

Massimo Meccarelli

Statuti, potestas statuendi e arbitrium: la tipicità' cittadina nel sistema giuridico medievale

[A stampa in *Gli statuti delle città: l'esempio di Ascoli nel secolo XIV* (Atti del convegno di studio svoltosi in occasione della XII edizione del Premio internazionale Ascoli Piceno; Ascoli Piceno, 8-9 maggio 1998), a cura di E. Menestò, Spoleto 1999, pp. 87-124 – Distribuito in formato digitale da “Reti Medievali”]

1. LA PECULIARITÀ DELL'IDENTITÀ CITTADINA MEDIEVALE: IL NECESSARIO RAPPORTO CON L'UNIVERSALITÀ

Riflettere sul particolarismo medievale può anche significare osservare il modo con cui la dimensione specifica delle storie di autonomia urbana si inquadri nel contesto generale di riferimento. Il titolo scelto parla di tipicità cittadina nel sistema giuridico medievale. In queste autonomie comunali e particolarismi giuridici si generano e alimentano sempre attraverso il filtro dell'universalismo. Tale elemento appartiene al *particolare* di quell'esperienza. Le categorie che istintivamente mutuiamo dallo statualismo ci portano a vedere le esperienze di autonomia come esperienze di indipendenza¹. L'autonomia in realtà per il medioevo è un concetto relativo². Essa pone la necessità di un contesto – valido e riconosciuto come tale – rispetto al quale rapportarsi; per questo, nella nostra ottica, appare come un modo di legare gli ordinamenti giuridici locali tra loro.

2. DARSÌ REGOLE E ISTITUZIONI PROPRIE

Concentriamo le nostre attenzioni anzitutto sugli strumenti utilizzati per dare un volto giuridico al particolarismo cittadino. Prenderemo ad oggetto, a titolo semplicemente esemplificativo, alcune redazioni statutarie di città dell'Italia centro settentrionale, che sono frutto di vicende e contesti locali anche molto diversi. Ma proprio questa eterogeneità sarà maggiormente utile a riflettere sulle possibili modalità comuni utilizzate per connotare il necessario rapporto con il sistema giuridico universale.

Quando osserviamo il particolarismo, tendiamo a concentrare l'attenzione su quello che appare il principale indizio di una configurazione giuridica di autonomia cittadina: lo statuto. Studiamo il contesto del darsi regole e istituzioni proprie e lo usiamo per ricostruire le istituzioni; con ciò ricaviamo spesso veri e propri affreschi, che ci aprono finestre sulle mille storie che sono sparse nel pluralistico territorio italiano. La rilevanza del diritto statutario nella ricostruzione della storia di una città è in effetti un dato autoevidente.

Ma la prospettiva che abbiamo scelto pone l'obbligo di valutare l'ipotesi che il 'darsi regole e istituzioni proprie' non esaurisca la questione della rilevanza giuridica del particolarismo cittadino. L'epoca medievale, infatti non conosce ancora i modelli del primato della legge, del principio di legalità, delle codificazioni, del costituzionalismo moderno. Non conosce cioè il diritto positivo, così come lo percepiamo oggi.

Formalizzare le regole della città nel senso di redigere uno statuto, non appare, nella percezione medievale, l'esclusivo strumento di produzione del diritto. Questa constatazione deve farci riflettere

¹ È interessante sotto questo aspetto proprio la lettura di L. ZDEKAUER, P. SELLA, *Prefazione all'edizione degli Statuti di Ascoli Piceno dell'anno MCCCLXXVII*, Roma, 1901, pp.IX ss. In queste pagine la storia del comune di Ascoli viene letta con la lente della 'indipendenza' da un potere superiore ed esterno alla città. È così che si spiega che “Ad Ascoli il comune, approfittando della debolezza papale, si rese indipendente dal 1335 al 1348, per ricadere poi sotto il Papa”; similmente si rileva che la formazione del comune giunge tardi “perché mancava così quella oppressione ed opposizione di un potere unico che fu una delle spinte maggiori al sorgere del comune”. Sappiamo, come la recente storiografia ha messo in evidenza, che le *terrae Ecclesiae* avevano un rapporto complesso con il potere romano. Cfr. M. CARAVALE, A. CARACCILO, *Lo Stato pontificio da Martino V a Pio IX*, in *Storia d'Italia* diretta da G. Galasso, XIV, 1978, pp.29-35, A. DE BENEDETTIS, *Repubblica per contratto. Bologna: una città europea nello Stato della Chiesa*, Bologna, 1995, pp.86-105, M. FIORAVANTI, *Stato (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, XLIII, 1990, p.726, S. CAROCCI, *Governo papale e città nello Stato della Chiesa. Ricerche sul Quattrocento*, in *Principi e città alla fine del medioevo*, San Miniato, 1996, pp.151-157.

² Cfr. P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Bari - Roma, 1993, pp.42-52.

sulla possibilità che insieme al ‘darsi regole e istituzioni proprie’ il particolarismo giuridico affidi la sua effettività ad un contesto di strumenti diversi tra loro. Dobbiamo valutare l’ipotesi verosimile che la tipicità cittadina scaturisca da un sistema di dispositivi.

Consideriamo la città medievale come uno spazio nel quale fazioni diverse si scontrano e si contendono posizioni di egemonia politica ed economica. In questa ottica le regole speciali del luogo e la struttura istituzionale fondamentale si rivelano come lo specchio di equilibri variabili.

L’insieme delle istituzioni comunali fondate sullo statuto cittadino esprime la rappresentazione giuridica strumentale a quel certo equilibrio che descrive una posizione di egemonia. Lo statuto serve a legittimare giuridicamente questa situazione, le istituzioni statutarie ad esercitare un potere di governo capace di conservare nel tempo gli assetti di potere interno così raggiunti.

Se guardiamo ad esempio alla città di Ascoli – dove la *reformatio* del 1377 costituisce l’operazione giuridica che sostiene l’oligarchia popolare – più volte le norme precisano che gli *officiales* devono essere “amatori del presente popolare stato”³, e che devono orientarsi “a la conservatione perpetuale del presente popolare stato”⁴.

Anche dal successo operativo delle istituzioni comunali, oltre che dalla formalizzazione delle regole statutarie, dipende necessariamente la consistenza (sul piano giuridico) del particolarismo cittadino.

In questo senso l’ordinamento giuridico locale rispecchia una realtà mutevole, avente bisogno di canali che continuamente ne confermino la validità nel mondo giuridico e ne disegnino anche l’identità.

Ma allora quali sono gli altri strumenti della tipicità cittadina? Su quali altri contesti della vita del diritto si gioca la sua concretizzazione? Queste domande aprono problemi complessi e ampi. Noi senza pretendere di risolverli tutti, possiamo considerarne alcuni, osservando uno dei dispositivi utili ad aprire l’effettività del particolarismo a contesti ulteriori al darsi regole e istituzioni proprie. È uno strumento di elaborazione dottrinale e di largo impiego nel circuito dei sistemi giuridici particolari: è l’*arbitrium* ⁵.

Questa chiave di lettura ci permette anche di non perdere di vista l’obiettivo principale a cui tende il nostro itinerario: cioè valutare il valore e il ruolo della tipicità cittadina nel sistema giuridico universale. Come avremo modo di vedere, questo dispositivo non solo appare lo strumento che articola le possibilità per la tipicità cittadina di concretizzarsi nel mondo del diritto; esso è contemporaneamente un canale che lega la vicenda singola autonoma di un nucleo urbano con il contesto giuridico universale in cui l’atomismo comunale medievale è immerso.

Cerchiamo dunque di prendere in considerazione le dimensioni in cui opera l’*arbitrium* e che appaiono essere strategiche per la concretizzazione del particolarismo comunale.

3. GOVERNARE LA QUOTIDIANITÀ CITTADINA

Una delle dimensioni di cui parliamo è quella del governare la quotidianità: cioè amministrare la città in modo che dalla sua vita concreta emerga quella condizione di equilibrio socioeconomico che è anche necessaria per conservare le posizioni di potere occupate da chi amministra. Proprio in questo ambito l’*arbitrium officialis* appare uno strumento comunemente usato nelle redazioni statutarie.

3.1. L’ELECTIO DEGLI OFFICIALES

³ *Gli Statuti di Ascoli Piceno, dell’anno MCCCLXXVII*, a cura di L. Zdekauer e P. Sella, Roma, 1901, *Statuti del popolo*, lib.I, I *De la electione de li octocento consiglieri del populo...*, n.3, p.187.

⁴ *Statuti del popolo di Ascoli Piceno*, cit., lib.I, II *De la electione de li signuri antiani...*, n.22, p.191. Simile è l’espressione utilizzata *Ibidem*, VII *Che li recturi et li altri officiali de la ciptà d’Ascoli, ciptadini et contadini siano tenuti obedire et andare a li signuri antiani, quanno serranno recercati, socto certa pena*, n.26, p.203, dove si prevede la subordinazione di tutti gli *officiales* agli anziani “per honore et conservatione del presente popolare, pacifico et libero stato”.

⁵ Per una analisi più approfondita dei profili del dispositivo *arbitrium*, che verranno presi in considerazione nel presente saggio, mi permetto di rinviare al mio volume, *Arbitrium, un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano, 1998.

Arbitrium e amministrazione si rapportano a due livelli: quello propriamente dell'azione amministrativa e quello della organizzazione degli apparati. In questa seconda dimensione esso opera come *arbitrium eligendi*, come potere, cioè, di scegliere e nominare soggetti per un *officium*; con esso possono essere condotti i processi di edificazione della struttura destinata ad assicurare le funzioni di amministrazione della città.

Il fenomeno è ben evidente quando lo statuto serve a legittimare un svolta signorile. A Verona nel 1327 il nuovo signore si vede attribuire una *potestas generalis* e una *libera licentia* “faciendi et eligendi potestatem, vicarium et alios quoscumque iudices et officiales comunis Verone”⁶. Il nuovo soggetto forte della città, esercitando l'*arbitrium eligendi*, può controllare le altre istituzioni. Simile è il caso di Como, i cui statuti del 1335 assegnano poteri al nuovo signore “per se vel cui comiserit”; proprio a sottolineare la possibilità di delegare poteri ad altre istituzioni già esistenti o di eventuale nuova creazione⁷.

Viceversa, dove lo statuto serve per resistere ad assoggettamenti esterni, come nel caso di Riva del Garda che vuole difendersi dall'ingerenza veneziana, la norma prevede espressamente che il *rector* “non habeat arbitrium eligendi aliquem in aliquo officio”⁸. La sua difesa dall'*arbitrium* assume allora il senso di proteggersi dall'egemonia della Serenissima; cioè dimostra che tale egemonia tendeva a realizzarsi anche tramite strumenti come l'*arbitrium* dei nuovi *officiales*.

Anche ad Ascoli la nuova oligarchia popolare si serve degli Anziani per governare le istituzioni. Essi si vedono attribuiti il potere di nomina del Consiglio dell'ordine, una istituzione che per il suo radicamento territoriale consente un maggiore raccordo con la realtà cittadina senza perdere la posizione di potere acquisita⁹.

Spesso l'*arbitrium eligendi* consente di conferire agli assetti istituzionali una certa flessibilità secondo le esigenze del caso e del momento. Lo statuto consegna all'*arbitrium* di un *officialis* il compito e il potere di valutare l'opportunità di attivare o meno una certa istituzione. Possiamo menzionare il caso previsto nello *Statuto di Perugia del 1279*, dove si prevede che podestà ed altri *officiales* possano “eligere, seu eligi facere, eorum arbitrio certos custodes secretos” con il compito di *custodire sylvas*¹⁰. Ma molto simile appare la norma veronese che lascia *ad arbitrium* la nomina e la revoca degli *officiales* “deputandi super sale”¹¹.

Guardando all'esempio veronese possiamo anche ricordare la norma che vieta le elezioni di

⁶ *Statuti di Verona del 1327*, a cura di S.A.Bianchi e R.Granuzzo, Roma, 1992, lib.I *De officio potestatis*, CCLXXXVIII *Electio, arbitrium et potestas magnificorum dominorum Alberti et Mastini fratrum de la Scala electorum in capitaneos et dominos generales civitatis et districtus Verone...*, post medium.

⁷ *Statuti di Como del 1335, Volumen magnum*, a cura di G.Manganelli, Como, 1936, preambolo, nn.13-14.

⁸ *Statuti dei Riva del Garda del 1451, con aggiunte fino al 1637*, a cura di E. Orlando, Venezia, 1994, lib.I, V *Quod dominus rector non possit eligere aliquem in aliquo officio communis Ripae*. Va ricordato in proposito che in quel periodo il *rector* rappresenta l'autorità veneziana a Riva del Garda. Cfr. *Ibidem*, M. GRAZIOLI, *Storia politica e storia giuridica*, pp.30-37.

⁹ *Statuti del popolo di Ascoli Piceno*, cit., lib.I, IV *De la electione del consiglio de l'ordine...* Tale Consiglio è composto da 48 membri scelti nel seguente modo: dodici per ogni *quartero* e due per ogni *sextero*. Essi si rinnovano ogni due mesi come gli Anziani, e vengono nominati entro otto giorni dal loro insediamento. Il Consiglio dell'ordine con gli Anziani nomina i nuovi consiglieri del popolo nella ipotesi di *subrogatione* dei membri del Consiglio del Popolo che cessano le loro funzioni per infermità, vecchiaia o morte. Cfr. *Ibidem*, I *De la electione de li octocento consiglieri del popolo...* Tale meccanismo istituzionale sembra rispondere alla esigenza di mantenere un collegamento con la città reale senza diminuire la posizione di egemonia che l'oligarchia popolare ha acquisito.

¹⁰ *Statuto di Perugia del 1279*, a cura di S.Caprioli, Perugia, 1996, cap.216 *De electione custodum comuniantiarum communis Perusii...* Tale *arbitrium* si esercita anche nell'*an*. Il potere di *electio*, può in effetti anche essere riferito ad un elenco aperto di *officia*; esso cioè si esercita non solo rispetto alle figure espressamente previste nell'ordinamento vigente, ma anche ad eventuali nuove istituzioni. Ricordiamo in proposito gli *Statuti di Verona del 1327*, cit., lib.I *De officio potestatis*, CCLXXXVIII *Electio, arbitrium et potestas magnificorum dominorum Alberti et Mastini fratrum de la Scala...*, post medium. La *libera licentia faciendi et eligendi* riguarda, non solo *officiales* principali come il *potestas*, ma anche “alios quoscumque iudices et officiales comunis Verone”, lasciando così margini di applicazione dell'*arbitrium eligendi* anche a nuove figure istituzionali.

¹¹ *Ad Arbitrium domini vicarii* si stabilisce anche la remunerazione. Cfr. *Statuti di Verona del 1327*, cit., lib.I *De officio potestatis*, LXXXIX *Quod superstites deputandi super sale comunis Verone deputentur, cambientur et salarientur arbitrio domini vicarii*.

officiales nelle contrade; essa stabilisce però che il divieto possa essere derogato, qualora *utile esse videbitur*; il vicario, infatti, in questo caso può legittimamente esercitare un “*arbitrium elligendi et ponendi capitaneum*”¹².

L’*arbitrium eligendi* usato come elemento di ‘mobilizzazione’ dell’assetto istituzionale può servire anche a riorganizzare l’ ‘apparato’ amministrativo raccordando vecchio e nuovo impianto istituzionale.

Spesso, anche nei momenti di svolta più radicale, si tende, per motivi di opportunità, a conservare le vecchie istituzioni comunali. Esse vengono però riconvertite ai modificati equilibri di potere¹³, ad esempio, conferendo all’istituzione dominante *arbitrium* sulla determinazione della durata del mandato¹⁴ o il potere di decidere se esercitare direttamente il potere di nomina o affidarsi ai meccanismi tradizionali¹⁵.

¹² *Statuti di Verona del 1327*, cit., lib.I *De officio potestatis*, CLVI *De capitaneis elligendis per contratas Cosane, Gardexane, Vallis Pulicelle, Vallis Paltene, Montanearum e Fluminovi*. In un certo senso sembra rientrare in questo ambito anche la norma *Statuti del popolo di Ascoli Piceno*, cit., lib.I, XXIV *De li consigli, de li parlamenti, de li juramenti, arenghe at altri modi et ordine de tenerse in ipsi*, v.25-34, p.220, con la quale si attribuiscono agli Anziani (“omne volta che paresse o bisognasse”) poteri di convocazione di istituzioni assembleari come il *Consiglio dell’ordine e dei savi* “in omne loco a loro parerà et quante fiate piacerà”. Secondo L. ZDEKAUER, P. SELLA, *Prefazione agli Statuti di Ascoli Piceno*, cit., p.XIII, “questa aggiunta non fu dovuta tanto al movimento popolare, quanto al bisogno di assicurare la pronta possibilità di convocare la giunta, senza porre l’ostacolo di un numero fisso di interventi”.

¹³ “I signori che prendono il sopravvento nei Comuni” spiega M. ASCHERI, *Istituzioni medievali*, Bologna, 1994, p.289, “non li annullano come entità istituzionali, perché i loro poteri si basano formalmente proprio su atti comunali” ma “il risultato era sempre lo stesso. Il signore si assicurava il controllo politico, finanziario e militare del Comune (e del suo contado) dall’alto di questi uffici, svuotando di contenuti decisionali effettivi gli organi tradizionali del Comune”. Di questo tenore sono anche le valutazioni di M. BELLOMO, *Società e istituzioni in Italia dal medioevo agli inizi dell’età moderna*, Catania, Roma, 1991, p.269.

¹⁴ Si pensi a norme come quella degli *Statuti di Verona del 1327*, cit., lib.I *De officio potestatis*, XIII *Quod qui fuerit potestas Verone seu rectore cessare debeat a dicto regimine per triennium* che permette al Signore di anticipare con l’*arbitrium* la scadenza del mandato conferito al *potestas*. Esempi simili sono presenti *Ibidem*, nelle norme LXXXVII *De superstite elligendo ad officium custodum castrorum et fortiliarum districtus Verone et quanto tempore duret eius officium*, e LXXXIX *Quod superstites deputandi super sale comunis Verone deputentur, cambientur et salarientur arbitrio domini vicarii*.

Un esempio viene anche dagli *Statuti del popolo di Ascoli Piceno*, cit., lib.I, LIII *De la electione, del juramento et de l’officio et de la juriditione de l’officiale de le gabelle et che non possa reformarse*, riguardo alla nomina degli *ufficiali delle Gabelle*; essi sono nominati dal consiglio dei *duecento*, ma “per omne tempo per utilità de lu comune parerà a li antiani e al consiglio de l’ordine”. È una forma moderata di *arbitrium eligendi*; nel senso che solo l’*an* - la possibilità cioè che esista o meno una certa istituzione - è legata alla valutazione di altre istituzioni; mentre il *qui* - la scelta cioè della persona - è effettuata dall’organo assembleare.

¹⁵ Ancora esempi interessanti possono essere tratti dalla esperienza giuridica veronese. Gli *Statuti di Verona del 1327*, cit., lib.I *De officio potestatis*, LXXXVIII *De massariis possessionum et eorum notariis elligendo*, prevedono che questi *massarii super possessiones inimicorum* “elligantur ad brevia in consilio comunis Verone vel aliter secundum quod placuerit domino Vicario”. Dunque si lascia al Signore il potere di decidere se esercitare direttamente il potere o se farlo passare per la via assembleare, a seconda dei vantaggi che l’una o l’altra via offrono per il caso specifico. Non è diverso il caso previsto in lib.I *De officio potestatis*, LXXXVIII *Quod superstes laycus deputatus ad officium tholonei vini debeat cambiri et alius elligi loco eius ad breve in consilio maiori vel aliter arbitrio domini vicarii*: “superstes laycus deputatus ad officium tholonei vini debeat cambiri et alius loco elligi ad breve in consilio maiori quando alii officiales elliguntur vel aliter secundum quod placuerit domino vicario”. Similmente *Ibidem*, LXXXVII *De superstite elligendo ad officium custodum castrorum et fortiliarum districtus Verone...*, le due ipotesi, regime elettivo consiliare o da parte del signore, vengono poste sullo stesso piano (“*eligatur in consilio maiori ad breve vel per dominum vicarium*”).

3.2. ARBITRIUM OFFICIALIS COME POTERE DI GESTIONE

Dicevamo che il governo della quotidianità si attua anche attraverso altre applicazioni dell'*arbitrium*. Questa volta ci spostiamo più direttamente sul campo dell'azione amministrativa. A questo riguardo i giuristi medievali ci vengono in aiuto offrendo una classificazione dei tipi di *arbitrium* impiegati dalla legislazione statutaria in campo amministrativo.

In particolare pensiamo all'efficace schema disegnato da Bartolo da Sassoferrato. Analizzando il suo ragionamento possiamo ulteriormente entrare in quella logica che fa del governo della quotidianità un ambito in cui la tipicità cittadina viene custodita e alimentata. Bartolo indica tre tipi generali di *arbitrium* che "consueverunt quandoque habere": *l'arbitrium super bono et pacifico statu civitatis*, che contiene anche il cosiddetto *arbitrium super custodia civitatis*, *l'arbitrium super abundantia habenda in civitate*, *l'arbitrium ut pecunia veniat in communi*¹⁶.

3.2.1. *L'arbitrium super bono et pacifico statu civitatis*

La tipologia di *arbitrium officialis* più generale sembra essere *l'arbitrium super bono et pacifico statu civitatis*. La destinazione di tale forma di *arbitrium* è quella del controllo della pace interna nella città. Si tratta di una funzione di primaria importanza per i tormentati comuni trecenteschi. "Ne plaga antiqua ulterius pululet", si afferma nello Statuto di Como quando si assegna al signore *l'arbitrium generale et liberum*¹⁷.

Nel settore del controllo dell'ordine pubblico *l'arbitrium officialis* viene impiegato dagli statuti per stabilire la pena in materia di *coniurationes*¹⁸, di *delicta nocturna*¹⁹, di comportamenti pericolosi socialmente come *l'iniuria*²⁰, l'insulto²¹, allarme ingiustificato²²; può riguardare altresì la definizione della sanzione per il mancato rispetto del divieto di vendita di armi²³, per il mancato rispetto di ordine del podestà²⁴, per comportamenti omissivi degli *officiales* incaricati di

¹⁶ BARTOLO DA SASSOFERRATO, *In secundam Digesti novi partem commentaria*, Venetiis, 1580, l.*Ambitiosa*, tit.*De decretis ab ordine faciendis*, n.8. La classificazione proposta è generale ma non intende esaurire tutta la gamma delle possibili manifestazioni di *arbitrium* in materia di amministrazione della città. La legislazione statutaria, ricorda Bartolo, può conferire *arbitrium* anche "super multis aliis quae factorum varietas introducit".

¹⁷ *Statuti di Como del 1335*, cit., preambolo, nn.1-4; la *plaga antiqua* spiega lo stesso statuto consiste nel fatto che "exactis temporibus Cumana civitas, rectoris defectu, sit passa ruinam et, civili bello lacerata, in partes se scinderit plurimas et indivisibile quodammodo corpus disperserit". Non diverso sembra lo spirito delle parole contenute nello *Statuto di Bergamo del 1331*, a cura di C. STORTI STORCHI, Milano, 1986, collatio IX, XXVI *De eo qui turbaverit bonum statum civitatis*, che destina espressamente *l'arbitrium officialis* ad occuparsi "de eo qui turbaverit bonum statum civitatis". Anche nella Bologna del 1416, come riferisce A. DE BENEDICTIS, *Repubblica per contratto*, cit., p.122, l'assegnazione di *arbitrium liberum et absolutum* ai Sedici si rende necessario a seguito della "impossibilità di far fronte alle lotte di fazione". Anche in dottrina è chiara la funzione che *l'arbitrium* può svolgere "contra turbantes statum", come ricorda A. GIUSTINI, *Tractatus de syndicato*, in *Tractatus universi iuris*, Venetiis, 1584, to.VII, n.147.

¹⁸ *Statuti dei Riva del Garda*, cit., lib.III *De maleficiis*, I *De his qui fecerint aliquam coniurationem vel tractatum contra statum domini*. Anche gli *Statuti di Como del 1335*, cit., preambolo, nn.19-27, prevedono *arbitrium* sulla pena e sul processo per reati di lesa maestà.

¹⁹ Cfr. *Statuto del podestà di Bergamo del 1559. Commissione dogale per Lorenzo Bragadin*, a cura di G. Cappelluzzo, Bergamo, 1992, rub. *Quae delicta nocturna per Potestatem et quae per Capitaneum punienda sint*.

²⁰ *Statuto di Bergamo del 1331*, cit., collatio IX, XXXVIII *De iniuriis, maleficiis et eorum emendatione*.

²¹ Negli *Statuti di Verona del 1327*, cit., lib.III *De causis criminalibus*, XXI *De pena illius qui fecerit insultum contra aliquem*, si prevede punizione *ad arbitrium potestatis* per chi "de die vel de nocte solus vel sociatus cum aliis, fecerit insultum cum armis vel sine armis contra aliquem, ad eius domum vel alibi".

²² Ancora si vedano negli *Statuti di Verona del 1327*, cit., lib.III *De causis criminalibus*, le norme LXVIII *Quod persona nulla debeat currere cum armis ad rumorem in civitate et burgis Verone nec cridare "Ad arma! Ad arma!"...* e LXX *Qualiter puniantur qui fecerint rumorem cridando "Heu foras" vel aliter*. In entrambi questi casi si usa il meccanismo della previsione di pena edittale con possibilità di adeguamento *ad arbitrium domini vicarii*.

²³ *Statuti di Verona del 1327*, cit., lib.VI *De militia*, II *De illis qui vendunt equos sibi laudatos et arma qualiter puniatur*: stabilito che non è possibile vendere *sine licentia* "arma sibi iniucta pro comuni Verone", per la pena ai contravventori si rinvia all'*arbitrium domini vicarii*.

²⁴ Un caso di questo tipo è segnalato negli statuti di Spoleto tardoduecenteschi da G.CHIODI, *Scelte normative degli statuti di Spoleto del 1296*, in *Gli Statuti comunali umbri*, a cura di E. Menestò, Spoleto, 1997, p.235.

sorveglianza²⁵, per comportamenti omissivi di cittadini²⁶. L'*arbitrium officialis* può servire a sanzionare anche infrazioni relative alla disciplina militare²⁷, alla sicurezza pubblica contro incendi²⁸ o a norme sull'igiene²⁹. In alcuni casi sono conferiti poteri *ad arbitrium potestatis* di tipo espulsivo come il "mittere aliquem ad confines"³⁰ o di deroga a norme di tipo interdittivo da *officia*, o incarichi di rilevanza pubblica³¹.

In tale ambito però l'*arbitrium officialis* può anche consistere in poteri di autorizzazione. Come nel caso di Bergamo dove lo statuto del 1331 attribuisce al *Vicarius* il potere di *dare licentiam* per la detenzione di armi "secundum quod sibi videbitur, considerata condicione personarum"³². Ma su questo punto anche la redazione statutaria di Osimo del 1308 prevede un potere autorizzatorio da esercitarsi ad *arbitrium officialis*³³. Il potere autorizzatorio può riguardare anche altre questioni. A Verona la possibilità di circolazione notturna nella città "sine licentia domini vicarii" è ammessa solo per *iusta causa* e la valutazione della sua sussistenza è rinviata *ad arbitrium domini vicarii*³⁴. Ma una simile norma che regola la circolazione notturna *post tertium sonum campanae* è presente

²⁵ Ancora *Statuti di Verona del 1327*, cit., lib.III *De causis criminalibus*, CXVI *De custodibus nocturnis et quis tacere habeant et eius pena*. Negli *Statuti di Apiro dell'anno 1388*, a cura di D. Cecchi, Milano, 1984, lib.I *De officialibus et eorum offitiis*, VII *De offitio notarii custodie et eius arbitrio*, l'*arbitrium officialis* è posto al controllo e al coordinamento dei *custodes nocturni et diurni*, rispetto ai quali il *notarius custidiae* ha poteri di comando.

²⁶ *Statuti di Verona del 1327*, cit., lib.III *De causis criminalibus*, CXXXVII *Qualiter satisfieri debeat depredatis in villis districtus Verone et eorum pertinenciis*. La fattispecie è la seguente: "si aliqua persona in aliqua villa districtus Verone fuerit depredata et homines dicte terre fuerint negligentes ad persequendum seu capiendum malefactorem seu malefactores". I concittadini negligenti sono tenuti alla *emendatio damni*. Nel caso il fatto accada *extra villam* allora "sit in arbitrio domini vicarii seu domini potestatis [...] eos qui fuerint in agris vicinis seu proximis dicte robarie seu eos qui audiverunt seu audire potuerunt rumorem condepnare ad dampni restitutionem an comune ville".

²⁷ Per esempio gli *Statuti di Verona del 1327*, cit., lib.VI *De militia*, XVII *Quod quilibet habens equum in exercitu vel cavalchata, si rumor fuerit ad vexilla se trahat et de pena contrafacientis*. Tale norma prevede che "de die vel de nocte", qualora "rumor fuerit quod Deus advertat trahere se debeant ad vexilla". Contro i contravventori è prevista una punizione *realiter et personaliter ad arbitrium domini vicarii*. Stessa pena è prevista nella successiva norma XVIII *Ne aliquis miles vel beroarius...*

²⁸ *Statuti dei Riva del Garda*, cit., lib.IV, 1 *Quod nullus teneat sarmenta vel paleas in domo ubi facit fochum*. In questa si ripartiscono le competenze tra *Potestas* e *Capitaneus*. Si prevede che chi tiene "prope et circha ignem sarmenta, paleas, fenum, patutium, bladum cum paleis neque rem aliquam huiusmodi ex quibus incendium possit oriri, sub pena ad arbitrium domini potestatis auferenda. Et teneatur dominus rector continue providere et rimari facere diligenter per syndicos vel officialis ad hoc electos".

²⁹ Cfr. *Statuto di Bergamo del 1331*, cit., collatio IV, II *De retinendis viis, stratis spazatis*, o *Ibidem*, collatio VIII, XII *De non comburendo fece et de pulvere stercorum non faciendo in civitate nec suburbiis Pergami*.

³⁰ *Statuti di Osimo del 1308*, in *Il codice osimano degli statuti del secolo XIV*, a cura di D. Cecchi, Osimo, 1991, lib.III, CCLXXXII *Quod potestas possit mictere ad confines quos voluerit suo arbitrio*. Testimonianza di un impiego dell'*arbitrium* come potere di tipo espulsivo è contenuta anche nello *Statuto di Perugia del 1279*, cit., 52 *Tenor ipsius capituli [Qualiter ponatur in statuto capitulum forbannitionis filiorum domini Andreae Jacobi]*.

³¹ Negli *Statuti di Verona del 1327*, cit., lib.III *De causis criminalibus*, CLX *Quod nullus de parte comitis, Pulzinelle et Maconi elligi ad aliquod officium nec esse procurator et de pena contrafacientis*, la norma antimagnatizia prevede interdizioni da incarichi pubblici o di rilevanza pubblica ma rinvia anche alla capacità derogatoria dell'*arbitrium vicarii*: "hoc statutum intelligatur ad arbitrium domini vicarii". S. A. BIANCHI, G. M. VARANINI, *Statuti comunali e signoria*, in *Statuti di Verona*, cit., pp.45-46, a questo proposito ricordano che le norme sul fuoriuscitismo sembrano rispondere più che ad una minaccia reale ad una "volontà politica di mantenere forzosamente alta la pressione, di non far cessare la mobilitazione contro gli estrinseci".

³² Cfr. *Statuto di Bergamo del 1331*, cit., collatio IX, IIII *De armis non portandis*.

³³ Cfr. *Statuti di Osimo del 1308*, cit., lib.III, XXVIII *De licentia danda a potestate de armis defensibilibus*. Tale previsione viene riproposta nel successivo *Statuto di Osimo del 1342*, in *Il codice osimano degli Statuti del secolo XIV*, cit., lib.III, LIIII *De licentia danda a potestate de armis defensibilibus*.

³⁴ Cfr. *Statuti di Verona*, cit., lib.III *De causis criminalibus*, CXV *De illis qui vadunt in sero seu stant extra domum post tercium sonum campane sine lumine*. Ecco il testo della norma: "Item statuimus quod nulla persona debet ire per civitatem et burgos, cum lumine, post tercium sonum campane que de sero sonatur vel sonare consuevit nec extra domum stare sine licentia domini vicarii seu domini potestatis, nisi iustam habuerit causam, quod arbitrio domini vicarii seu domini potestatis relinquatur utrum iustam causam vel non habuerit". Possiamo anche ricordare la norma prevista a Bergamo, in materia di *adunationes*, dove pure il divieto posto può essere superato *cum licentia potestatis*; cfr. *Statuto del podestà di Bergamo del 1599*, cit., rub. *Non fiant adunationes in civitate nec territorio Tibi commissio*.

anche negli statuti di numerose altre città come ad esempio Perugia ed Ascoli³⁵.

È poi possibile che gli statuti impieghino *arbitrium super bono et pacifico statu civitatis* per assegnare poteri generali³⁶ e poteri di convocazione di istituzioni assembleari³⁷, poteri di deroga a norme di tipo interdittivo da *officia* o incarichi di rilevanza pubblica oppure competenze speciali in tempo di guerra “pro defensionem civitatis et suorum iurium”³⁸. Sono perfino ascrivibili all’ambito di azione di questo tipo di *arbitrium* attribuzioni in materia privatistica se indirettamente connesse alla pace sociale³⁹. Gli interventi possono essere compiuti sia con atti, diremmo con termini moderni, di tipo amministrativo che normativo⁴⁰.

In effetti Bartolo spiega che l’*arbitrium super bono et pacifico statu civitatis* costituisce un tipo di

³⁵ Nello *Statuto di Perugia del 1279*, cit., 58 *Qualiter puniatur qui inventus fuerit post tertium sonum campanae*, si fa eccezione al consueto divieto di circolazione per una serie di situazioni tassativamente elencate (“quando aliquis iret pro clerico, pro infirmo, vel alio casu fortuito, vel alia evidenti necessitate que happereret hominibus; vel quando veniret aliquis de domo alicuius”). La norma tuttavia conclude stabilendo che “de banno solvendo vel non, remaneat in providentia domini capitanei, visa persona hominis et negotii qualitate”; cfr. M. VALLERANI, *Il sistema giudiziario del comune di Perugia. Conflitti, reati e processi nella seconda metà del XIII secolo*, Perugia, 1991, pp.171-173. Anche lo *Statuto del comune di Ascoli Piceno*, cit., lib.IV, IV *Che li guardiani possa ire de nocte et certe altre persone et portare l’arme de nocte overo de di*, assegna agli Anziani il potere di *dare licentiam* per derogare ai vari divieti e limitazioni previsti dopo il terzo suono della campana da diverse norme. Si vedano *Ibidem*, lib.III, XXXIII *De quilli che porta l’arme; como se intenda la nocte...*, XXXV *De quilli che vando poi lu terzo sono de la campana de nocte, etiam sonando et cantando*, XXXVI *De quilli che jocha ad azaro, et de chi recepta lu jocho et vende lu vino poi lu terzo sono et retene alicuno in de la taverna poi lu dicto sono*, LXX *De le pene da dupplicarse*, LXLI *Che el capitano et el potestà faccia incercare per la ciptà lu di et la nocte per l’arme, per li jochi et per l’altre cose inlicite*; oppure negli *Statuti del popolo*, cit., lib.III, II *De quali malificj et cause civile lu capitano possa cognoscere, punire et condampnare [...] et de le preventiune in ne li malificj*, XLI *De la pena de li tavernari et de li vendenti lo vino [...] po’ lu terço sono*.

Sul valore del tempo notturno come circostanza che determina la previsione di una speciale disciplina penale cfr. M. SBRICCOLI, *Nox quia nocet. I giuristi, l’ordine e la normalizzazione dell’immaginario*, in *La notte. Ordine, sicurezza e disciplinamento in età moderna*, a cura di M. Sbriccoli, Firenze, 1991, pp.15-16 e nello stesso volume S. MANTINI, *Notte in città, notte in campagna tra medioevo ed età moderna*, p.31, E. CROUZET-PAVAN, *Potere politico e spazio sociale: il controllo della notte a Venezia nei secoli XIII-XV*, pp.46-47.

³⁶ È questo il caso di Verona per l’*arbitrium super custodia di castra e fortificia*. Cfr. *Statuti di Verona del 1327*, cit., lib.I *De officio potestatis*, CXII *Quod omnia castra et fortificie civitatis et districtus Verone devenire et remanere debeant in forcia et virtute domini vicarii Verone et eius custodiantur arbitrio*.

³⁷ Negli *Statuti di Apiro del 1388*, cit., lib.I *De officialibus et eorum offitiis*, VIII *De electione priorum et eorum auctoritate et balia*, “pro bono et pacifico statu civitatis” i *priores* con l’*arbitrium* si vedono assegnato il potere di “facere bandiri et congregari omne consilium et parlamentum et in eo proponere et proponi facere quaecunque eis placuerit pro bono et pacifico statu civitatis”. La finalizzazione “pro bono et pacifico statu presentis castris” del potere dei *Priores* è ribadito anche *Ibidem*, lib.VI, XX *Quod potestas seu rector et eius notarius teneatur executioni mandare propositas et reformationes*. Un caso di questo genere è previsto anche negli *Statuti di Verona del 1327*, cit., lib.I *De officio potestatis*, CCLXXXVIII *Electio arbitrium et potestas magnificorum dominorum Alberti et Mastini fratrum de la Scala electorum in capitaneos [...]*, dove l’impiego della formula “propter salutem et conservationem boni status comunis et populi” costituisce l’orientamento teleologico dell’attività dei *Capitanei electi*. Cosa simile accade anche ad Ascoli. *Statuti del popolo di Ascoli Piceno*, cit., lib.I, V *De la balia et juriditione concessa et data a li signuri antiani con li consigli overo senza*, nn.14-15, p.202.

³⁸ BARTOLO DA SASSOFERRATO, *In secundam Digesti novi partem commentaria*, cit., l.*Ambitiosa*, tit.*De decretis ab ordine faciendis*, n.16, si riferisce allo stesso potere di dichiarazione di guerra. E aggiunge che, tuttavia, non rientra nei poteri dell’*arbitrium officialis* la guerra “pro recuperatione rerum perditarum” o “pro invadendo res alterius”. Su questo il *populus* conserva competenza esclusiva. Dell’esistenza di un *arbitrium super guerra* parla anche BALDO DEGLI UBALDI, *Consiliorum sive responsorum*, Venetiis, 1580, lib.III, cons.383 *Quando super facto*, n.5 circa medium, al quale ricollega anche il potere di *imponere collectas*.

³⁹ Si veda BARTOLO DA SASSOFERRATO, *In secundam Digesti novi partem commentaria*, cit., l.*Ambitiosa*, tit.*De decretis ab ordine faciendis*, n.24.

⁴⁰ In numerose occasioni, anche tra quelle da noi segnalate, si parla di *arbitrium super bono statu civitatis* come di potere di *statuere*. cfr. BARTOLO DA SASSOFERRATO, *In secundam Digesti novi partem commentaria*, cit., l.*Ambitiosa*, tit.*De decretis ab ordine faciendis*, nn.9-12, A. TARTAGNI, *Consilia seu responsa*, Lugduni, 1552, lib.VI, cons.119, n.40. Anche BALDO DEGLI UBALDI, *In primam Digesti veteris partem commentaria*, Venetiis, 1577, l.*Juri operam datur*, § *Huius studii*, tit.*De iustitia et iure*, n.13, include nell’*arbitrium super bono statu civitatis*, anche l’*arbitrium* con cui “statutum est factum contra turbantes vel volentes turbare statum civitatis”.

arbitrium “multum latum” nel quale può rientrare un *arbitrium* “quasi super omnibus”⁴¹. In tale potere è cioè deducibile tutto l’insieme delle competenze e degli strumenti utili alla salvaguardia del bene, considerato supremo, della pace sociale. Ebbene in questo settore così strategico il diritto cittadino viene prodotto anche dall’*arbitrium*.

3.2.2. L’*arbitrium super abundantia* e l’*arbitrium ut pecunia veniat in communi*

L’*arbitrium super abundantia* svolge una funzione altrettanto essenziale per la vita del comune. Quest’*arbitrium* serve ad assicurare la produzione e la commercializzazione sufficiente di beni come grano, sale, carne o altri considerati fondamentali per le esigenze della città amministrata⁴². In certi casi è il mezzo utilizzato per conferire competenze aggiuntive a quelle ordinariamente riconosciute ad un determinato *officialis*⁴³. In queste ipotesi l’*arbitrium* serve per rinnovare le istituzioni esistenti e renderle adeguate alle mutazioni politiche, sociali, economiche⁴⁴. Cerchiamo esempi: a Bergamo *ad arbitrium domini vicarii seu potestatis* sono rimessi, frequentemente, poteri di controllo del *precio carnis*⁴⁵. Stessa cosa accade negli Statuti del popolo di Ascoli⁴⁶. A Verona il *vicarius* non solo esercita l’*arbitrium* nel *dare licentiam* per la vendita di “bladum, legumen, vinum, oleum, carnes”, ma anche nel determinare la pena per i contravventori⁴⁷. Ad Osimo in materia di commercio di carni la norma attribuisce all’*officialis* l’*arbitrium procedendi*⁴⁸. Particolare attenzione meritano norme che utilizzano l’*arbitrium super abundantia* per modellare una disciplina al contempo severa e flessibile. La norma fissa il grado di severità e l’*arbitrium*

⁴¹ BARTOLO DA SASSOFERRATO, *In secundam Digesti novi partem commentaria*, cit., l.*Ambitiosa*, tit.*De decretis ab ordine faciendis*, n.19. Per questa e le altre forme di *arbitrium officialis* si ribadisce il limite di *auferre iura quesita tertii*. Cfr. *Ibidem*, l.*Toties locum*, § *Si cui*, tit.*De pollicitationibus*, n.1, A. TARTAGNI, *Consilia seu responsa*, cit., lib.VI, cons.119, n.7, P. DAL POZZO, *Tractatus de syndacatu*, in *Tractatus Universi iuris*, Venetiis, 1584, to.VII, v.*Arbitrium*, n.8, F. DECIO, *Consiliorum sive responsorum*, Venetiis, 1575, cons.72, n.7.

⁴² L’*arbitrium super abundantia* si esercita “ut cultura agrorum non impediatur et habeatur abundantia in civitate”, spiegava BARTOLO DA SASSOFERRATO, *In secundam Digesti novi partem commentaria*, cit., l.*Ambitiosa*, tit.*De decretis ab ordine faciendis*, n.20. Anche in questo caso la denominazione del tipo di *arbitrium* indica una destinazione funzionale nel cui ambito possono rientrare ipotesi eterogenee.

⁴³ In tal modo ciò che “non poterant vigore eorum officii” osserva ancora BARTOLO DA SASSOFERRATO, *In primam Digesti infortiati partem commentaria*, Venetiis, 1581, l.*Post mortem*, § *Tutor*, tit.*Quando ex facto tutoris*, n.6, “poterant tamen facere vigore arbitrii sibi concessi”.

⁴⁴ È evidente che il ricorso all’*arbitrium* era un modo diverso di assicurare la riforma dell’ordinamento. Esso consentiva di organizzare l’amministrazione della città. Rispondeva quindi ad una esigenza sistematica. Contemporaneamente però si prestava anche per soddisfare le necessità politiche. Attribuire un determinato *arbitrium* ad una istituzione poteva servire, in un quadro di emersione del potere signorile, per riconoscere il diverso peso che essa aveva acquisito nel mondo politico della città; e tutto ciò senza stravolgere o cancellare l’assetto tradizionale. Similmente in un quadro di consolidamento del potere signorile, il signore, delegando l’*arbitrium* ad un determinato *officialis*, poteva modificare le posizioni di forza tra le istituzioni della città.

⁴⁵ Cfr. *Statuto di Bergamo del 1331*, cit., collatio VIII, XL *De beccariis*. Ma si vedano anche gli *Statuti di Verona del 1327*, cit., lib.IV *De officio procuratorum*, LIII *De provisione habenda per dominum vicarium seu dominum potestatem quanto precio carnes vendi debent...*

⁴⁶ *Statuti del popolo di Ascoli Piceno*, cit., lib.III, XXXVI *De la pena de li beccari che vendesse la carne oltra lu assecto overo non le facesse habundantemente et del modo et ordine de assectare et assaggiare et imponere le carne*, nn.22-26, p.375.

⁴⁷ *Statuti di Verona del 1327*, cit., lib.IV *De officio procuratorum*, XX *De blado, legumine, vino, oleo carnibus, piscibus seu aliis comedibilibus*, LIII *De provisione habenda per dominum vicarium seu dominum potestatem vicarium quanto precio carnes vendi debent...* e similmente, in materia di sale, lib.III *De causis criminalibus*, CLVI *De statutis loquentibus super facto salis...* Il meccanismo è visibile anche in altre norme veronesi sempre vertenti sulla disciplina di vendita, trasporto e conservazione di beni di largo consumo. Ad esempio nel lib.IV *De officio prucuratorum*, LX *De eodem (De beccariis)*, si vieta al *beccarius* di “deferre carnes ad domum suam” se non nella quantità necessaria alla sua famiglia o “tenere in scrineis vel camarellis absconsas”; similmente nella successiva norma LXI *Quod nullus beccarius carnes porcinas emat ad capitellum pena arbitrio domini vicarii seu domini potestatis*, si vieta di “emere carnes porcinas ad capitellum per se vel per alium”. In entrambi questi casi la pena prevista è *ad arbitrium domini vicarii*.

⁴⁸ *Statuti di Osimo del 1308*, cit., lib.III, CXXXV *De capitaneo beccariorum*. Il *capitaneus beccariorum* può “investigare super beccariis cum teste sine accusatione et denunciatione, iuris ordine servato vel non servato [...] Et credatur sue investigationi sine probacione et iuramento aliquo, et sententia lata per dictum capitaneum valeat sive beccarii sint presentes sive absentes”.

gestisce il grado di flessibilità. Ad Ascoli ad esempio la norma statutaria prevede che ogni anno si tenga un *consiglio generale per l'habundantia*, nel quale “se proponga de l'habundantia del grano e d'haverla in ne la dicta ciptà d'Asculi” e prevede anche che sia compito degli Anzani individuare con l'*arbitrium* “dell'altre victuagle”⁴⁹, di rilevante interesse per la città da sottoporre alle misure *pro abundantia*.

Simile è la norma, sempre ascolana, sulla vendita e l'acquisto di generi frumentari (il *blado*)⁵⁰. A questo proposito vengono previste regole abbastanza stringenti come l'obbligo di vendere solo nella città, o il divieto di acquisto a scopo di rivendita, posti dei limiti quantitativi all'acquisto. Però la stessa norma si concede un margine di flessibilità, conferendo agli anziani l'*arbitrium* per disporre diversamente in casi speciali come quelli dei *panifacoli* e degli *hostieri*⁵¹. Simile struttura ha la norma degli Statuti di Riva del Garda del 1451, riguardante l'esercizio di attività commerciali da parte di stranieri; essa stabilisce un catalogo merceologico (*panni, lanae, sal, linum, clavi, caseus, oleum, scarpae, pellitiae*) fissando le quantità vendibili; ma prevede anche che *ad arbitrium officialis* si possano individuare altri tipi di beni ai quali applicare divieto o la limitazione di vendita⁵².

Norme precise ma il cui regime di flessibilità è gestito con l'*arbitrium officialis*. Lo statuto in questo senso mostra di non essere o di non proporsi come l'unico strumento che interpreta e tutela l'interesse generale della città. Il suo particolarismo giuridico scaturisce anche dal concreto atteggiarsi dell'*arbitrium officialis*.

Più circoscritto sembra il ruolo svolto dall'*arbitrium ut pecunia veniat in communi*⁵³. Tale categoria dottrinale sembra raccogliere quelle competenze che attengono alla materia della riscossione dei tributi⁵⁴. In effetti le fonti statutarie forniscono diversi esempi di un impiego dell'*arbitrium* nel campo fiscale in senso ampio: nel procedimento di accertamento dei tributi⁵⁵, nella fase esecutiva⁵⁶, per la nomina stessa degli *officiales* preposti ai tributi⁵⁷, per la stima e la

⁴⁹ *Statuti del popolo di Ascoli Piceno*, cit., lib.I, LVI *De lu consiglio generale da farse omne anno per l'habundantia del grano*, nn.17-21, p.270.

⁵⁰ Ad Ascoli esisteva un *ufficiale de lo blado*. Cfr. *Statuti del popolo di Ascoli piceno*, cit., lib.I, LIV *De la electione de l'ufficiale de lo blado*, spiegano che “acciocché lu grano venga in comune et lu deveto se garde et governese senza lesione, ordinemo che ne la dicta ciptà d'Asculi sia et esser debia continuamente overo ad tempo un ufficiale forestero sopra lu facto de lo blado”.

⁵¹ *Statuti del popolo di Ascoli Piceno*, cit., lib.I, LVII *De quilli che compra lo blado contra la forma de li statuti et de la pena de quilli ex maxime dal fiume de Pescara in dentro. Et che non se possa vendere grano fora de la quartarola*.

⁵² *Statuti dei Riva del Garda*, cit., lib.IV, 64 *De forensibus ad minutum vendere non debentibus*. In particolare essa prevede: “de ceteris non specificatis sindici provideant cum consilio eorum arbitrio et prohibeant vendere volenti”. Di tenore simile è la norma contenuta negli *Statuti e capitolari di Chioggia del 1272-1279 con aggiunte fino al 1327*, a cura di G. Penzo Doria e S. Perini, Venezia, 1993, LXXXXVIII *De sprochanis super ruyba*; essa dopo aver stabilito che “omni anno eligi debeant per potestatem et Consilium duo sprochani super ruyba” e che “nullus, tam clugiensis quam forinsecus, ire debeat cum aliquo civi vel forensi ad ostendendum ruybam alicuius, nisi illi duo sprochani qui per potestatem et Consilium fuerint preelecti”, aggiunge: “et si illi duo sprochani non fuerint in Clugia, remaneant in arbitrio potestatis”.

⁵³ BARTOLO DA SASSOFERRATO, *In secundam Digesti novi partem commentaria*, cit., l.Ambitiosa, tit.De decretis ab ordine faciendis, n.26.

⁵⁴ P. DAL POZZO, *Tractatus de syndicatu*, cit., v.Potestas, n.4, parla, appunto, di “potestates arbitrium habentes unde pecunia veniat in fiscum”.

⁵⁵ Nello *Statuti del popolo di Ascoli Piceno*, cit., lib.I, LIII *De la electione, del juramento et de l'officio et de la juriditione de l'ufficiale de le gabelle*, nn.16-24, p.268, si prevede che l'*ufficiale de le gabelle* possa “cognoscere de tucte le questiune de le gabelle sumariamente, de plano, [ecc.]”, cioè con *arbitrium procedendi*. Poteri arbitrari per l'accertamento dei tributi sono previsti negli *Statuti dei Riva del Garda*, cit., lib.I, VI *Quod dominus rector teneatur inquirere circa utilia communis Ripae*.

⁵⁶ *Statuti del popolo di Ascoli Piceno*, cit., lib.I, XXXVIII *De l'officio de l'exequutore...*

⁵⁷ *Statuti di Verona del 1327*, cit., lib.I *De officio potestatis*, LXXXXIII *Quod superstes laycus deputatus ad officium tholonei vini debeat canbiri et alius elligi loco eius ad breve in consilio maiori vel aliter arbitrio domini vicarii*. Il *Telon, teloneum* o, anche, appunto, *tholoneum* è definito nel DU CANGE, *Glossarium mediae et infimae latinitatis*, Graz, 1954 (*Unveränderter Nachdruck der Ausgabe von 1883-1887*), come “tributum de mercibus marinis circa littus acceptum; quasi omnium littorum fiscalis conductio”.

gestione di patrimoni come le *possessiones inimicorum*⁵⁸ o di quelli direttamente afferenti alla *civitas*⁵⁹.

Cerchiamo allora di riflettere su questi dati; la tripartizione descrittiva dei vari poteri arbitrari che agiscono nel campo dell'amministrazione mette bene in evidenza il valore fondamentale e irrinunciabile che il dispositivo *arbitrium* ha per la vita della comunità urbana. Sotto questa luce il governare la quotidianità non è solo una dimensione in cui confermare la tipicità cittadina, ma è anche un luogo in cui questa tipicità viene modellata e concretamente definita.

4. CONSERVARE L'AUTONOMIA LOCALE

Un'altra dimensione rilevante per l'effettività del particolarismo urbano è quella che potremmo chiamare del conservare l'autonomia. La redazione di uno statuto costituisce il momento principale, irrinunciabile, ricercato da ogni città che intende darsi regole e istituzioni proprie; ma la conservazione dello stato di autonomia non è sempre affidata al metodo delle *reformationes*. Esse costituiscono momenti isolati, ufficiali; il sistema attraverso l'*arbitrium*, impiegato come *potestas statuendi*, si può dotare di uno strumento che quotidianamente agisce per confermare la condizione di autonomia.

Questo significa che il diritto concreto che promana dallo statuto molto spesso subisce delle mediazioni integrative, degli adattamenti, proprio attraverso l'*arbitrium officialis*; non qualsiasi *arbitrium officialis*, ma quello delle istituzioni che lo statuto ritiene conveniente. Si tratta di un potere normativo che agisce nella piena legittimazione statutaria.

In effetti nel contesto delle transizioni del potere nel Trecento e nel Quattrocento, l'*arbitrium* impiegato dallo statuto consente di dare rappresentazione giuridica al mutare del peso politico di certe istituzioni rispetto ad altre. Esso si pone dunque come strumentale al nuovo assetto dei poteri cittadini, potremmo dire al nuovo assetto dell'autonomia, ogni volta.

4.1. L'ARBITRIUM SUPER IAM STATUTA

Un primo tipo di presenza di potere arbitrario nel campo normativo è l'*arbitrium super iam statuta*. Esso consente di derogare alla norma statutaria. Il presupposto è che tale potere sia *specialiter* accordato⁶⁰ dallo stesso statuto o sia esercitato in forza di una *iusta causa*⁶¹. Questo

⁵⁸ *Statuti di Verona del 1327*, cit., lib.I *De officio potestatis*, LXXXXVIII *De massariis possessionum et eorum notariis elligendi*. La norma è la seguente: "Item ordinamus quod duo massarii et tres notarii super possessionibus inimicorum elligantur ad brevia in consilio comunis Verone vel aliter secundum quod placuerit domino vicario".

⁵⁹ *Gli Statuti del popolo di Ascoli Piceno*, cit., lib.I, XV *Che lu capitano, li segnuri antiani et altri boni homini da deputarse per comune siano tenuti defendere, governare et recercare la razione, juriditione et altri beni de lo comune et fare osservare tucti statuti et ordinamenti del comune*, prevedono che gli Anziani e il Capitano del popolo possano procedere e punire *cum arbitrio* nell'esercizio della loro funzione di "procurare, trovare, recuparare, mantenere, defendere et gubernare le possessione, realtà, piazze".

⁶⁰ BARTOLO DA SASSOFERRATO, *In primam Codicis partem commentaria*, Venetiis, 1581, l.*Haec quae*, tit.*De novo codice faciendo*, n.14, alla domanda se "huius arbitrii vigore possint corrigere statutum?" rispondeva anche che "non nisi specialiter demandetur". Il potere normativo è, di regola, nelle origini comunali mai dimenticate dalle città del Trecento, prerogativa esclusiva di istituzioni assembleari. Infatti, a sua volta, la stessa assemblea spesso diventava luogo di legittimazione delle posizioni di potere occupate dagli *officiales communis*. Un esempio può essere tratto dagli *Statuti di Verona del 1327*. I signori Scaligeri, prima di ricevere l'*arbitrium* in qualità di vicari dell'imperatore, avevano già acquisito questi poteri sulla base di una deliberazione assembleare. Sull'episodio cfr. S. A. BIANCHI, G. M. VARANINI, *Statuti comunali e signoria*, cit., pp.17-21 e M. CARVALE, *Gli ordinamenti giuridici dell'Europa medievale*, Bologna, 1994, p.491. In altri statuti la provenienza dell'*arbitrium officialis* dal *consilium communis* è confermata indirettamente dalla presenza di norme che vietano di *petere arbitrium* all'assemblea comunale. Sull'argomento cfr. *infra*, punto 5.

⁶¹ BALDO DEGLI UBALDI *In secundam Digesti veteris partem commentaria*, Venetiis, 1577, l.*Si hominem*, tit.*Mandati vel contra*, n.1 nova additio, dirà che "vi generalis arbitrii non possit specialiter provisa tolli per eos quibus arbitrium generale est datum nisi emergat iusta causa". Tale regola è menzionata da GIASON DEL MAINO, *In primam Digesti veteris commentaria*, Venetiis, 1590, l.*Omnes populi*, tit.*De iustitia et iure*, n.11 e n.15, che s'uniforma a quanto aveva stabilito BARTOLO DA SASSOFERRATO, *In secundam Digesti veteris partem commentaria*, Venetiis, 1580, l.*Si hominem*, tit.*Mandati vel contra*, n.3. Anche PAOLO DI CASTRO, *In secundam Digesti veteris partem commentaria*, Venetiis, 1596, l.*Si hominem*, tit.*Mandati vel contra*, n.1, ricorderà che gli "officiales baliae quibus conceditur generaliter potestas super omnibus concernentibus publicam utilitatem non possunt tollere statuta civitatis" perchè "non est verisimile

spazio di eccezione alla rigidità statutaria viene sfruttato con intelligenza dai giuristi. Essi tendono a ricavare con la *iusta causa*, da un lato margini di flessibilità delle norme cittadine, dall'altro strumentalità all'economia stessa dell'autonomia giuridica.

Il principale tipo di enucleazione di *iusta causa* è la cosiddetta "causa correctionis de novo"⁶². Essa costituisce una giusta causa di deroga ogni qual volta si presenti una situazione che le norme statutarie non hanno previsto. Sono gli stessi statuti talvolta a prevedere un meccanismo di questo tipo. Si pensi alle norme che abbiamo menzionato sopra in materia di commercio di beni frumentari⁶³.

Ma c'è di più; per i nostri giuristi la 'novità' va intesa nella sua valenza più ampia; essa comprende anche la "causa antiqua de novo manifestata"⁶⁴. Questo vuol dire che il titolare dell'*arbitrium super casibus novis* può legittimamente intervenire sulla norma esistente, qualora verifichi un diverso segno nella richiesta di disciplina giuridica che proviene dalla situazione già regolata nello statuto⁶⁵. La norma esiste, ma la disciplina prevista è inadeguata, la *causa antiqua* della norma si manifesta *de novo* e dunque chiede di essere nuovamente concepita come diritto concreto⁶⁶.

Nello stabilire le regole di questa natura per la attivazione di poteri normativi arbitrari i giuristi colgono un duplice obiettivo. Anzitutto ribadiscono un punto fisso di tutta l'impostazione del discorso: l'*arbitrium* conserva legittimità nella misura in cui costituisce un potere normativo armonico con le fonti esistenti, nella misura in cui, dunque è strumentale al sistema giuridico cittadino. Contemporaneamente, nel generare l'*arbitrium* normativo come prodotto dottrinale, gli imprimono il carattere genetico della dipendenza dal sistema della *interpretatio*. Con questo secondo obiettivo proiettano l'*arbitrium*, proprio in quanto strumento del particolarismo, nella dimensione universale del sistema giuridico. Ma di questo parleremo fra poco.

4.2. L'ARBITRIUM REFORMANDI STATUTA E ARBITRIUM STATUENDI

Soffermiamoci invece ancora un po' sul primo obiettivo strategico; quello della strumentalità del potere arbitrario normativo alla conservazione dell'autonomia cittadina. Esistono altre dimensioni

quod populus dederit eis potestatem derogandi nisi forte ex iustissima causa". Con un ragionamento capovolto ma con toni simili si esprime anche F. SANDEO, *Commentariorum in primum Decretalium librum*, Venetiis, 1584, c.*Canonum statuta*, tit.*De constitutionibus*, n.49 ante medium: "Potestas ex magna et evidenti causa potest venire contra statuta iurata" e anche "Episcopus ex magna et evidenti causa potest statuere contra ius canonicum".

⁶² BARTOLO DA SASSOFERRATO, *In primam Codicis partem commentaria*, cit., l.*Haec quae*, tit.*De novo codice faciendo*, n.15. La regola poi, come per altri casi, trova accoglimento nei repertori. Cfr. G. BERTACCHINI, *Repertorium*, Ventiis, 1570, v.*Arbitrium*, fol.165 e A. TEPATO, *Variarum iuris sententiarum*, Augustae Taurinorum, 1597, tit.*De officialibus consiliariis administratoribus civitatum*, fol.89.

⁶³ Cfr. *Statuti del popolo di Ascoli Piceno*, cit., lib.I, LVII *De quilli che compra lo blado contra la forma de li statuti...*, e LVI *De lu consiglio generale da farse omne anno per l'habundantia del grano*.

⁶⁴ BARTOLO DA SASSOFERRATO, *In secundam Digesti novi partem commentaria*, cit., l.*Ambitiosa*, tit.*De decretis ab ordine faciendis*, n.11. Negli stessi termini si esprime in *In secundam Digesti veteris partem commentaria*, cit., l.*Si hominem*, tit.*Mandati vel contra*, n.3. La tradizione confermerà questa impostazione. Cfr. P. DAL POZZO, *Tractatus de syndicato*, cit., v.*Arbitrium* n.1 e F. SANDEO, *Commentariorum in primum Decretalium librum*, cit., c.*Canonum statuta*, tit.*De constitutionibus*, n.49 post medium.

⁶⁵ Nella percezione dei giuristi medievali l'*interpretatio* dello statuto, qualora agisca come strumento per completare o rinnovare la norma, ha una valenza di potere normativo. Si leggano le parole spese sul punto da BALDO DEGLI UBALDI, *In Decretalium volumen commentaria*, Venetiis, 1580, c.*Cum omnes*, tit.*De constitutionibus*, n.52: "quaero utrum interpretatio statuti dicatur statutum? Respondeo sic si est intrinseca substantialis et inseparabilis a statuto [...] sed si est argumentalis vel extrinseca tunc non est statutum".

⁶⁶ È inutile ricordare che per questi processi di applicazione di *arbitrium* non è pensabile che l'*officialis* agisse 'de capite suo'. Come ha spiegato anche J. VALLEJO, *Ruda equidad, ley consumada. Conception de la potestad normativa, (1250-1350)*, Madrid, 1992, p.312, "la expresión 'de novo' u otras similares" devono intendersi sempre come riflesso di *aequitas*. Questo processo derogatorio e integrativo allo stesso tempo, non a caso di elaborazione dottrinale, si inquadra nel più ampio fenomeno del *rovesciamento della norma in lacuna* di cui ha parlato M. SBRICCOLI, *L'interpretazione dello statuto. Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'età comunale*, Milano, 1969, p.60. Il fenomeno è descritto in relazione al ruolo determinante che assume l'*interpretatio* del giurista rispetto alla effettività della norma statutaria. Con riguardo all'*arbitrium* però questa possibilità di accesso, riferita all'interpretazione, può descrivere negli stessi termini teorici, lo spazio ampio riconosciuto dalla dottrina alla nozione di *statuere de novo* con *arbitrium officialis*.

da considerare: l'*arbitrium reformandi* e l'*arbitrium condendi statuta*.

Gli *officiales*, ci spiegano i giuristi medievali, oltre che nel caso degli *statutarii*, possono avvalersi di *arbitrium statuendi* nell'esercizio delle proprie funzioni; *ius dicere* e *statuere* non sono operazioni necessariamente distinte nel sistema giuridico medievale⁶⁷. Alcuni parlano dell'*arbitrium officialis* come strumento della *potestas statuendi*⁶⁸, altri considerano la *potestas statuendi* un tipo di *arbitrium*⁶⁹, altri ancora parlano espressamente di *arbitrium statuendi*⁷⁰.

Sono poteri attribuiti con la motivazione che "multa inopinata emergant dietenus quibus per statuta provideri non possit", per usare parole contenute negli statuti di Riva del Garda⁷¹. Per questa stessa ragione nello Statuto di Verona, accanto al potere "regendi, gubernandi, manutenendi et disponendi [...] suo libero arbitrio", si assegnano al *vicarius* poteri di *condere, interpretari, corrigere, mutare, addere*, insomma riformare gli statuti sempre "suo arbitrio et voluntate"⁷². E gli statuti di Como offrono un esempio simile quando prevedono "liberum et generale arbitrium [...] leges condendi"⁷³. Anche negli Statuti di Osimo del 1323 l'*arbitrium prioribus* viene descritto come potere di *ordinare et facere statuta*⁷⁴.

La dottrina non ha difficoltà a riconoscere queste forme di titolarità di potere di produzione del diritto; essa però interviene per ribadire anche in questo caso il necessario orientamento 'de novo' in modo da assicurare un armonico rapporto con le fonti preesistenti⁷⁵. Si tratta di un potere diretto

⁶⁷ Cfr. P. COSTA, *Jurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, Milano, 1969, pp.147-159, M. STOLLEIS, *Condere leges et interpretari*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, germanistische Abteilung*, CI, 1984, p.105, J. VALLEJO, *Ruda equidad*, cit., pp.310-312, U. WOLTER, *The Officium in Medieval Ecclesiastical Law as a Prototype of Modern Administration*, in *Legislation and Justice*, a cura di A.Padoa Schioppa, Oxford, 1997, p.26 e nello stesso volume anche A. PADOA SCHIOPPA, *Hierarchy and Jurisdiction: Models in Medieval Canon Law*, p.13.

⁶⁸ Cfr. BARTOLO DA SASSOFERRATO, *In secundam Digesti novi partem commentaria*, cit., l.Ambitiosa, tit.De decretis ab ordine faciendis, n.11, F. DECIO, *Consiliorum*, cit., cons.651, n.10.

⁶⁹ Cfr. L. PONTANO, *Consilia sive responsa*, Venetiis, 1568, cons.65, n.4. BALDO DEGLI UBALDI, *In Decretalium volumen commentaria*, cit., c.Cum omnes, tit.De constitutionibus, nn.1-2.

⁷⁰ Cfr. BALDO DEGLI UBALDI, *In Decretalium volumen commentaria*, cit., c.Cum omnes, tit.De constitutionibus, n.21, A. TARTAGNI, *Consilia seu responsa*, cit., lib.VI, cons.119, n.40 post medium.

⁷¹ *Statuti di Riva del Garda*, cit., lib.IV, 120 *De auctoritate reformandi statuta*; "sed secundum temporis cursum et noviter ingruentia expedit" continua "novum remedium adhiberi". Una norma ad hoc, per l'*auctoritas reformandi statuta*, è contenuta anche negli *Statuti di Apiro del 1388*, cit., lib.VI, XX *Quod potestas seu rector et eius notarius teneatur executioni mandare propositas et reformaciones*. Anche nella Genova duecentesca esiste una istituzione, la 'magistratura degli emendatori' con lo specifico compito di revisione e aggiornamento degli statuti; cfr. N. SARTI, *Un giurista tra Azzone ed Accursio. Iacopo da Balduino (1210-1235) e il suo "Libellus instructionis advocatorum"*, Milano, 1990, p.47.

⁷² *Statuti di Verona del 1327*, cit., l.I *De officio potestatis*, CCLXXXVIII *Arbitrium et potestas magnifici domini Canis Grandis de la Scala sacri Imperii vicarii Verone*.

⁷³ *Statuti di Como del 1335*, cit., preambolo, nn.16-18.

⁷⁴ *Statuti di Osimo del 14 gennaio 1323*, in *Il codice osimano degli statuti del secolo XIV*, cit., lib.II, CCXLVII *Quod priores populi et VIII per terçerium habeant arbitrium super ubertate blade*. Esistono numerosi altri esempi di conferimento al signore di *arbitrium* normativo. G. CASSANDRO, *Signoria*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XVII, 1970, p.328, segnala nel panorama dell'Italia settentrionale (Cremona, Mantova, Piacenza, ecc.) molti esempi di norme di attribuzione al signore di "potere di porre o abrogare statuti a suo *arbitrium*". Una previsione normativa sulla possibilità che in caso di lacuna intervenisse l'*arbitrium*, è contenuta anche nei Brevi della città di Pisa del 1286; cfr. R. CELLI, *Studi sulle democrazie comunali. Secoli XII-XV. Pisa e Siena*, Firenze, 1976, p.131. Confermano questo quadro anche legislazioni statutarie più prudenti nell'applicare *arbitrium* normativo. La *Perugia* del tardo Duecento, così come si specchia nel suo *Statuto del 1279*, ad esempio, nella norma 414 *Qualiter minores duodeviginti annorum ad religiones non adsumuntur...*, prevede un divieto espresso di modificabilità e interpretabilità della norma; si tratta di una regola "precisa quod mutari, tolli et interpretationem recipere, corrigi, si aliquo tempore per aliquos qui iurisdictionem haberent mutandi, tollendi et corrigendi et interpretandi statuta, ordinamenta et consilia communis et populi Perusii, non possint". Come si può notare la norma nel porre il divieto insuperabile riconosce l'esistenza di certi soggetti titolari di *iurisdictio* capaci di intervenire con poteri normativi sul dettato statutario.

⁷⁵ BARTOLO DA SASSOFERRATO, *In secundam Digesti novi partem commentaria*, cit., l.Ambitiosa, tit.De decretis ab ordine faciendis, precisava che "arbitrium super bono et pacifico statu civitatis intelligitur de praesenti". La valenza normativa andava intesa, come ha osservato in proposito G. CASSANDRO, *Signoria*, cit., p.328, "salvo sempre cioè il mantenimento della costituzione esistente". Esistono però esempi di vera e propria subordinazione dello statuto

a cogliere le nuove esigenze di intervento giuridico, di un intervento votato sul piano sistematico all'aggiornamento, all'aggiustamento del sistema, non alla sua negazione.

A questo scopo vengono esplicitate alcune regole. Una prima prevede che il potere di *reformatio* "cum generali arbitrio" non possa spingersi a revocare statuti, se questo significa modificare i "pacta conventa ex primis statutis"⁷⁶, cioè, gli elementi fondativi di quella particolare forma di autonomia cittadina, che quello statuto, attraverso il dinamismo dell'*arbitrium* normativo, intende conservare nel futuro. Sono queste posizioni chiaramente sostenute dai principali giuristi⁷⁷.

Accanto a questo, che è il principale vincolo di orientamento dell'*arbitrium statuendi*, vengono posti ancora dei limiti: il diritto prodotto con l'*arbitrium* non solo non deve contrastare il diritto preesistente, non solo deve occuparsi *de casibus novis*, ma non può essere iniquo⁷⁸, né travolgere i diritti acquisiti dai terzi⁷⁹.

Lo statuto appare nella sua vera immagine di strumento di produzione giuridica del tutto inserito nella tipicità del sistema di diritto comune: è una fonte di diritto che richiede e prevede una mediazione 'creativa' per essere effettiva. Il particolarismo giuridico del comune è quindi il risultato di una complessa catena di produzione del diritto non della sola norma statutaria. C'è una *potestas statuendi* che opera dopo la redazione di uno statuto, e agisce nel dispositivo dell'*arbitrium*. Questo sembra rispondere ad un progetto teso a garantire una produzione del diritto sempre orientata nella direzione di consolidare e conservare il tipo di autonomia che la redazione statutaria ha inteso fondare.

5. CONSOLIDARE IL POTERE ACQUISITO

Darsi regole e istituzioni proprie, governare la quotidianità, conservare l'autonomia. Questi finora i profili che abbiamo visto comporre il sistema di costruzione della tipicità cittadina. Manca un ultimo aspetto, del quale abbiamo però già in parte constatato la rilevanza: potremmo chiamarlo consolidare il potere acquisito. Cerchiamo allora di osservare come l'*arbitrium* serva anche a

all'*arbitrium* del signore. Un esempio viene dalla signoria viscontea. Cfr. C. STORTI STORCHI, *Aspetti generali della legislazione statutaria in età viscontea*, in *Legislazione e società nell'Italia medievale, per il VII centenario degli statuti di Albenga (1288)*, Bordighera, 1990, p.87. Ciò non contrasta con la funzione dell'*arbitrium* di garantire l'autonomia locale. Come spiegheremo al punto seguente 'conservare l'autonomia' è una funzione che va insieme a quella di 'consolidare il potere acquisito'. L'*arbitrium* difende l'autonomia locale - e quindi il suo diritto - nella misura in cui ciò serve a consolidare il potere acquisito dall'istituzione dominante. Non è la maggiore o minore libertà rispetto al diritto preesistente a mettere in discussione il carattere sistematico insito nel potere arbitrario che questa esercita.

⁷⁶ D. TOSCHI, *Practicae conclusiones iuris*, Lugduni, 1660, to.V, concl.89 *Officiales communis cum generali arbitrio quid possint*, n.1, che ricorda l'opinione di PIETRO D'ANCARANO, *consilia sive iuris responsa*, Venetiis, 1585, cons.351 *Pro intelligentia*, circa medium.

⁷⁷ BARTOLO DA SASSOFERRATO, *In secundam Digesti novi partem commentaria*, cit., l.*Ambitiosa*, tit.*De decretis ab ordine faciendis*, nn.11-12. Riproponiamo il passo per intero: "Ex vigore dicti arbitrii [parla dell'*arbitrium super bono et pacifico statu civitatis*] non possunt statuere aliquid quod sit contra statuta et ordinem factum a toto populo a quo ipsi auctoritatem habent nisi de novo supervenisset causa vel causa antiqua quae esset de novo manifestata quam tempore legis conditae populus ignorabat". Ribadisce il concetto *In primam Codicis partem commentaria*, cit., l.*Haec quae*, tit.*De novo codice faciendo*, n.15. Questo stesso ragionamento viene proposto da L. PONTANO, *Consilia*, cit., cons.65, n.4 e cons.37, n.3, e NICOLO' DE' TEDESCHI, *Consilia iuris, quaestiones et praxis*, Venetiis, 1588, pars II, cons.104. Medesima esigenza è espressa da BALDO DEGLI UBALDI, *In Decretalium volumen commentaria*, cit., c.*Cum omnes*, tit.*De constitutionibus*, n.63. Egli inquadra l'"*arbitrium revidendi statuta*" secondo una relazione utile, armonica e sistematica con le fonti preesistenti su cui è poggiato il nuovo (e relativo) equilibrio socio - politico, ponendo il divieto di intervenire sui *vetera statuta* che sono "certa et clara" di modo che il potere di riforma si diriga solo a quei luoghi dove le norme statutarie risultino più incerte.

⁷⁸ "Vigore arbitrii non potest quis ius iniquum statuere" afferma F. DECIO, *Consiliorum*, cit., cons.651, n.10. Così già si esprimevano i commentatori; cfr. BALDO DEGLI UBALDI, *In Decretalium volumen commentaria*, cit., c.*Cum omnes*, tit.*De constitutionibus*, nn.1-2.

⁷⁹ Vale infatti la regola che i titolari di *arbitrium statuendi* non possono *auferre ius alteri quaesitum*. BARTOLO DA SASSOFERRATO, *In secundam Digesti novi partem commentaria*, cit., l.*Ambitiosa*, tit.*De decretis ab ordine faciendis*, n.12, afferma in proposito: "ex virtute dicti arbitrii vel alicuius eorum non possunt facere statutum per quod ius proprium iam quaesitum alicui auferatur". Su questa linea si collocano anche BALDO DEGLI UBALDI, *In Decretalium volumen commentaria*, cit., c.*Cum omnes*, tit.*De constitutionibus*, nn.1-2, e A. TARTAGNI, *Consilia seu responsa*, cit., lib.VI, cons.199, n.7. Tale orientamento è infatti *communis opinio* come conferma A.TEPATO, *Variarum iuris sententiarum*, cit., tit.*De officialibus consiliariis administratoribus civitatum*, fol.90.

questo scopo al contempo politico e sistematico. Abbiamo in più occasioni sottolineato la stretta attinenza del fenomeno di applicazione statutaria dell'*arbitrium* con i riassetti derivati dai mutati equilibri interni e soprattutto, con l'affermazione di poteri signorili nei comuni del Trecento⁸⁰.

Se la *iurisdictio* è la categoria con cui, a livello dottrinale, si risolve il problema della legittimazione del potere urbano (ma più in generale del potere politico nel medioevo), l'*arbitrium* è lo strumento con cui si risponde all'altra esigenza: dare a questo potere permanenza e concretezza. Con l'*arbitrium* il nuovo *dominus* della città o la nuova oligarchia al potere è in grado di organizzare una sua struttura amministrativa, di intervenire direttamente tramite essa sulla vita della città esercitando poteri autorizzatori, ablatori, conformativi, per il controllo dell'ordine pubblico, dell'economia interna, delle finanze pubbliche, del sistema repressivo. Con l'*arbitrium* si è anche in grado di aggiornare il diritto al mutamento delle esigenze.

Tutto ciò è strumentale alla conservazione di quel determinato equilibrio che nella storia tumultuosa della città si è raggiunto. Abbiamo osservato come l'*arbitrium* normativo trovi il limite invalicabile dei *pacta* da cui era nato lo statuto. Non i *pacta* di una origine lontana ma quelli che specificamente hanno prodotto l'ultima redazione statutaria. Quelli che per intenderci costituiscono la radiografia giuridica di un raggiunto punto di equilibrio nella lotta tra i poteri interni ad una città. Quel punto difende lo statuto e quel punto deve essere difeso dal resto dei dispositivi che intorno a questo vengono attivati.

Questa 'politica del diritto' è talvolta leggibile nella legislazione statutaria. Negli Statuti di Ascoli ad esempio, la norma che descrive i poteri degli Anziani, la principale magistratura della città, ricorda fermamente che tali *officiales* non possono "fare, disporre, ordinare ovvero reformare contra la forma de li statuti" e aggiunge "salvo quanto a loro è concesso ovvero permesso per forma d'alcuno statuto"⁸¹. È chiara l'intenzione di agganciare lo spazio di azione, la rilevanza, il ruolo sistematico dell'*arbitrium* di questi *officiales*, al sistema fondato o rifondato, dallo statuto. Non ci dimentichiamo che proprio ad Ascoli gli *officiales* devono essere sempre scelti tra soggetti che sono "amatori del presente statu popolare"⁸². Non della città, ma di quel tipo di città egemonizzata da quel segmento della comunità.

Quanto affermiamo trova una utile verifica nelle cosiddette norme di divieto di *petere arbitrium*. Si tratta di statuizioni che vietano agli *officiales* di chiedere o ricevere poteri arbitrari nuovi e ulteriori a quelli già concessi dallo statuto. Queste norme non sono affatto rare. Ad Osimo il divieto riguarda il *potestas* "vel alius qui officium civitatis gereret"⁸³, dunque tutti coloro che sono coinvolti nel governo della città; ma una norma di questo tenore è presente in città come Perugia⁸⁴. Anche ad Ascoli si stabilisce in riferimento ad un *officialis* di primo piano, il capitano del popolo, che "l'arbitrio non adomandarà ovvero farrà adomandare a lui essere dato ovvero concesso"⁸⁵. A Riva del

⁸⁰ L'*arbitrium officialis* come strumento normativo va inquadrato nella più generale questione della legittimazione dei poteri signorili risolta da Bartolo attraverso la elaborazione della *iurisdictio*. Cfr. C. STORTI STORCHI, *Appunti sulla potestas condendi statuta*, in *Statuti città territori in Italia e Germania tra medioevo ed età moderna*, a cura di G. Chittolini, e D. Willowiet, Bologna, 1991, p.334 e D. QUAGLIONI, *Politica e diritto nel Trecento italiano: il 'De tyranno' di Bartolo da Sassoferrato (1314-1357), con l'edizione critica dei trattati 'De Guelphis et Gebellinis', 'De regimine civitatis' e 'De tyranno'*, Firenze, 1983, p.34. Sul forte legame che sussiste tra dimensione esperienziale concreta e scientifica di diritto comune cfr. S. CAPRIOLI, *Interpretazione nel diritto medievale e moderno*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, X, 1993, p.19 e P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., pp.162-194.

⁸¹ *Statuti del popolo di Ascoli Piceno*, cit., lib.I, V *De la balia et juriditione concessa et data a li signuri antiani con li consigli ovvero senza*, nn.25-31, p.202.

⁸² *Statuti del popolo di Ascoli Piceno*, cit., lib.I, I *De la electione de li octocento consiglieri del populo con la adjonta...*. Una conferma viene dal particolare modo previsto per la scelta dei membri del Consiglio del popolo. I consiglieri infatti hanno incarico a vita, sono quelli iscritti in apposite liste conservate, sono sostituibili solo per morte o incapacità sopravvenuta e vengono cooptati con il criterio della fedeltà "a lu presente statu popolare".

⁸³ *Statuti di Osimo del 1308*, cit., lib.I, LXXII *De arbitrio non dando potestati nec alicui rectori civitatis Auximi*. Il divieto è conservato anche nella riforma del 1342, pubblicata anch'essa in *Il codice degli statuti osimani del XIV secolo*, cit, lib.I, XXVIII *De arbitrio non dando alicui rectori civitatis Auximi*.

⁸⁴ *Statuto di Perugia del 1279*, cit., 142 *Qualiter potestas et capitaneus non possint petere licentiam aliquam ad suum arbitrium puniendi*.

⁸⁵ *Statuti del popolo di Ascoli Piceno*, cit., lib.I, XXXII *Del modo et de l'ordine del juramento del potestà et del capitano et che non possa adomandare arbitrio...*, nn.23-27, p.244.

Garda, il divieto di “*petere aliquod arbitrium a consilio*” è diretta contro il *Rector*⁸⁶. Ma esempi sono stati segnalati da vari studi in tutta l'Italia centro settentrionale tra Duecento e Trecento⁸⁷. In certi casi esse sembrano voler rispondere ad una volontà di bloccare le possibili e abituali vie di accesso del potere signorile al controllo del sistema istituzionale e alla acquisizione di potere. In altri possono apparire come un tentativo di resistenza ad assoggettamenti provenienti dall'esterno. Lo statuto può costituire un momento di compromesso di un'autonomia cittadina perdente contro una signoria o di un principato in espansione. Si accetta di essere attratti nella sfera di controllo della città egemone, ma con lo statuto si intende anche impedire un aggravamento delle condizioni di assoggettamento. La norma che vieta di *petere arbitrium* costituisce la garanzia che stabilizza l'invasione del nuovo *dominus* o dei nuovi *domini* della città, la ferma al livello previsto dallo statuto stesso.

I divieti di *petere arbitrium* però possiedono anche un valore strategico per gli stessi soggetti che escono rafforzati dal nuovo equilibrio istituzionale che lo statuto ratifica. Una 'riserva di legge' sulle possibilità di *petere arbitrium* impedisce ad altri *officiales* di chiedere un potenziamento dei propri poteri; questo vuol dire che la classe dirigente cristallizza la posizione di dominio acquisita, eliminando il rischio che nuovi soggetti istituzionali possano modificare i rapporti di potere attraverso l'ottenimento di poteri arbitrari. Ricordiamo che il quadro degli assetti istituzionali di una città è variabile e conduce in certi casi talune istituzioni ad attrarre competenze e poteri ai danni di altre che vengono con ciò progressivamente esautorate delle loro principali prerogative⁸⁸. Questi rilievi sono ulteriormente confermati dalla constatazione che gli statuti che abbiamo osservato contengono divieti di *petere arbitrium*, ma non rifiutano affatto una applicazione dell'*arbitrium officialis*⁸⁹. Anzi, spesso, ne fanno ampio uso nelle norme specifiche. Decidono quale spazio dargli, a chi darlo e in più tentano di impedire che il quadro così disegnato venga a modificarsi in futuro.

La presenza di tali divieti non mostra dunque una estraneità dell'*arbitrium* ai processi che determinano il governo della *civitas*, anzi ne dimostra ulteriormente la centralità. Ecco perché pensiamo che la dimensione del consolidare il potere acquisito sia una componente da non trascurare per descrivere la tipicità cittadina e con essa il particolarismo giuridico medievale.

6. LA TIPICITÀ LOCALE NEL SISTEMA GIURIDICO UNIVERSALE

Cerchiamo di riepilogare. Abbiamo ora sotto gli occhi questo ventaglio di livelli in cui si gioca l'effettività delle peculiarità di una storia cittadina, e del suo sistema di potere. Ma la nostra intenzione è quella di capire il senso di queste forti esperienze di particolarismo giuridico nel sistema di *ius commune*. Questo diritto universale non è semplicemente un insieme di norme, una carta fondamentale, ma un prodotto sapienziale. È anzitutto la cultura giuridica, la *scientia iuris*, ad essere universale. I giuristi ragionano tutti con un comune metodo esegetico (*l'interpretatio*) e su un oggetto comune, il diritto romano nella versione giustiniana, che, con successo pieno ed

⁸⁶ *Statuti dei Riva del Garda*, cit., lib.I, IV *Quod dominus rector non petat aliquod arbitrium a consilio*.

⁸⁷ Secondo C. STORTI STORCHI, *Aspetti generali della legislazione statutaria*, cit., p.88, “il divieto di chiedere ai consigli cittadini sia l'autorizzazione a derogare a norme specifiche sia l'esenzione dall'obbligo di osservanza degli statuti tramite il conferimento di poteri arbitrari”, costituisce una regola comunemente presente nella legislazione trecentesca. G. CHIODI, *Le scelte normative degli statuti di Spoleto*, cit., p.229, individua un simile orientamento della legislazione statutaria dell'Italia centrale e settentrionale già nel Duecento. Cfr. R. CELLI, *Studi sulle democrazie comunali*, cit., p.307.

⁸⁸ Queste riflessioni spostano il discorso sull'altra interessante questione del ruolo dello statuto cittadino come legge fondamentale della città; cfr. S. CAPRIOLI, *Una città nello specchio delle sue norme. Perugia milleduecentosettantanove*, in *Statuto del comune di Perugia del 1279*, Perugia, 1996, vol.II, pp.249-329.

⁸⁹ Non a caso nello *Statuto di Perugia del 1279*, cit., 142 *Qualiter potestas et capitaneus non possint petere licentiam aliquam ad suum arbitrium puniendi*, la severa norma, accanto all'insuperabile divieto di *petere* e *recipere arbitrium*, prevede: “salvo hoc non preiudicet illis rebus que sunt determinate per statutum, que per statutum arbitrio potestatis et capitanei puniri possunt”. Proprio in riferimento al caso perugino anche S. CAPRIOLI, *Una città nello specchio delle sue norme*, cit., p.262, osserva che “non contrasta questa regola l'esistenza di ipotesi ‘qua per statutum arbitrio potestatis et capitanei puniri possunt’”. A proposito di questa norma l'A. *Ibidem*, p.262 e p.291, parla espressamente di riserva di legge.

assurda ma estrema concretezza, rendono attuale, cioè utilizzabile dal mondo ad essi contemporaneo.

L'operazione di costruzione del diritto universale, o, per essere più precisi, della dimensione universale del sistema giuridico medievale, è dunque principalmente ed essenzialmente scientifica. Questo vuol dire che la convivenza del particolarismo e dell'universalismo è la convivenza di due dimensioni qualitativamente diverse ma profondamente intercomunicanti⁹⁰.

L'una non sussisterebbe come tale senza l'altra. La dimensione sapienziale del diritto fornisce gli strumenti per rendere le esperienze particolari giuridicamente significative, per rendere giuridico un sistema di potere i cui percorsi sono sul piano materiale sciolti da una dinamica sistematizzante. Pensiamo a figure come l'*arbitrium* normativo; abbiamo visto come il dimensionamento dottrinale, di portata quindi universale, sia determinante per farlo funzionare come dispositivo sistematico della realtà cittadina.

C'è un contesto extrastatutario che contribuisce in maniera determinate a scrivere le pagine della storia locale; questo contesto ha un fondamento giurisprudenziale-sapienziale. È come un livello di cui il legislatore statutario ha coscienza implicita tanto da sentirsi affrancato dal dover precisare i contenuti degli strumenti che da quel contesto importa. Ciò non deriva da una sua debolezza, ma dagli stessi compiti che nell'ordine giuridico medievale esso assume.

6.1. LA VALENZA UNIVERSALE DELL'ARBITRIUM

Cerchiamo allora di capire la valenza universale dell'*arbitrium*. La definizione del concetto di *arbitrium* è dottrinale, così come la individuazione delle regole. In questa sede non possiamo chiarire tale aspetto. Esso richiederebbe un approfondimento separato; ci limitiamo a ricordare solo alcuni profili che però sono utili all'economia del nostro discorso.

L'*arbitrium* è configurato dalle fonti dottrinali come una *voluntas*⁹¹ che è *iustificata*⁹². In quanto tale, non costituisce una sfera di libertà attribuita a qualcuno di porsi fuori o oltre l'ordinamento giuridico, piuttosto descrive l'*arbitrium* come un elemento del sistema che ha una chiara collocazione e legittimazione al suo interno.

Questo profilo emerge ancora più chiaramente quando i giuristi definiscono il contenuto dell'*arbitrium* come *conscientia publica iurium*⁹³ o *commune et publica*⁹⁴, *lege informata*⁹⁵ o

⁹⁰ Cfr. P. COSTA, *Ius commune*, 'ius proprium', 'interpretatio doctorum': ipotesi per una discussione, in *El dret comun i Catalugna*, a cura di I.Ferreiros, Barcelona, 1995, pp. 29-42.

⁹¹ Cfr. BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Tractatus super constitutione Ad reprimendum*, in, *Consilia, quaestiones et tractatus Bartoli a Saxoferrato*, Venetiis, 1581, v.*Videbitur*, n.11, A. TARTAGNI, *Consilia sive reponsa*, cit., lib.III, cons.58, nn.11-12.

⁹² BALDO DEGLI UBALDI, *In primam et secundam Infortiati partem commentaria*, Venetiis, 1586, l.*Fideicommissa*, § *Quanquam*, tit.*De legatis et fideicommissis*, n.1. Cfr. ANTON DE NEBRIJA, *Vocabularium utriusque iuris*, Venetiis, 1575, v.*Arbitrium*, circa *medium*, BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Tractatus super constitutione Ad reprimendum*, cit., v.*Videbitur*, n.2, NICOLO' DE' TEDESCHI, *Commentaria primae partis in primum Decretalium librum*, Venetiis, 1588, c.*Ne innitaris*, tit.*De constitutionibus*, post *princ.* Anche la *nuda* o *libera voluntas*, è sottoposta ad una disciplina; in questo senso è anche essa un potere delimitato, giuridicamente organico al sistema non eversivo del suo ordine. Il discorso in questa sede non può che essere accennato. La *libera voluntas* è infatti dedotta dall'*arbitrium liberum*, il quale pur essendo distinto dall'*arbitrium regulatum* è comunque subordinato ad una serie di parametri di orientamento. Se per l'*arbitrium regulatum* si parla di subordinazione al cosiddetto *ius positivum*, per l'*arbitrium liberum* sussiste il limite dello *ius naturale*, perché come afferma BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Tractatus super constitutione Ad reprimendum*, cit., v.*Videbitur*, n.6, "quantumcumque committitur in voluntatem liberam, intelligitur voluntas libera a regulis iuris civilis, sed semper remanet limitata regulis iuris gentium". Con parole simili si esprimono F.ZABARELLA, *In Clementinarum volumen commentaria*, Venetiis, 1579, c.*Saepe*, § *Non sic tamen*, tit.*De verborum significatione*, n.5 in fine, BALDO DEGLI UBALDI, *In primum et secundum et tertium Codicis libros commentaria*, Venetiis, 1577, l.*Si aquam*, tit.*De servitutibus*, n.45, ALBERICO DA ROSATE, *In secundam Digesti infortiati partem commentaria*, Venetiis, 1585, l.*Fideicommissa*, § *Si fideicommissum*, tit.*De legatis et fideicommissis*, n.1, GIASON DEL MAINO, *In primam Digesti veteris partem commentaria*, cit., l.*Huius edicti*, tit.*De pactis*, n.3.

⁹³ GIASON DEL MAINO, *In secundam Codicis partem commentaria*, Venetiis, 1590, l.*Certum est*, tit.*Unde legitimi*, n.13, è molto esplicito: "qui habet potestatem disponendi et providendi secundum conscientiam non debet sequi conscientiam propriam sed conscientiam publicam iurium". Ma già ENRICO DA SUSA, *In primum librum decretalium commentaria*, Venetiis, 1581, c.*Canonum statuta*, tit.*De constitutionibus*, nn.12-13, ricordava in proposito che "debet ergo iudex secundum iuris conscientiam iudicare [...] quia nemo iustus contra iuris conscientiam iudicabit". In questo

ancora *ligata rationibus legum*⁹⁶. In questo senso, l'elemento "*conscientia*" pone nell'*arbitrium*, in quanto potere soggettivo, una funzione di concretizzazione dell'ordinamento giuridico⁹⁷. Dunque, il titolare di *arbitrium* esercita il suo potere *secundum mentem legis*, attinge alla ratio implicita del sistema giuridico universale. Infatti viene costruito come attività non predeterminata ma teleologicamente orientata attraverso parametri di riferimento come l'*aequitas*⁹⁸, la *iustitia*⁹⁹, la *ratio*¹⁰⁰. L'*arbitrium* si propone in tal modo, come strumento di adeguamento tra diritto e realtà, come momento di mediazione che lega la complessità del primo (il diritto) alla molteplicità della seconda (la realtà specifica).

A questo punto appare opportuno sottolineare quanto implicitamente sta emergendo: se l'*arbitrium* è *iuri consonum*, è "*voluntas submissa fraeno rationis*"¹⁰¹, se come nozione

senso cfr. PIERRE DE BELLEPERCHE, *Quaestiones vel distinctiones*, Lugduni, 1517, (ristampa anastatica, Bologna, 1970), XI notevole, fol. 160 e q.CCCCCVI, fol. 142.

⁹⁴ BALDO DEGLI UBALDI, *In VII, VIII, IX, X et XI Codicis libros commentaria*, Venetiis, 1577, l. *De eo*, tit. *De poena iudicis qui male iudicavit*, n.9 circa medium, spiega che "*conscientia alia publica alia privata, sed iudicialis iustitia semper publica*".

⁹⁵ PIERRE DE BELLEPERCHE, *Quaestiones vel distinctiones*, cit., XIII notevole, fol. 160, ne parla rispetto alla questione se "*utrum iudex debeat iudicare secundum conscientiam suam vel secundum allegatas*"; il caso in cui "*ille iudex habet conscientiam lege informatam*" nel quale, sulla base delle prove assunte, "*iudex potest et debet secundum suam conscientiam sic informatam iudicare*", viene distinto da quello in cui il giudice giudica come *privatus*.

⁹⁶ BALDO DEGLI UBALDI, *In VII, VIII, IX, X et XI Codicis libros commentaria*, cit., l. *De eo*, tit. *De poena iudicis qui male iudicavit*, n.4.

⁹⁷ L'attività giudicante si colloca in un processo sistematico di concretizzazione del sistema giuridico delineato dagli *interpretes*. Il giudice, infatti, tramite l'*arbitrium* interagisce con il processo di produzione del diritto associando alla *scientia* la *conscientia*. Come spiega A. BARBAZZA, *Consiliorum sive responsorum*, Venetiis, 1558, lib. II, cons. 36 n.8: "*in iudice debent adesse duo sales, sal conscientiae et scientiae: et quia in iudice debet esse sal iustitiae et scientiae, est insipida illa sua conscientia si in eo est sal conscientiae et non scientiae*". Il concetto è ribadito da A. CRAVETTA, *Tractatus de antiquitatibus temporum*, Lugduni, 1559, pars I, arg. *Quid dicatur antiquum in materia probationis*, n.57: "*iudicem enim sales duos habere oportet, unum sapientiae, ne sit insipidus, alterum rectae conscientiae, ne sit diabolicus*". Concorda quasi letteralmente GIASON DEL MAINO, *In primam Codicis partem commentaria*, Venetiis, 1590, l. *Rem non novam*, tit. *De iudiciis*, n.1 in fine, facendo riferimento alla riflessione di Baldo.

⁹⁸ Ad esempio NICOLÒ DE' TEDESCHI, *Commentaria in quartum et quintum Decretalium libros*, Venetiis, 1588, c. *Super his*, tit. *De accusationibus*, n.18 afferma: "*iudex in commissis arbitrio suo debet aequitatem servare*"; concordano le posizioni di ALBERICO DA ROSATE, *In primam Digesti veteris partem commentaria*, Venetiis, 1585, l. *Ius dicentis*, tit. *De iurisdictione*, n.11, BALDO DEGLI UBALDI, *In primam Digesti veteris partem commentaria*, cit., l. *Iustitia*, tit. *De iustitia et de iure* n.14, M. A. NATTA, *Consiliorum sive responsorum*, Lugduni, 1570, to. II, cons. 312 *Exoritur difficultas*, n.11. Sul collegamento dell'*arbitrium* con l'*aequitas* cfr. N. HORN, *Aequitas in den lehren des Baldus*, Köln, 1968, p.149 e J. VALLEJO, *Ruda equidad*, cit., p.48.

⁹⁹ Ciò appare il naturale esito di un sistema in cui l'esercizio del potere viene descritto, come dice CINO DA PISTOIA, *In Codicem et aliquot titulos primi Pandectorum tomi id est Digesti veteris doctissima commentaria*, Francoforti, 1578, (ristampa anastatica, Torino, 1964), l. *Iustitia*, tit. *De iustitia et iure*, n.2 ante medium, "*summa virtus quae iura distribuit*". È questo il compito della *voluntas*. *Iustitia*, infatti, è *genus* della *voluntas*, come ha osservato E. CORTESE, *La norma giuridica*, Milano, 1962, II, p.36. Sul rapporto *arbitrium-iustitia* cfr. PSEUDO-VITALINI, *Commentarii in Clementinas Constitutiones*, Venetiis, 1574, c. *Saepe*, tit. *De verborum significatione*, n.24, GIOVANNI D'ANDREA, *Constitutiones Clementis quinti quas Clementinas vocant...*, Venetiis, 1572, c. *Saepe*, tit. *De verborum significatione*, glo. *Exceptiones* e glo. *Defensiones*, post medium, fol. 182, BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Tractatus super constitutione "Ad reprimendum"*, cit., v. *De plano*, n.1, BALDO DEGLI UBALDI, *In primam Digesti veteris partem commentaria*, cit., l. *Si procurator*, tit. *De conditione indebiti*, n.7, fol. 64, M. A. NATTA, *Consiliorum sive responsorum*, cit., to. II, cons. 512 *Dubitatur*, n.14.

¹⁰⁰ BARTOLO DA SASSOFERRATO, *In primam Digesti veteris partem commentaria*, Venetiis, 1580, l. *Quid ergo*, § *Poena gravior*, tit. *De iis qui notantur infamia*, ricorda che l'*arbitrium* è "*iusta ratione motus*". L'*arbitrium* esprime una volontà razionalmente concepita. I tre parametri sembrano essere legati circolarmente, per cui quando si evoca l'*aequitas* si richiamano anche la *iustitia* e la *rationabilitas*. Cfr. NICOLÒ DE' TEDESCHI, *Commentaria in Clementinas epistolas et earum glossas*, Venetiis, 1587, c. *Saepe*, tit. *De verborum significatione*, n.39. Cfr. J. KRYNEN, *Droit roman et état monarchique, à propos du cas français*, in *Représentation, pouvoir et royauté à la fin du Moyen Age*, a cura di J. Blanchard, Paris, 1995, p.23 e F. CALASSO, *Gli ordinamenti giuridici del Rinascimento medievale*, Milano, 1949, p.279.

¹⁰¹ NICOLÒ DE' TEDESCHI, *Commentaria primae partis in primum Decretalium librum*, cit., c. *Ne innitaris*, tit. *De constitutionibus*, post princ.

giuridicamente apprezzabile¹⁰² prevede e presuppone dei limiti di esercizio e un inserimento ordinato nel sistema di diritto, allora è ad esso estraneo il significato negativo attuale attribuito al termine 'arbitrio'¹⁰³. La nozione di 'potere arbitrario' indica nel nostro linguaggio infatti patologie nel sistema e si colloca accanto a quella di 'potere dispotico', 'illegittimo'.

L'appiattimento della nozione antica di *arbitrium* su quella moderna di arbitrio è il frutto di una stratificazione semantica che è maturata progressivamente tra il XVII e il XVIII secolo e si è imposta con la risposta settecentesca alla crisi del sistema di antico regime¹⁰⁴. In essa, infatti, l'*arbitrium* appare come il supporto giuridico dell'assolutismo politico. Questo, come sappiamo, modifica la geografia del potere, ne cambia le categorie ordinarie generali sostituendo progressivamente il concetto di autonomia con quello di sovranità. In questo nuovo contesto la valenza di *arbitrium* assume un valore di segno diverso, perde i riferimenti essenziali per il suo orientamento teleologico e cambia i significati 'sistematici' del suo essere potere giuridico forte, libero e discrezionale¹⁰⁵. La modificata percezione del potere rende intollerabile ciò che in origine era stato il naturale valore dell'*arbitrium*.

Ma se pensiamo ai processi storici nei quali abbiamo visto operare l'*arbitrium*, appare evidente il suo legame con una vicenda che si muove nel sistema delle autonomie¹⁰⁶. L'*arbitrium* è contestuale e strumentale all'organizzazione di un potere politico ancora intriso della tipicità medievale, in cui il potere particolare è sempre parte e articolazione di un potere universale.

In diritto comune, dunque, il rapporto tra *arbitrium* e ordinamento non va risolto in termini di concorrenza ma di appartenenza; di quei sistemi l'*arbitrium* è parte integrante, omogenea; il suo ruolo consiste nel partecipare ai processi della loro composizione effettiva. Del resto il diritto comune era costruito con una forte componente giurisprudenziale sempre riferita ad un contesto normativo preesistente e intangibile. Ciò impediva ogni capacità di riforma sistematica, se ci si affidava al mero rinnovamento legislativo.

La creatività doveva venire da una attività capace di considerare le istanze di novità poste dal mondo concreto, di valorizzare le potenzialità innovative contenute nei nuovi prodotti legislativi e di bilanciare il tutto in un'armonia sistematica e stabilizzata in quel momento (ma per questo variabile nel tempo); ciò presupponeva la presenza di dispositivi come l'*arbitrium* o l'*interpretatio*. Il primo era capace di recepire i contributi provenienti dal piano della prassi e da quello politico; il secondo, essendo il luogo di conservazione della *scientia iuris*, elaborava gli strumenti perché l'*arbitrium* potesse operare nel senso della riformabilità in relazione alle istanze che percepiva.

6.2. LA TIPICITÀ LOCALE COME PARTE ESSENZIALE DEL SISTEMA GIURIDICO UNIVERSALE

L'*arbitrium*, quel dispositivo che abbiamo visto operare nella vita del diritto locale, ha un valore per il sistema universale. È prodotto da esso perché ad esso è necessario.

Il suo uso nelle varie dimensioni della tipicità cittadina come il governare la quotidianità o il conservare l'autonomia, risponde alle regole universali poste dai *doctores*, regole capaci di rendere

¹⁰² Concordano nel giudizio A. LAINGUI, A. LEBIGRE, *Histoire du droit pénal*, Paris, 1979, vol.I, p.129.

¹⁰³ Che l'*arbitrium* non avesse, in origine, una connotazione negativa è anche opinione di B. DURAND, *Déontologie du juge et droits de la défense: quelques pistes dans la procédure criminelle d'ancien régime*, in *Recueil de mémoires et travaux*, XVI, Montpellier, 1994, p.213.

¹⁰⁴ In riferimento al ruolo dei *philosophes* e di riformatori come Beccaria nel consolidare una percezione negativa del concetto di *arbitraire* cfr. M. SBRICCOLI, *Beccaria ou l'avènement de l'ordre. Le philosophe, les juristes et l'émergence de la question pénale*, in *Beccaria et la culture juridique des Lumières*, a cura di M. Porret, Genève, 1996, pp.117-178 e M. PORRET, *Le crime et ses circonstances, de l'esprit de l'arbitraire au siècle des Lumières selon les réquisitoires des procureurs généraux de Genève*, Genève, 1997, pp.18-19.

¹⁰⁵ "Pouvoir absolu et pouvoir arbitraire", osserva M. PORRET, *Le crime et ses circonstances*, cit., p.20, "sont pensés dans une relation d'ambiguïté conceptuelle qui vient à inverser leur sens spécifique et conduit à confondre la nature politique du premier pouvoir, qui est nécessaire à la raison d'Etat, avec les effets autoritaires du second, qui sont propres au tyran".

¹⁰⁶ Alcuni studiosi hanno messo in evidenza la valenza di *arbitrium* come potere straordinario legato alla emersione dei poteri signorili. Cfr. M. CARVALE, *Ordinamenti giuridici*, cit., pp.490-495, S. A. BIANCHI, G. M. VARANINI, *Statuti comunali e signoria*, cit., pp.15-21 e già G.MASI, *Verso gli albori del principato*, in *Rivista di storia del diritto italiano*, IX, 1936, p.113.

questo strumento conforme alle esigenze sistematiche dell'ordine giuridico. Ciò vuol dire che l'azione politico-amministrativa è a sua volta imbrigliata in una dimensione trascendente.

Allora la scelta normativa per l'*arbitrium* appare rispondere non solo ad una volontà di affermazione di poteri emergenti locali, ma anche e contemporaneamente, ad una esigenza di conformare quei poteri nuovi, agli assetti profondi di quel mondo giuridico. Il suo esistere ed attivarsi interessa non solo la dimensione particolare ma anche e contemporaneamente la dimensione del sistema nella sua valenza complessiva. Il definire il potere degli *officiales* come potere arbitrario, se da un lato asseconda il particolarismo cittadino, dall'altro lo proietta nei processi di validazione del sistema giuridico universale.

In questo senso affermiamo che non è solo il contesto particolare a giovare dei contributi della dimensione universale del diritto, ma è anche questa stessa a trarre alimento dal prodursi e comporsi della tipicità locale in fenomeno giuridico.

7. LA DIMENSIONE MICROSTORICA E MACROSTORICA DELLA RIFLESSIONE SULL'ESPERIENZA GIURIDICA MEDIEVALE

L'analisi dell'*arbitrium* dimostra la possibilità di attivare una osservazione della legislazione statutaria concentrata sui rinvii, anche impliciti, che in essa si fanno al contesto sapienziale. Oltre che per l'*arbitrium officialis*, questo discorso può essere fatto anche per le stesse istituzioni al vertice della città come il *potestas*, il *vicarius* o il *capitaneus*, il *rector*, ecc. Queste figure della legislazione statutaria trovano nella *scientia iuris* una elaborazione teorica ordinante, integrante e generalizzante, con la quale viene impresso loro un codice genetico generale, valido per ciascuna esperienza particolare.

Sarebbe possibile e forse non inutile aprire dei percorsi di ricerca che prendano ad oggetto questi utensili dello statuto ma generati dalla dimensione universale. Si potrà lavorare su di essi partendo da un livello di analisi microstorica e per aprirsi al contesto macrostorico di riferimento.

Gli statuti comunali continueranno ad essere osservati in questo modo come luogo di informazione sulla vita della città. Ma il livello 'sapienziale' della dimensione giuridica degli strumenti di gestione della città potrà essere valutato nella rilevanza che ha avuto per la definizione degli assetti locali, della vita cittadina nella sua specificità, nelle sue complesse valenze politiche, sociali, culturali ed economiche.

Verranno così ricostruiti altri legami invisibili che uniscono la storia locale, le mille storie locali, alla vicenda giuridica universale che ha caratterizzato il medioevo. In tal modo essi potranno ulteriormente chiarirci i caratteri e il senso della tipicità del mondo medievale.

In questo mi sembra la Storia possa dare il suo contributo costruttivo alle ansie attuali per il futuro, ansie che tendono a cercare risposte rassicuranti nelle *origini lontane e locali* dell'identità collettiva. La tipicità cittadina medievale ci racconta un equilibrio simbiotico tra particolare e universale; noi possiamo osservarlo nelle sue ragioni, nei suoi limiti, nella sua irripetibile peculiarità. Da qui possiamo cogliere il grande insegnamento della Storia intesa come esperienza: non ripiegarsi in nostalgie per i gloriosi tempi andati, non ripetere e riprodurre mondi dimenticati, ma avere memoria di ciò che si è stati per essere effettivamente creativi in un futuro che è ancora tutto da scrivere.