

Capitolo terzo

LA TIPICITÀ DELLA NASCENTE ESPERIENZA E I SUOI STRUMENTI INTERPRETATIVI

1. *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, abbiám 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 inadmicabili 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: quando, dal secolo XII 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'unità. Il medioevo ha una sua compattezza, ma non è ovviamente realtà immobile; l'immobilità non si conviene alla vita. L'esperienza, que-

sta 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.

2. *L'incompiutezza del potere politico*

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 ammirabile 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 intenderci meglio.

Una prima scelta potrebbe essere quella di usare tranquilla-

mente 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 ordinante¹.

'Stato' non può non essere il termine-concetto così come si è sedimentato nella nostra odierna coscienza caricandosi in essa di specificità e di intensità²; '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 proiet-

¹ Gli storici non-giuristi ne usano con disinvoltura (un esempio, fra i tanti, è nel denso volume di E. Sestan, *Stato e nazione nell'alto medioevo*, ESI, Napoli 1952). L'uso è frequente anche fra gli storici del diritto; il termine galleggia, per esempio, nella relazione spoletina di C.G. Mor, *Lo Stato longobardo nel VII secolo*, in *Caratteri del secolo VII in Occidente*, Spoleto 1958 (Settimane di Studio del Centro Italiano di Studi sull'Alto Medioevo, 5); un esempio particolarmente negativo è offerto da H. Mitteis, *Le strutture giuridiche e politiche dell'età feudale* (ed. or. 1940-1953²), trad. it. di L. Mencarelli Fichte, Morcelliana, Brescia 1962 (ma il titolo tedesco era ben più esplicito: *Der Staat des hohen Mittelalters*), dove (p. 14) la nozione è assunta genericamente come forma embrionale di quello che sarà poi lo Stato dell'età moderna. Un divenire – quello disegnato da Mitteis – senza salti qualitativi, ma piattamente continuo (sul volume di Mitteis giova leggere la recensione fortemente e giustamente critica di C. Antoni, in «Studi germanici», V, 1941, dove si rimprovera anche l'uso inconsapevole dei termini 'Stato' e 'sovranità').

² Non ha rilievo che una siffatta nozione si dimostri in rapida eclisse nella odierna politologia. La incipiente riflessione scientifica non è arrivata a scalfire il modello 'moderno'.

tarsi 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 presenze³. 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 a noi 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, 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, 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 pro-

³ Non si può non ricordare il monito di un grande storico italiano proprio in relazione al termine-concetto che qui interessa: F. Chabod, *Alcune questioni di terminologia: Stato, nazione, patria nel linguaggio del Cinquecento* (ed. or. 1957), ora in Id., *Scritti sul Rinascimento*, Einaudi, Torino 1967, pp. 625-61.

pria 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 medioevo⁴; 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'indagatore 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 pattizia, 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

⁴ Questa affermazione potrebbe a taluno sembrare smentita da qualche esperimento politico-giuridico appariscente: in Italia – ad esempio – il Regno di Sicilia sotto Federico II di Svevia. Su questa ambigua realtà politico-giuridica si vedano le precisazioni offerte più avanti a p. 133.

più si stava definendo appariva all'insegna di un incredibile particolarismo politico, economico, giuridico⁵.

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 germaniche 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'⁶ 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 disinvoltamente intitolato *Stato e nazione nell'alto medioevo* sembra volersi

⁵ Un assetto socio-giuridico complesso caratterizzato dalla impotenza del potere centrale e dalla sua incapacità di dare esecutorietà ai propri voleri, dalla crescente supplenza di poteri altri e periferici sia per occupazione di fatto sia per delega formale dall'alto. Tra questi poteri altri spicca quello economico, il cui titolare, come titolare dell'unica forza veramente decisiva, diviene gradualmente, in un processo lentissimo, il giudice naturale sulle proprie terre, l'esercitore della funzione di difesa militare, l'esattore delle imposte. Mai come in questo momento storico si perde la percezione di una possibile distinzione fra 'privato' e 'pubblico'. A loro volta, molti titolari di potere periferico erano di fatto costretti a delegare a presenze più immediate sul territorio. E si esasperò il frazionismo dei poteri, e la società politica apparve come un folto e aggrovigliato reticolato di rapporti solo formalmente gerarchici.

⁶ 'Nazione' – si badi – come complesso di tutti coloro che 'nascono' da uno stesso ceppo e sono legati da uno stesso sangue. Nazione è un altro termine-concetto rischiosissimo, con un divenire frammentato e segnato da discontinuità.

sbarazzare del problema come di un inutile quanto sterile ossequio a irretimenti nominalistici⁷. Una domanda incombe allora su di noi: 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 preta 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. È 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 pernio 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 di-

⁷ Sestan, *op. cit.*, cap. I.

pendenza dall'Impero»⁸. 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 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.

⁸ Ivi, p. 22.

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: intendiam dire 'sovranità'. Se il medioevo giuridico è un mondo di ordinamenti, cioè di autonomie - di *societates perfectae*, direbbe san Tommaso, corifeo a fine Dugento della antropologia medievale -, non dobbiamo dimenticare che carattere essenziale di ogni autonomia è la relatività⁹; 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 stat*, 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»¹⁰, se si caratterizza per assolutezza e astrattezza¹¹, una siffatta volontà non può aver cittadinanza nell'universo che ci accin-

⁹ Romano, voce *Autonomia*, cit., p. 16. Non inganni nella qualificazione latina di san Tommaso riportata or ora nel testo - *societates perfectae* - l'aggettivo *perfectus*, che, al di là dell'apparenza, porta in sé un significato di autonomia e non di indipendenza assoluta.

¹⁰ B. de Jouvenel, *La sovranità*, trad. it. di E. Sciacca, Giuffrè, Milano 1971, p. 212.

¹¹ In una linea continua della giuspubblicistica che va da Jean Bodin (sec. XVI), dove sovranità è «il potere assoluto e perpetuo», a Carl Schmitt (sec. XX), dove sovranità incarna «il potere supremo, giuridicamente indipendente e non derivato».

giamo a esplorare. Al 'sovrano' si addice la solitudine in grazia di quella assolutezza 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 apparire 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 Dio¹². 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-sovrane¹³.

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*¹⁴. 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 gerarchico¹⁵.

¹² Si vedano gli illuminanti testi raccolti da P. Costa, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale*, Giuffrè, Milano 1969.

¹³ Chiarificatrici le pagine di un canonista sensibile alla dimensione storica: P. Bellini, *Legislatore, giudici, giuristi nella esperienza teocentrica della Repubblica cristiana* (ed. or. 1982), ora in Id., *Saggi di storia della esperienza canonistica*, Giappichelli, Torino 1991, soprattutto p. 129.

¹⁴ Ancora per tutto il tardo medioevo ciò che noi chiamiamo 'Stato' continua a essere indicato con i tradizionali vocaboli 'imperium', 'regnum', 'res publica', 'civitas'. Cfr. G. Post, *Studies in Medieval Legal Thought. Public Law and the State, 1100-1322*, Princeton UP, Princeton 1964, pp. 241 sgg.; G. Miglio, *Genesi e trasformazioni del termine-concetto 'Stato'* (ed. or. 1981), ora in Id., *Le regolarità della politica*, Giuffrè, Milano 1988, p. 802.

¹⁵ È illuminante questo passo di uno dei più grandi commentatori francesi di consuetudini feudali, il Beaumanoir (sec. XIII): «chascun barons est souverains en sa baronie» (ciascun barone è il superiore nella sua baronia). Ma quella baronia rappresenta soltanto un grado, relativissimo, della complessa scala gerarchica feudale. Da questo testo di Beaumanoir noi non trarremo per nulla le conseguenze che ne trae Calasso, *I glossatori*, cit., p. 120.

3. *La relativa indifferenza del potere politico verso il diritto. La autonomia del diritto*

I contorni si fanno più netti; 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 'totalitarii' 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 varii canali confluenti, primo fra tutti una ben inserita *iurisprudencia*), 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.

Spieghiamoci 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 sincerarsene, non abbiamo che ad aprire un editto longobardo, un capitolare¹⁶

¹⁶ Con il termine 'capitolare' (*capitulare*), nella storia del diritto, ci si intende riferire agli atti normativi dei monarchi franchi, così denominati per essere abitualmente divisi in 'capitoli'.

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’¹⁷, ‘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 abbiám 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

¹⁷ Taluni istituti del traffico commerciale riceveranno attenzione e disciplina durante il cosiddetto ‘comune delle arti’ proprio perché in esso, grazie al prevalere del ceto mercantile, costituzione politica e costituzione economica, cosa pubblica e interessi della corporazione, avranno larghe zone di coincidenza.

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*¹⁸; come quando – nella quasi generalità dei contratti agrari consuetudinarii che rampollano vigorosi nella prassi del primo medioevo – vediamo il concessionario elevato al rango di *possessor*, 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.

4. *Pluralismo del diritto medievale*

Più d'una volta abbiám parlato, nel paragrafo precedente, 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 statale romano, si infiacchisce tutto l'apparato costrittivo, e le forze prima contenute e represses 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 quel-

¹⁸ Per i motivi che preciseremo più avanti (cfr. p. 71).

lo 'ufficiale'¹⁹, 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; 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 avviato²⁰. 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

¹⁹ Ma coinvolgendo, poi, anche lo stesso diritto ufficiale.

²⁰ I romanisti vi hanno ampiamente e dottamente dibattuto in questo secondo dopoguerra soprattutto a seguito delle ricostruzioni complessive di Ernst Levy, ma su cui avrebbe occhi più liberi il medievista come personaggio spoglio di modelli plagianti e attento a cogliere le prime coagulazioni della nuova esperienza giuridica. Tra i contributi romanistici ci piace isolare osservazioni coraggiose svolte da F. Wieacker in una recente messa a punto: *'Diritto volgare' e 'volgarismo'*. *Problemi e discussioni*, in «Atti dell'Accademia romanistica costantiniana», IV (1981), particolarmente p. 513; una recensione risalente al 1951 di G. Pugliese a Levy, *West Roman Vulgar Law. The Law of Property*, ora in Id., *Scritti giuridici scelti*, vol. II, Jovene, Napoli 1985, dove si colgono le consonanze fra diritto barbarico e diritto romano volgare non come recezione dell'uno nell'altro – secondo l'ottica metodologicamente discutibile di Levy – ma come coincidenza di soluzioni e di risposte di fronte a identiche condizioni socio-economiche e culturali (v. pp. 126-27); e soprattutto una assai consapevole (e pertanto degna di meditazione) nota di A. Guarino, *'Vulgarismus' e diritto privato postclassico*, in «Labeo», 6 (1960), a proposito del secondo volume del «römisches Privatrecht» di Kaser.

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 diritto²¹; 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*²², 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 mercato pluralismo di questa esperienza giuridica: nello stesso territorio avranno vigenza e applicazione – nei modi che si tenterà di precisare più innanzi²³ – sia i cosiddetti *iura 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.

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

²¹ Una traccia attenta del complesso dibattito storiografico sul tema della personalità del diritto è in M. Bellomo, *Società e istituzioni dal medioevo agli inizi dell'età moderna*, Il cigno, Roma 1993⁶, p. 37.

²² Cfr. più avanti, al cap. V.

²³ Cfr. p. 223.

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 soluzioni²⁴; e i documenti giudiziari e notarili, recando menzione dei diversi diritti dei comparenti e contraenti, e facendovi continuo riferimento, ci ricordano un tessuto peninsulare italiano, dove si intrecciano, spesso nello stesso luogo, i più varii *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 coralità di culture giuridiche, ma si concreta su un piano squisitamente tecnico in una coralità di fonti di produzione. La chiave interpretativa essenziale di tutto l'ordine giuridico medievale – quella che ci preme di sottolineare al lettore – è che i detentori del potere costituiscono una fonte fra le molte chiamate alla edificazione di quell'ordine; senza dubbio, non la sola, e nemmeno la prevalente. Il problema delle fonti – problema strutturale di ogni costruzione storica *sub specie iuris* – è risolto in una coralità di apporti che rispecchia fedelmente la coralità 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-VIII), 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 Langobardorum* elaborato dal

²⁴ Vedi la sintesi offerta da Calasso, *Medioevo del diritto*, cit., p. 117.

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 langobardorum* 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 principe²⁵. 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 norme regolanti l'amministrazione dell'*Imperium* e dei *Regna* e, soprattutto, i rapporti fra potere politico e potere ecclesiastico²⁶.

5. E sua fattualità

La 'legge' del principe si presenta, dunque, a noi come un canale minore per lo scorrimento dell'esperienza giuridica medievale. Alla sua produzione, allora, contribuì in minima parte; alla sua cognizione, oggi, non può che contribuire assai relativamen-

²⁵ Bellomo, *Società e istituzioni*, cit., pp. 175 sgg. Per un inquadramento non formalistico dell'Editto, cfr. G. Bognetti, *L'Editto di Rotari come esperienza politica di una monarchia barbarica* (ed. or. 1957), ora in Id., *L'età longobarda*, vol. IV, Giuffrè, Milano 1966. Ha scritto, in proposito, pagine suggestive P.M. Arcari, *Idee e sentimenti politici dell'alto medioevo*, Giuffrè, Milano 1968, soprattutto pp. 651-52.

²⁶ F. Ganshof, *Recherches sur les capitulaires*, Sirey, Paris 1958, pp. 72-74.

te. 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 duramente sull'esperienza.

In un mondo così privo di involucri costrittivi il diritto si colora per una 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 fuorviarci²⁷. Per

²⁷ Il primo pensiero va a due saggi assai circolanti in Italia, e precisamente: A.E. Cammarata, *Il significato e la funzione del 'fatto' nell'esperienza giuri-*

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 tra i 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, in un mondo semplice di fatti che l'operatore rispetta con assoluta umiltà. Senza presunzioni ci si china sulle cose – realtà misteriosa e indomata 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 è 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 analogizzabile con atteggiamenti preclassici o addirittura preromani²⁸, e tra le esercitazioni più rischiose quelle protese a

dica (ed. or. 1929), ora in Id., *Formalismo e sapere giuridico*, Giuffrè, Milano 1963; Cesarini Sforza, *Ex facto ius oritur*, cit.

²⁸ Opportune osservazioni in B. Paradisi, *Quelques observations sur un thème célèbre à propos de E. Levy, «Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht»* [Böhlau, Weimar 1956] (ed. or. 1959), ora in Id., *Studi sul medioevo giuridico*, cit., vol. I, p. 25 (si veda, in proposito, anche la consapevole prefazione (p. VII) a questo volume collettaneo); e in G. Vismara, *Le fonti del diritto romano nell'alto medioevo secondo la più recente storiografia (1955-1980)*

scoprire – più con animo di istologo che di storico – ‘elementi’ romani, germanici, orientali.

Il medioevo giuridico nasce dal crollo d’una civiltà, dal modo 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 un 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 coralità 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 molti inconvenienti del frazionismo giuridico cui dà luogo.

È doveroso notare che sarà la stessa vita quotidiana – più che il principe 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 territoriali²⁹. 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.

6. E sua storicità

Da tutto quanto abbiam detto sinora, 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 attualità 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, partecipe 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 d'una 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, apparendoci 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 con-

²⁹ Calasso, *Medioevo del diritto*, cit., pp. 184 sgg.

suetudinario 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 notaio³⁰: sui vecchi schemi dei formularii 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 terra³¹.

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. Ma qui politicITÀ deve essere assunta in senso lato; vale storicITÀ, puntualizza solo la fedeltà della forma alla sostanza sociale ed economica, alle idealità e ai bisogni circolanti nella grande 'polis' della società civile come fatto globale.

7. *L'eclisse della cultura giuridica. Naturalismo e primitivismo nella fondazione della nuova esperienza*

I secoli della fondazione medievale, dal V all'XI, non furono, a un livello generale, epoca di incultura, ma piuttosto di cultura³² non circolante.

³⁰ Su questo ruolo propulsivo del notaio cfr. soprattutto Vismara, *Leggi e dottrina nella prassi notarile italiana dell'alto medioevo* (ed. or. 1979), ora in Id., *Scritti di storia giuridica*, cit., vol. II e G. Nicolaj, *Cultura e prassi di notai preirneriani. Alle origini del Rinascimento giuridico*, Giuffrè, Milano 1991.

³¹ Su tutto questo cfr. più avanti alle pp. 105 e 107.

³² Assumiamo qui il termine 'cultura' nella sua accezione più specifica di educazione delle capacità intellettuali e, quindi, di un insieme di cognizioni.

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 vocata alla introversione, rinserrata nel suo carattere di comunità separata e distinta, sensibile più a un ideale di comunicazione ed apertura metafisiche che sociali³³. A un livello generale, cioè su un piano filosofico, teologico e anche letterario, si avverte e si esalta il contrasto fra uno *scriptorium* monasteriale, 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 prosegua lo scavo dottrinale dei classici e dei postclassici, o che affianchi il lavoro dei maestri bizantini in Oriente. È carezza 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.

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 statuale, 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.

Nel linguaggio di etnologi e sociologi, soprattutto di questo secolo, il termine ha subito un ampliamento e anche una deformazione arrivando a indicare l'ambiente generico in cui il processo educativo si svolge e assumendo pertanto un significato sinonimico a quello di civiltà.

³³ Altro discorso è quello che riguarda la grossa influenza dei centri monastici sullo stesso assetto economico del territorio in forza di un patrimonio fondiario spesso di ragguardevole entità.

La scienza, per costruire le sue architetture, ha bisogno di consolidate e riposate 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, apparendoci 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 negozii 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 il proprio tratto di originalità. È lì e 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 adagiarsi 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, forse anche a subirli; 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 smania 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.

L'effettività è la regola vincente di questa esperienza giuridica in formazione, perché l'effettività, nella sua assenza di riferimenti a una costruzione umana e alla sua gerarchia di valori artificiali, fa capo ai fatti, a quei fatti che trovano per loro conto nella storia quotidiana la forza di staccarsi dagli altri, di durare, di incidere; perché l'effettività non ha bisogno di modelli da cui dipendere, quei modelli di cui la nascente realtà medievale è assolutamente povera.

A ben vedere, il modello c'è, ma non è prefabbricato in tutta la sua vincolante precisione da una comunità umana che lo assume come valore; è giacente invece, rarefatto, dentro il mondo dei fenomeni, in quello che i giuristi chiamano il mondo dei fatti. Il suo conseguimento consiste pertanto solo in una adeguazione ai fatti, in una aderenza piena ad essi. C'è insomma una riscoperta della strutturalità del diritto, del suo essere forma di strutture naturali etniche economiche; con una vocazione a non discostarsi mai dalle strutture, bensì a seguirle con fedeltà, anche se questa fedeltà significa asistematicità e incertezza.

È qui il punto centrale di quell'atteggiamento generale della nostra esperienza giuridica, che si può correttamente qualificare come 'naturalismo giuridico' del primo medioevo, intendendo con ciò molto semplicemente un diritto incapace di distaccarsi dai fatti, realizzante una forma elementare che su quei fatti si adagia, si modella, si fonda. Se, quando parliamo di formalismo giuridico, noi facciamo riferimento a un sistema i cui istituti trovano prevalentemente la propria ragion d'essere in un artificio umano – la forma – dal quale soltanto, prescindendo dalla aderenza di quello al reale, prendono il crisma della validità, certamente 'formalismo giuridico' e 'naturalismo giuridico' sono due modi antitetici di risolvere il problema della organizzazione giuridica. Quanto il formalismo insiste e fa leva sulla possibilità dell'azione umana di distaccarsi dalla natura delle cose, tanto il naturalismo se ne dimostra dipendente. In quest'ultimo la forma – che è l'insopprimibile veste di ogni realtà giuridica – è solo un indispensabile segno tracciato, con figure minime e grezze, sempre sulla traccia offerta dall'unico modello vivente ricolmo di intrinseca autorità: il serbatoio dei fenomeni.

Nessun esempio, fra i tanti che potrebbero addursi, vale a sorreggere queste affermazioni meglio delle vicende della nozione di persona giuridica. Ognun sa che, qualunque sia la impostazione

dottrinale che si segua³⁴, la nozione di persona giuridica – come tentativo riuscito di entificazione d'una realtà meta-naturale che la natura non entifica e anzi ignora – rappresenta il brillante risultato di un procedimento di astrazione conseguito da teorici o da operatori del diritto. Dire infatti che un complesso di persone fisiche assurge ad una entità – l'associazione – diversa da quelle persone singole e dalla loro somma, o che un complesso di beni unificati da un certo fine può dar vita all'ente giuridico 'fondazione', significa far leva sul principio che il diritto è creazione umana, magari oltre e contro la natura dei fenomeni, e che questo diritto può quindi tranquillamente astrarsi da essa.

Una conclusione che difficilmente potrebbe porsi accettabile da parte del naturalismo protomedievale. Ed è per questo che le vicende della nozione di persona giuridica, nel lungo cammino che separa il mondo romano (dove era operativamente conosciuta e frequentemente applicata) dal mondo del medioevo sapienziale (secc. XII-XIV) quando verrà perfettamente teorizzata e riproposta alla riflessione moderna da parte della grande speculazione canonistica³⁵, sono segnate da difficoltà e incomprensioni. Il difficile per l'esperienza in formazione che noi stiamo studiando, è la perfetta separazione che la nozione piena di persona giuridica postula fra creazione giuridica e realtà naturale, una separazione che, in quanto innaturale, rivela una sua irricevibilità per il nostro ordine naturalisticamente fondato; e non deve far meraviglia se, nella prassi ecclesiastica che è necessariamente folta di rapporti fra singoli e istituzioni, si risolve talvolta il problema di donazioni e legati pii nel grossolano ma eloquente meccanismo della donazione o del legato non già alla parrocchia o all'abbazia – che, come ente, sfugge alla percezione giuridica del tempo – ma ai muri della chiesa o al santo titolare, due realtà nella cui esistenza l'uomo medievale, certo delle sue certezze materiali e religiose, positivamente crede³⁶.

³⁴ Intendiamo riferirci alle molte, troppe, talora estenuate ed estenuanti dispute teoriche, che, nella scienza giuridica moderna, si sono avute sul tema della persona giuridica, da Federico Carlo di Savigny in poi, nel corso di questi ultimi due secoli.

³⁵ Cfr. più avanti, nella Parte seconda, cap. VII.

³⁶ Ampia documentazione in F. Schupfer, *Il diritto privato dei popoli germanici con speciale riguardo all'Italia*, I, *Le persone. La famiglia*, Lapi, Città di Castello 1907, pp. 177 sgg.; P.S. Leicht, *Il diritto privato preirneriano*, Zani-

In questo clima naturalistico può ricevere una maggior luce di comprensione anche il principio della cosiddetta 'personalità del diritto', che abbiamo visto circolare in questi secoli e cui abbiamo già fornito alcune prime giustificazioni storiche. A spiegare l'affermarsi del principio concorrono infatti, oltre a un sentimento orgogliosamente possessivo verso un patrimonio consuetudinario connesso alla vita storica di un *ethnos*, anche precise influenze naturalistiche soprattutto presenti nei filoni della tradizione germanica: il diritto appare come patrimonio proprio e specifico di un determinato ceppo etnico, perché legato strettissimamente con i pretesi caratteri razziali differenziali di quel ceppo. In quanto pertinenza e privilegio di coloro che partecipano dello stesso sangue, il diritto è – come tale – incomunicabile oltre il limite dei 'consanguinei'.

Ma c'è ancora di più: la generale vocazione dell'ordine giuridico a costruirsi in perfetta aderenza alle strutture diventa in molti casi una tanto passiva subbiezione a queste fino a fargli assumere precise coloriture infrastrutturali; e il clima di naturalismo si complica in un vero e proprio 'primitivismo giuridico'. E qui, affinché le qualificazioni non abbiano spazii di equivoco, occorre fermarsi un attimo a chiarire questo schema interpretativo, che noi riteniamo particolarmente congeniale alla società protomedievale.

8. *In particolare, del primitivismo protomedievale*

Utilizzare per un'epoca storica uno schema siffatto può risultare sconcertante, se si pone mente all'uso generale e consueto di 'primitivo' e 'primitivismo', che vuole queste accezioni destinate a contrassegnare o la più remota preistoria o le reliquie preistoriche tuttora esistenti disseppellite e studiate dagli etnologi. Vale perciò la pena di puntualizzare che, quando qui si usano queste qualificazioni, si intende far riferimento specifico a una nozione interpreta-

chelli, Bologna 1933, pp. 55-57; P. Frezza, *L'influsso del diritto romano giustiniano nelle formule e nella prassi in Italia*, in *Ius romanum medii aevi*, Pars I, 2, c ee, Giuffrè, Mediolani 1974, p. 70. Il significato della imputazione al santo titolare è però, a nostro avviso, completamente frainteso da Leicht e Frezza e indica che non si è raggiunta «la consapevolezza della personalità dell'ente istituito» (come invece vorrebbe Frezza).

tiva, elaborata con precisione dalla dottrina etno-sociologica, secondo la quale il primitivo non è necessariamente un soggetto che si pone, di per sé, fuori del processo storico di incivilimento, ma è piuttosto un soggetto contrassegnato soltanto da una particolare caratterizzazione antropologica, reperibile, col verificarsi di determinate circostanze, in seno ad ogni momento storico³⁷.

Il primitivo non è cioè, come vorrebbe la nostra immaginazione volgare, un selvaggio da età della pietra, l'uomo del paleolitico o della più profonda selva amazzonica, ma un soggetto culturalmente poverissimo che ha un singolare rapporto psicologico con la realtà esterna. Egli non può non collocarsi in un ambiente dove il rapporto fra natura e soggetto è segnato da una palese sproporzione fra quella e questo, da una prevalenza di quella su questo come agente civilizzatore.

Il presupposto necessario è che egli subisca la natura e ne sia a tal punto tributario da abdicare alla sua individualità e a confondersi e immedesimarvisi. Il primitivo si identifica, in altre parole, sotto un profilo di sociologia conoscitiva, in un soggetto che non si limita a subire i dati della esperienza ma che è costituzionalmente incapace o relativamente capace di oggettivarli, incapace di riflettere sulle cose, e, riflettendo, di prendere le proprie distanze da esse, incapace di affermare il distacco che separa la creatura raziocinante dal mondo dei fenomeni, il soggetto per eccellenza dall'insieme degli oggetti.

La mentalità primitiva, ingigantendo la realtà obbiettiva, tende a fondersi con i fenomeni, a non porre confini fra coscienza e fenomeno, a mescolare soggetti e oggetti in un'unica e unitaria realtà cosmica che misteriosamente avvince gli uni e gli altri in una inscindibile dimensione vitale. Quella del primitivo è insomma una coscienza non autonoma, impotente a riflettere sulla realtà circostante e invece tendenzialmente portata a sentirsi 'partecipe'³⁸ di quella nel quadro di un ordine che supera soggetto e oggetto e li ricomprende in un'unica organizzazione cosmica.

³⁷ Sul primitivismo come schema antropologico e particolarmente sul primitivismo come schema interpretativo della realtà storica protomedievale non ci resta che rinviare a Grossi, *Le situazioni reali*, cit., pp. 42 sgg., dove questo schema è stato utilizzato per una più adeguata comprensione storico-giuridica.

³⁸ 'Partecipazione' è termine (e concetto) adottato dall'etnologo e sociologo francese Lucien Lévy-Bruhl (1857-1939) per cogliere la situazione psicologica di completa fusione tra soggetto e cose che si verifica nell'anima pri-

Orbene, quest'uomo così povero di carica critica è una presenza frequente nell'età protomedievale, alligna bene in un mondo culturalmente asfittico, percorso da una drammatica crisi demografica, logorato da pestilenze carestie invasioni, dominato dal disordine sociale, incapace di contenere la natura bruta con la tradizionale tecnica agraria.

Il rapporto uomo-natura si pone, nel primo medioevo, in modo del tutto singolare. Al di là di una oleografia di maniera a colori cupi e forti, sarebbe invece corrispondente alla realtà storica la configurazione d'una società di scarsi abitatori su cui incombono ataviche paure, su cui incombe una natura non più dominata e ormai strabocchevole nella prorompente vita vegetale. Scarse le braccia umane; la crisi demografica già da tempo iniziata, è rovinosa: in Italia, le incursioni e le guerre del V e del VI secolo, le epidemie ininterrotte dalla metà del VI secolo alla fine del VII fra le quali particolarmente tragiche quelle della peste nera, le carestie frequentissime, le deportazioni di popolazione rustica al di là delle Alpi, creano un vuoto incolmabile; un vuoto che è senza dubbio in diretta relazione con l'aumento dei territori incolti e con il ritorno a un tipo prevalente di agricoltura estensiva. Altissima è la percentuale delle terre non coltivate in rapporto alla superficie, mentre fatti allarmanti si segnalano in ordine ai non molti terreni coltivati: generale decadimento della agricoltura, ridimensionamento della attività allevatrice in allevamento di bestie minute e poco esigenti, come il maiale; uso di una tecnica agronomica assolutamente inidonea fondata soprattutto su zappe e vanghe e assai meno frequentemente su aratri primitivi con rendimento bassissimo delle colture agrarie; sostituzione del frumento con cereali minori quali il miglio, il panico, la segale, il sorgo.

È insomma una economia agricola che non si è esitato a definire primitiva e che è, per buona parte, dominata da un elemento per sua natura primordiale: la foresta. La foresta protomedievale, estesissima nell'Europa centro-settentrionale ma anche nelle plaghe mediterranee, svolge un ruolo importante: ospita una folla di formiche umane che vivono in essa e grazie ad essa; al pari del campo coltivato è fonte primaria di vita, condizione di esi-

mitiva. Sull'opera di Lévy-Bruhl e sulla nozione di 'partecipazione' vedi quanto abbiamo diffusamente scritto in Grossi, *Le situazioni reali*, cit., pp. 90 sgg.

stenza, rimedio contro la fame al pari e più del raccolto incerto e comunque magro d'un appezzamento a cereali.

Ma la foresta, per la sua stessa struttura, non può non condizionare, soprattutto se la sua superficie è particolarmente estesa, l'organizzazione di quella regione per la quale è pure fonte provvida di sussistenza: come ricetto ideale del banditismo, è origine di insicurezza e di disordine sociale; come massiccio accumulo di materiale vegetale, è uno sbarramento naturale e spesso un ostacolo non minimo a una spedita viabilità, a uno scambio frequente di relazioni umane.

L'ambiente, dunque, protomedievale, soprattutto del protomedioevo precarolingio (secc. V-VIII), è la cornice d'una società che può, a ragione, essere qualificata come primitiva: nel paesaggio agrario prevalgono il bosco il sodo la palude l'incolto; rudimentale l'agricoltura e con risultati insoddisfacenti sia per la quantità che per la qualità dei prodotti; scarse le braccia coltivatrici; decadenti gli assembramenti umani e, per di più, epidemie guerre invasioni banditismo ad accentuare certe forme di impotenza economica e sociale.

Nella solitudine che gli derivava dalla assenza d'una solida organizzazione politica e d'una efficace protezione, nella contemplazione del disordine, l'uomo protomedievale non poté non sentirsi interamente condizionato dalla natura delle cose. Accanto alla paura della peste, della carestia, della guerra l'unica certezza sua fu nella contemplazione delle cose; soltanto nel suo inserimento in esse si sentì sicuro, misticamente legato ad esse da un vincolo di vita e di morte. E le cose non poterono non assumere proporzioni enormi, non poterono non essere sopravvalutate nelle forze di cui erano depositarie.

Il diritto, com'è ovvio, risente di questo straordinario atteggiamento antropologico; e il generico primitivismo diventa uno specifico 'primitivismo giuridico'. All'interno cioè del naturalismo giuridico imperante inteso come vocazione a edificare l'ordine in assoluta aderenza alle strutture, prende forma un insieme di costruzioni in cui si avverte quel qualcosa di più che contrassegna il primitivismo: un atteggiamento a concepire il diritto come dato infrastrutturale, in cui non si registra soltanto con fedeltà le regole e le istanze della natura delle cose, ma in cui è alle cose, alla loro forza primordiale, che spetta il ruolo primario di protagonista dell'ordinamento.

Ci accorgiamo della effettualità storica di questa, che può sembrare solamente una frase sonora, se si penetra nel tessuto degli istituti giuridici, nelle loro intime ragioni. V'è soprattutto un campo – quello dei diritti reali, luogo d'elezione per misurare l'atteggiarsi dell'ordine giuridico nella eterna dialettica fra 'soggetto' e 'oggetti' – in cui si rischierebbe di non comprendere nulla della tipicità del messaggio storico del primo medioevo, se non si maneggiasse efficacemente lo schema interpretativo del primitivismo.

È infatti un campo dominato dall'eclisse della proprietà formale e dal sorgere e moltiplicarsi di situazioni reali sulla cosa diverse da quella del proprietario e nascenti da forze primordiali come la semplice detenzione, il godimento, il lavoro fisico, la durata; con il risultato di vedere avviato un sistema di limiti al potere del proprietario e un sistema di garanzie giuridiche per il concessionario³⁹. E una domanda allora incombe: com'è possibile questo in un mondo che ci appare completamente sordo alle istanze della 'giustizia sociale'? Per quali strade l'ordine giuridico acquisisce questi straordinari risultati storicamente fertili di contraccolpi e conseguenze futuri?

La risposta nostra è ferma e chiara: grazie al naturalismo e primitivismo di cui la realtà giuridica protomedievale è pervasa. Senza condizionamenti di indole politica o culturale, l'operatore-giurista legge spassionatamente il mondo delle cose e registra fedelmente questa lettura nel mondo del diritto. Tutto un insieme di forze primordiali conculcate o amputate dal formalismo spietato dei 'classici' riprende ora il sopravvento e riassume la funzione di nerbo portante delle nuove costruzioni. La natura delle cose – cioè un complesso di istanze biologiche ed economiche passivamente e ingenuamente inteso e interpretato – detta le sue regole e funge da prezioso elemento orientatore. Mentre i soggetti tacciono, è alla voce delle cose che si presta attenzione; quelle cose alla cui vita il soggetto primitivo 'partecipa' con immedesimazione.

Il concessionario di un contratto agrario, che si vede elevato per tutta la durata del contratto a possessore del fondo con tutto il complesso di garanzie giuridiche che la situazione possessoria comporta, non riceve questa tutela in quanto lavoratore meritevole di protezione per la sua dignità personale, ma in quanto soggetto parte-

³⁹ Vedi più avanti, p. 106.

cipe della vita stessa della cosa grazie alle forze della detenzione, del godimento, della loro durata, dell'energia-lavoro unitiva fra lavoratore e cosa. La partecipazione del concessionario alla cosa, la sua radicazione in essa – che sono circostanze fattuali che l'osservatore protomedievale contempla – non possono non tradursi in una radicazione giuridica, in una trasformazione della situazione del concessionario da squisitamente personale – come voleva la tradizione classica – a squisitamente reale.

Il campo dei vecchi *iura in re* è sovvertito dalle fondazioni naturalistico-primitivistiche, mutando volto e affermando le premesse per il futuro svolgimento che il medioevo sapienziale e dottrinale, dopo il secolo XII, porterà innanzi in termini di cultura giuridica.

9. Reicentrismo della nuova esperienza giuridica

L'orditura naturalistica costituisce il 'segreto' e il nodo di tipicità di tutto il diritto protomedievale e consente la maturazione d'una tacita, insensibile ma incisiva rivoluzione: l'ordine si scardina dal soggetto, lo rifiuta come perno del proprio meccanismo, come pietra angolare della propria costruzione. L'ordinamento si di-verte dal soggetto alle cose, e la cosa nelle sue esigenze primordiali, nella sua fattualità non condizionata non mortificata non filtrata, diviene la protagonista di esso e la fonte in senso sostanziale di tutto il divenire giuridico.

Ciò è storicamente relevantissimo e assurge al ruolo di valore storico dell'epoca in Occidente: l'ordine antropocentrico, tutto impegnato nel culto dell'individuo, cioè di un certo individuo ben provveduto, ben pasciuto e voglioso di dominio, edificato come supporto e garanzia della sua sovranità sul mondo, ha uno scossone rilevante. La nuova esperienza, nel suo vuoto culturale, nella sua rarefazione politica, nelle sue costanti e pressanti esigenze di sopravvivenza quotidiana, è costretta a riscoprire altre forze, oggettive, quelle che, senza artifici, nascono effettivamente sulle e dalle cose e a cui sono legate le istanze prime della vita d'ogni giorno.

Il medioevo nasce all'insegna di un marcato reicentrismo – centralità della res, della cosa –, d'un tentativo di ritrovamento delle dimensioni oggettive di ogni forma giuridica. Atteggiamiento che,

generato e messo a punto nella fertile officina protomedievale, costituirà però il tratto distintivo e quindi la chiave interpretativa essenziale di tutto il diritto medievale. Il medioevo sapienziale lo riceverà in legato dai secoli precedenti e lo serberà gelosamente, intessendovi sopra motivazioni e sistemazioni di altissima speculazione, dimostrando una volta di più la profonda unità e la reale inscindibilità di tutta l'esperienza giuridica medievale.

Esperienza, dunque, – e diciamolo a chiare note, per evitare gli equivoci in cui sono incorsi tanti incauti zelanti – non riconducibile nel grembo di una interpretazione in chiave umanistica, ma, al contrario, nel suo possente sforzo creativo, insensibile a venature umanistiche e tutta protesa a costruire dal reale e sul reale, disposta a domandare grossi sacrificii all'individuo e alle sue istanze.

Su un piano di scelte specifiche, vogliamo qui, prima di chiudere questo paragrafo e passare oltre, fare due annotazioni che conseguono a quanto s'è detto finora e che ne costituiscono un suggello.

Innanzitutto, che è scorretto e antistorico pensare al primo medioevo come a un mondo di individui garantiti nei propri diritti, cui fa capo isolatamente il complesso dell'azione sociale. In questo momento storico l'individuo, cioè il soggetto autosufficiente sulle cui energie singole fa conto e si costruisce l'ordine generale, è senz'altro una astrazione. Il singolo, o è attratto dalla cosa fino a divenire quasi una pertinenza di questa, o è attratto nel gruppo intermedio, che solo può dargli protezione e possibilità di sviluppo. Sarà in questi gruppi – siano essi la parrocchia, la corporazione professionale, l'associazione politica, la fraternita, e così via – che si fonderà prevalentemente l'edificio della società medievale, allo stesso modo che la grande cattedrale, perno e simbolo delle aspirazioni d'una intera comunità, presuppone non già questo o quello artefice ma la corporazione operosa al cui interno spariscono le singole individualità.

La seconda annotazione è piuttosto integrazione e anticipazione di quel che s'è detto e che ancora si dovrà dire sulla preminenza della consuetudine nel sistema protomedievale delle fonti. Una simile conclusione, qui decisamente ribadita, trova nell'orientamento naturalistico or ora messo in luce una ulteriore e probante giustificazione. La consuetudine è infatti la più 'oggettiva' tra le fonti; nasce dal basso ed è la voce stessa delle cose. È nulla più di un fatto che attinge la propria normatività nel suo ripetersi mate-

riale. Identificando e valorizzando gli usi, gli operatori protome-
dievali identificavano e valorizzavano un messaggio scritto nelle
 cose, che sembrava emergere dalla natura stessa dei luoghi e con
 l'autorità grande e indiscussa della natura. La consuetudine si pre-
 sentava loro, e affiorava con precisione alla loro attenta sensibilità,
 quale *altera natura*, seconda natura, come – con frasario antico – si
 ripeterà frequentemente da glossatori e commentatori⁴⁰.

10. *Fatti normativi fondamentali: terra, sangue, durata*

'Reicentrismo', dunque, e 'comunitarismo' come atteggiamenti caratterizzanti della nuova civiltà giuridica: la cosa, il mondo delle cose, la natura cosmica guardata con umiltà e rispetto, è un insieme di forze determinanti che modellano su di sé l'ordine giuridico; la comunità è l'insopprimibile cellula vitale per una civiltà che non crede nell'azione individuale, che non fa conto sull'individuo, che si fonda e si costruisce sul 'plurale', sul collettivo in tutte le sue manifestazioni.

Questo generale e deciso atteggiamento fa emergere, tra i tanti fatti su cui questa civiltà fattuale erige il proprio ordine, tre che appaiono muniti di una straordinaria carica normativa ed assumono pertanto una funzione squisitamente fondante. Essi sono la 'terra', il 'sangue', il 'tempo'. E qui dobbiamo spiegarci meglio, giacché siamo consapevoli di aver pronunciato parole inusuali sulla bocca di un giurista.

La terra intesa come cosa produttiva per eccellenza, realtà complessa indominata e indominabile per le inermi formiche altomedievali ma fonte di vita e garanzia di sopravvivenza, recante scritte in sé regole originarie e perfettamente leggibili da chi abbia occhi attenti e disponibili⁴¹; il sangue come realtà operante un legame inscindibile fra soggetti e dispensante fra essi un patrimonio di virtù, facoltà, funzioni non comunicabili all'esterno⁴²; il tempo come du-

⁴⁰ Vedi più avanti, p. 186.

⁴¹ Ci troviamo ancora costretti a rinviare a Grossi, *Le situazioni reali*, cit., cap. XI.

⁴² Si vedano le efficaci pagine sintetiche di P. Delogu, *Germani e Carolingi*, in L. Firpo (a cura di), *Storia delle idee politiche economiche e sociali*, vol. II, Utet, Torino 1983, pp. 3 sgg., e di A. Cavanna, *Diritto e società nei regni*

rata, come un martellio continuo di fatti che, prescindendo da ogni contributo volitivo umano⁴³, crea estingue modifica⁴⁴.

Tre fenomeni colmi di normatività, tre forze primordiali che hanno un medesimo significato antropologico: minimizzano il contributo dell'individuo, del soggetto singolo, elevando a protagonista dell'esperienza la natura delle cose e il gruppo.

Non è difficile motivare questa conclusione. La terra è una istituzione forte, che attrae i singoli, li condiziona, li strumentalizza in vista di quel fine assorbente che è la produzione; coltivazione e produzione non si affidano al singolo ma al gruppo, familiare o sovrafamiliare, e verticalmente alla catena generazionale di gruppi successivi, perché soltanto il gruppo può avere buona riuscita nel tentativo di imporsi a una realtà misteriosa e riottosa. Il sangue, che nel singolo appare come un insignificante liquido rosso, acquista la funzione di segno e carattere se collegato al gruppo, alla famiglia, all'aggregato consortile sovrafamiliare e – via via crescendo – alla *natio*, al grande gruppo di coloro che discendono da uno stesso ceppo e formano una stessa stirpe. Il tempo che, come durata, può esprimersi solo nel *continuum* delle generazioni, che annulla il singolo come punto di una linea; il tempo che, come memoria, trova nella collettività la sua nicchia conveniente.

Terra, sangue e durata sottolineano, dunque, la irrilevanza del singolo, la sua imperfezione rispetto alla perfezione della comunità.

11. *Certezze fondamentali: imperfezione del singolo e perfezione della comunità*

Siamo a uno degli atteggiamenti più tipizzanti della coscienza medievale, esasperato – per un verso – dal persistente disordine sociale che proponeva i più vari aggregati collettivi quali indispen-

ostrogoto e longobardo, in *Magistra barbaritas. I barbari in Italia*, Scheiwiller, Milano 1984, soprattutto p. 364.

⁴³ Com'è negli istituti della prescrizione estintiva e della usucapione (prescrizione acquisitiva), ben noti al diritto romano e in cui è determinante il comportamento di soggetti umani nell'aspetto – rispettivamente – di negligenza e di volontà possessiva.

⁴⁴ Mi limito a ricordare le penetranti intuizioni di M. Bloch in un libro vecchio ma non invecchiato: *La società feudale*, trad. it. di B.M. Cremonesi,

sabili nicchie protettive, e – per un altro verso – dalla protagonista Chiesa romana avvezza a pensare la salvezza del singolo solo in seno alla comunità sacra e a diffidare di ogni solitudine individuale.

Sarà un atteggiamento costante, che dal tempo di fondazione si travaserà intatto nel medioevo sapienziale e intatto vi perderà; costante perché collegato a profonde convinzioni antropologiche e perciò radicato nell'intimo dell'esperienza e di essa espressivissimo.

Ce lo dimostreranno tre testi collocati in tre momenti diversi, eppure in assoluta sintonia, voci di tre teologi-filosofi, cioè delle coscienze allora più sensibili verso le certezze antropologiche circolanti nella società: di sant'Agostino, che scrive, all'incirca, ai primi del V secolo, in un interessante displuvio fra tardo-antico e proto-medievale; di Ugo di San Vittore, il filosofo e teologo parigino, che scrive ai primi del XII secolo; di san Tommaso, che, riflettendo e sistemando alla fine del Duecento, ci appare come il momento sintetico e riassuntivo di tutta l'antropologia del medio evo.

Ecco il linguaggio efficace di Agostino:

ista contextio creaturae, ista ordinatissima pulchritudo, ab imis ad summa conscendens, a summis ad ima descendens nusquam interrupta sed dissimilibus temperata⁴⁵.

La creatura, la singola creatura, finché resta isolata, non consegue la pienezza di sé; essa non può essere pensata se non inserita in un tessuto sovrastante, l'unico che, in quanto tessuto, raccogliente e ordinante una moltitudine di entità singole, ha il pregio della pulchritudo, della bellezza; bellezza che risiede nel tutto, nell'ordine che armonizza e compone in unità. Il perno del discorso – è chia-

Einaudi, Torino 1959 (ed. or. 1939), pp. 125 sgg., e un ancor più remoto ma estremamente suggestivo, e tuttoggi leggibile con profitto, saggio di F. Kern, *Recht und Verfassung im Mittelalter*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1965 (ed. or. 1919). Notazioni interessanti anche in A. Ja. Gurevič, *Le categorie della cultura medievale*, trad. it. di C. Castelli, Einaudi, Torino 1983 (ed. or. 1972), pp. 29 sgg. e 97 sgg.

⁴⁵ («Codesto inserimento della creatura in un tessuto sovraordinato, co-desta realtà bellissima nella sua dimensione di ordine perfetto, un ordine che muove dal profondo e sale fino all'alto, che discende dall'alto verso il profondo, senza interruzioni ma sfaccettato nelle variazioni delle diversità») S. Aurelii Augustini *Enarrationes in Psalmos CI-CL* (in *Corpus christianorum* – Series latina, XL, pars X, 3), in psalmum CXLIV, n. 13.

ro – non è nella tessera del mosaico, ma nel contesto, giacché è solo nel contesto che si precisa il flusso che dalle cose sale al Divino e dal Divino discende alle cose. Primato ontologico della armonia del tutto come campo d'azione del Divino.

Ancor più franco il testo di Ugo di San Vittore:

Hoc autem diligenter attendendum est, quod non singulis quibusque, sed hierarchiae, id est universitati, bona illa manifestata dicuntur, ita tamen ut a singulis in universitate imitationis studio exercentur, quia gratia ad universos effunditur et in singulis operatur. Extra unitatem nullus illam accipere potest et in unitate alteri data nulli sufficere potest⁴⁶.

Qui non si parla più di ordinatissima pulchritudo bensì di hierarchia, di universitas, con terminologia che evoca più puntualmente l'organizzazione che riduce a unità la pluralità. Densissima la precisazione, che costituisce il cuore del testo: anche se la Grazia opera sui singoli e per i singoli, è nella universitas che trova il terreno indispensabile per effondersi. Il singolo – per conseguirla – deve ben rinserrarsi all'interno della unità ordinata e ordinante, entro la quale egli – assecondando le direttive circolanti e imputabili alla totalità – potrà trarne profitto; a lui, come singolo, compete soltanto un esercizio, non una titolarità.

Si potrà dire che il testo agostiniano, nella sua palese caratterizzazione neoplatonica, disegna un universo che non ha confini verso l'alto, che ama, anzi, fissare un processo continuo fra realtà cosmica e mondo delle essenze divine; che questo universo è còlto pertanto in una assai relativa autonomia dell'inquieto Dottore africano tormentato dalla riflessione dei rapporti difficili fra natura e Grazia; e si potrà dire che tutto teologico appare il testo del maestro vittorino, anch'esso neoplatonicamente imperniato

⁴⁶ («Un punto fermo è che i beni trovano il terreno ideale per manifestarsi non in ciascuna delle singole individualità ma nell'ordine gerarchico, cioè nella complessità composta in unità organica, nel cui seno vengono dai singoli esercitati grazie al meccanismo della imitazione; perché la Grazia, anche se opera nei singoli, trova nella complessità il suo campo di effusione. Al di fuori della unità complessiva nessuno è in grado di riceverla, al di dentro della unità è data a ciascuno non come individualità isolata ma come componente di quella») Hugonis de S. Victore *Commentariorum in Hierarchiam coelestem S. Dionysii Areopagitae... libri X*, in J.P. Migne, *Patrologia Latina*, vol. CLXXV, coll. 1003-1004.

sulla continuità col Divino. Ma il testo di Tommaso, dietro la medesima conclusione, rivela la coscienza di un mondo sorpreso nella sua sostanziale autonomia, anche se sempre di mondo 'creato' si tratta; un mondo che, anche se visto immancabilmente nella luce di un Dio creatore, è colto discontinuamente rispetto alla dimensione metafisica:

dicendum est quod distinctio rerum et multitudo est ex intentione primi agentis, quod est Deus. Produxit enim res in esse propter suam bonitatem communicandam creaturis et per eas repraesentandam. Et quia per unam creaturam sufficienter repraesentari non potest, produxit multas creaturas et diversas, ut quod deest uni ad repraesentandam divinam bonitatem, suppleatur ex alia: nam bonitas quae in Deo est simpliciter et uniformiter, in creaturis est multipliciter et divisim. Unde perfectius participat divinam bonitatem et repraesentat eam totum universum, quam alia quaecumque creatura⁴⁷.

Ancora:

Ordo... rerum ad invicem est bonum universi. Nulla autem pars perfecta est a suo toto separata⁴⁸.

Alla fine del Dugento, quasi riassumendo il senso d'una riflessione plurisecolare, l'Aquinate insiste sull'autonomia e primazia del cosmo, sul primato dell'ordine universale; un primato che si impone in forza della perfezione del tutto rispetto alla imperfezione d'ogni singola individualità. Certamente, nel suo discorso la natura si è liberata di quei velami simbolico-mistici che i forti influssi neoplatonici le conferivano nella speculazione proto-medievale, acquistando, in conseguenza di una *philosophia mun-*

⁴⁷ («La diversità e molteplicità delle cose è voluta da Dio. Egli infatti creò le cose come strumento di comunicazione della sua bontà alle creature. E, per essere convenientemente rappresentato, creò molte e diverse creature, affinché le manchevolezze dell'una potessero essere integrate e colmate da un'altra: infatti, se la bontà è in Dio un attributo semplice conseguentemente alla sua essenza unitaria, nelle creature è virtù variamente presente. Onde più perfettamente partecipa della divina bontà – e la rappresenta – tutto l'universo che non qualsiasi altra creatura singola») S. Thomae Aquinatis *Summa Theologica*, Edit. Católica, Matriti 1961³, Prima pars, q. 47, art. I.

⁴⁸ («L'ordine vicendevole delle cose tra di sé è il bene dell'universo. Ogni parte ha la sua autonomia soltanto in connessione col tutto») Ivi, q. 61, art. 3.

di affrancata dalle riscoperte aristoteliche⁴⁹, la pienezza dei propri valori anche profani; certamente la sua natura è qualcosa di diverso da quella di Agostino⁵⁰, ma un filo li unisce preciso e ininterrotto, ed è il filo della coscienza unitaria della antropologia medievale percorsa dalla convinzione crescente, e sempre più ferma e fondata, dell'individuo come creatura imperfetta, impensabile fuori dell'ordine naturale e sociale.

Se si obiettasse da taluno che il discorso appare ancora distante dal nostro orizzonte giuridico, si dovrebbe aver cura di replicare che immediata è la traduzione sul terreno sociale e su quello giuridico quali dimensioni di una stessa unità complessa: il rapporto unus homo-communitas è un rapporto imperfectum-perfectum⁵¹, tanto che il «bonum proprium non potest esse sine bono communi vel familiae vel civitatis aut regni»⁵². La comunità in tutte le sue manifestazioni e gradazioni – e cioè le svariate comunità in cui la società si articola – è la vera protagonista in questo ideario teologico-politico-giuridico, vero ed unico meccanismo propulsivo perché vero ed unico depositario di poteri e funzioni.

Questo anche a livello di teoria politica, di teoria della rappresentanza politica. Il grande salvataggio della politologia medievale, con indiscutibili ripercussioni anche sulla prassi, è consegnato a questa certezza e valore supremo cui mai per tutto il corso del medioevo si è venuti meno: affidamento alla comunità, realtà materna

⁴⁹ Qualche chiarimento sarà offerto in proposito nel corso del prossimo paragrafo.

⁵⁰ Per chi volesse saperne di più sul divenire, nel corso del medioevo, del significato e dei contenuti del termine-concetto 'natura', una lettura profittevole potrebbe essere: *La filosofia della natura nel medioevo*, «Atti del Terzo Congresso Internazionale di Filosofia Medioevale, 31 agosto-5 settembre 1964», Vita e Pensiero, Milano 1966, tra i quali si segnalano i saggi di B. Nardi, *Sguardo panoramico alla filosofia della natura nel medioevo*; di T. Gregory, *L'idea di natura nella filosofia medievale prima dell'ingresso della fisica di Aristotele. Il secolo XII*; di F. Van Steenberghen, *La philosophie de la nature au XIIIe siècle*.

⁵¹ Ancora un testo illuminante di Tommaso: «oportet quod lex maxime respiciat ordinem qui est in beatitudinem. Rursus, cum omnis pars ordinetur ad totum sicut imperfectum ad perfectum; unus autem homo est pars communitatis perfectae; necesse est quod lex proprie respiciat ordinem ad felicitatem communem» (*Summa Theologica*, cit., Prima secundae, q. 90, art. 2. Si veda anche ivi, Pars prima, q. 11, art. 2).

⁵² («non vi può essere bene individuale senza il bene comune, o della famiglia, o della comunità politica»). Ivi, Secunda secundae, q. 47, art. 10.

e rassicurante; diffidenza per il singolo, realtà precaria e imperfetta, che appare come scardinata dalla natura delle cose.

Una diffidenza che investe anche il principe nella sua pur eccelsa solitudine: un tema ricorrente è infatti quello della sua funzione vicariale rispetto alla comunità, della fondazione e legittimazione dei suoi poteri soltanto all'interno della sua funzione vicaria. Dignità bene espressa da Tommaso quando insegna che «ordinare aliquid in bonum commune est vel totius multitudinis, vel alicuius gerentis vicem totius multitudinis»⁵³. Enunciazione in cui avremmo molte perplessità a cogliere «in maniera chiarissima il principio della sovranità popolare»⁵⁴, quasi una improbabile anticipazione democratica, ma in cui ci limiteremmo a leggere limpida la riaffermazione della comunità come valore primario, della sua primazia socio-politico-giuridica.

12. Certezze fondamentali: il diritto medievale come ordine giuridico

Due annotazioni, per cominciare: la prima è che un termine e una nozione sono affiorati con pari sottolineatura nel testo agostiniano e in quello tomista, ordo, ordine; la seconda è che, se v'è un indubbio divenire nel corso della riflessione medievale sulla nozione di 'natura' – neoplatonicamente còlta per tutto il primo medioevo come una unità continua dalle creature al Creatore e individuata successivamente, dalla scuola di Chartres in poi ma soprattutto dopo la reimmissione nella cultura occidentale del cosiddetto Aristotele latino, come realtà autonoma nella sua profanità⁵⁵ –, v'è anche un indubbio atteggiamento costante, immo-

⁵³ («ordinare al bene comune è compito o di tutta la comunità o di colui che gestisce il potere in sua vece») Ivi, Prima secundae, q. 90, art. 3.

⁵⁴ S. Cotta, *Il concetto di legge nella Summa Theologiae di S. Tommaso*, Giappichelli, Torino 1955, p. 35.

⁵⁵ L'universo è visto dai protomedievali in una chiave decisamente simbolico-mistica, flussi ascendenti verso Dio e da Dio discendenti senza alcuna soluzione di continuità. Il confine tra il fisico e il metafisico non è nettamente segnato; di conseguenza, è la stessa autonomia del cosmo a non essere percepita con chiarezza: il profano tende a perdersi nel divino. È la concezione che gli storici della filosofia qualificano come 'dionisiana' con riferimento alla grande sistemazione neoplatonica che un maestro orientale degli inizi del secolo VI d.C., falsamente identificato dalla tradizione medievale nel Dionigi

to, a considerarla nel suo complesso come un immenso ammirabile 'ordine'.

Ordine. Con un termine e una nozione siffatti siamo al cuore della antropologia medievale⁵⁶. I fatti naturali e sociali, ormai protagonisti, non sono una alluvione di fenomeni malamente accatastati l'uno sull'altro, ma, trovando la propria fonte nella sapienza divina⁵⁷, sono inseriti in una armonia che tutti li compone. L'ordine è precisamente quel tessuto di relazioni grazie al quale un coacervo di creature eterogenee si riconduce spontaneamente ad unità⁵⁸. Il primato ontologico della *totalitas* e della *multitudo*, cui

Areopagita discepolo di Paolo, compie in un trattato sulle gerarchie divine, tradotto molte volte, circolante e influentissimo. Una attenzione tutta nuova verso la natura, una disponibilità a coglierla come valore autonomo, e quindi a fargli recuperare anche la sua profanità – pur entro i limiti indiscutibili e indiscussi della creazione – si ha nel secolo dodicesimo con la scuola di Chartres e, più ancora, nel secolo successivo, quando, grazie a molteplici traduzioni latine, rientra in circolo tutta l'opera aristotelica, anche quell'Aristotele politico, morale, fisico per lunghi secoli ignorato. San Tommaso si giova di questo clima profondamente rinnovato. Sull'idea di natura nella scuola di Chartres, cfr. Gregory, *L'idea di natura*, cit., pp. 38 sgg., nonché M.D. Chenu, *La teologia nel dodicesimo secolo*, a cura di P. Vian, Jaca Book, Milano 1986 (ed. or. 1976), pp. 26 sgg.; sul rivolgimento causato dalle traduzioni aristoteliche: Van Steenberghe, *La philosophie de la nature* cit., pp. 115-17.

⁵⁶ Lo storico della società che, recentemente, ha più colto questa dimensione della civiltà medievale è Georges Duby, soprattutto in *Lo specchio del feudalesimo. Sacerdoti, guerrieri e lavoratori*, Laterza, Roma-Bari 1980 (traduzione banalizzante di un titolo francese assai più significativo: *Les trois ordres ou l'imaginaire du féodalisme*, ed. or. 1978). Sono leggibili ancora con godimento e profitto due vecchi saggi di G. de Lagarde, *Individualisme et corporatisme au moyen age*, in *L'organisation corporative du Moyen Age à la fin de l'Ancien Régime*, Bibl. de l'Université, Louvain 1937, e *La conception médiévale de l'ordre en face de l'humanisme, de la renaissance et de la réforme*, in E. Castelli (a cura di), *Umanesimo e scienza politica*, Marzorati, Milano 1951. Sul piano storico-filosofico qualche modesta utilità può offrire H. Krings, *Ordo. Philosophisch-historische Grundlegung einer abendländischen Idee*, Meiner, Hamburg 1982², mentre un suggestivo contrappunto agostiniano può essere ora dato dalla lettura di R. Bodei, *Ordo amoris. Conflitti terreni e felicità celeste*, Il Mulino, Bologna 1991. Di scarso rilievo sono, invece, ai nostri fini, le pagine di P. Michaud-Quantin, *Ordo et ordines*, in Id., *Etudes sur le vocabulaire philosophique du moyen age*, Ateneo, Roma 1971.

⁵⁷ Innumerevoli i testi citabili; ne citiamo uno soltanto di san Tommaso: «iustitia Dei, quae constituit ordinem in rebus conformem rationi sapientiae suae» (*Summa Theologica*, cit., Prima pars, q. 21, art. 2).

⁵⁸ Conviene citare un solo testo, riassuntivo, splendido per icasticità, di san Tommaso, in cui è, fra l'altro, contenuta una celebre definizione di 'popolo' come 'moltitudine' ordinata: «nomen collectivum duo importat, scilicet

porta ineluttabilmente la sopravvalutazione del sangue, della terra e della durata come fatti normativi fondamentali; la perfezione del collettivo come *totalitas* e come *multitudo* e la conseguente imperfezione del singolo, chiedono che *totalitas* e *multitudo* siano risolti in ordine; solo così la parte, l'*individuum*, potrà veder ridotta razionalmente la sua funzione. Tutto ha da essere ordinato: l'*ordo* universale, di cui qui si parla, non può non articolarsi, a livello sociale, in tanti *ordines* particolari, momenti necessari di scansione della società medievale, nicchie necessarie in cui inserrire e dar concretezza e funzionalità storica a quell'astrazione priva di senso che è l'individuo, il singolo.

Ordo, *ordinare*, *ordinatio* sono termini monotonamente ripetuti nelle pagine filosofiche, teologiche, mistiche, come in quei primi malcerti esempî di letteratura politologica che sono gli *specula principum* dall'età carolingia in poi⁵⁹, come nelle raccolte consuetudinarie e nei testi normativi dei monarchi⁶⁰. *Ordo* sembra davvero essere la divisa di tutta l'antropologia medievale: da un Agostino che scrive *De ordine* una autonoma operetta⁶¹ e che – in un passo famoso del *De civitate Dei* – vede l'*Ordo* come garanzia di tutti i diversi livelli di *pax*⁶² fino a san Tommaso che fa dell'*ordo* il cardine della *Summa Theologica* identificandovi lo strumento per affermare la relativa autonomia del cosmo⁶³.

Dinanzi al disordine che l'umano quotidiano costantemente proponeva, quella antropologia sente imperiosa l'esigenza di richiamarsi a qualcosa che stia al di là e al di sopra del quotidiano,

pluralitatem suppositorum et unitatem quandam, scilicet ordinis alicuius; populus enim est multitudo hominum sub aliquo ordine comprehensorum» (ivi, Pars prima, q. 31, art. I).

⁵⁹ Un esempio in Sedulio Scoto (sec. IX). Cfr. Sedulii Scotti *Liber de rectoribus christianis*, a cura di S. Hellmann, in *Quellen und Untersuchungen zur lateinischen Philologie des Mittelalters*, I/1, Beck, München 1906, p. 22. Sul genere letterario degli 'specchi dei principi' cfr. I Deug Su, *Gli Specula*, in G. Cavallo, C. Leonardi, E. Menestò (a cura di), *Lo spazio letterario del medioevo, Il medioevo latino*, vol. I - *La produzione del testo*, Salerno, Roma 1993, p. 533.

⁶⁰ In seguito, qualche esemplificazione.

⁶¹ S. Aurelii Augustini *De ordine libri duo* (in *Corpus scriptorum ecclesiarum latinorum*, vol. LXIII).

⁶² S. Augustini *De civitate Dei*, lib. XVIII, cap. XIII (in *Corpus Christianorum-Series latina*, voll. XLVII-XLVIII).

⁶³ Le citazioni dovrebbero essere troppe. Si veda *ad vocem* nello *index rerum* della S. Thomae *Summa Theologica*, V, Supplementum. Indices, cit.

a una dimensione del fisico e del sociale che coglie le singole situazioni mai indipendenti l'una dall'altra, anzi ben all'interno della pluralità⁶⁴, spesso gerarchicamente composte⁶⁵, in posizione di relativa sussistenza ma sempre in rapporto l'una con l'altra, ciascuna presupponendo la pluralità alla quale è vincolata da una inscindibile *relatio ad*, cioè l'*ordo*; e si parla di *multiplex, duplex, triplex ordo*⁶⁶, sorprendendo il creato, l'intero creato, come un crescendo di relazioni – relazioni delle creature vicendevolmente fra di sé ma anche relazioni delle creature con la sostanza increata –, un crescendo⁶⁷ che trova nell'*ordo* supremo, e cioè la relazione delle creature con la divinità, la propria unità e il crisma della propria ontologica perfezione.

Questa medievale parossistica teologia dell'ordine – non si storca troppo il naso; qui teologia vale antropologia – ha due profondi significati.

Al di sotto del quotidiano turbolento v'è un reticolato stabile di radici, al di sotto delle miserie esistenziali degli accadimenti v'è una realtà essenziale, realtà metaumana, in cui sono riposte le salde fondamenta dell'universo; v'è una natura delle cose fisiche e sociali che si propone, al di là delle antinomie e dei particolarismi, soprattutto come armonia delle diversità e quindi come unità armonica. Certezza che è bene espressa dall'uso ripetuto del termine *universitas* – ben noto ai giuristi e appartenente al loro abituale vocabolario – per sottolineare da parte di teologi e filosofi l'unitarietà ed organicità dell'intero universo⁶⁸.

⁶⁴ «ordo enim rerum ad invicem est bonum universi. Nulla autem pars perfecta est a suo toto separata» (ivi, Pars prima, q. 61, art. 3).

⁶⁵ Ivi, Pars prima, q. 47, art. 2 (*per totum*). Sull'idea di 'gerarchia', fondamentale nella mentalità medievale, si veda P. Cappellini, *Gerarchia*, in L. Ornaghi (a cura di), *Politica-Vocabolario*, Jaca Book, Milano 1993, p. 294.

⁶⁶ Michaud-Quantin, *Ordo et ordines*, cit., p. 91.

⁶⁷ «est autem duplex ordo considerandus in rebus, unus quo aliquid creatum ordinatur ad aliud creatum, sicut partes ordinantur ad totum et accidentia ad substantias et unaquaeque res ad suum finem. Alius ordo quo omnia creata ordinantur in Deum» (S. Thomae *Summa Theologica*, cit., Pars prima, q. 21, art. I).

⁶⁸ Ininterrottamente: da Calcidio (sec. IV) che, nel commentario al *Timeo* di Platone, parla di *universitas mundi*, ad Agostino, a Giovanni Scoto Eriugena (sec. IX) che definisce come *universitas* la unione organica fra sostanze create e sostanza increata, ad Anselmo d'Aosta (sec. XI), ai più significativi maestri della scuola di Chartres (sec. XII), a Bernardo Silvestre che scrive (circa nel 1150) un poema *De mundi universitate*, a Ugo di San Vittore che già co-

Non è soltanto il regno della natura cosmica. A questo ordine secreto, essenziale, appartiene infatti anche la natura della società e consequenzialmente la sua ossatura più riposta, il diritto. I medievali sembrano serbare il monito del vecchio Cassiodoro secondo cui è vita autenticamente umana solo quella che si riposa sullo *iuris ordo*⁶⁹ e se ne intesse. Il diritto, quello vero e non la violenza legale del principe tiranno, appartiene alla dimensione ordinativa, è *ordo*; dell'ordine generale è componente primaria.

Il secondo significato è che, se il volto essenziale del mondo è ordine, se ordine è immancabilmente relazione fra entità ed è garanzia di armonia – di *consonantia* – proprio perché compara collega congiunge, l'essenza di questo mondo sta tutta, più che nella singola entità solitaria, nel reticolato di rapporti unitivi. È questo un mondo che si costruisce sulle relazioni fra individualità più che sulle individualità singolarmente considerate. L'individualità è presa in attenzione solo all'interno del rapporto, solo come termine di un rapporto⁷⁰.

nosciamo, a Guglielmo d'Auvergne (sec. XIII). I testi sono raccolti e commentati in Michaud-Quantin, *Universitas. Expressions du mouvement communaltaire dans le moyen âge latin*, Vrin, Paris 1970; in E. Maccagnolo, *Rerum universitas. Saggio sulla filosofia di Teodorico di Chartres*, Le Monnier, Firenze 1976; nella antologia E. Maccagnolo (a cura di), *Il divino e il megacosmo. Testi filosofici e scientifici della scuola di Chartres*, Rusconi, Milano 1980; e soprattutto in Chenu, *La teologia nel dodicesimo secolo*, cit., pp. 26 sgg., dove magistralmente viene seguito il divenire delle concezioni medievali dell'universo dalla immersione dionisiana nel grembo d'Iddio alla riscoperta chartriana e poi – più ancora – tomista della autonomia della natura e delle sue regole.

⁶⁹ «illa vita vere hominum est, quae iuris ordine continetur» (*Variarum liber V*, n. XXXVIII, a. 523/26, in *Monumenta Germaniae Historica. Auctorum antiquissimorum*, vol. XII).

⁷⁰ In questa chiave va interpretato e individuato quell'assetto socio-politico-giuridico della civiltà del primo medioevo, che siamo soliti qualificare come 'feudale'; un assetto di rapporti, di vincoli tra soggetti, per cui è usuale essere «uomo di un altro uomo», in una connessione resa strettissima da due prestazioni unitive, la protezione da parte del superiore e la fedeltà da parte dell'inferiore. Feudalesimo è, originariamente, soprattutto questo tessuto di rapporti personalissimi. Solo in seguito tenderà a identificarsi, stravolgendosi, nella economicamente vistosa concessione di una terra (il cosiddetto *beneficium*). Basti qui rinviare alle efficaci sintesi offerte da G. Tabacco, *Egemonie sociali e strutture del potere nel medioevo italiano*, Einaudi, Torino 1979 e *Il feudalesimo*, in Firpo (a cura di), *Storia delle idee politiche*, cit., dove sono discusse le più rilevanti posizioni storiografiche. Dello stesso Tabacco può risultare assai utile anche il saggio: *L'ordinamento feudale del potere nel pensiero di Hein-*

Siamo a una visione del mondo socio-giuridico, che è esattamente opposta a quella che, dal Trecento in poi, si sedimenterà – lentamente ma progressivamente – come moderna, tutta incentrata sulle singole individualità, tesa a liberarle il più possibile dalla umiliazione dei rapporti. Si capisce come, in questo nuovo mondo protomoderno, si venga consapevolmente a coniare l'idea di diritto soggettivo⁷¹ e si edifichi su di essa tutta la costruzione; e si capisce, da quanto si è detto, in qual misura questa stessa idea sia estranea alla *koinè* medievale per la quale rappresentava un corpo estraneo. Si capisce anche come si debba andar cauti a parlare per questa *koinè* di diritti dell'uomo, giacché si rischia di cedere a troppo facili entusiasmi compiendo rischiose acrobazie anticipatrici⁷².

rich Mitteis, in «Annali della Fondazione italiana per la storia amministrativa», I (1964), discussione di un'ampia letteratura feudalistica ma particolarmente del volume dello storico tedesco del diritto Heinrich Mitteis su *Lehnrecht und Staatsgewalt* (Weimar 1955).

⁷¹ M. Villey, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, trad. it. di R. D'Ettorre e F. D'Agostino, Jaca Book, Milano 1986 (ed. or. 1975), pp. 195 sgg. Una messa a punto sul problema e sulle discussioni provocate dalla tesi di Villey può oggi reperirsi in K.W. Nörr, *Zur Frage des subjektiven Rechts in der mittelalterlichen Rechtswissenschaft*, in *Festschrift für Hermann Lange*, Kohlhammer, Stuttgart 1992, pp. 193 sgg.

⁷² Come da chi, con coscienza 'moderna', ha voluto aggiungere anche questa 'gloria' ai tanti meriti di quel pensatore così strutturalmente 'medievale' che è san Tommaso (per esempio da Louis Lachance, *Le droit et les droits de l'homme*, P.U.F., Paris 1959, ma anche Id., *L'humanisme politique de Saint Thomas d'Aquin*, Sirey, Paris 1939).