statuti redatti subito dopo fece inserire una rubrica contro gli incantatori e le fattucchiere, con previsione del rogo e la possibilità della tortura, beninteso tenuto conto della qualità del fatto e della *conditio* della persona. Ma c'è da dubitare che la norma abbia avuto larga applicazione.

C'era ancora una diffusa incredulità tra i gruppi dirigenti. Si sapeva che a livello popolare era molto diffusa la credenza nei poteri di filtri, unguenti e altri intrugli del genere, e che ciarlatani e praticoni erano creduti generalmente più dei medici.

Certo, le voci che invitavano alla prudenza tendevano a farsi sempre più ra-

re. Ma i giuristi, una volta tanto, ben figurano. Come Mariano Socini, l'amico di Pio II e (pur) grande ammiratore di san Bernardino, che dedicò al cardinal Bessarione un *Tractatus de sortibus* che si segnala per l'equilibrio e la serenità del giudizio, e in cui pare ripetere posizioni del suo maestro Niccolò de Tedeschi, il grande canonista 'panormitano' difensore del conciliarismo.

Fin qui, e limitatamente al caso esaminato, c'era un bell'accordo tra la prassi e il diritto comune, e tra i suoi testi e i suoi giuristi. Vedremo il seguito 'moderno' della questione più avanti.

### 1.2. *La Germania*

La Germania fu il Paese che nel Medioevo restò più indietro nel processo di recezione europea del diritto dotto, ovvero del diritto romano come insegnato nelle Università. I motivi del ritardo sono da attribuire al processo di scritturazione del diritto consuetudinario che in Germania, a differenza che altrove significò la redazione in forma scritta di consuetudini molto articolate sino ad allora diffuse solo oralmente. Tutto ciò – e la mancanza o rarità in Germania di giuristi formati nelle Università fino al Tre-Quattrocento avanzato – consolidò il patrimonio normativo tradizionale ed aumentò proporzionalmente la sua resistenza alla penetrazione di un diritto straniero come era quello romano.

Le principali raccolte del diritto consuetudinario, che riuscirono ad avere una diffusione anche al di fuori dell'area regionale per cui nacquero, furono lo Specchio degli Svevi (*Schwabenspiegel*), diffuso nella Germania del sud, e lo Specchio dei Sassoni (*Sachsenspiegel*, dovuto ad Eipe von Reggow, sec. XIII) molto diffuso nella parte nord-orientale della Germania.

Naturalmente, discorso a parte va fatto per le giurisdizioni ecclesiastiche per le quali valeva senz'altro anche in Germania il diritto canonico (con tutti i suoi collegamenti con il diritto romano). C'erano dunque nella situazione tedesca molte analogie con quanto avveniva in Inghilterra, dove appunto il diritto locale (ma qui unico a livello nazionale), il *common law*, aveva fatto da barriera alla penetrazione del diritto romano nelle giurisdizioni laiche. Tuttavia la cultura tedesca finì presto per trovarsi ben più vicina a quella italiana per i noti legami dell'Impero con l'Italia – con enormi conseguenze per il futuro. Molti studenti infatti venivano a formarsi nelle Università italiane, acquisendo una preparazione teorica che poi applicavano nella pratica, leggendo il loro diritto consuetudinario attraverso gli schemi concettuali e con gli strumenti giuridici propri del diritto romano.

Inoltre l'enorme frammentazione politica che caratterizzava la situazione istituzionale tedesca creava l'esigenza di un sistema di diritto superiore, inter-statale, privato e pubblico, capace di offrire idonee soluzioni ai vari proble-