

HISTORIA JURÍDICA MEDIEVAL

STORIA GIURIDICA MEDIEVALE

*Cesare Sacchetti**

Resumen

El presente artículo, *La sociedad medieval y su relación con el derecho*, analiza los fundamentos del derecho medieval, los sistemas de poder de la sociedad medieval y la historia del derecho medieval. La Edad Media es particularmente importante desde el punto de vista de la historia puesto que representa un período de transición que afectará los sistemas contemporáneos.

Palabras clave: Derecho; Sociedad; Historia medieval; Derecho consuetudinario; Tribunales.

Abstract

This article "The medieval society and its relationship with the law." it analyzes the legal sources of the medieval law, the power systems of the medieval society and the history of the medieval law. The middle age is particularly important from the point of view of history, representing a transition period that will affect the existing contemporaries systems.

Key Words: Law, Society, Medieval history, Customary law, Courts.

* Magíster en Estudios europeos en la Facultad de Ciencias Políticas y Derecho la Universidad La Sapienza de Roma. Sus estudios y sus trabajos se han enfocado en el estudio del derecho público comparado, del derecho constitucional comparado, de la protección de los derechos humanos internacionales y de la sociología del derecho, con especial énfasis en la relación entre la sociedad y la ley.

Fecha de recepción: 30 de octubre de 2012 - Fecha de aprobación: 4 de diciembre de 2012

INTRODUCCIÓN

La struttura della società medievale si caratterizza fin dal suo inizio come un sistema che aveva generato la nascita di una vasta rete di vincoli di fedeltà che costituiva la struttura sociale e univa tra loro il sovrano, i suoi vassalli, i vassalli dei vassalli e così via, fino agli uomini liberi che, spinti dal bisogno, accettavano di divenire servi dei signori pur di essere protetti e ricevere il necessario per vestirsi e nutrirsi. In tale situazione chiunque potesse elargiva delle concessioni ai più deboli in cambio di alcune prestazioni, ricavandone potenza e prestigio. La ripresa demografica e produttiva iniziata alla fine del secolo XI trova la sua espressione più significativa nella rinascita della vita cittadina. Per quanto riguarda le origini di questa rinascita, alcuni studiosi sottolineano la continuità tra la tradizione cittadina romana e quella medievale, altri attribuiscono il merito della ripresa alla tradizione comunitaria germanica o alla consuetudine di vita, altri infine vedono i privilegi di mercato concessi dai signori fondiari. Tali teorie vengono superate dalla tesi del Pirenne, secondo cui la città medievale presentava il prevalente carattere di centro artigianale e mercantile, perciò la sua fioritura era frutto della ripresa commerciale in seguito alla riapertura delle grandi linee del commercio internazionale. Oggi la rinascita cittadina non è più vista come fenomeno unitario, uguale in tutti i territori, bensì come realtà diversa da regione a regione. Si è soliti distinguere tre diverse aree. La prima, costituita dalle regioni settentrionali della Germania e dell'Inghilterra, viene caratterizzata per l'assenza di una significativa tradizione urbana di origine romana, per la presenza di una popolazione limitata, per la prevalenza di insediamenti rurali dominati dai signori. In quest'area gli stanziamenti diversi da quelli rurali erano costituiti dai *wiks* (*vici*), agglomerati di comunità mercantili sistemati lungo le linee principali del commercio. Diversa la situazione nella seconda area, ovvero le regioni nord-occidentali europee. La tradizione romana qui non è del tutto assente, gli stanziamenti mercantili assunsero anche qui la forma del *wik* ma erano posti ai bordi dei castelli signorili o di mura urbane allo scopo di ricevere protezione e tutela. Caratteristica di questa zona è il tipo di insediamento articolato in due nuclei abitativi distinti: il *castrum*, il castello o la città fortificata dominata da un signore in cui trovava rifugio la popolazione; il *suburbium*, posto al margine della fortezza e sede dei mercanti. L'Italia centro-settentrionale

e il Meridione della Francia costituivano la terza area, caratterizzata da una continuità della tradizione urbana del mondo romano.

LA TIPICITÀ DELL'ESPERIENZA GIURIDICA MEDIEVALE E I SUOI STRUMENTI INTERPRETATIVI

Facciamo un passo innanzi. Dopo aver tentato di mettere a punto alcuni strumenti metodici che facilitino il nostro approccio con l'esperienza giuridica medievale, scendiamo nel suo tessuto storico e cerchiamo di renderci conto di quel massiccio sforzo di fondazione che impegna l'Occidente dal secolo V all'XI. Uno sforzo non appariscente, non clamoroso, non legato a uno di quegli eventi sonanti che riempiono di sé la storia ufficiale, non frutto dell'opera di un principe illuminato o d'una rivoluzionaria scuola giuridica; frutto invece, prevalentemente, d'una prassi -soprattutto notarile ma anche giudiziaria -che, silenziosa ma tenace, libera da condizionamenti troppo stretti, consapevole almeno di dover fondare un edificio congeniale alle mutate esigenze economiche e sociali, si fa orecchiatrice attenta di una complessa sedimentazione consuetudinaria e la traduce in assetti organizzativi dell'esperienza, quelli che siamo soliti chiamare istituti giuridici.

In questo momento di fondazione emergono e si consolidano alcuni atteggiamenti generali connessi alla nuova e sempre più precisa mentalità giuridica, che conviene individuare e fissare fin da ora perché varranno come primi e illuminanti strumenti interpretativi della esperienza in formazione: fatti di civiltà giuridica, vissuti come valori duraturi, legati al volto autentico di essa, garanti e testimoni della sua tipicità. Valori duraturi, abbiamo detto; e qui è necessaria una puntualizzazione. I più saranno a tal punto duraturi da scavalcare d'un balzo l'età di fondazione e impregnare di sé anche il secondo momento più propriamente edificativo, più propriamente sapienziale: sono quei caratteri tipizzanti che costituiscono il medioevo del diritto, il modo medievale di sentire e vivere la giuridicità, rappresentando la conferma della intima unitarietà dell'esperienza oggetto del nostro studio. Ne parleremo ovviamente sin da ora, ma il nostro discorso si intenderà riferito a tutto il medioevo, e lo testimonieranno le fonti probanti attinte in un arco storico che valica il secolo di transizione fra i due momenti: l'XI. Siffatti atteggiamenti (che diventano per noi

strumenti inabdicabili di interpretazione) ci sembrano essere: innanzi tutto, l'incompiutezza del potere politico; in secondo luogo - e conseguentemente - la relativa indifferenza del potere politico verso il diritto con la conseguente autonomia di quest'ultimo e con un connesso accentuato pluralismo giuridico; infine, la conseguente fattualità e storicità del diritto. Accompagnati da due certezze fondamentali: l'imperfezione del singolo e la perfezione della comunità; il diritto come ordine, ordine giuridico.

Questi atteggiamenti e certezze sono al cuore non del solo momento di fondazione ma dell'intero medioevo, che ne sarà tutto sostanzialmente caratterizzato. Atteggiamento, invece, specifico al cosiddetto alto medioevo è il naturalismo-primitivismo in dipendenza di un cospicuo vuoto di cultura giuridica (Grossi, 2006): quando, dal secolo xv in poi la terra riconquistata e il tessuto di strade e di città conferisce un nuovo volto all'Europa occidentale, quando una grande fioritura scientifica sarà protagonista nella costruzione del diritto e vi sarà il cambio di guardia fra il sensato ma grossolano pratico di ieri e il raffinato uomo di pensiero di oggi, il primitivismo non potrà che essere relegato nei ricordi di un passato remoto. Resterà un forte atteggiamento naturalistico e si ribadirà un convinto reicentrismo quasi a dimostrazione che il primo medioevo ha forgiato durevolmente una coscienza giuridica e che questa coscienza è medievale senza limitazioni temporali; ma sarà un naturalismo rivissuto e reinterpretato in una trama sapienziale di altissima qualità speculativa. Sappia il lettore che sarà nostra cura accompagnarlo alla scoperta di una unità esperienziale ma anche delle diversità nell'unirà. Il medioevo ha una sua compattezza, ma non è ovviamente realtà immobile; l'immobilità non si conviene alla vita. L'esperienza, questa esperienza, come ogni esperienza, ha il suo momento formativo, la sua maturità, il suo declino. Le tappe, che abbiamo di fronte e nelle quali abbiamo ritenuto di scandire il nostro approccio, sono soltanto due: 'fondazione' ed 'edificazione', momenti diversi nella realizzazione di un grande progetto unitario. Alla fine, l'armonia dell'intero edificio storico risulterà limpida. Il primo fatto di civiltà - il più condizionante, il più incisivo - è rappresentato per lo storico del diritto dalla crisi e dal crollo della solida ammirevole struttura statale romana, dal vuoto politico che a quella crisi e a quel crollo è conseguito, dalle soluzioni politiche che, per l'intero arco dell'esperienza medievale, a quel vuoto si sostituirono ma che quel vuoto né colmarono né vollero colmare.

La tipicità del medioevo giuridico riposa innanzi tutto su questo relativo vuoto, su quella che abbiamo qualificato nel titolo di questo paragrafo come l'incompiutezza del potere politico medievale; intendendo per incompiutezza la carenza di ogni vocazione totalizzante del potere politico, la sua incapacità di porsi come fatto globale e assorbente di tutte le manifestazioni sociali, il suo realizzarsi nella vicenda storica medievale coprendo solo certe zone dei rapporti intersoggettivi e consentendo su altre -e amplissime -la possibilità di ingerenza di poteri concorrenti; con un processo che, annidandosi in origine nelle prime incrinature dell'edificio statale romano, si dispiega in un volto assolutamente tipico nel momento in cui le incrinature si cambieranno in un crollo effettivo e sulle rovine non si edificherà più una struttura politica della stessa qualità e intensità.

In sostanza, parlando di incompiutezza del potere politico medievale, si vuol qui riproporre in termini meno grossolani quella intuizione storiografica -cui facevamo cenno a proposito della fortuna presso i giuristi della proposta romaniana -, spesso grezzamente formulata e spesso immotivatamente ma puntuale nella diagnosi essenziale, che si suole esprimere nella affermata assenza dello 'stato' dal proscenio politico medievale. E qui conviene soffermarsi un poco per intendere meglio.

Una prima scelta porrebbe essere quella di usare tranquillamente il termine 'Stato' in un significato del tutto generico e neutro che valga a indicare qualsivoglia organizzazione politica, significato per il quale meriterebbe una simile qualifica tanto una primordiale organizzazione tribale quanto il complesso apparato della attuale Repubblica Italiana: ma ciò sarebbe greve di equivoci e si risolverebbe in un inadeguato e dannoso schema ordinante.

'Stato' non può non essere il termine-concetto così come si è sedimentato nella nostra odierna coscienza caricandosi in essa di specificità e di intensità; 'Stato' non può non essere la nozione consolidatasi nel corso dell'età moderna e che lo storico si porta dentro come patrimonio del suo presente, e sta cioè a contrassegnare una realtà politico-giuridica rigorosamente unitaria, dove unità vuol dire, sul piano materiale, effettività di potere in tutta la proiezione territoriale garantita da un apparato

centripeto di organizzazione e coazione, e, sul piano psicologico, una volontà 'totalitaria' che tende ad assorbire e a far sua ogni manifestazione almeno intersoggettiva che in quella proiezione territoriale si realizzi. In altre parole, un macrocosmo unitario che tende a porsi come struttura globale munita d'una volontà onnicomprensiva.

'Stato' è un soggetto politico forte, è l'incarnazione storica di un potere politico perfettamente compiuto; come tale appartiene all'inabdicabile patrimonio dell'indagatore, e potrà e dovrà proiettarsi in climi diversi e lontani, non come modello da imporre a ogni costo, bensì come prezioso strumento comparativo grazie al quale misurare e segnare analogie e diversità, assenze e presenze. È l'unico modo per sgombrare da equivoci il nostro cammino e assurgere a una più rigorosa precisione del linguaggio e degli schemi interpretativi. Se lo Stato sembra essere una presenza irrinunciabile non tanto della platea storica quanto della nostra coscienza di moderni, è perché siamo figli d'una età -quella moderna -che, con un processo lento ma crescente dal Trecento in poi, vive della presenza sempre più ingombrante di questo soggetto politico (Sestan, 1985), così ingombrante da averlo protagonista -ieri e ancora oggi, anche se non nei progetti per il futuro -della sua vita associata; ma è questo pur sempre un dato storico, cioè relativo, che, lungi dal precluderci di cogliere le varietà e le diversità del passato, deve, al contrario, fungere da cifra per esaltare le scelte alternative e le variazioni delle singole organizzazioni politiche, per esempio di quella della civiltà medievale. I genericismi e le approssimazioni non giovano a nessuno, tanto meno a chi opera sul piano della conoscenza, tanto meno al giurista che è il giustamente orgoglioso portatore d'una scienza ordinante, ordinante perché rigorosa. Soltanto avendo chiaro il contenuto della nozione così com'è nel presente ideario, si riesce a far chiarezza, ad attingere quella purezza di sguardo che permette la sostanziale comprensione del passato. Ed è facile, allora, allo storico del diritto concludere che, ben diversamente dalla opzione di Calasso per la continuità (Calasso, 1954), un rapporto di intensa discontinuità, o meglio un non-rapporto, una frattura profonda intercorre su questo punto fra gli universi medievale e moderno. Il medioevo politico ha la sua inaugurazione storica, quando, col secolo IV, è il momento d'avvio d'una profonda crisi dello Stato imperiale, fino a Diocleziano a stento rattenuta e compressa ma che ora sbocca in manifestazioni sempre più rilevanti: crisi

di effettività, di autorità, di credibilità. Nel mondo postdiocleziano resta soltanto uno Stato crisalide, incapace di affermare la propria volontà ma più ancora incapace di esprimere quella volontà unitaria, sostitutiva e intollerante di volizioni particolari concorrenti, che è tipica di ogni struttura autenticamente statale; ossia resta un non-Stato. Lo Stato romano muore, muore per inanizione, per un logoramento interno, che è materiale e spirituale, per un vuoto di potere efficace e di programma voluto. Quel che preme qui di sottolineare è che quel vuoto non sarà che parzialmente colmato per tutto l'arco della vita storica del medioevo; e quando, col secolo XIV, la vocazione a un potere politico compiuto -se vogliamo, allo Stato -rappresenterà il fermento delle strutture politiche, quel momento sarà l'eclisse della civiltà politica medievale e l'inaugurazione dell'età nuova. Vogliamo con ciò soltanto dire che, fra le varie organizzazioni politiche che si contenderanno d'ora in poi la guida della società, nessuna si presenterà agli occhi dell'indagato re congiungendo in sé l'effettività del potere e la lucidità d'un programma politico onnicomprensivo. Avremo le più diverse forme di regime - signorie laiche, signorie ecclesiastiche, città libere -, avremo esempi di tiranni muniti di tutta l'assolutezza di poteri umanamente pensabile od assetti oligarchici e 'democratici' con determinati poteri di evidente origine patrizia, ma certamente non avremo mai la presenza d'un organismo totalitario, naturalmente teso a controllare, regolare, assorbire ogni rapporto intersoggettivo che si verifichi entro il suo definito oggetto territoriale.

La civiltà medievale non sentì l'esigenza di colmare il vuoto lasciato dal crollo dell'edificio statale romano; non la sentì e non la poté sentire. Il mondo che affiorava sin da quel secolo IV così fertile di sfaldamenti e di germinazioni, era percorso -e sempre più sarebbe stato percorso -da forze disaggreganti. Al moto centripeto dello Stato, che aveva unificato e raccolto l'intera plaga mediterranea, si sostituiva un inarrestabile movimento centrifugo con una generale riscoperta di valori, interessi, vocazioni particolari. La frantumazione degli elementi coesivi del grande mosaico aveva sminuzzato anche le tessere più esili, e la realtà che sempre più si stava definendo appariva all'insegna di un incredibile particolarismo politico, economico, giuridico'. Né le nuove forze politicamente e socialmente protagoniste nel campo lasciato sgombro erano in grado di porvi rimedio e di avviare un processo di ricostruzione statale: da un lato, le società ger-

maniche serbavano in sé, anche dopo il trapianto mediterraneo, un patrimonio ideale di regalità negoziata discendente dal principio fondamentale che identifica l'organizzazione politica come una scelta di opportunità per la miglior guida della "nazione" e perciò tale da non soffocare autonomie particolari di gruppi e famiglie; dall'altro lato, la Chiesa Romana -struttura centralizzata e organicissima nel proprio ordine -non poteva che paventare il risorgere d'un potere compiuto e favorire al massimo il particolarismo della società civile. Il medioevo fu così il terreno d'elezione, o per una struttura teorica universale come l'Impero, costruzione ideale e simbolo più che creatura effettiva, o per una miriade di frantumate entità di gestione politica, e, se qualche coagulazione maggiore vi fu -talune delle quali, come il regno longobardo in Italia e il visigotico in Spagna, considerevole per estensione territoriale e per durata -si tratta pur sempre di regni cui non compete la qualifica di Stato. Ernesto Sestan, storico di altissimo rango ma non-giurista per educazione e per professione, nel suo ampio studio intitolato "Stato e nazione nell'alto medioevo" sembra volersi sbarazzare del problema come di un inutile quanto sterile ossequio a irretimenti nominalistici (Sestan, 1985). Una domanda allora incombe: perché dilungarsi tanto su questa assenza? È una affermazione appariscente ma vuota di contenuti concreti? Certamente. per chi guardi dall'esterno a queste strutture politiche, come fa Sestan, le differenze e le peculiarità sembrano sfumarsi: se per Stato si fa riferimento all'idea di sovranità, può sembrare nominale constatare che nella città terrena del medioevo si pongono sempre dei vincoli teorici di stretta inferiorità giuridica per gli enti politici racchiusi entro il guscio simbolico dell' *unum imperium*; se poi per Stato si fa riferimento all' apparato e all' effettività del potere, il problema discriminatorio si afferma necessariamente vago ed è più un problema di quantità che di qualità strutturale. Il vero e più caratterizzante discrimine fra la monarchia, la signoria, il comune del genuino medioevo e la nozione di Stato riposa non tanto in una relativa 'sovranità' o in una quantità di apparato, ma piuttosto in una diversissima psicologia del potere. Lo Stato è un certo modo di intendere il potere politico e i suoi compiti, è innanzi tutto un programma, un programma globale o che, anche se globale non è, tende alla globalità; è la vocazione a far coincidere l'oggetto del potere con la totalità dei rapporti sociali, è la vocazione a diventare un potere compiuto. E questo che manca all'organismo politico medievale, che anzi è contrassegnato da una sua incompiutezza proprio sul piano della

concezione del potere, della rarefazione dei suoi compiti, del marcato disinteresse per una larga zona del sociale. Dice Sestan:

Ci si domanda come dobbiamo considerare e come dobbiamo chiamare un regno visigoto che emana leggi e le fa applicare, un regno di Teodorico che regola i rapporti fra Goti e Romani e si pone premio regolatore fra i regni barbarici, perfino un regno Longobardo di Rotari, che pur codifica una serie di leggi consuetudinarie, rozze quanto si vuole, e perfino un ducato o principato di Benevento, che per quanto non mai sciolto, in linea di diritto, da qualche dipendenza da una autorità superiore [...] agì spesso, e non solo episodicamente, come se quella dipendenza non ci fosse, allo stesso modo che così agirono nel pieno e nel tardo medioevo le città comunali italiane, non mai sciolte da una teorica dipendenza dall'impero (1985, p. 78)

È facile rispondere: la «statualità» non consiste né nella sola effettività potestativa né nella produzione di norme giuridiche, che è tipica di ogni potere costituito. Per quanto attiene a questo secondo punto, si guardi piuttosto al tessuto di queste «leggi», quasi sempre disorganiche ed episodiche, e comunque prive di un disegno organico a largo raggio, quasi sempre consolidazioni di un risalente patrimonio consuetudinario, e là dove sono espressioni della volontà del principe, protese prevalentemente a fissare le regole politicamente necessarie della organizzazione e amministrazione pubblica, con uno sguardo rarefatto e distratto all'esperienza sociale ed economica. L'assenza dello Stato dal grande

processo di formazione della civiltà medievale non è un artificio verbale, tanto meno per chi osservi attento la sfera del sociale e del giuridico; essa appare, anzi, una chiave interpretativa di grande significato per lo storico del diritto, il primo prezioso strumento di comprensione per carpire al diritto medievale il «segreto» della sua fisionomia più riposta, per individuare la pietra angolare di tutto il suo edificio. Nel vuoto incolmato dopo il crollo della costruzione politica romana riposa uno dei valori -e forse il più rilevante- del nuovo assetto giuridico, sicché paradossalmente noi dobbiamo assumere un vuoto, un crollo, una inerzia, forse una impotenza -circostanze che, guardate secondo modelli prefabbricati, sono facilmente riconducibili a dei disvalori -come il privilegio storico, la zona di quiete in cui l'officina medievale può lavorare senza impacci, preclusioni, prevenzioni, a una architettura sostanzialmente nuova della esperienza giuridica. La incompiutezza del potere politico medievale dopo il crollo rovinoso

delle solide incarnazioni precedenti, il parziale vuoto politico che permane, significano una sola cosa: il grande burattinaio è assente, è assente il soggetto politico che tende a reggere tutti i fili, a fare dei vari i centri sociali concorrenti delle semplici marionette da manovrare a piacere. Significa una incredibile libertà del campo storico, una possibilità di azione autonoma per una pluralità di presenze che all'ombra di un potere perfettamente compiuto sarebbero state vanificate se non espropriate del tutto della loro autonomia. Questo terreno storico così sgombro sembra fatto apposta per verificarvi l'ipotesi romaniana: il diritto, non più monopolio del potere, è voce della società. voce di innumerevoli gruppi sociali ciascuno dei quali incarna un ordinamento giuridico. Un mondo di ordinamenti giuridici e cioè di realtà 'autonome'. di realtà -è Romano stesso a sottolinearlo ripetutamente -contrassegnate da 'autonomia'. È una considerazione rilevante per chiarire il paesaggio politico-giuridico, per far pulizia di schemi fuorvianti; e un altro termine-nozione viene a dimostrare la sua assoluta inidoneità: intendiamo dire 'sovranità'. Se il medioevo giuridico è un mondo di ordinamenti, cioè di autonomie -di societates perfectae, direbbe san Tommaso, corifeo a fine Dugenta della antropologia medievale -, non dobbiamo dimenticare che carattere essenziale di ogni autonomia è la relatività; si tratta cioè di indipendenze relative, relative ad alcuni ordinamenti ma non ad altri. L'entità autonoma non appare mai come un qualcosa che per se stante, avulsa da tutto il resto; anzi, è pensata -al contrario -come ben inserita al centro di un fitto tessuto di relazioni che la limita, la condiziona ma anche le dà concretezza, perché mai pensata come solitaria bensì immersa nella trama di rapporti con altre autonomie. Il mondo politico-giuridico è mondo di ordinamenti giuridici perché mondo di autonomie. Poche frasi elementari ma bastevoli per farci render conto di quanto sia inadatto per quel mondo il trapianto della nozione di 'sovranità'. Se la volontà veramente sovrana è quella "volontà capace di agire su tutti gli oggetti senza che nessun diritto positivo sia in grado di limitarla; è un ordine valido solo per la sua forma" (Bellomo, 1993, p.77) se si caratterizza per absolutezza e astrattezza, una siffatta volontà non può aver cittadinanza nell'universo che ci accingiamo a esplorare. Al 'sovrano' si addice la solitudine in grazia di quella absolutezza e di quella astrattezza, ma nel grande ordine giuridico medievale nessuno è mai pensato come una monade isolata; lo stesso Pontefice Romano, il personaggio che, munito della plenitudo potestatis conferitagli dalla scienza canonistica, può ap-

parire come il più solo, deve quella pienezza unicamente alla sua funzione vicaria, è ricolmo di potestà soltanto perché parte di un rapporto vicariale che lo lega con Dio. Di una sola sovranità, assoluta, illimitata e pertanto accontentistica, si può parlare nell'universo medievale: ed è quella di Dio, vero sovrano su di un ordine terreno scandito invece in potestà necessariamente non sovrane. Come 'Stato' anche 'sovranità' è termine-nozione che merita un chiarimento preliminare; forse lo merita più di 'Stato', e per un elementare motivo: com'è ben noto, 'Stato' è termine usato nel lessico politologico medievale con contenuti semanticamente assai lontani dalla nozione odierna che ne fa un sinonimo di *res publica*. Per 'sovranità' il rischio è maggiore, perché il suo uso nel lessico politologico medievale ha un contenuto semantico ravvicinato; in questo caso il perdurare formale di un dato lessicale potrebbe indurre in equivoci grossolani. E grossolani davvero sarebbero, se si pensa che sovranità è termine tipico del diritto feudale e vale semplicemente, secondo l'ètimo, superiorità, nozione relativa che fissa il soggetto all'interno di un complesso rapporto gerarchico.

LA RELATIVA INDIFFERENZA DEL POTERE POLITICO VERSO IL DIRITTO. LA AUTONOMIA DEL DIRITTO

I contorni si fanno più etti; e conseguenze precise si delineano per il nostro tentativo di comprensione storico-giuridica. Lo Stato di sempre ha capito la rilevanza del diritto, di tutto il diritto, per il compimento dei suoi scopi 'totalitari' e l'ha sempre collocato all'interno dei suoi programmi: se pure con manifestazioni sensibilmente differenti, riscontriamo uno stesso atteggiamento di fondo sia nello Stato romano (dove ciò avviene attraverso vari canali confluenti, primo fra tutti una ben inserita *iurisprudentia*), sia nello Stato liberale moderno, dove il problema della produzione giuridica è sottratto ad enti diversi, riservato allo Stato stesso, e risolto -nella quasi sua interezza- nell'unico canale obbligato della legge espressione della volontà esclusiva del macrocosmo Stato. Esempio quest'ultimo che abbiamo qualificato di autentico assolutismo giuridico malgrado le premesse economico-politiche di marca squisitamente liberale.

Diverso, invece, profondamente diverso, l'atteggiamento del regime politico medievale, che, privo di ansie e vocazioni totalizzanti, ci sembra -al contrario -ispirato a una relativa indifferenza per il giuridico. Spie-

ghiamoci meglio: non vogliamo affatto dire che il diritto abbia un peso relativo nella civiltà medievale, affermazione che sarebbe smentita dalla centralità di quello per la caratterizzazione di questa. Vogliamo dire soltanto che il detentore del potere non concepisce il diritto in quanto tale come oggetto necessario delle sue attenzioni e strumento irrinunciabile del suo regime; non lo identifica in un indispensabile *instrumentum regni*.

L'attenzione del monarca, del signore, del comune medievale è rivolta prevalentemente a quella zona del giuridico che è naturalmente vincolata all'esercizio e alla conservazione del potere e che oggi identificheremmo nella nozione generica di 'diritto pubblico'. Per tutto il resto è evidente una relativa indifferenza e, se vogliamo, il rispetto implicito per altre fonti di normazione. Per sin cerarsene, non abbiamo che ad aprire un editto longobardo, un capitolare franco o -più tardi- lo statuto di una città libera: accanto alle disposizioni inerenti alla 'costituzione', alla amministrazione pubblica, alla erogazione di pene, la vita quotidiana dell'esperienza giuridica -quello che noi oggi chiamiamo il diritto 'civile', 'commerciale', 'agrario', e via dicendo- riceve una attenzione generalmente episodica, disorganica, abbastanza occasionale, tanto che lo storico che volesse ricostruirla sulla base dei soli atti legislativi disegnerebbe una storia monca e claudicante, abbastanza disarticolata dal tessuto dell'esperienza. La relativa indifferenza del detentore del potere politico per il diritto genera una relativa autonomia di questo da quello. Ed è conclusione di notevolissimo valore interpretativo, a condizione che si ponga il discorso in termini netti e chiari. Autonomia è nozione come nessun'altra ambivalente e sfuggente e va definita con estrema precisione. Come abbiamo visto in altro contesto più sopra, non è mai nozione assoluta. Nell'accezione qui proposta non significa neutralità del diritto né sua sottrazione al gioco delle forze storiche: in una realtà umanissima com'è ogni realtà giuridica le zone neutrali sono infatti, se non impensabili, almeno estremamente ridotte. Autonomia è quindi nozione relativa, cioè in relazione al regime politico transeunte, e significa soltanto che il diritto non è l'espressione di questo o quel regime né delle sole forze che ad esso fan capo, anzi ne è in buona parte svincolato.

La produzione, e l'adeguamento, dell'ordine giuridico sono piuttosto legati alla pluralità e varietà di forze che compongono la società civile. Autonomia qui significa dunque storicità autentica del diritto, capacità di interpretare e rappresentare il gioco delle linee propulsive presenti nella società, insuscettibilità a essere ridotto a voce di un principe, di un ceto ristretto, di una classe.

Autonomia significa disincagliamento da forze specifiche e particolari, ma significa immersione completa senza preclusioni nel profondo strutturale d'una età e d'un luogo e, al tempo stesso, sensibilità a quanto in quel profondo si muove e preme. Se il legame con il potere è parziale e sfumato, vivo e tipizzante è infatti quello con il costume, con le strutture economiche, con i movimenti spirituali. Se noi siamo abituati a cogliere nel diritto moderno, fino a ieri, la voce prevalente di una classe al potere -la borghesia -e a vedervi la realizzazione lucida e intelligente del suo programma, di fronte al diritto medievale dovremo deporre questo atteggiamento mentale, perché greve di fraintendimenti per lo storico. Solo partendo da un recupero d'autonomia, come abbiamo tentato di fare, e nei termini sopra precisati, si potrà giustificare storicamente perché, in un clima sordo alle rivendicazioni sociali e folto di limitazioni alla capacità d'agire di molti soggetti, noi constatiamo elevata, protetta, garantita su un piano squisitamente giuridico la posizione di semplici laboratores; come quando -nella quasi generalità dei contratti agrari consuetudinari che rampollano vigorosi nella prassi del primomedioevo vediamo il concessionario elevato al rango di possessore, e cioè tutelato per tutta la durata del contratto non solo verso i terzi, ma in primo luogo verso lo stesso concedente. Segno che il diritto è terreno di confluenza di forze diverse, è risposta alle esigenze oggettive degli uomini e delle cose, e non l'artificio prefabbricato né dal ceto dei proprietari né dai detentori del potere. Più d'una volta abbiamo parlato, di pluralità di forze che si sottendono alla costruzione medievale dell'ordine giuridico. Se questo può essere immaginosamente pensato come una rete tesa fra ciò che è formalmente giuridico e la grande massa dei fatti (fenomenici, sociali, economici) quasi a filtrarli controllarli digerirli, certamente l'ordine nuovo si presenta a noi con delle maglie larghissime, incapace di ogni operazione di setacciamento. Nella sempre crescente impotenza del meccanismo statutale romano, si infiacchisce tutto l'apparato costrittivo, e le forze prima contenute e

represe riprendono vigore e valore. Dal IV secolo in poi gli storici rilevano e seguono un alveo 'volgare' del diritto che si delinea sempre più netto e che viene a correre parallelo a quello 'ufficiale', con un movimento che, originandosi dapprima nelle provincie più periferiche, si estende lentamente a tutta la realtà dell'Impero. 'Volgarità' del diritto significa extrastatalità, ricorso a forze alternative per colmare il vuoto lasciato dallo sfacelo politico (Cortese, 1995); significa uno stile e una mentalità e anche costruzioni e soluzioni che spontaneamente prendono forma nelle comunità particolari sostituendosi al diritto ufficiale nel tentativo di rispondere adeguatamente alle nuove idealità e ai nuovi bisogni. Il cosiddetto 'diritto volgare' è cioè un filone alternativo: sono istituti vecchi che si deformano, istituti nuovi che si creano, con un libero attingimento dal grande serbatoio della vita quotidiana. Da un punto di vista rigorosamente storico-giuridico l'itinerario del diritto medievale è qui già avviato. Col fenomeno della 'volgarizzazione' si è già varcato il confine della nuova esperienza. E si constata infatti il consolidamento della tolleranza da parte del regime politico verso altri processi di formazione del diritto, mentre l'esperienza giuridica -ormai in modo non più latente, ma anzi scopertissimo -riprende tutta la sua complessità. Complessità che, sul piano socio-culturale, significa pluralità di valori e, su un piano giuridico, pluralità di tradizioni e di fonti di produzione all'interno di uno stesso ordinamento politico. Nel primo medioevo, quando l'appartenenza a una stirpe e il connesso mito del sangue rappresentano dei valori indiscussi, il principio che circola e che vediamo largamente diffuso e affermato, non è la territorialità, bensì - secondo l'espressione comunemente usata dagli storici -la 'personalità' del diritto; col che non si intende affatto dire che ogni persona ha un suo diritto, ma più esattamente che ogni persona, all'interno dello stesso regime politico, lungi dall'essere soffocata entro un diritto unitario a proiezione territoriale, è portatrice -a seconda delle particolarità del proprio ceppo etnico -di un diritto specifico e differenziato, sì che -per esemplificare con la situazione italiana -il romano potrà professare ed usare il patrimonio proprio alla sua tradizione giuridica allo stesso modo che il longobardo il suo; in identica guisa, persone funzionalmente legate a gruppi socialmente forti pretenderanno di essere disciplinate e giudicate secondo il diritto elaborato all'interno di quei gruppi e magari da giudici espressi dagli stessi gruppi e giudicanti in base a quei diritti speciali: sarà già nel primo medioevo il caso del chierico, riconosciuto soggetto al diritto

canonico come *ius ecclesiae*, e più tardi il caso del mercante, che si riterrà sottoposto a quel diritto specialissimo prodotto dal *coetus mercatorum*, primo embrione del futuro 'diritto commerciale'. Nel secondo medioevo-medioevo sapienziale-un'altra singolarissima convivenza ci segnalerà il marcato pluralismo di questa esperienza giuridica: nello stesso territorio avranno vigenza e applicazione-nei modi che si tenterà di precisare più innanzi-sia i cosiddetti *ius propria*, cioè le norme particolari consolidate in consuetudini o emanate localmente da monarchi e da città libere, sia lo *ius commune*, cioè il maestoso sistema giuridico universale elaborato sulla piattaforma romana e canonica da un ceto agguerritissimo di giuristi (maestri, scienziati, pratici), patrimonio scientifico ovunque presente a fornire schemi interpretativi, invenzioni tecniche, soluzioni per i troppi casi localmente non previsti dalla miopia dei singoli legislatori. (Orestano, 1987) Il potere politico rispetta questa pluralità di tradizioni conviventi, scoprendo così l'atteggiamento generale di sostanziale indifferenza verso buona parte del giuridico. La produzione di questa è rimessa ad altre forze. I principi, i loro funzionari, i loro giudici contemplano questo pluralismo e gli danno credito col loro rispetto. Il giudice è lì a prenderne atto, ponendo ogni cura nello stabilire le tradizioni giuridiche dell'attore e del convenuto, annotando le professioni solenni di appartenenza a un diritto o a un altro e studiando di conseguenza le possibili soluzioni; e i documenti giudiziali e notarili, recando menzione dei diversi diritti dei componenti e contraenti, e facendovi continuo riferimento, ci ricordano un tessuto peninsulare italiano, dove si intrecciano, spesso nello stesso luogo, i più vari iura del filone germanico, il diritto teodosiano, il diritto giustiniano, accanto ad affioranti consuetudini locali. Il richiamo alla consuetudine sembra ammonirci però che il pluralismo giuridico medievale non è soltanto corallità di culture giuridiche, ma si concreta su un piano squisitamente tecnico in una corallità di fonti di produzione. La chiave interpretativa essenziale di tutto l'ordine giuridico medievale è che i detentori del potere costituiscono una fonte fra le molte chiamate alla edificazione di quell'ordine (Calasso, 1954); senza dubbio, non la sola, e nemmeno la prevalente. Il problema delle fonti -problema strutturale di ogni costruzione storica sub specie iuris -è risolto da una corallità di apporti che rispecchia fedelmente la corallità di forze di cui il diritto è specchio e forma compiuta. E l'apporto dei principi (siano essi monarchi o città libere), anche se c'è e può talora apparire anche quantitativamente cospicuo, sfiora appena i

temi centrali della costruzione giuridica della società. Di 'leggi' -cioè di atti autoritari generali e rigidi destinati a tutti i sudditi o a una parte cospicua di essi-nemmeno il primo medioevo è scarso. I monarchi visigoti in Spagna e quelli longobardi in Italia, al vertice di regni che per più secoli costituiscono un regime stabile, rispettivamente, per l'intera penisola iberica e per buona parte dell'Italia centro settentrionale (secc. VI-VITI), sono impegnati in una ripetuta attività legislativa. Ma che cosa vogliono queste 'leggi' e qual è il loro contenuto? Esaminiamone una, la più celebrata e anche la più rilevante tra le normazioni della nostra penisola, il grosso *Edictum Longobardorum* elaborato dal re Rotari nel 643 con la assistenza e la approvazione dei notabili del Regno: se qualcuno credesse di ritrovare, nei 388 capitoli di cui si compone, un disegno organico, una raccolta sistematica compatta, ne rimarrebbe deluso. L'attenzione prevalente del legislatore è rivolta al diritto penale e a quello di famiglia costellati marginalmente da un ammasso di capitoli sconnessi dedicati alle più disparate materie. Quella di Rotari è soprattutto un'opera consolidativa di antiche consuetudini, ovviamente non scritte, del *populus longobardorum* senza alcuna pretesa di rinserrarvi la totalità dell'ordinamento, ma presupponendo, al contrario, che questo si era formato e si andava formando grazie al confluire di costumi e tradizioni emananti prevalentemente da fonti ben diverse dal principe. (Caravale, 1994) Si trattava, insomma, di un contributo normativo dall'oggetto limitato e senza grosse ambizioni. Identico discorso, almeno per quanto attiene alla politica legislativa, deve farsi per gli atti normativi dei monarchi franchi, i cosiddetti *Capitularia*, che appaiono numerosi a partire dalla fine del secolo VIII. Anche in queste testimonianze l'opera del legislatore, che pure è qui visibilmente mosso dalla pressante esigenza di una riduzione unitaria del mosaico giuridico dell'Impero, si concentra su determinate materie di rilevanza 'pubblicistica' con una netta prevalenza delle orme regolanti l'amministrazione dell'Imperium e dei Regna e, soprattutto, i rapporti fra potere politico e potere ecclesiastico. La 'legge' del principe si presenta, dunque, a noi come un canale minore per lo scorrimento dell'esperienza giuridica medievale. Alla sua produzione, allora, contribui in minima parte; alla sua cognizione, oggi, non può che contribuire assai relativamente. La produzione del diritto risiede soprattutto in altre mani, l'esperienza scorre in altri canali. Né dobbiamo dimenticare che, proprio per la relativa indifferenza del potere politico verso il diritto, il momento edificativo dell'ordine giuridico si contraddistingue per una

sostanziale libertà. Al di fuori di programmazioni e sistemazioni centralizzanti il diritto ritrova anche le sue scaturigini dal basso, la sua natura di scansione spontanea d'un tessuto sociale. Senza più vincoli a rattenerlo amputarlo condizionarlo, torna a nascere dai fatti e a costruirsi sui fatti. In un mondo dove il potere politico sembra rinunciare al proprio compito ordinativo sul piano giuridico e dove si sono rarefatti i modelli da osservare, la sfera del giuridico e quella del fattuale tendono a fondersi, la dimensione della 'validità' cede a quella dell'effettività'. Se validità significa rispondenza a certi archetipi, se gli archetipi si sono dissolti col dissolversi dello Stato e della cultura precedenti, l'organizzazione giuridica dovrà riposare su altre fondazioni. Il fatto non diventerà diritto perché una volontà politica se ne appropria dopo aver constatato la sua coerenza a determinati valori per essa rilevanti, ossia dopo un vaglio filtrante totalmente affidato a quella volontà. Il fatto qui è già diritto per una sua intrinseca forza, nel momento in cui ha dimostrato la propria effettività, ossia la capacità trovata dentro di sé di incidere durevolmente sull'esperienza. In un mondo così privo di involucri costrittivi il diritto si colora per la sua decisa 'fattualità'; il che non significa dire che nasce dal fatto (che sarebbe osservazione banalissima), ma piuttosto che il fatto stesso ha qui una carica così vitale da potersi proporre, senza il concorso di interventi estranei ma alla sola condizione di dimostrarsi dotato di effettività, come fatto autenticamente normativo, rivelando la innata capacità di essere di per sé protagonista dei vari ordinamenti, dove perviene ad essere fonte in senso formale. Si badi però: se si vuol dare un contenuto storicamente valido a questa nozione di fatto, non si ricorra mentalmente al 'fatto' di cui parlano i teorici moderni del diritto, che è già fatto giuridico, in una impostazione volontaristica che non potrebbe che fuorviarci. Per fatto si intenda invece una entità della natura fisica e sociale, che, senza lasciare la propria qualità di fenomeno grezzo e primordiale, è tuttavia già intrinsecamente diritto, ha in sé una potenzialità giuridica destinata a manifestarsi e a incidere sull'esperienza storica.

Il medioevo giuridico si origina precisamente nel clima di intenso naturalismo che, in Occidente, dal secolo quinto in avanti, la fa da padrone. La natura delle cose fisiche e sociali, non più repressa o sublimata, pretende di avere in sé la regola giuridica e assegna ai fatti, ai fatti primordiali nei quali gli uomini si muovono faticosamente nella loro vicenda terrena, un

ruolo primario. Se si pone per un momento attenzione al paesaggio storico che quei secoli ci offrono, allo sfacelo politico, al disordine sociale, al concatenarsi di invasioni guerre epidemie carestie, alla generale crisi demografica, alla penosa e stentata sopravvivenza quotidiana, la natura delle cose fisiche e sociali, nella sua stabilità metaumana, appare come l'unica certezza, l'unica guida e, in quanto tale, l'unica fonte di regole. Fattualità del diritto vuol dire tentativo disperato di trovar saldezze al di là del convenzionale e dell'artificiale, (Grossi, 2006) in un mondo semplice di fatti che l'operatore rispetta con assoluta umiltà. Senza presunzioni ci si china sulle cose -realtà misteriosa e indominata ma forte -per tentar di leggere il messaggio che ne proviene, la regola che vi è scritta dal principio dei secoli.

È un avvio all'insegna della discontinuità: è nuova l'incandescenza dei fatti sociali ed economici ed nuova la coscienza e il sentimento che si ha della natura cosmica. Con questi fatti nuovi, con questa coscienza, si misura la reale immagine del nuovo ordine. In tal modo, come abbiamo già accennato, si relegano tra le esercitazioni più sterili quelle volte a domandarsi se il nuovo fosse analizzabile con atteggiamenti preclassici o addirittura preromani, e tra le esercitazioni più rischiose quelle protese a scoprire—più con animo di istologo che di storico— elementi romani, germanici, orientali. Il medioevo giuridico nasce dal crollo d'una civiltà, come si reagì a quel crollo facendo i conti con i fatti concreti di quel tempo, con la concreta coscienza che di quei fatti allora si ebbe. Affinità, assonanze con vicende più o meno lontane ma estranee a quella koinè storica, non hanno senso se non per la fantasia di taluni indagatori. Ciò che conta è l'affioramento, indubbiamente dapprima sparso e frammentario, di quel nuovo modo di concepire e vivere il diritto, di una nuova esperienza, di nuove figure fattuali che corrispondono alle richieste contingenti, più che deformazioni o alterazioni di vecchie figure (magari classiche) piuttosto cellule antesignane d'una civiltà nuova proiettate in un itinerario che nasce allora ma che avrà vita lunga. Insomma, più che reliquie distorte del passato, presagio e anticipazione del futuro. Se a uno sguardo estetizzante questo mondo impacciato di figure goffe e grezze che si affacciano sul proscenio occidentale può sembrare un 'regresso', occhi storicamente più provveduti debbono cogliervi lo svincolo del giuridico dall'abbraccio condizionante del politico, il recupero del giuridico a veste

appropriata e congeniale del sociale, quasi realtà infrastrutturale, sorpresa com'è nel profondo dei fatti. Preme ancora una volta ripetere: un diritto che non è voce del potere e che non collude col potere; che è, al contrario, emanazione di forze profonde che stanno al di là e al di sopra del potere. Il panorama che si presenta agli occhi dello storico è estremamente variegato, complesso, forse anche confuso. Se pluralismo significa corallità di apporti e un concorso prezioso di più esperienze, al modesto livello della vita quotidiana la convivenza non può non registrare mescolanze, sovrapposizioni, conflitti. Il principio(della cosiddetta personalità del diritto non può non mostrare i mo' ti inconvenienti del frazionismo giuridico cui dà luogo. È doveroso notare che sarà la stessa vita quotidiana -più che principio relativamente indifferente -a pretendere il superamento del principio di personalità. E saranno soprattutto consuetudini -più che atti normativi -a promuovere tentativi di composizione elaborando regole e soluzioni unitarie per una definita area territoriale e creando perciò gli embrioni dei futuri diritti territoriali. Il momento di fondazione dell'esperienza giuridica medievale dimostra cioè -anche nelle svolte del suo divenire -una dimensione prettamente consuetudinaria. In quella dimensione, che è intimamente pluralistica, risiedono la sua possibilità di recupero e la sua forza storica. Ma lo vedremo meglio un poco più avanti.

STORICITÀ DEL DIRITTO MEDIEVALE

Da tutto quanto abbiamo detto allora, da ciascuna delle peculiarità fin qui poste in evidenza, discende l'ultimo qualificante carattere del nuovo diritto: la storicità. E per storicità qui si intende la fedeltà della rappresentazione giuridica alle forze circolanti e operanti nella società, per cui il tessuto formale del diritto -lungi dal separarsi dalla società nel suo divenire -ne segue, al contrario, il corso mantenendosi in stretta aderenza ai bisogni e alle idealità via via emergenti nella vita associata. Non può che essere così. Il diritto, proprio per la sua statualità e per il suo continuo nascere nel sociale ma dal sociale, non soffre gli artifici di una fabbricazione cancelleresca. È e resta frutto della storia, partecipa vivamente della storia. Il suo canalizzarsi negli alvei mobilissimi della consuetudine, la sua ripugnanza ad essere inchiodato nella lettera rigida di un comando autoritario, gli consentono di acquisire e serbare il bene sommo dalla intima coerenza con le strutture e con lo spirito della civiltà sottostante. Di

questa civiltà il diritto non è strumento coercitivo, ma lo specchio e l'interprete. Grazie alla sua fattualità e alla sua conseguente vocazione - come vedremo - a esprimersi nella più fattuale delle fonti, la consuetudine, non abdica mai al requisito della plasticità, (Grossi, 2006) aparendoci generalmente come una sedimentazione alluvionale in movimento e modificazione perenni, perennemente incerta perché destinata a variare da luogo a luogo, da tempo a tempo. Ai beni formali della generalità, della astrattezza, della rigidità -che sono le garanzie annesse alla legge moderna -l'ordine consuetudinario medievale contrappone l'esigenza della norma particolare e plastica in perfetta aderenza al corpo sociale. E si preferisce pagare il prezzo -per vero non esiguo -di ogni costruzione usuale: la alluvionalità, la asistematicità e, ancor più, l'incertezza. Affidato alla sensibilità degli operatori pratici, privo quasi del tutto di modelli prefabbricati, quell'ordine vive, come non mai, l'esperienza del 'quotidiano' e del 'particolare'. Basta, per rendersene conto, uno sguardo anche fugace alla pratica giuridica, campo d'elezione di quella formica operosa dell'officina giuridica delle fondazioni medievali che è il notaio: sui vecchi schemi dei formulari romani, o prescindendone completamente, con una libertà e una scioltezza rimarcabili, egli adegua e modifica, intuisce e inventa figure, con diagnosi che puntano sempre sui fatti, sulle istanze concrete proclamate dai fatti. E gli strumenti contrattuali esalteranno, nella varietà dei loro contenuti (pensiamo, per esempio, alla estrema varietà dei contratti agrari), il richiamo alla vita quotidiana, alle strutture concrete, agli usi scritti nella terra) Sotto questo profilo, il diritto medievale, pur non essendo legato a questo o quel regime politico e anzi essendone intimamente scardinato, si colora d'una intensa politicità. I secoli della fondazione medievale, dal V all'XI, non furono, a un livello generale, epoca di incultura, ma piuttosto di cultura non circolante. Se è vero che la società civile non è percorsa, in nessuno dei suoi strati e nemmeno nei più elevati, da istanze e fermenti di indole culturale, è pur doveroso constatare l'eccellenza degli studi che nascono e si sviluppano in taluni centri particolari, per esempio in molte istituzioni monastiche. Ma si tratta pur sempre di centri chiusi e di una cultura fatta da pochi e per pochi: il monastero, luogo d'elezione della dimensione culturale di questi secoli, è infatti per sua natura una entità votata alla introversione, rinserrata nel suo carattere di comunità separata e distinta, sensibile più a un ideale di comunicazione ed apertura metafisiche che sociali. A un livello generale, cioè su un piano filosofico, teologico

e anche letterario, si avverte e si esalta il contrasto fra uno scriptorium monastédale, cittadella murata d'una approfondita speculazione, e il vuoto che coinvolge la società nella sua globalità. Diverso si fa invece il discorso per quella cultura speciale che è la giuridica e che qui unicamente ci interessa: il vuoto è in questo campo pressoché totale, e cercheremmo invano in Occidente un luogo anche ristretto e conchiuso in cui si prosegue lo scavo dottrinale dei classici e dei postclassici, o che affianchi il lavoro dei maestri bizantini in Oriente. È carenza di uomini, di intenti, di scuole. Tra gli storici del diritto, soprattutto di parecchi anni fa, si è amato fantasticare sulla esistenza di vere e proprie scuole di diritto site a Roma e a Ravenna, continuatrici del messaggio scientifico antico, ma si tratta di illazioni prive di solide basi (Orestano, 1987). La realtà è più complessa: la scienza del diritto, per la vocazione operativa che porta in sé, non può non avere un nesso necessario e insopprimibile con la società, e non può non portare i segni dei movimenti che questa percorrono. Crollata la vecchia struttura statutale, crollata la vecchia cultura giuridica che ad essa era saldamente ancorata, il regime consuetudinario di questi secoli non sembra avvertire l'esigenza d'una riflessione dottrinale a carattere scientifico. Diciamo meglio: non poteva avvertirla. La scienza, per costruire le sue architetture, ha bisogno di consolidare e riposare conquiste su cui erigere validamente una riflessione. Ma nella nuova officina medievale la prassi edifica giorno dopo giorno il suo diritto, lo plasma e lo varia a seconda delle esigenze dei luoghi e dei tempi, apprendoci con un volto incredibilmente composito e non riducibile ad unità. Il materiale giuridico soffre qui di una incandescenza che è sì fonte di perenne coerenza ma anche di perenne incertezza. V'è, nel laboratorio empirico dei giudici e dei notai, giudicato dopo giudicato, atto privato dopo atto privato, più che il tentativo consapevole di costruzione d'un edificio socio-giuridico, la sensibilità ad enucleare e fissare nelle diagnosi sempre appropriate delle sentenze e dei negozi una coscienza rinnovata del reale, a contribuire senza dubbio, inconsapevolmente ma efficacemente e durevolmente -alla sedimentazione di questa coscienza, alla sua penetrazione nelle radici più riposte del costume. Il problema era e sarebbe restato, per tutta la durata d'un così affaccendato cantiere, squisitamente operativo; era e sarebbe sempre rimasto affidato alla prassi. La stessa scuola, in questo contesto storico, lungi dall'essere un arroccamento scientifico, una lettura del mondo in termini di scienza, si propone come subordinata alla prassi

e ad essa condizionata. Nessuno potrebbe seriamente negare l'esistenza di scuole di diritto in questi secoli. L'importante è di non trasfigurarle, come spesso si è fatto mossi da entusiasmi ricostruttivi. Non abbiamo di fronte luoghi di affinata riflessione scientifica, ma più semplicemente delle scuole di formazione professionale dove, con strumenti intellettuali rudimentali, si impartiscono ad aspiranti giudici e notai le nozioni giuridiche indispensabili per un migliore espletamento della propria funzione. Scuole dove da maestri mestieranti si addestra a un mestiere, ma alle quali è estranea ogni istanza di carattere autenticamente culturale. Era quanto bastava a un momento storico, in cui il problema vitale, da un punto di vista socio-giuridico, non era ancora quello della delineazione d'una architettura generale, bensì d'una analisi minuta, della individuazione ed ammassamento di materiale per la costruzione che si andava disegnando ogni giorno di più, ma che dimostrava ogni giorno di più di essere in continua formazione. I secoli che vanno dal V all'XI si presentano ai nostri occhi come l'officina della prassi, il laboratorio operoso dove si modella un costume giuridico e lo si elabora dalle fondamenta; un costume che ha in quell'officina e in quel lavoro pratico di esperienza vissuta un proprio tratto di originalità. È soltanto lì che serba i suoi valori. Lo storico ricostruttore, nella sua esigenza di comprensione, deve presupporre un simile vuoto culturale e, lungi dall'immobilizzare la sua attenzione sulle produzioni dottrinali dell'epoca necessariamente rudimentali e modeste, deve chinarsi con umiltà a osservare e indagare il complesso sforzo rifondativo d'una civiltà che si compie empiricamente su un altro piano e ad un altro livello. L'inesistenza -o l'esistenza marginale e balbettante d'una dottrina deve soltanto condurci, in altre parole, a ricercare altrove il senso e la portata di un clima storico, mettendosi fuori dal vicolo cieco di apprezzamenti negativi prefabbricati, ma anzi rispettandone i complessi assestamenti e valorizzandoli. Il vuoto d'una cultura giuridica è infatti per questi secoli, al pari dell'incompiutezza del potere politico, una circostanza di straordinario rilievo e alla quale si connette, come or ora si diceva, uno spiccato marchio di originalità. Senza condizionamenti di carattere culturale, entro l'ampio spazio riconosciuto dai detentori del potere pubblico, la prassi può lavorare alla sua capillare costruzione con una straordinaria adesione ai fatti e alle strutture. Il diritto, nell'ambito di questo relativo vuoto, riscopre ora la sua naturale vocazione a riposarsi sui dati strutturali, ad adattarsi sui fenomeni nella loro naturalità e materialità.

Una simile costruzione, pur assolutamente povera di venature speculative, ha una forza storica cospicua. Sarà una interpretazione del mondo fenomenico e sociale tendente a riprodurre fedelmente i dati di questo mondo (Cortese, 2000), forse anche a subirla~ sarà un orecchiamento costante verso la realtà esterna sempre condotto con umiltà, forse con passività. L'operatore giuridico non ha superbie da proporci, perché non è il traduttore in termini giuridici d'una straripante mania di sovranità sul mondo. A guardarla retrospettivamente, la prassi di questi secoli appare come una miriade di atti ciascuno dei quali singolarmente preso è insignificante nella sua parzialità, ma si inserisce con tutti gli altri in un senso, in una direzione: l'elaborazione, giorno dopo giorno, d'un ordine fondamentale, che riscopre l'unico valore accettabile e perseguibile in un mondo disordinato e caotico: quello dell'effettivo.

CONCLUSIONI

Il Medio Evo ebbe una concezione sua propria del mondo classico poiché esistette veramente quello che io ho chiamato altrove il classicismo medievale. Al gusto raffinato dei moderni potrà sembrare un classicismo deformato, mutilato o bizzarro; eppure esso fu una forza formatrice degli spiriti di quel secolo dodicesimo, che fu sostanzialmente un tempo che vide la gioventù spingersi avanti per emergere. È uno spettacolo divertente assistere all'incontro di questa gioventù con gli anziani; è uno spettacolo che possiamo seguire di decennio in decennio e che culmina, per quanto mi permette di affermarlo la mia esperienza, verso il 1170. Arrivati a questa data troviamo «manifesti» poetici e retorici che vengono a costituire una specie di Dichiarazione dei Diritti. Sono proclamati da un Gruppo di scrittori che si attribuiscono il nome di Moderni. Essi si fanno banditori di nuovi modelli in poesia, nell'arte dello scrivere in prosa, nella filosofia, e in ogni altro ramo del sapere. Sono convinti che sta sorgendo una nuova età e citano a proprio conforto le parole di San Paolo: «le vecchie cose sono svanite; guardate, esse sono diventate nuove». Avete qui un esempio della graziosa ingenuità di quell'epoca che conobbe una censura ecclesiastica veramente minima. Non c'era ancora l'Inquisizione, non c'era ancora la sorveglianza papale sul corso degli studi; varietà di

posizioni caratterizzavano la teologia e la più squisita elaborazione dei dogmi. Il secolo dodicesimo frui di una libertà intellettuale che il secolo seguente avrebbe soppresso. Per questo è un errore parlare del Medio Evo come di una età tutta uniforme poiché sarebbe come se noi potessimo, a modo d'esempio, parlare degli ultimi quattro secoli come di un tutto unico. Dobbiamo, invece, tentare di delineare ogni secolo come fu nelle sue caratteristiche singolari, profondamente diverse da quelle degli altri secoli. Quando ci si guarderà dal parlare di uno «spirito medievale» si sarà fatto un grande passo sulla strada della comprensione della storia.

REFERENZE

- Grossi, P. (2006). *L'ordine giuridico medioevale*. Bari: Laterza.
- Calasso, F. (1954) *Medioevo del diritto*. Sn: Giuffrè.
- Sestan, E. (1985). *Stato e nazione nell'alto medioevo*. Napoli: ESI.
- Bellomo, M. (1993). *Società e istituzioni dal medioevo agli inizi dell'età moderna*. Roma: Il cigno.
- Cortese, E. (1995). *Il diritto nella storia medievale, I, L'alto medioevo*. Roma: Il cigno
- Orestano, R. (1987). *Introduzione allo studio del diritto romano*. Bologna: Il Mulino.
- Caravale, M. (1994). *Ordinamenti giuridici dell'Europa medievale*. Bologna: Il Mulino.
- Cortese, E. (2000). *Le grandi linee giuridiche della storia medievale*. Roma: Il Cigno.
- Grossi, P. (2009). *L'Europa del diritto*. Bari: Laterza.