

A.A. Cassi, R. Ferrari Zumbini, M. Rosboch, G. Speciale, C. Valsecchi

Le danze di Clio e Astrea

Fondamenti storici del diritto europeo

a cura di Aldo Andrea Cassi

Progetto multimediale a cura di A. Sandonà



Giappichelli

Preludio

Uno spettro si aggira per l'Europa del futuro: è il giurista di domani.

La sua pena errabonda non è causata dal sospetto dell'uomo della strada (che imputa ad avvocati, giudici e notai alchimie tecniche care per le sue tasche o lontane dai suoi bisogni) né dall'insofferenza dei *management* societari (che considerano i consulenti legali come “bastoni tra le ruote” nella speditezza degli affari aziendali), né dall'esser considerato superfluo, se non nocivo, da molti intellettuali (che gli imputano aridità culturale e inerzia nelle riforme) e bistrattato dal legislatore (il quale lo mette alla prova destrutturando l'ordinamento giuridico con estemporanee e continue riscritture di esso).

Non è questo il problema: il giurista sa che è da tempo così (pp. 73; 134; 199 ss.; 236 ss.; 250); sa che il problema non è l'immaginario collettivo su di lui, perché questo appartiene alla sua stessa Storia – e del resto altre categorie professionali non stanno meglio da quel punto di vista ...

La questione è ben altra: quale che sia la figura (avvocato, magistrato, notaio, legale aziendale, funzionario amministrativo, insegnante, ecc.) in cui il futuro giurista deciderà di incarnare la propria anima, rischierà di fare una scoperta orrenda: non ce l'avrà più, l'anima.

Non avrà più, dopo quasi un millennio, un'anima da giurista, perché gliel'hanno strappata dal luogo dove essa gli sarebbe stata insufflata: l'Università.

Oggi i cosiddetti *stakeholders* chiedono che le Università formino “professionisti” del diritto e che, pertanto, esse impartiscano agli studenti “percorsi professionalizzanti”. Le Università sembrano acconsentire (dato interessante ...), e così l'offerta formativa viene calibrata in formato super-specialistico, a discapito delle “materie di base”, per forgiare avvocati, magistrati, notai, consulenti ecc. fin dagli anni universitari – quelli che erano deputati alla formazione generale del giurista.

Passare dal bruco alla farfalla fatta e finita, saltando lo stadio di crisalide, è certamente coerente con l'attuale modello antropologico di esistenza accelerata, ma rischia di generare soltanto bozzoli vuoti – un po' come “professionalizzare” subito l'ortopedico o il dermatologo a discapito della loro formazione di medico: la diagnosi e la terapia ne risentirebbero parecchio (a volte il paziente muore per eccessiva specializzazione).

Senza l'anima da giurista, quelle “figure professionali” (avvocati, giudici,

funzionari, consulenti ecc.), tanto invocate, sono solo figure spettrali.

Lo scenario è futuristico ma realistico; bisogna che i diretti interessati ci riflettano – a cominciare forse proprio dalla “professione”: cosa intendono *professare* (= dichiarare apertamente una convinzione)?

Sopravvivono insegnamenti a cui oggi è richiesto di destare gli studenti da questo scenario ipnotico; un insegnamento che parla al (futuro) giurista del giurista, che gli racconta da dove viene e *quindi* gli mostra dove si trova ora e quale direzione sta imboccando. Insegnamenti che suscitino domande oltre a fornire risposte: gli insegnamenti storico-giuridici.

Questo volume si propone quale strumento di supporto e di lavoro per tale missione didattica – strumento non necessariamente alternativo ad altri: per come esso è costruito, ben può essere complementare.

Dopo aver detto del *perché*, qualche precisazione appunto sul *modo*.

Il testo è stato concepito, progettato e realizzato pensando *esclusivamente e realisticamente* a chi dovrà leggerlo (e studiarlo), tenendo in piena considerazione e rispetto lo studente del terzo decennio del terzo millennio (già lontano anni luce dal suo collega di una decina di anni fa) e prendendo coraggioso atto sia delle sue nuove competenze acquisite sia di quelle abbandonate.

I rivolgimenti della didattica delle scuole superiori, gli sconvolgimenti dei modelli pedagogici che vi si succedono, il rinculo d’essi sull’Università, le pressioni esterne e le aspettative sui futuri giuristi (anzi, “professionisti”, come si diceva sopra) e, non ultimo, i sofferti due anni accademici di “didattica remota”, hanno profondamente modificato l’approccio studentesco al libro universitario.

A maggior ragione, l’approccio a un libro di impostazione storica nelle Facoltà (pardon per il lapsus anacronistico) di Giurisprudenza dove, appunto, le sirene “professionalizzanti” sono sempre più seducenti.

Pertanto, in questo volume si sono rigorosamente evitati due elementi: le note e le citazioni di altri storici del diritto.

Gli Autori concordano nel ritenere che per gli studenti le prime sono inutili, e hanno pure constatato che le seconde risultano non di rado perfino nocive.

E in effetti: lo studente di default *non* ritiene di dover leggere la nota in calce alla pagina (tanto meno a fine capitolo o volume). Questo è un fatto – e non è sulle eccezioni che si può costruire uno strumento didattico per una materia cruciale (e obbligatoria).

Gli addetti ai lavori sanno benissimo che la nota serve a chi scrive per accreditare ciò che scrive alla lettura dei colleghi: per far vedere loro che quella fonte o quel saggio lo hanno visto. Ma (ed è l’ultima volta che lo si ribadisce) questo testo non è scritto per i colleghi bensì per i loro studenti.

Né vale l'argomento (una caduca foglia di fico) che le note servono ai laureandi: chi fa la tesi ha un Relatore e un Correlatore (fino a quando tali figure non saranno abolite, probabilmente assieme alla tesi stessa) i quali sono ben in grado di fornire fonti e bibliografia *ad hoc*, senza rinviare al manuale.

Quanto poi alle citazioni dei colleghi nel testo (la cui *ratio* è la medesima *ut supra*), nell'esperienza condivisa dagli Autori esse sono fonte di *qui pro quo*: nella mente dell'esaminando i nomi degli studiosi fan spesso tutt'uno con quelli dei giuristi o delle opere oggetto di studio – un classico sono “le consolidazioni-raccolte compilate da Viora”; ma gli esempi si possono moltiplicare.

Infine, da questo testo sono state sfrondate alcune decine di nomi (autori, opere, luoghi) che nella lunga esperienza didattica ci si è resi conto costituivano un mero *flatus vocis* pronunciato dalle labbra dell'esaminatore.

Piuttosto, lo studente di oggi (“nativo digitale” della Generazione Z) è addestrato ad una lettura “orizzontale”, abituato a *linkare* durante la sua lettura per aprire percorsi ulteriori. Questo testo presenta un apparato multimediale *online* che, partendo dalla pagina, tramite i rinvii in essa segnalati, mette a disposizione non solo molte delle classiche fonti del diritto medievali e moderne (ovviamente tutte corredate dalla traduzione in italiano), ma anche apparati iconografici, musicali, cinematografici.

La *Parte Prima* indica allo studente le linee fondamentali della Storia del Diritto offrendogli uno sguardo di lunga gittata che gli permetta un primo orientamento storico-giuridico; essa rappresenta l'ampia campata di un ponte che lo trasporti da una sponda all'altra *sopra* il flusso storico del fenomeno giuridico europeo – affinché veda se stesso *entro* quel flusso.

Presentargli d'improvviso, *ex abrupto*, gli istituti del diritto di famiglia piuttosto che gli strumenti giuridici del commercio (per fare un paio di esempi) prima di averne profilato l'orizzonte storico, la genesi e la parabola in cui essi si inscrivono, costituisce una difficoltà diffusa da non sottovalutare, e della quale ci si è fatti carico.

Non si è voluto, in effetti, rinunciare ad approfondire (ma in “seconda battuta” e con il *back ground* acquisito dopo la lettura della *Parte Prima*) determinate aree tematiche, alle quali è riservata la *Parte Seconda*

Qui lo studente, che a quel punto conosce già le linee (il pentagramma) del tempo giuridico e le dinamiche ad esso sottese, potrà meglio orientarsi ed apprezzare i percorsi monotematici – o, se si preferisce, le “variazioni sul tema” che si sviluppano lungo le linee del pentagramma.

I capitoli della *Parte Seconda* sono quindi dedicati ad alcune realtà che ci sembrano attualmente al centro della discussione politico-giuridica europea: il ruolo sfidante, e sfidato, delle istituzioni (non solo statali); l'identikit della famiglia; il mercato e i suoi attori; il tessuto costituzionale.

Non per niente, tali tematiche sono anche oggetto di specifico insegnamento storico-giuridico (pensiamo ai corsi di Storia del diritto commerciale nelle “triennali”, al crescente numero di quelli opzionali dedicati alla Storia del diritto di famiglia o delle costituzioni, agli insegnamenti di Storia delle istituzioni presso diversi corsi di laurea).

La *Parte Seconda*, insomma, offre uno *zoom* in primo piano dopo lo sguardo panoramico proposto dalla *Parte Prima*. L’approccio più analitico giustifica il minimo apparato bibliografico riportato in calce a ciascun capitolo della *Parte Seconda* (fermo restando l’apparato *online*, dove è anche reperibile una essenziale bibliografia manualistica).

Questo volume, con tutti i difetti intrinseci ad ogni manuale, si sforza di rappresentare uno strumento didattico (compatibile con altri, nella modulazione sin-fonica ritenuta adatta caso per caso) a supporto di competenze (forse oggi si usa dire *skills*), interessi, contesti e *curiositas* incredibilmente mutati negli ultimi anni.

Un mutamento che rende ancor più sfidante un insegnamento storico-giuridico, di primo acchito guardato con sospetto (talora insofferenza) nelle Facoltà di Giurisprudenza.

Ora qualche cenno sul *cosa*.

La Storia del Diritto può e deve dare molto a chi intende svolgere il lavoro intellettuale proprio del giurista: sviluppare un senso critico nell’analisi delle dinamiche del fenomeno giuridico, indicargli la base dell’iceberg dopo (o prima) di avergli mostrato la punta, fargli cogliere l’odore terraneo dell’*humus* dal quale è sbocciata l’opera raffinata, e soprattutto esplicitare l’implicito sotteso al fenomeno giuridico – “professare” senza esplicitare resta un ossimoro.

Soltanto così il futuro giurista potrà essere consapevole della propria attuale condizione *storica* (cioè, per ripeterlo: da dove arriva e in quale direzione la Storia lo sta indirizzando).

Questa consapevolezza comporta una sua responsabilità.

Da quella, terribile, che si assumevano i saggi e probi uomini medievali (*iuris prudentes*) che cancellavano dalle vitree pareti del *templum Iustitiae* (tempio della Giustizia) i precetti non conformi all’Equità, a quella del tutto negata (altrettanto terribilmente) da una “dottrina *pura* del Diritto” che fa di quest’ultimo un insieme di giudizi formali dei quali il giurista può e deve esclusivamente registrare la correttezza logica, ne è passata di Storia.

Storia che il giurista deve conoscere; giudicherà poi egli stesso quale e quanta responsabilità dovrà esercitare e “professare”.

(A proposito di responsabilità, qui ci si è assunta quella della scelta degli ar-

gomenti: alla fine del percorso, tuttavia, si confida che lo studente comprenderà perché, ad esempio, si sono dedicate più pagine al diritto dei Longobardi piuttosto che ai progetti del Codice Pisanelli, al Piacentino piuttosto che ad Accursio, o perché ci si è intrattenuti con le figure di Spinoza e di Vico e si son fatti invece minimi cenni a Kelsen e a Bobbio).

La mancanza di una rigorosa prospettiva storica rischia altrimenti di dilatare una *vulgata* (o *fake-news*) che ancora alligna nella cultura giuridica europea. Questa opinione diffusa insegna che il Diritto, inteso come lo intendiamo noi oggi e come oggi lo si studia (ovvero come scienza che si occupa del complesso di norme in un ordinamento giuridico mediante una specifica strumentazione metodologica) sia nato a Roma, e che dopo uno *stand-by* di circa 1.500/2000 anni (a seconda degli indirizzi storiografici; in ogni caso comprendenti il Medioevo e l'Età moderna) sia stato recuperato "di peso" dai Codici (prima da quelli del XIX secolo e poi da quelli del '900) con soltanto qualche piccola limatura.

Lo studente potrà constatare come il *big bang* della nostra scienza giuridica si sia invece verificato proprio in quel lungo periodo medievale che si vorrebbe considerare quasi *inutiliter datum* (ancora oggi considerato da una storiografia generalista di retroguardia "buio" e ottuso), nel quale, al contrario, nasce e si forgia la *forma mentis* del giurista odierno e si configurano gli strumenti logico-argomentativi tuttora in uso come suoi attrezzi del mestiere.

Il reimpiego di elementi materici di età romana (marmi, colonne, capitelli) nella costruzione delle splendide abbazie e cattedrali medievali è assodato dagli studi di Archeologia e di Storia dell'Arte: ma non ci si dimentica, colà, che è l'architettura medievale a formare quegli edifici. Parimenti, senza quegli architetti che furono i giuristi medievali (*doctores iuris*), lo *ius romanum* sarebbe rimasto un ammasso di fredde pietre prive di progetto, di struttura portante, di coerenza interna.

Venne poi l'epoca (in età Moderna) di altri edifici, ancora più ambiziosi e strutturati, costruiti "scientificamente", *more geometrico*, dai giusnaturalisti, i quali consegnarono poi il testimone del diritto naturale agli illuministi; sono questi soltanto alcuni dei "tornanti" decisivi nell'itinerario del Diritto in Europa, del Diritto dell'Europa, attraverso i suoi fondamenti storici la cui conoscenza è di vitale importanza perché il giurista costudisca la sua anima.

L'immagine dei tornanti evoca un tragitto faticoso e sinuoso, quale in effetti fu quello della Giustizia, che nella Storia della civiltà europea (a differenza che altrove) ha affidato la sua realizzazione e la sua custodia al Diritto – e non alla Religione o alla Politica o all'Economia.

Ed è anche la fatica di chi quel tragitto deve studiarlo.

Per chiudere (e iniziare) con maggior leggerezza ci sia allora consentito raffigurare (anche in copertina) le tappe e le svolte dei fondamenti storici del Di-

ritto europeo come passi di danza nel volteggio con cui Clio (la Musa della Storia) accompagna Astrea (mitica figura della Giustizia) lungo il continente dove è nato il giurista.

Anche perché, come diceva il mimo Jean-Louis Barrault [  **n. 1**], danzare è scoprire l'anima.

Il Curatore

Parte Prima
LE LINEE DEL PENTAGRAMMA
di Aldo Andrea Cassi

Capitolo I

MEDIOEVO GIURIDICO

PASSATO REMOTO PROSSIMO VENTURO

Sommario: 1. Il Medioevo del futuro giurista. – 1.1. “*Mille e non più mille*”, verso il Terzo Millennio. – 1.2. La questione del “Medioevo”. Lampi nel buio. – 2. L’anatra, il gallo e la scrofa ducaria. – 2.1. Una panoramica (SRI) ... – 2.2. ... e qualche zoom. – 3. Il Feudalesimo. – 3.1. Carlo Magno. – 3.2. Il feudo. Il vincolo di *fidelitas*. – 4. 1070/1076: anni formidabili. – 4.1. 1070: l’*Expositio ad Librum Papiensem* e il nuovo approccio della Scuola di Pavia. – 4.2. 1075: il *Dictatus papae* e la “riforma gregoriana” della Chiesa. – 4.3. 1076: il placito di Marturi e la “riemersione” del diritto romano giustiniano. – 5. Effervescenze istituzionali. – 5.1. “L’aria di città rende liberi”. – 5.2. Splendori del Regno di Sicilia. – 6. Le origini. – 6.1. Nasce l’Università. – 6.2. Nasce la scienza giuridica. – 6.3. (Ri)nasce il diritto canonico. – 7. La parabola del diritto comune. – 7.1. La Scuola di Orléans e la Scuola del Commento. – 7.2. La “prammatizzazione” del Diritto. La *communis opinio*. – 7.3. Dilatazione europea e compressioni locali della *communis opinio*. Le “leggi delle citazioni”.

1. Il Medioevo del futuro giurista

1.1. “*Mille e non più mille*”, verso il Terzo Millennio

Al futuro giurista si chiede di conoscere anche la Storia del diritto medievale.

È una circostanza astrusa per molti studenti, i quali, proiettati fin dal primo anno di corso verso le promesse di una futuristica “giustizia dell’IA” [🖥️ 🗨️ n. 2], generalmente tollerano lo studio del diritto romano, sulla scorta dell’idea (falsace) che il Diritto sia stato inventato a Roma; ma restano perplessi circa l’evoluzione (e soprattutto lo studio) di un diritto *medievale*.

Se questo aggettivo indica spesso «con tono polemico e spregiativo, il carattere retrogrado e anacronistico di istituti, mentalità, costumi che siano in aperto contrasto con le esigenze o l’evoluzione della vita moderna» (Enciclo-

pedia Treccani), nell'immaginario collettivo odierno il diritto nel/del **Medioevo** non può che essere una degenerazione dello *ius* romano, decaduto nel **millennio medievale** e restituito al suo splendore soltanto dai codici, prima ottocenteschi, poi novecenteschi, i quali di quell'antico diritto sarebbero una riscrittura aggiornata.

Quei mille anni, insomma, rappresenterebbero una parentesi in cui il Diritto è rimasto sostanzialmente in *stand-by*. Questa è in effetti una linea interpretativa assai diffusa, quella che qui possiamo chiamare una *vulgata*, la quale per molti aspetti è una bufala, o come usa dirsi oggi, una *fake news*.

Questo capitolo si occuperà delle linee principali del diritto medievale – che, giova fin da ora precisarlo, è il *nostro* Diritto, come noi lo intendiamo quale scienza che studia il complesso di norme di un ordinamento giuridico mediante una specifica strumentazione metodologica.

Nel contempo verranno argomentate allo Studente – che alle argomentazioni e interpretazioni dovrà abituarsi perché saranno i suoi attrezzi del mestiere – le ragioni di questa affermazione “controcorrente”.

Medioevo: qui lo si scrive con la M maiuscola, così come con la maiuscola generalmente si scrive *Rinascimento* o *Romanticismo*, per il medesimo “valore” che esso possiede rispetto alle altre epoche della Storia (vedi testo)

millennio medievale: la periodizzazione tradizionale che comprende il Medioevo dal 476 d.C. (“caduta di Roma”) al 1492 (“scoperta” del Nuovo Mondo) può considerarsi sostanzialmente valida pure ai nostri fini didattici (vedi anche cap. 2 §1).

L'aurea negativa che promana dal termine *Medioevo* provoca tuttora distorsioni e rimozioni.

Un recente fortunato libro collettaneo (cioè, che raccoglie contributi di più autori, nel caso ben 18), pubblicato da una delle università anglosassoni che “dettano il tempo” nei dibattiti politico-istituzionali europei, è dedicato all'attuale assetto giuridico-istituzionale europeo ed extraeuropeo [*Entangled Legalities beyond the State*, Cambridge University Press 2021]; in esso si parla di “nuovo Medioevo”, alludendo all'odierna interdipendenza degli ordinamenti giuridici, al pluralismo normativo, all'interconnessione di ambiti giuridici diversi, alla mancanza di una giurisdizione centrale, all'incidenza che tale “sistema” ha sugli Stati e sulle rispettive loro sovranità e ad altri profili che lo Studente effettivamente scorgerà in questo capitolo; valuterà lui – lo Studente – al termine di questo capitolo se il paragone regge.

È significativo, però, che quel medesimo libro *non* contenga alcun riferimento agli studi che storici del diritto italiani o stranieri hanno dedicato al

“Medioevo del diritto” (per citare il titolo dell’importante libro di uno dei grandi “pionieri” di questa disciplina, Francesco Calasso). Insomma: pur affrontando problemi attuali ed enormi come il “sovranismo”, la tensione tra ordinamento statale e diritti individuali, la dialettica tra Stati e “corpi intermedi” ecc. e sentendosene prospettare uno sfondo “medievale”, gli studenti anglosassoni stanno studiando “al buio”, su fondamenti storici che *non* conoscono, *senza* nemmeno ricevere dai libri quegli strumenti (analisi storiche e critica storiografica) necessari per conoscerlo.

Non è un esempio isolato. Un altro recentissimo libro di una docente americana di scienze politiche [D. Boucoyannis, *Kings as Judges. Power, Justice and the Origins of Parliament*, Cambridge University Press 2021] “avanza” la tesi, presentata come innovativa, secondo la quale all’origine dello Stato moderno non vi è il potere fiscale del re, ma la antica funzione di giudice che questi aveva in epoca medievale. Il libro è stato accolto entusiasticamente in Italia da insigni e autorevoli giuristi, che lo hanno salutato come opera che rovescia molte conclusioni storiografiche sullo Stato e destinata a mutare l’approccio storiografico su nascita e sviluppo delle istituzioni statali.

Ebbene, nessuno, né la professoressa statunitense né quegli insigni autorevoli giuristi italiani, avrebbe superato l’esame del I anno di Storia del diritto, come converrà lo Studente quando qui leggerà dei re barbari, del *rex iudex*, della *iurisdictio* come eminente funzione sovrana, delle dottrine dei *doctores* medievali sull’argomento e di altre dinamiche che costituiscono il tessuto connettivo dei fondamenti del diritto europeo – tutte cose ben note da molto tempo agli storici del diritto italiani.

Qui interessa rilevare, ai giorni nostri, la paradossale circostanza della perdurante rimozione, e della conseguente scarsa conoscenza, della esperienza giuridica medievale proprio là dove la si invoca per spiegare gli attuali assetti giuridici, istituzionali e politici del nostro continente.

Il paradosso aumenta di grado se ci rendiamo conto che il periodo medievale viene sempre più spesso chiamato in causa non solo come scaturigine del presente, ma addirittura come direzione del futuro europeo. Si moltiplicano in effetti le evocazioni (e talora le invocazioni) al sistema pluriordinamentale del Medioevo quando si tratteggiano gli assetti istituzionali, la compresenza di ordinamenti giuridici statali, sovrastatali ed extrastatali, la costellazione di giurisdizioni e di soggetti giuridici e dei rispettivi *status* che costituiranno l’Unione europea dei prossimi decenni.

Per molti giuristi, politici e financo storici, insomma, stiamo per assistere a un “ritorno al futuro” (o meglio, per dirla con Zemeckis, a un “back to the past”) anche al di là dell’assonanza *ius commune* / diritto comunitario.

Chi maneggia la Storia per professione conosce le insidie di siffatti “cortocircuiti” storici. Valuterà lo Studente, al termine dell’itinerario tracciato in queste

pagine, se esso, il percorso, continuerà effettivamente anche nel terzo millennio, segnando nuove tappe nella futura configurazione della Giustizia e del Diritto europei. Anche perché sarà lui, il futuro giurista, a costruire quel futuro giuridico.

Qui, da storici, possiamo solo segnalare una curiosa circostanza. Il Medioevo non scommetteva su un “suo” futuro. L’anno 1000 era visto, atteso e temuto da molti come la data di scadenza cosmologica dell’esistenza umana. La profezia “mille e non più mille”, che voleva fermare la Storia a quell’anno, è stata ridimensionata dalla storiografia, ma essa si fondava su interpretazioni escatologiche formulate fin dai primi secoli del Cristianesimo (basti pensare all’autorevolezza di Tertulliano) e rilanciate a gran voce dai movimenti “millenaristi” che predicavano e prefiguravano la fine dei Tempi. Nell’XI secolo, del resto, guerre e carestie consolidavano visioni apocalittiche.

L’anno 1000 passò e il Medioevo continuò il suo percorso per almeno altri quattro secoli, accumulando lo straordinario patrimonio culturale che ci ha trasmesso.

Per alcuni storici il periodo “medievale” sotto molti aspetti si spinge oltre, comprendendo anche il ’500; gli storici del diritto, poi, evidenziano la sostanziale continuità, tra Medioevo ed età Moderna, dello *ius commune* elaborato dai giuristi delle università medievali, e quindi del tessuto connettivo politico-sociale europeo, il cui certificato di morte viene stilato soltanto nel 1789 e su cui cala la pietra tombale nel 1804 con il Codice civile napoleonico.

Appunto di questo si sta parlando. L’esperienza giuridica medievale fu effettivamente del tutto recisa, ghigliottinata dalla Rivoluzione, oppure essa come un fiume carsico si è inabissata nel sottosuolo inconscio della *forma mentis* dei giuristi, di ieri, di oggi e di domani, tutti forgiati dalla *scienza giuridica* (nata, appunto, come “invenzione” squisitamente medievale e tuttora agente nei suoi schemi fondamentali), pronta ad una inattesa riemersione?

Quello che possiamo dire è che la immensa galassia medievale di *iurisdictiones, iura, principia, quaestiones, opiniones* rappresentò una straordinaria sfida per i giuristi di allora, i quali ne tracciarono una mappa celeste (la *scientia iuris*), ordinando quella galassia in costellazioni decifrabili e capaci di segnalare rotte di orientamento.

Forse qualche raggio “buca” ancora il cielo del Terzo Millennio, offrendo strumenti di orientamento: anche dopo esseri spente, le stelle continuano a far viaggiare a lungo la propria luce. Per il (futuro) giurista si tratta di saper volgere lo sguardo verso l’alto, cioè, fuori di metafora, verso la Storia.

Lo scopo di questo capitolo è dunque anche quello di evitare che i giuristi di domani commettano il medesimo errore di chi si muove su un terreno senza conoscerne la consistenza.

Prima di tutto cercando di capire il perché di questa rimozione, o *damnatio memoriae*, che colpisce il Medioevo.

1.2. La questione del “Medioevo”. Lampi nel buio

Nell’immaginario collettivo, e anche per molti studiosi, il Medioevo fu un ‘buio’ periodo della Storia, illuminato solo dal fuoco dei roghi alle streghe. Questo immaginario si è amplificato dalle immagini suggestive del film *Il nome della rosa*, tratto dall’omonimo romanzo di Umberto Eco [📖 ↻ n. 3].

A parte il fatto (storico, incontrovertibile) che la sistematica persecuzione delle streghe, e roghi annessi, si perpetrò nel XVII secolo, ovvero nel “cartesiano”, razionale ‘600, la questione è che, a rigore, il Medioevo non è mai esistito. Non è mai esistito un “medioevo” in quanto tale (medio evo, evo di mezzo). Non esiste una *età di mezzo*: “di mezzo” rispetto a cosa? A due altre epoche (romana e moderna) che invece hanno dignità propria? Ma in base a quale criterio storico? Il criterio che porta a questa svalutazione del periodo medievale si fonda su una certa idea (e ideologia) della Storia, che ne presuppone un continuo sviluppo evolutivo, un procedere (*processo* storico, appunto) verso un progresso intellettuale, etico, scientifico sempre più alto.

Non a caso a denunciare con particolare veemenza il “buio” che avvolse il Medioevo furono, dopo gli umanisti, gli illuministi (appunto: lumi contro tenebre). Essi tracciarono il solco dell’idea (o ideologia) di un inarrestabile progresso (“le magnifiche sorti e progressive” per dirla con l’ironia di Leopardi; [📖 ↻ n. 4], cap. 2 § 7); solco nel quale tuttora scorre molta parte della cultura europea, il cui cronico ottimismo economico e tecnologico guarda sprezzante i mille anni medievali.

Eppure, se soltanto riportiamo alla nostra memoria storica le abbaglianti conquiste intellettuali del Medioevo ci rendiamo conto che esso non fu tutto tenebra; i suoi lampi giungono fino a noi.

Il “buio Medioevo” infatti ha scoperto, o forse meglio “inventato” (peraltro *invenire* in latino significa scoprire), ad esempio:

1) un nuovo modo di vedere, nel senso letterale del termine (non solo per l’invenzione degli occhiali nel XIII secolo): con la Adorazione dei Magi [📖 ↻ n. 5] di Giotto, dipinta nel 1303-1305 nella Cappella degli Scrovegni a Padova, compare probabilmente per la prima volta la prospettiva della terza dimensione (i cui principî sono in seguito fissati dal Brunelleschi e poi teorizzati nel *De pictura* di Leon Battista Alberti nel 1453). Con la **prospettiva pittorica** sono dunque poste le basi dell’arte moderna;

2) un nuovo modo di pagamento nei commerci e quindi un nuovo tipo di economia commerciale, con la **cambiale** (Parte II cap. 3 § 2.1). E furono proprio i giuristi a giuocare un ruolo decisivo in siffatta ‘invenzione’, concepita e sviluppata nelle città italiane. Con questo nuovo istituto giuridico inizia quello

che gli storici dell'economia chiamano *protocapitalismo*, tappa fondamentale della storia economica europea e mondiale;

3) un nuovo soggetto agente: la **persona giuridica** (*persona ficta et rapraesentata*), inventata anch'essa dai giuristi (canonisti) medievali, che a differenza della *societas* romana (priva di rilevanza verso l'esterno) è un soggetto giuridico terzo rispetto ai singoli *soci* e dotata appunto di "personalità giuridica";

4) un nuovo modo di lavorare e di produrre energia, con l'invenzione del mulino ad acqua, inaugurando il *macchinismo produttivo* e un approccio tecnologico che resterà tipico della civiltà occidentale;

5) un nuovo modo di pensare, che plasmò la *forma mentis* scientifica e razionalizzante dello studioso di allora e dell'odierno intellettuale europeo: la **dialettica**, che potremmo tradurre con *pensiero critico*. Un modo di ragionare caratterizzato e disciplinato da specifiche regole retoriche, principi logici, figure argomentative, che tracciò un itinerario culturale costellato da giganti del pensiero (Anselmo d'Aosta, Abelardo, Bonaventura, Tommaso d'Aquino, Guglielmo di Occam); forse oggi essi dicono poco o nulla alla maggior parte dei vari "esperti" nei dibattiti culturali, ma in realtà ne costituiscono gli impliciti fondamenti epistemologici;

6) un nuovo modello di vita spirituale e comunitaria, che molta incidenza ebbe anche sotto il profilo della storia del diritto, decisivo per la sopravvivenza della cultura classica: la **cultura monastica**. I testi greci e latini, infatti, ci sono giunti attraverso l'opera instancabile di custodia, trascrizione e trasmissione dei monaci; e fu grazie a tale lavoro che la *dialettica* di cui al punto precedente poté esercitarsi sui testi dei classici;

7) *dulcis in fundo* (ma ci si ferma qui solo per didattici limiti di spazio): un nuovo modo di studiare, insegnare e apprendere: dal "buio" medievale sorse l'invenzione da cui ciascun Lettore di questo libro si aspetta molti lumi: **l'Università**. E la sua alba rifulse proprio nello studio della *iusprudentia*.

Si è proposta questa "carrellata" di illuminanti "invenzioni" medievali (che dunque rischiarano le tenebre di questo millennio) per argomentare come sia erroneo cercare pregiudizialmente linee evolutive nella Storia. L'evoluzione applicata alla storiografia è una categoria ideologica: infatti, si evolve dall'inferiore al superiore, ma in base a cosa si qualifica superiore o inferiore un'epoca storica? Certo, la medicina, dal Medioevo ad oggi, si è evoluta; ma, ad esempio, l'Università, rispetto al *modus studendi* medievale (§ 6.1), si è involuta, fino ad essersi oggi spesso "licealizzata" e quindi "regredita".

Eppure il (pre)giudizio negativo è ben radicato, e fa capolino anche nella "sottodivisione" cronologica del millennio in "alto" e "basso" Medioevo: larga parte della storiografia inglese e tedesca distingue primo/alto/tardo Medio-

evo, dove *alto* sta ad indicare il suo “valore” massimo, l’apogeo culturale, i secoli centrali XI/XIII caratterizzati dal più alto, appunto, sviluppo raggiunto. Nella storiografia italiana invece *alto* e *basso* hanno una valenza meramente cronologica (indicando rispettivamente il periodo dalla “caduta di Roma” del 476 a.C. al 1000 circa e quello dal XIV alla “scoperta dell’America” del 1492), mentre il periodo centrale viene generalmente denominato come “età comunale”.

Insomma, è bene che i (futuri) giuristi, avvezzi all’analisi e alle distinzioni, siano consapevoli delle insidie di denominazioni e categorie.

Per inculcare quanto si è finora argomentato, potremmo affermare che forse un *Medioevo* effettivamente ci fu, una età di mezzo ad altre due: la precedente, in cui si gettavano uomini donne e bambini in pasto alle belve per spettacolo nei “circhi massimi”, e la seguente, in cui si bruciavano al rogo donne accusate di stregoneria.

È evidentemente una provocazione, una *pro-vocatio*, un “chiamare a favore” di una argomentazione che intende restituire dignità al Medioevo giuridico e allo studio che il futuro giurista è opportuno ne faccia.

2. L’anatra, il gallo e la scrofa ducaria

2.1. Una panoramica (SRI) ...

Reintegrato il Medioevo nella “tavola degli elementi” la cui combinazione diede forma alla civiltà europea, vi è da chiedersi se vi sia qualcosa che “tenga insieme” questi 1000 anni e quale possa essere il “filo rosso” che vi si dipana.

Ebbene, ai nostri fini possiamo scorgere tre linee di continuità, tre “elementi di permanenza” nel Medioevo, che possono considerarsi espressi dalla locuzione *Sacro Romano Impero* (SRI), che come vedremo indica l’architettura del mondo politico-istituzionale medievale.

Un primo “elemento di permanenza” può essere individuato nella suggestione ideale della ‘**romanità**’, e precisamente nell’idea (che fu soprattutto ideologia) della sopravvivenza di una “Roma imperiale”, e conseguentemente di un suo “diritto romano”.

In effetti, anche dopo il “certificato di morte” ufficiale, datato 476 d.C., l’idea(le) di un Impero che fosse ancora “romano” costituì nell’immaginario collettivo e, soprattutto, in quello dei sovrani in cerca di legittimazione istituzionale e autorità politica, una chimera da rincorrere. Roma in realtà non era più il vero centro del potere politico, per quanto l’insediamento della sede pa-

pale nell'Urbe le assicurava un'importante voce nello scacchiere geopolitico.

La geografia politica si era frantumata con il frantumarsi dell'impero. Ma già prima del fatidico 476 i nuovi gangli geopolitici dell'Europa altomedioevale erano altri.

Qualche esempio per rendere l'idea: Milano, che fu capitale dell'impero romano d'occidente dal 286 al 402 e centro propulsivo della Chiesa d'Occidente dal 374 al 397 con il vescovo Ambrogio; Aquileia, in Friuli (*Forum Iuli*) che, con i soggiorni dell'imperatore Massimino (e i palazzi che egli vi costruì), acquistò rilevanza di "seconda capitale"; Toledo (in Spagna), capitale del regno dei Visigoti nel VI secolo e quindi sede del re all'epoca più potente; Ravenna, capitale dell'impero romano d'Occidente nel V e VI secolo; Pavia, capitale del regno Longobardo nel VI secolo; Aquisgrana (in Germania), sede principale di Carlo Magno e dal 936, con l'incoronazione di Ottone I di Sassonia, luogo delle incoronazioni imperiali fino al XVI secolo.

Semplificando dinamiche che furono assai più complesse, possiamo dire che i regni barbarici, soprattutto quelli germanici, si preoccuparono di (auto)presentarsi come legittimi eredi dell'Impero romano: si tratta dell'operazione politico-culturale denominata *Renovatio imperii*.

Questa forte suggestione ideale (e ideologica) fece naturalmente da volano all'antico *ius romanum* con un effetto plurisecolare. Significativo in proposito sarà lo "slogan" ricavabile da un'opera del XII secolo (le *Quaestiones de juris subtilitatibus*, che meriterà di essere rievocata § 6.3.4.2.2): *unum ius unum imperium*: "un unico diritto in un impero unico". L'anonimo estensore di questo "trattatello" giuridico (forse il Piacentino, che incontreremo ancora) argomenta in termini molto decisi: «o vi è un unico diritto, essendoci un unico impero, oppure, se vi sono diversi diritti, vi sono molti regni». La reviviscenza dell'ideale politico dell'Impero romano richiamava idealmente in vita il suo antico diritto, lo *ius romanum*.

La cui valenza culturale e, appunto, ideale fu ben superiore all'effettiva valenza empirica. Nel senso che, come vedremo tra breve, a disciplinare empiricamente, concretamente la effettiva vita reale nel Medioevo non era il diritto romano giustiniano (e tantomeno quello classico): lo *ius romanum*, dopo la "rivoluzione" cristiana e la contaminazione barbarica, venne profondamente riconfigurato dai *doctores* delle università italiane in una delle più poderose architetture intellettuali, lo *ius commune*, il grande protagonista della storia giuridica europea (e quindi di questo libro).

Tuttavia la forza culturale della "romanità", e del suo diritto, fu enorme e sempre presente nella storia europea, anche quando rimane in "sottotraccia", come quella "anatra che affiora sempre" cui alludeva il grande poeta J.W. Goethe nel 1829, in una conversazione con il contemporaneo Johann Peter Eckermann, riferendosi proprio al diritto romano: «un'istituzione intramonta-

bile, la quale, simile a un'anatra che si immerge nell'acqua, di tanto in tanto scompare, ma non va mai interamente perduta e prima o poi riemerge in tutta la sua vitalità». [J.P. Eckermann, *Conversazioni con Goethe negli ultimi anni della sua vita* (a cura di E. Ganni), Torino 2008, p. 265].

Vedremo come non sia un caso che siffatta dichiarazione venga pronunciata in pieno secolo XIX, quando la Scuola Storica e poi la Pandettistica (cap. 3 § 1.2.3.2) segnano uno dei tornanti della storia del diritto europeo.

Ciò che restava noto dell'antico diritto romano nell'Alto Medioevo era raccolto in alcuni testi che diventeranno la sua principale fonte di cognizione. Il Codice Gregoriano e quello Ermogeniano raccoglievano i rescritti imperiali fino a Diocleziano; essi non si sono conservati, ma li ricordiamo perché attestano per la prima volta la comparsa del termine *codice* che, con un'accezione assai diversa, avrà grande fortuna nella storia della cultura occidentale.

Il *Codex Theodosianus* con i suoi 16 libri raccoglieva tutte le costituzioni imperiali da Costantino a Teodosio II, l'imperatore che lo promulgò nel 438 d.C.

Ma soprattutto ricordiamo la grandiosa raccolta voluta dall'imperatore Giustiniano, compiuta dal 529 al 534 sotto la direzione del giurista Triboniano.

La compilazione giustiniana, la sua formazione, la sua strutturazione sono ben note a chi ha studiato diritto romano; qui interessa ricordare che essa prenderà in seguito il nome di *Corpus Iuris Civilis* e costituirà il baricentro della elaborazione dottrinale condotta dai giuristi medievali che ne renderanno i contenuti diritto effettivamente "vigente".

Vedremo infatti come già dall'Alto Medioevo il diritto in uso non era più quello 'romano', quello, per intenderci, studiato dallo studente di Giurisprudenza al I anno di corso.

In ultima analisi, possiamo dire che il secondo aggettivo della locuzione "Sacro Romano Impero" indica soprattutto la valenza ideale ad essa sottesa: la civiltà romana era in realtà morta.

A questa idea di romanità fecero da contrappunto **il Cristianesimo e la Chiesa**.

Il primo costituiva un modello culturale e antropologico di forte rottura rispetto alla civiltà romana pre-(appunto)cristiana, mentre la seconda ne assicurò la sopravvivenza e trasmissione fino ad oggi.

La Chiesa, infatti, quale istituzione fortemente accentrata con struttura piramidale e dotata di una efficace burocrazia, fu in grado attraverso tale assetto di veicolare con straordinaria continuità (pur con alterne vicende) valori e principi di portata rivoluzionaria, resistendo a decenni di persecuzioni (perché "eversiva" rispetto al passato) e a secoli di "pressioni" politiche. È del resto l'unica istituzione che esiste da più di duemila anni, e anche solo questa circostanza ne fa un interessante oggetto di attenzione.

Il Cristianesimo si presentava come religione irriducibilmente nuova, inaudita nel vero senso della parola. Non si era mai udita, infatti, una fede in cui non era l'uomo a sacrificare per il dio, ma era Dio che sacrificava (addirittura il proprio Figlio) per l'uomo. Alcuni esegeti biblici parlano di un "Dio capovolto", e l'espressione indica bene anche quali fossero le implicazioni sociali e giuridiche di questa nuova fede. I suoi adepti riconoscevano unicamente "il regno dei cieli" ed erano del tutto avulsi dal senso di appartenenza che faceva orgogliosamente dire all'uomo romano "*civis romanus sum*".

Questa radicale alterità portò gli imperatori, prima, alla diffidenza nei confronti dei cristiani, poi, quando questi rifiutarono di rendergli onori religiosi, alla persecuzione. In una fase successiva, segnata dalla celebre conversione dell'imperatore Costantino e dal celeberrimo suo **editto di Milano** del 313, che "sdoganò" il culto cristiano rendendolo lecito, le due istituzioni, Impero e Chiesa, entrarono in una relazione di reciproco riconoscimento, puntellata da episodi, fratture, snodi che incontreremo nelle prossime pagine. La tensione dei due poli in effetti caratterizzò tutto il sistema politico-giuridico medievale, storicamente sviluppatosi sulle due contropunte istituzionali, come la volta a crociera delle chiese gotiche si regge sulle contropunte murarie [📖 🔑 n. 6]. Tutto ciò (e molto altro come vedremo) è condensato nel primo aggettivo del "*Sacro Romano Impero*".

Dovendo qui liofilizzare i sofisticati ingredienti la cui combinazione alimentò la nascente civiltà europea, va evidenziata la straordinaria potenza culturale sprigionata dall'incontro/scontro tra le due culture, quella greco-romana (i romani erano oramai impregnati della civiltà greca: questo il senso della celebre espressione del poeta latino Orazio: "*Grecia capta ferum victorem cepit*": la Grecia, conquistata [da Roma], conquistò il selvatico suo conquistatore) e quella ebraico-cristiana (i cristiani si considerarono gli autentici continuatori di quello che da allora si chiama "Vecchio Testamento").

Ciò non poteva non riguardare anche il diritto – forse anzi potremmo dire che coinvolse in modo particolare il diritto.

Roma aveva da offrire alla nascente Chiesa un linguaggio giuridico che le permetterà di organizzarsi in una istituzione bimillenaria (ma ricordiamoci, come si è detto, che la "persona giuridica", *persona ficta*, è invenzione medievale) e di disciplinare in modo articolato e capillare non solo il suo funzionamento interno ma anche il comportamento di tutti i suoi appartenenti (cioè i battezzati) attraverso lo *ius canonicum*, che si avrà spesso occasione di richiamare.

D'altro canto, il diritto romano ricevette una nuova vitale linfa dalla straordinaria carica innovativa dei valori cristiani che vi penetrarono fino a rinnovare profondamente molti principii e istituti, come vedremo tra breve.

Ma forse, più ancora che una innovazione nei *contenuti* delle norme, la

massima incidenza che il Cristianesimo esercitò sotto il profilo giuridico fu l'*approccio* alla norma. Esso è la religione di un libro, o meglio di un insieme di libri, la Bibbia (in greco *tà biblia*: i libri); i primi "intellettuali" cristiani, in particolare i Padri della Chiesa (menti raffinatissime come Lattanzio, Ambrogio, Agostino, per limitarci a quelli di lingua latina) erano quindi studiosi dediti all'interpretazione di una fonte scritta. Fonte scritta talmente vasta da contenere inevitabilmente numerosi passi che si contraddicevano; ma siffatta contraddizione ai loro occhi doveva necessariamente essere apparente, perché se il Libro è sacro, esso non può avere contraddizioni. Si tratta allora di riportare tutti i passi contraddittori ad una unitaria *esegesi* (dal greco *eksegeomai*, interpretare), sciogliendo quelle contraddizioni attraverso tecniche interpretative che portavano alla soluzione del caso controverso; *solutio*, termine chiave del lessico giuridico medievale, deriva da *solvere*, appunto sciogliere.

Sarà infatti il medesimo approccio nei confronti del testo scritto che vedremo animare i giuristi del maturo medioevo nella loro "costruzione" dello *ius commune*. [§ 6.2].

Anche in quel caso, infatti, vi sarà un "testo sacro", "caduto dal cielo" (per usare un'espressione, utilizzata nel XVIII secolo da Muratori, che rende bene l'atteggiamento riservatogli dai giuristi medievali; Cap. 2 § 7.5.2): il *Corpus iuris civilis*, anch'esso pieno zeppo di contraddizioni.

Ma l'idea(le) della "romanità" non può permettere che il suo diritto presenti lacune o contraddizioni. Perciò, anche allora vi sarà una puntigliosa e appassionata attività intellettuale volta a superare quei nodi e lacune, ricalcando consapevolmente, nell'atteggiamento mentale e in molte tecniche esegetiche, il medesimo approccio dell'esegesi biblica dei Padri della Chiesa.

Da un lato teologi e dall'altro giuristi *iurisperiti*, ma entrambi "sacerdoti" di un culto ermeneutico incentrato su un "sacro" testo scritto e di una liturgia votata al pronunciare rispettivamente la *veritas* (verità di fede) e lo *ius* (*iurisprudentia*).

Va rimarcato come l'approccio di doversi confrontare con un libro considerato esente da contraddizioni, per riconfigurarne come tale mediante una sua capillare esegesi, rappresenti una specifica caratterizzazione antropologico-culturale, dal momento che esso è estraneo alla cultura greca e ad altre millenarie civiltà, come quelle orientali o africane, mentre è condiviso da analoghe esperienze della cultura ebraica e di quella islamica— fatta salva la differenza tra Torah *ispirata* e Corano *dettato*.

Insomma, se il Cristianesimo annunciava l'alba di una nuova era (quasi prefigurando che le ere si sarebbero denominate *a.C.* e *d.C.*), anche il diritto in gran parte non sarebbe più stato quello di prima.

Nella simbologia dell'epoca, come nello stupendo mosaico (uno dei più

grandi al mondo) a pavimento della basilica di Aquileia, il Cristianesimo era rappresentato dal gallo [📖 🗨️ n. 7], creatura che annuncia il ri-sorgere del sole.

L'anatra romanistica, dunque, dovette vedersela con il gallo che annunciava l'alba di una nuova era.

La città friulana di Aquileia ci porta al terzo polo di riferimento del Medioevo, l'**elemento barbarico**. I Longobardi, sui quali ci soffermeremo, "calarono" in Italia dal Friuli nel 588, ma prima di loro altri popoli giunsero nell'Europa centrale e meridionale sotto la spinta dei terribili Unni, con un effetto a cascata che travolse l'assetto istituzionale dei territori prima soggetti a Roma.

La cultura barbarica, e in particolare il diritto consuetudinario delle popolazioni barbare, con l'insieme dei principî giuridici comuni ad esse, si affermò nell'Alto Medioevo, ma continuò in profondità lungo il solco della Storia (non solo) giuridica europea.

Di origine longobarda, in effetti, non pronunciamo soltanto numerose parole di uso corrente, (fazzoletto, balcone, scaffale, russare, ricco, bara ecc., per non considerare l'anatomia: guancia, schiena, milza, anca ...), ma viviamo principî e istituti giuridici.

Diciamolo subito (poi le *Sezioni* riprenderanno i diversi punti), perché quel pre-giudizio anti-medievale che si è segnalato lo rende di difficile accettazione: questo "diritto barbarico" fu per diversi aspetti ben più raffinato del diritto romano.

Basti pensare, per anticipare alcuni esempi che verranno ripresi nelle pagine successive, che lo *ius romanum* non conosceva affatto la distinzione tra tentativo e reato perfetto, mentre essa era disciplinata dal diritto longobardo; quest'ultimo, ben più "avanzato" nel diritto di famiglia rispetto alla *patria potestas* romana, formulò vere e proprie "norme antinfortunistiche" e di "responsabilità oggettiva" che stupiscono per la loro lucidità "economico-giuridica", mentre quello visigotico prevedeva una straordinaria autolimitazione al potere del re, e si trattava del re all'epoca più potente in Europa. Il diritto dei Franchi, infine, era ispirato ad una scrupolosa ricerca della proporzionalità della pena, rappresentata dalla scrofa ducaria che incontreremo tra breve e di cui capiremo la valenza simbolica.

Per quanto la locuzione "Sacro Romano Impero" sia ufficialmente nata più tardi con Federico Barbarossa (XII secolo), l'incoronazione di Carlo Magno, re dei Franchi (popolo barbarico), nella notte di Natale dell'anno 800, fu il primo atto di una *Renovatio imperii* successivamente perseguita soprattutto con la dinastia degli Ottoni: le incoronazioni celebrate ad Aquisgrana dal 936 in poi intestano ai re germanici (di origine barbarica) la sede imperiale. Sotto questo profilo, dunque, il terzo elemento della locuzione "Sacro Romano Impero" afferisce alla componente barbarica del Medioevo.

“SRI” può quindi in un certo senso funzionare da *slide* per richiamare i tre elementi di permanenza del Medioevo (non solo) giuridico e le loro interconnessioni.

Naturalmente la Storia non procede per blocchi separati: i tre elementi di permanenza interagirono in stretta connessione, e soltanto per chiarezza di esposizione didattica verranno qui trattati separatamente.

La Chiesa peraltro ebbe un ruolo catalizzatore delle diverse componenti culturali, e appunto da essa, dopo questa panoramica, ci conviene iniziare una messa a fuoco più ravvicinata.

2.2. ... e qualche zoom

2.2.1. Il Cristianesimo e la Chiesa

Come si è accennato, il Cristianesimo si pose come elemento dirompente nei confronti dell'apparato socio-istituzionale del tempo anche perché rivendicava la forte autonomia dei cristiani rispetto a quell'assetto.

Questo atteggiamento affondava le radici nella nuova antropologia cristiana, che propugnava un modello umano avulso dal piano storico («*cercate le cose del cielo ... pensate alle cose del cielo e non a quelle di questo mondo*»: così scriveva Paolo ai Colossesi, 3, 1-2), e, arrivando a coinvolgere in certa misura anche il vertice governativo della Chiesa, marcò nella cultura occidentale una caratteristica distintiva che non sarebbe venuta meno.

In effetti, nei territori che furono dell'“Impero romano d'occidente” (dal 395 d.C., morte dell'imperatore Teodosio, al 476 d.C., “caduta” di Roma) vi fu una separazione netta tra Chiesa e Impero, a differenza di quanto si verificò nell'“Impero romano d'oriente”, che va dal 395 d.C. (morte di Teodosio) al 1453, anno in cui Maometto II ne conquista la capitale Costantinopoli, l'antica Bisanzio e futura Istanbul. Qui, l'Imperatore riuscì ad esercitare un forte controllo sulla struttura ecclesiastica, la quale non poté “smarcarsi” da quella potente influenza. Questo fenomeno prende il nome di *cesaropapismo*, che esprime bene la promiscuità tra figura imperiale e guida ecclesiastica che lo caratterizzò.

Assieme alla Chiesa d'Occidente, con Roma sede papale, e la Chiesa d'Oriente, con sede a Costantinopoli, presero la deriva per allontanarsi con crescente distanza due approcci politico-istituzionali che, nelle linee di fondo, caratterizzano tuttora i rispettivi rapporti tra Chiese e Stati in Europa (“libera Chiesa in libero Stato” a Occidente, e maggiore contiguità tra Chiese ortodosse ed *établissement* governativi a Oriente).

Nonostante le continue e assidue persecuzioni, non venne mai abbattuta l'istituzione dei cristiani. Ciò, secondo la storiografia, poté verificarsi perché essa

era, appunto, anche una istituzione. Essa possedeva in effetti un sistema di organizzazione burocratica molto compatta e con al vertice un forte principio di autorità: il vescovo di Roma, e pontefice, su cui ci soffermeremo tra breve.

A partire dal celeberrimo editto di Milano emanato da Costantino nel 313 (che, dichiarando ammessa la nuova religione, poneva fine alle persecuzioni) e ancor più dopo quello di Teodosio del 380 (con cui il Cristianesimo diviene religione esclusiva dell'impero), l'influenza che in occidente la Chiesa esercitò sul campo delle istituzioni e sull'ordinamento giuridico fu profondissima sotto molteplici aspetti. Possiamo qui riassumerne schematicamente i principali, per poi svilupparli lungo lo svolgimento del libro quando tratteremo i diversi ambiti giuridici.

La Chiesa:

- veicolava un sistema di valori estremamente innovativo, che spaziava dalla famiglia (si pensi soltanto al carattere indissolubile del matrimonio, ma anche altri istituti ne furono profondamente influenzati: Parte II cap. 2 § 1.1) al sistema del traffico giuridico-economico (per esempio il prestito senza interesse Parte II cap. 1 § 1), al rispetto nei confronti di ogni “prossimo” (anche schiavo);

- condannava il principio della “legge del taglione”, in nome di una idea di Giustizia assai diversa da quella romana. L'*aequitas* canonica ne sarà una declinazione concreta; la peculiare attenzione al “discernimento del caso concreto” caratterizza il versante canonistico dello *ius commune* [§ 6.3] (e tuttora l'odierno diritto canonico);

- inaugurava il ruolo fondamentale della carità. La cura delle persone svantaggiate in epoca medievale e moderna era affidata alla Chiesa, e non alle istituzioni statali (con la parziale eccezione delle corporazioni comunali; § 5.1.6). Ciò innescò una vera e propria dinamica socio-economica che vide la Chiesa, da un lato, approssimarsi alle fasce di emarginazione, facendosene spesso garante anche sotto il profilo giuridico e, dall'altro, diventare sempre più spesso beneficiaria di donazioni e di lasciti testamentari [§ 2.2.2.3];

- ma forse, come si è detto, l'impatto più innovativo della cultura cristiana sul diritto era la tecnica di esegesi scritturistica dei Padri della Chiesa che servirà da modello straordinariamente fertile ai giuristi medievali.

Se poi rammentiamo che i monasteri furono il luogo della conservazione, custodia e diffusione, tramite l'attività di trascrizione, del patrimonio letterario e filosofico greco-latino, il complessivo debito europeo con la Chiesa rappresenta un dato storico accertato – e risulta di imbarazzante ignoranza, quindi, la decisione di rimuovere i 2000 anni di cultura cristiana dal fallimentare progetto della “Costituzione europea” del 2003, che evocava invece l'eredità illuminista del XVIII secolo, anch'essa peraltro innegabile.

2.2.1.1. I vescovi. La giustizia nella/della *episcopalis audientia*. – Si è detto del ruolo che ebbero l'articolata struttura istituzionale e l'efficiente funzionamento burocratico della Chiesa.

Ora dobbiamo osservare con maggiore attenzione la figura-chiave di siffatta struttura: il vescovo.

Questi possedeva un duplice requisito che ne rafforzava il ruolo anche sotto il profilo giuridico: egli aveva autorità e autorevolezza (il binomio senza il quale, in qualsiasi epoca, un organo giudicante non è fattualmente tale).

Un esempio, clamoroso, della forza non solo morale ma anche “politica” che potesse promanare dalla sede episcopale è dato dal vescovo di Milano Ambrogio, quando nel 390, per punire l'imperatore Teodosio (che aveva ordinato una feroce rappresaglia per punire gli abitanti che avevano ucciso un funzionario imperiale), esclude dalla *Christianitas* l'imperatore scomunicandolo.

Questo gesto di *scomunica* ebbe un impatto pervasivo nella mentalità dell'epoca, rilanciando a livello esponenziale l'autorevolezza e l'autorità del vescovo. Vedremo come la straordinaria forza coercitiva della scomunica si spiega anche con la dinamica di inclusione/esclusione antropologicamente caratteristica del Medioevo. Qui notiamo che l'episodio milanese conferma come in occidente il rapporto tra istituzione ecclesiastica e istituzione (pre)statale [sullo Stato in senso moderno cfr. Parte II cap. 1] cominci ben presto a configurarsi molto nettamente in senso dialettico, diversamente da quanto accadde nei territori orientali.

Naturalmente, non tutti i vescovi erano un Ambrogio di Milano, ma il vescovo, in ragione della propria carica di guida spirituale, aveva un carisma sicuramente forte; inoltre, egli poteva vantare al tempo stesso una struttura burocratica efficiente e “motivata” che gli permetteva di rispondere alle esigenze dei fedeli di cui era “pastore”. In tal modo, accanto alla propria *autorità* (che gli proveniva dall'investitura episcopale), il vescovo acquisiva in misura sempre crescente *autorevolezza*.

Nella situazione caotica, frammentata e farragginosa dell'amministrazione della giustizia concreta e quotidiana lasciata dalle macerie dell'Impero romano vi era una domanda di amministrazione di giustizia, rispetto alla quale questa figura, insediata nel centro urbano, diventava punto di riferimento anche al di là dell'aspetto religioso. Ovvero, al vescovo, per la sua formazione culturale, per il suo ispirarsi ad alti ideali di giustizia, per la sollecitudine a “guidare” il “gregge” affidatogli, veniva spesso affidata anche la funzione (che progressivamente si farà sempre più tecnica e giurisdizionale) di pronunciare ciò che è giusto, ovvero il *dicere ius*, la *iuris-dictio*.

Una “giurisdizione” di questo tipo era del resto prefigurata e prescritta dallo stesso apostolo Paolo agli albori della Chiesa. L'energico precetto formula-

to nella prima lettera ai Corinzi era chiaro: «*Vi è tra di voi chi, avendo una questione con un altro, ha l'ardire di farsi giudicare dagli ingiusti anziché dai santi? ... Quando perciò doveste giudicare di affari quotidiani designate giudici i più umili della chiesa*» (I Cor. 6, 1-8).

Quindi, invece che rivolgersi ai giudici pagani (ingiusti), i cristiani dovevano ricorrere al giudizio dei “più umili della chiesa”, cioè ai *sofoi*, ai saggi delle comunità cristiane. I *sofoi* vennero ben presto identificati nei vescovi, in virtù della loro autorità e autorevolezza.

Nasce la ***episcopalis audientia*** (giudizio del vescovo), elemento centrale di una giurisdizione ecclesiastica destinata a svilupparsi e ad articolarsi nei secoli successivi.

Già l'imperatore Costantino con una apposita costituzione imperiale del 318 aveva determinato una svolta decisiva, e clamorosa, nell'amministrazione della giustizia ammettendo su richiesta di parte il passaggio di una causa, pur iniziata davanti al giudice romano, alla giurisdizione episcopale; ne riportiamo il testo, immediatamente seguito dalla spiegazione:

si quis ad legem christianam negotium transferre voluerit et illud iudicium observare, audiatur, etiamsi negotium apud iudicem sit inchoatum, et pro sanctis habeatur, quidquid ab his fuerit iudicatum

Questa disposizione costituiva una svolta fondamentale, perché sanciva che se una parte avesse voluto (*si quis voluerit*) trasferire (*transferre*) l'oggetto della causa (*negotium*) alla sfera ecclesiastica (*ad legem christianam*), ne aveva diritto (*audiatur*), anche se la causa fosse già iniziata davanti al giudice romano (*etiamsi negotium apud iudicem sit inchoatum*), e ciò che sarebbe stato giudicato dal vescovo (*quidquid ab his fuerit iudicatum*) doveva essere rispettato (*pro sanctis habeatur*).

Ciò ebbe un impatto straordinario. Quanta fortuna ebbe la giustizia amministrata dal vescovo e quanto fosse “gettonata” la *episcopalis audientia* lo sappiamo dalla testimonianza diretta, resa circa un secolo e mezzo dopo, da una delle più importanti figure della storia della cultura occidentale, Agostino, vescovo di Ippona (Africa settentrionale): non ne poteva più, arrivando perfino a provare «*disgusto delle folle turbolente che litigano tenacemente nel nostro foro*» (cfr. *Enarrationes in Psalmos* 118. 24. 3).

La sede vescovile, istituita nelle città principali, svolse progressivamente la funzione di sopperire alle lacune della giustizia civile. La storiografia ha discusso a lungo se questa specifica modalità di amministrare la giustizia configurasse una sorta di arbitrato o un vero e proprio procedimento giurisdizionale. Senza addentrarci nel merito, va messa in rilievo la disposizione, contenuta

in una successiva costituzione imperiale (del 333), con cui Costantino precisa che il ricorso al giudizio vescovile andasse effettuato anche se una delle parti non fosse d'accordo (*alias pars refragatur*), il che rende difficile la configurazione dell'*episcopalis audientia* come arbitrato.

Nella medesima costituzione del 333 l'imperatore ribadisce che le sentenze dei vescovi devono conservarsi immutate (*Sanximus ..., sententias episcoporum inviolatas semper incorruptasque servari*), cioè: esse non sono appellabili.

Non solo: dovevano essere eseguite dai giudici statali e dai pubblici funzionari (*apud caeteros omnes iudices ad executionem volumus pertinere*). Nasce in questo frangente la funzione del "braccio secolare" a cui viene demandata l'esecuzione delle sentenze ecclesiastiche; una dinamica trans-istituzionale che avrà vita assai longeva (per intenderci: i roghi delle streghe del XVII secolo saranno accesi dalle autorità secolari per eseguire le condanne pronunciate dall'Inquisizione).

Ma non si trattò soltanto del sorgere di una nuova giurisdizione e della nascita di tribunali ecclesiastici presso la sede episcopale. Quei tribunali applicavano anche il nascente diritto della Chiesa, al quale (*ad legem christianam*) il contenzioso (*negotium*) ora apparteneva (*transferre voluerit*).

Ciò significa che a livello di amministrazione della giustizia quotidiana, concreta, cominciarono a circolare le *regulae iuris* della Chiesa – la giustizia "della" *episcopalis audientia*. E queste regole, nei settori più sensibili dell'esistenza come lo *status* personale, la famiglia, le successioni, la buona fede contrattuale, erano assai diverse dal diritto romano e molto più "aggiornate" e idonee alle concrete esigenze esistenziali degli uomini del tempo – e pure delle donne, dei fanciulli e degli schiavi: una novità, appunto, della visione antropologica cristiana.

Queste *regulae iuris* della Chiesa ebbero una loro importante sede di formazione e approvazione nei concili, che si occupavano non solo di questioni dogmatiche ma anche di norme di comportamento e delle conseguenze del loro mancato rispetto; avremo occasione di rilevare il ruolo storico-giuridico che ebbero per esempio la penitenza e la scomunica. Siffatto complesso di norme rappresenta uno dei primi nuclei del diritto della Chiesa, lo *ius canonicum* che avremo occasione di incontrare più volte.

Gli imperatori successivi a Costantino (a cominciare dai suoi figli Arcadio e Onorio) si resero conto di quanto prestigio assumesse la *episcopalis audientia* rispetto alla giustizia ordinaria, e cercarono alcuni correttivi, come la previsione del consenso di entrambe le parti litiganti a *transferre* il *negotium* portandolo *ad legem christianam*.

Ma era come chiudere la stalla dopo che i buoi sono usciti: la *episcopalis audientia*, grazie alla autorità e all'autorevolezza del vescovo, alle regole procedurali più funzionali e ad un diritto teso a concretizzare una Giustizia più