

Massimo Vallerani  
***La riscrittura dei diritti nel secolo XII:  
Astrazione e finzione nelle sentenze consolari***

[A stampa in *Zwischen Pragmatik und Performanz. Dimensionen mittelalterlicher Schriftkultur*, ed. C. Dartmann, T. Scharff, C.F. Weber, Turnhout, Brepols, 2011, pp. 133-164 © dell'autore – Distribuito in formato digitale da "Reti Medievali", [www.retimedievali.it](http://www.retimedievali.it)].

## La riscrittura dei diritti nel secolo XII: Astrazione e finzione nelle sentenze consolari<sup>1</sup>

MASSIMO VALLERANI

1.

Una lunga tradizione di studi di matrice anglosassone ha sostenuto che la funzione di fondo della giustizia fosse quella di mantenere un ordine sociale sostanzialmente equilibrato, attraverso una ridefinizione dei rapporti tra le parti con metodi ora violenti ora pacifici, che potevano comprendere anche il processo. In realtà, quegli storici erano propensi a vedere la soluzione del conflitto raggiunta più spesso *fuori* dal processo, in un momento di confronto diretto, non regolato dalla procedura né tanto meno da norme o da valori normativi. Nell'introduzione al volume collettivo su *Property and Power*, gli autori sono molto chiari in proposito.<sup>2</sup> Da un lato i sistemi di legittimazione del potere erano esclusivamente di carattere empirico e pratico: il potere arriva fin dove si mantiene il consenso degli altri ("*practical knowledge of how far one could go without losing the support of others*"); dall'altro lato, sul piano delle distinzioni teoriche relative alle forme di dominio sulle cose, non esisteva alcuna differenza reale tra possesso e proprietà, come non esisteva alcun *set of rules* implicito, nessuna *internal legal logic* che guidasse lo scambio e i modi del possesso. Le corti erano lontanissime da qualsiasi riflessione

<sup>1</sup> Una versione leggermente modificata di questo saggio è uscita in *Storica* 39 (2007), pp. 53-90.

<sup>2</sup> *Property and Power in the Early Middle Ages*, ed. W. DAVIES and P. FOURACRE (Cambridge, 1995).

sui testi normativi e si basavano solo sulla possibilità di punire il perdente con la perdita del supporto degli altri. Un esempio che ci serve per quanto diremo, riguarda appunto la precaria in età merovingia, studiata da Ian Wood nello stesso volume: l'atto aveva molteplici funzioni sociali ed economici, ma a nessuno dei protagonisti interessava la sua "forma giuridica pura" o il significato originale della carta. La circolazione dei beni obbediva solo a regole interne della comunità locale.<sup>3</sup> L'attenzione alle pratiche locali è del resto una delle conseguenze storiografiche più rilevanti di questi ultimi anni, da cui non si può prescindere, condivisa da tutta la scuola anglosassone del *settlement of disputes*.

Tuttavia questa lettura 'funzionalista' del sistema di potere altomedievale si espone a un rischio notevole, messo in luce da Stephen White in un articolo metodologico di qualche anno fa:<sup>4</sup> quello di restituire l'immagine di una società sostanzialmente omeostatica, che compensa continuamente i propri squilibri attraverso accordi volontari e compromissori, ma che non riesce a spiegare in maniera convincente né la continua risorgenza del conflitto né la costruzione di poteri egemonici sovralocali. L'esaltazione del valore 'ricompositivo' della giustizia extra-processuale mette in secondo piano lo squilibrio sostanziale che quei compromessi creavano o sancivano come dato di fatto. Il risultato del compromesso, in altre parole, non sempre era la situazione precedente ricostruita – come una parte dell'antropologia legale degli anni sessanta e settanta fortemente credeva – ma una situazione nuova, in cui uno dei contendenti aveva acquisito una quota maggiore di potere.

È proprio questo processo di 'accumulazione' che ci interessa, soprattutto nelle sue connessioni con le prassi giudiziarie del tempo. Mantenendo il valore politico del rapporto fra possesso e potere, possiamo chiederci se veramente non sia mai esistita una 'logica giuridica' interna alle azioni e alle pretese delle élites laiche ed ecclesiastiche dei secoli XI e XII intorno alla terra; o ancora, se la costruzione di poteri egemonici potesse avvenire al di fuori di qualsiasi 'sistema di regole' sentite come legali o legittimanti, anche se in modo strumentale. Nel contesto italiano, ma non solo, sarebbe difficile, ad esempio, far rientrare

<sup>3</sup> I. WOOD, "Teutsind, Witlaic and the history of Merovingian precaria", in: *Property and Power*, pp. 31-52. Si veda per un parallelo italiano L. FELLER, "Précaries et livelli: Les transferts patrimoniaux *ad tempus* en Italie", *Mélanges de l'École Française de Rome, Moyen Age* 111 (1999), pp. 725-746.

<sup>4</sup> S. WHITE, "From peace to power: The study of disputes in medieval France", in: *Medieval Transformations: Texts, Power, and Gifts in Context*, ed. E. COHEN and M. DE JONG (Leiden, 2000), pp. 203-18.

in questo schema molti sviluppi signorili degli enti ecclesiastici e dei poteri laici, come i principati del secolo XI e XII, che vivevano in un precario equilibrio di poteri concorrenti, ma in piena coscienza della derivazione pubblica di una parte rilevante dei loro beni e delle cariche connesse.<sup>5</sup> Così come gran parte dei conflitti fra enti religiosi e signori laici, già a partire dal X secolo, fu provocata proprio dalla diversa interpretazione del valore giuridico dei rapporti che li univano. Certo che nella pratica le azioni violente potevano benissimo prescindere da queste letture 'legalistiche', ma è importante ricordare la persistenza, per un lungo periodo, di una diffusa capacità di distinguere la diversa natura giuridica dei rapporti contrattuali, che rimandavano a modelli molto differenti di relazione fra potenti, come dimostrano le conseguenze dell'ambigua commistione tra livello e beneficio (§ 2).

È una questione strettamente collegata allo sviluppo del processo pubblico nel secolo XII. Se è vero che il cuore della giustizia cittadina risiede nel rapporto tra le forme di presentazione del conflitto – tradotto in pretesa da provare in giudizio – la scelta del tribunale e la procedura seguita, questo intreccio non può essere affrontato solo con uno studio dei fattori immediati della trasformazione politico-giuridica del primo comune. Ci sono contesti di più lunga durata in cui sono maturati gli strumenti concettuali sia delle prassi procedurali sia del pensiero giuridico che ne inquadrò gli sviluppi nel corso dei secoli XI e XII. Si tratta, come vedremo, di un processo culturale di enorme rilevanza, di un vero e proprio sistema di 'ri-scrittura' della realtà secondo formule e linguaggi importati da una nuova tecnica giuridica, che rispondeva alle necessità cogenti delle autorità ecclesiastiche, che per prime adottarono nelle proprie dispute un senso rigoroso di *ordo* (§ 3), e poi di quelle urbane, di matrice episcopale e consolare.

Di questi strumenti concettuali, abbiamo scelto di esaminare più da vicino il procedimento logico che più di altri condiziona il processo immaginato dagli *ordines iudicarii* e praticato nelle corti cittadine: l'astrazione, la capacità – come ha scritto anni fa Alain Boureau – di creare dei modelli astratti per restituire realtà empiriche, o più tecnicamente, la capacità di separare i fatti dai diritti connessi, fino a prevedere una realtà fittizia in sostituzione di quella empirica.<sup>6</sup> In particolare la teoria delle *actiones* ha offerto dei modelli molto

<sup>5</sup> G. SERGI, *I confini del potere* (Torino, 1995).

<sup>6</sup> A. BOUREAU, "Droit naturel et abstraction judiciaire: Hypothèses sur la nature du droit médiéval", *Annales: Histoire, Sciences Sociales* 6 (2002), pp. 1463-1488.

concreti di come funziona l'astrazione e di come sia possibile riscrivere i conflitti secondo criteri 'legali' fin allora sconosciuti (§4).

Questo nuovo linguaggio che traduce i fatti in pretese, che distingue i diritti dalle abitudini, che subordina le consuetudini alle *leges*, cioè agli atti di un potere giurisdizionale superiore, si innesta su una profonda ristrutturazione dei poteri in ambito urbano, in primo luogo quelli che fanno riferimento al vescovo e al capitolo cattedrale. Per questo mi sembra utile tratteggiare la natura e il funzionamento della 'domanda ecclesiastica' di giustizia posta alle autorità consolari, perché proprio le istituzioni ecclesiastiche, che più gelosamente avevano custodito un 'senso della distinzione' nel corso dei secoli X e XI, furono in grado di sfruttare gli strumenti concettuali della nuova cultura giuridica prima e meglio dei poteri territoriali laici (§5). La capacità di astrazione, di cui sopra si accennava, si ritrova in molte situazioni processuali promosse dalle chiese urbane, che fin da subito tendono a presentare gli oggetti della lite in 'diritti' da difendere; così come, nelle medesime cause, si nota il ricorso alle strategie procedurali più vicine a quelle che i nuovissimi *ordines iudicarii* andavano elaborando nello stesso torno di anni. L'esempio offerto dagli atti del cartulario dell'arcivescovo di Genova del 1143 serve solo a suggerire, molto sommariamente, il funzionamento del sistema giudiziario cittadino nel momento di incontro e di collaborazione fra la domanda ecclesiastica e le istituzioni comunali (§6). Adesione a un modulo culturale più moderno? Non solo. Si trattò, a ben vedere, di impostare e di guidare un processo più ampio di riassetto dei poteri in ambito urbano e sul territorio, un processo che richiedeva, e in certi casi imponeva, una riformulazione dei criteri di legittimazione del potere e dei modi per difenderlo. La giustizia, grazie all'uso di formule 'astratte' e di regole generali, servì anche a ridefinire le gerarchie dei poteri giurisdizionali nella prima età comunale (§7).

## 2.

Contrariamente a quello che sostiene una consolidata corrente storiografica che riduce il diritto e la politica a puri rapporti di forza, o peggio, a un 'ordine naturale delle cose', credo sia necessario ipotizzare, anche per i secoli centrali del medioevo, una diffusa ed efficace 'cultura della distinzione' alla base delle relazioni di potere e delle regole che determinavano le forme del possesso. Non voglio dire, naturalmente, che tutti le applicavano e le accettavano, ma solo che

una parte rilevante delle forze in conflitto, in particolare quella ecclesiastica, continuava a mantenere una capacità di pensare la differenza delle forme della proprietà e soprattutto dei percorsi possibili che i beni potevano seguire. La cultura ecclesiastica non smise di privilegiare il legame diretto fra il proprietario e il bene concesso, di tener conto della provenienza del bene (se in forme precarie o illimitate) e della qualità del potere esercitato su di esso (se in beneficio o su base signorile). Si tratta dunque di rintracciare questa ‘capacità di distinguere’, fortemente difesa dalle istituzioni ecclesiastiche e leggibile anche sotto il velo di un linguaggio giuridico spesso artificiale, fittizio, che riflette, nella sua ambiguità, le ambiguità reali dei rapporti di potere.

Era chiaro a tutti, ad esempio, che la concessione di beni in beneficio mancava di un repertorio maturo di formule scritte e che per questo si doveva ricorrere al livello.<sup>7</sup> Come era chiaro il pericolo inevitabile di indebolire il legame tra la cosa ceduta e il concedente, scambiando il beneficio, a tempo e revocabile, con un contratto agrario di lunga durata e non revocabile se non alla scadenza. Quando Gerberto d’Aurillac – è un caso analizzato da Mario Nobili<sup>8</sup> e recentemente da François Bougard<sup>9</sup> – si trovò davanti ai livelli concessi dall’abbazia di Bobbio alla fine del secolo X, non poté fare a meno di chiedersi come avrebbe potuto l’abbazia rientrare in possesso dei beni così alienati. In una lettera ad Adelaide, che aveva chiesto altri livelli per i suoi fedeli, Gerberto, negando la richiesta, si domanda: “*terram quam nostris fidelibus heri concessimus, cras quomodo auferemus?*”<sup>10</sup> L’effetto della politica dei suoi predecessori aveva creato una mostruosità giuridica, oltre che politica, con una miriade di vassalli locatari a lungo termine difficilmente amovibili. Il problema, tuttavia, era più generale. Bougard nota la comparsa dal secolo X in avanti di

<sup>7</sup> Tema complesso, si veda C. VIOLANTE, “Bénéfices vassaliques et livelli dans le cours de l’évolution féodale”, in: *Histoire et société: Mélanges offerts à Georges Duby* (Aix en Provence, 1992), pp. 123-133, dove la tendenza a veder trasformati i benefici in carte di livello, molto più sicure, data fin dal secolo X. Lo sforzo dei concedenti era inverso: riconvertire in benefici i livelli concessi. A Lucca il vescovo perse, e dovette cedere i livelli; a Milano, invece, il vescovo usò il beneficio per investire le pievi. La confusione era dunque fortemente cercata dai livellari.

<sup>8</sup> M. NOBILI, “Vassalli su terra monastica fra re e principi: Il caso di Bobbio (seconda metà sec. X-inizi del sec. XI)”, in: *Structures féodales et féodalisme dans l’Occident méditerranéen, Colloque international organisé par l’École Française de Rome* (Rome, 1980), pp. 299-309.

<sup>9</sup> F. BOUGARD, “Actes privés et transferts patrimoniaux en Italie centro-septentrionale (VIII<sup>e</sup>-X<sup>e</sup> siècle)”, in: *Les transferts patrimoniaux en Europe occidentale, VIII<sup>e</sup>-X<sup>e</sup> siècle: Actes de la table ronde de Rome, 6, 7 et 8 mai 1999 = Mélanges de l’École Française de Rome, Moyen Age 111.2* (1999), pp. 539-562.

<sup>10</sup> *Die Briefsammlung Gerbert von Reims*, ed. F. WEIGLE (München, 1966: *Monumenta Germaniae Historica: Die Briefe der deutschen Kaiserzeit 2*), Lettera n. 6, p. 29.

una nuova clausola negli atti destinati ai vescovi: una clausola che permetteva di annullare gli atti compiuti dalla gestione precedente che mettevano in pericolo la sussistenza dell'ente, con la possibilità di ricorrere all'*inquisitio* per recuperare i beni alienati.<sup>11</sup> Anche gli imperatori e i poteri laici presero sul serio la crisi della locazione e l'attacco alla proprietà ecclesiastica: nelle arenche dei diplomi i richiami alla protezione dei beni ecclesiastici e alla restituzione dei benefici si fanno sempre più numerosi a partire dai primi decenni del secolo XI.

Le conseguenze di questo sistema ambiguamente misto sono di grande importanza per la strutturazione dei poteri locali dei vescovi che, con il livello o con il beneficio, dovevano rinforzare quel ceto di vassalli o *secundi milites* che costituiva il nerbo delle loro clientele. La differenza tra le due forme di concessione, non da poco, riguardava soprattutto la definizione dei compiti del concessionario: nel livello è difficile, per non dire impossibile, trovare una chiara definizione dei doveri di fedeltà che avrebbero dovuto essere presenti nel beneficio, neanche in quelle carte miste, di benefici scritti in forma di livello, che si trovano all'inizio del secolo XI.<sup>12</sup> Senza contare che per lungo tempo non esistette una forma scritta di beneficio e la concessione era solo orale.<sup>13</sup> E così la detenzione del beneficio in forma di livello, quindi di riconoscimento di diritti reali sulla terra, doveva complicare non poco il problema della restituzione o meno di quei beni alla morte del concessionario. Tanto più che pochi anni dopo il sinodo di Pavia del 998, che aveva tentato di mettere un freno a questa tendenza, la *constitutio De beneficiis* del 1037 ne rovesciava l'impostazione, garantendo ai *milites* anche la detenzione dei benefici dati in livello. Tutti temi che ritroveremo non casualmente al centro delle numerosissime liti del secolo

<sup>11</sup> Questa prassi tradisce una crisi del livello scritto dopo due generazioni, come mostra anche il canone del sinodo di Pavia del 998, che annulla ogni atto enfiteutico che danneggi la chiesa stipulante, anche se il livello viene accettato come forma di detenzione e concessione di un beneficio, cfr. VIOLANTE, "Bénéfices vassaliques", p. 128.

<sup>12</sup> È il caso esaminato in C. VIOLANTE, "Un beneficio vassallatico istaurato con una carta di livello (Cremona, 8 novembre 1036)", in: *Cristianità ed Europa: Miscellanea di studi in onore di Luigi Prosdocimi*, ed. C. ALZATI, 2 vol. (Roma, 1994), 1, pp. 191-200. La tesi è quella, più volte sostenuta dall'autore, dell'equiparazione del beneficio al livello e dunque dell'ereditarietà dei feudi ben prima dell'editto *de beneficiis* – si veda ancora C. VIOLANTE, "Fluidità del feudalesimo nel regno italico (secoli X e XI): Alternanze e compenetrazione di forme giuridiche delle concessioni di terre ecclesiastiche a laici", *Annali dell'Istituto storico Italo-Germanico di Trento* 21 (1999), pp. 11-39 – come dimostra tra le altre, l'attestazione in un atto del 1046 del vescovo di Cremona di una *antiqua consuetudo*.

<sup>13</sup> P. CAMMAROSANO, "Feudo e proprietà nel medioevo toscano", in: *Nobiltà e ceti dirigenti in Toscana nei secoli XI-XIII: strutture e concetti* (Pisa, 1982), pp. 1-12.

XII che vedono per la maggior parte gli enti ecclesiastici reclamare il possesso dei beni in virtù di una lettura attualizzata (al XII) di quelle clausole miste così ambiguamente definite nel secolo X.<sup>14</sup>

Ma ora interessa solo rimarcare un dato: la piena coscienza di quell'ambiguità che, subita nei fatti, non per questo faceva venir meno la capacità di tenere separate le forme della fedeltà da quelle del possesso agrario, né impediva una piena consapevolezza dei percorsi incerti e tortuosi che i beni potevano prendere anche contro la volontà del concessionario, come attestano le clausole di salvaguardia presenti in molti atti del secolo XI. Di più, anche prima dell'affermazione del movimento riformatore romano, il senso di una condizione speciale dei beni ecclesiastici era ben presente e soprattutto trovava una formulazione esterna nei momenti di conflitto. Ne è un esempio importante un atto del famoso cartulario di San Vittore di Marsiglia, risalente al 1030, in cui si invoca un 'ordine divino' delle cose, sancito dalle leggi e dai canoni che stabiliscono l'inalienabilità dei beni ecclesiastici:

*Dum dei omnipotentis ordinatissima provisio, sanctorum canonum atque legum sanciverit, quatinus res ecclesiasticas a cuiuslibet ordinis persona, modo quocumque acquirent, annosa quamvis possesse vetustate, etiam si edificiis ac possessionibus fuerint augmentate, mox ab heredibus ecclesie ad quam iure pertinent fuerint requisite, absque ulla reddi debere contrarietate, nolentes vero reddere a sancte Dei Ecclesie segregari debere societate.*<sup>15</sup>

È evidente che il proemio ha un valore rivendicativo, fondato sul carattere sacro delle *res ecclesie*, ma lo è altrettanto che questo carattere fondante è posto al centro del confronto con i *militēs* 'ribelli' proprio per ricordare l'esistenza di un ordine 'legale' delle relazioni di potere tra gli enti religiosi e i laici. È un *ordo* protetto dalle *leges*, che in questo caso tende a conservare le donazioni ricevute dalle recriminazioni delle generazioni successive. Le stesse

<sup>14</sup> Sulle ragioni del conflitto fra vescovi e clientele è utile il paragone con la situazione tedesca in T. REUTER, " 'Filii matris nostre pugnant adversum nos': Bonds and tensions between prelates and their 'militēs' in the German high Middle Ages", in: *Chiesa e mondo feudale nei secoli X-XII* (Milano, 1995), pp. 247-276.

<sup>15</sup> *Cartulaire de l'Abbaye de Saint Victor de Marseille*, ed. B. GUÉRARD (Paris, 1857), n. 155, p. 181; il caso è molto studiato, si veda da ultimo F. MAZEL, "Amitié et rupture de l'amitié: Moines et grands laïcs provençaux au temps de la crise grégorienne (milieu XI<sup>e</sup>-milieu XII<sup>e</sup> siècle)", *Revue historique* 129, 307 (2005), pp. 53-95; S. WEINBERGER, "Precarial grants: Approaches of the clergy and lay aristocracy to landholding and time", *Journal of Medieval History* 11 (1985), pp. 163-169.



recriminazioni dei *milites* non erano dettate da un'incontrollata carica di violenza, ma dalla percezione, spesso non errata, di vantare dei diritti sulle terre contese e una volta appartenute alla propria famiglia.<sup>16</sup>

Il nesso tra *lex* e proprietà, o meglio difesa delle proprietà, si trova anche nelle carte italiane, dove alcune clausole mostrano chiaramente sia la permanenza di una chiara consapevolezza dei diversi percorsi che i beni di un ente potevano prendere, sia l'esistenza di un ordine stabilito dalle leggi. Un esempio, tra i tanti, è fornito da alcune carte di donazione del *Liber Crucis* della chiesa di Pistoia. Le clausole di esclusione, presenti nelle donazioni dei conti al Capitolo, cercano di impedire future intromissioni del vescovo nei beni dei canonici: le donazioni sono 'difese' da qualsiasi tentativo del vescovo di impossessarsi, per beneficio o per livello, delle case donate; in caso di usurpazione, i parenti possono "*querelas iuste et legaliter agere contra omnes personas*" e i colpevoli "*amittant quod non suus esse debeat*".<sup>17</sup> Una donazione simile, ma del 1065, è ancora più esplicita e ricca di motivazioni:

*nullis modis ingenio alienare, sed omni tempore in canonica sancti Zenonis sit potestatem eas habendi tenendi et si oportunum fuerit causas exinde agendi, querimoniam faciendi responsum reddendi et finem ponendi, et omnibus modis vobis eas defendendi a parte ipsius canonice, cum cartula ista qualiter iuxta legem melius potueritis pro anime nostre stabile permaneant semper.*<sup>18</sup>

In una *cartula* del 1078 si dice che il bene non può essere alienato "*neque per tenimentum neque per feudum*", ma solo "*per commutationem*".<sup>19</sup> Livello, beneficio, tenimento, feudo: sono cose diverse e tenute distinte, nella teoria come nella prassi, ed è significativo che in entrambi i casi la chiarificazione concettuale sui beni richieda quasi per necessità un richiamo a un ordine *legale*

<sup>16</sup> Cfr. S. WEINBERGER, "Monks, aristocrats and power in eleventh century Provence", *Revue Belge de Philologie et d'Histoire* 75.2 (1997), pp. 333-342, sulla riproduzione dei conflitti fra laici ed aristocratici, soprattutto con la generazione successiva a quella che ha donato; esempi francesi in R. LE JAN, "*Malo ordine tenent*", *Mélanges de l'École Française de Rome, Moyen Age* 111.2 (1999), pp. 951-972; S. WHITE, "Inheritance and legal arguments in Western France, 1050-1150", *Traditio* 43 (1987), pp. 55-103.

<sup>17</sup> *Libro Croce*, ed. Q. SANTOLI (Roma e Fisi, 1939), n. 9, p. 35. Sulla conoscenza del diritto romano si veda G. VISMARA, "*Leges et canones negli atti privati dell'alto medioevo: Influssi provenzali in Italia*", *Studia Gratiana* 20 (1976), pp. 397-436, ora in ID. *Scritti di storia giuridica*, 2, *La vita del diritto negli atti privati medievali* (Milano, 1987), pp. 1-47, dove si parla di una "canonizzazione" del diritto romano.

<sup>18</sup> *Libro Croce*, n. 22, del 1165, pp. 64-65.

<sup>19</sup> *Ibidem*, pp. 83-84.

e a un *ordine procedurale*: le *leges* da un lato e le *querelae* dall'altro. Il nesso tra la definizione del possesso del bene in termini legali e la sua difesa in processo mediante una *querimonia* si rivela vitale per la costruzione della giustizia pubblica anche nel secolo XI.

### 3.

In questo processo di graduale definizione fra le forme del possesso e i modi di difesa giudiziale di quel diritto, le scelte tecniche e culturali della curia pontificia – soprattutto dagli anni '20 del XII secolo – giocarono un ruolo importante come attesta lo studio analitico delle liti giudicate a Roma condotto di recente da Giovanni Chiodi.<sup>20</sup> Non si tratta solo di inseguire le citazioni romanistiche presenti in singoli atti giudiziari,<sup>21</sup> quanto di vedere come funziona un 'sistema di argomentazioni' di carattere legale che richiede e impone una netta distinzione delle forme di possesso, obbligando le parti a seguire una procedura di confronto e di prova diversa da quella che troviamo nei placiti coevi. Ma c'è di più. Dal contributo di Chiodi emerge con chiarezza un fatto importante: discutere le cause con quella sottigliezza argomentativa era non solo utile, ma a un certo punto necessario. L'uso delle citazioni romanistiche diventa allora un riflesso di

<sup>20</sup> G. CHIODI, "Roma e il diritto romano", in: *Roma fra Oriente e Occidente (19-24 aprile 2001)*, 2 vols. (Spoleto, 2002: *Settimane di studio del Centro Italiano di Studi sull'Alto Medioevo* 49), 2, pp. 1141-1254. Sulla conoscenza del diritto romano si veda l'esempio veronese esaminato da A. CIARALLI, "Universali lex: Il codex iustinianus nei documenti veronesi tra XI e XII secolo", in: *Medioevo: Studi e documenti*, ed. G.M. VARANINI et al. (Verona, 2005), pp. 111-160.

<sup>21</sup> Tenendo conto anche del ridimensionamento dell'influsso del diritto romano nelle collezioni canonistiche fino al 1120 circa, cfr. un recente sondaggio di G. GIORDANENGO, "Le droit romain au temps de la réforme: Une étincelle (1050-1130)", *Mélanges de l'École Française de Rome, Moyen Age* 113 (2001), pp. 869-911 che conferma quanto aveva avanzato J. GAUDEMET, "Le droit romain dans la pratique et chez les docteurs aux XI<sup>e</sup> et XII<sup>e</sup> siècles", *Cahiers de Civilisation médiévale* 8 (1965), pp. 365-380. È importante la cronologia: fu la generazione tra il 1120 e il 1140 a ricorrere più massicciamente al diritto romano. Si veda anche C. RADDING e A. CIARALLI, *The Corpus Iuris Civilis in the Middle Ages: Manuscripts and Transmission from the Sixth Century to the Juristic Revival* (Leiden, 2007).

quanto il procedimento dinanzi alla curia pontificia fosse divenuto tecnico e quali enormi vantaggi potesse assicurare il ricorso a fonti integrali ed in particolare all'inesauribile Digesto.<sup>22</sup>

Ma esiste anche un livello superiore a quello dei processi, o meglio un livello di interconnessione fra il piano procedurale e il piano latamente normativo: mi riferisco alle decisioni pontificie, testimoniate dalle lettere dei papi della prima metà del secolo XII. Dei passi già noti e utilizzati dalla storiografia sul tema, ne vorrei esaminare brevemente tre, che possono servire a dare un'immagine di come si costruiscono le basi di un sistema processuale.

Il primo passo, di Pasquale II, è datato al 1113 e riguarda una lite fra la chiesa di Terramaggiore e il monastero di Cassino per il possesso di una chiesa. Pasquale rifiuta i testi indiretti, che conoscono solo per fama il possesso quarantennale e non *de visu*: ora questi non possono essere accettati "*nec canonibus nec legibus*".<sup>23</sup> Anche il giudizio è emanato "*legum auctoritate perspecta*", e visto che gli attori di Terramaggiore "*deficerunt a probatione quam intenderant*", assegna il bene, "*ius et possessionem perpetuam*", a Cassino. *Intentiones*, prove, testi *de visu*, suggeriscono già l'esistenza di un *ordo*, anche se per ora testimoniato in modo implicito. Il particolare tecnico dei testimoni acquista valore solo perché inserito in un contesto che si vuole rispettoso delle leggi che impongono uno standard unitario di validità delle testimonianze orali, e questo contesto è diventato ormai quello politicamente rilevante per la soluzione della causa. Non a caso Pasquale II dà largo spazio alle discussioni dei giurisperiti, conferendo loro un'ampia *licentiam disputandi*, come segno di adesione a una cultura tecnica che si vuole sempre di più come linea guida della soluzione regolata dei conflitti.

Pochi anni dopo, in una lettera del 1128 di Onorio II relativa a una lite tra due vescovi inglesi, compare una prima chiara identificazione dell'*ordo*.<sup>24</sup> La cornice procedurale è importante. Si tratta di una lamentela presentata al papa dal vescovo Urbano di Landoff contro il vescovo di Hereford: Urbano aveva presentato una prima accusa, ma questi l'aveva accusato a sua volta; ora il vescovo di Hereford pretendeva di citarlo come contumace senza aver risposto alla prima accusa. Da qui la protesta per aver rovesciato l'*ordo*, e l'affermazio-

<sup>22</sup> CHIODI, "Roma e il diritto romano", p. 1208.

<sup>23</sup> *Paschalis II, Gelasii II, Calixti II romanorum pontificum epistolae et privilegia*, ed. in: *Patrologiae Latinae cursus completus*, ed. J.-P. MIGNE, 221 vols. (Paris, 1841-1864) [da ora in poi PL], 163, n. 356, col. 312-314.

<sup>24</sup> *Honorii II pontificis romani epistolae et privilegia*, ed. in: PL 166, col. 1218.

ne da parte di Onorio che invece l'*ordo* doveva essere ristabilito: "*Ipse vero ordine iudicii postulans ut prius de hiis que obiecerat sibi rationabiliter responsum daretur*"; solo dopo si poteva esaminare la controaccusa. È importante che qui *ordo* coincida di fatto con la sequenza di fasi procedurali: un ordine di presentazione dell'accusa, delle obiezioni e delle eccezioni. Un ordine che disciplina il confronto, imponendo una sequenza logico-cronologica delle cose da esaminare.

Ora il terzo passo, forse quello più conosciuto, tratto da una lettera di Innocenzo II, lega questo ordine a un livello giurisdizionale preciso. Si tratta della possibilità di presentare appello a Roma per le cause maggiori: una 'legge generale' della chiesa che si basa ancora una volta su un concetto attivo di *ordo*. La chiesa funziona secondo un *ordo* gerarchico che verrebbe pervertito se la sede apostolica non potesse esaminare le cause dibattute dagli ordini inferiori:

*Inde etiam generali lege ecclesie promulgatum ut maiores cause ad examinationes sedis apostolice devolvantur et oppressi omnes intrepido ad eam appellant.*<sup>25</sup>

È un'istanza giurisdizionale assai forte e infatti richiede un preambolo ideologico, tutto giocato sul concetto di *Ordo* ecclesiastico come un *ordo* gerarchico, espresso con la metafora del pastore che vigila sul gregge, affinché nessuna parte "*alterutra dispensationis ordinationem pervertat*". Del resto Pietro è stato istituito *princeps* affinché corregga gli errori e "*iura sua unicuique tribuat*". Questo è ormai un lessico del potere, la ripresa di un modello pastorale che si basa su una chiara gerarchia giurisdizionale e che usa la giustizia come elemento irrinunciabile di affermazione di una realtà superiore, astratta, definita dalle *leges* e protetta dalle istituzioni della Chiesa.

#### 4.

Lo sviluppo del concetto di *ordo* non sarebbe stato possibile senza una più profonda rivoluzione culturale relativa alla natura e alla funzione del diritto. L'*ordo*, come si è visto, prevede la creazione di un universo parallelo e superiore a quello dei fatti: risponde a categorie astratte, rendendo uniformi situazioni differenti nella realtà ma che potevano rientrare in una medesima classificazione. Come nell'antico diritto romano, 'classificazione' e 'astrazione' anda-

<sup>25</sup> Ed. in: PL 179, col. 226, n. 178, anno 1135.

vano di pari passo:<sup>26</sup> era possibile dichiarare non valido un teste perché si aveva un'idea definita di cosa fosse un teste; così come si poteva contestare la natura di un contratto perché esisteva una classificazione astratta di quel rapporto.

Ma su un piano logico, l'astrazione si muoveva verso direzioni ancora più complesse, dove la creazione della realtà giudiziale poteva sfidare le regole della realtà naturale, come nel caso della finzione. In un saggio importante di qualche anno fa, Yan Thomas ha messo a fuoco il ruolo della finzione nel diritto antico e medievale.<sup>27</sup> Rispetto alla finzione romana – che non aveva limiti essendo la natura un'istituzione umana – il pensiero medievale, a partire da Agostino, si trovò nella necessità di dover porre un limite alla capacità dell'uomo di modificare la natura. La natura è una realtà creata, sottoposta a leggi divine, come recita l'adagio “*natura idest deus*”. Né l'uomo né una sua legge potevano mutare l'ordine delle cose naturali: non potevano far accadere cose che solo il miracolo divino era in grado avverare. Si poteva  *fingere*  che un servo era nato libero, ma non si poteva fingere che il padre era più giovane del figlio, come invece ammetteva in casi estremi la giurisprudenza romana. La  *veritas*  dei giuristi medievali coincideva con questo limite, con la natura che non poteva essere modificata dall'uomo. Per il resto, il ricorso alla  *fictio*  restava assai ampio e consentiva, come in età romana, di modificare continuamente la realtà, o meglio, permetteva di inserire nel discorso giuridico una realtà modificata dalla finzione. I giuristi medievali, come quelli antichi, sapevano che la finzione non era altro che la pura inversione del falso in verità: un atto linguistico che cambiava il senso delle cose pur sapendo che l'ipotesi era chiaramente falsa.

Questa premessa è necessaria per cogliere alcuni aspetti del linguaggio giuridico medievale e la sua funzione nella giustizia. Senza questa capacità teorica di ammettere che una situazione non esistente, e quindi non vera, possa diventare vera e fonte di diritto – e motivo di assegnazione di diritti in sede processuale – non capiremmo la profonda innovazione del linguaggio processuale a partire dalla metà del secolo XII e la possibilità di modificare le situazioni di fatto che la giustizia offriva attraverso il ricorso al processo.

<sup>26</sup> Cfr. A. SCHIAVONE, *Ius: L'invenzione del diritto in Occidente* (Torino, 2005), pp. 171-198.

<sup>27</sup> Y. THOMAS, “*Fictio Legis: L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales*”, *Droits* 22 (1995), pp. 17-63.

Le forme dell'astrazione applicata al giudizio riguardano in primo luogo la *domanda di giustizia*. I giuristi iniziarono presto, fin dalla metà del secolo XII, uno sforzo di disciplinamento dei modi di presentare una controversia con la redazione degli *Ordines iudicarii* e delle prime opere dedicate alle *actiones*: domande in diritto con cui le persone dovevano tradurre i loro conflitti in pretese.<sup>28</sup> Un processo simile a quello dei *writ*s delle corti inglesi indagato da Alain Boureau.<sup>29</sup> Ma con una differenza: le *actiones* romane erano state attentamente vagliate dai giuristi, riscritte e inserite in una cornice culturale più ampia, che faceva dell'astrazione dei diritti un meccanismo in grado di aumentare le domande di giustizia e di ampliare l'accesso al tribunale, non di restringerlo. È vero che le *actiones*, a leggerle oggi, sono di difficile comprensione, ma non è vero che le *actiones*, in quanto testi complessi, e non pensati per la realtà medievale, finissero per ostacolare l'accesso alla giustizia. I modelli a disposizione si contano nell'ordine delle centinaia, come attestano le varie opere sui libelli,<sup>30</sup> e soprattutto il meccanismo di astrazione che sta alla base dell'*actio* riesce a moltiplicare le liti favorendo le possibilità di aprire un conflitto processuale su un numero molto alto di casi. In tal senso è bene ricordare che il sistema delle azioni fornisce una chiave di lettura multipla di questa realtà: la trasposizione di un fatto in termini giuridici ha un numero maggiore di possibili definizioni di quanto ne offra il linguaggio comune, perché i diritti lesi possono essere diversi e sta all'accusatore scegliere quali difendere in sede processuale. Possiamo dire che le *actiones* aiutano le parti e gli avvocati a capire dove il diritto modifica la realtà, o meglio dove si situa l'intersezione tra il 'significato delle azioni' e le azioni stesse.

In tutti i manuali di procedura il compito dell'attore, di chi inizia un processo, è quello, appunto, di *actionem proponere*: vale a dire che l'accusatore

<sup>28</sup> Si veda per iniziare A. FOWLER MAGERL, *Ordo iudiciorum vel ordo iudiciarius*: in: *Begriff und Literaturgattung* (Frankfurt a.M., 1984). Sulle azioni A. ERRERA, *Arbores actionum: Genere letterario e forma di classificazione delle azioni nella dottrina dei glossatori* (Bologna, 1995).

<sup>29</sup> A. BOUREAU, *La loi du royaume: Les moines et la construction de la nation anglaise (XIe-XIIe siècles)* (Paris, 2001).

<sup>30</sup> Un elenco in A. FOWLER MAGERL, *Ordo iudiciorum vel ordo iudiciarius*. Il primo manuale, un anonimo *De Actionum varietate*, risale già alla fine del secolo XI-inizio XII; il *Quoniam eorum desideris* è datato al 1135, per passare al più maturo *Cum esse Mantue*, di Piacentino, del 1160. Sui modelli di accusa è intervenuto di recente A. GOURON, "Modèles de libelles acusatoires en pays Alémanique (Zürich 1147), et en Provence (Nîmes ou Avignon 1147-1150)", in: "*Ins Wasser geworfen und Ozeane durchquert*": *Festschrift für Knut Nörr*, ed. M. ASCHERI *et al.* (Köln, 2003), pp. 307-315.

deve scegliere “*quid agere velit contra reum*”; oppure, come recita l’*ordo Ulpiano de edendo*, “*edere actionem nihil aliud est quam ostendere qua ratione velit quis cum alio contendere*”,<sup>31</sup> dove vorrei sottolineare quel *velit*, come segno della rilevanza che riveste l’elemento della volontà individuale nella scelta dell’*actio*. Ora, di questa scelta iniziale metterei in evidenza due aspetti.

Il primo riguarda, come si è accennato, la possibilità di scegliere più azioni dallo stesso fatto. Come è noto, e i giuristi lo sapevano bene, da uno stesso comportamento, o da uno stesso fatto, si potevano dedurre più *actiones* che identificavano una pretesa diversa, perché diversa era la realtà dei diritti interessata da una stessa azione. Un esempio tratto da un manuale di inizio Duecento serve a chiarire questo punto: nell’*ordo Scientiam* si avverte l’accusatore di essere preciso, “*cum plures actiones ex eodem facto proveniant*”. Quindi, se denuncia una persona per sottrazione di un cavallo deve poi precisare cosa intende, cioè quale *actio* sceglie: se l’*actio furti* o l’*actio vi bonorum raptorum* (la sottrazione con violenza di beni) che rimandano a due reati diversi con pene diverse.<sup>32</sup>

Le tipologie di *actiones* previste dai giuristi si moltiplicarono nel corso del secolo XII e, a partire dalla divisione fondamentale fra *actiones* sulle cose, sulle persone o miste (come le azioni sull’eredità, dove uno chiede sia la cosa sia la punizione della persona), si costruirono complessi *arbores actionum* che non è qui il caso di ricostruire. Ma anche limitandosi a schemi semplici, come quello proposto dall’*ordo Tractaturi* della seconda metà del secolo XII, si vede bene come queste opere consentivano di moltiplicare i modi di rivendicare un bene.<sup>33</sup> L’*ordo* considera almeno quattro tipologie di richiesta di un bene, che corrispondono a quattro diversi modi di intendere il proprio diritto su quel bene:

- *quia res sua est*, quando si richiede una cosa propria: la cosa è sua e la riuole;
- *vel tamquam sua*, quando una cosa è ‘come se’ fosse propria, ma non lo è ancora completamente: ad esempio quando uno ha iniziato a *usucapere*, ma non ha ancora terminato il processo di legittimazione; e qui siamo già nel

<sup>31</sup> *Incerti auctoris ordo iudiciorum (Ulpiano de edendo)*, ed. G. HAENEL (Leipzig, 1838), p. 3.

<sup>32</sup> “Der ordo iudiciarius ‘Scientiam’”, in: L. WAHRMUND, *Quellen zur Geschichte des römisch-kanonischen Prozesses im Mittelalter*, 4.3 (Aalen, 1962), p. 5.

<sup>33</sup> *Incerti auctoris Ordo iudiciarius, pars summae legum*, ed. C. GROSS (Innsbruck, 1870), pp. 159-168.

campo della finzione, perchè un diritto non ancora maturato è comunque difendibile come uno completo;

- *actio quia res obligata est*, quando si richiede la restituzione di una cosa che doveva essere restituita, ad esempio un pegno dopo il pagamento del debito;
- e infine l'*actio propter equitatem*, che è la più debole, ma è interessante per la sua capacità di creare diritti su una base di realtà assai incerta e fragile. Ad esempio: se uno perde una tavola e un pittore la trova e vi disegna sopra un dipinto di valore, il proprietario ha diritto 'per equità' a una parte dell'*estimatio*.<sup>34</sup>

Nell'*ordo Quicumque vult* i modi di reclamare un bene cambiano secondo la scelta dell'azione. In caso di rivendicazione di un fondo, si deve prima specificare la 'causa': se è stato sottratto con violenza, si formula una richiesta di restituzione ("*Conqueror de Uberto qui me vim abstulit possessionem illius fundi*");<sup>35</sup> se invece si intende difendere la terra da ingerenze altrui (*de possessione retinenda*), si invoca una protezione ("*Conqueror de Uberto qui inquietat mihi possessionem illius rei*"). L'*actio* dunque non solo seleziona quale diritto difendere, ma serve anche a ri-definire il comportamento reale che è all'origine del processo (sottrazione, furto o minaccia di usurpazione). Questo potere definitorio è molto importante, perchè può modificare radicalmente il contesto del confronto processuale.

La seconda operazione concettuale consentita dalle *actiones* è forse ancora più interessante, perchè permette di prevedere le infrazioni *future* possibili e, allo stesso tempo, di istruire le persone a immaginare quali possono essere i comportamenti che finiscono per danneggiare i propri diritti. Tra le *actiones pretorie*, cioè quelle date dal pretore, presenti sempre nell'*Ordo Tractauri de iudiciis*, alcune servono a difendersi da atti che "si ha intenzione di fare", ma che non sono ancora compiuti. Ad esempio, l'*actio Serviana* è data dal locatore al conduttore "*qui vult res sua alienare vel remove de domo non soluto precio conductionis*", dove il comportamento da punire è basato sulla volontà di fare una cosa.<sup>36</sup> Così l'*actio Calvisia* data da un padrone contro il liberto "*qui est sine herede et vult alienare res suas a patrono*": due esempi di azioni molto

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 161.

<sup>35</sup> *Ordo Quicumque vult* è una parte di un'opera più grande attribuita a Bassiano, *Iohannis Bassiani cremonensis de ordine iudiciorum*, ed. N. TAMASSIA e G.B. PALMERIO in: *Bibliotheca Iuridica Medii Aevi*, ed. A. GAUDENZI, 3 vol. (Bologna, 1888-1901), 2, p. 224; è il n. 14 del catalogo di FOWLER MAGERL, *Ordo iudiciorum vel ordo iudiciorum*. Altra cosa è l'inserimento del nome dell'azione nel libello, su cui pareri sono discordanti.

<sup>36</sup> *Ordo Tractauri*, p. 164.



diffuse, in maniera più o meno implicita, nelle accuse del secolo XII relative ai rapporti di dipendenza. Queste e altre tipologie di azioni prevengono i comportamenti illeciti, esercitando una sorta di educazione alla percezione dei diritti, o meglio alla percezione della natura giuridica dei rapporti contrattuali e di lavoro. Una sensibilità crescente verso il rispetto delle forme contrattuali sarà una delle chiavi di volta del sistema processuale del secolo XII. Pensiamo a tutte le *actiones* che proteggono non solo il bene, ma la gestione del bene dato in affidamento: come le *actiones negociorum male gestorum* o *bene gestorum* una forma usatissima nelle liti familiari contro i tutori o i curatori dei minori. In un'operetta anonima attribuita a Pillio le conseguenze di questa visione giuridicizzata dei rapporti sono rese con un'interessante 'astrazione negativa': se una cosa data in comodato viene restituita non come si doveva, ma peggiorata, è 'come se' non fosse stata restituita, finzione espressa con il verbo *non videtur*: "*similiter qui rem commodatam reddidit non quomodo debuit, idest deteriore non videtur reddidisse*". Una vera finzione, perchè la cosa peggiorata non è più una cosa, 'come se' non esistesse. Così la cosa venduta senza garanzie di evizione è *come se* non fosse stata consegnata: "*non eo modo quo debuit quia de evictione non cavet, non videtur tradidisse*".<sup>37</sup>

Tutti i rapporti nati dalle principali tipologie contrattuali sono soggetti a questo profondo processo di dissezione in segmenti di atti ingiusti e incompleti o semplicemente illeciti: i mutui, con l'*actio* ipotecaria, se il creditore "*noluit dare pignus*"; la stipula orale; il mandato e la *societas*, o la stessa *emptio-venditio*. Rapporti che oltre tutto devono essere valutati secondo l'*intentio*, l'*animus*, la *scientia* o *ignorantia*, la *bona fides*, vale a dire secondo una serie di elementi imponderabili che appartengono alla sfera della *fiducia*, che modificano profondamente il quadro culturale delle relazioni umane nel basso medioevo.<sup>38</sup> Proprio il tema della *bona fides* diventò un elemento centrale dell'ideologia comunitaria delle città italiane, e parallelamente l'elemento della *intentio* entrava nelle teorie giuridiche delle azioni umane come discriminante fra il dolo e la colpa, influenzando il modo di giudicare i comportamenti dei singoli. Ma restiamo ancorati ai processi del secolo XII e alla funzione della giustizia. Come si riversa questo sistema di astrazione del diritto sulla procedura e l'amministrazione della giustizia?

<sup>37</sup> "Summa 'Cum esse Mutinae' ", ed. in: U. NICOLINI, Scritti di storia del diritto italiano (Milano, 1983), p. 247.

<sup>38</sup> Tema riscoperto da poco, si veda, *La fiducia secondo i linguaggi del potere*, ed. P. PRODI (Bologna, 2007); e G. TODESCHINI, *Visibilmente crudeli* (Bologna, 2007).

## 5.

È da sottolineare che molti documenti pontifici relativi alla procedura, e anche molte opere di procedura, recepiscono delle obiezioni presentate dai vescovi nel corso di dispute giudiziarie. È importante ricordarlo perchè il tribunale pubblico, cittadino o regio, è stato per lungo tempo legato e influenzato dalla *domanda ecclesiastica* di giustizia rivolta dai vescovi, e ancora più spesso dai capitoli cattedrali, alla giustizia pubblica. È una questione di respiro europeo, non solo italiano. Basti qui solo accennare all'importanza, per molti storici capitale, avuta dall'ingresso del *Decretum* di Graziano nelle corti episcopali inglesi dopo il 1140.<sup>39</sup> Da quella data si diffonde, proprio a partire dai capitoli cattedrali più importanti, un nuovo modo di porre la questione della proprietà rispetto alle baronie laiche e alla corona. Un cambiamento che non solo ha condizionato la concezione della proprietà in Inghilterra, ma ha favorito l'entrata in gioco di nuove regole giuridiche nella definizione delle liti, almeno di quelle che vedevano un ente religioso contrapposto a un laico.<sup>40</sup> Del resto, sempre per rimanere al caso inglese, Alain Boureau ha insistito molto sulla capacità dei monasteri di inventare un *ordo* procedurale a partire dalla prassi delle liti con i signori laici.<sup>41</sup> Certo resta il problema di sapere quanto l'influenza della cultura ecclesiastica sia penetrata nel sistema giudiziario regio che si avviava a costruire il sistema dei writs una serie di formule di accusa predeterminate.

Per l'Italia, le ambiguità della situazione inglese sono del tutto assenti, anche se il quadro è parimenti complicato da una profonda vischiosità di rap-

<sup>39</sup> Importanti come esempio di influenza di un testo normativo sulla prassi giudiziaria M. CHENEY, "Possessio / proprietas in ecclesiastical courts in mid-twelfth-century England", in: *Law and Government in Medieval England and Normandy: Essays in Honour of Sir James Holt*, ed. G. GARNETT e J. HUDSON (Cambridge, 1994), pp. 245-257; J. HUDSON, "Court cases and legal arguments in England, c. 1066-1166", *Transactions of the Royal Historical Society*, Sixth Series 10 (2000), pp. 91-115. Per le corti episcopali cfr. C.R. CHENEY, *English Bishops' Chanceries, 1100- 1250* (Manchester, 1950); C. DUGGAN, "The reception of canon law in England in the later twelfth century", in: *Proceedings of the Second International Congress of Canon Law, Toronto 1962*, ed. S. KUTTNER e J. RYAN (Città del Vaticano, 1965), pp. 359-390.

<sup>40</sup> Mi riferisco alla questione iniziata da S.F.C. MILSOM, *The Legal Framework of English Feudalism* (Cambridge, 1976) e ripresa da R.C. PALMER, "The origins of property in England", *Law and History Review* 3 (1985), pp. 1-50; sul dibattito cfr. J. BIANCALANA, "For want of justice: Legal reforms of Henry II", *Columbia Law Review* 88 (1988), pp. 433-536; J. HUDSON, "Milsom's legal structure: Interpreting twelfth-century law", *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 59 (1991), pp. 47-66.

<sup>41</sup> BOUREAU, *La loi du royaume*, pp. 101-150.

porti fra corti laiche e corti ecclesiastiche. È di assoluta evidenza che il rapporto con i vescovi, e con gli enti religiosi in generale, è fondamentale per le istituzioni cittadine, anche perchè, ancora alla metà del secolo XII, i consoli erano rappresentanti di un'istituzione poco definita: da un lato strettamente legata al vescovo e dall'altro impegnata a trovare i mezzi per gestire un'autonomia politica che le città avevano acquisito da tempo, e che richiedeva un uso generalizzato di procedure per risolvere un numero crescente di conflitti di natura economica e patrimoniale. La costruzione politica del comune, questa non è una novità, si basava in primo luogo sull'affermazione della giurisdizione cittadina.<sup>42</sup>

Dalla metà del secolo XII emerge un vasto movimento di ridefinizione 'confittuale' dei diritti, delle competenze e anche delle sfere di potere su beni e persone. Si tratta di un processo che si verifica su due livelli.

Il primo riguarda i singoli conflitti, di cui ci rimane un'importante testimonianza nelle carte degli enti ecclesiastici cittadini. In genere, la ri-definizione dei rapporti su scala locale tra la chiesa e le forze laiche del territorio avviene attraverso il ricorso a una diversa terminologia giuridica per indicare l'oggetto della contesa: le parti si dividono proprio sull'interpretazione delle parole e sui doveri conseguenti alle forme contrattuali, che ora sono 'lette' in maniera giuridicamente più stringente. Si ha l'impressione che lo scontro in atto sia soprattutto di natura culturale e politica, dove conta molto la possibilità di affermare la propria lettura della realtà.

E qui arriviamo al secondo livello. I procedimenti di 'lettura del reale' si differenziano secondo i giudici e le procedure seguite: tribunali diversi usano metodi diversi per giudicare i casi presentati alla corte. La procedura giudiziaria del tribunale pubblico impone veramente una procedura di conoscenza del reale diversa dalle altre. Da qui un conflitto iniziale per scegliere quale tribunale poteva e doveva giudicare la contesa, e quindi quali prove quel tribunale avrebbe accolto. Certo, era anche una questione politica, perchè affermare la prevalenza del proprio tribunale era una manifestazione di potere, ma pesava molto nella scelta la diversa qualità del procedimento e della logica giuridica seguita. Senza contare che i tribunali pubblici, vescovili e comunali, erano fondati su un'idea di *iurisdictio* non più volontaria e consensuale, come molti tribunali feudali, ma coercitiva e gerarchica: il giudice aveva il dovere di im-

<sup>42</sup> Si veda ora G. MILANI, *I comuni italiani* (Bari, 2007), pp. 26-37; e ID., "Lo sviluppo della giurisdizione nei comuni italiani del secolo XII", in: *Praxis der Gerichtsbarkeit in europäischen Städten des Spätmittelalters*, ed. F.J. ARLINGHAUS *et al.* (Frankfurt a.M., 2006), pp. 21-46.

porre le regole della giustizia, di arrivare a una sentenza e di attribuire i diritti, indipendentemente dalla volontà delle parti. Come è noto, il processo pubblico procedeva comunque, “*presentibus partibus vel absentibus*”, e anzi il contumace non solo perdeva la causa, ma era punito per un reato latamente politico, una sorta di disconoscimento di autorità.

Non è un caso che tutti o quasi i grandi *affaires* del secolo XII abbiano avuto una fase iniziale di contrapposizione proprio sulle procedure e i tribunali da seguire. Pensiamo alla lite, molto nota agli studiosi di diritto, tra il capitolo della cattedrale di Verona e i conti di Cerea del 1147:<sup>43</sup> i conti chiedevano un giudizio fra pari, di tipo feudale, e volevano recarsi alla corte del duca di Carinzia; i canonici esigevano invece un processo “*secundum leges et rationes*”, come fra estranei, “tra gente che non si conosce”.<sup>44</sup> Una distinzione importante, perchè mette bene in luce la nozione astratta di ‘parte’ che il processo basato sull’*ordo* crea per indicare le persone. Nel processo non esistono persone singole, con diritti e privilegi prestabiliti, ma parti che devono dimostrare, in ugual misura, quali diritti pretendono e con quali argomenti. La pretesa dei canonici, e continuo a riferirmi ancora all’importante processo veronese del 1147, andava anche oltre: preferendo il giudizio *secundum leges* i canonici facevano propria la ri-lettura astratta dei diritti che anche il campo feudale si stava affermando in quel torno di anni.<sup>45</sup> Quando i conti di Verona sostennero di avere ricevuto il dominio sulla corte per via feudale, addirittura da Bonifacio e poi da Matilde di Canossa, e lo rivendicano “*iure hereditario*”, i canonici, con il supporto dei giuristi feudisti milanesi, ne contestarono la legittimità rispondendo che non esisteva alcuna concessione ‘feudale’, ma solo un contratto di livello che dava a Matilde un modesto *ius conductionis*, come un qualsiasi *colonus*: e Matilde “*ut colonus*” non aveva alcun potere di alienare il bene

<sup>43</sup> *Le carte del capitolo cattedrale di Verona*, 1, 1101-1151, ed. E. LANZA (Roma, 1998), pp. 230 e sg. Sulla lite si veda A. PADOA SCHIOPPA, “Il ruolo della cultura giuridica in alcuni atti giudiziari del secolo XI”, *Nuova Rivista Storica* 64 (1980), pp. 265-289; A. CASTAGNETTI, “Il capitolo cattedrale: Note di storia politica e sociale”, in: *Le carte del capitolo cattedrale di Verona*, pp. V-LIX; M. VALLERANI, “Tra astrazione e prassi: Le forme del processo nelle città dell’Italia settentrionale del secolo XII”, in: *Praxis der Gerichtsbarkeit in europäischen Städten des Spätmittelalters*, pp. 135-155.

<sup>44</sup> *Le carte del Capitolo*, n. 126, p. 242: “*Immo dicit ecclesia hoc placitum debet finire secundum rationem et secundum leges, sicut inter extraneas personas*”.

<sup>45</sup> Utile è il saggio di G. ROSSI, “Oberto dall’Orto ‘*multarum legum dotus auctoritate*’ e le origini della feudistica”, in: *Il secolo XII e la “renovatio” dell’Europa cristiana*, ed. G. CONSTABLE et al. (Bologna, 2003: *Annali dell’istituto storico italo-germanico*), pp. 329-366.

come feudo.<sup>46</sup> La risposta dei canonici contiene due importantissimi schemi di astrazione, che ritroveremo, in forme meno eclatanti, in molti altri processi:

- il primo è quello di rileggere a posteriori una realtà passata con criteri nuovi: in questo caso il rapporto feudale. È noto, ed era noto anche ai protagonisti, che per una lunghissima fase della storia dei rapporti di vassallaggio o più in generale di fedeltà, non ci furono contratti feudali scritti, ma si ricorse soprattutto al contratto di livello, o ad altre forme di concessione di uso della terra che coprivano realtà molto diverse, alcune schiettamente vassallatiche, ma senza termini esatti per esprimere la natura politica del rapporto. Questa realtà fittizia viene scardinata nel secolo XII con un'altra finzione, questa volta giuridica: il feudo, per esistere, deve essere composto da beneficio e dal *servicium* e dato che nella carta di concessione ai conti non c'erano nessuno dei due, il rapporto feudale non è esistito e non è mai esistito.
- Da questa discende la seconda astrazione: ricondurre i rapporti definiti dalla carta di livello alla loro sostanza letterale. La concessione fatta ai Canossa rientrava nello *ius locationis* che non fa perdere i diritti al proprietario;<sup>47</sup> e soprattutto, equiparando Matilde, il potere laico più importante del tardo XI secolo, a un qualsiasi *colonus* di romana memoria, i giuristi e i canonici cancellano con una  *fictio* tutto il sistema di potere dell'età precedente, scardinando le basi reali delle forme di fedeltà che avevano retto quelle complesse, ma giuridicamente informi, costruzioni territoriali.

Un anno dopo, a Novara, si pone un caso simile. In una lite per il *districtus* sugli uomini fra i canonici di Santa Maria e i signori Alberto e Ardizzo Gorrizi, la controversia investe in primo luogo la scelta del tribunale: i rustici, in quanto *districtabiles* dei signori, vorrebbero portare la querela davanti al tribunale signorile, ma i canonici obiettano che ogni azione personale o reale deve essere dibattuta davanti al vescovo, che era il loro giudice. Il dato interessante è l'immediata connessione fra tribunale vescovile e logica delle azioni, che as-

<sup>46</sup> *Le carte de Capitolo*, n. 126, p. 241, memoriale dei canonici: "*non tamen ipsi comites ullam rationem habent, quia quod comitissa Matilda iure conductionis habuit alii in feudum dare non potuit*". E che Matilde abbia ricevuto la corte *iure conductionis* lo provano numerose carte.

<sup>47</sup> *Le carte del Capitolo*, p. 233: "*et ideo suprascripta ecclesia semper possidet, quia is possidet cuius nomine possidetur*".

trae il singolo caso per inserirlo in un quadro astratto disciplinato da regole non contingenti.<sup>48</sup>

Sono esempi che mettono in luce il nesso strettissimo che esiste fra procedura, tribunale, argomenti usati, ri-lettura dei diritti e definizione scritta dei nuovi assetti di potere. È questo il cuore del sistema giudiziario del XII secolo, ed è anche la ragione di fondo della sua affermazione. Ma per capire bene il funzionamento del processo a livello di sistema è necessario prendere in esame una serie coerente di atti giudiziari, possibilmente documentata in forme continue e unitarie. Tra le scelte possibili ho deciso fermare l'attenzione sulle sentenze consolari genovesi e di verificare in alcuni esempi quanto e come incide l'uso dell'astrazione nella riscrittura dei diritti della chiesa genovese dibattuti nel tribunale consolare.<sup>49</sup>

## 6.

Il registro della curia arcivescovile di Genova è il primo grande cartulario pubblico di età comunale, e si deve in buona misura alla necessità del vescovo di conservare e mettere in ordine le sentenze consolari favorevoli alla sede episcopale, raccolte e trascritte negli stessi anni di redazione del cartulario, tra il 1142 e il 1147.<sup>50</sup> Azione e documentazione in questo caso coincidono, se,

<sup>48</sup> *Le carte dell'archivio capitolare di Santa Maria di Novara*, ed. O. SCARZELLO *et al.*, 3 vols. (Novara, 1913-1915, poi Torino e Novara, 1924), 3, n. CCCLVI, pp. 256-257.

<sup>49</sup> La ricerca è ancora agli stadi iniziali; la situazione genovese merita uno studio molto più approfondito di questi primi scavi. Rimando ad altra sede una presentazione più dettagliata del quadro generale delle sentenze consolari genovesi.

<sup>50</sup> *Il registro della curia arcivescovile di Genova*, ed. T. BELGRANO = *Atti della società Ligure di Storia Patria* 2 (1862-1871). Si veda almeno A. ROVERE, "Libri 'iurium-privilegiorum, contractuum-instrumentorum' e livellari della Chiesa genovese: Ricerche sulla documentazione ecclesiastica", *Atti della Società Ligure di Storia Patria*, 24.1 (1984), pp. 105-170; D. PUNCUH, "Influsso della cancelleria papale sulla cancelleria arcivescovile genovese: Prime indagini", in: ID., *All'ombra della Lanterna. 50 anni tra archivi e biblioteche*, ed. A. ROVERE (Genova, 2006). Naturalmente la documentazione vescovile non si esauriva nel registro, si veda anche il *Liber privilegiorum ecclesie ianuensis*, ed. D. PUNCUH (Genova, 1962). Sulla scrittura degli atti cfr. L. ZAGNI, "Il libello petitorio genovese: Note diplomatiche", *Studi di storia medievale e di diplomatica* 6 (1981), pp. 5-14; G. COSTAMAGNA, "Il primo apparire dei benefici del diritto romano nella documentazione genovese", *La storia dei genovesi* (1991), pp. 533-544; A. ROVERE, "Notariato e comune: Procedure autenticatorie delle copie a Genova nel XII secolo", *Atti della Società Ligure di Storia Patria*, n.s., 37.2 (1997), pp. 93-113; EAD., "I 'publici testes' e la prassi documentale genovese (secc. XII-XIII)", *Serta antiqua et mediaevalia*, n.s., 1 (1997), pp. 291-332.

come sembra, l'inizio del cartulario risale già al 1143. Quello arcivescovile è anche il primo cartulario 'giudiziario' dell'età comunale, comunque il primo registro di diritti fondati su una serie coerente di sentenze. È indubbio che in quegli anni la politica di recupero dei beni ecclesiastici si fece più intensa e il sostegno del comune consolare si rivelò uno strumento potente di affermazione del potere dell'arcivescovo Siro, che non compare quasi mai come giudice, pur avendo, naturalmente, una curia vassallatica. Anzi, fin dai primi atti, risalenti al 1111-1117, i vescovi genovesi (arcivescovi dal 1133) si mostrano spesso alla guida del collegio consolare giudicante, che opera quasi sempre nella canonica di San Lorenzo o in palazzo *episcopi* e in presenza del presule.<sup>51</sup> Ma se nelle sentenze fino agli anni '30 del secolo XII, il vescovo ottiene soddisfazione contro persone singole e per liti specifiche, nel registro del 1143 la politica di recupero dell'arcivescovo si concentra su tre settori:

- a) il recupero di beni e terreni dati in concessione livellaria nei decenni precedenti e di cui si erano perse le forme di controllo;
- b) l'assegnazione in famulato di persone dipendenti dall'arcivescovo che si volevano sottrarre alla loro condizione;
- c) il pagamento delle decime *maris*, che, secondo un'antica consuetudine, portavano nelle casse del vescovo un decimo dei prodotti trasportato dalle navi nel porto di Savona. Il laudamento del 1117 che apre il registro in posizione di proemio, stabilisce la validità di questa consuetudine, confermata nel 1123 e nel 1139 e nel 1140, quando ormai si riconosce il valore legale: "*Hanc laudem*

<sup>51</sup> Questa non è una specificità genovese, ma assume a Genova un valore politico particolare. La sentenza del 1111 è in *Le carte del monastero di san Siro di Genova*, 1, 952-1224, ed. M. CALLERI (Genova, 1997) n. 73, p. 22, dove il vescovo induce l'abate a presentare la querela davanti ai consoli; nel 1117, *Il registro della curia*, 1, pp. 56-57, la sentenza è emanata in "*parlamento bonorum hominum*" tra cui sono annoverati i consoli, che assegnano al vescovo i diritti sulla *decima maris*; le sentenze degli anni '30 sono attribuzioni di diritti singoli al vescovo, con l'imposizione al perdente di non inquietare oltre il presule. Per le vicende della chiesa genovese si parta da V. POLONIO, "Tra universalismo e localismo: Costruzione di un sistema (569-1321)", in: *Il cammino della Chiesa genovese dalle origini ai nostri giorni*, ed. D. PUNCUH (Genova, 1999: *Atti della Società Ligure di Storia Patria*, n.s., 39.2); e sulla politica di recupero EAD., "Gli spazi economici della Chiesa genovese", in: *Gli spazi economici della Chiesa nell'Occidente mediterraneo (secoli XII-metà XIV)*, *Sedicesimo convegno internazionale di studi (Pistoia, 16-19 maggio 1997)* (Pistoia, 1999), pp. 231-157. Per il territorio si deve far riferimento ora alle attente indagini di P. GUGLIELMOTTI, "Definizione e organizzazione del territorio nella Liguria orientale del secolo XII", *Atti della società ligure di storia patria*, n.s., 47.1 (2007), pp. 185-213.

*ideo fecerunt quia cognoverunt idoneis testibus episcopos ianuensis ecclesie antiquitus suscepisse de cunctis legneis in predefinitis locis*".<sup>52</sup>

In questa sede prenderemo in esame solo i primi due punti: il recupero dei beni e la dipendenza delle persone soggette.

All'origine della crescita di cause giudiziarie combattute davanti al tribunale comunale, a Genova come altrove, si trova spesso un conflitto diffuso sulle forme di gestione delle proprietà. Da un lato, gli enti ecclesiastici cercano di riprendere il controllo di fondi alienati da tempo e sui quali era ormai difficile esercitare una qualche forma di controllo; dall'altro, gli stessi enti si preoccupano di definire nuove regole contrattuali, usano un linguaggio più preciso, *tranchante*: un linguaggio chiaramente impostato su categorie giuridiche relative ai diritti di proprietà e di possesso. Il ricorso alla giustizia ha questa duplice funzione: recuperare il bene in base a motivi giuridicamente validi e stabilire, attraverso l'azione di recupero, delle regole che disciplinino in futuro il possesso secondo le nuove forme. Le sentenze dei consoli genovesi hanno questo ruolo di creazione stabile di un rinnovato assetto proprietario del territorio genovese sottoposto all'arcivescovo. Per ottenere questo risultato, il ricorso al solo linguaggio giuridico dei diritti non basta. Come nel caso veronese, bisogna sostituire una realtà a un'altra, annullando gli effetti di quella passata: o meglio annullando i diritti maturati nel periodo di tempo in cui le forme contrattuali in uso non erano state rispettate, indipendentemente dall'uso e dalla *tenure* effettiva della terra: secondo il meccanismo previsto nelle *actiones*, una cosa fatta non secondo le regole, non esiste.

Già nei primi anni '40 del secolo XII, il linguaggio delle sentenze esprime questo meccanismo di sostituzione fin dalle prime battute del formulario, quando si assegnano terra e diritti relativi al vescovo. I consoli usano il congiuntivo per esporre le proprie decisioni, ma si capisce che si tratta in realtà di un dispositivo che deve essere eseguito; la chiesa abbia la terra in possesso e nessuno ne minacci più il godimento:

*Consules laudaverunt ut ecclesia Sancti Andree de Porta et ecclesia Sancti Antonini de Auripa habeant peciam unam terram de castaneto.. et laudaverunt ut Fredenzun amplius non possit, nec ipse nec aliqua persona per eum, ullam molestiam facere adversum iam dictam ecclesiam*.<sup>53</sup>

<sup>52</sup> *Il registro*, p. 9.

<sup>53</sup> *Le carte del monastero di Sant' Andrea della Porta di Genova*, ed. C. SOAVE (Genova, 2002), n. 2, p. 4.



Negli anni seguenti il formulario si modifica leggermente e compare una formula di assegnazione più precisa:

*Consules laudaverunt quod Archiepiscopus ianuensis deinde habeat et nomine proprietario possideat sine contradicione Boni Vasalli et omnium personarum per eum [...]*<sup>54</sup>

A questa funzione di assegnazione segue, come si è detto, una seconda funzione di instaurazione di una regola valida sempre, di una prassi che si osserverà anche in futuro. Già dai primi atti di recupero delle terre dell'arcivescovato, si vede come il nocciolo della contesa con i diversi concessionari fosse proprio l'allentamento dei legami di dipendenza e del controllo della chiesa con i suoi beni dati in livello. Censi non riscossi, beni livellari dati in eredità, terreni venduti e comprati senza il consenso della chiesa: un uso intenso delle terre allivellate quasi del tutto sottratte al controllo del legittimo proprietario. Da qui il ricorso al tribunale e l'uso di argomenti rigidamente a difesa del 'vero' senso del contratto di livello, che resta nell'ambito delle concessioni temporanee. I principi da riaffermare sono quindi due: da un lato un senso forte della proprietà, grazie al quale il concedente non perde i diritti una volta ceduto il bene; dall'altro, un senso debole della concessione livellaria, che non lascia al locatario un potere illimitato sul bene; anzi, in caso di inosservanza delle regole contrattuali, questo perde i diritti di risiedere sul fondo e può essere espulso. Ad esempio nel caso di una casa rivendicata come libellaria dal vescovo – siamo nel 1142 – i concessionari dicono che non è livellaria e da molto tempo non pagano il censo, mentre dai testimoni si è venuto a sapere che “*pensionem solvisse certis testibus cognoverunt pro qua multis temporibus transactis*”.<sup>55</sup> Quindi se prima pagavano il censo, ora lo devono pagare ugualmente. La regola di base stabilisce che chi non paga il censo non possa vantare più diritti:

*Hanc laudem fecerunt quia et libellariam episcopatus illam terram fuisse et pensionem non prestasse cognoverunt.*<sup>56</sup>

<sup>54</sup> *Il registro*, p. 64, 1142. Simile la sentenza in favore del monastero di san Siro: *Le carte del monastero di san Siro*, n. 107, 1145, p. 165: “*quod ecclesia sancti Syri ... habeat et nomine proprietario possideat totum planum de vertice Castelleti*”.

<sup>55</sup> *Il registro*, p. 64, novembre 1142.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 64.

Per le stesse ragioni i consoli assegnano al vescovo tutte le terre di *Bonus infans* perchè erano *libellarie*, e poi stabiliscono la regola: perde la terra perchè non paga il censo e perchè non poteva alienare se non a un famulo dell'arcivescovo; dunque ha rotto due volte le clausole del patto:

*Hanc laudem fecerunt quia cognoverunt testibus et libellis hanc terram libellariam fuisse. Et quia nisi in famulos sancti Syri deberet alienari quam Bonus infans sine censu tenebat et in alium quam in famulos alienata fuerat, quare consules hoc, tum quia condicio fracta fuerat, tum quia sine censu tenebatur, prefatam terram Archiepiscopo [...] laudaverunt.*<sup>57</sup>

Altrettanto chiaramente si ristabilisce il principio che la terra di un concessionario che muore senza eredi torna nella disponibilità dell'arcivescovo:

*Hanc laudem ideo fecerunt quia cognoverunt per libellum quem episcopus fecerat antiquitus Adolo de illa terra quod post decessum Adoli si sine filio herede decederet, illam terram curie devenisse.*<sup>58</sup>

Un'altra sentenza del 1145 attribuisce al vescovo una terra acquistata da un certo Iohannes Merlione da due *famuli* del vescovo, che l'avevano venduta senza permesso; non solo la vendita viene invalidata, ma si annulla ogni possibile prescrizione in danno all'arcivescovo:

*Hanc vero laudem prefati consules ideo fecerunt quia cognoverunt patrem suum emisse hanc terram ab ipsis famulis et famula, qui tenebant eam per libellariam, immo ipse fuit professus nulla obstante prescriptione qua adversus dompnum Archiepiscopum se tueri possit.*<sup>59</sup>

D'altra parte questa definizione dei diritti va di pari passo con la riscrittura delle clausole contrattuali che, nel caso del libello, si fanno particolarmente

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 67, 1143. Altri casi, *Ibidem*, p. 78, agosto 1147: "*Hoc ideo fecerunt quia cognoverunt hanc terram libellariam fuisse et pensionem non fuisse solutam*".

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 68, ottobre 1143.

<sup>59</sup> *Ibidem* p. 75, novembre 1145. La vendita di terre libellarie da parte di ex coloni non doveva essere rara. Ne troviamo diversi altri casi nel registro: uno nel giugno 1146, p. 77, ("*laus de loco de porcile*"), dove ne fa le spese Bonfante de Domocolta a cui viene tolta la terra: "*Hoc ideo fecerunt, quia professus fuit has pecias terre libellarias fuisse et per proprietatem venditas*"; luglio 1148, p. 80-81: "*asserentes istas omnes terras archiepiscopatus fore, et libellarias fuisse, que per proprietarias vendite erant*".

pesanti proprio nei momenti di definizione delle sanzioni per il non rispetto del contratto, come si legge in questo atto di *locatio* del 1150:

*Quam si minime singulis annis intulerit seu quod fraudem in locacione ista commiserit, penam librarum decem curie archiepiscopi prestabit sicut illi stipulanti promisit, et insuper a iure locationis et libellarii cadet et revertetur ad curiam cuius est proprietas.*<sup>60</sup>

dove sarà da notare quella rivendicazione esplicita del *ius proprietatis* che spetta alla chiesa.

Una parentesi merita una sentenza del 1154 data in favore del monastero di S. Andrea perchè usa una finzione complessa: la causa è tra il monastero e due ragazzi relativa a una terra che era stata venduta al monastero dal padre di questi, morto prima di fare la carta; ora la terra deve essere data al monastero e i figli devono impegnarsi a difendere la terra ‘come se’ fossero maggiorenni, sopra i 25 anni:

*et ideo quia super talem causam consulum auctoritas fuerat necessaria, laudaverunt ut prediffinitur, immo minores cogantur illam monasterio defendere tamquam etatis viginti quinque annorum essent et cartam vendicionis fecissent.*<sup>61</sup>

Negli anni ‘80 e ‘90 del secolo XII le cose si chiariscono ulteriormente e si capisce meglio il ruolo del tribunale come luogo di definizione dei diritti e delle regole che governano il mondo dei rapporti contrattuali. Prendiamo un esempio chiaro: una causa del 1183 mossa dall’arcivescovo per inadempienza contrattuale contro due fratelli de Bosone.<sup>62</sup> Nel libello di accusa del presule si specifica che chiede la *rei vendicationem* contro i due; alla negazione degli accusati, l’arcivescovo e il suo economo possono mostrare i documenti originali del *libellus* che prevedeva, già nella sua formulazione, la facoltà dell’arcivescovo di “entrare et possidere sine eorum molestia” in caso di inosservanza delle clausole: “*si non observarent totam condicionem sicut in libello contine-*

<sup>60</sup> Il registro febbraio 1151, p. 88.

<sup>61</sup> *Le carte del monastero di Sant’ Andrea della Porta di Genova*, n. 4, p. 7: il casus è il seguente: “*Hoc ideo fecerunt quia cognoverunt, confessione tutoris minorum et patruī, immo sacramento eius, eundem Robaldum vendidisse monasterio hanc terram et promisisse facere cartam ... sed morte preventus cartam facere non potuit*”.

<sup>62</sup> “Il secondo registro della curia arcivescovile di Genova”, *Atti della società ligure di storia patria* (Genova, 1887), pp. 114-115, n. 87.

tur”. È facile per i consoli arrivare alla sentenza: viste le carte e constatato che le *condiciones* non erano state rispettate, espellono i due fratelli dalla terra.

Una causa successiva, del 1194, mossa contro Obertus Nigri di Nervi mette a nudo il contrasto giocato interamente sui diritti.<sup>63</sup> Oberto aveva comprato un casale da Ogerio Porco e suo fratello; l'arcivescovo ne rivendica il possesso perchè il casale era stato concesso a livello al padre di Ogerio. Oberto, l'attuale detentore del casale, si sente comunque garantito da un contratto stipulato in buona fede e dunque ritiene di possederlo “*iusto titolo*”. Ma in questo caso i consoli scelgono una via diversa e dopo lungo dibattito decidono di dare la precedenza al livello, ribadendo il principio che un bene dato a livello non può essere alienato perchè il diritto di proprietà spetta comunque alla curia:

*et cum super his foret utrinque certatum, tandem admissis et cognitis rationibus partium, viso etiam tenore libelli, cognoverunt terram hanc fuisse libellariam curie domini archiepiscopi et eam fuisse predictis in feudum datam a curia, et quod ipsi terras alienare minime poterant cum ius proprietatis ad curiam pendet.*

Ecco una difesa chiara dei diritti del proprietario sulla disponibilità dei beni dei livellari che comunque era sempre stata assai ampia.<sup>64</sup> Ed ecco anche una definizione ulteriore della regola, che ormai era stata adottata e ripresa anche nelle scritture contrattuali, saldando così il cerchio della definizione-difesa dei diritti di proprietà con la creazione di un ordine del possesso legittimato dal tribunale. La costruzione dei diritti per via giudiziaria era ormai arrivata a compimento.

Anche nel caso della dipendenza personale l'arcivescovo sembra vincere senza problemi e il meccanismo di riconoscimento della dipendenza per *testes* certifica una situazione di diritto che non può essere messa in discussione in futuro. La prova della loro dipendenza definisce per sempre la loro condizione futura: da ora in avanti *siano* famuli e l'arcivescovo li tratti come gli altri, secondo un meccanismo analogico che fa sempre parte dell'astrazione giudiziaria.

<sup>63</sup> “Il secondo registro”, p. 170, n. 144.

<sup>64</sup> Stesso risultato in una causa del 1201, *Ibidem*, p. 240, n. 212; la difesa del convenuto recitava: “*tunc ipse Iohannes contradicens opposuit se bone fidei possessorem, dicens ...quod ipsum casale emerat*”. Ancora n. 233, p. 262, del 1203; qui la controparte mostra un titolo *emtionis*, negando che fosse “*libellaria: dicens se possidere predictam terram titulo emtionis et bone fidei emptorem fore, et eam emisse ab Arimanno draperio*”, ma non basta, e i consoli sottolineano che “*nullum alium titulum a venditore vel pro venditore ostenderet*”. Quel *titulum* che avrebbe provato che la terra era libellaria dell'arcivescovo.

*Consules [...] – laudaverunt filios Berardi de sancto Olasci deinde esse famulos ecclesie Sancti Syri ianuensis et successorum eius et faciat ex eis sicut de aliis famulis.*<sup>65</sup>

In un altro processo, sempre del 1142, questo meccanismo di ricostruzione della realtà presente e futura e di cancellazione di quella passata è chiarissimo. I due accusati, Iohannes Gibo e Calcinaria sono dichiarati famuli, in quanto nati da madri di condizione servile; ma nella parte finale della sentenza si specifica che resteranno perennemente famuli perchè la parentesi in cui i due tentarono di rimanere liberi non è stata così lunga da far scattare la prescrizione:

*idcirco consules cognoscentes illos fuisse filios famularum, nec tantum temporis pro liberis stetisse pro ut ratio ad prescriptionem (famulatus) deprecit, illos perenniter famulos esse laudaverunt.*<sup>66</sup>

In questi processi, le controparti della chiesa perdono per una debolezza intrinseca delle loro condizioni sociali, che li costringono ad ammissioni più o meno forzate, a confessioni,<sup>67</sup> a testimonianze deboli, insomma a una condizione di sostanziale assenza di prove contrarie a quelle portate dall'arcivescovo. Non aggiungiamo altri esempi: basti qui aver segnalato un altro meccanismo di trasformazione della realtà e delle condizioni delle persone che il diritto in processo è in grado di determinare attraverso un uso cosciente del linguaggio giuridico.

## 7.

E veniamo al terzo punto: il processo, o più in generale la giustizia, come luogo dove si definiscono schemi di potere e forme di legittimazione. Questa capacità spiega in parte il successo del processo e la possibilità non solo di assegnare un bene attraverso una sentenza, ma di costruire un nuovo assetto di potere attraverso l'uso strategico della giustizia. Una volta stabilito un sistema di 'assegnazione di senso' da dare alle azioni, nulla vieta di accumulare 'azioni

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 61, dicembre 1142.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 62, dicembre 1142.

<sup>67</sup> "Il registro", dicembre 1142, p. 95: "*Hanc laudem fecerunt quia et parentum origine, eorumque confessione hos eiusdem ecclesie famulos esse cognoverunt*".

utili' ad affermare un potere su un territorio o su degli uomini. Il processo, e l'apparato giudiziario pubblico, servono in buona parte a questo: a stabilizzare la forma dominio giudicata legittima dopo un confronto processuale. Naturalmente questo sistema e le sue regole devono essere congruenti con il linguaggio giuridico e devono rispondere a un'ideologia condivisa delle forme di potere legittimo.

Partiamo dalla tipologia di lite che più colpisce per l'ampiezza della capacità di definizione mostrata dalle parti: quelle relative alla giurisdizione sul territorio. Qui è chiarissimo il contributo portato dagli avvocati dei capitoli cattedrali, i più impegnati a riaffermare sia l'unità del proprio dominio sul territorio sia la soggezione degli abitanti di un determinato luogo per il solo fatto di risiedere in quel luogo. Possiamo limitarci a ricordare alcuni casi noti alla storiografia. Il processo fra il capitolo cattedrale di Novara e i signori di Lumellogno, del 1148, giudicato in prima istanza dal vescovo e poi, qualche decennio dopo, dai consoli esattamente nello stesso modo, a favore del capitolo.<sup>68</sup> I canonici rivendicavano "*omne districtum suprascripti loci in integrum*", perchè "*omnes habitatores suprascripti loci coram eis et per eos distringi debere dicebant*". La causa è dibattuta a lungo, ma alla fine il vescovo decide per l'unitarietà del *districtus* che non riguarda solo i dipendenti ma a tutti gli abitanti:

*districtum predicti loci Nomenonii in integrum esse suprascripte ecclesie et per sententiam dixit omnes illos homines quicumque essent qui habitarent in suprascripto loco Nomenonii esse districti et honoris suprascripte ecclesie, omni privilegio vel civitatis vel dignitatis sive et persone penitus remoto.*<sup>69</sup>

La stessa causa fu dibattuta davanti ai consoli del comune di Novara nel 1202, quindi quasi un cinquantennio più tardi, ma la nozione territoriale del potere sui luoghi non cambia. Questa volta a presentare querela è la chiesa contro Alberto di Lumellogno che impediva ai canonici di amministrare il *districtus*. Il rappresentante del capitolo riepiloga la storia e ricorda come l'integrità del distretto fosse stata sancita da ben due sentenze precedenti, una del vescovo Pietro e una del vescovo Litifredo (quella del 1148); di quest'ulti-

<sup>68</sup> Sul caso si veda G. ANDENNA, "Dal regime curtense al regime signorile e feudale: Progetti di signoria territoriale di banno di un ente ecclesiastico: Il capitolo cattedrale di Novara (secoli X-XII)", in: *La signoria rurale nel medioevo italiano: Atti del II Convegno di studi, Pisa, 6-7 novembre 1998*, ed. C. VIOLANTE (Pisa, 2006), pp. 204-253.

<sup>69</sup> *Le carte dell'archivio capitolare di S.Maria*, n. 350, p. 256.

ma ricorda proprio il passaggio: “*quod omnes homines quicumque inhabitarent in sediminibus predictorum fratrum per canonicos sepedicte ecclesie distringi debere*”. Inoltre, mostra l’atto con cui il preposito ha eletto i consoli della villa. Le altre prove portate dai canonici consistevano infatti in atti giurisdizionali compiuti dal capitolo verso i dipendenti dello stesso Alberto: la giustizia era in mano della chiesa, che la esercitava indistintamente su tutti i residenti di Lumello. Proprio dall’elenco degli *instrumenta* di prova si può capire l’importanza della giustizia come strumento di costruzione di diritti e di legittimazione del potere, in questo caso dei canonici. Potere ampiamente riconosciuto dai consoli, che assegnano il distretto alla chiesa con un giuramento.

Del 1185 è la sentenza dei consoli astigiani per il possesso della corte di Quarto, un caso molto noto.<sup>70</sup> Anche qui sono i canonici a suggerire la formula vincente, rivendicando un riconoscimento dei diritti sugli uomini e le cose su base territoriale: “*omnem iurisdictionem tam in alodio quam in mansura*” che porti a un effettivo controllo sulla circolazione dei beni interna ai dipendenti. Come dire che il controllo sul possesso dei beni passava per un controllo sulle azioni degli uomini, visto che gli uomini di Quarto, per giuramento, si sono impegnati “*quod nostras terras sine consilio nostro nulli debent vendere alienare pignorare*”.

Il caso di Genova rientra dunque in una serie notevole di sentenze con forte valore politico. Ci limitiamo a presentare due casi. Il primo caso riguarda una nota incidentale in una lunga lite del 1192 tra l’arcivescovo di Genova e una donna, Paxia, moglie di Guglielmo di Molassana ex livellario della chiesa genovese. La donna chiedeva all’arcivescovo 23 libre della dote dai beni del marito defunto; l’arcivescovo obiettava che quei beni non erano del marito, ma erano della chiesa e gli erano stati dati in livello.<sup>71</sup> Ancora una volta il livello non poteva e non doveva essere alienabile senza il consenso del proprietario. La donna invoca allora la *consuetudo* del castello di Molassana come prova, perché da lungo tempo le mogli ereditano i beni del marito tenuti al livello dall’arcivescovo:

<sup>70</sup> *Le carte dell’archivio Capitolare di Asti*, ed. F. GABOTTO e N. GABIANI (Pinerolo, 1907: *Biblioteca della Società storica subalpina* 37), n. XCVI, p. 90; sul caso vedi E. BALDA, “Una corte rurale nel territorio di Asti nel medioevo: Quarto d’Asti e l’amministrazione del Capitolo canonico”, *Bollettino storico-bibliografico subalpino* 70 (1972), pp. 5-122; la traduzione italiana e commento in P. CAMMAROSANO, *Le campagne nell’età comunale* (Torino, 1976: *Documenti della storia* 7), pp. 44-46.

<sup>71</sup> *Il secondo registro*, n. 182, pp. 207-208.

*et longo tempore observatam inter illos homines de Molazana quod uxores, mortuis maritis, solutionis dotis consequerantur in libellaris curie archiepiscopi que iuri tenebatur. Et hoc per testes probatum esse.*

Ecco allora il vero obiettivo dell'arcivescovo: la *consuetudo loci*. Ma come attaccare un uso presumibilmente risalente nel tempo e provato dai testimoni? Con un'affermazione politica, o meglio di 'politica del diritto' che ne cancelli la validità affermando un principio giurisdizionale verticale e gerarchico e non orizzontale e coordinato. La *consuetudo* è nulla perchè gli *homines de Molazana* non potevano inventarsi una *consuetudo* che andasse a pregiudizio dell'arcivescovo:

*non poterant aliquam consuetudinem facere nisi ipsis neque eorum consuetudinem aliquod facere preiudicium curie Archiepiscopi.*

E questo perché la *lex* stabilisce che il *preses provincie* ha *iurisdictio* solo sugli uomini della sua giurisdizione "*et inter eos subiectos*": ma gli uomini di Molassana sono soggetti alla curia, quindi è la curia che fa la *consuetudo* agli uomini di Molassana e non questi ad imporre una loro consuetudine alla curia: "*et curia posse facere consuetudinem hominibus de Molassana, et non ipsi curie*". Un evidente rovesciamento non solo della logica consuetudinaria di attribuzione dei diritti, che viene subordinata al possibile 'danno' subito dall'arcivescovo, ma anche della logica politica di definizione delle gerarchie di potere. La sentenza di Molassana stabilisce chi esercita il potere e in base a quale regola: *iurisdictio* e *lex* sono i termini di un nuovo sistema di dominio sugli uomini e sui luoghi che fonda il potere dell'arcivescovo e poi delle città. Solo dopo questo chiarimento, la causa può anche concludersi con una concordia,<sup>72</sup> come capita quasi sempre nei processi che coinvolgono donne, e l'arcivescovo può compensare la donna con una casa in città. Ma la *consuetudo* è di fatto abolita.

Un ultimo esempio, sempre di ambito genovese: la lite tra il comune di Genova e la famiglia degli Avvocati del 1204. Questa volta è il comune in prima persona ad parlare e a impossessarsi degli strumenti concettuali della *iurisdictio* e ancora una volta lo fa attraverso una sentenza che consente al comune di Genova di *iudicare* e *forestare* sugli omicidi commessi fra gli uomi-

<sup>72</sup> La lite viene rimessa nelle mani di *Donusdei causidicus*, che la risolve in concordia delle parti "*considerando equitatem et moderationem potius quam ius strictum*" ma è importante proprio l'emersione ormai chiara di uno *ius* relativo al potere di fare una *consuetudo*. Solo allora si può applicare una moderazione equitativa.



ni delle terre degli Avvocati che avevano un enclave signorile entro il territorio genovese.<sup>73</sup> Dopo un caso di omicidio, il podestà aveva citato gli autori, residenti nelle terre dell'avvocazia. Si era presentato Iohannes Advocatus sostenendo che il comune non poteva intromettersi nei reati commessi dai residenti soggetti nel territorio dell'Avvocazia. Il podestà sospende tutto e ordina un'inchiesta sui diritti: apre un processo con le *positiones* presentate da entrambe le parti. Gli avvocati vantano buoni diritti: in fondo richiedono la *iurisdictio* solo per i reati commessi tra i loro uomini.<sup>74</sup> Ma questo vorrebbe dire spezzettare la *iurisdictio* su quel territorio, dividerla con quella del comune, creare un'isola giurisdizionale come forse era in passato e come forse gli era stato riconosciuto dagli stessi consoli negli anni precedenti.

Ora la questione è diversa. Il comune esercita il *consulatus* su quel territorio, amministra la giustizia, possiede il *districtus*, che gli è stato dato dall'imperatore su tutto l'arcivescovato.<sup>75</sup> Dalla parte del comune sta un diritto più forte, inestinguibile e non prescrivibile: sta il potere politico, la *plena iurisdictio* il *merum e mixtum imperium* e questo diritto, anzi questo potere, non è più divisibile: lo possiede tutto e solo il comune genovese.<sup>76</sup>

<sup>73</sup> *I libri iurium della repubblica di Genova*, vol. 1.1, ed. A. ROVERE (Genova, 1992), p. 395.

<sup>74</sup> *Ibidem*. “*Si autem homicidium seu maleficium inter homines advocatie et alium vel alios qui non essent de advocatia in quemcumque eveniret ad comune Ianue, Advocatus illud spectare non negabat, sed illud solum maleficium quod inter homines illius terre eveniret ad se spectare dicebat, et quia longo tempore vindictas fecerat maleficiorum et etiam de assensu consulum Ianue et causam ab archiepiscopo Mediolani dicebat se habere longum tempus*”.

<sup>75</sup> Sull'uso e il significato del termine *districtus* negli atti genovesi del secolo XII cfr. GUGLIELMOTTI, “Definizione e organizzazione del territorio”, pp. 201-204.

<sup>76</sup> *Ibidem*. La risposta del comune è densa di riferimenti pubblici: “*Sed quia commune Ianue consulatum in ea terra habet, fodrum exigit, exercitum habet, infra confinia archiepiscopatus est undique ab ipsa terra distringitur per civitatem Ianue quia etiam datum habet ab imperatore ut plenam iurisdictionem et mixtum imperium habeat in omnibus maleficiis et quia comune Ianue exercuit vindictas in homines predictos etiam particulariter faciendo, utendo totum videtur retinuisse et possedisse cum illud ius Imperii iurisdictio sit individuum*”.