

Massimo Vallerani

Procedura e giustizia nelle città italiane del basso medioevo (XII-XIV secolo)

[In corso di stampa in *Pratiques sociales et politiques judiciaires dans les villes de l'Occident à la fin du Moyen Âge* (Actes du Colloque international, Avignon, 29 novembre-1 décembre 2001) © dell'autore - Distribuito in formato digitale da "Reti Medievali"]

Nella storia della giustizia la procedura gioca un ruolo scomodo. Rappresenta la parte tecnica del racconto, spesso ricostruita in modo meccanico e astratto come un susseguirsi di atti senza rilevanza effettiva. Al tempo stesso è uno degli indicatori principali per giudicare i sistemi e valutarne lo stadio di sviluppo: il passaggio dall'accusa all'inquisizione, in qualunque realtà avvenga, è sempre visto come il segno di una compiuta struttura giudiziaria statale. Si tratta naturalmente di un processo graduale, inquadrato in schemi di evoluzione cronologica di diversa lunghezza. Spesso si scelgono tempi lunghi, a volte lunghissimi, dal XIII al XVIII secolo, o addirittura dal XII al XIX, insistendo poi su un'evoluzione lenta e contrastata o su un punto di rottura preciso: la "Vergentis in senium" di Innocenzo III o la crociata anticatara - termini *a quo* scelti in moltissimi studi sulle procedure inquisitoriali antiereticali - oppure il *Tractatus de maleficiis* di Alberto Gandino, che segnerebbe la rottura del monopolio dell'accusa privata, o ancora i grandi processi politici del primo Trecento che fusero lesa maestà ed eresia in un grande sistema penalistico-repressivo senza confini. In tutti i casi si presuppone l'affermazione inarrestabile dello stato e quindi di una giustizia di stato a scapito delle altre: un paradigma profondamente evoluzionista, nonostante le sfumature diverse usate nei singoli studi e nonostante la diffusione massiccia di categorie "altre" - come l'infragiudiziario (un'indistinta congerie di prassi intermediarie esterne al giudizio pubblico), o la negoziazione, (termine che indica una sorta di compromesso fra le pretese dei singoli e quelle dello Stato) - nate in origine per relativizzare uno schema così meccanicamente predeterminato¹.

L'affaticarsi della storiografia di questi ultimi anni verso sempre nuove formule e nuove metafore (infra/extra/para-giudiziario, negoziazione, penale negoziato, penale prodromico, emergenza del penale, emergenza del penale egemonico), la dilatazione dei tempi del cambiamento, fino a immaginare evoluzioni continue di sette-otto secoli in cui tutto diventa prodromico a qualcosa che stenta a farsi riconoscere fino a tempi recentissimi, e l'inevitabile diluirsi delle specificità di questi inquadramenti astratti appena si metta mano alle fonti, dimostrano, a mio avviso, tutte le difficoltà del paradigma evoluzionistico e la sua scarsa utilità nella ricerca sul campo. Soprattutto in due momenti: per il momento iniziale, quel XII-XIII secolo descritto in termini quasi aurorali di poteri deboli incredibilmente aperti verso i propri soggetti²; e per la fase "moderna", fra XV e XVI secolo, dove l'ipotesi di un monolite statale-penalistico onnicomprensivo si scontra con continue eccezioni e

¹ Mi sembrano assolutamente condivisibili le riserve avanzate da M. Sbriccoli, *Giustizia negoziata, giustizia egemonica. Riflessioni su una nuova fase degli studi di storia della giustizia criminale*, in *Criminalità e giustizia in Germania e in Italia. Pratiche giudiziarie e linguaggi giuridici tra tardo medioevo ed età moderna*, a cura di M. Bellabarba, G. Schwerhoff, A. Zorzi, Bologna 2001, pp. 345-364, qui p. 349, sulla natura implicitamente statale del concetto di infragiudiziario, che finisce per attribuire il giudiziario solo allo stato. Tuttavia anche la distinzione proposta da Sbriccoli fra due ambiti della giustizia, negoziata (prima) ed egemonica (dopo) da intendersi comunque in modo unitario, non comporta di per sé una prospettiva evoluzionista, ma di fatto la presuppone: "La giustizia negoziata ha le sue origini nel penale privato della prima fase cittadina", p. 356, poi viene gradualmente marginalizzato, e destinato a lunga sopravvivenza ma in posizione subordinata, mentre la giustizia egemonica "dal XIV secolo in poi sembra crescere ed imporsi con incessante continuità, riducendo gli spazi della giustizia negoziata", p. 360. Per un quadro di sintesi più ampio si veda Id., *Giustizia criminale*, in *Lo stato moderno in Europa, Istituzioni e diritto*, a cura di M. Fioravanti, Bari 2002, pp. 165-205.

² Come se prima di Alberto Gandino non esistessero giustizie penali: sarebbe utile qualche lettura sul contesto sociale europeo e i modi di creare e punire il dissenso tra XI e XII secolo: J. Russell, *Dissent and order in the Middle Ages. The search for legitimate authority*, New York 1992 e R. Moore, *The formation of a persecuting society: power and deviance in western Europe, 950-1250*, Oxford 1987; una cronologia che potrebbe essere anticipata se pensiamo ai grandi processi di separazione interni alla cristianità in atto nei secoli X e XI, cfr. D. Iogna Prat, *Ordonner et exclure. Cluny et la société chrétienne face à l'hérésie, au judaïsme et à l'Islam*, Paris 1997.

con un'esplosione di giustizie concorrenti che mal sopportano uno schema oppositivo binario "giustizie avanzate" vs. "giustizie ritardate". Al fondo di questi studi si intravede la pretesa implicita che la procedura rifletta le fasi evolutive dello stato e dunque la giustizia "spieghi" lo stato. Pretesa eccessiva e a mio avviso errata. Se proprio vogliamo rimanere nel campo del rispecchiamento biunivoco, allora sarebbe meglio invertire il rapporto e pensare che sia la politica a dare senso alla giustizia e alle sue articolazioni procedurali; ma soprattutto bisogna liberare la procedura dal peso eccessivo di essere "segno" di questa o quella fase e cercare il senso storico alle pratiche processuali recuperando il significato politico della giustizia nei diversi momenti del tardo medioevo.

È quanto cercheremo di fare in questo studio, evitando i condizionamenti evolutivi e limitando il campo di osservazione alle procedure come mezzo per comprendere la funzione della giustizia pubblica nel sistema politico comunale. Più che i modelli procedurali così come dovrebbero funzionare secondo la fase di sviluppo, interessano i modi di svolgimento dei processi nelle curie comunali e l'insieme di pressioni politiche e di interazioni sociali che ne condizionavano gli assetti finali. Questo emerge bene esaminando i momenti di rottura e di fibrillazione dei sistemi: le eccezioni alle norme, le strategie elusive seguite dalle parti, le tensioni politiche che si creano intorno alla giustizia, i provvedimenti eccezionali e sospensivi che ne modificano continuamente il senso. Si prende atto, in sostanza, che nelle giustizie di antico regime, la modifica e l'adattamento continuo delle procedure non costituiscono un sotto-insieme di pratiche alternative esterne al giudizio (come forse intende il ricorso alla categoria dell'infragiudiziario), ma ne disegnano la trama applicativa necessaria alla sua esistenza: ordinario e straordinario fanno parte del medesimo quadro, condividono lo stesso profilo "sistematico"³. Per questo si è cercato di tenere uniti tre momenti nell'analisi delle procedure in uso nelle città italiane tra XII e XIV secolo: il momento dell'elaborazione culturale, fondamentale per capire il senso delle procedure come forma di ordinamento della realtà politica secondo i ruoli dei protagonisti; i modi di applicazione dei processi nei sistemi giudiziari pubblici su larga scala e infine le deformazioni provocate inevitabilmente dal contesto sociale e politico, vale a dire l'uso delle procedure da parte dei *cives*.

1. Iniziamo dal significato profondo della messa in campo di un modello processuale come motore della giustizia pubblica nell'Europa del secolo XII. Dopo gli studi di André Gouron⁴ e di Ennio Cortese⁵ e la sistemazione degli *ordines iudicarii* di Linda Fowler Magerl⁶, sappiamo che l'elaborazione di un *ordo iudicii* condiviso da poteri diversi è avvenuta con il contributo di una pluralità di centri culturali, spesso indipendenti da Bologna, anche se tutti o quasi gli autori hanno

³ Estenderei in parte il quadro efficacemente disegnato per il concetto di *arbitrium* da M. Meccarelli, *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano 1998, un libro importante per capire gli assetti reali della giustizia medievale.

⁴ Della estesa produzione dell'autore si guardi almeno A. Gouron, *Primo tractavit de natura actionum Geraudus: studium bononiense, glossateurs et pratiques juridique dans la France médiévale*, Id., *Droit et coutume en France aux XIIe et XIIIe siècles*, Variorum, Aldershot 1993, Id., *Placentin et la somme "cum essem Mantuae"*, Ibidem, II, dove sono studiati gli stretti legami di dipendenza testuale tra la *Summa Codicis* di Rogerio, scritta probabilmente ad Arles, la *Summa Trecensis* del maestro provenzale Geraud, *le Codi*, che dipende dalla *Summa Trecensis*, e la *Summa de actionum varietatibus* di Piacentino. E ancora, sempre di Gouron, *L'entourage de Louis VII face aux droits savants: Giraud de Bourges et son ordo*, Ibidem, XII, un'altra paziente ricerca intorno all'*ordo "Inter cetera studiorum"*, attribuito a Giraud de Bourges *capellanus* del re e notaio. Più recenti Id., *Une école de canonistes anglais à Paris: maître Walter et ses disciples*, in "Journal des Savants", janvier-juin 2000, pp. 47-72 che riconduce al maestro inglese Walter l'*ordo Tractaturi*.

⁵ E. Cortese, *Il Rinascimento giuridico medievale*, Roma 1992, e Id., *Il diritto nella storia medievale*, II, *Il basso medioevo*, Roma 1995, pp. 103-142.

⁶ L. Fowler Magerl, *Ordo iudiciorum vel ordo iudiciarius. Begriff und Literaturgattung*, (Ius commune, Sonderheft 19), Frankfurt am Main, 1984, e Ead., *Ordines iudicarii and libelli de ordine iudiciorum*, (Typologie des sources du Moyen Âge occidental, fasc. 63), Turnhout 1994, sulla forma degli *ordines*, pp. 57-73; K.W. Nörr, "Ordo iudiciorum" und "ordo iudiciarius", in "Studia Gratiana" 11, (1967), pp. 327-343, ora in Id., *Iudicium est actus trium personarum. Beiträge zur Geschichte des Zivilprozessrechts in Europa*, Goldbach 1993, pp. 3-19.

avuto un contatto con la scienza bolognese⁷: scuole cittadine, università, chiese cattedrali, grandi centri monastici. Si è visto anche che le procedure elaborate seguono in maniera rilevante interessi e spinte locali dipendenti dagli autori, dalla loro collocazione politica, dalle domande dei destinatari, dalle scuole che favorivano un determinato indirizzo interpretativo. Questo vale per Montpellier e per Orléans, ma anche per le scuole cittadine italiane come Modena, Mantova, Piacenza, Arezzo: esempi non casuali, perché la circolazione, e direi anche la circolarità, dei testi e degli autori tra questi centri e le città transalpine individua veramente un contesto europeo, a un tempo sovralocale per la qualità dei problemi affrontati, e specifico per le risposte date nei diversi luoghi⁸. È evidente che un processo culturale di tale portata risponde a un riassetto importante delle strutture sociali e politiche. Ne ricordiamo due. Da un lato la spinta potente dell'ordinamento ecclesiastico verso la diffusione dell'*ordo iudicii* sia al proprio interno, come forma di garanzia per i prelati accusati, sia verso l'esterno come disciplina dei conflitti spesso violenti che contrapponevano enti religiosi ai signori laici e alle comunità⁹. E dall'altro, su un piano generale, la lenta costruzione di una nuova idea di *iurisdictio* che le comunità politiche urbane dovevano presto fare propria. La diffusione di un *ordo* relativamente coerente sia nelle corti laiche, sia in quelle ecclesiastiche, con una sequenza di atti "giusti" che i rappresentanti della *iurisdictio* pubblica devono seguire e imporre, fu un momento importante di costruzione del politico, sia perché riconosceva di fatto un "diritto al processo" che da quel momento divenne stabile (vale a dire il diritto di presentare la propria querela davanti a una corte pubblica), sia perché legittimava l'autorità ad assumersi il compito di giudicare secondo un ordine regolato¹⁰. Forse bisognerebbe ampliare il concetto di politico, prendendo in esame tutti i centri di definizione delle regole della convivenza associata e non solo le istituzioni riconosciute; in questo senso la "formalizzazione esplicita delle regole di confronto" è un dato che accomuna tutte le esperienze politiche del XII secolo, basate su una serie di processi di astrazione di varia natura¹¹.

È dunque opportuno rinunciare ad alcuni luoghi comuni relativi al processo di tipo accusatorio: che sia "privato", che sia un gioco lungo e farraginoso in mano alle parti, che appartenga a una fase primordiale dello stato in cui la *respublica* debole si limita a risarcire il querelante negoziando la giustizia con i litiganti; in sostanza che rappresenti uno "stadio della civiltà" primitivo necessariamente da superare. Proprio in questo caso si avvertono più chiaramente gli effetti deformanti di quella pretesa di spiegare lo stato attraverso la giustizia (giustizia "negoziata" = stato

⁷ Lo ha ricordato di recente A. Padovani, *La cultura giuridica*, in *Vitale e Agricola sancti doctores. Città, chiesa e studio nei testi agiografici bolognesi del XII secolo*, a cura di G. Ropa e G. Malaguti, Bologna 2002, pp. 103-115.

⁸ Un esempio eclatante *le Codi*, testo scritto in provenzale e tradotto in latino da copisti probabilmente toscani, A. Gouron, *L'auteur du Codi*, in "Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis", LXX (2002), pp. 1-20.

⁹ La procedura ha un'origine conflittuale che non va dimenticata. Insiste sull'influenza della lotta delle investiture per l'elaborazione di un *ordo* processuale J. Fried, *Die römische Kurie und die Anfänge der Prozeßliteratur*, in *Zeitschrift der Savignystiftung für Rechtsgeschichte*, Kan Abt. 59 (1973), pp. 151-174. Si veda anche K. Pennington, *Due process, community and the Prince in the evolution of the Ordo iudiciarius*, in "Rivista internazionale di diritto comune", 9 (1998), pp. 9-47, che nota le prime menzioni sistematiche dell'*ordo iudicii* nelle decretali di Alessandro III, proprio in occasione di violenti conflitti con poteri signorili laici. L'imposizione dell'*ordo* andava a discapito delle consuetudini locali, osteggiate anche da Innocenzo III: in tale contesto va inserito anche il divieto per gli ecclesiastici di partecipare ai duelli e alle ordalie.

¹⁰ Sul diritto al processo cfr. Pennington, *Due process*, cit. con rimandi a B. Tierney, *The idea of natural rights: studies on natural rights, natural law and church law, 1150-1625*, Atlanta 1997 (tra. It. Id., *L'idea dei diritti naturali*, Bologna 2002); sui diritti alla difesa stabiliti dall'*ordo* R. Fraher, "Ut nullus describatur reus prius quam convincatur": *presumption of innocence in medieval canon law*, in *Proceedings of the sixth international congress of medieval canon law*, Città del Vaticano 1985, pp. 493-506. Sulla natura dell'*ordo iuris* cfr. A. Giuliani, *L'ordo iudiciarius medievale tra retorica e logica*, in *Die Kunst der Disputation. Probleme der Rechtsauslegung und Rechtsanwendung im 13. und 14. Jahrhundert*, a cura di M. Bellomo, München 1997, pp. 133-145.

¹¹ Si veda la rilevanza dei centri monastici in A. Boureau, *Les moines anglais et la construction du politique*, in "Annales, histoire sciences sociales", 54, 3, (1999) pp. 637-666 e ora Id., *La loi du royaume. Les moines, le droit et la construction de la nation anglaise (XIe-XIIIe siècles)*, Paris 2001; sul contributo cistercense alla procedura cfr. anche A. Gouron, *Cisterciens et droit romain: sur une conjecture de Federico Patetta*, in "Rivista internazionale di diritto comune", 12 (2001), pp. 101-117.

debole). Proviamo a invertire l'ordine di lettura, chiedendoci quale fosse il valore politico della giustizia e commisuriamo su questo dato il senso e la funzione delle procedure.

Gli *ordines iudicarii*, pur nelle differenze di struttura e di soluzioni che li caratterizza, condividono un insieme di problemi comuni.

In primo luogo il problema dell'inizio della lite: la necessità di una disciplina delle dispute, con l'esigenza diffusa ovunque di ri-scrivere le querele in forma di pretese, come richieste di giustizia. La teoria delle *actiones*, riscoperta nei testi romanistici e studiata in profondità dalla prima generazione di professori, proprio in virtù dell'astrattezza del linguaggio usato, valido per i casi "generalisti" e non solo specifici, ha fornito un materiale comune per la riformulazione dei conflitti in forma di querela. Questo vale per i tribunali delle città italiane e francesi, ma vale anche in parte per le corti inglesi, data la forte omogeneizzazione delle richieste individuali imposta dal sistema dei *writ*s¹². Si formò ovunque uno stock di scritture da usare in giudizio, una scelta del modo di iniziare e di impostare la lite su una infrazione specifica¹³. Contrariamente a quanto si potrebbe pensare, il sistema delle *actiones* non ridusse, ma aumentò notevolmente le possibilità di formulare una pretesa, e di conseguenza il numero delle liti. Di ogni reato l'*actio* prendeva in esame aspetti differenti, a seconda delle pretese che il denunciante intendeva avanzare: da un furto potevano nascere tre o quattro azioni diverse. Così i manuali fornivano centinaia di varianti per conflitti altrimenti privi di sbocchi processuali. Nello spazio italiano la preparazione dei libelli ricevette oltretutto una cura particolare con numerose opere monografiche sul tema: la redazione di un manuale sui libelli era complementare a quella di un *ordo*, anche quando le grandi *artes notarie* duecentesche, in primo luogo quella di Ranieri da Perugia, avevano inserito il libello all'interno di un organico sistema di scritture notarili.

Il secondo punto è la conduzione della lite: sia le istituzioni ecclesiastiche locali, sia i ceti dirigenti urbani della prima età comunale spingevano verso un disciplinamento del modo di condurre le dispute. Si cercava un'arena di confronto regolamentata e sottoposta al controllo di un'autorità esterna che prendesse in considerazione gli argomenti delle parti presentati in forma ordinata, consentendo subito dopo la confutazione dell'avversario. Ma contavano anche i modi di questo confronto, i luoghi neutri, i tempi prestabiliti, le regole della citazione, la pubblicità degli atti, la necessità di garanzie fideiussorie: proprio quegli aspetti che hanno creato il mito negativo, ma privo di fondamento, della natura inutilmente complessa del processo accusatorio. In realtà le formalità processuali andrebbero lette come una parte costitutiva e non accessoria del processo, come un'espressione diretta del potere (in questo caso del comune) di regolare la giustizia, di imprimere al confronto un andamento prefissato che non dipendeva dalle persone, ma appunto dall'istituzione. Infine, il terzo problema è la costruzione di un percorso di valutazione delle prove tendenzialmente razionale, vale a dire basato sull'interpretazione delle testimonianze secondo livelli di conoscenza ordinati su una gerarchia sensoriale che parte dalla vista e arriva al sentito dire. La scala di credibilità delle testimonianze serviva a inquadrare i *dicta* dei testimoni in sequenze logiche coerenti, in scritture comprensibili e condivise fra tutti gli attori del processo. Nella pratica i giochi erano naturalmente più complessi, ma ancora una volta conta la gerarchia delle prove come atto di autorità, come mezzo di controllo del confronto da parte del giudice che accoglie gli argomenti dei litiganti, ma si riserva uno spazio autonomo di valutazione della loro attendibilità. Sull'ampiezza di questo spazio i giuristi discussero a lungo, anche dopo l'affermazione del principio di base dell'*ordo* che il giudice deve giudicare secondo *alligata et probata* e non secondo coscienza¹⁴.

In tutti questi passaggi gli *ordines* tentano di definire delle forme del processo precise e condivisibili. Forme che non escludono a priori una partecipazione attiva delle parti e dei loro modi di vedere. Anzi, in almeno due momenti importanti esse avevano l'opportunità di riformulare il

¹² Sui *writ*s inglesi H. A. Hollond, *Writs and bills*, in "Cambridge law journal", VIII (1943), pp. 15-35 e Id., *New light on writs and bills*, Ibidem pp. 252-265.

¹³ I libelli *de actionibus*, sono stati scritti dai principali giuristi del XII-XIII secolo. Pillio, Piacentino, e poi Martino de Fano, si veda A. Errera, *Arbor actionum. Genere letterario e forma di classificazione delle azioni nella dottrina dei glossatori*, Bologna 1995.

¹⁴ Si veda più avanti, §10., il problema dei fondamenti della prova indiziaria e del ruolo dell'arbitrio del giudice.

conflitto secondo una propria ricostruzione della storia precedente, spesso più lunga e complessa della denuncia iniziale: prima nelle *positiones*, affermazioni di una parte contro l'altra da presentare per iscritto subito dopo la contestazione di lite, e poi nelle *intentiones* (capitoli da dimostrare) e nelle domande da fare ai testi redatte dalle parti e filtrate dal giudice¹⁵. Si mette in atto uno scontro dialettico di argomentazioni contrastanti, delle quali, per altro, esistevano numerosi esempi diffusi attraverso una nuova letteratura processuale che si nutriva di dialettica giuridica volgarizzata "ad usum fori"¹⁶. La procedura cosiddetta "romana" era dunque sì formulare e formalistica, ma riusciva a includere le percezioni dei singoli immettendole in canali obbligati di ridefinizione linguistica. I processi delle curie comunali sono pieni di argomentazioni e di allegazioni delle parti inserite come elemento costitutivo della procedura, tanto che per lungo tempo processo e arbitrato potevano integrarsi con relativa facilità. A cambiare, semmai, era la spinta politica che sosteneva i due sistemi procedurali, diversificando sul piano giuridico un uso che nei fatti si intrecciava continuamente, sia nei modi, sia nelle persone.

2. Tutti i principali *ordines iudicarii*, quelli di matrice laica ancora di più, insistono su un fatto basilare nella configurazione della giustizia: il giudizio è un'espressione della *iurisdictio* e dunque del potere. L'esistenza dei tribunali è un dato inerente all'esistenza di una *respublica* e "il dare giustizia" un suo obbligo irrinunciabile. Nell'epistola di Bulgarinus *causidicus*, impropriamente considerata come *ordo*, la differenza tra *iudex* e *arbiter* non è procedurale, è politica: l'arbitro lo eleggono le parti e dipende dalla loro volontà, mentre il giudice è dato dalla *publica potestas*¹⁷. Simili l'*ordo* anonimo *Iudicandi formam*, quando ricorda che il giudice riceve il suo potere di giudicare da una *dignitas* superiore¹⁸; e l'*ordo Incerti auctoris* che invoca la nomina necessariamente pubblica del giudice "propter singulorum utilitates", vale a dire perché i singoli possano "richiedere le cose perse e riottenere le proprie"¹⁹: dunque una funzione redistributiva della giustizia che solo dei poteri territoriali ristrutturati in senso pubblicistico potevano rivendicare in forme così palesemente imitative dei testi romanistici. E che la giustizia non fosse solo un servizio passivo da offrire ai *cives*, ma un obbligo del potere lo mostra bene la *Summa Trecensis*, il celebre testo di origine provenzale scritto intorno al 1160, quando ricorda la natura coercitiva del potere giurisdizionale: la giustizia si basa sulla volontà dei principi di "constituere equitatem" facendo osservare i precetti da tutti, "tam ab omnibus volentibus quam etiam invititis", e dirimendo le liti dei singoli "publica auctoritate"²⁰. In sostanza il giudizio si impone a tutti, presenti o assenti, intenzionati a raggiungere un accordo o meno, conferendo alla citazione e alla mancata risposta, la contumacia, un valore giuridico fortissimo e decisorio: l'assenza del reo, citato legittimamente, non impedisce il giudizio ma lo determina a suo sfavore²¹. La differenza con l'arbitrato, in cui l'*arbiter*

¹⁵ Ho cercato di ricostruire gli effetti di questi passaggi in *I fatti nella logica del processo medievale. Note introduttive*, in "Quaderni storici", a. XXXVI, n.108 (2001), pp. 665-693.

¹⁶ Possiamo ricordare almeno i manuali di Bonaguida, *Summa introductoria super officio advocacionis in foro ecclesiae* in A. Wunderlich, *Anecdota quae ad processum civilem spectant*, Göttingen 1841, e di Gratia in C. Bergmann, *Pillii, Tancredi, Gratiae libri de ordine iudiciorum*, Göttingen 1842.

¹⁷ *Excerpta legum edita a Bulgarino causidico*, in L. Wahrmund, *Quellen zur Geschichte des römisch-kanonischen Prozesses im Mittelalter*, IV Band, I. Heft, p. 1. Le parti rimettono di propria volontà la lite al compositore, il giudice invece ha di suo la *iurisdictio*: "Arbitrium itaque dicimus cui proprio consensu compromittentes actor et reus partes iudicis committunt: iudex vero est qui iurisdictioni preest, ut praetor". E ancora sotto: "Arbitrum privati eligunt, iudicem dat potestas publica aut princeps".

¹⁸ *Iudicandi formam* in L. Fowler Magerl, *Ordo iudiciorum vel ordo iudiciarius*, cit., p. 274: "vel iudex is dicitur cui iudicandi potestas ex publico est concessa, ut ab imperatore presidi provincie, vel a summo pontefice metropolitanis".

¹⁹ *Incerti auctoris ordo iudiciarius*, ed. Carl Gross, Innsbruck 1870, p. 97: "Iudicium a peritis iuris sic describitur: iudicium est animi arbitrium publica auctoritate introductum propter singulorum utilitates inventum. Oportet enim quod iudex publice constituatur cum solemnitate maxima".

²⁰ Edita sotto la errata paternità di Irnerio come *Summa codicis des Irnerius*, a cura di Hermann Fitting, Berlin 1894, p. 46. "Intendunt quidem principes aequitatem constituere et eam in preceptione redactam tam ab omnibus volentibus quam etiam invititis observari et lites singulorum publica auctoritate dirimi".

²¹ Il richiamo a passi romanistici che giustificano la contumacia sono presenti già in placiti del secolo XI, lo aveva rilevato A. Padoa Schioppa, *Il ruolo della cultura giuridica in alcuni atti giudiziari italiani dei secoli XI e XII*, in

non può emettere il lodo se una delle due parti è assente o contraria, salta agli occhi e spiega in buona parte la rapida espansione della giustizia pubblica nonostante la presunta debolezza del primo comune e la concorrenza con i sistemi alternativi²². Nei comuni italiani, per altro, i giudici o erano i consoli medesimi che svolgevano funzione giudicante, o erano eletti dai consoli ufficialmente come *iudices publici*, dunque erano rappresentanti diretti della *publica potestas*²³.

Il libro recente di Chris Wickham sulle dispute nella Toscana del secolo XII ci mostra bene come i tribunali comunali fossero camere di compensazione flessibili e aperte, dove il richiamo forte esercitato dalla *iurisdictio* comunale non escludeva anzi accettava i criteri di argomentazione delle parti, in particolare l'uso, come consuetudine con beni e persone che attestano un diritto, e le "azioni ripetute", affermazioni rituali di possesso mediante gesti simbolici, anche violenti²⁴. I litiganti sapevano che i loro diritti sarebbero stati presi sul serio, ma sapevano anche che la sottomissione della lite al tribunale pubblico non era neutra e senza conseguenze. Oltre al fatto che il contumace avrebbe comunque perso la causa, la sentenza, al contrario dell'arbitrato, non era necessariamente equitativa e poteva assegnare il bene a una delle parti²⁵. Su questi fondamenti si affermò la giustizia comunale. Per Wickham è possibile spiegare l'aumento dei casi demandati al tribunale comunale con una ragione tecnica, quasi strumentale: i giudici non solo accoglievano le ragioni delle parti, ma adottavano le tecniche tradizionali dell'arbitrato per legittimarsi agli occhi dei *cives*²⁶. È una lettura fine, ma si può andare oltre e rivalutare il peso politico del processo pubblico. L'aumento delle cause giudicate dal tribunale comunale ci fu perché il tribunale rivendicava un primato palese, politico, in chiave appunto di *iurisdictio*. Se la scelta di altri fori rimaneva sempre possibile, la preminenza del tribunale comunale era motivata proprio in virtù della forza politica dell'ente pubblico e delle sue pretese. Con alcune conseguenze sulla procedura che rendono ragione di una così rapida espansione.

L'accusa sporta davanti ai consoli dava inizio al procedimento indipendentemente dalla volontà o dal consenso di entrambe le parti, anzi consegnava nelle mani dell'accusatore un potente mezzo coercitivo per costringere l'avversario ad aprire un confronto su "quel" conflitto. Inoltre la gamma relativamente ampia di possibili riformulazioni del conflitto attraverso le *actiones* e la garanzia che il procedimento sarebbe proseguito anche in assenza del convenuto, aprivano la via alla lite giudiziaria a un numero consistente di persone che forse trovavano difficile usare le procedure alternative: accedere all'arbitrato era costoso e in molti casi, quando l'avversario (ad esempio il proprietario) era troppo legato all'arbitro o al suo entourage, quasi controproducente. Nel tribunale comunale il panorama cambiava radicalmente, perché la lite era pubblica e le regole date dalla procedura, per quanto elastiche, imponevano comunque un *iter* non deciso dalle parti. Che poi i

"Nuova rivista storica", LXIV (1980), p. 269, nel processo celebrato a Roma nel 1060 i figli di Crescenzo i convenuti non si presentano e alla domanda del papa su come procedere, i giudici citarono il passo del Codice che vietava all'assente volontario di interporre appello. Per la diffusione, o meglio l'uso, della procedura romana nelle corti ecclesiastiche si veda il lungo esame di G. Chiodi, *Roma e il diritto romano: consulenze di giudici e strategie di avvocati dal X al XII secolo*, in *Roma fra oriente e occidente*, XLIX settimana di studio del centro italiano di studi sull'alto medioevo (19-24 aprile 2001), Spoleto 2002, pp. 1141-1245. Il valore della contumacia è presente anche nel costituito pisano, cfr. C. Storti Storchi, *Intorno ai costituiti pisani della legge e dell'uso*, Napoli 1998, p. 96: qualsiasi magistrato cittadino poteva emanare l'ordine di comparizione "eos inquirere quos ex officio sibi premissis iudicare debent". Chiamare *ex officio* i convenuti è azione perentoria e non negoziata.

²² Come ricorda il canonista Tancredi nel 1216, in Pillii, *Tancredi, Gratiae libri de ordine iudiciorum*, editi Fridericus Bergmann, Gottingen 1842, p. 106.

²³ C. Storti Storchi, *Intorno ai costituiti pisani*, cit., pp. 86-88.

²⁴ C. Wickham, *Leggi, pratiche e conflitti. Tribunali e risoluzione delle dispute nella Toscana del XII secolo*, Roma 2000.

²⁵ Wickham lo nota subito per il caso lucchese, respingendo le teorie "privatistiche" del comune, p. 71: "a partire dagli anni trenta del XII secolo i primi tribunali consolari appaiono organizzati in maniera coerente e in grado di decretare senza difficoltà la vittoria o la sconfitta, non richiedendo alcuna legittimazione...".

²⁶ Wickham, *Leggi, pratiche e conflitti*, cit. p. 76 ritiene che la vera legittimazione del tribunale comunale avvenne per imitazione e ripresa delle tecniche arbitrali: "usando strategie e sensibilità nel giudicare, rispettando le norme e le procedure già note, anche se, nello stesso tempo, avevano per la prima volta qualche possibilità di costringere i perdenti a rispettare la sentenza". E sempre tecniche, relative alla strategie delle parti, sono le ragioni dell'indubbia espansione del tribunale comunale lucchese, *ibidem*, p. 184.

consoli e i giudici fossero *anche* arbitri e si mostrassero spesso disposti a riconoscere o favorire un accordo tra le parti non indica necessariamente una debolezza strutturale del comune²⁷. A volte indica proprio il contrario.

3. È noto che nella costruzione di uno spazio giurisdizionale del comune si usarono materiali diversi, aggregati per esperienze successive. Il controllo degli strumenti di pacificazione e di mediazione arbitrale rientra da subito negli scopi del comune. Anzi diventa un fattore strategico del governo consolare e del primo esperimento podestarile. Nel giuramento dei consoli del placito di Siena il giudice deve sia “diffinire lites et discordias” di cui si è fatta *querimonia* davanti a lui, sia concordare le parti “si de concordia partes in me consenserint”²⁸. I campi d’azione sono quindi due, “in facienda *iustitia* aut *concordia*”. Sempre nel testo senese, si stabilisce che i rettori sono obbligati a proteggere oltre le sentenze dei consoli, anche quelle degli arbitri o delle parti in qualunque modo raggiunte, conferendo il medesimo valore alle soluzioni dei magistrati comunali e a quelle dei privati²⁹. Anche nel *Breve consulum* di Pistoia i consoli prendono in esame tanto le sentenze e gli accordi fatti davanti ai consoli, quanto le decisioni raggiunte “ante amicos o inter se”, ricomprendendoli tutte sotto la protezione giuridica del comune³⁰. Inoltre chi rompe la pace (comunque raggiunta) non potrà più abitare in *civitate Pistorii* e nei borghi, a sottolineare il carattere politico degli accordi fra *cives* e la natura territoriale della giustizia pubblica consolare³¹. Medesimo impegno giuravano i consoli di Pisa nel breve del 1162, dove alle concordie private si pone come unico limite l’appello ai consoli, che possono annullarne gli effetti³².

Comuni deboli in cerca di consenso tra i *cives* e dunque costretti a convalidare qualsiasi forma di accordo? Non mi sembra una prospettiva realistica. Al contrario, in questa ricercata elasticità della giurisdizione comunale vi leggo un progetto di graduale ma continua conquista di spazi giurisdizionali esterni al processo: una sorta di protezione imposta, e dunque di controllo, estesa agli accordi bilaterali e negoziali che sfuggivano a una esplicita definizione pubblica. L’integrazione di

²⁷ Troppo vasta la bibliografia antica e moderna che ha ripreso questo luogo comune come dato di partenza per schemi evolucionisti, per altro essenzialmente ipotetici. Più rilevante la definizione chiarissima ed efficace di Sbriccoli, *Giustizia negoziata, giustizia egemonica*, pp. 356-357 sul carattere negoziato e comunitario del “penale privato della prima fase cittadina, quello rimesso all’iniziativa della vittima, che aveva come fine il risarcimento”. In questa giustizia fondata sull’appartenenza e sulla protezione, la negoziazione tra le parti è costitutiva del processo, e il giudice terzo è visto come “espressione di equilibri comunitari e non alla stregua di delegati di una forma statale” p. 357. Il quadro delle funzioni così delineato è corretto formalmente, ma rischia di far passare in secondo piano il fatto che anche la negoziazione è spesso frutto di un conflitto e imposta dai poteri emergenti: non è solo accettazione constativa di equilibri sociali. In altre parole, la struttura politica del primo comune assegnava alla giustizia una funzione più importante di quanto le procedure formali lascino intendere. Non basta rilevare un uso interscambiabile di processo e arbitrato se non si considera il significato politico, in termini di rapporti di forza, che soggiace a quell’arbitrato.

²⁸ L. Zdekauer, *Il costituito dei placiti del comune di Siena*, in “Studi senesi” (1889), cap. X, p. 160: “Iuro quod per tempus sex mensium... illam litem vel lites, discordiam vel discordias de qua vel de quibus apud me querimonia fuerit deposita, legiptime diffiniam vel diffiniri faciam in scriptis,... aut concordabo, si de concordia partes in me consenserint, bona fide sine fraude”.

²⁹ *Ibidem*, p. 166: “Et diffinitiones a rectoribus comunis Senarum et consulibus et ante eos, et a rectoribus artis et ab amicis vel vicinis aut quocumque modo voluntate partium, de illis litibus et discordiis quas partes ad diffiniendum commiserint, firmas tenebo *et retractari non permittam*”. Proprio l’ultimo passo, quel *retractari non permittam*, indica la nascita di un nuovo e superiore sistema di protezione dei negozi privati da parte del comune. Prassi che riguarda molti altri contratti oltre quelli strettamente giudiziari.

³⁰ *Statuti pistoiesi del secolo XII*, a cura di Natale Rauty, Pistoia 1996, *Breve consulum* p. 141: “Omnes illas sententias et laudamenta a retro consulibus vel iudicibus vel a me aut iudicibus meis aut amicis vel arbitris olim vel in antea datas vel facta... de quibus mihi vel meis iudicibus reclamatio facta fuerit in meo dominio, firmas et ratas tenebo.” Anche nel caso pistoiese arbitrati e lodi rientrano sotto la giurisdizione del comune.

³¹ *Ibidem*: “Item si quis finem vel pacem ante consules vel potestatem aut rectores seu vicinos aut amicos seu factam inter se, studiose feriendo ruperit, non permittam illum habitare in civitate Pistorii me sciente nec in sui burgis...et puniam eum sicut infra de homicidio continetur”.

³² *I brevi dei consoli del comune di Pisa degli anni 1162 e 1164*, a cura di O.Banti, FISI, Roma 1997, p. 77: “et conventiones et laudamenta que ab eis inter partes facte sunt et fient, que per usum valent, firmas tenebo, nisi sententie appellatione suspense fuerint”.

sistemi diversi deriva dunque da una pretesa politica alta, da un tentativo, questo sì egemonico, basato su calcoli di inclusione (non di esclusione) di soluzioni utili a risolvere conflitti di rilevanza collettiva.

Come agiva nel concreto questa giustizia pubblica è possibile desumerlo da alcune situazioni locali meglio documentate. Prendiamo come esempio un caso molto conosciuto, la giustizia milanese in età consolare avanzata³³. Il quadro d'insieme è contrastato, difficile da cogliere con una prospettiva impostata su fasi procedurali pre-ordinate. Da un lato la procedura romana, in funzione da tempo e perfezionata negli anni centrali del secolo XII, fu usata con ampie libertà dai consoli giudicanti: si veda, ad esempio, il sensibile aumento di una pratica apparentemente irrazionale come il giuramento decisorio, proprio nella fase di maggiore assestamento del regime consolare tra gli anni Sessanta a Settanta: anche in presenza di testimoni, i consoli possono obbligare una delle parti o entrambe a prestare giuramento sulla veridicità della propria pretesa e se la parte a cui è stato imposto accetta e giura, vince la causa³⁴. D'altro lato, se andiamo a ricostruire i contesti delle decisioni prese, anche di quelle compromissorie, ci accorgeremo della notevole forza politica dispiegata dal comune milanese che interviene nelle liti (spesso esterne al suo distretto) con un preciso progetto politico: contenere le giurisdizioni concorrenti, fermare la pretesa di molti proprietari privati di acquisire l'*honor* e il *districtus* insieme alla terra, ridurre le aree di esenzione assicurando al contempo il rispetto dell'uso continuativo e incontestato di un bene, definire le condizioni sociali in base al tipo di servizi richiesti. Sono campi di intervento importanti, che ridefiniscono le base politiche della vita associata spesso dopo scontri violenti e fenomeni di resistenza militare, anche all'interno dell'aristocrazia consolare che affondava le radici in un sistema feudale altamente formalizzato già a metà del XII secolo³⁵.

Una lettura "formalistica" di questi elementi che parta dall'alto medioevo (e quindi da un modello di placito) insisterebbe sulla nuova struttura del processo, ricalcata su un *ordo iudicii* di tipo romanistico (*querimonia*, contestazione di lite, prova, sentenza), ma lascerebbe in ombra il dato saliente di questa ripresa, vale a dire la deformazione della procedura operata dai consoli a scopi politici³⁶; una lettura invece moderna, attenta solo al dato esterno della procedura, relegherebbe questi processi in qualche fase prodromica, fondandosi sulla natura apertamente compromissoria di alcune sentenze di tipo arbitrale. Dall'esame dei casi si vede bene invece come la scelta di convalidare o meno le prove, la responsabilità di giudicare quali sono sufficienti e quali no, l'imposizione del giuramento appartengono a una giustizia quanto mai lontana dalle pratiche "infragiudiziarie" o "negoziali-negoziate". In entrambi i casi lo schema evoluzionista finisce per oscurare la specificità della giustizia pubblica consolare.

4. È vero piuttosto che in questo ordine politico rientra pienamente una serie di scelte tendenzialmente conciliatrici che rispondono al fondamento ideologico della città: la convivenza civile, quel "vivere al riparo della violenza" di matrice ciceroniana agostiniana che diventa uno dei *topoi* politici di tutti i grandi trattati "de regimine"³⁷. Una breve parentesi sui valori semantici del

³³ Gli atti consolari sono editi in *Gli atti del comune di Milano fino all'anno 1216*, a cura di C. Manaresi, Milano 1919. Si veda il dettagliato esame condotto da A. Padoa Schioppa, *La giustizia milanese*, in *Milano e il suo territorio in età comunale (XI-XII secolo)*, Atti dell'XI congresso internazionale di studi sull'alto medioevo, Milano 26-30 ottobre 1987, Spoleto 1989, e per il periodo successivo Id., *Note sulla giustizia milanese nel XIII secolo*, in *Milano e la Lombardia in età comunale, secoli XI-XIII*, Milano 1993, pp. 66-70.

³⁴ Su 37 sentenze comprese tra il 1150 e il 1170 in ben 18 casi i consoli hanno imposto il giuramento a una delle parti.

³⁵ Sul significato politico delle decisioni giudiziarie non vi sono dubbi: lo nota Padoa Schioppa, *Aspetti della giustizia*, cit., pp. 518-520, a proposito delle cause che coinvolgono i conti di Castelseprio, per tre volte sconfitti e obbligati a rinunciare alle pretese signorili sugli uomini e le comunità vicine. Anche le cause riguardanti il *districtus* erano particolarmente delicate, ibidem, p. 523. Sul parziale fallimento delle rivendicazioni signorili, fermo restando un equilibrio "feudale" attentamente bilanciato dagli stessi giudici-consoli, si veda G. Rossetti, *Le istituzioni comunali a Milano nel secolo XII*, in *Milano e il suo territorio*, cit. pp. 83-112.

³⁶ Se ne veda lo schema in Manaresi, *Gli atti del comune di Milano*, cit. pp. cvii-cxv.

³⁷ A iniziare dal *Tresor* di Brunetto che rielabora il mito dell'eroe fondatore della *civilitas* come il grande retore che convince gli uomini a vivere uniti dentro le mura della città ("Il retraist les homes des sauvages roches ou il abitoient, et les amena a la comune habitation de cele cité"), in *Li livre du Trësor*, édition critique par F. J.

termine *pax* potrebbe servire a chiarire questo punto³⁸. Una *communis opinio* assai radicata giudica la pace un istituto di composizione arretrato, privatistico (secondo profili moderni: indirizzato al soddisfacimento della vittima), residuo di un mitico “diritto germanico” sopravvissuto sotto le ceneri della rinascenza del secolo XII. La testualità giuridica del tardo XII secolo non consente una tale semplificazione³⁹. I giuristi capirono subito la natura immediatamente politica della pace, se non altro perché ereditarono un ingarbugliatissimo passo del Codice che metteva a nudo le contraddizioni dell’atto transattivo così come configurato nella *constitutio* diocleziana del 293 d.C. (C. 2.4.18): si ammetteva la transazione anche per i *crimina capitalia*, in contrasto con il divieto di transigere sui delitti pubblici stabilito in altri luoghi⁴⁰. La contraddizione non sfuggì a Pillio che anzi nel commento al lemma “non prohibitum” la mise in luce in maniera eclatante: “Mirum est” che si possa transigere in questi casi, “cum alias dicatur pactis privatorum ius publicum non ledi”⁴¹. L’impasse dottrinario ricevette una soluzione politica. Lo si può fare, così risposero Rogerio e Pillio e altri, perché l’interesse collettivo richiede a volte di soprassedere alle liti, di evitare il radicarsi di odii personali che la violenza del processo non attenua ma anzi acuisce; e richiede anche di soprassedere alla pena, all’esecuzione materiale della vendetta pubblica per una ragione di *utilitas* collettiva⁴². È la spia di una visione funzionale della giustizia come sistema compositivo inteso a

Carmody, Berkeley 1948, p. 318. Giovanni da Viterbo aveva invece letto la parola *civitas* come “citra vi habitas”, in *Liber de regimine civitatis*, a cura di G. Salvemini, in *Scripta et anecdota glossatorum*, Bologna 1901, su questi passi si veda E. Artifoni, *Retorica e organizzazione del linguaggio politico nel Duecento italiano*, in *Le forme della propaganda politica nel Due e nel Trecento*, (Trieste 2-5 marzo 1993), a cura di P. Cammarosano, Roma 1994, pp. 157-182, specie pp. 162-163 sulla ripresa del mito ciceroniano da parte di Brunetto.

³⁸ F. Treggiari, *Profili storici della transazione*, in “Studi senesi”, 104 (1992), pp. 304-378, in particolare pp. 361 e sg., § 9, “Visuali semantiche del transigere” dove si specifica che tra XII e XIII secolo la transazione fosse intesa soprattutto come un “mezzo di risoluzione pattizia delle controversie”, in altre parole *transigere* aveva un’etimologia certa in *agere* processualmente. Sulla disciplina della pace presso i giuristi si veda A. Padoa Schioppa, *Diritto e pace privata nel pensiero dei legisti bolognesi. Brevi note*, in “Studia Gratiana”, XX (1976), pp. 271-287. Sugli aspetti rituali cfr. N. Offstadt, *Interaction et régulation des conflits. Les gestes de l’arbitrage et la conciliation au Moyen Age (XIIIe-Xve siècles)*, in C. Gauvard et R. Jacob, *Les rites de la justice. Gestes et rituels judiciaires au moyen age*, Paris 2000, 201-228.

³⁹ Vede la pace come un residuo inspiegabile di pratiche antiche J.M. Carbasse, “*Ne homines interficiantur*”. *Quelques remarques sur la sanction médiévale de l’homicide*, in *Auctoritates, Xenia R.C. Van Caeneghem oblata*, eds. S. Dauchy, J. Monballyu, A. Wijffels, Brussel 1997, pp. 165-185; un lavoro utile e informato, ma verso il quale non si può non esprimere un radicale dissenso, soprattutto per la parte dedicata ai giuristi e alle città tra XII e XIII secolo. Non vedo un diritto romano che, in maniera contraddittoria, da un lato ha fornito le armi “à la reconstruction pénale de l’Etat” e dall’altro “ait pu servir aussi à canoniser les vieilles pratiques indemnitaires”, p. 181; né mi sembra affatto “singolare” l’argomentazione basata sulla *publica utilitas* usata da Rogerio per accettare gli accordi di pace: *utilitas* non annuncia con sei secoli di anticipo un qualche “utilitarismo illuminista” (?) ma è termine basilare del linguaggio giuridico romano e del lessico politico medievale, e presuppone una sottomissione vantaggiosa degli interessi individuali all’*utilitas* di tutti i *cives* (cfr. E. Dove, *Le discours juridique et moral d’utilitas à Rome*, in “Studia et documenta historiae et iuris”, LXV (1999), pp. 239-247). Infine, non è propriamente vero che i formulari degli atti di pace redatti dai notai fossero “destinés à régler leurs affaires pénales sur un mode strictement indemnitaire”: gli atti di concordia, proprio quelli formulati nei manuali di Ranieri e di Salatiele, prevedono sempre un piano di intervento dell’autorità pubblica, anche con forme di risarcimento al comune di parte della pena, su questi Vallerani, *Pace e processo nel sistema giudiziario del comune di Perugia*, in “Quaderni storici”, XXXIV, n. 101 (1999), pp. 315-353, qui pp. 323-324.

⁴⁰ Sul passo vedi Padoa Schioppa, *Delitto e pace privata*, cit. p. 277 e J. M. Carbasse, “*Ne homines interficiantur*”, cit. p. 179.

⁴¹ A. Padoa Schioppa, *Le ‘Quaestiones super codice’ di Pillio da Medicina*, in “Studia et documenta historiae et iuris”, XXXIX (1973), pp. 239-280, p. 263: La domanda successiva era se una volta raggiunta la *transactio* fra due persone si potesse riaccusare da parte di terzi. Pillio è contrario: vuole stabilizzare i risultati dell’accordo conferendogli il valore di una sentenza. Che questo terzo potesse essere anche un giudice pubblico è assai probabile: per questo, nelle ipotesi più favorevoli, come quella di Guido da Suzzara, la pace estingueva di fatto tutti i processi in corso.

⁴² L’arco delle risposte funzionalistiche andava dal pragmatismo di Rogerio, *Summa Codicis*: “multo namque commodius est homines iure servari quam capite detruncari”, all’anonimo autore del *De criminalibus causis*, ed. E. Schulte, in *Festschrift für Bernhard Windscheid*, Bonn 1888, pp. 7-15: “Ideo licet pacisci ne homines interficiantur quia utilius est romano imperio homines propter peccata non mori, quam interdictis pactionibus,

mantenere in primo luogo lo “status pacifico”, anche limitando le soddisfazioni della *respublica* se questo serve a diminuire il numero delle liti. Puntare sulla *transactio* significava attribuire alla pace una forma negoziale blindata, che legava i due contraenti come un patto (quindi partendo dalle loro volontà) e allo stesso tempo li sottraeva da possibili estensioni del conflitto come una sentenza (l'accordo riceveva una sanzione pubblica che prevedeva anche delle pene per i trasgressori). Insomma è una lettura sottilmente politica quella fatta da Pillio e da Rogerio, nient'affatto piegata alle esigenze privatistiche delle parti. Semmai riflette quella esigenza primaria di pace sociale su cui il comune maturo del tardo secolo XII fonda le pretese di autonomia e di crescita istituzionale. Un'esigenza che non esclude, anzi presuppone, l'uso della forza da parte dell'organo comunale. Anche su un piano di testualità più specificatamente politica “pax” è un termine di altissima densità per tutto il XII e XIII secolo. La pace è una “condizione dello stato”, un punto di partenza necessario alla costruzione di un ordinamento pubblico in tutte le comunità politiche organizzate dello spazio europeo: nelle città francesi, dove sono comprovati fenomeni di imitazione e di ripresa delle clausole stesse delle paci di Dio⁴³; nel regno inglese, dove *pax* finisce per coincidere molto presto con la “giustizia del re”, indicando sia la pace da assicurare nel regno, sia la pace raggiunta fra le parti dopo un omicidio (il *writ de pace habenda e de securitate*)⁴⁴; nella monarchia francese, dove a fatica Luigi VII viene convinto da Suger a proclamare finalmente una *pax regni* nel 1155, tre anni prima della famosa *pax curie Roncalie* di Federico I del 1158⁴⁵. E ancora l'ondata di giuramenti di pace nelle città tedesche imposti dai vescovi locali con valore costituente, o la funzione dei “cerchi di pace” nella costruzione dei centri castrali in Catalogna⁴⁶, dove, per controprova, è significativo il fallimento delle paci imposte solo come tassa signorile, senza un chiaro impianto territoriale⁴⁷.

Un modello di costituzione della comunità come delimitazione di uno spazio pacificato è chiarissimo anche nei primi statuti comunali che contengono il giuramento dei magistrati cittadini di mantenere

mortis suplicio tradi”. Si veda anche A. Padoa Schioppa, *Delitto e pace privata nel diritto lombardo: prime note*, in *Diritto comune e diritti locali nella storia dell'Europa*, Atti del convegno di Varenna, Milano 1980, pp. 557-578.

⁴³ A. Graboï s, *De la trêve de Dieu à la paix du roi. Etude sur les transformations du mouvement de la paix au XIIIe siècle*, in *Mélanges offerts à René Cozot*, edités par P. Gallais et Y. J. Riou, t. I, Poitiers 1966, pp. 585-596; D. Kennelly, *Medieval towns and the peace of God*, in “*Medievalia et Humanistica*”, 15 (1963), pp. 35-53, e da ultimo T. Gergen, *Paix éternelle et paix temporelle. Tradition de la paix et de la trêve de Dieu dans les compilations du droit coutumier territorial*, in “*Cahiers de civilisation médiévale*”, 45 (2002), 165-172 che ricerca la permanenza dei canoni della pace di Dio e della *tregua Dei* nelle *Usatges* di Barcellona, e nello Specchio dei Sassoni; sul ricorso ai canoni della *pax dei* in questioni giudiziarie cfr. Id., “*Et meam considerans culpam...*” *La paix de Dieu comme source juridique pour la résolution des conflits*, in *La culpabilité*, Actes des XXèmes journées d'Histoire du Droit, textes réunis par J. Hoareau-Dodinau, et P. Texier, Limoges 2001, pp. 367-385. Uno sviluppo interessante in J.S. Ott, *Urban space, memory and episcopal authority: the bishops of Amiens in peace and conflict, 1073-1164*, in “*Viator*”, 31 (2000), 43-77. In generale G. Althoff, *Satisfaction: peculiarities of the amicable settlement of conflict in the middle ages*, in *Ordering medieval societies. Perspectives on intellectual and practical modes of shaping social relations*, eds. B. Jussen, Philadelphia, 2001, pp. 270-284.

⁴⁴ Ancora un caso eclatante di “non separazione” fra “soddisfazione della parte” e ordine pubblico, cfr. D. Feldman, *The King's peace, the royal prerogative and public order: the roots and early development of binding over powers*, in “*Cambridge law journal*”, 47, 1 (1988), pp. 101-128; P. Dalton, *Churchmen and the promotion of peace in king Stephen's Reign*, in “*Viator*”, 31 (2000), pp. 79-119. Uno sviluppo assai complicato ebbero i “keepers of peace”, trasformati alla fine del XIII in “Justices of peace”, suscitando un dibattito intensissimo nella storiografia inglese, si veda A. Musson e W. M. Omrod, *The evolution of the english justice: law, politics and society*, Basingstoke 1998, e del solo A. Masson, *Sub-keepers and constables: the role of local official in keeping peace in fourteenth century England*, in “*English historical review*”, CXVII, n. 470 (2002), pp. 1-24.

⁴⁵ A. Graboï s, *De la trêve de Dieu* cit., e O. Guillot et Y. Sassièr, *Pouvoirs et institutions dans la France médiévale. Des origines à l'époque féodale*, t. 1, Paris 1998, pp. 261-263.

⁴⁶ P. Bonnassie, *Les sagreres catalanes: la concentration de l'habitat dans le “cercle de paix” des églises (XIe siècle)*, in Id., *Les sociétés de l'an mil. Un monde entre deux âges*, Brussels 2001, pp. 285-315. Per gli usi istituzionali della pace nelle comunità di confine cfr. J.P. Barraqué, *Du bon usage du pacte: les passerries dans les Pyrénées occidentales à la fin du Moyen Age*, in “*Revue historique*”, a. 124, t. CCCII, n. 614, pp. 307-335.

⁴⁷ Il riferimento è al caso trattato da T. Bisson, *The organised peace in southern France and Catalonia, ca. 1140-ca 1233*, in “*The American Historical Review*”, 82, 2 (1977), pp. 290-311.

e imporre la pace tra i *cives*. Un dovere che ha origini antiche, rinnovate dai capitolari carolingi che vedevano nell'imposizione della *compositio* e di un accordo coattivo tra vittima e offensore un mezzo necessario per il mantenimento della pace pubblica. Si tratta di un'azione a due livelli: il primo impone la pace a persone che hanno un conflitto in corso, tema presente in tutti gli statuti delle città italiane; il secondo assicura la protezione degli accordi comunque raggiunti. La protezione giuridica e giudiziaria delle concordie tra le parti era dunque una conseguenza diretta della natura costituente della pace della città, come attestano i brevi e gli statuti tra XII e XIII secolo.

Essendo un valore generale del politico, la pace, anche nelle sue manifestazioni singole, mantiene un'*utilitas* pubblica pienamente riconosciuta nelle prassi giudiziarie comunali. Con un senso pragmatico tipico dei primi teorici del comune, la *pax* della città era identificata, quasi materializzata, nella somma delle concordie individuali dei *cives*. Da qui il problema delle forme di interferenza fra le paci interpersonali e i processi in corso. Gli accordi potevano sospendere il processo o ridurre la pena secondo una gradazione diversa da statuto a statuto: in ogni caso le paci erano protette dall'ordinamento, anche quelle stipulate solo con atto notarile o in forma orale e la loro rottura era equiparata a un reato capitale punito con la morte. Nel corso del Duecento gli effetti della pace tendono a concentrarsi sul momento di fuoriuscita dal bando, dove la concordia concessa dalla vittima diventa un atto necessario per essere rebannito e riammesso in città dopo aver pagato la pena al comune⁴⁸. Un atto "di parte" che si interseca con le politiche di reinserimento sociale decise dal comune senza per questo eludere il problema della pena (che va comunque pagata).

5. Dalla metà del Duecento le spinte verso la trasformazione delle procedure provengono da direzioni diverse. In primo luogo l'apertura del sistema giudiziario pubblico a tutti i *cives* integrati ebbe effetti macroscopici sui modi di condurre le dispute. La richiesta di giustizia nelle città italiane fu altissima e lo rimase per lungo tempo, come prova la crescita esponenziale del volume degli affari trattati e della documentazione relativa. Giocava a favore dello strumento giudiziario un generale contesto di conflittualità legittima interna ai *cives*, e tra i *cives* e le istituzioni comunali: da un lato era possibile litigare per molti argomenti (grazie anche all'aumento di ambiti giurisdizionali sottoposti al comune e dunque all'aumento di tribunali); dall'altro si cercava nel processo una qualche forma di definizione del proprio disaccordo, una certificazione dello scontro che poteva risolversi all'interno del sistema giudiziario pubblico (raramente) o modificare uno *status* di relazioni interpersonali in stallo⁴⁹.

È evidente che le procedure hanno dovuto subire una drastica riconversione nella struttura e nella funzione. Una maggiore serialità degli atti processuali era inevitabile: accusa, citazione, giuramento *de veritate* dell'accusatore, giuramento dell'accusato, fideiussione, sono gli atti standard necessari per impiantare un confronto processuale e sono atti che vanno compiuti in sequenze temporali rigide, secondo procedimenti scrittori ormai fissati una volta per tutte. Questo fu un primo cambiamento importante: nel corso del Duecento scrittura e procedura tesero a coincidere, nel senso che gli atti scritti "erano" il processo. Tra i formulari di Rolandino Passageri e gli atti dei registri giudiziari, almeno a Bologna, vi è una quasi totale coincidenza testuale e procedurale, ma ancora di più questa pervasiva presenza di formule scritte si rivela negli atti accessori, come le procure, le cure, le fideiussioni, le stesse *intentiones* che seguono modelli comuni e iterabili⁵⁰. Contrariamente a un radicato luogo comune che vede nella struttura formulare degli atti un segno palese della non rilevanza del processo, è bene ribadire che proprio la natura iterabile delle scritture e degli atti ha reso possibile l'espansione del sistema giudiziario comunale, o meglio ha fatto del processo il perno della giustizia pubblica. Una giustizia che aveva come compito primario

⁴⁸ È un dato comune a tutti i sistemi giudiziari pubblici, per una verifica sugli ordinamenti di Siena cfr. P. Pazzaglini, *The criminal ban of the Sieneese commune 1225-1310*, Milano 1979, pp. 93-98.

⁴⁹ La funzione di certificazione di uno scontro in atto si mantenne a lungo, vi insiste molto R. Ago, *Una giustizia personalizzata. I tribunali civili di Roma nel XVII secolo*, in "Quaderni storici", XXXIV, n. 101 (1999), pp. 389-412.

⁵⁰ Per la struttura del processo accusatorio bolognese si veda di chi scrive, *I processi accusatori a Bologna*, in "Società e Storia", n. 78 (1997), pp. 741-788. Per il processo civile cfr. A. Padoa Schioppa, *Profili del processo civile nella summa artis notariae di Rolandino*, in *Rolandino e l'ars notaria da Bologna all'Europa*, Milano 2002 pp. 586-609.

quello di costruire un filtro fra i conflitti dei *cives* e la regolamentazione dei comportamenti imposta dal comune. Bisognava spezzare l'unitarietà del singolo conflitto in segmenti procedurali di diversa durata e intensità fino ad abbassare drasticamente la carica di violenza iniziale. Da qui la necessità delle "fasi": presentazione al giudice, garanzie di proseguimento, riformulazione della disputa nell'accusa, accettazione delle regole del confronto e preparazione delle prove. Da qui anche l'aumento degli atti collaterali di garanzia e di certificazione delle persone - procure, fideiussioni, testi - che obbligando le parti a trovare sostenitori attivi raggiungevano il duplice scopo di rendere pubblico il grado di inserimento dei singoli (trovare fideiussori è un segno iniziale di integrazione) e di condividere il peso dello scontro con un numero alto di persone. Le tensioni delle città, che erano fortissime e non affrontabili su un piano puramente repressivo, venivano così frammentate attraverso "micro implosioni" regolate dai diversi passaggi procedurali. Per questo il processo è un grande fatto sociale, una creazione consustanziale alla stessa dimensione politica della città, inseparabile dai meccanismi di sopravvivenza e riproduzione del tessuto connettivo della società urbana. Ogni visione riduzionista (ad esempio quelle binarie: procedure deboli/procedure forti) risulterebbe antistorica.

6. Ma come valutare l'impatto fra le procedure e la società urbana? Sono possibili due prospettive di ricerca, parziali e da integrare con studi più approfonditi. La prima prende in esame le diverse tipologie di uso del processo da parte dei litiganti: intendendo per "uso" la capacità dei litiganti di portare avanti e di concludere un confronto che, per quanto regolato, era anche costoso e difficile⁵¹. Dai risultati delle ricerche su grandi città comunali si nota una struttura dell'assetto generale dei processi a forma di imbuto: una grande pressione iniziale di accuse che si assottiglia velocemente dopo i primi fondamentali passaggi, garanzie, fideiussioni, contestazione di lite. Il ricorso reale ai testimoni riguarda una quota relativamente ridotta dei processi iniziati, nel corso dei quali le parti, e in specie l'accusatore, sono riuscite a produrre le prove sufficienti per proseguire il processo. L'escussione dei testi non porta necessariamente alla soluzione e spesso sono necessari altri passaggi, come le eccezioni presentate da un procuratore e la richiesta di un *consilium* per dirimere dubbi sostanziali sulla procedura, una risorsa complessa e di limitato accesso⁵². In definitiva i processi arrivati a sentenza non corrispondono mai al totale delle cause iniziate e risolte; anzi, il numero straordinario di assoluzioni, spesso oscillante fra l'80 e il 90 % dei casi, allude a una rinuncia di fatto a trovare e imporre una vera soluzione processuale. Le condanne quasi ovunque rappresentano una quota selezionatissima e limitata dei processi di partenza. Uno stato delle cose non solamente medievale, ma tipico di diversi contesti ancien régime una volta sottratti alle aspettative messianiche di un sistema punitivo puro, separato dal vecchio armamentario della negoziazione⁵³. Questo vuol dire che il massimo di pressione conflittuale sul processo viene esercitata nella fase iniziale: il dato importante per le popolazioni urbane è la possibilità di presentare l'accusa, di accedere al sistema giudiziario trascinandovi dentro la controparte. Il valore strategico del processo risiede soprattutto nella sua capacità di permettere una ri-formulazione regolata e protetta di un conflitto, spesso di media-lunga durata⁵⁴.

⁵¹ Una prospettiva simile, anche se accentua il significato strumentale dell'uso del processo come mezzo per proseguire i conflitti in altro modo, in M. Dinger, *Usi della giustizia come elemento di controllo sociale nella prima età moderna*, in *Criminalità e giustizia in Germania e in Italia*, cit., pp. 285-324.

⁵² M. Vallerani, *I processi*, cit. p. 778, nell'ultimo quarto del Duecento la quota di processi con la presentazione di testi (almeno l'elenco dei possibili testi) oscilla fra il 40 e il 50% dei casi. Nel primo ventennio del trecento questa quota crolla al 20-25%.

⁵³ Anche se in genere si tratta di situazioni assai ridotte, molti dati sparsi indicano che quasi ovunque tribunali funzionassero come filtro delle cause sottoposte a indagine: solo una quota ristrettissima di domande iniziali finiva in processo. Cfr. ad esempio A. Soman, *Deviance and criminal justice in western Europe, 1300-1800: an essay in structure*, in "Criminal justice history", I (1980), p. 7 calcola che nel *bailiage* di Mamers nella prima metà del Settecento su 704 casi criminali solo 62 (l'8,8%) sono sanzionati. Altri dati per tribunali di età moderna raccolti in M. Dinger, *Usi della giustizia come elemento di controllo sociale* cit., pp. 285-286, oscillano tra il 4 e il 7% delle denunce iniziali terminate con una sentenza di condanna.

⁵⁴ Che l'accusa in sé sia un elemento centrale nelle strategie conflittuali è dimostrato anche dal numero spesso notevole di accuse incrociate e iterate, vale a dire di accuse presentate contro l'accusatore oppure contro la

La seconda prospettiva prende in esame i modi di integrare, eludere o deformare il processo attraverso una serie di atti collaterali che interferiscono con il succedersi delle fasi procedurali. Qui la ricerca è più difficile, perché il più delle volte questi atti paralleli sono nascosti o non registrati. Eppure costituiscono una trama importante del processo pubblico, accusatorio e inquisitorio. Non mi riferisco solo alla possibilità che il confronto violento potesse continuare al di fuori del processo, sotto forma di minacce o di pressioni indebite, ma piuttosto ad altri modi più nascosti di accordi condizionali che prevedono azioni diverse secondo la piega presa dalla causa in giudizio. Una volta iniziato il processo, cambiavano le forme del confronto fra individui e famiglie. Proprio il relativo automatismo del procedimento (e non il suo presunto condizionamento da parte dei litiganti) spingeva le parti ad adattarsi alle fasi imposte dall'*ordo* e, in caso, a elaborare queste strategie di uscita alternative. Alcuni frammenti di atti processuali bolognesi di fine Duecento lasciano intravedere una trattativa preliminare tra le famiglie sulla possibile concessione della pace, in caso di processo inquisitorio per reati di sangue⁵⁵. Prassi ampiamente attestata nella Perugia della seconda metà del Duecento, dove le paci raggiunte tra le parti mostrano un'intensa storia di contratti e di contatti tra le parti prima e durante lo svolgimento dei processi⁵⁶. Questo fitto scambio di rapporti e di ipotesi intorno al processo rappresenta a mio avviso un elemento di grande interesse dei sistemi giudiziari comunali: non perché alluda a una forma "privata" e dunque primitiva di giustizia negoziata prestatuale (per altro il mercato era possibile con qualsiasi tipo di procedura, visto che si concentrava, il più delle volte, sulla pace per uscire dal bando o per evitare le pene fisiche) ma perché è il segno dell'adattamento delle pratiche relazionali dei *cives* agli schemi procedurali della giustizia pubblica.

7. Parallelamente allo sviluppo del processo, avviene tra fine secolo XII e inizio XIII anche una revisione profonda dei sistemi di inchiesta pubblica d'ufficio. Lo ha ricordato Giorgia Alessi in un libro recente dedicato al processo penale nel contesto europeo⁵⁷. Nelle città italiane la diffusione dell'inchiesta *ex officio* come forma ordinaria di giustizia pubblica segue di qualche anno queste sperimentazioni precoci: una presenza sensibile sul piano documentario e legislativo la si avverte a partire dagli anni trenta-quaranta del Duecento. Stiamo parlando naturalmente del processo *ex officio* e dato che su questa procedura si sono stratificati anni, se non secoli, di complesse ricostruzioni generali, fino a creare un'unica chimerica *inquisitio ex officio*⁵⁸, vale la pena soffermarsi brevemente sulle differenze ideologiche e procedurali dei numerosi tipi di inchieste *ex officio* che animano le giustizie duecentesche cittadine e non.

La procedura *ex officio* dei tribunali cittadini duecenteschi si afferma nella prassi come imitazione e rielaborazione di procedimenti ecclesiastici e di forme tradizionali di inchieste pubbliche di età consolare. Non fu un fenomeno improvviso, dunque, ma è vero che la definizione delle regole procedurali ha avuto fasi di più densa elaborazione. Ad esempio nei primissimi anni del secolo XIII, quando ci troviamo davanti a quel blocco straordinario di "dottrina della prassi" rappresentato

stessa persona o membri della sua famiglia più volte di seguito. Un dato inerente alla conflittualità urbana e regolato in maniera diversa dai singoli comuni. Se a Perugia lo scambio di accuse incrociate incide in maniera strutturale nell'assetto generale del sistema, a Bologna una norma statutaria cerca di limitare la riaccusa dell'accusatore ricadendo sotto la disciplina dei tentativi di allungare artatamente i tempi del processo.

⁵⁵ È il caso, assai interessante, di un processo dove la famiglia di un reo condannato a una pena fisica chiede la restituzione di una somma alla famiglia della vittima: secondo i parenti del colpevole i soldi che avevano sborsato facevano parte di un accordo condizionato alla non condanna del loro familiare. Il processo sarà oggetto di uno studio in preparazione.

⁵⁶ M. Vallerani, *Pace e processo nel sistema* cit. pp. 315-353. Si vedano su piano comparativo gli atti di pace di Marsiglia, molto prossimi alla realtà italiana (anche se in numero inferiore), esaminati da D. L. Smail, *Common violence: vengeance and inquisition in fourteenth century Marseille*, in "Past and Present", 151 (1996), pp. 28-59; e Id., *Hatred as a social institution in late medieval society*, in "Speculum", 76 (2001), pp. 90-126.

⁵⁷ G. Alessi, *Il processo penale. Profilo storico*, Bari 2001, pp. 23-64, nel capitolo II sono passati in rassegna i principali sistemi di inchiesta dal secolo XI in avanti.

⁵⁸ Parafrasando un breve ma assai significativo scritto di R. Orestano, *La 'cognitio extra ordinem': una chimera*, in "Studia et documenta historiae et iuris", XLVI (1980), pp. 236-247, dove si smonta l'idea, per altro corrente, di una *cognitio* "in quanto sistema di cui cogliere e delineare la storia, seguire le vicende, operare la ricostruzione". I dati concreti delle realtà storiche sono soltanto *le cognitiones*, ibidem, p. 237.

dalle decretali di Innocenzo III. Nate come provvedimenti specifici su singoli casi giudiziari, che vedevano coinvolti ecclesiastici di ogni grado gerarchico, le decretali presentano già gli elementi costitutivi delle procedure *ex officio* usate nell'Europa tardomedievale: la necessità di un *clamor* iniziale, la *fama* come agente "denunciante", la distinzione tra un momento di verifica generale del fatto e uno particolare del colpevole, la ricerca della *veritas* come scopo finale del processo, la discrezione e la segretezza degli atti, la verifica dei capi di accusa indipendente dalla volontà dell'accusato (vale a dire la ricerca di testimoni affidabili non manipolati dalle parti). I punti di contatto, come si vede, sono molti, anche perché il canone del concilio Lateranense IV "*Qualiter et quando*" (X,V,1,24), che univa due decretali molto importanti (come la *Licet heli* X.V.3.31 e la *Qualiter et quando* X,V,1,17), divenne un testo di riferimento per la cultura giuridica sul processo del Duecento anche prima del suo inserimento nel *Liber Extra* di Gregorio IX⁵⁹. I grandi canonisti attivi a Bologna nel primo ventennio del secolo, Vincenzo Ispano, Giovanni Teutonico, Damaso, Tancredi compilarono i loro commenti al concilio tra il 1215 e il 1220, affrontando prima le decretali già inserite nella *Compilatio III*, e poi i canoni conciliari del 1215⁶⁰. A questa data erano pronti i primi trattati di procedura che inserivano l'*inquisitio* come quarto modo di conoscere un *crimen* insieme all'accusa, alla denuncia e al notorio. Ne è un esempio la *Summula de criminibus* del canonista Tancredi, che contiene già la sostanza del procedimento e uno stock di riferimenti tecnici che fecero scuola⁶¹. In particolare il capitolo sull'*inquisitio* è una riproposizione delle decretali *Cum oporteat*, *Qualiter* e *Licet heli*, confermando l'innegabile valore dottrinale delle decretali innocenziane: le stesse che fondano un'importante *quaestio* svolta da Tancredi in coda alla *Summula*, sul ruolo di accusatore svolto dalla fama, il perno centrale del processo ecclesiastico⁶². Anche i commentatori successivi si soffermarono sui punti nodali del procedimento, che erano, non a caso, la necessità del *clamor* contro una persona per avviare un'inchiesta, la segretezza degli atti (sempre come garanzia per l'imputato), il ruolo centrale della *veritas* nella definizione delle regole di condotta⁶³.

Ma vanno anche sottolineate le specificità del modello innocenziano, che rendono l'*inquisitio* ecclesiastica una procedura per molti versi inimitabile. La principale riguarda la fortissima motivazione ideologica dell'inchiesta canonica, intesa da Innocenzo III come strumento ordinario di difesa dell'istituzione dalle devianze dei suoi stessi ministri. La *veritas* era urgente perché quello

⁵⁹ Sulla natura del processo inquisitorio canonico cfr. W. Trusen, *Der Inquisitionsprozess. Seine historische Grundlagen und frühen formen*, in "Zeitschrift der Savignystiftung für Rechtsgeschichte", Kan. Abt. (1988), pp. 163-230. L. Mayali, *Entre idéal de justice et faiblesse humaine: le juge prévaricateur en droit savant*, in *Justice et justiciables, Mélanges Henri Vidal*, Montpellier XVI, 1994, pp. 91-103: il nuovo procedimento risponde a un cambiamento delle condizioni socialmente accettabili di verità, a una razionalizzazione del rapporto fra giustizia e verità; R. Fraher, *IV Lateran's revolution and criminal procedure: the birth of inquisitio, the end of ordeals, and Innocent III's vision of ecclesiastical politics*, in *Studia in honorem eminentissimi cardinalis Alphonsi M. Stickler*, curante R. I. Castillo Lara, Roma 1992, pp. 96-111, insiste sul carattere politico delle innovazioni procedurali, tese a un maggiore controllo gerarchico delle cause ecclesiastiche.

⁶⁰ Per orientarsi J.Gaudemet, *Les sources du droit canonique, VIIIe-XXe siècles*, Paris 1993, pp. 124-127; P. Landau, *L'evoluzione della nozione di legge nel diritto canonico classico*, in *Lex et iustitia* atti del VII colloquio romano canonico (Utrumque ius, 30) Roma 1989, pp. 263-280. Il testo delle *compilationes* è in *Quinque Compilationes Antiquae*, ed E. Friedberg, Graz 1956, mentre per il concilio e i suoi commentatori è fondamentale cfr. *Constitutiones Concilii quarti Lateranensis una cum Commentariis glossatorum*, edidit Antonius Garcia y Garcia, in "Monumenta iuris canonici", series A, Corpus Glossatorum, 2, Città del Vaticano 1981. I testi delle decretali in *Decretalium collectiones*, editio lipsiensis, ed. E. Friedberg, Leipzig 1879.

⁶¹ R. Fraher, *Tancred's "Summula de criminibus". A new text and a key to the ordo iudiciarius*, in "Bulletin of the Medieval canon law", 9 (1979), pp. 25-35. Tancredi cita anche nel suo *ordo iudiciarius* la procedura inquisitoria, ma in maniera veloce, concentrandosi sulle fasi tradizionali del processo, cfr. *Pilli, Tancredi, Gratiae libri de ordine iudiciorum*, ed. F. Bergmann, Gottingae 1842, p. 153

⁶² Ibid., p. 32, la *quaestio* verte sulla possibilità per qualcuno di agire contro una persona oggetto di *inquisitio*: in teoria no, perché la fama "gerit vicem accusatoris et ipsa fama accusat". Tancredi ha subito messo in opera il principio fondamentale della procedura inquisitoria innocenziana: la fama al posto del denunciante.

⁶³ P.V. Aimone, *Il processo inquisitorio: inizi e sviluppi secondo i primi decretalisti*, in "Apollinaris", 67 (1994), pp. 591-634, ha riunito in appendice le glosse dei principali commentatori; in particolare le glosse di Giovanni Teutonico al c. *qualiter*, p. 624, in cui si ribadisce che solo l'infamia intollerabile, "quod amplius sine scandalo non potest tolerari", può dare inizio a un'inquisizione.

che contava non era il fatto ricostruito dalle parti, ma il fatto come percepito nella parrocchia e il danno che la fama negativa di quei comportamenti, o della persona, arrecava alla Chiesa. Tutto è commisurato a questo dato politico della fama intesa come meccanismo di valutazione collettiva che finisce per interessare la Chiesa nel suo complesso. In questo senso la segretezza aveva anche una funzione di garanzia verso le accuse incontrollate presentate dai sottoposti o dai parrocchiani contro le gerarchie ecclesiastiche locali, che andavano sottratte al giudizio critico della collettività⁶⁴. Sia Innocenzo, sia Onorio III e Gregorio IX, detestavano le giurie popolari e le intromissioni dirette dei fedeli nelle vicende della Chiesa, anche sotto forma di consulenza tecnica di giuristi laici⁶⁵. Le decretali disegnano uno spazio giudiziale di puro dominio ecclesiastico.

In secondo luogo il ruolo della pena. A dispetto della massima tante volte ripetuta, anche da Innocenzo III, che i “crimini non devono restare impuniti” non è la punizione del colpevole il fine ultimo della procedura ecclesiastica d’ufficio⁶⁶, ma il ristabilimento dell’armonia della parrocchia, la ritrovata credibilità del ministro nella sua circoscrizione. Molte sentenze stupiscono per la flessibilità dell’aspetto punitivo, che veniva chiaramente modulato secondo la ricomposizione o meno del quadro locale. L’*inquisitio* era dunque un procedimento penale interno all’ordinamento della Chiesa, con garanzie e punizioni bilanciate secondo un’idea di istituzione assolutamente peculiare e non esportabile. Anche grandi canonisti come l’Ostiense, che ne accentuarono gli aspetti coercitivi - ad esempio giustificando l’uso della tortura sia per l’imputato sia per il reo, in base al noto principio che i crimini non devono restare impuniti⁶⁷ - non ne modificarono radicalmente la natura di procedimento interno all’istituzione ecclesiastica⁶⁸.

8. È vero d’altra parte che in quei decenni i canonisti, e in generale i giuristi, dovettero fare i conti con altri modelli processuali di inchiesta sempre più definiti negli aspetti penali-punitivi: ad esempio le numerose norme anti-ereticali emanate da Federico II, che riprendevano, in alcune versioni (quella del 1220), i canoni conciliari del Lateranense IV (c. *Excommunicamus*) riguardo alla punizione degli eretici, aumentando nel tempo la carica punitiva. Norme che in un gioco di incastri continuo furono integrate nelle provvisioni pontificie di metà Duecento, dalle bolle di Innocenzo IV, in particolare la “*Ad extirpanda*” del maggio 1252 che ammetteva la tortura, a quelle di Alessandro IV, *Cum adversus hereticam* del 1257, che riprendeva le leggi di Federico II del 1239⁶⁹. Si apriva

⁶⁴ È da ricordare che la prima parte del canone “Qualiter et quando” è tratto da una decretale omonima, *Decretalium collectiones*, cit., p. 738, apertamente garantista, che invitava il vescovo di Novara ad ammettere un errore procedurale (“si forte contra prescriptum ordinem tamquam homines excessistis, non pudeat vos errorem vestrum corrigere”) e dunque a recedere dall’accusa in caso non ci fosse il *clamor* iniziale necessario ad avviare l’inchiesta. Nella glossa alle decretali di Bernardo di Parma questo passo serve appunto a ricordare che “regulariter non fit inquisitio nisi contra infamatum”.

⁶⁵ Ha ricordato l’ostilità dei pontefici verso i *consilia*, e in particolare di Innocenzo III, che condannava la prassi di affidare non al giudice ma a coloro che lo circondavano, dotti o indotti, la decisione della causa, M. Ascheri, *Le fonti e la flessibilità del diritto comune*, citato infra, p. 25.

⁶⁶ Sull’utilizzo del principio nella decretale *Ut fame* (X, V, 39, 35) del 1203 cfr. R. Fraher, *The theoretical justification for the new criminal law of the high middle ages: “rei publicae interest ne crimina remaneant impunita”*, in “University of Illinois Law review”, 3 (1984), pp. 577-595, commento ai passi della decretale a pp. 578-579.

⁶⁷ Cfr. R. Fraher, *Preventing crime in the High Middle Ages: the medieval lawyers’ search for deterrence*, in *Popes, teachers and canon law in the middle ages*, ed. by J. Ross Sweeney and S. Chodorow, Ithaca and London 1989, pp. 212-233, p. 222: Ostiense valorizza l’aspetto educativo della punizione e insiste sul valore apertamente terroristico delle pene: “Alias et per impunitatis. Nam facilitas venie incentivum tribuit delinquenti... et pene inflicto terrorem incutit”.

⁶⁸ Ad esempio Vincenzo Ispano e Giovanni Teutonico riservavano il diritto di chiedere un’*inquisitio* solo a chi aveva interesse in quanto membro della chiesa, in Aimone, *Il processo inquisitorio*, cit., p. 598. Guglielmo Durante nel suo *Speculum iuris*, pars III, Venetiis 1576, esamina i capitoli relativi all’*inquisitio ex officio* presentando subito i limiti del procedimento “in negativo”: senza *clamor* non si può *inquirere* (fornisce proprio la formula di eccezione: “Domine non potestis contra me de iure inquirere, quia non sum de his criminibus infamatus”) ugualmente se non si è *subditus* - come se si volesse conferire maggiore rilievo alla contestazione del procedimento rispetto al suo funzionamento.

⁶⁹ I primissimi anni Trenta del Duecento si confermano cruciali, cfr. H. Maisonneuve, *Etudes sur les origines de l’Inquisition*, Paris 1969. Nel 1231 la *constitutio* contro gli eretici romani segna una nuova fase della lotta del

così una serie di percorsi paralleli che immettevano il modello inquisitoriale antiereticale in un circuito giudiziario comunale, con un esplicito intento di coinvolgimento dei poteri cittadini nella punizione degli eretici “riconosciuti come tali” o quelli “inventi notabiles sola suspicione”. La formula è ambigua, non chiarendo bene fino a che punto questa verifica giudiziale dell’eretico fosse di competenza solo dei delegati papali o anche dei poteri laici, come nel caso dei giustizieri imperiali o dei corpi di “zelatores” e “boni catholici” incaricati della sorveglianza e della delazione⁷⁰. Innocenzo IV cercò di rispondere nella bolla *Ad extirpanda*, riducendo i poteri di intervento e di controllo dei magistrati comunali sull’operato degli inquisitori, ma le resistenze cittadine a questi tribunali sovralocali rimasero forti per buona parte del Duecento⁷¹.

Sul piano specificatamente procedurale, tuttavia, questo insieme di atti declamatori sotto forma di diplomi o di bolle offrono pochissimi elementi utili a capire il funzionamento reale di un processo. È probabile che la finalità prevalentemente repressiva di questi provvedimenti abbia schiacciato la fase probatoria sulla verifica severa di una “pre-conoscenza” di colpevolezza delle persone chiamate in giudizio. In altre parole, spesso, si sapeva già che le persone citate erano o dovevano diventare colpevoli, e dunque si cercavano conferme più che vere *probationes*. Per questo le prassi inquisitoriali in *materia fidei* tendono a privilegiare in primo luogo la formulazione dei capi d’accusa (fondamentale nei grandi processi politici del XIV secolo) e quindi le domande riguardanti i nomi dei sostenitori o dei compagni di “setta”, valutando in base alle risposte la collaborazione (e il pentimento) o meno dell’imputato. Su questo però sospendiamo il giudizio, avvertendo tuttavia che è difficile, anche in questo caso, pensare a un’unica omogenea procedura antiereticale, come non è ormai più possibile ipotizzare un Tribunale dell’inquisizione slegato dai contesti locali⁷². Visto nel

papato contro gli eretici: Gregorio riprende la legge contro gli eretici di Federico II del 1224, che prevedeva la pena di morte, e in una lettera del 22 maggio 1231 la invia a tutti i vescovi della Tuscia e Lombardia, cfr. A. Piazza, “Affinché... costituzioni di tal genere siano ovunque osservate”. *Gli statuti di Gregorio IX contro gli eretici d’Italia*, in *Scritti in onore di Girolamo Arnaldi offerti dalla scuola nazionale di studi medievali*, Nuovi studi storici, 54, Roma 2001, pp. 425-458.

⁷⁰ Nelle leggi del 1220, che riprendono in diversi punti il canone *Excommunicamus* del IV concilio lateranense, si impegnano i rettori a sterminare gli eretici su richiesta o dopo una valutazione delle autorità ecclesiastiche, MGH, *Leges, IV, Constitutiones et acta publica*, p. 108. Nella *constitutio* del 1224 contro gli eretici lombardi Federico si è ormai attribuito il “gladium materiale” contro i nemici della fede, e ordina di sterminare gli eretici ma sempre “post condignam examinationem” del vescovo, *ibidem* n. 100, p. 126. Anche nelle leggi del 1232 per la Germania, estese poi nel 1238 all’impero, *ibidem*, n. 158, p. 196 l’*inventio* degli eretici spetta agli *inquisitores* inviati dalla sede apostolica e ai “zelatores”: i giudici possono punire solo “ad insinuationem inquisitorum”. Si veda anche G. Di Renzo Villata, *La Constitutio in basilica beati Petri nella dottrina di diritto comune*, in “Studi di storia del diritto”, II, Milano 1999, pp. 151-301. Le disposizioni del podestà di Milano Aripando Faba del 1228 prevedevano un intervento misto: un ufficio di dodici uomini “cattolici” agivano insieme a due predicatori e a due minori nella ricerca degli eretici, mentre un collegio giudicante misto composto dal giudice laico e dal legato dell’arcivescovo, doveva esaminarli, p. 163. Per il regno di Sicilia, invece, l’inchiesta è affidata interamente ai giudici regi che perseguono direttamente il reato di eresia. Nel *Liber Augustalis*, MGH, *Constitutiones et acta publica imperatorum et regum*, tomus II *Die Konstitutionen Friedrichs II. für das Königreich Sizilien*, hrg. von W. Stürner, Hannover 1996, Konst. I.1, p. 151, si legge che gli eretici “per officiales nostros sicut et alii malefactores inquiri, ac inquisitiones notatas, si levis suspicionis argumento tangantur, a viris ecclesiasticis et prelatiis examinari iubemus”.

⁷¹ Cfr. A. Padovani, *L’inquisizione del podestà*, in “Clio”, XXI, 3 (1985), pp. 345-393, che data dalla bolla *Ad extirpanda* il vero punto di svolta per il rapporto fra giudici delegati e poteri laici, con la completa esclusione degli organi comunali da tutte le fasi del processo, salvo, naturalmente, quella esecutiva. Della normativa antiereticale sembra che le più citate negli statuti siano le bolle di Innocenzo IV (ripresa da Alessandro IV, *Ad Extirpandam*, del 7 gennaio 1262, e da Clemente IV nel 1265) e le leggi di Federico II del 1239. Ma sui metodi per vincere le resistenze dei comuni italiani, che in mancanza di un’autorità superiore come il re in Francia, dovevano essere “convinti” alla lotta contro gli eretici, si veda anche T. Scharff, *Die Inquisition in der italienischen Geschichtsschreibung im 13. und frühen 14. Jahrhundert*, in *Bene vivere in communitate. Hagen Keller zum 60. Geburtstag*, Münster 1997, pp. 255-279.

⁷² Posizioni chiare in tal senso sono state prese da H. A. Kelly, *Inquisition and Prosecution of Heresy: misconceptions and abuses*, in “Church history”, 58 (1989), pp. 439-451, ora in Id., *Inquisitions and other trial procedure in the medieval west*, Ashgate Variorum, 2001, e da R. Kieckhefer, *The office of Inquisition and medieval heresy: the transition from personal to institutional jurisdiction*, in “Journal of ecclesiastical history”,

suo ambiente, ogni processo assume una configurazione diversa, sia per la flessibilità dello strumento inquisitorio, che assegnava alla fama e alla sua valutazione arbitraria da parte del giudice un potere amplissimo, sia per le peculiari relazioni dei giudici legati con la società politica locale che non consentiva sempre il medesimo iter procedurale o un esito predeterminato⁷³.

Non assimilabili in tutto a un *idealtypus* inquisitorio sono anche le *inquisitiones* pubbliche in uso nel Regno e formalizzate da Federico II nel *Liber Augustalis*. Si trattava in quel caso di una procedura complessa - possibile solo in un sistema di stretta sottomissione gerarchica dei giudici al potere politico - che recepiva impulsi diversi, del potere naturalmente, ma anche delle comunità locali che di fatto controllavano e determinavano la "fama" delle persone⁷⁴: ed essendo il sistema dei giustizieri largamente dipendente dai meccanismi di riconoscimento legati alla fama, alle comunità era affidato un forte potere di autocontrollo e di collaborazione con i giudici regi. Una forma di coinvolgimento assai diffusa in Europa e come vedremo, non estranea alle dinamiche effettive delle inquisizioni d'ufficio in uso nelle città comunali. Senza contare che il modello ideale federiciano venne di fatto smantellato sotto la dominazione angioina, quando la giustizia alta fu riconosciuta prerogativa delle baronie feudali a discapito proprio dei giustizieri⁷⁵.

In definitiva le prassi erano numerose, diverse per impostazione e finalità, e ancora strettamente dipendenti dai contesti territoriali di applicazione. L'inquisizione, come sistema unico, non esiste.

9. I dottori laici non opposero subito una cosciente riflessione sui modelli processuali *ex officio* validi in ambito urbano. Le opere processuali della prima metà del Duecento continuavano a seguire l'impostazione classica dell'*ordo iudiciorum*: ad esempio, quello, citatissimo, di Guido da Suzzara non contempla l'*inquisitio*⁷⁶. Eppure processi di tipo inquisitorio erano diffusi e praticati nelle corti podestarili già dagli anni Venti-Trenta e divennero prassi corrente dalla metà del secolo XIII, segno che ormai i comuni cittadini avevano acquisito il potere di iniziare l'azione processuale anche in assenza di un accusatore formale. Non stupisce, quindi, che il primo a inserire la procedura *ex officio* negli schemi ordinari del processo comunale, e cioè il giudice-giurista Alberto da Gandino, abbia inquadrato nel *Tractatus de maleficiis*⁷⁷ la procedura inquisitoria dentro una cornice empirica di riferimenti giuridici e politici diversi: il diritto lombardo, le decretali, la prassi corrente, i consigli di Federico II, pareri di illustri maestri. E neanche sorprende che al momento di definire

46 (1995), pp. 36-61 e J. Given, *Inquisition and medieval society. Power, Discipline and Resistance in Languedoc*, Ithaca 1997, specialmente il cap. I.

⁷³ Sottraendosi agli "schemi da manuale", dove imperversa quello di Bernardo Gui (sul quale si veda J. Paul, *La mentalité de l'inquisiteur chez Bernard Gui*, in *Bernard Gui et son monde* (Cahiers de Fanjeaux 16), Toulouse 1981, pp. 279-316), le analisi ravvicinate di processi inquisitori mostrano bene l'ampiezza delle variazioni possibili. Segnaliamo solo pochissimi esempi: J.-L. Biget, *Un procès d'inquisition à Albi en 1300* in *Le Credo, la morale et l'inquisition*, (Cahiers de Fanjeaux 6), Toulouse 1971, pp. 273-341; si veda anche il ricorso massiccio alle garanzie fideiussorie nei processi inquisitoriali di Carcassonne in J. Paul, *La procédure inquisitoriale à Carcassonne au milieu du XIIIe siècle*, in *L'église et le droit dans le Midi (XIIIe-XIVe siècle)*, (Cahiers de Fanjeaux, 29), Toulouse 1994, pp. 361-396; e di recente J. Théry, *Les albigeois et la procédure inquisitoire: le procès pontifical contre Bernard de Castanet, évêque d'Albi et inquisiteur (1307-1308)*, in "Heresis", 33 (2000), pp. 7-48, dove si esamina il lungo conflitto tra il vescovo di Albi e l'élite cittadina: si tratta di un momento di pieno sviluppo della natura apertamente politica dell'*inquisitio*, che si basa in maniera preponderante sulla stratificazione dei capi d'accusa, in questo caso ben 42, e su una esplicita volontà politica della stessa curia pontificia.

⁷⁴ *Die Konstitutionen Friedrichs II*, cit., p. 213 per le *inquisitiones generales* "de malefactoribus et hominibus male conversationis et vite per seipsos iudices..." dove l'elemento della mala fama è considerato di per sé un reato. Nel capitolo successivo I, 53.2 l'elemento della fama è ancora più decisivo, sia nelle *inquisitiones generales* dove le persone diventano *notabiles* se la cattiva fama è provata da dieci *boni viri*; sia in quelle speciali, dove il giudice deve prestare attenzione al *delatore* alla sua fama prima di procedere contro il "delato". Resta comunque interessante l'equilibrio instabile tra l'arbitrio del giudice che deve valutare le delazioni e l'accentramento voluto da Federico che deve avere l'ultima parola sul caso dopo la relazione del giustiziere.

⁷⁵ E. Cortese, *Nicolaus de Ursone de Salerno. Un'opera ignota sulle lettere arbitrarie angioine nella tradizione dei trattati sulla tortura*, in *Per Francesco Calasso. Studi degli allievi*, Roma 1978, pp. 191-284.

⁷⁶ In *Tractatus Universi Iuris*, Venetiis 1584, vol. XI, 1.

⁷⁷ H. Kantorowicz, *Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastick*, vol. II, *Die Theorie. Kritische Ausgabe des "Tractatus de maleficiis" nebst textkritischer Einleitung*, Berlin 1926, da ora citato come *Tractatus*.

una successione di atti secondo criteri tecnici coerenti si sia appoggiato ai testi innocenziani contenuti nel *Liber Extra*, che costituiscono, come vedremo, la trama linguistica e ideologica dei capitoli procedurali.

Il *De maleficis* di Gandino tuttavia va inquadrato brevemente, pena una sua lettura troppo moderna⁷⁸. Gandino era un giudice professionale di altissimi gusti culturali: l'apparato di citazioni del suo trattato lo dimostra. Ma in questa pretesa di essere al tempo stesso giudice e giurista (anche se di seconda mano) risiede buona parte delle ambigue contraddizioni del suo libello. Da un lato, è evidente che Gandino cerca di elaborare i criteri di base del giudizio, in grado di aiutare i giudici a prendere una decisione in forma di sentenza. A sostegno di questo sforzo pone un'ideologia della pena in cui il giudice diventa l'esecutore e il difensore degli interessi della *respublica*: ogni reato commesso comporta un danno alla *respublica* che esige sempre e comunque la sua riparazione. D'altro canto, il suo libello si nutre in gran parte di *questiones de facto* risolte in modi diversi e in momenti diversi dai maggiori giuristi del Duecento, spesso in contraddizione con gli altri colleghi e con sé stessi. Le *questiones* costituiscono dunque un materiale pericoloso, fondato sul dubbio e su uno schema dialettico strutturalmente inadatto a fondare un sistema. Gandino opera una serie di scelte consapevoli, selezionando i pareri che rafforzano il suo senso dello "stato", ma questa selezione si scontra con la natura frammentaria ed episodica di un *corpus* di pareri fondato su *casus*. Spieghiamoci meglio.

I *doctores*, che Gandino riprende con un deferente complesso di inferiorità culturale, avevano impostato da tempo la trasmissione di un sapere pratico della giustizia in termini di "questioni" da considerare singolarmente: e avevano anche preteso - questo sì in maniera sistematica - di poter intervenire in tutti i casi considerando la singola *questio* come problema a sé stante, da risolvere con il ricorso a una *sapientia* giuridica che poteva prescindere tanto dagli statuti quanto dai severi programmi di *law enforcement* dei governanti comunali⁷⁹. Lo stesso potere di interpretare lo statuto, trattando come lacuna qualsiasi caso diverso da quello configurato nel testo, aveva creato un ampio campo di tensione fra giudici e giuristi riguardo il significato delle norme comunali e le forme di applicazione⁸⁰. La nuova impostazione culturale del problema della giustizia era resa ancora più complessa dalla facilità di trasmigrazione dei casi e delle soluzioni tra *quaestiones* di scuola e *consilia* che gli stessi giuristi-professori erano chiamati a dare in numero crescente nei tribunali cittadini. La congiunzione tra scuola e prassi divenne immediata e creò un corto circuito fra *doctor* e *consultor* di non facile soluzione: le *quaestiones* nascevano spesso da *casus* reali dibattuti come consulenti e riadattati all'insegnamento, ma al tempo stesso la natura scolastica dell'esercizio dialettico doveva influenzare il contenuto dei pareri dati in sede consulente. Un'attitudine a imporre una soluzione "scientifica" ai singoli casi, o almeno a valutare il problema alla luce di una sapienza tecnica romanistica, è ad esempio ampiamente riscontrabile nei *consilia* dei dottori bolognesi del tardo Duecento, tanto nei processi ordinari, quanto nelle cause politiche⁸¹. E la forza politica del *consilium* era tale da sovrapporsi spesso alle magistrature forestiere sia come controllo, sia come una sorta di giurisdizione parallela⁸².

⁷⁸ Per un inquadramento del testo si vedano E. Cortese, *Il rinascimento giuridico medievale*, cit.; M. Sbriccoli, "Vidi communiter observari". L'emersione di un ordine penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII, in "Quaderni fiorentini", 27 (1998), 231-268; D. Quagliani, *Alberto Gandino e le origini della trattatistica penale*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", XXIX (1999), pp. 49-63. Per la natura politica degli aspetti tecnico-giuridici del *Tractatus* si veda F. Cordero, *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*, Bari 1985, pp. 184-188.

⁷⁹ Il richiamo alle ideologie di base al sistema questionante è a M. Bellomo, *I fatti e il diritto, tra le certezze e i dubbi dei giuristi medievali (secoli XIII-XIV)* Roma 2000, in particolare il cap. XII, pp. 629-667.

⁸⁰ Lo aveva acutamente notato M. Sbriccoli, *L'interpretazione dello statuto*, Milano 1969, (ristampa Milano 2001).

⁸¹ Per queste ultime si veda in questi atti il contributo di G. Milani.

⁸² Fondamentale per la funzione del *consilium* M. Ascheri, *Le fonti e la flessibilità del diritto comune: il paradosso del consilium sapientis*, in *Legal consulting in the civil law tradition*, ed. by M. Ascheri, I. Baumgärtner, J. Kirshner, Berkeley 1999, pp. 11-53. Si veda a p. 24, l'attacco di Guglielmo Durante, esperto anche di cose bolognesi, contro la *consuetudo* dei *consilia* che secondo lui, deresponsabilizza il giudice. Cfr. anche J. Kirshner, *Consilia as authority in late medieval Italy: the case of Florence*, Ibidem, pp. 107-140.

Tutto questo era ben presente a Gandino, grande lettore di raccolte di *questiones* e per due volte giudice a Bologna nel 1289 e nel 1294: esperienze che lo misero in contatto diretto con alcuni dei maggiori maestri del tempo. Non fu un contatto facile. Il *De maleficiis* è disseminato di microconflitti teorici che rimandano a scontri procedurali realmente avvenuti con i maestri bolognesi, che, con i loro *consilia*, devono aver frenato o censurato l'azione del giudice Gandino. Insomma il *De maleficiis* è opera complessa, che tradisce uno stato di tensione acuta fra il diritto del giudice e il diritto dei dottori e una faticosa costruzione di una scienza empirica del processo che cambia fonti e metodi secondo i temi trattati e i diversi modelli procedurali esaminati.

Di questo complesso quadro di riferimenti prenderemo in esame tre elementi fondamentali per capire la grammatica giudiziaria gandiniana e li metteremo a confronto con le giustizie applicate nei comuni italiani: 1) le fonti della procedura *ex officio*, che si presenta, fin dai primi capitoli dedicati all'accusa, come il "vero" sistema processuale di uno stato ben regolato in cui le colpe sono scoperte e punite sempre, con il consenso di tutti, della vittima, dei governanti, degli avvocati e possibilmente dello stesso reo; 2) il ruolo dell'*arbitrium iudicis*, indirizzato naturalmente verso un'ideologia della pena che Gandino, con un continuo e tacito auto-inganno, dà per scontato essere sempre condivisa e assoluta (e d'altra parte non combatte il giudice a fianco e per la *respublica*?); 3) la funzione della fama, che nelle sue molteplici accezioni è divenuta tanto il motore primo del processo, quanto lo strumento di base di un sistema probatorio largamente fondato sugli indizi indiretti. In sostanza, proprio la sua duplice esperienza di giudice e teorico, e le numerose tracce di conflitti aperti con i giuristi locali nei suoi vari mandati, ci consentono di osservare le linee di tensione lungo le quali si è sviluppata la giustizia pubblica *ex officio*.

10. Il capitolo sull'*inquisitio* del *Tractatus de maleficiis* ci interessa per più motivi. Gandino interpreta inizialmente l'*inquisitio* come procedimento *extra-ordinem*, ma di fatto usato correntemente nelle curie podestarili delle città italiane. Sul piano pratico non ci sono problemi, ma sul piano teorico l'assenza della procedura *ex officio* nei testi romanistici rende difficile introdurre il tema. È difficile in particolare eludere il principio di base dell'*ordo* romanistico: senza accusatore non si può iniziare un processo ("quod sine accusatore criminis cognitio et pene impositio non procedunt"). È la regola che lo angustia maggiormente, più volte richiamata (già nei capitoli relativi all'accusa) e sempre esorcizzata sia con una ipervalutazione delle non numerose eccezioni previste dal diritto romano (i "casi speciali" nei quali si può iniziare un processo senza accusa), sia con un uso ideologico del vecchio adagio che "i crimini non devono restare impuniti", divenuto ora il fondamento della nuova giustizia: un principio complementare al diritto lombardo e al diritto canonico che consentono di *inquirere* su qualsiasi cosa⁸³. Il richiamo ai diritti concorrenti, del resto, non è formale.

Il ricorso al diritto canonico, in particolare, diventa decisivo quando si descrivono i meccanismi interni del procedimento inquisitorio, ripresi letteralmente dal *Liber Extra*⁸⁴, e gli snodi ideologici che animano la trama del processo: l'infamia come motore primo del procedimento, la ricerca della *veritas* come fine superiore della giustizia, la localizzazione della *veritas* nella persona, e dunque la necessità della sua presenza (e non quella del suo avvocato), e infine la pre-determinazione del processo verso la punizione del colpevole, il famoso "ne crimina remaneant impunita". È quest'ultima regola che giustifica una graduale sovrapposizione nel linguaggio gandiniano tra *veritas* e *culpa*, e tra *inquirere* e *punire*, come se ogni verità da scoprire sia in realtà una colpa da punire. Ed è sempre il principio punitivo che legittima, secondo Gandino, tanto il procedimento ordinario quanto quello straordinario, che incontrava ancora alcune difficoltà a legittimarsi sul piano giuridico. In un passo di rara densità ideologica Gandino, smentendo la sue titubanze iniziali,

⁸³ *Tractatus*, p. 38: "iure enim canonico de quolibet maleficio inquiritur et cognoscitur".

⁸⁴ Quando presenta l'*inquisitio* Gandino ne riprende le caratteristiche principali secondo le parole del canone *Qualiter*, ormai il testo di riferimento, *Tractatus*, p. 38: è necessario che la persona contro cui si indaga sia infamata, cioè che la *publica vox* lo indichi come colpevole, che sia suddito, che la notizia sia pervenuta *ad aures potestatis*, che non venga da persone malevole ma "provvide e discrete". Quando poi si affrontano i singoli modelli il canone *Qualiter* diventa fonte diretta, cfr. *Ibidem* p. 39: "et si quidem inquirat contra aliquam specialem personam tunc servandus est ordo traditus *Extra*, de *accusationibus* c. *qualiter* et quando".

riassorbe le differenze procedurali dentro la nuova funzione politica della giustizia: “qui accusat tendit ut maleficium puniatur, et iudex, qui inquit, similiter, et ius commune est, ne maleficia remaneant impunita”⁸⁵. Ecco ricomposta l’unità del sistema: lo *ius commune* ordina che i *maleficia* non restino impuniti, indipendentemente dalla procedura adottata. Un salto teorico indubbiamente originale, che pochi giuristi riuscirono fare con la medesima disinvoltura di Gandino.

Sul piano tecnico, la ripresa letterale dei testi innocenziani ha conferito alle pagine di Gandino un tratto artificialmente coerente, anche se alcuni elementi di tensione emergono già in sede teorica. Ad esempio la pluralità delle procedure *ex officio* possibili. Gandino, imitando i testi ecclesiastici, ne presenta almeno tre:

- un’*inquisitio* generale per raccogliere voci su possibili comportamenti delittuosi, dunque senza imputati e senza solennità;
- un’*inquisitio* speciale contro una persona specifica infamata de *ipso crimine*: e allora scattano le procedure previste dalla “*Qualiter et quando*” che, essendo una procedura di garanzia, almeno nella prima parte, permette un confronto processuale ancora provvisto del contraddittorio e di controprove (citazione, consegna dei capitoli di accusa e dei nomi dei testi);
- e infine un’*inquisitio cum promovente* dove il *promotor* che promuove l’inchiesta, deve provare l’infamia dell’imputato con testimoni appositamente chiamati a deporre solo sull’esistenza dell’infamia o meno. Testi che possono essere contraddetti dall’imputato come malevoli e smentiti da altri testimoni. Insomma un modello di confronto non semplice, che Gandino cerca di rendere più efficiente diminuendo le garanzie presentate dai testi per essere credibili, e aumentando il potere discrezionale del giudice che può interrogare i testi senza contraddittorio e decidere di non consegnare la copia degli atti al reo di chiara malafama⁸⁶. Forzature non casuali, che Gandino adotta per abbassare la soglia di tollerabilità di comportamenti criminosi nelle corti laiche rispetto ai modelli ecclesiastici, nella speranza di rendere coerente al mondo cittadino procedure nate in altri contesti. Nonostante la somiglianza superficiale dei formulari, le differenze restano sostanziali.

Nella ripresa dei modelli ecclesiastici il *Tractatus* riflette comunque un dato reale: anche nel mondo comunale abbiamo una reale molteplicità di procedure adottate nei tribunali pubblici, un fascio di possibili sistemi di inchiesta che si nutrono di fonti e di spunti molto diversi, tenuti insieme dai giudici del podestà in maniera empirica. Le *inquisitiones generales*, promosse mensilmente dal podestà, sembrano conservare una vaga somiglianza con il modello ecclesiastico, ma procedono con ben diversa velocità: si tratta infatti di lunghe sedute in cui i ministeriali delle cappelle, gli ufficiali responsabili delle unità di base delle circoscrizioni urbane, devono denunciare i reati commessi nelle loro parrocchie⁸⁷. Il tasso di scoperta di nuovi reati in seguito a questo tipo di indagini è assai variabile: a Bologna è quasi nullo, mentre a Firenze sembra esserci stato un controllo territoriale più efficace⁸⁸. A queste si possono aggiungere le inchieste iniziate su denuncia notificata dagli ufficiali del contado o della *familia* podestarile cittadina. Si tratta spesso di processi appena abbozzati, dove la *notitia criminis* arriva tardi, spesso senza indicazione del colpevole. Poi abbiamo

⁸⁵ *Tractatus*, p. 46.

⁸⁶ È probabile che Gandino non si aspettasse di processare dei vescovi, ma persone di mala fama che non meritavano quel livello di attenzione assegnato da Innocenzo alle fonti dell’infamia. Gandino riduce la portata della clausola che la fama non deve provenire da persone malevole: è sufficiente che i testi abbiano ascoltato l’infamia non dagli stessi provvidi uomini ma anche da persone diverse (allarga la possibilità di esistenza di un’infamia); non nello stesso momento e nello stesso luogo, ma in momenti diversi, *Tractatus*, pp. 41-42. Il passo sulla consegna della copia degli atti al reo *male fame et vite*, *Ibidem* p. 44 mostra bene come Gandino costruisca una procedura empirica in base alle condizioni personali degli imputati.

⁸⁷ Esempi in Kantorowicz, *Albertus Gandinus*, cit., vol. I *Die Praxis*, pp. 250-253. Il testo delle *inquisitiones generales* riprende i capitoli dello statuto che impone al podestà e alla sua *familia* di interrogare i ministeriali su quei reati: presenza di meretrici, gioco d’azzardo, *homines* di mala fama, ferimenti e omicidi su commissione, ricezione di banditi, false accuse, parentele con i Lambertazzi, fino alla falsificazione delle misure per il vino. Ogni ministrale deve rispondere di persona e dunque le *inquisitiones* occupano diverse carte dei registri. In genere i reati denunciati sono rarissimi.

⁸⁸ A. Zorzi, *Contrôle social, ordre public et répression judiciaire à Florence à l’époque communale: éléments et problèmes*, in “*Annales ESC*”, 5 (1990), pp. 1169-1188, ascrive la maggior parte delle denunce ai cappellani.

un ampio settore di *inquisitiones ex officio* iniziate su notizie di reato (*clamor* o *rumor*) pervenute genericamente “ad aures potestatis”, secondo una formula imitativa dei procedimenti ecclesiastici. È un settore composito, che non esclude la compresenza di notifiche anonime, cripto-denunce della parte lesa o denunce dei corpi di polizia podestarili. In altri casi, numerosi, esiste un denunciante palese, simile al “promovente” del diritto canonico, che presenta al podestà una richiesta esplicita di *inquirere* contro una data persona per un reato specifico. Lo stesso Gandino, quando era giudice a Bologna nel 1289, ha seguito spesso questo metodo, trasformando però il denunciante in un “collaborante” fattivo del giudice. Nei suoi processi ha imposto un formulario in cui la parte lesa non solo chiede al giudice di aprire il processo *ex officio*, ma si impegna a non perseguire lo stesso reato con un'accusa riconoscendo al giudice il potere di perseguire i reati:

dixit quod vult et placet sibi quod dominus potestas et dictus iudex ex eorum offitio inquirant de ipso homicidio contra omnes culpabiles *sine alia accusatione per eam faciendam* quam facere non vult sed contentatur quod potestas et iudex inquirant de predictis et de aliis⁸⁹.

Che il formulario sia in buona parte una creazione di Gandino stesso non ci sono dubbi, a dimostrazione di quanto il giudice lombardo si sforzasse di “creare” una nuova giustizia. Ma questo non cambia la natura delle cose. Una volta avviato, il processo seguiva due fasi: nella prima il giudice citava ed ascoltava i testimoni del luogo presumibilmente informati dei fatti, per confermare l'esistenza del reato e l'indicazione del nome del colpevole (non ci sono due fasi distinte, come spesso si scrive); nella seconda si interroga il reo, ammesso che sia reperibile e si ascoltano le difese. La vera novità rispetto all'accusa è la prima: selezionare e interrogare i testimoni apparentemente neutri, non indicati dalla parti, assicura al giudice una preconnoscenza dei fatti che lo pone su un piano di superiorità rispetto all'imputato. Anche da un punto di vista concettuale il ruolo del giudice si trasforma, eludendo quel divieto di supplenza nella ricostruzione dei fatti che era il cardine basilare del processo accusatorio: ora il giudice può e deve “de facto supplere” cercando di capire cosa è stato fatto e chi lo ha fatto.

11. L'influenza delle decretali è determinante anche per il funzionamento dei meccanismi di prova, in particolare per quanto riguarda il ruolo centrale della fama della *maior pars vicinie* che diventa la chiave di volta del processo *ex officio*. Su un piano generale Gandino ha seguito una teoria delle prove legali: vengono prima le prove certe come la confessione e il notorio, quindi le presunzioni violente (un uomo che esce dalla stanza con la spada insanguinata e dentro si trova un cadavere), e infine gli indizi indiretti e incerti, ad esempio la *vox* della vicinia. È su questi ultimi che Gandino insiste con particolare attenzione, perché sa bene, in base alla sua esperienza nelle corti podestarili, che nella maggioranza dei casi il giudice non avrà il conforto della testimonianza diretta oculare, ma solo i segni incerti degli indizi e del sentito-dire. Come sbrogliarsi in queste occasioni, sapendo che per *omnes doctores* i semplici indizi non sono sufficienti per emanare una sentenza di condanna⁹⁰? Si potrebbe pensare a un ricorso generalizzato alla tortura, ma sarebbe una risposta in parte inesatta⁹¹: nel *Tractatus* gandiniano, e nella prassi dei tribunali comunali, la tortura non gioca ancora un ruolo pienamente probatorio, ma viene di fatto considerata una forma di pena da irrogare solo in presenza di requisiti particolari, tanto che gli indizi per condannare o per torturare sono molto simili. Dunque bisogna trovare un sistema di riferimenti con valore probatorio prima di decidere se dare la tortura o condannare. È il punto debole del sistema, direi di ogni sistema a base inquisitoria, perché, come è noto, degli indizi non si dà dottrina certa e la materia resta sospesa. Per

⁸⁹ ASBo, *Inquisitiones* 1289, busta 16, reg. 1, c.10r.

⁹⁰ Sentenza chiara, riportata due volte da Gandino. La prima nella rubrica sugli indizi, *Tractatus* p. 98, quando prima sostiene sulla scia di Tommaso da Piperata che si può condannare, ma alla fine della rubrica ricorda che “Sed omnes sapientes, quod Bononie vidi et alibi, dicunt, et etiam ita vidi et de consuetudine observari, quod propter talia vel similia non possit quis in diffinitive in persona damnari”.

⁹¹ Anche se è la risposta classica che la dottrina sul processo penale ha sempre dato: vedi da ultimo G. Alessi, *Prova legale e pena. La crisi del sistema tra medioevo ed età moderna*, Napoli 1979 e Ead., *Il processo penale*, cit., p. 62: “l'esperato e inane tentativo di predeterminare i gradi della certezza giudiziale rese spesso difficile l'acquisizione della prova piena e confermò la centralità della confessione e dunque della tortura”.

colmare questa lacuna tecnica Gandino decide di aumentare in maniera più o meno surrettizia il potere discrezionale del giudice nella valutazione di tutti gli elementi relativi alla persona, al reato e alla sua modalità. Vediamo la catena di assimilazioni logiche e linguistiche che sostiene l'impianto ereditato da una confusa letteratura penalistica e rielaborato da Gandino⁹².

1) Per dare la tortura è necessario avere indizi *sufficiencia* et *verisimilia*, altrimenti il giudice si mette fuori legge, la confessione così ottenuta non vale e la condanna sarebbe comunque nulla⁹³.

2) Degli indizi non si può dare dottrina certa e dunque bisogna affidarsi all'arbitrio *iudicantis*, anzi ogni lacuna del diritto dovrebbe essere risolta dal giudice:

nec de eis poterit dari certa doctrina, sed hoc committitur arbitrio iudicantis ... et generaliter omne quod non determinatur a iure, relinquitur arbitrio iudicantis⁹⁴.

In altre parole il giudice deve avere il potere di valutare la questione in sua "coscienza", termine cardine del discorso giudiziario che però Gandino intende in maniera diversa dal tradizionale dibattito intorno alla sentenza secondo "coscienza" o secondo *allegata et probata*. In quel frangente la coscienza del giudice indicava una conoscenza dei fatti delittuosi precedente o esterna al processo, e il dilemma verteva sul dovere del giudice di attenersi alle prove processuali e non alla verità extra-processuale presente nella sua coscienza: da Azzone in poi era prevalsa un'ipotesi restrittiva dei poteri discrezionali del giudice, che non potevano prescindere dai *probata* nel corso del confronto⁹⁵. In questi capitoli, invece, la coscienza del giudice è una sapienza tecnica inerente alla sua funzione: vale a dire la capacità di selezionare gli indizi veramente indicativi, di dare

⁹² Sono note le difficili questioni di paternità della rubrica *de questionibus* nel *De maleficiis* di Gandino: abbiamo un nucleo consistente di capitoli che troviamo in un *De tormentis* attribuito a Guido da Suzzara e commentato da Ludovico Bolognini in *Tractatus Universi iuris*, Venetiis 1584, vol. XI\1, ff. 240-246; e un *Tractatus super materia quaestionum* attribuito a un misterioso Ambertus di Antramonìa, ibidem, ff. 307-308. Sul *De tormentis* cfr. E. Cortese, *Nicolaus de Ursone*, cit., pp. 234-236, che non risolve il problema della paternità ma lo dissolve nella composizione a strati dell'operetta, come in Id., *Rinascimento giuridico*, cit., p. 71. Restano da chiarire i rapporti di tradizione tra il *de tormentis* e il *de maleficiis*. Una recente analisi dei manoscritti catalani di M. Semeraro *Osservazioni in margine al "Tractatus de tormentis": attribuzione e circolazione dell'opera sulla base di alcuni manoscritti*, in "Initium", 4 (1999), pp. 479-499, arriva alla conclusione che il misterioso "Amberto di Antramonìa" fosse una corruzione di "Alberto da Cremona" e quindi dello stesso Alberto Gandino. Un passo avanti, che non spiega del tutto il rapporto tra i due testi. Se è vero che una grande parte dei capitoli coincidono, è anche vero che permangono differenze stilistiche continue: il *de tormentis* è sempre più succinto del *de maleficiis* e soprattutto non conserva la forma di *questio* che Gandino ha conferito a molti capitoli (*pro* e *contra*). Una tecnica di semplificazione che sembra addirsi più a un compendio che a una fonte: dunque di allievi o studenti che hanno riassunto una parte di Gandino.

⁹³ *Tractatus*, par. 2, p. 157, è la definizione classica che Gandino ripete sempre: gli indizi devono precedere la tortura e devono essere verisimili, tali che manca solo la confessione; e ancora a p. 159: gli indizi sono necessari, altrimenti non si può torturare e in caso si proceda ugualmente ai tormenti la condanna non vale, come ricorda Gandino al capitolo 25 della rubrica *de questionibus*, p. 167.

⁹⁴ *Tractatus*, p. 175. Qui si differenzia dal *de tormentis*, sua ipotetica fonte, che non contiene questa indebita estensione dell'arbitrio. Dalle sue fonti riprende invece la convinzione che un solo teste *de visu* sia un indizio sufficiente per comminare i tormenti, p. 172, e che lo sia anche la sola fama.

⁹⁵ È questo il *locus* classico delle *questiones* dal secolo XII in avanti, che mettevano alla prova il potere di supplenza del giudice rispetto alle prove presentate dalle parti. Si veda D. Maffei, *Il giudice testimone e una quaestio di Jacques de Revigny*, in Id., *Studi di storia delle università e della letteratura giuridica*, Goldbach 1995, pp. 65-88, e ora l'importante saggio di A. Padoa Schioppa, *Sur la conscience du juge dans le ius commune européen*, in *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, sous la direction de J.M. Carbasse, L. Depambour Tarride, Paris 1999, pp. 95-129, ora tradotto Id., *Sulla coscienza del giudice nel diritto comune*, in *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, Napoli 2001, pp. 121-162, specialmente pp. 133-134 sul significato coscienza=conoscenza presso i civilisti. Gandino per altro conosce la *questio* e la risolve secondo la soluzione già proposta da Guido da Suzzara e da Azzone, che distingue una conoscenza *ut iudex* che può modificare gli *allegata*, da una *ut privatus* che non deve entrare nel processo, *Tractatus* p. 369-370. Si veda anche A. Gouron, *Aux racines de la théorie des présomptions*, in Id., *Droit et coutume en France aux XIIIe et XIIIe siècles*, Variorum Ashgate, e sul principio L. Mayali, *Entre idéal de justice et faiblesse humaine*, cit.: Il ruolo del giudice, obbligato a giudicare secondo gli allegati e non secondo coscienza, risponde a una maggiore razionalità del confronto che deve seguire criteri oggettivi e verificabili.

immediatamente una valutazione empirica della persona, dal suo aspetto e dai segni esterni, di soppesare la resistenza fisica del soggetto e altro ancora. Dunque il *iudex curiosus* deve indagare e *inquirere* con quali uomini e in quali luoghi l'incolpato si accompagna, quale vita ha condotto e quale *estimatio* e fama aveva⁹⁶; dopo vengono gli indizi relativi al delitto: se era nemico della vittima, se fuggì dal luogo dove si era commesso il crimine, se fu catturato in quella occasione.

Un arbitrio assai ampio, che Gandino, riprendendo il *De fama* di Tommaso da Piperata⁹⁷, definisce appunto "coscienza", in una sovrapposizione ambigua di significati tra l'*arbitrium* concesso dagli statuti e la coscienza del giudice: alla domanda se il podestà poteva torturare in presenza di un solo indizio (contro il diritto, che ne richiedeva due) Tommaso aveva risposto di sì, perchè dare l'arbitrio concesso al podestà "nihil aliud est dicere nisi cum bona conscientia procedat secundum quod eius conscientia dictaverit"⁹⁸. In realtà le due cose sono molto diverse⁹⁹: una cosa è l'*arbitrium inquirendi*, altra è il potere del giudice di colmare le lacune delle prove con la propria coscienza-convinzione che l'indizio indicasse con sufficiente certezza la colpevolezza del reo. Insomma una scappatoia linguistica, che pur salvando il principio di base che senza indizi non è possibile torturare, abbassava il livello probatorio sufficiente per la tortura e la condanna a un solo indizio indiretto rafforzato dalla coscienza del giudice.

3) Tra i vari indizi che deve prendere in considerazione la fama gioca un ruolo centrale, con un forte valore probatorio. Il salto in questo caso è duplice: far diventare gli indizi semiprove e la fama un indizio forte. Ci riesce con l'aiuto del diritto canonico. In una *questio* importante nella rubrica sulla tortura, si chiede se la sola fama nata contro una persona sia sufficiente a dare la tortura: trova la soluzione negli *iura canonica* secondo i quali "talīs fame probatio semiplenam probationem adducit et... ex sola fame probatione poterit ad tormenta procedere"¹⁰⁰. Risposta debole per un problema che non ha soluzioni certe: e infatti chiude la *questio* ricordando che ha visto "sepissime observari pro et contra per iudices et assessores secundum opiniones varias diversorum".

⁹⁶ *Tractatus*, p. 160. Ma i luoghi dove Gandino si sofferma sull'arbitrio *iudicis* sono ancora più numerosi, per limitarsi al campo dei tormenti: deve decidere quanti uomini costituiscono un fatto notorio, p. 102, "Tu vero dicas quod arbitrio iudicis committitur quot homines faciant notorium, cum hoc non sit iure expressum"; come dare i tormenti p. 158: "sed iudex debet considerare cuius fortitudinis et cuius debilitatis et cuius valitudinis et cuius etatis sit ille qui torquetur"; quanto deve essere lungo l'intervallo tra i tormenti e la conferma della confessione, p. 169: la legge non lo dice, "tu tamen dic quod illud modicum potest dici arbitrio iudicis".

⁹⁷ Le domande sono di Tommaso da Piperata, *De fama, Tractatus Universi iuris*, Venetiis 1584, vol. XI\1, fol. 9b, n. 55: "et ideo dixi secundum iura communia sive romana quia quando potestas habet arbitrium etiam si non essent indicia plura, sed unum tantum, posset ad tormenta procedere quia dare arbitrium nil aliud est". Sul passo cfr. R. Fraher, *Conviction according to conscience: the medieval jurists' debate concerning judicial discretion and the law of proof*, in "Law and history review", 7, 1(1989), pp. 23-88, qui p. 38.

⁹⁸ *Tractatus* p. 175. La domanda di Gandino è diversa da quella originaria di Tommaso da Piperata: Gandino, infatti, si chiede se può torturare senza *alcun* indizio: e la risposta è chiaramente negativa, ma serve a far passare come rispettosa della legge la soluzione che almeno *un* indizio doveva esserci, quando anche la scelta di un solo indizio era al di fuori delle *leges*. In questo passo il *De maleficiis* si distanzia notevolmente dal *Tractatus super materia queaestionum* cit., che si domandava se il giudice poteva *torquere accusatos* sulla base della sola fama: "et est fama quod ipse fecit et fama ita probatur" f. 307b. Nel *Tractatus de tormentis* attribuito a Guido de Suzzara invece si trova una formulazione più prossima a quella gandiniana, f. 245b, n. 96: "Sed quid si potestas habet arbitrium quod nil aliud est dicere nisi quod bona fide procedat secundum quod eius conscientiam dictaverit, an possit supplere defectum probationis indiciis vigore arbitri? Dic quod non"; la risposta è negativa e non consente l'uso della tortura in assenza di indizi. Insomma Gandino pur riprendendo testi noti, ha elaborato una rubrica che legittima di fatto l'uso dell'indizio unico.

⁹⁹ Il dubbio che arbitrio e coscienza non siano esattamente coincidenti è stato espresso anche da Padoa Schioppa, *Sulla coscienza del giudice*, cit., p. 140 quando nota che proprio questa incertezza tra "ubi placuerit" e "conscientia" è alla base della diffidenza dei giuristi per la coscienza del giudice, vista come arbitrio non autorizzato.

¹⁰⁰ *Tractatus*, p. 175. Ma con due interessanti appendici: "et sic servant communiter assessores, quamquam per iura civilia possit dici contrarium". Insomma è materia irrisolta e lui ha visto spesso osservare opinioni diverse. Lascia la questione con un consiglio: se trovate altri indizi è meglio. Anche su questo punto cruciale il *de tormentis* semplifica molto, eliminando subito il riferimento al diritto canonico e le cautele finali di Gandino.

12. Dunque tutto dipende dalle scelte del giudice. Qui però troviamo un secondo campo di tensione del modello processuale immaginato da Gandino. Ci si avvede subito che nel *Tractatus* ci sono due significati della fama: da un lato la reputazione della persona incolpata prima del delitto (altrimenti chiamata *opinio*, *status*, *dignitas*) e dall'altro la fama del reato, le voci sul possibile autore del fatto, il *clamor* tecnicamente all'origine dell'inchiesta¹⁰¹. I rapporti ambigui fra queste due facce della fama condizionano pesantemente i sistemi probatori del processo *ex officio*. Gandino elabora in tal senso due percorsi di inchiesta basati su un criterio di empiria sociale assai comune che hanno la fama come punto di snodo. La stessa *questio* sopra esaminata viene riproposta con una variante significativa: la fama della persona incolpata. Siamo sempre nel campo degli indizi indiretti, una situazione, come vedremo, che si ripropone di frequente ai giudici del podestà. Se due o tre testimoni indicano come autore del fatto una persona di "buona fama" (la cui fama non era illesa al momento del fatto) il giudice non deve procedere alla tortura e alla condanna contro quella persona, perché la buona fama, in quanto carattere permanente della natura umana, è un indice di innocenza più forte di un *rumor* occasionale, che resta un "accidente"¹⁰². Il contrario avviene nel caso di una persona di cattiva fama: è sufficiente la semplice credenza pubblica che sia lui il colpevole (anche se è una fama tardiva e indiretta) per procedere alla tortura e alla condanna¹⁰³. Insomma tra la fama del fatto diffusa nel luogo dove è stato commesso il crimine e la fama (*estimatio*) della persona provata da testi degni, vince quest'ultima. La condizione personale prevale sui riscontri indiretti. In questo caso le conseguenze logiche rilevanti per la procedura sono due: in primo luogo la tortura si conferma una vera e propria pena da irrogare a chi se la merita (e chi si è comportato male in passato lo ha meritato); in secondo luogo, fondandosi quasi esclusivamente su passi canonistici, l'*opinio* della *maior pars vicinie* assume un ruolo decisivo nell'orientare le decisioni del giudice, addirittura è sufficiente "ad questionem contra aliquem faciendam"¹⁰⁴.

L'elaborazione di Gandino condivide criteri di conoscibilità del vero assai diffusi nel XIII secolo: ignorare questi significa fraintendere, e di molto, la sostanza della *veritas* che dava forma all'*inquisitio*, immaginando un'accezione assoluta e moderna di verità come "realtà fattuale" in buona parte estranea ai giuristi due-trecenteschi. È evidente invece che l'inferenza logica è di tipo pre-giudiziale e investe sia la persona - secondo un'antica *regula iuris* presuntiva di origine romana: "semel malus semper malus", chi ha commesso un reato una volta lo può commettere ancora perché la sua natura è predisposta al male¹⁰⁵ -, sia l'opinione corrente nella vicinia, in grado

¹⁰¹ Ho già notato questo sdoppiamento in *I fatti nella logica del processo*, cit., p. 683.

¹⁰² Sulla forza della buona fama della persona si veda *Tractatus*, p. 62, se si può iniziare un'*inquisitio* contro una persona *cuius opinio in publicum lesa non fuerit*, solo sulla testimonianza di due o tre testi; la risposta è negativa: "talīs fame probatio ad dictum paucorum orta... non debet ad inquisitionem iudicis animum promovere", mancando lo scandalo, usa tutti riferimenti canonistici. Si noti l'espressione "promovere animum iudicis" che pone questi indizi al di fuori di una contabilità certa delle prove. Del tutto simile la *questio* 14, p. 83 nella rubrica sugli indizi, ma la domanda riguarda la possibilità di sottoporre a tortura il presunto colpevole: ancora una volta no, "secundum omnium doctorum opiniones" in virtù di un privilegio di buona fama che è "potentius infamia". Lo è perché "fama et integra opinio naturaliter inest alicui et ideo magis est duratura, quia naturalia non ita de facili immutantur".

¹⁰³ È la *questio* 5, a p. 64, della rubrica "a quo vel a quibus possit fama incipere" e riguarda l'arresto di un "homo male condicionis et fame": solo dopo la sua cattura "clamor insonuit quod iste erat conscius et culpabilis"; la domanda è se in presenza di tali indizi si possa "inquirere questionibus contra illum", cioè torturarlo. Qui vale una presunzione di colpevolezza in base alla cattiva fama, "quia ea que in preterita vera fuerunt, sic esse vera et in eo statu hodie presumitur"; inoltre il giudice nei reati occulti deve affidarsi a ciò che è più simile al vero "cum magis isto verisimilius videatur"; inoltre la tortura è una pena per la acclarata improbità del reo e ancora, la sua *mala fama* è un *argumentum verisimile* che diventa una prova semipiena. Siamo in un campo completamente arbitrario affidato a una logica sociale di cui solo il giudice è l'interprete. Ha messo in luce alcuni aspetti della *questio* anche R. Fraher, *Conviction according to conscience*, cit., p. 47, uno dei pochi a rilevare l'importanza del *privilegium* di cittadinanza.

¹⁰⁴ Alle cinque ragioni adottate per dare la tortura, Gandino ne aggiunge tre nella *solutio*, tratte principalmente dal *Liber Extra*, pp. 68-69.

¹⁰⁵ H. Kiefner, "Semel malus semper praesumitur esse malus". *Bemerkungen zur Bildung von Präsumtionen im Recht des Mittelalters, insbesondere in der Glossa ordinaria des Accursius*, in "Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte", Romanistische Abteilung, 91 (1961), pp. 308-354.

di orientare il giudice sulla buona o la cattiva fama dell'imputato. Anche questo è un criterio di lettura della realtà di ampia circolazione nel medioevo europeo, che avvicina l'*inquisitio ex officio* comunale a tutti quei sistemi di inchiesta che si basano, in maniera diretta o indiretta, sul giudizio collettivo della comunità riguardo l'imputato o i testimoni: ad esempio nelle *Siete Partidas* di Alfonso X la veridicità del racconto e la *fides* che il giudice gli presta dipende dalle condizioni della persona¹⁰⁶; così come il "jury of presentment" dei tribunali inglesi non ricostruisce dei fatti in senso moderno, ma giudica delle persone in base al ruolo e alla valutazione che ne esprime la comunità¹⁰⁷. In fondo *l'opinio della maior pars vicinie* che Gandino giudice nei suoi processi cerca sempre di verificare (tenendola ben separata dalla fama del reato) riflette una valutazione sociale del soggetto che funge da prova giuridicamente riconosciuta: in assenza di altri indizi Gandino usa la buona fama dei soggetti come criterio di assoluzione e la cattiva fama come indizio violento valido almeno per la tortura.

In sostanza, il giudice deve avere un ampio arbitrio nella scelta dei mezzi di prova in base a una propria ed esclusiva valutazione degli indizi. Su questo punto bisogna essere chiari: Gandino rivendica per il giudice il potere di trasformare le presunzioni in prove con buona pace di quel nascente sistema delle prove legali, impostato su una complessa gradazione di elementi probatori da sommare secondo regole rigide. Sfuggiva a questa impostazione dogmatica il problema centrale della valutazione della qualità degli indizi, elementi incerti e dunque di fatto non definibili a priori¹⁰⁸. Indizi che servivano a ricostruire un quadro certo, sostituendo a una verità fattuale che mancava, elementi credibili di verosimiglianza. In quella fase tardoduecentesca, ma il sospetto è che continui molto dopo, i criteri del verosimile si basavano principalmente sulla "persona" del reo: aspetto fisico, vita passata, lavoro, segni di integrazione, capacità di stare in giudizio. Gandino conosceva bene la logica sociale delle città italiane e cercava di far diventare il giudice l'interprete di un comune sentire del *civis* medio in grado di giudicare chi è di buona fama (vale a dire accettato dalla comunità e dunque degno di garanzie processuali) e chi no. Il giudice diventa il difensore del sistema e per questo il sistema si deve affidare a lui e fidare di lui.

¹⁰⁶ Fondamentali per un inquadramento culturale della funzione giudicante i saggi di M. Madero, *Façon de croire. Les témoins et le juge dans l'oeuvre juridique d'Alphonse X le sage, roi de Castille*, in "Annales HSS", (1999), pp. 197-218; Ead., *Langages et images du procès dans l'Espagne médiévale*, in *Les rites de la justice. Gestes, rituels judiciaires au moyen age*, sous la direction de C. Gauvard e R. Jacob, Paris 2000, pp. 73-97.

¹⁰⁷ R.H. Helmholz, *The Early history of the Grand jury and the canon law*, in "The University of Chicago law review", 50 (1983), pp. 613-627 stabilisce un parallelo fra le procedure delle corti ecclesiastiche e quelle laiche proprio a partire dal valore della pubblica fama; K.B. Shoemaker, *Criminal procedure in medieval European law*, in "Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte", Kanonistische Abteilung, LXXXV, t. CXXIX (1999), pp. 174-202; R. D. Groot, *The early Thirteenth century criminal jury*, in *Twelve good men and true. The criminal trial jury in England, 1200-1800*, eds. by J.S. Cockburn and T. Green, Princeton, 1988, pp. 4-35, ma si vedano anche i casi svedesi T. Linndkvist, *Law and the making of the state in medieval Sweden: kinship and communities*, in *Legislation and justice*, cit., pp. 224-225.

¹⁰⁸ Forse qui possiamo anticipare i tempi di un dibattito che vide animare la penalistica in età moderna, soprattutto la domanda se questa eversione palese del sistema delle prove legali sia configurabile come una vera rottura di quel sistema o come una forzatura congenita, una necessaria "estensione", pena il blocco dell'attività giudiziaria. Sul problema si veda l'eccellente analisi di M. Meccarelli, *Arbitrium*, cit. che propende per una tenuta generale del sistema: gli indizi al posto delle prove non rompono l'ordine precedente, anche se lo modificano profondamente; dello stesso parere I. Rosoni, *Quae singula non prosunt collecta iuvant. La teoria della prova indiziaria nell'età medievale e moderna*, Milano 1995 e P. Marchetti, *Testis contra se. L'imputato come fonte di prova nel processo penale dell'età moderna*, Milano 1994, pp. 87-106. Anche se è illusorio, forse, pensare che la teoria delle prove legali abbia risolto i problemi della valutazione degli indizi, problema che rimase apertissimo anche dopo l'affermazione delle pene straordinarie, lasciando all'*arbitrium iudicis* un ruolo centrale nella determinazione della sufficienza e verosimiglianza degli indizi, Rosoni, *Quae singula non prosunt*, cit. pp. 170-171. Anche la distinzione tra indizi dubitati e indubitati crea insiemi molto sbilanciati; di fatto degli indizi indubitati si conosce sempre il solito esempio dell'uomo che esce dalla stanza con la spada insanguinata, Marchetti, *Testis contra se*, cit., p. 103, n. 272, tutti gli altri erano dubitati, e dunque occupavano uno spazio vastissimo: l'imbrigliamento nella legge era assai scarso. La dottrina ondeggia sugli effetti di questi indizi, Cordero, *Criminalia*. Cit., pp. 260-262.

13. Le cose non vanno propriamente così. L'arbitrio rivendicato da Gandino come inerente alla funzione del giudice, anzi inerente all'idea di giustizia come fondamento della *respublica* che il giudice mette in pratica, non esiste *in rebus*. La configurazione dell'*arbitrium inquirendi puniendi* negli statuti è spesso contraddittoria e non disegna mai un autonomo potere del giudice svincolato da limiti e percorsi eccezzuativi. Conferire il potere giudiziario ai magistrati forestieri implica una rinuncia grave alla piena *iurisdictio* da parte delle istituzioni cittadine. Da qui una serie di clausole statutarie che regolamentano l'*arbitrium inquirendi* e in alcuni casi l'*arbitrium torquendi*. Da qui anche una serie di limiti formali alla capacità di *inquirere* e chiaramente di torturare stabiliti dai medesimi testi statutari in base ai tempi, alla condizione delle persone e alla qualità dei reati, senza considerare la presenza necessaria di indizi e presunzioni per adire ai tormenti. A Novara (1277) l'arbitrio *inquirendi* vale solo per reati commessi tra la festa di San Tommaso e la fine dell'anno: gli altri malefici non possono essere puniti "nisi in figura iudici seu accusationes ordinarie, nisi fuerit publicus latro vel bannitus de maleficio"¹⁰⁹. A Como il podestà ha ormai un *liberum arbitrium inquirendi* su tutti i crimini, ma la stessa rubrica impone dei limiti all'*inquisitio per tormenta*, impedendo di comminare la tortura per i reati non punibili con pene corporali¹¹⁰. Simile lo sbarramento previsto dallo statuto di Ferrara del 1287: si può procedere *ex officio* ma non "per tormenta" se non nei casi di un "famosus latro, vel homo male opinionis, vel falsator monete, proditor" e per i crimini gravi¹¹¹. Insomma la fama negativa crea una categoria di marginali giudiziari per i quali la soglia delle garanzie è pericolosamente più bassa, regola diffusa in quasi tutte le normative statutarie del tardo duecento, come a Pisa¹¹², Bologna¹¹³, Brescia¹¹⁴, Siena¹¹⁵ e Firenze¹¹⁶. A Ravenna non si può tenere in prigione un *civis* se questo si impegna a garantire con fideiussione di ripresentarsi¹¹⁷. A Verona si concede il libero arbitrio al podestà di perseguire i reati con inquisizione *ex officio*, salvo specificare che *arbitrium* è il volere dei giudici locali¹¹⁸.

¹⁰⁹ *Statuta comunitatis Novariae*, a cura di A. Ceruti, in *Monumenta Historiae patriae, leges municipales*, vol. XVI, Torino 1876, 1277, rubrica XCIV, p. 595.

¹¹⁰ *Liber statutorum novocomensium pars altera*, a cura di A. Ceruti, in *Monumenta Historiae patriae*, cit., "quod potestas et iudex maleficiorum (possono) inquirere et processum ex officio facere de quibuscumque et super quibuscumque maleficiis" (rubrica 37 del 1284); e un'altra rubrica, la 6, col. 125, non si può torturare "ubi pena pecuniaria vertatur". Nei reati dove invece si può dare una *pena sanguinis* "possint torquere et questiones subicere, precedentibus tamen iudiciis. Et in illis quibus pena maior et maius periculum adhiberet, maiora tormenta possint et debeant adhiberi".

¹¹¹ *Statuta Ferrariae anno MCCLXXXVII*. Ferrara 1955, p. XX.

¹¹² *I brevi del comune e del popolo di Pisa dell'anno 1287*, a cura di A. Ghignoli, p. 397 "Ad girellam vel talliolam aut sub questionibus aut aliud tormentum non ponemus nec poni faciemus aut permictemus vel conscientemus poni aliquem vel aliquos de civitate pisana vel eius districtu nisi fuerit fur, latro vel persona male fame vel habeatur vel teneatur pro persona male fame". In questi casi non si può estendere l'arbitrio concesso "Et de hoc nullum intendimentum vel liberationem aut arbitrium petemus".

¹¹³ *Statuti di Bologna dall'anno 1245 all'anno 1267*, a cura di L. Frati, vol. I, Bologna 1869, p. 295: "Item statutimus quod nullus amodo ponatur ad tondolum seu tirellum nisi esset famosus latro seu falsarius ..vel derobator et contra ipsum erunt violente presumptiones...". La specificazione delle violente presunzioni non è casuale, alzando il livello di garanzie per le decisioni affidate all'*animus* del giudice.

¹¹⁴ *Statuti bresciani del secolo XIII* a cura di F. Odorici, p. 142: "Item non debeam aliquem Brixie et brixiane ponere et suspendere ad tornellum nec in catenis comunis..nisi sit famosa persona de malo vel contra eum fuerit presumptio".

¹¹⁵ Nello statuto volgare del 1309 si dà ampio arbitrio di invenire i malefici per tormenti in base alle presunzioni o a cinque testimonianze, *Il costituito del comune di Siena volgarizzato nel MCCCIX-MCCCX*, a cura di L. Banchi, p. 276, ma questo: "abia luogo ne li publici ladroni et falsatori, huomo o vero huomini de mala fama o vero di provevole suspicione".

¹¹⁶ *Statuti della repubblica fiorentina* editi a cura di R. Caggese, nuova edizione a cura di G. Pinto, F. Salvestrini e A. Zorzi, I, *Statuto del capitano del Popolo degli anni 1322-1325*, Firenze 1999, p. 127.

¹¹⁷ *Statuto ravennate di Ostasio da Polenta (1327-1346)*, a cura di U. Zaccarini, Bologna 1998, p. 223.

¹¹⁸ *Gli Statuti veronesi del 1276 colle correzioni e aggiunte fino al 1323*, a cura di G. Sandri, Venezia 1940, p. 399: la frase è complessa "potestas possit inquirere et ponere ad tormentum prout ei videbitur suo arbitrio quamlibet personam pro maleficio, videlicet pro homicidio, furto, robariis... Et in predictis maleficiis... potestas liberum arbitrium habeat puniendi, cum consilio et voluntate omnium iudicum Verone". Anche nel capitolo sulle pene

Le normative di Popolo ponevano ulteriori sbarramenti all'uso indiscriminato della tortura, richiedendo dei controlli preventivi da parte del capitano alle azioni giudiziarie del podestà. A Bologna lo statuto del 1287 obbliga il podestà a chiedere una licenza al capitano prima di comminare i tormenti ai membri delle società di Popolo (circa 12000 iscritti)¹¹⁹. Un divieto simile si ha nella carta del Popolo di Orvieto, che addirittura pretende la *voluntas* e la *coscientia* dei signori Sette prima di torturare un *civis* orvietano, salvo concedere il permesso in presenza di un testimone *de visu* e della fama *publica* su quel reato¹²⁰. A Firenze lo statuto del Capitano sottraeva al giudizio pubblico i Priori, che non potevano essere indagati se non in caso di omicidio e con il consenso degli altri Priori¹²¹. Si tratta di soluzioni complicate, ricche di eccezioni minute e di tentativi non riusciti di trovare un equilibrio stabile fra l'*arbitrium* concesso dal potere di procedere *ex officio* e la *coscientia* del giudice. I numerosi percorsi paralleli inventati dagli statuti riflettono una tensione non risolta né sul piano teorico, né su quello normativo.

Gandino si scontrò frequentemente con questi momenti di resistenza e ridefinizione delle politiche giudiziarie. A Perugia nel 1287 era giudice del podestà quando il consiglio emanò due norme in apparente contrasto e probabilmente risultato di spinte politiche diverse: la prima allargava in maniera indiscriminata il potere di sottoporre a tortura qualsiasi persona¹²²; la seconda, invece, limitava il diritto di denuncia ai soli protagonisti diretti, alla vittima o ai parenti, restringendo drasticamente lo spettro dei possibili denunciatori pubblici. Tensioni che si riversarono proprio in quegli anni sull'intero assetto giudiziario del comune con il potenziamento del "giudice di giustizia" (che sostituiva il giudice sgravatore), con poteri di cassazione per le condanne non rituali emanate dai magistrati forestieri¹²³. Anche a Bologna nel 1289 finì accusato durante il sindacato per aver sottoposto a tortura il servo di un *doctor legum*, Alberto di Odofredo, anche se uscì vittorioso dallo scontro dialettico con il giurista¹²⁴.

Ma le resistenze vere erano altre e si ponevano quasi sempre su un crinale instabile fra dottrina e prassi, spesso definite sotto forma di *consilia*. Il conflitto latente fra Gandino e i giuristi rileva una effettiva differenza culturale e mentale relativa al modo di intendere il processo. A Bologna in particolare non dovette avere vita facile: la maggior parte dei *consilia* ricordati nel *Tractatus* sono lampi di esperienze dirette dei mandati bolognesi. Si scontra con i giuristi su numerosi argomenti.

torna questa co-decisione: "in criminibus non sim adstrictus iudicare secundum leges, sed meo arbitrio, cum consilio et voluntate iudicum".

¹¹⁹ G. Fasoli, P. Sella, *Statuti di Bologna dell'anno 1288*, Città del Vaticano 1939, vol. I, p. 184; non si può tormentare "nullus qui sit de societibus Artium vel Armorum, Cambii vel Mercadantie Populi Bononie... nisi dominus capitaneus Populi omnia acta viderit".

¹²⁰ In *Codice diplomatico della città di Orvieto. Documenti e registi dal secolo XI al XV*, a cura di L. Fumi, Firenze 1884, p. 783: "Quod nulla persona ponatur ad tormentum sine licentia dd. Septem et penam facienti contra". I livelli di certezza giuridica per i quali è possibile concedere il permesso di torturare sono diversi secondo i reati commessi di giorno (un teste *de visu* e fama pubblica) o di notte (basta la fama pubblica). Detto questo la rubrica consente ugualmente ai giudici del capitano e del podestà di mettere *ad tormenta* anche contro il parere dei sette se gli indizi sono violenti e le forme rigorosamente rispettate. Le pene per gli ufficiali che sbagliano sono severissime, e in caso di contenzioso si crede al giuramento del tormentato.

¹²¹ È la rubrica "de immunitate et privilegio dominorum et priorum" in *Statuto del Capitano*, cit., p. 81: non si può indagare e naturalmente non si può sottoporre a tortura alcun membro del collegio dei priori "nisi in casu homicidii per eum commissi et tunc precedentibus inditia (!), secundum formam iuris et non aliter".

¹²² La norma sulla tortura in cui si equiparano *maiores* e *minores*, è citata in J. Grundman, *The Popolo at Perugia 1139-1309*, Perugia 1992, p. 168 e su suggerimento di Roberto Abbondanza viene attribuita proprio a Gandino, giudice del podestà in quell'anno. Curioso che nessun esegeta di Gandino l'abbia notata, privilegiando invece un processo ordinario, per altro di profilo statuale assai basso, celebrato contro una comunità colpevole di non aver catturato un probabile reo contumace, quel "Giacopuccio" divenuto simbolo involontario della svolta della giustizia medievale per il quale vedi S. Caprioli, *Satura Lanx 26. Il caso Giacopuccio (un momento della storia delle funzioni d'accusa)* in "Bullettino dell'Istituto storico italiano per il medioevo", 97 (1991), pp. 337-356. Nel 1301 altre norme in contraddizione con questa, ridimensionano i poteri dei magistrati forestieri, *Ibidem*, p. 201.

¹²³ Grundman, *The Popolo at Perugia*, cit. pp. 209-210. Per altro già il giudice sgravatore era intervenuto pesantemente sulle sentenze di Gandino giudice, cfr. secondo S. Menzinger, *La funzione politica del giudice nei governi comunali del XIII secolo*, tesi di dottorato in storia medievale, Università di Torino, XII ciclo, 2001, pp. 133-134, il giudice sgravatore annulla circa la metà delle sentenze dell'anno 1286-1287.

¹²⁴ *Tractatus*, p. 398.

In particolare sui diritti alla difesa nei processi criminali, da lui ridotta ai minimi termini, subisce una sfilza di pareri contrari da parte di Lambertino Ramponi e soci, che frenano la sua ansia anti-avvocatesca: non solo la difesa è sempre possibile (di contro al suo refrain che in *criminibus* la vera difesa sarebbe vietata perché in caso di condanna corporale il procuratore sarebbe soggetto alla pena), ma anche in presenza di indizi pesanti, sufficienti per la tortura, la richiesta di presentare argomenti a difesa deve essere accettata¹²⁵. Il parere restrittivo degli *omnes doctores* sul valore probatorio degli indizi lo obbliga a contorti giri di pensiero per fondare il primato della coscienza del giudice. Ma è nelle questioni penali che i contrasti sono più evidenti. Nel 1289, sempre a Bologna, incappa in un altro incidente di rilievo: nel corso di un processo inquisitorio alcuni testi hanno dato falsa testimonianza, ma in realtà il processo era comunque da annullare perché il *casus* non rientrava tra quelli perseguibili *ex officio* (come spesso capita, Gandino aveva interpretato i suoi poteri in senso estensivo). Nel dubbio il podestà, Antonio Fissiraga, chiede un *consilium* a Lambertino Ramponi e Ubaldino de Malavolti, due eminenze della consulenza processuale bolognese, che concordano nel lasciare cadere l'imputazione di falso contro i testimoni. Gandino non la pensa così, per lui il reato è stato commesso e deve essere punito in quanto tale, indipendentemente dalla validità del processo: “quamvis non leserit partem vel eius dictum non habuerit effectum”, come stabilisce il *Liber Extra* e conferma Dino del Mugello¹²⁶. Nella *solutio* non esita a smentire il *consilium* appoggiandosi sulla lettura restrittiva di Dino. La dottrina dei *doctores* così elastica, attenta alle forme, profondamente segnata da una visione “procedurale” del processo, visto come sequenza di atti da esaminare nelle singole fasi, non poteva non scontrarsi con la rigida impostazione ideologica di Gandino che del processo vedeva soprattutto la necessità della pena.

14. Un tema su cui Gandino mantiene una coerenza concettuale costante riguarda proprio la necessità della pena come riparazione verso l'autorità pubblica¹²⁷. Non è una scoperta originale di Gandino, perché quasi tutti i passi dove viene affermata, in via di principio, la superiorità dell'interesse pubblico nella pena sono di Dino del Mugello; ma di Gandino è la selezione dei pareri del grande giurista in posizione preminente e autoritativa rispetto ai pareri discordi degli altri dottori. Ogni volta che si trova un contrasto la parola ultima accolta nella *solutio* è sempre quella di Dino. La connotazione pubblica dell'offesa è richiamata più volte: nei capitoli sull'accusa¹²⁸, nella lunga rubrica sulla *transactio* - la *transactio* è ammessa ma non cancella la condanna perché il reato ha colpito la repubblica e la pace non elimina la *iniuria reipublice*¹²⁹ - e chiaramente nelle rubriche sulle singole tipologie di reato. Una *quaestio* in particolare rende bene l'idea: se lo statuto punisce con cento soldi l'insulto manuale, deve essere punito chi dà uno schiaffo a una persona consenziente (“ecce aliquis dedit alapam patienti et volenti”)? Se si considera il danno alla vittima certamente no, ma dato che ogni maleficio contiene un'offesa alla repubblica, e questa non è riparabile a discrezione dei singoli, la persona va punita comunque¹³⁰. Gandino applica questa visione sostanziale del reato a tutte le fattispecie, esaltandone la natura intrinsecamente eversiva dell'ordine costituito. Così, vecchie questioni semi-nominalistiche ricevono soluzioni nuove: ad

¹²⁵ Il ricorso alla sapienza questionante e consulente nel capitolo sul procuratore è massiccio: e del resto la cosa non stupisce, visto l'interesse diretto dei sapienti nella faccenda; in particolare Lambertino Ramponi è citatissimo e sempre a favore dell'intervento dei procuratori, prassi che in verità era già stata seguita da Odofredo e Guido da Suzzara. La questione dell'intervento del procuratore nei casi di tortura è invece più avanti, *Tractatus*, p. 165: nella *solutio* si ammette la possibilità di allegare da parte del reo “maxime... quo probato iste Titius non debet ad tormenta poni. Et super hoc ita mihi consuluit Bononie dominus Lambertus Ramponi”.

¹²⁶ *Tractatus* p. 339.

¹²⁷ Ampio spazio a questo concetto in M. Sbriccoli, “*Ut vidi communiter observari*”, cit.

¹²⁸ Così si giustifica l'obbligo di accusare imposto ai parenti della vittima, *Tractatus* p. 5: “quia expedit reipublice ne maleficia remaneant sine pena”.

¹²⁹ *Tractatus*, p. 194, così Dino *sentit et determinavit* a Bologna: “et hoc illa ratione quia omnis delinquens offendit rem publicam civitatis... unde remittendo quis iniuria sua non propterea remittitur iniuria comuni et publica”.

¹³⁰ *Tractatus*, p. 222: “quia pena que debetur publice non debet posse tolli privatorum consensu, pactis vel dissimulatione... et ita hanc questionem solvit dominus Dinus”.

esempio se siano da punire come reati diversi atti di violenza iterati contro la stessa persona¹³¹, o se si debbano condannare tutti gli aggressori, anche se uno solo ha colpito materialmente la vittima¹³². Ma soprattutto ne esce esaltato l'interesse pubblico, incomparabilmente superiore agli interessi privati: in caso di contrasto "semper preferatur ius publicum" come attesta l'autorità di Dino¹³³.

Questa attenzione alla pena riflette un momento particolare delle politiche giudiziarie urbane della seconda metà del XIII secolo: l'affermazione di una nuova ideologia della pena nei regimi di popolo di metà duecento. Un'offensiva che si sforzava da un lato di reprimere i tentativi del ceto magnatizio di evadere la giurisdizione comunale e condizionarne la vita politica - la pressione dei regimi di Popolo per il processo *ex officio* è motivata anche dalle difficoltà di trovare accusatori contro personaggi potenti¹³⁴-, e cercava dall'altro di imporre una sorta di "ortodossia legalista" alla popolazione urbana, identificata attraverso gli elementi costitutivi della cittadinanza eticamente orientati. In entrambi i casi si assiste a un vasto processo di criminalizzazione di comportamenti devianti sanzionati da pene sempre più severe: i libri penali degli statuti si accrescono in maniera geometrica nel giro di pochi anni.

Gli ordinamenti antimagnatizi dagli anni Sessanta in avanti abbondano di pene capitali per azioni di normale *routine* signorile, ora diventate pericolosi segni di sedizione: le leggi bolognesi del 1257, successive alla liberazione dei servi, abrogano i giuramenti di vassallaggio e naturalmente gli atti di servitù¹³⁵; a Perugia gli *ordinamenta populi* del 1260 prevedevano la condanna a morte per chi si faceva vassallo di un *dominus*, e vietavano accompagnarsi a un magnate, accettare la sua assistenza giudiziaria, o fare un giuramento di "pars"¹³⁶. Ugualmente severe le leggi bolognesi del 1282-84, basate su una presunzione di colpevolezza di ogni azione attribuita ai magnati, o quelle fiorentine del 1293-1295¹³⁷. Per altro questo uso terroristico delle pene si accompagnava a una serie assai variegata di forzature linguistiche e procedurali, che ne hanno costituito a lungo la trama applicativa. In queste, la tortura giocò un ruolo molto limitato (a riprova di quanto poco sia un "indice" della inevitabile modernizzazione dei sistemi giudiziari). I tratti caratterizzanti furono altri e di ben maggiore spessore politico: ad esempio l'adozione di un insieme di presunzioni che traducono automaticamente in reato qualsiasi comportamento dei sospetti; l'uso massiccio di meccanismi di criminalizzazione per analogia (trattare i nemici "come se" fossero ghibellini, o magnati o nobili, anche se non lo erano); il ricorso alle liste come sistema di censimento dei sospetti, con elenchi predeterminati di colpevoli da inserire o cancellare secondo le occasioni; l'emanazione di una serie di norme di autodifesa del regime che riservava di fatto l'uso delle armi ai membri dell'élite al potere; e naturalmente il bando politico, graduato secondo livelli diversi di pericolosità¹³⁸.

¹³¹ *Tractatus* pp. 247-248, la *solutio* "secundum dominum Dynum et alios communiter omnes doctores" è che bisogna punire ciascuna *percussio*. Anche un'altra *questio* apparentemente linguistica riceve una soluzione grazie al principio punitivo: se lo statuto punisce più severamente le aggressioni commesse in casa e uno commette insulto sotto il "portico" di una casa è da equipararsi al *casus* dello statuto? Sì, perché così intende la *consuetudo* e "quia magis ratio suadet ne maleficia remaneant impunita", *Tractatus* p. 255.

¹³² Un'altra risposta positiva, sulla scorta di Guglielmo Durante, *Tractatus* p. 263: "Omnes tamen iudices propter bonum regimen et ut ceteri et ne maleficia remaneant sine pena".

¹³³ *Tractatus*, p. 268: "ratio autem est ista, quia favor publicus preferre debet utilitatibus privatorum".

¹³⁴ Un esempio nello statuto di Vicenza F. Lampertico, *Statuti del comune di Vicenza MCCLXIV*, Venezia 1886, p. 120: "et timore ipsius magnatis ipse non possit habere aut dicat se non posset habere testes qui dicant veritatem in servizio suo, quod potestas et anciani teneantur suo officio inquirere veritatem, et ea inventa bene et alte puniat ipsum magnatem. Et si testes negarent dicere veritatem, potestas et anziani suo officio per tormentum veritatem inquirere teneantur".

¹³⁵ *Il Liber Paradisus con le riformagioni e gli statuti connessi*, a cura di F.S. Gatta, G. Plessi, Bologna 1956.

¹³⁶ J. Grundman, *The Popolo at Perugia*, cit., p. 388: "item dicimus et ordinamus quod nullus se faciat vasallum alicuius vel alterius faciat vel iuret fidelitatem. Et qui contrafecerit perdat capud".

¹³⁷ Sulle quali oltre al tradizionale studio di G. Salvemini, *Magnati e popolani in Firenze dal 1280 al 1295*, Milano 1966 (ed. or. 1899) pp. 186-193, si veda A. Zorzi, *Politica e giustizia a Firenze al tempo degli ordinamenti antimagnatizi*, in *Ordinamenti di giustizia fiorentini. Studi in occasione del VII centenario*, a cura di V. Arrighi, Firenze 1995, pp. 105-147.

¹³⁸ G. Milani, *Il governo delle liste del comune di Bologna. Premesse e genesi di un libro di proscrizione duecentesco*, in "Rivista storica italiana", 108 (1996), pp. 149-229; Id., *Dalla ritorsione al controllo*.

Su un altro piano, le norme statutarie aumentano a dismisura il numero dei comportamenti antisociali che minano l'immagine eticamente accettata di cittadino. Non basta essere *cives* riconosciuti, dunque residenti inquadrati nell'esercito e iscritti ai ruoli fiscali, ma bisogna essere *boni cives* secondo un modello di lavoratore che vive "de suo labore", è iscritto a una corporazione, partecipa alla vita politica e "presumibilmente" non è dedito al vizio del gioco e non ha bisogno di commettere furti. Si tratta di una grammatica sociale empirica che univa lavoro, stile di vita, inquadramento sociale e familiare in un solo sistema di riconoscimento di immediata lettura e con un valore giuridico esplicito. Presunzioni e garanzie, come si è visto, erano calibrate su questi segni di appartenenza "positiva" alla cittadinanza. Chi ne rimaneva escluso era soggetto a regimi giuridici diversi. È indubbio, ad esempio, che la carica di violenza impiegata contro il gioco d'azzardo, la prostituzione o in generale contro quella categoria ambigua degli "homines male fame", avesse anche la funzione di marcare un confine simbolico tra la cittadinanza e le sue proiezioni negative, incarnate in figure infamanti e prive di diritti¹³⁹.

15. La punizione fa parte di questa politica e dunque la pena deve diventare uno strumento di governo, ma pensare che il cambiamento del linguaggio comportasse una concezione assoluta della pena sarebbe ingenuo. La declamazione politicamente rilevante della necessità della pena fa parte di una strategia di governo che non prevede la sua applicazione indistinta. I criteri punitivi restano assai fluidi nei comuni italiani. È in questi anni, anzi, che si moltiplicano i provvedimenti di riduzione delle pene, di fuoriuscite controllate dai bandi, o di vere e proprie amnistie. Un processo assai articolato di intervento "straordinario", ma fissato poi negli statuti, sulle modalità di soluzione della pena.

Divenne rubrica statutaria il provvedimento di riduzione dei bandi e delle condanne preso a Perugia nel 1276 e a lungo discusso nel consiglio fra il 1276 e il 1277. Nonostante le tensioni create con lo statuto del Popolo, notevolmente più severo, si arrivò alla fissazione di una pena ridotta per le condanne e i bandi¹⁴⁰. A Bologna le riduzioni di pena sono numerose, dagli inizi del Duecento ai primi del secolo successivo. Interessante l'indulto concesso nel 1292, in piena divisione politica fra Lambertazzi e Geremei, quando si emanò un lungo decreto di uscita controllata dal bando formalmente per i banditi comuni della parte geremea, quella vittoriosa: nei fatti venne estesa a tutti i *cives* della città e del distretto che erano in banno perpetuo per reati di sangue, e anche ai Lambertazzi che accettavano di stare ai mandati del comune. Le condizioni richieste erano due: la pace con l'offeso, se era ancora identificabile (altrimenti al suo posto si stipulava una pace con il comune) e l'iscrizione nell'estimo per dimostrare di essere *cives*¹⁴¹. Un provvedimento molto simile

Elaborazione e applicazione del programma antighibellino a Bologna alla fine del Duecento, in "Quaderni storici", 94 (1997), pp. 42-74. Per il meccanismo di estensione per analogia delle condizioni penalmente rilevanti, si veda ancora il caso bolognese M. Vallerani, *Il potere inquisitorio del podestà. Limiti e definizioni nella prassi bolognese di fine Duecento*, in *Studi sul medioevo in onore di Gerolamo Arnaldi*, a cura di G. Barone, L. Capo, S. Gasparri, Roma 2001, pp. 379-417.

¹³⁹ Per i sistemi di riferimento che partono dal gioco d'azzardo si veda A. Rizzi, *Ludus\ludere. Giocare in Italia alla fine del Medioevo*, Treviso - Roma, 1995; M. Vallerani, *Ludus e giustizia: rapporti e interferenze tra sistemi di valori e reazioni giudiziarie*, in "Ludica", 7 (2001), pp. 61-75.

¹⁴⁰ *Statuto del comune di Perugia del 1279*, a cura di S. Caprioli, Perugia 1996, p. 273: le condanne superiori alle 100 lire devono essere ridotte a 100 e una volta pagate si è assolti "in perpetuo". Chi è stato condannato per porto d'armi deve pagare solo 100 soldi; le persone tenute in galera per porto d'armi siano rilasciate senza pena; le persone condannate per malefici con pene inferiori alle 100 lire siano assolte dopo aver pagato metà della pena. Sulle discussioni relative a questa amnistia controllata e le tensioni tra consiglio del comune e organi di Popolo, quando alla fine il Popolo dovette accettare un ridimensionamento della propria linea giudiziaria intransigente, si veda S. Menzinger, *La funzione politica del giudice*, cit., pp. 119-128.

¹⁴¹ *Statuti di Bologna dell'anno 1288*, cit., rub LXVIII, p. 360: vale per tutti gli iscritti nei *libri bannitorum*, "ubicumque sint"; vale anche per gli altri banditi ordinari (quelli per i quali non è specificato la controparte. Ma anche senza pace, nel caso di offese ai forestieri e di offese ai Lambertazzi, "possint et debeant cancellari de banno sine pena cum pace vel sine pace". Possono essere cancellati dal bando anche i Lambertazzi che pagano le collette "et qui stant ad mandata comunis solvendo collectas et faciendo publicas factiones communi Bononie qui sunt in banno aliqua ratione vel causa". E inoltre "omnes et singuli exempti de protectione comunis Bononie possint et debeant restitui in integrum et ad gratiam et protectionem comunis habendo pacem vel concordiam

fu preso dal comune di Siena nel 1302, allo scopo dichiarato di trovare soldi per pagare le operazioni militari; anche qui per ottenere il rebannimento bisognava avere la pace della parte offesa e pagare una percentuale della pena¹⁴². Il provvedimento fu ripetuto nel 1307 e nel 1308 con un abbassamento sensibile delle aliquote da pagare.

Ultimo esempio lo statuto fiorentino del 1325. Nel capitolo “de exbannitis rebanniendis” è contenuto un ordinamento specifico di amnistia che cancella i bandi per i reati violenti, sempre dopo aver ottenuto la pace dalla vittima, senza pagare nulla al comune se i reati erano stati commessi prima del 1282¹⁴³. Ma anche questa volta si cerca di estendere il valore del provvedimento, creando una sorta di tribunale di riesame dei bandi sotto la guida del podestà: se un bandito “quacumque de causa” si presenta davanti al Difensore e al Capitano prima della sua condanna “eximatur et cancelletur de dicto banno nihil propterea solvendo”. Non sembrano esserci limiti temporali a questa amnistia controllata e anzi il meccanismo di estensione del provvedimento è una testimonianza preziosa del modo di procedere della politica giudiziaria dei comuni, fatta di eccezioni, provvedimenti temporanei convalidati nel tempo, letture incerte e interpretazioni forzate delle rubriche statutarie.

All’*arbitrium* del giudice si sovrapponeva, in sostanza, un più potente e presente *arbitrium* proveniente direttamente dal potere politico che si intromette nei processi, modifica situazioni particolari, crea nuove norme, definisce il corpo dei reati sui quali è possibile *inquirere* e modula la fuoriuscita dalle pene. Si tratta certamente di *arbitria* a tempo, su casi singoli, ma non per questo segni di debolezza o peggio ancora di “illegalità” del potere che evade dai suoi compiti primari di difesa delle istituzioni. Qui è necessario un ulteriore rovesciamento concettuale che sottragga l’*arbitrium* alla sua dimensione di eccezione eversiva dell’ordine e del diritto, per rivalutare in pieno la sua funzione ordinaria di “stabilizzazione” e riforma del sistema¹⁴⁴. Solo in questa chiave è possibile comprendere la miriade di provvedimenti di attenuazione e cancellazione della pena, di reinserimento di banditi, di sospensione di processi in corso per ragioni di ordine pubblico. Provvedimenti che spesso hanno assunto la veste di rubriche statutarie, a rimarcare la natura strutturale di un sistema ri-compositivo che si basava per forza su un *continuum* di decisioni estemporanee. Questa non è “negoiazione” della pena, slegata dal vero e più cogente funzionamento del sistema punitivo: è il sistema e basta.

16. Un quadro così complesso, di forze in continua ricerca di equilibri momentanei, non sembra indicare una veloce ricomposizione delle procedure sotto la vigile guida di nuovi assetti statuali. Almeno in Italia. La prudenza è d’obbligo perché la competizione politica intercittadina fece emergere già tra la fine del XIII e il primo ventennio del XIV una pluralità di forme di governo veramente eccezionale. Due dati di fondo mi sembra accomunare queste esperienze sul piano tecnico-procedurale.

Il primo riguarda la ridefinizione dell’*arbitrium* in termini più strettamente dipendenti dalla *iurisdictio* effettiva del *dominus*: una sorta di riappropriazione del “diritto di giudicare” da parte del potere politico. Gli statuti signorili, in particolare quelli viscontei, costituiscono un buon campo di osservazione. Una lettura cursoria dei libri penali di Como, Bergamo, e Piacenza attesta lo spostamento di attenzione verso il potere del signore di scoprire e di punire i reati, in primo luogo quelli che lo offendono direttamente. Un processo che ha come conseguenza implicita un apparentamento sempre più stretto tra il lessico della tortura e il campo semantico della *inquisitio*. La corrispondenza tra le procedure inquisitorie e i metodi costrittivi esalta la natura punitiva del processo d’ufficio conferendo un tono più “repressivo” alle legislazioni principesche. Non vi è dubbio

ab offensis”. Insomma parte come riforma limitata ad alcune categorie e poi si allarga fino a comprendere quasi tutti i banditi.

¹⁴² P. Pazzagliani, *The criminal ban of the Sienese commune, 1225-1310*, Milano 1979, p. 152, ma si tratta di un’amnistia pagata a caro prezzo, dalle 1500 alle 2000 libbre per i condannati per omicidio (quindi doveva trattarsi di bandi mortali); mentre per gli altri reati si poteva pagare 5 soldi per ogni libra di pena.

¹⁴³ *Statuti della repubblica fiorentina*, cit., p. 142.

¹⁴⁴ Il riferimento è ancora al fondamentale libro di M. Meccarelli, *Arbitrium*, cit.

che in tal senso, la procedura inquisitoria sia non solo un segno del potere, ma anche un suo strumento attivo.

Ma il secondo aspetto è forse più importante perché riguarda la moltiplicazione repentina dei livelli giurisdizionali e di giustizie esistenti in città. Anche i governi tardo-repubblicani subirono questi processi di frammentazione: a nella Bologna di inizio Trecento e a Firenze, Lucca e nei grandi regimi di Popolo agli Anziani o ai Priori si aggiunsero magistrature di parte, magistrature di emergenza poi rese definitive, come il bargello, il difensore, il capitano di guerra, e poi piccoli collegi specializzati nel perseguimento di alcuni reati specifici. Questa pluralità di livelli giurisdizionali non condusse alla creazione di una sola “procedura di stato”, ma provocò, al contrario, lo sviluppo di un numero crescente di procedure alternative al processo o integrative dei suoi effetti. Qui veramente la *reductio ad unum* del sistema processuale mi sembra difficile da sostenere, così come è difficile pensare che le diverse giustizie rispondessero tutte a una sola unificata “ideologia del potere”. Si sviluppò invece una competizione di fatto tra le diverse magistrature, che quando vengono studiate da vicino, e non per teoremi, mostrano una reale differenza di piani e di livelli tutt’altro che gerarchizzati. I tribunali urbani di primo grado dovevano convivere sia con le magistrature forestiere, che rimasero il più delle volte funzionanti anche se soggette al principe, sia con le nuove magistrature territoriali provviste di speciali compiti di controllo e di avocazione delle cause criminali; su tutti si sovrapponevano i Consigli del principe, organi con poteri straordinari e soprattutto discrezionali. Un quadro complessivo continuerebbe dunque ad essere fortemente frammentato, e altrettanto sperimentale di quello precedente. Vediamo brevemente quali potrebbero essere i livelli di operatività delle diverse procedure in atto e soprattutto quali sono le questioni ancora aperte relative ad ognuno di essi.

Il primo riguarda l’aspetto più eclatante della giustizia di stato: il reato politico, ai quali dedico solo brevissimi cenni ad alcuni casi di quell’epidemia di “grandi processi” che toccò anche l’Italia nel corso del primo ventennio del Trecento. È palese la differenza sostanziale e procedurale con le “causes celebres” della monarchia francese, giustamente considerate come la base politica necessaria per sostenere la diffusione della procedura *ex officio* nel regno¹⁴⁵. Per la realtà italiana uno studio complessivo è ancora da fare, ma in alcuni casi le indicazioni restano contrastanti, come ad esempio, i processi celebrati da Giovanni XXII contro i signori ribelli delle Marche¹⁴⁶, oppure contro Rainaldo e Opizo d’Este¹⁴⁷. Gli elementi di base ci sono tutti: accusa di lesa maestà, imputazione di eresia (in un secondo momento, per i signori delle Marche) con tanto di testimonianze di adorazione del diavolo, frasi e atti blasfemi e sprezzanti dell’autorità pontificia. Ma possiamo dire che in questi casi il *crimen lese maiestatis* crei la procedura? Non credo. Proprio i grandi processi mettono in luce lo scarto tra l’armamentario ideologico dell’accusa e la debolezza dell’impianto procedurale quando non si ha il dominio sui “corpi” degli imputati. Ma si può andare

¹⁴⁵ Si veda J. Chiffolleau, *Sur la pratique et la conjoncture de l’aveu judiciaire en France du XIIIe au XVe siècle*, in *L’aveu, antiquité et moyen age*, Actes de la table ronde organisée par l’Ecole Française de Rome (Rome 28-30 mars 1984), Roma 1986, pp. 341-380; l’estensione dell’accusa di eresia ai reati politici avrebbe favorito l’adozione da parte delle città italiane delle procedure inquisitoriali ecclesiastiche. Una veloce panoramica anche in J. Shatzmiller, *Justice et injustice au début du XIVe siècle. L’enquête sur l’archevêque d’Aix et sa renonciation en 1318*, Rome 1999, pp. 7-17.

¹⁴⁶ F. Bock, *I processi di Giovanni XXII contro i Ghibellini delle Marche*, in “Bullettino dell’Istituto storico italiano per il Medioevo”, 57 (1941), pp. 19-70. Si tratta in questo caso di processi per “rebellio” intesa come attentato alla *iurisdictio* pontificia su città e territori di sua pertinenza. L’aspetto militare e anche concreto della *iurisdictio* è di assoluto rilievo: i signori incriminati impedivano l’esercizio delle funzioni di governo. Non c’è mai stato un confronto diretto, una confessione, una costrizione a proferire l’indicibile come manifesto della verità del potere. Al contrario le accuse di argomento religioso, oltre che artefatte, sembrano le più esterne al sistema di riferimenti dotti e giuridici di queste imputazioni, impostate sulle categorie romanistiche della *rebellio*.

¹⁴⁷ Per i processi contro gli Estensi cfr. F. Bock, *Der Este Prozess von 1321*, in “Archivum fratrum praedicatorum” VII (1937), pp. 41-95. Anche questo caso presenta molte note contraddittorie. Dopo la messa in campo di un notevole apparato d’imputazioni e di citazioni, gli Este, adoratori del diavolo, hanno mandato i procuratori, si sono presentati dal giudice pontificio a Bologna e si sono discolpati. E anche quando il vescovo di Bologna, che conduceva l’inchiesta, volendo procedere alla sentenza di eresia, chiese un *consilium* collettivo a frati inquisitori teologi e a giuristi laici, si dovette scontrare con altre difficoltà: il parere discorde, ma pesantissimo, di Giovanni di Andrea che non ammetteva come prove le testimonianze singole raccolte nel processo.

ancora oltre. Si può dire che mancò agli stati italiani un asse ideologico della “maestà” intorno a cui costruire una procedura eccezionale, superiore alle altre o comunque di esempio e di riferimento per le altre. Una secolare tradizione di smitizzazione del potere e la fortissima conflittualità del primo ventennio del Trecento fra “pretese di statualità” contrapposte e delegittimanti tra loro, forse hanno impedito la nascita di una mistica dello stato paragonabile a quella sorta intorno ai monarchi francesi.

A un livello ordinario le giustizie pubbliche mostrano un grado di frammentazione ancora maggiore. Sembra quasi che il “problema della giustizia” per i grandi signori italiani, coincidesse in gran parte con i tentativi continui di armonizzare l’azione di questi livelli giurisdizionali sempre in conflitto. Con quali riflessi sulla procedura? Su un piano generale mi sembra che il dato comune sia proprio l’estrema differenziazione delle procedure adottate e soprattutto la maggiore elasticità e irregolarità di svolgimento. Non direi che aumenta in assoluto il grado di arbitrarietà, nel senso negativo del termine, ma aumenta certo la possibilità di manipolazione e di deformazione delle procedure ordinarie. Una volta stabilita una routine accettabile per i procedimenti ordinari, anche se di tipo inquisitorio, questa ordinarietà poteva essere interrotta e integrata continuamente, anche dagli interventi di curie speciali e di magistrati di controllo. Il tratto distintivo di queste procedure sembra essere una rinnovata “volontà di sapere”, di conoscere e controllare un vasto ed eterogeneo campo di comportamenti pericolosi che le varie compagini governative decisero di sottrarre al normale funzionamento giudiziario e di sottomettere al proprio giudizio, sia per la scelta delle procedure, sia per la determinazione delle pene¹⁴⁸.

Una preoccupazione che creò un altro fenomeno relativamente nuovo nel tardo XIV e XV secolo: l’aumento repentino dei canali per avanzare richieste individuali e *ad personam* direttamente al principe come le ad esempio le suppliche. Nel caso bolognese, analogo a molti altri, le suppliche di natura processuale, importate in città dai legato pontificio e poi riadattate da Taddeo Pepoli, sono tutte profondamente eversive della normale procedura di base *ex officio*¹⁴⁹. E le risposte date, soprattutto in età pepolesca, portarono alla sospensione frequente dei processi, con una vistosa *diminutio* dell’arbitrio dei giudici.

Il valore politico delle suppliche attesta gli sforzi del potere di appropriarsi di quegli strumenti che aumentavano la flessibilità del sistema, e non la sua rigidità¹⁵⁰. Questo vale anche per gli atti di pace. Recenti studi su casi assai diversi¹⁵¹, mostrano una vitalità nuova del problema della pace proprio nel secolo XVI. Nel ducato estense i tentativi di sottoporre a controllo gli atti di pacificazione si susseguono con continuità per tutto il Cinquecento¹⁵². A Bologna il tribunale del

¹⁴⁸ Un caso importante è quello fiorentino degli Otto di Guardia, che sembrano agire su campi diversi con grande libertà procedurale, A. Zorzi *L’amministrazione della giustizia penale nella repubblica fiorentina. Aspetti e problemi*, Firenze 1988. La velocità della procedura e soprattutto il pragmatismo delle soluzioni - spesso si tratta di re-integrare le persone condannate per reati minori dopo un accordo con la controparte o di imporre accordi sotto forma di sentenza espeditiva -, riflettono una nuova preoccupazione dei governanti: quella per “la giustizia da dare ai sudditi”, un dovere cui bisogna far fronte in modi diversi, a cominciare dalle risposte veloci e pacificatrici a quella conflittualità minore, di confine tra civile e penale ma in grado di evolvere rapidamente verso livelli di scontro più gravi.

¹⁴⁹ G. Orlandelli, *L’autorità del signore in un decreto di Taddeo Pepoli sulla formula di deroga*, in Id., *Scritti di paleografia e diplomatica*, Bologna 1994, pp. 54-69.

¹⁵⁰ G. M. Varanini, “Al magnifico e possente signore”. *Suppliche ai signori trecenteschi italiani fra cancelleria e corte: l’esempio scaligero*, in *Suppliche e gravamina. Politica, amministrazione e giustizia in Europa (secoli XIV-XVIII)*, a cura di Cecilia Nubola e Andreas Würzler, Bologna 2002, pp. 65-106. Un esempio di forma scritta con notizie, importanti per capire la natura del testo, sui procedimenti redazionali, in P. Repetti, *Scrivere ai potenti. Suppliche e memoriali a Parma (secoli XVI-XVIII)*, in “Scrittura e civiltà”, XXIV, 2000, pp. 295-358.

¹⁵¹ Su un piano generale cfr. M. Bellabarba, *Pace pubblica e pace privata: linguaggi e istituzioni processuali nell’Italia moderna*, in *Criminalità e giustizia in Germania e in Italia*, cit pp. 189-216; per uno studio recente di integrazione piena tra la pace e il processo pubblico, anche se celebrato dalla corte episcopale, cfr. M. Della Misericordia, *Giudicare con il consenso. Giustizia vescovile, pratiche sociali e potere politico nella diocesi di Como nel tardo medioevo*, in “Archivio storico ticinese”, XXXVIII, 130 (2001), 179-218.

¹⁵² C.E. Tavilla, *Paci, feudalità e pubblici poteri nell’esperienza del Ducato estense (secc. XV-XVIII)*, in *Duelli faide e rappacificazioni. Elaborazioni concettuali, esperienze storiche*, Atti del seminario di studi storici e giuridici, (Modena 14 gennaio 2000), a cura di Marco Cavina, Milano 2001, pp. 285-318. Nel 1531 il duca

Torrone estende nel 1560 il valore della pace¹⁵³. A Milano le *Nuove costituzioni* del 1541 vietano la pace per i reati di sangue, ma ne consentono il ricorso a tutti gli altri punibili con pene pecuniarie¹⁵⁴. Una pratica che anche il granduca toscano voleva rinnovare nel 1564, in parallelo a una esplosione di magistrature di pace nello stato pontificio del Cinquecento¹⁵⁵. Questa riformulazione delle tecniche e dei modi della giustizia pubblica tardomedievale deve essere ancora studiata in un quadro comparativo allargato e forse con mezzi e metodi diversi dalla tradizionale storia giudiziaria; e tuttavia, su un piano tecnico, è indubbio che l'integrazione degli strumenti di pacificazione (e non la loro emarginazione) resta un segno irrinunciabile del potere.

estende l'obbligo di non rompere la pace anche ai fideiussori e ai parenti lontani, e nel 1604 si ordina la registrazione pubblica di tutti gli atti di garanzia di non offendere giurati nel ducato.

¹⁵³ O. Niccoli, *Rituali di pacificazione della prima età moderna*, in "Studi storici", 40 (1999), pp. 219-260. Le costituzioni del tribunale bolognese del Torrone del 1560 ammettevano la pace, anzi le davano maggiore vigore, perché, come a Milano, avevano l'effetto di interrompere la causa. Ma sulla pace a Bologna è tornato di recente, ridimensionandone la diffusione, T. Dean, *Violence, Vendetta and peacemaking in late medieval Bologna*, in *Crime, Gender and Sexuality in criminal prosecution*, ed. by. A. Knafla, London 2002, pp. 1-17.

¹⁵⁴ Cfr. A. Padoa Schioppa, *Delitto e pace privata nel diritto lombardo*, cit. pp. 557-578.

¹⁵⁵ Anna Osbat, "È il perdonar magnanima vendetta". *I pacificatori tra bene comune e amor di Dio*, in "Ricerche di storia sociale e religiosa", 53 (1998), pp. 121-146.