

Mario Ascheri

Statuti e consuetudini: tra storia e storiografia

[A stampa in *Signori, regimi signorili e statuti nel tardo Medioevo*, a cura di R. Dondarini - G. M. Varanini - M. Venticelli, Bologna 2003, pp. 21-31 © dell'autore – Distribuito in formato digitale da "Reti Medievali"]

I – Per introdurre

La previsione di un intervento generale come questo ha un senso preciso. Il comitato organizzatore di questo convegno è espressione del nuovo e forte interesse che finalmente la storiografia non giuridica dedica alle fonti giuridiche¹. È un'attività questa dalla quale trarremo un arricchimento tutti, storici del diritto e storici di altre specializzazioni. I non giuristi porteranno alle dovute conseguenze la consapevolezza che il diritto è *forma* sì, ma di quelle che comportano tuttavia, bene o male, moltissime conseguenze di *sostanza* in ogni campo della vita sociale; i giuristi ne saranno tratti a contestualizzare le norme con maggiore cura e ricchezza al di là della pur sempre utile *Dogmengeschichte* – quando praticata seriamente: cosa non facile, come si sa.

In entrambe le sedi si deve procedere compatti con idee-guida chiare, perché c'è il rischio di essere subalterni alle *opiniones receptae* che – paradossalmente per la storiografia non giuridica, che pure si ritiene appartata e quindi immune dai formalismi giuridici – talora sono state filtrate inconsapevolmente proprio dal pervasivo linguaggio del diritto².

Perché gli statuti e le consuetudini sono oggi al centro dell'attenzione come mai prima forse? Perché, premesso che sarebbe qui fuori luogo una ricostruzione analitica di come la consuetudine sia stata trattata a livello storiografico dagli storici non giuristi, non c'è dubbio che essa sia stata sottovalutata come problema, anche dagli stessi storici del diritto.

Non c'è dubbio che il grande fenomeno legislativo che ha investito l'Europa negli ultimi secoli abbia comportato un'esaltazione della legislazione e della sua scienza (avendo avuto già in passato teorici del calibro di un Gaetano Filangieri o storici già molto attenti come Federigo Sclopis, per far due nomi significativi); il che ha comportato, con altri motivi (coscienza nazionale, identità urbane, *revival* medievistico ecc.) anche, per quanto qui ci riguarda, una attenzione tutto sommato permanente per gli statuti³: nonostante i periodi di relativo disinteresse, essi sono stati e sono fortemente privilegiati rispetto alla consuetudine. *La lotta per la codificazione* – ora oggetto d'un bel libro di Ugo Petronio⁴ – urgeva – ed ancor oggi è tutt'altro che vinta⁵!

Ebbene, è proprio perché oggi i lavori sugli statuti sono bene avviati che bisogna cominciare a riflettere sulla trascuratissima consuetudine⁶. E cominciare stando con i piedi per terra, distinguendo gli accertamenti da fare nei diversi contesti, e lasciando ai teorici e teologi il loro mestiere, che appunto è lavoro teorico o teologico, non storico. Perciò, comunque, appare opportuno rinfrescarci qualche punto per così dire assiomatico *in limine*, riprendendo qualche idea che possa servirci come filo d'Arianna in una materia così complessa e coinvolgente.

¹ Non ho potuto purtroppo tener conto di volumi importanti apparsi recentemente, forti testimonianze del nuovo spazio del 'giuridico' nella storiografia: *Faire bans, edictz et statuz, sous la direction de J.-M. Cauchies- E. Bousmar*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles 2001; *Legislazione e prassi istituzionale nell'Europa medievale. Tradizioni normative, ordinamenti, circolazione mercantile (secoli XI-XV)*, a cura di G. Rossetti, Gisem, Liguori, Napoli 2001, e *Legislazione e prassi istituzionale a Pisa (secoli XI-XIII). Una tradizione normativa esemplare*, a cura di G. Rossetti, Gisem, Liguori, Napoli 2001 (ma entrambi in circolazione dal 2002).

² Ho sottolineato l'urgenza di affrontare seriamente questo tema – cosa che io personalmente non ho fatto – nel mio *Formalismi di giuristi e formalismi di storici: una proposta di lavoro?*, in "Le carte e la storia" VII (2001), pp. 7-18.

³ Si vd. l'attento contributo di G.S. Pene Vidari, *Atteggiamenti della storiografia giuridica italiana*, in Biblioteca del Senato della Repubblica, *Catalogo della raccolta degli statuti*, VIII, Olschki, Firenze 1999, pp. xi-xcvi.

⁴ Giappichelli, Torino 2002.

⁵ Sulla questione della discontinuità tra sistema di diritto comune e diritto codificato ho scritto una nota didattica riassuntiva per gli *Studi in memoria di Adriano Cavanna*, ora in corso di preparazione a Milano.

⁶ E trascuratissima rimane, anche se – come pure è stato fatto anche recentemente – la si pone al centro del Medioevo del diritto come categoria tutto assorbente: essa diviene allora così generica e metastorica da essere di nuovo irraggiungibile e quindi inutile. Qualche spunto in M. ASCHERI, *I diritti del Medioevo italiano (secoli XI-XV)*, Carocci, Roma 2000, ad ind., ma vd. ora per il contesto complessivo R. Ajello, *Il collasso di Astrea. Ambiguità della storiografia giuridica italiana medievale e moderna*, Jovene, Napoli 2002.

E allora comincerei col ricordare per primo punto che privilegiare il discorso teorico sulle fonti del diritto, e in particolare su legge e consuetudine, è tipico della nostra cultura continentale. Per un *common lawyer*, cioè a orecchi anglo-america, i nostri discorsi a questo proposito sembrano dei 'non-sense' per la loro astrattezza. Direi di più: che è tipico della nostra cultura recente, dal tempo della grande rottura illuministica e poi dal tempo dei processi di costituzionalizzazione, che di nuovo solo da noi furono caratterizzati da una forte enfasi sulla divisione dei poteri. Prima, in antico regime, legge e consuetudine convivevano senza suscitare tanti drammi. Si dava per scontato che i dottori e i tribunali facessero evolvere il diritto (soprattutto) privato con le loro interpretazioni del diritto comune, degli statuti e delle poche disposizioni del sovrano territoriale, mentre le normative che possiamo chiamare in senso lato penali ed amministrative, quelle che nel mondo franco-tedesco si chiamarono presto di 'polizia', venivano sottoposte alla verifica della pratica e accolte in tutto o in parte dagli ufficiali incaricati dell'applicazione tenuto conto della reazione che suscitavano nei ceti interessati e delle difficoltà attuative.

Anche oggi, del resto, si sa bene che larga parte della nostra legislazione è disapplicata, vuoi perché non si sa bene se e quando sia vigente, vuoi per mancanza di mezzi per l'esecuzione, vuoi per volontà burocratiche o politiche – precise o non precise poco importa. La stessa obbligatorietà dell'azione penale, come si sa, è un auspicio costituzionale, rappresenta un *valore* sacrosanto, ma è di fatto rimessa concretamente alla discrezione degli organi competenti: ci sono semplicemente – ci dice l'esperienza di tutti i giorni – periodi e/o luoghi (leggi 'procure') di maggiore sensibilità a certi problemi, per cui l'obbligo generale sta lì come valore – o *pour épater le bourgeois*, in base ai punti di vista.

Il secondo punto che mi sembra indubitabile è che invece il conflitto tra i due poli di cui si discorre, tra legge e consuetudine, ha luogo e ha avuto luogo in passato (anche durante l'antico regime) e viene avvertito oggi come tale essenzialmente su questioni di rilievo politico, o comunque attinenti alla sfera del potere pubblico in senso lato – comprensivo quindi di potere ecclesiastico e signorile naturalmente.

Il pio re longobardo può voler eliminare il duello perché così gli avrà chiesto la Chiesa, ma si scontra con le prassi inveterate dei suoi uomini liberi. La *consuetudo* è così richiamata con la carica legittimante e derogatoria alla volontà del *princeps* grazie al 'populus', in un contesto di grandissimo significato per la nostra cultura che richiama quel passo del Digesto giustiniano in cui il giurista classico Giuliano – in una delle pagine più lette della nostra storia, si badi – vede addirittura le leggi come vincolanti 'nulla alia ex causa... quam quod iudicio populi receptae sunt' (Dig. 1.3.32.1).

È da allora che il discorso sulla *consuetudo*, a livello teorico e nei contesti solenni, ad esempio dei capitolari carolingi e dei testi canonistici, oscilla tra due poli: da un lato c'è in essa l'elaborazione, la partecipazione attiva della 'base', dall'altro il controllo dell'autorità superiore, quale quella degli ecclesiastici che devono controllare le consuetudini monastiche e dell'autorità laica che deve dare espressione ai loro voleri, decretando ad esempio l'inaccettabilità delle regole monastiche non benedettine, oppure la necessità di rivedere determinate norme delle legislazioni nazionali germaniche⁷.

L'elaborazione dal basso non sempre è buona: è l'altro dato acquisito dal superiore controllo cui la Chiesa tutto vorrebbe sottoporre, e che la Chiesa concretamente cominciò a realizzare com'è noto solo con la riforma gregoriana. Allora concubinato e simonia, elezioni irrituali ecc. pur largamente praticate, come si sa, divennero *malae, pravae consuetudines*, che bisognava eradicare, anche se erano consuetudini inveterate. Fu proprio Gregorio VII a dover ricordare al vescovo di Aversa (Decr., dist. 8, c. 5) che Cristo diceva 'ego sum veritas, non dixit ego sum consuetudo'⁸. E il *Decretum* gregorziano non accolse solo questo passo, ma anche tanti altri ben più antichi, già

⁷ Sul contesto generale altomedievistico rinvio senz'altro a E. CORTESE, *Le grandi linee della storia giuridica medievale*, Il Cigno-Galileo Galilei, Roma 2000; qualche nota in M. ASCHERI, *Tra legge e consuetudine: qualche problema dell'alto Medioevo (e dell'età contemporanea)*, in *Medioevo Mezzogiorno Mediterraneo. Studi in onore di Mario Del Treppo*, a cura di G. Rossetti e G. Vitolo, II, Gisem, Liguori, Napoli 2000, pp. 313-327.

⁸ Vd. intanto A. Gouron, "Non dixit: Ego sum consuetudo", in «Zeitschrift der Savigny-Stiftung. Kan. Abt.» LXXIV (1988), pp. 133-140.

patristici, come al solito con S. Agostino in posizione centrale, che sottoponevano la consuetudine al vaglio della *veritas* e della *ratio*⁹.

Si erano verificati tanti sviluppi autonomistici nel mondo cristiano tardo-antico e altomedievale che avevano portato, com'è noto, alle posizioni più divergenti nelle diverse sedi. Il trionfo del Papato passava per il controllo di questi sviluppi anarchici, e quindi anche della consuetudine, da subordinare finalmente alla legge centrale; era il papato ora che voleva dare veste alla consuetudine, che sotto la sua dotta e autorevole guida è divenuta infatti 'tradizione', cultura caratterizzante, fondamento d'identificazione dell'istituzione e della sua dottrina.

E qui siamo ai contesti dotti di utilizzo del termine: il *Decretum* graziano risente nelle sue prime, fondamentali, *distinctiones* teoriche anche più del solito della cultura romanistica. Ma parlando, come si fa in queste sedi e già prima nelle corrispondenti sedi di testi romanistici, di consuetudine come contrapposta alla legge è chiaro che si è tratti a considerarla e a sentirla sotto il suo profilo *oggettivo*, di norma dei comportamenti di categorie o di collettività. È lo stesso significato oggettivo che è ossessivamente presente nelle discussioni moderne, tutte attente nella nostra cultura ai rapporti tra le fonti di produzione del diritto per il loro rilievo costituzionale. Ma se riandiamo alle fonti medievali senza il filtro dei problemi odierni le cose cambiano.

II – La negletta consuetudine soggettiva

La *consuetudo* in senso oggettivo mi sembra tipica dei contesti più dotti, quelli universitari di portata generale, mentre nei documenti di rilievo più circostanziato ha largo spazio anche la *consuetudo* in senso soggettivo, cioè di pretesa, di un diritto di soggetti acquisito da tempo, fondato tradizionalmente, quello che le fonti dotte tendono sempre più spesso a definire come *privilegium*. Nella cancelleria imperiale, ad esempio, *consuetudo* era esazione fiscale¹⁰ e in Inghilterra analogamente *customs* indicava sia il diritto consuetudinario che quello doganale, ed era uso tanto radicato che già in età merovingia in Francia avveniva che con il suo giuramento il re s'impegnava a non affliggere il proprio popolo con nuove leggi e *consuetudini*¹¹!

Il fatto è che le consuetudini viste con tanta preoccupazione dagli ecclesiastici più avvertiti si affermavano in contesti definiti e venivano difese da categorie precise, come i vescovi o gli abati o i privati potenti refrattari a cedere prerogative che la tradizione accordava loro. Perciò quelle prassi che si rispettavano come norme oggettive si potevano anche indicare, da un altro angolo visuale, come pretese soggettive di gruppi e di ceti. *Consuetudo* insomma non era solo una categoria generale di *norme* viste nel momento della produzione per una collettività.

Unificati per essere non legislativi, sotto quel termine finivano anche i *privilegi* (c.d. 'libertà') che gruppi e collettività rivendicavano come propri: fondare nel passato un comportamento ora usuale era un modo per nobilitare una pretesa, era un modo per farla divenire inattaccabile. Il termine compare perciò sempre più spesso negli atti con cui le autorità superiori devono scendere a compromessi con le collettività locali (o con le categorie di persone degne di rispetto che le rappresentano: un 'populus' molto connotato socialmente).

Riconoscere le consuetudini in questi contesti significa più probabilmente riconoscere determinate prerogative tradizionali alla collettività intesa come un tutto, un *corpus* con una identità propria, anziché pensare ad usi inveterati dei singoli, dei privati. In altre parole, proprio perché di *consuetudo* si parla in contesti conflittuali o che mettono fine a conflitti, in diplomi imperiali e regi diretti a città, oppure in *cartae libertatum* strappate a signori laici ed ecclesiastici, è da presumere (finché non sussistano buoni motivi in contrario ovviamente) che il richiamo a *consuetudo* attenga a qualche aspetto dell'organizzazione collettiva più che a norme privatistiche, attinenti alle contrattazioni o agli usi di famiglia. Un'eccezione a questo criterio-guida è forse da indicare per i contesti signorili, delle 'carte' concesse, laddove *consuetudo* coprirà anche questioni privatistiche,

⁹ Sulla consuetudine si attende ora un lavoro complessivo di Laurent Mayali. Sulla tradizione del *Decretum* è in corso una revisione e approfondimenti importanti: vd. la «Revue de droit canonique», XLVIII (1998), dedicata a *Le Décret de Gratien revisité. Hommage à Rudolf Weigand*. Un protagonista di questi studi è Carlos Larrainzar, del quale si vd. intanto *Las raíces canónicas de la cultura jurídica occidental*, in «Ius canonicum», XLI (2001), pp. 13-34.

¹⁰ E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, II, Roma 1995, p. 297 nota 85.

¹¹ M. LUPOI, *Alle radici del mondo giuridico europeo*, Roma 1994, p. 1076.

come la libertà matrimoniale, ad esempio, o l'automatico passaggio dei beni ai discendenti nelle successioni, perché il conflitto sanato dalla carta riconosce come *consuetudo* quella che era una novità come realtà indiscussa, mentre il signore vorrebbe riservarsi qualche 'consuetudine' fonte di guadagni e di potere.

Ma sarà bene far qualche esempio. A cominciare da quello famoso genovese, delle consuetudini riconosciute già nel X secolo dai re d'Italia¹², per arrivare a quelle riconosciute alle città del sud inglobate nella possente struttura divenuta poi del *Regnum Siciliae*, a cominciare dai noti esempi di Bari 1132 (ove le consuetudini sono ricordate come 'iam quasi per legem tenetis'¹³) e di Trani 1139¹⁴: dacché localmente convivevano diritti personali diversi, non si trattava tanto di rispettare con queste 'consuetudini' norme di diritto privato, ma quelle 'di carattere costituzionale e amministrativo', come già intuì bene Francesco Calasso¹⁵. Non a un diritto locale genericamente inteso i concedenti pensarono, ma come soprattutto lo pensavano e volevano i destinatari dei provvedimenti: come un complesso di privilegi che le città erano riuscite a ritagliarsi entro il diritto pubblico dell'ordinamento politico, cioè dello Stato cui appartenevano.

Quando poi nelle *Assise* normanne riportate al 1140 (ma che non conosciamo nella redazione originaria) si parla di 'mores, consuetudines, leges' che vengono abrogate quando *manifestissime* in contrasto con le Assise stesse, forse si tratta proprio di un passo aggiunto in seguito e che già risente della cultura universitaria (basta pensare al titolo sotto cui compaiono)¹⁶; comunque *mores* e *consuetudines* potrebbero appunto designare gli uni le tradizioni radicate, mentre le altre le consuetudini-privilegio di corpi e di città, mentre poi le *leges* potrebbero essere proprio quelle nazionali espressive della 'varietas populorum nostro regno subiectorum' di cui era ben consapevole il re¹⁷, il quale non la trovava ovviamente pericolosa finché si limitasse a innocenti peculiarità nel diritto privato: rapporti di famiglia e contrattuali. Particolari consuetudini privatistiche territoriali si può ben supporre quindi che continuarono tranquillamente ad essere applicate nei tribunali pur non scritte assieme alle leggi nazionali. Il fatto che solo tardi sopravvengano al Sud le redazioni scritte, dovrebbe essere segno di tardiva diffusione della nuova cultura giuridica universitaria a livello locale (cosa diversa si deve dire, naturalmente, per la corte, soprattutto di Federico II), così come avvenne in certe aree del Nord Italia. Certo, pare che Bari pochi anni dopo il 1132 avesse già una raccolta scritta di norme, che lo stesso re Ruggero II 'laudavit et servavit illesas: immo (...) firmavit'¹⁸, confluite presumibilmente nelle note raccolte poi rielaborate da due giudici a fine 1100¹⁹. Ma di quali 'consuetudini' si tratta? Per quanto sopra ipotizzato, non credo si possa dar per scontato che si trattasse di quelle di carattere privatistico.

In mezzo, tra gli estremi genovesi e del Regno, troviamo i documenti lombardi dell'XI secolo in cui 'usus, bona et iusta consuetudo' delle città indicano non già una normativa, quanto piuttosto uno *status* delle città (o di un gruppo sociale: ad esempio gli arimanni di Treviso), perché designano collettivamente le loro *libertates* – come ci ha indicato bene Renato Bordone²⁰ –, quelle di ogni 'optima civitas Lombardie'.

Per qualche esempio comunale specifico, consideriamo Pisa, molto ricca di documentazione tecnicamente evoluta intorno al 1100. È proprio un villaggio che si è sottomesso a Pisa, di liberi proprietari *fideles* della Chiesa pisana, che chiede giustizia intorno al 1080 e ci parla di *usus* cui erano tenuti per le case che avevano in un castello vicino, usi che i castellani avevano aggravato

¹² M. ASCHERI, *I diritti...*, cit., p. 94.

¹³ Con un interessante e chiaro sintomo della consapevolezza della loro subordinazione alla legge.

¹⁴ *Ibidem*, p. 159.

¹⁵ In *Medioevo del diritto*, Milano 1954, p. 412.

¹⁶ Vd. comunque *ibidem*, p. 176.

¹⁷ Interpretazione tradizionale in F. CALASSO, *Medioevo...*, cit., p. 460.

¹⁸ *Ibidem*, p. 415.

¹⁹ Da Andrea e Sparano: il primo raccolse quelle collegabili al diritto romano; il secondo al diritto longobardo; ed. Maxilla, Paduae 1550 poi molte volte, anche modernamente.

²⁰ Nel suo *La società cittadina del Regno d'Italia. Formazione e sviluppo delle caratteristiche urbane nei secoli XI e XII*, Torino 1987, pp. 103, 105 ss.

'cum falsis precibus et cum ingenio'²¹. Gli usi sono prestazioni cui corrispondono quindi altrui diritti, altroché consuetudini in senso oggettivo!

C'è da chiedersi allora, quando si ritiene – come ho fatto diligentemente anch'io qualche tempo fa, beninteso – che la formula *lex et consuetudo* o analoghe di cui si parla in documenti privati del X e XI secolo costituissero semplicemente un'endiadi, frutto della confusione mentale tipica di quei poveretti che non erano ancora stati illuminati da Bologna, se di una certa confusione mentale non si soffre piuttosto da parte nostra.

Insomma, la domanda che a questo punto bisogna porsi è se la *consuetudo* cui si accennava non indicasse proprio la peculiarità procedurale e contrattuale del luogo. Se non fosse, cioè, nient'altro che il privilegio cui i contraenti locali potevano e volevano far riferimento.

La stessa *consuetudo maris* del famoso privilegio imperiale per Pisa del 1081 non starà piuttosto ad indicare diritti in qualche modo connessi con la navigazione, anche di amministrazione della giustizia, pretesi dal Comune pisano, anziché un cenno alle normative contrattuali marittime, certamente di scarso interesse per l'imperatore e per lo stesso Comune? Già Enrico Besta, ad esempio, l'interpretò come un 'tributo indiretto pagato dalle merci che venivano per mare'²². Qui e altrove, anche in comunità minori, si erano strappati al potere ufficiale diritti di esazione, ad esempio sul traffico portuale, di mare e di fiume, o sui mercati, dei quali è ben documentata l'esistenza anche per l'alto Medioevo italiano²³ che sono appunto le *libertates* che loro interessano. Ai *negotiatores* di Asti la consuetudine che interessa nel 992 è di vedersi riconosciuta la libertà di movimento di persone e cose; ai Cremonesi nel 1114 si riconosceva la libertà 'eundi et redeundi et mercandi secundum usum et antiquam consuetudinem eorum'²⁴. Due anni dopo nel privilegio per Bologna, di nuovo, si confermano le consuetudini e, per evitare equivoci, espressamente il *pabulum silvae*²⁵.

La vita nelle campagne poteva essere regolata da ritmi antichi e da rapporti tradizionali – quelli ad esempio del *livellarium ius*, del *massaricum ius* e del *tenimentum* con forme di 'servitù proprietaria' –, ma il commercio internazionale e le imprese marittime, notissime tra tutte quelle di Amalfi e di Pisa, già nel secolo XI richiedevano grandi investimenti (pensiamo all'armamento delle navi in particolare), e quindi da un lato lo sviluppo di forme di società nuove e dall'altro privilegi che garantissero forme di remunerazione per chi riportava successi per la città in terre lontane. Tanto più che i *mercatores* pagavano i *telonei* imperiali che dovettero comparire motivati dalla libertà garantita ai Cremonesi 'eundi et redeundi' di cui si è detto.

Il benessere fondato sul commercio internazionale, di terra e marittimo, così garantito dall'alto impose molto presto anche regole di origine comunale con un controllo molto dettagliato delle attività economiche per garantire la *par condicio* dei partecipanti alle imprese e l'interesse della città. Mentre si sviluppavano forme varie di contrattazione marittima non ancora controllate (e spesso condannate) dalla Chiesa, i Comuni sperimentarono una legislazione ricchissima, acquisendo una forte coscienza di operare come soggetto politico – e che si voglia chiamare Stato o meno è poco importante²⁶.

La città, e non il governo centrale, seppe realizzare grandi imprese marittime – collaborando ad esempio in modo determinante alla liberazione del Mediterraneo dal pericolo saraceno o

²¹ Il caso l'ho descritto nel mio *Législation et coutumes dans les villes italiennes et leur 'contado' (XIIe-XIVe siècles)*, in *La coutume au village dans l'Europe médiévale et moderne*, éd. réunies par M. Mousnier et J. Poumarède, Toulouse 2001, pp. 73-92, ma vd. G. Rossetti, da ultimo nel suo *I caratteri del politico nella prima età comunale. Due modelli a confronto: Pisa e Milano*, in «Bollettino storico pisano», LXX (2001), pp. .

²² Nel suo classico *Fonti: legislazione e scienza giuridica*, in *Storia del diritto italiano*, pubbl. sotto la direzione di P. Del Giudice, I, 2, Milano 1925, p. 671.

²³ V. ad es. *Ibidem*, p. 460, e R. BORDONE, *La società urbana nell'Italia comunale (secoli XI-IV)*, Torino 1984, per Genova 958 e Savona 1014.

²⁴ R. BORDONE, *La società urbana...*, cit., p. 110 sg.

²⁵ U. NICOLINI, *Diritto romano e diritti particolari in Italia nell'età comunale*, «Rivista di storia del diritto italiano», LIX (1986), pp.13–172 (a 48): lavoro ingiustamente trascurato da troppi 'statutologi'...

²⁶ Ma io lo credo ben motivabile, e vedo ora con piacere che lo crede anche S. REYNOLDS, *The Historiography of the Medieval State*, in *Companion to Historiography*, ed. M. Bentley, London 1997, pp. 117–138.

consentendo il trasporto dei crociati –, che dovettero essere anche esaltanti momenti di creazione di una coscienza cittadina e di presa di coscienza delle poderose possibilità dei ceti cittadini.

Cautela dunque nella valutazione di questa terminologia. Agli anni 1091–92, sempre in ambito pisano, risale la cosiddetta *securitas de valle de Serclo*, che ho già richiamato in un lavoro recente²⁷, perché mi sembra un caso esemplare di come da una transazione imposta dal Comune potessero nascere comportamenti che a noi sembrano *consuetudini*, comportamenti quindi che non hanno nulla di spontaneo né di popolare come vorrebbe la teoria. A pochi decenni dopo dovrebbe risalire la redazione di consuetudini bolognesi che una tradizione assegnava a Bulgaro²⁸, uno dei famosi allievi di Irnerio: ma anche qui sembra più plausibile pensare a un qualche documento che dovesse fissare dei diritti pretesi dal Comune piuttosto che a consuetudini in senso oggettivo.

Piuttosto la diffusione della nozione dotta, oggettiva, di *consuetudo* pur sempre coesistente con quella in senso soggettivo potrebbe aver suggerito la diffusione di *usus* per connotare in senso stretto il significato oggettivo; pensiamo al *Constitutum usus* pisano, ma anche agli *Usus feudorum*, che è l'antica intitolazione delle *Consuetudines*, oppure agli *Usus Venetorum* riconosciuti nel 1195²⁹. Nel diploma per Pavia del 1164 si riconoscono 'omnes suos bonos usus et bonas consuetudines', subito esemplificate come attinenti al regime della proprietà e alla repressione penale, ossia due campi tipici della nuova normazione comunale. *Consuetudo* qui può essere tranquillamente una norma emanata dal Comune, una vera norma statutaria, che ha però l'aspetto di *consuetudo*–privilegio per la cancelleria imperiale. Come appare 'secundum consuetudinem civitatis' il giuramento che i consoli pavesi faranno prestare all'"universus populus" 'pro maiori parte', di nuovo, evidentemente non in base a una norma consuetudinaria, ma in base al loro *breve*, ossia a una normazione ben precisa, deliberata analiticamente³⁰, nell'interesse dell'Impero e della città stessa: che 'stabunt ad mandatum consulum de negotiis et serviciis Imperiis et civitatis'.

In questo caso emerge un'altra area coperta ambigualmente da *consuetudo*, e utilizzata anche oggi in certi contesti, quella cioè di tradizione, di prassi tipica, sia essa basata su una norma scritta o no, deliberata esplicitamente o meno.

Nel privilegio per i Mantovani³¹ di quello stesso importante 1164, l'imperatore riconosce 'bonas consuetudines quas habebant ante introitum nostrum in Italia', e sembra chiaro che esse si riferiranno di nuovo ai poteri–privilegi che la città aveva già acquisito, e quindi a diritti pregressi rispetto all'arrivo dell'imperatore, che fossero deliberati o meno dall'assemblea o consiglio cittadino. Del resto la Lega lombarda non reclama il rispetto degli statuti cittadini ma delle 'consuetudines nostrae antique', cioè delle *commoditates* godute dalle città; sono quelle che vengono elencate per evitare ogni dubbio: 'in pascuis, piscationibus, molendinis, furnis, tabulis cambiatorum et negociatorum, macellis, domibus quas habent edificatas in viis publicis vel supra vel iusta vias publicas'³². Nella stessa pace di Costanza la concessione imperiale riguarda infatti le *consuetudini*, le quali sono proprio i diritti quesiti, quelli a suo tempo negati dall'imperatore: fodo, boschi, acque, esercito, fortificazioni, giurisdizione criminale e non.

Consuetudo è in questi contesti sinonimo di *ius* come diritto soggettivo: tanto è vero che si parla anche, addirittura, di *iura legum*³³. Di *statuta* si parla ancora raramente nelle fonti di quel tempo, e quando se ne parla essi avevano per l'Impero un profilo negativo. Come nel diploma sempre del 1164 per il monastero di Chiaravalle (che parla anche di *constitutiones civitatum!*), e ove

²⁷ *I diritti...*, cit., p. 162.

²⁸ *Ibidem*, p. 166.

²⁹ Rinvio sempre *ibidem*, ad ind.

³⁰ Mi baso sul bell'articolo analitico di E. DEZZA, "Breve seu statuta civitatis Papie". *La legislazione del Comune di Pavia dalle origini all'età di Federico II*, in "Speciales fideles Imperii". *Pavia nell'età di Federico II*, Pavia 1995, pp. 97–144 (allo stesso A. si deve il precedente *Gli statuti di Pavia*, in *Storia di Pavia*, III: Dal libero Comune alla fine del Principato indipendente 1024–1535, I: Società, istituzioni, religione nelle età del Comune e della signoria, Milano 1992, pp. 410–431).

³¹ MGH, *Diplomata regum et imperatorum*, X, II, ed. H. Appelt, Hannover 1979, p. 340 sgg.

³² Tra l'altro elencate in U. NICOLINI, *Diritto romano...*, cit., p. 113 nota 238.

³³ *Ibidem*, pp. 131, 139, 156 nota 359.

compaiono degli atti 'di città e di podestà' che possono in vario modo gravare il monastero³⁴. A Pavia, seguono sempre l'informatissimo Ettore Dezza, si ricorda nel 1179 quel che fu statuito un tempo in tema di *districtus*, mentre al 1184 risale la prima delibera in veste notarile in cui i consoli, *statuentes, decreverunt e approbaverunt* l'estensione a un monastero extraurbano del regime disposto per quelli cittadini³⁵.

Consuetudo aveva visibilmente in questi decenni una carica emotiva molto forte. Ad Alessandria, nel testo intitolato alle consuetudini che si fa risalire al 1179³⁶, ci sono molte norme consuetudinarie in senso oggettivo, ma altre sono presentate come vere deliberazioni (*sancimus*), con una esplicita carica statutaria, come sarà poi nelle celeberrime cosiddette *consuetudini* milanesi del 1216; se il testo ad Alessandria, cioè in una città nuova e di immigrazione recente, variegata e convulsa, fu portato sotto la categoria delle consuetudini, lo fu – azzarderei – per scelta culturale precisa. Ma c'è anche un bell'esempio della cancelleria imperiale da ricordare: nel 1180 l'arcicancelliere rilasciò un privilegio importante ai consoli di Siena e *totius civitatis populo*, che consisté nel 'donare e concedere' 'omnes consuetudines et beneficia quae quondam habere consuevistis in comitatu vestro'³⁷.

Tuttavia la pace di Costanza non accoglieva solo la nozione tradizionale, soggettiva, di consuetudine già ricordata. In essa, infatti, recependo il c. d. *arbitrato* dei consoli di Cremona del 1175 in cui le città chiedevano che la giustizia avesse luogo, si badi, 'secundum quod a civitatibus statutum est vel fuerit', non soltanto si riconoscevano le *consuetudini* cittadine in ordine alla decisione delle cause feudali e livellarie, ma quando si parlò di appelli³⁸ si disse che i più importanti, sopra le 25 lire, assegnati al *missus* imperiale in città, si decidessero 'secundum mores et leges illius civitatis'.

Sono le *leges* scritte ad avere il futuro dalla loro³⁹, per sovvenire alle necessità di città in tumultuoso sviluppo, ma anche per definire con precisione gli impegni che dal primissimo 1200 avrebbero cominciato a giurare i nuovi giurisdicenti forestieri.

Ma l'antico uso di *consuetudo* in senso soggettivo non venne meno. A parte il fatto che chiamare *consuetudines* le norme feudali – che tra l'altro ne avevano di legislative al proprio interno – può esser stato anche un modo per indicare la loro specialità rispetto al diritto comune (la designazione quindi potrebbe doversi intendere nel senso di 'privilegi' dei feudi), le consuetudini cittadine, che sempre più spesso avviandosi alla conclusione del secolo si andranno mettendo per scritto al sud nel Regno, hanno anche questo carattere di privilegi orgogliosamente rivendicati nei confronti del re e dei suoi ufficiali.

Ma la designazione si conserva anche al nord in senso soggettivo; ricordo ad esempio le consuetudini di Canobbio, riferite al 1215 e comunque anteriori al 1266, che in pratica consolidano le libertà locali limitando le ingerenze del potere pubblico⁴⁰; lo stesso peraltro avviene in varie raccolte di cosiddette 'consuetudini' del Piemonte – faceva osservare già il geniale Enrico Besta⁴¹.

³⁴ Diploma in cui Federico I fa esplicito cenno alle «constitutiones civitatum vel castellorum seu aliarum quarumlibet personarum vel locorum» che non possono molestarlo, oltreché alle imposizioni varie (*exactiones, colectae, datia, servitia, gravamina*) culminanti «et statutis civitatum et potestatum vel quorumlibet aliorum locorum» (MGH, X, II, pp. 366–369). Attraverso gli *statuta* i Comuni introducono le loro *consuetudines*!

³⁵ E. DEZZA, *Breve...*, cit., p. 109 sg.

³⁶ Vd. il mio *Diritti...*, cit., p. 166, e – tra i molti suoi contributi – vd. ora G. S. PENE VIDARI, *Gli statuti di Alessandria. Noterelle anniversary*, «Rivista di storia arte e archeologia per le province di Alessandria e Asti», CVI (1997), pp. 37–64.

³⁷ Ed. in *Il Caleffo Vecchio del Comune di Siena*, I, a cura di G. Cecchini, Firenze 1932, p. 56.

³⁸ Che alcune città (Pisa 1142, Milano 1156) avevano già acquisito. Discussione in U. NICOLINI, *Diritto romano...*, cit., p. 150 sgg.

³⁹ Ma solo nel 1198, ad esempio, a Pavia l'atto legislativo (notarile) compare accompagnato dal sigillo: E. DEZZA, *Breve...*, cit., p. 113; v. anche il caso della normativa senese del 1208 nel mio *La più antica legge della Repubblica di Siena* (in collab. con M. A. Ceppari), in *Siena e la Maremma nel medioevo*, Siena 2002, pp. 201–228 (che ho già concretamente utilizzato in *Siena nella storia*, Silvana, Cinisello Balsamo 2000, p. 42 ss.).

⁴⁰ E. BESTA, *Fonti...*, cit., p. 463.

⁴¹ *Ibidem*, p. 464: Valle di Stura 1214/1231, 'statuti' di Susa, consuetudini di Mondovì; la val d'Aosta solo nel '500 ebbe la redazione scritta fatta su istanza degli stati e approvata dal sovrano: 1578. Per Ferrara, Reggio, Vicenza: *Ibidem*, p. 465.

Il profilo soggettivo rimane, quindi, anche se rimane sempre più confinato a aree limitate del linguaggio (per le *consuetudines feudorum* si parlò presto preferibilmente di *Usus feudorum*, mentre per quelle mercantili di *mores* o *mos*), oppure a aree geografiche conservative.

Ma di solito la straordinaria ricchezza statutaria ha finito per oscurare il problema e la rilevanza stessa della consuetudine, che invece operò a fondo, e spiega la stessa sopravvivenza sui tempi così lunghi dei testi statuari. In tanto essi poterono durare adattandosi a tanti mutamenti, in quanto nella prassi se ne verificarono le parti caduche e le parti pur sempre vitali attuando una specie di selezione *in itinere* – è avvenuto diversamente ad esempio per la stessa nostra Costituzione⁴²?

Si preferì lasciare intonso lo statuto dal maturo Trecento, di regola, dopo la grande stagione degli statuarii – e salve le *reformationes* ovviamente –, perché i ritocchi richiedevano sempre delicati accordi politici o potevano offrire il destro per pericolose modifiche da parte della città dominante.

Ma i pratici, i membri dei collegi dei giudici e notai essenziali per lo svolgimento della vita giudiziaria locale, sapevano bene che cosa fosse vigente e che cosa dovesse considerarsi perentorio. Era anzi questo uno degli elementi caratteristici del loro monopolio del sapere giuridico a livello locale, la circostanza che di fatto consentiva loro di controllare i giudici condotti da fuori per ossequio alla migliore tradizione comunale repubblicana. Ed è anche un elemento del loro monopolio il fatto che ben raramente esternassero, ossia mettessero per scritto le regole della prassi giudiziaria locale. Solo i *consilia* ci dicono qualcosa talora, come quelli genovesi di Bartolomeo Bosco⁴³, ma libri come lo *Splendor consuetudinum* del Bertaldo sono eccezionali, e non per niente nascono a Venezia – una Repubblica ormai auto-esclusasi dal mondo del diritto comune. I *consilia* di solito preferiscono parlare della dottrina universitaria, cioè della consuetudine dotta, maturata tra i professori, e solo indirettamente degli usi locali, anche perché i loro autori, di solito professori (a differenza del Bosco ricordato), non li conoscevano.

La conoscenza della consuetudine nel mondo statuario è quindi difficilmente attingibile, perché il problema non era, per tanti motivi, tematizzato. Si dovrà perciò guardare alle deliberazioni che condannano certe inosservanze degli statuti⁴⁴, oppure alla prassi giudiziaria, ove però la mancanza di regola della motivazione non giova certamente. Eppure è uno sforzo cui bisogna pensare. Come non si può conoscere il mondo comunale se non scavando anche attorno alle istituzioni comunali, dietro e sotto ad esse, ugualmente non si può parlare compiutamente di statuti senza conoscere le consuetudini che li hanno prodotti – talvolta –, e quelle numerose consuetudini che gli statuti stessi hanno sempre prodotto – quasi in misura proporzionale: l'eccesso di legislazione produce l'eccesso di regolamentazione di fatto, 'consuetudinaria', più o meno legittima.

In ogni caso, mi sembra urgente – perché la mia qui presentata è stata solo una frettolosa 'spigolatura' nelle fonti e nella letteratura – un lavoro che contestualizzi nel tempo e nello spazio la comparsa, l'utilizzo e l'intreccio nella documentazione di queste nozioni fondamentali: *consuetudo, usus, statutum, constitutum*⁴⁵.

⁴² È comunque questione sulla quale è difficile pronunciare regole. Bisognerebbe sempre contestualizzare; perciò mi sembra ricco ma anche contraddittorio il complesso contributo recente di G. ORTALLI, *Lo statuto tra funzione normativa e valore politico*, in *Gli statuti delle città: l'esempio di Ascoli nel secolo XIV*, a cura di E. Menestò, Centro italiano di studi sull'alto Medioevo, Spoleto 1999, pp. 13–35.

⁴³ Bibliografia e precisazioni ora nel mio *Le fonti e la flessibilità del diritto comune: il paradosso del consilium sapientis*, in *Legal Consulting in the Civil Law Tradition*, eds. M. Ascheri, I. Baumgärtner e J. Kirshner, Robbins Collection, Berkeley 1999, p. 35 sg. nota 87.

⁴⁴ Come con l'elenco redatto a Siena nel 1451 che ho segnalato nel mio *Statuti, legislazione e sovranità: il caso di Siena*, in *Statuti città territori in Italia e Germania tra Medioevo e Età moderna*, a cura di G. Chittolini e D. Willoweit, il Mulino, Bologna 1991 (in traduzione tedesca presso Duncker & Humblot, Berlin 1992), pp. 145–194; ristampato con aggiornamenti in *Antica legislazione...cit.*, p. 29 sg.

⁴⁵ M. A. BENEDETTO, (*Statuti (diritto intermedio)*), in *Nuovissimo Digesto*, XVIII, Torino 1972, p. 394a) sostiene, sia pure cautamente, che “*constituta* sarebbero stati invece raccolte di consuetudini che dapprima vennero tenute distinte provenendo da organi diversi da quelli che creavano lo statuto”, ma non mi sembra il caso di Siena 1262 e 1309–10 (v. il mio *Statuti, legislazione...cit.*) o, per andare a testi più antichi, a Pistoia 1117(?), che parla di quanto disposto “in sacramento maiorum Pistorie consulum et omnibus constitutis eis assignatis de penis tollendis et dannis datis” (*Lo statuto dei consoli del Comune di Pistoia. Frammento del secolo XIII*, a cura di N. Rauty e G. Savino, Pistoia 1977, p. 44) – ove il carattere legislativo di disposizioni penalistiche sembra evidente.

La dottrina giuridica può solo aiutare collateralmente in questa ricerca, perché non è detto che essa sia sempre stata in armonia con la documentazione comunale⁴⁶.
I giuristi proponevano di dar un (solo?) ordine al mondo, ma non è detto che sempre ci riuscissero – e ci riescano.

⁴⁶ Vd. ad esempio il mio *Il 'dottore' e lo statuto: una difesa interessata*, in «Rivista di storia del diritto italiano», LXIX (1996), pp. 95–113, che integra per taluni aspetti questo lavoro. Ma sottolineerò e ricorderò ancora una volta (v. il mio *I diritti...*, cit., p. 295 nota 32) il caso più clamoroso: i Comuni (i loro teorici come Brunetto Latini) parlano di *signoria* anziché di *iurisdictio*; è una variante pur sempre romanistica, ma significativa proprio perciò della pienezza del potere: non viene da *dominium*? Qualche considerazione in più nel mio *L'altro potere; la città-Stato italiana e il caso di Siena*, in corso di stampa in un volume sulla legittimazione del potere nel Medioevo, a cura di G. Mensching, Hannover. Interessante il contesto studiato da O. Condorelli, “*Quum sint facti et in facto consistent*”. Note su *consuetudini e statuti in margine a una costituzione di Bonifacio VIII (Licet Romanus Pontifex, VI.1.2.1)*, in «Rivista internazionale di diritto comune», 10 (1999), pp. 205-295.